

Chancen und Risiken einer Gleichstellung – Was ist für einen erfolgreichen Antrag bei einer Gefährdung meines Arbeitsplatzes zu beachten?

Anmerkung zu LSG Hamburg, Urteil vom 13.09.2023 – L 2 AL 41/22 D

Jens-Torsten Lehmann*

Der Grad der Behinderung (GdB) ist ein Begriff aus dem Schwerbehindertenrecht. Er beziffert das Ausmaß einer Behinderung nach Zehnergraden abgestuft von 20 bis 100. Ab einem GdB von 50 gelten Menschen als schwerbehindert.

I. Was bringt eine Gleichstellung?

1. Sonderkündigungsschutz im Arbeitsrecht

Mit einem GdB von 30 bis 40 ist es möglich, bei der Agentur für Arbeit (AA) die Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen zu beantragen. Liegt eine solche Gleichstellung vor, besteht derselbe besondere Kündigungsschutz wie bei schwerbehinderten Menschen¹. D.h.: Vor jeder Kündigung ist die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen², wenn das Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate³ ohne Unterbrechung bestanden hat. Dies gilt unabhängig von der Anzahl der im Betrieb Beschäftigten, also auch für Kleinbetriebe. Liegt keine Zustimmung des Integrationsamtes vor, ist die Kündigung unwirksam⁴.

a. Fristen im „Dreierpack“

aa) Kündigungsschutzklage: spätestens 3 Wochen nach der Kündigung einreichen

Arbeitnehmer müssen innerhalb von 3 Wochen eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht einreichen⁵. Die Fristberechnung beginnt mit dem Zugang der Kündigung. Wird die Frist zur Einreichung der Klage versäumt, gilt die erhaltene Kündigung als rechtmäßig – auch wenn sie es juristisch nicht wäre⁶.

bb) Gleichstellung: spätestens 3 Wochen nach der Kündigung dem Arbeitgeber mitteilen

Arbeitnehmer können sich auf den Sonderkündigungsschutz nur berufen, wenn die Gleichstellung dem Arbeitgeber zum Kündigungszeitpunkt bekannt war oder ihm innerhalb einer

„angemessenen Frist“ mitgeteilt wird. Unterlässt der gekündigte Arbeitnehmer diese Mitteilung, verwirkt er seinen besonderen Kündigungsschutz⁷. Im Fall einer beabsichtigten Kündigung ist der Arbeitgeber mithin nicht verpflichtet, gleichsam auf Verdacht die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen.

Nach alter Rechtsprechung des BAG sollte eine Frist von 1 Monat „angemessen“ sein. Nunmehr hält das BAG im Gleichlauf mit der Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage „nur noch“ eine Frist von 3 Wochen für angemessen⁸. Die 3-Wochen-Frist gilt im Übrigen auch für die Mitteilung eines noch nicht beschiedenen Antrags auf Gleichstellung. Ansonsten würden diejenigen, die eine anerkannte Gleichstellung haben, schlechter stehen als die Arbeitnehmer, die „nur“ einen Antrag gestellt haben und bei denen die Feststellung einer Gleichstellung erst viel später getroffen wird⁹.

Wichtig zu wissen: Die Frist wird nur eingehalten, wenn der Arbeitgeber tatsächlich Kenntnis von der bereits erfolgten Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung oder dem laufenden Antrag auf Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung erhält. Es reicht nicht aus, wenn Arbeitnehmer zwar innerhalb von 3 Wochen gegen eine Kündigung klagen und in der Klageschrift ihre Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung oder die beantragte Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung geltend machen, die Klageschrift dann aber erst nach Ablauf von 3 Wochen dem Arbeitgeber zugestellt wird. Um solche Risiken zu vermeiden, kann jedem Arbeitnehmer nur dringend geraten werden, die bestehende oder beantragte Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung innerhalb von 3 Wochen unmittelbar gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich mitzuteilen¹⁰.

cc) Antrag auf Gleichstellung: spätestens 3 Wochen vor der Kündigung stellen

Es ist auch keine gute Idee, zu zögerlich zu agieren und den Antrag auf Gleichstellung erst dann zu stellen, wenn das Kündigungsschreiben des Arbeitgebers bereits „eingetrudelt“ ist. Dann wäre das Kind sprichwörtlich bereits in den Brunnen gefallen. Denn der besondere Kündigungsschutz für Gleichgestellte greift grundsätzlich nur für all diejenigen, die bei Zugang der Kündi-

* Dr. Jens-Torsten Lehmann ist als Fachanwalt für Sozialrecht in Cottbus tätig und Mitglied der info also-Redaktion.

1 § 151 Abs. 1 und 2 SGB XI.

2 § 168 SGB XI.

3 § 173 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX; auf mögliche Ausnahmen im Lichte der neuen EuGH-Rechtsprechung, Urteil vom 10.02.2022 – C-485/20, wird weiter unten noch eingegangen.

4 § 134 BGB.

5 § 4 Satz 1 KSchG.

6 § 7 KSchG.

