

Rechtsprechung

zum Recht der Menschen mit Behinderung und ihrer Vertretungen

12. Ausgabe
Stand: Dezember 2021

Vorwort

Die „Rechtsprechung zum Recht der schwerbehinderten Menschen und ihrer Vertretungen“ hat Tradition. Sie trägt dazu bei, trotz der großen Anzahl einschlägiger Entscheidungen einen Überblick über die Rechtsprechung des vergangenen Jahres zu erlangen und inhaltliche Schwerpunkte und Tendenzen zu erkennen.

Die Leitsatzsammlung richtet sich dabei keineswegs nur an Schwerbehindertenvertretungen, sondern gleichermaßen an Personalrats- und Betriebsratsmitglieder, die vom Gesetzgeber ebenfalls, wenn auch in anderer Rolle, mit der Wahrnehmung der Belange der Menschen mit Behinderungen beauftragt sind. Wir hoffen, dass die Rechtsprechungsübersicht allen drei Interessenvertretungen dabei eine solide Unterstützung bietet.

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 in der Zeitschrift für Personalvertretungsrecht (ZfPR) oder dem zugehörigen elektronischen Rechtsprechungsdienst, der 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>

Und noch eine letzte kleine „Gebrauchsanleitung“: Fehlt eine nähere Angabe, handelt es sich um die amtlichen Leitsätze des erkennenden Gerichts. „red. Leitsätze“ wurden von der Redaktion formuliert oder aus den Entscheidungsgründen entnommen, „Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG“ sind als solche ausgewiesen.

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

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

Die Leitsätze sind gewissenhaft zusammengetragen bzw. erstellt. Eine rechtliche Gewähr wird nicht übernommen.

Inhaltsübersicht

A. Rechtsprechung zum Sozialgesetzbuch IX

Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft/Unerheblichkeit einer faktisch bestehenden Behinderung für Entlassung aus Probebeamtenverhältnis

OVG Sachsen, Beschluss v. 28.12.2020 – 2 B 329/20

Anspruch auf unbefristeten Schwerbehindertennachweis

Thüringer LSG, Urteil v. 14.10.2021 – L 5 SB 1259/19

Unmittelbare Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung

LAG Düsseldorf, Urteil v. 12.11.2021 – 7 Sa 483/21

Anspruch schwerbehinderter Arbeitnehmer auf Freistellung von Rufbereitschaft

BAG, Urteil v. 27.7.2021 – 9 AZR 448/20

Zuweisung einer leidensgerechten Beschäftigung

LAG Berlin-Brandenburg v. 11.12.2021 – 21 Ta 1158/21

Verzicht eines schwerbehinderten Bewerbers auf Einladung zum Vorstellungsgespräch

BAG, Urteil v. 26.11.2020 – 8 AZR 59/20

Befreiung des Arbeitgebers von der Pflicht zur Ladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch/Mindestnote

BAG, Urteil v. 29.4.2021 – 8 AZR 279/20

Einladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch bei mehrstufigen Auswahlprozessen

BAG, Urteil v. 27.8.2020 – 8 AZR 45/19

Vermutung der Benachteiligung bei Verstoß des Arbeitgebers gegen Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen

BAG, Urteil v. 17.12.2020 – 8 AZR 171/20

Nachweis des Zugangs der Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch

BAG, Urteil v. 1.7.2021 – 8 AZR 297/20

Keine Verpflichtung zur Einladung eines Schwerbehinderten zum Vorstellungsgespräch bei fehlender persönlicher Eignung

LAG Nürnberg, Urteil v. 20.5.2021 – 5 Sa 418/20

Teilnahmeberechtigte beim bEM-Gespräch

LAG Köln, Urteil v. 23.1.2020 – 7 Sa 471/19

Fehlzeitengespräch kein Ersatz für bEM

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 13.4.2021 – 8 Sa 240/20

bEM bei erneuter Arbeitsunfähigkeit binnen Jahresfrist

BAG, Urteil v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21

Krankheitsbedingte Kündigung bei häufigen Kurzerkrankungen

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 26.1.2021 – 6 Sa 124/20

Individualanspruch auf Durchführung eines bEM

BAG, Urteil v. 7.9.2021 – 9 AZR 571/20

Beteiligung des Integrationsamtes bei Beendigung des Beamtenverhältnisses eines schwerbehinderten Beamten

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 7.6.2021 – OVG 4 S 47/20

Beteiligung von Integrationsamt und Personalrat bei Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 29.7.2021 – 4 B 14.19

Bindungswirkung der Zustimmung des Integrationsamtes zur außerordentlichen Kündigung

BAG, Urteil v. 22.7.2021 – 2 AZR 193/21

Absinken der Anzahl der schwerbehinderten Beschäftigten unter den Schwellenwert des § 177 SGB IX

LAG Köln, Beschluss v. 31.8.2021 – 4 TaBV 19/21

Ende der Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung bei Ende der fingierten Selbstständigkeit der Dienststelle

LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 18.6.2021 – 12 TaBV 402/21

Eignung einer Stelle zum Aushang des Wahlausschreibens für die Wahl der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen

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

Berechtigung zur Einladung zur Wahlversammlung

ArbG Stuttgart, Beschluss v. 26.1.2021 – 7 BVGa 1/21

Wahlwerbung eines Bewerbers für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung per Dienstpost/Neutralitätspflicht des Arbeitgebers

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

Umfang des Informationsanspruchs der Schwerbehindertenvertretung bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen

BAG, Beschluss v. 16.9.2020 – 7 ABR 2/20

Rechtsweg für Anspruch der Schwerbehindertenvertretung auf Tragung von Anwaltskosten

VG Berlin, Beschluss v. 23.6.2021 – 72 K 2/21 PVB

Abmahnung schwerbehinderter Menschen/Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

LAG Hamm, Beschluss v. 23.4.2021 – 13 TaBV 62/20

Hinzuziehung von Sachverständigen und Beratern durch die Schwerbehindertenvertretung

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

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

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

Schulungsanspruch der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen/Kostenerstattung

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

Schulung der Schwerbehindertenvertretung/Erforderlichkeit einer Schulung zum bEM zu Öffentlichkeitsarbeit/Gesprächsführung

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

Schulung der Schwerbehindertenvertretung/Erforderlichkeit erneuter Schulung zum selben Thema

ArbG Heilbronn, Beschluss v. 18.3.2021 – 7 BV 2/20

Erforderlichkeit einer Schulung der Vertrauensperson zu AGG und Datenschutz

LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 9.3.2021 – 11 TaBV 1371/20

Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen/Mitwirkungsobliegenheiten

BAG, Urteil v. 30.11.2021 – 9 AZR 143/21

Mittelbare Benachteiligung wegen Behinderung durch Bezug auf frühestmögliches Rentenalter in einem Sozialplan

BAG, Urteil v. 28.7.2020 – 1 AZR 590/18

B. Rechtsprechung zum Personalvertretungs-/Betriebsverfassungsgesetz

Vorlage ärztlicher Unterlagen an den Personalrat im Beteiligungsverfahren für Ruhestandsversetzung

VG Leipzig, Urteil v. 14.12.2020 – 8 K 3012/17

Mitbestimmung des Jobcenterpersonalrats bei Zuweisung von Mitarbeitern des kommunalen Trägers/Fehler bei Vorauswahl des Bewerberfeldes

OVG Sachsen, Beschluss v. 6.5.2021 – 8 A 2/20.PB

Reihenfolge der Beteiligung von Gleichstellungsbeauftragter und Personalvertretung/Schwerbehindertenvertretung

VG Berlin, Urteil v. 25.5.2020 – 5 K 308.16

Mitbestimmung des Betriebsrats bei Krankengesprächen

LAG Nürnberg, Beschluss v. 2.3.2021 – 7 TaBV 5/20

C. Rechtsprechung zu sonstigen Gesetzen

Schadensersatzanspruch eines Beamten wegen verspäteter Reaktivierung/Rechtsmittel im Reaktivierungsverfahren

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 15.4.2021 – OVG 4 B 10.19

Handlungspflicht des Gesetzgebers bei Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung/Pandemiebedingte Triage

BVerfG, Beschluss v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20

Bevorzugung von Menschen mit Behinderung bei Beurteilungen und Beförderungen

VGH Bayern, Beschluss v. 12.5.2021 – 3 CE 21.141

A. Rechtsprechung zum Sozialgesetzbuch IX

Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft/Unerheblichkeit einer faktisch bestehenden Behinderung für Entlassung aus Probebeamtenverhältnis

(§§ 2, 151, 152 SGB IX; § 10 SächsBeurtVO)

§ 10 SächsBeurtVO bezieht sich nicht auf eine mutmaßliche, möglicherweise bereits im Beurteilungszeitraum gegebene Behinderung unbestimmten Grades, sondern knüpft an die Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 2 und 3 SGB IX für schwerbehinderte und gleichgestellte behinderte Menschen an. Die (allgemeine) Formulierung bzw. Definition des § 2 Abs. 1 SGB IX wurde gerade nicht in § 10 SächsBeurtVO übernommen.

Die Feststellung einer Schwerbehinderung obliegt nicht dem Beurteiler beziehungsweise Dienstherrn, sondern richtet sich nach den Vorschriften der §§ 151 und 152 SGB IX (vgl. auch Ziffer III. Nr.1 VwV SGB IX). Selbst wenn Anhaltspunkte für eine Behinderung bekannt gewesen sein sollten, wäre die Beurteilerin im Rahmen der Probezeitbeurteilung weder verpflichtet noch zuständig oder sonst berechtigt gewesen, inzident (und vorgreiflich) eine Schwerbehinderung oder Gleichstellung des Antragstellers zu prüfen.

