

Teilhabe (-Recht) für behinderte Menschen – SGB IX

1. Allgemeines

Das Recht der Teilhabe behinderter Menschen wird (vor allem) im SGB IX geregelt und die dort geregte Teilhabe kann wiederum in mehrere Bereiche unterteilt werden:

- am Leben der Gesellschaft (als allgemeine programmatische Aussage des § 1)
- am Arbeitsleben (§ 33)
- in der Gemeinschaft (§ 55)
- medizinische Rehabilitation (dies dürfte aus Abs. 1 des § 26 unzweideutig hervorgehen)

Während § 1 einerseits zwar erst einmal die Zielrichtung und *lege ratio* des gesamten SGB IX umreißt und daher noch keine Anspruchsgrundlage bildet, handelt es sich andererseits aber nicht nur um bedeutungslose Zielvorgaben, sondern diese sind auch bei der Auslegung der einzelnen Vorschriften zu berücksichtigen (*Dau/Düwell/Joussen,, SGB IX, 10. Aufl., 2010, Rn. 2*).

§ 1 SGB IX Selbstbestimmung und Teilhabe am Leben in der Gesellschaft

Behinderte oder von Behinderung bedrohte Menschen erhalten Leistungen nach diesem Buch und den für die Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen, um ihre Selbstbestimmung und gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu fördern, Benachteiligungen zu vermeiden oder ihnen entgegenzuwirken. Dabei wird den besonderen Bedürfnissen behinderter und von Behinderung bedrohter Frauen und Kinder Rechnung getragen.

Gleich danach wird durch § 2 die Legaldefinition des Behinderungsbegriffes und damit eine weitere zentrale Vorschrift für das SGB IX aufgestellt:

Marianne Burkert-Eulitz,
M.A., Verfahrensbeistand
Bayreuther Straße 8
10787 Berlin

Telefon:
(030) 29 77 35 74 - 0
Telefax:
(030) 29 77 35 74 - 4

kanzlei@burkert-eulitz.de

in Bürogemeinschaft mit:

RA Olaf Werner

RA Jens Christian Göke

RA Christian Dobek

§ 2 Behinderung

(1) Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Sie sind von Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist.

(2) Menschen sind im Sinne des Teils 2 schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 73 rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches haben.

(3) Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 73 nicht erlangen oder nicht behalten können (gleichgestellte behinderte Menschen).

Mit der Formulierung im Absatz 1 hat der Gesetzgeber an den von der WHO entwickelten Behinderungsbegriff (ICF) angeknüpft, der sich auch im § 3 des 2002 in Kraft getretenen Bundesgleichstellungsgesetzes für Menschen mit Behinderungen wiederfindet. Im Vordergrund stehen nun nicht mehr (vermeintliche) Defizite von Behinderten, sondern Behinderung wird nun als eine soziales Verhältnis zwischen dem behinderten Menschen und seiner Umwelt definiert – Behinderung ist also nicht mehr eine der Person anhaftende Eigenschaft, sondern wird als ihr aktueller Zustand in der Gesellschaft verstanden (*Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, 3. Aufl., 2009, § 2, Rn. 6*). Für die Annahme einer drohenden bzw. zu „erwartenden“ Behinderung ist notwendig, wenn diese nach ärztlicher oder sonstiger fachlicher Erkenntnis mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (*Kreikebohm, Kommentar zum Sozialrecht, 2. Aufl., 2011, § 2 SGB IX, Rn. 4*). Allerdings erfolgt im Rahmen des SGB IX keine generelle Gleichstellung mit behinderten Menschen, da einige Leistungen bzw. Hilfen (insbes. in Teil 2) nur bei einer bereits eingetretenen Behinderung beansprucht werden kann. Was schwerbehinderte Menschen betrifft (Abs. 2), so ergibt sich die Schwerbehinderteneigenschaft unmittelbar aus dem Gesetz, und nicht erst aus dem Schwerbehindertenausweis des Versorgungsamts, der hier lediglich deklaratorische Wirkung hat (*Kossens/von der Heide/Maaß, a.a.O., Rn. 13*). Soweit es um gleichgestellte behinderte Menschen geht (Abs. 3), ist als Voraussetzung der Gleichstellung ein Antrag des behinderten Menschen gem. § 68 Abs. 2 zu stellen.

