

spezial Recht der schwerbehinderten Menschen und ihrer Vertretungen

■ **Rechtsprechung**

- 02 Benachteiligung im Stellenbesetzungsverfahren durch unterlassene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung
VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 10.9.2013 – 4 S 547/12
- 07 Entlassung eines schwerbehinderten Beamten auf Widerruf wegen Dienstunfähigkeit
OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 7.1.2013 – 6 A 2371/11
- 10 Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Rücknahme von Ernennungen wegen Verschweigens einer Vorerkrankung
VG Hannover, Beschluss v. 26.6.2013 – 2 B 2658/13
- 14 Entschädigungsanspruch abgelehnter Bewerber wegen behinderungsbedingter Benachteiligung
BAG, Urteil v. 21.2.2013 – 8 AZR 180/12
- 18 Anfechtung der Wahl der Schwerbehindertenvertretung wegen Verstoß gegen das Öffentlichkeitsgebot
BAG, Beschluss v. 10.7.2013 – 7 ABR 83/11
- 21 Teilnahme an Betriebsratsitzung bei Doppelmandat in Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung
LAG Hessen, Beschluss v. 1.11.2012 – 9 TaBV 156/12
- 23 Schulungsanspruch des zweiten stellvertretenden Mitglieds der Schwerbehindertenvertretung
LAG Hessen, Beschluss v. 4.4.2013 – 16 TaBVGa 57/13

■ **Rechtsprechung in Leitsätzen**

■ **Aufsätze und Berichte**

- 30 Informationsrechte der Schwerbehindertenvertretung
Christoph Beyer, Lohmar
- 34 Aktuelle Rechtsprechung zum materiellen Schwerbehindertenrecht
Dr. Michael Kossens, Bremen



Benachteiligung im Stellenbesetzungsverfahren durch unterlassene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

1. In einem Stellenbesetzungsverfahren kann die zwar nach § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX erforderliche, tatsächlich aber unterlassene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung eine Benachteiligung im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG darstellen; die Benachteiligung besteht bereits in der vorenthaltenen Sicherung einer benachteiligungsfreien Stellenbesetzung durch Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung insbesondere durch deren Recht, in die Bewerbungsunterlagen auch der nicht behinderten Bewerber Einblick zu nehmen und an den Vorstellungsgesprächen aller Bewerber teilzunehmen.

2. Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG setzt keine Rechtsverletzung, sondern eine Benachteiligung voraus.

3. Ob eine nachträgliche Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung die formelle Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Auswahlentscheidung bewirkt, kann offen bleiben. Sie lässt jedenfalls die zuvor erfolgte Benachteiligung nach AGG nicht entfallen.

4. Bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

(Leitsätze der Schriftleitung)

VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 10.9.2013

– 4 S 547/12 –

Aus den Gründen

(...) Die Klägerin hat einen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) (...), die der Senat – entgegen der Vorstellung der Klägerin – allerdings nur in Höhe von zwei Monatsgehältern der ausgeschriebenen Stelle (A 15 mit Amtszulage) für angemessen erachtet.

I. Die Klage ist als allgemeine Leistungsklage zulässig; das Entschädigungsbegehren setzt eine vorherige Behördenentscheidung gerade in der Form des Verwaltungsakts nicht voraus. (...)

Entgegen der (...) Auffassung des Beklagten fehlt der Klage auch nicht das erforderliche Rechtsschutzinteresse. Dass die Klägerin nicht gegen die Ernennung ihres Konkurrenten vorgegangen ist, berührt (jedenfalls) den davon unabhängigen, hier im Vordergrund stehenden Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG nicht und kann auch bei der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs nach § 15 Abs. 1 AGG allenfalls im Zusammenhang mit einer Schadensminderungs- oder -abwendungspflicht, nicht aber als Frage des Rechtsschutzinteresses von Bedeutung sein. Auch die von § 24 Nr. 1 AGG vorgesehene entsprechende Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen

Gleichbehandlungsgesetzes für Beamte „unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtstellung“ rechtfertigt dabei keine andere Beurteilung. Der Beamte hat zwar (...) aus Art. 33 Abs. 2 GG unter Umständen über die Sanktionen und Regelungsziele des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes hinausgehende (Primär-)Ansprüche unter Berücksichtigung (allein) von Eignung, Befähigung und Leistung. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass daneben im Bereich des Beamtenrechts kein Bedürfnis mehr für eine – gesetzlich ausdrücklich angeordnete – entsprechende Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes bestünde, das nicht nur das Ergebnis eines Stellenbesetzungsverfahrens in den Blick nimmt, sondern auch und gerade dessen diskriminierungsfreien Ablauf sichern will.

II. Die Klage ist auch überwiegend begründet.

1. Die Klägerin hat einen Anspruch aus § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG auf Entschädigung für den erlittenen immateriellen Schaden in der tenorierten Höhe. (...)

Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG kann der oder die Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach dieser Bestimmung ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG. Zwar wird der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nur in § 15 Abs. 1 AGG als Tatbestandsvoraussetzung für den Ersatz – hier nicht im Vordergrund stehender – materieller Schäden ausdrücklich genannt. Dem Charakter des § 15 AGG als umfassender Regelung der finanziellen Einstandspflicht des Arbeitgebers bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot entspricht es aber, auch die Entschädigung immaterieller Schäden nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG an einen derartigen Verstoß zu binden.

Zu den Gründen, aus denen nach § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG eine Benachteiligung verboten ist, gehört die Behinderung der Klägerin. Der Begriff der Behinderung im Sinne von § 1 AGG, wegen der gemäß § 7 AGG Beschäftigte nicht benachteiligt werden dürfen, entspricht den gesetzlichen Definitionen in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und § 3 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen – BGG –. Er ist damit weiter gefasst als der Begriff der Schwerbehinderung (§ 2 Abs. 2 SGB IX) und der ihr gleichgestellten Behinderung (§ 2 Abs. 3 i.V.m. § 68 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Er erfasst alle Menschen, deren körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teil-

habe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigen. Demzufolge handelt es sich bei der Behinderung der Klägerin, für die im Jahr 2008 rückwirkend zum Mai 2007 eine Schwerbehinderung mit einem Grad der Behinderung von 70 festgestellt worden ist, (unstreitig) um eine solche im Sinne des § 1 AGG.

Die Klägerin hat eine Benachteiligung wegen ihrer Behinderung erfahren. Benachteiligung im Sinne des Benachteiligungsverbots des § 7 Abs. 1 AGG ist jede unterschiedliche Behandlung, die mit einem Nachteil verbunden ist; nicht erforderlich ist, dass in Benachteiligungsabsicht gehandelt oder die Benachteiligung sonst schuldhaft bewirkt worden ist. Nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die unmittelbare Benachteiligung kann auch in einem Unterlassen liegen. Eine solche ist insbesondere gegeben, wenn ein Arbeitgeber einer gesetzlich auferlegten Handlungspflicht nicht nachkommt, durch die im Sinne des § 5 AGG eine bisher in Beschäftigung und Beruf benachteiligte Gruppe gezielt gefördert werden soll. Die Benachteiligung liegt dabei in der Vorenthaltung eines gesetzlich eingeräumten Vorteils, dessen Ziel es ist, bestehende Nachteile zu beseitigen oder zu verhindern. Die betreffende Person wird weniger günstig behandelt, als es das Gesetz zur Herstellung gleicher Chancen für erforderlich hält. Eine gesetzliche positive Maßnahme im Sinne von § 5 AGG ist angesichts ihres drittsschützenden Charakters nicht neutral, sodass die in den Schutzbereich der betreffenden Vorschrift fallenden Personen im Falle ihres Unterlassens unmittelbar benachteiligt werden. Für die gegenüber anderen weniger günstige Behandlung als solche trägt der oder die Beschäftigte mangels einer abweichenden Regelung nach den allgemeinen Grundsätzen die Beweislast. § 22 AGG greift insoweit nicht ein.

Eine Benachteiligung der Klägerin im vorbezeichneten Sinn liegt hier darin, dass es das Regierungspräsidium entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterlassen hat, die Schwerbehindertenvertretung über die Bewerbung der Klägerin unmittelbar nach Eingang zu unterrichten. Damit hat es ihr einen – außerhalb des originären Anwendungsbereichs von § 5 AGG – gesetzlich eingeräumten Vorteil vorenthalten, nämlich die mögliche Begleitung und Überwachung des Auswahlverfahrens – insbesondere des Überprüfungsverfahrens – durch die Schwerbehindertenvertretung im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse (§ 95 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1, Abs. 2 Satz 3 SGB IX) zur Sicherung einer benachteiligungsfreien Stellenbesetzung. Hierzu gehört vor allem das Recht, in die Bewerbungsunterlagen auch

der nicht behinderten Bewerber Einblick zu nehmen und an den Vorstellungsgesprächen aller Bewerber teilzunehmen. Damit soll die Schwerbehindertenvertretung die Möglichkeit haben, durch einen Vergleich der Qualifikation die benachteiligungsfreie Stellenbesetzung zu überprüfen. Mithin hat die Klägerin eine weniger günstige Behandlung erfahren als eine – formal ordnungsgemäß behandelte – hypothetische (schwerbehinderte) Vergleichsperson in gleicher Lage.

Dass die Vertrauensperson der Schwerbehinderten ausweislich eines diesbezüglichen Aktenvermerks vom 16.12.2009 den Verfahrensfehler als geheilt angesehen und dem Besetzungsvorschlag zugunsten des Mitbewerbers zugestimmt hat, mag u.U. die (formelle) Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Auswahlentscheidung bewirken können (vgl. § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX), lässt aber die zuvor erfolgte Benachteiligung der Klägerin nicht nachträglich entfallen. Entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten und des Verwaltungsgerichts ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung, dass das Gesetz insoweit allein der Schwerbehindertenvertretung Rechte einräumt und deren defizitäre Beteiligung folglich die Klägerin

Für eine Benachteiligung im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG ist weder eine Benachteiligungsabsicht noch ein sonstiges Verschulden erforderlich.

nicht in subjektiven Rechten verletzen kann. Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG setzt keine Rechtsverletzung, sondern eine Benachteiligung voraus, die – wie dargelegt – in § 3 Abs. 1 AGG als weniger günstige Behandlung (legal) definiert wird. Damit kann auch die Vorenthaltung von Chancen oder Rechtsreflexen auf eine Benachteiligung führen. Denn das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz will bereits (an verpönte Merkmale anknüpfende und ungerechtfertigte) unterschiedliche Behandlungen – ggf. auch unterhalb der Schwelle gesonderter Rechtsverletzungen – verhindern bzw. sanktionieren und damit das Recht (schwer-)behinderter Menschen auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren schützen. Unerheblich ist daher, dass die Schwerbehindertenvertretung – wie vom Beklagten-Vertreter in der Senatsverhandlung betont – eine im Vergleich etwa zum mitbestimmungsberechtigten Personalrat schwächer ausgeprägte Position im Verfahren einnimmt und ihr – bei autonomem und weisungsunabhängigem Handeln – lediglich vergleichsweise beschränkte (mittelbare) Einflussmöglichkeiten auf die zu treffende Sachentscheidung zustehen.

Die nachträgliche Beteiligung der Vertrauensperson der Schwerbehinderten war auch nicht geeignet, den

entstandenen Nachteil in tatsächlicher Hinsicht zu kompensieren. Trotz der im Nachhinein erteilten (mit der Bitte „um zukünftige Einhaltung der gesetzlichen Regelungen“ verbundenen) Zustimmung der Vertrauensperson zum Besetzungsvorschlag lässt sich nicht sicher hypothetisch feststellen, ob und in welchem Umfang diese womöglich auch im Fall einer rechtzeitigen Unterrichtung über die Bewerbung der Klägerin von ihren Rechten während des Auswahlverfahrens – etwa auf Teilnahme an den Vorstellungsgesprächen – keinen Gebrauch gemacht hätte. Mithin kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass das Überprüfungsverfahren (mit Bewerbergesprächen) ggf. einen für die Klägerin günstigeren Verlauf genommen hätte, wenn

Eine Indizwirkung ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber die Schwerbehinderteneigenschaft bekannt gewesen ist.

es unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung durchgeführt worden wäre. Deren nachträgliche Information über das Verfahren und die Bewerbergespräche hat nicht die gleiche Wertigkeit wie eine bei rechtzeitiger Unterrichtung mögliche unmittelbare Teilnahme.

Zwischen der Behinderung der Klägerin und ihrer Benachteiligung im Bewerbungsverfahren besteht auch ein Kausalzusammenhang. Der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG erfordert, dass die Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes – hier der Behinderung – erfolgt ist. Mitursächlichkeit reicht aus. Gemäß § 22 AGG muss die Beschäftigte oder der Beschäftigte Indizien (sog. Vermutungstatsachen) vortragen und beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. § 22 AGG senkt das Beweismaß. Es genügt die Überzeugung des Gerichts von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Grund und Nachteil.

Die – hier festgestellte – Vorenthaltung eines Chancenvorteils in Gestalt einer möglichen Verfahrensabsicherung durch die Schwerbehindertenvertretung hat dabei eine doppelte Bedeutung. In ihr liegt einerseits die weniger günstige Behandlung (Benachteiligung), andererseits ist sie zugleich Vermutungstatsache für die Kausalität. Die Indizwirkung ergibt sich daraus, dass der in Bezug auf das Bewerbungsverfahren gesetzlich eingeräumte Chancenvorteil – hier die (gerade) zur Vermeidung von Benachteiligungen vorgesehene Verfahrensgestaltung durch mögliche Beteiligung der zu unterrichtenden Schwerbehindertenvertretung – seine entscheidende Rechtfertigung in der Schwerbehinderung oder einer ihr gleichgestellten Behinderung findet. Wird der oder dem Beschäftigten die gerade

wegen einer Behinderung zu gewährende verfahrensrechtliche Besserstellung oder Absicherung pflichtwidrig vorenthalten, spricht zumindest der erste Anschein dafür, dass dieses Verhalten des öffentlichen Arbeitgebers gleichfalls seinen Grund in der Behinderung hat. Andernfalls würde der durch besondere verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu gewährende Schutz vor einer Benachteiligung weitgehend leerlaufen.

Von einer Indizwirkung ist allerdings nur dann auszugehen, wenn dem Arbeitgeber die Schwerbehinderteneigenschaft des Bewerbers bekannt gewesen ist oder er sich aufgrund der Bewerbungsunterlagen diese Kenntnis hätte verschaffen können. Jedenfalls letzteres ist hier der Fall. (...) Der Beklagte hat die Kausalitätsvermutung nicht widerlegt.

Im Falle der vermuteten Kausalität trägt der Arbeitgeber die volle Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Hierfür muss er Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sich ergibt, dass die in § 1 AGG genannten Gründe sein benachteiligendes Verhalten tatsächlich weder als negatives noch als positives Kriterium allein oder neben anderen Gründen (mit) beeinflusst haben. Die durch die Vorenthaltung eines Chancenvorteils – hier in Gestalt einer möglichen Verfahrensabsicherung – vermutete Kausalität kann dabei nicht mit dem Hinweis darauf widerlegt werden, dass das Ergebnis des Bewerbungsverfahrens, d.h. die Auswahlentscheidung und die daraufhin erfolgte Einstellung (Beförderung), unter dem Aspekt der fachlichen Eignung rechtlich nicht zu beanstanden sind.

Dass der Beklagte einen Eignungsvorsprung des Mitbewerbers festgestellt hat, vermag die Indizwirkung daher nicht zu entkräften. Die – unterstellt – bessere Eignung eines Konkurrenten schließt die Benachteiligung nicht aus, was sich bereits aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG ergibt, wonach selbst dann eine Entschädigung zu leisten ist, wenn der schwerbehinderte Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt (befördert) worden wäre. Auch das Vorbringen des Beklagten, keiner der am Überprüfungsverfahren beteiligten Personen sei die Schwerbehinderung der Klägerin bekannt gewesen, kann die Kausalitätsvermutung nicht widerlegen. Abgesehen davon, dass die Vertrauensperson der Schwerbehinderten nicht am Überprüfungsverfahren beteiligt war und über eine Teilnahme mangels rechtzeitiger Unterrichtung über die Bewerbung der Klägerin auch nicht entscheiden konnte, erbringt die behauptete diesbezügliche Unkenntnis der Kommission auch nichts für den Nachweis der vorgeblich fehlenden Kausalität. Schließlich hätte unter Umständen gerade ein Wissen um die Schwerbehinderung und die damit einhergehenden Beeinträchtigungen der Klägerin in die Be-

wertung einzelner – behinderungsbedingt womöglich schwächer ausgeprägter – Eignungsmerkmale einfließen können. Soweit der Beklagten-Vertreter demgegenüber in der Senatsverhandlung zur Widerlegung der Kausalitätsvermutung darauf verwiesen hat, die Klägerin sei vom – transparent gestalteten – Stellenbesetzungsverfahren nicht ausgeschlossen worden, vielmehr sei die Auswahlentscheidung gerade auf der Grundlage des Eindrucks getroffen worden, den sie im

Eine Indizwirkung ist auch anzunehmen, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehinderteneigenschaft den Bewerbungsunterlagen hätte entnehmen können.

Überprüfungsverfahren hinterlassen habe, knüpft dies nicht an das Unterlassen der rechtzeitigen Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung – mit der Folge des Unterbleibens einer möglichen Beteiligung – als insoweit maßgeblichen Bezugspunkt an.

Zudem hat das Regierungspräsidium eine sich ihm bietende Möglichkeit, dem Eindruck diskriminierenden Verhaltens entgegenzutreten, ungenutzt gelassen. Auch auf den noch während des Stellenbesetzungsverfahrens erhobenen – und sinngemäß auch vom Bezirkspersonalrat vorgebrachten – ausdrücklichen „Einspruch“ der Klägerin „gegen das Verfahren“ hat es ihr nicht etwa z.B. eine Wiederholung des Überprüfungsverfahrens angeboten, was eine Bestätigung dafür hätte erbringen können, dass die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung tatsächlich – wie behauptet – nur übersehen und dieselbe eben nicht – wie nach § 22 AGG zu vermuten ist – in diskriminierender Weise übergangen wurde. (...)

Dem ein immaterielles Inklusionsinteresse zusprechenden Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG steht nicht entgegen, dass die Klägerin nicht um vorläufigen Rechtsschutz mit dem Ziel nachgesucht hat, dem Beklagten die anderweitige Vergabe der Stelle vorläufig zu untersagen. Er knüpft – anders als der auf den Ersatz materieller Schäden gerichtete Anspruch nach § 15 Abs. 1 AGG – an eine Benachteiligung bereits im Bewerbungsverfahren an und setzt gerade nicht voraus, dass andere Bewerberinnen oder Bewerber um einen Arbeitsplatz diesen nicht sollen erlangen dürfen. Vielmehr entsteht der (verschuldensunabhängige) Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG grundsätzlich schon mit der Benachteiligungshandlung, ohne dass dem Benachteiligten als Entschädigungsvoraussetzung eine Schadensminderungs- oder Abwendungspflicht obliegt.

Auch ein Hinweis an die Behörde auf die Pflicht zur Unterrichtung bzw. Beteiligung der Schwerbehinderten-

vertretung war der Klägerin selbst für den Fall nicht abzuverlangen, dass dies vom Dienstherrn offenkundig übersehen worden sein sollte. Eine solche Obliegenheit gehört nicht zum Prüfprogramm des Entschädigungsanspruchs. Im Übrigen dürfte es Klägerin gar nicht ohne Weiteres möglich gewesen sein, auf das diesbezügliche Unterlassen des Beklagten hinzuweisen. Die Pflichten des § 81 SGB IX richten sich an den Arbeitgeber, und die Rechte der Schwerbehindertenvertretung werden zunächst von deren Vertrauensperson wahrgenommen. Das pflichtwidrige Unterlassen musste der Klägerin während des Auswahlverfahrens folglich gar nicht bekannt sein. Unabhängig davon hat sie den Beklagten später – gleichwohl aber zu einem Zeitpunkt, zu dem dieser die eingetretene Benachteiligung noch hätte beseitigen können – mit ihrem „Einspruch gegen das Verfahren“ zumindest darauf hingewiesen, dass die nachträgliche Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung im vorliegenden Zusammenhang unzureichend war. (...)

Der Senat hält den Entschädigungsanspruch mit der zugesprochenen Grundbesoldung für zwei Monate – nicht aber in Höhe der geltend gemachten Besoldung für drei Monate – für angemessen bewertet. (...)

Auch wenn die Formulierung in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG („Nichteinstellung“) die vorgesehene Beschränkung der Entschädigungshöhe nicht (mehr) ausdrücklich auch für den beruflichen Aufstieg vorsieht, ist die Entschädigungssumme in der hier zu beurteilenden Konstellation einer Beförderungskonkurrenz nicht etwa auf die dreifache (monatliche) Vergütungsdifferenz zwischen innegehabtem (A 14 mit Amtszulage) und angestrebtem (A 15 mit Amtszulage) Amt zu begrenzen. (...)

Bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung innerhalb des vorstehend aufgezeigten Rahmens sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. (...)



[Download Vollversion](#)

Anmerkung

Die vorliegende Entscheidung behandelt eine Problematik, die in der Praxis nicht selten widerstreitende Diskussionen auslöst. Es geht um die Beförderung schwerbehinderter Beschäftigter und um die Beachtung einer Reihe von Vorschriften, insbesondere um solche, die im Rahmen eines Auswahlverfahrens unter mehreren Bewerbern einschlägig sind. Vorliegend hatte es die Arbeitgeberin versäumt, in das Besetzungsverfahren die Schwerbehindertenvertretung einzubeziehen. Auf dieses Versäumnis hat die Klägerin ihren Entschädigungsanspruch wegen Benachteiligung ge-

stützt. Das Gericht ist – entgegen der Vorinstanz – zu dem Ergebnis gekommen, dass in dem Unterlassen (rechtzeitige Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung über die Bewerbung der Klägerin) eine Benachteiligung deshalb liegt, weil ihr der Vorteil einer Begleitung und Überwachung des Auswahlverfahrens durch die Schwerbehindertenvertretung vorenthalten worden ist. Zutreffend hat das Gericht keine Heilung dieses Verfahrensfehlers durch die nachträgliche Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, die auf ihr Recht verzichtet hatte, gesehen. Die Benachteiligung der betroffenen schwerbehinderten Bewerberin liegt nämlich darin, dass bei einer Begleitung und Überwachung des Auswahlverfahrens durch die Vertretung eine benachteiligungsfreie Stellenbesetzung hätte gewährleistet werden können (Gelegenheit zur Einsichtnahme in die Bewerbungsunterlagen nicht behinderter Bewerber, Teilnahme an Vorstellungsgesprächen mit allen Bewerbern). Infolgedessen ist nicht auszuschließen, dass wegen der unterbliebenen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung für die Klägerin sprechende günstigere Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen worden sind.

Problematisch sind die Ausführungen des Gerichts zum Kausalitätszusammenhang zwischen einerseits dem gesetzlichen Benachteiligungsverbot wegen Behinderung (§ 7 Abs. 1 AGG) und andererseits der erfolgten Benachteiligung im Bewerbungsverfahren (Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung). Im Ergebnis allerdings ist dem Gericht, das die Kausalität im vorliegenden Fall bejaht hat, zuzustimmen, weil zunächst einmal eine Kausalitätsvermutung ausreichend ist, die zu widerlegen Sache des Arbeitgebers ist, dem die volle Beweislast obliegt. Der Arbeitgeber konnte den vermuteten Kausalzusammenhang deshalb nicht widerlegen, weil im Falle einer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung das Überprüfungsverfahren einschließlich der Bewerbergespräche einen für die betroffene Bewerberin günstigeren Verlauf hätte nehmen können. Daran ändert auch nichts die Tatsache, dass unter dem Gesichtspunkt der fachlichen Eignung die erfolgte Auswahlentscheidung zugunsten eines Mitbewerbers rechtlich nicht zu beanstanden war.