Gemäß § 152 Abs. 1 Satz 1 SGB IX stellen die für die Durchführung des Bundesversorgungsgesetzes zuständigen Behörden (nur) auf Antrag des behinderten Menschen das Vorliegen einer Behinderung und den Grad der Behinderung zum Zeitpunkt der Antragstellung fest (vgl. § 15a Abs. 1 SächsAGSGB). Gemäß § 151 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erfolgt die Gleichstellung behinderter Menschen mit schwerbehinderten Menschen auf Grund einer Feststellung nach § 152 SGB IX auf Antrag des behinderten Menschen durch die Bundesagentur für Arbeit (vgl. § 187 Abs. 1 Nr. 5 SGB IX). Nur diese Feststellungen nach §§ 151 und 152 SGB IX sind für andere Behörden rechtlich bindend.

Es bestehen keine Bedenken, auf den Schwerbehinderten-Status zu einem bestimmten Zeitpunkt abzustellen, weil es letztlich allein der Entscheidung und der Dispositionsbefugnis des möglicherweise behinderten Menschen obliegt, ob er überhaupt und gegebenenfalls wann er Anträge nach §§ 151, 152 SGB IX stellt, um die möglichen Rechtsfolgen der verbindlichen Feststellung einer Schwerbehinderung oder Gleichstellung herbeizuführen. Es gibt keine Feststellung von Amts wegen und kein Antragsrecht Dritter.

(red. Leitsätze)

OVG Sachsen, Beschluss v. 28.12.2020 – 2 B 329/20

Anspruch auf unbefristeten Schwerbehindertennachweis

(§ 152 SGB IX; § 54 SGG; § 6 SchwbAwV)

Die auf Ausstellung eines unbefristeten Schwerbehindertenausweises gerichtete Klage ist als allgemeine Leistungsklage (§ 54 Abs. 5 SGG) zulässig. Eine Anfechtungsklage kommt nicht in Betracht, denn bei der Befristung der Gültigkeitsdauer des Schwerbehindertenausweises handelt es sich nicht um eine Nebenbestimmung zu einem Verwaltungsakt im Sinne des § 32 Abs. 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X). Der Schwerbehindertenausweis stellt mangels Regelung keinen Verwaltungsakt i. S. d. § 31 SGB X dar. Vielmehr weist er gemäß § 152 Abs. 2 Satz 2 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) lediglich als öffentliche Urkunde i. S. d. § 417 Zivilprozessordnung (ZPO), d. h. als schriftlich niedergelegte Erklärung der Versorgungsverwaltung, die gesondert im Ausgangsbescheid getroffene Feststellung der Schwerbehinderung gegenüber Dritten nach. Eine konstitutive Bedeutung für die verlautbarten Feststellungen hat der Ausweis in aller Regel nicht; die Erteilung des Ausweises ist ein Realakt ohne weitergehenden Regelungsgehalt.

Nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung „soll“ die Gültigkeitsdauer des Ausweises befristet werden (§ 152 Abs. 5 Satz 3 SGB IX). Im Regelfall soll also ein befristeter Ausweis erteilt werden. Die Behörde kann daher nur in atypischen Fällen von einer Befristung absehen. Das bedeutet im Kontext des § 152 Abs. 5 SGB IX für die Annahme eines atypischen Falls, dass der für den Kläger mit der Beantragung eines neuen Schwerbehindertenausweises verbundene Aufwand vom Normalfall derart abweichen muss, dass der

Kläger deutlich stärker belastet wird, als es bei den Schwerbehinderten der Fall ist, die nach Ablauf der Befristung regelmäßig die Ausstellung eines neuen Ausweises beantragen müssen. Davon ist nicht schon allein dann auszugehen, wenn eine wesentliche Änderung in den dem Feststellungsbescheid zu Grunde liegenden gesundheitlichen Verhältnissen des Schwerbehinderten nicht zu erwarten ist.

Aus § 6 Abs. 2 Satz 2 SchwbAwV folgt kein subjektives öffentliches Recht auf Ausstellung eines unbefristeten Ausweises. Es spricht viel dafür, dass es sich bei dieser Regelung nicht um eine Ermessensvorschrift, sondern um ein reines „Kompetenz-Kann“ zum Zweck der Verwaltungsvereinfachung handelt.

(red. Leitsätze)

Thüringer LSG, Urteil v. 14.10.2021 – L 5 SB 1259/19

Unmittelbare Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung

(§ 164 SGB IX)

Eine unmittelbare Unterrichtung iSd. § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX an die Schwerbehindertenvertretung erfolgt ohne Zwischenschritte über weitere Personen. Die Unterrichtung des Betriebsrats nach § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX iVm. § 176 SGB IX erfolgt gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden.

LAG Düsseldorf, Urteil v. 12.11.2021 – 7 Sa 483/21 – (n. rkr.)

Anspruch schwerbehinderter Arbeitnehmer auf Freistellung von Rufbereitschaft

(§ 164 SGB IX; § 3 ArbZG; Art. 2 EGBL 88/2003)

Der aus § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX und § 151 Abs. 1 und Abs. 3 SGB IX folgende Anspruch schwerbehinderter Menschen und diesen Gleichgestellten u.a. auf eine behinderungsgerechte Gestaltung der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit schließt die Gestaltung von Sonderformen der Arbeit wie z.B. Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft ein. Die Vorschrift begründet einen einklagbaren Anspruch des schwerbehinderten Arbeitnehmers oder eines diesem Gleichgestellten, nicht (mehr) zu Rufbereitschaftsdiensten eingeteilt zu werden, wenn er diese wegen seiner Behinderung nicht ausüben kann.

Mehrarbeit ist jede über die gesetzliche regelmäßige Arbeitszeit des § 3 Satz 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit. Diese beläuft sich auf werktäglich acht Stunden. Der gesetzgeberischen Konzeption des Arbeitszeitgesetzes liegt grundsätzlich eine Sechstageswoche zugrunde. Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung in § 3 Satz 1 ArbZG ist die werktägliche Arbeitszeit. Werktag ist jeder Kalendertag, der kein Sonntag oder gesetzlich festgelegter Feiertag ist (vgl. § 9 Abs. 1 ArbZG). Wird die werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden oder die Verteilung der Arbeitszeit auf sechs Tage in der Woche überschritten, liegt Mehrarbeit i.S.v. § 207 SGB IX vor. Die individuell vereinbarte oder tarifliche regelmäßige Wochen- oder Monatsarbeitszeit bleibt bei der Bestimmung der Mehrarbeit i.S.v. § 207 SGB IX ebenso außer Betracht wie die Möglichkeit, die Arbeitszeit nach § 3 Satz 2 ArbZG auf bis zu zehn Stunden täglich zu verlängern

Beansprucht ein schwerbehinderter Arbeitnehmer, nicht mehr zu Rufbereitschaftsdiensten herangezogen zu werden, muss er darlegen und gegebenenfalls beweisen, die damit verbundenen Tätigkeiten wegen seiner Behinderung nicht mehr wahrnehmen zu können. Dazu obliegt es ihm vorzutragen, inwieweit sein Leistungsvermögen durch die Auswirkungen der Art und Schwere seiner Behinderung so eingeschränkt ist, dass er die ihm übertragene Sonderform der Arbeit (hier Bereitschaftszeiten) nicht mehr leisten kann.

Bereitschaftszeit in Form von Rufbereitschaft, bei der der Arbeitnehmer während dieser Zeit nicht an seinem Arbeitsplatz bleiben muss, ist insgesamt als Arbeitszeit einzustufen, wenn dem Arbeitnehmer Einschränkungen auferlegt werden, die ihn bei objektiver Betrachtung ganz erheblich darin beeinträchtigen, die Zeit, in der seine beruflichen Leistungen in Anspruch genommen werden können, frei gestalten und sich eigenen Interessen widmen zu können. Erreichen dagegen die dem Arbeitnehmer während einer bestimmten Bereitschaftszeit auferlegten Einschränkungen nicht diesen Intensitätsgrad und erlauben sie es ihm, über seine Zeit zu verfügen und sich ohne größere Einschränkungen seinen eigenen Interessen zu

widmen, stellen nur die Zeiten tatsächlich erbrachter Arbeitsleistung Arbeitszeit dar (vgl. EuGH 9. März 2021 - C-344/19).

(red. Leitsätze)

BAG, Urteil v. 27.7.2021 – 9 AZR 448/20

Zuweisung einer leidensgerechten Beschäftigung

(§§ 164, 167 SGB IX; § 241 BGB; § 106 GewO)

Ein Arbeitgeber ist nach § 293 BGB nur in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung für die von dem Arbeitgeber im Rahmen des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO zuletzt wirksam zugewiesene Tätigkeit anbietet. Dagegen reicht es nicht aus, wenn sich das Arbeitsangebot auf andere, zwar vom Arbeitsvertrag umfasste, aber bisher nicht zugewiesene Tätigkeiten bezieht, da es sich hierbei nicht um die im Sinne des § 294 BGB zu bewirkende Arbeitsleistung handelt.

