

## Information für den Ausschuss

Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di)\*

### Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG) - BT-Drs. 18/9522

Die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di sieht im Bundesteilhabegesetz die Chance die Lebens- und Arbeitsbedingungen von Menschen mit Behinderungen in unserer Gesellschaft nachhaltig zu verbessern. Die Stärkung des ehrenamtlichen Engagements der Schwerbehindertenvertretungen ist dabei ein wesentlicher Bestandteil.

Die Vertrauenspersonen der schwerbehinderten Menschen leisten seit vielen Jahren eine exzellente Arbeit, wenn es darum geht, die Arbeitswelt inklusiver zu gestalten und damit die Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention in den Betrieben und Dienststellen konkret auszugestalten. Sie sind „Motor der Inklusion“. Daher begrüßt der Bundesarbeitskreis Teilhabepolitik der ver.di die im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Verbesserungen im Schwerbehindertenrecht ausdrücklich. Wir erwarten, dass die im Gesetzesentwurf vorgesehenen Verbesserungen für die Schwerbehindertenvertretungen (Freistellung, Heranziehung und Schulung der Stellvertreter/innen, Bürokraft im erforderlichen Umfang) ohne Abstriche im Bundesteilhabegesetz verbleiben.

Ein ganz wichtiger Baustein allerdings fehlt leider im Gesetzesentwurf: Die **Sicherung des Anhörungsrechts der Schwerbehindertenvertretungen**. Auf dieses Defizit hat auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme (Drucksache 428/16) hingewiesen, indem er darum bittet zu prüfen, inwiefern die Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretungen verbindlicher geregelt werden können. Dass dies dringend notwendig ist, belegen diverse Befragungen (z.B. der Bundesarbeitsgemeinschaft der betrieblichen Schwerbehindertenvertretungen in Deutschland) und zahlreiche Rückmeldungen der Kolleginnen

und Kollegen aus den Betrieben und Dienststellen. Dieses Defizit muss mit der Novellierung des SGB IX ausgeräumt werden. Dass dies durch eine Regelung im §95 Abs. 2 möglich ist, belegt das juristische Kurzgutachten von Prof. Dr. Wolfhard Kohte (siehe Anlage). Prof. Kohte kommt nach sorgfältiger Betrachtung möglicher Einwände zu dem Schluss, dass eine „individualrechtliche Unwirksamkeit bei Verletzung von § 95 Abs. 2 SGB IX ein geeignetes Mittel ist, um dieses Informationsrecht zu stärken und für eine bessere Rechtsdurchsetzung zu sorgen.“

Die Darstellung, dass eine Sicherungsklausel („Wirksamkeitsklausel“) aufgrund bereits bestehender Interventionsmöglichkeiten nicht notwendig sei, geht an der Rechtswirklichkeit vorbei. Entgegen anderslautender Behauptungen hat eine Wirksamkeitsklausel keine Überprivilegierung der Schwerbehindertenvertretungen gegenüber Betriebs- oder Personalrat zur Folge, denn:

- Es wird kein Mitbestimmungsrecht für die Schwerbehindertenvertretung gefordert. Dieses Recht steht aus guten Gründen allein dem Betriebs- und Personalrat zu.
- Die Schwerbehindertenvertretung hat vielmehr die Aufgabe, ergänzend zu den Betriebs- und Personalräten, die Eingliederung schwerbehinderter Menschen durch fachkundige Beratung, Information und Unterstützung zu fördern.
- Dies kann nur gelingen, wenn die Schwerbehindertenvertretung ordnungsgemäß nach §95 Abs. 2 unverzüglich und umfassend informiert wird.
- Gefordert wird daher die **Sicherung des ohnehin schon bestehenden Anhörungsrechts der**

---

\*E-Mail vom 08.11.2016

**Schwerbehindertenvertretung** vor Entscheidungen des Arbeitgebers bei schwerbehinderten Beschäftigten.

Die Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am Arbeitsmarkt und die inklusive und barrierefreie Gestaltung der Arbeitswelt sind nicht nur für uns als Gewerkschaft wichtige Anliegen, vielmehr stellen sie ein gesamtgesellschaftliches Interesse dar. Die Schwerbehindertenvertretungen können Teilhabe im Sinne der UN-Behindertenrechtskonvention aktiv unterstützen. Als Mitglied des zuständigen Ausschusses des Bundestages haben Sie die Möglichkeit, die zeitgemäße Stärkung der Schwerbehindertenvertretungen zu erwirken, indem Sie sich dafür einsetzen, dass diesen ein durchsetzungsfähiges Instrument ihrer Anhörungs- und Beteiligungsrechte im SGB IX an die Hand gegeben wird. Nutzen Sie die Chance!

**Anlage:**

**MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WIT-  
TENBERG JURISTISCHE FAKULTÄT**

**Gründungsprofessur Zivilrecht II Bürgerliches  
Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits-, Unter-  
nehmens- und Sozialrecht**

**PROF. DR. WOLFHARD KOHTE**

**Möglichkeiten zur Effektivierung des Informations-  
und Anhörungsrechts der Schwerbehindertenver-  
tretung nach § 95 Abs. 2 SGB IX –**

**Juristisches Kurzgutachten**

Gliederung

- I. Empirische Probleme
- II. Problemgeschichte
- III. Zur aktuellen Situation von § 95 Abs. 2 SGB IX
- IV. Der Grundsatz der Wirksamkeitsvoraussetzung bei kollektiven Regelungen
- V. Der Grundsatz der Wirksamkeitsvoraussetzung und personelle Einzelmaßnahmen
- VI. Mögliche Einwendungen
  1. Die Bußgeldvorschrift ist als Sanktion ausreichend
  2. Vorrangige Rechtsdurchsetzung durch das Integrationsamt?
  3. Rechtsunsicherheit durch Unwirksamkeit?
  4. Störung der Balance zwischen Betriebsrat/Personalrat und SBV?
- VII. Fazit

