

# Rundbrief

## ARBEITNEHMERANWÄLTE

Die deutschlandweite Anwaltskooperation für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte



### »Finger weg vom Stift!«

Was ist nicht per Betriebsvereinbarung regelbar? | Seite 3

### Das Präventionsverfahren nach § 167 Absatz 1 SGB IX

Auswirkungen auf die Kündigung von Schwerbehinderten | Seite 12

### Mangelhafte Beteiligung der Arbeitsagentur bei Einstellungen

Ein oft übersehener Zustimmungsverweigerungsgrund | Seite 19



Arbeitnehmer-  
Anwälte

in ganz Deutschland

→ Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der vor mehr als 20 Jahren gegründeten Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich in: Berlin, Bremen, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg/Kiel, Hannover, München, Münster, Nürnberg/Ansbach, Oer-Erkenschwick, Offenburg, Stuttgart und Wiesbaden.

Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

**[www.arbeitnehmer-anwaelte.de](http://www.arbeitnehmer-anwaelte.de)**



### Was ist nicht per Betriebsvereinbarung regelbar?

Wie ein Gesetzgeber können Betriebsrat und Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen im Betrieb gestalten: Durch Betriebsvereinbarungen werden Regelungen geschaffen, die für die Beschäftigten unmittelbar und zwingend gelten, ohne dass die Beschäftigten zustimmen müssen (§ 77 Absatz 4 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz). Prinzipiell lassen sich zwar alle betrieblichen Fragen per Betriebsvereinbarung regeln, aber die Betriebsparteien laufen dabei schnell Gefahr, in die Regelungshoheit der Gewerkschaften einzugreifen. Oft sehen die Arbeitgeber in den Betriebsräten die »sachnäheren« Verhandlungspartner, wenn es um Mehrarbeit ohne Lohnausgleich, Verzicht auf tarifliche Leistungen oder Ähnliches geht – gegen meist wenig verbindliche Zusagen zum Erhalt der Arbeitsplätze. Die Betriebsräte geraten manchmal auch von Teilen der Belegschaft unter Druck und wissen nicht, wie weit sie gehen dürfen und sollen. Welche Sperrwirkung haben Tarifverträge? Wie weit darf in Individualrechte eingegriffen werden?



# I ● **Beachtung der Gesetze**

Arbeitgeber und Betriebsrat haben natürlich beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen zwingendes staatliches Recht zu beachten. Sie können also nicht zu Ungunsten der Beschäftigten von gesetzlichen Bestimmungen abweichen. Derartige Vereinbarungen sind nichtig. Es müssen auch die in § 75 BetrVG genannten Grundsätze, insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz, beachtet werden.

# II ● **Kein Eingriff in Individualrechte der Beschäftigten**

Beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen sind auch die Rechte der einzelnen Arbeitnehmer zu beachten. Für die außerbetriebliche, private Lebensgestaltung steht den Betriebsparteien keine Regelungsmacht zu. Auch kann der Betriebsrat in aller Regel mit einer Betriebsvereinbarung nicht in den Einzelvertrag eingreifen. Hier gilt vielmehr das sog. **Günstigkeitsprinzip**: Einzelvertragliche Regelungen, die für den Arbeitnehmer günstiger sind, gehen der Betriebsvereinbarung vor. Nur in wenigen Ausnahmefällen geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass durch eine Betriebsvereinbarung verschlechternde Regelungen für die Beschäftigten eingeführt werden können und damit auch in den Individualarbeitsvertrag eingegriffen werden kann.

# III ● **Vorrang der Tarifverträge**

§ 77 Absatz 3 BetrVG regelt, dass Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die

- durch Tarifvertrag geregelt sind  
oder
- üblicherweise geregelt werden,  
nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können. Dies gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt.

Was diese Vorschrift bestimmt, wird als **Tarifvorrang** bezeichnet. Dies bedeutet, dass Betriebsvereinbarungen zu Themen, die bereits im Tarifvertrag geregelt sind, eigentlich nicht möglich sind. Eine Ausnahme hiervon macht das Gesetz selbst: **Öffnungsklauseln** können Regelungen durch Betriebsvereinbarung erlauben.

Der Tarifvorrang bezweckt den Schutz der Tarifautonomie. Das Grundgesetz garantiert in Artikel 9 Absatz 3 den Schutz und die Betätigungsfreiheit der Koalitionen, also Gewerkschaften und Arbeitnehmerverbände. Der Vorrang des Tarifvertrages soll verhindern, dass die Tarifautonomie durch kollektive betriebliche Regelungen wie Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden unterlaufen wird. Die Betriebsvereinbarung soll insbesondere nicht als Ersatztarifvertrag für nicht organisierte Arbeitnehmer oder als Zusatztarifvertrag für übertarifliche Leistungen wirken können, weil dadurch sowohl die Stellung der Gewerkschaften als auch der Arbeitgeberverbände und deren Funktionsfähigkeit getroffen würde.

Das durch Artikel 9 Absatz 3 GG gewährte Streikrecht steht nämlich ausschließlich den Gewerkschaften zu. Würde man der Betriebsautonomie den Vortritt lassen, würde es für die Gewerkschaften keine Durchsetzungsmöglichkeit ihrer Forderungen geben, da jegliche Sachverhalte auch auf Betriebsebene geregelt werden könnten. Anders als den Gewerkschaften sind dem Betriebsrat Maßnahmen des Arbeitskampfes untersagt (§ 74 Absatz 2 BetrVG). Verhandlungen ohne die Möglichkeit zum Arbeitskampf wären jedoch keine echten Verhandlungen auf Augenhöhe, sondern lediglich „kollektives Betteln“, wie es das Bundesarbeitsgericht einmal ausgedrückt hat. Deshalb ist es so wichtig, den Tarifvorrang zu beachten.



## 1. Reichweite des Tarifvorrangs

Der Tarifvorrang bezieht sich auf Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden.

Arbeitsentgelt ist jede geldwerte Arbeitgeberleistung, wie Vergütungen und Sachleistungen, zum Beispiel der Grundlohn, Zulagen und Prämien, Gratifikationen oder Gewinnbeteiligungen, aber auch Sozialleistungen wie betriebliche Altersvorsorge. Unter sonstigen Arbeitsbedingungen sind alle formellen und materiellen Arbeitsbedingungen zu verstehen, die Gegenstand tariflicher Regelungen sein können. Dazu zählt etwa die Dauer und Lage der Arbeitszeit, Regelungen zum Urlaub, aber auch zum Beispiel Vorgaben zum Verfall von Ansprüchen (sog. Ausschlussfristen).

