

# Rechtsprechung

## zum

# Schwerbehindertenrecht

11. Ausgabe  
Stand: Dezember 2020

## Vorwort

Zum elften Mal wurde für die „Rechtsprechung zum Schwerbehindertenrecht“ eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen zusammengetragen, die für die Arbeit der Schwerbehindertenvertretung relevant sein können.

Die Leitsatzsammlung soll nicht nur Schwerbehindertenvertretungen, sondern allen mit der Wahrnehmung der Belange der schwerbehinderten Beschäftigten betrauten Gremien Orientierung in der Fülle der aktuellen Rechtsprechung bieten und so bei der Bewältigung ihrer vielfältigen Aufgaben im Alltag bieten; sie richtet sich daher nicht nur an die Schwerbehindertenvertretung, sondern ebenso an Personalrats- und Betriebsratsmitglieder.

Sofern die Entscheidungen nicht rechtskräftig sind, ist dies mit dem Vermerk „n.rkr.“ kenntlich gemacht. Für alle, die Genaueres aus den Entscheidungsgründen wissen wollen, haben wir dort, wo diese im Volltext im Online-Rechtsprechungsdienst der „Zeitschrift für Personalvertretungsrecht“ – ZfPR *online* – veröffentlicht wurden, die entsprechende Fundstelle hinzugefügt. Wer sich für den Bezug der ZfPR interessiert, kann sich hier informieren:

<https://www.dbb.de/presse/mediathek/magazine/zfpr.html>

Noch eine kleine „Gebrauchsanleitung“: Fehlt eine nähere Angabe, handelt es sich um die amtlichen Leitsätze des erkennenden Gerichts. „red. Leits.“ wurden von der Redaktion formuliert. „Leits. a. d. Gründen“ sind von der Redaktion ausgewählte wörtliche bzw. nur in geringfügig veränderter Syntax zitierte Auszüge aus den Entscheidungsgründen. „Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG“ sind als solche erkennbar gemacht.

Und schließlich: Die mit dem Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG) vom 23. Dezember 2016 eingeführte Neufassung des SGB IX hat zu einer Änderung der Paragraphenfolge geführt. Auch ein Teil der in dieser Ausgabe der „Rechtsprechung zum Schwerbehindertenrecht“ ergangenen Entscheidungen – vorwiegend aus den Jahren 2019 und 2020 – basiert noch auf „altem“ Recht. Daher wird man noch ein Weilchen damit leben müssen, dass teilweise die alte und teilweise die neue Bezifferung angegeben ist. Die den Leitsätzen vorangestellten Vorschriftenangaben beziehen sich auf die neuen Paragraphen.

Alle elf Rechtsprechungsübersichten sowie sonstige Informationen für Schwerbehindertenvertreterinnen und -vertreter finden Sie hier:

<https://www.dbb.de/politik-positionen/mitbestimmung/schwerbehindertenvertretung.html>

## Inhaltsübersicht

### A. Rechtsprechung zum Sozialgesetzbuch IX

#### **Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung durch Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch**

BAG, Urteil v. 16.5.2019 – 8 AZR 315/18

#### **Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Arbeitnehmer**

BAG, Urteil v. 3.12.2019 – 9 AZR 78/19

#### **Einrichtung eines Teleheimarbeitsplatzes für schwerbehinderte Beschäftigte/ Dienstvereinbarung zur alternierenden Telearbeit**

VGH Bayern, Beschluss v. 29.10.2019 – 6 CE 19.1386

#### **Schadensersatzanspruch wegen Annahmeverzugs bei nicht erfolgter leidensgerechter Beschäftigung**

LAG Köln, Urteil v. 18.6.2020 – 8 Sa 27/18

#### **Barrierefrei Gestaltung des Arbeitsplatzes zur Erfüllung des Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers**

LAG Hessen, Urteil v. 21.1.2020 – 15 Sa 449/19

#### **Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Menschen/Wiederholte Benachteiligung im Bewerbungsverfahren**

LAG Hessen, Urteil v. 20.5.2020 – 18 Sa 170/19

#### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Begriff des Bewerbers i.S.d. AGG**

BAG, Urteil v. 23.1.2020 – 8 AZR 484/18

#### **Einladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch bei interner Stellenbesetzung**

BAG, Urteil v. 25.6.2020 – 8 AZR 75/19

#### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Höhe der Entschädigung**

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 3.3.2020 – 8 Sa 259/19

#### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Abbruch des Bewerbungsverfahrens**

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 3.12.2019 – 8 Sa 187/19

#### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Fehlende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Stellenbesetzung bei US Stationierungstreitkräften**

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 6.11.2019 – 7 Sa 120/19

#### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Offensichtlich fehlende fachliche Eignung/Widerlegung des Diskriminierungsverdachts**

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 23.12.2019 – 2 Sa 224/18

#### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Offensichtlich fehlende fachliche Eignung**

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 7.1.2020 – 5 Sa 128/19

**Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung beim BEM/Quartalsweise Herausgabe von Listen krankheitsbedingt abwesender Arbeitnehmer**

LAG Hamm, Beschluss v. 10.1.2020 – 13 TaBV 60/19

**BEM/Inhaltliche Grenzen eines Einigungsstellenspruchs zu Betriebsvereinbarung über BEM**

BAG, Beschluss v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18

**BEM/Darlegungslast des Arbeitgebers für „offensichtliche Nutzlosigkeit“/Begriff der Arbeitsunfähigkeit**

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 26.9.2019 – 10 Sa 864/19

**BEM/Hinzuziehung von Schwerbehindertenvertretung und Werks-/Betriebsarzt**

LAG Nürnberg, Urteil v. 18.2.2020 – 7 Sa 124/19

**BEM/Krankheitsbedingte Kündigung bei Verweigerung der Teilnahme**

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 27.2.2019 – 17 Sa 1605/18

**BEM/Übermittlung von Krankheitszeiten an die Gleichstellungsbeauftragte/Rechtsschutz**

VGH Hessen, Beschluss v. 30.4.2020 – 1 A 1825/16

**BEM/Hinweis zu Art und Umfang der erhobenen und verwendeten Daten**

LAG Köln, Urteil v. 17.6.2020 – 3 Sa 153/20

**Außerordentliche Kündigung schwerbehinderter Menschen/Nachschieben von Kündigungsgründen**

LAG Köln, Urteil v. 15.7.2020 – 3 Sa 736/19

**Krankheitsbedingte Kündigung/Sonderkündigungsschutz bei Berufung auf Schwerbehinderteneigenschaft erst nach Kündigung**

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 13.8.2019 – 2 Sa 217/18

**Außerordentliche Kündigung schwerbehinderter Menschen/Kündigungserklärungsfrist/Rechtzeitigkeit der Antragstellung beim Integrationsamt**

BAG, Urteil v. 27.2.2020 – 2 AZR 390/19

**Außerordentliche Kündigung schwerbehinderter Menschen/Kündigungserklärungsfrist/Frist für Antrag an Integrationsamt**

BAG, Urteil v. 11.6.2020 – 2 AZR 442/19

**Außerordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Beschäftigten/Fristberechnung beim Antrag auf Zustimmung**

VG Mainz, Urteil v. 20.2.2020 – 1 K 560/19.MZ

**Zustimmung des Integrationsamtes bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Beschäftigten aufgrund Erwerbsminderung**

BAG, Urteil v. 16.1.2018 – 7 AZR 622/15

**Wahl der Schwerbehindertenvertretung/Anfechtung der Wahl wegen Aushang des Wahlausschreibens an ungeeigneter Stelle**

LAG Baden-Württemberg, Beschluss v. 10.6.2020 – 4 TaBV 5/19

**Wahl der Schwerbehindertenvertretung/Wählbarkeit zur Schwerbehindertenvertretung der zuweisenden Behörde bei Zuweisung an das Jobcenter**

ArbG Berlin, Beschluss v. 6.11.2019 – 60 BV 15435/18

**Wahl der Schwerbehindertenvertretung/Grundsatz der Chancengleichheit/Wahlwerbung unter Ausnutzung des Mandats**

LAG Hessen, Beschluss v. 25.5.2020 – 16 TaBV 147/19

**Wahl der Schwerbehindertenvertretung/Grundsatz der Chancengleichheit/Behandlung der Freiumschläge bei Briefwahl**

LAG Hessen, Beschluss v. 15.6.2020 – 16 TaBV 116/19

**Wahl der Schwerbehindertenvertretung/Werbung per Dienstpost**

ArbG Frankfurt, Beschluss v. 7.8.2019 – 17 BV 675/18

**Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/In Unkenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft getroffene Maßnahmen**

BVerwG, Beschluss v. 17.4.2020 – 2 B 7.20

**Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Umsetzung vor Entscheidung über Gleichstellungsantrag/Schutz einfach behinderter Menschen**

BAG, Beschluss v. 22.1.2020 – 7 ABR 18/18

**Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Leistungsbeurteilung schwerbehinderter Beschäftigter**

LAG Hamm, Beschluss v. 14.1.2020 – 7 TaBV 63/19

**Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Dienstliche Beurteilung bei Schwerbehinderung**

OVG Nordrhein-Westfalen – Beschluss v. 28.1.2020 – 6 B 1120/19

**Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Aussetzung einer vorläufigen Dienstenthebung nach Art. 53 BayDG wegen fehlender Anhörung der Schwerbehindertenvertretung**

VGH Bayern, Beschluss v. 21.8.2019 – 16a DS 19.388

**Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Information über Schwerbehinderung eines Bewerbers/Entschädigung wegen Diskriminierung**

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 27.11.2019 – 15 Sa 949/19

**Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Nachholung der Beteiligung an der Erstellung der dienstlichen Beurteilung**

VG Stuttgart, Urteil v. 7.5.2020 – 1 K 11337/18

**Hinzuziehung von Sachverständigen durch die Schwerbehindertenvertretung**

LAG Hessen, Beschluss v. 25.8.2020 – 16 TaBVGa 92/20

**Schulung der Schwerbehindertenvertretung/Erforderlichkeit einer Schulung zum BEM**

ArbG Kaiserslautern, Beschluss v. 6.10.2020 – 3 BV 14/20

**Schulung der Schwerbehindertenvertretung/Schulung ohne behindertenspezifische Problematik**

ArbG Berlin, Beschluss v. 28.8.2019 – 51 BV 6433/19

**Schulung der Schwerbehindertenvertretung/Subjektive Erforderlichkeit/Kosten einer Schulung des Integrationsamtes**

LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 30.9.2020 – 24 TaBV 817/19

**Verhinderung der Vertrauensperson wegen vorläufiger Dienstenthebung**

LAG Köln, Beschluss v. 21.8.2020 – 10 TaBVGa 2/20

**Berechnung der für die Freistellung der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen maßgeblichen Beschäftigtenzahl**

OVG Sachsen, Beschluss v. 30.6.2020 – 2 B 332/19

**Verfahrensart für den Antrag einer Vertrauensperson auf Entfernung von Unterlagen aus der Personalakte**

BAG, Beschluss v. 3.12.2020 – 7 AZB 57/20

**Rechtsweg für Streitigkeiten über Kosten der Schwerbehindertenvertretung bei einer militärischen Dienststelle**

BVerwG, Beschluss v. 13.10.2020 – 1 WB 79.19

## **B. Rechtsprechung zum Beamtenstatusgesetz**

**Behinderungsbedingt fehlende Nachtdiensttauglichkeit kein Beförderungshemmnis**

VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 20.2.2020 – 4 S 3299/19

**Zurruhesetzung wegen Dienstunfähigkeit/Ursachen und Prognosezeitraum**

BVerwG, Beschluss v. 16.4.2020 – 2 B 5.19

**Zurruhesetzung wegen Dienstunfähigkeit/Suchpflicht des Dienstherrn nach anderweitiger Verwendungsmöglichkeit auch in kleinen Gemeinden**

VG Kassel, Urteil v. 29.6.2020 – 1 K 1494/18.KS

**Zurruhesetzung wegen Dienstunfähigkeit/Dokumentation der Suche nach anderweitiger Verwendungsmöglichkeit**

VGH Bayern, Urteil v. 26.9.2019 – 3 BV 17.2302

**Verletzung des Beteiligungsrechts der Schwerbehindertenvertretung im Verfahren auf vorzeitige Zurruhesetzung**

BVerwG, Beschluss v. 13.11.2019 – 2 C 24.18

**Anerkennung eines Körperschadens als Dienstunfall**

BVerwG, Urteil v. 12.12.2019 – 2 A 1.19

**Kostentragung zur Herstellung von Barrierefreiheit eines Schulgebäudes/Einbau eines Aufzugs für einen gehbehinderten Lehrer**

VG Karlsruhe, Urteil v. 21.1.2019 – 12 K 6942/17

## **C. Rechtsprechung zu sonstigen Gesetzen**

**Benachteiligung schwerbehinderter Menschen bei Altersrente nach TV UmBw**

BAG, Urteil v. 5.9.2019 – 6 AZR 533/18

**Schadensersatz wegen Nichtbeseitigung einer gesundheitsbelastenden Konfliktsituation am Arbeitsplatz**

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 10.6.2020 – 3 Sa 219/19

**Höhe der Entschädigung bei Benachteiligung wegen Schwerbehinderung im Bewerbungsverfahren**

BAG, Urteil v. 28.5.2020 – 8 AZR 170/19

---

**Pflichtstundenermäßigung bei Schwerbehinderung**

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 4.4.2019 – 6 B 135/19

**Kompatibilität der Mitgliedschaft in Personal- und Schwerbehindertenvertretung**

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 24.7.2019 – 6 A 696/17

**Pausengewährung an Bildschirmarbeitsplätzen**

ArbG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 28.10.2019 – 7 BV 9/19

**Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten an der Besetzung der Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes**

VG Berlin, Urteil v. 27.4.2020 – 5 K 237.18

**Umfang der Dienstfähigkeit bei Reaktivierung**

OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 2.2.2018 – 1 A 613/14

**Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall/Einheit des Verhinderungsfalls**

BAG, Urteil v. 11.12.2019 – 5 AZR 505/18

## A. Rechtsprechung zum Sozialgesetzbuch IX

### **Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung durch Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch** (§§ 154, 165 SGB IX)

Die besondere Pflicht nach § 82 Satz 2 SGB IX in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (aF), schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, trifft nur öffentliche Arbeitgeber iSv. § 71 Abs. 3 SGB IX aF. Hierzu zählt nach § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF auch jede sonstige Körperschaft, Anstalt und Stiftung des öffentlichen Rechts. Die besondere rechtliche Stellung der Körperschaft des öffentlichen Rechts iSv. § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF setzt einen entsprechenden staatlichen Hoheitsakt, nämlich die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts voraus.

BAG, Urteil v. 16.5.2019 – 8 AZR 315/18

### **Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Arbeitnehmer** (§§ 164, 167 SGB IX, Art. 33 GG)

Ein öffentlicher Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, eine ermessensfehlerfrei unbeschränkt ausgeschriebene Stelle außerhalb des nach Art. 33 Abs. 2 GG durchzuführenden Bewerbungs- und Auswahlverfahrens vorab einem schwerbehinderten Arbeitnehmer zuzuweisen, um dessen Anspruch auf Beschäftigung nach § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX zu gewährleisten.

BAG, Urteil v. 3.12.2019 – 9 AZR 78/19  
ZfPR *online* 12/2020, S. 20

### **Einrichtung eines Teleheimarbeitsplatzes für schwerbehinderte Beschäftigte/ Dienstvereinbarung zur alternierenden Telearbeit** (§ 164 SGB IX, §§ 15, 16 BGlG)

Ein Anspruch auf (Wieder-)Einrichtung eines alternierenden Telearbeitsplatzes mit der ursprünglichen Arbeitszeitverteilung kann nicht aus den §§ 15, 16 Abs. 1 Satz 2 BGlG und der zur ihrer Ausfüllung abgeschlossenen Dienstvereinbarung zur alternierenden Telearbeit in der Zollverwaltung und der Bundesmopolverwaltung für Branntwein vom 30. Juni 2015 (DV-Telearbeit Zoll) hergeleitet werden. Diese Regelungen begründen keinen individuellen Rechtsanspruch auf Telearbeit, sondern lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung im Rahmen der dienstlichen Möglichkeiten.

