

---

**Datum:** 20.12.2023  
**Gericht:** Arbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 18. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 18 Ca 3954/23  
**ECLI:** ECLI:DE:ARBGK:2023:1220.18CA3954.23.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Köln, 18 Ca 3954/23  
**Schlagworte:** Wartezeit Kündigung Schwerbehinderung  
**Normen:** Art. 2 Unterabs. 3, Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a VN-BRK Art. 5 RL 2000/78 EG; § 134 BGB, § 164 Abs. 2 und 4 SGB IX, § 167 Abs. 1 SGB IX  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**

1. Kündigungen, die gegen § 164 Abs. 2 SGB IX verstoßen, sind rechtsunwirksam.
2. Eine durch § 164 Abs. 2 SGB IX verbotene Diskriminierung ist indiziert, wenn der Arbeitgeber gegen seine Verpflichtung aus § 167 Abs. 1 SGB IX verstößt.
3. Arbeitgeber sind auch während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG verpflichtet, ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchzuführen (entgegen BAG, Urteil vom 21. April 2016 – 8 AZR 402/14 –, BAGE 155, 61-69).

---

**Tenor:**

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 22.06.2023 beendet worden ist.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Der Streitwert beträgt 8.400,00 EUR.

---

<b>Tatbestand:</b>	1
Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristgerechten Arbeitgeber-Kündigung in der Wartezeit.	2
Der 1984 geborene Kläger ist seit dem 01.01.2023 bei der beklagten Kommune als „Beschäftigter im Bauhof“ zu einem monatlichen Bruttoarbeitsentgelt in Höhe von 2.800,00 EUR angestellt. Auf das Arbeitsverhältnis finden die Vorschriften des TVöD-VKA mit dem Besonderen Teil Verwaltung Anwendung. Bei dem Kläger war bei Ausspruch der Kündigung ein Grad der Behinderung von 80 unter anderem resultierend aus einem frühkindlichen Hirnschaden (Einzel-GdB 50) anerkannt. Der Kläger wurde zwischen dem 02.01. und dem 14.04.2023 in verschiedenen Kolonnen des Bauhofs eingesetzt. Hierüber wurden von den jeweiligen Kolonnenführern Vermerke angefertigt (Anlage 1 zum SS v. 27.09.2023). Ende Mai 2023 riss der Kläger sich beim Fahrradfahren das Kreuzband und war infolge dessen über den Zeitpunkt des Ausspruchs der streitgegenständlichen Kündigung hinaus krankgeschrieben. Mit Schreiben jeweils vom 19.06.2023 hörte die Beklagte den Personalrat, die Schwerbehindertenvertretung sowie die Gleichstellungsbeauftragte zur beabsichtigten „Kündigung in der Probezeit“ des Klägers unter Beifügung der als Anlage 1 zur Akte gereichten „Mail des Fachamtes“ zum Verlauf seiner Einarbeitung an. Alle drei Stellen teilten bis zum 22.06.2023 mit, keine Einwände gegen die beabsichtigte Kündigung zu haben. Mit Schreiben vom 22.06.2023 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum Kläger ordentlich und fristgerecht zum 31.07.2023.	3
Gegen diese Kündigung setzt sich der Kläger mit seiner der Beklagten am 07.07.2023 zugestellten Klage zur Wehr.	4
Er behauptet, für die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeit und sein Engagement bei der Beklagten ein hervorragendes Feedback erhalten zu haben. Behinderungsbedingt habe er allerdings während der Einarbeitungsphase nicht so konstant und konzentriert arbeiten können wie jemand ohne Behinderung. Auch sei er nicht so lernfähig wie ein regulärer Arbeitnehmer. Er benötige Routinen. Sobald er Arbeiten öfters ausführe, werde er sicherer. Auch die Beklagte habe ihren Anteil an seinen Leistungen. Es bedürfe eines Vorgesetzten, der den richtigen Ton zu treffen vermöge. Wenn jemand, der etwas nicht (direkt) umsetzen könne, zu stark kritisiert werde, werde dieser zwangsläufig nervös. Dies wiederum führe dazu, dass er (noch) mehr Fehler mache. In seinen beiden letzten Einarbeitungsstationen sei er dagegen gut zurecht gekommen.	5
Er hält die infolge seiner Arbeitsunfähigkeit erklärte Kündigung für treuwidrig und meint unter Berufung auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 10.02.2022, Az. C-485/20, dass die Beklagte ihm vor Ausspruch der Kündigung eine leidensgerechte Beschäftigung hätte anbieten müssen. Selbst aus Sicht der einarbeitenden Vorgesetzten sei er gerade nicht für alle Aufgaben ungeeignet gewesen. Aus seiner Sicht wäre ein weiterer Einsatz in einer der beiden ihm zuletzt zugewiesenen Kolonnen hierfür geeignet gewesen. Ferner rügt er die ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats und der Schwerbehindertenvertretung. Diesen hätte auch der konkrete Grad seiner Behinderung mitgeteilt werden müssen.	6
Der Kläger beantragt – nach Rücknahme eines allgemeinen Feststellungsantrags:	7
Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis vom 19.12.2022 nicht durch Kündigung vom 22.06.2023 aufgelöst wurde.	8