Bei der Bemessung der Höhe eines geltend gemachten Entschädigungsanspruchs steht dem Gericht ein Beurteilungsspielraum auch deshalb zu, weil es in seine Entscheidung die vielfachen Umstände des Einzelfalles (Art und Schwere der Benachteiligung, Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers) einzu-

Konsequenzen für die Praxis

1. In einem Stellenbesetzungsverfahren ist die Schwerbehindertenvertretung zur Verfahrensabsicherung/-begleitung zu beteiligen (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX). Erfolgt eine solche Beteiligung nicht, kann dies zu einer Benachteiligung i. S. von § 7 Abs. 1 AGG führen. Die Unterlassung der Beteiligung kann nicht durch einen späteren Verzicht der Schwerbehindertenvertretung auf Beteiligung geheilt werden. Denn es ist nicht auszuschließen, dass bei einer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung das Stellenbesetzungsverfahren einen für den schwerbehinderten Beschäftigten günstigeren Verlauf genommen hätte. Gegenüber dieser Kausalitätsvermutung trägt der Arbeitgeber die Beweislast.
2. Bei der Geltendmachung einer Benachteiligung wegen Unterlassung der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung steht dem Gericht hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein Beurteilungsspielraum

beziehen hat – auch die Überlegung, inwieweit die Höhe der Entschädigung eine abschreckende Wirkung auf den (oder die) Arbeitgeber haben könnte. Es geht nicht um den Ersatz eines Vermögensschadens, sondern um einen immateriellen Schaden, der aus einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts herrührt.

Die Entscheidung macht Folgendes deutlich: Schwerbehinderte Beschäftigte, die sich an einem Auswahlverfahren beteiligen möchten, sollten die Schwerbehindertenvertretung entsprechend informieren und sie veranlassen, sich an dem Stellenbesetzungsverfahren zu beteiligen und von ihrem Recht Gebrauch zu machen, in Bewerbungsunterlagen auch der Mitbewerber Einblick zu nehmen und an Vorstellungsgesprächen teilzunehmen.

Das Oberverwaltungsgericht hat die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen. Es hat eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) verneint. Dem kann schon alleine angesichts des Umfangs der Entscheidungsgründe und der sich daraus ergebenden vielfachen Erwägungen hinsichtlich der jeweiligen Anwendbarkeit der unterschiedlichsten gesetzlichen Bestimmungen nicht zugestimmt werden. Eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hätte sicherlich für noch mehr „Rechtsklarheit“ (u.a. im Zusammenhang mit der Kausalitätsproblematik) gesorgt.

Dr. W. Ilbertz, Bonn

Entlassung eines schwerbehinderten Beamten auf Widerruf wegen Dienstunfähigkeit

- 1. Erfolgreiche Klage einer Beamtin gegen ihre Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf.**
- 2. Vor der Entlassung eines schwerbehinderten Beamten aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf wegen Dienstunfähigkeit bedarf es keiner Zustimmung oder sonstigen Beteiligung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX.**
- 3. Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements gem. § 84 Abs. 2 SGB IX ist nicht formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines Bescheides, mit dem ein Beamter auf Widerruf wegen Dienstunfähigkeit aus dem Beamtenverhältnis entlassen wird.**
- 4. Zur Berücksichtigung eines nicht durchgeführten betrieblichen Eingliederungsmanagements im Rahmen der Ermessensausübung.**
- 5. Zum Erfordernis der Entbindung des Amtsarztes sowie des Fachgutachters von der ärztlichen Schweigepflicht.**

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 7.1.2013
– 6 A 2371/11 –

Aus den Gründen

Der Antrag hat keinen Erfolg.

Aus den im Zulassungsantrag dargelegten Gründen, die der Senat allein zu prüfen hat, ergeben sich keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (Zulassungsgrund gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

Das Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass die auf § 23 Abs. 4 BeamStG i.V.m. § 28 Abs. 2 LBG NRW gestützte Entlassung der Klägerin aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf mit Verfügung vom 16. Dezember 2010 rechtmäßig ist. Es lägen keine Verfahrensfehler vor. Insbesondere bedürfe es keiner Zustimmung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX, weil die Entlassung eines Beamten aus statusrechtlichen Gründen nicht von der Zustimmung einer anderen Behörde abhängig gemacht werden könne. Auch materiellrechtlich sei die Verfügung nicht zu beanstanden. Die Bezirksregierung N. sei zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin wegen Dienstunfähigkeit bzw. mangelnder gesundheitlicher Eignung auf nicht absehbare Zeit den Vorbereitungsdienst nicht beenden und die Prüfung nicht ablegen könne. Der Dienstherr habe die Feststellung der Dienstunfähigkeit nach dem aus § 444 ZPO abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsatz auf den Umstand stützen dürfen, dass die Klägerin der Aufforderung, sich einer von der Amtsärztin für notwendig erklärten fachärztlichen psychiatrischen Zusatzbegutachtung zu unterziehen, nicht gefolgt sei. Sie habe die vom Fachgutachter vorab erbetene

umfassende Entbindung von der Schweigepflicht gegenüber der Bezirksregierung verweigert. Der Annahme der Dienstunfähigkeit stehe nicht entgegen, dass möglicherweise kein zureichender Wiedereingliederungsversuch gem. § 84 Abs. 2 SGB IX vorgenommen worden sei; denn die vorherige Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements sei keine formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Entlassung.

Diesen näher begründeten Annahmen des Verwaltungsgerichts tritt die Klägerin mit ihrem Zulassungsvorbringen nicht durchgreifend entgegen.

Entgegen der Auffassung der Klägerin bedarf es vor der Entlassung eines schwerbehinderten Beamten auf Widerruf keiner vorherigen Zustimmung oder sonstigen Beteiligung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX. Gegen die Auffassung des Verwaltungsgerichts, die gesetzliche Regelung erfasse – wie die Anknüpfung an das „Arbeitsverhältnis“ zeige – nur Arbeitnehmer, wird im Zulassungsverfahren nichts Durchgreifendes vorgebracht. Einem weiteren, auch Beamte erfassenden Verständnis steht insbesondere auch entgegen, dass der Gesetzgeber die (speziellere) Regelung des § 128 Abs. 2 SGB IX, nach welcher vor der Entlassung eines schwerbehinderten Beamten das zuständige Integrationsamt zu hören war, bereits mit Wirkung vom 1. Mai 2004 aufgehoben hat. Damit hat er unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass schwerbehinderte Beamte bei einer nicht selbst beantragten Entlassung eines zusätzlichen, d.h. die für Beamte geltenden Regelungen ergänzenden Schutzes durch eine Beteiligung des Integrationsamtes nach § 85 SGB IX nicht bedürfen.

Aus Ziffer 15.2 Satz 2 der Richtlinie zur Durchführung der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX) im öffentlichen Dienst im Land Nordrhein-Westfalen (...) folgt nichts anderes. Aus der darin vorgesehenen Beachtung der Schutzvorschriften für Arbeitnehmer gemäß §§ 85 ff. SGB IX bei Beendigung des Dienst-, Beschäftigungs- oder Arbeitsverhältnisses gegen den Willen des schwerbehinderten Menschen kann die Klägerin für sich nichts herleiten. Denn seit dem Jahr 2004 findet – was auch die Klägerin nicht bestreitet – bei der Entlassung gegen den Willen des schwerbehinderten oder einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Beamten keine Beteiligung des Integrationsamtes mehr statt. Damit fehlt es bereits an einer entsprechenden Ermessenspraxis bzw. Handhabung der Ziffer 15.2 Satz 2 der Richtlinie, derer es aber bedürfte, um durch den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) eine Bindung der Behörde zur Beteiligung des Integrationsamtes zu begründen.

Ist danach von vornherein eine vorherige Beteiligung des Integrationsamtes nicht erforderlich, gehen die weiteren von der Klägerin erhobenen Einwendungen, die fehlende Zustimmung des Integrationsamtes gehe zu Lasten des Dienstherrn, die Beteiligung des Integrationsamtes sei notfalls gerichtlich zu erzwingen und die fehlende Beteiligung sei jedenfalls bei der Ausübung des auch bei der Entlassung auszuübenden Ermessens zu berücksichtigen, ins Leere.

Die von der Klägerin erhobenen Einwendungen im Hinblick auf die (fehlende) Beachtung der Vorgaben des § 84 SGB IX zum betrieblichen Eingliederungsmanagement gehen ebenfalls fehl. Es bedarf in diesem Zusammenhang weder einer weiteren Überprüfung, inwieweit das beklagte Land Bemühungen zur betrieblichen Wiedereingliederung vorgenommen hat, noch einer näheren Aufklärung, ob sich die Klägerin möglicherweise angebotenen Wiedereingliederungsmaßnahmen verweigert hat. Denn die vorherige

Die Entscheidung über die Entlassung und im Rahmen dessen über die Dienstunfähigkeit trifft der Dienstherr bzw. die zuständige Behörde ...

Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements gem. § 84 Abs. 2 SGB IX ist – wie das Verwaltungsgericht bereits zutreffend und ausführlich unter Bezugnahme auf die Senatsrechtsprechung ausgeführt hat – nicht formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines Bescheides, mit dem ein Beamter auf Widerruf wegen Dienstunfähigkeit aus dem Beamtenverhältnis entlassen wird. Vor diesem Hintergrund bedarf es auch nicht der seitens der Klägerin angeregten Beiziehung weiterer Verwaltungsvorgänge, die Auskunft über etwaige Versuche, Maßnahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements durchzuführen, geben könnten.

Der Umstand, dass das beklagte Land möglicherweise vor der verfügten Entlassung keine (hinreichenden) Versuche zur Wiedereingliederung der Klägerin unternommen hat, begründet auch keinen Ermessensfehler der angefochtenen Entlassungsverfügung. Insoweit hat der Senat in dem zitierten Beschluss vom 21. Mai 2010 bereits ausgeführt, dass für die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements kein Raum mehr ist, wenn die beamtenrechtlichen Vorschriften eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zulassen. Bei der im Falle der Klägerin anzunehmenden Dienstunfähigkeit war der Zweck des Vorbereitungsdienstes aber nicht mehr erreichbar und die Entlassung der Klägerin die zwingende Konsequenz. Weshalb ein möglicherweise unzureichendes betriebliches Eingliederungsmanagement gleichwohl ermes-

sensrelevant sein soll, zeigt die Klägerin nicht auf und ist auch sonst nicht nachvollziehbar. (...)

Schließlich werden mit der Zulassungsbegründung keine durchgreifenden Zweifel im Hinblick auf die Feststellung der Dienstunfähigkeit der Klägerin benannt, auf die die streitige Entlassungsverfügung gestützt ist. Die Klägerin wendet insbesondere ohne Erfolg ein, es dürfe im Rahmen der freien Beweiswürdigung (auf der Grundlage des aus § 444 ZPO abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsatzes) nicht zu ihren Lasten gewertet werden, dass die fachpsychiatrische Zusatzuntersuchung nicht zustande gekommen sei. Denn sie habe nicht die Zusatzbegutachtung verweigert, sondern lediglich die ihr abgeforderte Entbindung des Amtsarztes sowie des Fachgutachters von der Schweigepflicht nicht erteilt, weil dieses Verlangen weder erforderlich noch – im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – angemessen gewesen sei. Vielmehr sei eine Mitteilung lediglich des Untersuchungsergebnisses völlig ausreichend. Mit dieser Auffassung verkennt die Klägerin die bei einer Entlassung wegen Dienstunfähigkeit zu beachtenden rechtlichen Gegebenheiten. Wie vom Verwaltungsgericht angenommen, hat der Dienstherr bzw. die zuständige Behörde über die Entlassung und im Rahmen dessen über die Dienstunfähigkeit des Beamten zu entscheiden. Die Untersuchungen bzw. Stellungnahmen und Gutachten des Amtsarztes sowie ggf. zusätzlich beauftragter Fachärzte bilden (lediglich) die Grundlage dieser Entscheidung. Zwar kommt der Einschätzung des mit den besonderen Anforderungen des öffentlichen Dienstes vertrauten Amtsarztes, ob eine Gesundheitsstörung mit Krankheitswert die Dienstunfähigkeit eines Beamten bewirkt, regelmäßig eine besondere Bedeutung zu. Das zwingt aber nicht dazu, der Auffassung des Amtsarztes in jedem Fall zu folgen.

Eine rechtmäßige Entscheidung über die Dienstunfähigkeit des Beamten bzw. dessen Entlassung lediglich in Kenntnis des Ergebnisses der amtsärztlichen Untersuchung ist vor diesen Hintergrund nicht möglich. Dasselbe gilt für die nachfolgende Überprüfung der Verwaltungsentscheidung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren.

Die Klägerin irrt, wenn sie meint, eine weitere, über das Ergebnis hinausgehende Überprüfung der amtsärztlichen Feststellungen sei erst bei konkreten Anhaltspunkten für Zweifel an der amtsärztlichen Äußerung zulässig und erforderlich. Das folgt schon daraus, dass sich solche Anhaltspunkte in den seltensten Fällen allein aus dem Ergebnis ablesen lassen, sondern regelmäßig erst bei der Durchsicht des (gesamten) Gutachtens erkennbar werden. Im Übrigen wäre es – wie bereits ausgeführt – nicht mit der Zuständigkeit der Behörde zur (eigenen) Entscheidung über die Dienstunfähigkeit

zu vereinbaren, wenn sie die amtsärztlichen und ggf. auch fachärztlichen Feststellungen und Einschätzungen nicht auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit bzw. Nachvollziehbarkeit und Überzeugungskraft überprüfen könnte. Entsprechendes gilt für die nachfolgende verwaltungsgerichtliche Überprüfung der angefochtenen Entscheidung. Ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt darin nicht.

Es werden auch keine durchgreifenden Bedenken dagegen erhoben, dass das Verwaltungsgericht (u.a.) aus der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (nach eingehender rechtlicher Belehrung) fortdauernden Weigerung, Amtsarzt und Fachgutachter von der Schweigepflicht zu entbinden, gefolgert hat, auch die Gründe für die Weigerung im Verwaltungsverfahren, durch die Entbindung von der Schweigepflicht im erforderlichen Maß an der Erstellung amts- oder fachärztlicher Gutachten mitzuwirken, seien nur vorgeschoben gewesen. Der Einwand der Klägerin, die Eignung einer „neuerlichen Untersuchung“ sei fraglich, weil es für

*... Einschätzungen des Amtsarztes
oder von Fachärzten bilden nur die
Entscheidungsgrundlage; der Dienstherr
muss sich ihnen aber nicht anschließen.*

die Frage ihrer Dienstunfähigkeit auf den Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung ankomme, greift nicht durch. Die Klägerin verkennt mit dieser Argumentation, dass das Verwaltungsgericht die weiterhin nicht erteilte Schweigepflichtentbindung nicht im Sinne einer Vereitelung der gerichtlichen Beweiserhebung gewürdigt, sondern lediglich bei der richterlichen Überzeugungsbildung dahingehend mit herangezogen hat, dass es die Gründe für die Weigerung im Verwaltungsverfahren, bei der Erstellung amts- und fachärztlicher Gutachten im erforderlichen Umfang mitzuwirken, als nur vorgeschoben angesehen hat.

Der Einwand der Klägerin, es sei nicht hinreichend ersichtlich, aufgrund welcher Untersuchungsergebnisse die Amtsärztin eine fachpsychiatrische Zusatzuntersuchung für erforderlich halte, ist schon im Hinblick auf die nicht erfolgte Entbindung von der Schweigepflicht und die damit verbundene fehlende Einsichtnahmemöglichkeit in die Untersuchungsunterlagen nicht nachvollziehbar.

(...) Die Berufung ist nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zuzulassen (Zulassungsgrund gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).

Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung, wenn sie eine im Berufungsverfahren klärungsbedürftige

und für die Entscheidung dieses Verfahrens erhebliche Rechts- oder Tatsachenfrage aufwirft, deren Beantwortung über den konkreten Fall hinaus wesentliche Bedeutung für die einheitliche Anwendung oder Weiterentwicklung des Rechts hat. Dabei ist zur Darlegung dieses Zulassungsgrundes die Frage auszuformulieren und substantiiert auszuführen, warum sie für entscheidungserheblich gehalten und aus welchen Gründen ihr Bedeutung über den Einzelfall hinaus zugemessen wird.

Hinsichtlich der aufgeworfenen Fragestellungen,

„Ist grundsätzlich jede amtsärztliche Feststellung sowohl gerichtlich als auch durch die beteiligten Behörden immer einer vollständigen Prüfung auf vollständige und richtige Sachverhaltsermittlung, Widerspruchsfreiheit und Überzeugungskraft zu unterziehen – vollkommen unabhängig von konkreten Inhaltspunkten –, und ist dabei immer eine vollständige Entbindung der begutachtenden (Amts-)Ärzte von der Schweigepflicht gegenüber allen Prozessbeteiligten erforderlich, weil alle Befunde, die zur Feststellung geführt haben, in diese Prüfung einzubeziehen sind?“,

„Ist die nach Nr. 15.2 Satz 2 der Richtlinie zum SGB IX zur Durchführung der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen im nordrhein-westfälischen Landesdienst erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes zu einer Dienstbeendigung oder einer Zurruesetzung gegen den Willen des Beamten mit dem Beamtenstatus vereinbar und daher auch für beamtenrechtliche Dienstverhältnisse anwendbar?“,

„Ist die Streichung des § 128 Abs. 2 SGB IX durch das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23.04.2004 (BGBl. I, S. 606) dahingehend zu verstehen, dass entgegen Nr. 15.2 Satz 2 der Richtlinie die Vorschriften gem. §§ 85 ff. SGB IX auf die Beendigung von Beamtenverhältnissen des Landes Nordrhein-Westfalen im allgemeinen und solchen auf Widerruf im besonderen nicht anwendbar sein soll oder stellt Nr. 15.2 Satz 2 der Richtlinie eine Spezialregelung des Landesrechts dar, welche für die Zurruesetzung und Entlassung von Beamten des Landes Nordrhein-Westfalen die §§ 85 ff. SGB IX für anwendbar erklärt?“,

„Wirkt die Weigerung der zuständigen Behörden bei der Beteiligung des Integrationsamtes in beamtenrechtlichen Verfahren zu Lasten des schwerbehinderten Beamten dahingehend, dass die Schutzvorschriften gem. §§ 85 ff. SGB IX schlicht keine Anwendung finden, oder ist der Dienstherr darauf zu verweisen, die Beteiligung des Integrationsamtes nötigenfalls gerichtlich durchzusetzen?“,

„Soweit ein Verstoß gegen die Vorschriften des § 84 Abs. 1, 2 SGB IX bei der Entlassung aus dem Beamtenverhältnis keine zwingenden Vorschriften darstellen, ist ein Verstoß gleichwohl bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen?“,

fehlt es an der Klärungsbedürftigkeit, weil sie sich – soweit sie überhaupt entscheidungserheblich sind – auf der Grundlage des Gesetzeswortlauts sowie der bereits vorliegenden Rechtsprechung ohne Weiteres in dem oben dargestellten Sinn beantworten lassen.

Schließlich ist kein die Zulassung der Berufung rechtfertigender Verfahrensfehler im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO gegeben.

Die von der Klägerin gerügte Verletzung der Aufklärungspflicht (vgl. § 86 Abs. 1 VwGO) liegt nicht vor.

Es ist entgegen dem Zulassungsvorbringen rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht keinen Beweis durch Sachverständigengutachten bzw. medizinische Untersuchung erhoben hat, weil die Klägerin der Aufforderung im Beschluss vom 31. März 2011, eine umfassende Schweigepflichtentbindung des Arztes und des Fachgutachters vorzulegen, nicht gefolgt ist. Das folgt schon daraus, dass das Verwaltungsgericht sich nicht auf die Vereitelung der gerichtlichen Beweiserhebung, sondern auf die – aus dem Verhalten der Klägerin gewonnene – Überzeugung gestützt hat, die Klägerin habe schon im Verwaltungsverfahren ohne nachvollziehbare bzw. mit bloß vorgeschobenen Gründen die Begutachtung verhindert. (...)



[Download Vollversion](#)

Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/ Rücknahme von Ernennungen wegen Verschweigens einer Vorerkrankung

1. Die Rücknahme einer Ernennung ist nach LPVG Nds nicht mitbestimmungspflichtig.

2. Jedenfalls im Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes ist nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts davon auszugehen, dass die fehlende Anhörung der Schwerbehindertenvertretung bei gebundenen Entscheidungen – wie denen nach § 12 BeamStG – nicht zur Rechtswidrigkeit der getroffenen Maßnahme führt.

3. Der Schutz des einem Schwerbehinderten gleichgestellten Menschen muss nicht von Amts wegen gewährt werden. Einer Information einer dritten Behörde über ein laufendes Antragsverfahren kommt nur dann die Wirkung einer Mitteilung des Beamten selbst zu, wenn die Übersendung erkennbar auf die Initiative des Beamten zurückzuführen ist.

4. Wird die Ernennung als Probebeamter wirksam zurückgenommen, werden auch nachfolgende Ernennungen gegenstandslos.

5. Ein Verschweigen von Vorerkrankungen ist für die Ernennung schon dann kausal, wenn der Amtsarzt in Kenntnis des vollen Sachverhalts eine fachärztliche Untersuchung veranlasst hätte.

(Leitsätze der Schriftleitung)

VG Hannover, Beschluss v. 26.6.2013 – 2 B 2658/13 –

Aus den Gründen

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der zugleich erhobenen Klage gegen den

Bescheid vom 18.03.2013 ist nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO statthaft und auch ansonsten zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Rücknahme der drei Ernennungen ist bei summarischer Prüfung nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin hat die sofortige Vollziehung ihrer Rücknahmeverfügung in einer den Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO genügenden Weise schriftlich und bezogen auf den konkreten Einzelfall begründet. Das dort dargelegte besondere Vollzugsinteresse wird auch von der Kammer gesehen. Unter den mehreren selbstständig tragenden Begründungserwägungen ist allerdings der Hinweis der Antragsgegnerin, die Rechtssicherheit gebiete die Anordnung der sofortigen Vollziehung, weil Amtshandlungen der Antragstellerin nach Rücknahme ihrer Ernennung nicht mehr gültig seien, nicht zutreffend. Gemäß § 12 Abs. 2 NBG i.V.m. § 11 Abs. 3 NBG bleiben die bis zum Wirksamwerden des Rücknahmebescheides vorgenommenen Amtshandlungen in gleicher Weise gültig, wie wenn die Ernennung wirksam gewesen wäre. Diese Regelung erstreckt sich nach ihrem Wortlaut auf Amtshandlungen, die in den Zeitraum bis zur Bekanntgabe der Rücknahmeerklärung vorgenommen wurden. Nichts anderes gilt jedoch für Amtshandlungen, die nach dem Wirksamwerden der Rücknahmeerklärung während der Zeit einer aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder eine Klage vorgenommen werden. Auch in diesen Fällen wird der

Beamte aufgrund eines vermeintlichen Beamtenverhältnisses für den Dienstherrn nach außen tätig, der rechtlich gehindert ist, die tatsächliche Bestellung zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu beenden, sofern er nicht die sofortige Vollziehung der Rücknahmeverfügung anordnet. Auch die Adressaten des Verwaltungshandelns können nicht vermeiden, dass ein vermeintlicher Beamter in dieser Zeit ihnen gegenüber noch tätig wird. Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ist es deshalb geboten, den Zeitraum einer aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittel mit in die klarstellende Regelung der §§ 12 Abs. 2, 11 Abs. 3 NBG einzubeziehen. Im Ergebnis ist die insoweit fehlerhafte Sichtweise der Antragsgegnerin jedoch nicht geeignet, die ansonsten ordnungsgemäß begründete Anordnung der sofortigen Vollziehung in Frage zu stellen.