2. Teilhabe am Arbeitsleben

Die Teilhabe behinderter Menschen am Arbeits- und Berufsleben beinhaltet mehrere Einzelaspekte, die von Leistungen der Arbeitsförderung nach SGB III über die besonderen Regelungen zum Kündigungsschutz nach den §§ 85ff. SGB IX bis hin zu den Leistungen der Integrationsämter und Integrationsfachdienste reichen.

a) Maßnahmen der beruflichen Eingliederung nach SGB III

Behinderten Menschen stehen zumindest prinzipiell die gleichen Leistungen für die Förderung der beruflichen Eingliederung nach dem SGB III zur Verfügung, die auch für nicht behinderten Menschen vorgesehen sind (Berufsberatung, Vermittlung, Kostenübernahme bei Versendung von Bewerbungsunterlagen et c.). Ab dem 01.04.2012 finden sich die entsprechenden Regelungen nun im 7. Kapitel des SGB III, dessen grundlegende, da anspruchsbegründende Norm ist der § 112:

§ 112 Teilhabe am Arbeitsleben

(1) Für behinderte Menschen können Leistungen zur Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben erbracht werden, um ihre Erwerbsfähigkeit zu erhalten, zu verbessern, herzustellen oder wiederherzustellen und ihre Teilhabe am Arbeitsleben zu sichern, soweit Art oder Schwere der Behinderung dies erfordern.

(2) Bei der Auswahl der Leistungen sind Eignung, Neigung, bisherige Tätigkeit sowie Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes angemessen zu berücksichtigen. Soweit erforderlich, ist auch die berufliche Eignung abzuklären oder eine Arbeitserprobung durchzuführen.

Wie schon der Wortlaut dieser Vorschrift erkennen lässt, hat die Agentur für Arbeit als zuständiger Träger hier einen Ermessensspielraum, dieser gilt allerdings nur für die sog. allgemeinen Leistungen. Die Agentur für Arbeit (AA) als Träger hat hier eine Ermessensentscheidung zu treffen. Dies gilt allerdings erst einmal nur für die allgemeinen Leistungen, die im § 115 aufgelistet sind.:

§ 115 Leistungen

Die allgemeinen Leistungen umfassen

1. Leistungen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung, Leistungen zur Förderung der Berufsvorbereitung und Berufsausbildung einschließlich der Berufsausbildungsbeihilfe,
3. Leistungen zur Förderung der beruflichen Weiterbildung,
4. Leistungen zur Förderung der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit.

Wie weit genau das Ermessen der Arbeitsagentur geht bzw. in welchen Fällen auch bei den allgemeinen Leistungen das Ermessen eingeschränkt oder gar auf Null reduziert ist, hängt von den Einzelfallumständen ab. So hat zum Beispiel das Sozialgericht Berlin (unter Anwendung der damaligen §§ 97 ff. SGB III) entschieden, dass sich das prinzipiell ja vorhandene Handlungsermessen derart auf einen Leistungsanspruch dem Grund nach verdichtet, wenn die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen und die Schwere der Behinderung Leistungen zu Teilhabe am Arbeitsleben erforderlich macht (09.06.2006, Az.: S 77 AL 3061/05, m.w.N.). Wenn man diese Judikatur anwendet, ist das (Handlungs-) Ermessen der Arbeitsagentur regelmäßig insoweit auf Null reduziert, als dass eine der geeigneten Leistungen bzw. ein Kombination hiervon zu bewilligen ist (*Mutschler/Schmidt-de Caluwe/Coseriu, SGB III, 5. Aufl., 2013, § 112, Rn. 51*). Im Regelfall wird jedoch „nur“ ein Anspruch auf Ausübung eines pflichtgemäßen Ermessens gegeben sein und die Gerichte beschränken im Streitfall ihre Prüfung darauf, ob die Arbeitsverwaltung ihre Ermessengrenzen überschritten oder ihr Ermessen in einer Weise gebraucht hat, die dem Zweck der Ermächtigung widerspricht und daher eine rechtswidrige Entscheidung getroffen hat (*Brand, SGB III, 6. Aufl., 2012, § 112, Rn. 5*). Konkret bedeutet dies, dass die Arbeitsagentur neben den Kriterien des § 112 Abs.2 S.1 – Eignung, Neigung, bisherige Tätigkeiten, Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes – auch die des § 7 zu berücksichtigen, wonach die Leistung oder eine Kombination von Leistungen für den Einzelfall am besten geeignet sein und dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit entsprechen müssen, wobei hier vorrangig auf die Fähigkeiten der zu fördernden Person und die Erfolgsaussichten einer Eingliederung abzustellen ist (*Brand, SGB III, 6. Aufl., 2012, § 112, Rn. 6*). Von der Arbeitsagentur ebenfalls zu beachten sind die Kriterien des § 33 SGB I,