## I. Empirische Probleme

In der Anhörung des Bundestags (BT)-Ausschusses für Arbeit und Soziales am 15.02.2016 wiesen mehrere Sachverständige auf die aus ihrer Sicht mangelnde Effizienz der Anhörungsrechte der Schwerbehindertenvertretung (SBV) nach § 95 Abs. 2 SGB IX hin. Der Sprecher der Schwerbehindertenvertretungen in der Automobilindustrie, Alfons Adam, berief sich auf ein prinzipielles Strukturdefizit in § 95 Abs. 2 Sozialgesetzbuch (SGB) IX. Gerade der Arbeitgeber, der seine Anhörungspflicht nicht erfülle, werde belohnt, wenn er schnell die Maßnahmen ohne Beteiligung der SBV durchführt, da diese dann wirksam seien und der SBV keine weiteren Rechte zustünden.<sup>1</sup> In vergleichbarer Weise hat sich die zuständige Referentin beim Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbunds (DGB), Silvia Helbig, in der Stellungnahme des DGB darauf berufen, dass die Informationsrechte in der Praxis oftmals nicht hinreichend beachtet würden. Dazu müsste der SBV eine stärkere Rechtsstellung eingeräumt werden. Entscheidungen des Arbeitgebers, die schwerbehinderte Menschen betreffen und ohne die Information und Anhörung der SBV beschlossen wurden, sollten nichtig sein. Ausdrücklich wird hervorgehoben, dass es sich dabei nicht um ein Mitbestimmungsrecht der SBV im Sinne eines Vetorechts handle. Es ginge auch nicht um eine Änderung des Aussetzungsverfahrens von Beschlüssen der gesetzlichen Interessenvertretungen.<sup>2</sup> In der Stellungnahme der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände (BDA) wird nicht auf die Konsequenzen fehlerhafter Information eingegangen. Allerdings wird generell postuliert, dass Information und Unterstützung der SBV durch die Behörden noch verbessert werden könnten. Regelungen seien abzulehnen, die zu einem Zuständigkeitskrieg zwischen dem Betriebsrat als originär zuständigem Organ der Vertretung der Belegschaften und den Schwerbehindertenvertretungen als Interessenvertretung behinderter Beschäftigter führen können.<sup>3</sup> In der Stellungnahme des Sachverständigen Dr. Ritz wird die Stärkung der SBV sachlich unterstützt; das Modell „Unwirksamkeit“ greife allerdings „zu sehr in die komplexe Balance zwischen Betriebsratsrechten und Rechten der SBV ein“. Er plädiert dafür, eine fehlende oder fehlerhafte Unterrichtung als Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen zu qualifizieren, so dass insoweit AGG-Verfahren eingeleitet werden könnten. Insoweit könne das Gesetz auch geändert werden zugunsten einer modifizierten Vernetzung mit den Sanktionsmöglichkeiten des AGG.<sup>4</sup> In der mündlichen Anhörung wurde die Notwendigkeit der Stärkung der Rechte der SBV bekräftigt. Der Sachverständige Adam wies ebenfalls darauf hin, dass es um die Stärkung und Effizienz der Informationsrechte gehe; dies sei kein Mitbestimmungsrecht.<sup>5</sup>

In einer Umfrage, an der sich mehr als 100 Schwerbehindertenvertretungen aus dem Bereich der IG-

<sup>1</sup> BT Drs. 18(11)533, S.10.

<sup>2</sup> BT Drs. 18(11)533, S.21.

<sup>3</sup> BT Drs. 18(11)533, S.26.

<sup>4</sup> BT Drs. 18(11)533, S.63.

<sup>5</sup> Wortprotokoll der 62. Sitzung des Ausschuss für Arbeit und Soziales S.1058.

Metall in Baden-Württemberg im März 2016 beteiligten, wurde erhoben, dass mehr als 40% der SBV-Vertreter Defizite in der Realisierung der Informationsrechte der SBV in ihrem Betrieb monierten. Dies entspricht den Angaben, die die verschiedenen Verbände zusätzlich beim BMAS und bei den Abgeordneten vorgebracht haben. Auch in der juristischen Literatur und Judikatur ist bekannt, dass es Defizite bei der Beachtung der Informationsrechte nach § 95 Abs. 2 SGB IX gibt.<sup>6</sup>

Wenn man eine durch Gesetz etablierte Institution wie die SBV stärken will, dann bietet es sich zunächst an, gerade die Elemente aufzugreifen, die von den Betroffenen selbst moniert werden. Da es „unstreitig“ ist, dass die Wirksamkeit von § 95 Abs. 2 SGB IX ein wesentliches praktisches Problem darstellt, soll im Folgenden erörtert werden, ob die vorgeschlagene Einführung einer Unwirksamkeitsregelung als gesetzliche Bestimmung zur Problemlösung geeignet ist und ob die in der Diskussion genannten systematischen Bedenken einer solchen Regelung im Wege stehen beziehungsweise bei einer differenzierten Regelung aus dem Weg geräumt werden können.

## II. Problemgeschichte

Anhörungsrechte des damaligen Vertrauensmanns der Schwerbeschädigten sind von Anfang an seit 1953 im Gesetz normiert worden. So verlangte § 13 Abs. 2 S. 6 Schwerbeschäftigtengesetz (SchwBeschG), dass der Vertrauensmann in allen Angelegenheiten, die die Durchführung dieses Gesetzes betreffen vom Arbeitgeber vor einer Entscheidung zu hören ist. Bereits zu einem frühen Zeitpunkt hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass Verwaltungsakte gegenüber schwerbeschädigten Beamten anfechtbar sind, wenn das Anhörungsrecht nicht beachtet worden ist<sup>7</sup>. In der Literatur wurde daraus abgeleitet, dass auch im Privatrecht solche Anordnungen anfechtbar sein müssten und zumindest durch Feststellungsklage, zum Beispiel bei einer Versetzung, am Arbeitsgericht ergriffen werden könnten<sup>8</sup>.

In einer der letzten Entscheidungen zum damaligen Schwerbeschädigtenrecht hat das Bundesarbeitsgericht im Jahr 1975 entschieden, dass bei Maßnahmen, die die Rechtsstellung des Schwerbeschädigten unmittelbar betreffen – wie insbesondere die Kündigung – die vorherige Anhörung des Vertrauensmanns als Wirksamkeitsvoraussetzung aufzufassen sein wird. Davon unterschied der Senat Maßnahmen mittelbarer Betroffenheit, bei denen ein nicht schwerbehinderter Bewerber bevorzugt wurde<sup>9</sup>. In der Literatur billigte Herschel diese Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Betroffenheit und verwies wiederum auf die Judikatur des

Bundesverwaltungsgerichts. Diese müsse auch für das Privatrecht Beachtung finden; konsequent sei es, dass in solchen Fällen die Kündigung des Arbeitgebers ohne vorherige Anhörung des Vertrauensmanns nichtig sei<sup>10</sup>.

In den Beratungen zum neuen Schwerbehindertengesetz bestand Einigkeit, dass die Rechtsstellung der damaligen Vertrauensleute gestärkt werden müsse, da sich diese Institution bewährt habe, ihr eigenständiger Handlungsspielraum jedoch zu verbessern sei. Im Übrigen müsse auch deutlicher zwischen der Anhörung durch den Arbeitgeber und der Beteiligung an den Sitzungen des Betriebsrats unterscheiden werden. Dementsprechend wurde in § 22 Abs. 2 SchwbG eine Regelung gefunden, die überwiegend der jetzigen Rechtslage in § 95 Abs. 2 SGB IX entspricht. Es wurde unterschieden zwischen der Unterrichtung in allgemeinen und speziellen Angelegenheiten sowie der Anhörung vor Entscheidungen. Mit dieser Regelung und der zusätzlichen Bußgeldbewehrung in § 65 SchwbG sollte so eine Stärkung der Stellung des Vertrauensmanns erfolgen<sup>11</sup>.