§ 164 Abs. 4 SGB IX, der im Beamtenverhältnis uneingeschränkt Anwendung findet, vermittelt schwerbehinderten Beamten eine Rechtsposition, die über den nach §§ 15, 16 Abs. 1 Satz 2 BGlG bestehenden Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gestattung alternierender Telearbeit im Rahmen der dienstlichen Möglichkeiten hinausgeht und einklagbare Rechtsansprüche auf die Einrichtung von Tele(heim)arbeitsplätzen mit einem höheren Anteil an häuslicher Arbeitszeit begründen kann. Dem schwerbehinderten Beamten wird durch § 164 Abs. 4 Satz 1 SGB IX jedoch kein Anspruch auf einen bestimmten oder gar unterwertigen Dienstposten eingeräumt, der seinen Interessen entgegenkommt.

(Leits. a. d. Gründen)

VGH Bayern, Beschluss v. 29.10.2019 – 6 CE 19.1386



## **Schadensersatzanspruch wegen Annahmeverzugs bei nicht erfolgter leidensgerechter Beschäftigung** (§ 164 SGB IX, § 106 GewO)

Nach § 294 BGB setzt der Annahmeverzug des Arbeitgebers voraus, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung so anbietet, wie sie zu bewirken ist. Die iSv. § 294 BGB zu bewirkende Arbeitsleistung ist (nur dann) identisch mit der arbeitsvertraglich vereinbarten, wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag konkret bestimmt ist. Ist dagegen - wie hier - die vom Arbeitnehmer zu erbringende Tätigkeit im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben, obliegt es nach § 106 Satz 1 GewO dem Arbeitgeber, den Inhalt der zu leistenden Arbeit näher zu bestimmen. Erst die durch die wirksame Ausübung des Direktionsrechts näher bestimmte Tätigkeit ist die iSv. § 294 BGB zu bewirkende Arbeitsleistung. Kann der Arbeitnehmer, dessen Tätigkeit im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben ist, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO wirksam näher bestimmte Tätigkeit aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr ausüben, ist das Angebot des Arbeitnehmers zu einer „leidensgerechten Arbeit“ ohne Belang, solange der Arbeitgeber nicht durch eine Neuausübung seines Direktionsrechts diese zu der iSv. § 294 BGB zu bewirkenden Arbeitsleistung bestimmt hat. Anderenfalls könnte der Arbeitnehmer den Inhalt der arbeitsvertraglich nur rahmenmäßig umschriebenen Arbeitsleistung selbst konkretisieren. Das widerspräche § 106 Satz 1 GewO.

Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Neubestimmung der Tätigkeit des Arbeitnehmers setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Umsetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz verlangt und dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, wie er sich seine weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorstellt. Dem Verlangen des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber regelmäßig entsprechen, wenn ihm die in der Zuweisung einer anderen Tätigkeit liegende Neubestimmung der zu bewirkenden Arbeitsleistung zumutbar und rechtlich möglich ist. Zumutbar ist dem Arbeitgeber die Zuweisung einer anderen Tätigkeit, wenn dem keine betrieblichen Gründe, zu denen auch wirtschaftliche Erwägungen zählen können, oder die Rücksichtnahmepflicht gegenüber anderen Arbeitnehmern entgegenstehen. Rechtlich möglich ist die Zuweisung einer anderen Tätigkeit, wenn ihr keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Im Rahmen des Direktionsrechts können selbst bei einer Versetzungsklausel nur gleichwertige Tätigkeiten zugewiesen werden. Die Gleichwertigkeit orientiert sich bei Anwendung eines tariflichen Vergütungsgruppensystems in der Regel an diesem System. Der Arbeitgeber kann deshalb dem Arbeitnehmer keine niedriger zu bewertende Tätigkeit im Wege des Direktionsrechts zuweisen, selbst wenn er die höhere Vergütung, die der bisherigen Tätigkeit entspricht, weiterzahlen würde. Eine höherwertige Tätigkeit muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht zuweisen, weil sie einer Beförderung gleichkäme, auf die kein Anspruch besteht und zu der auch die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB den Arbeitgeber nicht verpflichten kann.

Der Arbeitnehmer hat nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich die primäre Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs. Steht fest, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht nur nach einer Umgestaltung oder besonderer Ausstattung seines Arbeitsplatzes erfüllen kann, hat er zumindest nachvollziehbar darzulegen, welche Maßnahmen hierzu notwendig sind. Hat der Arbeitgeber allerdings seine Erörterungspflichten nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF verletzt, trifft ihn die sekundäre Darlegungslast dafür, dass ihm auch unter Berücksichtigung der besonderen Arbeitgeberpflicht nach § 81 Abs. 4 SGB IX eine zumutbare Beschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht möglich war.

(red. Leits.)

LAG Köln, Urteil v. 18.6.2020 – 8 Sa 27/18

Volltext unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)

## **Barrierefrei Gestaltung des Arbeitsplatzes zur Erfüllung des Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers** (§ 164 SGB IX, § 3a ArbStättV, § 10 ArbSchG)

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich im bestehenden Arbeitsverhältnis verpflichtet, seinen Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen, wenn dieser es verlangt. Der Beschäftigungsanspruch ist abzuleiten aus

den §§ 611a, 613 BGB in Verbindung mit § 242 BGB. Die Generalklausel des § 242 BGB wird dabei ausgefüllt durch die Wertentscheidung der Art. 1 und 2 GG. Da der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers Teil des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes ist, muss der Arbeitnehmer mit seinen Rechten nur dann zurücktreten, wenn überwiegende und schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen.

Sicherheitsaspekte im Hinblick auf ein eventuelles Evakuierungsszenario können ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an einer Nichtbeschäftigung eines Arbeitnehmers nicht rechtfertigen, bevor der Arbeitgeber nicht die ihm obliegenden Verpflichtungen aus § 3a Abs. 2 ArbStättV und § 10 ArbSchG zur barrierefreien Gestaltung von Arbeitsplätzen erfüllt.

(Leits. a. d. Gründen)

LAG Hessen, Urteil v. 21.1.2020 – 15 Sa 449/19

### **Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Menschen/Wiederholte Benachteiligung im Bewerbungsverfahren**

(§ 164 SGB IX)

Das Wiederholen einer Benachteiligung in einem weiteren Bewerbungsverfahren rechtfertigt aber nicht, rückschauend die für zeitlich erste Benachteiligung zu leistende Entschädigung zu erhöhen.

Der Beschäftigungsanspruch nach § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX ist von einer Bewerbung um eine ausgeschriebene Stelle und einer möglichen Diskriminierung im Bewerbungsverfahren zu trennen. Da der Beschäftigungsanspruch unmittelbar kraft Gesetzes entsteht, ist es gerade nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer eine Vertragsänderung verlangt und sich bewirbt. Bei einer unbeschränkten Ausschreibung einer Stelle hat ein/e Bewerber/in allenfalls ein subjektives Recht auf chancengleiche Teilnahme an dem Bewerbungsverfahren (für Stellen des öffentlichen Dienstes: BAG Urteil vom 3. Dezember 2019 – 9 AZR 78/19 – NZA 2020, 578, Rz. 30; BAG Urteil vom 19. Mai 2019 – 9 AZR 837/13 – NZA 2015, 1074, Rz. 16). Ein Bewerbungsverfahren ist mit der Besetzung der Stelle beendet.

Es entsteht kein Dauertatbestand seit einer (ersten) Bewerbung, welcher erst mit einer gerichtlichen Entscheidung über den Anspruch nach § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX beendet würde, (nur) weil der/die Bewerber/in sich nach Fähigkeiten und Kenntnissen unter Berücksichtigung der Behinderung für geeignet hält.

LAG Hessen, Urteil v. 20.5.2020 – 18 Sa 170/19

### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Begriff des Bewerbers i.S.d. AGG**

(§ 165 SGB IX, §§ 3, 6, 7, 15, 22 AGG)

Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG ist, wer eine Bewerbung beim Arbeitgeber eingereicht hat. Eingereicht ist eine Bewerbung dann, wenn sie dem Arbeitgeber zugegangen ist iSv. § 130 BGB.

Verstößt der öffentliche Arbeitgeber gegen seine Verpflichtung aus § 82 Satz 2 SGB IX in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (aF), einen schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, kann dies lediglich die - vom Arbeitgeber widerlegbare - Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass der erfolglose Bewerber die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen seiner (Schwer)Behinderung erfahren hat.

BAG, Urteil v. 23.1.2020 – 8 AZR 484/18  
ZfPR *online* 12/2020, S. 25

### **Einladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch bei interner Stellenbesetzung** (§ 165 SGB IX, §§ 3, 7, 15, 22 AGG)

Der öffentliche Arbeitgeber ist nach § 82 Satz 2 SGB IX in der bis zum 29. Dezember 2016 geltenden Fassung auch bei einer internen Stellenbesetzung verpflichtet, eine/n schwerbehinderte/ n interne/n Bewerber/in, dem/der die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen.

Sind etwa zeitgleich mehrere Stellen mit identischem Anforderungsprofil zu besetzen und führt dieselbe für die Durchführung des Auswahlverfahrens zuständige Dienststelle des öffentlichen Arbeitgebers für die Stellen ein identisch ausgestaltetes Auswahlverfahren nach identischen Kriterien durch, reicht es aus, den/die schwerbehinderte/n Bewerber/in zu einem Vorstellungsgespräch für eine der zu besetzenden Stellen einzuladen, auf die diese/r sich beworben hat.

BAG, Urteil v. 25.6.2020 – 8 AZR 75/19  
ZfPR *online* 12/2020, S. 29

### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Höhe der Entschädigung** (§ 165 SGB IX, §§ 3, 7, 15, 22 AGG)

Für die Frage der Bemessung der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG für den immateriellen, durch die Diskriminierung verursachten Schaden stellt der materielle Schaden als Folge der Benachteiligung keinen erheblichen Faktor dar.

§ 165 Satz 3 SGB IX weist dem öffentlicher Arbeitgeber eine Vorbildfunktion zu; wird er dieser nicht gerecht, kann sich dies auf die Höhe der Entschädigung auswirken.

Eine Zuordnung der Bewerbung eines schwerbehinderten Bewerbers zu der Gruppe der nicht einzuladenden Bewerber unter Missachtung der Vorgabe des § 165 Satz 3 SGB IX kann nicht mit dem Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG begründet werden.

Eine unvollkommene Organisation des Arbeitsablaufs, welche nicht geeignet, ist Fehler auszuschließen bzw. die Einladung nicht offensichtlich ungeeigneter schwerbehinderter Bewerber zu dem Vorstellungsgespräch sicherzustellen, entschuldigt den öffentlichen Arbeitgeber nicht, sondern begründet im Gegenteil dessen Verschulden bzw. dessen Verantwortung für die Nichtbeachtung des § 165 Satz 3 SGB IX.

(Leits. a. d. Gründen)

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 3.3.2020 – 8 Sa 259/19  
ZfPR *online* 12/2020, S. 33

### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Abbruch des Bewerbungsverfahrens**

(§ 165, 2 SGB IX, §§ 3, 7, 15, 22 AGG, Art. 33 GG)

Durch den Hinweis auf Behinderung oder Schwerbehinderung sollen besondere Förderpflichten des Arbeitgebers ausgelöst werden. Wegen der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf die Interessen und Rechte des Vertragspartners (§ 241 Abs. 2 BGB iVm. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) ist auch bei einer Bewerbung der Arbeitgeber über die besondere Situation des Bewerbers zu informieren. Auch auf eine Behinderung iSd. § 2 Abs. 1 SGB IX, die berücksichtigt werden soll, aber keine Schwerbehinderung iSd. § 2 Abs. 2 SGB IX darstellt und für die auch keine Gleichstellung nach § 2 Abs. 3 SGB IX erfolgt ist, ist im Bewerbungsschreiben mit weiteren Angaben zur Art der Behinderung hinzuweisen.

Die Information hat regelmäßig im Bewerbungsschreiben selbst unter Angabe des GdB, ggf. einer Gleichstellung stattzufinden. Sie muss klar und eindeutig sein. Daher sind „eingestreute“ oder unauffällige Informationen, indirekte Hinweise in beigelegten amtlichen Dokumenten, eine in den weiteren Bewerbungsunterlagen befindliche Kopie des Schwerbehindertenausweises etc. keine ordnungsgemäße Information des angestrebten Vertragspartners. Möglich ist auch eine Information im Lebenslauf. Dies hat jedoch an hervorgehobener Stelle und deutlich, etwa durch eine besondere Überschrift, zu geschehen.

Unterlässt es der öffentliche Arbeitgeber entgegen § 82 Satz 2 SGB IX (jetzt § 165 SGB IX), einen sich bewerbenden schwerbehinderten Menschen zum Vorstellungsgespräch einzuladen und versagt diesem damit die Chance, ihn von seiner Eignung zu überzeugen, kann darin eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Behinderung liegen. Die Herstellung gleicher Bewerbungschancen gegenüber anderen Bewerbern ist aber dann nicht erforderlich, wenn das Bewerbungsverfahren vor Durchführung der Vorstellungsgespräche abgebrochen und keinem Bewerber die Gelegenheit gegeben wird, sich in einem Vorstellungsgespräch zu präsentieren.

Es verstößt nicht gegen den Grundsatz der Bestenauslese, wenn der Abbruch des Bewerbungsverfahrens allein aus dem Grund erfolgt, um eine Mitarbeiterin, die ihre bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben kann, im Wege der Umsetzung weiterbeschäftigen zu können. Dies beruht auf der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht, aufgrund derer der Arbeitgeber im Rahmen der Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements auch zu prüfen hat, ob der Arbeitnehmer auf einer anderen Arbeitsstelle leistungsgerecht beschäftigt werden kann.

Dafür spricht auch die ausdrückliche Regelung unter § 165 SGB IX, dass der öffentliche Arbeitgeber zu besetzende Arbeitsplätze erst nach erfolgloser Prüfung der internen Besetzung den Agenturen für Arbeit zu melden und im nächsten Schritt schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen hat. Die Einfügung des Vorrangs der internen Besetzung wurde vom Gesetzgeber für erforderlich gehalten, da der öffentliche Arbeitgeber zunächst zu prüfen hat, ob offene Stellen mit vorhandenem Personal besetzt werden können. Der interne Bedarf an der Stelle zur Beschäftigung einer Mitarbeiterin stellt dementsprechend einen anzuerkennenden sachlichen Grund dar.

Bricht der öffentliche Arbeitgeber das Stellenbesetzungsverfahren aus einem sachlich nachvollziehbaren Grund ab, gehen die Verfahrensrechte der Bewerber nach Art. 33 Abs. 2 GG unter. Die Durchführung einer Stellenausschreibung zwingt den Dienstherrn nicht, den Dienstposten mit einem der Auswahlbewerber zu besetzen. Die Ausschreibung ist lediglich ein Hilfsmittel zur Gewinnung geeigneter Bewerber. Der Bewerbungsverfahrensanspruch verdichtet sich nur dann zu einem Besetzungsanspruch, wenn das Auswahlverfahren ordnungsgemäß abgeschlossen wurde und die Auswahl nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG zugunsten des Anspruchstellers ausgefallen war oder hätte ausfallen müssen.