Die Beklagte beantragt,	9
die Klage abzuweisen.	10
Sie behauptet, der Kläger habe sich in der Probezeit nicht bewährt und sich nicht ausreichend ins Team eingefügt beziehungsweise nicht ihren Erwartungen entsprochen.	11
Sie ist der Auffassung, dass eine Diskriminierung des Klägers nicht vorliege. Erst im Gütetermin sei sie über die seiner Behinderung zugrunde liegenden Erkrankungen aufgeklärt worden. Während des Arbeitsverhältnisses habe sie daher unter keinem tatsächlichen oder rechtlichen Betracht, quasi „proaktiv“ auf den Kläger zugehen müssen, weshalb sich die Frage der „Unzumutbarkeit“ bzw. eines „unverhältnismäßigen Aufwandes“ i. S. v. § 164 Abs. 4 Satz 3 SGB IX gar nicht erst gestellt habe. Dass sie „kommunikationsintensiv“ auf den Kläger zugegangen sei, werde durch den vorgelegten Vermerk (Anlage 1) unter Beweis gestellt. Der Kläger habe kein anderes Verhalten von ihr gefordert. Sie habe ihm keine alternative Tätigkeit zuweisen müssen. Aus der vom Kläger herangezogenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein voraussetzungsloses Kündigungsverbot in der Probezeit herzuleiten, erweise sich als zu Lasten des Arbeitgebers unverhältnismäßig.	12
Im Übrigen wird auf den Inhalt der wechselseitigen Schriftsätze sowie der Terminprotokolle Bezug genommen.	13
<b>Entscheidungsgründe:</b>	14
I. Die – rechtzeitig im Sinne der §§ 4, 7 KSchG erhobene – Kündigungsschutzklage ist begründet. Die Kündigung vom 22.06.2023 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Sie ist gemäß § 134 BGB iVm. § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX rechtsunwirksam.	15
1. Kündigungen, die gegen gesetzliche Diskriminierungsverbote verstoßen, sind gemäß § 134 BGB rechtsunwirksam, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt (BAG, Urteil vom 26. März 2015 – 2 AZR 237/14 –, BAGE 151, 189-198, Rn. 32).	16
a) § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verbietet Arbeitgebern jede Benachteiligung schwerbehinderter Beschäftigter wegen ihrer Behinderung. Die Vorschrift trägt dem verfassungsrechtlichen Gebot der verbesserten Eingliederung schwerbehinderter Menschen (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) Rechnung und dient damit zugleich auch der Umsetzung der europäischen RL 2000/78 zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (BT-Drs. 14/5074, 113). Ziel ist es, eine verstärkte Einstellung und Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen zu erreichen (Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben/Greiner, 15. Aufl. 2024, SGB IX § 164 Rn. 2 mwN). Die RL 2000/78 konkretisiert in dem von ihr erfassten Bereich das in Art. 21 GRCh niedergelegte allgemeine Diskriminierungsverbot. Zudem sieht Art. 26 GRCh vor, dass die Union den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer Eigenständigkeit, ihrer sozialen und beruflichen Eingliederung sowie ihrer Teilnahme am Leben der Gemeinschaft anerkennt und achtet (EuGH, Urteil vom 10. Februar 2022 – C-485/20 –, Rn. 42, juris). Für die Auslegung der Richtlinie sind wiederum Art. 14 EMRK und Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen zu beachten (im Folgenden: VN-BRK), das durch den Beschluss 2010/48/EG des Rates vom 26. November 2009 (ABl. 2010, L 23, S. 35) im Namen der Europäischen Gemeinschaft genehmigt wurde. Nach letztgenannter Vorschrift sind die Vertragsstaaten – darunter die Bundesrepublik Deutschland – verpflichtet, die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit durch geeignete Schritte zu sichern und zu fördern,	17

einschließlich des Erlasses von Rechtsvorschriften, um unter anderem „Diskriminierung aufgrund von Behinderung in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit einer Beschäftigung gleich welcher Art, einschließlich der Auswahl-, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen, der Weiterbeschäftigung, des beruflichen Aufstiegs sowie sicherer und gesunder Arbeitsbedingungen zu verbieten“.