Die bei der Entscheidung des Gerichts nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO zu treffende Ermessensentscheidung geht hier zum Nachteil der Antragstellerin aus. Das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Rücknahme ihrer Ernennungen überwiegt ihr privates Interesse, von der Vollziehung der Verfügung vom 18.03.2013 verschont zu bleiben. Dabei sind auch die Erfolgsaussichten des anhängig gemachten Klagever-

*Eine Täuschung bei der Ernennung
liegt vor, wenn der Täuschende erkennt oder
jedenfalls damit rechnet und in Kauf nimmt, ...*

fahrens in den Blick zu nehmen. Je geringer nämlich diese Erfolgsaussichten sind, umso höher müssen die erfolgsunabhängigen Interessen der Antragstellerin zu veranschlagen sein, um eine Aussetzung gleichwohl zu rechtfertigen. Hier wird die Klage der Antragstellerin – 2 A 2657/13 – gegen die Rücknahme ihrer Ernennungen im Bescheid vom 18.03.2013 aller Voraussicht nach keinen Erfolg haben. Der Bescheid der Antragsgegnerin dürfte sich nämlich als rechtmäßig erweisen und deshalb die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzen.

Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen einer Rücknahme der Ernennung waren gegeben. Weder Personalvertretungsrecht noch Schwerbehindertenrecht wurden bei Erlass der angegriffenen Verfügung im Ergebnis verletzt:

Die Vorschriften des Niedersächsischen Personalvertretungsgesetzes sind zwingendes Recht, ein Beamter kann auf ihre Einhaltung nicht verzichten. Einer Beteiligung der zuständigen Personalvertretung bedurfte es vorliegend jedoch nicht. Der Tatbestand der Rücknahme einer Ernennung ist nicht im Katalog der personellen Maßnahmen für Beamte in § 65 Abs. 1

NPersVG enthalten. Allerdings besagt § 64 Abs. 3 Satz 1 NPersVG, dass es sich bei § 65 NPersVG nur um eine beispielhafte Aufzählung handelt, welche die Mitbestimmung bei Maßnahmen von ähnlichem Gewicht nicht ausschließt. Die Rücknahme einer beamtenrechtlichen Ernennung hat zweifelsohne dasselbe Gewicht wie die Einstellung nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 NPersVG. Jedoch bestimmt § 64 Abs. 3 Satz 2 NPersVG, dass die in § 65 NPersVG aufgeführten Sachverhalte dort abschließend geregelt sind. Damit ist zugleich die gesetzliche Entscheidung getroffen, dass ausfüllungsfähige Lücken insoweit nicht vorhanden sind und die in den Katalogtatbeständen aufgeführten Sachverhalte auch nicht unter Rückgriff auf die Generalklausel des § 64 Abs. 1 NPersVG im Wege der Analogie erweitert werden könnten. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass es dem gesetzgeberischen Willen entspricht, das jeweilige Gegenteil einer im Katalog aufgeführten Maßnahme nicht der Mitbestimmung unterliegen zu lassen. Dies gilt für die Ablehnung einer Maßnahme (beispielsweise die Ablehnung einer Einstellung) ebenso wie für die Aufhebung der in den Katalogen aufgeführten Maßnahmen. Die in der Gesetzesbegründung verwandte Terminologie der „Aufhebung von Maßnahmen“ ist der Oberbegriff für Widerruf und Rücknahme (vgl. § 43 Abs. 2 VwVfG). Deshalb folgt zur Überzeugung der Kammer aus § 64 Abs. 3 Satz 2 NPersVG, dass an Maßnahmen auf der Grundlage des § 12 BeamtStG ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats nicht besteht.

Im Ergebnis stehen auch Vorschriften des Schwerbehindertenrechts der verfügten Maßnahme nicht entgegen. Bei Erlass der im Klageverfahren angefochtenen Verfügung vom 18.03.2013 konnte der Antragsgegnerin der Bescheid der Bundesanstalt für Arbeit vom 09.04.2013 noch nicht bekannt sein, mit dem die Antragstellerin mit Rückwirkung vom 11.01.2013 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt worden ist. Bei der hier ausgesprochenen Maßnahme ist grundsätzlich für Schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Beamte gemäß §§ 95 Abs. 2 Satz 1, 2 Abs. 3, 68 Abs. 1 und 73 Abs. 1 SGB IX die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der die Kammer folgt, wird der in den genannten Vorschriften verordnete Schutz von Schwerbehinderten und diesen gleichgestellter Menschen jedoch nicht von Amts wegen gewährt. Deshalb ist eine Maßnahme, die vom Dienstherrn in Unkenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft des Beamten diesem gegenüber getroffen wird, nicht wegen einer unterbliebenen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung rechtswidrig, wenn der Beamte es unterlassen hat, den Dienstherrn von der Schwerbehinderung in Kenntnis zu setzen. Dies gilt nicht erst nach erfolgter Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft oder der Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen, sondern be-

reits während eines laufenden Antragsverfahrens. Der Personalakte kann nicht entnommen werden, dass die Antragstellerin die Antragsgegnerin über den von ihr gestellten Antrag auf Gleichstellung informiert hat. Die Antragstellerin hat allerdings von diesem Antrag Kenntnis erhalten, nämlich als sie am 13.03.2013 vom für die Entscheidung zuständigen Bundesanstalt für Arbeit um Stellungnahme zu diesem Antrag gebeten wurde. Aus dem Anhörungsschreiben lässt sich indes nicht entnehmen, dass die Antragstellerin sich gegenüber der Antragsgegnerin auf die Rechte eines mit schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Menschen berufen wollte. Ist aber ein solcher Wille nicht zu erkennen, so kann einer Information einer dritten Behörde über ein laufendes Antragsverfahren nur dann die Wirkung einer Mitteilung des Beamten selbst zukommen, wenn die Übersendung erkennbar auf die Initiative des Beamten zurückzuführen ist. Fehlt es an Anhaltspunkten, die die Initiative der Antragstellerin erkennen lassen, muss es bei dem Ergebnis bleiben, dass der Schutz des einem Schwerbehinderten gleichgestellten Menschen nicht von Amts wegen gewährt werden muss.

Im Übrigen weist die Kammer darauf hin, und auch dieser Gesichtspunkt ist geeignet, das hier gefundene Ergebnis zu tragen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nach dem Rechtsgedanken des § 46 VwVfG die fehlende Anhörung der Schwerbehindertenvertretung bei gebundenen Entscheidungen nichts zur Rechtswidrigkeit der getroffenen Maßnahme führt. Die Kammer verkennt insoweit nicht, dass die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu dieser Frage in der Vergangenheit nicht immer eindeutig war. Nach der früheren Rechtsprechung war eine Rechtswidrigkeit bei unterbliebener Anhörung anzunehmen, wenn die getroffene Entscheidung eine in die Rechtsverhältnisse des Beamten tief eingreifende Maßnahme betraf. Mit Beschluss vom 25.10.1989 – ZBR 1990, 180 – hat das Bundesverwaltungsgericht dann entschieden, eine Rechtswidrigkeit wegen unterlassener Anhörung sei bei beamtenrechtlichen Maßnahmen generell ausgeschlossen.

Bei der hier nur möglichen summarischen Prüfung ist jedoch die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde zu legen, die für die Frage der Rechtsfolge der Verletzung des Beteiligungsrechts der Schwerbehindertenvertretung zwischen Ermessensentscheidungen und gebundenen Verwaltungsakten differenziert. Da die hier gegebene Ermächtigungsgrundlage des § 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG eine gebundene Entscheidung ist, muss jedenfalls für das vorläufige Rechtsschutzverfahren von einer Heilung eines – hier unterstellten – Anhörungsmangels ausgegangen werden.

Zur Überzeugung der Kammer liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen der genannten Ermächtigungsgrundlage vor, weil die Antragstellerin ihre Ernennungen durch arglistige Täuschung herbeigeführt hat. Die Antragstellerin hat sowohl bei ihrer Einstellungsuntersuchung vor ihrer Ernennung zur Beamtin auf Widerruf als auch bei ihrer amtsärztlichen Untersuchung anlässlich ihrer Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit die Amtsärztin arglistig getäuscht. Infolge dieser Täuschung ist es kausal zu den drei zurückgenommenen Ernennungen gekommen. In diesem Zu-

... dass die Ernennungsbehörde aufgrund seines Verhaltens für sie wesentliche Umstände als gegeben ansieht, die in Wahrheit nicht vorliegen – und umgekehrt.

sammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass, wenn – wie hier – die das Beamtenverhältnis begründende Ernennung zurückgenommen wird, konkret die Ernennung der Antragstellerin zur Obersekretärin im Justizvollzugsdienst zur Anstellung unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe, damit rückwirkend das Beamtenverhältnis insgesamt entfällt. Innerhalb dieses Beamtenverhältnisses werden also weitere Ernennungen im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 BeamtStG gegenstandslos. Wenn also nach dem Tenor des Bescheides vom 18.03.2013 neben den weiteren Ernennungen der Antragstellerin auch die Ernennung zur Obersekretärin im Justizvollzugsdienst unter Verleihung der Eigenschaft einer Lebenszeitbeamtin mit Wirkung vom 02.07.2004 zurückgenommen wird, so kommt bezüglich der Rücknahme der letztgenannten Ernennung in Gestalt der Umwandlung des Beamtenverhältnisses dem Bescheid keine weitergehende Regelungswirkung zu, wenn sich – wie hier – die Rücknahme der nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 BeamtStG erfolgten Ernennung zur Beamtin auf Probe als rechtmäßig erweist.

Anlässlich der Einstellungsuntersuchung bei der Amtsärztin des Landkreises Hannover K. am 16.05.2001 hat die Antragstellerin zur Überzeugung des Gerichts arglistig getäuscht. Eine arglistige Täuschung liegt vor, wenn der zu Ernennende durch unrichtige Angaben oder durch Verschweigen wahrer Tatsachen bei einem an der Ernennung maßgeblich beteiligten Amtsträger der Ernennungsbehörde einen Irrtum in dem Bewusstsein hervorrief, diesen durch die Täuschung zu einer günstigen Entschliebung zu bestimmen. Sie ist zu bejahen, wenn der Täuschende erkennt oder jedenfalls damit rechnet und in Kauf nimmt, dass die Ernennungsbehörde aufgrund seines Verhaltens für sie wesentliche Umstände als gegeben ansieht, die in Wahrheit nicht vorliegen oder – umgekehrt – der Ernennung hinderliche Umstände als nicht gegeben

ansieht, obwohl solche in Wahrheit vorliegen. In Bezug auf diese Untersuchung hatte das Gesundheitsamt der Region Hannover der Antragsgegnerin unter dem 12.06.2012 mitgeteilt, in den von der Antragstellerin unterschriebenen Angaben zur ihrer Krankenvorgeschichte habe sie eine psychische Störung oder Erkrankung nicht angegeben sowie versichert, keine früheren Erkrankungen verschwiegen zu haben. Dieser Sachverhalt hat sich für die Kammer nach Auswertung der beigezogenen Akten des Gesundheitsamtes bestätigt, so dass sie der eidesstattlichen Versicherung der Antragstellerin vom 14.05.2013 nicht zu folgen vermag.

Die Antragstellerin hat dort an Eides statt versichert: „Ich habe bei diesem Gespräch offenbart, dass ich aufgrund meines Kosovos-Aufenthaltes und der dortigen Erlebnisse an einer posttraumatischen Belastungsstörung erkrankt war, mich stationär im Bundeswehrkrankenhaus habe behandeln lassen und als geheilt entlassen wurde. Die Amtsärztin hat gesagt, wenn das ausgeheilt ist, müssen wir es nicht aufschreiben.“

Art. 33 Abs. 2 GG begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl.

Der Inhalt dieser eidesstattlichen Versicherung ist zunächst objektiv teilweise unrichtig. Ausweislich des klinisch-psychologischen Befundes des Bundeswehrkrankenhauses Hamburg vom 01.03.2001 ist die Antragstellerin nach ihrem stationären Aufenthalt vom 18.01. bis 01.03.2001 dort nicht „als geheilt entlassen worden“. In dem Bericht heißt es vielmehr, der Zustand der Patientin habe sich deutlich gebessert, die posttraumatische Belastungsstörung sei zurückgegangen. Die weitere Entwicklung bleibe abzuwarten. Dieser Befund trifft eine andere Aussage als eine endgültige Heilung, auch in der gestellten Diagnose ist von einer erfolgreichen Therapie nicht die Rede.

Aber auch nach dem Inhalt des vollständig der Kammer jetzt vorliegenden Gesundheitszeugnisses vermag sie die eidesstattlichen Versicherung in ihrer Entscheidung nicht zugrunde zu legen. Die Antragstellerin hat danach gegenüber der Amtsärztin erklärt und durch ihre Unterschrift versichert, frühere Erkrankungen nicht verschwiegen zu haben. Entsprechend hat die Amtsärztin auch aufgenommen, die Antragstellerin sei nie ernstlich krank gewesen. Die an Eides statt versicherte Aussage der Amtsärztin, als ausgeheilte PTBS müsse eine solche nicht festgehalten werden, ist nicht glaubhaft gemacht. Die Amtsärztin hat nämlich in dem Gesundheitszeugnis einen operativen Eingriff an der rechten Schulter der Antragstellerin in der Medizinischen Hochschule Hannover aus dem Jahre 1995

aufgenommen und damit eine frühere Erkrankung festgehalten, die sechs Jahre später offensichtlich ausgeheilt war. Warum eine vor wenigen Monaten vor der amtsärztlichen Untersuchung noch therapierte posttraumatische Belastungsstörung dagegen nicht festgehalten worden ist, wenn sie denn offenbart worden wäre, erschließt der Kammer deshalb nicht.

Auch anlässlich der amtsärztlichen Untersuchung am 19.03.2004 bei der Region Hannover hat die Antragstellerin – jetzt gegenüber einer anderen Amtsärztin, L. – arglistig getäuscht, in dem sie notwendige Angaben verschwiegen und unterlassen hat. In dem Befundbogen hat Frau L. angegeben, die Antragstellerin sei nie ernstlich krank gewesen, auch hier wird die Schulterluxation aus dem Jahre 1995 ausdrücklich erwähnt. Der Befundbogen weist ferner aus, dass die Amtsärztin ausdrücklich nach einer nervenärztlichen Behandlung gefragt, insoweit aber von der Antragstellerin eine verneinende Antwort bekommen hat. Die Behandlung im Bundeswehrkrankenhaus war aber eine solche erfragte nervenärztliche Behandlung. Eine eidesstattliche Versicherung, die sich auf diese amtsärztliche Untersuchung bezieht, hat die Antragstellerin nicht abgegeben.

Diese Täuschungen waren kausal für die Ernennung der Antragstellerin zu Beamtin auf Widerruf, auf Probe und auf Lebenszeit, die bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes durch die Antragsgegnerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin so nicht hätte erfolgen dürfen. Eine nicht endgültig erfolgreiche Behandlung einer posttraumatischen Belastungsstörung nur wenige Monate vor der amtsärztlichen Untersuchung hätte nicht wie vorliegend ohne weiteres zu der Ernennung zur Beamtin auf Widerruf geführt. Amtsarzt und Antragsgegnerin wären viel mehr gehalten gewesen, eine zusätzliche fachärztliche Untersuchung der Antragstellerin herbeizuführen. Ohne die Täuschung hätte die Ernennungsbehörde deshalb jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt von der Ernennung abgesehen. Für die zu fordernde Kausalität ist es notwendig aber auch ausreichend, dass die Behörde ohne die Täuschung den Bewerber nicht wie geschehen alsbald ernennt, sondern zunächst weitere Prüfungen und Erwägungen anstellt und erst sodann auf vervollständigter Grundlage über die Bewerbung entschieden hätte.

Die Antragstellerin handelte auch mit dem für eine arglistige Täuschung erforderlichen Täuschungsbewusstsein. Es erscheint ausgeschlossen, dass die Antragstellerin ihre schrecklichen Erlebnisse und die deshalb notwendig gewordene Behandlung im Mai 2001 vergessen oder verdrängt hatte. Liegt damit der Rücknahmegrund der arglistigen Täuschung vor, war die verfügte Rücknahme zwingend mit Wirkung für die Vergangenheit zu veranlassen. Rechtlich ohne Belang ist es daher, dass die Antragstellerin nach

Feststellung der Bewährung in ihrer Probezeit einen Anspruch auf Ernennung zur Beamtin auf Lebenszeit hatte. Auch die Dienstleistung über mehrere Jahre ohne einen auffälligen Krankheitsverlauf spielt für die rechtliche Bewertung keine Rolle. Schließlich kann sich die Antragstellerin auch nicht mit Erfolg auf § 8 des Einsatzweiterverwendungsgesetzes berufen. Adressat der dort eingeräumten Ansprüche ist allein der

Bund, der für eine Verwendung der vom Schutzzweck dieses Gesetzes erfassten Bewerber im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung zu sorgen hat.

(...)

 [Download Vollversion](#)

Entschädigungsanspruch abgelehnter Bewerber wegen behinderungsbedingter Benachteiligung

1. Verstöße gegen gesetzliche Verfahrensregelungen, die zur Förderung der Chancen der schwerbehinderten Menschen geschaffen wurden, können eine Indizwirkung für eine Benachteiligung begründen.

2. Besteht für den Arbeitgeber die aus § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX abzuleitende Pflicht, die getroffene Besetzungentscheidung unverzüglich mit allen Beteiligten zu erörtern, so kann aus der Verletzung dieser Pflicht eine Indizwirkung iSd. § 22 AGG abgeleitet werden.

3. Die Pflicht, die Beteiligten unverzüglich über die Gründe für die Auswahlentscheidung zu unterrichten, besteht nicht für Arbeitgeber, die die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllen.

4. Grundsätzlich trägt der Anspruchsteller die Beweis- und Darlegungslast dafür, dass der Arbeitgeber die Beschäftigungspflicht nach § 71 Abs. 1 SGB IX nicht erfüllt.

5. Die Vertrauenspersonen der Schwerbehinderten haben bei der Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben die gleiche persönliche Rechtsstellung gegenüber dem Arbeitgeber wie ein Mitglied der betrieblichen Interessenvertretung, § 96 Abs. 3 Satz 1 SGB IX. Daher besteht grundsätzlich kein Weisungsrecht des Arbeitgebers, wenn die Vertrauenspersonen ihren gesetzlichen Aufgaben nachkommen, wozu auch die Teilnahme an Vorstellungsgesprächen bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen gehört, § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX.

(Orientierungssätze der
Richterinnen und Richter des BAG)
BAG, Urteil v. 21.2.2013 – 8 AZR 180/12 –

Aus den Gründen

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen.

Die Klägerin hat keine Indizien dargelegt, die für eine Benachteiligung wegen eines durch das AGG verbottenen Merkmals, insbesondere nicht wegen ihrer Schwerbehinderung, sprechen.

(...) B. (...) III. Die Beklagte hat die Klägerin nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG unmittelbar benachteiligt.

1. Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG. Für die Anspruchsvoraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG ist auf § 15 Abs. 1 AGG zurückzugreifen.

2. Die Klägerin, die einen Grad der Behinderung von 50 aufweist, unterfällt dem Behindertenbegriff des § 1 AGG.

3. Die Klägerin wurde auch unmittelbar iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG benachteiligt, weil sie eine weniger günstige Behandlung erfuhr, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation.

a) Die Klägerin erfuhr eine weniger günstige Behandlung als die erfolgreiche Bewerberin, weil sie nicht berücksichtigt wurde. Dabei kann die Benachteiligung schon in der Versagung einer Chance liegen.

b) Im Verhältnis zur erfolgreichen Bewerberin N befand sich die Klägerin in einer vergleichbaren Situation (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AGG).

aa) Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt voraus, dass der Anspruchsteller objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet war, denn vergleichbar (nicht: gleich) ist die Auswahl-situation nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen. Die objektive Eignung ist keine ungeschriebene Voraussetzung der Bewerbungsbereitschaft, sondern Kriterium der „vergleichbaren Situation“ iSd. § 3 Abs. 1 AGG.

Grundsätzlich ist für die objektive Eignung nicht auf das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, abzustellen, sondern auf die Anforder-

rungen, die der Arbeitgeber an einen Stellenbewerber stellen durfte. Der Arbeitgeber darf die Vergleichbarkeit der Situation nicht willkürlich gestalten, indem er nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung Erfordernisse für die wahrzunehmenden Aufgaben formuliert, die von keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt sind, da er dadurch den Schutz des AGG de facto beseitigt.

bb) Diese Grundsätze gelten allerdings bei der Besetzung von Stellen öffentlicher Arbeitgeber nur eingeschränkt. Während der private Arbeitgeber im Rahmen der oben dargelegten Grundsätze frei ist, welche Anforderungen er in seiner Stellenausschreibung an Bewerber stellt und ob er dann bei seiner Auswahlentscheidung von einzelnen dieser geforderten Qualifikationen abweicht, hat der öffentliche Arbeitgeber Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten. Hiernach besteht nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung Anspruch auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter in diesem Sinne sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch Stellen, die mit Arbeitern und Angestellten besetzt werden. Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen (sog. Bestenauslese), zum anderen trägt er dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung. Art. 33 Abs. 2 GG begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in der Regelung – hier der Stellenausschreibung – genannten Auswahlkriterien (sog. Bewerbungsverfahrenanspruch ...). Die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Gesichtspunkte der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung sind die allein maßgeblichen Kriterien für die Bewerberauswahl; ande-

Die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Gesichtspunkte der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung sind die allein maßgeblichen Kriterien für die Bewerberauswahl.

re Kriterien sind nicht zulässig. Allerdings bestimmt Art. 33 Abs. 2 GG nicht, auf welchen Bezugspunkt sich diese Kriterien beziehen. Dies folgt erst aus dem Anforderungsprofil. Der öffentliche Arbeitgeber hat in diesem die formalen Voraussetzungen, fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie außerfachlichen Kompetenzen zu beschreiben, die ein Bewerber für eine erfolgreiche Bewältigung der künftigen Tätigkeit benötigt und die dementsprechend der leistungsbezogenen Auswahl zugrunde zu legen sind. Über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet grundsätzlich der Dienstherr nach seinen

organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten. Es obliegt daher auch seinem organisatorischen Ermessen, wie er einen Dienstposten zuschneiden will und welche Anforderungen demgemäß der Bewerberauswahl zugrunde zu legen sind. Erst aus diesem Zugschnitt des zu vergebenden Amtes oder Dienstpostens werden daher die Anforderungen bestimmt, an denen konkurrierende Bewerber zu messen sind.

Mit der Festlegung des Anforderungsprofils wird ein wesentlicher Teil der Auswahlentscheidung vorweggenommen. Zugleich bestimmt der öffentliche Arbeitgeber mit dem Anforderungsprofil den Umfang seiner der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelagerten verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach § 82 Satz 2 und Satz 3 SGB IX. Für die Dauer des Auswahlverfahrens bleibt der Arbeitgeber an das in der veröffentlichten Stellenbeschreibung bekannt gegebene Anforderungsprofil gebunden.

cc) Nach diesen Grundsätzen befand sich die Klägerin mit Frau N in einer vergleichbaren Situation. (...) Sie erfüllte damit im Wesentlichen die Kriterien des veröffentlichten Anforderungsprofils. Die Beklagte hat im Prozess auch nicht in Abrede gestellt, dass die Klägerin für die ausgeschriebene Stelle im Grundsatz geeignet gewesen sei.

IV. Die Klägerin ist aber nicht „wegen“ ihrer Behinderung benachteiligt worden.

1. Der Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Behandlung und dem Merkmal der Behinderung ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an die Behinderung anknüpft oder durch diese motiviert ist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund das ausschließliche Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist. Ausreichend ist vielmehr, dass das verpönte Merkmal Bestandteil eines Motivbündels ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat. Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an.