Beim Tarifvorrang muss unterschieden werden, ob ein Tarifvertrag tatsächlich vorliegt oder ob ein Thema in der Branche nur üblicherweise im Tarifvertrag geregelt wird.

### a Vorliegen eines Tarifvertrages

§ 77 Absatz 3 BetrVG soll verhindern, dass Gegenstände, die die Tarifvertragsparteien bereits geregelt haben, konkurrierend in Betriebsvereinbarungen geregelt werden. Das gilt auch für den Fall, dass die tarifliche Regelung inhaltsgleich „abgeschrieben“ wird. Eine Betriebsvereinbarung soll weder als normative Ersatzregelung für nicht organisierte Arbeitnehmer noch als Grundlage für übertarifliche Leistungen dienen. Auch günstigere Betriebsvereinbarungen sind daher unwirksam. Im Verhältnis zwischen Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung gilt also auch das Günstigkeitsprinzip nicht, soweit nicht der Tarifvertrag selbst eine entsprechende Öffnungsklausel enthält. Liegt ein Tarifvertrag vor und fällt ein Betrieb in den räumlichen, fachlichen und personellen Geltungsbereich dieses Tarifvertrags, greift die Sperrwirkung ein. **Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Arbeitgeber tarifgebunden ist.**

Wenn der Tarifvertrag vollständig gekündigt wird, gilt er bis zum Ablauf der Kündigungsfrist vollständig weiter. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber aus dem Arbeitgeberverband austritt (**Nachbindung**, § 3 Absatz 3 Tarifvertragsgesetz). So soll verhindert werden, dass sich Arbeitgeber vom Tarifvertrag ohne Konsequenz lösen können.

**Nach Ablauf der Kündigungsfrist** gelten die Rechtsnormen des Tarifvertrags weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden (**Nachwirkung**, § 4 Absatz 5 TVG). Nur in diesem Nachwirkungszeitraum **entfällt die Sperrwirkung**.

## **b** Tarifüblichkeit

Die Sperrwirkung tritt aber nicht nur ein, wenn eine tarifvertragliche Regelung tatsächlich besteht: Gesperrt sind Betriebsvereinbarungen sogar dann, wenn aktuell kein Tarifvertrag besteht, die Arbeitsentgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen aber üblicherweise durch Tarifvertrag geregelt werden. Es genügt folglich, dass die Regelung der betroffenen Materie in Form eines Tarifvertrags in der Branche üblich ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich anhand der **bisherigen Tarifpraxis in dem betroffenen Tarifgebiet**. Dadurch soll zum Beispiel erreicht werden, dass in Zeiten, in denen die Tarifparteien noch Verhandlungen führen, nicht die Gelegenheit genutzt wird, um in Betriebsvereinbarungen andere Regelungen zu schaffen.

## **C** Ausnahmen

Es gibt zwei wichtige Ausnahmen vom Tarifvorrang:

### **1. Bestehen eines Mitbestimmungsrechts aus § 87 Absatz 1 BetrVG**

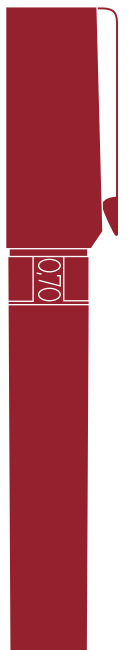
Es gibt im Betriebsverfassungsgesetz noch eine andere Vorschrift, die das Verhältnis von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen regelt: Im Eingangssatz von § 87 Absatz 1 BetrVG heißt es:

„Der Betriebsrat hat, soweit eine ... tarifliche Regelung nicht besteht, ... mitzubestimmen: ...“

Danach werden die Gegenstände der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten aufgelistet, wie etwa Arbeitszeit, Urlaub, technische Überwachung und Gesundheitsschutz.

§ 87 Absatz 1 geht nach Auffassung des BAG als speziellere Norm dem § 77 Absatz 3 vor („Vorrangtheorie“). Das hat zur Folge, dass in Bereichen der sozialen Mitbestimmung die Tarifautonomie weniger geschützt wird. Denn in diesem Bereich genügt es für eine Sperrwirkung nicht, wenn überhaupt ein Tarifvertrag zu dem Regelungsgegenstand besteht oder gar nur üblich ist, sondern **nur eine tatsächlich anwendbare tarifliche Regelung** verdrängt die betriebliche Regelungsbefugnis.

Beispiel: Wenn bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber ein Tarifvertrag zur Anwendung kommt, der eine abschließende Regelung zum Beispiel zu Überstundenzuschlägen enthält, dann dürfen die Betriebsparteien keine Betriebsvereinbarung zu Überstundenzuschlägen schließen. Hingegen fallen übertarifliche Zulagen nicht unter den Tarifvorrang des § 87 Absatz 1 BetrVG. Hier kann der Betriebsrat bei der Aufstellung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen vollständig mitbestimmen. Das liegt da-



ran, dass der Tarifvertrag bezüglich des Entgelts regelmäßig nur Mindestleistungen regelt.

Nicht gesperrt sind Betriebsvereinbarungen nach § 87 Absatz 1 BetrVG, wenn **keine Tarifbindung** besteht. Ohne Tarifbindung kann keine tarifliche Regelung entgegenstehen. Da § 87 Absatz 1 BetrVG die speziellere Regelung darstellen soll, soll also in einem Betrieb ohne Tarifbindung der Betriebsrat im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts ohne Beachtung von § 77 Absatz 3 BetrVG Betriebsvereinbarungen schließen können. Dies erscheint problematisch, da der Schutzzweck des § 77 Absatz 3 BetrVG so nicht erreicht wird. Die Rechtsprechung lässt es zu, dass der Betriebsrat in nicht tarifgebundenen Betrieben trotz vorliegender Tarifüblichkeit die Rolle einer „Ersatzgewerkschaft“ anstreben kann.

Aber: Dass die Rechtsprechung etwas für zulässig erachtet, heißt es noch lange nicht, dass Betriebsräte es auch tun müssen. Wir raten grundsätzlich davon ab, in Betriebsvereinbarungen Themenkomplexe zu regeln, die üblicherweise in der Branche durch Tarifvertrag geregelt werden. Denn es bleibt dabei, dass der Betriebsrat keine mit den Gewerkschaften vergleichbare Durchsetzungsmacht hat. Zum „Zusammenwirken“ mit den Gewerkschaften, das in § 2 Absatz 1 BetrVG vorgeschrieben ist, gehört es auch, die Zuständigkeitsbereiche wechselseitig zu respektieren.