wozu etwa die persönlichen Verhältnisse des Berechtigten, sein Bedarf, seine Leistungsfähigkeit sowie die örtlichen Verhältnisse zählen, wobei angemessenen Wünschen entsprochen werden soll. Hinzu kommen die durch § 9 Abs.1 SGB IX aufgestellten Kriterien wie die persönliche Lebenssituation, Alter, Geschlecht, Familie, religiöse bzw. weltanschauliche Bedürfnisse, wozu auch die besonderen Bedürfnisse behinderter Mütter und Väter bei der Erfüllung ihres Erziehungsauftrages oder auch die besonderen Bedürfnisse behinderter Kinder zählen. Nach Einbeziehung all dieser Gesichtspunkte und ggf. zusätzlicher besonderer Umstände wie Eilbedürftigkeit, berufliche Unabkömmlichkeit oder Unterbringungsmöglichkeiten für Kinder kann sich die Arbeitsagentur dann unter mehreren Maßnahmen auf die Förderung derjenigen beschränken, deren Eignung und Sicherheit am höchsten erscheint und in einem wirtschaftlich angemessenen Rahmen bleibt (*Brand, SGB III. 6. Aufl., 2012, § 112, Rn. 8*). Unter Rückgriff auf teilweise schon ältere Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes bedeutet dies in Einzelfällen konkret, dass etwa eine Leistung nicht allein mit der Begründung versagt werden kann, dass eine konkrete Leistung zwar beantragt wurde, für die Erreichung des Eingliederungsziels jedoch andere Möglichkeiten bestünden, die Arbeitsagentur hat hier abzuwägen, ob dies auch mit anderen Mitteln erreicht werden kann (*vgl. BSG, 15.10.1981, Az.: 5b/5 RJ 96/79*). Ebenso wenig kann dem behinderten Menschen schlicht entgegengehalten werden, dass sein Handeln oder gewolltes Handeln „so nicht geht“, vielmehr muss ihm die Arbeitsagentur den richtigen Weg zur Leistung aufzeigen, so hier Anlass dazu besteht (*vgl. BSG, 12.08.1982, Az.: 11 RA 62/81*). Ein Ermessensfehler der Arbeitsagentur liegt auch dann vor, wenn sie sich auf ihre ständige Verwaltungspraxis beruft, obwohl ein begründeter Ausnahmefall vorliegt (*vgl. BSG, 15.03.1979, 11 RA 34/78*). Andererseits ist ein Ermessenfehler selbstverständlich dann nicht anzunehmen, wenn sich ein Reha-Träger auf eine verspätete Antragsstellung beruft (*vgl. BSG, 08.09.1982, Az.: 5b RJ 18/81*). Oft stellt sich auch das Problem begrenzter Finanzmittel der öffentlichen Träger, dies berechtigt allerdings nicht ohne Weiteres, erforderliche Leistungen zur Teilhabe wegen Erschöpfung der Haushaltsmittel gänzlich abzulehnen (*Mutschler/Schmidt-de Caluwe/Coseriu, SGB III, 5. Aufl., 2013, § 112, Rn. 52*). Ebenso ist eine Mittelvergabe nach dem sog. „Windhundprinzip“, wonach die Bewilligung von Leistungen bis zur Erschöpfung der Mittel allein nach dem Zeitpunkt der Antrag-

stellung erfolgt, nicht sachgerecht, andererseits können wegen Mittelknappheit allgemein oder für eine längere Zeit die Zugangsvoraussetzungen nach sachgerechten Gesichtspunkten eingeschränkt oder die Leistung nach Dauer und Höhe begrenzt werden (vgl. BSG, 25.10.1990, Az.: 7 RAR 14/90). Die Arbeitsagenturen sind im Rahmen ihrer Ermessensausübung grundsätzlich zwar berechtigt und verpflichtet, finanzielle Erwägungen anzustellen, allerdings ist eine Eingliederungsmaßnahme i.d.R. ohne Rücksicht auf die Kosten dann zu fördern, wenn nur sie eine Eingliederung erwarten lässt (Mutschler/Schmidt-de Caluwe/Coseriu, SGB III, 5. Aufl., 2013, § 112, Rn. 58). Grundsätzlich kommt der Verwaltung hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Einschätzungsprärogative zu (BSG, 29.02.1984, Az.: 8 RK 27/82).

In einem ganz anderen Zusammenhang ist hinsichtlich allgemeiner Leistungen die Regelung des § 116 Abs. 1 SGB III interessant:

§ 116 Besonderheiten

(1) Leistungen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung können auch erbracht werden, wenn behinderte Menschen nicht arbeitslos sind und durch diese Leistungen eine dauerhafte Teilhabe am Arbeitsleben erreicht werden kann.

Hier besteht insoweit eine gewisse „Privilegierung“ behinderter Menschen, als dass diese nicht alsbald damit rechnen müssen, ihre Beschäftigung zu verlieren, um in den Genuss der Leistung zu kommen. Bei der vorzunehmenden Prognose ist auf die sog. Kausalitätslehre von der wesentlichen Bedingung zurückzugreifen, d.h. dass der ursächliche Zusammenhang zwischen den Leistungen zur Aktivierung bzw. Eingliederung und der dauerhaften Teilhabe am Arbeitsleben hinreichend wahrscheinlich sein muss, die bloße Möglichkeit genügt nicht (BSG, 02.02.1978, Az.: 8 RU 66/77). Vereinfacht formuliert bedeutet dies nichts anderes, als dass zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung mehr dafür als dagegen spricht, dass das neue Beschäftigungsverhältnis voraussichtlich auf Dauer bestehen wird – die Vereinbarung einer üblichen Probezeit spricht etwa keinesfalls gegen eine positive Prognose (Brand, SGB III, 6. Aufl., 2012, § 116, Rn. 3).