- b) Aus Art. 5 RL 2000/78 ergibt sich, dass durch die Mitgliedstaaten angemessene Vorkehrungen zu treffen sind, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten. Der Arbeitgeber hat also die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um dem Menschen mit Behinderung – unter anderem - den Zugang zur Beschäftigung und die Ausübung eines Berufes zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden ihn unverhältnismäßig belasten (EuGH, Urteil vom 10. Februar 2022 – C-485/20 –, Rn. 39, juris; BAG, Urteil vom 27. August 2020 – 8 AZR 45/19 –, BAGE 172, 78-98, Rn. 49). Maßnahmen, um den Arbeitsplatz der Behinderung in diesem Sinne entsprechend einzurichten, können in einer Anpassung des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen liegen (Erwägungsgrund 20 RL 2000/78). 18
- c) Nach Art. 2 Unterabs. 3 VN-BRK sind vom Diskriminierungsverbot alle Formen der Diskriminierung erfasst, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen (vgl. zur Rezipierung im nationalen Recht: BAG, Urteil vom 27. August 2020 – 8 AZR 45/19 –, BAGE 172, 78-98, Rn. 50; Urteil vom 21. April 2016 – 8 AZR 402/14 –, BAGE 155, 61-69, Rn. 19). 19
- d) Für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen sieht § 22 AGG im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Danach genügt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen. Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gilt allerdings das Beweismaß des sog. Vollbeweises. Der Arbeitgeber muss Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben (st. Rspr. – vgl. BAG, Urteil vom 14. Juni 2023 – 8 AZR 136/22 –, Rn. 20 ff., juris). 20
- e) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts begründet der Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung. Diese Pflichtverletzungen sind nämlich grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein (BAG, Urteil vom 14. Juni 2023 – 8 AZR 136/22 –, Rn. 22, juris). 21
- Eine solche Vorschrift enthält § 167 Abs. 1 SGB IX (vgl. Kohte, jurisPR-ArbR 2/2018 Anm. 1; Wietfeld, SAE 2017, 22, 26 f.; Schmitt, BB 2017, 2293, 2298). Hiernach schaltet der Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst 22

frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung sowie das Integrationsamt ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann. Diese Vorschrift soll der Behebung von Schwierigkeiten dienen, die bei der Beschäftigung von Schwerbehinderten auftreten, „um das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft fortsetzen zu können“ (BT-Drs. 14/3372, 19). Das den Arbeitgeber diesbezüglich treffende Pflichtenprogramm dient der Umsetzung und Stärkung (vgl. Kohte, jurisPR-ArbR 2/2018 Anm. 1) der in § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und 4 SGB IX geregelten Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer auf leidensgerechte Beschäftigung und Ausgestaltung des Arbeitsplatzes. Hiernach haben schwerbehinderte Menschen unter Berücksichtigung der Behinderung und ihrer Auswirkungen auf die Beschäftigung Anspruch auf eine Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können sowie auf eine behinderungsgerechte Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfelds, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit, unter besonderer Berücksichtigung der Unfallgefahr. So können schwerbehinderte Arbeitnehmer unter Umständen verlangen, etwa nur mit leichteren Arbeiten beschäftigt zu werden, sofern im Betrieb die Möglichkeit zu einer solchen Aufgabenumverteilung besteht (BAG, Urteil vom 14. März 2006 – 9 AZR 411/05 –, Rn. 18, juris). Bei der Durchführung der hierfür erforderlichen Maßnahmen unterstützen die Bundesagentur für Arbeit und die Integrationsämter die Arbeitgeber unter Berücksichtigung der für die Beschäftigung wesentlichen Eigenschaften der schwerbehinderten Menschen. Ein Anspruch besteht (nur) dann nicht, soweit seine Erfüllung für den Arbeitgeber nicht zumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre (vgl. hierzu Stöhr, ZFA 2023, 138, 145 f.) oder soweit die staatlichen oder berufsgenossenschaftlichen Arbeitsschutzvorschriften oder beamtenrechtliche Vorschriften entgegenstehen.

2. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze erweist sich die streitgegenständliche Kündigung gemäß § 134 BGB iVm. § 164 Abs. 2 SGB IX als rechtsunwirksam aufgrund einer Diskriminierung des Klägers wegen seiner Behinderung. 23

a) Die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses bedeutete eine Benachteiligung des Klägers im Sinne von § 164 Abs. 2 SGB IX. Ob bereits das Unterlassen von Präventionsmaßnahmen nach § 167 Abs. 1 SGB IX beziehungsweise eine Verletzung der Pflichten aus § 164 Abs. 4 SGB IX selbst eine Benachteiligung im Sinne von § 164 Abs. 2 SGB IX bedeutete, kann dahinstehen (vgl. BAG, Urteil vom 21. April 2016 – 8 AZR 402/14 –, BAGE 155, 61-69, Rn. 27). Da diese Pflichten dem Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile dienen, ist es aber naheliegend, ihre Verletzung als Benachteiligung im Sinne von § 164 Abs. 2 SGB IX zu qualifizieren. 24