Wenn es auf den Tarifvorrang entscheidend ankommt, empfiehlt es sich, genau hinzuschauen, ob tatsächlich ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Absatz 1 BetrVG gegeben ist. Denn nur wenn dem Betriebsrat wirklich Mitbestimmungsrechte zustehen, greift der vom Bundesarbeitsgericht vorgesehene Vorrang des § 87. Ist ein Mitbestimmungsrecht nicht gegeben, könnte zwar prinzipiell eine freiwillige Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden (§ 88 BetrVG), aber es sperrt nun ggf. § 77 Absatz 3 BetrVG die betriebliche Regelung.

## 2. Sozialpläne, § 112 Absatz 1 Satz 4 BetrVG

Wenn die Betriebsparteien bei Betriebsänderungen einen Sozialplan abschließen, gilt § 77 Absatz 3 BetrVG nicht. Das ist in § 112 Absatz 1 Satz 4 ausdrücklich geregelt. Sozialpläne können deshalb ohne Rücksicht auf bestehende oder übliche Tarifverträge stets zusätzliche und günstigere Regelungen für die Beschäftigten treffen. Der Sozialplan kann also zum Beispiel längere Kündigungsfristen, bessere Umschulungsmöglichkeiten oder eine höhere Abfindung als der Tarifvertrag vorsehen. Es ist auch möglich, einen bestehenden Sozialtarifvertrag durch Betriebsvereinbarung auf alle Belegschaftsangehörigen zu erstrecken.



## 2. Wie weit können Entgeltfragen geregelt werden?

Besonders praxisrelevant ist die Frage, inwieweit man das Entgelt in einer Betriebsvereinbarung regeln kann. § 77 Absatz 3 sieht schließlich vor, dass Arbeitsentgelte nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein können.

An dieser Stelle kollidiert die Vorschrift gezwungenermaßen mit § 87 Absatz 1 Nr. 10 und 11 BetrVG, nach denen Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderungen (Nr. 10), und die Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze und vergleichbare leistungsbezogene Entgelte, einschließlich der Geldfaktoren (Nr. 11), unter die zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats fallen.

Wie oben beschrieben, wird die Sperrwirkung des § 77 Absatz 3 nach Auffassung des BAG im Bereich der zwingenden Mitbestimmung durch § 87 Absatz 1 BetrVG verdrängt. In **tarifgebundenen** Betrieben ändert sich dadurch nichts: Regelungen über Arbeitsentgelte und Entlohnungsmethoden sind aufgrund des Tarifvorbehalts ausgeschlossen. Die Sperrwirkung gilt auch für Arbeitnehmer, die selbst nicht Mitglied der Gewerkschaft sind und für die der konkrete Tarifvertrag bei bloßer Tarifbindung des Arbeitgebers gar nicht zur Anwendung kommt.

In **tarifungebundenen** Betrieben hingegen sind Regelungen über Entlohnungsgrundsätze – trotz § 77 Absatz 3 – gemäß § 87 Absatz 1 Nr. 10 BetrVG möglich. Geregelt werden dürfen jedoch nur die Struktur des Entgelts und die Grundsätze. Die Entgeltstufe des Betriebs darf nicht Teil einer solchen Betriebsvereinbarung sein. Ziel ist die Herstellung einer innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit. Unter den Begriff der Lohngestaltung fallen sowohl die Grundvergütung als auch Zulagen und Zuschläge oder variable Gehaltsbestandteile wie Boni, Prämien oder Tantiemen. Auch indirekte Geldleistungen wie die Gewährung von Aktienoptionen oder Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung fallen hierunter.



### 3. Umgehungsversuche

Um die Sperrwirkung der Tarifverträge zu umgehen, kommen immer wieder findige Arbeitgeber auf die Idee, mit den Betriebsräten Vereinbarungen abzuschließen, bei denen klar ist, dass sie gegen § 77 Absatz 3 BetrVG verstoßen. Um diese Vereinbarungen dann doch zu legitimieren, werden einzelvertragliche Regelungen abgeschlossen, mit denen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die eigentlich rechtswidrige Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zum Teil ihres Arbeitsvertrages machen und damit akzeptieren. Häufig geschieht dies in Situationen, in denen sich Unternehmen in einer Krise befinden oder Personalabbau droht. Es wird dann zum Beispiel eine höhere Wochenarbeitszeit mit einem niedrigeren Stundenlohn als Gegenleistung für den Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen vereinbart oder Ähnliches.

Solche Konstruktionen können trotz der eingeholten Unterschrift der Beschäftigten unwirksam sein. Es kommt hier darauf an, ob ein entgegenstehender Tarifvertrag im Betrieb gilt und inwieweit die Belegschaft gewerkschaftszugehörig ist. An den Tarifvertrag rechtlich gebunden sind nur die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und bei Firmentarifverträgen der Arbeitgeber (§ 3 Absatz 1 TVG). Beschäftigte, die nicht Mitglied einer Gewerkschaft sind, können mit ihrer Unterschrift Arbeitsbedingun-



gen, die sie bislang aufgrund eines Tarifvertrags gewährt bekommen haben, einfach beseitigen. Bei diesen Beschäftigten wäre eine Akzeptanz des arbeitgeberseitigen Angebotes also eine wirksame Vertragsänderung.

Anders verhält es sich bei **Gewerkschaftsmitgliedern**: Gemäß § 4 Absatz 3 TVG sind von einem Tarifvertrag abweichende Abmachungen nur zulässig, wenn sie entweder durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten. Liegt keine Öffnungsklausel im Tarifvertrag vor, stellt sich also die Frage, ob die vom Arbeitgeber angestrebte Regelung wirklich eine günstigere Regelung für den Arbeitnehmer enthält. Wichtig ist hierbei, dass jeweils nur die einschlägige tarifliche Regelung und die abweichende vertragliche Regelung zu vergleichen sind. Nur soweit sich bei diesem Einzelvergleich tatsächlich eine günstigere Regelung für den Arbeitnehmer ergibt, ist die einzelvertragliche Abweichung wirksam. Auf der einen Seite Gehaltsverzicht oder unbezahlte Mehrarbeit und im Gegenzug ein Verzicht auf arbeitgeberseitige Kündigungen sind jedoch völlig unterschiedlich geartete Regelungsgegenstände. Hier würden „Äpfel mit Birnen“ verglichen, so das BAG. Folglich wären derartige Umgehungsversuche bei tarifgebundenen Beschäftigten unzulässig.

