

# Rechtsprechung

## zum

# Schwerbehindertenrecht

2. Ausgabe  
Stand: April 2011

## Vorwort

Zum zweiten Mal legt die Bundesleitung des dbb eine Zusammenstellung der wichtigsten Entscheidungen zum Recht der schwerbehinderten Menschen vor. Die an die erste Ausgabe anknüpfende Übersicht mit Stand April 2011 enthält im Wesentlichen Entscheidungen aus den Jahren 2008 bis 2010. Berücksichtigt wurde dabei hauptsächlich die obergerichtliche Rechtsprechung; es finden sich aber vereinzelt auch erstinstanzliche Entscheidungen, die in der Praxis interessieren. Sofern diese nicht rechtskräftig sind und daher unter dem Vorbehalt der Bestätigung durch höhere Instanzen stehen, ist dies mit dem Vermerk (n.rkr.) kenntlich gemacht. Damit die Entscheidungen in Ihrer Argumentation gegenüber der Dienststelle zitierfähig sind, haben wir uns auf die Wiedergabe der Leitsätze beschränkt. Für alle, die Genaueres wissen wollen, haben wir dort, wo die Vollversion der Entscheidung in den monatlichen dbb Rechtsprechungsdiensten veröffentlicht wurde (Rechtsprechungsdienst der „Zeitschrift für Personalvertretungsrecht“ (ZfPR), *ZfPR online*, oder Online-Rechtsprechungsdienst für Betriebsratsmitglieder, *ZBVR online*), die entsprechende Fundstelle hinzugefügt. Die vorliegende Zusammenstellung ergänzt die Rechtsprechungsübersichten zum Personalvertretungsrecht und zum Betriebsverfassungsrecht um den Rechtsbereich des Sozialgesetzbuches IX.

Die Entscheidungssammlung empfehlen wir dabei besonders den in den dbb Gewerkschaften organisierten Mitgliedern der Schwerbehindertenvertretungen, darüber hinaus aber auch Personalrats- und Betriebsratsmitgliedern, die der Gesetzgeber neben den Schwerbehindertenvertretungen zur Wahrnehmung der Belange der schwerbehinderten Beschäftigten beauftragt hat. Wir hoffen, dass die Übersicht über die wichtigsten Entscheidungen zum Schwerbehindertenrecht allen genannten Interessenvertretungen eine Hilfe bei der Erfassung des komplexen Rechtsgebietes und der Lösung der praktischen Aufgaben im Alltag sein wird.

## Inhaltsübersicht

<b>A. Entscheidungen zum Schwerbehindertenrecht</b>	<b>Seite</b>
1. Schutz behinderter, aber nicht schwerbehinderter Menschen der Agentur für Arbeit (BAG, Urteil v. 27.1.2011 – 8 AZR 580/09)	6
2. Benachteiligungsverbot Umfang dem Betriebsrat vorzulegender Bewerbungsunterlagen/Kein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX (BAG, Beschluss v. 17.6.2008 – 1 ABR 20/07)	6
3. Benachteiligung einer schwerbehinderten Bewerberin wegen Nichtberücksichtigung der Mitteilung der Schwerbehinderteneigenschaft im Bewerbungsschreiben (BAG, Urteil v. 16.9.2008 – 9 AZR 791/07)	7
4. Benachteiligung wegen Behinderung/Offenlegung der Behinderung nach Anlauf der Bewerbungsfrist (BAG, Urteil v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07)	7
5. Entschädigungsanspruch schwerbehinderter Bewerber wegen vermuteter Benachteiligung/Diskriminierende Gestaltung des Bewerbungsverfahrens (BAG, Urteil v. 17.8.2009 – 9 AZR 839/08)	7
6. Schutz von Soldaten vor Benachteiligungen wegen einer Behinderung (BVerwG, Beschluss v. 11.3.2008 – 1 WB 8.08))	8
7. Ausdehnung des Diskriminierungsverbotes bei Schwerbehinderten vor Inkrafttreten des AGG auf alle Beschäftigten mit Behinderung (BAG, Urteil v. 3.4.2007 – AZR 823/06)	9
8. Diskriminierung wegen Schwerbehinderung/Bewerbung auf eine bereits besetzte Stelle/Unterlassene Einschaltung der Arbeitsagentur (LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 26.3.2009 – 11 Sa 83/08)	9
9. Diskriminierung behinderter Menschen nach §§ 1, 7 AGG/Informations- und Beteiligungspflichten des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 2.6.2009 – 3 Sa 499/09)	10
10. Diskriminierung wegen Schwerbehinderung/Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch wegen fehlender beruflicher Erfahrung (LAG Hessen, Urteil v. 11.3.2009 – 2/1 Sa 554/08)	10
11. Diskriminierung wegen Schwerbehinderung/Unterbliebener Hinweis in Stellenausschreibung auf erwünschte Bewerbung Schwerbehinderter (LAG Köln, Urteil v. 21.1.2009 – 3 Sa 1369/08)	10
12. Diskriminierung wegen Schwerbehinderung/Pflicht zur Festlegung eines Anforderungsprofils/Nichteinladung wegen nicht erfüllter Notenanforderung (LAG Saarland, Urteil v. 3.12.2008 1 Sa 71/08)	10
13. Mitbestimmung bei Einstellung eines Leiharbeitnehmers/Prüfpflicht des Arbeitgebers zur Besetzbarkeit eines Arbeitsplatzes mit einem schwerbehinderten Menschen (BAG, Beschluss v. 23.6.2010 – 7 ABR 3/09)	11
14. Differenzierungskriterien bei Sozialplanabfindung: Schwerbehinderung/ Familiäre Verhältnisse/Erhaltung der eingearbeiteten Belegschaft/ Keine Anwendung des § 121 Abs. 3 SGB II (BAG, Urteil v. 6.11.2007 – 1 AZR 960/06)	11
15. Entschädigung wegen Benachteiligung bei der Stellenbesetzung aufgrund angenommener Behinderung (BAG, Urteil v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08)	12
16. Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers wegen fehlender Zuweisung eines „leidensgerechten Arbeitsplatzes“ (BAG, Urteil v. 19.5.2010 – 5 AZR 162/09)	12
17. Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers zur Einladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch (BAG, Urteil v. 1.3.2007 – 2 AZR 217/06)	13
18. Nachforschungspflicht des Arbeitgebers bzgl. Grad und Art der Behinderung (LAG Köln, Urteil v. 29.1.2009 – 7 Sa 980/08)	13

19.	Benachteiligung wegen Schwerbehinderung im Bewerbungsverfahren/ Keine Nachforschungspflicht des Arbeitgebers (ArbG Ulm, Urteil v. 17.12.2009 – 5 Ca 316/09)	13
20.	Kein Schadensersatzanspruch wegen Diskriminierung bei späterer Einladung zum Vorstellungsgespräch (LAG Köln, Urteil v. 29.1.2009 – 7 Sa 980/08)	14
21.	Wartezeitkündigung/Fehlendes Präventionsverfahren keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung (BAG, Urteil v. 24.1.2008 – 6 AZR 96/07)	14
22.	Unterlassenes BEM bei krankheitsbedingter ordentlicher Kündigung Wegen häufiger Kurzerkrankungen/BEM bei nicht schwerbehinderten Personen (BAG, Urteil v. 23.4.2007 - 2 AZR 1012/06)	14
23.	Bestimmtheitsfordernis bei Antrag auf Feststellung zu Inhalt und Umfang der Mitbestimmung bei betrieblichem Eingliederungsmanagement (BAG, Beschluss v. 18.8.2009 – 1 ABR 45/08)	15
24.	Mindestanforderungen an das BEM-Verfahren/Aufstellung einer Verfahrensordnung (BAG, Urteil v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09)	15
25.	Verteilung der Darlegungs- und Beweislast beim BEM (BAG, Urteil v. 10.12.2009 – 2 AZR 400/08)	16
26.	Versetzung eines Beamten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit ohne BEM (BAG, Beschluss v. 25.8.2010 – 1 L 116/10)	16
27.	Darlegungs- und Beweislast bei krankheitsbedingte Kündigung ohne BEM (BAG, Urteil v. 30.9.2010 – 2 AZR 88/09)	16
28.	Kein Mitbestimmungsrecht des Personalrats/Betriebsrats bei Maßnahmen des BEM (LAG Hamburg, Beschluss v. 21.5.2008 – H 3 TaBV 1/08)	17
29.	Verstoß gegen Verpflichtung zur Einleitung eines BEM/ Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach erfolgreicher Umschulung (ArbG Berlin, Urteil v. 29.1.2009 – 33 Ca 16090/08)	17
30.	Zeitpunkt und Umfang der Beteiligung der Personalvertretung am BEM (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 20.11.2008 – 60 PV 9.07)	17
31.	BEM und Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit (OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 21.5.2010 – 6 A 816/09)	18
32.	Geltung des BEM für Beamte/Zurruhesetzung eines schwerbehinderten Beamten im Bereich der Deutschen Bahn (VG Frankfurt am Main, Urteil v. 29.2.2008 – 9 E 941/07)	18
33.	Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung zwecks Feststellung der Dienstfähigkeit (VG Gelsenkirchen, Urteil v. 25.6.2008 – 1 K 3679/07)	18
34.	Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung Schwerbehinderter/ Wiederholte Kündigung ohne erneute Beteiligung des Amtes	19
35.	Ordentliche Kündigung bei Schwerbehinderung/Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG bei fehlender Zustimmung des Integrationsamtes (BAG, Urteil v. 13.2.2008 – 2 AZR 864/06)	19
36.	Betriebsbedingte Kündigung gegenüber schwerbehinderter Arbeitnehmer/Kenntnis des Arbeitgebers von Schwerbehinderteneigenschaft (BAG, Urteil v. 11.12.2008 – 2 AZR 395/07)	20
37.	Verwirkung des Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen (BAG, Urteil v. 23.2.2010 – 2 AZR 659/08)	20
38.	Krankheitsbedingte Kündigung/Fehlende Therapiebereitschaft bei dauerhafter Leistungsunfähigkeit (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 29.1.2009 – 11 Sa 5/08)	20
39.	Verwirkung des Sonderkündigungsschutzes bei Offenkundigkeit der Schwerbehinderung (ArbG Berlin, Urteil v. 3.9.2008 – 55 Ca 6593/08)	20
40.	Ordentliche Kündigung eines Schwerbehinderten wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten/Inhalt der Entscheidung des Integrationsamtes (VG Aachen, Urteil v. 6.8.2010 – 13 A 3067/09)	21
41.	Prüfungsmaßstab des Integrationsamtes bei ordentlicher Kündigung eines Schwerbehinderten (VG Oldenburg, Urteil v. 6.8.2010 – 13 A 3067/09)	21

