

## 6. Ordnungswidrigkeiten

- 14 Bei **Verstößen** gegen Abs. 1 (Verzeichnis), Abs. 2 Satz 1 oder Abs. 4 (Anzeige), Abs. 5 (Auskunft), Abs. 7 (Einblick in den Betrieb) und Abs. 8 liegt nach § 156 unter bestimmten Voraussetzungen eine **Ordnungswidrigkeit** vor, die mit einer **Geldbuße bis zu 2500 Euro** geahndet werden kann (s. auch Erl. zu § 156).

## § 81 Pflichten des Arbeitgebers und Rechte schwerbehinderter Menschen

(1) Die Arbeitgeber sind verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Sie nehmen frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit auf. Die Bundesagentur für Arbeit oder ein Integrationsfachdienst schlägt den Arbeitgebern geeignete schwerbehinderte Menschen vor. Über die Vermittlungsvorschläge und vorliegende Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen haben die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und die in § 93 genannten Vertretungen unmittelbar nach Eingang zu unterrichten. Bei Bewerbungen schwerbehinderter Richter und Richterinnen wird der Präsidialrat unterrichtet und gehört, soweit dieser an der Ernennung zu beteiligen ist. Bei der Prüfung nach Satz 1 beteiligen die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 und hören die in § 93 genannten Vertretungen an. Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder eine in § 93 genannte Vertretung mit der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden, ist diese unter Darlegung der Gründe mit ihnen zu erörtern. Dabei wird der betroffene schwerbehinderte Mensch angehört. Alle Beteiligten sind vom Arbeitgeber über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten. Bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen ist die Schwerbehindertenvertretung nicht zu beteiligen, wenn

der schwerbehinderte Mensch die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausdrücklich ablehnt.

(2) Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Einzelnen gelten hierzu die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

(3) Die Arbeitgeber stellen durch geeignete Maßnahmen sicher, dass in ihren Betrieben und Dienststellen wenigstens die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen eine möglichst dauerhafte behinderungsgerechte Beschäftigung finden kann. Absatz 4 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

(4) Die schwerbehinderten Menschen haben gegenüber ihren Arbeitgebern Anspruch auf

1. Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können,
2. bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung zur Förderung ihres beruflichen Fortkommens,
3. Erleichterungen im zumutbaren Umfang zur Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung,
4. behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten einschließlich der Betriebsanlagen, Maschinen und Geräte sowie der Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfeldes, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit, unter besonderer Berücksichtigung der Unfallgefahr,
5. Ausstattung ihres Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen

unter Berücksichtigung der Behinderung und ihrer Auswirkungen auf die Beschäftigung. Bei der Durchführung der Maßnahmen nach den Nummern 1, 4 und 5 unterstützt die Bundesagentur für Arbeit und die Integrationsämter die Arbeitgeber unter Berücksichtigung der für die Beschäftigung wesentlichen Eigenschaften der schwerbehinderten Menschen. Ein Anspruch nach Satz 1

besteht nicht, soweit seine Erfüllung für den Arbeitgeber nicht zumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre oder soweit die staatlichen oder berufsgenossenschaftlichen Arbeitsschutzvorschriften oder beamtenrechtliche Vorschriften entgegenstehen.

(5) Die Arbeitgeber fördern die Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen. Sie werden dabei von den Integrationsämtern unterstützt. Schwerbehinderte Menschen haben einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung, wenn die kürzere Arbeitszeit wegen Art oder Schwere der Behinderung notwendig ist; Absatz 4 Satz 3 gilt entsprechend.

Inhaltsübersicht	Rn.
1. Normzweck . . . . .	1
2. Prüfverfahren (Abs. 1) . . . . .	2–26
3. Benachteiligungsverbot (Abs. 2) . . . . .	27–36d
3.1 Anwendungsbereiche . . . . .	29
3.2 Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung . . . . .	30
3.3 Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlung . . . . .	31
3.4 Anspruch auf Entschädigung und Schadenersatz . . . . .	32–36a
3.5 Beweislast . . . . .	36b–36c
3.6 Vermutung einer Benachteiligung . . . . .	36d
4. Maßnahmen zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen (Abs. 3) . . . . .	37–41
5. Anspruch auf fähigkeits- und behinderungsgerechte Beschäftigung und Arbeitsgestaltung (Abs. 4) . . . . .	42–59
6. Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung (Abs. 5) . . . . .	60–67

