

# Aktuelles zum Schwerbehindertenrecht Zukunft Dienstrecht 23.11.22 Bonn

Christoph Tillmanns

# Inhalt

1. Überblick: Besonderer Schutz für sbM
2. Besondere Pflichten bei der  
Bewerbung von sbM
3. (Schwer-)Behinderung und AGG
4. Beschäftigungsanspruch von sbM
5. Zusatzurlaub und weitere AG-  
Pflichten, Beteiligung SBV
6. Besonderer Kündigungsschutz

# 1. Aktuelle Zahlen

# Überblick

## **Jahresende 2021 rund 7,8 Millionen schwerbehinderte Menschen in Deutschland**

- 90 % durch Krankheit,
- 3 % angeboren/erstes Lebensjahr
- 1 % durch Unfall oder Berufskrankheit

## **Körperliche** Behinderungen – 58 % der schwerbehinderten Menschen:

- 27 % innere Organe/Verlust Brüste
- 11 % waren Arme und/oder Beine in Funktion eingeschränkt,
- 10 % Wirbelsäule und Rumpf.
- 4 % Blindheit/Sehbehinderung
- 4 % Schwerhörigkeit, Gleichgewichts- oder Sprachstörungen.

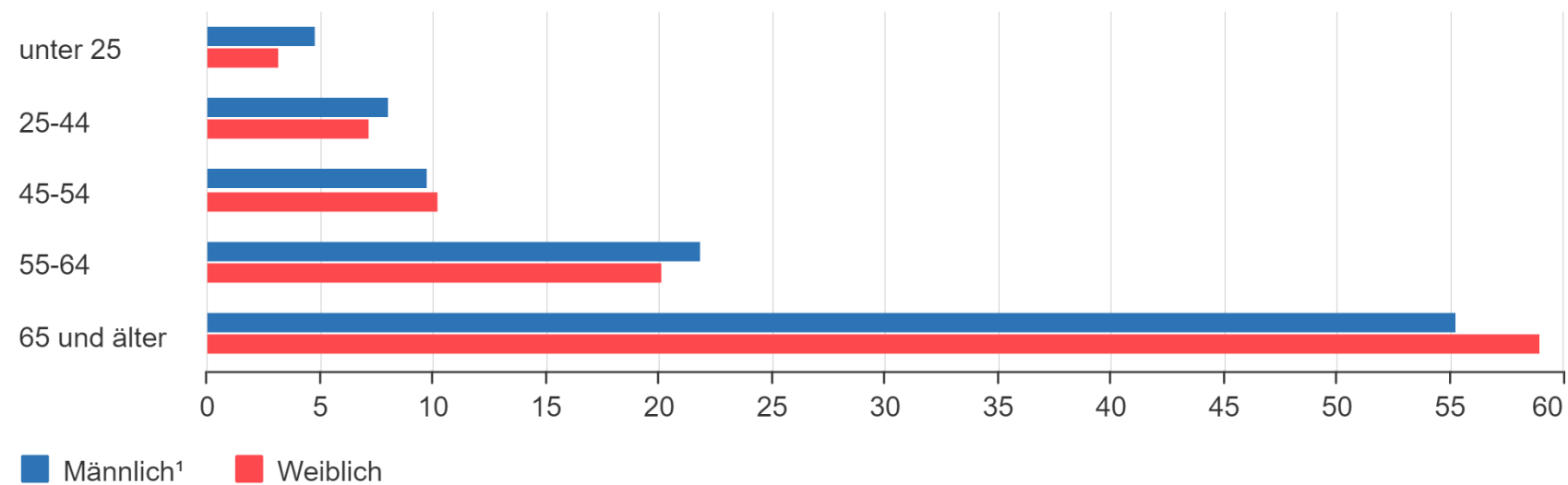
**Geistige** oder seelische Behinderungen 14 %

**zerebrale** Störungen 9 %

23 % Grad der Behinderung von 100; 33 % Grad der Behinderung von 50

# Überblick

## Schwerbehinderte Menschen nach Alter 2019

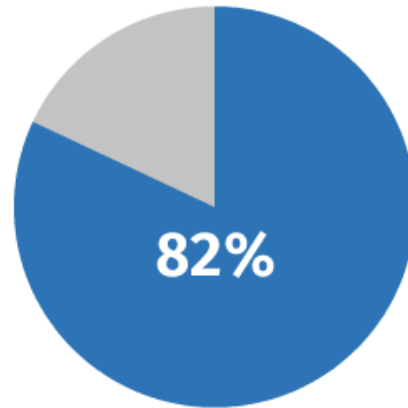


1 Einschließlich „Divers“ oder „Ohne Angabe“ nach dem Personenstandsgesetz beim Geschlecht.  
Anteil an allen Schwerbehinderten je Geschlecht in %

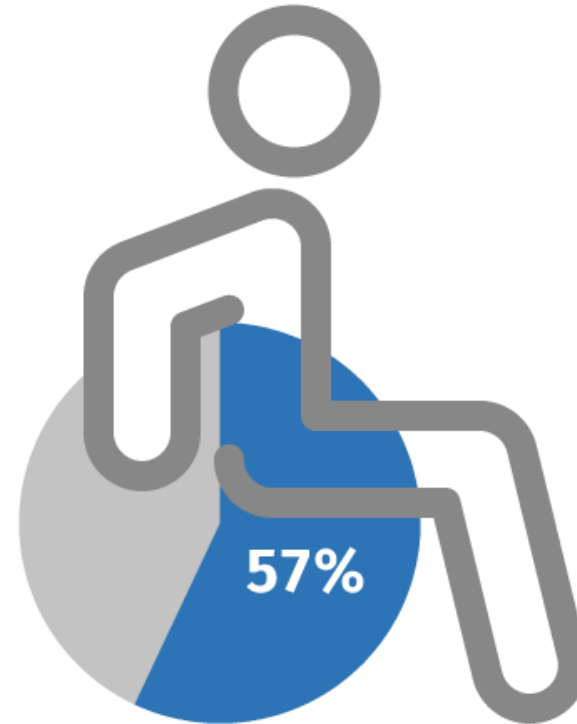
# Überblick

## Teilhabe am Berufsleben 2019

Personen zwischen 15 und 64 Jahre



Menschen ohne Behinderung



Menschen mit Behinderung

©  Statistisches Bundesamt (Destatis), 2021

 **STATIS**  
Statistisches Bundesamt

# Überblick

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG: **Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.**

SGB IX: **Selbstbestimmung und gleichberechtigte Teilhabe** von Menschen mit Behinderung am Leben in der Gesellschaft fördern (§ 1 SGB IX)

Teil 1: Begriffsbestimmungen (§ 2); Leistender Rehabilitationsträger

Teil 3: **Chancengleichheit schwerbehinderter Menschen im Berufsleben verbessern**

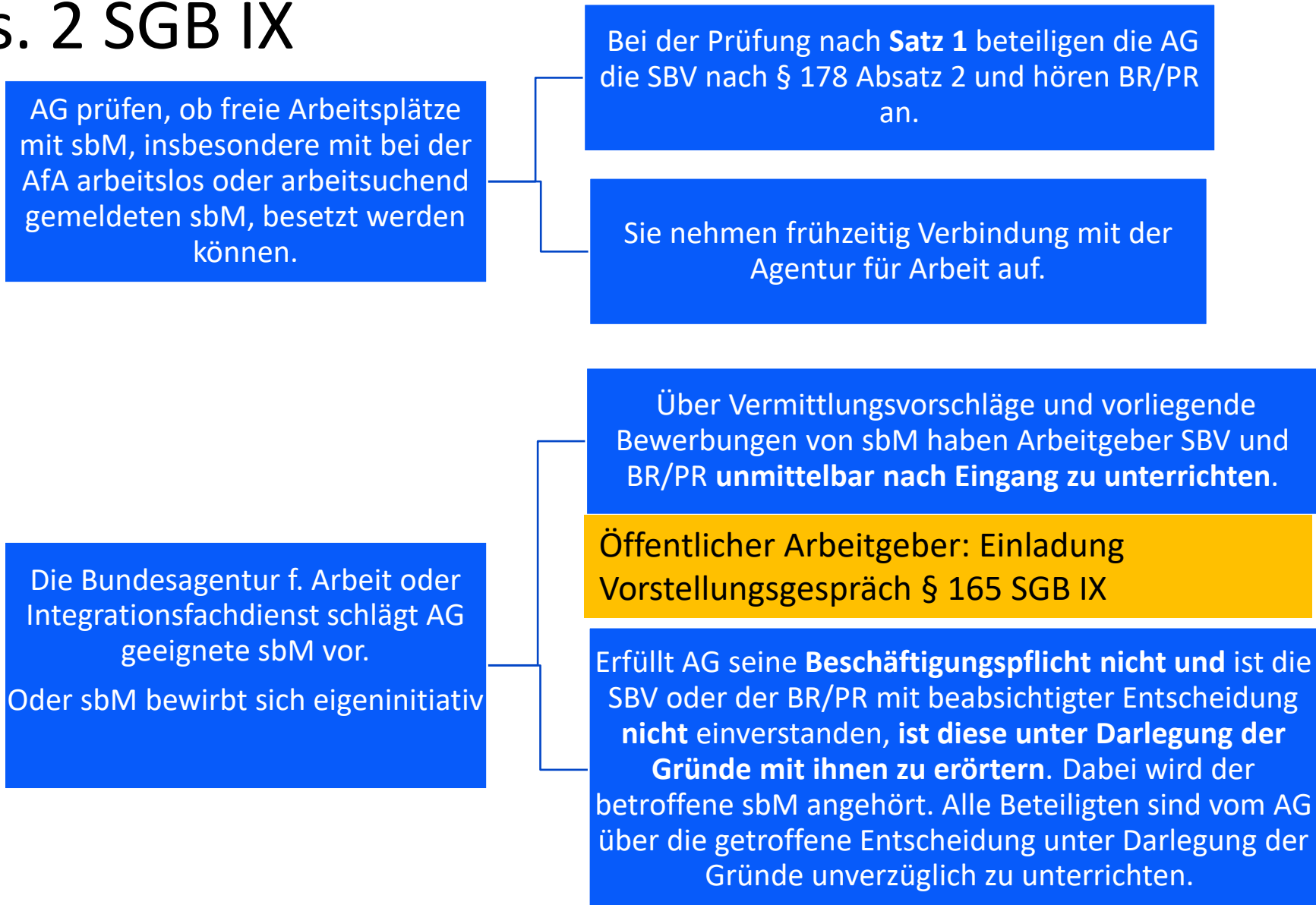
- Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe
- besondere Arbeitgeberverpflichtungen
- besonderer Kündigungsschutz
- die besondere Förderung zur Eingliederung schwerbehinderter Menschen
- besondere Rechte der schwerbehinderten Menschen und der Schwerbehindertenvertretungen
- ein besonderes Dienstleistungsangebot der Bundesagentur für Arbeit und der Integrationsämter