42.	Krankheitsbedingte Kündigung bei Schwerbehinderung/Nicht rechtskräftiges, fehlerhaftes Negativattest des Versorgungsamtes (BAG, Urteil v. 6.9.2007 – 2 AZR 324/06)	21
43.	Sonderkündigungsschutz bei Schwerbehinderung/Rechtzeitigkeit der Stellung des Anerkennungsantrags (BAG, Urteil v. 29.11.2007 – 2 AZR 613/06)	22
44.	Untergang der Schwerbehindertenvertretung wegen Verlusts der Organfähigkeit des Betriebs (LAG Niedersachsen, Beschluss v. 20.8.2008 – 15 TaBV 145/07)	22
45.	Anfechtung der Wahl der Schwerbehindertenvertretung durch in der Dienststelle vertretene Gewerkschaften (BAG, Beschluss v. 29.7.2009 – 7 ABR 25/08)	22
46.	Unterrichtungs- und Anhörungsrecht der Schwerbehindertenvertretung bei der Besetzung von Stellen mit Personalleitungsfunktion/Schwerbehinderungs-spezifische Führungsanforderungen (BAG, Beschluss v. 17.8.2009 – 9 ABR 83/09)	23
47.	Zustimmungsverweigerung wegen fehlender Mitteilung eines Arbeitsplatzes als schwerbehindertengeeignet an die Schwerbehindertenvertretung (LAG Köln, Beschluss v. 29.9.2008 - 2 TaBV 44/08)	23
48.	Wirksamkeit der Beurteilung trotz fehlender Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Unkenntnis des Dienstherrn von der Schwerbehinderung (OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 6.1.2010 – 6 B 1482/09)	23
49.	Teilnahme der Schwerbehindertenvertretung an Sitzungen von Ausschüssen und Arbeitsgruppen des Personalrats (VG Oldenburg, Beschluss v. 15.7.2008 – 8 A 2018/07)	23
50.	Rechtsweg für Klage eines Vertrauensmanns der Schwerbehinderten über den Umfang seiner Freistellung (VG Sigmaringen, Beschluss v. 20.8.2008 – 1 K 1683/08)	23
51.	Erforderlichkeit der Schulung eines langjährigen Mitglieds der Schwerbehindertenvertretung/des Betriebsrats im allgemeinen Arbeitsrecht (BAG, Beschluss v. 19.3.2008 – 7 ABR 2/07)	24
52.	Zum Anspruch einer freigestellten „besonderen Vertrauensperson für schwerbehinderte Menschen“ der DB AG auf Zahlung einer Zulage nach § 4 ZTV (VG Ansbach, Urteil v. 17.12.2007 – AN 11 K 06.02603)	24
53.	Fortzahlung der Bezüge/des Arbeitsentgelts (Bewegungsgeld für saarländische Polizeibeamte) bei Tätigkeit in Schwerbehindertenvertretung (VG Saarland, Urteil v. 28.10.2008 – 3 K 127/08)	24
54.	Verfahrensart bei Streit über Kosten der Schwerbehindertenvertretung (BAG, Beschluss v. 30.3.2010 – 7 AZB 32/09)	24
55.	Keine Erstattung der Kosten der Schwerbehindertenvertretung nach den personalvertretungsrechtlichen Bestimmungen (BAG, Beschluss v. 2.6.2010 – 7 ABR 24/09)	25
56.	Anwendung der Trennungsgeldverordnung (TGV) für Heimreisen eines während seiner Amtszeit abgeordneten Schwerbehindertenvertreters (LAG Düsseldorf, Urteil v. 13.3.2008 – 11 Sa 2203/07)	25

## B. Entscheidungen zur Wahlordnung

1.	Unwirksamkeit der Wahl zur Konzernschwerbehindertenvertretung wegen unzureichender Bekanntmachung des Wahlausschreibens (LAG Köln, Beschluss v. 11.4.2008 – 11 TaBV 80/07)	25
2.	Prüfpflichten des Wahlvorstands zur Wahl der Bezirksschwerbehindertenvertretung/Anforderungen an Wahlvorschlag und Stützunterschrift (BAG, Beschluss v. 20.1.2010 – 7 ABR 39/08)	25
3.	Unverzögliche Prüfung eines Wahlvorschlags insbes. bei dislozierten Dienststellen/Wahlvorschlag in Form eines Ketten-Telefaxes (LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 1.4.2008 – 3 TaBV 1/08)	26

## A. Entscheidungen zum Schwerbehindertenrecht

### 1. Schutz behinderter, aber nicht schwerbehinderter Menschen

(§ 2 SGB IX)

Nach dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) am 18.8.2006 kann sich auf die Schutzvorschriften für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX nur berufen, wer unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt. Das sind schwerbehinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung (GdB) von wenigstens 50 Prozent oder die diesen durch ein förmliches Verfahren gleichgestellten Menschen.

Wer nicht zu diesem Personenkreis gehört, kann sich zur Abwehr einer Benachteiligung wegen Behinderung ab August 2006 auf das AGG berufen (BAG, Urteil v. 27.1.2011 – 8 AZR 580/09).

### 2. Umfang dem Betriebsrat vorzulegender Bewerbungsunterlagen/Kein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX

(§ 81 Abs. 1 SGB IX)

Zu den dem Betriebsrat nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorzulegenden Bewerbungsunterlagen gehören grundsätzlich auch solche Unterlagen, die der Arbeitgeber anlässlich einer Bewerbung über die Person des Bewerbers gefertigt hat. Dies sind vor allem Schriftstücke, die er allein oder zusammen mit dem jeweiligen Bewerber erstellt hat, um (auch) auf ihrer Grundlage seine Auswahlentscheidung zu treffen, wie etwa Personalfragebögen, standardisierte Interview- oder Prüfungsergebnisse oder schriftliche Protokolle über Bewerbungsgespräche. Aufzeichnungen, die für die Auswahlentscheidung ohne jegliche Bedeutung sind, wie formlose, unstrukturierte Gesprächsnotizen, muss der Arbeitgeber nicht vorlegen.

Es bleibt offen, ob die dem Arbeitgeber nach § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX obliegende Pflicht zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten, arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten Menschen besetzt werden können, und hierzu Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen, auch in den Fällen Anwendung findet, in denen sich ein Arbeitgeber bei der Besetzung eines frei werdenden oder neu geschaffenen Arbeitsplatzes von vorneherein auf eine interne Stellenbesetzung festlegt und die Einstellung möglicher externer Bewerber ausschließt.

Die Pflichten des Arbeitgebers nach § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX bestehen jedenfalls dann, wenn er die Besetzung einer Stelle mit einem externen Bewerber ernsthaft in Betracht zieht.

Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zur beabsichtigten Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern, wenn der Arbeitgeber zuvor nicht geprüft hat, ob der freie Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten arbeitslosen oder arbeitssuchenden Arbeitnehmer besetzt werden kann.

Entscheidet sich der Arbeitgeber, eine freie Stelle durch Versetzung eines bereits beschäftigten Arbeitnehmers zu besetzen, kann der Betriebsrat seine Zustimmung zur Versetzung nicht mit der Begründung verweigern, der Arbeitgeber habe gegen seine Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX verstoßen.

Für die Bekanntmachung einer Ausschreibung nach § 93 BetrVG ist vom Gesetz keine bestimmte Form vorgesehen. Nach dem mit der Ausschreibung verfolgten Zweck, die zu besetzende Stelle den in Betracht kommenden Arbeitnehmern zur Kenntnis zu bringen, muss die Bekanntmachung so erfolgen, dass alle als Bewerber in Betracht kommenden Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, von der Ausschreibung Kenntnis zu nehmen (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Beschluss v. 17.6.2008 – 1 ABR 20/07, ZfPR *online* 12/2008, S. 14).

### **3. Benachteiligung einer schwerbehinderten Bewerberin wegen Nichtberücksichtigung der Mitteilung der Schwerbehinderteneigenschaft im Bewerbungsschreiben**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Teilt ein Bewerber im Bewerbungsschreiben seine Schwerbehinderung mit, ist der Arbeitgeber verpflichtet, das Bewerbungsschreiben bei seinem Eingang vollständig zur Kenntnis zu nehmen. Diese Pflicht beruht für Altfälle auf § 81 SGB IX in der bis 17. August 2006 geltenden Fassung (aF). Übersehen die für den Arbeitgeber handelnden Personen den Hinweis auf die Schwerbehinderteneigenschaft und verstößt der Arbeitgeber deshalb gegen seine Pflichten aus § 81 SGB IX aF, wird eine Benachteiligung wegen einer Behinderung vermutet. Die unterlassene Kenntniserlangung der in seinem Einflussbereich eingesetzten Personen wird dem Arbeitgeber als objektive Pflichtverletzung zugerechnet. Auf ein Verschulden der handelnden Personen kommt es nicht an (BAG, Urteil v. 16.9.2008 – 9 AZR 791/07, ZfPR online 12/2009, S. 2).

### **4. Benachteiligung wegen Behinderung/Offenlegung der Behinderung nach Anlauf der Bewerbungsfrist**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

§ 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX a.F. ist im öffentlichen Dienst gemeinschaftsrechtskonform auf alle Behinderten mit einem Grad von mindestens 30 anzuwenden. Anzuwenden ist auch die Beweislastregelung des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX a.F., nicht aber § 82 Satz 2 und Satz 3 SGB IX (Einladungspflicht vorbehaltlich offensichtlich fehlender Eignung des Bewerbers).

Ein Entschädigungsanspruch wegen Benachteiligung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber zur Zeit seiner Auswahlentscheidung weiß oder wissen muss, dass der Bewerber mit einem Grad von mindestens 30 behindert ist.

Diese Kenntnis wird in der Regel durch die Vorlage einer Gleichstellungszusicherung i. S. v. § 34 X vermittelt.

Der Arbeitgeber braucht eine Behinderung, die der Arbeitnehmer erst nach Ablauf der in der Ausschreibung gesetzten Bewerbungsfrist offen legt, nicht mehr zu berücksichtigen, wenn er seine Auswahlentscheidung zu diesem Zeitpunkt bereits (intern) getroffen hat. Das Stellenbesetzungsverfahren muss nicht wieder eröffnet werden.

Ob der (schwer-) behinderte Mensch in ein noch laufendes Bewerbungsverfahren einzubeziehen ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

Der Senat hat offen gelassen, ob an der Rechtsprechung festzuhalten ist, nach der die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung der Vertretungen i. S. v. § 93 SGB IX und des betroffenen Arbeitnehmers (§ 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX) nur besteht, wenn er die gesetzliche Beschäftigungsquote nicht erfüllt.

Die in § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX normierte Unterrichtungspflicht dient dazu, den abgelehnten Bewerbern zu ermöglichen, die Ablehnungsgründe gerichtlich überprüfen zu lassen. Die Unterrichtung kann auch mündlich erfolgen. Eine Schriftform ist nicht vorgeschrieben. Um die Vermutung der Benachteiligung zu widerlegen, kann der Arbeitgeber auch objektive Tatsachen vorbringen, die nicht Gegenstand der Unterrichtung waren (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07).

### **5. Entschädigungsanspruch schwerbehinderter Bewerber wegen vermuteter Benachteiligung/Diskriminierende Gestaltung des Bewerbungsverfahrens**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Ein Nachteil im Rahmen einer Auswahlentscheidung, insbesondere bei einer Einstellung und Beförderung, liegt bereits vor, wenn der Beschäftigte nicht in die Auswahl einbezogen wird. Die Benachteiligung liegt in der Versagung der Chance.



Der Kausalzusammenhang zwischen nachteiliger Behandlung und Behinderung ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an die Behinderung anknüpft oder durch sie motiviert ist. Ausreichend ist, dass die Behinderung Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Es genügt, wenn vom Arbeitgeber unterlassene Maßnahmen objektiv geeignet sind, schwerbehinderten Menschen keine oder schlechtere Chancen einzuräumen. Ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht ist nicht erforderlich.

Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob Tatsachen eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, ist nur beschränkt revisibel. Die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO gewonnene Überzeugung bzw. Nichtüberzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen einer Behinderung und einem Nachteil kann revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob sie möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt.

Als Vermutungstatsachen für einen Zusammenhang mit der Behinderung kommen alle Pflichtverletzungen in Betracht, die der Arbeitgeber begeht, indem er Vorschriften nicht befolgt, die zur Förderung der Chancen der schwerbehinderten Menschen geschaffen wurden.

Der Umstand, dass eine ausgeschriebene Stelle bereits vor Eingang einer Bewerbung besetzt wurde, schließt nicht generell eine Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG aus. Denn die Chance auf Einstellung oder Beförderung kann dem Bewerber oder Beschäftigten auch durch eine diskriminierende Gestaltung des Bewerbungsverfahrens genommen werden, zB weil ein Arbeitgeber die ausgeschriebene Stelle vor Ablauf einer von ihm gesetzten Bewerbungsfrist besetzt, er das Verfahren nach § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX vermeiden will oder ein diskriminierendes Verhalten des Arbeitgebers den Bewerber von einer früheren Bewerbung abhielt (vgl. auch EuGH v. 10. Juli 2008 – C 54/07).

Wenn die festgestellten Tatsachen eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass eine solche Benachteiligung nicht vorlag. Der Arbeitgeber muss das Gericht davon überzeugen, dass die Benachteiligung nicht - auch - auf der Schwerbehinderung beruht. Damit muss er Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als die Behinderung, die zu der weniger günstigen Behandlung führten (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 17.8.2009 – 9 AZR 839/08).

## **6. Schutz von Soldaten vor Benachteiligungen wegen einer Behinderung**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 (BGBl I S. 1897), das sich unter anderem gegen Benachteiligungen aus den Gründen einer Behinderung richtet (§§ 1, 7 AGG), ist auf Soldaten nicht, auch nicht entsprechend (Umkehrschluss aus § 24 AGG), anwendbar. Für Soldaten gilt vielmehr das Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten (Soldatinnen- und Soldaten-Gleichbehandlungsgesetz – SGG) vom 14. August 2006 (BGBl S. 1904). Anders als das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz erstreckt sich dieses Gesetz jedoch nicht allgemein auf Benachteiligungen wegen einer Behinderung (siehe § 1 Abs. 1 SGG), sondern enthält lediglich eine spezielle Schutzvorschrift (§ 1 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 18 SGG) zu Gunsten schwerbehinderter Soldatinnen und Soldaten (im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB IX vom 19. Juni 2001 (BGBl I 1046)); diese Vorschrift übernimmt im Wesentlichen den Benachteiligungsschutz, der sich für Soldaten bis dahin aus § 128 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 81 Abs. 2 SGB IX (in der bis zum 17. August 2006 geltenden Fassung) ergab.

Die Tatsache, dass das Soldatinnen- und Soldaten-Gleichbehandlungsgesetz keinen allgemeinen – von dem Vorliegen einer Schwerbehinderung unabhängigen – Schutz gegen Benachteiligungen aus Gründen einer Behinderung gewährt, verstößt nicht gegen europäisches Recht. Gemäß Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl EG Nr. L 303 S. 16), in deren Umsetzung das Soldatinnen- und Soldaten-Gleichbehandlungsgesetz ergangen ist, können die Mitgliedstaaten vorsehen, „dass diese Richtlinie hinsichtlich von Diskriminierungen wegen einer Behinderung und des Alters nicht für die Streitkräfte gilt“. Von dieser Möglichkeit hat der Bundesgesetzgeber bei Erlass des Soldatinnen- und Soldaten-Gleichbehandlungsgesetzes – unter Hinweis auf das „überragende Erfordernis der Einsatzbereitschaft und Schlagkraft der Streitkräfte“ –



bewusst Gebrauch gemacht (vgl. zur Begründung im Einzelnen BTDrucks. 16/1780 S. 27) (Auszug aus den Gründen; BVerwG, Beschluss v. 11.3.2008 – 1 WB 8.08).

## **7. Ausdehnung des Diskriminierungsverbotes bei Schwerbehinderten vor Inkrafttreten des AGG auf alle Beschäftigten mit Behinderung**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Nach dem Wortlaut des am 1.7.2001 in Kraft getretenen § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX werden nur schwerbehinderte oder diesen gleichgestellte Menschen vor einer Benachteiligung wegen ihrer Behinderung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses geschützt. Erst durch das am 18.8.2006 in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung Europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14.8.2006 ist durch Art. 1 (AGG) § 1 i.V. mit § 7 Abs. 1 dieses Gesetzes ein weiteres Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung geschaffen worden. Im Unterschied zu der nach Art. 3 des Gesetzes weiter bestehenden Geltung des Verbots aus § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX gilt dies nicht nur gegenüber schwerbehinderten und gleichgestellten behinderten Beschäftigten, sondern auch für alle sonstigen behinderten Beschäftigten.

Mit Erlass der Rechtsvorschrift des § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX war der deutsche Gesetzgeber der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf nur unzureichend nachgekommen. Nach der Richtlinie war ein allgemeiner Rahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung wegen der Behinderung in Beschäftigung und Beruf bis zum 2.12.2003 zu schaffen (Art. 18). Der gemeinschaftliche Begriff der Behinderung ist so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, wenn sie ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bilden. Dabei ist der Begriff der Behinderung von dem der Krankheit zu unterscheiden. Damit eine Einschränkung unter den Begriff der Behinderung fällt, muss es wahrscheinlich sein, dass sie von langer Dauer ist. Das entspricht der Definition der Behinderung in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX.

Die Bundesrepublik Deutschland ist ihrer Pflicht zur Umsetzung der Richtlinie erst mit Inkrafttreten von § 1, § 7 Abs. 1 AGG nachgekommen.

Die Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsanwendung gebietet es, das Benachteiligungsverbot in § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX für die Zeit nach Ablauf der Umsetzungsfrist bis zum Inkrafttreten des AGG ohne Einschränkung auf alle Beschäftigte mit einer Behinderung anzuwenden.

Als „Beschäftigte i. S. von § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX und § 1 AGG gelten auch diejenigen, die sich auf die Stelle eines Arbeitnehmers bewerben (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 3.4.2007 – 9 AZR 823/06).

## **8. Diskriminierung wegen Schwerbehinderung/Bewerbung auf eine bereits besetzte Stelle/Unterlassene Einschaltung der Arbeitsagentur**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Bewirbt sich ein schwerbehinderter Mensch auf eine zum Zeitpunkt des Bewerbungseingangs bereits besetzte Stelle, so scheidet ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG bereits deshalb aus, weil im Hinblick auf eine nicht mehr zu treffende Auswahlentscheidung keine Diskriminierungsvermutung entstehen kann.

Alein die unterlassene Einschaltung der Arbeitsagentur gemäß § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX lässt ebenfalls keine Vermutung einer Diskriminierung schwerbehinderter Menschen entstehen, weil damit keine Außenwirkung verbunden ist (LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 26.3.2009 - 11 Sa 83/08 – (n. rkr.)).

## **9. Diskriminierung behinderter Menschen nach §§ 1, 7 AGG/Informations- und Beteiligungspflichten des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Ohne den nach § 68 Abs. 2 SGB IX erforderlichen Bescheid der Bundesagentur für Arbeit lässt sich allein auf Grund einer bloßen Zusicherung nach § 34 SGB X nicht die Annahme rechtfertigen, der Betroffene sei wie ein gleichgestellter schwerbehinderter Mensch zu behandeln.

Im Rahmen der Indiztatsachen des § 22 AGG sind die Vorgaben des § 81 Abs. 1 SGB IX (mit Ausnahme der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung) auch dann zu berücksichtigen, wenn es sich bei den Betroffenen um behinderte Menschen im Sinne der §§ 1, 7 AGG handelt, die nicht schwerbehinderte Menschen oder ihnen gleichgestellt sind.

Die Vermutung einer Diskriminierung wegen Behinderung kann widerlegt sein, wenn der Bewerber mangels ständiger Übung durch berufliche Praxis nicht die Gewähr dafür bietet, dass er über eine in der Stellenausschreibung geforderte fachspezifische Qualifikation (hier Kenntnis der medizinischen Nomenklatur) verfügt (Orientierungssätze; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 2.6.2009 – 3 Sa 499/09).

## **10. Diskriminierung wegen Schwerbehinderung/Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch wegen fehlender beruflicher Erfahrungen**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Grundsätzlich ist die Verletzung der Pflicht zur Einladung zu einem Vorstellungsgespräch eine Tatsache, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lässt. Der öffentliche Arbeitgeber hat den sich bewerbenden schwerbehinderten Menschen nach § 82 Satz 2 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Diese Pflicht besteht gemäß § 82 Satz 3 SGB IX nur dann nicht, wenn dem schwerbehinderten Menschen die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. (hier: keine beruflichen Erfahrungen, die nach dem nicht zu beanstandenden Stellenprofil Stellenanforderungsmerkmal waren) (Orientierungssätze; LAG Hessen, Urteil v. 11.3.2009 - 2/1 Sa 554/08 – (n. rkr.)).

## **11. Diskriminierung wegen Schwerbehinderung/Unterbliebener Hinweis in Stellenausschreibung auf erwünschte Bewerbungen Schwerbehinderter**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Veröffentlicht ein Arbeitgeber über einen längeren Zeitraum eine größere Anzahl von Stellenanzeigen und unterlässt er dabei in Einzelfällen den Hinweis auf erwünschte Bewerbungen schwerbehinderter Menschen, so stellt dies kein im Rahmen des § 22 AGG erhebliches Indiz für ein diskriminierendes Verhalten dar (LAG Köln, Urteil v. 21.1.2009 – 3 Sa 1369/08).

## **12. Diskriminierung wegen Schwerbehinderung/Pflicht zur Festlegung eines Anforderungsprofils/Nichteinladung wegen nicht erfüllter Notenanforderungen**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Die Regelung des § 22 AGG enthält keine vollständige Beweislastumkehr i.S.v. § 292 ZPO. Vielmehr gewährt die Norm dem Arbeitnehmer nur eine Beweiserleichterung hinsichtlich der Kausalität zwischen Arbeitgeberverhalten und Benachteiligung bzw. spezifischer Benachteiligungstendenz (§ 3 Abs 2 AGG) in Form einer Absenkung des Beweismaßes. Indizien, auf die sich der Anspruchsteller beruft, müssen substantiiert dargelegt und im vollen Umfang bewiesen werden.

Der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber ist nach Art 33 GG bei der Stellenbesetzung verpflichtet, eine Bestenauslese zu betreiben. Er ist daher nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, für die zu besetzende Stelle ein Anforderungsprofil festzulegen und nachvollziehbar zu dokumentieren. Bei der Festlegung des Anforderungsprofils und der Eignungsmerkmale steht ihm ein von der Verfassung gewährter Beurteilungsspielraum zu, der nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegt.

Der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber verstößt nicht gegen § 82 Satz 2 SGB IX, wenn er einen schwerbehinderten Bewerber auf Grund nicht erfüllter Notenanforderungen und damit wegen offensichtlich fehlender fachlicher Eignung nicht zu einem Vorstellungsgespräch einlädt (Orientierungssätze; LAG Saarland, Urteil v. 3.12.2008 – 1 Sa 71/08).