7 Diese gesetzlich nicht geregelte Anforderung trägt dem Verwirkungsgedanken (§ 242 BGB) Rechnung und ist aus Vertrauensschutzgesichtspunkten gerechtfertigt (BAG, Urteil vom 09.06.2011 – 2 AZR 703/09, Orientierungssatz Nr. 1).

8 BAG, Urteil vom 11.12.2008 – 2 AZR 395/07, Orientierungssatz Nr. 1.

9 So bereits zur Mitteilung eines neuen Antrags auf Feststellung einer Schwerbehinderung LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 06.07.2010 – 1 Sa 403 e/09, amtlicher Leitsatz Nr. 1.

10 LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 06.07.2010 – 1 Sa 403 e/09, amtlicher Leitsatz Nr. 1; weniger streng offensichtlich BAG, Urteil vom 23.02.2010 – 2 AZR 659/08, Orientierungssatz Nr. 2.

gung schon gleichgestellt sind. Zu diesem Zeitpunkt müssen sie bereits einen positiven Bescheid der AA in den Händen halten.

Von diesem Grundsatz macht das BAG¹¹ indes eine Ausnahme. Ein positiver Bescheid der AA bei Zugang der Kündigung ist entbehrlich, wenn der Antrag auf Gleichstellung bereits 3 Wochen oder länger vor diesem Zeitpunkt bei der AA eingegangen ist. Zudem muss die Bearbeitungsdauer von mehr als 3 Wochen allein die AA zu verantworten haben. Wenn also Ungemach mit dem Arbeitgeber droht, ist es Arbeitnehmern anzuraten, möglichst frühzeitig einen Gleichstellungsantrag auf den Weg bringen¹².

2. Kündigungsschutz „light“ in der Probezeit?

Nach bisher (noch) vorherrschender Meinung in der Rechtsprechung können Arbeitgeber – ohne das in § 167 Abs. 1 SGB IX vorgesehene Präventionsverfahren durchführen zu müssen – schwerbehinderten und gleichgestellten Arbeitnehmern in der Probezeit das Arbeitsverhältnis „gefährlos“ kündigen¹³. Die Entscheidung des EuGH vom 10.02.2022 zwingt nunmehr möglicherweise zum Umdenken. Denn danach besteht eine Verpflichtung des Arbeitgebers bei der Beschäftigung eines Menschen mit Behinderung, angemessene Vorkehrungen zu treffen, die bei Auftreten einer Schwierigkeit eine weitere (möglichst dauerhafte) Beschäftigung ermöglichen. Diese Verpflichtung trifft den Arbeitgeber schon in der Probezeit¹⁴. Dies führt faktisch zu einer Ausweitung des Kündigungsschutzes für Schwerbehinderte und Gleichgestellte ab Beginn des Arbeitsverhältnisses, also von Tag 1 an! Arbeitgeber werden im Lichte der neuen EuGH-Vorgaben nunmehr schon bei einer Probezeitkündigung von schwerbehinderten und gleichgestellten Arbeitnehmern prüfen müssen, ob eine Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz möglich ist.

Wird diese Prüfung unterlassen bzw. ist bei fehlender Eignung für die bisherige Arbeit ein anderweitiger behinderungsgerechter Einsatz möglich, ohne dass der Arbeitgeber unzumutbar belastet wird, stellt sich eine dennoch ausgesprochene Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen nach § 164 Abs. 2 SGB IX i. V. m. § 134 BGB als verbotene diskriminierende Kündigung dar. Bei Menschen mit Behinderungen, die nicht schwerbehindert oder diesen gleichgestellt sind, ergibt sich die Unwirksamkeit aus dem allgemeinen Benachteiligungsverbot in den §§ 1, 7 AGG i. V. m. § 134 BGB¹⁵.

Welche Darlegungs- und Beweislastanforderungen hier gelten und welche Auswirkungen es hat, wenn die vom EuGH geforderte Prüfung unterbleibt, ist bis dato in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung noch weitgehend ungeklärt. Dies liegt möglicherweise auch daran, dass eine entsprechende Argumentation im gerichtlichen Verfahren auf der Arbeitnehmerseite viel zu selten eröffnet wird. Dies wird sich in den nächsten Jahren vermutlich ändern.

Es ist naheliegend, dass die Bereitschaft von Arbeitgebern, Menschen mit einer Schwerbehinderung einzustellen, zukünftig

jedenfalls sinken dürfte, wenn sich in der Rechtsprechung die Auffassung verfestigt, dass behinderte Arbeitnehmer von Anfang an ein gewisses Maß an Kündigungsschutz genießen. Mit anderen Worten: Die neue Rechtsprechung des EuGH könnte sich – obwohl aus unionsrechtlicher Sicht konsequent und zu begrüßen – auf dem deutschen Arbeitsmarkt als Einstellungshemmnis und ungewollter Bumerang für schwerbehinderte bzw. ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer herausstellen¹⁶.