Die Benachteiligung erfolgte nach Auffassung der Kammer „wegen der Behinderung“ des Klägers im Sinne der vorstehenden Rechtsgrundsätze. 25

aa) Die Beklagte hat ihren aus § 167 Abs. 1 SGB IX folgenden Pflichten nicht genügt. Sie hätte, als sie bemerkte, dass der schwerbehinderte Kläger sich während der „Probezeit“ – wie sie vorträgt - nicht bewährte bzw. sich nicht ins Team einfügte und ihren Erwartungen nicht entsprach, Präventionsmaßnahmen ergreifen und – soweit niederschwelligere Maßnahmen nicht fruchteten - die Schwerbehindertenvertretung sowie das Integrationsamt präventiv einschalten müssen, was nicht geschehen ist. Mit diesen hätte sie alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen – etwa für eine Arbeitsassistenz nach § 185 Abs. 4 SGB IX (vgl. hierzu Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens, 5. Aufl. 2023, SGB IX § 167 Rn. 10) erörtern müssen 26

und Änderungen des Arbeitsumfelds und der Arbeitsorganisation ergründen können, mit denen die bei der Einarbeitung des Klägers aufgetretenen Schwierigkeiten hätten beseitigt werden und das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft hätte fortgesetzt werden können. Die Verletzung dieser Pflicht indiziert die Kausalität der klägerischen Behinderung für die ausgesprochene Kündigung.

(1) Entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Vorgängernorm (vgl. Urteil vom 21. April 2016 – 8 AZR 402/14 –, BAGE 155, 61-69, Rn. 27 ff.) ist der Arbeitgeber auch während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG verpflichtet, ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX durchzuführen. Dies ergibt die unionsrechtskonforme Auslegung der Norm. 27

(a) Für die Anwendbarkeit von § 167 Abs. 1 SGB IX ab dem Beginn des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten spricht der Wortlaut der Norm und die Systematik des Gesetzes (vgl. hierzu schon Kohte, jurisPR-ArbR 2/2018 Anm. 1). Für die Auslegung von Gesetzen ist der objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, wie er sich aus dem Gesetzeswortlaut und aus dem Sinnzusammenhang der Vorschrift ergibt (BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21 –, BVerfGE 163, 1-42, Rn. 54). Die Regelungen des SGB IX enthalten im Wortlaut keine Einschränkung der Anwendbarkeit des § 167 Abs. 1 SGB IX in den ersten sechs Monaten des Bestands eines Arbeitsverhältnisses. Die Gesetzssystematik besteht allerdings darin, den zeitlichen Anwendungsbereich einzelner Vorschriften ausdrücklich zu beschränken, wenn dies im Einzelfall vom Gesetzgeber gewollt ist. Dies zeigt sich an den Beispielen der ausdrücklich formulierten Anwendungseinschränkung unter anderem des § 168 SGB IX in § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX einerseits und des ohne entsprechende Beschränkung geregelten Anhörungsrechts nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX andererseits. Das Fehlen einer ausdrücklichen Anwendungseinschränkung für den Normbefehl in § 167 Abs. 1 SGB IX spricht daher dagegen, eine ungeschriebene, im Gesetzestext nicht anklingende Anwendungsvoraussetzung anzunehmen. Demgegenüber hat bereits Kothe in seiner Anmerkung zu der genannten Senatsentscheidung zutreffend angemerkt, dass im Rahmen der nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX für Kündigungen schwerbehinderter Arbeitnehmer auch in der Wartezeit notwendigen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung die Frage von Unterstützungsmöglichkeiten im Austausch mit dem Integrationsamt zu klären ist (jurisPR-ArbR 2/2018 Anm. 1), was systematisch gegen eine zeitliche Beschränkung der mit gleicher Zielrichtung bestehenden Präventionspflichten aus § 167 Abs. 1 SGB IX spricht. Allein das Aufgreifen der in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG aufgeführten Kategorien von Kündigungsgründen liefert dagegen kein - gesetzesübergreifend – systematisches Argument für die Übernahme der in § 1 Abs. 1 KSchG enthaltenen Wartezeit. Aus dem Gleichklang der Kategorien von Kündigungsgründen nach dem Kündigungsschutzgesetz mit den in § 167 Abs. 1 SGB IX aufgeführten Gründen für mögliche Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis kann nicht geschlossen werden, dass personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Schwierigkeiten in diesem Sinne per definitionem erst nach Ablauf der Wartezeit eintreten können. Es fehlt jeder Hinweis dazu, dass es sich um mehr als eine Kategorisierung möglicher Problem- oder Konfliktfelder durch den Gesetzgeber handelt. 28

(b) Wie die grammatikalische und gesetzessystematische Auslegung liefern teleologische Erwägungen und die Gesetzeshistorie keinerlei Argumente für eine einschränkende Auslegung von § 167 Abs. 1 SGB IX (vgl. ebenso: NK-ArbR/Euler, 2. Aufl. 2023, SGB IX § 167 Rn. 3; Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben/Greiner, 15. Aufl. 2024, SGB IX § 167 Rn. 5a; ErfK/Rolfs, 24. Aufl. 2024, SGB IX § 167 Rn. 1). 29