### **13. Mitbestimmung bei Einstellung eines Leiharbeitnehmers/Prüfpflicht des Arbeitgebers zur Besetzbarkeit eines Arbeitsplatzes mit einem schwerbehinderten Menschen**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Findet im Laufe eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens ein Betriebs- (teil-)übergang iSv. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB statt, nimmt der Erwerber als neuer Inhaber des Betriebs oder des von dem Beschlussverfahren betroffenen Betriebsteils auch ohne Prozesserkklärungen der Verfahrensbeteiligten oder Handlungen des Gerichts automatisch die verfahrensrechtliche Stellung des bisherigen Betriebsinhabers als Arbeitgeber ein.

Geht während eines Beschlussverfahrens die Zuständigkeit zur Wahrnehmung eines im Verfahren umstrittenen Mitbestimmungsrechts auf ein anderes betriebsverfassungsrechtliches Gremium über, wird dieses Beteiligter des anhängigen Beschlussverfahrens und tritt als Funktionsnachfolger des bisherigen Gremiums in dessen verfahrensrechtliche Position ein.

Nach § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ist der Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob ein frei werdender oder neu geschaffener Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Dazu hat der Arbeitgeber nach § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen. Verletzt der Arbeitgeber diese Pflichten und stellt er auf einen freien Arbeitsplatz einen nicht schwerbehinderten Menschen ein, kann der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern.

Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, einen frei werdenden Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Beschluss v. 23.6.2010 – 7 ABR 3/09, ZfPR *online* 12/2010, S. 16).

### **14. Differenzierungskriterien bei Sozialplanabfindung: Schwerbehinderung/Familiäre Verhältnisse/Erhaltung der eingearbeiteten Belegschaft/Keine Anwendung des § 121 Abs. 3 SGB II**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Ein Sozialplan kann die Kürzung von Abfindungsansprüchen für Arbeitnehmer vorsehen, die eine ihnen angebotene zumutbare Weiterbeschäftigung ablehnen.

Die Betriebsparteien können regeln, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsplatzangebot zumutbar ist.

§ 121 SGB III findet auf die Ausgestaltung von Sozialplänen weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung.

Die Betriebsparteien haben bei Sozialplanregelungen die Wertungen des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG zu beachten.

Die Wertungen des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verpflichten die Betriebsparteien nicht, Arbeitnehmer wegen ihrer familiären Bindungen in Sozialplänen zu bevorzugen.

Eine Sozialplanregelung, die den Umzug von schwerbehinderten Menschen und von Arbeitnehmern, die pflegebedürftige Angehörige betreuen müssen, anders als bei den übrigen Arbeitnehmern für unzumutbar erklärt, verstößt nicht gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Betriebliche Interessen an der Erhaltung der eingearbeiteten Belegschaft oder an Teilen derselben sind nicht geeignet, Differenzierungen bei der Höhe von Sozialplanabfindungen zu rechtfertigen

(Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 6.11.2007 – 1 AZR 960/06. ZfPR online 12/2008, S. 2).

## **15. Entschädigung wegen Benachteiligung bei der Stellenbesetzung aufgrund angenommener Behinderung**

(§ 81 Abs. 2 SGB IX)

Nach dem eindeutigen Wortlaut von § 7 Abs. 1 Halbs. 2 AGG liegt eine ungerechtfertigte Benachteiligung eines Beschäftigten auch dann vor, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals bei der Benachteiligung nur annimmt. Auch der „Versuch am untauglichen Objekt“ stellt grundsätzlich eine verbotene Benachteiligung dar.

An die Vermutungsvoraussetzungen des § 22 AGG ist kein zu strenger Maßstab anzulegen. Es ist nicht erforderlich, dass die Tatsachen einen zwingenden Indizienschluss für eine Verknüpfung der Benachteiligung mit einem Benachteiligungsmerkmal zulassen. Vielmehr reicht es aus, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung hierfür eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht. Sodann trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Bedient sich der Arbeitgeber bei der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses eigener Mitarbeiter oder Dritter, so trifft ihn eine Verantwortlichkeit für deren Verhalten.

Aus der Frage nach bestimmten Erkrankungen oder Leiden kann je nach den Einzelfallumständen auch auf eine Erkundigung nach einer Behinderung geschlossen werden. Spätestens seit dem Inkrafttreten des AGG ist zu berücksichtigen, dass Fragen nach Erkrankungen im Hinblick auf das Vorliegen einer Behinderung diskriminierungsrelevant sein können.

Nach der Übergangsvorschrift des § 33 Abs. 1 AGG, die sich entgegen ihres Wortlauts nicht nur auf Benachteiligungen wegen des Geschlechts und sexuelle Belästigung, sondern auf alle unerlaubten Benachteiligungen einschließlich solcher wegen Behinderungen bezieht, ist das AGG nicht auf Sachverhalte anwendbar, die vor Inkrafttreten des Gesetzes bereits abgeschlossen waren. Vielmehr gilt für solche Sachverhalte die alte Rechtslage.

Für die Anwendbarkeit des AGG kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt der Benachteiligungshandlung an. In der Regel ist dies der Zeitpunkt der Maßnahme, die eine Benachteiligung darstellen soll, also etwa der Entschluss des Arbeitgebers, einen Bewerber nicht einzustellen (BAG, Urteil v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08, ZfPR online 12/2010, S. 8).

## **16. Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers wegen fehlender Zuweisung eines „leidensgerechten Arbeitsplatzes“**

(§ 81 Abs. 4 SGB IX)

Dem Arbeitnehmer kann jedoch ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB zustehen, wenn der Arbeitgeber schuldhaft seine Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB dadurch verletzt, dass er den Arbeitnehmer nicht durch Neuausübung seines Direktionsrechts einen leidensgerechten Arbeitsplatz zuweist.

Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Neubestimmung der Tätigkeit des Arbeitnehmers setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Umsetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz verlangt und dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, wie er sich seine weitere, die auftretenden Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorstellt.

Dem Verlangen des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber regelmäßig entsprechen, wenn ihm die Zuweisung einer anderen Tätigkeit liegende Neubestimmung der zu bewirkenden Arbeitsleistung zumutbar und rechtlich möglich ist.

Dem Arbeitnehmer kann bei der Entstehung des Schadens ein Mitverschulden vorzuwerfen sein, wenn ihn an dem Unvermögen, die bisherige Tätigkeit auszuüben, ein Verschulden trifft.

Soweit die Entscheidungen des Gerichts vom 8. November 2006 - 5 AZR 51/06 - und vom 27. August 2008 - 5 AZR 16/08 - dahin gehend verstanden werden könnten, das Angebot einer anderen als der vom Arbeitgeber nach § 106 Satz 1 GewO näher bestimmten Leistung könne den Arbeitgeber in Annahmeverzug versetzen, hält der Senat daran nicht fest (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 19.5.2010 – 5 AZR 162/09).

### **17. Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers zur Einladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch**

(§ 82 SGB IX)

Zur Erhöhung seiner Chancen im Auswahlverfahren ist ein schwerbehinderter Bewerber nach § 82 Satz 2 SGB IX von einem öffentlichen Arbeitgeber regelmäßig zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Nach § 82 Satz 3 SGB IX entfällt diese Pflicht ausnahmsweise, wenn dem schwerbehinderten Bewerber offensichtlich die fachliche Eignung fehlt.

Ob die fachliche Eignung offensichtlich fehlt, ist an dem vom öffentlichen Arbeitgeber mit der Stellenausschreibung bekannt gemachten Anforderungsprofil zu messen (BAG, Urteil v. 21.7.2009 – 9 AZR 431/08, ZfPR *online* 12/2009, S. 8).

### **18. Nachforschungspflicht des Arbeitgebers bzgl. Grad und Art der Behinderung**

(§ 82 SGB IX)

Die Pflicht zur Einladung zu einem Vorstellungsgespräch entfällt nicht deswegen, weil die ausgeschriebene Stelle als Mutterschaftsvertretung neu zu besetzen ist (§ 82 Satz 1 iVm. § 72 Abs. 2 Nr. 7 SGB IX).

Macht ein schwerbehinderter Bewerber im Bewerbungsschreiben unklare Angaben über den Grad und die Art seiner Behinderung, so trifft den Arbeitgeber keine Pflicht, sich im Hinblick auf § 1 AGG über den Grad und die Art der Behinderung zu erkundigen (LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 6.9.2010 – 4 Sa 18/10 – (n.rkr.)).

### **19. Kein Schadensersatzanspruch wegen Diskriminierung bei späterer Einladung zum Vorstellungsgespräch**

(§ 82 SGB IX)

Ein Verstoß gegen § 82 Satz 2 SGB IX kann geheilt werden, wenn der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes den Stellenbewerber auf dessen Beanstandung hin in das unverändert noch laufende Bewerbungsverfahren wieder aufnimmt und zu einem Vorstellungstermin lädt.

Wird der Verstoß gegen § 82 Satz 2 SGB IX geheilt, entfällt damit auch eine etwaige Indizwirkung i. S. von § 22 AGG.

Ein Anspruch auf Entschädigung und/oder Schadensersatz gemäß § 15 AGG wegen Diskriminierung in einem Bewerbungsverfahren scheidet aus, wenn der Stellenbewerber an dem Vorstellungstermin, zu dem er eingeladen ist, nicht teilnimmt und seine Bewerbung vor Abschluss des Verfahrens zurückzieht.

Vor dem Hintergrund des § 33 Abs. 2 Satz 1 TVöD darf ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes davon ausgehen, dass ein Bewerber um eine ausgeschriebene Vollzeitstelle für diese gesundheitlich nicht geeignet ist, wenn der Bewerber während des laufenden Bewerbungsverfahrens rückwirkend und für die Zukunft unbefristet als in vollem Umfang erwerbsgemindert anerkannt wird (LAG Köln, Urteil v. 29.1.2009 – 7 Sa 980/08).

## **20. Benachteiligung wegen Schwerbehinderung im Bewerbungsverfahren/Keine Nachforschungspflicht des Arbeitgebers**

(§ 82 SGB IX)

Zu den Indizien im Sinne von § 22 AGG, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, gehört es insbesondere, wenn der öffentliche Arbeitgeber seiner Pflicht aus § 82 Satz 2 SGB IX nicht genügt, den nicht offensichtlich ungeeigneten schwerbehinderten Bewerber zur Vorstellung einzuladen.

Stützt ein schwerbehinderter Bewerber die Vermutung einer Benachteiligung auf die unterbliebene Einladung zum Vorstellungsgespräch durch einen öffentlichen Arbeitgeber, muss er darlegen, dass der Arbeitgeber entweder positive Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft hatte oder aufgrund der Bewerbungsunterlagen sich diese Kenntnis jedenfalls hätte verschaffen können.

Vom Arbeitgeber kann - über seine Pflicht zur vollständigen Kenntnisnahme der Bewerbungsunterlagen hinaus - nicht verlangt werden, dass er bei Vorliegen bestimmter Anhaltspunkte selbstständig Nachforschungen unternimmt, ob ein Bewerber die Schwerbehinderteneigenschaft besitzt (ArbG Ulm, Urteil v. 17.12.2009 – 5 Ca 316/09).