Gleichwohl wurde in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) eine gegenteilige Konsequenz gezogen. Da in § 22 Schwerbehindertengesetz (SchwbG) eine Regelung fehle, wie sie in § 102 Abs. 1 S. 3 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) enthalten sei, sei die Verletzung der Rechte des Vertrauensmanns ohne Bedeutung für den privatrechtlichen Bestand der Entscheidung<sup>12</sup>. In der Literatur stieß diese Position, die der damaligen Kommentarliteratur weitgehend widersprach, auf prominenten Widerspruch. Herschel, der langjährige Leiter der Arbeitsrechtsabteilung des damaligen Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung, lehnte diese Entscheidung mit grundsätzlicher Argumentation ab<sup>13</sup>. Der Hinweis auf § 102 BetrVG verfangen nicht, da diese Norm klarstellend aufgenommen worden sei, denn bereits zum BetrVG 1952 sei die fehlende Beachtung der Anhörung nach § 66 BetrVG 1952 nicht ohne Folgen für die privatrechtliche Wirksamkeit einer Kündigung gewesen. Der vom Senat gegebene Hinweis auf das Bußgeldverfahren könne keine Rechtfertigung für die privatrechtliche Wirksamkeit darstellen. Vielmehr sei es genau umgekehrt:

*„Ein Vorgehen, gegen das der Gesetzgeber instrumental Mittel der öffentlichen Gewalt einsetzt, kann einem Privaten nicht gestattet sein. Nicht obgleich, sondern weil die Kündigung ohne Anhörung ordnungswidrig ist, erweist sie sich als nichtig. Die Verhinderung solcher Kündigungen ist ja gerade der Bußgeldzweck.“*

Weiter verwies Herschel auf die Parallelen im Verwaltungsrecht, in dem weiterhin – wie schon vor

<sup>6</sup> Dazu nur Düwell FS Eichenhofer 2015 S. 155, 160.

<sup>7</sup> BVerwGE 17, 279. Zur neueren Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte Neumann/Pahlen SGB IX 12. Aufl. 2010 § 95 Rn. 9.

<sup>8</sup> Wilrodt/Neumann, SchwBeschG 3. Aufl. 1964, §13 Rn. 24.

<sup>9</sup> BAG SAE 1976, 158.

<sup>10</sup> Herschel SAE 1976, 162, 163.

<sup>11</sup> BT-Drs. 7/1515 S. 32.

<sup>12</sup> BAG DB 1984, 133, ebenso LAG Hamm AiB 1991, 67 m. Anm. Peiseler; LAG Mainz NZA 1993, 1133.

<sup>13</sup> Herschel, Anm. zu BAG AP Nr.1 zu § 22 SchwbG.

1974 – der Verwaltungsakt gegen den schwerbehinderten Beamten, der ohne Anhörung des Vertrauensmanns ergangen ist, als anfechtbar qualifiziert wurde. Eine unterschiedliche Qualität der Rechtsfolgen zwischen Beamten und Arbeitnehmern sei für das einheitliche Schwerbehindertenrecht nicht akzeptabel.

Im Jahr 1986 wurde das Schwerbehindertengesetz wiederum novelliert; zu den zentralen Zielen aller Parteien gehörte die Stärkung der Rechtsstellung der Schwerbehindertenvertretung (der bis dahin übliche Begriff des Vertrauensmanns wurde 1986 in das Archiv der Rechtsgeschichte geschickt). In dem Entwurf der SPD-Fraktion<sup>14</sup> wurde damals vorgeschlagen, dass in § 22 Abs. 2 SchwbG der Satz angefügt wird:

*„Eine ohne Anhörung des Vertrauensmannes getroffene personelle Einzelmaßnahme ist unwirksam.“*

Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass dieser Zweck vom Gesetzgeber von Anfang an gewollt sei. Insoweit hat die SPD-Fraktion die Ausführungen von Herschel aufgenommen und sich zu eigen gemacht. Sie konnte sich aber angesichts der Mehrheitsverhältnisse im Jahr 1986 nicht durchsetzen. Im Entwurf der CDU<sup>15</sup> war eine solche Bestimmung nicht vorgesehen. Folgerichtig wurde sie auch vom Bundestagsausschuss nicht übernommen. Im Ausschussbericht heißt es:

*„Eine Unwirksamkeit der getroffenen Maßnahmen sei wegen der möglichen Auswirkungen auf die Rechte Dritter nicht vertretbar und führe zu Rechtsunsicherheit.“<sup>16</sup>*

Allerdings sah man, dass die bisherige Regelung nicht ausreichend sei und dass nach den Erfahrungen der Praxis die Statuierung einer Bußgeldnorm nicht förderlich sei und eine neue Rechtsfigur geboten sei. Aus dieser Rechtsfigur wurde das Recht der Schwerbehindertenvertretung normiert, bei fehlender Anhörung eine Aussetzung der Entscheidung durchsetzen zu können<sup>17</sup>.

In den Beratungen zum SGB IX im Jahr 2001 spielte diese Kontroverse keine weitere Rolle. Die Bestimmung des § 25 SchwbG wurde ohne Änderungen in § 95 SGB IX übernommen<sup>18</sup>.

Bereits wenige Jahre später wurde diese Norm jedoch nach ausführlichen Stellungnahmen der Schwerbehindertenvertretungen des Bundes und der Länder wieder auf den Prüfstand gestellt. Im Referentenentwurf zur Änderung des SGB IX wurde bereits 2003 vorgeschlagen, in Korrektur der Rechtsprechung des BAG, die Anhörung der SBV nach §

95 Abs. 2 SGB IX als Wirksamkeitsvoraussetzung auszugestalten<sup>19</sup>. Der Arbeits- und Sozialausschuss des Bundesrates schloss sich dieser Position an. In seinen Empfehlungen im laufenden Gesetzgebungsverfahren schlug er folgende Formulierung zur Änderung von § 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX vor<sup>20</sup>:

*„Die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung nach Satz 1 getroffene Entscheidung ist unwirksam, soweit sie schwerbehinderte Beschäftigte benachteiligt und diese oder die Schwerbehindertenvertretung dies dem Arbeitgeber innerhalb einer Woche schriftlich mitteilen.“*

In den Beratungen des Bundesrates vermochte sich diese Position jedoch nicht durchzusetzen; im endgültigen Beschluss des Bundesrates war dieser Änderungsvorschlag nicht mehr enthalten.

In den parlamentarischen Beratungen im Bundestag wurde ein vergleichbarer Vorschlag wiederum aufgegriffen. Die CDU-Fraktion votierte jetzt für eine Änderung von § 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX und wies besonders darauf hin, dass es hier nicht um ein Mitbestimmungsrecht der Schwerbehindertenvertretung gehe, sondern lediglich um die Stärkung der Anhörungskompetenz. Die Bußgeldvorschriften hätten sich als nicht ausreichend erwiesen<sup>21</sup>. In den parlamentarischen Beratungen war dieser Antrag nicht erfolgreich. In der Literatur wurde vor allem auf die ablehnende Haltung der beteiligten Ressorts der Bundesregierung verwiesen<sup>22</sup>.