Das die Vorgängernorm § 14c SchwbG einführende „Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter“ verfolgte ausweislich der Gesetzesbegründung den Abbau der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter, eine nachhaltige Verbesserung der Beschäftigungssituation schwerbehinderter Menschen und die Integration arbeitsloser Schwerbehinderter in das Berufsleben (BT-Drs. 14/3645, S. 6; BR-Drs. 298/00, S. 28). Das Präventionsverfahren selbst sollte darüber hinaus zum Ziel haben, Schwierigkeiten bei der Beschäftigung Schwerbehinderter frühestmöglich und gegebenenfalls unter Beteiligung von Arbeitsamt und Hauptfürsorgestelle zu beheben und so das Arbeitsverhältnis möglichst dauerhaft fortzusetzen (BR-Drs. 298/00, S. 30, 38 f.; vgl. auch BAG, Urteil vom 25. Januar 2018 – 2 AZR 382/17 –, Rn. 21, juris). Über das Präventionsverfahren sollen mögliche Umstände, die zu einer Kündigung führen können, identifiziert und ausgeräumt werden (BeckOK SozR/Gutzeit, 71. Ed. 1.3.2022, SGB IX § 167 Rn. 3). Diese Ziele werden gerade dann bestmöglich erreicht, wenn den Schwerbehinderten das ihrem Verbleib im Arbeitsverhältnis dienende Präventionsverfahren bereits ab Beginn des Arbeitsverhältnisses zugute kommt (vgl. Gagel, jurisPR-ArbR 22/2007 Anm. 3; Wietfeld, SAE 2017, 22, 26). Erst wenn die zum Ausgleich behinderungsbedingter Nachteile denkbaren Maßnahmen identifiziert und erprobt worden sind, vermag sich der Arbeitgeber diskriminierungsfrei ein Bild davon zu machen, ob die dauerhafte Beschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers möglich und gewünscht ist oder nicht.

Den Zweck einer Entlastung der Arbeitgeber verfolgte der Gesetzgeber mit Einführung der Verpflichtung aus § 167 Abs. 1 SGB IX nicht. Der Umstand, dass für die Kündigung Schwerbehinderter eine Beteiligung des Integrationsamts gemäß § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX erst nach sechsmonatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses notwendig ist, rechtfertigt weder ein Rückschluss darauf, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Einschränkung für das Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX ebenso gewollt und dies nur versehentlich nicht in den Gesetzestext aufgenommen hat, noch kann angenommen werden, dass der mit § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX verfolgte Gesetzeszweck auch und in gleicher Weise im Rahmen von § 167 Abs. 1 SGB IX verfolgt wurde. Dass nach dem Willen des Gesetzgebers der durch § 168 SGB IX bewirkte Schutz vor Kündigungen (entsprechend der in § 1 Abs. 1 KSchG getroffenen Konkordanz-Entscheidung) erst nach sechsmonatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses eintreten soll, bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber die besonderen Pflichten zum Schutz und der Teilhabe Schwerbehinderter ebenso für die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses aussetzen wollte (ebenso: LPK-SGB IX/Düwell, 6. Aufl. 2022, SGB IX § 167 Rn. 12). Andere Schutz- und Nebenpflichten des Arbeitgebers – wie etwa diejenigen nach § 164 Abs. 2 und 4 SGB IX sowie nach § 167 Abs. 2 SGB IX setzen nicht die Absolvierung einer „Wartefrist“ voraus. Eine Verletzung etwa der Pflichten aus § 164 Abs. 4 SGB IX kann ihrerseits zu Schadensersatzansprüchen (§ 164 Abs. 2 SGB IX iVm. § 15 Abs. 2 AGG) und möglicherweise auch zur Unwirksamkeit von gleichwohl ausgesprochenen Kündigungen gemäß § 134 BGB iVm. § 164 Abs. 2 SGB IX führen (vgl. Wietfeld, SAE 2017, 22, 29).

Die Kategorisierung denkbarer Bereiche, aus denen Schwierigkeiten im Sinne von § 167 Abs. 1 SGB IX resultieren können, in terminologisch der Kategorisierung der Kündigungsgründe nach § 1 Abs. 2 KSchG entsprechender Weise, rechtfertigt wiederum nicht die Annahme, dass die Präventionspflichten des Arbeitgebers in gleicher Art und Weise einzuschränken wären, wie es die Bindung des Arbeitgebers an das Arbeitsverhältnis nach dem Kündigungsschutzgesetz ist. Soweit ersichtlich, vertritt auch niemand diese Auffassung mit Blick auf die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG.