2. Rechtsfehlerfrei hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass die Klägerin Indizien, die für eine Benachteiligung wegen ihrer Behinderung sprechen, nicht vorgetragen hat. Dies gilt insbesondere für den Vorwurf der Klägerin, die Beklagte habe ihre aus § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX abzuleitende Pflicht, die getroffene Entscheidung unverzüglich mit allen Beteiligten zu erörtern, verletzt.

a) Aus einer Verletzung von § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX kann grundsätzlich eine Indizwirkung, dass der Arbeitgeber den Bewerber wegen seiner Schwerbehinderung nicht berücksichtigt habe, abgeleitet werden. Das Bundesarbeitsgericht nimmt in ständiger Recht-

sprechung an, dass Verstöße gegen gesetzliche Verfahrensregelungen, die zur Förderung der Chancen der schwerbehinderten Menschen geschaffen wurden, eine Indizwirkung begründen können. Es handelt sich hierbei um bestimmte Förderpflichten iSv. § 5 AGG und Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000. Dies gilt zB für die Anzeige einer freien Stelle gegenüber der Agentur für Arbeit, die unterbliebene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung sowie die unterbliebene Einladung des Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch nach § 82 Satz 2 SGB IX. Für das gesetzlich vorgesehene Erfordernis der Darlegung der Gründe der getroffenen Entscheidung kann nichts anderes gelten.

b) Das Absageschreiben der Beklagten vom 1. September 2010 enthielt keine Begründung für die der Klägerin ungünstige Entscheidung. (...)

c) Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, aus der fehlenden Unterrichtung über die Gründe für die Auswahlentscheidung könne schon deswegen nicht der Anschein einer Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung abgeleitet werden, weil sich der seine Beschäftigungsquote erfüllende Arbeitgeber lediglich an die höchstrichterliche Rechtsprechung habe halten wollen, folgt dem der Senat nicht. Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist verschuldensunabhängig ausgestaltet. Eine besondere Diskriminierungsabsicht ist nicht erforderlich. Es kommt nicht darauf an, dass sich der Arbeitgeber möglicherweise vorgestellt hat, sein Handeln sei von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gedeckt. Die Vorstellung eines „Rechtfertigungsgrundes“ schließt nicht aus, dass die Schwerbehinderung noch Teil des Motivbündels bei der Ablehnungsentscheidung gewesen ist.

d) Die Beklagte war jedoch nicht verpflichtet, die Beteiligten unverzüglich iSd. § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX über die Gründe für ihre Auswahlentscheidung zu unterrichten, da sie die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllte.

(...) bb) Der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Förderpflichten des § 81 SGB IX grundsätzlich als an alle Arbeitgeber gerichtet verstanden, also nicht nur an diejenigen, die die Beschäftigungsquote nicht erfüllt haben. Davon hat er aber ausdrücklich das Erörterungsverfahren, wie durch § 81 Abs. 1 Satz 7 bis Satz 9 SGB IX vorgeschrieben, ausgenommen.

cc) Dieser Auffassung folgt der Senat. Für sie sprechen der Wortlaut der Norm sowie systematische Erwägungen. Auch wenn der Gesetzgeber dies nicht durch die Stellung in einem gesonderten Absatz klargestellt hat, stehen die Regelungen in § 81 Abs. 1 Satz 7 bis Satz 9

SGB IX in einem inneren Zusammenhang. Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder eine der in § 93 SGB IX genannten Vertretungen mit der beabsichtigten Entscheidung nicht einverstanden, so ist diese gemäß § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX zunächst unter Darlegung der Gründe mit ihnen zu erörtern. Der Gesetzgeber sieht demnach dann, wenn der Arbeitgeber seine gesetzliche Beschäftigungspflicht nicht erfüllt, eine weitergehende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebsrats etc. vor. Auf den Abschluss dieses besonderen Erörterungsverfahrens bezieht sich § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX. Dies wird daran deutlich, dass dort von der „getroffenen Entscheidung“ gesprochen wird, während in § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX von der „beabsichtigten Entscheidung“ die Rede ist. Systematisch wäre es auch unstimmtig, auf der einen Seite generell nur eine Unterrichtungspflicht gegenüber der Schwerbehindertenvertretung und dem Betriebsrat anzunehmen (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX), auf der anderen Seite aber stets eine Pflicht zur Darlegung der Gründe der getroffenen Entscheidung ihnen gegenüber zu postulieren, obwohl die Entscheidung zuvor mit ihnen

Die Vorstellung eines „Rechtfertigungsgrundes“ schließt nicht aus, dass die Schwerbehinderung noch Teil des Motivbündels bei der Ablehnungsentscheidung war.

nicht erörtert werden musste (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX) und die Schwerbehindertenvertretung oder der Betriebsrat auch nicht notwendig gegen die beabsichtigte Entscheidung gestimmt haben müssen.

e) Der Deutsche Bundestag hat auch die Beschäftigungspflicht gemäß § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllt. Dies hat die Klägerin zwar mit Nichtwissen bestritten. Ein solches Bestreiten ist aber, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, an dieser Stelle nicht ausreichend. Nach § 22 AGG hat zunächst die anspruchstellende Partei Indizien darzulegen und zu beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. (...) Beruft sich die klagende Partei wie hier darauf, dass es der Arbeitgeber entgegen seiner Verpflichtung aus § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX versäumt habe, den abgelehnten Bewerber unverzüglich über die Gründe der getroffenen Entscheidung zu informieren, so gehört zu einem schlüssigen Vortrag die Darlegung, dass die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX nicht erfüllt wurde, weil nur in diesem Fall eine Unterrichtungspflicht besteht. (...)

Dabei wird nicht verkannt, dass es der Klägerin im vorliegenden Fall schwerfallen dürfte, die entsprechenden Informationen über die Erfüllung der Quote nach

§ 71 Abs. 1 SGB IX zu erlangen, während diese Informationen die Beklagte ohne weiteres besitzt. (...)

Auch aus dem Unionsrecht kann keine über die gesetzlich normierte Regelung in § 22 AGG hinausgehende Beweiserleichterung abgeleitet werden. (...)

3. Die Fragen der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten nach den Auswirkungen der Schwerbehinderung der Klägerin für die vorgesehene Tätigkeit im Vorstellungsgespräch am 20. August 2010 begründen keine Indizwirkung iSd. § 22 AGG.

a) (...) Nach § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX hat die Schwerbehindertenvertretung bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen das Recht auf Teilnahme an Vorstellungsgesprächen. Auch bei diesem Teil ihrer Arbeit besitzen die Vertrauenspersonen gegenüber dem Arbeitgeber die gleiche persönliche Rechtsstellung wie ein Mitglied der betrieblichen Interessenvertretung, § 96 Abs. 3 Satz 1 SGB IX. Grundsätzlich tritt daher die Schwerbehindertenvertretung auch bei Vorstellungsgesprächen unabhängig vom Arbeitgeber auf, ein Weisungsrecht besteht nicht.

b) Vorliegend hat allerdings die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten im Vorstellungsgespräch vom 20. August 2010 keine unzulässigen oder eine Indizwirkung iSv. § 22 AGG auslösenden Fragen gestellt.

aa) Die Klägerin wurde nicht unmittelbar nach ihrer Schwerbehinderung gefragt. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten Frau L in dem Gespräch die Klägerin fragte, ob sie spezielle Hilfsmittel bei der Ausübung der angestrebten Tätigkeit benötige und ob sie in der Lage sei, Überstunden zu leisten. Das Revisionsgericht ist an diese Feststellung gebunden, die Beklagte hat diesbezüglich auch keine Verfahrensrügen erhoben (§ 559 Abs. 2 ZPO). Damit steht fest, dass die Klägerin nicht nach der der Behinderung zugrunde liegenden Ursache gefragt wurde und auch nicht unmittelbar nach der Schwerbehinderung. Es besteht daher keine Veranlassung, der Frage nachzugehen, ob nach dem AGG die Frage nach der Schwerbehinderung generell unzulässig ist. Im Übrigen war der Beklagten bereits durch die Bewerbung bekannt, dass die Klägerin mit einem Grad der Behinderung von 50 schwerbehindert ist.

bb) Die Frage, ob die Klägerin in der Lage sei, Überstunden zu leisten, stellt kein Indiz für eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung dar. Die Frage knüpft auch bei einer Betrachtung nach dem Empfängerhorizont weder unmittelbar noch mittelbar an die Schwerbehinderung der Klägerin an. Sie zielt darauf ab, dass sich der Arbeitgeber allgemein ein Bild über die Einsatzfähigkeit in Bezug auf die geplante Stellenbesetzung machen kann. Das Ableisten von Überstunden ist nicht nur bei Schwerbehinderten uU problematisch,

sondern auch bei Müttern oder Vätern in Bezug auf die Kinderbetreuung oder bei einem Bewerber mit einem von der Arbeitsstelle weit entfernten Wohnsitz.

Ob die Frage gegenüber einem dem Arbeitgeber bekannt schwerbehinderten Bewerber nach dem Bedarf nach Hilfsmitteln ein Indiz für eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung sein kann, ist von der Würdigung der Umstände im Einzelfall abhängig. Die Frage zielt aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers in erster Linie darauf ab, in Erfahrung zu bringen, wie der Arbeitsplatz im Falle einer positiven Entscheidung für den Bewerber einzurichten ist. Nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 SGB IX ist der Arbeitsplatz eines Schwerbehinderten mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen auszustatten. Der Arbeitgeber will erkennbar die Pflichten aus dem SGB IX erfüllen, wenn er nach eventuell benötigten Hilfsmitteln fragt.

(...)

 [Download Vollversion](#)

Anmerkung

Wenn Verstöße gegen gesetzliche Verfahrensregelungen zur Förderung der Chancen schwerbehinderter Menschen (hier: unverzügliche Unterrichtung über die Gründe für eine getroffene Auswahlentscheidung) vorliegen, dann kann daraus grundsätzlich die Vermutung einer Benachteiligung abgeleitet werden (Indizwirkung). Eine Benachteiligung eines schwerbehinderten Menschen bei der Bewerbung um eine ausgeschriebene Stelle liegt bereits dann vor, wenn die Bewerbung nicht berücksichtigt wurde. Ein Schadensanspruch ist aber nur für den Fall zuzusprechen, dass die Benachteiligung „wegen“ der Behinderung erfolgte. Für den Kausalzusammenhang zwischen einer benachteiligenden Behandlung (hier: abgelehnte Bewerbung) einerseits und andererseits der Behinderung muss derjenige, der Entschädigungsansprüche geltend macht, Indizien vortragen, aus denen sich eine Benachteiligung (gerade) wegen der Behinderung ergeben. Ein Indiz kann – wie das BAG zu Recht angenommen hat – dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber seiner aus § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX abzuleitenden Pflicht zur unverzüglichen Unterrichtung über die Gründe für die getroffene Auswahlentscheidung nicht nachkommt. Im Ergebnis zutreffend hat das BAG allerdings festgestellt, dass die entsprechende Unterrichtungspflicht dann nicht besteht, wenn der Arbeitgeber die sich aus § 71 Abs. 1 SGB IX ergebende Beschäftigungsquote erfüllt. In diesem Fall nämlich hat der Gesetzgeber in den einschlägigen Bestimmungen eine weniger weitgehende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebs-/Personalrats als in den Fällen vorgesehen, in denen die gesetzliche Beschäftigungspflicht nicht erfüllt wird. Wenn also nur in

Konsequenzen für die Praxis

1. Wenn ein privater oder öffentlicher Arbeitgeber gesetzliche Verfahrensregelungen zur Förderung der Chancen von schwerbehinderten Menschen nicht beachtet, dann spricht zunächst eine Vermutung für eine Benachteiligung.
2. Für den Anspruch auf Entschädigung wegen Benachteiligung eines schwerbehinderten Menschen ist es erforderlich, dass der Antragsteller die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegt: Hier Nichterfüllung der sich aus § 71 Abs. 1 SGB IX ergebenden Beschäftigungsquote). Nur wenn diese Voraussetzung gegeben ist, besteht die Verpflichtung zur unverzüglichen Unterrichtung über die Gründe, die zur Ablehnung der Bewerbung geführt haben. Dies ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut (§ 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX) sowie aus der Gesetzssystematik (weitergehende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebs-/Personalrats bei Nichterfüllung der Beschäftigungsquote).

dem Fall der Nichterfüllung der Beschäftigungsquote eine Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers besteht, dann nimmt das BAG zu Recht an, dass die Beweis-/Darlegungslast bei dem eine Entschädigung geltend machenden Bewerber liegt. So schwierig es für den betreffenden schwerbehinderten Menschen auch sein mag, in einem schlüssigen Vortrag darzulegen, dass

die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX nicht erfüllt wird, so wenig kann aber die Darlegungs- und Beweislast sich danach ausrichten, welcher Partei die maßgeblichen Informationen vorliegen. Infolgedessen bestand im vorliegenden Fall keine Verpflichtung des Arbeitgebers zur unverzüglichen Bekanntgabe der Ablehnungsgründe. Dieses Ergebnis mag unbefriedigend sein. Es entspricht aber der sich aus § 81 Abs. 1 Satz 7 bis Satz 9 SGB IX ergebenden Gesetzeslage und der Tatsache, dass der Gesetzgeber einem Arbeitgeber, der seine gesetzliche Beschäftigungspflicht nicht erfüllt, eine weitergehende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebsrats/Personalrats auferlegt hat.

Dr. W. Ilbertz, Bonn

Anfechtung der Wahl der Schwerbehindertenvertretung wegen Verstoß gegen das Öffentlichkeitsgebot

1. Bei schriftlicher Stimmabgabe öffnet der Wahlvorstand in öffentlicher Sitzung unmittelbar vor Abschluss der Wahl nach § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVVO die bis zu diesem Zeitpunkt eingegangenen Freiumschläge und entnimmt ihnen die Wahlumschläge sowie die vorgedruckten Erklärungen. Ist die schriftliche Stimmabgabe ordnungsgemäß erfolgt (§ 11 SchwbVVO), legt der Wahlvorstand die Wahlumschläge nach Vermerk der Stimmabgabe in der Liste der Wahlberechtigten ungeöffnet in die Wahlurne.
2. Die Öffentlichkeit der Wahl ist Grundvoraussetzung für eine demokratische Willensbildung. Sie sichert die Ordnungsgemäßheit und Nachvollziehbarkeit der Wahlvorgänge und schafft damit eine wesentliche Voraussetzung für begründetes Vertrauen der Wähler in den korrekten Ablauf der Wahl. Interessierte Personen sollen die Möglichkeit erhalten, die Ordnungsmäßigkeit der Feststellung des Wahlergebnisses beobachten zu können, damit der Verdacht von Wahlmanipulationen „hinter verschlossenen Türen“ nicht aufkommen kann. Öffentlichkeit iSd. § 12 Abs. 1 SchwbVVO ist die Betriebsöffentlichkeit.
3. Vom Öffentlichkeitsgebot umfasst sind das Wahlvorschlagsverfahren, die Wahlhandlung – in Bezug

auf die Stimmabgabe durchbrochen durch das Wahlgeheimnis – und die Ermittlung des Wahlergebnisses. Bei der schriftlichen Stimmabgabe ist die Kontrollmöglichkeit der Vorgänge nach § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVVO von besonderer Bedeutung, weil der Wähler nicht unmittelbar beobachten kann, ob mit der von ihm abgegebenen Stimme korrekt verfahren wird. Daher müssen Ort und Zeit der nach § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVVO öffentlicher Kontrolle unterliegenden Vorgänge rechtzeitig vorher bekannt gegeben werden. Der Hinweis muss nicht notwendig bereits im Wahlausschreiben enthalten sein.

(Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)
BAG, Beschluss v. 10.7.2013 – 7 ABR 83/11 –

Aus den Gründen

B. Die zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Vorinstanzen haben dem Wahlanfechtungsantrag zu Recht entsprochen. Die Wahl zur Schwerbehindertenvertretung ist nach § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX, § 19 Abs. 1 BetrVG, § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVVO unwirksam.

I. Der Antrag ist nach § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX iVm. § 19 BetrVG zulässig.

1. Die Antragsteller sind nach § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX iVm. § 19 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BetrVG zur Wahlanfechtung berechtigt. Sie sind in dem Betrieb wahlberechtigte schwerbehinderte Menschen iSd. § 94 Abs. 2 SGB IX.

2. Die Wahl zur Schwerbehindertenvertretung ist rechtzeitig binnen zwei Wochen angefochten worden, nachdem das endgültige Wahlergebnis durch Aushang am 27. Oktober 2010 bekannt gegeben wurde, § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX iVm. § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG. Die Antragschrift ist beim Arbeitsgericht am 9. November 2010 eingegangen.

II. Der Antrag ist begründet. Die Wahl zur Schwerbehindertenvertretung ist nach § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX iVm. § 19 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Danach kann die Wahl zur Schwerbehindertenvertretung angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen wurde und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen erfüllt. Die Öffnung der Freiumschräge erfolgte nicht in einer öffentlichen Sitzung iSd. § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVVO. Darin liegt ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren. Dieser Verstoß war geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen.

1. Der Wahlvorstand hat gegen eine wesentliche Wahlvorschrift verstoßen, indem er die Freiumschräge nicht, wie nach § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVVO geboten, in öffentlicher Sitzung geöffnet hat. Die danach erforderliche Öffentlichkeit setzt bei einer ausschließlich schriftlichen Stimmabgabe voraus, dass Ort und Zeit sämtlicher in § 12 Abs. 1 SchwbVVO genannten Handlungen vorher rechtzeitig bekannt gemacht werden. Dies war hier nicht der Fall.

a) Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVVO öffnet der Wahlvorstand unmittelbar vor Abschluss der Wahl in öffentlicher Sitzung die bis zu diesem Zeitpunkt eingegangenen Freiumschräge und entnimmt ihnen die Wahlumschräge sowie die vorgedruckten Erklärungen. Ist die schriftliche Stimmabgabe ordnungsgemäß erfolgt (§ 11 SchwbVVO), legt der Wahlvorstand die Wahlumschräge nach Vermerk der Stimmabgabe in der Liste der Wahlberechtigten ungeöffnet in die Wahlurne.

aa) Öffentlichkeit iSd. § 12 Abs. 1 SchwbVVO ist dabei nicht die allgemeine Öffentlichkeit, sondern die Betriebsöffentlichkeit. Es soll denjenigen die Teilnahme ermöglicht werden, die ein berechtigtes Interesse

an der Wahl zur Schwerbehindertenvertretung und ihrem Ausgang haben. Die Öffentlichkeit der Wahl ist Grundvoraussetzung für eine demokratische Willensbildung. Sie sichert die Ordnungsgemäßheit und Nachvollziehbarkeit der Wahlvorgänge und schafft damit eine wesentliche Voraussetzung für begründetes Vertrauen der Wähler in den korrekten Ablauf der Wahl. Die grundsätzlich gebotene Öffentlichkeit im Wahlverfahren umfasst das Wahlvorschlagsverfahren, die Wahlhandlung – in Bezug auf die Stimmabgabe durchbrochen durch das Wahlgeheimnis – und die Ermittlung des Wahlergebnisses. Durch das Gebot der Öffentlichkeit sollen interessierte Personen die Möglichkeit erhalten, die Ordnungsmäßigkeit der Feststellung des Wahlergebnisses beobachten zu können, damit der Verdacht von Wahlmanipulationen „hinter verschlossenen Türen“ nicht aufkommen kann. Zur Herstellung dieser Beobachtungsmöglichkeit ist es erforderlich, dass Ort und Zeit sämtlicher öffentlicher Kontrolle unterliegender Vorgänge im Wahlverfahren rechtzeitig vorher bekannt gegeben werden. Es genügt nicht, dass ein Interessierter dies durch eigene Nachfrage beim Wahlvorstand erfahren kann. Das Erfordernis, selbst aktiv zu werden und sich nach dem Bestehen einer Teilnahmemöglichkeit sowie nach Ort und Zeit von öffentlich vorzunehmenden Handlungen des Wahlvorstands zu erkundigen, ist vielmehr geeignet, Zugangsberechtigte von vornherein von der Teilnahme

Öffentlichkeit im Sinne des § 12 Abs. 1 SchwbVVO meint nicht die allgemeine Öffentlichkeit, sondern die Betriebsöffentlichkeit.

auszuschließen. Müssen interessierte Personen den Wunsch, ihr Kontrollrecht wahrzunehmen, gerade gegenüber den zu kontrollierenden Personen im Vorfeld offenbaren, um Ort und Zeitpunkt ihrer Kontrollmöglichkeit zu erfahren, gibt dies vermeidbaren Anlass zu Misstrauen bzw. Missdeutungen. Diese werden durch eine jederzeit und ohne Ankündigung mögliche Kontrolle wirkungsvoll verhindert.

bb) Bei der schriftlichen Stimmabgabe ist die Kontrollmöglichkeit der Vorgänge nach § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVVO von besonderer Bedeutung. Bei der persönlichen Stimmabgabe händigt der Wähler oder die Wählerin nach § 10 Abs. 3 Satz 1 SchwbVVO den Wahlumschlag, in den der Stimmzettel eingelegt ist, dem mit der Entgegennahme der Wahlumschräge betrauten Mitglied des Wahlvorstands aus, wobei der Name des Wählers oder der Wählerin angegeben wird. Sodann ist nach § 10 Abs. 3 Satz 2 SchwbVVO der Wahlumschlag in Gegenwart des Wählers oder der Wählerin in die Wahlurne einzuwerfen, nachdem die Stimmabgabe in der Liste der Wahlberechtigten ver-

merkt worden ist. Bei der persönlichen Stimmabgabe kann daher der Wähler unmittelbar beobachten und kontrollieren, ob mit der von ihm abgegebenen Stimme korrekt verfahren wird. Diese unmittelbare Beobachtungsmöglichkeit hat der Briefwähler bei der schriftlichen Stimmabgabe nicht. Die Kontrollmöglichkeit trägt hier in besonderem Maße dazu bei, dass gar nicht erst der Verdacht aufkommen kann, es habe bei der Behandlung der Briefwahlstimmen zu Unregelmäßigkeiten kommen können. Auch wird dadurch das Wahlgeheimnis des Briefwählers geschützt. Könnte der Wahlvorstand ohne eine mögliche Kontrolle durch die Öffentlichkeit die Freiumschräge der Briefwähler öffnen und die Wahlumschräge entnehmen, wäre die Gefahr nicht auszuschließen, dass er in die Wahlumschräge Einblick nimmt, um festzustellen, wie der betreffende Wähler seine Stimme abgegeben hat.

cc) Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVWO hat die Öffnung der Freiumschräge „unmittelbar vor Abschluss der Wahl“ zu erfolgen. Erfolgt eine Wahl im Wege der persönlichen Stimmabgabe und werden nur den an der persönlichen Stimmabgabe verhinderten Wahlberechtigten nach § 11 Abs. 1 SchwbVWO Briefwahlunterlagen übersandt, haben die nach § 12 Abs. 1 Sätze 1 und 2 SchwbVWO vom Wahlvorstand vorzunehmenden Handlungen unmittelbar vor dem Abschluss des in § 10 SchwbVWO näher beschriebenen Wahlvorgangs zu erfolgen. Wenn der Wahlvorstand nach § 11 Abs. 2 SchwbVWO die allgemeine schriftliche Stimmabgabe beschließt, entfällt der Wahlvorgang nach § 10 SchwbVWO. Das ändert jedoch nichts daran, dass die in § 12 Abs. 1 Sätze 1 und 2 SchwbVWO beschriebenen Vorgänge in öffentlicher Sitzung zu erfolgen haben. Da es aber in einem solchen Fall an einer persönlichen Stimmabgabe fehlt, deren Ort, Tag und Zeit nach § 5 Abs. 1 Nr. 13 SchwbVWO mitzuteilen wäre, muss der Wahlvorstand, um dem Erfordernis der Öffentlichkeit zu genügen, rechtzeitig Ort und Zeit der in § 12 Abs. 1 SchwbVWO geregelten Behandlung der schriftlich abgegebenen Stimmen bekannt geben. Dabei muss der Hinweis nicht notwendig bereits im Wahlausschreiben enthalten sein, sondern kann auch auf andere Weise erfolgen.

dd) § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVWO ist eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren, deren Verletzung nach § 19 Abs. 1 BetrVG iVm. § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX geeignet ist, die Anfechtung der Wahl zu rechtfertigen.

b) Hier hat der Wahlvorstand gegen § 12 Abs. 1 Satz 1 SchwbVWO verstoßen. Nachdem er nach § 11 Abs. 2 SchwbVWO die generelle schriftliche Stimmabgabe beschlossen hatte, hätte er rechtzeitig bekannt machen müssen, wann und wo die in § 12 Abs. 1 SchwbVWO vorgeschriebene Behandlung der schriftlich abge-

gebenen Stimmen stattfinden wird. Dies hat er nicht getan. Die Öffnung der Freiumschräge erfolgte nicht in der im Wahlausschreiben angekündigten Sitzung am 26. Oktober 2010 um 13:00 Uhr, sondern am selben Tage bereits in der Zeit zwischen 11:00 Uhr bis 12:45 Uhr. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 4. und 5. genügt es zur Herstellung der Öffentlichkeit nicht, dass die Tür zu dem Besprechungsraum offen stand, in dem die Freiumschräge geöffnet wurden. Auch der Umstand, dass jeder Interessierte auf Nachfrage beim Wahlvorstand erfahren hätte, wann und wo die Freiumschräge geöffnet werden, machte die rechtzeitige Bekanntmachung von Zeit und Ort der Öffnung der Freiumschräge und der daran sich anschließenden Handlungen nicht entbehrlich.