Betriebsräte, die sich mit Forderungen des Arbeitgebers konfrontiert sehen, eine Abweichung vom Tarifvertrag zu vereinbaren, die jedoch individualrechtlich durch Vertragsänderung abgesichert werden soll, sollten dies unverzüglich in der Belegschaft offenlegen und Kontakt mit der zuständigen Gewerkschaft aufnehmen sowie sich rechtliche Unterstützung holen. Es sollte frühzeitig der Belegschaft deutlich gemacht werden, dass der Betriebsrat nicht die Ersatzgewerkschaft im Betrieb sein kann und auch nicht sein will. Möchte der Arbeitgeber Abweichungen vom Tarifvertrag vereinbaren, hat er sich hierzu an die zuständige Gewerkschaft zu wenden. Den Beschäftigten ist zu empfehlen, sich solidarisch zu verhalten und die bestehenden Tarifverträge nicht durch ihre eigene Unterschrift auszuhöhlen.



## 4. Folgen bei Nichtbeachtung

### a Im Verlauf der Verhandlungen

Im Rahmen von Verhandlungen sollten Betriebsräte darauf achten, dass sie sich nur auf solche Regelungen verlassen, die sie in einer Einigungsstelle auch durchsetzen können. Oft besteht die Versuchung, Zugeständnisse an den Arbeitgeber auszugleichen durch finanzielle Besserstellungen wie zum Beispiel Zuschläge im Bereich der Arbeitszeit oder Kostenerstattung für Dienstkleidung. Gerade hier greift aber oft die Sperrwirkung aus dem Tarifvertrag. Solche Regelungen können also in der Einigungsstelle nicht durchgesetzt werden. Der Betriebsrat muss also damit rechnen, dass er Kompensationen, die er für Zugeständnisse machen will, im Ergebnis nicht durchsetzen kann. Dies will im Vorfeld genau überlegt sein.

Hierzu muss man bei tarifgebundenen Arbeitgebern den Tarifvertrag genau kennen, um entscheiden zu können, ob eine Regelung im Tarifvertrag abschließend geregelt ist und der Betriebsrat dann nicht mehr mitbestimmen kann. Es ist sehr ärgerlich, wenn Betriebsräte erst in der Einigungsstelle feststellen, dass ihre vorgesehene Kompensation nicht erzwingbar ist, und sich der Arbeitgeber mit seinen Forderungen durchsetzt.

## **b** Nach Abschluss

Betriebsvereinbarungen, die unter Missachtung der vorstehend beschriebenen Grenzen, insbesondere von § 77 Absatz 3 BetrVG, abgeschlossen worden sind, sind unwirksam. Allerdings nicht unbedingt vollständig – das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass Betriebsvereinbarungen auch teilunwirksam sein können. Ergibt die Betriebsvereinbarung auch ohne den unwirksamen Teil einen Sinn, dann bleibt dieser Teil bestehen, wenn es sich um zwei voneinander getrennte Regelungskomplexe handelt.

Das kann aber zu unschönen Ergebnissen führen: Hat der Betriebsrat in einer Vereinbarung an einer Stelle großes Entgegenkommen gezeigt, um an der anderen Stelle einen Vorteil für die Belegschaft zu erkaufen, ist es äußerst ärgerlich, wenn dieser Vorteil tarifwidrig und unwirksam ist und nur die Belastung für die Belegschaft übrig bleibt.

## **C** Beseitigung von unwirksamen Regelungen durch Betriebsräte

Stellt der Betriebsrat fest, dass er versehentlich eine (teil)unwirksame Betriebsvereinbarung abgeschlossen hat, sollte geprüft werden, ob die Regelung entweder in Verhandlungen mit dem Arbeitgeber an die Rechtslage angepasst werden kann oder die Betriebsvereinbarung besser gekündigt werden soll. Es kann zwar auch ein Beschlussverfahren beim Arbeitsgericht eingeleitet werden, um die Nichtigkeit der Regelung feststellen zu lassen. In der Regel dauert dies aber zu lange. Effektiver ist die Kündigung und Neuaufnahme von Verhandlungen. Damit ist dann der Weg auch zur Einigungsstelle offen, in der die Fragen ebenfalls geklärt werden können.

# IV.

## **Fazit**

Im Spannungsfeld zwischen Tarifvertrag und betrieblichen Regelungen sind differenzierte rechtliche Vorgaben zu beachten. Schließt der Betriebsrat unter Missachtung dieser Vorgaben Betriebsvereinbarungen ab, können diese unwirksam sein. Vermeintlich gute Kompromisse können sich dann als Mogelpackung herausstellen, wenn der für die Belegschaft gute Teil des Kompromisses rechtswidrig ist, die Kröte, die die Belegschaft schlucken musste, aber wirksam bleibt.

Betriebsräte sollten sich nicht als Ersatzgewerkschaft im Betrieb betätigen. Viel wichtiger wäre es, die Energie darauf zu verwenden, die Zahl der Gewerkschaftsmitglieder in den Betrieben zu erhöhen, um dann rechtlich verbindliche tarifliche Rege-

lungen zum Wohle der Beschäftigten zu erzielen. Bei Verhandlungen über tariflich geregelte Fragen empfiehlt es sich jedenfalls, die zuständige Gewerkschaft mit ins Boot zu holen und kompetente rechtliche Unterstützung hinzuzuziehen.

**Siehe:**

- Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 31. Auflage 2022, § 77, § 87
- Koll, Mitbestimmung beim Entgelt, Arbeitsrecht im Betrieb 6/2016, Seite 18 ff.
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 24.02.1987, Aktenzeichen 1 ABR 18/85, Juris
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 03.12.1991, Aktenzeichen GS 2/90, Der Betrieb 1992, Seite 1579
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 10.10.2006, Aktenzeichen 1 ABR 68/05, Der Betrieb 2007, Seite 174
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23.01.2018, Aktenzeichen 1 AZR 65/17, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)