### III. Zur aktuellen Situation von § 95 Abs. 2 SGB IX

Die Norm des § 95 fand eine langsam wachsende Aufmerksamkeit in der Rechtsprechung des BAG, nachdem inzwischen anerkannt worden ist, dass die SBV ihre Rechte im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren durchsetzen kann und daher sowohl auf künftige Leistung, Unterlassung aber auch auf Feststellung der Verletzung klagen könne. In diesem Verfahren wurde die Bedeutung von § 95 Abs. 2 SGB IX schrittweise verdeutlicht. Der 9. Senat des BAG stellte klar, dass es sich hierbei nicht um ein klassisches Mitbestimmungsrecht handele, sondern um ein Informations- und Anhörungsrecht, das allerdings stärker als in § 80 BetrVG ausgeprägt sei, um auf diese Weise die Eingliederung behinderter Menschen in den Betrieb erreichen und deren Ausgliederung verhindern zu können. Dabei sei die SBV allein auf die Kraft ihrer Argumente angewiesen; daher sei es notwendig, dass sie auf jeden Fall rechtzeitig beteiligt werde<sup>23</sup>. In der Literatur fand diese Rechtsprechung Zustimmung. Sie wurde insoweit in einen größeren Zusammenhang gestellt, denn die Sicherung der Rechtsstellung der Schwerbehinderten

<sup>14</sup> BT-Drs 10/1731, S. 6, 14.

<sup>15</sup> BT-Drs. 10/3138.

<sup>16</sup> BT-Drs. 10/5701, S. 7.

<sup>17</sup> BT-Drs. 10/5701, S. 11.

<sup>18</sup> BT-Drs 14/5074, S. 113.

<sup>19</sup>Cramer, NZA 2004, 698, 705; Düwell FS Eichenhofer, S. 155, 166.

<sup>20</sup> BR-Drs 746/2/03, S. 28

<sup>21</sup> BT-Drs. 15/2357, S. 23.

<sup>22</sup> Cramer, NZA 2004, 698, 705.

<sup>23</sup> BAG NZA 2007, 224; vgl. LPK-SGB IX/Düwell 4. Aufl. 2014 § 95 Rn 38 ff.

werde inzwischen nicht mehr vorrangig durch Aufsicht, sondern eher durch innerbetriebliche Prüf- und Verhandlungsverfahren gesichert, wie sich vor allem aus der inzwischen intensiv ausdifferenzierten Norm des § 81 SGB IX ergebe. Dies sei auch gemeinschaftsrechtlich geboten, denn Art. 5 der Richtlinie (RL) 2000/78/EG schreibe vor, dass angemessene Vorkehrungen zu treffen sind, um die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen sicherstellen zu können. Die Beteiligung der Schwerbehinderung gehöre zu den Vorschriften des sozialen Dialogs, die von Art. 13 der RL 2000/78/EG verlangt werden<sup>24</sup>.

Als Rechtsfolge steht der SBV das 1986 normierte Recht der Aussetzung nach § 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX zu. Dieses Recht ist nach allgemeiner Ansicht von der SBV auch durchsetzbar und gerichtlich einklagbar beziehungsweise sicherbar mithilfe einer einstweiligen Verfügung<sup>25</sup>. Dieses Recht setzt allerdings voraus, dass die Maßnahme durch den Arbeitgeber noch nicht durchgeführt worden ist. In einer aktuellen Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2014 ist klar und einfach formuliert worden: „Hat der Arbeitgeber eine Maßnahme durchgeführt und vollzogen, läuft das Aussetzungsrecht ins Leere.“<sup>26</sup>

In einer solchen Fallkonstellation stehen der SBV auch keine anderen Rechte nach der aktuellen Rechtsprechung des 7. Senats des BAG zu. Als eine Schwerbehindertenvertretung in einem solchen Fall, in dem die Maßnahme bereits vollzogen war, einen Antrag gestellt hatte, festzustellen, dass ihre Rechte durch die fehlende Aussetzung verletzt worden seien, entschied der Senat, dass es für eine solche auf die Vergangenheit bezogene Feststellung an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle<sup>27</sup>.

Damit macht die Rechtsprechung des 7. Senats des BAG die zentrale praktische Bruchstelle deutlich: es erfolgt ein Wettrennen zwischen SBV und Arbeitgeber. Ist die Maßnahme zügig durchgeführt, stehen der SBV bzw. den betroffenen Schwerbehinderten keine privatrechtlichen Rechtsbehelfe zu, die sie am Arbeitsgericht geltend machen können. Dieser Wettbewerb findet allerdings unter ungleichen Bedingungen statt, denn die SBV kann ihre Rechte nur geltend machen, wenn ihr bekannt ist, dass der Arbeitgeber eine bestimmte Maßnahme treffen will. Da sie aber gerade nicht vorher unterrichtet beziehungsweise angehört worden ist, wird sie am Wettbewerb nicht teilnehmen, so dass in aller Regel der Arbeitgeber obsiegt. Gerade der Arbeitgeber, der eine SBV nicht rechtzeitig beteiligt hat, wird in aller Regel auch im weiteren Verlauf vor Realisierung der Maßnahme nicht auf die SBV zugehen.

Diese Schwäche des Aussetzungsrechts nach § 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX ist eine spezifische Schwäche, denn in anderen Konstellationen ist der Beginn des Aussetzungsverfahrens eindeutig festgelegt. SBV

und Jugend- und Auszubildendenvertretung (JAV) können nach §§ 95 Abs. 4 SGB IX, 35 BetrVG eine Aussetzung von Beschlüssen des Betriebsrats und eine neue Beratung verlangen. Dieses seit 1972 bestehende Recht war offenkundig das Vorbild im Jahre 1986. Es besteht jedoch ein strukturell wesentlicher Unterschied: in aller Regel nehmen SBV und JAV an den Sitzungen des Betriebsrats teil, so dass ihnen der jeweils gefasste Beschluss von Anfang an bekannt ist. Selbst wenn sie in Einzelfällen nicht an der Sitzung teilnehmen, ist ihnen doch das Protokoll zuzuleiten, sodass sie regelmäßig eine sichere Kenntnis von dem Beschluss haben und unproblematisch ihre Rechte wahrnehmen können. Auch in anderen Konstellationen außerhalb des SGB IX ist es für Aussetzungsrechte typisch, dass der Berechtigte von diesem Recht rechtzeitig erfährt. So kann zum Beispiel nach § 361 Abgabenordnung (AO) eine Aussetzung der Vollziehung des Steuerbescheids beantragt werden; dieser Aussetzungsanspruch kann unproblematisch rechtzeitig geltend gemacht werden, da der jeweilige Steuerbescheid dem Steuerpflichtigen zugestellt werden muss. Dies gilt auch für die allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Aussetzung der Vollziehung nach § 80 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO); auch in diesen Fällen ist den Betroffenen ihre Rechtsposition klar, sodass sie unproblematisch ihre Rechte gerichtlich geltend machen können. Insofern handelt es sich bei dem Aussetzungsanspruch nach § 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX um eine singuläre Konstellation. Diese bedarf der Korrektur, zumal im Recht der schwerbehinderten Beamten die fehlerhafte Anhörung den Verwaltungsakt anfechtbar macht<sup>28</sup>. Ein solcher Unterschied zwischen Arbeitnehmern und Beamten ist rechtspolitisch nicht akzeptabel.

Im Folgenden soll diskutiert werden, ob die Rechtsfigur der privatrechtlichen Unwirksamkeit eine für solche Zwecke geeignete Rechtsfigur ist.