Nach § 241 Absatz 2 BGB ist der Arbeitgeber aufgrund der arbeitgeberseitigen Rücksichtnahmepflicht verpflichtet, einem Arbeitnehmer, der aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, die im Sinne des § 294 BGB zu bewirkende Arbeitsleistung zu erbringen, im Rahmen des rechtlich Möglichen und Zumutbaren einschließlich einer gegebenenfalls erforderlichen Vertragsanpassung eine den gesundheitlichen Einschränkungen des Arbeitnehmers entsprechende Tätigkeit zuzuweisen. Dies dürfte erst recht gelten, wenn die Einschränkungen - wie vorliegend - auf einem Arbeitsunfall beruhen und zu einer Behinderung - wenn auch keiner Schwerbehinderung - des Arbeitnehmers geführt haben. Das kann auch bedeuten, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Erledigung der anfallenden Tätigkeiten entsprechend umzuorganisieren. Hingegen besteht keine Verpflichtung, einen zusätzlichen, bisher nicht vorhandenen und auch nicht benötigten Arbeitsplatz zu schaffen.

Grundsätzlich trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Er muss grundsätzlich die Beschäftigungsmöglichkeiten aufzeigen, die seinem oder ihrem eingeschränkten Leistungsvermögen sowie seinen Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechen. Hierauf hat sich der Arbeitgeber nach § 138 Absatz 2 ZPO durch substantiierten Tatsachenvortrag einzulassen und gegebenenfalls vorzutragen, aus welchen Gründen die aufgezeigten Beschäftigungsmöglichkeiten nicht bestehen oder deren Zuweisung ihm unzumutbar ist. Zu dieser sekundären Behauptungslast gehört gegebenenfalls auch die Darlegung, dass kein entsprechender freier Arbeitsplatz vorhanden ist und auch nicht durch Versetzung freigemacht werden kann. Es obliegt dann dem Arbeitnehmer der Nachweis, dass entgegen der Behauptung des Arbeitgebers ein geeigneter Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Jedoch treten Erleichterungen für den Arbeitnehmer ein, wenn der Arbeitgeber der Verpflichtung zur Durchführung eines bEM nicht nachgekommen ist. In diesem Fall hat er auch ohne Benennung konkreter Einsatzmöglichkeiten durch den Arbeitnehmer darzutun, dass ihm eine zumutbare Beschäftigung des in seinem Leistungsvermögen eingeschränkten Arbeitnehmers nicht möglich war.

(red. Leitsätze)

LAG Berlin-Brandenburg v. 11.12.2021 – 21 Ta 1158/21 –

Verzicht eines schwerbehinderten Bewerbers auf Einladung zum Vorstellungsgespräch

(§ 165 SGB IX)

Die in § 82 Satz 2 SGB IX (in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung) bzw. § 165 Satz 3 SGB IX (in der ab dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung) bestimmte Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers, schwerbehinderte Stellenbewerber/innen zum Vorstellungsgespräch einzuladen, gehört zu den Pflichten des Arbeitgebers, mit denen kein individueller Anspruch bzw. kein individuelles Recht der jeweiligen schwerbehinderten Bewerber/innen auf eine Einladung korrespondiert, auf den bzw. auf das diese rechts-wirksam verzichten könnten.

BAG, Urteil v. 26.11.2020 – 8 AZR 59/20

ZfPR *online* 12/2021, S. 2

Befreiung des Arbeitgebers von der Pflicht zur Ladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch/Mindestnote (§ 165 SGB IX)

Soweit sich im öffentlichen Dienst eine Stellenausschreibung insbesondere (auch) an Bewerber/innen außerhalb des öffentlichen Dienstes richtet, es also in erster Linie um eine Ersteinstellung geht, kann der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes grundsätzlich bestimmen, dass die für die ausgeschriebene Stelle erforderliche fachliche Eignung durch eine bestimmte Mindestnote eines zulässig geforderten Ausbildungsabschlusses nachzuweisen ist.

Erfüllen schwerbehinderte bzw. ihnen gleichgestellte behinderte Menschen nach ihren Bewerbungsunterlagen zweifelsfrei eine zulässig bestimmte und im Anforderungsprofil ausdrücklich und eindeutig bezeichnete fachliche Eignungsanforderung - wie etwa die Absolvierung eines zulässig geforderten Ausbildungsabschlusses mit einer bestimmten Mindestnote - nicht, reicht dies allein nicht aus, um den Arbeitgeber nach § 165 Satz 4 SGB IX von der in § 165 Satz 3 SGB IX bestimmten Verpflichtung zu befreien, den/die Bewerber/in zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Den Arbeitgeber, der in solch einem Fall - gestützt auf § 165 Satz 4 SGB IX - von einer Einladung absehen will, trifft nicht nur die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der/die Bewerber/in fachlich offensichtlich ungeeignet ist, d.h., dass das fachliche Leistungsprofil des/der Bewerbers/Bewerberin „unzweifelhaft“ nicht dem (fachlichen) Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle entspricht. Der Arbeitgeber muss auch darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass er andere Bewerber/innen, die ebenso insoweit das Anforderungsprofil nicht erfüllten, weder zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen noch letztlich eingestellt hat.

BAG, Urteil v. 29.4.2021 – 8 AZR 279/20
ZfPR *online* 12/2021, S. 10

Einladung schwerbehinderter Bewerber zum Vorstellungsgespräch bei mehrstufigen Auswahlprozessen (§ 165 SGB IX; § 15 AGG)

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollen schwerbehinderte Bewerber/innen durch das in § 82 Satz 2 SGB IX aF genannte Vorstellungsgespräch die Möglichkeit erhalten, den Arbeitgeber von ihrer Eignung zu überzeugen. Dabei umfasst der Begriff der „Eignung“ die ganze Persönlichkeit des Bewerbers. Der Begriff „Eignung“ verweist ganz allgemein auf die Eigenschaften, welche die zu besetzende Stelle von dem Bewerber fordert. Hierzu gehören insbesondere über die fachliche Eignung hinaus die oftmals als „charakterliche Eignung“ bezeichnete Eignung und die gesundheitliche Eignung, aber auch sonstige körperliche und psychische Voraussetzungen, die Teamfähigkeit sowie Umgangsformen und sonstige Fähigkeiten im Umgang mit Menschen, z. B. mit Publikumsverkehr, sowie Führungskompetenzen können - je nach dem Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle - dazugehören.

Stellen die charakterlichen Mängel eines Bewerbers ein offensichtliches Einstellungs- bzw. Besetzungshindernis dar, würde sich die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch in einem solchen Fall als bloße Förmelerei erweisen.

Der Begriff „Vorstellungsgespräch“ in § 82 Satz 2 SGB IX aF ist nicht eng im Sinne eines Gesprächs, in dem sich der Bewerber einmalig vorstellt, zu verstehen, sondern weit auszulegen. Er umfasst - auch bei mehrstufigen Auswahlprozessen - grundsätzlich alle Instrumente im Verfahren der Personalauswahl unabhängig von ihrer Bezeichnung (z. B. als Auswahlgespräch, Test, Assessment Center, Interview etc.), der angewandten Methode (z. B. biografie-, test- oder simulationsorientierte Verfahren) und der konkreten Durchführungform (z. B. Rollenspiele, Fallbeispiele, Ad-hoc-Präsentationen etc.), die nach der eigenen Konzeption des Arbeitgebers erforderlich sind, um sich einen umfassenden Eindruck von der fachlichen und persönlichen Eignung des Bewerbers zu machen.

Zwar ist es nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber mehrstufig in dem Sinne verfährt, dass er zunächst mit allen Bewerber/innen auf einer ersten Stufe ein Vorstellungsgespräch führt und sodann nur diejenigen, die auf dieser ersten Stufe überzeugt haben, zu einem weiterführenden Auswahlge-

spräch, Test etc. einlädt. Allerdings kommt der öffentliche Arbeitgeber mit der Einladung eines/r schwerbehinderten Bewerbers/in allein zu dem auf der ersten Stufe stattfindenden Vorstellungsgespräch seiner Verpflichtung nach § 82 Satz 2 SGB IX aF nur dann nach, wenn er sich bereits aufgrund dieses Vorstellungsgesprächs einen umfassenden Eindruck darüber verschaffen kann, ob diese/r Bewerber/in über die fachliche und persönliche Eignung verfügt, die für die zu besetzende Stelle erforderlich ist.

(red. Leitsätze)

BAG, Urteil v. 27.8.2020 – 8 AZR 45/19

Vermutung der Benachteiligung bei Verstoß des Arbeitgebers gegen Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen

(§ 165 SGB IX; § 22 AGG)

Der objektive Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, kann die Vermutung der Benachteiligung eines erfolglosen schwerbehinderten Bewerbers wegen der Schwerbehinderung nach § 22 AGG regelmäßig nur begründen, wenn der Bewerber den Arbeitgeber rechtzeitig über seine Schwerbehinderung in Kenntnis gesetzt hat.

BAG, Urteil v. 17.12.2020 – 8 AZR 171/20

ZfPR *online* 12/2021, S. 6

Nachweis des Zugangs der Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch

(§ 165 SGB IX; § 22 AGG)

Der Umstand, dass eine schriftliche Einladung zu einem Vorstellungsgespräch der sich bewerbenden schwerbehinderten oder gleichgestellten Person nicht entsprechend § 130 BGB zugegangen ist, kann die Kausalitätsvermutung nach § 22 AGG nur dann begründen, wenn der Arbeitgeber nicht alles ihm Mögliche und Zumutbare unternommen hat, um einen ordnungsgemäßen und fristgerechten Zugang der Einladung zu bewirken.