## **21. Wartezeitkündigung/Fehlendes Präventionsverfahren keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung**

(§ 84 SGB IX)

Die kraft beiderseitiger Tarifbindung geltende SR 2y BAT unterliegt als Bestandteil des BAT (§ 2 Satz 2 BAT) gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB keiner Inhaltskontrolle. Gleiches gilt für die Protokollnotizen zur SR 2y BAT. Soweit diese eigenständige Regelungen enthalten, handelt es sich um Tarifnormen, die ihrerseits gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB keiner Inhaltskontrolle zu unterziehen sind. Wird in den Protokollnotizen nur deklaratorisch auf gesetzliche Bestimmungen hingewiesen, wie in der Nr. 6 Satz 1 zu Nr. 1 der SR 2y BAT, fehlt es dagegen an einem eigenständigen Normsetzungswillen der Tarifvertragsparteien.

Bei der Prüfung der Treuwidrigkeit einer Kündigung ist § 242 BGB im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen und anzuwenden.

Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben verstößt eine Kündigung gegen § 242 BGB, wenn sie Treu und Glauben aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind. Dies gilt jedenfalls für eine Kündigung, auf die wegen Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet.

Die Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 Abs. 1 SGB IX ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung mit der Folge, dass eine Kündigung unwirksam wäre, wenn ein Präventionsverfahren vor ihrem Ausspruch nicht durchgeführt worden ist (BAG, Urteil v. 24.1.2008 – 6 AZR 96/07).

## **22. Unterlassenes BEM bei krankheitsbedingter ordentlicher Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen/BEM bei nicht schwerbehinderten Personen**

(§ 84 SGB IX)

Eine Kündigung ist entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie durch andere mildere Mittel vermieden werden kann, d.h., wenn die Kündigung nicht zur Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigungen bzw. der eingetretenen Vertragsstörung geeignet oder nicht erforderlich ist.

Das in § 84 Abs. 2 SGB IX vorgeschriebene „Betriebliche Eingliederungsmanagement“ (BEM) stellt eine Konkretisierung dieses Grundsatzes dar.



Dabei ist das BEM an sich zwar kein milderes Mittel. Durch das BEM können aber solche milderen Mittel, z.B. die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen - ggf. durch Umsetzungen „freizumachenden“ - Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden.

Allerdings kann eine Kündigung nicht allein deshalb wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip als sozial ungerechtfertigt qualifiziert werden, weil das BEM nicht durchgeführt wurde. Es müssen vielmehr auch bei gehöriger Durchführung des BEM überhaupt Möglichkeiten einer alternativen (Weiter-)Beschäftigung bestanden haben, die eine Kündigung vermieden hätten.

Ein unterlassenes BEM steht einer Kündigung dann nicht entgegen, wenn sie auch durch das BEM nicht hätte verhindert werden können (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 23.4.2008 – 2 AZR 1012/06, ZfPR *online* 12/2008, S. 10).

### **23. Bestimmtheitserfordernis bei Antrag auf Feststellung zu Inhalt und Umfang der Mitbestimmung bei betrieblichem Eingliederungsmanagement**

(§ 84 SGB IX)

Geht es um den Inhalt und Umfang des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, so ist aufgrund der besonderen Struktur dieses Mitbestimmungsrechts in der Regel ein konkretes Regelungsverlangen des Betriebsrats erforderlich. Die von ihm gestellten Feststellungsanträge müssen erkennen lassen, welche Regelungen zur betrieblichen Umsetzung einer sich aus Normen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes ergebenden konkreten Handlungspflicht des Arbeitgebers aus der Sicht des Betriebsrats in Betracht kommen, an deren Ausgestaltung er mitzuwirken beabsichtigt. Ein Hauptantrag, mit dem ganz pauschal und umfassend die Feststellung eines Mitbestimmungsrechts bei der „Durchführung des BEM gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX“ begehrt wird, genügt nicht den Bestimmtheitserfordernissen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (BAG, Beschluss v. 18.8.2009 – 1 ABR 45/08).

### **24. Mindestanforderungen an das BEM-Verfahren/Aufstellung einer Verfahrensordnung**

(§ 84 SGB IX)

Nach § 84 Abs. 2 SGB IX entspricht jedes Eingliederungsmanagement den gesetzlichen Erfordernissen, das die zu beteiligenden Personen und Stellen unterrichtet und sie - ggf. abhängig von ihrer Zustimmung - einbezieht, das ferner kein vernünftigerweise in Betracht zu ziehendes Ergebnis ausschließt und in dem die von diesen Personen und Stellen eingebrachten Vorschläge erörtert werden.

Das Gesetz schreibt für das BEM weder bestimmte Mittel vor, die auf jeden – oder auf gar keinen - Fall in Erwägung zu ziehen sind, noch beschreibt es bestimmte Ergebnisse, die das Eingliederungsmanagement haben muss oder nicht haben darf. Es besteht keine Verpflichtung, eine Verfahrensordnung aufzustellen.

Das Gesetz vertraut darauf, dass die Einbeziehung von Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Betriebsrat und externen Stellen sowie die abstrakte Beschreibung des Ziels ausreichen, um die Vorstellungen der Betroffenen sowie internen und externen Sachverständigen in ein faires und sachorientiertes Gespräch einzubringen, dessen näherer Verlauf und dessen Ergebnis sich nach den - einer allgemeinen Beschreibung nicht zugänglichen - Erfordernissen des jeweiligen Einzelfalles zu richten haben.

Das BEM verlangt vom Arbeitgeber nicht, bestimmte Vorschläge zu unterbreiten. Vielmehr hat es jeder am BEM Beteiligte - auch der Arbeitnehmer - selbst in der Hand, alle ihm sinnvoll erscheinenden Gesichtspunkte und Lösungsmöglichkeiten in das Gespräch einzubringen (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, ZfPR *online* 7/2010, S. 20).



## 25. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast beim BEM

(§ 84 SGB IX)

Ein BEM genügt den gesetzlichen Mindestanforderungen, wenn es die zu beteiligenden Stellen, Ämter und Personen einbezieht, keine vernünftigerweise in Betracht zu ziehende Anpassungs- und Änderungsmöglichkeit ausschließt und die von den Teilnehmern eingebrachten Vorschläge sachlich erörtert werden.

Hat das BEM zu einem positiven Ergebnis geführt, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, die empfohlene Maßnahme - soweit dies in seiner alleinigen Macht steht - vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung als milderer Mittel umzusetzen.

Der Arbeitgeber hat vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung eine (durch ein BEM) empfohlene Rehabilitationsmaßnahme schon von sich aus in Erwägung zu ziehen und ihre Durchführung in die Wege zu leiten. Bedarf es dazu der Einwilligung oder der Initiative des Arbeitnehmers, muss der Arbeitgeber um diese nachsuchen oder den Arbeitnehmer hierzu auffordern. Dazu kann er dem Arbeitnehmer eine Frist setzen. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer dabei deutlich darauf hinweisen, dass er im Weigerungsfall mit einer Kündigung rechnen müsse. Lehnt der Arbeitnehmer die Maßnahme dennoch ab oder bleibt er trotz Aufforderung untätig, braucht der Arbeitgeber die Maßnahme vor Ausspruch der Kündigung nicht mehr als milderer Mittel berücksichtigen (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 10.12.2009 - 2 AZR 400/08).

## 26. Versetzung eines Beamten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit ohne BEM

(§ 84 SGB IX)

Die vorherige Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines Bescheides, mit dem gemäß § 26 BeamStG iVm. § 42 BG LSA die Versetzung eines Beamten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit verfügt wird (BAG, Beschluss v. 25.8.2010 - 1 L 116/10).

## 27. Darlegungs- und Beweislast bei krankheitsbedingte Kündigung ohne BEM

(§ 84 SGB IX)

Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, die die Kündigung bedingen. Dazu gehört auch die Darlegung des Fehlens alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten.

Der Arbeitgeber kann - außerhalb der Verpflichtung zur Durchführung eines BEM - zunächst pauschal behaupten, es bestehe für den dauerhaft erkrankten Arbeitnehmer keine andere Beschäftigungsmöglichkeit. Der Arbeitnehmer muss sodann konkret darlegen, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz vorstellt, die er trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen ausüben könnte.

Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer keinen oder nur einen oberflächlichen Einblick in die organisatorischen Arbeitsabläufe in anderen betrieblichen Bereichen hat.

Bestand eine Verpflichtung zur Durchführung eines BEM, darf der Arbeitgeber sich im Kündigungsschutzprozess nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, es gebe keine leidensgerechten Arbeitsplätze, die der erkrankte Arbeitnehmer trotz seiner Erkrankung ausfüllen könne. Er hat vielmehr von sich aus denkbare oder vom Arbeitnehmer (außergerichtlich) bereits genannte Alternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen sowohl eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen als auch die Beschäftigung auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz ausscheidet.

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein BEM deswegen entbehrlich war, weil es wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers unter keinen Umständen ein positives Ergebnis hätte bringen können, trägt der Arbeitgeber (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 30.9.2010 – 2 AZR 88/09).

## **28. Kein Mitbestimmungsrecht des Personalrats/Betriebsrats bei Maßnahmen des BEM**

(§ 84 SGB IX)

Maßnahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX unterliegen nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (LAG Hamburg, Beschluss v. 21.5.2008 – H 3 TaBV 1/08, ZfPR *online* 12/2009, S. 20).

## **29. Verstoß gegen Verpflichtung zur Einleitung eines BEM/Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nach erfolgreicher Umschulung**

(§ 84 SGB IX)

Die Verpflichtung zur Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX setzt ein, sobald eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig krank war.

Kommt eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber der Verpflichtung nach § 84 Abs. 2 SGB IX nicht rechtzeitig nach, ist eine krankheitsbedingte Kündigung auch dann unverhältnismäßig, wenn sie bei rechtzeitiger Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements hätte vermieden werden können.

Steht fest, dass eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung zu erbringen, und lässt sie oder er sich deshalb umschulen, hat die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements unter Einbeziehung der zuständigen Stellen zu prüfen, ob und inwieweit eine Weiterbeschäftigung nach erfolgreicher Umschulung möglich ist und geeignete frei werdende Stellen im zumutbaren Rahmen freizuhalten.

Darauf, dass etwaige geeignete, in der Zeit seit dem Beginn der Verpflichtung nach § 84 Abs. 2 SGB IX frei gewordene Stellen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung besetzt waren, kann sich die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB nicht berufen (ArbG Berlin, Urteil v. 29.1.2009 – 33 Ca 16090/08).

## **30. Zeitpunkt und Umfang der Beteiligung der Personalvertretung am BEM**

(§ 84 SGB IX)

Der Personalrat besitzt kein Recht zur Vorauswahl der für ein BEM in Frage kommenden Beschäftigten.

Beschränkt sich der Arbeitgeber auf eine schriftliche Information der für ein BEM in Betracht kommenden Beschäftigten über die gesetzlichen Vorgaben und auf die Bitte um Zustimmung zum BEM, so erschöpft sich die Beteiligung der Personalvertretung in der vorherigen Information über den Inhalt des Schreibens und die Anzahl der angeschriebenen Personen.