Der Umstand, dass die Bindung des Arbeitgebers an das Arbeitsverhältnis mit Rücksicht auf seinen durch Art. 12 GG gebotenen Grundrechtsschutz in den ersten sechs Monaten durch das Gesetz geringer ausgestaltet worden ist als zuvor, bietet keinen ausreichenden Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber in gleicher Weise eine Absenkung des Schutzniveaus auf Ebene seiner Nebenpflichten beabsichtigt hat. Solches erscheint mit Blick auf die Grundrechte der Arbeitgeber verfassungsrechtlich auch nicht geboten. Bei Erfüllung ihrer aus § 164 Abs. 4 und § 167 SGB IX folgenden Pflichten ist eine Kündigung Schwerbehinderter während der Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG vielmehr weiterhin zulässig, ohne dass es hierfür einer sozialen Rechtfertigung bedürfte (Wietfeld, SAE 2017, 22, 26; Schmitt, BB 2017, 2293, 2298).

Die Richtigkeit dieser Auslegung wird durch die Gesetzesgenese belegt. Die Gesetzesbegründung zu der Vorgängernorm § 14c SchwbG legt nahe, dass die nunmehr in § 167 Abs. 1 SGB IX geregelten Pflichten nach dem Willen des Gesetzgebers bereits mit Aufnahme des Arbeitsverhältnisses bestehen sollen. Der Gesetzesentwurf betont die entscheidende Bedeutung einer frühzeitigen Prävention oder Behebung von Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis von Schwerbehinderten. Deshalb bedürfe es der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und der betrieblichen Interessenvertretungen sowie der Hauptfürsorgestellten (hierzu: BT-Drs. 49/01, S. 337). Die – anderweitig geregelte - Hilfestellung durch kompetente Stellen bei den Arbeitsämtern und Hauptfürsorgestellten solle bereits Arbeitgebern zugute kommen, die schwerbehinderte Arbeitnehmer einstellen wollen (BR-Drs. 298/00, S. 30 f.). Nach Einstellung wurde die Notwendigkeit ihrer Beteiligung gesehen, „wenn keine innerbetrieblichen Lösungsmöglichkeiten gefunden werden können“ (BT-Drs. 14/3645, S. 8).

34

(c) Auch die vom 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts angeführten Praktikabilitätsüberlegungen (Urteil vom 21. April 2016 – 8 AZR 402/14 –, BAGE 155, 61-69, Rn. 32) vermögen nach Auffassung der Kammer nicht die Annahme einer ungeschriebenen Anwendungseinschränkung für § 167 Abs. 1 SGB IX zu rechtfertigen (vgl. auch Kohte, jurisPR-ArbR 2/2018 Anm. 1). Zwar ist nicht sichergestellt, dass ein ordnungsgemäß durchgeführtes Präventionsverfahren nach dieser Vorschrift in jedem Fall innerhalb der Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG abgeschlossen werden kann. Doch besteht einerseits die Kündigungsmöglichkeit ohne das Erfordernis der sozialen Rechtfertigung auch bei nur begonnenem Präventionsverfahren (eine behinderungsbedingte Benachteiligung ist dann gerade nicht durch eine Verletzung der Pflichten nach § 167 Abs. 1 SGB IX indiziert). Andererseits wird der Gesetzeszweck gerade dann erreicht, wenn die im begonnenen Präventionsverfahren gewonnenen Erkenntnisse vom Arbeitgeber bei der Erwägung einer Kündigung berücksichtigt werden können. In solchen Fällen besteht zudem die Möglichkeit einer Verlängerung der Einarbeitungs- und Erprobungsphase (vgl. hierzu BAG, Urteil vom 21. April 2016 – 8 AZR 402/14 –, BAGE 155, 61-69, Rn. 33) ohne dauerhaftes Bindungsrisiko für den Arbeitgeber im Wege der Erprobungsbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG.

35

Das Präventionsverfahren kann zudem durch Abschluss von Inklusionsvereinbarungen im Sinne von § 166 SGB IX ausgestaltet und auch schon in der Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG einem geregelten Verfahrensablauf zugeführt werden.

36

(d) Das Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts (zur Herleitung jüngst: Spelge, ZAT 2023, 98, beck-online) bekräftigt das Auslegungsergebnis (vgl. auch Düwell, jurisPR-ArbR 41/2023 Anm. 1, unter D.4.): Der aus Art. 5 RL 2000/78 und Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a VN-BRK folgenden Verpflichtung zur Sicherung des Rechts Schwerbehinderter auf Arbeit und auf Zugang zur Beschäftigung kann nur so genügt werden.