3. Weitere Rechtsfolgen einer Gleichstellung

Neben dem besonderen Kündigungsschutz hat eine Gleichstellung sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber weitere positive Konsequenzen. Mit einer Gleichstellung erwirbt der Arbeitnehmer folgende Rechte¹⁷:

- Kraftfahrzeughilfe für den Arbeitsweg
- Freistellung von Mehrarbeit
- Wahlberechtigung für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung

Auch für den Arbeitnehmer „lohnt“ sich mitunter eine Gleichstellung. Denn Gleichgestellte sind bei der sogenannten „Behinderungsquote“ mitzuzählen, so dass die Ausgleichsabgabe niedriger wird oder entfällt. Diese Abgabe ist zu zahlen, wenn in einem Betrieb zu wenig Behinderte beschäftigt sind¹⁸. Zudem kann der Arbeitgeber folgende unterstützende Leistungen beanspruchen¹⁹:

- Betreuung durch spezielle Fachdienste
- Hilfen zur Arbeitsplatzausstattung
- Lohnkostenzuschüsse

Einige Rechte greifen für den Arbeitnehmer indes erst ab einem GdB von 50, d. h. ab einer anerkannten Schwerbehinderung. Hierzu zählen²⁰:

- Zusatzurlaub
- Unentgeltliche Beförderung mit Bus und Bahn
- Vorgezogene Altersrente

II. Was ist für eine Gleichstellung erforderlich?

Eine Gleichstellung setzt nach § 2 Abs. 3 SGB IX voraus, dass der behinderte Mensch

- einen GdB von weniger als 50, aber wenigstens 30 hat.
- seinen Wohnsitz, seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seinen Arbeitsplatz rechtmäßig in Deutschland hat.

11 BAG, Urteil vom 29.11.2007 – 2 AZR 613/06, Orientierungssatz.

12 Erfolgt eine Gleichstellung, beginnt nach § 151 Abs. 2 Satz 2 SGB IX der Schutz mit dem Tag des Eingangs des Antrags.

13 BAG, Urteil vom 21.04.2016 – 8 AZR 402/14, Rn. 30.

14 EuGH, Urteil vom 10.02.2022 – C-485/20, Rn. 49.

15 In diesem Sinne Düwell, jurisPR-ArbR 41/2023 Anm. 1.

16 Zu dieser Sorge auch Willemsen, Legal Tribune Online, 11.02.2022, https://www.lto.de/persistent/a_id/47495/ (abgerufen am: 02.12.2023).

17 Luthé, in: jurisPK-SGB IX, 3. Auflage, § 2 Rn. 189.

18 Zu einem rückwirkenden Anspruch des Arbeitgebers auf Zulassung der Anrechnung auf einen Pflichtarbeitsplatz BSG, Urteil vom 29.03.2022 – B 11 AL 30/21.

19 Ritter, Gute Arbeit 2022, 33, 33.

20 Luthé, in: jurisPK-SGB IX, 3. Auflage, § 2 Rn. 180 und 190.

- infolge seiner Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 156 SGB IX weder erlangen noch behalten kann.

1. Anforderungen an den Arbeitsplatz

Der Begriff des Arbeitsplatzes ist in § 156 Abs. 1 SGB IX definiert. Es sind Stellen, auf denen u.a. auch Arbeitnehmer beschäftigt werden. Nach § 156 Abs. 3 SGB IX muss dem behinderten Menschen eine Beschäftigung mit einer Mindeststundenzahl von 18 Stunden wöchentlich möglich sein.

a. LSG-Problem: Bestimmung der 18 Stunden-Grenze

Doch wie bestimmt sich die Mindeststundenzahl? Ist auf die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit oder die tatsächlich gelebte Realität des Arbeitsverhältnisses abzustellen? Oder möglicherweise auch auf beides? Das LSG konnte diese Streitfrage elegant dahinstehen lassen, da im konkreten Fall unter allen nur denkbaren Gesichtspunkten immer weniger als 18 Stunden wöchentlich erreicht wurden: sowohl unter Zugrundelegung der vertraglich geschuldeten Wochenarbeitszeit (regelmäßig und unregelmäßig) als auch bei Abstellen auf die tatsächlich geleistete Arbeit.

Eine solch geschmeidige Lösung funktioniert selten. Erst jüngst musste das SG Saarbrücken²¹ Farbe bekennen und entschied, dass ausschließlich die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit zählt. Doch ist diese Argumentation wirklich zwingend?

b. Lösungsansätze

aa) Tatsächlich geleistete Wochenstundenzahl

Bei der Beurteilung der wöchentlich maßgeblichen Stundenzahl („weniger als 18 Stunden“ – § 156 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX) stellt der Wortlaut auf den Begriff „Beschäftigung“ ab. Konkret wird ein „Beschäftigt-Werden“ verlangt („Stellen, auf ... beschäftigt werden“ – § 156 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX). Dem Begriff wohnt ein tatsächliches Element inne. Dies spricht dafür, dass vorrangig die gelebte Realität des Arbeitsverhältnisses bei der 18 Stunden-Grenze in den Blick zu nehmen ist²². Dem Wortlaut nach muss tatsächlich in gewissem Umfang einer Beschäftigung nachgegangen werden, d.h. Arbeits- und Entgeltleistung müssen wechselseitig erbracht werden. Das Beschäftigungserfordernis in § 156 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX verlangt, dass die Stelle gleichsam „besetzt“ ist, also mit Arbeitskraft „ausgefüllt“ wird. Eine bloße Beschäftigung „auf dem Papier“ reicht nicht²³.