Ohne die Zustimmung der Betroffenen kann der Personalrat nicht die Bekanntgabe der Zeiten der Arbeitsunfähigkeit und der ihr zu Grunde liegenden Art der Erkrankung aller namentlich benannten Beschäftigten sowie der Antwortschreiben der Betroffenen verlangen.

§ 84 Abs. 2 SGB IX regelt ein spezielles Beteiligungs- und Kontrollregime der Personalvertretung für das BEM. Es verpflichtet den Arbeitgeber nicht zu einem generellen präventiven Gesundheitsschutz, sondern nur bezogen auf konkrete Beschäftigte (Leitsätze der Schriftleitung; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 20.11.2008 – 60 PV 9.07, ZfPR *online* 12/2009, S. 15).

### **31. BEM und Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit**

(§ 84 SGB IX)

Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements gem. § 84 Abs. 2 SGB IX ist nicht formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines Bescheides, mit dem die Versetzung eines Beamten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit verfügt wird (OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 21.5.2010 – 6 A 816/09).

### **32. Geltung des BEM für Beamte/Zurruhesetzung eines schwerbehinderten Beamten im Bereich der Deutschen Bahn**

(§ 84 SGB IX)

§ 84 SGB IX und Art. 5 RL 2000/78/EG gelten auch für Beschäftigte im Beamtenverhältnis.

§ 42 Abs. 3 Satz 1 BBG eröffnet dem Dienstherrn nur ein sehr eingeschränktes Ermessen. Von ihm ist in einer Weise Gebrauch zu machen, die zur Beachtung der vorrangigen Anforderungen des Art. 5 RL 2000/78/EG führt. Die näheren Anforderungen sind den Erwägungsgründen Nr. 20 f. der RL 2000/78/EG zu entnehmen.

Den Anforderungen des § 42 Abs. 3 Satz 1 BBG i. V. m. Art. 5 RL 2000/78/EG genügt es nicht, nachzuweisen, dass Bewerbungen oder Vermittlungen eines dienstunfähigen Beamten auf einen anderen Arbeitsplatz/Dienstposten gescheitert sind, z. B. weil sich besser qualifizierte Personen durchgesetzt haben. Der Dienstherr muss auch prüfen, ob es möglich und zumutbar ist, durch Organisationsänderungen einen behindertengerechten Arbeitsplatz einzurichten.

Die Nichtdurchführung eines Präventionsverfahrens gemäß § 84 SGB IX bewirkt allein noch nicht die Rechtswidrigkeit einer Zurruhesetzungsverfügung. Der Verfahrensfehler ist jedoch bei der Ermessensüberprüfung zu Lasten der Behörde zu berücksichtigen (VG Frankfurt am. Main, Urteil v. 29.2.2008 – 9 E 941/07).

### **33. Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung zwecks Feststellung der Dienstfähigkeit**

(§ 84 SGB IX)

Die Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung nach § 45 Abs. 1 Satz 3 LBG NRW (BG NW) ist regelmäßig Verwaltungsakt.

Die Bestimmung eines Termins zur ärztlichen Untersuchung regelt grundsätzlich nur die technische Abwicklung der Untersuchungsaufforderung, so dass sich diese nach dem Termin nicht durch Zeitablauf erledigt.

Bei gleichbleibendem Sachverhalt bedarf es vor einer erneuten Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung grundsätzlich keiner erneuten Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und des Personalrates.

Die für die Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung erforderlichen begründeten Zweifel an der Dienstfähigkeit des Beamten müssen sich auf konkrete Umstände stützen. Derartige konkrete Umstände können sich aus erheblichen krankheitsbedingten Dienstausfallzeiten ergeben. Bei langen Fehlzeiten, die die Fristbestimmung des § 45 Abs. 1 Satz 2 LBG NRW (BG NW) weit überschreiten, drängt sich eine amtsärztliche Klärung der dauernden Dienstfähigkeit geradezu auf.

Es kann ein erhebliches Indiz für die Dienstunfähigkeit eines Beamten darstellen, wenn sein Verhalten dazu geeignet ist, den Eindruck zu erwecken, er versuche sich einer Untersuchung möglichst zu entziehen oder zumindest die Feststellung der Dienstunfähigkeit möglichst lange zu verzögern. Die nur eingeschränkte Kooperationsbereitschaft eines Beamten, an der Aufklärung seiner Dienstfähigkeit mitzuwirken, kann insofern in die Ermessensentscheidung nach § 45 Abs. 1 Satz 3 LBG (BG NW) einfließen.

Vor der Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung zur Feststellung der Dienstunfähigkeit ist kein betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchzuführen (VG Gelsenkirchen, Urteil v. 25.6.2008 – 1 K 3679/07).

### **34. Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung Schwerbehinderter/Wiederholte Kündigung ohne erneute Beteiligung des Amts**

(§ 85 SGB IX)

Liegt die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eines schwerbehinderten Menschen nach § 85 SGB IX vor, so ist der Arbeitgeber innerhalb des in § 88 Abs. 3 SGB IX vorgesehenen Zeitraums von einem Monat berechtigt, das Arbeitsverhältnis mit dem schwerbehinderten Menschen durch Ausspruch einer Kündigung zu beenden. Bei gleichbleibendem Kündigungssachverhalt können ggf. innerhalb des Zeitfensters auch wiederholt Kündigungen ausgesprochen werden (z. B. wegen formeller Bedenken), ohne dass es einer erneuten Zustimmung bedarf. Ein „Verbrauch“ des Kündigungsrechts tritt dann nicht ein (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 8.11.2007 – 2 AZR 425/06).

### **35. Ordentliche Kündigung bei Schwerbehinderung/Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG bei fehlender Zustimmung des Integrationsamts**

(§ 85 SGB IX)

Kündigt der Arbeitgeber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer in Kenntnis von dessen Schwerbehinderteneigenschaft, ohne zuvor nach § 85 SGB IX die erforderliche Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung einzuholen, so kann der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Kündigung bis zur Grenze der Verwirkung gerichtlich geltend machen. Nach § 4 Satz 4 KSchG beginnt in derartigen Fällen die dreiwöchige Klagefrist gem. § 4 Satz 1 KSchG erst ab der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde (hier des Integrationsamts) an den Arbeitnehmer.

Ist dem Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers bzw. dessen Gleichstellung nicht bekannt und hatte der Arbeitgeber die Zustimmung des Integrationsamts folglich auch nicht beantragt, so muss sich der Arbeitnehmer - zur Erhaltung seines Sonderkündigungsschutzes nach § 85 SGB IX - innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung auf diesen Sonderkündigungsschutz berufen. Teilt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seinen Schwerbehindertenstatus bzw. seine Gleichstellung nicht innerhalb dieser drei Wochen mit, so kann sich der Arbeitnehmer auf den Sonderkündigungsschutz nicht mehr berufen und mit Ablauf der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG ist der eigentlich gegebene Nichtigkeitsgrund nach § 134 BGB iVm. § 85 SGB IX wegen § 7 KSchG geheilt. § 4 Satz 4 KSchG kommt hier nicht zur Anwendung, denn eine Entscheidung war nicht erforderlich und konnte dem Arbeitnehmer deshalb auch nicht bekannt gegeben werden.

Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seinen Schwerbehindertenstatus bzw. seine Gleichstellung innerhalb von drei Wochen nach der Kündigung mitteilt. Dann kann sich der Arbeitnehmer zwar auf den Sonderkündigungsschutz berufen. Allerdings muss er zugleich auch die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG einhalten, denn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung war dem Arbeitgeber der Sonderkündigungsschutz nicht bekannt und er konnte eine Zustimmung nicht beantragen.

Die Eigenschaft als schwerbehindert entsteht kraft Gesetzes, wenn die in § 2 SGB IX in der im Zeitpunkt der Kündigung geltenden Fassung genannten Voraussetzungen vorliegen. Der Feststellungsbescheid des Versorgungsamts hat nach § 2 Abs. 2, § 69 SGB IX keine rechtsbegründende (konstitutive), sondern lediglich eine erklärende (deklaratorische) Wirkung.

§ 90 Abs. 2a SGB IX nF verlangt zwar einen Nachweis der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch zum Zeitpunkt der Kündigung, der in der Regel durch einen entsprechenden Bescheid erbracht wird. Nachgewiesen in diesem Sinne ist die Eigenschaft aber auch dann, wenn die Behinderung offenkundig ist (Auszug aus den Orientierungssätzen der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 13.2.2008 – 2 AZR 864/06).

### **36. Betriebsbedingte Kündigung gegenüber schwerbehindertem Arbeitnehmer/Kennntnis des Arbeitgebers von Schwerbehinderteneigenschaft**

(§ 85 SGB IX)

Will sich der schwerbehinderte Arbeitnehmer den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX aF erhalten, muss er nach Zugang der Kündigung innerhalb einer angemessenen Frist, die drei Wochen beträgt, die Schwerbehinderteneigenschaft gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen.

Die Verwirkung setzt jedoch voraus, dass der Arbeitgeber die Schwerbehinderung oder den Antrag nicht kennt und deshalb mit der Zustimmungspflichtigkeit der Kündigung nicht rechnen kann.

Im Fall des Betriebsübergangs muss sich der Betriebsübernehmer die Kenntnis des Betriebsveräußerers von der Schwerbehinderung zurechnen lassen.

Ist das Kündigungsrecht, wie im Fall des § 85 SGB IX, durch ein Verbot (mit Erlaubnisvorbehalt) eingeschränkt, so kann es auch nur mit dieser Einschränkung übergehen.

Für den Nachweis der Schwerbehinderung nach § 90 Abs. 2a SGB IX genügt die objektive Existenz eines geeigneten Bescheides, der die Schwerbehinderung - bzw. die Gleichstellung - nachweist (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 11.12.2008 – 2 AZR 395/07, ZfPR *online* 12/2009, S. 6).

### **37. Verwirkung des Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen**

(§ 85 SGB IX)

Der schwerbehinderte Arbeitnehmer hat das Recht, sich gegenüber seinem Arbeitgeber auf den gesetzlichen Sonderkündigungsschutz zu berufen, in der Regel nicht nach § 242 BGB verwirkt, wenn er die Unwirksamkeit der Kündigung innerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG gerichtlich geltend gemacht hat (BAG, Urteil v. 23.2.2010 – 2 AZR 659/08).

### **38. Krankheitsbedingte Kündigung/Fehlende Therapiebereitschaft bei dauerhafter Leistungsunfähigkeit**

(§ 85 SGB IX)

Anwendungsfall der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur krankheitsbedingten Kündigung wegen dauernder Leistungsunfähigkeit.

Ist der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung nicht therapiebereit, kann davon ausgegangen werden, dass er von dieser Krankheit in absehbarer Zeit nicht geheilt wird (Orientierungssätze; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 29.1.2009 – 11 Sa 5/08).

### **39. Verwirkung des Sonderkündigungsschutzes bei Offenkundigkeit der Schwerbehinderung**

(§ 85 SGB IX)

Die Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes als anerkannter Schwerbehinderter kann im Kündigungsschutzprozess eine unzulässige Rechtsausübung darstellen. Dies wird regelmäßig dann angenommen, beruft sich der gekündigte Arbeitnehmer nicht innerhalb einer kurzen Frist (aktuell: drei Wochen ab Zugang der Kündigung, vgl. BAG vom 11.12.2008 – 2 AZR 395/07) gegenüber dem Arbeitgeber auf seine – diesem bislang nicht bekannte – Anerkennung als schwerbehinderter Mensch. § 6 Satz 1 KSchG soll insoweit keine Anwendung finden.