(Leits. a. d. Gründen)

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 3.12.2019 – 8 Sa 187/19

### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Fehlende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Stellenbesetzung bei US Stationierungstreitkräften**

(§§ 164, 154, 178 SGB IX)

Daraus, dass sowohl der schwerbehinderte Bewerber als auch die nicht schwerbehinderten Mitbewerber die Mindestanforderungen der ausgeschriebenen Stelle erfüllen, folgt noch nicht, dass alle gleich geeignet sind und daher die Stelle an den schwerbehinderten Bewerber zu vergeben gewesen wäre. Die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen ist nicht mit gleicher Eignung gleichzusetzen.

Die US Stationierungstreitkräfte gelten nicht gemäß § 154 Abs. 2 SGB IX als öffentlicher Arbeitgeber im Sinn des dritten Teils des SGB IX. Ihnen obliegen daher nicht die Pflichten aus §§ 154 ff. SGB IX.

Anders als ein öffentlicher Arbeitgeber kann ein privater Arbeitgeber über den der Stelle zugeordneten Aufgabenbereich und die dafür geforderten Qualifikationen des Stelleninhabers ebenso wie darüber, ob er bei seiner Auswahlentscheidung von einzelnen dieser geforderten Qualifikationen abweicht, frei entscheiden. Er darf nur die Vergleichbarkeit der Situation nicht willkürlich dadurch gestalten, dass er Anforderungen an den Bewerber stellt, die nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung durch die Erfordernisse der wahrzunehmenden Aufgaben unter keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt sind, und dadurch den Schutz des AGG de facto beseitigen.

Grundsätzlich kann der Umstand, dass entgegen § 178 Abs. 2 SGB IX kein Mitglied der Schwerbehindertenvertretung an einem Vorstellungsgespräch eines schwerbehinderten Menschen teilnimmt, als Indiz für eine Benachteiligung gewertet werden. § 164 Abs. 1 Satz 6 SGB IX in Verbindung mit § 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX findet aber keine Anwendung auf die US Stationierungstreitkräfte. Unter Berücksichtigung des Unterzeichnungsprotokolls zu Art. 56 Abs. IX ZA-NTS sind die US Stationierungstreitkräfte nicht den dem 16. Januar 1991 nachfolgenden Änderungen des deutschen Rechts der Schwerbehindertenvertretung unterworfen. Es kommt insoweit weiterhin das SchwbG vom 16. Januar 1991 zur Anwendung. Art. 56 Abs. IX ZA-NTS enthält eine statische Verweisung auf das BPersVG i. d. F. vom 16. Januar 1991. Dabei erfasst der in Art. 56 Abs. IX ZA-NTS verwendete Begriff der „Betriebsvertretung“ auch die Schwerbehindertenvertretung. Das SchwbG aus dem Jahr 1991 enthält - anders als die heute geltende Regelung - eine bloße Sollvorschrift. Sie sieht kein Teilnahmerecht der Schwerbehindertenvertretung an Vorstellungsgesprächen vor.

(Leits. a. d. Gründen)

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 6.11.2019 – 7 Sa 120/19

### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Offensichtlich fehlende fachliche Eignung/Widerlegung des Diskriminierungsverdachts** (§ 165 SGB IX, §§ 7, 15, 22 AGG)

Schwerbehinderte Bewerber müssen auch dann zwingend zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden, wenn die Sichtung der Bewerbungsunterlagen ergibt, dass andere Bewerber deutlich besser geeignet sind. Der öffentliche Arbeitgeber muss einem sich bewerbenden schwerbehinderten Menschen die Chance eines Vorstellungsgesprächs auch dann gewähren, wenn dessen fachliche Eignung zwar zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist.

Von einer offensichtlich fehlenden Eignung des behinderten Bewerbers kann nur gesprochen werden, wenn sich die Eignungshindernisse ohne Notwendigkeit weiterer Recherchen und Bewertungen ohne Zweifel schon aus den eingereichten Bewerbungsunterlagen ergeben. Das wird beispielsweise dann der Fall sein, wenn es dem Bewerber schon an berechtigt vorausgesetzten formalen Bildungsvoraussetzungen fehlt und diese auch nicht in zumutbaren Zeiträumen nachgeholt werden können.

Offensichtlich fachlich nicht geeignet ist demnach nur, wer „unzweifelhaft“ nicht dem Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle entspricht. Bloße Zweifel an der fachlichen Eignung rechtfertigen es nicht, von einer Einladung abzusehen, weil sich Zweifel im Vorstellungsgespräch ausräumen lassen. Der schwerbehinderte Mensch soll nach § 82 Satz 2 SGB IX die Chance haben, sich in einem Vorstellungsgespräch zu präsentieren und den öffentlichen Arbeitgeber von seiner Eignung zu überzeugen.

Macht der Arbeitgeber geltend, dem nicht eingeladenen Bewerber fehle die fachliche Eignung offensichtlich, ist auf einen Vergleich zwischen den fachlichen Anforderungen nach der veröffentlichten Stellenausschreibung und den vom Bewerber eingereichten Bewerbungsunterlagen abzustellen. Denn mit der Bestimmung eines Anforderungsprofils für die zu vergebende Stelle legt der Arbeitgeber die Kriterien für die Auswahl fest. Bei der Erstellung des Anforderungsprofils ist der öffentliche Arbeitgeber an die gesetzlichen und tarifvertraglichen Vorgaben gebunden.

Der durch die Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch entstandene Diskriminierungsverdacht kann in erster Linie dadurch widerlegt werden, dass der Arbeitgeber mitteilt, welche Person er aus welchen Gründen auf der ausgeschriebenen Stelle eingestellt hat. Denn wenn es dafür tragfähige Gründe gibt, kann der Diskriminierungsverdacht widerlegt werden.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 23.12.2019 – 2 Sa 224/18

### **Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch/Offensichtlich fehlende fachliche Eignung**

(§ 165 SGB IX)

Die Verletzung der in § 165 Satz 3 SGB IX geregelten Verpflichtung eines öffentlichen Arbeitgebers, einen schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, begründet regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung. Diese Pflichtverletzung ist nämlich grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an einer Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht interessiert zu sein.

Lädt der öffentliche Arbeitgeber den sich bewerbenden schwerbehinderten Beschäftigten nicht zu einem Vorstellungsgespräch ein, kann darin allerdings nur dann eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Behinderung liegen, wenn ihm die Schwerbehinderung des Stellenbewerbers zum Zeitpunkt der benachteiligenden Maßnahme bekannt ist oder er diese kennen muss.

Eine Einladung ist allerdings entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt (§ 165 Satz 4 SGB IX).

Zur Beurteilung der fachlichen Eignung des Bewerbers ist auf das in der veröffentlichten Stellenausschreibung enthaltene Anforderungsprofil abzustellen.

„Offensichtlich“ fachlich nicht geeignet ist, wer unzweifelhaft nicht dem Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle entspricht. Bloße Zweifel an der fachlichen Eignung rechtfertigen es nicht, von einer Einladung abzusehen, weil sich Zweifel im Vorstellungsgespräch ausräumen lassen können. Der schwerbehinderte Mensch soll nach § 165 Satz 3 SGB IX die Chance haben, sich in einem Vorstellungsgespräch zu präsentieren und den öffentlichen Arbeitgeber von seiner Eignung zu überzeugen. Insoweit ist der schwerbehinderte Bewerber im Bewerbungsverfahren bessergestellt als ein nicht schwerbehinderter Konkurrent. Schwerbehinderte Bewerber/innen müssen auch dann zwingend zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden, wenn die Sichtung der Bewerbungsunterlagen ergibt, dass andere Bewerber deutlich besser geeignet sind.

(Leits. a. d. Gründen)

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 7.1.2020 – 5 Sa 128/19

### **Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung beim BEM/Quartalsweise Herausgabe von Listen krankheitsbedingt abwesender Arbeitnehmer**

(§§ 167, 176 SGB IX)

Die Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung beim BEM sind begrenzt auf die Gruppe der schwerbehinderten Menschen im Sinne des § 2 Abs. 2, 3 SGB IX. Bei nicht schwerbehinderten Personen in Betrieben ist allein der dazu gem. § 176 SGB IX berufene Betriebsrat zu beteiligen.

(red. Leits.)

LAG Hamm, Beschluss v. 10.1.2020 – 13 TaBV 60/19

Volltext unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)

## **BEM/Inhaltliche Grenzen eines Einigungsstellenspruchs zu Betriebsvereinbarung über BEM** (§ 167 SGB IX, §§ 76, 80, 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG)

Ein Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs umfasst die Prüfung, ob einzelne Spruchregelungen unwirksam sind. Eine teilweise Spruchunwirksamkeit hat das erkennende Gericht als ein Weniger nach § 308 Abs. 1 ZPO zuzuerkennen.

Nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist der Arbeitgeber - wenn Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind - verpflichtet, mit der zuständigen Interessenvertretung (bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung) mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Einer Einigungsstelle mit dem Regelungsauftrag „betriebliches Eingliederungsmanagement“ ist das Aufstellen derjenigen Maßgaben übertragen, die diese Verpflichtung verfahrensmäßig ausformen und in ihren betrieblichen Rahmenbedingungen gestalten.

Der konkret-individuelle Klärungsprozess des § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX findet nicht ohne Beteiligung des Arbeitnehmers statt.

Die verfahrensmäßige Ausgestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements dahingehend, dass der Arbeitnehmer zwischen dessen Durchführung mit den Interessenvertretungen und ohne deren Beteiligung wählen kann, entspricht einem regelkonformen betrieblichen Eingliederungsmanagement.

Die Initiativlast für die Einbindung der in § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX genannten Stellen hat der Arbeitgeber. Dem darf eine (im Spruchwege beschlossene) Betriebsvereinbarung zur verfahrensmäßigen Gestaltung des betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht zuwiderlaufen.

Im konkret zu entscheidenden Fall war die von der Einigungsstelle beschlossene Betriebsvereinbarung „Betriebliches Eingliederungsmanagement“ unwirksam. Nach den mit ihr festgelegten Verfahrenskriterien war die Hinzuziehung des Betriebsrats und ggf. der Schwerbehindertenvertretung zum konkreten Klärungsprozess teilweise in die initiative Verantwortung des betroffenen Arbeitnehmers gestellt.

(Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG)  
BAG, Beschluss v. 19.11.2019 – 1 ABR 36/18

## **BEM/Darlegungslast des Arbeitgebers für „offensichtliche Nutzlosigkeit“/Begriff der Arbeitsunfähigkeit** (§ 167 SGB IX, § 1 KSchG)

Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit ist in der vom Gemeinsamen Bundesausschuss erlassenen Richtlinie über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V (Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie) definiert. Nach der dort in § 3 Abs. 2 enthaltenen Regelung liegt bei Durchführung von ambulanten oder stationären Vorsorge- und Rehabilitationsleistungen keine Arbeitsunfähigkeit vor, es sei denn, dass vor Beginn der Leistung bereits eine Arbeitsunfähigkeit bestand und diese fortbesteht oder die Arbeitsunfähigkeit durch eine interkurrente Erkrankung ausgelöst wird.

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein erneutes BEM von vornherein objektiv aussichtslos gewesen wäre, wenn der Arbeitgeber es versäumt hat, sich bei der Suche nach geeigneten Maßnahmen der Unterstützung durch die in § 167 Abs. 2 SGB IX genannten externen Akteure (hier DGUV-Informatio-

nen, Mitteilungen der Berufsgenossenschaft, Handlungsanleitung des Länderausschusses für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik) zu bedienen.

(red. Leits.)

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 26.9.2019 – 10 Sa 864/19

### **BEM/Hinzuziehung von Schwerbehindertenvertretung und Werks-/Betriebsarzt** (§ 167 SGB IX, § 1 KSchG)

Bei krankheitsbedingter Kündigung ist es im Rahmen seiner Darlegungs- und Beweislast Aufgabe des Arbeitgebers, zu den krankheitsbedingten Fehlzeiten des Arbeitnehmers als Teil des Kündigungsgrundes konkret nach deren zeitlicher Lage vorzutragen und im Bestreitensfalle Beweis anzubieten, § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG. Ebenso ist es Sache des Arbeitgebers, bei sachgerechtem Vortrag des Arbeitnehmers zu den Krankheitsursachen vorzutragen und im Bestreitensfalle Beweis dafür anzubieten, dass es sich nicht um ausgeheilte Krankheiten handelt, sondern um Krankheiten, mit deren Wiederauftreten zu rechnen ist. Auch die negative Prognose ist Teil des Kündigungsgrundes und vom Arbeitgeber zu beweisen, § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG.

Die ordnungsgemäße Durchführung des BEM-Verfahrens ist zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. § 167 Abs. 2 SGB IX konkretisiert aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit Hilfe des BEM-Verfahrens können geeignete, mildere und zumutbare Mittel als die Kündigung erkannt und entwickelt werden. Nur wenn auch die Durchführung eines BEM-Verfahrens keine positiven Ergebnisse hätte zeitigen können, ist sein Unterbleiben unschädlich. Insoweit hat der Arbeitgeber eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast. Um darzutun, dass die Kündigung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt und ihm keine milderen Mittel zur Überwindung der krankheitsbedingten Störungen des Arbeitsverhältnisses als die Beendigung offenstanden, muss der Arbeitgeber die objektive Nutzlosigkeit des nicht erfolgten oder nicht ordnungsgemäß durchgeführten BEM-Verfahrens darlegen. Hierzu hat er umfassend und detailliert vorzutragen, warum ein BEM-Verfahren in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerliche Krankheitszeiten bzw. der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entgegen zu wirken. Wenn es denkbar ist, dass ein BEM-Verfahren ein positives Ergebnis gebracht und das gemeinsame Suchen nach Maßnahmen zum Abbau von Fehlzeiten bzw. zur Überwindung der Arbeitsunfähigkeit, also Erfolg gehabt hätte, muss sich der Arbeitgeber regelmäßig vorhalten lassen, er habe "vorschnell" gekündigt.

Diese erhöhte Vortragslast des Arbeitgebers besteht nicht nur dann, wenn der Arbeitgeber kein BEM-Verfahren durchgeführt hat, sondern auch, wenn er ein BEM-Verfahren durchgeführt hat, das nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen des § 167 Abs. 2 SGB IX genügt hat.

Nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nimmt am BEM-Verfahren der Betriebsrat und bei Schwerbehinderten Menschen die Schwerbehindertenvertretung nur teil, wenn der Arbeitnehmer dies wünscht. Darüber ist der Arbeitnehmer zu informieren und ihm die Entscheidung über deren Teilnahme freizustellen. Es ist Sache des Arbeitnehmers, ob er eine Begleitung durch seine betriebliche Interessenvertretung im BEM-Verfahren wünscht. Er kann auf diese Begleitung verzichten.