*Update 2022*

## 2. Besondere Pflichten des AG bei Bewerbungen von sbM



# Besondere Pflichten des AG bei Bewerbungen von sbM § 164 Abs. 2 SGB IX



# Einladung zum Vorstellungsgespräch öD - Grundsätzliches

## § 165 Besondere Pflichten der öffentlichen Arbeitgeber

1Die Dienststellen der öffentlichen Arbeitgeber melden den Agenturen für Arbeit frühzeitig nach einer erfolglosen Prüfung zur internen Besetzung des Arbeitsplatzes frei werdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze (§ 156). 2Mit dieser Meldung gilt die Zustimmung zur Veröffentlichung der Stellenangebote als erteilt. 3Haben schwerbehinderte Menschen sich um einen solchen Arbeitsplatz beworben oder sind sie von der Bundesagentur für Arbeit oder einem von dieser beauftragten Integrationsfachdienst vorgeschlagen worden, werden sie zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. 4Eine Einladung ist entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt.

**Öffentliche** Arbeitgeber (§ 154 Abs. 2 SGB IX > öff.rechtl. Rechtsform) müssen dem sb Bewerber die Chance eines Vorstellungsgesprächs schon dann geben, wenn seine fachliche Eignung zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (§ 165 S. 3 und 4 SGB IX).

Schwerbehinderte Bewerber sollen durch das in § 165 S. 2 SGB IX genannte Vorstellungsgespräch die Möglichkeit erhalten, ihre Chancen im Auswahlverfahren zu verbessern. Sie sollen die Chance haben, den Arbeitgeber von ihrer fachlichen und persönlichen Eignung zu überzeugen.

**Ausschluss aus weiterem Bewerbungsverfahren ist Benachteiligung, die in ursächlichem Zusammenhang mit Behinderung steht.**

(BAG, Urteil v. 12.9.2006, 9 AZR 807/05, Rn. 24; Urteil v. 11.8.2016, 8 AZR 375/15, Rn. 38)

# Besondere Pflichten des AG bei Bewerbungen von sbM

**Die Pflichten aus § 164 Abs. 1 SGB IX treffen alle AG**, nicht nur die des öffentlichen Dienstes oder AG bei Nichterfüllung der Pflichtquote.

## **Folge von Verstößen:**

- Betriebs-/Personalrat kann bei Verletzung der Pflichten nach § 164 Abs. 1 SGB XI die Zustimmung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern, da Maßnahme gegen ein Gesetz, nämlich vorrangige Beschäftigung schwerbehinderter Menschen, verstößt.
  - BAG, Beschluss v. 14.11.1989, 1 ABR 11/88
- Ein abgelehnter schwerbehinderter Bewerber kann sich darauf berufen, dass die Verletzung dieser Pflicht seine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lasse (§ 22 AGG).
  - BAG, Urteil v. 20.1.2016, 8 AZR 194/14
- Schadensersatz/Entschädigung nach § 15 AGG
  - BAG, Urteil v. 13.10.2011, 8 AZR 608/10

**Bei Fehlern:** Abbruch des Bewerbungsverfahrens, neue Ausschreibung

# Besondere Pflichten des AG bei Bewerbungen von sbM – § 164 Abs. 1 SGB IX

**BAG aktuell**

**Der Fall:** Kläger verlangt Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG

Im November 2017 veröffentlichte der bekl. LKr. über die Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit eine Stellenausschreibung, nach der im Rechts- und Kommunalamt die Stelle Amtsleiters/in zu besetzen war. Erwartet wurden ein „abgeschlossenes weiterführendes wissenschaftliches Hochschulstudium (Master oder gleichwertiger Abschluss) in der Fachrichtung Rechtswissenschaften bzw. 2. juristisches Staatsexamen (Volljurist/in)“ sowie „mehrjährige einschlägige Berufserfahrung“ und „mehrjährige einschlägige Führungserfahrung vorzugsweise in einer vergleichbaren Führungsposition hinsichtlich der Führungsspanne und des Aufgabenbereiches im kommunalen Bereich“.

Kläger GdB von 50 bewarb sich unter Angabe seiner Schwerbehinderung auf die ausgeschriebene Stelle. Keine mehrjährige Berufserfahrung. 11.4.2018 teilte Bekl. mit, für anderen Bewerber entschieden. Keine Einladung zum Vorstellungsgespräch. Kläger beschwert sich nach § 13 AGG; keine Antwort...

Personalsachbearbeiterin K hatte in Tabelle mit Link zu den Bewerbungsunterlagen die Daten der 24 Stellenbewerber/innen erfasst; Tabelle an PR und SBV weitergeleitet. Versehentlich für den Kl. in Rubrik „Behinderung (schwerbehindert oder gleichgestellt)“ anstelle des Wortes „ja“ das Wort „nein“ eingetragen. Kläger: Diskriminierung weil...

- Freie Stelle nicht der Agentur für Arbeit ordnungsgemäß gemeldet (§ 165 S. 1 SGB IX)
- Schwerbehindertenvertretung nicht unmittelbar nach Eingang über Bewerbung ordnungsgemäß unterrichtet (§ 164 Abs. 1 S. 4 SGB IX)
- nicht zu Vorstellungsgespräch eingeladen, obwohl fachlich für die Stelle geeignet (§ 165 S. 3 SGB IX nF).
- Keine Antwort auf die Beschwerde

# Besondere Pflichten des AG bei Bewerbungen von sbM – § 164 Abs. 1 SGB IX

**BAG aktuell**

Nach ständiger Rechtsprechung begründet der Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung. Diese Pflichtverletzungen sind nämlich grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein.

Besteht die **Vermutung einer Benachteiligung**, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gilt allerdings das Beweismaß des sogenannten Vollbeweises. Der Arbeitgeber muss Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass **ausschließlich** andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben.

## **Meldung der Stelle bei der Agentur für Arbeit**

- Die Nichteinschaltung der Agentur für Arbeit bzw. die nicht ordnungsgemäße Einschaltung der Agentur für Arbeit ist grundsätzlich geeignet, die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung zu begründen, da der objektiv gesetzeswidrig handelnde Arbeitgeber den Anschein erweckt, nicht nur an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein, sondern auch möglichen Vermittlungsvorschlägen und Bewerbungen von arbeitssuchenden schwerbehinderten Menschen aus dem Weg gehen zu wollen (vgl. BAG 12.9.2006 – 9 AZR 807/05, BAGE 119, 262 Rn. 22 = NZA 2007, 507)
- Eine ordnungsgemäße Meldung i.S.v. § 165 Satz 1 SGB IX setzt die Erteilung eines Vermittlungsauftrags an die nach § 187 Abs. 4 SGB IX bei der Agentur für Arbeit eingerichteten besonderen Stellen für Teilhabe (schwer-)behinderter Menschen am Arbeitsleben unter Angabe der Daten voraus, die für einen qualifizierten Vermittlungsvorschlag erforderlich sind.
- Darauf kann sich jeder Bewerber berufen – nicht nur bei Unkenntnis von der Stellenausschreibung.
- Die offensichtlich fehlende fachliche Eignung des Kl. hätte den Bekl. nur gem. § 165 S. 4 SGB IX nF von seiner Verpflichtung aus § 165 S. 3 SGB IX nF befreit, den schwerbehinderten Kl. zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Für die in § 165 S. 1 SGB IX nF bestimmte Meldeverpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers ist die Eignung bzw. Nichteignung eines/einer schwerbehinderten Bewerbers/Bewerberin hingegen ohne Belang.