Eine solche Verwirkung des Sonderkündigungsschutzes scheidet aus, ist der beklagte Arbeitgeber nicht schutzwürdig.

Fehlende Schutzwürdigkeit des Arbeitgebers ist anzunehmen, ist die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers offenkundig (Beispiel: fehlendes Gliedmaß).

Fehlende Schutzwürdigkeit ist aber auch bereits dann anzunehmen, vermag die Anerkennung als „schwerbehinderter Mensch den Arbeitgeber nicht zu überraschen. Dies ist regelmäßig dann anzunehmen, verfügt der Arbeitnehmer über eine körperliche Anomalie, die jedermann den Gedanken nahe legt, der Arbeitnehmer könnte als schwerbehinderter Mensch anerkannt sein (hier: ständiges Hinken wegen der Versteifung eines Beines). Die Offenkundigkeit braucht sich daher nicht auch auf einen GdB von wenigstens 50 zu beziehen (ArbG Berlin, Urteil v. 3.9.2008 – 55 Ca 6593/08).

#### **40. Ordentliche Kündigung eines Schwerbehinderten wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten/Inhalt der Entscheidung des Integrationsamtes**

(§ 85 SGB IX)

Das Integrationsamt hat im Rahmen des besonderen Kündigungsschutzes von Schwerbehinderten eine Ermessensentscheidung darüber zu treffen, ob das vor allem betriebswirtschaftlich geprägte Interesse des Arbeitgebers an der Erhaltung seiner Gestaltungsmöglichkeiten gegenüber dem Interesse des schwerbehinderten Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes überwiegt. Eine arbeitsrechtliche Beurteilung der Kündigung ist dagegen nicht erforderlich.

Der Umstand, dass die zur Frage des Restleistungsvermögens des Behinderten eingeholten Gutachten auf den ersten Blick widersprüchlich sind, steht der Einbeziehung der Gutachten in die Entscheidung über eine ordentliche Kündigung des Schwerbehinderten regelmäßig nicht entgegen, wenn in den Gutachten insbesondere angesichts der ausdrücklich hervorgehobenen Progredienz des Leidens rechtsfehlerfrei der Schluss gezogen wird, dass eine negative Zukunftsprognose zu erwarten ist (Orientierungssätze; VG Aachen, Urteil v. 9.9.2008 – 2 K 287/08).

#### **41. Prüfungsmaßstab des Integrationsamtes bei ordentlicher Kündigung eines Schwerbehinderten**

(§ 85 SGB IX)

Erfolgt die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten aus einem verhaltensbedingten Grund, der nicht mit der Behinderung im Zusammenhang steht, kann das Integrationsamt bei der Prüfung, ob die Zustimmung zu erteilen ist, vom Sachvortrag des Arbeitgebers ausgehen. Eine Ausnahme hiervon kommt dann in Betracht, wenn die Kündigung arbeitsrechtlich offensichtlich unwirksam oder der vom Arbeitgeber genannte Kündigungsgrund offensichtlich „vorgeschoben“ ist.

Nach dem Schutzzweck des SGB IX ist es nicht Aufgabe des Integrationsamtes, sondern der Arbeitsgerichte, den Schwerbehinderten vor „vorgeschobenen“ Kündigungsgründen zu schützen (VG Oldenburg, Urteil v. 6.8.2010 – 13 A 3067/09).

#### **42. Krankheitsbedingte Kündigung bei Schwerbehinderung/Nicht rechtskräftiges, fehlerhaftes Negativattest des Versorgungsamtes**

(§ 90 Abs. 2 SGB IX)

Ein auf einen form- und fristgerecht eingereichten Antrag des Arbeitgebers ergehendes Negativattest beseitigt, jedenfalls, wenn es bestandskräftig ist, ebenso wie die Zustimmung des Integrationsamtes die zunächst bestehende Kündigungssperre.

Da das Negativattest aber nur an die Stelle der an sich erforderlichen Zustimmung treten kann, muss es vor dem Ausspruch der Kündigung vorliegen.

Grundsätzlich findet der Sonderkündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch bzw. Gleichgestellter nicht nachgewiesen ist (§ 90 Abs. 2a 1. Alt. SGB IX).



Dagegen bleibt nach § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX bei bestehender Schwerbehinderung der Sonderkündigungsschutz trotz fehlenden Nachweises bestehen, wenn der Antrag mindestens drei Wochen vor der Kündigung gestellt worden ist.

Die Zustimmung des Integrationsamtes ist nicht bereits dann nach § 90 Abs. 2a SGB IX entbehrlich, wenn im Zeitpunkt der Kündigung eine - nicht rechtskräftige und später aufgehobene - Entscheidung des Versorgungsamtes vorliegt, mit der ein unter 50 GdB liegender Grad der Behinderung festgestellt wird.

Das Gesetz ordnet in § 90 Abs. 2a SGB IX den Verlust des Sonderkündigungsschutzes in solchen Fällen nicht an. Eine so weitgehende Folge wie die faktische Entziehung des Rechtsschutzes gegen unrichtige Feststellungen des Versorgungsamtes hätte das Gesetz unmissverständlich und eindeutig festlegen müssen (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 6.9.2007 – 2 AZR 324/06).

#### **43. Sonderkündigungsschutz bei Schwerbehinderung/Rechtzeitigkeit der Stellung des Anerkennungsantrags**

(§ 90 Abs. 2 SGB IX)

Der besondere Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen findet nach § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX nur dann Anwendung, wenn die in § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX bestimmte Drei-Wochen-Frist bei Kündigungszugang verstrichen ist, d.h. der Arbeitnehmer muss zunächst den Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt haben (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Urteil v. 29.11.2007 – 2 AZR 613/06).

#### **44. Untergang der Schwerbehindertenvertretung wegen Verlusts der Organfähigkeit des Betriebs**

(§ 94 Abs. 1 SGB IX)

Die Schwerbehindertenvertretung geht bei dem Verlust der Organfähigkeit des Betriebs unter, also bei dem Absinken der Zahl der regelmäßig beschäftigten schwerbehinderten Menschen unter fünf, was jedenfalls dann der Fall ist, wenn in dem Betrieb nunmehr insgesamt weniger als fünf Arbeitnehmer einschließlich der beschäftigten schwerbehinderten Menschen beschäftigt werden und der Betrieb auch nicht mit einem anderen Betrieb des Unternehmens zwecks Bildung einer gemeinsamen Schwerbehindertenvertretung zusammengeschlossen werden kann (LAG Niedersachsen, Beschluss v. 20.8.2008 – 15 TaBV 145/07, LS ZfPR 2009, 12).

#### **45. Anfechtung der Wahl der Schwerbehindertenvertretung durch in der Dienststelle vertretene Gewerkschaften**

(§ 94 Abs. 6 SGB IX)

§ 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX ordnet für die Anfechtung der Wahl der Schwerbehindertenvertretung die sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung der Wahl des Personalrats an; nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SächsPersVG sind die in der Dienststelle vertretenen Gewerkschaften zur Anfechtung der Personalratswahl berechtigt.

Das Recht der Gewerkschaften zur Anfechtung der Personalratswahl beruht darauf, dass das SächsPersVG den in der Dienststelle vertretenen Gewerkschaften bei der Personalratswahl eigene Rechte einräumt.

Derartige Regelungen enthalten das SGB IX und die Wahlordnung für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung nicht. Dieser Unterschied gegenüber der Personalratswahl führt in sinngemäßer Anwendung von § 25 Abs. 1 Satz 1 SächsPersVG dazu, dass den Gewerkschaften bei der Wahl der Schwerbehindertenvertretung kein eigenes Anfechtungsrecht zusteht (BAG, Beschluss v. 29.7.2009 – 7 ABR 25/08, ZfPR *online* 12/2009, S. 14).



#### **46. Unterrichts- und Anhörungsrecht der Schwerbehindertenvertretung bei der Besetzung von Stellen mit Personalleitungsfunktion/Schwerbehinderungsspezifische Führungsanforderungen**

(§ 95 Abs. 2 SGB IX)

Wird eine Stelle mit Personalführungsfunktion nicht selbst mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt, muss die Schwerbehindertenvertretung nur dann nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX am Besetzungsverfahren beteiligt werden, wenn die Aufgabe besondere schwerbehinderungsspezifische Führungsanforderungen stellt.

Nicht jede Vorgesetztenweisung iSv. § 106 Satz 1 GewO ist schwerbehinderungsspezifisch, zumal § 106 Satz 3 GewO für die Ermessensausübung nicht Rücksicht auf Schwerbehinderungen, sondern auf jegliche Behinderungen vorgibt. Besonderheiten können aber darin bestehen, dass es zu den Aufgaben der Führungskraft gehört, Arbeitsplätze nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX behinderungsgerecht zu gestalten (zu 1. amtl. Leitsatz, zu 2. Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Beschluss v. 17.8.2009 – 9 ABR 83/09, ZfPR *online* 12/2010, S. 6).

#### **47. Zustimmungsverweigerung wegen fehlender Mitteilung eines Arbeitsplatzes als schwerbehinderteneignet an die Schwerbehindertenvertretung**

(§ 95 Abs. 2 SGB IX)

Die fehlende gesonderte Information der Schwerbehindertenvertretung darüber, dass die innerbetrieblich ausgeschriebene Stelle behinderteneignet ist, berechtigt nicht zur Zustimmungsverweigerung, wenn sich auf die Stelle kein Schwerbehinderter beworben hat (LAG Köln, Beschluss v. 29.9.2008 - 2 TaBV 44/08).

#### **48. Wirksamkeit der Beurteilung trotz fehlender Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Unkenntnis des Dienstherrn von der Schwerbehinderung**

(§ 95 Abs. 2 SGB IX)

Hatte der Dienstherr im Beurteilungsverfahren keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des zu beurteilenden Beamten, so führt die Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung nicht zur Fehlerhaftigkeit der Beurteilung (OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 6.1.2010 – 6 B 1482/09).

#### **49. Teilnahme der Schwerbehindertenvertretung an Sitzungen von Ausschüssen und Arbeitsgruppen des Personalrats**

(§ 95 Abs. 4 SGB IX)

Der Personalrat kann der Schwerbehindertenvertretung auch die Teilnahme an Sitzungen von Ausschüssen und Arbeitsgruppen des Personalrats gestatten. Einzelnen Personalratsmitgliedern steht dagegen kein Abwehrenspruch zu (VG Oldenburg, Beschluss v. 15.7.2008 – 8 A 2018/07, ZfPR *online* 12/2008, S. 24).

#### **50. Rechtsweg für Klage eines Vertrauensmanns der Schwerbehinderten über den Umfang seiner Freistellung**

(§ 96 Abs. 4 SGB IX)

Für Rechtsstreitigkeiten eines Vertrauensmanns der schwerbehinderten Menschen über den Umfang seiner Freistellung nach § 96 SGB IX ist jedenfalls dann, wenn er Arbeitnehmer und nicht Beamter ist, der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gegeben (VG Sigmaringen, Beschluss v. 20.8.2008 – 1 K 1683/08).