**1. Normzweck**

- 1 Die Vorschrift hat innerhalb des Schwerbehindertenrechtes eine zentrale Bedeutung. Abs. 1 regelt innerhalb eines Verfahrens bei der Besetzung freier Stellen Prüfpflichten des Arbeitgebers und Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebs- bzw. Personalrats. Abs. 2 verbietet die Benachteiligung wegen der Behinderung und regelt einen Entschädigungsanspruch sowie die Darlegungs- und **Beweislast**. Abs. 3 bis 5 enthalten Verpflichtungen des Arbeitgebers in Bezug auf die Sicherstellung der Beschäftigungspflicht, die Organisation des Betriebes, die Gestaltung der Arbeitsplätze, die Förderung und die Entwicklung schwerbehinderter Beschäftigter und die Einrichtung und Förderung von Teilzeit-

beschäftigungsverhältnissen. Diesen Arbeitgeberpflichten werden konkrete Rechtsansprüche schwerbehinderter Menschen gegenübergestellt. Mit dieser Vorschrift setzt das SGB IX die Richtlinie des Rates der EU zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000) um.

Mit der Einordnung des Schwerbehindertenrechts in das SGB IX hat das SGB IX vom 19. 6. 2001 den § 14 SchwbG inhaltlich gleich übernommen. Mit dem SGB IX kam insbesondere eine in Abs. 2 aufgenommene wesentliche Erweiterung des Schutzes schwerbehinderter Beschäftigter hinzu: ein ausdrückliches Verbot von Benachteiligungen schwerbehinderter Menschen durch den Arbeitgeber. Die zusätzliche Vorschrift regelt, dass schwerbehinderte Menschen insbesondere bei der Begründung eines Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligt werden dürfen. Bei Verstoß gegen dieses Diskriminierungsverbot sieht das Gesetz eine Entschädigungsregelung in Geld vor. Mit Art. 3 Abs. 10 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung v. 14. 8. 2006 (BGBl. I 2006, 1897) hat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) v. 18. 8. 2006 Abs. 2 gestrichen und zu einer Veränderung des Wortlauts der dortigen Beweislastregelung geführt.

## 2. Prüfverfahren (Abs. 1)

Abs. 1 verpflichtet die Arbeitgeber zur Durchführung einer Prüfung, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Damit bindet das SGB IX die Einstellung von Arbeitnehmern an zwingende Verfahrensvoraussetzungen.<sup>120</sup>

Die **Prüfung** muss vom Arbeitgeber in jedem Fall **vor einer Neubesetzung** vorgenommen werden, unabhängig davon, ob er beschäftigungspflichtig ist oder die Mindestbeschäftigungspflicht erfüllt oder ob noch freie Arbeitsplätze zur Verfügung

<sup>120</sup> BAG v. 14. 1. 1989 – 1 ABR 88/88, NZA 1990, 368 = Schwerbehindertenrecht digital

stehen. Auch wenn ein freier Arbeitsplatz mit bereits beschäftigten Arbeitnehmern im Rahmen einer Stellenausschreibung (§ 93 BetrVG) besetzt werden soll, ist die Prüfung vorzunehmen. Hier kommt es insbesondere darauf an, bereits beschäftigten schwerbehinderten Personen, die z. B. auf ihrem Arbeitsplatz aufgrund ihrer Behinderung Schwierigkeiten haben, Arbeitsplätze möglichst dauerhaft zu sichern. Wenn es um die Rechte schwerbehinderter Arbeitnehmer geht, ist die Einschränkung der Freiheit unternehmerischer Personalentscheidungen gerechtfertigt.

- 3 Unter **freien Arbeitsplätzen** dieser Bestimmung sind alle Arbeitsplätze zu verstehen, die z. B. durch Kündigung, Ausscheiden von Arbeitnehmern aus Altersgründen oder durch Umbesetzungen frei werden. Dazu gehören auch alle zu besetzenden Ausbildungsplätze. Auch bei freien Teilzeitarbeitsplätzen (auch mit weniger als 18 Wochenstunden) hat die Prüfung zu erfolgen.<sup>121</sup>

Die Prüfungspflicht besteht auch vor der Besetzung neu geschaffener Arbeitsplätze.