#### **IV. Der Grundsatz der Wirksamkeitsvoraussetzung bei kollektiven Regelungen**

Im Betriebsverfassungsrecht – und ihm inzwischen folgend auch im Personalvertretungsrecht – hat sich die Lehre von der Wirksamkeitsvoraussetzung in der Rechtsprechung und überwiegend auch in der Literatur durchgesetzt. Danach betrifft die Verletzung des Mitbestimmungsrechts nicht nur das kollektivrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat; vielmehr sind auch im individuellen Arbeitsverhältnis Maßnahmen beziehungsweise Regelungen unwirksam, die unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats erfolgt sind<sup>29</sup>. Auf diese Unwirksamkeit kann sich der einzelne Arbeitnehmer berufen und sie auch arbeitsgerichtlich geltend machen. Als Begründung wird inzwischen allgemein anerkannt, dass die Beteiligung des Betriebsrats kein Selbstzweck ist oder eine von den Betroffenen losgelöste Ordnung darstellt, sondern vielmehr

<sup>24</sup> Kohte, jurisPR/ArbR 26/2007 Anm. 1.

<sup>25</sup> Neumann/Pahlen, SGB IX, 12. Aufl., § 95 Rn. 16; HK-SBG IX/Trenk-Hinterberger, 3. Aufl. 2010 § 95 Rn. 26.

<sup>26</sup> BAG NZA 2014, 1223 Rn. 37.

<sup>27</sup> BAG NZA 2014, 1223, 1225 Rn. 39.

<sup>28</sup> Neumann/Pahlen SGB IX § 95 Rn. 9.

<sup>29</sup> Dazu ausführlich Fitting BetrVG § 87 Rn 599 ff; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 119; DKKW-BetrVG/Klebe § 87 Rn. 5.

deren Teilhabe und Schutz verwirklichen soll. In einem privatrechtlich verfassten System ist es der Regelfall, dass die zu beteiligenden und zu schützenden Personen auch ihre Rechte selbst wahrnehmen können.<sup>30</sup> Auf diese Weise wird das kollektive Beteiligungsrecht effektiver gesichert. Zutreffend hat der Große Senat des BAG 1986 herausgearbeitet, dass mit Hilfe der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung eine Aushöhlung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats verhindert wird. Wer sich als Arbeitgeber betriebsverfassungswidrig verhält, soll gegenüber Arbeitnehmern keine Vorteile aus dieser Rechtsverletzung ziehen können<sup>31</sup>. Der Große Senat des BAG hat diese Position 1991 bekräftigt<sup>32</sup>; die verschiedenen Senate wenden sie seitdem regelmäßig an<sup>33</sup>.

In den letzten 30 Jahren ist dieser allgemeine Grundsatz schrittweise modifiziert und differenziert worden. Die Rechtsprechung betrifft vor allem den einzelnen Arbeitnehmer belastende Maßnahmen, die deren Rechtsposition verschlechtern oder vereiteln können. Die individualrechtliche Unwirksamkeit ist hier auch vom Normzweck her allgemein anerkannt.<sup>34</sup> Bei begünstigenden Maßnahmen ist mithilfe des Grundsatzes des Vertrauensschutzes beziehungsweise des Verbots widersprüchlichen Verhaltens ebenfalls ein geeignetes Handlungsmuster gefunden worden<sup>35</sup>. Weiter hat die Judikatur der letzten Jahre sichergestellt, dass durch die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung keine zusätzlichen Zahlungsansprüche entstehen, die keine vertragliche Grundlage haben<sup>36</sup>. Auch insoweit bestehen vor allem im Betriebsverfassungsrecht inzwischen keine nachhaltigen Probleme.

#### V. Der Grundsatz der Wirksamkeitsvoraussetzung und personelle Einzelmaßnahmen

Für das aktuelle Kurzgutachten ist von besonderem Interesse, ob der Grundsatz der Wirksamkeitsvoraussetzung auf rechtssichere Weise bei personellen Einzelmaßnahmen einsetzbar ist, denn auf diese Konstellation hatten sich die Anträge der SPD-Fraktion im Jahr 1986 und letztlich auch der CDU-Fraktion im Jahr 2004 bezogen.

Die gesetzliche Regelung der Beteiligung der Betriebsräte bei personellen Einzelmaßnahmen in den §§ 99 ff. BetrVG ist diffizil. Einfach ist seit 1972 die Regelung des § 102 BetrVG, die den Arbeitgeber verpflichtet, den Betriebsrat vor jeder Kündigung anzuhören; nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG ist eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung unwirksam. Bereits in § 66 BetrVG 1952 war

eine vergleichbare Anhörungspflicht normiert worden, doch enthielt das Gesetz keine ausdrückliche Rechtsfolgenanordnung bei fehlender Anhörung. In der älteren Rechtsprechung des BAG war eine Kompromissentscheidung getroffen worden; danach sollten kollektivrechtliche Fehler sich auf den individualrechtlichen Bestand einer Kündigung auswirken, wenn der Arbeitgeber rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hatte und für das Arbeitsverhältnis das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendbar war<sup>37</sup>. Damit ist schon vor mehr als 40 Jahren anerkannt worden, dass sich kollektivrechtliche Defizite auch auf das individuelle Arbeitsverhältnis auswirken können.

Gleichwohl war diese vor 1972 praktizierte Differenzierung für den Rechtsalltag nicht praktikabel, so dass die generelle Unwirksamkeit in § 102 BetrVG im Jahr 1972 beschlossen wurde. Diese Rechtsfigur war übereinstimmend in den Entwürfen der SPD- sowie der CDU-Bundestagsfraktion enthalten<sup>38</sup>. Sie ist in den Folgejahren auch in weitere Gesetze, so z. B. in § 108 Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) und § 31 Sprecherausschussgesetz (SprAuG), übernommen worden. In der Gerichtspraxis hat man die Unwirksamkeit der Kündigung in erweiternder Auslegung nicht nur auf die Fälle fehlender Anhörung, sondern auch auf die Fälle fehlerhafter Anhörung erstreckt.

Markant ist die Begründung des 2. Senates des BAG, warum die Unwirksamkeit einer Kündigung auch auf die Fälle fehlerhafter Information erstreckt werden müsse. Der Senat hat genau herausgearbeitet, dass die Anhörung des Betriebsrates vor der Kündigung den Zweck hat, dem Betriebsrat die Gelegenheit zu geben, argumentativ auf den Kündigungsentchluss des Arbeitgebers Einfluss nehmen zu können. Dazu ist es erforderlich, dass er nicht nur die Personalien des zu kündigenden Arbeitnehmers, sondern vor allem die Kündigungsart und die Kündigungsgründe erfährt. Ist diese Anhörung fehlerhaft, kann sie den Zweck der Anhörung nicht hinreichend sichern, so dass für diese Fälle ebenfalls die Unwirksamkeit nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG geboten ist. Es handelt sich insoweit um eine ausdehnende Interpretation, die den Normzweck der Anhörungspflicht zur Geltung bringen soll.<sup>39</sup> Diese Rechtsprechung ist inzwischen allgemein anerkannt und wird vom BAG und den Instanzgerichten kontinuierlich angewandt.<sup>40</sup> Diese im Ergebnis allgemein akzeptierte Rechtsprechung zeigt, dass die Rechtsfigur der Unwirksamkeit auch ein geeignetes Mittel sein kann, um Informations- und Anhörungsrechte effek-

<sup>30</sup> HaKo-BetrVG/Kohte § 87 Rn. 26.