Nach § 167 Abs. 2 Satz 2 SGB IX wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen, soweit erforderlich. Bei der gemeinsamen Suche von Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach einer Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb, mit der bestehende Arbeitsunfähigkeit überwunden werden kann oder erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann, kann die Zuziehung eines Werks- oder Betriebsarztes regelmäßig sinnvoll und erforderlich sein, muss es aber nicht, weil beispielsweise hinreichende Entscheidungshilfen dazu bereits aus den Stellungnahmen der den Arbeitnehmer behandelnden Ärzte vorliegen oder weil es vor dem Hintergrund unstreitiger gesundheitlicher Einschränkungen der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nur um Art und Ausmaß der Leistungen und Hilfen des Arbeitgebers geht. Schließlich muss es dem Arbeitnehmer auch möglich sein, auf die Zuziehung des Werks- oder Betriebsarztes ganz zu verzichten und



selber die erforderliche arbeitsmedizinische Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit über einen Arzt seines Vertrauens im BEM-Verfahren beizubringen.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)  
LAG Nürnberg, Urteil v. 18.2.2020 – 7 Sa 124/19

### **BEM/Krankheitsbedingte Kündigung bei Verweigerung der Teilnahme** (§ 167 SGB IX, § 1 KSchG)

Dem Arbeitgeber, der ein BEM-Verfahren entgegen § 167 Abs. 2 SGB IX nicht durchführt, kann regelmäßig vorgehalten werden, es hätten mildere Mittel als die Kündigung zur Verfügung gestanden, um auf die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu reagieren. Die gleichwohl ausgesprochene Kündigung ist dann unverhältnismäßig und damit sozial ungerechtfertigt. Ein BEM findet gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX allerdings nur mit Zustimmung und Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers statt, d.h., ohne das Einverständnis des Arbeitnehmers kann nicht geklärt werden, ob und auf welche Weise auf die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers reagiert und ob von einer Kündigung Abstand genommen werden kann. Hätte der Arbeitnehmer sich an dem betrieblichen Eingliederungsmanagement jedoch ohnehin nicht beteiligt, kann sein Fehlen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zu Lasten des Arbeitgebers gehen. Dass der Arbeitnehmer einer Einladung, sich an einem BEM zu beteiligen, keine Folge geleistet hätte, war aufgrund folgender Umstände anzunehmen. So hatte sich der Arbeitnehmer schon zuvor gegenüber dem Arbeitgeber nicht inhaltlich zu seinem Gesundheitszustand geäußert. Er hat es ferner abgelehnt, im Betrieb zu erscheinen, weil er dort auf den Geschäftsführer treffen könnte. Selbst der Einladung des Integrationsamtes, im Zusammenhang mit der geplanten Kündigung zu einem Gespräch zu erscheinen, hat der Arbeitnehmer keine Folge geleistet, weil er das Betriebsgelände nicht betreten könne. Bei dieser Sachlage spricht nichts dafür, dass der Arbeitnehmer einer Einladung zu einem BEM gefolgt wäre; eine derartige Einladung hat das Arbeitsgericht zu Recht als bloße Förmerei angesehen.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)  
LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 27.2.2019 – 17 Sa 1605/18

### **BEM/Übermittlung von Krankheitszeiten an die Gleichstellungsbeauftragte/Rechtsschutz** (§ 167 SGB IX)

Ist in einer Dienstvereinbarung vorgesehen, dass Krankheitszeiten der Beschäftigten an die Gleichstellungsbeauftragte weiterzuleiten sind, wenn die Krankheitszeiten sechs Wochen innerhalb eines Jahres übersteigen, kann ein Beschäftigter dies nicht im Wege einer (vorbeugenden) Unterlassungsklage untersagen lassen. Für eine solche Klage fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn völlig offen ist, ob es je zu einer solchen Datenübermittlung kommen wird, weil solche langen Krankheitszeiten aktuell nicht in Sicht sind. Es ist dem Beschäftigten zuzumuten, erst dann um (erforderlichenfalls einstweiligen) Rechtsschutz nachzusuchen, wenn solche langen Krankheitszeiten für ihn konkret absehbar sind.

(red. Leits.)  
VGH Hessen, Beschluss v. 30.4.2020 – 1 A 1825/16

### **BEM/Hinweis zu Art und Umfang der erhobenen und verwendeten Daten** (§ 167 SGB IX)

Zur ordnungsgemäßen Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements bedarf es zwingend des nach § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX vorgeschriebenen Hinweises des Arbeitgebers an den betroffenen Arbeitnehmer. Danach ist die betroffene Person oder ihr gesetzlicher Vertreter zuvor auf die Ziele des

betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Erforderlich ist ein konkreter Hinweis auf Art und Umfang der erhobenen und verwendeten Daten.

Die bloße Regelung der Datenverwendung in einer Betriebsvereinbarung genügt nicht den gesetzlichen Anforderungen des § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX, der ausdrücklich einen konkreten Hinweis an den Arbeitnehmer verlangt. Dem könnte der Arbeitgeber im Einladungsschreiben mit einem inhaltlichen Hinweis oder mit dem Hinweis auf eine beigefügte Betriebsvereinbarung Rechnung tragen. Die bloße Existenz einer Betriebsvereinbarung genügt den gesetzlichen Anforderungen jedoch nicht.

Eine Betriebsvereinbarung erfüllt die gesetzlichen Anforderungen des § 167 Abs. 2 Satz 3 SGB IX nicht, wenn sie zum Datenschutz lediglich Ausführungen dazu enthält, wie mit Daten umgegangen wird, zu Art und Umfang der erhobenen und verwendeten Daten aber konkrete Angaben fehlen.

Der Arbeitnehmer genügt seiner prozessualen Mitwirkungspflicht im Kündigungsschutzprozess schon dann, wenn er vorträgt, die behandelnden Ärzte hätten seine gesundheitliche Entwicklung positiv beurteilt und er gleichzeitig diese Ärzte von ihrer ärztlichen Schweigepflicht entbindet. Aufgabe des Arbeitgebers ist dann, den Beweis der Berechtigung der negativen Gesundheitsprognose - ggf. durch zeugenschaftliche Vernehmung der behandelnden Ärzte - zu führen.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)  
LAG Köln, Urteil v. 17.6.2020 – 3 Sa 153/20  
Volltext unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)

#### **Außerordentliche Kündigung schwerbehinderter Menschen/Nachschieben von Kündigungsgründen** (§ 168 SGB IX, § 626 BGB)

Bei einem schwerbehinderten Arbeitnehmer scheidet das Nachschieben von Kündigungsgründen im Kündigungsschutzprozess an der insoweit regelmäßig fehlenden vorherigen Mitteilung dieser Kündigungsgründe an das Integrationsamt. Diese ist anders als die Betriebsratsanhörung nicht nachholbar.

Jegliche arbeitsrechtliche Berücksichtigung von nicht dem Integrationsamt mitgeteilten Gründen ließe die gesetzlich vorgegebene, strikte verfahrensmäßige Trennung von Verwaltungs- und Arbeitsgerichtsverfahren außer Acht. Gesetzeskonform ist daher allein ein generelles Verbot des Nachschiebens von Kündigungsgründen.

(1. amtl. Leits./2. Leits. a. d. Gründen)  
LAG Köln, Urteil v. 15.7.2020 – 3 Sa 736/19  
Volltext unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)

#### **Krankheitsbedingte Kündigung/Sonderkündigungsschutz bei Berufung auf Schwerbehinderteneigenschaft erst nach Kündigung** (§ 168 SGB IX, § 1 KSchG)

Die Voraussetzungen für eine wirksame krankheitsbedingte Kündigung unterscheiden sich je nachdem, ob ein Fall einer oder jedenfalls nur weniger Langzeiterkrankungen vorliegt oder ein Fall häufiger Kurzerkrankungen. Beruhen die Ausfallzeiten – wie vorliegend – sowohl auf Kurzerkrankungen als auch teilweise auf Langzeiterkrankungen, sind die Regeln für die krankheitsbedingte Kündigung bei häufigen Kurzerkrankungen anzuwenden.

Da der Arbeitgeber im Regelfall keine Kenntnis von den medizinischen Ursachen der krankheitsbedingten Ausfallzeiten hat, ist es ihm erlaubt, seine Prognose der zukünftigen Ausfallzeiten zunächst allein anhand

der Statistik der bisherigen Ausfallzeiten vorzunehmen. Summieren sich im Referenzzeitraum vor Ausspruch der Kündigung die Ausfallzeiten in allen Jahren des Referenzzeitraums jeweils auf über 42 Kalendertage, darf der Arbeitgeber – und das Gericht – zunächst davon ausgehen, dass auch zukünftig mit weiteren Ausfallzeiten in vergleichbarem Umfang gerechnet werden muss.

Der Arbeitgeber ist nur dann zu einer medizinisch im Einzelnen begründeten Prognose zukünftiger Ausfallzeiten verpflichtet, wenn der gekündigte Arbeitnehmer die über die Ausfallzeiten als Indiz begründete Grob-Prognose mit geeigneten Argumenten substantiiert bestreitet. Gefordert wird insoweit ein wenigstens laienhafter Vortrag des Arbeitnehmers zu den medizinischen Ursachen der Ausfallzeiten und zu den positiven Perspektiven für die zukünftige Entwicklung seines Gesundheitszustands. Außerdem muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch die Entbindung der Ärzte von der Schweigepflicht ermöglichen, nunmehr eine medizinisch fundierte Prognose der zukünftigen gesundheitlichen Entwicklung des Arbeitnehmers vornehmen zu können.

Hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung bereits einen Bescheid über seine Schwerbehinderteneigenschaft erhalten oder wenigstens rechtzeitig einen entsprechenden Antrag gestellt, steht ihm der Sonderkündigungsschutz nach §§ 168 ff SGB IX auch dann zu, wenn der Arbeitgeber von der Schwerbehinderteneigenschaft oder der Antragstellung keine Kenntnis hatte.

Allerdings unterliegt das Recht des Arbeitnehmers, sich nachträglich auf eine Schwerbehinderung oder eine rechtzeitige Antragstellung zu berufen und die Zustimmungsbefürftigkeit der Kündigung geltend zu machen, der Verwirkung (§ 242 BGB). Als Maßstab für die Rechtzeitigkeit der Geltendmachung der Rüge der Schwerbehinderung ist von der Drei-Wochen-Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage aus § 4 Satz 1 KSchG auszugehen. Binnen dieser Frist muss der Arbeitnehmer entscheiden, ob er gegen die Kündigung vorgehen will. Dieser Zeitraum steht ihm deshalb grundsätzlich auch für die Entscheidung zur Verfügung, ob er sich auf eine dem Arbeitgeber noch nicht bekannte Schwerbehinderteneigenschaft oder ein diesbezügliches Antragsverfahren berufen möchte. Diese Drei-Wochen-Frist ist nach der zitierten Rechtsprechung allerdings keine starre Höchstfrist. Vielmehr ist diese Frist, um die Anzahl der Tage zu erhöhen, die man üblicherweise zur Übermittlung dieser Information an den Arbeitgeber veranschlagen muss. Welchen Umfang dieser Aufschlag auf die Regelfrist allgemein oder im konkreten Einzelfall hier hat, kann dahinstehen. Es kann großzügig zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden, dass diese Zusatz-Frist nochmals zwei Wochen umfasst.

(Leits. a. d. Gründen)

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 13.8.2019 – 2 Sa 217/18

### **Außerordentliche Kündigung schwerbehinderter Menschen/Kündigungserklärungsfrist/Rechtzeitigkeit der Antragstellung beim Integrationsamt** (§§ 168, 174 SGB IX, § 626 BGB)

Nach § 91 Abs. 5 SGB IX aF (§ 174 Abs. 5 SGB IX nF) kann eine außerordentliche Kündigung auch nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB erfolgen, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung des Integrationsamtes erklärt wird.

Entsprechend der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 BGB bedeutet „unverzüglich“ auch im Rahmen von § 91 Abs. 5 SGB IX aF (§ 174 Abs. 5 SGB IX nF) „ohne schuldhaftes Zögern“. Schuldhaft ist ein Zögern, wenn das Zuwarten durch die Umstände des Einzelfalls nicht geboten ist. Da „unverzüglich“ weder „sofort“ bedeutet noch damit eine starre Zeitvorgabe verbunden ist, kommt es auf eine verständige Abwägung der beiderseitigen Interessen an. Nach einer Zeitspanne von mehr als einer Woche ist ohne das Vorliegen besonderer Umstände grundsätzlich keine Unverzüglichkeit mehr gegeben.

Die Zustimmung ist „erteilt“ iSv. § 91 Abs. 5 SGB IX aF (§ 174 Abs. 5 SGB IX nF), sobald eine solche Entscheidung innerhalb der Frist des § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX aF (§ 174 Abs. 3 Satz 1 SGB IX nF) getroffen und der antragstellende Arbeitgeber hierüber in Kenntnis gesetzt oder wenn eine Entscheidung innerhalb der

Frist des § 91 Abs. 3 Satz 1 SGB IX aF (§ 174 Abs. 3 Satz 1 SGB IX nF) nicht getroffen worden ist; in diesem Fall gilt die Zustimmung mit Ablauf der Frist gem. § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX aF (§ 174 Abs. 3 Satz 2 SGB IX nF) als erteilt.

Die Frage der Rechtzeitigkeit der Antragstellung beim Integrationsamt bestimmt sich nach § 91 Abs. 2 SGB IX aF (§ 174 Abs. 2 SGB IX nF). Die Einhaltung der Frist ist Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Erteilung der Zustimmung. Sie ist allein vom Integrationsamt bzw. im Falle der Anfechtung der Entscheidung von den Verwaltungsgerichten zu prüfen. Liegt eine Zustimmung zur Kündigung vor, haben die Arbeitsgerichte dies ihren Entscheidungen zugrunde zu legen.

(Leits. a. d. Gründen)

BAG, Urteil v. 27.2.2020 – 2 AZR 390/19

### **Außerordentliche Kündigung schwerbehinderter Menschen/Kündigungserklärungsfrist/Frist für Antrag an Integrationsamt**

(§§ 168, 174 SGB IX, § 626 BGB)

Die Gerichte für Arbeitsachen haben bei einer außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen zu prüfen, ob die Kündigung unverzüglich iSd. § 174 Abs. 5 SGB IX erklärt wurde, während die Einhaltung der zweiwöchigen Antragsfrist des § 174 Abs. 2 SGB IX allein vom Integrationsamt zu beurteilen ist.

Entsprechend der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 BGB bedeutet „unverzüglich“ auch im Rahmen von § 174 Abs. 5 SGB IX „ohne schuldhaftes Zögern“. Schuldhaft ist ein Zögern dann, wenn das Zuwarten durch die Umstände des Einzelfalls nicht geboten ist. Da „unverzüglich“ weder „sofort“ bedeutet noch damit eine starre Zeitvorgabe verbunden ist, kommt es auf eine verständige Abwägung der beiderseitigen Interessen an. Dabei ist nicht allein die objektive Lage maßgebend. Solange derjenige, dem unverzügliches Handeln abverlangt wird, nicht weiß, dass er die betreffende Rechtshandlung vornehmen muss, oder es mit vertretbaren Gründen annehmen kann, er müsse sie noch nicht vornehmen, liegt kein „schuldhaftes“ Zögern vor. Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Arbeitgeber die zuständigen Arbeitnehmervertretungen erst nach Abschluss des Verfahrens vor dem Integrationsamt beteiligt.

Gegen ein Verständnis von § 174 Abs. 5 SGB IX als „Ausdehnung“ der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB oder „Aufschieben“ ihres Ablaufs spricht der Gesetzeswortlaut von § 174 Abs. 5 SGB IX. Die Regelung bestimmt, dass eine Kündigung gerade „auch nach Ablauf der Frist des § 626 Absatz 2 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ erfolgen kann, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung erklärt wird. Darin liegt keine „Ausdehnung“ der Frist oder ein „Aufschieben“ ihres Ablaufs. Der Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB ist vielmehr Anwendungsvoraussetzung von § 174 Abs. 5 SGB IX.

Nach der gesonderten Fristenregelung in § 174 Abs. 2 SGB IX kann die gemäß § 174 Abs. 1 iVm. § 168 SGB IX erforderliche Zustimmung des Integrationsamts zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber nur innerhalb von zwei Wochen beantragt werden (§ 174 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Die Frist beginnt gemäß § 174 Abs. 2 Satz 2 SGB IX mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Die Fristbestimmungen sind damit § 626 Abs. 2 Satz 2 BGB nachgebildet. Die Systematik zeigt, dass der Gesetzgeber sie zusammen mit der Anforderung gemäß § 174 Abs. 5 SGB IX als Äquivalent und damit entgegen der bisherigen Senatsrechtsprechung - als Ersatz für die Einhaltung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB konzipiert hat. Dem Problem, dass der Arbeitgeber bereits zu lange zugewartet haben kann, bevor er einen Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung beim Integrationsamt stellt, ist demnach durch § 174 Abs. 2 SGB IX abschließend Rechnung getragen.