BAG, Urteil v. 1.7.2021 – 8 AZR 297/20

ZfPR *online* 12/2021, S. 10

Keine Verpflichtung zur Einladung eines Schwerbehinderten zum Vorstellungsgespräch bei fehlender persönlicher Eignung

(§§ 165, 173 SGB IX)

Der Sinn und Zweck der in § 165 Satz 3 SGB IX geregelten Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers, einen (fachlich nicht offensichtlich ungeeigneten) schwerbehinderten Bewerber zum Vorstellungsgespräch einzuladen, besteht darin, dass der schwerbehinderte Bewerber die Möglichkeit erhalten soll, den öffentlichen Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch von seiner Eignung überzeugen können. Der Gesetzeszweck gebietet es nicht, einen schwerbehinderten Bewerber zum Vorstellungsgespräch einzuladen, mit dem bereits ein Arbeitsverhältnis bestand, das der Arbeitgeber noch während der sechsmonatigen Wartezeit („Probezeit“) des § 1 KSchG und des § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX gekündigt hat, weil er den Arbeitnehmer für persönlich ungeeignet befunden hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn zwischen Beendigung des vormaligen Arbeitsverhältnisses und neu ausgeschriebener Stelle ein Zeitraum von noch nicht einmal einem Jahr liegt. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Wartezeit der beiderseitigen Überprüfung der Arbeitsvertragsparteien dient, ob sie das Arbeitsverhältnis über die Wartezeit hinaus fortsetzen wollen.

Macht aber der Arbeitgeber von seinem Kündigungsrecht in der Wartezeit Gebrauch, weil er den Eindruck gewonnen hat, dass der Betroffene nicht in den Betrieb (bzw. in die Dienststelle) „passt“, da er dem Betriebsklima abträglich und eine weitere Zusammenarbeit daher nicht sinnvoll ist, dann kann er nicht verpflichtet sein, diesen Arbeitnehmer alsbald nach der Kündigung wieder zu einem

Vorstellungsgespräch einladen zu müssen. Die Nichteinladung beruht dann auf der vom Arbeitgeber in der Probezeit bereits festgestellten fehlenden persönlichen Eignung des Bewerbers. Sie verstößt nicht gegen § 165 Satz 3 SGB IX, zumal der schwerbehinderte Bewerber in diesen Fällen im Hinblick auf das in der Wartezeit gekündigte Arbeitsverhältnis nicht nur die Chance hatte, den Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch von sich überzeugen, sondern sogar im Rahmen eines bereits begründeten Arbeitsverhältnisses.

(red. Leitsätze)
LAG Nürnberg, Urteil v. 20.5.2021 – 5 Sa 418/20 (n. rkr.)

Teilnahmeberechtigte beim bEM-Gespräch (§ 167 SGB IX)

Welche(r) Mitarbeiter(in) des Integrationsamts an einem bEM-Gespräch nach § 167 Abs. 2 Satz 4 SGB IX teilnimmt, bestimmt das Amt selbst, nicht aber der/die Arbeitnehmer(in), um den/die es bei dem bEM geht.

Der/die betroffene Arbeitnehmer(in) hat in der Regel keinen Anspruch darauf, ihre(n)/seine(n) Rechtsanwalt(-in) am bEM Gespräch nach § 167 Abs. 2 SGB IX teilnehmen zu lassen.

Der im Rahmen eines bEM-Gesprächs geäußerte Vorschlag des Personalleiters einer Sparkasse, eine bisher als Kundenberaterin eingesetzte Mitarbeiterin auf einen gleichwertig eingruppierten Arbeitsplatz im Kreditarchiv umzusetzen bzw. zu versetzen, stellt regelmäßig schon keine Vertragspflichtverletzung dar, die einen Schadensersatzanspruch begründen könnte. Dasselbe gilt für den Vorschlag gegenüber der einem rentennahen Jahrgang angehörenden und schwerbehinderten Mitarbeiterin einmal ein Gespräch mit dem Mitarbeiter zu suchen, der für das sog. Freiwilligenprogramm zuständig ist, in dessen Rahmen Aufhebungsverträge vermittelt werden.

LAG Köln, Urteil v. 23.1.2020 – 7 Sa 471/19

Fehlzeitengespräch kein Ersatz für bEM (§ 167 SGB IX)

Fehlzeitengespräche ersetzen nicht das bEM. Ein Fehlzeitengespräch ist eine mit einem gesetzlich geregelten bEM-Verfahren nicht vergleichbare Maßnahme. Im - wesentlich umfangreicheren - bEM soll die Zukunft des Arbeitsverhältnisses im Fokus stehen, im Fehlzeitengespräch dagegen das Fehlen in der Vergangenheit, wenn auch zwischen diesen beiden Themen regelmäßig ein Zusammenhang bestehen wird.

(red. Leitsätze)
LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 13.4.2021 – 8 Sa 240/20

bEM bei erneuter Arbeitsunfähigkeit binnen Jahresfrist (§ 167 SGB IX; § 1 KSchG)

Der Arbeitgeber hat gem. § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX grundsätzlich ein neuerliches bEM durchzuführen, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bEM erneut länger als sechs Wochen durchgängig oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war, und zwar auch dann, wenn nach dem zuvor durchgeführten bEM noch nicht wieder ein Jahr vergangen ist.

Einem Arbeitgeber, der trotz weiterer Arbeitsunfähigkeitszeiten des Arbeitnehmers von mehr als sechs Wochen innerhalb eines Jahres nach Abschluss eines bereits durchgeführten bEM kein neuerliches bEM angeboten hat, steht die Möglichkeit offen, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass auch ein neuerliches bEM schon deshalb kein positives Ergebnis erbracht hätte, weil bereits das vorherige keines ergeben hat und keine relevanten Veränderungen gegenüber dem für den Suchprozess des vorherigen bEM maßgeblichen Stand der Dinge eingetreten.

Der Arbeitgeber kann unabhängig davon, ob bereits ein zuvor durchgeführtes bEM Rückschlüsse auf die Nutzlosigkeit eines weiteren erlaubt, geltend machen, dass die Durchführung eines (weiteren) bEM keine positiven Ergebnisse hätte zeitigen können. Für die objektive Nutzlosigkeit trägt er die Darlegungs- und Beweislast. Dazu muss er umfassend und konkret vortragen, weshalb weder der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung und Veränderung möglich war und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können. Dabei ist eine Abstufung seiner Darlegungslast vorzunehmen, falls ihm die Krankheitsursachen unbekannt sind

(red. Leitsätze)

BAG, Urteil v. 18.11.2021 – 2 AZR 138/21

Krankheitsbedingte Kündigung bei häufigen Kurzerkrankungen (§ 167 SGB IX; § 1 KSchG)

Eine mit häufigen (Kurz-) Erkrankungen des Arbeitnehmers begründete Kündigung ist sozial nur gerechtfertigt, wenn im Kündigungszeitpunkt Tatsachen vorliegen, die die Prognose stützen, es werde auch künftig zu Erkrankungen im bisherigen - erheblichen - Umfang kommen - erste Stufe. Die prognostizierten Fehlzeiten müssen außerdem zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen - zweite Stufe. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung - dritte Stufe - ist schließlich zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber angesichts der Belange des Arbeitnehmers gleichwohl hingenommen werden müssen.

Treten während der letzten Jahre jährlich mehrere (Kurz-)Erkrankungen auf, spricht dies für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes, es sei denn, die Krankheiten sind ausgeheilt. Der Arbeitgeber darf sich deshalb auf der ersten Prüfungsstufe zunächst darauf beschränken, die Fehlzeiten der Vergangenheit darzustellen und zu behaupten, in Zukunft seien Krankheitszeiten in entsprechendem Umfang zu erwarten. Alsdann ist es Sache des Arbeitnehmers, gemäß § 138 Abs. 2 ZPO darzulegen, weshalb im Kündigungszeitpunkt mit einer baldigen Genesung zu rechnen war. Er genügt dieser prozessualen Mitwirkungspflicht schon dann, wenn er vorträgt, die behandelnden Ärzte hätten seine gesundheitliche Entwicklung positiv beurteilt, und wenn er diese von ihrer Schweigepflicht entbindet. Je nach Erheblichkeit des Vortrags ist es dann Sache des Arbeitgebers, den Beweis für die Berechtigung einer negativen Gesundheitsprognose zu führen. Vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls ist für die Erstellung der Gesundheitsprognose ein Referenzzeitraum von drei Jahren maßgeblich. Ist eine Arbeitnehmervertretung gebildet, ist auf die letzten drei Jahre vor Einleitung des Beteiligungsverfahrens abzustellen. Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung ist der Zeitpunkt der Kündigungserklärung.

Der Arbeitgeber, der für die Verhältnismäßigkeit der Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast trägt, kann sich - besteht keine Verpflichtung zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM) - zunächst darauf beschränken zu behaupten, für den Arbeitnehmer bestehe keine alternative Beschäftigungsmöglichkeit. Diese pauschale Erklärung umfasst den Vortrag, Möglichkeiten zur leidensgerechten Anpassung des Arbeitsplatzes seien nicht gegeben. Der Arbeitnehmer muss hierauf erwidern, insbesondere darlegen, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, die er trotz seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung ausüben könne. Dann ist es Sache des Arbeitgebers, hierauf seinerseits zu erwidern und ggf. darzulegen, warum eine solche Beschäftigung nicht möglich sei.