37

Da eine abstrakte-generelle gesetzliche Vorgabe zu den durch den Arbeitgeber im Einzelfall zu treffenden Maßnahmen kaum denkbar ist, entspricht die Festlegung von Verhaltenspflichten zur Identifizierung der im Einzelfall notwendigen Fördermaßnahmen dem Gebot der möglichst wirksamen Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben (effet utile). Weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck der Richtlinie lässt sich dagegen eine Beschränkung der Verpflichtungen des Arbeitgebers herleiten, wonach diese erst nach erfolgreicher Absolvierung einer Probezeit durch den Arbeitnehmer oder mit Erlangung von Kündigungsschutz bestünden. Entsprechend hat der Europäische Gerichtshof in der vom Kläger zitierten Entscheidung für die nationalen Gerichte verbindlich festgestellt, dass die Vorgaben der Richtlinie ungeachtet dessen anzuwenden sind, dass ein Arbeitnehmer zum Zeitpunkt seiner Entlassung „kein endgültig eingestellter Bediensteter“ war (EuGH, Urteil vom 10. Februar 2022 – C-485/20 –, Rn. 30 ff., juris). Eine generelle Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 167 Abs. 1 SGB IX für Arbeitsverhältnisse nach Ablauf der kündigungsschutzrechtlichen Wartefrist würde daher den Anforderungen nach Art. 5 RL 2000/78 nicht genügen. Eine Schranke finden die Verpflichtungen der Arbeitgeber nach Art. 5 Satz 2. 2. Halbsatz RL 2000/78 lediglich in der Unzumutbarkeit der im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen. Schon die hiernach gebotene Einzelfallbetrachtung steht der Annahme einer generell während der ersten sechs Monate eines Arbeitsverhältnisses bestehenden Unzumutbarkeit in diesem Sinne entgegen.

(2) Die Beklagte war daher verpflichtet, gegebenenfalls unter Beteiligung von Schwerbehindertenvertretung und Integrationsamt nach Maßnahmen zu forschen, die zu einem Verbleib des Klägers im Arbeitsverhältnis hätten führen könnten. 38

Da die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung ein Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX nicht durchgeführt hat, kann dahinstehen, ob schon niederschwelligere Maßnahmen zur Sicherung des Anspruchs auf leidensgerechte Beschäftigung des Klägers eine Einschaltung von Schwerbehindertenvertretung und Integrationsamt überflüssig gemacht und seine Weiterbeschäftigung sichergestellt haben könnten. 39

Nach dem Eindruck, den der Kläger in der Kammerverhandlung auf die Kammer gemacht hat, hätte es hierzu möglicherweise ausgereicht, ihn auch über den 14.04.2023 hinaus in einer der beiden Kolonnen (Sportplatzpflege und „Verkehr und Service“) weiter einzugewöhnen, bei denen es nicht zu erheblichen Problemen in der Einarbeitungsphase gekommen ist, und ihn zunächst nur mit Arbeiten zu betrauen, denen er sich gewachsen zeigte. Denn der Einsatz in diesen Bereichen gestaltete sich laut des Einarbeitungsvermerks, den die Beklagte zur Akte gereicht hat, schon deutlich unproblematischer als zuvor, insbesondere als in den ersten beiden Stationen. So soll der Kläger die ihm bei seinem Einsatz in der Sportplatzpflege (4. Station) übertragenen Aufgaben weitestgehend zur Zufriedenheit ausgeführt haben. Allerdings habe er „immer mal wieder“ andere - von ihm für wichtiger gehaltene - Aufgaben ausgeführt als ihm übertragen worden waren. Bei seinem Einsatz in der Kolonne Verkehr und Service (5. Station) habe er manchmal einen aufgeregten und unruhigen Eindruck gemacht, dabei aber versucht umzusetzen, was man ihm aufgetragen habe. Auch wenn das nicht immer gelungen sei, habe er Einsatz gezeigt. Damit zeigt sich eine positive Entwicklung gegenüber den ersten beiden Stationen, bei denen der Kläger die ihm gegebenen Weisungen nicht durchweg befolgt haben soll. In beiden Kolonnen, die der Kläger zuletzt begleitet hat, wird er als nett und „freundlich“ beziehungsweise „respektvoll“ beschrieben. Auch insoweit scheint eine Besserung eingetreten zu sein, nachdem zuvor beschrieben wurde, dass er sich ungern etwas sagen lasse und meist alles schon wisse (1. und 2. Station). Solche „Anlaufprobleme“ sind bei einem bis dahin nicht auf dem regulären Arbeitsmarkt erfahrenen, unter anderem aufgrund 40

einer frühkindlichen Hirnschädigung schwerbehinderten Arbeitnehmer in der ersten Phase eines Arbeitsverhältnisses aufgrund erwartbarer Unsicherheit und Aufregung nicht überraschend. Ebenso erwartbar ist, dass sich solche Probleme nach einer gewissen Einarbeitungs- und Eingewöhnungszeit aufgrund dann entstehender Routinen und nach gegenseitigem Kennenlernen verbessern.