Die Prüfung ist noch vor der **Ausschreibung** des freien Arbeitsplatzes vorzunehmen, um zu gewährleisten, dass schwerbehinderte Menschen die Chance einer Beschäftigung bekommen, bevor personalpolitische Entscheidungen getroffen werden.<sup>122</sup>

Sie muss unmittelbar beginnen, wenn entschieden ist, dass der Arbeitsplatz (wieder) besetzt werden soll.

Von diesem Zeitpunkt an ist auch die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen. Sie besitzt als eigenständiges Organ der Betriebsverfassung einen eigenständigen Informationsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber.<sup>123</sup>

Arbeitgeber dürfen Arbeitsplätze nicht neu besetzen, bevor sie die in Abs. 1 genannte Prüfung vorgenommen, die Schwerbehindertenvertretung beteiligt und den Betriebs- bzw. Personal-

121 LAG Hessen v. 24. 4. 2007 – 4 TaBV 24/07, Schwerbehindertenrecht digital

122 LAG Hessen v. 17. 10. 2006 – 4 TaBV 42/06

123 BAG v. 15. 02. 2005 – 9 AZR 635/03, Schwerbehindertenrecht digital

rat gehört haben. Dies gilt auch vor der Besetzung von Arbeitsplätzen für **leitende Angestellte**.

Die Arbeitgeber haben auch die besondere Verpflichtung zu prüfen, ob eigene schwerbehinderte Arbeitnehmer bzw. arbeitslose schwerbehinderte Personen an diesen freien Arbeitsplätzen beschäftigt werden können. Auch vor der Besetzung einer freien Arbeitsstelle mit einem Leiharbeiter müssen Unternehmen Besetzungsmöglichkeiten mit eigenen schwerbehinderten Mitarbeitern berücksichtigen. Ein Widerspruch eines Betriebsrats gegen die Besetzung einer Stelle mit einem Leiharbeiter ist zulässig.<sup>124</sup> Um dieser Aufgabe im Rahmen der Prüfpflicht nachzukommen, haben die Arbeitgeber rechtzeitig vor jeder Stellenbesetzung mit der Agentur für Arbeit Kontakt aufzunehmen, damit diese geeignete schwerbehinderte Arbeitslose vorschlagen kann. Die Agentur für Arbeit hat den Arbeitgebern solche schwerbehinderten Arbeitslosen zur Besetzung der Stellen vorzuschlagen, die die Agentur für geeignet hält. Kommt der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Einschaltung der Arbeitsagentur nicht nach, besteht eine Vermutung, dass jemand wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt wurde. Der Betroffene kann dann Schadenersatz nach § 15 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes verlangen.<sup>125</sup>

**Der Eingliederung** arbeitsloser schwerbehinderter Menschen kommt angesichts der hohen Dauerarbeitslosigkeit dieses Personenkreises besondere Bedeutung zu. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber die Arbeitgeber verpflichtet, bei der Prüfung Kontakt mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen, um herauszufinden, ob arbeitslos gemeldete schwerbehinderte Menschen beschäftigt werden können. Da am gesamten Verfahren die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen zu beteiligen ist, hat die Schwerbehindertenvertretung auch von sich aus das Recht, sich bei der Agentur für Arbeit zu erkundigen, ob arbeitslos bzw. arbeitsuchend gemeldete schwerbehinderte Menschen für einen freien Arbeitsplatz in Frage kommen (s. § 91 Rn. 2, 3).

**Für eine erfolgreiche Vermittlung** arbeitsloser schwerbe-

124 AG Frankfurt v. 7.3.2006 – 22 BV 856/05

125 BAG v. 12.9.2006 – 9 AZR 807/05, Schwerbehindertenrecht digital

hinderter Menschen und Gleichgestellter (§ 2 Abs. 3) ist es für die **Schwerbehinderten-Vermittlungsstelle** der Agentur für Arbeit unbedingt erforderlich, eine möglichst **genaue Arbeitsplatzbeschreibung** des zu besetzenden Arbeitsplatzes zu haben. Nur so ist die Agentur für Arbeit überhaupt in der Lage, einen geeigneten Bewerber zu vermitteln.