Trifft den Arbeitgeber - weil der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig war - gemäß § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX die Verpflichtung, ein bEM als rechtlich regulierten, verlaufs- und ergebnisoffenen „Suchprozess“ durchzuführen, der individuell angepasste Lösungen zur Vermeidung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit ermitteln soll, so ist es seine Sache, die Initiative zur Durchführung des bEM zu ergreifen.

Hat der Arbeitgeber die gebotene Initiative nicht ergriffen, will sich jedoch darauf berufen, dass ein tatsächlich durchgeführtes bEM kein positives Ergebnis hätte erbringen können, so muss er zur Darlegung

der Verhältnismäßigkeit einer auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten Kündigung die objektive Nutzlosigkeit des bEM darlegen und ggf. beweisen

(red. Leitsätze)

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 26.1.2021 – 6 Sa 124/20

Individualanspruch auf Durchführung eines bEM

(§§ 167, 176 SGB IX; Art. 5 EGRL 78/2000)

§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX begründet, auch wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm erfüllt sind, keinen Individualanspruch der betroffenen Arbeitnehmer auf Einleitung und Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (bEM). Nach § 167 Abs. 2 Satz 7 SGB IX können die zuständige Interessenvertretung i.S.d. § 176 SGB IX, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung, die nach § 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX gebotene Klärung verlangen. Sie wachen nach § 167 Abs. 2 Satz 8 SGB IX darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt. Entsprechende Rechte und Aufgaben sieht die gesetzliche Regelung für die betroffenen Arbeitnehmer nicht vor.

Weder die Richtlinie 2000/78/EG noch die Bestimmungen der UN-BRK verlangen ein bestimmtes Verfahren zur Ermittlung angemessener Vorkehrungen. Das nationale Recht gewährleistet bei dem dargelegten Verständnis von § 167 Abs. 2 SGB IX eine äquivalente und hinreichend effektive Umsetzung der Vorgaben von Art. 5 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i UN-BRK.

§ 167 Abs. 2 Satz 1 SGB IX weist dem Arbeitgeber die Initiativlast zur Durchführung des bEM zu. Wird der Arbeitgeber seiner Initiativlast nicht gerecht und ist der Arbeitnehmer aus diesem Grund nicht in der Lage, Beschäftigungsmöglichkeiten iSv. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX und Möglichkeiten aufzuzeigen, Arbeitsstätten und Arbeitsplätze sowie die Arbeitsorganisation behinderungsgerecht zu gestalten (§ 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 und Nr. 5 SGB IX), kann sich der Arbeitgeber zur Abwehr des Beschäftigungsverlangens des Arbeitnehmers oder zur Begründung einer Kündigung nicht darauf beschränken vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den Arbeitnehmer und es gebe keine Arbeitsplätze, die dieser mit seinem Leistungsvermögen ausfüllen könne, oder es sei mit einer Verringerung von Fehlzeiten nicht zu rechnen. Er hat vielmehr von sich aus denkbare oder vom Arbeitnehmer bereits genannte Alternativen zu würdigen. Erst nach einem solchen Vortrag ist es Sache des Arbeitnehmers, sich hierauf substantiiert einzulassen und darzulegen, wie er sich selbst seine (Weiter)Beschäftigung oder Hilfen zur Verringerung von Fehlzeiten vorstellt. Nur wenn auch die Durchführung eines bEM keine positiven Ergebnisse hätte zeitigen können, ist sein Fehlen unschädlich. Will sich der Arbeitgeber hierauf berufen, hat er die objektive Nutzlosigkeit des bEM darzulegen und ggf. zu beweisen. Dazu muss er umfassend und konkret vortragen, warum ein bEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, das Arbeitsverhältnis bzw. die Beschäftigungsmöglichkeit zu erhalten

(red. Leitsätze)

BAG, Urteil v. 7.9.2021 – 9 AZR 571/20

Beteiligung des Integrationsamtes bei Beendigung des Beamtenverhältnisses eines schwerbehinderten Beamten

(§ 168 SGB IX)

Nach § 168 SGB IX bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Nach gefestigter deutscher Rechtsprechung gilt dies nicht für Beamte, da eine entsprechende Anwendung der Norm auf die Entlassung von Beamten auch mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte ausscheidet. Aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 9. März 2017 – C 406/15 – (Milkova) ergibt sich nicht die Notwendigkeit,

§ 168 SGB IX aufgrund Europarechts auf die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Widerruf durch den Dienstherrn entsprechend anzuwenden.

(red. Leitsätze)

OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 7.6.2021 – OVG 4 S 47/20

Beteiligung von Integrationsamt und Personalrat bei Versetzung in den Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit

(§ 168 SGB IX)

§ 168 SGB IX ist auf Beamtenverhältnisse nicht anwendbar. Zurruesetzung oder Entlassung von schwerbehinderten Beamten bedürfen daher nicht der Zustimmung des Integrationsamtes.

Der Vergleich der Stellung der Arbeitnehmer einerseits, der Beamten andererseits ergibt bei einer Prüfung aller maßgeblichen nationalen Rechtsvorschriften, dass im deutschen Recht schwerbehinderte Beamte in Bezug auf eine „Kündigung“ (verstanden als Beendigung des Beamtenverhältnisses) nicht schlechter gestellt sind als Arbeitnehmer. Sie sind vielmehr besser geschützt. Wegen der fortwährenden Zuwendungen des Dienstherrn greift bei den pensionierten schwerbehinderten Beamten nicht die Intention, die der Gesetzgeber mit § 85 SGB IX a.F. verfolgt hat.

Wurden Schwerbehindertenvertretung und Frauenbeauftragte beteiligt und haben sich abschließend geäußert, kann der Personalrat seine Zustimmung nicht beachtlich mit der Begründung verweigern, sie müssten wegen unvollständiger Unterrichtung erneut beteiligt werden, da ihnen das vom Personalrat ergänzend angeforderte amtsärztliche Gutachten nicht vorgelegen habe.

(red. Leitsätze)

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 29.7.2021 – 4 B 14.19 (n. rkr.)

ZfPR *online* 12/2021, S. 29

Bindungswirkung der Zustimmung des Integrationsamts zur außerordentlichen Kündigung

(§§ 171, 174 SGB IX)

Die durch das Integrationsamt einmal erteilte Zustimmung zur Kündigung entfaltet - vorbehaltlich ihrer Nichtigkeit - so lange Wirksamkeit, wie sie nicht rechtskräftig aufgehoben ist. Für die Berechtigung des Arbeitgebers, auf der Grundlage des Zustimmungsbescheids die Kündigung zunächst zu erklären, ist es folglich ohne Bedeutung, ob die Zustimmung vom Widerspruchsausschuss oder einem Gericht aufgehoben wird, solange die betreffende Entscheidung nicht bestands- bzw. rechtskräftig ist. Wird die Zustimmungsentscheidung erst nach rechtskräftiger Abweisung der Kündigungsschutzklage bestands- oder rechtskräftig aufgehoben, steht dem Arbeitnehmer ggf. die Restitutionsklage nach § 580 ZPO offen.

(red. Leitsätze)

BAG, Urteil v. 22.7.2021 – 2 AZR 193/21

ZfPR *online* 12/2021, S. 14

Absinken der Anzahl der schwerbehinderten Beschäftigten unter den Schwellenwert des § 177 SGB IX

(§ 177 SGB IX)

Die Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung endet, wenn der Schwellenwert gemäß § 177 Abs. 1 SGB IX unterschritten wird. Der für den Betriebsrat geltende Grundsatz, nach dem beim Absinken unter den Schwellenwert die Amtszeit endet, ist auf die Schwerbehindertenvertretung übertragbar.

LAG Köln, Beschluss v. 31.8.2021 – 4 TaBV 19/21 (n. rkr.)

ZfPR *online* 12/2021, S. 26

Ende der Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung bei Ende der fingierten Selbstständigkeit der Dienststelle (§ 177 SGB IX)

Endet mit der Amtsperiode des Personalrats die auf der Grundlage eines Verselbstständigungsbeschlusses fingierte Selbstständigkeit eines Dienststellenteils oder einer Nebenstelle, endet auch die Amtszeit der für den Dienststellenteil oder die Nebenstelle gewählten Schwerbehindertenvertretung. Dies folgt aus der Regelung in § 177 Abs. 7 Satz 3 SGB IX, wonach das Amt vorzeitig erlischt, wenn die Vertrauensperson ihre Wählbarkeit verliert. Mit dem Ende der Wirkungen des Verselbstständigungsbeschlusses und damit der fingierten Dienststelleneigenschaft gehört die gewählte Vertrauensperson nicht mehr der zuvor verselbstständigten Dienststelle an, für die sie gewählt worden ist.

Da Entsprechendes für gewählte Stellvertreterinnen oder Stellvertreter gilt, kommt es auch zu keinem Nachrücken, wie es in § 177 Abs. 7 Satz 4 SGB IX geregelt ist. Die Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung endet somit überhaupt.

(red. Leitsätze)

LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 18.6.2021 – 12 TaBV 402/21 (n. rkr.)