<sup>31</sup> BAG 16.09.1986 – GS 1/82, NZA 1987, 168, 175.

<sup>32</sup> BAG 03.12.1991 – GS 2/90, NZA 1992, 749.

<sup>33</sup> So zB BAG NZA 1992, 225 = EzA § 87 BetrVG Betriebliche Lohngestaltung Nr. 29 m. Anm. Kohte; zuletzt BAG NZA 2015, 1207, 1210.

<sup>34</sup> BAG 13.07.1977 – 1 AZR 336/75 AP Nr.2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit.

<sup>35</sup> GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn 125; Fitting BetrVG § 87 Rn 604; HaKo-BetrVG/Kohte § 87 Rn. 28

<sup>36</sup> BAG 02.03.2004 – 1 AZR 271/03, NZA 2004, 852; Fitting BetrVG § 87 Rn. 601.

<sup>37</sup> BAG 12.02.1970 – 2 AZR 184/69, BAGE 22, 278.

<sup>38</sup> BT-Drs VI/1786 § 102 (SPD); BT-Drs VI/1806 § 39 (CDU).

<sup>39</sup> BAG 16.09.1993 – 2 AZR 267/93, NZA 1994, 311 ff.

<sup>40</sup> Fitting BetrVG § 102 Rn. 56ff; GK-BetrVG/Raab § 102 Rn. 91 ff.

tiv durchzusetzen. In der heutigen Rechtswirklichkeit sind in Betrieben, in denen ein Betriebsrat gewählt worden ist, Fälle fehlender Anhörung des Betriebsrats außerordentlich selten. Auch die Fälle fehlerhafter Anhörung gehen zurück, wie sich aus der aktuellen Judikatur ergibt.

Von weit größerem Interesse für das Kurzgutachten sind die Probleme fehlerhafter Beteiligung eines Betriebsrats bei anderen personellen Einzelmaßnahmen. Hier trennen §§ 99 ff BetrVG deutlich zwischen den verschiedenen Ebenen. Wenn eine Maßnahme ohne Beteiligung des Betriebsrats erfolgt, kann dieser nach § 101 BetrVG die Aufhebung der Maßnahme verlangen. Diese Regelung wird durch ein Zwangsgeldverfahren gesichert.

Obgleich damit ein kollektivrechtliches Durchsetzungsverfahren normiert ist, das dem befristeten Aussetzungsrecht nach § 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX rechtstechnisch deutlich überlegen ist, hat die Gerichtspraxis des BAG seit mehr als 20 Jahren auch hier in differenzierter Weise den Grundsatz der Wirksamkeitsvoraussetzung eingebracht. Seit 1988 judiziert das BAG, dass eine Versetzung, bei der der Arbeitgeber die Anforderungen der §§ 99 ff BetrVG nicht bzw. nicht hinreichend beachtet hat, auch im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer individualrechtlich unwirksam ist.<sup>41</sup> In diesen Entscheidungen und in der Literatur wird wiederum der Zweck des Beteiligungsrechts hervorgehoben. Es dient auch dem Schutz der einzelnen Beschäftigten, so dass es dem Normzweck entspricht, wenn diese sich weigern, einer Versetzung, die sie nicht akzeptieren, nachzukommen. Diese Grundsätze können nicht in gleicher Weise übernommen werden für die Einstellung sowie für die rechtsfeststellende Eingruppierung. Unten in VI 3 ist zu diskutieren, ob diese Grundsätze auch auf andere Maßnahmen wie z.B. Aufhebungsvertrag und Abmahnung übertragen werden können.

Zusammenfassend ist jedoch festzuhalten, dass die Nutzung der Rechtsfigur der Unwirksamkeit nicht nur zur Effektivierung von Mitbestimmungsrechten, sondern auch zur Effektivität von Informations- und Anhörungsrechten einsetzbar ist und eingesetzt werden kann. Es besteht insoweit kein rechtssystematisches Hindernis, die seit 1972 übliche Verknüpfung eines kollektiven Informationsrechts mit individualrechtlicher Unwirksamkeit auch auf weitere Sachverhalte zu übertragen.

## VI. Mögliche Einwendungen

Aus den früheren parlamentarischen Beratungen und aus den aktuellen Diskussionen ergeben sich verschiedene Einwendungen, die hier systematisch erörtert werden sollen.

### 1. Die Bußgeldvorschrift ist als Sanktion ausreichend

In der Entscheidung des BAG in Jahr 1983 war judiziert worden, dass die Bußgeldvorschrift bereits für sich ausreichend sei. Dies ist zunächst aus rechtssystematischen Gründen verfehlt; insoweit ist auch an dieser Stelle noch einmal auf das Diktum von Herschel zu verweisen:

*„Ein Vorgehen, gegen das der Gesetzgeber instrumental Mittel der öffentlichen Gewalt einsetzt, kann einem Privaten nicht gestattet sein. Nicht obgleich, sondern weil die Kündigung ohne Anhörung ordnungswidrig ist, erweist sie sich als nichtig. Die Verhinderung solcher Kündigungen ist ja gerade der Bußgeldzweck.“<sup>42</sup>*

Der Bundestag hat sich bereits 1986 nicht mit dieser Aussage des BAG zufrieden gegeben. In den Materialien ist damals ausdrücklich verwiesen worden, dass die Bußgeldvorschrift allein nicht ausreichend ist. Dies war der Grund, mit dem das Aussetzungsverfahren etabliert worden ist<sup>43</sup>. Da sich das Aussetzungsverfahren als störanfällig erwiesen hat, kann man nicht wieder zurück auf die Position vor 1986 fallen, die bereits damals im parlamentarischen Verfahren als unzureichend bewertet worden ist.

Nicht übersehen werden kann weiter, dass auch die tatsächliche Praxis der Bußgeldanwendung im SGB IX außerordentlich defizitär ist. In den Jahren zwischen 2007 und 2009 wurden von der nach § 156 SGB IX zuständigen BA für sämtliche neun Konstellationen des § 156 SGB IX zwischen 265 und 641 Bußgelder verhängt<sup>44</sup>. Im parlamentarischen Verfahren ist bereits 2012 ein Antrag der SPD anhängig gemacht worden, die Zuständigkeit für Bußgelder auf die Zollbehörden zu verlagern<sup>45</sup>; in der Literatur wird vorgeschlagen, diese Zuständigkeit auf die Integrationsämter zu verlagern<sup>46</sup>. Eine so umfangreiche Korrektur wird hier nicht vorgeschlagen; die Daten bestätigen jedoch, dass eine Verweisung auf § 156 SGB IX nicht sachgerecht ist.

Eine alleinige Verweisung auf das Bußgeldrecht ist auch systematisch fehlerhaft. Die strukturell vergleichbare Bußgeldnorm des § 121 BetrVG, die zum Beispiel bei fehlender und fehlerhafter Unterrichtung nach § 99 BetrVG einsetzbar ist, steht Rechtsansprüchen der Betriebsräte auf Unterlassung und auch auf Aufhebung personeller Maßnahmen nach § 101 BetrVG nicht entgegen. Die Mehrgleisigkeit des Rechtsschutzes ist beabsichtigt und hat sich systematisch bewährt, zumal auch bei § 121 BetrVG die effektive Nutzung der Bußgeldmöglichkeiten außerordentlich schwach ausgeprägt ist. Insoweit steht die Norm des § 156 SGB IX möglichen Verbesserungen in § 95 Abs. 2 SGB IX nicht entgegen.