Die besonderen Leistungen werden im § 118 S. 1 aufgezählt:

§ 118 Leistungen

Die besonderen Leistungen umfassen

1. das Übergangsgeld,
2. das Ausbildungsgeld, wenn ein Übergangsgeld nicht gezahlt werden kann,
3. die Übernahme der Teilnahmekosten für eine Maßnahme.

Was die Ermessenfrage betrifft, so schloss der Gesetzgeber in § 3 Abs. 3 Nr. 8 ein Ermessen zunächst erst einmal aus. Ein Ermessen besteht allenfalls hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der besonderen Leistungen, soweit mehrere Varianten in gleicher Weise geeignet sind (*LSG NRW, 30.11.2009, Az.: L 12 B 30/09 AL ER*), wie etwa Leistungen in verschiedenen Berufsförderwerken, so der Betroffene hier keinen berechtigten Wunsch (vgl. § 9 Abs. 1 S.1 SGB IX) geäußert hat (*Mutschler/Schmidt-de Caluwe/Coseriu, SGB III, 5. Aufl., 2013, § 112, Rn. 47*).

Die Tatbestandsvoraussetzungen, die die besonderen Leistungen nach § 118 (zwingend) einschlägig werden lassen, finden sich im § 117 Abs. 1 S. 1:

§ 117 Grundsatz

(1) Die besonderen Leistungen sind anstelle der allgemeinen Leistungen insbesondere zur Förderung der beruflichen Aus- und Weiterbildung, einschließlich Berufsvorbereitung, sowie blindentechnischer und vergleichbarer spezieller Grundausbildungen zu erbringen, wenn

1. Art oder Schwere der Behinderung oder die Sicherung der Teilhabe am Arbeitsleben die Teilnahme an
 - a) einer Maßnahme in einer besonderen Einrichtung für behinderte Menschen oder
 - b) einer sonstigen, auf die besonderen Bedürfnisse behinderter Menschen ausgerichteten Maßnahme unerlässlich machen oder
2. Behinderung erforderlichen Leistungen nicht oder nicht im erforderlichen Umfang vorsehen.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, besteht ein Rechtsanspruch auf die besonderen Leistungen. Mit der Formulierung „unerlässlich“ sieht der Abs. 1 S.1

Nr. 1 einen strengen Prüfungsmaßstab vor – eine Förderung ist nur möglich, wenn die behinderungsbedingten Defizite die Teilnahme an einer der genannten Maßnahmen erfordern, andererseits genügt es nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut, wenn eine der beiden Varianten des Abs. 1 Nr. 1 erfüllt ist (*Schmidt/BeckOK, § 117 SGB III, Rn. 3, Stand: 01.03.2013*).

Verfahren: Leistungen der Arbeitsförderung werden grundsätzlich nur auf Antrag erbracht (§ 323 Abs. 1 S. 1), allerdings kann die Arbeitsagentur auch von Amts wegen tätig werden, wenn der Berechtigte zustimmt (§ 323 Abs. 3). Der Antrag ist grundsätzlich vor Eintritt des leistungsbegründenden Ereignisses zu stellen, in Ausnahmefällen kann die Arbeitsagentur eine verspätete Antragsstellung zur Vermeidung unbilliger Härten zulassen (§ 324 Abs. 1). Ein Sonderproblem stellt sich hier bezüglich der Frage, ob die BA die Kosten einer nach dem Antrag ohne Bewilligung durch die Arbeitsagentur selbstbeschaffte Leistung zu erstatten hat. Dies richtet sich nach § 15 Abs. 1 SGB IX:

§ 15 SGB IX Erstattung selbstbeschaffter Leistungen

(1) Kann über den Antrag auf Leistungen zur Teilhabe nicht innerhalb der in § 14 Abs. 2 genannten Fristen entschieden werden, teilt der Rehabilitationsträger dies den Leistungsberechtigten unter Darlegung der Gründe rechtzeitig mit. Erfolgt die Mitteilung nicht oder liegt ein zureichender Grund nicht vor, können Leistungsberechtigte dem Rehabilitationsträger eine angemessene Frist setzen und dabei erklären, dass sie sich nach Ablauf der Frist die erforderliche Leistung selbst beschaffen. Beschaffen sich Leistungsberechtigte nach Ablauf der Frist eine erforderliche Leistung selbst, ist der zuständige Rehabilitationsträger unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Erstattung der Aufwendungen verpflichtet. Die Erstattungspflicht besteht auch, wenn der Rehabilitationsträger eine unaufschiebbare Leistung nicht rechtzeitig erbringen kann oder er eine Leistung zu Unrecht abgelehnt hat. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für die Träger der Sozialhilfe, der öffentlichen Jugendhilfe und der Kriegsopferfürsorge.