## **51. Erforderlichkeit der Schulung eines langjährigen Mitglieds der Schwerbehindertenvertretung/des Betriebsrats im allgemeinen Arbeitsrecht**

(§ 96 Abs. 4 SGB IX)

Eine Schulung im allgemeinen Arbeitsrecht ist bei einem erstmals gewählten Betriebsratsmitglied grundsätzlich als erforderlich anzusehen, es sei denn, dass das Betriebsratsmitglied bereits auf Grund anderweitiger Tätigkeiten über ausreichendes Erfahrungswissen oder auf Grund der Teilnahme an anderen Schulungsveranstaltungen über die erforderlichen Kenntnisse verfügt.

Die Tatsache, dass die Schulung im vierten Jahr der Amtszeit beantragt wird, schließt, wenn bis zum Amtszeitende noch ein Zeitraum von 8 bis 10 Monaten verbleibt, für sich allein die Erforderlichkeit nicht aus.

War ein Betriebsratsmitglied bereits zehn Jahre als Schwerbehindertenvertreter tätig, ist zu prüfen, ob es die erforderlichen Kenntnisse im allgemeinen Arbeitsrecht bereits auf Grund der Teilnahme an den Sitzungen des Betriebsrats erworben hat (Leitsätze der Schriftleitung; BAG, Beschluss v. 19.3.2008 – 7 ABR 2/07, ZfPR *online* 12/2008, S. 5).

## **52. Zum Anspruch einer freigestellten „besonderen Vertrauensperson für schwerbehinderte Menschen“ der DB AG auf Zahlung einer Zulage nach § 4 ZTV**

(§ 96 Abs. 4 SGB IX)

Die Zulage nach § 4 ZTV honoriert regelmäßig die individuelle Leistung eines Beschäftigten der Deutschen Bahn AG und bildet folglich weder einen regelmäßigen Besoldungsbestandteil noch eine allgemeine Zuwendung des Dienstherrn. Derartige individuelle, auf die Person eines bestimmten Leistungserbringers bezogene Prämien werden daher vom Lohnausfallprinzip nicht erfasst, d.h. freigestellte Betriebsräte oder sonstige Interessenvertreter können sich auf die Gewährung einer Leistungszulage nach § 4 ZTV an eine Vergleichsperson nicht berufen. Darin unterscheidet sich die Zulagengewährung nach § 4 ZTV von der Leistung einer sog. Teamprämie im Rahmen des Programmes „Incentive 2003“, die die Kammer gerade nicht als individuelle Leistungsprämie, sondern als allgemeine Zuwendung qualifiziert hat und die folglich im Rahmen des Lohnausfallprinzips berücksichtigt werden muss (Auszug aus den Gründen; VG Ansbach, Urteil v. 17.12.2007 – AN 11 K 06.02603).

## **53. Fortzahlung der Bezüge/des Arbeitsentgelts (Bewegungsgeld für saarländische Polizeibeamte) bei Tätigkeit in Schwerbehindertenvertretung**

(§ 96 Abs. 4 SGB IX)

Die Gewährung der Aufwandsentschädigung „Bewegungsgeld“ an saarländische Polizeibeamte setzt voraus, dass der Beamte prägend mit Aufgaben betraut ist, die mit einem Mehraufwand durch außerdienstliche Ermittlungstätigkeit verbunden sind.

Entfallen derartige Mehraufwendungen infolge einer ehrenamtlichen Tätigkeit in der Schwerbehindertenvertretung, so entfällt auch die Aufwandsentschädigung, ohne dass darin mit Blick auf das Ehrenamt eine rechtswidrige Benachteiligung zu sehen ist (VG Saarland, Urteil v. 28.10.2008 – 3 K 127/08).

## **54. Verfahrensart bei Streit über Kosten der Schwerbehindertenvertretung**

(§ 96 Abs. 8 SGB IX)

Rechtsstreitigkeiten über die nach § 96 Abs. 8 Satz 1 SGB IX bestehende Pflicht des Arbeitgebers, die Kosten der Schwerbehindertenvertretung zu tragen, sind in entsprechender Anwendung von § 2a Abs. 1 Nr. 3a, Abs. 2 ArbGG im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zu entscheiden. Dies gilt auch dann, wenn die Schwerbehindertenvertretung in einer Dienststelle des öffentlichen Dienstes, in der Personalvertretungsrecht gilt, errichtet ist (BAG, Beschluss v. 30.3.2010 – 7 AZB 32/09).

## **55. Keine Erstattung der Kosten der Schwerbehindertenvertretung nach den personalvertretungsrechtlichen Bestimmungen**

(§ 96 Abs. 8 SGB IX)

Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 und 2 LPersVG NW sind dem Personalrat zur Deckung der ihm als Aufwand entstehenden Kosten Haushaltsmittel zur Verfügung zu stellen, deren Höhe unter Berücksichtigung der Zahl der in der Regel vorhandenen Beschäftigten zu bemessen ist und durch Rechtsverordnung der Landesregierung festgesetzt wird.

Die Schwerbehindertenvertretung hat keinen Anspruch auf entsprechende Anwendung dieser landespersonalvertretungsrechtlichen Bestimmungen (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Beschluss v. 2.6.2010 – 7 ABR 24/09, ZfPR *online* 12/2010, S. 14).

## **56. Anwendung der Trennungsgeldverordnung (TGV) für Heimreisen eines während seiner Amtszeit abgeordneten Schwerbehindertenvertreters**

(§ 96 Abs. 8 SGB IX)

Für Heimreisen steht einem Mitglied der Schwerbehindertenvertretung während seiner Amtszeit lediglich die in § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 TGV geregelte Reisebeihilfe zu. Ein weitergehender Anspruch folgt nicht aus § 96 Abs. 8 SGB IX (LAG Düsseldorf, Urteil v. 13.3.2008 – 11 Sa 2203/07, LS ZfPR 2009, 11).

## **B. Entscheidungen zur Wahlordnung**

### **1. Unwirksamkeit der Wahl zur Konzernschwerbehindertenvertretung wegen unzureichender Bekanntmachung des Wahlausschreibens**

(§ 5 SchwbWVO)

Der Aushang des Wahlausschreibens zur Konzernschwerbehindertenvertretung in nur einem Betrieb des Konzerns verstößt gegen § 22 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 5 Abs. 2 SchwbWVO.

Da § 5 Abs. 2 SchwbWVO nur den Aushang des Wahlausschreibens vorsieht, stellt die Versendung des Wahlausschreibens per Rundmail keine ausreichende Bekanntmachung dar. Gleiches gilt für die Veröffentlichung des Wahlausschreibens auf der Website der Konzernschwerbehindertenvertretung.

Bei der Verletzung des § 5 Abs. 2 SchwbWVO handelt es sich um einen Verstoß gegen eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren. Dem Aushang des Wahlausschreibens kommt bei der Wahl der Konzernschwerbehindertenvertretung keine geringere Bedeutung zu als bei der Wahl des Betriebsrats (LAG Köln, Beschluss v. 11.4.2008 – 11 TaBV 80/07, ZfPR *online* 12/2008, S. 18).

### **2. Prüfpflichten des Wahlvorstands zur Wahl der Bezirksschwerbehindertenvertretung/Anforderungen an Wahlvorschlag und Stützunterschrift**

(§ 6 SchwbWVO)

Den Wahlvorstand für die Wahl einer Schwerbehindertenvertretung trifft keine Pflicht, Wahlvorschläge nach ihrem Eingang unverzüglich umfassend auf mögliche Fehler zu überprüfen und ggf. den Listenführer unverzüglich auf die Fehler hinzuweisen oder den Wahlvorschlag zurückzugeben.

Wahlvorschläge für die Wahl einer Schwerbehindertenvertretung müssen innerhalb der zweiwöchigen Einreichungsfrist mit den eigenhändigen Unterschriften der den Wahlvorschlag unterstützenden

Wahlberechtigten beim Wahlvorstand eingehen. Die Einreichung von Telekopien ist zur Wahrung der durch § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 SchwbVVO vorgeschriebenen Form nicht ausreichend.

Die Stützunterschriften für einen Wahlvorschlag müssen sich nicht notwendig auf demselben Blatt befinden. Es genügt, wenn die Bewerberliste und die Stützunterschriften eine einheitliche Urkunde bilden und - zB durch ein Kennwort - sichergestellt ist, dass sich die Unterschriften auf den betreffenden Wahlvorschlag beziehen.

Bei Dienststellen der Bundeswehr, bei denen eine Vertretung nach dem BPersVG zu wählen ist, muss das Wahlausschreiben für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SchwbVVO den Hinweis enthalten, dass auch Soldaten und Soldatinnen wählbar sind (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG; BAG, Beschluss v. 20.1.2010 – 7 ABR 39/08, ZfPR *online* 12/2010, S. 10).

### **3. Unverzügliche Prüfung eines Wahlvorschlags insbes. bei dislozierten Dienststellen/Wahlvorschlag in Form eines Ketten-Telefaxes**

(§ 6 SchwbVVO)

Zu den Aufgaben des Wahlvorstandes gehört es, eingereichte Wahlvorschläge unverzüglich nach ihrem Eingang zu prüfen und bei Bedenken den Wahlbewerber unverzüglich zu unterrichten bzw. diesem den ungültigen Wahlvorschlag zurückzugeben. Dass diese Aufgaben (auch) zu dem Pflichtenkreis eines Wahlvorstandes (i.S.d. §§ 1 f. SchwbVVO) gehören, ergibt sich aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, der den Vorschriften des § 10 BPersVVO und des § 7 Abs. 2 Satz 2 BetrVGDV 1 zu Grunde liegt (hier liegt ein wesentlicher Verfahrensfehler i.S.d. Gesetzes darin, dass der Wahlvorstand den bei ihm per „Ketten-Telefax“ eingegangenen Wahlvorschlag „D.“ nicht unverzüglich im Sinne vom § 7 Abs. 2 Satz 2 BetrVGDV 1 (analog) geprüft, - jedenfalls aber nicht rechtzeitig über die in der Wahlvorstandssitzung erfolgte Beanstandung des Wahlvorschlages unterrichtet hat).

Das hier verfahrensgegenständliche „Ketten-Fax“ wahrt weder die Form des § 126 Abs. 1 BGB, noch die elektronische Form gemäß § 126 Abs. 3 BGB i.V.m. §126a BGB. Die Beschwerdekammer folgt der Auffassung des VG Hamburg vom 11.12.1992 - 1 FB 30/92 -, wonach ein Wahlvorschlag nicht nur in schriftlicher Form, sondern in Urschrift einzureichen ist. Aus der Natur des „Ketten-Faxes“ ergibt sich, dass durch ein derartiges Fax die Formerfordernisse des § 6 Abs. 1 Satz 1 und § 6 Abs. 2 Satz 1 SchwbVVO nicht gewahrt sein können.

Die Grundsätze der Entscheidung des Bundesarbeitsgericht (vgl. Beschluss v. 6.8.2002 - 1 ABR 49/01 = BAGE 102, 135-144) sind allenfalls auf die mit Telefax übermittelte Zustimmungserklärung des Bewerbers (gemäß § 6 Abs. 2 Satz 3 SchwbVVO) übertragbar, nicht dagegen auf einen mittels „Ketten-Telefax“ generierten Wahlvorschlag gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 SchwbVVO (Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des LAG; LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 1.4.2008 – 3 TaBV 1/08, ZfPR *online* 12/2008, S. 20).