2. Der Verfahrensverstoß war geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen.

a) Nach § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX iVm. § 19 Abs. 1 letzter Halbsatz BetrVG berechnigen Verstöße gegen wesentliche Wahlvorschriften nur dann nicht zur Anfechtung der Wahl, wenn die Verstöße das Wahlergebnis objektiv weder ändern noch beeinflussen konnten. Dabei ist entscheidend, ob bei einer hypothetischen Betrachtungsweise eine Wahl ohne den Verstoß gegen we-

Bei Briefwahl muss der Wahlvorstand rechtzeitig Ort und Zeit der Öffnung der Freiumschräge in öffentlicher Sitzung mitteilen.

sentliche Wahlvorschriften unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zwingend zu demselben Wahlergebnis geführt hätte. Eine verfahrensfehlerhafte Wahl muss nur dann nicht wiederholt werden, wenn sich konkret feststellen lässt, dass auch bei der Einhaltung der Wahlvorschriften kein anderes Ergebnis erzielt worden wäre. Kann diese Feststellung nicht getroffen werden, bleibt es bei der Unwirksamkeit der Wahl.

b) In diesem Sinne war der Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Sätze 1 und 2 SchwbVWO geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es bei dem Öffnen der Freiumschräge, bei der Bewertung, ob die Stimmabgabe iVm. § 11 SchwbVWO ordnungsgemäß war, bei dem Vermerk der Stimmabgabe oder bei dem Einwurf der Wahlumschräge in die Wahlurne zu Fehlern gekommen ist, die bei einer Öffnung der Freiumschräge in öffentlicher Sitzung nicht unterlaufen wären. Es kommt nicht darauf an, ob tatsächliche objektive Anhaltspunkte für solche Fehler vorliegen. Die Vorschrift soll der Minderung abstrakter Gefährdungen dienen.



[Download Vollversion](#)

Teilnahme an Betriebsratssitzung bei Doppelmandat in Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung

Ist die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen zugleich Betriebsratsmitglied, ist sie, wenn sie als Vertrauensperson an der Betriebsratssitzung teilnehmen will, nicht generell als Betriebsratsmitglied verhindert. Einen sich im Einzelfall ergebenden Interessenkonflikt hat die Vertrauensperson dem Betriebsratsvorsitzenden anzuzeigen. Dies muss in einer Art und Weise geschehen, die eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht gegenüber dem schwerbehinderten Menschen über persönliche, einer vertraulichen Behandlung bedürftige Verhältnisse ausschließt. Für diejenigen Tagesordnungspunkte, in denen ein Interessenkonflikt besteht, ist ein Ersatzmitglied zu laden.

(Leitsätze der Schriftleitung)

LAG Hessen, Beschluss v. 1.11.2012 – 9 TaBV 156/12 –

Zum Sachverhalt

Die Beteiligten streiten um die Wirksamkeit der Beschlüsse des Betriebsrats aus der Betriebsratssitzung vom 12. Juli 2011.

Der Antragsteller und Beteiligte zu 1) ist Mitglied des beim Beteiligten zu 3) gewählten Betriebsrats, des Beteiligten zu 2). Der Beteiligte zu 1) ist auch Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen.

Bis zum 5. Juli 2011 wurde es bei anstehenden Betriebsratssitzungen so gehandhabt, dass der Beteiligte zu 1) dem Betriebsratsvorsitzenden mitteilte, in welcher Funktion er an den Betriebsratssitzungen teilnehmen werde. In der Zeit vom 30. Nov. 2010 bis zum 5. Juli 2011 wurde dies 34-mal so gehandhabt, z.B. mit E-Mail vom 11. Juli 2011. Der Betriebsratsvorsitzende hatte den Beteiligten zu 1) am 1. Febr. 2011 aufgefordert, mitzuteilen, in welcher Funktion er zukünftig an den Betriebsratssitzungen teilnehmen wolle. Dieser hatte mit E-Mail vom 7. Febr. 2011 geantwortet, dass er zukünftig an den Betriebsratssitzungen primär als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen teilnehmen werde.

In der Betriebsratssitzung vom 5. Juli 2011 teilte der Betriebsratsvorsitzende dem Beteiligten zu 1) mit, die Sitzungsteilnahme werde zukünftig anders gehandhabt. Bei einer Doppelfunktion von Schwerbehindertenvertretung und Betriebsratsmitgliedschaft werde zukünftig nicht mehr von einer Verhinderung des Betriebsratsmitglieds ausgegangen.

Am 12. Juli 2011 fand eine Betriebsratssitzung statt, zu der der Beteiligte zu 1) per E-Mail vom 6. Juli 2011 mit Tagesordnung geladen wurde. Am 11. Juli 2011 teilte der Beteiligte zu 1) dem Betriebsratsvorsitzenden mit,

er werde als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen an der Betriebsratssitzung teilnehmen. Anders als in der Vergangenheit lud der Betriebsratsvorsitzende aufgrund dieser Mitteilung kein Ersatzmitglied für den Beteiligten zu 1) ein. Der Beteiligte zu 1) nahm an der Sitzung teil.

Mit Antrag vom 26. Juli 2011, bei dem Arbeitsgericht Frankfurt am Main am selben Tag eingegangen, hat der Beteiligte zu 1) die Feststellung beantragt, dass die Beschlüsse des Betriebsrats in der Betriebsratssitzung vom 12. Juli 2011 unwirksam sind. Er ist der Auffassung gewesen, die in dieser Sitzung gefassten Betriebsratsbeschlüsse seien nicht ordnungsgemäß zustande gekommen. Seine Verhinderung bei der Betriebsratssitzung ergebe sich aus der bislang gelebten Praxis. Der Betriebsrat könne diese nicht nach Belieben ändern. Darüber hinaus sei eine Vielzahl von Situationen denkbar, an denen er nicht gleichzeitig als Schwerbehindertenvertreter und als Mitglied des Betriebsrats teilnehmen könne, weil er unterschiedliche Interessen vertrete. (...)

Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main hat den Antrag durch Beschluss vom 20. März 2012 – 5 BV 619/11 – zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, es habe hinsichtlich des Beteiligten zu 1) kein Fall der Verhinderung als Betriebsratsmitglied im Sinne des § 25 BetrVG vorgelegen. Ob eine Verhinderung vorliege, sei im Einzelfall zu entscheiden. Zu einer Interessenkollision sei aber hier nichts vorgetragen worden. (...)

Der Beteiligte zu 1) ist der Ansicht, die erstinstanzliche Entscheidung sei fehlerhaft. Er trägt vor, er habe als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen an der Betriebsratssitzung vom 12. Juli 2011 teilgenommen und sei somit als Betriebsratsmitglied verhindert gewesen. Bei seiner Doppelfunktion könne eine Verhinderung durch eine Interessenkollision eintreten. Gerade bei den personellen Einzelmaßnahmen seien solche Kollisionen denkbar. Ob hinsichtlich einer beabsichtigten Beschlussfassung eine solche Kollision vorliege, könne nur der Beteiligte zu 1) beurteilen. Außerdem sei er nach § 96 Abs. 7 SGB IX zur Geheimhaltung verpflichtet. Der Beteiligte zu 2) könne das Vorliegen einer Kollision nur dann beurteilen, wenn der Beteiligte zu 1) ihn unter Verletzung seiner Schweigepflicht über die Gründe informiere. (...)

Aus den Gründen

(...) Die Beschwerde hat (...) in der Sache keinen Erfolg.

1. Der Antrag ist als Feststellungsantrag im Sinne des § 256 ZPO zulässig. Es wird keine gerichtliche Gestal-

tungsentscheidung begehrt. Es ist kein Wahlanfechtungsantrag, auf den § 19 BetrVG entsprechende Anwendung fände. Der Beteiligte zu 1) hat den Antrag ausweislich der Antragschrift vom 26. Juli 2011 ausdrücklich als „Betriebsratsmitglied“ gestellt und mit seinem Antrag die Unwirksamkeit der Beschlüsse der Betriebsratssitzung vom 12. Juli 2011 geltend gemacht. Der Beteiligte zu 1) ist auch antragsberechtigt, denn durch rechtswidrige Betriebsratsbeschlüsse wäre er in einer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsposition unmittelbar betroffen. Da er den Antrag ausdrücklich als Betriebsratsmitglied eingereicht hat, berührt seine Antragsbefugnis nicht, dass er in seiner Funktion als Schwerbehindertenvertreter nach § 95 Abs. 4 Satz 2 SGB IX das Recht hat, dass ein Betriebsratsbeschluss für die Dauer von einer Woche ausgesetzt wird.

2. Der Feststellungsantrag des Beteiligten zu 1) ist nicht begründet. Die Betriebsratsbeschlüsse der Sitzung vom 12. Juli 2011 sind nicht unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung des Beteiligten zu 1) unwirksam.

a) Die Voraussetzungen für eine Verhinderung des Beteiligten zu 1) als Betriebsratsmitglied an der Betriebsratssitzung vom 12. Juli 2011 im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG können nicht festgestellt werden. Eine zeitweilige Verhinderung liegt vor, wenn das Betriebsratsmitglied aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht in der Lage ist, seine betriebsverfassungsrechtlichen Amtsobliegenheiten wahrzunehmen. Zeitweilig verhindert ist auch das Betriebsratsmitglied mit Doppelmandat, das sich in einer Interessenkollision befindet. Solche können jedoch schon nach der gesetzlichen Ausgangslage kaumentstehen. Die Schwer-

Die Interessen der vom Betriebsrat vertretenen Belegschaft und einzelner schwerbehinderter Menschen sind nicht immer deckungsgleich; eine Interessenkollision ist nicht nur bei persönlicher Betroffenheit denkbar.

behindertenvertretung ist gemäß § 29 Abs. 3 BetrVG zu jeder Sitzung mit Tagesordnung einzuladen. Gemäß §§ 95 Abs. 4 SGB IX, 32 BetrVG steht ihr ein Recht zur Teilnahme u.a. an den Betriebsratssitzungen zu. Grundsätzlich hat die Schwerbehindertenvertretung in der Betriebsratssitzung keine weitreichenden Befugnisse. Sie hat kein Stimmrecht bei den Beschlussfassungen des Betriebsrats und ist an Beschlüsse des Betriebsrats nicht gebunden. Der Schwerbehindertenvertreter hat nach § 95 Abs. 4 Satz 2 SGB IX das Recht, dass ein Betriebsratsbeschluss für die Dauer von einer Woche ausgesetzt wird. Man muss aber nicht so weit gehen, eine Interessenkollision generell auszuschlie-

ßen. Denn nicht immer sind die Interessen der vom Betriebsrat vertretenen Belegschaft und einzelner schwerbehinderter Menschen deckungsgleich und eine Interessenkollision ist nicht nur bei persönlicher Betroffenheit denkbar.

b) Eine Interessenkollision bestand jedenfalls für die Sitzung vom 12. Juli 2011 nicht. Der Beteiligte zu 1) hat vor der Sitzung keine Interessenkollision angezeigt noch in diesem Verfahren eine solche benannt. Er muss hierzu seine Geheimhaltungspflicht aus § 96 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB IX nicht verletzen und muss über die persönlichen Verhältnisse und Angelegenheiten, die ihrer Bedeutung und ihrem Inhalt nach einer vertraulichen Behandlung bedürfen, dem Betriebsrat gegenüber nichts offenbaren. Er muss aber benennen, hinsichtlich welchen Tagesordnungspunktes eine Interessenkollision auftreten kann. Nur für diesen Tagesordnungspunkt wäre der Beteiligte zu 1) dann verhindert und nicht für die gesamte Betriebsratssitzung. Nur für Tagesordnungspunkte, die eine Interessenkollision befürchten lassen, ist ein Ersatzmitglied zu laden. Die engen Tatbestandsvoraussetzungen des § 96 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 SGB IX lassen eine pauschale Berufung auf eine Interessenkollision für die gesamte Sitzung nicht zu. Dabei kann hier mangels Interessenkollision dahingestellt bleiben, ob in diesem Fall nicht der/die Vertreter/in der Vertrauensperson zu laden ist.

c) Auch aus der Tagesordnung ergibt sich keine Interessenkollision. Ausweislich der Tagesordnung betrifft ein einziger Tagesordnungspunkt einen schwerbehinderten Menschen. Dies ist TOP Nr. 02.8, bei dem es um eine personelle Einzelmaßnahme gemäß § 99 BetrVG geht, nämlich um die Einstellung und Eingruppierung eines Auszubildenden. Der Beteiligte zu 1) hat indessen vor der Sitzung und in diesem Verfahren nicht einmal angedeutet, ob eine und wenn ja welche Interessenkollision hier entstehen könnte.

3. Vertrauensschutz des Beteiligten zu 1) aufgrund der bisherigen Praxis besteht nicht. Diese Praxis entsprach nicht dem Gesetz (§ 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG), weil der Beteiligte zu 1) nicht verhindert war, an der Betriebsratssitzung vom 12. Juli 2011 teilzunehmen. Vertrauen auf die Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes ist nicht geschützt. Die unberechtigte Ladung eines Ersatzmitgliedes geht schließlich auch zu Lasten des Beteiligten zu 3), denn er hat für die Dauer der Betriebsratssitzung die Vergütung fortzuzahlen und evtl. für eine Vertretung zu sorgen. Der Beteiligte zu 2) hat unwidersprochen vorgetragen, er hätte erst kurz vor der Betriebsratssitzung durch Veröffentlichungen über das Doppelmandat von der Rechtslage erfahren.

Eines Betriebsratsbeschlusses bedarf es für eine Ladung zur Betriebsratssitzung nicht, denn dies ist nach § 29 Abs. 2 Satz 2 BetrVG Sache des Vorsitzenden, auch wenn er eine bestehende Praxis an die Rechtslage anpasst.

(...)



[Download Vollversion](#)

Anmerkung

Zu Recht hat das LAG Hessen angenommen, dass von einer Verhinderung an der Teilnahme an einer Be-

Konsequenzen für die Praxis

1. Eine Doppelmitgliedschaft sowohl in einer Schwerbehindertenvertretung als auch in einem Betriebsrat ist rechtlich zwar zulässig, aber wegen einer nicht auszuschließenden widerstreitenden Diskussion über mögliche Interessenkollisionen nicht ratsam.
2. In den Fällen, in denen eine persönliche Betroffenheit gegeben ist, ist das betreffende Betriebsratsmitglied an der Beratung und Beschlussfassung über den betreffenden Tagesordnungspunkt verhindert. Dies ist dem Betriebsratsvorsitzenden rechtzeitig bekanntzugeben, der das zuständige Ersatzmitglied zu laden hat. Eine Interessenkollision kann im Übrigen auch dann vorliegen, wenn die Interessen der vom Betriebsrat vertretenen Beschäftigten und einzelner schwerbehinderter Menschen nicht deckungsgleich sind.

triebsratssitzung seitens eines Betriebsratsmitglieds, das zugleich Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen ist, nur dann auszugehen ist, wenn eine

Interessenkollision vorliegt, die vor allem bei persönlicher Betroffenheit gegeben ist.

Ist eine solche persönliche Betroffenheit anzunehmen, dann hat das betreffende Betriebsratsmitglied dem Vorsitzenden des Betriebsrats davon Kenntnis zu geben. Dieser hat sodann das zuständige Ersatzmitglied zu laden. Dies gilt auch für die Fälle, in denen die Interessen der vom Betriebsrat vertretenen Beschäftigten einerseits und die einzelner schwerbehinderter Menschen andererseits nicht deckungsgleich sind (z.B. bei geplanten organisatorischen, mit Umsetzungen verbundenen Entscheidungen). Ausreichend ist eine vermutete Interessenkollision. In diesen Fällen ist – wie bei einer persönlichen Betroffenheit auch – von einer (zeitweiligen) Verhinderung des Betriebsratsmitglieds auszugehen. Eine Verhinderung ist daher nur für die Teilnahme an der Beratung und Beschlussfassung über den betreffenden Tagesordnungspunkt gegeben. Nur zu diesem Tagesordnungspunkt hat der Betriebsratsvorsitzende das zuständige Ersatzmitglied zu laden. Nach Abschluss der Beratung und der entsprechenden Beschlussfassung ist das Betriebsratsmitglied zur Beratung und

Beschlussfassung über die weiteren Tagesordnungspunkte wieder hinzuzuziehen.

Dr. W. Ilbertz, Bonn

Schulungsanspruch des zweiten stellvertretenden Mitglieds der Schwerbehindertenvertretung

1. Auf die Freistellung für Schulungen von Schwerbehindertenvertretern nach § 96 Abs. 4 SGB IX gerichtete einstweilige Verfügungen sind zulässig, weil gemäß §§ 85 Abs. 2 ArbGG, 935, 940 ZPO auch im Beschlussverfahren dem Verfassungsgebot eines effektiven Rechtsschutzes mit der Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung Rechnung zu tragen ist.
2. Eine Auslegung von § 96 Abs. 4 Satz 4 Nr. 1 i.V.m. § 95 Abs. 1 Satz 4 SGB IX ergibt, dass auch das mit der zweithöchsten Stimmenzahl gewählte stellvertretende Mitglied der Schwerbehindertenvertretung einen Schulungsanspruch hat, wenn es zur Wahrnehmung von Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung ständig herangezogen ist.

3. Soweit es um eine Grundschulung geht, die das mit der zweithöchsten Stimmenzahl gewählte stellvertretende Mitglied der Schwerbehindertenvertretung erst in die Lage versetzen soll, die ihm übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß wahrzunehmen, sind an die Darlegung der Erforderlichkeit der Kenntnisse keine weiteren Anforderungen zu stellen.

LAG Hessen, Beschluss v. 4.4.2013 – 16 TaBVGa 57/13 –

Zum Sachverhalt

Die Beteiligten streiten in dem einstweiligen Verfügungsverfahren darüber, ob der Arbeitgeber das mit der zweithöchsten Stimmenzahl gewählte weitere

stellvertretende Mitglied der Schwerbehindertenvertretung für die Teilnahme an einer Grundschulung unter Fortzahlung der Vergütung freistellen muss.

Arbeitgeber ist eine Universitätsklinik, bei der in der Regel mehr als 200 (im Jahresdurchschnitt 2012 genau 320) schwerbehinderte Menschen beschäftigt sind. Zum Vertrauensmann der Schwerbehinderten wurde K, zur 1. Stellvertreterin O und zur 2. Stellvertreterin die Beteiligte zu 3 gewählt.

Nach der durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemachten Behauptung der Schwerbehindertenvertretung (Antragsteller) wurden der Beteiligten zu 3 folgende Aufgaben übertragen:

- Teilnahme an BEM-Gesprächen,
- im Rahmen von Bewerbungsverfahren,
- Beratungen für schwerbehinderte Mitarbeiter.
- Ständige Hinzuziehung zur Teilnahme an der Arbeitsgruppe des Personalrats der Uniklinik zum Thema Vermietung von Zimmern und Wohnungen für die Beschäftigten der Anstalt öffentlichen Rechts und der Töchter. Dabei handelt es sich größtenteils um im Eigentum der Uniklinik stehende Personalunterkünfte, welche an die Beschäftigten weiter vermietet werden. Diese Treffen finden regelmäßig alle 1-3 Wochen statt.
- Zu Terminen, wenn der Vertrauensmann und seine 1. Stellvertreterin zeitgleich Termine der Schwerbehindertenvertretung wahrzunehmen haben bzw. Aufgaben aus ihrem Beschäftigungsverhältnis zu erfüllen haben,
- Beratung für die Schwerbehindertenvertretung in Fällen längerer Abwesenheit des Vertrauensmann oder der 1. Stellvertreterin,
- Beratung der fast 400 schwerbehinderten Mitarbeiter bei Maßnahmen zur Sicherung des Arbeitsplatzes,
- Heranziehung zur Beratung der Beschäftigten mit Handicap bei Fragen zu deren Situation am Arbeitsplatz,
- Heranziehung zur Umsetzung der Integrationsvereinbarung.

Im Anhörungstermin vor dem Arbeitsgericht hat der Vertrauensmann seine eidesstattliche Versicherung dahingehend präzisiert, dass der Bet. zu 3 nach Durchführung der Schulung noch als ständige Aufgabe die Beratung der fast 400 schwerbehinderten Mitarbeiter bei Maßnahmen zur Sicherung des Arbeitsplatzes, die Beratung der Beschäftigten mit Handicap bei Fragen zu deren Situation am Arbeitsplatz und bei der Umsetzung der Integrationsvereinbarung übertragen werden sollen.

Die Beteiligte zu 3 nahm im Februar 2011 bereits an dem 1. Baustein der Grundschulung „XY I“ teil. Sie beabsichtigte dann in der Zeit vom 25. bis 30. September

2011 an der (Folge-) Grundschulung XY II teilzunehmen und erwirkte insoweit, nachdem der Arbeitgeber der Schulungsteilnahme widersprach, im Wege eines einstweiligen Verfügungsverfahrens vor dem Arbeitsgericht Frankfurt am Main (24 BVGa 775/11) die Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung zu dieser Veranstaltung. Gegen diese Entscheidung legte der Arbeitgeber Beschwerde ein. Zu einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts kam es nicht, da die Beteiligte zu 3 wegen Krankheit an der Schulungsveranstaltung nicht teilnehmen konnte.

Nach ihrer Wiedergenesung begehrt die Schwerbehindertenvertretung die Freistellung der Beteiligten zu 3 unter Fortzahlung der Vergütung zu der Schulungsveranstaltung „XY-SBV II“ in der Zeit vom 8. April 2013 bis 12. April 2013 in M, veranstaltet durch den Schulungsträger V. Seminarinhalte sind:

- Situation schwerbehinderter Menschen in der Arbeitswelt,
- Maßnahmen zur Sicherung des Arbeitsplatzes,
- Beschäftigungs- und Prüfpflicht des Arbeitgebers,
- behindertengerechte Arbeitsplatzgestaltung, Maßnahmen, Hilfen und Leistungen,
- vom Einzelfallmanagement zur Integrationsvereinbarung.

Die Seminargebühren betragen 710 € zuzüglich Mehrwertsteuer. Hinzu kommen die Kosten der Tagungsstätte von ca. 483 € inklusive Mehrwertsteuer.

Der Veranstalter bietet ein inhaltsgleiches Seminar neunmal jährlich an, u.a. im näher gelegenen G (Hessen).

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2012 lehnte der Arbeitgeber die Genehmigung und Finanzierung von Schulungsmaßnahmen für die Beteiligte zu 3 ab.

Mit ihrem am 18. Februar 2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung hat die Schwerbehindertenvertretung die Freistellung der Beteiligten zu 3 unter Fortzahlung der Vergütung für die Schulungsveranstaltung gerichtlich geltend gemacht. (...) Das Arbeitsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. (...) Die Schwerbehindertenvertretung hat dagegen mit einem am 28. März 2013 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt und diese zugleich begründet. (...)

Aus den Gründen

1. (...) 2. Die Beschwerde ist begründet. Das Arbeitsgericht hat den Antrag der Schwerbehindertenvertretung zu Unrecht zurückgewiesen.

a) Der erforderliche Verfügungsgrund liegt vor, § 85 Abs. 2 ArbGG i.V.m. §§ 935, 940 ZPO.