# Besondere Pflichten des AG bei Bewerbungen von sbM – § 164 Abs. 1 SGB IX

**BAG aktuell**

## Ordnungsgemäße Unterrichtung von PR und SBV

- Über Vermittlungsvorschläge der Bundesagentur für Arbeit oder eines Integrationsfachdienstes sowie vorliegende Bewerbungen schwerbehinderter Menschen haben die Arbeitgeber die SBV und BR/PR unmittelbar nach Eingang zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht setzt ein, sobald der Arbeitgeber erkennt – zum Beispiel anhand der Bewerbungsunterlagen – **oder erkennen muss**, dass es sich um einen schwerbehinderten Bewerber handelt.
- Ein **Sammeln** der Bewerbungen und späteres gebündeltes Weiterleiten an die SBV und BR/PR **ist nicht** „unmittelbar nach Eingang“. (blieb hier offen)
- "**Unterrichtung**" meint eine gezielte Unterrichtung unter Hinweis auf die Schwerbehinderung des Bewerbers.
- Hier nicht geschehen, „Haken“ falsch gesetzt... Ob und gegebenenfalls unter welchen weiteren Voraussetzungen sich dieser Umstand dahin auswirken kann, dass für die Annahme, die Schwerbehinderung des Kl. sei Bestandteil eines Motivbündels gewesen, das die Entscheidung des Bekl. (mit) beeinflusst habe kein Raum bleibt, und welche Bedeutung in diesem Zusammenhang gegebenenfalls einem etwaigen Organisationsverschulden des Bekl. (BAG 23.1.2020 – 8 AZR 484/18, NZA 2020, 851) zukäme, kann dahinstehen.

## Unterbliebene Beantwortung der Beschwerde als Indiz? Offen gelassen

### Höhe der Entschädigung: 1,5 Gehälter

Gericht nicht gehalten, stets die „exakte“ Höhe des auf der ausgeschriebenen Stelle zu erwartenden Bruttomonatsentgelts zu ermitteln. ungefähr erzielbare Bruttomonatsentgelt reicht aus. Andernfalls würde Anspruchs auf Entschädigung mit einem – inzidenter durchzuführenden – Eingruppierungsprozess belastet, was mit den unionsrechtlichen Vorgaben (insbes. dem Effektivitätsgrundsatz des Unionsrechts) nicht vereinbar wäre

(BAG, Urteil v. 25. November 2021, 8 AZR 313/20; 1,5 Gehälter

ähnlich LAG Köln, Urteil v. 30. Juni 2021, 11 Sa 1172/20 zu § 164 SGB IX)

# Vorstellungsgespräch ÖD – verschwundene Einladung

**BAG aktuell**

- Kläger verlangt Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG; Vermutung der Diskriminierung wegen unterbliebener Einladung zum Vorstellungsgespräch entgegen § 165 SGB IX
- Kläger: keine Einladung erhalten...
- Beklagte: Bürgermeister habe den Kläger für Vorstellungsgespräch ausgewählt und ihn mit Schreiben vom 6. 2. 2018, unter der angegebenen Postfachanschrift zu einem Vorstellungsgespräch am ... eingeladen. Die Sekretärin des Bürgermeisters habe das Schreiben zur Post gegeben. ... Als der Kläger zum Vorstellungstermin am ... nicht erschienen sei, habe die Sekretärin des Bürgermeisters mehrfach erfolglos versucht, den Kläger telefonisch zu erreichen.
- Kläger: Beklagte habe nicht versucht, ihn telefonisch zu erreichen. Jedenfalls habe die Beklagte es bereits pflichtwidrig versäumt, ihm das angebliche Einladungsschreiben auf einem sicheren Zugangsweg, beispielsweise per Einschreiben mit Rückschein zukommen zu lassen.
- (BAG, Urteil vom 1. Juli 2021 – 8 AZR 297/20 –, Rn. 8, juris)

# Besondere Pflichten des AG bei Bewerbungen von sbM

**Bewerber** im Sinne von § 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 im Sinne von § 130 BGB. Um den Bewerberbegriff des § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG zu erfüllen, ist es hingegen **nicht notwendig**, dass der Arbeitgeber bzw. die bei diesem über die Bewerbung entscheidenden Personen **tatsächlich Kenntnis** von einer zugegangenen Bewerbung nehmen.

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber die **Vermutung** nach § 22 AGG dadurch **widerlegen**, dass er substantiiert vorträgt und im Bestreitensfall beweist, dass er bzw. die bei ihm über die Einstellung entscheidenden Personen aufgrund besonderer, ihm nicht zurechenbarer Umstände des Einzelfalls nicht die Möglichkeit hatte(n), eine im Sinne von § 130 BGB zugegangene Bewerbung tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen.

(BAG, Urteil v. 23.1.2020, 8 AZR 484/18, NZA 2020, 851, beck-online)



# Vorstellungsgespräch ÖD

## BAG aktuell

- Die verkörperte Einladung muss in verkehrsbüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Bewerbers/der Bewerberin gelangen, so dass unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von der Einladung Kenntnis zu nehmen
- schriftliche Einladung zu einem Vorstellungsgespräch beim Bewerber nicht entspr. § 130 BGB zugegangen > Kausalitätsvermutung nach § 22 AGG nur dann, wenn AG nicht alles ihm Mögliche und Zumutbare unternommen hat, um einen ordnungsgemäßen und fristgerechten Zugang der Einladung zu bewirken.
- allein der Umstand, dass schriftliche Einladung zu Vorstellungsgespräch Bewerber nicht zugegangen ist, ist nicht geeignet, die Kausalitätsvermutung iSv. § 22 AGG zu begründen.
- Arbeitgeber trifft sekundäre Darlegungslast.; Beweislast für gegenteiliges Vorbringen wieder beim Kläger, da Voraussetzung für Beweislastumkehr nach § 22 AGG
- § 165 S 3 SGB IX sieht für eine Einladung zum Vorstellungsgespräch weder eine bestimmte Form noch eine bestimmte Art der Übermittlung vor > kein Einschreiben etc.
- Der Umstand, dass der Arbeitgeber nach dem Nichterscheinen zum Vorstellungsgespräch nicht versucht, Kläger im Anschluss telefonisch zu kontaktieren, ist - für sich betrachtet - kein Indiz im Sinne von § 22 AGG
- (BAG, Urteil vom 01. Juli 2021 – 8 AZR 297/20 –, juris)

# Besondere Pflichten des AG bei Bewerbungen von sbM – § 164 Abs. 1 SGB IX

§ 22 AGG

Prüfung, ob freie ArbPlätze mit sbM besetzt werden können

Gilt ausnahmslos > Arbeitsplatz nach § 154 SGB IX (str.) > auch bei beabsichtigter interner Besetzung auch wenn Stelle mit Leiharbeitnehmer besetzt werden soll (BAG, Beschluss v. 23. 6. 2010 - 7 ABR 3/09) insbesondere bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend gemeldet sbM

Beteiligung der SBV bei der Prüfung (Satz 6) > Ziel Anpassung Arbeitsplatz – Anhörung BR/PR

## **Ablauf**

- 1. unverzügliche Unterrichtung der SBV über die zu besetzenden freien Stellen mit Stellebeschreibung und dokumentierter Gefährdungsbeurteilung,
- 2. Anhörung der SBV zu dem für die Stellenbesetzung vom Arbeitgeber beabsichtigten Anforderungsprofil (zB gültige Fahrerlaubnis) und
- 3. nach Eingang der Stellungnahme der SBV unverzügliche Mitteilung an die SBV über das vom Arbeitgeber aufgestellte und der Arbeitsagentur im Rahmen der Verbindungsaufnahme nach § 164 Abs. 1 Satz 2 zu meldende Anforderungsprofil. (LPK-SGB IX/Düwell, SGB IX § 164 Rn. 128)

# Besondere Pflichten des AG bei Bewerbungen von sbM – § 164 Abs. 1 SGB IX

## frühzeitig Kontaktaufnahme mit der Agentur für Arbeit

- Mitteilung der zu besetzenden Stelle bei der Agentur > Reha/SB – Stelle nach § 187 Abs. 4 SGB IX
- Frühzeitig > vor der Stellenausschreibung > auch bei interner Besetzungsabsicht (Ausn. § 165 S. 1 für öD.)
- Auslösen eines betreuten Vermittlungsauftrags – nicht nur Jobbörse – konkretes nachvollziehbares Anforderungsprofil > § 8 AGG > Aussage über Eignung für sbM ([www.arbeitsagentur.de/unternehmen/arbeitskraefte/vermittlung-nach-mass](http://www.arbeitsagentur.de/unternehmen/arbeitskraefte/vermittlung-nach-mass))
- Ausreichend Zeit für Agentur für Arbeit für Vermittlungsvorschläge

## Information der SBV und der AN – Vertretung über vorliegende Bewerbungen und Vorschläge

- unverzüglich = ohne schuldhaftes Zögern, bußgeldbewehrt; Kenntnis des AG von SB egal > keine Sammelmeldung! > auch wenn Nachweis der SB bzw Gleichstellung nicht geführt wurde
- SB muss von Bewerber offengelegt werden, nicht nur in Anlagen versteckt (BAG, Urteil v. 26.9.2013, 8 AZR 650/12)
- für jede Bewerbung neu (BAG, Urteil v. 18.9.2014, 8 AZR 759/13)
- Gilt auch für Initiativbewerbungen

# Besondere Pflichten des AG bei Bewerbungen von sbM – § 164 Abs. 1 SGB IX

**Achtung: Bei Fehlen einer örtlichen SBV tritt nimmt deren Rechte die Gesamt- oder Konzern SBV wahr: § 180 Abs. 1 S. 1 2. Hs SGB IX § 180 Abs. 6 S, 1. Hs 2. Alt.**

## Umfassende Unterrichtung der SBV

- SBV hat Recht auf Einsicht in Bewerbungsunterlagen und Teilnahme an Vorstellungsgesprächen (§ 178 Abs. 2 SGB IX) – auch in die entscheidungsrelevanten Teile der Bewerbungsunterlagen der Bewerber ohne Behinderung (BAG, Beschluss v. 16.9.2020, 7 ABR 2/20)
- Beteiligung der SBV am Auswahlverfahren > auch bei Einschaltung Dritter; ggf. Unterrichtungspflicht

## beabsichtigte Entscheidung ist SBV und Betriebsrat/PR unverzüglich mitzuteilen

- Auswahlentscheidung trifft AG in eigener Verantwortung, ggf. Art 33 Abs. 2 GG

Erfüllt AG Pflichtquote nicht **und** sind SBV oder BR/PR nicht einverstanden, muss AG Entscheidung mit SBV und BR/PR erörtern und begründen.