**Betriebsbesuche** der Mitarbeiter der Agenturen für Arbeit bei der Vermittlung von arbeitslosen schwerbehinderten Personen haben sich in der Praxis bewährt. Leider werden diese Möglichkeiten noch nicht von allen Agenturen für Arbeit wahrgenommen.

Insbesondere die Schwerbehindertenvertretungen, die Betriebs- bzw. Personalräte und die Beauftragten der Arbeitgeber (§ 98) müssen daher die Agenturen für Arbeit diesbezüglich vermehrt ansprechen und ggf. um einen Betriebsbesuch bitten.

- 7 Die Arbeitgeber haben die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebs- und Personalrat sowohl über alle Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit als auch über alle vorliegenden Bewerbungen, seien sie inner- oder außerbetrieblicher Herkunft, zu unterrichten. Diese Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers muss unmittelbar nach Eingang der Vorschläge bzw. Bewerbungen erfolgen, um frühzeitig Transparenz im Personalauswahlverfahren herzustellen.<sup>126</sup>

Diese sehr früh einsetzenden **Informationspflichten** des Arbeitgebers und die **Beteiligungsrechte** der Schwerbehindertenvertretung bedeuten die **grundsätzliche Beteiligung an der Personalplanung** des Betriebes bzw. der Dienststelle.

- 8 Für die Interessenvertretung ist eine Vielzahl von Informationen notwendig, um beurteilen zu können, ob der Arbeitsplatz für schwerbehinderte Menschen allgemein oder nur für bestimmte Personen geeignet ist oder nicht.

Z.B. ist es unbedingt notwendig, etwas darüber zu erfahren, welche **Anforderungen** der zu besetzende Arbeitsplatz an einen Arbeitnehmer stellt. Die Schwerbehindertenvertretung benötigt also eine **Arbeitsplatzbeschreibung**, aus der die **Arbeitsbelastungen** und die erforderliche **berufliche Qua-**

126 LAG Frankfurt v. 22.03.2006 – 2 Sa 1686/05, Schwerbehindertenrecht digital

**lifikation** hervorgehen. Aus der Arbeitsplatzbeschreibung muss erkennbar sein, ob es sich um einen Arbeitsplatz handelt, der ständiges Stehen oder Sitzen erfordert, ob die Tätigkeit im Wechsel von Stehen und Sitzen verrichtet werden kann, ob bei der Arbeit körperliche Zwangshaltungen entstehen, ob es sich um körperlich schwere oder leichte Arbeit handelt usw. Diese Informationen sind insbesondere nötig, wenn es an die Auswahl von schwerbehinderten Menschen geht, mit denen der Arbeitsplatz künftig besetzt werden soll.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass an allen Arbeitsplätzen auch schwerbehinderte Menschen beschäftigt werden können. Es kommt darauf an, die für den freien Arbeitsplatz geeignete schwerbehinderte Person zu finden, die mit ihrer Behinderung und ihrer Qualifikation in der Lage ist, die Arbeit zu erbringen und eine entsprechende Leistung zu bringen. Dies herauszufinden, ist eine wichtige Aufgabe bei der Prüfungspflicht. Die Interessenvertretungen haben hier eine wichtige Aufgabe zu erfüllen, da die Vertreter des Arbeitgebers häufig allzu schnell behaupten, der jeweilige Arbeitsplatz sei für schwerbehinderte Menschen nicht geeignet. **9**

Die Frage, ob ein Arbeitsplatz für behinderte Menschen geeignet ist oder nicht, kann nicht pauschal beantwortet werden. Es gibt nicht **den behinderungsgerechten** Arbeitsplatz. Der Arbeitsplatz, der für einen blinden Arbeitnehmer eingerichtet ist, muss für einen Querschnittsgelähmten oder einen Beinamputierten nicht unbedingt behinderungsgerecht sein. Es ist immer eine **individuelle Entscheidung** zu treffen, die sowohl den Arbeitsplatz, die Arbeitsaufgabe, die Arbeitsplatzgestaltung und die Arbeitsorganisation bei der Prüfung als auch die Fähigkeiten und Kenntnisse des behinderten Arbeitsplatzbewerbers berücksichtigt. **10**

Eine genaue **Arbeitsplatzbeschreibung** ist also unbedingt erforderlich. Das Gleiche gilt für die Beschreibung der Fähigkeiten der behinderten Person. Bei der Beschreibung der **Fähigkeiten** und des **Leistungsvermögens** der behinderten Person kommt es insbesondere darauf an, eine **positive Liste** zusammenzustellen und sich nicht darauf zu beschränken, aufzuzählen, was die behinderte Person im Einzelnen nicht kann. **11**

Defizite, die sich bei der Prüfung ergeben, können entweder **12**

durch **technische Veränderungen** des Arbeitsplatzes i. S. **behinderungsgerechter Gestaltung** oder, falls sie auf nicht genügender Qualifikation des Bewerbers beruhen, durch Anlernen, Einarbeiten oder Umschulen ausgeglichen werden.