Die Selbstbeschaffung ist mit einem gewissen Risiko verbunden, da hier nicht nur die Voraussetzungen für die entsprechende Leistung gegeben sein müssen, sondern der Leistungsberechtigte muss auch seinen Mitwirkungspflichten bei der Vorbereitung seines Antrags ausreichend nachgekommen sein (*Gagel, SGB II / SGB III, 48. EL., 2013, Vorb. zu §§ 97-115, Rn. 24*). Wird die nachträgliche Erstattung der Kosten gewährt, ist diese auf den Betrag begrenzt, den der Träger für die erforderliche Leistung selbst hätte aufwenden

müssen, die Mehrkosten einer aufwendigeren nicht erforderlichen Leistung sind dementsprechend nicht erstattungsfähig (vgl. *BT-Drucks. 14/5074, S. 103*).

Was der Verwaltungsverfahren selbst angeht, so sollten hier einige wichtige Details kurz erwähnt werden:

- Ergeht ein Bescheid, in dem eine Leistung zur Teilhabe am Arbeitsleben pauschal bewilligt wird, handelt es sich um einen sog. begünstigenden Verwaltungsakt mit Dauerwirkung i.S.d. § 48 Abs. 1 SGB X (*BSG, 24.03.1983, Az.: 1 RA 61/82*).
- Der sog. Verfügungssatz eines Bewilligungsbescheides beinhaltet die bindende Anerkennung des Vorliegens der Fördervoraussetzungen durch die Arbeitsagentur (§§ 39 SGB X, 77 SGG).
- Die Arbeitsagentur kann nach der Bewilligung der Leistung diese dem Behinderten nicht gem. § 66 Abs. SGB I versagen, sollte dessen Mitwirkungsbereitschaft danach entfallen, da sich die entsprechende Verpflichtung zur Mitwirkung gem. § 66 Abs. 1 SGB I lediglich auf die Angabe der für die Bewilligung der Leistung erheblichen Tatsachen bezieht, nicht jedoch auf die Teilnahme an der angebotenen Leistung (*Brand, SGB III, 6. Auflage, 2012, § 112, Rn. 40*). Allerdings kann sie den Bewilligungsbescheid gem. § 48 SGB X aufheben (*BSG, 22.09.1981, Az.: 1 RJ 112/80*).
- Sollte sich der Sachverhalt in wesentlicher Beziehung geändert haben, bestehen etwa triftige Gründe für einen Umschulungswechsel, muss die Arbeitsagentur eine neue Entscheidung treffen, eine veränderte Arbeitsmarktsituation ist bspw. nur erheblich, wenn sich die Aussichten tiefgreifend verschlechtert haben (*Brand, SGB III, 6. Auflage, 2012, § 112, Rn. 40*).

Bei den ggf. zu führenden Gerichtsverfahren ist für die Prüfungsdichte und Klageart selbstverständlich entscheidend, ob es sich um besondere oder allgemeine Leistungen handelt. Zum möglichen Gerichtsverfahren hier vielleicht noch einige Problemfelder:

- Ist von der Arbeitsagentur bereits eine bindende Entscheidung getroffen worden, dass die Grundvoraussetzungen für die Bewilligung einer besonderen Leistung vorliegen, ist eine gerichtliche Überprüfung dieser Leistungsvoraussetzungen nicht mehr erforderlich (*BSG, 25.03.2003, Az.: B 7 AL 8/02 R*).
- Unterschiedlich wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur die Frage behandelt, ob eine gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs auf Teilhabe gem. §§ 112ff. SGB III per Antrag auf einstweilige Anordnung (nach § 86b Abs. 2-4 SGG) auch dann in Betracht kommt, wenn die Arbeitsagentur ein Ermessen bzw. Beurteilungsspielraum hat. Nach einer weit verbreiteten Auffassung kommt dies (ausnahmsweise) dann in Betracht, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass eine erneute Ermessensbetätigung zugunsten des Anspruchsstellers ausgeht, was insbesondere bei intendiertem Ermessen anzunehmen sein wird. Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache würde dann nicht greifen, wenn ohne eine einstweilige Regelung und wegen der Dauer des Hauptsacheverfahrens der bisher erreichte Ausbildungsstand eines jungen behinderten Menschen gefährdet wäre (*LSG Nds-Bremen, 16.01.2006, Az.: L 12 AL 202/06 ER; Brand, SGB III, 6. Aufl., 2012, § 112, Rn. 41; vgl. auch LSG NRW, 30.11.2009, Az.: L 12 B 30/09*). Nach der Gegenauffassung kommt dies nicht in Betracht, da eine einstweilige Anordnung nur in den Grenzen des Anordnungsanspruches zulässig wäre, aber zumindest ist hier eine Verpflichtung der Verwaltung zu einem Verhalten „eigener Wahl unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts“ möglich (*LSG Bayern, 20.04.2009, Az.: L 13 R 152/09 B ER; Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., 2008, § 86b, Rn. 30; Mutschler/Schmidt-de Caluwe/Coseriu, SGB III, 5. Aufl., 2013, § 112, Rn. 110*).
- Rehabilitationsleistungen sind nach Ablehnung durch die Arbeitsverwaltung per Verpflichtungsbeschneidungsklage (vgl. § 113 Abs. 3 SGG) einzuklagen, wenn es sich um eine Ermessensleistung handelt (*BSG, 14.12.1994, Az.: 4 RA 42/94*).