Für das Anlaufen der Frist des § 626 Abs. 2 BGB gelten bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers folgende Grundsätze:

Der Arbeitgeber muss wegen seiner eingeschränkten Kontaktaufnahmemöglichkeit mit dem erkrankten Arbeitnehmer und dessen fehlender Verpflichtung, den Grund und die Auswirkungen seiner Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen regelmäßig nicht nachforschen, ob der Arbeitnehmer trotz Arbeitsunfähigkeit an einer Anhörung teilnehmen kann bzw. versuchen, ihn zu der Teilnahme an einer Anhörung zu bewegen.

Andererseits kann der Arbeitgeber auch während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit außerordentlich kündigen. Daher darf er, sofern er sich die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung offenhalten will, auch im Fall der Erkrankung des Arbeitnehmers, nicht beliebig lang zuwarten, bis er versucht, mit diesem auch während der Arbeitsunfähigkeit die erforderliche Sachverhaltsaufklärung durchzuführen. Insoweit ist der Arbeitgeber nach einer angemessenen Frist gehalten, mit dem Arbeitnehmer Kontakt aufzunehmen, um zu klären, ob dieser gesundheitlich in der Lage ist, an der gebotenen Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken. Diese Anfrage kann der Arbeitgeber mit einer kurzen Erklärungsfrist verbinden.

Für die Dauer der „angemessenen“ Frist, binnen welcher der Arbeitgeber an den erkrankten Arbeitnehmer zur Klärung seiner Fähigkeit herantreten muss, an der Aufklärung des möglichen Kündigungssachverhalts mitzuwirken, bestehen keine starren Grenzen. Der Senat hat einen Zeitraum von drei Wochen für die Kontaktaufnahme mit einer arbeitsunfähig erkrankten Zeugin wegen der Entbindung von einer Vertraulichkeitsvereinbarung noch als ausreichend angesehen und nicht beanstandet.

(1. amtl. Leits./Leits. a. d. Gründen)  
BAG, Urteil v. 11.6.2020 – 2 AZR 442/19

### **Außerordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Beschäftigten/Fristberechnung beim Antrag auf Zustimmung**

(§§ 168, 174 SGB IX, § 626 BGB)

Der Antrag auf Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung muss gemäß § 174 Abs. 2 SGB IX innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis des maßgeblichen Ereignisses schriftlich bei dem für den Sitz des Betriebes zuständigen Integrationsamt eingehen.

Maßgeblicher Bezugspunkt für die Kenntnis ist der Arbeitgeber (§ 174 Abs. 2 SGB IX) bzw. der Kündigungsberechtigte (§ 626 Abs. 2 BGB). Dies ist grundsätzlich diejenige (natürliche) Person, die im konkreten Fall innerhalb der Organisation des Arbeitgebers zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung berechtigt ist.

Die Kenntnis anderer Personen ist für die Zwei-Wochen-Frist grundsätzlich unbeachtlich. Dies gilt auch dann, wenn den Mitarbeitern Aufsichtsfunktionen übertragen worden sind. Ausnahmsweise muss der Arbeitgeber sich die Kenntnis auch anderer Personen nach Treu und Glauben zurechnen lassen, wenn diese eine herausgehobene Position und Funktion im Betrieb oder der Verwaltung haben und tatsächlich sowie rechtlich in der Lage sind, einen Sachverhalt, der Anhaltspunkte für eine außerordentliche Kündigung (hier Verdacht des Arbeitszeitbetrugs) bietet, so umfassend klären zu können, dass mit ihrer Meldung der Kündigungsberechtigte ohne weitere Erhebungen und Ermittlungen seine (Kündigungs-)Entscheidung treffen kann. Dementsprechend muss der Mitarbeiter in einer ähnlich selbständigen Stellung sein, wie ein gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Stellvertreter des Arbeitgebers. Dies ist für die Personalabteilung und die Geschäftsführung des Jobcenters anzunehmen, da jedenfalls von diesen Stellen angenommen werden musste, dass sie den eigentlich Kündigungsberechtigten zeitnah unterrichten werden.

Die Zwei-Wochen-Frist beginnt allerdings nicht schon automatisch nach der bloßen (positiven) Kenntnis von den die Kündigung begründenden Tatsachen, hier die (vermeintliche) Diskrepanz hinsichtlich der Arbeitszeiterfassung. Denn sie soll dem Kündigungsberechtigten im Sinne einer Bedenkzeit voll, das heißt von da an zur Verfügung stehen, wo er sich anhand seiner Kenntnis des Sachverhalts über die Fortsetzung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses entscheiden kann. Eine dadurch eintretende Verzögerung der

Kündigungserklärung muss der Kündigungsgegner jedenfalls dann in Kauf nehmen, wenn die Zwischenzeit nach verständigen Maßstäben zur Vorbereitung einer abgewogenen Entscheidung genutzt worden ist, weil dies im beiderseitigen Interesse liegt.

Der Ablauf der Ausschlussfrist ist allerdings nur solange gehemmt, wie der Arbeitgeber die nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlichen Ermittlungen zügig in der gebotenen Eile durchführt. Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber substantiiert zu genauen Zeitpunkten und konkreten Ermittlungsmaßnahmen vor Beantragung der Zustimmung vorträgt.

(Leits. a. d. Gründen)

VG Mainz, Urteil v. 20.2.2020 – 1 K 560/19.MZ

### **Zustimmung des Integrationsamtes bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Beschäftigten aufgrund Erwerbsminderung**

(§§ 168, 174 SGB IX, §§ 15, 17, 21 TzBfG)

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung aufgrund des Eintritts einer teilweisen Erwerbsminderung erfordert bei einem schwerbehinderten oder ihm gleichgestellten Menschen nach § 92 Satz 1 SGB IX in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes, wenn bei Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Eintritt der auflösenden Bedingung nach §§ 21, 15 Abs. 2 TzBfG die Anerkennung der Schwerbehinderung oder die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen erfolgt ist oder die entsprechende Antragstellung mindestens drei Wochen zurückliegt.

BAG, Urteil v. 16.1.2018 – 7 AZR 622/15

### **Wahl der Schwerbehindertenvertretung/Anfechtung der Wahl wegen Aushang des Wahlausschreibens an ungeeigneter Stelle**

(§ 177 SGB IX, § 5 Abs. 2 SchwbVVO, § 19 BetrVG)

Gemäß § 5 Abs. 2 SchwbVVO ist eine Abschrift oder ein Abdruck des Wahlausschreibens vom Tage seines Anlasses bis zum Wahltag an einer oder mehreren geeigneten, den Wahlberechtigten zugänglichen Stellen vom Wahlvorstand auszuhängen und in gut lesbarem Zustand zu erhalten. Die Bekanntgabe per Aushang ist zwingend. Eine Verletzung der Aushangspflicht führt wegen der essenziellen Bedeutung des Aushangs im Hinblick auf den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl in aller Regel zu einer Anfechtbarkeit der Wahl.

Eine Aushangstelle ist in der Regel dann geeignet, wenn sie von einer möglichst großen Zahl von Beschäftigten aufgesucht und eingesehen werden kann, denn Ziel ist, dass möglichst viele wahlberechtigte beschäftigte Kenntnis von der Durchführung der Wahl nehmen können. Die Auswahl der geeigneten Stelle obliegt dem Wahlvorstand.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)

LAG Baden-Württemberg, Beschluss v. 10.6.2020 – 4 TaBV 5/19

### **Wahl der Schwerbehindertenvertretung/Wählbarkeit zur Schwerbehindertenvertretung der zuweisenden Behörde bei Zuweisung an das Jobcenter**

(§ 177 SGB IX, § 44g SGB II)

§ 177 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 SGB IX stellt eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren dar. Danach steht das passive Wahlrecht zur Schwerbehindertenvertretung allen Beschäftigten in der Dienststelle zu, die dieser am Wahltag seit sechs Monaten angehören.

Der bloße Bestand eines Arbeitsverhältnisses (hier zwischen der Arbeitnehmerin und dem Träger der Dienststelle) als solcher vermag die Angehörigkeit zu der die Schwerbehindertenvertretung wählenden Dienststelle nicht zu vermitteln, auch wenn dieser Zuständigkeiten im Zusammenhang mit Einstellung und Entlassung von Personen zukommen, die dem Jobcenter zugewiesen sind. Zu fordern ist vielmehr eine Eingliederung in die reale Arbeitsorganisation.

Regelungen eines Landespersonalvertretungsgesetzes können Anordnungen eines Bundesgesetzes wie dem SGB IX nicht außer Kraft setzen.

(red. Leits.)

ArbG Berlin, Beschluss v. 6.11.2019 – 60 BV 15435/18

### **Wahl der Schwerbehindertenvertretung/Grundsatz der Chancengleichheit/Wahlwerbung unter Ausnutzung des Mandats**

(§ 177 SGB IX, § 19 BetrVG)

Nach dem ungeschriebenen Grundsatz der Chancengleichheit soll jeder Wahlbewerber die gleichen Möglichkeiten im Wahlkampf und im Wahlverfahren und damit die gleiche Chance im Wettbewerb um die Wählerstimmen haben. Hierbei handelt es sich um ein notwendiges Element einer demokratischen Wahl und damit eine wesentliche Verfahrensvorschrift, die verletzt wird, wenn der Wahlvorstand einzelnen Bewerbern Vorrechte gegenüber anderen einräumt.

Dasselbe gilt, wenn sich einzelne Wahlbewerber selbst Vorrechte gegenüber Mitbewerbern herausnehmen. Auch hierdurch kann die Chancengleichheit der Wahlbewerber beeinträchtigt werden. Dies gilt sogar dann, wenn der Wahlvorstand dies nicht veranlasst hat, noch nach Bekanntwerden eines erfolgten Verstoßes durch auf Ausgleich bedachte Maßnahmen rückgängig machen kann.

(Leits. a. d. Gründen)

LAG Hessen, Beschluss v. 25.5.2020 – 16 TaBV 147/19

ZfPR *online* 12/2020, S. 10

### **Wahl der Schwerbehindertenvertretung/Grundsatz der Chancengleichheit/Behandlung der Freiumschläge bei Briefwahl**

(§ 177 SGB IX, §§ 11, 12 SchwbVVO, § 19 BetrVG)

Der ungeschriebene Grundsatz der Chancengleichheit der Wahlbewerber ist ein notwendiges Element einer demokratischen Wahl und damit eine wesentliche Verfahrensvorschrift, die verletzt wird, wenn der Wahlvorstand einzelnen Bewerbern Vorrechte gegenüber anderen einräumt. Dasselbe muss gelten, wenn sich einzelne Wahlbewerber selbst Vorrechte gegenüber Mitbewerbern herausnehmen.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Wahl liegt vor, wenn Wahlbewerber sich nicht - wie die übrigen Wahlbewerber - darauf beschränken, Wahlwerbung auf der vom Arbeitgeber im Intranet hierfür zur Verfügung gestellten Seite zu platzieren, sondern unmittelbar vor der Wahl Wahlwerbung an die privaten Postadressen der Wahlberechtigten versenden.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)

LAG Hessen, Beschluss v. 15.6.2020 – 16 TaBV 116/19

ZfPR *online* 12/2020, S. 13

## **Wahl der Schwerbehindertenvertretung/Werbung per Dienstpost**

(§ 177 SGB IX, § 20 BetrVG)

Wahlwerbung ist grundsätzlich zulässig. Die hiermit verbundene Ansprache und Beeinflussung des Wahlberechtigten ist, solange keine unzulässigen Mittel verwandt werden, Bestandteil eines demokratischen Wahlverfahrens.

Die tatsächliche und finanzielle Unterstützung einer Gruppe von Kandidaten bei der Wahlwerbung durch den Arbeitgeber kann einen Verstoß gegen § 20 Abs. 2 BetrVG darstellen, der zur Unwirksamkeit der Betriebsratswahl führt (aktive Weitergabe von Kontaktdaten der Wahlberechtigten an einen Wahlbewerber, Anordnung oder Billigung der Verwendung der Dienstpost, Unterstützung von Herstellung und Versand der Wahlwerbung per Dienstpost)

Das Gebot der Chancengleichheit kann auch durch ein Unterlassen des Arbeitgebers verletzt werden, wenn dieser beispielsweise das wilde Plakatieren der einen Liste zum Nachteil einer anderen duldet oder einer verbotenen Versendung von Werbe-E-Mails an die Mitarbeiter tatenlos zusieht. Das Neutralitätsgebot wird jedoch nur dann verletzt, wenn den Arbeitgeber eine Rechtspflicht zum Handeln trifft. Eine solche ist allenfalls ausnahmsweise anzunehmen, da der Arbeitgeber mit jedem Eingriff in das Wahlgeschehen selbst Gefahr läuft, die Wahl zu beeinflussen.

Ein Wahlbewerber hat keinen eigenständigen Anspruch gegen den Wahlvorstand auf die Erteilung von Informationen über die persönlichen Kontaktdaten, insbesondere die Wohnanschrift von Wahlberechtigten, da insoweit das Interesse der anderen Wahlberechtigten überwiegt, selbst zu bestimmen, ob und von wem sie außerhalb ihrer Berufstätigkeit und ihrer Arbeitsstätte aus dem Kreis der Arbeitskollegen kontaktiert werden.

Durch die Verwendung der Dienstpost für den Versand des Werbematerials verschafft ein Wahlbewerber seiner Liste gegenüber der konkurrierenden Liste einen Vorteil. Denn sind im Sichtfenster der Briefumschläge lediglich die Adressen der Empfänger und nicht des Absenders erkennbar und enthalten die Umschläge den auch bei offizieller Dienstpost verwendeten Stempel des Arbeitgebers, ist es - anders als bei offensichtlicher Reklame - üblich, dass Mitarbeiter offizielle Dienstpost öffnen und lesen, da diese nicht selten für diese relevante Sachverhalte oder Informationen enthalten, die das Arbeitsverhältnis betreffen. Damit haben auch Mitarbeiter, die einen etwaigen Briefumschlag, der offensichtlich von einem Wahlbewerber stammt und in der Zeit der Wahlwerbung zugeht, ungeöffnet weggeworfen hätten, diesen zunächst geöffnet. Dieser Vorteil verletzt das Gebot der Chancengleichheit.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)

ArbG Frankfurt, Beschluss v. 7.8.2019 – 17 BV 675/18

## **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/In Unkenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft getroffene Maßnahmen**

(§ 178 SGB IX)

Eine Maßnahme, die vom Dienstherrn in Unkenntnis der Schwerbehinderteneigenschaft des Beamten diesem gegenüber getroffen wird, ist nicht wegen einer unterbliebenen Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung rechtswidrig, wenn der Beamte es unterlassen hat, den Dienstherrn von der Schwerbehinderung oder der Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten in Kenntnis zu setzen.

(Leits. a. d. Gründen)

BVerwG, Beschluss v. 17.4.2020 – 2 B 7.20

ZfPR *online* 12/2020, S. 2



### **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Umsetzung vor Entscheidung über Gleichstellungsantrag/Schutz einfach behinderter Menschen**

(§ 178, §§ 2, 151 SGB IX)

Hat ein als behinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 30 anerkannter Arbeitnehmer die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen beantragt und dies dem Arbeitgeber mitgeteilt, ist der Arbeitgeber nicht nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung von der beabsichtigten Umsetzung dieses Arbeitnehmers (vorsorglich) zu unterrichten und sie hierzu anzuhören, wenn über den Gleichstellungsantrag zu diesem Zeitpunkt noch nicht entschieden ist.