- 13** Die Prüfung des Arbeitgebers ist eine Einzelfallprüfung im Zusammenhang der konkreten Anforderungen des jeweiligen freien Arbeitsplatzes und der konkreten Voraussetzungen des jeweiligen schwerbehinderten Bewerbers und fordert vom Arbeitgeber die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und die Anhörung des Betriebs- und Personalrates.
- 14** Die dem Arbeitgeber auferlegte Prüfung muss ausdrücklich mit der Schwerbehindertenvertretung und dem Betriebs- bzw. Personalrat erfolgen. Die Formulierung, wonach die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen sowie den Betriebs- bzw. Personalrat zu hören haben, ist zwingend. Der Arbeitgeber ist beweispflichtig, weshalb er die Beteiligung ggf. unterlassen hat. Solche Ausnahmesituationen sind in der betrieblichen Praxis kaum vorstellbar.
- 15** Die Beteiligung muss i. S. des § 95 Abs. 2 erfolgen. D. h., die Schwerbehindertenvertretung muss **rechtzeitig und umfassend** (s. § 95 Rn. 13 ff.) informiert werden, wann und welche Arbeitsplätze frei werden. Besondere Aufmerksamkeit ist darauf zu richten, dass die Schwerbehindertenvertretung **vor der Entscheidung zu beteiligen** ist, wie und mit wem der Arbeitgeber den freien Arbeitsplatz besetzen will. Das Gleiche gilt für die Anhörung des Betriebs- bzw. Personalrates. Ein Verstoß gegen die Beteiligungspflicht begründet die Vermutung einer Diskriminierung.<sup>127</sup>
- 16** Arbeitgeber, die die Schwerbehindertenvertretung nicht gem. § 95 Abs. 2 beteiligen, handeln ordnungswidrig i. S. des § 156 Abs. 1 Nr. 7 und 8. Die Beteiligung der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen bedeutet die **grundsätzliche Beteiligung** in allen Fragen der **Personalplanung** des Betriebes. Dazu gehören: die Besetzung von freien Arbeitsplätzen, die Umsetzung von schwerbehinderten Beschäftigten auf einen anderen Arbeitsplatz, Fragen der Erfüllung der Beschäftigungs-

<sup>127</sup> BAG v. 15. 2. 2005 – 9 AZR 635/03, Schwerbehindertenrecht digital

pflichtquote und die Beteiligung im Rahmen der Prüfung nach Abs. 1.

Die Eingliederung schwerbehinderter Menschen zu fördern, gehört ausdrücklich zur Aufgabe des Betriebsrates nach § 80 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG.<sup>128</sup> Dasselbe gilt nach § 68 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG für den Personalrat.<sup>129</sup> **17**

Die Schwerbehindertenvertretung hat sehr weitgehende **Mitwirkungs-**, aber **keine Mitbestimmungsrechte**. Sie kann die Einstellung von schwerbehinderten Menschen gegenüber dem Arbeitgeber nicht erzwingen. Hier setzen die Rechte der Betriebs- und Personalräte ein. Sie haben nach § 99 BetrVG bzw. § 75 Abs. 1 und § 76 Abs. 1 BPersVG **Mitbestimmungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen**. **18**

Sie können beispielsweise jede **Zustimmung zur Einstellung** und Versetzung von Arbeitnehmern **verweigern**, wenn sich herausstellt, dass der Arbeitgeber seiner Prüfungspflicht nicht nachgekommen ist, die Schwerbehindertenvertretung hierbei nicht gehört oder bei Neueinstellungen bei der Agentur für Arbeit nicht nachgefragt wurde. Nach § 99 Abs. 2 BetrVG bzw. § 77 Abs. 2 BPersVG haben sie das Recht, die Zustimmung zu einer personellen Maßnahme zu verweigern, wenn damit gegen ein Gesetz verstoßen wird.