bb) Vertraglich vereinbarte Wochenstundenzahl

Bei der Beurteilung der Gesamtdauer der Beschäftigung („höchstens 8 Wochen“), der 1. Alternative in § 156 Abs. 3, stellt der

Gesetzestext hingegen auf die „Natur der Arbeit“ oder die „zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen“ ab. Hier wird ein mehrwöchiges „Besetzt-Sein“ der Stelle einem längeren „Beschäftigt-Werden“ gleichgesetzt. Dieses systematische Zusammenspiel legt es nahe, bei der Ermittlung der wöchentlich zu leistenden Stundenzahl nach § 156 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX ebenso wie bei § 156 Abs. 3 Alt. 1 SGB IX vorrangig auf die vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen²⁴.

cc) Mix aus gelebter Realität und vertraglicher Vereinbarung

Doch wie ist im Konfliktfall zu entscheiden, also wenn die tatsächliche wöchentliche Beschäftigungszeit von der vereinbarten Arbeitszeit abweicht? Hier sollten die jeweiligen Auslegungsansätze statt eines „entweder – oder“ im Sinne eines „sowohl – als auch“ kombiniert werden. Es bietet sich eine Doppelprüfung an, bei der „sowohl“ die vertraglich vereinbarte „als auch“ die tatsächlich geleistete Wochenarbeitszeit in den Blick genommen wird²⁵. Nur wenn – wie im LSG-Fall – in beiden Fällen weniger als 18 Stunden wöchentlich erreicht werden, ist eine Gleichstellung ausgeschlossen. Wird indes bei nur einer Sichtweise die 18 Stunden-Grenze „geknackt“, ist der Weg frei für eine mögliche Gleichstellung. Für diese salomonische Lösung spricht auch der Zweck der §§ 154, 160 SGB IX, der darin besteht, Schwerbehinderte in das Erwerbsleben einzugliedern und ihre Teilhabemöglichkeiten zu verbessern²⁶. Dieses Ziel kann nur effektiv umgesetzt werden, wenn bei der flankierten Gleichstellungsregelung in § 156 Abs. 3 Alt. 2 SGB IX nicht – wie das SG Saarbrücken meint²⁷ – im engen „entweder – oder“-Modus gedacht, sondern eine weite „sowohl – als auch“-Lösung gefunden wird.

2. Kausalität zwischen Behinderung und drohendem Verlust des Arbeitsplatzes

Der Sonderkündigungsschutz ist nur für Menschen interessant, die in einem Arbeitsverhältnis stehen. Deshalb wird hier nur die arbeitsmarktrechtliche Situation vertiefend beleuchtet, bei der die Behinderung der Grund dafür ist, dass ein geeigneter Arbeitsplatz verloren gehen kann, also die Tatbestandsalternative „Erhalten eines Arbeitsplatzes“. Hinsichtlich der Auslegung der zweiten Tatbestandsalternative „Erlangen eines Arbeitsplatzes“ wird auf die einschlägigen Kommentierungen²⁸ verwiesen werden, insbesondere auch die instruktiven Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit (BA)²⁹.

21 SG Saarbrücken, Urteil vom 12.05.2020 – S 12 AL 1088/19.

22 In diesem Sinne LSG Hamburg, Urteil vom 13.09.2023 – L 2 AL 41/22 D, Rn. 22; a.A. SG Saarbrücken, Urteil vom 12.05.2020 – S 12 AL 1088/19, Rn. 14, das aus dem Wortlaut genau das Gegenteil ableitet.

23 Ähnlich auch BVerwG, Urteil vom 16.05. 2013 – 5 C 20.12, Rn. 18.

24 In diesem Sinne SG Saarbrücken, Urteil vom 12.05.2020 – S 12 AL 1088/19, Rn. 14 und LSG Hamburg, Urteil vom 13.09.2023 – L 2 AL 41/22 D, Rn. 22 m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur.

25 Auch das BVerwG, Urteil vom 16.05. 2013 – 5 C 20.12, Rn. 20, favorisiert offensichtlich ein Regel-Ausnahme-System, in dem bei der Ermittlung der wöchentlich zu leistenden Stundenzahl „nur“ grundsätzlich von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit auszugehen ist.

26 Zu den Vorgängervorschriften in §§ 71, 77 SGB IX nur BVerwG, Urteil vom 16.05. 2013 – 5 C 20.12, Rn. 18.

27 Das SG Saarbrücken, Urteil vom 12.05.2020 – S 12 AL 1088/19, Rn. 14 will allein auf die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit abstellen. Exemplarisch nur Luthe, in: jurisPK-SGB IX, 3. Auflage, § 2 Rn. 144 ff.