- Anhörung des Bewerbers; Unterrichtung über die Entscheidung und Darlegung der Gründe, keine Schriftform
- Bei Erfüllung Pflichtplatzquote entfällt die Pflicht (BAG, Urteil v. 21.2.2013, 8 AZR 180/12); auch kein Auskunftsanspruch

### 3. (Schwer-)Behinderung und AGG – Sonstige Fälle

# Keine Benachteiligung Unterrichtung § 7 Abs. 2 TzBfG

- Ein Verstoß gegen die in § 7 II TzBfG bestimmte Verpflichtung, einen Arbeitnehmer, über entsprechende freie Arbeitsplätze zu, ist **kein Indiz** im Sinne von § 22 AGG, darauf schließen lässt, dass der/die schwerbehinderte Arbeitnehmer/in wegen seiner/ihrer Schwerbehinderung benachteiligt wurde.
  - keine Verpflichtung zum Schutze oder mit dem Ziel der Förderung der Teilhabe schwerbehinderter Menschen. Als Vermutungstatsachen für einen Kausalzusammenhang mit der Schwerbehinderung kommen nämlich nur Pflichtverletzungen in Betracht, die der Arbeitgeber begeht, indem er Vorschriften nicht befolgt, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten
- Ein AN , der Anspruch auf entgangenen Gewinn in Form entgangenen Arbeitsentgelts nach § 15 I AGG darauf stützt, er sei vom Arbeitgeber bei der Vergabe zusätzlicher Wochenarbeitsstunden unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des AGG nicht berücksichtigt worden, muss deshalb darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass alle Voraussetzungen für eine vertragliche Aufstockung seiner Wochenarbeitszeit vorgelegen haben und die Anhebung der wöchentlichen Arbeitszeit ausschließlich deshalb unterblieben ist, weil der Arbeitgeber bei der Vergabe der Wochenarbeitsstunden nach einem Grund im Sinne von § 1 AGG, zum Beispiel der (Schwer-)Behinderung differenziert hat.
- BAG, Urt. v. 26.1.2017 – 8 AZR 736/15 NZA 2017, 854

# Kündigung, (Schwer-)Behinderung und AGG

## §§ 1, 7 AGG: verbotenes Unterscheidungsmerkmal „Behinderung“

### **Keine** Benachteiligung

- Eine krankheitsbedingte Kündigung als solche knüpft nicht an ein Diskriminierungsmerkmal an. Allerdings können die Kündigungsmotivation oder die der Kündigungsentscheidung zugrunde liegenden Überlegungen Anhaltspunkte für einen Zusammenhang zwischen der Erklärung und einer Behinderung sein. Allein der Umstand, dass der Arbeitgeber die Fehlzeiten des Arbeitnehmers als Anlass für eine Kündigung genommen hat, **lässt nicht die Vermutung zu**, er hätte bei Arbeitnehmern ohne Behinderung von einer Kündigung abgesehen
- BAG, Urteil v. 28.4.2011, 8 AZR 515/10.

# Kündigung, (Schwer-)behinderung und AGG – Kündigung ohne Zustimmung Integrationsamt

**BAG aktuell**

Kläger war als Hausarbeiter beschäftigt auf Grundlage eines „Vertrags über Hausmeisterleistungen“ mit der Stadt L. an der Grundschule K in P eingesetzt. Er war ab dem 11. 02.2018 arbeitsunfähig erkrankt. Die spätere vorläufige Betreuerin des Klägers S setzte Beschäftigte des Beklagten hierüber am 12. Februar 2018 telefonisch in Kenntnis. Weiteres ist streitig.

Mit Schreiben vom 15. 02.2018 kündigte die Stadt L den og. Vertrag zum 30. 04.2018; Beklagter kündigt deswegen dem Kläger; Kündigungsschutzklage ; durch Vergleich erledigt.

Kläger macht gegenüber Beklagtem Schadensersatz bzw. Entschädigung nach § 15 AGG geltend.

Kläger beantragt Anerkennung als schwerbehinderter Mensch am 17.10.2018. Anerkennung ab dem 17. 10.2018 als sbM.

Kläger: Beklagter habe ihn wegen Schwerbehinderung diskriminiert, weil ohne Zustimmung des Integrationsamts gekündigt. Zum Kündigungszeitpunkt Schwerbehinderung offenkundig. Er habe am 11. 02. 2018 einen Schlaganfall erlitten und mit halbseitiger Lähmung auf der Intensivstation gelegen. Beklagten sei das am 12. 02. 2018 mitgeteilt worden, ebenso, dass nicht absehbar sei, wann und ob er aufgrund der Schwere der Lähmung wieder arbeiten könne.

Zudem kein Präventionsverfahren und kein bEM durchgeführt.

Beklagter hat bestritten, dass der Kläger am 11. 02.2018 Schlaganfall mit Lähmung erlitten habe. Gleiches gelte für den Inhalt des Telefongesprächs vom 12. 02.2018. Die spätere vorläufige Betreuerin S habe lediglich mitgeteilt, dass der Kläger im Krankenhaus liege. Im Zeitpunkt der Kündigung keine Kenntnis von einer Schwerbehinderung gehabt.



# Kündigung, (Schwer-)behinderung und AGG – Kündigung ohne Zustimmung Integrationsamt

§ 168 SGB IX, wonach die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts bedarf, gehört zu den Vorschriften, die Verfahrenspflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten.

Hat Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung die nach § 168 SGB IX erforderliche Zustimmung des Integrationsamts nicht eingeholt, kann das die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass die Benachteiligung, die der schwerbehinderte Mensch durch die Kündigung erfahren hat, **wegen** der Schwerbehinderung erfolgte.

Sonderkündigungsschutz setzt voraus, dass im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung entweder die **Schwerbehinderung bereits festgestellt** (oder eine Gleichstellung erfolgt) ist oder die **Stellung des Antrags** auf Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch (bzw. auf Gleichstellung) **mindestens drei Wochen zurückliegt** (§ 173 Abs. 3 SGB IX)

Für offenkundige Schwerbehinderung muss offenkundig sein, dass der Grad der Behinderung in einem Feststellungsverfahren auf wenigstens 50 festgesetzt würde - „offenkundig“, wenn SB unzweifelhaft für jede/n ersichtlich besteht.

- Hier vom Kläger kein Beweis angeboten; Betreuung setzt keine SB voraus
- Unterlassenes bEM keine Vermutung für Benachteiligung
- Wichtig: Im Falle nachträglicher Kenntnis von der SB Rücknahme der Kündigung anbieten

(BAG, Urteil vom 2. Juni 2022 – 8 AZR 191/21 –, juris)

# (einfache) Behinderung – Kündigung - AGG



## Beispiel

### HIV-Infektion als Behinderung

Einstellung eines an symptomloser HIV-Infektion erkrankten AN als Chemisch-Technischer Assistent im sog. Reinraum bei einer Firma, die intravenös verabreichte Arzneimittel zur Krebsbehandlung herstellt. AN wies Betriebsarzt bei Einstellungsuntersuchung auf HIV-Infektion hin. Betriebsarzt äußerte Bedenken.

AG kündigt das Arbeitsverhältnis in der Wartezeit (§ 1 KSchG) wegen der HIV-Infektion.

BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12:

Eine symptomlose HIV-Infektion stellt eine „Behinderung“ dar. Die gesellschaftliche Teilhabe von HIV-Infizierten ist typischerweise durch Stigmatisierung und soziales Vermeidungsverhalten beeinträchtigt. Kündigung ist i.d.R. **diskriminierend** und damit unwirksam, **wenn der AG durch angemessene Vorkehrungen den Einsatz des AN trotz seiner Behinderung ermöglichen kann.**

# Kündigung von behinderten Menschen Benachteiligung durch unterlassenes Präventionsverfahren

1. Das Präventionsverfahren nach § 167 I SGB IX ist keine angemessene Vorkehrung im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG sowie von Art. 27 I 2 Buchst. i in Verbindung mit Art. 2 UAbs. 3 und 4 der UN-BRK.

2. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, innerhalb der Wartezeit nach § 1 I KSchG ein Präventionsverfahren nach § 167 I SGB IX durchzuführen.

BAG, Urt. v. 21.4.2016 – 8 AZR 402/14

# (Schwer-)Behinderung und AGG

Mit Schreiben vom 6.9.2019 wies die Beklagte den Kläger daraufhin, dass sich eine erhebliche Anzahl von Fehltagen ergebe und machte ihn darauf aufmerksam, dass sie sich bei weiteren Fehltagen arbeitsrechtliche Konsequenzen vorbehalte. Mit Schreiben vom 19.9.2019 forderte der Kläger die Beklagte zur Rücknahme des Schreibens vom 6.9.2019 und mit Schreiben vom 19.11.2019 zur Zahlung einer Entschädigung auf.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, durch das Schreiben vom 6.9.2019 sei er aufgrund seiner Eigenschaft als Schwerbehinderter schlechter behandelt worden als andere vergleichbare Produktionsmitarbeiter. Er habe einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung. Kläger im Juli 2020 verstorben.