BAG, Beschluss v. 22.1.2020 – 7 ABR 18/18  
ZfPR *online* 12/2020, S. 3

### **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Leistungsbeurteilung schwerbehinderter Beschäftigter**

(§ 178 SGB IX)

Vor einer tariflichen Leistungsbeurteilung bei Schwerbehinderten oder ihnen gleichgestellten Beschäftigten ist die Schwerbehindertenvertretung gem. § 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX zu beteiligen.

Das Beteiligungsrecht der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 178 Abs. 2 SGB IX ist nicht durch das tarifliche System der Leistungsbeurteilung im ERA-TV und der auf dieser Grundlage geschlossenen Betriebsvereinbarung ausgeschlossen.

(Leits. a. d. Gründen)

LAG Hamm, Beschluss v. 14.1.2020 – 7 TaBV 63/19

### **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Dienstliche Beurteilung bei Schwerbehinderung**

(§ 178 SGB IX)

Erfolgreiche Beschwerde des Antragsgegners in einem Konkurrentenstreitverfahren.

Die Berücksichtigung der Auswirkungen einer Schwerbehinderung bei der dienstlichen Beurteilung eines Beamten setzt deren Ermittlung voraus. Hierzu ist es, wenn die gesundheitlichen Einschränkungen des Beamten bekannt und dessen Angaben zu ihren Auswirkungen bei der Dienstverrichtung plausibel sind, regelmäßig nicht erforderlich, eine (amts-)ärztliche Untersuchung des Antragstellers anzuordnen.

Eine dienstliche Beurteilung stellt keine Entscheidung im Sinne des § 178 Abs. 2 SGB IX dar, bei der die Schwerbehindertenvertretung anzuhören und die ihr mitzuteilen wäre.

Dem Dienstherrn ist hinsichtlich der Frage, ob verschiedene Bewerber nach ihren aktuellen dienstlichen Beurteilungen als im Wesentlichen gleich beurteilt angesehen werden, ein Wertungsspielraum eröffnet.

Auch die Rüge eines Konkurrenten kann die Pflicht des Dienstherrn zur Plausibilisierung der in einer dienstlichen Beurteilung enthaltenen Wertungen auslösen.

OVG Nordrhein-Westfalen – Beschluss v. 28.1.2020 – 6 B 1120/19  
Volltext unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)

---

**Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Aussetzung einer vorläufigen Dienstenthebung nach Art. 53 BayDG wegen fehlender Anhörung der Schwerbehindertenvertretung**  
(§ 178 SGB IX, Art. 59 BayDG)

Die fehlende oder fehlerhafte Anhörung der Schwerbehindertenvertretung ist zwar nach § 178 Abs. 2 Satz 2 SGB IX grundsätzlich heilbar, dies führt aber nicht zur Anwendung des Mängelbeseitigungsverfahrens nach Art. 53 Abs. 3 BayDG. Das Mängelbeseitigungsverfahren gilt nur für das Disziplinarverfahren. Eine Notwendigkeit zur entsprechenden Anwendung im gerichtlichen Verfahren über die Aussetzung einer vorläufigen Dienstenthebung besteht nicht. Denn während im Disziplinarverfahren aufgrund der Regelung des Art. 59 BayDG anderenfalls ein Klageverbrauch einträte, ist es dem Dienstherrn unbenommen, nach korrekter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung erneut über die vorläufige Dienstenthebung und die Einbehaltung von Dienstbezügen zu entscheiden.

Die Schwerbehindertenvertretung ist vor Erlass der Disziplinarmaßnahme zu beteiligen. Der Zeitpunkt des Erlasses bestimmt sich nach dem Datum der Zustellung; nicht maßgeblich ist der Zeitpunkt der Unterschrift des Polizeipräsidenten oder der der Aufgabe zur Post noch auch der der Übermittlung per Telefax an das Landesamt für Finanzen, auch wenn die getroffenen Verfügungen noch hätten aktualisiert werden können und müssen. Nach Art. 40 Abs. 1 BayDG wird die vorläufige Dienstenthebung mit der Zustellung wirksam und vollziehbar.

(Leits. a. d. Gründen/red. Leits.)

VGH Bayern, Beschluss v. 21.8.2019 – 16a DS 19.388

**Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Information über Schwerbehinderung eines Bewerbers/Entschädigung wegen Diskriminierung**  
(§§ 178, 164 SGB IX, §§ 7, 15, 22 AGG)

Für eine Unterrichtung nach § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber alle Bewerbungsunterlagen auch der Schwerbehindertenvertretung elektronisch zugänglich macht. Es muss vielmehr unverzüglich ein Hinweis ergehen, ob und welcher der – hier 50 – Bewerber schwerbehindert ist.

Die Klägerin ist als schwerbehinderte Bewerberin nicht automatisch deswegen offensichtlich ungeeignet für die ausgeschriebene Stelle nach der Vergütungsgruppe E 10 TV-L im Sinne von § 165 Satz 4 SGB IX, weil sie über den im Anforderungsprofil verlangten Hochschulabschluss nicht verfügt, zumal sich diese Voraussetzung weder aus den Eingruppierungsmerkmalen noch aus dem Anforderungsprofil selbst ergibt.

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 27.11.2019 – 15 Sa 949/19

ZfPR *online* 12/2020, S. 7

**Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung/Nachholung der Beteiligung an der dienstlichen Beurteilung**  
(§ 178 SGB IX)

Nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören; er hat ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen. Die Art und Weise der Einbindung der Schwerbehindertenvertretung wird in § 2 Abs. 2 der Anlage 4 zu den Beurteilungsrichtlinien - Leitfaden „Führungskräfte“ der Telekom - konkretisiert. Danach erfolgt die Beteiligung der Vertrauensperson durch ein Gespräch zwischen der Führungskraft und der Vertrauensperson, welches zur Klärung dient, ob und wenn ja wie sich die Behinderung auf die Ausübung der konkreten Tätigkeit des Beamten auswirkt.

Eine – ggf. aufgrund eines Missverständnisses – versäumte Beteiligung kann grundsätzlich bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens nachgeholt werden. Sie muss jedoch den in der Beurteilungsrichtlinie niedergelegten Anforderungen genügen, die ein Gespräch zwischen der Führungskraft und der Vertrauensperson vorsehen. Dies ist vorliegend nicht geschehen, vielmehr ist lediglich die Beurteilung des Klägers der Schwerbehindertenvertretung zur Kenntnis gegeben worden. Dies vermag das in § 2 Abs. 2 der Anlage 4 zu den Beurteilungsrichtlinien vorgesehene Prozedere nicht zu ersetzen.

Eine unterbliebene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ist nicht etwa deshalb unbeachtlich, weil die Führungskräfte versichern, dass sie die Situation der Schwerbehinderung bei den von ihnen angefertigten Stellungnahmen berücksichtigt haben und daher die Schwerbehinderung der Sache nach berücksichtigt worden sei. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung weitergehende Erkenntnisse etwa über den Führungskräften und Beurteilern nicht bewusste behinderungsbedingte Leistungseinschränkungen zu Tage gefördert hätte, die Einfluss auf den Inhalt der Beurteilung und u.U. auch auf die Gesamtnote gehabt haben könnten.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)

VG Stuttgart, Urteil v. 7.5.2020 – 1 K 11337/18

### **Hinzuziehung von Sachverständigen durch die Schwerbehindertenvertretung**

(§§ 178 SGB IX, § 40 BetrVG)

Kosten für Sachverständige und Berater sind keine vom Arbeitgeber zu tragenden Kosten der Schwerbehindertenvertretung im Sinne von § 179 Abs. 8 SGB IX. Das SGB IX enthält keine Normen, die dem Gremium die Hinzuziehung einer Sachverständigen oder Beraterin gestatten. § 179 Abs. 8 SGB IX entspricht lediglich der Regelung des § 40 BetrVG. Eine § 80 Abs. 3, § 111 Abs. 1 Satz 2 BetrVG vergleichbare Regelung fehlt jedoch im SGB IX. Dort werden spezielle Anspruchsvoraussetzungen aufgestellt, die zur Heranziehung einer Sachverständigen/Beraterin erfüllt sein müssen. Daraus, dass dem SGB IX vergleichbare Regelungen fehlen, folgt, dass der Gesetzgeber die Heranziehung von Sachverständigen/Beratern für die Schwerbehindertenvertretung gerade nicht zulassen wollte.

Im Übrigen wäre die Hinzuziehung einer Sachverständigen/Beraterin für die Schwerbehindertenvertretung nicht erforderlich. § 178 Abs. 2 SGB IX regelt, in welchen Angelegenheiten der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in welcher Weise zu beteiligen hat. Danach ist diese in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung (des Arbeitgebers) anzuhören; der Arbeitgeber hat ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen. Hieraus folgt, dass die Schwerbehindertenvertretung nicht gemeinsam mit dem Betriebsrat bei der Ausübung der diesem zustehenden Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz zu beteiligen ist.

Die Wahrnehmung der Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz stellt für sich genommen noch keine Entscheidung des Arbeitgebers dar. Allenfalls die Umsetzung einer Betriebsvereinbarung berührt die schwerbehinderten Menschen und kann eine Entscheidung des Arbeitgebers darstellen, die seine Unterrichtungspflicht gegenüber der Schwerbehindertenvertretung und eine vorherige Anhörung derselben erforderlich machen.

Ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung gemeinsam mit dem Betriebsrat bei der Wahrnehmung der diesem zustehenden Mitbestimmungsrechte zu beteiligen, benötigt die Schwerbehindertenvertretung bei einer freiwilligen Hinzuziehung auch keine Sachverständige/Beraterin.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)

LAG Hessen, Beschluss v. 25.8.2020 – 16 TaBVGa 92/20

## **Schulung der Schwerbehindertenvertretung/Erforderlichkeit einer Schulung zum BEM**

(§ 179 SGB IX)

Für die Schwerbehindertenvertretung kann ein Seminar BEM III mit den Themenschwerpunkten Gute BEM-Öffentlichkeitsarbeit, Gesprächssituation im BEM, Wie gute BEM-Gespräche gelingen, Verantwortungsvolle Beratung, Gezieltes Praxistraining" auch dann erforderlich sein, wenn bereits Seminare zu den Themen BEM I und BEM II sowie Schwerbehindertenvertretung SBV I bis III sowie ein Seminar SBV „Schreiben rechtssicher und stichhaltig formulieren" besucht wurden.

Zu den Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung im Rahmen des BEM gehört es, die betroffenen Arbeitnehmer erst einmal dazu zu bewegen, überhaupt einem BEM-Verfahren zuzustimmen. Nur dann können die gesetzlich vorgesehenen Zwecke des BEM-Verfahrens, nämlich einen Arbeitsplatzverlust aufgrund von Arbeitsunfähigkeitszeiten zu verhindern, auch tatsächlich eingreifen. Für eine verantwortungsvolle Beratung muss die Schwerbehindertenvertretung die Kompetenz besitzen, in der Kommunikation mit den Beschäftigten diese zu überzeugen und zu informieren. Wenn das BEM-Verfahren nach dem gesetzgeberischen Zweck erfolgreich sein soll, die Krankheitszeiten zu reduzieren und auch Kündigungen zu vermeiden, dann müssen den Betroffenen in den vorbereitenden Besprechungen auch Menschen zur Seite gestellt werden, die nicht gleichzeitig über die Kündigung entscheiden und die in der Lage sind, ihnen ihre Ängste zu nehmen.

(red. Leits.)

ArbG Kaiserslautern, Beschluss v. 6.10.2020 – 3 BV 14/20

## **Schulung der Schwerbehindertenvertretung/Schulung ohne behindertenspezifische Problematik**

(§ 179 SGB IX)

Die Schwerbehindertenvertretung hat keinen Anspruch auf Freistellung unter Kostenübernahme gemäß § 179 Abs. 4 Satz 1 SGB IX zur Teilnahme an einem fünftägigen Seminar des ifb Institut zur Fortbildung von Betriebsräten KG „Begleitseminar zur Fachmesse REHACARE".

Die Schwerbehindertenvertretung darf eine Schulungsteilnahme für erforderlich halten, wenn die dort vermittelten Kenntnisse unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Betrieb notwendig sind, damit die Schwerbehindertenvertretung ihre gegenwärtigen oder in naher Zukunft anstehenden Aufgaben sach- und fachgerecht erfüllen kann. Dabei ist zwischen der Vermittlung sog. Grundkenntnisse und anderen Schulungsinhalten zu unterscheiden. Bei erstmals gewählten Vertrauenspersonen ist keine nähere Darlegung der Schulungsbedürftigkeit notwendig, wenn Grundkenntnisse vermittelt werden, die sich auf die Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung beziehen. Durch die Vermittlung von Grundwissen soll die Vertrauensperson erst in die Lage versetzt werden, ihre sich aus der Amtsstellung ergebenden Rechte und Pflichten ordnungsgemäß wahrzunehmen. Für andere Schulungsveranstaltungen muss ein aktueller, betriebsbezogener Anlass für die Annahme bestehen, dass die in der Schulungsveranstaltung zu erwerbenden besonderen Kenntnisse derzeit oder in naher Zukunft von der zu schulenden Vertrauensperson benötigt werden, damit die Schwerbehindertenvertretung ihre Aufgaben sach- und fachgerecht wahrnehmen kann.

Eine behindertenspezifische Thematik ist dabei nicht notwendig. Allerdings muss ein konkreter Bezug zur Tätigkeit der Schwerbehindertenvertretung gegeben sein. Soweit sie für die Tätigkeit nur nützlich sind (wie das hier streitige Begleitseminar zur Fachmesse REHACARE"), also etwa nur allgemein über Ausmaß und Ursache von Schwerbehinderungen und Rehabilitationsmöglichkeiten orientieren oder einem bloßen Gedankenaustausch dienen, ist eine Entgeltfortzahlung nicht vorgesehen.

(red. Leits/Leits. a. d. Gründen)

ArbG Berlin, Beschluss v. 28.8.2019 – 51 BV 6433/19

## **Schulung der Schwerbehindertenvertretung/Subjektive Erforderlichkeit/Kosten einer Schulung des Integrationsamtes** (§§ 179, 185 SGB IX)

Zu den durch die Tätigkeit der Schwerbehindertenvertretung entstehenden Kosten gehören auch die Kosten, die anlässlich der Teilnahme der Vertrauensperson an einer Schulungsveranstaltung nach § 179 Abs. 4 Satz 3 SGB IX entstanden sind. Um eine Schulung im Sinne dieser Norm handelt es sich, wenn die bei der Schulung vermittelten Kenntnisse für die Arbeit der Schwerbehindertenvertretung erforderlich sind. Die Schwerbehindertenvertretung darf die Schulungsteilnahme für erforderlich halten, wenn die dort vermittelten Kenntnisse unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Betrieb notwendig sind, damit die Schwerbehindertenvertretung ihre gegenwärtigen oder in naher Zukunft anstehenden Aufgaben sach- und fachgerecht erfüllen kann.

Bei der Entscheidung über die Erforderlichkeit der Schulungsteilnahme steht der Schwerbehindertenvertretung ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser entbindet sie jedoch nicht von der Obliegenheit, im Streitfall darzulegen, weshalb die Vertrauensperson die bei der Schulungsveranstaltung vermittelten Kenntnisse benötigt, um ihre gesetzlichen Aufgaben sach- und fachgerecht wahrzunehmen. Bei der Prüfung der Erforderlichkeit hat die Schwerbehindertenvertretung die betriebliche Situation und die mit dem Besuch der Schulungsveranstaltung verbundenen finanziellen Belastungen des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Sie hat darauf zu achten, dass der Schulungszweck in einem angemessenen Verhältnis zu den hierfür aufzuwendenden Mitteln steht.