29 Fachliche Weisungen der BA zu § 2 SGB IX, gültig ab: 15.09.2023, https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgb-ix-2_ba014661.pdf (abgerufen am: 02.12.2023).

a. Ursachenzusammenhang

Zwischen der Behinderung und der Erforderlichkeit der Gleichstellung muss nach § 2 Abs. 3 SGB IX ein Ursachenzusammenhang bestehen („... infolge der Behinderung ...“). Wann ein solcher – abstrakt betrachtet – anzunehmen bzw. nicht anzunehmen ist, ist in der Rechtsprechung mittlerweile geklärt.

Bei einem „Ursachenbündel“ muss nach Ansicht des BSG³⁰ die Behinderung die möglichen sonstigen Gründe der Arbeitsplatzgefährdung nicht überwiegen. Für die Bejahung des Ursachenzusammenhangs ist es demnach ausreichend, wenn die Behinderung zumindest „Mitursache“ für die Arbeitsmarktprobleme des behinderten Menschen ist.

Hingegen können allein allgemeine betriebliche Probleme, wie beispielsweise Missverständnisse, nicht geklärte Zuständigkeiten, ein unfreundlicher Umgang miteinander und fehlendes Verständnis für die jeweilige Situation des anderen oder auch persönliche Schwierigkeiten mit Vorgesetzten, von denen Nichtbehinderte gleichermaßen betroffen sind, einen Ursachenzusammenhang ebenso wenig begründen, wie ein fortgeschrittenes Alter oder eine mangelnde Qualifikation³¹.

b. Gleichstellung zur Erhaltung eines Arbeitsplatzes

Bei der Tatbestandsalternative „Erhalten eines Arbeitsplatzes“ ist zu prüfen, ob die Schwierigkeiten des behinderten Menschen an seinem Arbeitsplatz, insbesondere die Befürchtung, ihn zu verlieren, zu einem wesentlichen Teil auf die Auswirkungen der gesundheitlichen Einschränkungen zurückzuführen sind. Anhaltspunkte für eine behinderungsbedingte Gefährdung eines Arbeitsplatzes sind beispielsweise³²:

- häufige behinderungsbedingte Fehlzeiten
- behinderungsbedingte verminderte Arbeitsleistung
- dauernde verminderte Belastbarkeit
- auf Dauer notwendige Hilfeleistungen anderer Mitarbeiter
- erkennbare Reaktionen des Arbeitgebers auf die behinderungsbedingten Einschränkungen, beispielsweise Abmahnungen oder Angebot eines Aufhebungsvertrages

Liegen solche oder ähnliche Anhaltspunkte vor, ist – auch wenn eine akute Gefährdung des Arbeitsplatzes (noch) nicht ersichtlich ist – zu prüfen, inwieweit sie den Arbeitsplatz des behinderten Menschen im Vergleich zu Nichtbehinderten dennoch nachvollziehbar unsicherer macht³³. Eine rein abstrakte Gefährdung des Arbeitsplatzes reicht nicht³⁴.

Im Gegensatz zur BA, die die Negativformulierung „unsicherer macht“ verwendet, prüft das BSG hier umgedreht mit einem positiven Begriff und lässt es genügen, dass durch eine Gleichstellung der Arbeitsplatz „sicherer gemacht“ werden kann. Dies sei bereits durch die Erlangung des besonderen Kündigungsschutzes der Fall. Anders ausgedrückt: Eine ungünstige Konkurrenzsituation gegenüber Nichtbehinderten könne nach Ansicht des BSG durch eine Gleichstellung verbessert und somit der Arbeitsplatz „sicherer gemacht“ werden³⁵. Die vom Gesetz geforderte Kausalität sei nicht erst dann zu bejahen, wenn eine Kündigung bereits konkret drohe oder gar ausgesprochen worden sei³⁶.

Im Lichte der neuen EuGH-Rechtsprechung³⁷ ist hier nunmehr sogar an einen zwingend von der AA positiv zu bescheidenden Anspruch auf Gleichstellung von Tag 1 der Beschäftigung an zu denken. Denn gerade, weil das deutsche Arbeitsrecht in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses keinen besonderen Kündigungsschutz vorsieht, muss Arbeitgeber die Kündigung von behinderten Arbeitnehmern erschwert werden. Anders ausgedrückt: Die Gleichstellung kann im Sinne der Rechtsprechung des BSG nur dann den ihr innewohnenden Schutzzweck (Prävention) erfüllen, wenn sie rechtzeitig erfolgt³⁸. Ob sich ein solcher Kündigungsschutz von Tag 1 an zukünftig einstellungshemmend für diesen Personenkreis auswirkt, ist eine andere Frage³⁹.