<sup>41</sup> BAG NZA 1988, 479; BAG 29.09.2004 – 1 AZR 473/03 Rn. 45; Fitting § 99 Rn. 283; GK-BetrVG/Raab § 99 Rn. 161; Münch ArbR/Matthes 3. Aufl. 2009 § 265 Rn. 26.

<sup>42</sup> Herschel, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 22 SchwbG; vgl. Düwell FS Eichenhofer S. 155, 167 f.

<sup>43</sup> BT-Drs. 10/5701, S. 11.

<sup>44</sup>FKSB/Ritz, § 156 Rn.17 .

<sup>45</sup> BT-Drs.17/9931 S.6;

<sup>46</sup> Düwell, RP-Reha 2/2014 S. 5, 8.

## 2. Vorrangige Rechtsdurchsetzung durch das Integrationsamt?

Bereits in der Entscheidung des BAG aus dem Jahr 1983 ist als mögliche Einwendung gegen die Rechtsfigur der Unwirksamkeit darauf verwiesen worden, dass der Schutz der Schwerbehinderten durch das Integrationsamt erfolge. Dies war damals die Norm des § 12 SchwbG, jetzt geht es um die Beteiligung des Integrationsamtes bei Kündigungen nach §§ 85 ff SGB IX. Dieser Hinweis enthält zunächst eine deutliche Verkürzung der Problemlage. Im Verfahren am BAG ging es tatsächlich um eine Kündigung. In anderen streitigen Verfahren ging es jedoch zum Beispiel um eine Abmahnung<sup>47</sup> oder einen Aufhebungsvertrag<sup>48</sup>. Bei diesen personellen Maßnahmen findet keine Beteiligung des Integrationsamtes statt, so dass der Verweis auf § 85 SGB IX zu kurz greift und nur einen geringen Teil der Probleme erfasst.

Weiter ist zu beachten, dass dieser Hinweis mit der neueren Rechtsentwicklung nicht vereinbar ist. Die neuere Rechtsentwicklung ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass die Rechte der Schwerbehinderten nicht vorrangig durch verwaltungsrechtliche Aufsichtsmaßnahmen, sondern durch innerbetriebliche Verhandlung, Kommunikation und die Mittel des sozialen Dialogs erfolgt. Gerade die Struktur der Partizipationsrechte der UNBRK und die Orientierung am sozialen Dialog in Art. 13 der RL 2000/78/EG<sup>49</sup> steht einer solchen Rückwärtsbewegung zur Dominanz des Verwaltungsrechts entgegen.

## 3. Rechtsunsicherheit durch Unwirksamkeit?

Im Gesetzgebungsverfahren im Jahr 1986 wurde auf eine befürchtete Rechtsunsicherheit verwiesen, wenn eine solche Unwirksamkeit gesetzlich angeordnet wird. Diese Prognose ist inzwischen 30 Jahre später nicht mehr haltbar. Die Norm des § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG hat sich inzwischen nach mehr als 40 Jahren bewährt und ist in alle Personalvertretungsgesetze übernommen worden. Probleme könnten sich ergeben, wenn sich die Unwirksamkeit auf die gesamte Bandbreite der Fragen bezieht, die in § 95 Abs. 2 SGB IX angesprochen sind. Dies entspricht jedoch nicht der bisherigen parlamentarischen Diskussion. Der Vorschlag der SPD-Fraktion im Jahr 1986 bezog sich auf personelle Einzelmaßnahmen. Diese Kategorie ist hinreichend abgrenzbar. Sie kann auch im Gesetz ausdrücklich definiert werden. Besonders markant ist die Lücke beim Aufhebungsvertrag. Der Aufhebungsvertrag hat für schwerbehinderte Menschen eine qualitativ andere Bedeutung als für andere Beschäftigte, denn er beinhaltet zugleich auch den Verzicht auf den Kündigungsschutz nach § 85 SGB IX. In einem anderen Bereich, dem Recht der Massenentlassungen, ist dies bereits vor längerer Zeit thematisiert worden, so dass inzwischen in § 17 Abs. 1 S. 2 KSchG der vom Arbeitgeber veranlasste Aufhebungsvertrag der Kündigung gleichgestellt

worden ist, um einen entsprechenden Schutz zu erreichen.

Nachdem inzwischen in mehreren Personalvertretungsgesetzen auch der Aufhebungsvertrag als eine mitbestimmungspflichtige und mitbestimmungsfähige Angelegenheit qualifiziert worden ist,<sup>50</sup> ist es plausibel, den Aufhebungsvertrag ausdrücklich in § 95 SGB IX zu integrieren und die Rechtsfigur der Unwirksamkeit auf den ohne vorgeschriebene Beteiligung abgeschlossenen Aufhebungsvertrag ebenfalls zu erstrecken.

Das aktuelle Verfahren BAG NZA 2014, 1223 zeigt anschaulich, dass auch die Abmahnung als eine solche personelle Maßnahme qualifiziert werden sollte. In verschiedenen Personalvertretungsgesetzen<sup>51</sup> erstrecken sich die Mitbestimmungsrechte der Personalräte auch auf die Abmahnung. Auch für diese Beteiligung hat sich in der Praxis herausgestellt, dass sie für alle Beteiligten handhabbar ist und dass eine hinreichend klar definierte Beteiligungsvorschrift keine Rechtsunsicherheit bewirkt.

## 4. Störung der Balance zwischen Betriebsrat/Personalrat und SBV?

Im Rahmen der Anhörung ist die Frage aufgeworfen worden, ob die Balance zwischen Betriebsrat und SBV gestört wird, wenn die Rechtsstellung der SBV gestärkt wird.

Auf einer ersten Ebene, die auch bei den Anhörungen zur Sprache gekommen ist, ist zwischen Mitbestimmung und Anhörung zu unterscheiden. Zu den Strukturmerkmalen der Betriebsverfassung gehört es, dass Mitbestimmungsrechte – und damit auch das Recht, die Einigungsstelle anzurufen und in der Einigungsstelle zu verhandeln – nur dem Betriebsrat zustehen sollen. Insoweit ist die Balance zwischen Betriebsrat und SBV rechtlich klar strukturiert. Nur dem Betriebsrat stehen Mitbestimmungsrechte zu. Diese Strukturentscheidung ist sachgerecht und entspricht der bewährten Systematik der Betriebsverfassung; insoweit sind keine Änderungen wünschenswert oder gar geboten. Dies gilt ebenso für die Personalverfassung.

Hinsichtlich der Informations- und Anhörungsrechte ist dagegen in den letzten Jahren eine bewusste Parallelität zwischen Betriebsrat/Personalrat sowie SBV normiert worden. Ein besonders anschauliches Beispiel betrifft die Rechtsdurchsetzung. Inzwischen ist in § 2a Abs. 1 Nr. 3a Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) normiert worden, dass Streitigkeiten aus der Auslegung der §§ 94, 95 SGB IX im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zu entscheiden sind. Die SBV kann insoweit in gleicher Weise wie ein Betriebs- oder Personalrat Leistungsanträge bzw. Fest-

<sup>47</sup> BAG NZA 2014, 1223.