- Wird geltend gemacht, dass das Ermessen der Arbeitsverwaltung auf Null reduziert ist, ist dies im Rahmen einer kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (vgl. § 54 Abs. 1 SGG) zu tun, im Fall einer Pflichtleistung mit einer kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage nach § 54 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 SGG (*Mutschler/Schmidt-de Caluwe/Coseriu, SGB III, 5. Aufl., 2013, § 112, Rn. 106*).
- Die vor dem Inkrafttreten des SGB III (AGF) entwickelte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Zulässigkeit von Feststellungsklagen nach § 55 SGG, wonach auf Feststellung einer Verpflichtung zur Förderung geklagt werden kann, da der Förderungsanspruch eine Art „Stammrecht“ ist, gilt auch heute noch für Leistungen nach dem SGB III, soweit dem nicht ein Ermessensspielraum der Arbeitsverwaltung entgegensteht. Bei Vorliegen eines entsprechenden Rechtsschutzbedürfnisses ist es nach wie vor statthaft, den Rechtsstreit auf die Frage zu beschränken, ob eine Bildungsmaßnahme für den behinderten Menschen überhaupt förderungsfähig ist (*BSG, 17.11.2005, Az.: B 11 a AL 23/05*).
- Das SGB IX hat mit dem § 63 erstmals ein Klagerecht der Verbände eingeführt. Danach können Verbände, die nach ihrer Satzung behinderte Menschen auf Bundes- oder Landesebene vertreten und nicht selbst am Prozess beteiligt sind, diese mit ihrem Einverständnis an deren Stelle vertreten, soweit die Verfahrensvoraussetzungen erfüllt sind, die bei einem behinderten Menschen selbst auch vorliegen müssen. Allerdings handelt es sich hier nicht um ein Verbandsklagerecht im engeren Sinne wie etwa beim UWG, sondern um eine gesetzliche Prozessstandschaft, da die Verbände nur im Einvernehmen mit den Betroffenen klagen können (*Mutschler/Schmidt-de Caluwe/Coseriu, SGB III, 5. Aufl., 2013, § 112, Rn. 111*).

b) Teilhabe und Kündigungsschutz auf dem Arbeitsmarkt nach dem SGB IX

Um eine möglichst große Teilhabe behinderter Menschen auf dem Arbeitsmarkt zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber im SGB IX (vor allem in den §§ 68ff.) für viele Teilaspekte Bestimmungen geschaffen, die der Integration und

dem Schutz behinderter Menschen im Arbeitsleben dienen sollen. Dies reicht von der Verpflichtung der Arbeitgeber, in einem bestimmten Umfang Schwerbehinderte einzustellen (§§ 71ff.), über die Wahl einer Schwerbehindertenvertretung (§ 94) bis hin zum besonderen Kündigungsschutz für schwerbehinderte Arbeitnehmer (§§ 85ff.).

Die Verpflichtung öffentlicher und privater Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich mindesten 20 Arbeitsplätzen, diese zu mindestens 5 % mit Schwerbehinderten zu besetzen, verschafft allerdings keinen individualrechtlichen Einstellungsanspruch (*Rolfs, EK zum Arbeitsrecht, 13. Aufl., 2013, § 71 SGB IX, Rn. 1*), sondern hier handelt es sich lediglich um eine öffentlich-rechtliche Beschäftigungspflicht im Verhältnis zum Staat (*Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, 3. Aufl., 2009, § 71, Rn. 5*).