Die Schwerbehindertenvertretung muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass die Stellvertreterin entsprechende Kenntnisse über den Schulungsgegenstand erlangt hatte. Denn die Schwerbehindertenvertretung ist nicht in gleicher Weise als Kollegialorgan ausgestaltet wie der Betriebsrat. Vielmehr nimmt die Vertrauensperson für Schwerbehinderte die Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung alleine wahr. Nur im Falle ihrer Verhinderung tritt an ihre Stelle die Stellvertreterin. Insofern muss sie in ihrer Funktion als Vertrauensperson der Schwerbehinderten ihre Aufgaben im Rahmen der entsprechenden Informations- und Anhörungsverfahren eigenständig durchführen können. Auf Kenntnisse der Stellvertreterin kann sie nicht verwiesen werden. Dementsprechend verweist § 179 Abs. 3 SGB IX für die Schulungen nicht auf das Gremium, sondern gewährt den Anspruch sowohl der Vertrauensperson als auch ihrem Stellvertreter.

Die Beteiligte hat jedoch einen Anspruch auf Erstattung der Fahrkosten, die ihr für die Fahrt nach Berlin zur Teilnahme an der Fachmesse „Miteinander Leben 2018“ entstanden sind.

Bei dem Themenforum zu dem Thema „Inklusion im beruflichen Alltag“ handelt es sich um eine Bildungsveranstaltung des Integrationsamtes im Sinne des § 179 Abs. 8 SGB IX iVm. § 185 Abs. 2 Satz 6 SGB IX. Danach soll das Integrationsamt Einfluss nehmen, dass Schwierigkeiten im Arbeitsleben verhindert oder beseitigt werden und hierzu auch Schulungs- und Bildungsmaßnahmen für Vertrauenspersonen, Inklusionsbeauftragte der Arbeitgeber, Betriebs-, Personal-, Richter-, Staatsanwalts- und Präsidialräte durchführen. Das Integrationsamt hatte auch zu dieser Schulung eingeladen. Der Arbeitgeber hat die Fahrtkosten in Höhe der sog. großen Wegstreckenentschädigung nach § 5 Abs. 2 BRKG zu erstatten.

(Leits. a. d. Gründen)

LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 30.9.2020 – 24 TaBV 817/19

### **Verhinderung der Vertrauensperson wegen vorläufiger Dienstenthebung**

(§ 179 SGB IX, § 30 BPersVG)

Eine Vertrauensperson ist nach § 179 Abs. 3 SGB IX, § 30 BPersVG an der Wahrnehmung ihres Mandates verhindert, wenn sie wegen eines schwebenden Disziplinarverfahrens vorläufig des Dienstes enthoben wurde.

(red. Leits.)

LAG Köln, Beschluss v. 21.8.2020 – 10 TaBVGa 2/20

### **Berechnung der für die Freistellung der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen maßgeblichen Beschäftigtenzahl**

(§ 179 SGB IX)

Bei der Feststellung der für des Schwellenwertes von 100 „in der Regel“ beschäftigten Schwerbehinderten kommt es nicht auf einen Stichtag, sondern auf einen Zeitraum an; es ist eine mehrmonatige retrospektive Bestandsaufnahme vorzunehmen, um zufällige Entwicklungen auszuschließen.

Maßgeblich ist, wie viele schwerbehinderte Beschäftigte objektiv der Dienststelle zugehörten; ob Dienststelle und Vertrauensperson Kenntnis von der Schwerbehinderung haben, ist unerheblich.

Mitarbeiter, die einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderte gestellt haben, aber noch nicht anerkannt wurden, sind nicht mitzurechnen. Wird dagegen eine Schwerbehinderung rückwirkend anerkannt, ist dieser Mitarbeiter bei der Berechnung der maßgeblichen Zahl zu berücksichtigen.

Welcher konkrete Arbeitsaufwand bei der Vertrauensperson verursacht wurde, ist bei der Berechnung der nach § 179 Abs. 4 Satz 2 SGB IX maßgeblichen Zahl irrelevant.

Aus dem Wort „beschäftigt“ folgt nicht, dass die Mitarbeiter konkret in der Dienststelle tätig sein müssen, sondern dass sie in die Personalkompetenz der Dienststelle fallen. Denn auch für dienstabwesende schwerbehinderte Mitarbeiter besteht „spiegelbildlich“ eine Zuständigkeit der Vertrauensperson, was sich beispielhaft aus ihrer Teilnahme an Wiedereingliederungsmaßnahmen (§ 164 Abs. 1 SGB IX) ersehen lässt.

Ein möglicher Rückgang der Anzahl der schwerbehinderten Beschäftigten in der Zukunft wird nur berücksichtigt, wenn er sich konkret abzeichnet.

(red. Leits.)

OVG Sachsen, Beschluss v. 30.6.2020 – 2 B 332/19

### **Verfahrensart für den Antrag einer Vertrauensperson auf Entfernung von Unterlagen aus der Personalakte**

(§ 179 SGB IX, § 2 ArbGG)

Das Urteilsverfahren nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG ist die zulässige Verfahrensart für Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. Dazu gehören alle Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsvertrag und den das Arbeitsverhältnis regelnden Normen ergeben. Maßgeblich ist nicht die Anspruchsgrundlage; vielmehr kommt es darauf an, ob der Anspruch auf dem Arbeitsverhältnis beruht.

Verlangt die Vertrauensperson die Entfernung von Unterlagen aus ihrer Personalakte, ist der Anspruch im Urteilsverfahren nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG zu verfolgen. Das gilt auch, wenn sie sich zur

Begründung ihres Antrags auch auf das Behinderungsverbot nach § 179 Abs. 2 SGB IX 2018 beruft, das die Schwerbehindertenvertretung und ihre Tätigkeit schützt und damit kollektiven Charakter hat.

(red. Leits.)

BAG, Beschluss v. 3.12.2020 – 7 AZB 57/20

### **Rechtsweg für Streitigkeiten über Kosten der Schwerbehindertenvertretung bei einer militärischen Dienststelle**

(§ 179 SGB IX, § 2a ArbGG)

Für Streitigkeiten um die Kosten, die durch die Tätigkeit der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen bei einer militärischen Dienststelle entstehen, ist der Rechtsweg nicht zu den Wehrdienstgerichten, sondern zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet.

BVerwG, Beschluss v. 13.10.2020 – 1 WB 79.19

## **B. Rechtsprechung zum Beamtenstatusgesetz**

### **Behinderungsbedingt fehlende Nachtdiensttauglichkeit kein Beförderungshemmnis**

(§ 9 BeamtStG, § 2 SGB IX, Art. 33 Abs. 2 GG)

Die behinderungsbedingt fehlende Nachtdiensttauglichkeit einer einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellten Beschäftigten hindert im Einzelfall nicht die Beförderung zur Hauptsekretärin im Justizvollzugsdienst.

(red. Leits.)

VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 20.2.2020 – 4 S 3299/19

### **Zurruhesetzung wegen Dienstunfähigkeit/Ursachen und Prognosezeitraum**

(§§ 26, 27 BeamtStG, § 44 BBG)

Für die Annahme einer Dienstunfähigkeit i.S.v. § 26 Abs. 1 Satz 1 BeamtStG ist es unerheblich, auf welche Ursachen die gesundheitliche Beeinträchtigung des Beamten zurückzuführen ist. Die Ursachen der gesundheitlichen Einschränkung können auch auf der Rechtsfolgenseite keine Beachtung finden, da dem Dienstherrn insoweit kein Ermessen zusteht.

Für die Prüfung der Frage, ob der Beamte „dauernd“ dienstunfähig i.S.v. § 26 Abs. 1 Satz 1 BeamtStG ist, d.h. ob die Wiederherstellung seiner Dienstfähigkeit in absehbarer Zeit unwahrscheinlich ist, ist als Prognosezeitraum in Anlehnung an die gesetzliche Vermutungsregel des § 26 Abs. 1 Satz 2 BeamtStG ein Sechs-Monats-Zeitraum zugrunde zu legen.

Leitlinien von ärztlichen Fachgremien oder Verbänden können (im Gegensatz zu den Richtlinien der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen) nicht unbesehen mit dem für die Beurteilung des Gesundheitszustandes gebotenen wissenschaftlichen Standard gleichgesetzt werden. Sie können nicht ohne Weiteres als Maßstab für diesen Standard übernommen werden. Die Feststellung des Standards obliegt der Würdigung des sachverständig beratenen Tatsachengerichts.

Die Pflicht zur Suche nach einer anderweitigen Verwendung (§ 26 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG) ist bei einem Beamten, dessen Dienstherr eine Hochschule ist, auf deren Bereich beschränkt.

BVerwG, Beschluss v. 16.4.2020 – 2 B 5.19  
ZfPR *online* 12/2020, S. 17

### **Zurruhesetzung wegen Dienstunfähigkeit/Suchpflicht des Dienstherrn nach anderweitiger Verwendungsmöglichkeit auch in kleinen Gemeinden** (§§ 26, 27 BeamtStG)

Der Gesetzgeber hat dem Dienstherrn grundsätzlich die Verpflichtung auferlegt, zu prüfen, ob für dienstunfähige Beamte anderweitige, ihnen gesundheitlich mögliche und zumutbare Verwendungen bzw. Tätigkeiten bestehen (sog. „Suchpflicht“). Es ist Sache des Dienstherrn, schlüssig darzulegen, dass er bei der Suche nach einer anderweitigen Verwendung für den dienstunfähigen Beamten die gesetzlichen Vorgaben beachtet hat. Denn es geht um Vorgänge aus dem Verantwortungsbereich des Dienstherrn, die dem Einblick des betroffenen Beamten in aller Regel entzogen sind. Daher geht es zulasten des Dienstherrn, wenn nicht aufgeklärt werden kann, ob die Suche den gesetzlichen Anforderungen entsprochen hat.

Diese Suche nach einer anderweitigen Verwendung ist regelmäßig auf den gesamten Bereich des Dienstherrn und auch auf Dienstposten zu erstrecken, die in absehbarer Zeit voraussichtlich neu zu besetzen sind. Dagegen wird keine Verpflichtung des Dienstherrn begründet, personelle oder organisatorische Änderungen vorzunehmen, um eine Weiterverwendung zu ermöglichen. Ebenso wenig ist der Dienstherr verpflichtet, Dienstposten im Wege personeller Änderungen freizumachen.

Die Verpflichtung zur Suche nach einer anderweitigen Verwendung des dienstunfähigen Beamten entfällt allerdings dann, wenn ihr Zweck im konkreten Einzelfall von vornherein nicht erreicht werden kann. Das kann dann der Fall sein, wenn der Beamte auf absehbare Zeit oder auf Dauer keinerlei Dienst leisten kann. Ist der Beamte generell dienstunfähig, ist eine Suche nach in Betracht kommenden anderweitigen Dienstposten oder Tätigkeitsfeldern nicht erforderlich. Eine solche generelle Dienstunfähigkeit ist anzunehmen, wenn die Erkrankung des Beamten von solcher Art oder Schwere ist, dass er für sämtliche Dienstposten der betreffenden oder einer anderen Laufbahn, in die er wechseln könnte, ersichtlich gesundheitlich ungeeignet ist oder wenn bei dem Beamten keinerlei Restleistungsvermögen mehr festzustellen ist.

Die Suchpflicht entfällt nicht dadurch, dass es sich bei dem Dienstherrn um eine kleine Gemeinde mit wenigen Planstellen für Beamte handelt. Hierfür spricht zwar, dass nach allgemeiner Erfahrung in diesen kleineren Verwaltungen ohnehin eine gewisse Durchlässigkeit der Aufgaben besteht, sowohl Beamte als auch Tarifbeschäftigte ähnliche Aufgaben wahrnehmen und keine ausdifferenzierte Stellenplanung stattfindet. Dies entbindet jedoch den Dienstherrn nicht davon, wenigstens eine Prüfung der anderweitigen Verwendungsmöglichkeiten – auch vor dem Hintergrund der Übertragung einer geringerwertigen Tätigkeit nach § 26 Abs. 3 BeamtStG und der begrenzten Dienstfähigkeit gem. § 27 BeamtStG – vorzunehmen. Die Anforderungen an die Prüfung können zwar nicht überspannt werden – gänzlich auf sie verzichten und erst im Klageverfahren Gründe nachschieben darf der Dienstherr jedoch nicht.

(Leits. a. d. Gründen)  
VG Kassel, Urteil v. 29.6.2020 – 1 K 1494/18.KS (n. rkr.)

### **Zurruhesetzung wegen Dienstunfähigkeit/Dokumentation der Suche nach anderweitiger Verwendungsmöglichkeit** (§§ 26, 27 BeamtStG, Art. 66 BayBG)

In welcher Form die Verwaltung der Suchpflicht nachkommt, sei es durch schriftliche Anfragen oder aber durch E-Mail-Abfragen oder auf andere Weise, bleibt zwar ihrer Organisationsgewalt überlassen. Die konkreten Bemühungen des Dienstherrn, seiner Suchverpflichtung in ausreichendem Maße nachzukommen,



müssen jedoch schriftlich dokumentiert werden, wenn sie sich nicht evident aus dem Vorgang selbst ergeben.

Das ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Es wurde nicht nachvollziehbar dokumentiert, welche konkreten Verwendungen des Klägers innerhalb von immerhin eineinhalb Jahren (von der Untersagung der Dienstgeschäfte bis zur Ruhestandsversetzung) im Rahmen der turnusmäßigen Personaleinsatzgespräche geprüft und aus welchen Gründen diese für den Kläger als ungeeignet eingestuft wurden. Zudem wird aus den vorgelegten Unterlagen nicht ersichtlich, ob und inwieweit sämtliche Referate und Ämter der Stadtverwaltung in die Suchbemühungen einbezogen worden sind und ob ein erforderliches positives Leistungsprofil erstellt und kommuniziert wurde. Es kann nicht annähernd konkret belegt werden, ob und welche Einschränkungen des Klägers diskutiert und welche möglichen Einsatzfelder in Betracht gezogen worden sind.

Aber auch die sich aus den vorgelegten Behördenakten ergebenden Suchbemühungen entsprechen nicht der gesetzlichen Verpflichtung aus § 26 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Abs. 2 und 3 BeamtStG a.F. In Anbetracht der Dauer der ununterbrochenen Untersagung der Führung der Dienstgeschäfte (s.o.) stellen die durchgeführten und dokumentierten Suchbemühungen allenfalls punktuelle Überprüfungen der Einsatzmöglichkeiten des Klägers dar. Die Suche nach einer anderweitigen Verwendung bzw. Verwendung für eine geringerwertige Tätigkeit erfolgte weder ergebnisoffen noch unter zutreffenden Prämissen. Schließlich hat es der Dienstherr im Hinblick auf die Schwerbehinderung des Klägers pflichtwidrig unterlassen, eine Suchanfrage an die Referate und Ämter der Stadtverwaltung herauszugeben, die die Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt. Die erfolgte Fokussierung der Suche auf freie und freiwerdende Stellen erweist sich in Anbetracht der Schwerbehinderung des Klägers als unzureichend. Erst eine Suchanfrage unter Einbeziehung des gesamten Bereichs des Dienstherrn hätte eine ernsthafte und sorgfältige Prüfung ermöglicht, ob nicht eine Verwendung des Klägers auf einem geringwertigeren Dienstposten möglich ist, der aufgrund seiner Schwerbehinderung bestehenden gesundheitlichen Einschränkungen hinreichend Rechnung trägt.

(red. Leits.)