c. Hinweise für eine erfolgreiche Antragstellung

Zahlreiche Anträge auf Gleichstellung werden abgelehnt. Dies hat unterschiedliche Ursachen, die sich nicht immer im Machtbereich der behinderten Antragsteller abspielen⁴⁰. Gleichwohl ist auch häufig zu beobachten, dass Anträge nicht oder nur sehr pauschal begründet werden. Solche „blutleeren“ Anträge ohne Einzelfallbezug sollten vermieden werden. Auch der Verweis auf ärztliche Atteste, Befundberichte oder sonstige medizinische Unterlagen hilft nur bedingt, um die „Hürden zur Gleichstellung [zu] überwinden“⁴¹. Denn bei einer Gleichstellung geht es nicht darum, von dritter Seite eine Bestätigung der gesundheitlichen Einschränkungen zu erhalten, sondern darum, ob und wie sich die festgestellten Behinderungen negativ auf die zu verrichtende Tätigkeit auswirken. Mit anderen Worten: Genau diese Auswirkungen müssen detailliert und einzelfallbezogen dargestellt werden, sie sind also hinsichtlich der Person des jeweiligen Antragstellers „mit Leben zu füllen“. Eine konkrete Gefährdung kann beispielsweise durch die individualbezogene Darstellung der nachfolgenden Lebenssachverhalte untermauert werden⁴²:

- Die Erbringung der vom Arbeitgeber erwarteten (vertraglich vereinbarten) Arbeitsleistung ist nicht mehr möglich. Es kommt zu langen Arbeitsunfähigkeitszeiten, die auch

30 BSG, Urteil vom 06.08.2014 – B 11 AL 16/13 R, Rn. 22.

31 BSG, Urteil vom 06.08.2014 – B 11 AL 16/13 R, Rn. 22 unter Verweis auf LSG Baden-Württemberg Urteil vom 18.01.2011 – L 13 AL 3853/10.

32 Vertiefend hierzu auch die Übersicht in den Fachlichen Weisungen der BA zu § 2 SGB IX unter 3.5, gültig ab: 15.09.2023, https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgb-ix-2_ba014661.pdf (abgerufen am: 02.12.2023).

33 So das Prüfungsraster der BA in den Fachlichen Weisungen zu § 2 SGB IX unter 3.5, gültig ab: 15.09.2023, https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgb-ix-2_ba014661.pdf (abgerufen am: 02.12.2023).

34 BSG, Urteil vom 06.08.2014 – B 11 AL 16/13 R, Rn. 26.

35 BSG, Urteil vom 02.03.2000 – B 7 AL 46/99 R, Rn. 15.

36 BSG, Urteil vom 06.08.2014 – B 11 AL 16/13 R, Rn. 37.

37 EuGH, Urteil vom 10.02.2022 – C-485/20.

38 So bereits BSG, Urteil vom 02.03.2000 – B 7 AL 46/99 R, Rn. 19.

39 Hierzu nochmals Willemsen, Legal Tribune Online, 11.02.2022, https://www.lto.de/persistent/a_id/47495/ (abgerufen am: 02.12.2023).

40 Ritter, Gute Arbeit 2022, 33, 33 verweist hier insbesondere auf die Arbeitsweise und die Ausstattung der AA.

41 So der Titel des instruktiven Aufsatzes von Ritter, Gute Arbeit 2022, 33 ff.

42 Vertiefend hierzu Ritter, Gute Arbeit 2022, 33, 36.

mit den bereits anerkannten Behinderungen im Zusammenhang stehen.

- Die weitere Ausübung der arbeitsvertraglichen Tätigkeit kann die anerkannten Behinderungen verschlimmern, ist also ein hohes persönliches Risiko.
- Die Fortführung der arbeitsvertraglichen Tätigkeit ist nur noch mit Schmerzmitteln möglich.
- Behinderungsbedingt kommt es neben langen Fehlzeiten zu Unpünktlichkeit, zu Konzentrationsschwäche und zu Ermüdung.
- Bei anerkannten Behinderungen im psychischen Bereich kommt es zu Verhaltensauffälligkeiten, Gereiztheit, häufigen Schwierigkeiten im Team, mit Vorgesetzten oder mit dem Arbeitgeber. Vorgesetzte und Kollegen sind deshalb unzufrieden.
- Der Arbeitgeber hat bereits eine oder mehrere Abmahnungen ausgesprochen. Möglicherweise liegt auch schon ein Aufhebungsvertrag nebst Abfindungsangebot vor. Es ist bereits eine Kündigung angedroht worden, die im Zusammenhang mit der behinderungsbedingten Schlechterfüllung der Arbeitsleistung steht.

Um den Sachverhalt einzelfallbezogen strukturieren zu können und die für eine Gleichstellung erforderliche behinderungsbedingte Arbeitsplatzgefährdung konkret zu untermauern, bietet sich für die Alternative „Erhalten eines Arbeitsplatzes“ das nachfolgende Prüfungsschema an:

1. Anforderungen des Arbeitsplatzes darlegen
2. Behinderungsbedingte Veränderung der Arbeitsleistung darlegen, beispielsweise langsames Arbeiten, schlechtere Arbeitsergebnisse, häufige Fehlzeiten, Gereiztheit, etc.
3. Erkennbare Reaktionen des Arbeitgebers darlegen, beispielsweise Unzufriedenheit, Abmahnungen, Personalgespräche, Kündigungsandrohung, etc.
4. Behinderungsbedingte Gefährdung des Arbeitsplatzes darlegen (Abgrenzung zu sonstigen Risiken des Arbeitslebens, Kontrollüberlegung: Gleichstellung soll „nur“ behinderungsbedingte Nachteile ausgleichen, nicht indes eine Besserstellung gegenüber Nichtbehinderten bewirken.)