**Rechtsanwalt Jürgen Markowski**  
**Fachanwalt für Arbeitsrecht**  
Offenburg



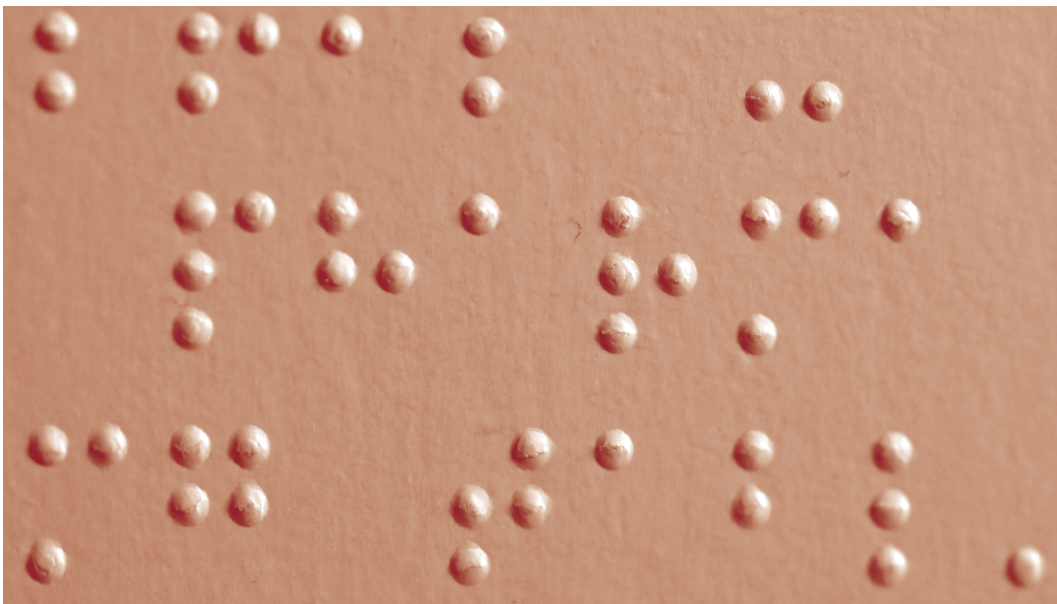
**Rechtsanwältin Julia Englert**  
**Fachanwältin für Arbeitsrecht**  
Offenburg



# Das Präventionsverfahren nach § 167 Absatz 1 SGB IX

## Auswirkungen auf die Kündigung von Schwerbehinderten

Das betriebliche Eingliederungsmanagement dürfte den meisten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und Betriebsräten ein Begriff sein. Es ist im zweiten Absatz von § 167 Sozialgesetzbuch (SGB) IX geregelt. Aber was steht eigentlich im ersten Absatz? Dort hat der Gesetzgeber ein weiteres Verfahren vorgesehen, in dem bei einer Gefährdung des Arbeitsverhältnisses Maßnahmen zu dessen Sicherung erörtert werden sollen. Wir geben einen Überblick über dieses Präventionsverfahren. Besonders geht es darum, wie es sich bei Kündigungen auswirkt, wenn zuvor kein Präventionsverfahren durchgeführt wurde.



### → Das Präventionsverfahren im Überblick

§ 167 Absatz 1 SGB IX lautet:

„Der Arbeitgeber schaltet bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung und die in § 176 genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.“



Anders als das betriebliche Eingliederungsmanagement gilt diese Regelung nur für schwerbehinderte Menschen und ihnen Gleichgestellte (§ 2 Absatz 3 SGB IX).

Das Präventionsverfahren soll schon bei „**Schwierigkeiten**“ und „**möglichst frühzeitig**“ durchgeführt werden. Die Eingriffsschwelle ist also bereits überschritten, bevor ein Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Absatz 2 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) besteht. Es muss sich nur um Störungen handeln, die über eine gewisse Zeit den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährden können. Erfasst sind alle möglichen Ursachen, die auch einem Kündigungsgrund nach dem KSchG zugrunde liegen können, nämlich personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Schwierigkeiten.

Beteiligte des Präventionsverfahrens sind neben dem Arbeitgeber und dem betroffenen schwerbehinderten Menschen die Schwerbehindertenvertretung, der Betriebs- bzw. Personalrat (dieser verbirgt sich hinter § 176) und das Integrationsamt. Erörtert werden sollen „alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen (...), mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann“.

Das Gesetz lässt also offen, welche Abhilfemaßnahmen konkret in Frage kommen. Möglich sind auch kostenauslösende Maßnahmen oder finanzielle Leistungen. Anpassungen des Arbeitsvertrags sind ebenfalls denkbar.

## PRAXISTIPP

**Der Betriebsrat kann mit dem Arbeitgeber die Einzelheiten des Verfahrens in einer Betriebsvereinbarung ausgestalten. Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht für das betriebliche Eingliederungsmanagement den Umfang der erzwingbaren Mitbestimmung stark eingegrenzt. Dieser Maßstab gilt auch für das Präventionsverfahren. Viele der aus Beschäftigtensicht interessanten Regelungen sind nur auf freiwilliger Basis möglich. Auch eine (freiwillige) Regelung zwischen Schwerbehindertenvertretung und Arbeitgeber in einer Inklusionsvereinbarung ist möglich. Wegen der besseren Durchsetzungsmöglichkeiten ist allerdings eine Betriebsvereinbarung zu bevorzugen.**

Es gibt keine Rechtspflicht zur Umsetzung von bestimmten Maßnahmen. Denn § 167 Absatz 1 SGB IX verpflichtet nur zu einer **Erörterung**.

Setzt der Arbeitgeber aber Maßnahmen, die im Präventionsverfahren diskutiert wurden, nicht um, kann das für ihn Nachteile in einem möglichen späteren Kündigungsschutzverfahren haben. Eine Kündigung wird dann grundsätzlich sozialwidrig sein, es sei denn, der Arbeitgeber kann darlegen, dass die Maßnahmen undurchführbar waren oder letztlich nicht zur Vermeidung der Kündigung hätten führen können.

Nach herrschender Meinung gilt die erhöhte Darlegungslast für Arbeitgeber nicht, soweit das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet (insbesondere in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses). In einer noch jungen Entscheidung vom Dezember 2023 hat das Arbeitsgericht Köln entgegen der Rechtsprechung des BAG entschieden, dass ein Präventionsverfahren auch in den ersten sechs Monaten verpflichtend durchzuführen sei. Unterbleibe dies, sei eine nach § 164 Absatz 2 SGB IX verbotene Diskriminierung zu vermuten. Könne der Arbeitgeber die Diskriminierung nicht widerlegen, sei die Kündigung unwirksam. Ob diese Entscheidung vor der eindeutigen gegenteiligen Rechtsprechung des BAG Bestand haben wird, bleibt abzuwarten. Gegebenenfalls werden die nationalen Gerichte wegen der unionsrechtlichen Bezüge dem Europäischen Gerichtshof die Frage zur Klärung vorlegen müssen.

Umgekehrt kann es für die Rechtmäßigkeit einer Kündigung sprechen, wenn die Umsetzung von Maßnahmen aus dem Präventionsverfahren nicht zum Erfolg geführt hat oder das Präventionsverfahren sogar zu dem Ergebnis kommt, dass es keine möglichen Abhilfemaßnahmen gibt. Das Bundesarbeitsgericht geht beim betrieblichen Eingliederungsmanagement in einer Entscheidung von 2009 sogar so weit, dass Betroffene sich auf anderweitige Maßnahmen gar nicht mehr berufen können sollen, die im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements nicht diskutiert worden sind. Eine Ausnahme bestehe nur für Maßnahmen, die sich erst nach Abschluss des betrieblichen Eingliederungsmanagements ergeben hätten.