LAG Niedersachsen, Urteil v. 26.7.2021, 15 Sa 1156/20: Klage abgewiesen – AG schickt allen häufiger kranken AN solch ein Schreiben, daher keine Benachteiligung; auch keine Belästigung...



## Wichtig

Achtung: BAG hat auf NZB Revision zugelassen! Anhängig BAG, 8 AZR 25/22 Termin 30.3.2023

## 4. Beschäftigungsanspruch von sbM

# Beschäftigungsanspruch von sbM

## § 164 Abs. 4 SGB IX – arbeitsrechtlicher Anspruch auf

- Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können. Dies geht nicht soweit, dass der schwerbehinderte Mensch verlangen kann, nur nach seinen Neigungen beschäftigt zu werden.
- bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung zur Förderung ihres beruflichen Fortkommens.
- Erleichterungen im zumutbaren Umfang zur Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung.
- behindertengerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten einschließlich der Betriebsanlagen, Maschinen und Geräte sowie der Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfelds, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit, unter besonderer Berücksichtigung der Unfallgefahr.
- Ausstattung des Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen.

Für schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte (§ 151 Abs. 3 SGB IX) Menschen einklagbarer Anspruch auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz, der ihren Kenntnissen und Fähigkeiten möglichst gerecht wird.

Rechtsanspruch auf eine Vertragsänderung oder -anpassung

# Beschäftigungsanspruch von sbM

## Reichweite des Anspruchs? einzelfallabhängig

- EuGH: "angemessene Vorkehrungen" in Anlehnung an die UN-BRK; dies ist weit zu verstehen und umfasst die Beseitigung der verschiedenen Barrieren, die die volle und wirksame, gleichberechtigte Teilhabe der Menschen mit Behinderung am Berufsleben behindern.
- materielle und organisatorische Maßnahmen
- unverhältnismäßige Belastung? finanzieller und sonstigen Aufwand...
- Maßgeblich: Größe und Finanzkraft des Arbeitgebers sowie Möglichkeit, öffentliche Mittel oder andere Unterstützungen in Anspruch zu nehmen (EuGH, Urteil v. 11.4.2013, C-335/11 u.a., [Ring] Rn. 59 f).

Eine Kündigung eines (nicht schwer-)behinderten Arbeitnehmers wegen fehlender Einsatzmöglichkeiten ist nur wirksam, wenn der Arbeitgeber nicht imstande ist, das infolge der Behinderung vorliegende Beschäftigungshindernis durch angemessene Vorkehrungen zu beseitigen > Anspruch auf Beschäftigungssicherung für **alle** Menschen mit Behinderung aus § 164 Abs. 4 SGB IX (BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12, Rn. 54).

# Beschäftigungsanspruch von sbM – Wiedereingliederung

- Der AG kann gegenüber einer sb Person nach § 164 Abs. 4 Satz 1 SGB IX verpflichtet sein, an einer Maßnahme der stufenweisen Wiedereingliederung in das Erwerbsleben mitzuwirken und diese/n Beschäftigte/n entsprechend den Angaben im ärztlichen Wiedereingliederungsplan zu beschäftigen.
- Voraussetzung: Ärztliche Bescheinigung des behandelnden Arztes, die ordnungsgemäß nach den Vorschriften des Sozialrechts auf dem Vordruck der Sozialversicherungsträger erstellt worden ist.
  - mit der Durchführung des Wiedereingliederungsplans kann betrieblich nutzbare Tätigkeit wiedererlangt werden; Angaben zu Art und Weise der empfohlenen Beschäftigung, zu etwaigen Beschäftigungsbeschränkungen, zum Umfang der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit, zur Dauer der Maßnahme und eine Prognose, wann „voraussichtlich“ die Wiederaufnahme der Tätigkeit erfolgt
- Hat der sb AN dem AG Bescheinigung vorgelegt, ist der AG grundsätzlich verpflichtet, den Arbeitnehmer entsprechend den Angaben im ärztlichen Wiedereingliederungsplan zu beschäftigen.
  - Ausnahme: Wenn AG aufgrund besonderer Umstände (Betriebsarzt!) die Befürchtung hegen durfte bzw. musste, dass der/m Beschäftigten aus der Maßnahme nachteilige gesundheitliche Folgen erwachsen.
- Verletzt AG seine Pflicht nach § 164 Abs. 4 Satz 1 SGB IX > Schadensersatz

(BAG, Urteil v. 16.5.2019, 8 AZR 530/17, NZA 2019, 1348, beck-online)



# Beschäftigungsanspruch von sbM – Annahmeverzug

AN kann die zuletzt zugewiesene Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr erbringen.

- Kein Annahmeverzug, da zuletzt zugewiesene Tätigkeit die geschuldete Tätigkeit ist > AN ist leistungsunfähig nach § 297 BGB
  - Ausnahme: nur ein Teil der zuletzt zugewiesenen Tätigkeit kann nicht mehr erbracht werden (BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04); 3 106 S. 3 GewO
- Wenn AN im Rahmen der vereinbarten Arbeitsleistung andere Tätigkeit erbringen kann > Anspruch auf Neuausübung des Weisungsrecht § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, 4, 5 SGB IX, § 241 BGB
  - AN muss diese Tätigkeit (rahmenmäßig) beschreiben
  - Bei Verletzung Schadensersatz > Verschulden
- Wenn vertraglich vereinbarte Tätigkeit nicht mehr möglich, dann Anspruch auf Vertragsänderung § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr.1, 4, 5 SGB IX, § 241 BGB
  - Bei Verletzung Schadensersatz > Verschulden

Zusammenfassend BAG, Urteil vom 14. Oktober 2020 – 5 AZR 649/19

# Beschäftigungsanspruch von sbM – Annahmeverzug

- Macht der schwerbehinderte AN Ansprüche auf **behinderungsgerechte Beschäftigung** geltend, trägt er nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich die **Darlegungs- und Beweislast** für die anspruchsbegründenden Tatsachen.
- Für seinen Anspruch muss er deshalb grundsätzlich **Beschäftigungsmöglichkeiten aufzeigen**, die seinem in Folge der Behinderung eingeschränkten Leistungsvermögen und seinen Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechen.
- Hierauf hat der AG aufzuzeigen, warum die aufgezeigten Beschäftigungsmöglichkeiten nicht bestehen oder deren Zuweisung ihm unzumutbar ist. Dazu gehört auch gegebenenfalls die Darlegung, dass **kein entsprechender freier Arbeitsplatz vorhanden ist und auch nicht durch Versetzung freigemacht** werden kann.
- **Erleichterungen** treten für den AN ein, wenn der Arbeitgeber seine Erörterungspflichten nach § 167 Abs. 1 SGB IX (Präventionsverfahren) verletzt hat. In diesem Fall hat er **auch ohne Benennung konkreter Einsatzmöglichkeiten** vonseiten des AN darzutun, dass ihm auch unter Berücksichtigung dieser besonderen Arbeitgeberpflichten nach § 164 Abs. 4 SGB IX eine zumutbare Beschäftigung des schwerbehinderten AN nicht möglich war.

(BAG, Urteil v. 14.10.2020, 5 AZR 649/19 NZA 2021, 406, beck-online)

# Beschäftigungsanspruch von sbM

## Der Fall

Eine AN'in ist beim Land als Lehrerin beschäftigt. Zwei Wiedereingliederungsversuche sind gescheitert. Feststellung nach amtsärztlicher Untersuchung: Mit Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit als Lehrerin ist nicht zu rechnen; sie könne leichte Tätigkeiten ohne besondere Anforderungen an die nervliche Belastung, Umstellungs- und Anpassungsfähigkeit ausüben.

Feststellung eines GdB von 30, Gleichstellung.

Die AN bewarb sich erfolglos auf verschiedene Stellen, für die sie lt. amtsärztlicher Untersuchung geeignet ist.

Die AN klagt auf leidensgerechte Beschäftigung – unter Ausschluss einer Tätigkeit als Lehrerin.

# Beschäftigungsanspruch von sbM

## Die Entscheidung (BAG, Urteil v. 3.12.2019, 9 AZR 78/19)

Ein **öffentlicher AG** 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.

- Die Stellenbesetzung hat auf Grundlage eines gem. **Art. 33 Abs. 2 GG** durchzuführenden Bewerbungs- und Auswahlverfahrens unter Beachtung des subjektiven **Rechts eines jeden Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren** zu erfolgen.
- Das Gebot der Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB begründet **keine Verpflichtung des AG zu einer vertragsfremden Beschäftigung** des AN.
- **Der AG kann im Rahmen der Rücksichtnahmepflicht lediglich gehalten sein, dem Wunsch des AN nach einer Vertragsanpassung nachzukommen, insbesondere, wenn andernfalls ein dauerhaftes Unvermögen des AN drohe.**
- AN kann nur Vertragsänderung, aber nicht unmittelbar eine vertragsfremde Beschäftigung verlangen.

5. Zusatzurlaub und Mehrarbeit;  
weitere Verpflichtungen des AG;  
SBV

# Zusatzurlaub – § 208 SGB IX – Verfall und Belehrung

**BAG aktuell**

Der Fall:

Der Kläger beantragt, festzustellen, dass ihm für die Jahre 2017 und 2018 zusätzlicher Urlaub für schwerbehinderte Menschen von sieben Tagen zusteht.

Kläger hat Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft gestellt

Ablehnung des Antrags durch Bescheid vom 24. 11. 2017; Kläger informiert Beklagte darüber.