Das BAG hat dazu mit Beschluss v. 14.11.1989<sup>130</sup> folgenden Leitsatz geprägt: **19**

*»Die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers verstößt gegen ein Gesetz im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, wenn der Arbeitgeber nicht zuvor gemäß § 14 Abs. 1 SchwbG (jetzt: § 81 Abs. 1 SGB IX) geprüft hat, ob der freie Arbeitsplatz mit einem Schwerbehinderten besetzt werden kann.«*

In dem Beschluss des BAG wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 81 Abs. 1 Satz 1 unabhängig davon besteht, ob eine Beschäftigungspflicht nach den §§ 71 und 72 vorliegt bzw. der Arbeitgeber dieser Beschäftigungspflicht schon nachgekommen ist. Außerdem

<sup>128</sup> DKK, § 80 Rn. 41; *Fitting u. a.*, § 80 Rn. 28f.

<sup>129</sup> *Altwater u. a.*, BPersVG, § 68 Rn. 10

<sup>130</sup> BAG v. 14.11.1989 – 1 ABR 88/88, AP Nr. 77 zu § 99 BetrVG 1972, Schwerbehindertenrecht digital

wird klargestellt, dass der Gesetzgeber mit § 81 Abs. 1 Satz 1 nicht nur an den Arbeitgeber appelliert, eine solche Prüfung durchzuführen, sondern ihn dazu ausdrücklich verpflichtet.

- 20 Nach Abs. 1 Satz 4 und 6 ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung bei **Bewerbungen schwerbehinderter Menschen** hinzuzuziehen. Sobald der Arbeitgeber erkennen kann, dass es sich bei einem Bewerber um eine schwerbehinderte Person handelt, muss die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen beteiligt werden. Die **Bewerbungsunterlagen** sind mit der Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung an den Betriebs- bzw. Personalrat weiterzuleiten. Dies gilt auch bei innerbetrieblichen Bewerbungen im Rahmen von **Stellenausschreibungen**. Mit dieser gesetzlichen Bestimmung soll bewirkt werden, dass Stellenbewerber nicht aufgrund ihrer Behinderung von vornherein durch die Arbeitgeber aussortiert werden. An diesem Beispiel wird deutlich, dass es auf eine **enge Zusammenarbeit** zwischen der Schwerbehindertenvertretung und dem Betriebs- bzw. Personalrat ankommt, wenn die Interessen schwerbehinderter Menschen i. S. des SGB IX durchgesetzt werden sollen.

- 21 **Bewerbungen schwerbehinderter Menschen** sind auch dann mit der Schwerbehindertenvertretung zu erörtern, wenn zurzeit der Bewerbung keine freie Stelle zu besetzen ist. Ein geeigneter Bewerber könnte z. B. in eine Warteliste aufgenommen werden für den Fall, dass wieder freie Arbeitsplätze zu besetzen sind. Dies ist besonders dann von Bedeutung, wenn der Arbeitgeber seine Pflichtquote nicht erfüllt.

Gehen für eine zu besetzende Stelle Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen ein, hat der Arbeitgeber unabhängig von seiner Einschätzung, ob die Stelle für schwerbehinderte Personen geeignet ist, jede Stellenbewerbung eines schwerbehinderten Menschen mit der Schwerbehindertenvertretung zu erörtern. Dabei ist das Für und Wider einer Einstellung zu diskutieren, wobei der Arbeitgeber seine beabsichtigte Entscheidung sowie die Gründe dafür darzulegen hat. Um entsprechende Vergleiche vor Augen zu haben, müssen der Schwerbehindertenvertretung selbstverständlich auch Informationen über die Bewerbungen Nichtbehinderter gegeben werden.