<sup>48</sup> BAG 14.03.2012 - 7 ABR 67/10, BehR 2012, 236 m. Anm. Beyer.

<sup>49</sup> Dazu Kohte jurisPR-ArbR 26/2007 Anm. 1.

<sup>50</sup> So z.B. § 74 Abs. 2 LPersVG NW; § 75 Abs. 2 Nr. 11 LPVG BW.

<sup>51</sup> So z.B. § 75 Abs. 1 Nr. 2 NDS PersVG; § 67 Abs. 2 LSA PersVG; § 74 Abs. 2 LPersVG NW; § 68 Abs. 1 Nr. 1 PersVG Brandenburg.



stellungsanträge zum Umfang der Informationspflicht stellen.<sup>52</sup> Insofern ist ein vergleichbarer Weg der Rechtsdurchsetzung möglich und geboten. Die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit im Wege des Beschlussverfahrens zeigt, dass eine solche parallele Rechtsdurchsetzung von der Gesetzgebung gewünscht ist und dass sie die Balance zwischen Betriebsrat/Personalrat und SBV nicht gefährden kann.

Damit stellt sich die Frage, ob die Rechtsfigur der Unwirksamkeit diese Balance gefährden kann. Ein Teil der Besorgnisse erstreckt sich offensichtlich auf die Vorstellung, dass die SBV aus dem gesamten Spektrum aller Angelegenheiten, die § 95 Abs. 2 SGB IX umfassen, Unwirksamkeitsfolgen auslösen könnten. Dies wäre nicht unproblematisch, weil auch in der Betriebsverfassung die Anhörung nach § 80 BetrVG nicht durch umfassende Unwirksamkeitsnormen gesichert wird. Insofern war es zutreffend, dass in den bisherigen Vorschlägen der SPD- und der CDU-Fraktion zwischen 1986 und 2004 die Unwirksamkeit jeweils auf personelle Einzelmaßnahmen konzentriert war. Dabei ist weiter hervorzuheben, dass es sich um personelle Einzelmaßnahmen von schwerbehinderten Menschen handeln muss. Auch wenn der Kreis der Angelegenheiten, die die Belange schwerbehinderter Menschen „berühren“, weiter gefasst ist und auch z.B. Vorgesetzte betreffen kann, die spezifische Verantwortung für schwerbehinderte Menschen haben,<sup>53</sup> so sollte doch die Unwirksamkeit sich ausschließlich auf Angelegenheiten von schwerbehinderten Menschen beschränken. Hier kann sich auch bei schwerbehinderten Menschen eine Rechtsfolge ergeben, die über die Betriebsverfassung hinausgeht. Dies entspricht der Systematik des SGB IX, das schwerbehinderte Menschen in einer besonders schutzbedürftigen Situation sieht und verlangt, dass diesen eine besondere Unterstützung zukommt. So ist die spezifische und über die Betriebsverfassung hinausgehende Unterstützung schwerbehinderter Bewerber nach §§ 81, 95 Abs. 2 SGB IX in der Rechtsprechung zutreffend damit gerechtfertigt worden, dass sich schwerbehinderte Bewerber in einer spezifischen Situation befinden und daher auch einen spezifischen Schutz benötigen.<sup>54</sup>

Dies gilt erst Recht beim Aufhebungsvertrag, denn für schwerbehinderte Menschen beinhaltet der Aufhebungsvertrag zugleich einen Verzicht auf den Kündigungsschutz nach § 85 SGB IX. Hier bedarf es einer besonderen Beratung und eines besonderen Beistands, daher ist die Entscheidung des Arbeitgebers, einem schwerbehinderten Menschen einen Aufhebungsvertrag anzubieten bzw. dessen Angebot

für einen Aufhebungsvertrag anzunehmen, eine Entscheidung i. S. d. § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX.<sup>55</sup> Die hier vorgeschlagene Beschränkung der Rechtsfigur der Unwirksamkeit auf personelle Einzelmaßnahmen, die schwerbehinderte Menschen unmittelbar betreffen, ist mit der Balance zwischen Betriebsrat/Personalrat und SBV gut vereinbar. Sie betrifft weder dritte Personen, die nicht schwerbehindert sind, noch enthält sie eine flächendeckende Unwirksamkeit, wie sie sich für die Betriebsverfassung aus der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung bei § 87 BetrVG ergeben. Soweit es um differenzierende Rechtsfolgen geht, sind diese bereits in den bisherigen Differenzierungen der §§ 81, 95 SGB IX angelegt und führen daher nicht zu Verwerfungen. Zugleich würde damit auch ein vergleichbares Schutzniveau für schwerbehinderte Arbeitnehmer und Beamte gesichert.

Mit dieser Rechtsfigur wird kein neues Klage- oder Antragsrecht der SBV geschaffen, das über die bisherigen Rechte hinausgeht. Es geht auch nicht um Rechtsstreitigkeiten zwischen SBV und Betriebsrat/Personalrat, die von der BDA im Rahmen der Anhörung befürchtet worden sind. Die hier vorgeschlagene Rechtsfigur erleichtert allein die individuelle Rechtsdurchsetzung der einzelnen schwerbehinderten Menschen bei personellen Einzelmaßnahmen wie Kündigungen, Versetzungen und ähnlichen Maßnahmen. Damit wird deren Rechtsstellung effektiviert; dies ist eine sach- und systemgerechte Ergänzung im SGB IX. Mittelbar wird dadurch erreicht, dass die seit 30 Jahren im Gesetz normierte Information und Anhörung der SBV real besser beachtet wird. Eine solche Regelung, mit der die Einhaltung geltenden Rechts verbessert werden kann, ist im allgemeinen Interesse und daher keine Bestimmung, mit der die Balance zwischen den verschiedenen Organen der Betriebs- und Personalverfassung beeinträchtigt werden kann.

## VII. Fazit

Eine auf personelle Einzelmaßnahmen konzentrierte individualrechtliche Unwirksamkeit bei Verletzung von § 95 Abs. 2 SGB IX ist ein geeignetes Mittel, um dieses Informationsrecht zu stärken und für eine bessere Rechtsdurchsetzung zu sorgen. In § 95 Abs. 2 ist nach Satz 2 einzufügen:

*„Eine unter Verletzung von § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX getroffene personelle Einzelmaßnahme, die einen schwerbehinderten Menschen unmittelbar betrifft, ist unwirksam. Als personelle Einzelmaßnahme gelten auch der Aufhebungsvertrag und die Abmahnung.“*

<sup>52</sup> Anschaulich zuletzt BAG NZA 2015, 176.

<sup>53</sup> BAG NZA 2010, 1431.

<sup>54</sup> BAG NZA 2010, 1431; NZA 2015, 176.

<sup>55</sup> Dazu LPK-SGB IX/Düwell 4. Aufl. § 95 Rn. 46; von Roettenken JurisPR-ArbR 29/2012 Anm. 2.