Für unsere Zwecke sehr viel relevanter sind hingegen die Regelungen zum besonderen Kündigungsschutz der §§ 85ff.. Die vielleicht wichtigste Vorschrift ist erst einmal der § 85 selbst, wonach der Arbeitgeber einem schwerbehinderten Menschen nur nach vorheriger Zustimmung des Integrationsamts kündigen darf, sofern zwischen Begründung des Arbeitsverhältnisses und Zugang der Kündigung mehr als 6 Monate liegen (§ 90 Abs. 1 Nr. 1). Hierzu einige auch in der Praxis wichtige Details und Problemfelder:

- Weder der Verzicht des Schwerbehinderten auf die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes, noch ein Abbedingen des Schwerbehindertenschutzes durch Tarifverträge sind zulässig, da der § 85 zwingendes Recht ist (*Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, 3. Aufl., 2009, § 85, Rn. 2*).
- Der Schwerbehindertenschutz greift auch im Insolvenzverfahren – die Insolvenzanfechtung eines Antrags auf Feststellung des Grades der Behinderung nach §§ 130, 133 InsO ist nicht statthaft (*LAG Nds, 04.04.2003, Az: 16 Sa 1646/02*).
- Der § 85 findet auch für schwerbehinderte Beschäftigte in Privathaushalten Anwendung, was selbst dann gilt, wenn ein Betrieb gar nicht

besteht (*ArbG Düsseldorf, 12.01.2009, Az.: Z 6 a 6263/08*). Der Schutz greift sogar in Betrieben, die aufgrund ihrer geringen Betriebsgröße gar nicht dem Kündigungsgesetz unterfallen (*VG Mannheim, 04.03.2002, Az.: 7 S 1651/01*), ebenso gilt der Schutz auch für Schwerbehinderte, die in Heimarbeit arbeiten (§ 127 Abs. 2 Satz 2).

- Die Kündigung eines Behinderten mit einem GdB unter 50 % macht eine Zustimmung des Integrationsamtes erst dann erforderlich, wenn ein Gleichstellungsbescheid durch die BA vorliegt, wofür allerdings der alleinige Gleichstellungsantrag nicht genügt, da der Gleichstellung konstitutive Wirkung zukommt (*VGH Mannheim, 20.06.2006, Az.: 7 K 1147/05*).
- Hat das Integrationsamt seine Zustimmung zu einer Kündigung gegeben und wurde durch den Schwerbehinderten Widerspruch gegen diese Zustimmung eingelegt, wird durch das Widerspruchsverfahren jedoch nicht die 3-Wochen-Frist gehemmt, die § 4 KSchG für die Erhebung einer Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung (Kündigungsschutzklage) nach Zugang der Kündigung vorschreibt.
- Der besondere Kündigungsschutz des § 85 gilt hingegen nicht in folgenden Fällen:
 - o Im Falle eines Aufhebungsvertrags (*Müller-Wenner/Schorn, SGB IX, § 85, Rn. 45*)
 - o Beendigung durch Fristablauf bei einem befristeten Arbeitsverhältnis (*Hauck/Noftz, SGB IX, § 85, Rn. 31*)
 - o Beendigung einer vorläufigen Einstellung nach § 100 Abs. 3 BetrVG (*Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, 3. Aufl., 2009, § 85, Rn. 20*)
 - o Anfechtung des Arbeitsvertrages (*Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, 3. Aufl., 2009, § 85, Rn. 20*)
 - o Lösende Aussperrung (*Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, 3. Aufl., 2009, § 85, Rn. 20*)

- Abberufung aus einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme (*Kosens/von der Heide/Maaß, SGB IX, 3. Aufl., 2009, § 85, Rn. 20*)
 - Einführung von Kurzarbeit, soweit diese nicht auf einer Änderungskündigung beruht (*Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, SGB IX, § 85, Rn. 61*)
- Hat das Integrationsamt seine Zustimmung zu einer Kündigung gegeben und durch den Schwerbehinderten Widerspruch gegen diese Zustimmung eingelegt, wird durch das Widerspruchsverfahren jedoch nicht die 3-Wochen-Frist gehemmt, die § 4 KSchG für die Erhebung einer Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung (Kündigungsschutzklage) nach Zugang der Kündigung vorschreibt.

Eine Reihe von Ausnahmen, bei denen der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte nicht greift, werden durch den § 90 geregelt. Während die in den Abs. 1,2 und 3 geregelten Fälle selbsterklärend sein dürften und auf diesbezügliche Ausführungen an dieser Stelle daher verzichtet werden kann, gilt dies nicht für den ab 01.05.2004 neu eingefügten und hinsichtlich seiner Auslegung hochumstrittenen Abs. 2a, der folgenden Wortlaut hat:

(2a) Die Vorschriften dieses Kapitels finden ferner keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte.