Eignung einer Stelle zum Aushang des Wahlausschreibens für die Wahl der Vertretungsperson der schwerbehinderten Menschen (§ 177 SGB IX; § 5 SchwbVWO)

Die Auswahl der geeigneten Stelle für den Aushang des Wahlausschreibens obliegt dem Wahlvorstand. Maßstab für die Geeignetheit ist, dass die Stelle regelmäßig von einer möglichst großen Zahl von Beschäftigten aufgesucht und eingesehen werden kann, damit möglichst viele Wahlberechtigte von der Durchführung der Wahl Kenntnis erlangen und dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl Genüge getan ist.

(red. Leitsätze)

LAG Baden-Württemberg, Beschluss v. 10.6.2020 – 4 TaBV 5/19
ZfPR *online* 7-8/2021, S. 22

Berechtigung zur Einladung zur Wahlversammlung (§ 177 SGB IX; § 1 SchwbVWO)

Die einzelnen Wahlvorstandsmitglieder sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Beteiligten, da es nicht um die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte der einzelnen Wahlvorstandsmitglieder geht, sondern um die Existenz und die Rechte des Gremiums.

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 SchwbVWO sind der Wahlvorstand und dessen Vorsitzender in einer Versammlung der Schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Menschen, den Wahlberechtigten, zu bestellen.

Die Gesamtschwerbehindertenvertretung ist in der Norm nicht genannt. Sie ist also nicht einladungsbe-rechtigt.

(red. Leitsätze)

ArbG Stuttgart, Beschluss v. 26.1.2021 – 7 BVGa 1/21

Wahlwerbung eines Bewerbers für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung per Dienstpost/Neutralitätspflicht des Arbeitgebers (§§ 177, 179 SGB IX; §§ 20, 40 BetrVG)

Die Chancengleichheit der Wahlbewerber ist ungeschriebener Grundsatz und notwendiges Element demokratischer Wahlen. Danach soll jeder Wahlbewerber die gleichen Möglichkeiten im Wahlkampf und im Wahlverfahren und damit die gleiche Chance im Wettbewerb um die Wählerstimmen haben.

Ein Wahlbewerber hat keinen Anspruch auf Nutzung der Dienstpost für seine Wahlwerbung. Für Sachmittel sowie Räume gelten die §§ 179 Abs. 8 und Abs. 9 SGB IX i. V. m. den Grundsätzen des § 40 Abs. 2 BetrVG. Für Arbeitnehmer ist § 40 Abs. 2 BetrVG keine Anspruchsgrundlage. Hiervon kann auch für die Kandidaten der Wahl einer Schwerbehindertenvertretung keine Ausnahme gemacht werden. Sie geriete in Konflikt damit, dass der Arbeitgeber nach § 177 Abs. 6 Satz 2 SGB IX i. V. m. § 20 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auch nicht dazu verpflichtet ist, die Kosten der Wahlwerbung der Kandidaten zu tragen.

Eine Pflicht des Arbeitgebers, Wahlbewerbern Gelegenheit zur Werbung für ihre Kandidatur durch die Dienstpost zu geben, könnte allenfalls daraus folgen, dass der Arbeitgeber im selben Wahlverfahren bereits anderen Wahlbewerbern die Möglichkeit hierzu eingeräumt hat. Dies ergibt sich aus der Pflicht des Arbeitgebers zur Neutralität bei der Wahl der Schwerbehindertenvertretung (§ 177 Abs. 6 Satz 2 SGB IX i. V. m. 20 Abs. 2 BetrVG).

Hat der Arbeitgeber bei früheren Wahlen die Dienstpost zum Zweck der Wahlwerbung bereitgestellt, so begründet die Nutzung der Dienstpost durch einen Wahlbewerber bei einer späteren Wahl nicht ohne weiteres eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung. Anders ist dies aber, wenn der Arbeitgeber ausdrücklich darauf hinweist, dass er die Dienstpost bei dieser Wahl nicht zu Zwecken der Wahlwerbung zur Verfügung stellt.

(red. Leitsätze)

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

Umfang des Informationsanspruchs der Schwerbehindertenvertretung bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen

(§ 178 SGB IX)

Nach § 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX hat die Schwerbehindertenvertretung bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen u. a. das Recht auf Einsicht in die entscheidungsrelevanten Teile der Bewerbungsunterlagen. Dieses Recht erstreckt sich auch auf die entscheidungsrelevanten Teile der Bewerbungsunterlagen der nicht behinderten Bewerber, da nur so eine Vergleichsmöglichkeit für die Schwerbehindertenvertretung besteht. Damit soll die Schwerbehindertenvertretung die Möglichkeit haben, durch einen Vergleich der Qualifikation der Bewerber die benachteiligungsfreie Stellenbesetzung zu überprüfen.

Nach dem Sinn und Zweck des Einsichtsrechts nach § 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX besteht dieses aber auch dann, wenn die Arbeitgeberin einen schwerbehinderten Arbeitnehmer als Bewerber behandelt, damit die Schwerbehindertenvertretung ggf. nach § 178 Abs. 1 SGB IX tätig werden kann.

Die Schwerbehindertenvertretung hat nur einen Anspruch auf Einsicht in die entscheidungsrelevanten Teile der Bewerbungsunterlagen. Entscheidungsrelevant sind nur solche Unterlagen, die für die Auswahlentscheidung der Arbeitgeberin maßgeblich sind und die die Schwerbehindertenvertretung zur sachgerechten Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben für erforderlich halten darf. Hierzu gehören die begehrten vollständigen dienstlichen Beurteilungen jedenfalls dann nicht, wenn die Arbeitgeberin diese selbst nicht kennt und ihrer Auswahlentscheidung nicht zugrunde legt.

(red. Leitsätze)

BAG, Beschluss v. 16.9.2020 – 7 ABR 2/20

ZfPR *online* 6/2021, S. 17

Rechtsweg für Anspruch der Schwerbehindertenvertretung auf Tragung von Anwaltskosten

(§ 178 SGB IX; § 37 BPersVG)

Über einen Anspruch auf Kostentragung für die Schwerbehindertenvertretung entscheidet die Arbeitsgerichtsbarkeit im Beschlussverfahren. Das gilt auch dann, wenn es um Anwaltskosten für ein Verfahren vor einer Fachkammer für Personalvertretungsrecht geht, mit dem die Schwerbehindertenvertretung einen Beschluss des Personalrats angreift.

(red. Leitsätze)
VG Berlin, Beschluss v. 11.2.2021 – 72 K 2/21 PVB

Abmahnung schwerbehinderter Menschen/Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung (§§ 178, 167 SGB IX)

Nach § 178 SGB IX hat der Arbeitgeber in allen Angelegenheiten, wozu auch Abmahnungen gehören, die Schwerbehindertenvertretung unverzüglich und umfassend zu unterrichten sowie anzuhören. Dies gilt allerdings nur, wenn dadurch ein schwerbehinderter Arbeitnehmer oder ein ihm Gleichgestellter berührt bzw. betroffen ist. Insoweit ist das Bundesarbeitsgerichts unter Berücksichtigung des Wortlauts, des Zusammenhangs und des Normzwecks zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die in § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verankerten Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung entfallen, wenn durch die konkrete Angelegenheit die Belange Schwerbehinderter und ihnen Gleichgestellter in keiner anderen Weise berührt werden als die nicht schwerbehinderter Arbeitnehmer. Denn Ziel der genannten Norm ist es, dass eine Schwerbehindertenvertretung aufgrund ihrer allgemeinen Aufgabenstellung als Vertreter spezifischer Interessen im Betrieb (§ 178 Abs. 1 Satz 1 SGB IX) nur dann in Entscheidungsprozesse des Arbeitgebers einzubinden ist, wenn tatsächlich Schwerbehinderte oder ihnen Gleichgestellte – über deren allgemeine Arbeitnehmerstellung hinaus – in behindertenspezifischen Belangen betroffen sind. Durch die Unterrichts- und Anhörungsrechte soll nämlich nur behinderungsbedingten Nachteilen Rechnung getragen und Teilhabechancen eröffnet werden. Ein darüber hinausgehender Schutz allgemeiner Arbeitnehmerbelange ist nach der gesetzlichen Kompetenzaufteilung dem Betriebsrat im Rahmen der ihm eingeräumten Befugnisse zugewiesen, wobei ihm bei Abmahnungen kein Beteiligungsrecht zusteht.

Es ist im Einzelfall die Aufgabe des Arbeitgebers, sich im Vorfeld des Ausspruchs einer Abmahnung gegenüber einem Schwerbehinderten oder ihm Gleichgestellten, zum Beispiel durch Nachfragen bei dem betroffenen Arbeitnehmer, Erkenntnisse darüber zu verschaffen, ob durch den konkret im Raum stehenden abmahrelevanten Vorwurf behindertenspezifische Belange berührt sein können. Auch dem betroffenen Arbeitnehmer bleibt es unbenommen, entsprechende Gesichtspunkte nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber, sondern auch gegenüber der Schwerbehindertenvertretung vorzubringen. So wird es im Regelfall möglich sein, zu einem klaren Ergebnis zu gelangen oder - bei Zweifeln - vorsorglich ein Beteiligungsverfahren nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX einzuleiten.

(red. Leitsätze)
LAG Hamm Beschluss v. 23.4.2021 – 13 TaBV 62/20 – (n. rkr.)

Hinzuziehung von Sachverständigen und Beratern durch die Schwerbehindertenvertretung (§ 179 SGB IX)

Kosten für Sachverständige und Berater sind keine vom Arbeitgeber zu tragenden Kosten der Schwerbehindertenvertretung im Sinne von § 179 Abs. 8 SGB IX. Zwar hat danach der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit der Schwerbehindertenvertretung entstehenden Kosten zu tragen, was nach Satz 3 auch eine Bürokraft in erforderlichem Umfang umfasst. Im Gegensatz zum Betriebsverfassungsgesetz bzw. dem TV PV enthält das SGB IX 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 bzw. den entsprechenden Normen des TV PV 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.