Kläger legt Widerspruch und Klage ein > keine Information der Beklagten

Erst im März 2019 erfuhr die Beklagte, dass Kläger aufgrund eines vor dem Sozialgericht abgegebenen Anerkenntnisses vom 5. 3. 2019 rückwirkend zum 11. 8. 2017 als schwerbehinderten Menschen mit einem GdB von 50 anerkannt wurde.

Kläger verlangt Anfang April 2019 die Gewährung von Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen. Beklagte lehnt für die Jahre 2017 und 2018 ab, der Anspruch sei verfallen.

Kläger: der Zusatzurlaub nicht verfallen, weil Beklagte ihren Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen sei.

# Zusatzurlaub – § 208 SGB IX – Verfall und Belehrung

Die Befristung des Anspruchs auf Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen setzt, wie die des gesetzlichen Mindesturlaubs, grundsätzlich voraus, dass der Arbeitgeber seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nachkommt.

1. 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.
2. 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 Urlaubsjahrs oder eines zulässigen Übertragungszeitraums, wenn der Arbeitgeber seinen Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten nicht nachgekommen ist.

(BAG, Urteil v. 30.11.2021, 9 AZR 143/21)

3. Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitnehmer einen Antrag auf Anerkennung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch gestellt hat, ohne seinen Arbeitgeber darüber zu unterrichten und ohne dass die Schwerbehinderung offensichtlich ist.
4. Unterrichtet der (objektiv schwerbehinderte) Arbeitnehmer den Arbeitgeber über seinen (noch nicht beschiedenen) Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft, setzen Befristung und Verfall des Anspruchs auf Zusatzurlaub grundsätzlich die Erfüllung der Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten durch den Arbeitgeber voraus.

(BAG, Urteil vom 26. April 2022 – 9 AZR 367/21 –, juris)

# Zusatzurlaub – § 208 SGB IX – Verfall und Belehrung

5. **Besonderheiten** ergeben sich, wenn der dem Arbeitgeber bekannte Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderung zunächst durch behördlichen Bescheid zurückgewiesen und die Schwerbehinderung **aufgrund eines vom Arbeitnehmer eingelegten Rechtsbehelfs oder Rechtsmittels später rückwirkend festgestellt wird.**

Die Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten des Arbeitgebers bestehen in einem solchen Fall zunächst bis zu der ablehnenden Entscheidung der zuständigen Behörde. Ist der Arbeitgeber vor dem Erlass des ablehnenden Bescheids seinen Mitwirkungsobliegenheiten nicht rechtzeitig nachgekommen, unterliegt der Zusatzurlaubsanspruch, über den der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bis dahin hätte rechtzeitig belehren können, nicht dem Fristenregime des § 7 Abs 3 BUrlG. Der (später aufgehobene) Ablehnungsbescheid ändert daran nichts mehr.

6. Ansprüche auf Zusatzurlaub, hinsichtlich derer der Arbeitgeber nicht rechtzeitig vor Ablehnung des Antrags seinen Mitwirkungsobliegenheiten nachkommen konnte, erlöschen - auch ohne dass der Arbeitgeber zuvor seine Mitwirkungsobliegenheit erfüllt hat - mit Ablauf der gesetzlichen Verfallfristen, **wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber nicht rechtzeitig über den weiteren Gang des Anerkennungsverfahrens unterrichtet.** Dem Arbeitnehmer obliegt es, den Arbeitgeber unverzüglich über die ablehnende Entscheidung der zuständigen Behörde sowie darüber zu informieren, ob er dagegen einen Rechtsbehelf eingelegt hat oder dies beabsichtigt.

(BAG, Urteil vom 26. April 2022 – 9 AZR 367/21 –, juris)



# Zusatzurlaub – § 208 SGB IX – Verfall und Belehrung

## Das Dilemma des Arbeitgebers:

Auf die Unterrichtung über die SB kann der Arbeitgeber, wenn er ebenso wie der Arbeitnehmer vom Vorliegen der Schwerbehinderung ausgeht, bereits im Vorgriff auf eine von ihm erwartete positive Entscheidung des Versorgungsamts seiner Initiativlast gerecht werden, indem er den Arbeitnehmer auffordert, Zusatzurlaub zu nehmen, und ihm klar und rechtzeitig mitteilt, dass der Zusatzurlaub mit Ablauf des Kalenderjahrs oder Übertragungszeitraums verfällt, wenn er ihn nicht beantragt.

Konsequenterweise ist er dann auch gehalten, den Zusatzurlaub auf einen entsprechenden Antrag zu gewähren; anderenfalls setzt er sich in Widerspruch zu seinen vorausgehenden Erklärungen und entfristet den Zusatzurlaub dadurch wieder.

> Rückforderung des Urlaubs, wenn AN doch nicht anerkannt wird?...

**Bezweifelt der Arbeitgeber das Vorliegen einer Schwerbehinderung** und möchte er deshalb zunächst den Ausgang des Anerkennungsverfahrens abwarten, bevor er den Zusatzurlaub initiiert, trägt er das Risiko, den Zusatzurlaubsanspruch auch noch nach Ablauf des Urlaubsjahrs gewähren zu müssen. Wird AN rückwirkend als sbM anerkannt, besteht der Zusatzurlaubsanspruch fort.

Er konnte nicht verfallen, weil der Arbeitgeber es unterlassen hat, den Arbeitnehmer durch seine Mitwirkung in die Lage zu versetzen, den Zusatzurlaub zu realisieren.

(BAG, Urteil vom 26. April 2022 – 9 AZR 367/21 –, Rn. 21, juris)

# § 207 Mehrarbeit



## Achtung

Nicht der tarifliche Begriff der Mehrarbeit ist entscheidend (über die individuelle AZ des AN hinausgehende Arbeit), „Mehrarbeit“ i.S.d. SGB IX ist die die werktägliche Dauer von 8 Stunden (§ 3 ArbZG) überschreitende AZ.

(BAG, Urteil v. 8.11.1989, DB 1990, 889)

# § 207 Mehrarbeit – Rufbereitschaft

**Auf Verlangen ist der schwerbehinderte Mensch von Mehrarbeit freizustellen (§ 207 SGB IX).**

Die Vorschrift des § 207 SGB IX verbietet – nach entsprechendem Verlangen des schwerbehinderten Menschen bzw. des einem solchen gleichgestellten Menschen mit Behinderung (§ 151 I und III SGB IX) – die Anordnung von Mehrarbeit – nicht aber automatisch die von **Rufbereitschaft**

- 1. Mehrarbeit in diesem Sinne ist jede über werktäglich acht Stunden (§ 3 Satz 1 ArbZG > 6 Tage Woche!) hinausgehende Arbeitszeit.** Weder die individuell vereinbarte oder tarifliche regelmäßige Arbeitszeit noch die nach § 3 Satz 2 ArbZG auf bis zu zehn Stunden täglich verlängerbare Arbeitszeit ist für die Bestimmung der Mehrarbeit im Sinne von § 207 SGB IX maßgebend.
- Die Vorschrift des § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX räumt dem schwerbehinderten Arbeitnehmer einen einklagbaren Anspruch ein, nicht (mehr) zu **Bereitschaftszeiten eingeteilt zu werden, wenn er diese wegen seiner Behinderung nicht ausüben kann.**
- Bei als Rufbereitschaft angeordneten Bereitschaftszeiten, während derer sich der Arbeitnehmer nicht an seinem Arbeitsplatz aufhalten muss, handelt es sich insgesamt um Arbeitszeit, wenn dem Arbeitnehmer Einschränkungen auferlegt werden, die ihm bei objektiver Betrachtung ganz erheblich darin beeinträchtigen, die Zeit, innerhalb derer er sich bereithalten muss, frei gestalten und sich allgemeinen Interessen widmen zu können.
- Ob die dem Arbeitnehmer auferlegten Einschränkungen diesen Intensitätsgrad erreicht haben, ist anhand einer Gesamtwürdigung zu beurteilen. Die dafür maßgeblichen Beurteilungskriterien sind insbesondere die Zeitspanne, binnen derer der Arbeitnehmer die Arbeit auf Abruf aufzunehmen hat, sowie die durchschnittliche Häufigkeit und Dauer der tatsächlichen Inanspruchnahme während der Bereitschaftszeiten.

(BAG, Urteil v. 27.7.2021, 9 AZR 448/20, NZA 2021, 1702, beck-online)

# Schwerbehindertenvertretung (SBV)

Wenn im „Betrieb“ bzw. in der „Dienststelle“ wenigstens 5 schwerbehinderte Menschen ständig beschäftigt werden, wird ein Vertrauensmann bzw. eine Vertrauensfrau und mind. 1 Stellvertreter gewählt (§ 177 Abs. 1 SGB IX).

- wahlberechtigt: Alle nicht nur vorübergehend beschäftigten schwerbehinderten Menschen.
- wählbar: Alle nicht nur vorübergehend Beschäftigten über 18 Jahre, Vertrauensperson muss nicht schwerbehindert sein.
- Initiierung ggf. durch BR/PR (§ 176 SGB IX)
- Integrationsamt kann zur Wahlversammlung einladen, wenn keine SBV besteht (§ 177 Abs. 6 Satz 4 SGB IX)

## **BAG aktuell:**

Das Amt der Schwerbehindertenvertretung ist nicht vorzeitig beendet, wenn die Zahl der sBM unter fünf sinkt. Eine ausdrückliche Regelung, die das Erlöschen der Schwerbehindertenvertretung bei Absinken der Anzahl schwerbehinderter Beschäftigter unter den Schwellenwert nach § 177 Abs. 1 Satz 1 SGB IX vorsieht, besteht im Gesetz nicht. Eine vorzeitige Beendigung der Amtszeit ist auch nicht aus gesetzessystematischen Gründen oder im Hinblick auf Sinn und Zweck des Schwellenwerts geboten.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 19. Oktober 2022 – 7 ABR 27/21 PM

# Schwerbehindertenvertretung (SBV)

In allen Angelegenheiten, die einen einzelnen schwerbehinderten Menschen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, ist die Schwerbehindertenvertretung rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung zu hören (§ 178 Abs. 2 SGB IX).