Auf die Freistellung für Schulungen von Schwerbehindertenvertretern nach § 96 Abs. 4 SGB IX gerichtete einstweilige Verfügungen sind zulässig, weil gemäß §§ 85 Abs. 2 ArbGG, 935, 940 ZPO auch im Beschlussverfahren dem Verfassungsgebot eines effektiven Rechtsschutzes mit der Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung Rechnung zu tragen ist. Eine Befriedigungsverfügung ist trotz ihrer nicht nur sichernden, sondern befriedigenden Wirkung und der damit verbundenen Vorwegnahme der Entscheidung im Hauptsacheverfahren ausnahmsweise zulässig, wenn sie zur Erfüllung des rechtsstaatlichen Justizgewährungsanspruchs auf effektiven Rechtsschutz erforderlich ist. Entscheidend für die Zulässigkeit einer Befriedigungsverfügung ist in den Fällen der Dringlichkeit wegen der Gefahr eines irreversiblen Rechtsverlust eine Abwägung der Interessen der Beteiligten im jeweils gegebenen Einzelfall. Das Interesse der Schwerbehindertenvertretung an einer Befriedigungsverfügung ist darin zu sehen, dass die Schulung zeitnah und nicht erst nach Durchführung eines Hauptsacheverfahrens in vielleicht 12 oder 18 Monaten stattfindet. Das zur Schulung entsandte Mitglied läuft Gefahr für die Dauer der Schulung keine Vergütung zu erhalten und die Kosten für Unterbringung und Fahrt selbst tragen zu müssen. Demgegenüber liegt das Interesse des Arbeitgebers darin, dass nicht im Eilverfahren ohne hinreichend sichere Feststellung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Schulung endgültige und irreparable Zustände geschaffen werden. Diesem Interesse lässt sich beispielsweise dadurch Rechnung tragen, dass der Arbeitgeber im Rahmen eines Anhörungstermins ausreichend Gelegenheit erhält, seinen Standpunkt darzustellen. Ferner hat die Schwerbehindertenvertretung ihre tatsächlichen Behauptungen durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft zu machen. Im Hinblick auf die bereits am 8. April 2013 beginnende Schulungsveranstaltung ist die Entscheidung eilbedürftig. Dem steht nicht entgegen, dass von demselben Veranstalter mehrmals jährlich an verschiedenen Orten inhaltsgleiche Schulungsveranstaltungen angeboten werden. Wenn bereits damit die Eilbedürftigkeit verneint werden könnte, ließe sich bei jeder Schulungsveranstaltung einwenden, der Teilnehmer möge doch an der nächsten Veranstaltung teilnehmen. So würde der Schulungsanspruch letztlich vereitelt.

Die Eilbedürftigkeit lässt sich entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts auch nicht deshalb verneinen, weil der Streit darüber, ob das 2. stellvertretende Mitglied der Schwerbehindertenvertretung einen Schulungsanspruch hat, zwischen den Beteiligten bereits seit 2011 bestand, ohne dass die Schwerbehindertenvertretung losgelöst vom konkreten Fall eine gerichtliche Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren angestrebt hätte. Ein derartiger Antrag wäre

unzulässig gewesen. Auch im Beschlussverfahren muss der Antrag hinreichend bestimmt sein, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 46 Abs. 2, § 80 Abs. 2 ArbGG. Ohne Konkretisierung von Zeitpunkt und Ort der Schulung kann nicht abschließend beurteilt werden, ob der Antrag begründet ist. Zeitpunkt und Ort der Schulung sind vielmehr neben ihrem Inhalt für die Frage von Bedeutung, ob das Gremium die Schulung für erforderlich halten darf.

Diesen zwingenden Anforderungen an die Bestimmtheit genügt ein Antrag, der sich darauf beschränkt, die Berechtigung des 2. stellvertretenden Mitglieds der Schwerbehindertenvertretung zur Teilnahme an Schulungen festzustellen, nicht.

b) Der Verfügungsanspruch ergibt sich aus § 96 Abs. 4 S. 4 Nr. 1 i.V.m. § 95 Abs. 1 Satz 4 SGB IX.

Dies ergibt eine Auslegung dieser Vorschriften. § 96 Abs. 4 Satz 4 SGB IX gilt nach seinem Wortlaut für das mit der höchsten Stimmenzahl gewählte stellvertretende Mitglied. Dies schließt eine Anwendung der Norm auf das mit der zweithöchsten Stimmenzahl ge-

Die Eilbedürftigkeit ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Veranstalter mehrmals jährlich an verschiedenen Orten inhaltsgleiche Schulungen anbietet.

wählte stellvertretende Mitglied nicht ausdrücklich aus. Die entgegenstehende Auffassung von Hohmann, der meint § 96 Abs. 4 Satz 4 SGB IX beschränke den Anspruch ausdrücklich auf das stellvertretende Mitglied der Schwerbehindertenvertretung mit der höchsten Stimmenzahl, trifft nicht zu. Die Vorschrift nennt zwar ausdrücklich nur das stellvertretende Mitglied der Schwerbehindertenvertretung mit der höchsten Stimmenzahl. Einen Ausschluss des Anspruchs auf Schulungsteilnahme für das weitere stellvertretende Mitglied mit der nächsthöchsten Stimmenzahl im Sinne von § 95 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 2 SGB IX enthält § 96 Abs. 4 Satz 4 jedoch nicht.

Vielmehr spricht der systematische Zusammenhang zu § 95 Abs. 1 Satz 4 SGB IX, der sich aus der Verweisung in § 96 Abs. 4 Satz 4 Nr. 1 SGB IX ergibt, dafür dass auch dem mit der nächsthöchsten Stimmenzahl gewählten weiteren stellvertretenden Mitglied ein Anspruch auf Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen zusteht, wenn es zu bestimmten Aufgaben herangezogen wird.

Entscheidend ergibt sich dies aus dem Sinn und Zweck der Norm. Die Heranziehung des mit der nächsthöchsten Stimmenzahl gewählten weiteren stellvertreten-

den Mitglieds nach § 95 Abs. 1 Satz 4 SGB IX kann nur dann erfolgreich im Sinne einer Wahrnehmung der Interessen der Schwerbehinderten sein, wenn auch dieses Mitglied zuvor entsprechend geschult wurde. Ohne die erforderlichen Grundkenntnisse ist die Übernahme von Aufgaben einer Schwerbehindertenvertretung nicht möglich. Wenn daher § 95 Abs. 1 Satz 4 SGB IX die Heranziehung des mit der nächsthöchsten Stimmenzahl gewählten weiteren stellvertretenden Mitglieds vorsieht, muss dieses einen Anspruch auf Schulungsteilnahme haben. (...)

Die bei dem Arbeitgeber gebildete Schwerbehindertenvertretung, die mehr als 200 schwerbehinderte Menschen repräsentiert, hat das mit der nächsthöchsten Stimmenzahl gewählte weitere stellvertretende Mitglied nach § 95 SGB IX ständig herangezogen. Dies ist durch die eidesstattliche Versicherung des Schwerbehindertenvertreters glaubhaft gemacht. Danach wurden der Beteiligten zu 3 unter anderem die Teilnahme an BEM (betriebliches Eingliederungsmanagement)-Gesprächen sowie Aufgaben im Rahmen von Bewerbungsverfahren und Beratungen für schwerbehinderte Mitarbeiter übertragen. Im Rahmen der Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht hat der Schwerbehindertenvertrauensmann klargestellt, dass die Arbeit derart aufgeteilt ist, dass er, der hauptberuflich im Verwaltungsbereich arbeitet, Gespräche führt, die Mitarbeiter in der Verwaltung betreffen, die 1. Stellvertreterin, die hauptberuflich Krankenschwester ist, Gespräche führt, die Mitarbeiter aus diesem Bereich betreffen, und die 2. Stellvertreterin, die med.-technische Assistentin ist, Gespräche führt, die Arbeitnehmer aus diesem Bereich betreffen. Die Beschwerdekammer hält dies für eine sachgerechte Aufteilung. Hierdurch

ist sichergestellt, dass das betreffende Mitglied der Schwerbehindertenvertretung eine eigene Kenntnis der spezifischen Belastungen an dem Arbeitsplatz, auf dem die betreffende Person beschäftigt wird, hat. Ob bzw. in welchem Umfang die 2. Stellvertreterin in der Vergangenheit tatsächlich Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung wahrgenommen hat, bedarf keiner Entscheidung. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, ist es nicht zu beanstanden, wenn mit der Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben so lange zugewartet wird, bis die erforderlichen Grundschulungen von ihr besucht wurden.

Da es hier um eine Grundschulung geht, die die 2. Stellvertreterin erst in die Lage versetzen soll, die ihr übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß wahrzunehmen, sind an die Darlegung der Erforderlichkeit der Kenntnisse keine weiteren Anforderungen zu stellen.

Der Erforderlichkeit der Teilnahme an der Schulungsmaßnahme steht nicht entgegen, dass derselbe Veranstalter eine inhaltsgleiche Veranstaltung auch in G (Hessen) anbietet, während sich die Schwerbehindertenvertretung hier für eine Veranstaltung in M (Baden-Württemberg) entschieden hat. Wie weit diese beiden Orte von Frankfurt am Main entfernt liegen, wird von den Beteiligten nicht vorgetragen. Es ist daher nicht erkennbar, um wie viel höhere Fahrtkosten nach M im Vergleich zu G anfallen. Letztlich misst die Beschwerdekammer diesem Aspekt im Hinblick auf die entstehenden Gesamtkosten (Teilnehmergebühr, Unterbringung sowie Fortzahlung der Vergütung) keine entscheidende Bedeutung zu.



[Download Vollversion](#)

Rechtsprechung in Leitsätzen

Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung

Einrichtung einer Einigungsstelle/Zuständigkeit des Betriebsrats beim betrieblichen Eingliederungsmanagement

Bei einem Streit über die Einsetzung einer Einigungsstelle sind selbst dann keine weiteren betriebsverfassungsrechtlichen Gremien zu beteiligen, wenn die Zuständigkeit des die Einsetzung der Einigungsstelle beantragenden Betriebsrats zweifelhaft ist und auch der Konzernbetriebsrat zuständig sein könnte.

Vielmehr bleibt es dabei, dass nur die unmittelbar streitenden Betriebspartner zu beteiligen sind.

Es ist nicht offensichtlich ausgeschlossen, dass einem Betriebsrat im Rahmen der Ausgestaltung des

betrieblichen Eingliederungsmanagements ein Mitbestimmungsrecht zustehen kann.

LAG Düsseldorf, Beschluss v. 4.2.2013

– 9 TaBV 129/12 –

Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Entscheidung über die Bewerbung der Vertrauensperson der Schwerbehinderten

Bei der Entscheidung über die Bewerbung auch von schwerbehinderten Menschen ist die Schwerbehindertenvertretung selbst dann zu beteiligen, wenn die Vertrauensperson der Schwerbehinderten ebenfalls zu den Bewerbern gehört. (...)

(Auszug Pressemitteilung BAG Nr. 50/2013)

BAG, Urteil v. 22.8.2013

– 8 AZR 574/12 –

Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats wegen unterlassener Anhörung der Schwerbehindertenvertretung

Der Betriebsrat kann einer personellen Maßnahme gestützt auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG die Zustimmung verweigern, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt.

Der mit § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, die Schwerbehindertenvertretung bei Entscheidungen über solche Maßnahmen einzubeziehen, die einen schwerbehinderten Arbeitnehmer betreffen, kann nur dadurch erreicht werden, dass die Durchführung der Maßnahme unterbleibt, solange die Schwerbehindertenvertretung nicht angehört worden ist.

(Orientierungssätze)

LAG Mainz, Beschluss v. 5.10.2011

– 8 TaBV 9/11 –

Rechtsstellung der Schwerbehindertenvertretung

Anspruch der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen auf vollumfängliche Freistellung/ Auslegung des Beschäftigtenbegriffs nach § 96 Abs. 4 Satz 2 SGB IX

Werden schwerbehinderte Menschen nach § 44g SGB II einer gemeinsamen Einrichtung zugewiesen, so sind sie i.S.d. § 96 Abs. 4 Satz 2 SGB IX nicht mehr in der entscheidenden Dienststelle beschäftigt.

Beschäftigte in Altersteilzeit im Blockmodell scheiden mit dem Ende der aktiven Phase aus der Arbeitsorganisation aus und sind dann nicht mehr i.S.d. § 96 Abs. 4 Satz 2 SGB IX in dem Betrieb oder in der Dienststelle beschäftigt.

LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 26.6.2013

– 4 TaBV 664/13 – (n.rkr.)

Deputatsminderung wegen Schwerbehinderung neben Personalratstätigkeit/Relevanz der tatsächlichen (Nicht-)Befristung von Arbeitsverträgen

Die Deputatsminderung wegen Schwerbehinderung ist in Höhe von einer Lehrveranstaltungsstunde anzuerkennen, auch wenn eine Deputatsminderung von 50 % wegen Personalratstätigkeit hinzukommt.

Dass unter den befristet tätigen wissenschaftlichen Mitarbeitern solche vorhanden sind, bei denen die Befristung zum Berechnungstichtag in Wegfall getreten ist, ist unerheblich, da bei der Ermittlung des Lehrangebots nicht von der tatsächlichen Zahl der Lehrpersonen und ihrer jeweiligen individuellen Lehrverpflichtung auszugehen ist, sondern von der Anzahl der der Lehrereinheit zugewiesenen Stellen und den hierauf entfallenden Regellehrverpflichtungen.

(Orientierungssätze)

OVG Sachsen, Beschluss v. 20.6.2013

– NC 2 B 468/12

Wahl der Schwerbehindertenvertretung

Unterrichtungspflicht ausländischer Arbeitnehmer ohne hinreichende Deutschkenntnisse bei der Wahl der Schwerbehindertenvertretung

Bei der Beurteilung der Frage, ob die im Betrieb beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer der deutschen Sprache im Sinne von § 2 Abs. 5 SchwbWO mächtig sind, ist im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift, ausländischen Arbeitnehmern die wesentlichen Grundsätze über die durchzuführende Wahl zu vermitteln, um ihnen in gleicher Weise wie deutschen Arbeitnehmern die Wahrnehmung ihres aktiven und passiven Wahlrechts zu ermöglichen, nicht lediglich darauf abzustellen, ob sie sich bei der täglichen Arbeit hinreichend verständigen können. Entscheidend ist vielmehr, ob ihre Deutschkenntnisse ausreichen, um die zum Teil komplizierten Wahlvorschriften und den Inhalt eines Wahlausschreibens verstehen zu können.

Im Zweifelsfall muss der Wahlvorstand von unzureichenden deutschen Sprachkenntnissen ausgehen. Das gilt jedenfalls dann, wenn im Betrieb eine größere Anzahl ausländischer Arbeitnehmer im gewerblichen Bereich mit einfachen Hilfsarbeiten beschäftigt ist, da zur Erledigung dieser Tätigkeiten in der Regel nur geringe Deutschkenntnisse erforderlich sind.

(Orientierungssätze)

LAG Köln, Beschluss v. 8.3.2012 – 13 TaBV 82/11 –

Arbeitsrecht

Sozialauswahl bei Umsetzung/Zumutbarkeit des Ortswechsels

Ist bei Umsetzungen zwischen mehreren Beschäftigten eine Sozialauswahl vorzunehmen, gelten die für Kündigungen nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG entwickelten Grundsätze nicht. Es geht um die Zumutbarkeit eines Ortswechsels und nicht um die Frage der Auswahl zu kündigender Arbeitnehmer.

OVG Bremen, Beschluss v. 15.7.2013 – 2 B 101/13 –

Voraussetzungen der Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens wegen behaupteten Fehlens der gesundheitlichen Eignung

Erklärt der Betriebsarzt den Einsatz eines mit Medikamenten zur Herabsetzung der Immunreaktion (Immunsuppressiva) behandelten Arbeitnehmers in der Versandabteilung eines medizinischen Labors in Kenntnis des Krankheitsbildes für unbedenklich, so ist dem auf Feststellung des Gegenteils gerichteten Antrag des Arbeitgebers auf Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens nur zu entsprechen, wenn sich seinem Vortrag die Behauptung entnehmen lässt, nach dem konkreten Gesundheitszustand des Arbeitnehmers müsse jedwedes Risiko eines infektiösen Kontakts wegen der zu erwartenden schweren gesundheitlichen Folgen vermieden werden. Bieten weder die gerichtlich eingeholten Arztauskünft-

te noch die Lebensverhältnisse des Arbeitnehmers und der langjährige Verlauf des Arbeitsverhältnisses einen Anhalt für ein derartiges Krankheitsbild, liefe die Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinaus.

LAG Hamm, Urteil v. 14.3.2013
– 8 Sa 1510/12 –

Verbot der Benachteiligung wegen Schwerbehinderung

Feststellung der gesundheitlichen Eignung eines behinderten Beamtenbewerbers

Bei der Feststellung der gesundheitlichen Eignung von Beamtenbewerbern steht dem Dienstherrn kein Beurteilungsspielraum zu.

Ein Beamtenbewerber ist gesundheitlich nicht geeignet, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Eintritt einer Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze auszugehen ist (Änderung der Rechtsprechung).

BVerwG, Urteil v. 25.7.2013 – 2 C 12.11 –

Keine fehlerhafte dienstliche Beurteilung trotz Nichtberücksichtigung der Schwerbehinderung aufgrund fehlender Kenntnis

Hatte der Dienstherr im Beurteilungsverfahren keine Kenntnis von den behinderungsbedingten Einschränkungen eines zu beurteilenden Beamten, führt die unzureichende Berücksichtigung dieser Einschränkungen nicht zur Fehlerhaftigkeit der Beurteilung.

(Auszug aus den Leitsätzen)

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 9.9.2013
– 6 A 223/13 –

Diskriminierungsfreier Zugang eines behinderten Lehrers zum Beamtenverhältnis

Nach den Art. 21 und Art. 26 EUGrdRCh, Art. 5 EGRL 78/2000, rt. 3 Abs. 3 Satz 2 GG sowie §§ 7, 8, 24 AGG iVm § 9 BeamtStG, § 8 BG HE ist ein diskriminierungsfreier Zustand nicht bereits dann hergestellt, wenn ein behinderter Mensch in irgendeiner Weise eine Tätigkeit ausüben kann, die regelmäßig im Beamtenverhältnis ausgeübt wird (hier Lehrer im Angestelltenverhältnis); vielmehr müssen Gesetzgeber und Dienstherr die Voraussetzungen zum Zugang zum Beamtenverhältnis in einer Weise modifizieren, dass ein diskriminierungsfreier Zugang zur Ausübung der Tätigkeit gerade im Beamtenverhältnis ermöglicht wird.

Im Rahmen des § 2 Abs. 3 SGB IX ist auch auf die rechtlich-funktionalen Qualitäten des Arbeitsplatzes, abzustellen.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung einer Gleichstellung ist wegen der Rückwirkung zum Antragszeitpunkt und des Charakters der Prognoseentscheidung in erster Linie der Zeitpunkt der Antragstellung. Allerdings müssen aufgrund der Schutzrichtung

und des Zweckes der Regelung des § 2 Abs. 3 SGB IX alle wesentlichen Änderungen der Sach- und Rechtslage bis zur letzten mündlichen Verhandlung Berücksichtigung finden.

(Orientierungssätze)

LSG Hessen, Urteil v. 19.6.2013
– L 6 AL 116/12

Diskriminierung eines schwerbehinderten Bewerbers durch Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch

Unterlässt es der öffentliche Arbeitgeber entgegen § 82 Satz 2 SGB IX, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, so ist dies eine nach § 22 AGG geeignete Hilfsstatsache, die für das Vorliegen einer diskriminierenden Benachteiligung spricht.

Für den nach § 22 AGG möglichen Nachweis, dass für die Nichteinladung eines Bewerbers entgegen § 82 Satz 2 SGB IX ausschließlich andere Gründe als die Behinderung erheblich waren, können nur solche Gründe herangezogen werden, die nicht die fachliche Eignung betreffen. Insoweit enthält § 82 Satz 2 SGB IX mit dem Erfordernis der „offensichtlichen Nichteignung“ eine abschließende Regelung.

Der öffentliche Arbeitgeber muss jeden einzelnen, nicht offensichtlich ungeeigneten schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Wenn er die behinderten Bewerber nur überproportional im Verhältnis zur Gesamtzahl der Bewerber einlädt, vermag dies die Vermutungswirkung iSd. § 22 AGG nicht zu widerlegen. Die Indizwirkung wird durch die Schlechterstellung des Einzelnen ausgelöst und nicht dadurch aufgehoben, dass ansonsten im Bewerbungsverfahren schwerbehinderte Bewerber als Gruppe nicht nachteilig behandelt wurden.

Für die durch den Gesetzesverstoß ausgelöste Vermutungswirkung ist es unerheblich, wenn sich der öffentliche Arbeitgeber im Übrigen gesetzeskonform verhalten hat, z.B. die Schwerbehindertenvertretung regelrecht beteiligt oder die gesetzlich vorgesehene Mindestbeschäftigungsquote schwerbehinderter Arbeitnehmer eingehalten hat.

(Orientierungssätze der

Richterinnen und Richter des BAG)

BAG, Urteil v. 24.1.2013 – 8 AZR 100/12 –

Benachteiligung von schwerbehinderten Menschen bei Sozialplan

Eine auf dem Merkmal der Behinderung beruhende mittelbare Benachteiligung i.S.d. §§ 1, 3 Abs. 2, § 7 Abs. 1 AGG liegt nicht vor, wenn sich die Höhe der Sozialplanabfindung für rentennahe Arbeitnehmer nach der Bezugsmöglichkeit einer vorgezogenen Altersrente wegen Arbeitslosigkeit richtet und schwerbehinderte Arbeitnehmer die gleich Sozialplanabfindung erhalten wie nicht behinderte Arbeitnehmer.

(Orientierungssätze der

Richterinnen und Richter des BAG)

BAG, Urteil v. 23.4.2013 – 1 AZR 916/11 –

Ausstattung des Arbeitsplatzes bei erheblicher Gefährdung der Erwerbsfähigkeit

Eine erhebliche Gefährdung der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 10 SGB VI liegt vor, wenn nach ärztlicher Feststellung wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen und Funktionseinschränkungen in absehbarer Zeit, das heißt unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 102 Abs. 2 Satz 2 SGB VI innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren, damit zu rechnen ist, dass ohne Leistungen zur Teilhabe eine Minderung der Erwerbsfähigkeit eintritt. Ob dieses vorliegt, ist vom Gericht im sozialgerichtlichen Verfahren gemäß der Sach- und Rechtslage am Tag der mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Ist an diesem Tag sicher absehbar, dass der Versicherte in einem kürzeren Zeitraum als drei Jahren aus dem aktiven Erwerbsleben ausscheidet (hier: früherer Beginn der Ruhephase der Altersteilzeit) verkürzt sich der vorgenannte Zeitraum für die Bewertung der erheblichen Gefährdung der Erwerbsfähigkeit entsprechend.

Bei Eintritt in die so genannte „Ruhephase“ einer Altersteilzeit kann mangels Fortbestehens der durch die Arbeitsleistung bestehenden Belastung per se eine Erwerbsgefährdung nicht mehr vorliegen.

Es ist nicht die Aufgabe der Rentenversicherung, eine mangelnde Grundausstattung des Arbeitsplatzes durch den Arbeitgeber auszugleichen. Dies auch dann, wenn ein Versicherter mangels anderer Einsatzmöglichkeiten an einem Arbeitsplatz eingesetzt wird, der auch für gesunde Arbeitnehmer aus sich heraus gesundheitsgefährdend wäre.