(red. Leitsätze)

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

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. Leitsätze)

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

Schulungsanspruch der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen/Kostenerstattung

(§ 179 SGB IX)

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.

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 Vertrauensperson der Schwerbehinderten kann daher nicht auf Kenntnisse der Stellvertreterin verwiesen werden.

Der Beschränkung der Erstattung für Fahrten mit dem eigenen PKW auf 20 Cent nach § 5 BRKG muss sich auch der Personalrat und damit über § 179 Abs. 8 SGB IX die Schwerbehindertenvertretung unterwerfen. Die Wegstreckenentschädigung nach § 5 Abs. 2 BRKG im Umfang von 30 Cent pro Kilometer ist auf die Fälle begrenzt, in denen öffentliche Verkehrsmittel nicht zur Verfügung stehen und andernfalls eine annähernd kostendeckende Erstattung nicht in Betracht kommt. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Vertrauensperson der Schwerbehinderten z. B. im Hinblick auf die zu transportierenden Unterlagen die deutlich günstigere Anreise mit der Bahn nicht zumutbar ist.

(red. Leitsätze)

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

ZfPR *online* 4/2021, S. 22

Schulung der Schwerbehindertenvertretung/Erforderlichkeit einer Schulung zum bEM zu Öffentlichkeitsarbeit/Gesprächsführung

(§ 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. Leitsätze)

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

Schulung der Schwerbehindertenvertretung/Erforderlichkeit erneuter Schulung zum selben Thema (§ 179 SGB IX)

Die Schwerbehindertenvertretung hat einen Anspruch auf Schulung zum betrieblichen Eingliederungsmanagement.

Eine erneute Schulung zum selben Schulungsthema ist nur dann erforderlich, wenn die Schwerbehindertenvertretung hierfür besondere Umstände darlegt (wie etwa eine wesentliche Änderung der betrieblichen Verhältnisse, der Gesetze, der Rechtsprechung oder die sonstige Fortentwicklung von Erkenntnissen). Andernfalls ist davon auszugehen, dass die durch eine Schulungsveranstaltung einmal gelegte Grundlage und der erworbene Kenntnisstand durch die sich anschließende praktizierte Mitarbeit in der Schwerbehindertenvertretung erhalten und ausgebaut wird.

Wird im Einladungsschreiben zu einer Schulung ein für die Arbeit der Schwerbehindertenvertretung erforderliches Schulungsthema angegeben, in der Schulung aber nicht bzw. nicht ausreichend tief behandelt, geht dies nicht zu Lasten der Schwerbehindertenvertretung. Die Schulungsansprüche der Schwerbehindertenvertretung nach § 179 Abs. 4 Satz 3 SGB IX sind damit hinsichtlich des genannten Themenkomplexes noch nicht erfüllt.

Der Anspruch auf Gutschrift der Arbeitszeit auf der Grundlage des § 179 SGB IX ist mittels einer entsprechenden Leistungsklage im Urteilsverfahren gegen den Arbeitgeber geltend zu machen.

(red. Leitsätze)

ArbG Heilbronn, Beschluss v. 18.3.2021 – 7 BV 2/20

Erforderlichkeit einer Schulung der Vertrauensperson zu AGG und Datenschutz (§ 179 IX; §§ 44, 46 BPersVG)

Bei Kenntnissen über die neue DSGVO und die entsprechenden Neuregelungen des Bundesdatenschutzgesetzes handelt es sich um Spezialkenntnisse; ein Schulungsanspruch der Vertrauensperson setzt daher ein gegenwärtiges Bedürfnis für die Schulung voraus. Dieses liegt vor, wenn zwischen Dienststelle und Vertrauensperson ein Konflikt hinsichtlich der einsehbaren Daten im E-Recruiting-System besteht.

Die Schwerbehindertenvertretung ist nicht gehalten, die preiswerteste Schulungsveranstaltung auszuwählen; ihr steht im Rahmen eines Beurteilungsspielraums die Befugnis zu, die Teilnahme an einer ihrer Ansicht nach qualitativ höherwertigen – wenn auch teureren – Schulungsmaßnahme zu beschließen. Sie muss auch nicht anhand einer umfassenden Marktanalyse den günstigsten Anbieter ermitteln und ohne

Rücksicht auf andere Erwägungen auswählen. Nur wenn im Rahmen des der Schwerbehindertenvertretung zustehenden Beurteilungsspielraums mehrere gleichzeitig angebotene Veranstaltungen als qualitativ gleichwertig anzusehen sind, kann eine Beschränkung der Kostentragungspflicht des Arbeitgebers auf die Kosten der preiswerteren in Betracht kommen.

Der Beurteilungsspielraum der Schwerbehindertenvertretung bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit der Schulungsveranstaltungen bezieht sich unter anderem auf den Inhalt der Schulungsveranstaltung, den Veranstalter sowie Praxisbezogenheit und Orientierung an Arbeitnehmersicht.

(red. Leitsätze)

LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 9.3.2021 – 11 TaBV 1371/20
ZfPR *online* 1/2022, S. 19

Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen/Mitwirkungsobliegenheiten (§ 208 SGB IX)

Die Befristung des Zusatzurlaubsanspruchs schwerbehinderter Menschen nach § 208 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ist nicht von der Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten abhängig, wenn es dem Arbeitgeber unmöglich war, den Arbeitnehmer durch seine Mitwirkung in die Lage zu versetzen, den Zusatzurlaub zu realisieren.

Hat der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers und ist diese auch nicht offenkundig, verfällt der Anspruch auf Zusatzurlaub auch dann mit Ablauf des Urlaubsjahres oder eines zulässigen Übertragungszeitraums, wenn der Arbeitgeber seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen ist.

BAG, Urteil v. 30.11.2021 – 9 AZR 143/21

Mittelbare Benachteiligung wegen Behinderung durch Bezug auf frühestmögliches Rentenalter in einem Sozialplan (§ 236a SGB VI; § 1 AGG; § 75 BetrVG)

Es stellt eine mittelbar auf dem Kriterium der Behinderung beruhende Ungleichbehandlung dar, wenn bei der Berechnung des als Abfindung zu zahlenden fiktiven Differenzbetrags (in einem ersten Teil) auf den „frühestmöglichen Renteneintritt“ als eine die Höhe der Abfindung bestimmende Bezugsgröße abgestellt wird.

Durch das undifferenzierte Abstellen auf den „frühestmöglichen“ Wechsel in die gesetzliche Rente wird die durch dieses neutrale Kriterium bewirkte Ungleichbehandlung zum einen nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die nichts mit der Behinderung zu tun haben. Zum anderen führt dieses Tatbestandsmerkmal zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen der schwerbehinderten Arbeitnehmer, da die Betriebsparteien damit zur Begrenzung der Höhe der diesen Arbeitnehmern zu zahlenden Abfindung an einen sozialversicherungsrechtlichen Vorteil anknüpfen, dessen Daseinsberechtigung gerade den Schwierigkeiten und den besonderen Risiken Rechnung tragen soll, mit denen schwerbehinderte Arbeitnehmer konfrontiert sind.

Der Verstoß der Sozialplanbestimmung gegen § 75 Abs. 1 BetrVG bewirkt, dass dem benachteiligten Arbeitnehmer für die Vergangenheit ein Anspruch auf die vorenthaltene Leistung zuzuerkennen ist (sog. „Anpassung nach oben“). Den Angehörigen der mittelbar benachteiligten Gruppe sind dieselben Vorteile zu gewähren wie den nicht benachteiligten Arbeitnehmern. Kann der Arbeitgeber - wie vorliegend - den Begünstigten für die Vergangenheit die gewährten Leistungen nicht mehr entziehen, ist eine solche zur Beseitigung der Diskriminierung erforderliche „Anpassung nach oben“ selbst dann gerechtfertigt, wenn sie zu erheblichen finanziellen Belastungen des Arbeitgebers führt.

(red. Leitsätze)

BAG, Urteil v. 28.7.2020 – 1 AZR 590/18

B. Rechtsprechung zum Personalvertretungs-/Betriebsverfassungsgesetz

Vorlage ärztlicher Unterlagen an den Personalrat im Beteiligungsverfahren für Ruhestandsversetzung (§ 73 SächsPersVG)

Zwar schließen die Spezialregelungen in § 73 Abs. 2 Sätze 3 und 4 SächsPersVG die Vorlagefähigkeit einzelner Informationen und Auskünfte, die teilweise mit den Inhalten der Personalakten übereinstimmen und zur Aufgabenerfüllung des Personalrates unerlässlich sind, an den Personalrat nicht aus; dem Persönlichkeitsschutz kann durch eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte Art und Weise der Vorlage Genüge getan werden. Eine Übersendung ärztlicher Gutachten und entsprechender Unterlagen kommt hingegen grundsätzlich nicht in Betracht, weil sie zu den Personalakten gehören und nach § 73 Abs. 2 Satz 4 SächsPersVG daher nur mit Zustimmung des Beschäftigten und nur von den von ihm bestimmten Mitgliedern der Personalvertretung eingesehen werden dürfen.