## PRAXISTIPP

**Die Arbeitnehmervertretungen sollten dafür Sorge tragen, dass das Präventionsverfahren nicht mit dem gemeinschaftlich festgestellten Ergebnis endet, es gebe keine Abhilfemaßnahmen. Der Betroffene sollte bei einer etwaigen Beendigung des Verfahrens vielmehr dokumentieren lassen, dass aus seiner Sicht noch weitere Maßnahmen in Betracht kämen. Diese sollten möglichst auch konkret benannt werden. Wird die Umsetzung einer konkreten Maßnahme vereinbart, sollte der Arbeitnehmer vorsorglich im Protokoll klarstellen lassen, dass weitere Maßnahmen denkbar sind, die im Fall des Scheiterns der vereinbarten Maßnahme (ggf. erneut) erörtert werden sollen.**

### **In welchem Verhältnis steht das Präventionsverfahren zur Zustimmung des Integrationsamts zu einer Kündigung?**

Nach § 168 SGB IX bedarf die Kündigung schwerbehinderter Menschen und Gleichgestellter der Zustimmung des Integrationsamts. Das Integrationsamt prüft dabei grundsätzlich nicht die arbeitsrechtlichen Voraussetzungen der Kündigung, sondern lediglich, inwieweit die Kündigung durch die Schwerbehinderung bedingt ist. Das Integrationsamt hat seine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Eine Überprüfung der Entscheidung des Integrationsamts erfolgt durch die Verwaltungsgerichte, nicht durch die Arbeitsgerichte.

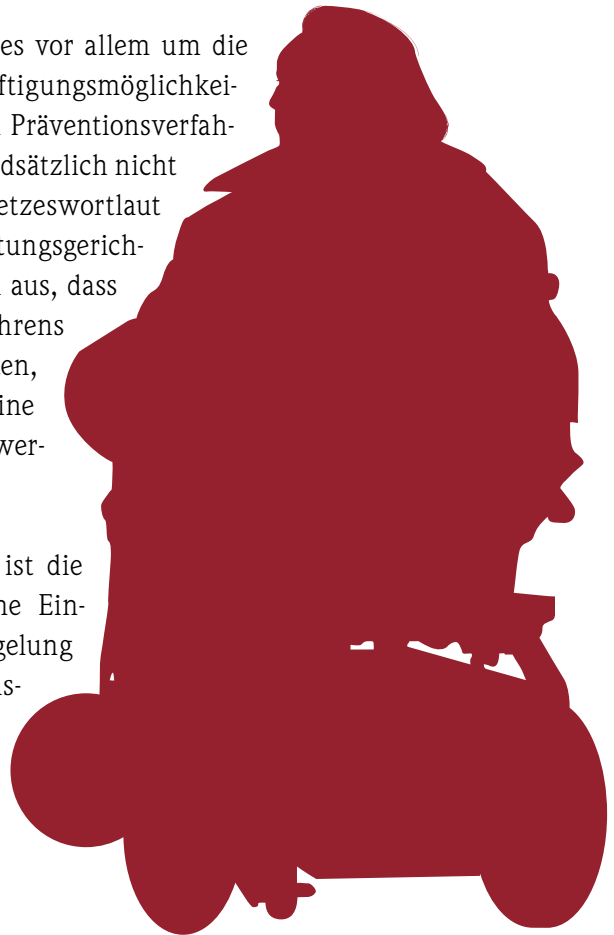
Führt der Arbeitgeber das Präventionsverfahren nicht durch, ist das nach der ständigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung allein kein Grund, die Zustimmung zur Kündigung zu verweigern. Das Integrationsamt hat aber im Rahmen seiner Ermessensabwägung diesen Umstand zu berücksichtigen. Es muss prüfen, ob bei ordnungsgemäßer Durchführung des Präventionsverfahren die beantragte Kündigung hätte vermieden werden können. Umstritten ist, wie konkret der Betroffene mögliche Präventionsmaßnahmen und ihre Auswirkungen auf die Aufrechterhaltung der Beschäftigung darlegen muss und inwieweit das Integrationsamt ohne solche Darlegungen eigenständige Ermittlungsmaßnahmen vornehmen muss.

Das Präventionsverfahren umfasst ausdrücklich alle möglichen Ursachen, die nach dem Kündigungsschutzgesetz eine Kündigung begründen können. Es ist also gerade auch im Vorfeld von verhaltens- und betriebsbedingten Kündigungen relevant.

Bei **verhaltensbedingten** Kündigungen sind zum Beispiel Um- oder Versetzungen denkbar oder bei sich länger anbahnenden Konflikten mit Vorgesetzten oder Kollegen frühzeitige deeskalierende Maßnahmen wie Mediationsgespräche.

Bei **betriebsbedingten** Kündigungen geht es vor allem um die Prüfung anderer zumutbarer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten. Soweit manche Verwaltungsgerichte ein Präventionsverfahren bei betriebsbedingten Kündigungen grundsätzlich nicht für erforderlich halten, ist dies mit dem Gesetzeswortlaut nicht in Einklang zu bringen. Andere Verwaltungsgerichte gehen nur bei Betriebsstilllegungen davon aus, dass die Durchführung eines Präventionsverfahrens entbehrlich ist. Auch dies dürfte nicht gelten, wenn es noch andere Betriebe gibt, für die eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit geprüft werden könnte.

Bei der **krankheitsbedingten** Kündigung ist die herrschende Meinung, dass das betriebliche Eingliederungsmanagement als speziellere Regelung vorgehe. Richtigerweise hat das Präventionsverfahren aber hier einen eigenen Anwendungsbereich. Dies gebietet der besondere Charakter als Schutzvorschrift für Schwerbehinderte.



**Wenn**

- 1. der Arbeitgeber die Zustimmung zur Kündigung eines schwerbehinderten Menschen oder Gleichgestellten beantragt, ohne zuvor ein Präventionsverfahren durchgeführt zu haben, und
  - 2. wenn sich mit vernünftigen Argumenten begründen lässt, dass es Abhilfemaßnahmen zur Vermeidung der Kündigung gegeben hätte und diese in einem Präventionsverfahren hätten vereinbart werden können,
- sollten Betroffene das unterbliebene Präventionsverfahren im Zustimmungsverfahren beim Integrationsamt rügen und geltend machen, dass eine Ermessensausübung aus diesem Grund zu Gunsten des Arbeitnehmers ausgehen muss. Auch wenn Einzelheiten jeweils umstritten sind, empfiehlt sich dies grundsätzlich für alle Arten von Kündigungen, seien sie ordentlich oder außerordentlich, innerhalb oder außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes, personen-, verhaltens- oder betriebsbedingt.