SG Frankfurt (Oder), Urteil v. 12.6.2013
– S 29 R 303/12 –

Kündigungsrecht

Kündigung wegen krankheits-/behinderungsbedingter Fehlzeiten/Fehlen von Vorkehrungsmaßnahmen des Arbeitgebers

Der Begriff „Behinderung“ i.S.d. Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass er einen Zustand einschließt, der durch eine ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird, wenn diese Krankheit eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist. Für die Frage, ob der Gesundheitszustand einer Person unter diesen Begriff fällt, kommt es nicht auf die Art der Maßnahmen an, die der Arbeitgeber ergreifen muss.

Art. 5 der Richtlinie 2000/78/ ist dahin auszulegen, dass die Verkürzung der Arbeitszeit eine der in dieser Vorschrift genannten Vorkehrungsmaßnahmen darstellen kann. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob unter den Umständen der Ausgangsverfahren die Verkürzung der Arbeitszeit als Vorkehrungsmaßnahme eine unverhältnismäßige Belastung des Arbeitgebers darstellt.

Die Richtlinie 2000/78 ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Bestimmung, nach der ein Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag mit einer verkürzten Kündigungsfrist beenden kann, wenn der betroffene behinderte Arbeitnehmer innerhalb der letzten zwölf Monate krankheitsbedingt 120 Tage mit Entgeltfortzahlung abwesend war, entgegensteht, wenn diese Fehlzeiten darauf zurückzuführen sind, dass der Arbeitgeber nicht gem. der Verpflichtung nach Art. 5 dieser Richtlinie, angemessene Vorkehrungen zu treffen, die geeigneten Maßnahmen ergriffen hat.

Die Richtlinie 2000/78 ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Bestimmung, nach der ein Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag mit einer verkürzten Kündigungsfrist beenden kann, wenn der betroffene behinderte Arbeitnehmer innerhalb der letzten zwölf Monate krankheitsbedingt 120 Tage mit Entgeltfortzahlung abwesend war, entgegensteht, wenn diese Fehlzeiten auf seine Behinderung zurückzuführen sind, es sei denn, diese Bestimmung verfolgt ein rechtmäßiges Ziel und geht nicht über das zu dessen Erreichung Erforderliche hinaus, was zu prüfen Sache des vorliegenden Gerichts ist.

EuGH, Urteil v. 14.4.2013 – C 335/11, C 337/11 –

Unzulässige Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen aufgrund arbeitsrechtlicher Zulässigkeit der beabsichtigten Kündigung

Stützt die Behörde ihre Entscheidung über die Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen nach §§ 85 ff. SGB IX – jedenfalls auch – auf die arbeitsrechtliche Zulässigkeit der beabsichtigten Kündigung, ist dies ermessensfehlerhaft, weil diese Frage für die ihr überantwortete Interessenabwägung keine maßgebliche Rolle spielen darf.

Wird die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf Gründe gestützt, die in der Behinderung selbst ihre Ursache haben, und sind deshalb besonders hohe Anforderungen an die Zumutbarkeit für den Arbeitgeber zu stellen, muss die Behörde bei prognostizierten krankheitsbedingten Fehlzeiten darlegen, in welchem Umfang sie diese erwartet und warum diese für den Arbeitgeber nicht mehr zumutbar sind. Der Verweis auf eine Entgeltfortzahlungspflicht von mehr als sechs Wochen genügt insoweit nicht.

VG Düsseldorf, Urteil v. 4.5.2012
– 13 K 6422/11 –

Informationsrechte der Schwerbehindertenvertretung

Christoph Beyer, Lohmar*

I. Einleitung

Die Schwerbehindertenvertretung arbeitet gemäß § 99 Abs. 1 Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch (SGB IX) mit dem Arbeitgeber, seinem Beauftragten sowie dem Betriebs- bzw. Personalrat eng zusammen. Eine solche vom Gesetzgeber vorausgesetzte Zusammenarbeit ist ohne eine umfassende Information der Schwerbehindertenvertretung nicht möglich. Dementsprechend regelt die Generalnorm des § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, dass der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe betreffen, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören hat; die getroffene Entscheidung hat er ihr unverzüglich mitzuteilen. Liest man dies, müsste eigentlich (fast) alles klar sein.

Dass dem nicht so ist, vermag jeden, der mit den Beteiligungsrechten von Interessenvertretungen befasst ist, nicht zu überraschen. Und die Fragestellungen ändern sich auch über einen größeren Zeitraum nicht. Bereits in der ersten Ausgabe der Zeitschrift „Der gute Wille“ aus dem Jahr 1965 finden sich u.a. folgende Fragen: „Soll der Arbeitgeber den Vertrauensmann der Schwerbeschädigten bei der Einstellung von Schwerbeschädigten beteiligen?“ sowie „Hat der Vertrauensmann einen Anspruch darauf, an den Sitzungen des Betriebsrats oder Personalrats teilzunehmen?“¹

Dieser Aufsatz versucht anhand aktueller gerichtlicher Entscheidungen aufzuzeigen, wie die Informationsrechte aktuell ausgestaltet sind. Zum Schluss unternimmt er einen kurzen Ausblick auf das, was sich vielleicht in der gerade begonnenen Wahlperiode des Deutschen Bundestages im Gesetzgebungswege ändern könnte.

II. § 95 Abs. 2 SGB IX

Für das Verständnis des § 95 Abs. 2 SGB IX ist es wesentlich zu berücksichtigen, dass die Schwerbehindertenvertretung nach §§ 94, 95 SGB IX ein eigenständi-

ges Organ der Dienststelle ist.² Außerdem steht fest, dass einer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 SGB IX durch den Arbeitgeber niemals Gründe des Datenschutzes entgegenstehen können.³ Weder Schwerbehindertenvertretung noch Betriebs-/Personalrat sind „Dritte“ im Sinne der Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes. Sie stehen nicht außerhalb der „speichernden Stelle“ im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG, also des Unternehmens, sondern sind selbst Teil dieser speichernden Stelle.⁴ Diese zutreffende Rechtsansicht hat nunmehr auch Eingang in die Rechtsprechung zum Informationsrecht der Interessenvertretungen im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB I gefunden.⁵

Das Bundesarbeitsgericht hat ein paar grundsätzliche Aussagen zum Informationsrecht der Schwerbehindertenvertretung getroffen. Nach seiner Auffassung verlangt § 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX vom Arbeitgeber, die Schwerbehindertenvertretung bei der Prüfung, ob freie Arbeitsplätze insbesondere mit arbeitslosen oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden können, nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zu beteiligen. Dies habe zur Folge, dass er im Rahmen der von § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX geforderten umfassenden Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung mitzuteilen habe, ob freie Arbeitsplätze i.S.d. § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX oder frei werdende und neu zu besetzende bzw. neue Arbeitsplätze, die er nach § 82 SGB IX der Arbeitsagentur melden muss, vorhanden sind. Seien der Schwerbehindertenvertretung freie, frei werdende und neue Arbeitsplätze nicht bekannt, könne sie insbesondere ihrer Aufgabe (§ 95 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB IX) zu überwachen, ob der Arbeitgeber seine gesetzlichen Verpflichtungen nach §§ 81, 82 SGB IX erfüllt, nicht nachkommen.⁶ Das Recht, vom Arbeitgeber eine bestimmte Maßnahme, insbesondere die Besetzung oder Nichtbesetzung einer freien Stelle mit einer bestimmten Person zu verlangen, räume das SGB IX der Schwerbehindertenver-

* Christoph Beyer, Landesverwaltungsleiter, Landschaftsverband Rheinland – Integrationsamt.

1 Die Zeitschrift „Der gute Wille“, Informationen für die Vertrauensmänner der Schwerbeschädigten und die Beauftragten der Arbeitgeber, erschien erstmals im Jahr 1965. Sie wurde von den Hauptfürsorgestellten der Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe unter Mitwirkung des Landesarbeitsamtes Nordrhein-Westfalen herausgegeben. Ihr Nachfolger ist die von der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellten herausgegebene Zeitschrift „ZB“, die viermal im Jahr erscheint.

2 BAG v. 15.2.2005 – 9 AZR 635/03, ZfPR *online* 9/2006, S. 5; daher kann mit der Informationserteilung an den Personalrat die dem Arbeitgeber nach § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX obliegende Unterrichtungspflicht gegenüber der Schwerbehindertenvertretung nicht erfüllt werden.

3 Hiermit korrespondiert die Strafvorschrift des § 155 Abs. 1 SGB IX.

4 BAG v. 11.11.1997 – 1 ABR 21/97, ZBVR 1998, 34.

5 BAG v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, ZfPR *online* 12/2012, S. 12 = ZBVR *online* 12/2012, S. 12; BVerwG v. 23.6.2010 – 6 P 8.09, ZfPR *online* 12/2010, S. 2 = ZBVR *online* 12/2010, S. 2, sowie v. 4.9.2012 – 6 P 5.11 ZfPR *online* 12/2012, S. 4 = ZBVR *online* 12/2012, S. 4.

6 BAG v. 15.8.2006 – 9 ABR 61/05, NZA 2007, 224.

tretung nicht ein. Ebenso wenig kenne das Gesetz ein Widerspruchsrecht der Schwerbehindertenvertretung gegen vom Arbeitgeber beabsichtigte Maßnahmen. Sie könne lediglich die Aussetzung der Durchführung oder Vollziehung einer ohne ihre Beteiligung getroffenen Entscheidung bis zur Nachholung der Beteiligung beantragen (§ 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX). Damit beschränke sich ihre Möglichkeit im Bereich des Stellenbesetzungsverfahrens durch den Arbeitgeber im Wesentlichen darauf, diesen durch Anregungen und Vorschläge, d.h. also argumentativ zu veranlassen, die Eingliederung schwerbehinderter Menschen zu fördern.⁷

Da die Schwerbehindertenvertretung im Gegensatz zu Personal- und Betriebsrat kein echtes Mitbestimmungsrecht hat, ist es umso wichtiger, dass sie umfassend über anstehende Maßnahmen im Betrieb oder in der Dienststelle informiert wird, damit sie für die ihr anvertrauten schwerbehinderten Kolleginnen und Kollegen⁸ argumentativ tätig werden kann.

III. Einstellungs- und Stellenbesetzungsverfahren

Die Informationsrechte der Schwerbehindertenvertretung bei Einstellungsverfahren richten sich vor allem nach dem bereits genannten § 81 Abs. 1 SGB IX.⁹ Über die Vermittlungsvorschläge der Bundesagentur für Arbeit und vorliegende Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung unmittelbar nach Eingang zu unterrichten (§ 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX). Bei der für den Arbeitgeber verpflichtenden Prüfung, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können, beteiligen die Arbeitgeber gemäß § 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX die Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 SGB IX. Alle Beteiligten sind vom Arbeitgeber gemäß § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten.¹⁰

Kommt der Arbeitgeber seiner Verpflichtung nicht nach, stellt dies eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 156 Abs. 1 Nr. 7 - 9 SGB IX), welche die Schwerbehindertenvertretung gegenüber der Bundesagentur für Arbeit (§ 156 Abs. 3 SGB IX) anzeigen kann. Sie kann eine Verletzung ihrer Rechte aus § 95 SGB IX auch im Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 3a Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) vor dem Arbeitsgericht geltend machen.¹¹ Beide Möglichkeiten sollten aber stets nur das letzte Mittel darstellen, da man auf diesem Weg erst einmal „sämtliche Türen zuschlägt“.

Viel wichtiger und bedeutsamer sind für den Arbeitgeber jedoch die rechtlichen Konsequenzen einer fehlerhaften Information bzw. Beteiligung, die sich aus § 81 Abs. 2 SGB IX in Verbindung mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ergeben. Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung (§ 22 AGG) ist schon dann anzunehmen, wenn die Schwerbehindertenvertretung entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX über die Bewerbung des schwerbehinderten Menschen nicht unmittelbar nach Eingang unterrichtet und bei der stets nach § 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX vorzunehmenden Prüfung, ob ein Arbeitsplatz mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann, nicht beteiligt worden ist. Die Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung lässt auf eine Benachteiligung wegen

Die Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung lässt auf eine Benachteiligung wegen der Behinderung schließen.

der Behinderung schließen.¹² Für die Annahme einer Benachteiligung wegen einer Behinderung genügt es außerdem, dass dieser Benachteiligungsgrund mitursächlich war. Der Arbeitgeber kann sich von einem Diskriminierungsvorwurf nur dann entlasten, wenn er nachweist, dass das verbotene Differenzierungsmerkmal auch als noch so untergeordneter Aspekt in

7 BAG v. 15.8.2006 – 9 ABR 61/05, NZA 2007, 224.

8 Dies betrifft jeweils auch die gemäß § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

9 Alle Bundesländer sowie der Bund haben darüber hinaus Richtlinien zum SGB IX erlassen. Für das Land NRW ist die Richtlinie in der jeweils aktuellen Fassung zu beziehen über www.im.nrw.de

10 Der Arbeitgeber muss einem schwerbehinderten Bewerber die Gründe für seine Ablehnung nur darlegen, wenn er seiner Pflicht zur Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen nicht hinreichend nachkommt, BAG v. 21.2.2013 – 8 AZR 180/12, in dieser Ausgabe: *ZfPR online* 12/2013, S. 14 = *ZBVR online* 12/2013, S. 14.

11 Voraussetzung hierfür ist aber stets ein Rechtsschutzinteresse. Dies verlangt, dass eine Wiederholungsgefahr besteht und die Schwerbehindertenvertretung den Arbeitgeber zuvor darauf hingewiesen hat, dass sie bei Nichtbefolgung die gerichtliche Durchsetzung anstreben wird. Dies ist auch für die Anwendung des § 96 Abs. 8 Satz 1 SGB IX bedeutsam.

12 BAG v. 15.2.2005 – 9 AZR 635/03, *ZfPR online* 9/2006, S. 5; zu dem im öffentlichen Dienst zusätzlich zu beachtenden § 82 SGB IX ist auf zuletzt BVerwG v. 15.12.2011 – 2 A 13.10, ZTR 2012, 227 = *LS ZfPR online* 7-8/2012, S. 20 – sowie auf BAG v. 21.7.2009 – 9 AZR 431/08, *ZfPR online* 12/2009, S. 8 = *ZBVR online* 12/2009, S. 8 – hinzuweisen.

einem Motivbündel überhaupt keine Rolle bei seiner Entscheidung gespielt hat.¹³

Eine für Betriebsräte und Schwerbehindertenvertretungen gemeinsam nutzbare, interessante Möglichkeit bietet in diesem Zusammenhang § 99 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu einer personellen Maßnahme verweigern, wenn § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX vom Arbeitgeber nicht beachtet wurden.¹⁴ Dies gilt auch für den Fall der Nichtbeachtung des § 95 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB IX.¹⁵

Die Schwerbehindertenvertretung hat das Recht, in die Bewerbungsunterlagen auch der nicht behinderten Bewerber Einblick zu nehmen und an den Vorstellungsgesprächen aller Bewerber teilzunehmen. Sie soll die Möglichkeit haben, durch einen Vergleich der Qualifikation die benachteiligungsfreie Stellenbesetzung zu überprüfen.¹⁶

Eine ungewöhnliche Konstellation ergibt sich, wenn die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen sowie ihr Stellvertreter ebenfalls zu den Bewerbern gehören. Auch hier ist die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen. Einen möglichen Interessenkonflikt zwischen den Bewerbern kann der jeweilige Bewerber verhindern, indem er nach § 81 Abs. 1 Satz 10 SGB IX die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung als seines direkten Konkurrenten um die zu besetzende Stelle ablehnt. Es obliegt nicht dem Arbeitgeber, von der gesetzlich vorgeschriebenen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung Abstand zu nehmen.¹⁷

Auch bei Auswahlentscheidungen im beamtenrechtlichen Beförderungsverfahren ist die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen. Die Entscheidung ist fehlerhaft, wenn die nach § 95 Abs. 2 SGB IX erforderliche Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nicht erfolgt ist. Der Dienstherr kann jedoch einen Zeitpunkt

wählen, bis zu dem die Beförderungsbewerber alle Tatsachen, die nur sie geltend machen können, vorzutragen haben. Verspätetes Vorbringen kann er unberücksichtigt lassen. Fehlt eine solche Bestimmung und beruft sich der Bewerber erstmals im Widerspruchsverfahren auf seine Schwerbehinderung, kann die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung im Widerspruchsverfahren vorgenommen werden.¹⁸ Zu berücksichtigen ist jedoch auch, dass die dienstliche Beurteilung von schwerbehinderten Beamten in Ermangelung einer Regelung mit unmittelbarer Rechtswirkung keine Entscheidung im Sinne des § 95 Abs. 2 SGB IX darstellt, bei der die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen ist.¹⁹ 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.²⁰

IV. Kündigungs- und Zuruhesetzungsverfahren

In Kündigungsverfahren ist die Schwerbehindertenvertretung selbstverständlich gemäß § 95 Abs. 2 SGB IX durch den Arbeitgeber zu informieren. Zusätzlich erfolgt noch eine Anhörung durch das zuständige Integrationsamt nach § 87 Abs. 2 SGB IX im Rahmen des Sonderkündigungsschutzes.

Gesondert zu betrachten ist das Informations- und Beteiligungsrecht bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit einem schwerbehinderten Menschen. Ein Aufhebungsvertrag ist keine „Entscheidung“ im Sinne von § 95 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 SGB IX. Der Vertragsschluss ist kein einseitiger Willensakt des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber ist daher nicht verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung vor dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages anzuhören. Er muss sie nur über den erfolgten Abschluss unverzüglich informieren.²¹

Eine Beteiligung des Integrationsamtes bei Zuruhesetzungsverfahren schwerbehinderter Beamter ist mit dem Wegfall des § 128 Abs. 2 SGB IX nicht mehr gegeben.²² Dies gilt ebenfalls für die Feststellung der Polizeidienstunfähigkeit eines schwerbehinderten Beamten.²³ Auch ist die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements gemäß § 84 Abs. 2

13 So bereits BAG v. 5.2.2004 – 8 AZR 112/03 NZA 2004, 540.

14 BAG v. 23.6.2010 – 7 ABR 3/09, ZfPR *online* 12/2010, S. 16 = ZBVR *online* 12/2010, S. 16 – sowie bereits BAG v. 14.11.1989 – 1 ABR 88/88, DB 1990, 636. Eine vergleichbare Regelung findet sich in den Personalvertretungsgesetzen des Bundes und der Länder nicht. Entscheidet sich der Arbeitgeber, eine freie Stelle durch Versetzung eines bereits beschäftigten Arbeitnehmers zu besetzen, kann der Betriebsrat seine Zustimmung zur Versetzung jedoch nicht mit der Begründung verweigern, der Arbeitgeber habe gegen seine Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX verstoßen, BAG v. 17.6.2008 – 1 ABR 20/07, ZfPR *online* 12/2008, S. 14 = ZBVR *online* 12/2008, S. 14.

15 LAG Rheinland-Pfalz v. 5.10.2011 – 8 TaBV 9/11, ZfPR *online* 12/2012, S. 23 = ZBVR *online* 12/2012, S. 23, vgl. hierzu Beyer in: jurisPR-ArbR 20/2012, Anm. 2.

16 BAG v. 15.2.2005 – 9 AZR 635/03, ZfPR *online* 9/2006, S. 5.

17 BAG v. 22.8.2013 – 8 AZR 574/12.

18 OVG Nordrhein-Westfalen v. 19.6.2007 – 6 B 383/07, ZfPR *online* 11/2007, S. 6 = ZBVR *online* 11/2007, S. 6.

19 OVG Nordrhein-Westfalen v. 4.1.2010 – 6 B 1482/09, ZBR 2010, 384.

20 OVG Nordrhein-Westfalen v. 4.1.2010 – 6 B 1482/09, ZBR 2010, 384.

21 BAG v. 14.3.2012 – 7 ABR 67/10, br 2012, 236 mit Anm. Beyer, ZfPR *online* 12/2012, S. 18 = ZBVR *online* 12/2012, S. 18.

22 Zur alten Rechtslage vgl. BVerwG v. 17.9.1981 – 2 C 4.79.

23 OVG Nordrhein-Westfalen v. 13.9.2012 – 1 A 644/12, Behindertenrecht 2013, 88.

SGB IX nicht formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines Bescheides, mit dem die Versetzung eines Beamten in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit verfügt wird.²⁴ Handelt es sich um einen schwerbehinderten Beamten, ist die Schwerbehindertenvertretung zwingend am BEM-Verfahren zu beteiligen. Festzuhalten bleibt daneben, dass die Anordnung der arbeitsärztlichen Untersuchung eines schwerbehinderten Beschäftigten eine Maßnahme im Sinne des § 95 Abs. 2 SGB IX darstellt.²⁵ Gleiches gilt auch für die Zurruhestellungsentscheidung. Die Schwerbehindertenvertretung ist unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor der Entscheidung anzuhören.²⁶

V. Abschluss und Ausblick

Informationsrechte der Schwerbehindertenvertretung bestehen nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber und seinem Beauftragten (§ 98 SGB IX), sondern auch gegenüber dem Personal- bzw. Betriebsrat. Ihre Beteiligungsrechte ergeben sich zuerst aus § 95 Abs. 4 SGB IX. Die Schwerbehindertenvertretung hat das Recht, an allen Sitzungen des Betriebs- oder Personalrats und deren Ausschüssen sowie des Arbeitsausschusses beratend teilzunehmen; sie kann beantragen, Angelegenheiten, die einzelne oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe betreffen, auf die Tagesordnung der nächsten Sitzung zu setzen. § 95 Abs. 4 Satz 2 SGB IX gibt ihr ein Aussetzungsrecht vergleichbar dem § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX. Außerdem wird sie zu Besprechungen nach § 74 Abs. 1 BetrVG sowie § 66 Abs. 1 BPersVG sowie den entsprechenden Vorschriften des sonstigen Personalvertretungsrechts zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebs- sowie Personalrat hinzugezogen (§ 95 Abs. 5 SGB IX). Das Teilnahme- bzw. Hinzuziehungsrecht beinhaltet, dass sie zu den Sitzungen eine Einladung mit Tagesordnung sowie nach der Sitzung ein vollständiges Protokoll über deren Verlauf in derselben

Form wie jedes Mitglied des Personal- oder Betriebsrates erhält. Nur so können ihre Informationsrechte auch gegenüber den anderen Interessenvertretungen gewahrt werden. Schließlich hat die Schwerbehindertenvertretung das Recht, an Betriebs- und Personalversammlungen in Betrieben und Dienststellen teilzunehmen, für die sie zuständig ist, und hat dort ein Rederecht (§ 95 Abs. 8 SGB IX).

Will man einen Ausblick wagen, ist eine Stärkung der Präventionsvorschriften und damit auch der Mitwirkungsmöglichkeiten und Informationsrechte der Schwerbehindertenvertretungen gemäß § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX im Interesse der (schwerbehinderten) Beschäftigten sicher wünschenswert. Gerade bei der Frage der behinderungs- bzw. leidensgerechten Gestaltung der Arbeitsplätze kann die Schwerbehindertenvertretung ihr Wissen und ihre Erfahrung einbringen. In diesen Zusammenhang fällt auch § 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG n. F., wonach sich eine mit der Arbeit verbundene Gefährdung auch ergeben kann durch psychische Belastungen bei der Arbeit. Erstrebenswert

Sowohl vor der Anordnung der arbeitsärztlichen Untersuchung als auch vor der Zurruhestellungsentscheidung ist die Schwerbehindertenvertretung zu unterrichten und anzuhören.

wäre vor diesem Hintergrund eine gesetzlich verankerte Zusammenarbeit mit dem Betriebsarzt und der Fachkraft für Arbeitssicherheit, wie sie § 9 Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG) bisher nur für den Betriebsrat vorsieht.

Der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD enthält diesbezüglich zwei Anknüpfungspunkte: Das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) soll gestärkt werden und verbindlicher werden.²⁷ Außerdem soll das Engagement der Schwerbehindertenvertretungen gestärkt werden.²⁸

24 BVerwG v. 4.9.2012 – 6 P 5.11, ZfPR *online* 12/2012, S. 4 = ZBVR *online* 12/2012, S. 4 – und OVG Nordrhein-Westfalen v. 21.5.2010 – 6 A 816/09, ZBR 2011, 58.