In der Literatur wird diese Vorschrift überwiegend als „rechtspolitisch völlig missglückt“ betrachtet (*vgl. Gutzeit/BeckOK, § 90 SGB IX, Stand: 01.12.2012, m.w.N.*), in der Rechtsprechung teilweise auch schlicht ein Redaktionsversehen unterstellt (*vgl. ArbG Düsseldorf, 29.10.2004, Az.: 13 Ca 5326/04*). So wurde teilweise vertreten, dass mit „Nachweis“ eine Pflicht zur Vorlage beim Arbeitgeber gemeint ist (*Cramer, NZA 2004, 704*), das Bundesarbeitsgericht ist aber der überwiegenden Gegenmeinung gefolgt, da sich weder aus der Systematik noch der Gesetzesbegründung eine solche Vorlagepflicht ergibt, andererseits kann ein Arbeitnehmer das Recht auf einen besonderen Kündigungsschutz aber auch verwirken, was jedoch mit einer Geltendmachung der Schwerbehinderteneigenschaft gegenüber dem Arbeitgeber binnen 3 Wochen

nach Kündigungszugang wiederum vermieden werden kann (vgl. BAG, 11.12.2008, Az.: 2 AZR 395/07). Das Bundesarbeitsgericht hat ebenso entschieden, dass die Regelung des Abs. 2a auch für Arbeitnehmer gilt, die schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind (BAG, 01.03.2007, Az.: 2 AZR 217/06). Bis heute nicht wirklich abschließend geklärt ist jedoch die Frage, ob diese Regelung rechtlich zwei eigenständige und voneinander unabhängige Alternativen beinhaltet – einen mangelnden Nachweis der Schwerbehinderung sowie die fehlende Entscheidung des Versorgungsamtes wegen fehlender Mitwirkung, wie dies der Wortlaut ja auch nahelegt (so etwa LAG Düsseldorf, 22.03.2006, Az.: 17 Sa 1321/05; VG Oldenburg, 16.02.2007, Az.: 13 A 2793/05). Die Gegenauffassung interpretiert die Regelung des Abs. 2a hingegen so, dass die erste Alternative grundsätzlich alle Fälle einer nicht nachgewiesenen Schwerbehinderung umfasst, somit auch einen fehlenden Nachweis während eines noch nicht abgeschlossenen Feststellungsverfahrens – das Wort „oder“ wird hier durch „und“ ersetzt (vgl. ArbG Düsseldorf, 29.10.2004, Az.: 13 Ca 5326/04; Bitzer, NZA, 2006, 1083). Das Bundesarbeitsgericht scheint sich zumindest grundsätzlich dieser Auffassung angeschlossen zu haben. Ein besonderer Kündigungsschutz besteht auch dann, wenn der Antrag so frühzeitig vor dem Kündigungszugang gestellt ist, dass eine Entscheidung noch vor dem Ausspruch der Kündigung bei einer ordnungsgemäßen Mitwirkung innerhalb der Frist des § 69 Abs. 1 S. 2 SGB IX – also innerhalb von 3 Wochen – möglich gewesen wäre (BAG, 01.03.2007, Az.: 2 AZR 217/06; 06.09.2007, 2 AZR 324/06). So verstanden hat bekommt die 2. Alternative also nur im Falle eines Verschuldens durch den Schwerbehinderten einen eigenen Regelungsgehalt - anders formuliert: hat das Versorgungsamt nach drei Wochen noch nicht entschieden und liegt keine mangelnde Mitwirkung des Arbeitnehmers vor, unterliegt eine zwischenzeitliche Kündigung dem besonderen Kündigungsschutz (VG Oldenburg, 16.02.2007, Az.: 13 A 2793/05).

Umstritten ist weiterhin auch, wer für eine (behauptete) mangelnde Mitwirkung die Darlegungs- und Beweislast trägt – teilweise wird hier der (schwerbehinderte) Arbeitnehmer als beweis- und darlegungspflichtig angesehen (Griebeling, NZA 2005, 499; Schlewing NZA 2005, 1222), nach der Gegenansicht trifft diese Beweispflicht entsprechend allgemeiner Grundsätze den Arbeitge-

MARIANNE BURKERT-EULITZ

Rechtsanwältin

ber (*Bauer/Powietzka, NZA-RR 2004, 507; ArbG Düsseldorf, 29.10.2004, Az.: 13 Ca 5326/04*).

Als inzwischen gesichert kann aber die Antwort auf die Frage gelten, inwieweit die Frage eines Arbeitgebers nach einer Schwerbehinderung bzw. einem entsprechenden Antrag zulässig ist. Die amtlichen Leitsätze der entsprechenden Bundesarbeitsgerichts-entscheidung vom 16.02.2012 (Az.: 16.02.2012, Az.: 6 AZR 553/10) dürften eigentlich selbsterklärend sein und sollen deshalb wörtlich zitiert sein:

1. Die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag ist im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach sechs Monaten, d.h. ggf. nach Erwerb des Behindertenschutzes gemäß §§ 85 ff. SGB IX, zulässig. Das gilt insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen.
2. Verneint der schwerbehinderte Arbeitnehmer die Frage nach seiner Schwerbehinderung im Vorfeld einer Kündigung wahrheitswidrig, ist es ihm im Kündigungsschutzprozess unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf seine Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen. (1. Leitsatz, 2. Orientierungssatz des Gerichts).