Die Bedeutung der Frage des unterbliebenen Präventionsverfahrens für das Zustimmungsverfahren beim Integrationsamt wird deutlich, wenn die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Konsequenzen einer vom Integrationsamt erteilten Zustimmung im nachfolgenden Kündigungsschutzverfahren betrachtet wird:

Im Jahr 2006 hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, bei Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung sei grundsätzlich davon auszugehen, dass die Kündigung nicht durch andere Maßnahmen hätte verhindert werden können. Das würde eine erhebliche Erleichterung für Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess bedeuten. In späteren Entscheidungen hat das Bundesarbeitsgericht offengelassen, ob es an dieser Vermutungswirkung festhält. Jedenfalls, wenn sich aus der Begründung des Integrationsamts oder der des Widerspruchsbescheids Anhaltspunkte dafür ergeben, dass mögliche, kündigungsgesetzlich beachtliche Beschäftigungsalternativen im Verwaltungsverfahren nicht in den Blick genommen worden sind, soll auch laut dem Bundesarbeitsgericht die Erleichterung bezüglich dessen, was der Arbeitgeber im Prozess vorzubringen hat, nicht gelten.

Für das betriebliche Eingliederungsmanagement hat das Bundesarbeitsgericht Ende 2022 grundsätzlich das Gegenteil klargestellt: Die **Zustimmung des Integrationsamts begründet gerade keine Vermutung**, dass die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements die Kündigung nicht hätte verhindern können. Zwar lässt das Bundesarbeitsgericht auch in dieser Entscheidung die Frage für das Präventionsverfahren offen. Seine Ausführungen und seine Argumentation für das betriebliche Eingliederungsmanagement sprechen aber dafür, dass es auch für das unterbliebene Präventionsverfahren eine solche Vermutungswirkung ablehnen würde.



Zu beachten ist zuletzt folgende Klarstellung des Bundesarbeitsgerichts, die es unabhängig von der Frage der Vermutungswirkung einer Zustimmung des Integrationsamts regelmäßig formuliert: Das Unterlassen eines Präventionsverfahrens wirke sich jedenfalls dann nicht aus, wenn der Verhaltensverstoß so schwerwiegend war, dass Abmahnungen oder Um-/Versetzungen nicht als milderer Mittel in Betracht gezogen werden mussten. Das mag bei „nicht provozierten“ schwerwiegenden Pflichtverletzungen einleuchten. Es kann aber zum Beispiel dann nicht gelten, wenn es eine Vorgeschichte zur Kündigung gibt und eine frühzeitige Prävention die weitere Eskalation hätte verhindern können. Dann muss dieser Umstand im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden.

### Fazit

Bei schwerbehinderten und gleichgestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sollten Betriebsräte – und auch Personalräte – an das Präventionsverfahren nach § 167 Absatz 1 SGB IX denken. Es kann einen Rahmen für frühzeitige Maßnahmen bilden, die eine Kündigung verhindern können. Auf eine zielführende Verfahrensführung und -protokollierung sollte geachtet werden. Helfen kann es, das Verfahren rechtzeitig in einer (freiwilligen) Betriebsvereinbarung zu regeln.

Kommt es zur Vorbereitung einer Kündigung durch einen Antrag an das Integrationsamt oder ist die Kündigung bereits ausgesprochen, ist zu prüfen, welche Auswirkungen sich aus dem Präventionsverfahren ergeben: Wurden alle erfolgversprechenden Maßnahmen diskutiert und ergriffen? Ist das nicht der Fall oder ist ein Präventionsverfahren ganz unterblieben, sollten die Betroffenen darauf hingewiesen werden, dass sich daraus unter Umständen ergeben kann, dass die Kündigung unwirksam ist.

#### Siehe:

- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24.01.2008, Aktenzeichen 6 AZR 96/07, [www.openjur.de](http://www.openjur.de): zum Präventionsverfahren bei der Kündigung in den ersten sechs Monaten; demgegenüber Arbeitsgericht Köln, Urteil vom 20.12.2023, Aktenzeichen 18 Ca 3954/23, Juris
- Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 19.08.2012, Aktenzeichen 5 B 47.13, Juris: zur Bedeutung des Präventionsverfahrens für die Ermessensentscheidung des Integrationsamts über die Zustimmung zur Kündigung
- Oberverwaltungsgericht Saarlouis, Beschluss vom 15.07.2021, Aktenzeichen 2 A 42/21, Juris: zu den Anforderungen der Ermessensausübung des Integrationsamts und der Darlegungslast des Betroffenen bei unterbliebenem Präventionsverfahren
- Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 04.09.2015, Aktenzeichen 22 K 69.15, Juris: Zustimmung zur Kündigung trotz unterbliebenem Präventionsverfahren bei betriebsbedingter Kündigung nicht ermessensfehlerhaft
- Verwaltungsgericht Hannover, Beschluss vom 05.04.2017, Aktenzeichen 3 A 4948/16, Juris: Fehlen eines Präventionsverfahrens muss bei der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden; bei Betriebsstillelegungen macht ein Verstoß die Zustimmung jedoch nicht unwirksam

- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 07.12.2006, Aktenzeichen 2 AZR 182/06, Der Betrieb 2007, Seite 1089: Vermutung, dass ein Präventionsverfahren die Kündigung nicht hätte verhindern können, wenn das Integrationsamt nach eingehender Prüfung zugestimmt hat
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.11.2014, Aktenzeichen 2 AZR 664/13, Der Betrieb 2015, Seite 1969: jedenfalls dann keine Vermutungswirkung der Zustimmung des Integrationsamts, wenn sich aus seiner Begründung oder der des Widerspruchsbescheids Anhaltspunkte dafür ergeben, dass mögliche, kündigungsrechtlich beachtliche Beschäftigungsalternativen nicht in den Blick genommen worden sind
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.12.2018, Aktenzeichen 2 AZR 378/18, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de): Vermutungswirkung der Zustimmung des Integrationsamts offengelassen, weil wegen Schwere der Pflichtverletzung Abmahnung und Um-/Versetzung nicht als mildere Mittel in Betracht gezogen werden mussten
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 15.12.2022, Aktenzeichen 2 AZR 162/22, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de): Zustimmung des Integrationsamts begründet nicht die Vermutung, dass ein unterbliebenes BEM die Kündigung nicht hätte verhindern können
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10.12.2009, Aktenzeichen 2 AZR 400/08, [www.rehadat-recht.de](http://www.rehadat-recht.de): zu den Unterschieden bei der Darlegungslast, wenn ein betriebliches Eingliederungsmanagement nicht durchgeführt, mit einem positiven oder mit einem negativen Ergebnis durchgeführt worden ist