Die betriebliche Praxis hat in den vergangenen Jahren gezeigt, dass Schwerbehindertenvertretungen, aber auch Betriebs- und Personalräte von Bewerbungen schwerbehinderter Menschen häufig überhaupt nichts erfahren. Hilfreich ist hier oftmals der Hinweis an den Arbeitgeber, dass sein Verhalten eine Ordnungswidrigkeit nach § 156 Abs. 1 Nr. 7 darstellt. **22**

Außerdem hat der Betriebs- bzw. der Personalrat nach ständiger Rechtsprechung das Recht, die **Bewerbungsunterlagen aller Stellenbewerber** vom Arbeitgeber vorgelegt zu bekommen und nicht nur die Unterlagen des Bewerbers, den der Arbeitgeber gern einstellen möchte.<sup>131</sup>

Bei Bewerbungen schwerbehinderter Arbeitsloser, die sich über eine **Vermittlung der Agentur für Arbeit** um eine freie Stelle bewerben, sollte i. S. des § 99 Abs. 2 die Schwerbehindertenvertretung und/oder der Betriebs- bzw. Personalrat möglichst vorher durch die Arbeitsvermittler der Agentur für Arbeit von der bevorstehenden Bewerbung in Kenntnis gesetzt werden (s. § 99 Rn. 3). **23**

Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder der Betriebs- und Personalrat mit der beabsichtigten Personalentscheidung nicht einverstanden, ist jetzt gemäß Abs. 1 Satz 7 ein Erörterungsverfahren durchzuführen. In diesem Erörterungsverfahren ist jetzt auch der betroffene schwerbehinderte Mensch zu hören. Hat der Arbeitgeber seine Verpflichtungen nach § 81 nicht oder nicht ausreichend erfüllt mit der Folge, dass der schwerbehinderte Bewerber bzw. der schwerbehinderte Beschäftigte benachteiligt wurde, dann hat Letzterer nun die Möglichkeit, die Entscheidungsgründe vor Gericht überprüfen zu lassen. **24**

Die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung entfällt, wenn der schwerbehinderte Stellenbewerber deren Beteiligung ausdrücklich ablehnt. Allerdings bleibt die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 Satz 1, auf die der behinderte Bewerber nicht wirksam verzichten kann, hiervon unberührt. **25**

Ordnungswidrig i. S. v. § 156 Abs. 1 Nr. 7 handeln Arbeit- **26**

131 BAG v. 18. 7. 1978 – 1 ABR 8/75, AP Nr. 1, 7 zu § 99 BetrVG 1972 = Schwerbehindertenrecht digital

geber, wenn sie entgegen Abs. 1 Satz 4 oder 9 die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebs- und Personalrat nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig über Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und über vorliegende Bewerbungen schwerbehinderter Menschen unterrichten bzw. wenn sie einen Beteiligten nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig über eine getroffene Entscheidung unterrichten. Führt der Arbeitgeber entgegen § 81 Abs. 1 Satz 7 kein Erörterungsverfahren durch, handelt er ebenfalls ordnungswidrig i. S. v. § 156 Abs. 1 Nr. 7.

### 3. Benachteiligungsverbot (Abs. 2)

- 27 Die Vorschrift des Abs. 2 wurde mit dem SGB IX neu eingeführt. Sie verpflichtet Arbeitgeber zur Einhaltung eines Benachteiligungsverbot gegenüber schwerbehinderten Beschäftigten. Damit wurde ein umfassendes arbeitsrechtliches **Benachteiligungsverbot** für behinderte Menschen geschaffen. Mit dem Benachteiligungsverbot wird zunächst das verfassungsrechtliche **Diskriminierungsverbot** des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (»Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden«) im Arbeitsrecht und damit für das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und behinderten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen konkretisiert. Damit bildet das Benachteiligungsverbot eine wichtige Voraussetzung für die Umsetzung der mit dem SGB IX besonders betonten Grundprinzipien der Teilhabe am Arbeitsleben und der Gleichstellung behinderter und nichtbehinderter Arbeitnehmer. Es soll als Rahmenbestimmung für die teilhabefördernde Gestaltung barrierefreier Arbeits- und Qualifizierungsbedingungen wirken, um die Erwerbsquote behinderter Menschen und ihre individuelle Erwerbsfähigkeit nachhaltig zu verbessern.
- 28 Das Benachteiligungsverbot des § 81 Abs. 2 setzt gleichzeitig die europarechtliche Richtlinie zur Gleichbehandlung behinderter Personen im Arbeitsleben um. Die Richtlinie 2000/78/EG der Europäischen Union zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000 verbietet die Benachteiligung von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen u. a. wegen einer Behinderung. Sie verlangt nicht den Nachweis eines besonderen schwerbehinderten Status.