Auch die über alle Stationen angeführte Unkonzentriertheit des Klägers wäre durch geeignete engere Anleitung – gegebenenfalls unter Hinzuziehung einer Arbeitsassistentin – möglicherweise ausgleichbar gewesen, soweit sich nicht im weiteren Verlauf einer – gegebenenfalls qua Erprobungsbefristung verlängerten - Einarbeitung infolge für den Kläger hilfreicher Entwicklung von Routinen ohnehin eine ausreichende Konzentriertheit ergeben hätte. Dass er zu solchen Konzentrationsleistungen nicht grundsätzlich außer Stande ist, zeigt der Umstand, dass er Inhaber eines Führerscheins und eines Motorsägenscheins ist. 41

Die genannten Maßnahmen wären nach Auffassung der Kammer im konkreten Fall erforderlich im Sinne von Art. 5 RL 2000/78 gewesen, um dem Kläger die weitere Ausübung seines Berufs trotz der behinderungsbedingten Nachteile zu ermöglichen und damit eine Gleichbehandlung mit nicht behinderten Arbeitnehmern zu gewährleisten. Denn sie hätten der Beseitigung der Barrieren dienen können, welche einer wirksamen Teilhabe des Klägers am Berufsleben entgegen standen (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 10. Februar 2022 – C-485/20 –, Rn. 44, juris). 42

Anders als die Beklagte meint, war sie zu Maßnahmen nach § 167 Abs. 1 SGB IX verpflichtet auch ohne dass der Kläger dies von ihr gefordert hatte. Die Norm sieht ein entsprechendes Verlangen des betroffenen Arbeitnehmers tatbestandlich nicht vor. Ausreichend ist vielmehr das Auftreten personen- oder verhaltensbedingter Schwierigkeiten im Arbeitsverhältnis zu einem Schwerbehinderten. 43

bb) Die Nichterfüllung ihrer Verpflichtungen aus § 167 Abs. 1 SGB IX indizierte das Vorliegen einer Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die oben beschriebenen Maßnahmen sämtlich ungeeignet gewesen waren, eine Wartezeitkündigung zu vermeiden und einen weiteren Verbleib des Klägers im Arbeitsverhältnis herbeizuführen. Auf einen etwaigen Verstoß der Beklagten auch gegen ihre aus § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX folgenden Pflichten kam es nach alledem nicht an. 44

Die Beklagte hat die Indizwirkung des Pflichtverstoßes nicht gemäß § 164 Abs. 2 Satz 2 SGB IX iVm. § 22 AGG widerlegt. Die von ihr vorgetragene und dem Personalrat sowie der Schwerbehindertenvertretung mitgeteilten Bedenken gegen die weitere Beschäftigung des Klägers sind gerade solche, die durch Maßnahmen nach § 167 Abs. 1 SGB IX hätten ausgeräumt werden können. 45

cc) Es bestand kein Anlass, der Beklagten Schriftsatznachlass zu erteilen. Die Kammer hat schon vor dem Kammertermin ausführliche Hinweise zur Rechtslage erteilt und die Sache auch im Termin erschöpfend erörtert. Es ist nicht ersichtlich, auf welchen nicht rechtzeitig im Sinne von § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 283 Satz 1 ZPO mitgeteilten Sachvortrag die Beklagte noch hätte Stellung beziehen wollen. Auf den Hinweis der Kammer im Termin, dass die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung nicht alles ihr Zumutbare getan habe, um die behinderungsbedingten Nachteile des Klägers im Erwerbsleben auszugleichen, hat die Beklagte nicht vorgebracht, weitere – auch in den Anhörungen von Personalrat und Schwerbehindertenvertretung angeklungene – entscheidungserhebliche Umstände vortragen zu wollen und zu können. Hinsichtlich der Frage der Indizwirkung des unstreitigen 46

Sachverhalts beziehungsweise ihrer Entkräftung fehlte es bereits an neuem Sachverhalt, zu dem rechtliches Gehör zu gewähren gewesen wäre.

- b) Eine von der Rechtsunwirksamkeit abweichende Rechtsfolge im Sinne von § 134 BGB sieht das Gesetz, und sehen insbesondere die Diskriminierungsvorschriften nicht vor (vgl. allgemein § 7 Abs. 1 AGG). 47
3. Ob die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den nach Art. 5 RL 2000/78 zu fordernden Maßnahmen – entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Urteil vom 23. April 2009 – 6 AZR 533/08 –, Rn. 35, juris) - die Anwendung des Übermaßverbots bzw. ultima ratio-Prinzips auf Wartezeitkündigungen gebietet, kann dahinstehen. Auch auf die Fragen, ob die Personalratsanhörung sowie die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung den gesetzlichen Vorgaben genügten und ob die Kündigung wegen der Arbeitsunfähigkeit des Klägers erfolgte und dies unter dem Gesichtspunkt der Treuwidrigkeit beziehungsweise des Maßregelungsverbots ihrer Rechtswirksamkeit entgegen stand, kam es nach alledem nicht mehr an. 48
- II. Die Beklagte hat nach § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 91 Abs. 1 ZPO als unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. 49
- III. Der Streitwert war gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festzusetzen und ist mit drei Bruttomonatsgehältern des Klägers bemessen. 50