... Einstellung, Versetzung oder Kündigung sowie alle sonstigen Entscheidungen, die sich auf schwerbehinderte Menschen als solche beziehen – nicht Abschluss eines Aufhebungsvertrags

**Verstößt** der Arbeitgeber **gegen die Unterrichts- und Anhörungspflicht, bleibt die Maßnahme gegenüber dem schwerbehinderten Menschen dennoch individualrechtlich zulässig.**

Sanktion – § 178 Abs. 2 SGB IX, dass die unter Verletzung des Beteiligungsrechts getroffene Maßnahme **auszusetzen** und die Beteiligung innerhalb **von 7 Tagen** nachzuholen ist.

§ 238 Abs. 1 Nr. 8 SGB IX Ordnungswidrigkeit, Geldbuße bis zu 10.000 EUR

Vermutung der Benachteiligung? § 22 AGG

**wichtige Ausnahme:** Beteiligt der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nicht ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters, ist die Kündigung unwirksam (§ 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX).

# Keine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung vor Entscheidung über Gleichstellung

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

1. Die SBV ist vor der Feststellung einer Gleichstellung mit einem sb Menschen bei einer Versetzung **nicht vorsorglich nach § 178 Abs. 1 SGB IX zu beteiligen.**
2. Die Kenntnis des AG von der Antragstellung ist dabei unerheblich.

**Somit gilt:**

- Die Rückwirkung der Gleichstellung wirkt sich nicht auf etwaige Beteiligungsansprüche der SBV aus.
- Beteiligungsanspruch der SBV erst mit Bekanntgabe des Gleichstellungsbescheids.



## Beachte

Der besonderer Kündigungsschutz nach §§ 168 ff. SGB IX für Schwerbehinderte und Gleichgestellte erstreckt sich auf eine zeitnah vor der Kündigung erfolgte Antragstellung (Antrag mind. 3 Wochen vor Zugang der Kündigung eingegangen).

# Schwerbehindertenvertretung (SBV) Beteiligung bei Einstellung

Das Unterrichts- und Anhörungsrecht der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX umfasst die Teilnahme an Personalauswahlverfahren, wenn sich ein schwerbehinderter oder gleichgestellter Mensch mit Behinderung um eine Stelle bewirbt. Das Beteiligungsrecht erstreckt sich auf die Einsicht in die entscheidungserheblichen Teile der Bewerbungsunterlagen und die Teilnahme an Vorstellungsgesprächen (Rn. 21 ff.).

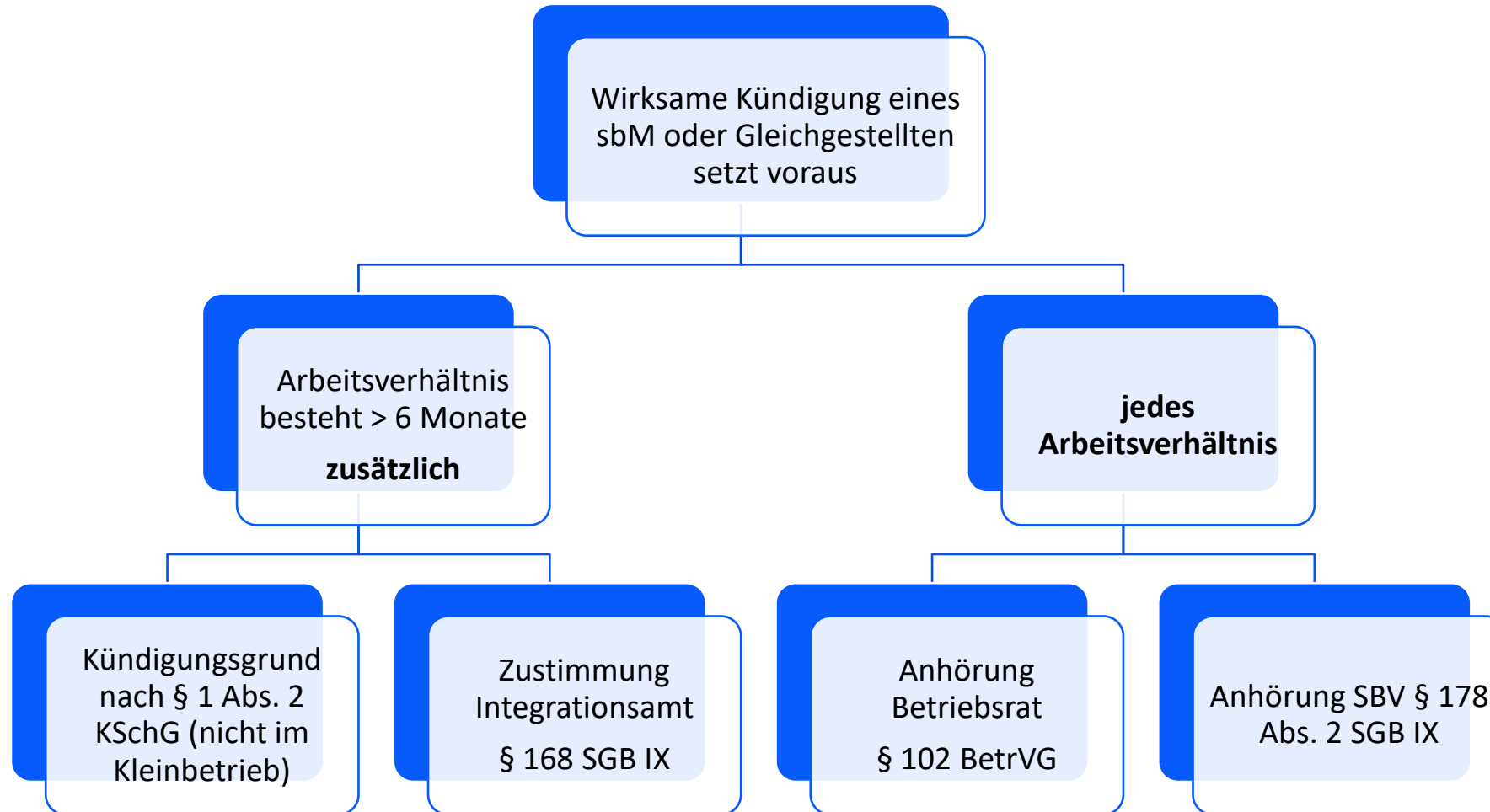
(BAG, Beschluss v. 19.12.2018, 7 ABR 80/16 NZA 2019, 854, beck-online; BAG, Beschluss v. 16.9.2020, 7 ABR 2/20)

Verstoß = Vermutung der Benachteiligung? § 22 AGG?

## 6. Besonderer Kündigungsschutz für sbM



# Besonderer Kündigungsschutz – Überblick



# Besonderer Kündigungsschutz

## Wer?

- Schwerbehinderte, Kenntnis des AG egal –aber bei Unkenntnis des AG muss AN dem AG innerhalb von drei Wochen plus Postlaufzeit nach Zugang der Kündigung besonderen Kündigungsschutz mitteilen; § 167 ZPO gilt nicht
- gleichgestellte Arbeitnehmer, Kenntnis des AG egal
- Ausnahme § 156 Abs. 2 Nr. 2 bis 5 SGB IX
- auch im Kleinbetrieb
- Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 SGB IX erfüllt und das Arbeitsverhältnis dem deutschen Vertragsstatut unterfällt (BAG Urteil v. 22.10.2015, 2 AZR 720/14)

## Ab wann?

- Arbeitsverhältnis > 6 Monate § 173 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX
- Eigenschaft als sbM oder Gleichstellung ist zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht nachgewiesen § 173 Abs. 3
- Ausnahme: wird später rückwirkend festgestellt – rechtzeitige Antragstellung; i.d.R 3 Wochen vor Zugang der Kündigung, § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX; bei Gutachten 7 Wochen – gilt auch für Gleichstellungsantrag (BAG, Urteil v. 1.3.2007, 2 AZR 217/06)
- Schwerbehinderung offensichtlich