Im Zweifel ist – wie oben beim Ursachenzusammenhang bereits angedeutet – eine Gleichstellung auszusprechen. Eine zu restriktive Auslegung verbietet sich schon vor dem Hintergrund der Regelung in § 1 SGB IX und der Verpflichtung zur Optimierung der sozialen Rechte in § 2 Abs. 2 SGB IX⁴³. Im Übrigen folgt aus der allgemeinen Beratungspflicht der Sozialleistungsbehörden nach § 14 SGB I, dass die AA in sich aufdrängenden Fällen sogar auf die Möglichkeit der Gleichstellung von Amts wegen hinzuweisen hat. Verstößt die AA gegen diese Verpflichtung, kann der Behinderte etwaige ihm hierdurch entgangene Sozialleistungen im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs und sonstige Schäden auch im Wege des Schadensersatzanspruchs wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB) kompensieren⁴⁴.

⁴³ So auch Luthé, in: jurisPK-SGB IX, 3. Auflage, § 2 Rn. 159.

⁴⁴ Luthé, in: jurisPK-SGB IX, 3. Auflage, § 2 Rn. 188.

III. Welche Risiken bestehen?

1. Befragung des Arbeitgebers

Um eine sachgerechte Entscheidung über den Gleichstellungsantrag zu treffen, kann die AA den Arbeitgeber zur behinderungsbedingten Gefährdung des Arbeitsplatzes anhören. Dies birgt Gefahren. Denn hierdurch erfährt der Arbeitgeber möglicherweise erstmalig, dass sein Arbeitnehmer einen GdB von mindestens 30 hat. Je nach Begründung des Antrages erlangt der Arbeitgeber unter Umständen auch Kenntnis über die bestehenden Leistungsbeeinträchtigungen seines Arbeitnehmers. Wenn dann noch signifikante krankheitsbedingte Fehlzeiten vorliegen, wird der Arbeitgeber möglicherweise ohne Not „gezwungen“, sich mit einem Problem auseinanderzusetzen, welches er davor nicht bzw. noch nicht auf dem Radar gehabt hat, konkret: einer möglichen krankheitsbedingten Kündigung.

2. Kündigung des Arbeitgebers vor Ablauf der 3-Wochen-Frist

Noch dramatischer wird es, wenn die AA den Arbeitgeber unmittelbar nach dem Eingang des Gleichstellungsantrages informiert und der Arbeitgeber schnell handelt und noch innerhalb der 3-Wochen-Frist kündigt. Dann muss er nicht einmal die Zustimmung des Integrationsamtes einholen. Die Erlangung des vom Arbeitnehmer eigentlich beabsichtigten besonderen Kündigungsschutzes läuft dann leer.

3. Umgehung der Voraussetzungen einer krankheitsbedingten Kündigung

Unabhängig davon besteht auch nach Ablauf der 3-Wochen-Frist zumindest die theoretische Gefahr, dass der Arbeitgeber, der die Zustimmung des Integrationsamtes benötigt, die Kündigung, die er eigentlich krankheitsbedingt wegen erheblicher Fehlzeiten aussprechen wollte, nunmehr alternativ auf verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe stützt. In solchen Fällen wird das Integrationsamt die Zustimmung in aller Regel erteilen, weil nunmehr gerade nicht die Behinderung der Grund für die Kündigung ist.

4. Verweigerung der Einwilligung durch die behinderte Person

Um dem Dilemma zu entgehen, kann der behinderte Antragsteller zwar gegenüber der AA mitteilen, dass er mit einer Befragung seines Arbeitgebers nicht einverstanden ist. Wenn er so handelt, läuft er indes Gefahr, dass sein Antrag wegen fehlender Mitwirkung nach § 66 SGB I keinen Erfolg hat⁴⁵.

⁴⁵ So zumindest die Sichtweise der BA in den Fachlichen Weisungen zu § 2 SGB IX unter 4.1.3, gültig ab: 15.09.2023, https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-sgb-ix-2_ba014661.pdf (abgerufen am: 02.12.2023); ähnlich auch Ritter, *Gute Arbeit* 2022, 33, 39; a.A. offensichtlich Luthé, in: jurisPK-SGB IX, 3. Auflage, § 2 Rn. 158 m.w.N., wonach eine Ablehnung des Gleichstellungsantrages nach § 66 SGB I unzulässig sein soll, wenn der Antragsteller zwar die Befragung des Arbeitgebers ablehnt, nicht aber diejenige des Betriebsrates und der Schwerbehindertenvertretung.