Das gilt auch, wenn der Beschäftigte die Beteiligung der Personalvertretung an seiner Ruhestandsversetzung wegen mangelnder Dienstfähigkeit beantragt hat. Es kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Beamte auch ein weiteres Eindringen in seine Privatsphäre durch Bekanntgabe von ärztlichen Diagnosen, Befunden oder Gutachten der nicht ausschließlich seinen Schutzinteressen verpflichteten Personalvertretung gestattet.

(red. Leitsätze)

VG Leipzig, Urteil v. 14.12.2020 – 8 K 3012/17

Mitbestimmung des Jobcenterpersonalrats bei Zuweisung von Mitarbeitern des kommunalen Trägers/Fehler bei Vorauswahl des Bewerberfeldes (§§ 69, 75 BPersVG; §§ 44d, 44g SGB II)

Das Verfahren zur Auswahl der Beschäftigten, die dem Jobcenter zugewiesen werden sollen, kann federführend von der Geschäftsführung des Jobcenters als letztlich von der Zuweisung profitierender Stelle durchgeführt werden; es kann aber auch vom Träger unter unterschiedlich intensiver Beteiligung der Geschäftsführung organisiert werden.

Wirkt die Geschäftsführerin des Jobcenters als gleichberechtigte Partnerin bei der Auswahlentscheidung des zuständigen Gremiums mit und erfolgt damit die Entscheidung über die Zuweisung im Einvernehmen, kann die von der Geschäftsführerin mitgetragene Auswahlentscheidung vom Jobcenterpersonalrat überprüft werden. Das gilt jedenfalls dann, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Geschäftsführerin – unabhängig von ihrer Zuständigkeit – eine der Beteiligung des Personalrats unterliegende Maßnahme zu treffen beabsichtigt.

Ist nicht ausgeschlossen, dass bereits Fehler bei der Vorauswahl des Bewerberfeldes im Hinblick auf den Ausschreibungstext, die Tätigkeitsbeschreibung, die zeitliche Dimension der zu besetzenden Stelle (Vollzeit/Teilzeit) sowie die Berücksichtigung von Schwerbehinderten auf die Auswahlentscheidung selbst durchschlugen, weil sich Stellensuchende gegen eine Bewerbung entschieden oder sich die Sichtung des Bewerberfeldes und die Vorauswahl für die Auswahlgespräche auf möglicherweise fehlerhafte Leistungsanforderungen an die Bewerber stützte, und damit letztendlich auch das Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gemäß Art. 33 Abs. 2 GG verletzt wurde, ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass dem Personalrat in Bezug auf Unterlagen, die sich auf die der Auswahlentscheidung selbst vorangehenden Schritte beziehen, ein Einsichts- und in Bezug auf deren Rechtmäßigkeit ein Prüfungsrecht zusteht.

(red. Leitsätze)

OVG Sachsen, Beschluss v. 6.5.2021 – 8 A 2/20.PB (n. rkr.)
ZfPR *online* 9/2021, S. 12

Reihenfolge der Beteiligung von Gleichstellungsbeauftragter und Personalvertretung/Schwerbehinder- tenvertretung

(§ 27 BGlG; §§ 66, 68 BPersVG)

Eine Verletzung der in § 27 Abs. 3 BGlG vorgeschriebenen Beteiligungsreihenfolge kommt nur im Rahmen eines formellen Beteiligungsverfahrens der Mitbestimmung, Mitwirkung oder Anhörung in Betracht.

Die außerhalb formeller Beteiligungsverfahren bestehenden Rechte der Personalvertretung auf Unterrichtung (§ 68 Abs. 2 Satz 1, § 66 Abs. 1 Satz 1 BPersVG) schließen es aus, den Personalrat über Vorgänge der Dienststelle aus Gründen der gleichstellungsrechtlichen Beteiligung im Dunkeln zu lassen, ehe ein Vorgang nach Abschluss der Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten zur förmlichen Vorlage gelangt. Ein weites Verständnis des Anwendungsbereichs des § 27 Abs. 3 BGlG wäre damit unvereinbar.

(red. Leitsätze)

VG Berlin, Urteil v. 25.5.2020 – 5 K 308.16

ZfPR *online* 2/2021, S. 18

Mitbestimmung des Betriebsrats bei Krankengesprächen

(§ 87 BetrVG)

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Dieses kann der Arbeitgeber kraft seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen beeinflussen und koordinieren. Zweck des Mitbestimmungsrechtes ist es, die Arbeitnehmer hieran gleichberechtigt zu beteiligen.

Dagegen sind Regelungen und Weisungen, welche die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisieren – das sogenannte Arbeitsverhalten –, nicht mitbestimmungspflichtig. Wirkt sich eine Maßnahme zugleich auf das Ordnungs- und das Arbeitsverhalten aus, kommt es darauf an, welcher Regelungszweck überwiegt. Ob das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten betroffen ist, beurteilt sich nicht nach den subjektiven Vorstellungen, die den Arbeitgeber zu einer Maßnahme bewogen haben. Entscheidend ist der jeweilige objektive Regelungszweck. Dieser bestimmt sich nach dem Inhalt der Maßnahme sowie nach der Art des zu beeinflussenden betrieblichen Geschehens.

Formalisierte Krankengespräche unterliegen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Formalisierte Krankengespräche liegen nach der Rechtsprechung des BAG vor, wenn – erstens – die Auswahl der zu den Gesprächen herangezogenen Arbeitnehmer nach abstrakten Regeln erfolgt, das Gespräch – zweitens – durch einen gleichförmigen Ablauf formalisiert ist und es – drittens – um eine betriebliche Aufklärung geht zur Erkennung der Einflüsse der Arbeit auf den Krankenstand.

Nicht der Mitbestimmung unterfällt danach jedenfalls das fallweise Gespräch mit einem oder mehreren Mitarbeitern in unstrukturierter Form über krankheitsbedingte Ausfallzeiten und eventuelle Einflüsse der Arbeit hierauf.

Weder aus einem einheitlichen Einladungsschreiben zu den Fürsorgegesprächen noch aus einer Zusammenlegung aller beabsichtigten Fürsorgegespräche auf einen einzigen Tag ergibt sich ein hinreichender Kollektivbezug.

(red. Leitsätze)

LAG Nürnberg, Beschluss v. 2.3.2021 – 7 TaBV 5/20

C. Rechtsprechung zu sonstigen Gesetzen

Schadensersatzanspruch eines Beamten wegen verspäteter Reaktivierung/Rechtsmittel im Reaktivierungsverfahren

(§§ 29, 54 BeamtStG; § 839 BGB)

Eine Dienstbehörde hat, sobald ihr der Reaktivierungsantrag und die amtsärztliche Stellungnahme vorliegt, welche ihr für die Annahme der vollen Wiederherstellung der Dienstfähigkeit ausreicht, regelmäßig drei Monate Zeit bis zum Angebot der Aushändigung der Ernennungsurkunde, ohne sich dem berechtigten Vorwurf einer schuldhaft verspäteten Reaktivierung aussetzen zu müssen. Diese Frist kann sich durch das Hinzutreten besonderer Umstände verlängern. Zu denken wäre an die Notwendigkeit eines personalvertretungsrechtlichen Einigungsverfahrens. Hingegen verlängert der Umstand, dass die Versorgungsbehörde (Landesverwaltungsamt Berlin) die Personalakte der Dienstbehörde trotz mehrfacher Aufforderung erst nach mehreren Monaten übersendet, die Frist nicht ohne weiteres, auch wenn die Personalakte für eine Reaktivierung unverzichtbar erscheint.

Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO zur Beschleunigung der Reaktivierung ist möglich und nicht von vornherein aussichtslos.

(red. Leitsätze)

OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 15.4.2021 – OVG 4 B 10.19 (n. rkr.)

Handlungspflicht des Gesetzgebers bei Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung/Pandemiebedingte Triage

(Art. 3 GG)

Aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergibt sich für den Staat das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung wegen Behinderung und ein Auftrag, Menschen wirksam vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung auch durch Dritte zu schützen.

Der Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG kann sich in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten. Dazu gehören die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung von Personen wegen einer Behinderung, eine mit der Benachteiligung wegen Behinderung einhergehende Gefahr für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie das Leben oder auch Situationen struktureller Ungleichheit.

Der Schutzauftrag verdichtet sich hier, weil das Risiko der Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen besteht.

Dem Gesetzgeber steht auch bei der Erfüllung einer konkreten Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Entscheidend ist, dass er hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bewirkt.

BVerfG, Beschluss v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20

Bevorzugung von Menschen mit Behinderung bei Beurteilungen und Beförderungen

(Art. 33 GG; Art. 21 LfB Bayern)

Der Begriff der im Wesentlichen gleichen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung in Art. 21 Abs. 1 Satz 3 und 4 LfB Bayern lässt sich nicht dahingehend auslegen, dass bereits bei einem Gleichstand im Gesamtbeurteilungsprädikat eine Bevorzugung des schwerbehinderten Bewerbers greifen soll.

Bei dem Umstand der Schwerbehinderung handelt es sich um ein Hilfskriterium, das nur dann den Ausschlag bei der Bewerberauswahl geben kann, wenn bei dieser die auf die Eignung im weiteren Sinn bezogenen Elemente ausgeschöpft wurden, bevor auf leistungsfremde Hilfskriterien zurückgegriffen wird.

(red. Leitsätze)

VGH Bayern, Beschluss v. 12.5.2021 – 3 CE 21.141