## Wofür?

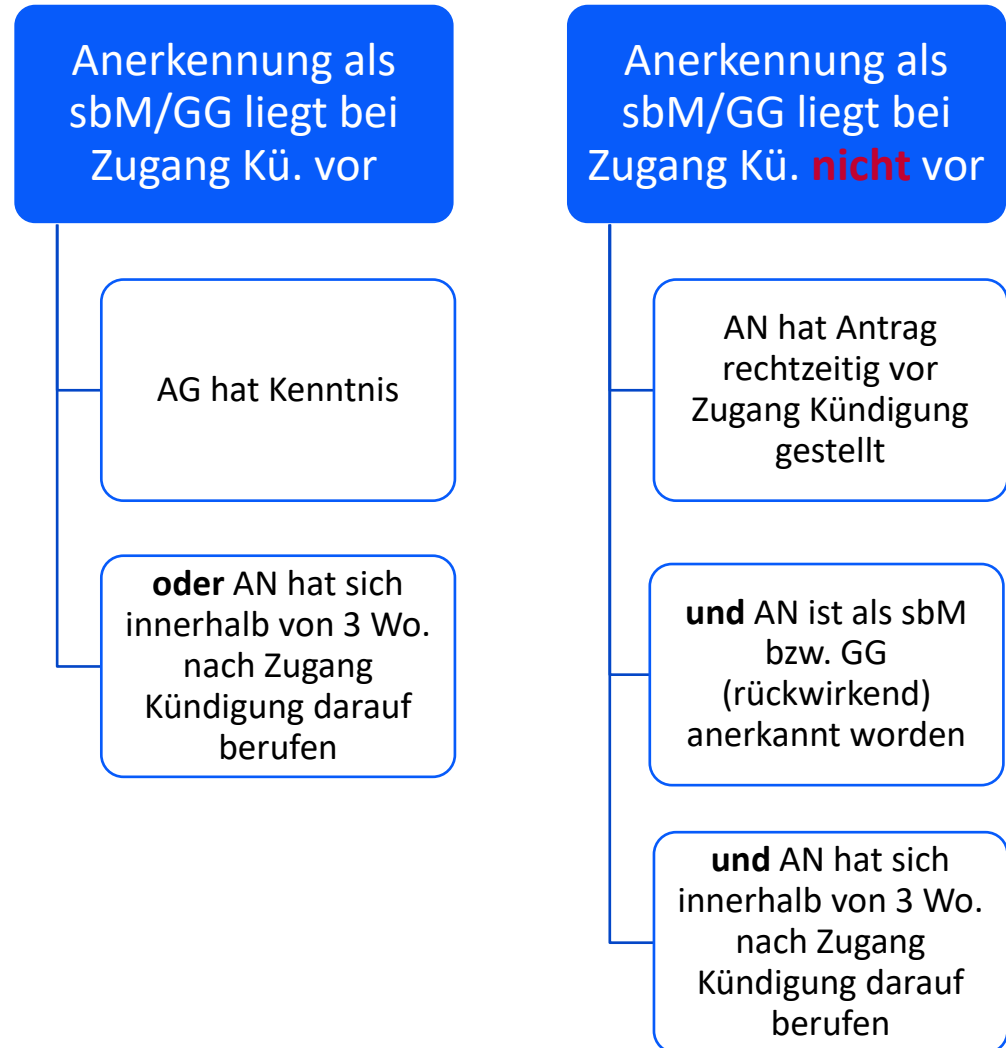
- ordentliche Kündigung, auch Änderungskündigung
- Ausnahme: Witterungsbedingt mit Wiedereinstellungszusage § 173 Abs. 2 SGB IX
- außerordentliche Kündigung § 174 Abs. 1 SGB IX
- auflösende Bedingung bei Erwerbsminderung, Erwerbsunfähigkeit § 175 SGB IX

# Besonderer Kündigungsschutz

## Zustimmungserfordernis des Integrationsamts bei fehlender Kenntnis des AG von dem besonderen Kündigungsschutz

Wenn AN sich **nach Zugang** der Kündigung rechtzeitig auf besonderen Kündigungsschutz beruft:

- AN hat bisher nur Antrag gestellt, noch nicht entschieden – vorsorglich weitere Kündigung mit Zustimmung des Integrationsamts
- AN ist als sbM/GG anerkannt – Rücknahme der Kündigung (Gefahr AGG)



# Besonderer Kündigungsschutz – Antragsverfahren

## Rechtsgrundlage §§ 170, 171 SGB IX

- Antragstellung i.d.R. schriftlich (Unterschrift!) oder Fax
- für den Betriebssitz zuständiges IntAmt
  - vorherige Anhörung SBV empfehlenswert
- Anhörung des sbM und Betriebsrat und SBV durch IntAmt
- ggf. mündliche Verhandlung, Hinwirken auf gütliche Einigung
- Integrationsamt soll innerhalb eines Monats entscheiden
- Kündigung kann nur innerhalb eines Monats nach der Zustimmung erklärt werden
  - Zustimmung muss AG zugestellt worden sein; formlose Information reicht nicht!  
(BAG, Urteil v. 16.10.1991, 2 AZR 332/91)
  - Maßgeblich Regelungen des jeweiligen VwZG!! Ggf. drei Tage abwarten (LAG BW, Urteil v. 22.9.2006, 18 Sa 28/06)
- Sonderregelungen für Betriebsstillegung nach § 172 SGB IX
- Widerspruch des AN hat keine aufschiebende Wirkung > AG kann und muss Kündigung aussprechen
  - Zustimmung kann vom VG aufgehoben werden

# Besonderer Kündigungsschutz – Ausspruch der Kündigung nach Zustimmung

*BAG aktuell*

§ 171 Abs. 3: AG kann Kündigung nur innerhalb eines Monats nach der Zustellung der Zustimmung „erklären“

- Kündigung muss innerhalb eines Monats dem AN zugehen, Beweislast beim AG
- Die durch das Integrationsamt erteilte Zustimmung zur Kündigung entfaltet für den Kündigungsschutzprozess solange Wirksamkeit, wie sie nicht **bestands- oder rechtskräftig** aufgehoben worden ist.
  - BAG, Urteil v. 22.7.2021, 2 AZR 193/21, NJW 2021, 3069, beck-online
- Wird Zustimmung erst nach Rechtskraft der Kündigungsschutzklage aufgehoben: Restitutionsklage!

# Betriebsbedingte Kündigung eines sb AN

**BAG aktuell**

Der Arbeitgeber darf bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs **eine unternehmerische Entscheidung treffen**, welche den bisherigen Arbeitsplatz eines schwerbehinderten Menschen durch eine Organisationsänderung entfallen lässt. Die in § 164 Abs. 4 SGB IX vorgesehenen Ansprüche schwerbehinderter Menschen sind lediglich bei der Prüfung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu berücksichtigen.

In diesem Fall besteht jedoch weiterhin ein Beschäftigungsbedürfnis für den betroffenen schwerbehinderten Menschen, **wenn er auf einem anderen freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann**. Bei der Prüfung etwaiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten sind seine Rechte aus § 164 Abs. 4 SGB IX zu berücksichtigen,

Es muss gegebenenfalls eine behinderungsgerechte Einrichtung des freien Arbeitsplatzes vorgenommen werden. Einen Anspruch auf Schaffung eines zusätzlichen Arbeitsplatzes hat der schwerbehinderte Mensch nicht.

(BAG, Urteil v. 16.5.2019, 6 AZR 329/18 NZA 2019, 1198, beck-online)

# Besonderer Kündigungsschutz – fristlose Kündigung

Antragstellung beim IntAmt innerhalb von 2 Wochen nach Kenntnis des Kündigungsgrundes § 174 Abs. 2

- Frist für Antragstellung § 174 Abs. 2 SGB IX: Einhaltung der Frist prüft ausschließlich IntAmt (BAG, Urteil v. 11.6.2020, 2 AZR 442/19) – nicht ArbGericht

IntAmt trifft Entscheidung innerhalb von 2 Wochen – danach gilt Zustimmung als erteilt § 174 Abs. 3

- Ggf. beim IntAmt erkundigen!

Kündigung muss unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung ausgesprochen werden § 174 Abs. 5

- „Erteilt“ ist Zustimmung, sobald diese in der Frist des § 174 Abs. 3 Satz 1 SGB IX getroffen **und** der antragstellende Arbeitgeber hierüber in Kenntnis gesetzt **oder**
- wenn Entscheidung innerhalb Frist des § 174 Abs. 3 Satz 1 SGB IX nicht getroffen worden ist; dann gilt Zustimmung mit Ablauf der Frist gem. § 174 Abs. 3 Satz 2 SGB IX als erteilt (BAG, Urt. v. 27.2.2020, 2 AZR 390/19 )
- § 626 Abs. 2 BGB gilt nicht: § 174 Abs. 5 SGB IX unverzügliche Erklärung der Kündigung
- maßgeblich Zugang beim AN
- Betriebsrat und SBV – Anhörung kann nach Erteilung der Zustimmung (unverzüglich) vorgenommen werden (BAG, Urteil v. 11.6.2020, 2 AZR 442/19)

# Besonderer Kündigungsschutz – Beteiligung SBV

AG muss SBV vor Ausspruch der Kündigung entsprechend den für die Beteiligung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG geltenden Grundsätzen anhören, sonst ist die Kündigung nach § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX unwirksam.

- gilt für **alle** Kündigungen, die zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen können
- gilt auch für Kündigungen in der **Wartezeit** des § 1 Abs. 1 KSchG. § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX findet keine Anwendung
- Unwirksamkeitsfolge § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX greift nicht ein, wenn der Arbeitgeber "nur" die Mitteilungspflicht nach § 178 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB IX verletzt.
- Die Anhörung kann nach der Anhörung des Betriebs- oder Personalrats oder dem Zustimmungsantrag beim Integrationsamt erfolgen
- Unterrichtung muss SBV in die Lage versetzen, auf die Willensbildung des Arbeitgebers einzuwirken – genügend Gelegenheit zur Stellungnahme
- Stellungnahmefristen – analoge Anwendung von § 102 Abs. 2 BetrVG – **nicht** Fristenregelungen Personalvertretungsgesetze

(BAG, Urteil v. 13.12.2018, 2 AZR 378/18)

**Achtung: Bei Fehlen einer örtlichen SBV tritt nimmt deren Rechte die Gesamt- oder Konzern SBV wahr**