25 Zur Mitbestimmung des Personalrats vgl. BVerwG v. 5.11.2010 – 6 P 18.09, ZfPR *online* 2/2011, S. 5.

26 Vgl. BVerwG v. 6.3.2012 – 2 A 5.10, RiA 2012, 165, – mit ausführlichen Hinweisen des Senats, inwieweit dem Grundsatz „Weiterverwendung vor Versorgung“ vom Dienstherrn Rechnung zu tragen ist.

27 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages, Seite 70.

28 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages, Seite 110.

Aktuelle Rechtsprechung zum materiellen Schwerbehindertenrecht

Dr. Michael Kossens, Bremen*

Nach dem Motto „Dreimal ist Bremer Recht und viermal auch nicht schlecht“ gibt der Autor im vierten Jahr in Folge¹ einen Überblick über die wichtigsten Gerichtsentscheidungen zum materiellen Schwerbehindertenrecht der letzten zwölf Monate. Dieser Tradition der letzten drei Jahre folgend werden nachstehend die zentralen Gerichtsentscheidungen für den Zeitraum Oktober 2012 bis September 2013 in den wesentlichen Grundzügen dargestellt. Wie bereits in den Vorjahren befassen sich die Entscheidungen thematisch mehrheitlich mit dem Kündigungsschutz, der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen im Bewerbungsverfahren und mit dem betrieblichen Eingliederungsmanagement.

I. Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen

Nach § 2 Abs. 3 SGB IX sollen behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung (GdB) von weniger als 50, aber wenigstens 30 schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden. Voraussetzung für diese Gleichstellung ist, dass sie infolge der Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder behalten können. Die Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen nach § 2 Abs. 3 SGB IX zum Behalten eines Arbeitsplatzes erfordert eine Prognose, ob durch die Gleichstellung zumindest der Arbeitsplatz sicherer gemacht werden kann. Das ist bei tariflicher Unkündbarkeit nur aus besonderen Gründen der Fall.² Bei dieser Personengruppe können die allgemeinen Voraussetzungen der Gleichstellung wegen Arbeitsplatzgefährdung zwar vorliegen. Es bedarf aber einer besonderen Begründung, warum trotz Kündigungsschutzes der Arbeitsplatz nachvollziehbar unsicherer ist als bei nichtbehinderten Kolleginnen und Kollegen.³

Eine abstrakte Gefährdung des Arbeitsplatzes ist für eine Gleichstellung nach § 2 Abs. 3 SGB IX nicht ausreichend. Vielmehr müssen Tatsachen vorliegen, die den Rückschluss zulassen, dass der Arbeitsplatz wegen der Behinderung konkret gefährdet ist.⁴

* Ministerialrat Dr. Michael Kossens M.A. mult. ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen, u.a. zum Schwerbehindertenrecht, Arbeits- und Personalvertretungsrecht.

- 1 ZfPR *online* 12/2010, S. 26-29, ZfPR *online* 12/2011, S. 29-32, ZfPR *online* 2012, S. 27-30.
- 2 LAG Schleswig-Holstein v. 14.12.2012 – L 3 AL 36/11; BSG v. 1.3.2011 – B 7 AL 6/10 R.
- 3 LAG Schleswig-Holstein v. 14.12.2012 – L 3 AL 36/11.
- 4 LAG Schleswig-Holstein v. 14.12.2012 – L 3 AL 36/11; LSG Nordrhein-Westfalen v. 12.4.2010 – L 19 AL 51/09.

II. Bewerbungsverfahren

Nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX sind alle Beteiligten vom Arbeitgeber über die getroffene Auswahlentscheidung im Bewerbungsverfahren unter Darlegung der Gründe zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX ist nach aktueller Rechtsprechung nur auf Arbeitgeber anzuwenden, die die gesetzliche Beschäftigungsquote nicht erfüllen und nach § 81 Abs. 1 Satz 7 zu einem Einstellungsgespräch verpflichtet sind.⁵ Im Umkehrschluss heißt dies: Ein Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, die Beteiligten (hierzu gehört insbesondere der abgelehnte Bewerber) über die Gründe seiner Auswahlentscheidungen bei Bewerbungen zu unterrichten, wenn er die Beschäftigungsquote erfüllt. Beruft sich der abgelehnte Bewerber darauf, dass der Arbeitgeber gegen § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX verstoßen habe, gehört daher zu einem schlüssigen Vortrag die Darlegung, dass die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX nicht erfüllt wurde.⁶

Öffentliche Arbeitgeber haben nach § 82 Satz 2 SGB IX schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Legt ein Bewerber nur einen abgelaufenen Schwerbehindertenausweis vor, so verletzt ein öffentlicher Arbeitgeber § 82 Satz 2 SGB IX nicht, wenn er den Bewerber nicht zum Vorstellungsgespräch einlädt.⁷ Der Arbeitgeber darf in diesen Fällen von der Beendigung der Schwerbehinderteneigenschaft ausgehen und muss von sich aus keine Nachforschungen anstellen.⁸ Etwas anderes gilt, wenn der Bewerber darauf hingewiesen hat, dass bereits über die Verlängerung der Schwerbehinderteneigenschaft entschieden sei, diese aber noch im Ausweis nachgetragen werden müsse.

- 5 BAG v. 21.2.2013 – 8 AZR 180/12, ZfPR *online* 12/2013, S. 14 = ZBVR *online* 12/2013, S. 14 (in dieser Ausgabe); BAG v. 15.2.2005 – 9 AZR 635/03, ZfPR *online* 9/2006, S. 9; LAG Hessen v. 28.8.2009 – 19/3 Sa 340/08; LAG Köln v. 27.9.2011 – 11 Sa 525/10; ebenso: Diller, NZA 2007, 1321; Müller-Wenner/Winkler, SGB IX, Komm., § 81 Rn. 24; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, SGB IX, Komm., § 81 Rn. 8; offen gelassen: LAG Berlin-Brandenburg v. 20.12.2011 – 3 Sa 1505/11; a.A. LAG Hessen v. 28.8.2009 – 19/3 340/08; Düwell, in: LPK-SGB IX, Komm., § 81 Rn. 104, Großmann, in: GK-SGB IX, Komm., § 81 Rn. 178; Beyer, jurisPK-ArbR 25/2012, Anm. 3 mit überzeugenden, auf den Schutzzweck der Norm abstellenden Argumenten.
- 6 BAG v. 21.2.2013, a.a.O. (FN 5).
- 7 LAG Köln v. 2.11.2012 – 4 Sa 248/12.
- 8 LAG Köln v. 2.11.2012 – 4 Sa 248/12; ArbG Ulm v. 17.12.2009 – 5 Ca 316/09.

Unterlässt der Arbeitgeber es entgegen § 82 Satz 2 SGB IX, einen schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, ist dies nach ständiger Rechtsprechung eine Hilfstatsache, also eine Vermutung nach § 22 AGG, die für das Vorliegen einer diskriminierenden Benachteiligung des schwerbehinderten Bewerbers spricht.⁹ Für den nach § 22 AGG möglichen Nachweis, dass für die Nichteinladung eines Bewerbers entgegen § 82 Satz 2 SGB IX ausschließlich andere Gründe als die Behinderung erheblich waren, können nur solche Gründe herangezogen werden, die nicht die fachliche Eignung betreffen.¹⁰ Die Widerlegung der Verletzung von § 82 Satz 2 SGB IX setzt daher den Nachweis voraus, dass die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch aufgrund von Umständen unterblieben ist, die weder einen Bezug zur Behinderung aufweisen noch in der fachlichen Eignung des Bewerbers liegen. Nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 24. Januar 2013 muss der öffentliche Arbeitgeber alle nicht offensichtlich ungeeigneten

Der öffentliche Arbeitgeber muss alle nicht offensichtlich ungeeigneten schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch laden.

schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Eine Auswahl der schwerbehinderten Bewerber nach Leistungsgesichtspunkten für das Vorstellungsgespräch entspricht nicht dem Zweck des § 82 Satz 2 SGB IX. Durch die Vorschrift soll sichergestellt werden, dass sich der Arbeitgeber einen persönlichen Eindruck von dem Bewerber macht und nicht nur nach der Papierform entscheidet. Der Arbeitgeber verstößt also auch dann gegen § 82 Satz 2 SGB IX, wenn er zwar bezogen auf die Gesamtzahl der Bewerbungen überproportional viele schwerbehinderte Bewerber zum Vorstellungsgespräch einlädt, aber eben nicht alle.¹¹

III. Entscheidung des Integrationsamtes bei Kündigungen

Der Arbeitgeber muss vor der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers die Zustimmung des Integrationsamtes hierfür einholen. Über einen diesbezüglichen Antrag entscheidet das Integrationsamt nach pflichtgemäßem Ermessen. Bei der Ermessens-

entscheidung über die Erteilung der Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers hat das Integrationsamt die widerstreitenden Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes und die Interessen des Arbeitgebers an der Wahrung seiner Gestaltungsmöglichkeiten gegeneinander abzuwägen. Wird die Kündigung auf Gründe gestützt, die mit der Behinderung in Zusammenhang stehen, sind an die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses besonders hohe Anforderungen zu stellen. In Ausnahmefällen kann der Arbeitgeber danach verpflichtet sein, den schwerbehinderten Arbeitnehmer „durchzuschleppen“.¹²

Die Zustimmung des Integrationsamtes zur ordentlichen Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers verlangt, zuvor alle anderen Möglichkeiten für den Erhalt des Arbeitsplatzes zu untersuchen und auszuschöpfen. Bei einer in der Behinderung wurzelnden personenbedingten Minderleistung muss zugleich die Inanspruchnahme von Mitteln des Integrationsamtes bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden.¹³

Die vom Integrationsamt erteilte Zustimmung nach § 85 SGB IX bezieht sich ausschließlich auf die vom Arbeitgeber geltend gemachten Kündigungsgründe.¹⁴ Nur insoweit gewähren die Integrationsämter Kündigungsschutz, indem sie diese Kündigungsgründe mit den Schutzinteressen des schwerbehinderten Arbeitnehmers abwägen. Sollte sich in dem Kündigungsschutzprozess vor den Arbeitsgerichten ergeben, dass die tatsächlichen Gründe für die Kündigung andere sind als die vom Arbeitgeber zunächst angegebenen, fehlt es an der erforderlichen Zustimmung des Integrationsamtes und damit an einem konstitutiven Merkmal für die Wirksamkeit einer Kündigung.¹⁵

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich darüber hinaus mit einem Fall zu befassen, bei dem von einem Insolvenzverwalter vor Eintritt eines Betriebsübergangs die Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt beantragt wurde. Im konkreten Fall ist während des Insolvenzverfahrens der Betrieb veräußert worden. Erst nach diesem Betriebsübergang ging die Zustimmung des Integrationsamtes beim Insolvenzverwalter ein. Auf Basis dieser Zustimmung kündigte der Betriebserber das Arbeitsverhältnis mit dem betroffenen schwerbehinderten Arbeitnehmer. Zu Unrecht, weil der Zustimmungsbescheid des Integrationsamtes

9 BAG v. 24.1.2013 – 8 AZR 188/12, ZTR 2013, 451; BAG v. 16.2.2012 – 8 AZR 697/10; BAG v. 21.7.2009 – 9 AZR 431/08, ZfPR *online* 12/2009, S. 8 = ZBVR *online* 12/2009, S. 8.

10 BAG v. 24.1.2013, a.a.O. (FN 9) – mit Hinweis auf BVerwG v. 3.3.2011 – 5 C 16.10.

11 BAG v. 24.1.2013, a.a.O. (FN 9).

12 VGH Bayern v. 31.1.2013 – 12 B 12.860.

13 VGH Bayern v. 31.1.2013 – 12 B 12.860.

14 OVG Nordrhein-Westfalen v. 13.11.2012 – 12 A 1903/12.

15 OVG Nordrhein-Westfalen v. 13.11.2012 – 12 A 1903/12.

gegenüber dem – nicht mehr kündigungsberechtigten – Insolvenzverwalter und nicht dem Betriebserwerber als Arbeitgeber im Sinne von § 88 Abs. 2 Satz 1 SGB IX gegenüber erteilt wurde.¹⁶

Die fehlerhafte Besetzung des Widerspruchsausschusses beim Integrationsamt führt nicht zur Aufhebung des Verwaltungsaktes.¹⁷ Die Verletzung der Verfahrensvorschrift des § 119 Abs. 4 SGB IX hat die Entscheidung in der Sache nicht beeinträchtigt, wenn in der Sache eine andere als die getroffene Entscheidung rechtlich nicht zulässig gewesen wäre (sog. rechtliche Alternativlosigkeit), also wenn aus rechtlichen Gründen die Entscheidung auch unter Berücksichtigung des Verfahrensfehlers und des Zwecks der verletzten Vorschrift jedenfalls im Ergebnis nicht anders ausfallen durfte.¹⁸

IV. Außerordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers

§ 91 SGB IX regelt eine Besonderheit, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit einem schwerbehinderten Arbeitnehmer außerordentlich (fristlos) kündigen will. Erfolgt die außerordentliche Kündigung gem. § 91 Abs. 4 SGB IX aus einem Grund, der nicht mit der Behinderung in Zusammenhang steht, soll das Integrationsamt die Zustimmung erteilen. Ein Zusammenhang zwischen der Behinderung und der außerordentlichen Kündigung liegt vor, wenn das der Kündigung zugrunde liegende Verhalten des schwerbehinderten Arbeitnehmers nachvollziehbar gerade auf Defizite bei Einsichtsfähigkeit oder auf eine Verhaltensstörung zurückzuführen ist.¹⁹ Die Frage, ob zwischen der Behinderung und der außerordentlichen Kündigung ein Zusammenhang im Sinne von § 91 Abs. 4 SGB IX besteht, kann nicht aus dem Abgleich von Kündigungsgrund und statusfeststellendem Verwaltungsakt beantwortet werden. Abzustellen ist vielmehr auf die im Bescheid konkret benannten Funktionsstörungen.²⁰

Die von einem Insolvenzverwalter vor Eintritt eines Betriebsübergangs beim Integrationsamt beantragte und nach dem Betriebsübergang an ihn zugestellte Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers stellt keine dem Betriebserwerber gegenüber erteilte Zustimmung nach § 85 SGB IX dar, auf

die er sich zur Kündigung des Arbeitnehmers berufen kann.²¹

Nach § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX gilt die Zustimmung des Integrationsamtes zu einer außerordentlichen Kündigung als erteilt, wenn das Integrationsamt nicht binnen zwei Wochen vom Tage des Eingangs des Antrags gerechnet eine Entscheidung trifft. Nach Auffassung des LAG Köln ist § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX nur auf die fristlose außerordentliche Kündigung anwendbar. Die Vorschrift gilt aber nicht für außerordentliche Kündigungen mit Auslauffrist.²²

Nach § 91 Abs. 5 SGB IX hat der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung unverzüglich nach Zustimmung durch das Integrationsamt auszusprechen. Mit dem Begriff der Unverzüglichkeit ist keine starre Zeitvorgabe verbunden, es kommt vielmehr auf eine verständige Abwägung der beiderseitigen Interessen an.²³ Die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung erst am siebten Tag nach Erteilung der Zustimmung des Integrationsamtes ist unter Abwägung der beiderseitigen Interessen und unter Berücksichtigung auch der objektiven Umstände in einer Großbehörde jedoch nicht mehr unverzüglich im Sinne von § 91 Abs. 5 SGB IX.²⁴

Nach § 96 Abs. 3 SGB IX hat die Vertrauensperson gegenüber dem Arbeitgeber die gleiche persönliche Rechtsstellung, insbesondere den gleichen Kündigungs-, Versetzungs- und Abordnungsschutz, wie ein Mitglied des Betriebs-, Personal-, Staatsanwalts- oder Richterrates. Voraussetzung für eine wirksame außerordentliche Kündigung ist nach überwiegender Auffassung die Zustimmung des Betriebs- oder Personalrats nach § 103 BetrVG, § 47 Abs. 1 Satz 1 BPersVG bzw. den länderspezifischen Regelungen in den Personalvertretungsgesetzen.²⁵

Das Bundesarbeitsgericht hat diese Rechtsprechung in der zweiten Hälfte des Jahres 2012 bestätigt.²⁶ Ungeachtet dessen hat das LAG Hamm im April 2013 in einem versteckten Satz in der Urteilsbegründung die Auffassung vertreten, dass es nicht der Zustimmung

16 BAG v. 15.11.2012 – 8 AZR 827/11, DB 2013, 763, ebenso: Müller, NZI 2009, 153.

17 OVG Nordrhein-Westfalen v. 28.1.2013 – 12 A 1635/10.

18 OVG Nordrhein-Westfalen v. 28.1.2013 – 12 A 1635/10.

19 BVerwG v. 12.7.2012 – 5 C 16.11, ZfPR *online* 12/2012, S. 2 = ZBVR *online* 12/2012, S. 2; OVG Nordrhein-Westfalen v. 27.6.2011 – 12 A 705/10.

20 OVG Nordrhein-Westfalen v. 28.1.2013 – 12 A 1635/10; ebenso BVerwG v. 12.7.2012, a.a.O. (FN 19); OVG Nordrhein-Westfalen v. 27.6.2011 – 12 A 705/10.

21 BAG v. 15.11.2012, a.a.O. (FN 16).

22 LAG Köln v. 31.10.2012 – 3 Sa 1062/11.

23 BAG v. 19.4.2012 – 2 AZR 118/11; BAG v. 24.11.2011 – 2 AZR 429/10, NZA 2012, 610.

24 LAG Hamm v. 8.11.2012 – 15 Sa 1094/12, LAG Hamm v. 25.10.2012 – 15 Sa 765/12; s. auch LAG Rheinland-Pfalz v. 5.10.2005 – 10 TaBV 22/05, wonach bereits drei Tage zu lang sind.

25 BAG v. 11.5.2000 – 2 AZR 276/99; BAG v. 23.6.1993 – 2 ABR 58/92; BVerwG v. 25.2.2004 – 6 P 12.03, ZfPR 2004, 110; ArbG Mainz v. 17.1.2012 – 6 BV 12/11, LS ZfPR *online* 12/202, S. 25 = LS ZBVR *online* 12/2012, S. 25; Laber, ArbRB 2010, 342; Pahlen, in: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, a.a.O. (FN 5), § 96 Rn. 5; Schimanski, in: GK-SGB IX, a.a.O. (FN 5), § 96 Rn. 60.

26 BAG v. 19.7.2012 – 2 AZR 989/11, ZBVR *online* 1/2013, S. 8.

des Betriebs- bzw. Personalrats, sondern der Schwerbehindertenvertretung bedürfe.²⁷ Zur Begründung führt das Gericht an, dass bei denen, die außerordentlich gekündigt werden sollen, das Gremium die Zustimmung zu erteilen hat, dem sie angehören. Damit soll verhindert werden, dass ein demokratisch gewähltes Gremium durch den Verlust einzelner Mitglieder in seiner Funktionsfähigkeit und Kontinuität der Amtsführung beeinträchtigt wird.²⁸

V. Kündigung eines Werkstattverhältnisses

Grundsätzlich kann auch das Werkstattverhältnis mit einem schwerbehinderten Menschen von der Werkstatt für behinderte Menschen (WfbM) außerordentlich nach entsprechender Anwendung von § 626 Abs. 1 BGB gekündigt werden.²⁹ Diese Kündigungsmöglichkeit ist allerdings nach der Rechtsprechung gemäß § 137 Abs. 2 SGB IX eingeschränkt. Die Kündigung ist nur dann zulässig, sofern die Werkstattfähigkeit des behinderten Menschen weggefallen ist und der Leistungsbescheid des Rehabilitationsträgers aufgehoben wurde.³⁰

27 LAG Hamm v. 12.4.2013 – 13 Sa 1686/12; LAG Hamm v. 21.1.2011 – 13 TaBV 72/10, zustimmend: Beyer, jurisPK-ArbR 22/2011 Anm. 1; ebenso Düwell, in: LPK-SGB IX, a.a.O. (FN 5), § 96 Rn. 60, Trenk-Hinterberger, in: HK-SGB IX, Komm., § 96 Rn. 10.

28 LAG Hamm v. 12.4.2013 – 13 Sa 1686, LAG Hamm v. 21.1.2011 – 13 TaBV 72/10.

29 LAG Hamm v. 7.2.2013 – 15 Sa 994/12 mit Hinweis auf LAG Rheinland-Pfalz v. 16.1.2008 – 8 Sa 506/07; LAG Baden-Württemberg v. 26.1.2009 – 9 Sa 60/08.

30 LAG Hamm v. 7.2.2013 – 15 Sa 994/12.

VI. Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

Immer noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, welche Mitbestimmungsrechte die Interessenvertretungen bei der Ausgestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) nach § 84 Abs. 2 SGB IX haben. Nach Auffassung des LAG Nürnberg kann der Betriebsrat die Einführung von Verfahrensregelungen für das BEM nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 (Ordnung des Betriebes) und 7 (Gesundheitsschutz) BetrVG verlangen und ggf. über die Einigungsstelle durchsetzen.³¹ Diese Rechtsprechung knüpft an die des Bundesarbeitsgerichts an, wonach das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats einsetzt, wenn für den Arbeitgeber eine gesetzliche Handlungspflicht besteht und wegen des Fehlens zwingender Vorgaben betriebliche Regelungen erforderlich sind, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen.³² Dies ist beim BEM vielfach gegeben, denn das Gesetz beschreibt das BEM in § 84 Abs. 2 SGB IX nicht als formalisiertes Verfahren, sondern lässt den Beteiligten jeden denkbaren Spielraum.³³

31 LAG Nürnberg v. 16.1.2013 – 2 TaBV 6/12.

32 BAG v. 13.3.2012 – 1 ABR 78/10, ZfPR *online* 12/2012, S. 16 = ZBVR *online* 12/2012, S. 16.

33 LAG Nürnberg v. 16.1.2013 – 2 TaBV 6/12 mit Hinweis auf BAG v. 10.12.2009 – 2 AZR 198/09 und LAG Berlin-Brandenburg v. 23.9.2010 – 25 TaBV 1155/10, wonach u.a. ein Regelungsspielraum beim Ablauf des BEM, der Nutzung der erhobenen Daten, der Zielrichtung oder etwaiger Verschwiegenheitspflichten besteht.

Impressum

Herausgeber: Bundesleitung des dbb beamtenbund und tarifunion, Friedrichstraße 169/170, 10117 Berlin.

Schriftleitung: Ass. iur. Susanne Süllwold/Fachanwalt für Arbeitsrecht Stefan Sommer, Dreizehnmorgenweg 36, 53175 Bonn, Telefon 02 28.307 78 90, Telefax 02 28.307 78 89, E-Mail: ZfPR-Schriftleitung@dbb.de

Erscheinungsweise: elfmal jährlich.

Bezug: ausschließlich für Bezieher der Printausgabe. Preis Jahresabonnement Printausgabe: 33,90 € (inkl. Porto); der Bezugspreis für ZfPR Rechtsprechungsdienst *online* ist darin bereits enthalten. Für Personalratsmitglieder einer Mitgliedsgewerkschaft des dbb ist der Bezugspreis für Print- und Onlineausgabe im Mitgliedsbeitrag enthalten. Nähere Informationen zur Printausgabe: http://www.dbb.de/dokumente/zfpr/info_zfpr.pdf

Nutzungsrechte: Mit der Annahme eines Beitrages durch die Schriftleitung erwirbt die dbb verlag gmbh das räumlich, zeitlich und inhaltlich unbeschränkte ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung. Die Vervielfältigung und Verbreitung einzelner Hefte oder Beiträge – ganz oder teilweise – in jeder Art bedarf der ausdrücklichen Genehmigung durch die dbb verlag gmbh. Widerrechtliche Verstöße gegen das Urheberrechtsgesetz werden rechtlich streng geahndet.

Verlag: dbb verlag GmbH, Friedrichstraße 165, 10117 Berlin, Telefon 030.726 19 17-0, Telefax 030.726 19 17-40, E-Mail: kontakt@dbbverlag.de.