VGH Bayern, Urteil v. 26.9.2019 – 3 BV 17.2302

### **Verletzung des Beteiligungsrechts der Schwerbehindertenvertretung im Verfahren auf vorzeitige Zurruesetzung**

(§§ 26, 27 BeamtStG, § 44 BBG, § 46 VwVfG)

Im Verfahren über die vorzeitige Versetzung in den Ruhestand wegen dauernder Dienstunfähigkeit nach § 44 BBG, § 26 BeamtStG führt die Verletzung des Beteiligungsrechts der Schwerbehindertenvertretung auch im Falle des § 46 VwVfG zur formellen Rechtswidrigkeit der Verfügung.

Ein solcher Verfahrensverstoß begründet aber gemäß § 46 VwVfG, der auf das Zurruesetzungsverfahren Anwendung findet, keinen Aufhebungsanspruch, wenn die Versetzung in den Ruhestand auf der Grundlage hinreichender (amts-)ärztlicher Gutachten erfolgt ist und damit in der Sache keine andere Entscheidung ergehen konnte. Denn nach § 46 VwVfG kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts, der nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung der Verfahrensvorschrift die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Die Annahme der „Offensichtlichkeit“ im Sinne von § 46 VwVfG ist dann ausgeschlossen, wenn nach den Umständen des Falles die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den Verfahrensfehler eine andere Entscheidung getroffen worden wäre. An einer solchen konkreten Möglichkeit fehlt es, wenn die Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand wegen dauernder Dienstunfähigkeit als gebundene Entscheidung auf der Grundlage hinreichender (amts-)ärztlicher Gutachten beruht.

(Leits. a. d. Gründen)

BVerwG, Beschluss v. 13.11.2019 – 2 C 24.18

### **Anerkennung eines Körperschadens als Dienstunfall**

(§ 31 BeamtVG)

Ein Körperschaden ist als Dienstunfallfolge anzuerkennen, wenn er durch einen Dienstunfall verursacht worden ist und keine Unfallfürsorgeansprüche ausschließenden Umstände (keine oder verfristete Unfallfolgenmeldung) gegeben sind.

Das Merkmal „plötzlich“ in der Legaldefinition des Dienstunfalls in § 31 Abs. 1 Satz 1 BeamtVG dient der Abgrenzung eines Einzelgeschehens von dauernden Einwirkungen und bedarf der wertenden Betrachtung. Erforderlich sind kurzzeitige Begebenheiten; sich über mehrere Tage hinziehende Ereignisse genügen in der Regel nicht.

BVerwG, Urteil v. 12.12.2019 – 2 A 1.19

### **Kostentragung zur Herstellung von Barrierefreiheit eines Schulgebäudes/Einbau eines Aufzugs für einen gehbehinderten Lehrer**

(§ 45 BeamtStG)

Eine Verpflichtung zur Errichtung von Sonderausstattungen, die durch die individuelle Hilfsbedürftigkeit einzelner Lehrer bedingt ist, besteht für den Schulträger grundsätzlich nicht. Denn eine solche Verpflichtung lässt sich bei Beamten nur aus der in § 45 BeamtStG normierten Fürsorgepflicht des Dienstherrn ableiten; sie ist mithin nur gegen den Dienstherrn und nicht gegen den Schulträger gerichtet.

(Leits. a. d. Gründen)

VG Karlsruhe, Urteil v. 21.1.2019 – 12 K 6942/17

## **C. Rechtsprechung zu sonstigen Gesetzen**

### **Benachteiligung schwerbehinderter Menschen bei Altersrente nach TV UmBw**

(§§ 2, 7 AGG, § 17 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw)

Der in § 17 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw vorgesehene Ausschluss ist unwirksam, soweit er bei schwerbehinderten Beschäftigten die Ausgleichszahlung gemäß § 11 TV UmBw bereits ab dem Zeitpunkt entfallen lässt, ab dem diese vor Erreichen der Regelaltersgrenze die Möglichkeit zum Bezug einer ungekürzten Altersrente (§§ 37, 236a SGB VI) haben. § 17 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw benachteiligt schwerbehinderte Menschen wegen ihrer Schwerbehinderung.

BAG, Urteil v. 5.9.2019 – 6 AZR 533/18

### **Schadensersatz wegen Nichtbeseitigung einer gesundheitsbelastenden Konfliktsituation am Arbeitsplatz**

(§ 15 AGG, § 241 BGB, § 823 BGB)

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, auf das Wohl und die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen, ihn vor Gesundheitsgefahren, auch psychischer Art, zu schützen und ihn keinem Verhalten auszusetzen, das bezweckt oder bewirkt, dass seine Würde verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. In diesem Zusammenhang ist der Arbeitgeber insbesondere zum Schutz der Gesundheit und des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers verpflichtet.

Ob eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung tatsächlich vorliegt, ist nach einheitlicher arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung nicht ausschließlich anhand der jeweils festgestellten Rechtsverletzungen zu beurteilen. Vielmehr ist im Rahmen einer sorgfältigen Einzelfallprüfung festzustellen, ob das sich nach dem Sach- und Streitstand ergebende Gesamtbild ein Gesamtverhalten begründet, welches geeignet ist, einen rechtswidrigen und schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers zu belegen.

Die kritischen Verhaltensweisen sind aufgrund einer objektiven Betrachtungsweise und ohne Rücksicht auf das subjektive Empfinden des betroffenen Beschäftigten zu bewerten. Dies gilt auch für das Verhältnis von Vorgesetzten zu Untergebenen.

Gehen die personalverantwortlichen Personen über Jahre hinweg über die von einem Beschäftigten wiederholt vorgetragene Beschwerden und Aufforderungen zur Abhilfe von Mobbing, diesbezüglich wiederholte Vermeidungsüberlegungen aus BEM-Gesprächen, haus- und amtsärztlichen Empfehlungen sowie ärztlichen Bescheinigungen über hierdurch verursachte Gesundheitsbeeinträchtigungen und für solche Situationen in einer Dienstvereinbarung aufgestellte Handlungsaufforderungen hinweg, kann in dieser Gesamtheit eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts liegen, die einen Schadensersatzanspruch des Beschäftigten gegen den Arbeitgeber begründet.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)

LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil v. 10.6.2020 – 3 Sa 219/19

### **Höhe der Entschädigung bei Benachteiligung wegen Schwerbehinderung im Bewerbungsverfahren**

(§ 15 AGG, § 154 SGB IX)

Die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG hat eine Doppelfunktion. Sie dient einerseits der vollen Schadenskompensation und andererseits der Prävention, wobei jeweils der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren ist.

Bei der Bestimmung der angemessenen Entschädigung für den erlittenen immateriellen Schaden nach § 15 Abs. 2 AGG steht den Tatsachengerichten nach § 287 Abs. 1 ZPO ein weiter Ermessensspielraum zu. Die Festsetzung der angemessenen Entschädigung durch das Tatsachengericht unterliegt infolgedessen nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle. Das Revisionsgericht kann lediglich überprüfen, ob das Berufungsgericht die Rechtsnorm zutreffend ausgelegt, ein Ermessen ausgeübt, die Ermessensgrenze nicht überschritten hat und ob es von seinem Ermessen einen fehlerfreien Gebrauch gemacht hat, indem es sich mit allen für die Bemessung der Entschädigung maßgeblichen Umständen ausreichend auseinandergesetzt und nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen.

Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber langjährig die Beschäftigungspflichtquote überobligatorisch erfüllt hat und auch die in § 154 Abs. 1 SGB IX vorgesehenen quantitativen Vorgaben erfüllt oder übererfüllt.

(1. und 2. amtl. Leits./3. red. Leits.)

BAG, Urteil v. 28.5.2020 – 8 AZR 170/19

### **Pflichtstundenermäßigung bei Schwerbehinderung**

(§ 93 SchulG NW)

Erfolgreiche Beschwerde einer schwerbehinderten Grundschullehrerin (Grad der Behinderung von 100), die im Wege der einstweiligen Anordnung eine Reduzierung ihrer wöchentlichen Pflichtstunden um weitere vier Stunden nach § 2 Abs. 3 Satz 2 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG wegen eines mit hohem zeitlichen Aufwand verbundenen Therapiebedarfs begehrt.

Eine zusätzliche Ermäßigung der Zahl der wöchentlichen Pflichtstunden nach § 2 Abs. 3 Satz 2 VO zu § 93 Abs. 2 SchulG über die Regelermäßigung nach Satz 1 hinaus verlangt, dass die aus der Art der Behinderung folgenden Erschwernissen gerade im Hinblick auf die Erteilung von Unterricht bestehen.

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 4.4.2019 – 6 B 135/19

Volltext unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)

### **Kompatibilität der Mitgliedschaft in Personal- und Schwerbehindertenvertretung**

(§ 66 LPVG NW, § 17 GleichStG NW)

§ 11 Abs. 2 lit. d) LPVG NRW regelt (nur) die Unvereinbarkeit von Personalratsmitgliedschaft und Aufgabenwahrnehmung als Gleichstellungsbeauftragter. Zwischen der Mitgliedschaft in der Personalvertretung und der Schwerbehindertenvertretung besteht demgegenüber keine Inkompatibilität. Einen Interessenkonflikt im Einzelfall kann (und muss) die Vertrauensperson gegenüber dem Personalratsvorsitzenden anzeigen.

Bei der Versetzung eines Beamten in den Ruhestand handelt es sich gemäß § 17 Abs. 1 Satz LGG NRW um eine der Mitwirkung der Gleichstellungsbeauftragten unterliegende personelle Maßnahme.

Zu den Anforderungen an ein amtsärztliches Gutachten, das der Annahme der Dienstunfähigkeit zugrunde gelegt wird.

(Leits. a. d. Gründen)

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 24.7.2019 – 6 A 696/17

Volltext unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)

### **Pausengewährung an Bildschirmarbeitsplätzen**

(§§ 2, 3 Abs. 1 Satz 4 ArbStättV)

§ 3 Abs. 1 Satz 4 ArbStättV verpflichtet den Arbeitgeber entsprechend dem Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung des Arbeitsplatzes und unter Beachtung des Anhangs der Verordnung Maßnahmen festzulegen. Besondere Anforderungen gelten für Bildschirmarbeitsplätze, verstanden als Arbeitsplätze, die sich in Arbeitsräumen befinden und die mit Bildschirmgeräten und sonstigen Arbeitsmitteln ausgestattet sind, § 2 Abs. 2 ArbStättV. Für solche Arbeitsplätze ist im Anhang unter Ziffer 6.1 Abs. 2 des Anhangs zur ArbStättV verlangt, dass die Tätigkeit an Bildschirmgeräten insbesondere durch andere Tätigkeiten oder regelmäßige Erholungszeiten unterbrochen wird. Umgesetzt werden Verpflichtungen aus dem Unionsrecht, nämlich aus Art. 7 Bildschirmrichtlinie (Richtlinie 90/270/EWG). Dort wird unter der Überschrift „Täglicher Arbeitsablauf“ verlangt, dass der Arbeitgeber die Tätigkeit des Arbeitnehmers so organisiert, dass die tägliche Arbeit an Bildschirmgeräten regelmäßig durch Pausen oder andere Tätigkeiten unterbrochen wird, die die Belastung durch die Arbeit an Bildschirmgeräten verringern.

Den Vorschriften liegt eine Konzeption zu Grunde, die dem Arbeitgeber Organisationspflichten auferlegt. Er hat die betroffenen Arbeitsplätze nach Aufgabenzuschnitt bzw. unter Ermöglichung zusätzlicher Erholungszeiten zu organisieren. Er kann Mischarbeit einrichten, bei denen die Tätigkeit an dem Bildschirmgerät regelmäßig durch andere belastungsreduzierende Tätigkeiten unterbrochen ist. Der Arbeitgeber kann auch eine regelmäßige Unterbrechung durch Erholungszeiten vorsehen. Die anderen Tätigkeiten oder Erholungszeiten sind dabei als Ausgleich gedacht und sollen dazu dienen, die einseitige Belastung der Beschäftigten bei der Arbeit an Bildschirmgeräten (Belastung der Augen, Zwangshaltungen usw.) zu verringern und Fehlbelastungen zu vermeiden (vgl. BR-Drs 506/16, S. 34).

Rüstzeiten und Zeiten kurzer Systemausfälle machen Arbeitsplätze nicht zu Mischarbeitsplätzen; sie sind bei der Erfassung der für die Bemessung der Unterbrechungszeiten relevanten Tätigkeitszeiten daher zu

berücksichtigen. Der Arbeitgeber muss daher den Arbeitnehmern entsprechend ihrer Tätigkeitszeit einschließlich von Rüstzeiten und Zeiten kurzer Systemausfälle Unterbrechungszeiten gewähren.

(red. Leits./Leits. a. d. Gründen)  
ArbG Frankfurt (Oder), Beschluss v. 28.10.2019 – 7 BV 9/19  
ZfPR online 3/2020, S. 27

### **Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten an der Besetzung der Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes**

(§§ 26, 27, 34 BGlG, § 26 AGG)

Das vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend durchgeführte Auswahlverfahren zur Ernennung einer Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes betrifft in seiner Gesamtheit eine beteiligungspflichtige personelle Angelegenheit im Sinne von § 27 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) BGlG. Es zielt auf die Vornahme der ausdrücklich im Katalog der Vorschrift aufgeführten Einstellung.

Die Gleichstellungsbeauftragte des Ministeriums hat ein Recht, an der Besetzung der Stelle der Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes beteiligt zu werden. Das gilt auch, wenn sie sich selbst auf diese Stelle bewirbt. Dass die Gleichstellungsbeauftragte als Person durch ihre Bewerbung den Fortlauf des Bewerbungsverfahrens auch aus Bewerbersicht kannte, minderte die Beteiligungs- und Unterrichtungspflichten gegenüber der Gleichstellungsbeauftragten als Organ nicht – insbesondere nicht im Vorfeld des Ausscheidens aus dem Bewerbungsverfahren.

(Leits. a. d. Gründen)  
VG Berlin, Urteil v. 27.4.2020 – 5 K 237.18

### **Umfang der Dienstfähigkeit bei Reaktivierung**

(§ 46 BBG)

Die Dienstfähigkeit des seine Reaktivierung begehrenden Beamten ist schon dann wiederhergestellt i. S. v. § 46 Abs. 5 BBG, wenn sich bei der Gesamtschau der Funktionsämter, die dem Statusamt des Beamten in der Beschäftigungsbehörde zugeordnet sind, zumindest ein Einsatzbereich finden lässt, dessen gesundheitlichen Anforderungen die Leistungsfähigkeit des Beamten in dem wiedergewonnenen Umfang genügt. Für die insoweit erforderliche positive Prognose genügt es, dass der Beamte gegenwärtig dienstfähig ist und dies in der näheren Zukunft (zumindest für ein bis zwei Jahre) auch bleiben wird.

OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 2.2.2018 – 1 A 613/14  
Volltext unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)

### **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall/Einheit des Verhinderungsfalls**

(§ 3 EFZG)

Nach dem Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls ist der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit auf die Dauer von sechs Wochen begrenzt, wenn während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit auftritt, die ebenfalls Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

Ein einheitlicher Verhinderungsfall ist regelmäßig hinreichend indiziert, wenn zwischen einer „ersten“ krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit und einer dem Arbeitnehmer im Wege der „Erstbescheinigung“ attestierten weiteren Arbeitsunfähigkeit ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht. Hiervon ist auszu-

---

gehen, wenn die bescheinigten Arbeitsverhinderungen zeitlich entweder unmittelbar aufeinanderfolgen oder zwischen ihnen lediglich ein für den erkrankten Arbeitnehmer arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende liegt.

BAG, Urteil v. 11.12.2019 – 5 AZR 505/18