Ergo: Vor dem Hintergrund der geschilderten Chancen und Risiken sollten Arbeitnehmer mit einem GdB von 30 bis 40 einzelfallabhängig entscheiden, ob, wann und unter welchen

Voraussetzungen die Beantragung einer Gleichstellung für sie sinnvoll ist oder nicht.

Die Neuregelungen zum SGB III in 2024

Udo Geiger*

Angesichts der Fülle von Gesetzen, die in Artikelgesetzen Änderungen und Erweiterungen des SGB III beinhalten und diesen mit gestuften Zeitpunkten des Inkrafttretens Geltung verschaffen, soll hier ein Überblick und eine kurze Darstellung über die wichtigsten Regelungen gegeben werden, die ab 1.1.2024 und im Verlauf des Jahres 2024 Wirkung entfalten.

Fachkräfteeinwanderungsgesetz

Mit Art. 2 des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes wurde zum 20.8.2019 ein **§ 421b SGB III** als befristetes Modellprojekt eingeführt. Die in § 421b SGB III geschaffene Servicestelle soll ausländischen Fachkräften Beratung und Unterstützung bei der Anerkennung von Berufsabschlüssen geben. Die Regelung war auf den 31.12.2023 befristet worden. Mit Art. 7 des **Gesetzes zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung**¹ wird die Geltungsdauer von § 421b SGB III auf den 31.12.2026 verlängert.

Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/882 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen und zur Änderung anderer Gesetze

In Art. 2b des vorgenannten Gesetzes wurde in **§ 299 SGB III** eine Informationspflicht der Arbeitsvermittler bei grenzüberschreitender Vermittlung geschaffen. Die Informationspflichten sind in Art. 7 des **Gesetzes zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung** mit Wirkung zum **1. März 2024** um eine Nr. 10 ergänzt worden. Danach umfasst die Informationspflicht beispielhaft die Beratungsstellen nach § 23a AEntG oder im Fall von Staatsangehörigen aus Drittstaaten mindestens beispielhaft die Beratungsstellen nach § 45b Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG und die jeweils aktuellen Kontaktdaten der erwähnten Beratungsdienste.

Verordnung zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung

Vermittelt über § 39 AufenthG steuert die BA maßgeblich den Zugang ausländischer Menschen zum Arbeitsmarkt. Dabei regelt die **Beschäftigungsverordnung**, wann eine Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden kann oder

entbehrlich ist. Mit Wirkung zum **1. März 2024** treten mit Art. 2 der **Verordnung zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung**² eine Reihe von Änderungen der Beschäftigungsverordnung in Kraft. Hervorzuheben ist die Befugnis, einer Beschäftigung von ausländischen Pflegehilfskräften unter den in § 22a BeschV genannten Bedingungen zuzustimmen zu können und eine Ausschlussregelung, wenn Arbeitgeber einen in § 36 Abs. 4 Nr. 1 – 5 BeschV genannten Missbrauchstatbestand erfüllen. Sie können dann für eine Dauer von bis zu fünf Jahren von der Möglichkeit ausgeschlossen werden, dass die BA eine Zustimmung oder eine Arbeitserlaubnis für die Beschäftigung einer Ausländerin oder eines Ausländers bei diesem Arbeitgeber erteilt.

Gesetz zur Stärkung der Aus- und Weiterbildungsförderung

Die das SGB III betreffenden Regelungen im **Gesetz zur Stärkung der Aus- und Weiterbildungsförderung**³ treten mit Art. 1, Art. 2 und Art. 3 in drei Stufen in Kraft.

Art. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Aus- und Weiterbildungsförderung

Mit Art. 1 des **Beschäftigungssicherungsgesetzes** vom 3.12.2020 war nach **§ 82 Abs. 9 SGB III** die Förderung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Maßnahmen, die während des Bezugs von Kurzarbeitergeld beginnen, bis zum 31. Juli 2023 ausgeschlossen; die Förderung sollte ausschließlich nach **§ 106a SGB III** erfolgen, u.a. für Personen, die vor dem 31. Juli 2023 Kurzarbeitergeld beziehen.

Art. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Aus- und Weiterbildungsförderung verlängert mit Wirkung ab 21.7.2023 die §§ 82 Abs. 9, 106a SGB III auf Förderungen bzw. KUG-Bezug bis zum **31.7.2024**. Der Gesetzgeber begründet die Verlängerung um ein Jahr damit, dass die Regelungen wegen der pandemiebedingten Sonderregelungen (vor allem der Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge) ihre volle Anreizwirkung bis zum 31. März 2022 nicht entfalten konnten. Die Anreizwirkung der Regelung außerhalb von Krisenzeiten könne mit der bisher geltenden Befristung bis zum 31. Juli 2023 nicht ermittelt werden. Deshalb werde die Geltungsdauer um ein Jahr verlängert⁴.

* Richter am SG Berlin a.D.
1 BGBl 2023, Nr. 217

2 BGBl 2023, Nr. 233
3 BGBl 2023, Nr. 191
4 BT-Drs. 20/6518, S. 37