**Rechtsanwalt Jan Tretow**  
**Fachanwalt für Arbeitsrecht**  
Frankfurt am Main

# Mangelhafte Beteiligung der Arbeitsagentur bei Einstellungen

## Ein oft übersehener Zustimmungsverweigerungsgrund

Mit den Gründen, aus denen der Betriebsrat personelle Einzelmaßnahmen ablehnen kann, ist es so eine Sache. Auch wenn § 99 Betriebsverfassungsgesetz verschiedene Gründe nennt, ist es für Betriebsräte nicht immer einfach, den rechtlich passenden Grund zu finden. Oft stören den BR (auch) andere, im Gesetz nicht genannte Umstände, wie zum Beispiel, dass sich ein anderer, aus Sicht des Betriebsrates geeigneterer Kandidat im Bewerbungsverfahren nicht durchsetzen konnte. Häufig vergessen Betriebsräte, dass sie die Zustimmung zu einer Einstellung verweigern können, wenn der Arbeitgeber nicht ausreichend geprüft hat, ob die Stelle mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann.



Mit diesem Zustimmungsverweigerungsgrund hatte kürzlich ein Betriebsrat vor dem Arbeitsgericht Frankfurt am Main Erfolg, obwohl der Arbeitgeber durchaus Kontakt mit der Arbeitsagentur aufgenommen hatte:

Eine Arbeitgeberin in der Chemiebranche schrieb im Februar 2022 eine Stelle intern und extern aus. Die Stelle wurde lange Zeit nicht besetzt. Erst rund ein Jahr später wandte sich die Arbeitgeberin per E-Mail an die Agentur für Arbeit. Sie schrieb: „Hallo, wir möchten prüfen, ob es für zwei unserer Stellen geeignete schwerbehinderte Kandidaten im Sinne § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX. Bitte um Kontaktaufnahme wie hier vorzugehen ist.“ Drei Tage später veröffentlichte die Arbeitgeberin zudem ein Stellenangebot in der Jobbörse der Agentur für Arbeit und fragte dort per E-Mail nach, ob „geeignete schwerbehinderte Kandidaten gelistet“ seien.

Neun Tage später unterrichtete die Arbeitgeberin den Betriebsrat über die beabsichtigte Einstellung eines Arbeitnehmers, der sich auf die externe Stellenausschreibung hin beworben hatte. Der Betriebsrat verweigerte unter Verweis auf § 164 Abs. 1 SGB IX form- und fristgerecht die Zustimmung zur Einstellung.



#### **§ 164 SGB IX:**

„(1)<sup>1</sup> Die Arbeitgeber sind verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. <sup>2</sup> Sie nehmen frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit auf. <sup>3</sup> Die Bundesagentur für Arbeit oder ein Integrationsfachdienst schlägt den Arbeitgebern geeignete schwerbehinderte Menschen vor. <sup>4</sup> Über die Vermittlungsvorschläge und vorliegende Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen haben die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und die in § 176 genannten Vertretungen unmittelbar nach Eingang zu unterrichten. ...

...“

#### **§ 99 Betriebsverfassungsgesetz:**

„... (2) Der Betriebsrat kann die Zustimmung verweigern, wenn

1. die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz, eine Verordnung, eine Unfallverhütungsvorschrift oder gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung oder gegen eine gerichtliche Entscheidung oder eine behördliche Anordnung verstoßen würde,

...“

#### **Keine ausreichende Prüfung nach SGB IX**

Eine Einstellung darf der Arbeitgeber nur mit Zustimmung des Betriebsrates durchführen (§ 99 BetrVG). Wenn der Betriebsrat die erbetene Zustimmung verweigern will, muss er dies auf einen der in § 99 Absatz 2 Nr. 1–6 BetrVG abschließend aufgezählten Gründe stützen. Akzeptiert der Arbeitgeber die Zustimmungsverweigerung nicht, kann er sie gerichtlich überprüfen lassen. Sieht das Gericht keinen gesetzlichen Grund für die Zustimmungsverweigerung, so ersetzt es die Zustimmung.

Im hier vorgestellten Fall ersetzte das Arbeitsgericht die Zustimmung nicht. Denn der Betriebsrat habe zu Recht die Zustimmung verweigert, da die Arbeitgeberin gegen ihre Pflichten aus § 164 Absatz 1 Satz 1 und 2 SGB IX verstoßen habe. Sie sei verpflichtet gewesen, zu prüfen, ob die zu besetzende Stelle mit einem schwerbehinderten Menschen hätte besetzt werden können. Dies habe sie nicht in ausreichendem Maße getan. Der Grund für die Zustimmungsverweigerung lag hier in § 99 Absatz 1 Nr. 1 BetrVG (Gesetzesverstoß).

## Welche Pflichten hatte die Arbeitgeberin verletzt?

Nach § 164 Absatz 1 Satz 1 und 2 SGB IX sind Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen – insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos und arbeitsuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen – besetzt werden können. Zu diesem Zweck haben die Arbeitgeber frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen. Arbeitsagentur bzw. Integrationsfachdienst (§ 192 ff. SGB IX) können dem Arbeitgeber dann für die jeweilige Stelle geeignete schwerbehinderte Menschen vorschlagen.



Zweck dieser Prüfpflicht ist es, zu gewährleisten, dass Arbeitgeber Kenntnis von schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern für die Stelle erlangen und damit die Einstellung und Beschäftigung möglichst vieler schwerbehinderter Menschen gefördert wird.

Die Prüfpflicht des Arbeitgebers besteht unabhängig davon, ob Bewerbungen schwerbehinderter Menschen vorliegen, ob es sich um einen öffentlichen oder privatwirtschaftlichen Arbeitgeber handelt oder ob der Arbeitgeber seine Pflichtquote an schwerbehinderten Beschäftigten bereits erfüllt hat. Auch bei rein internen Stellenausschreibungen oder der beabsichtigten Einstellung von Leiharbeitnehmern greift die Prüfpflicht ein.

## Inhalt der Prüfpflicht nach dem SGB IX

Dass ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die Prüfpflicht generell einen Zustimmungsverweigerungsgrund darstellt, entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsge-

richts, unter anderem entschieden im Jahr 2010. Welche Maßnahmen der Arbeitgeber allerdings konkret ergreifen muss, ist in § 164 Absatz 1 SGB IX nicht im Detail geregelt, unterliegt also der Ausgestaltung durch die Arbeitsgerichte. Wegen der Verschiedenartigkeit der Beeinträchtigungen und Behinderungen sowie der unterschiedlichen Anforderungen der Arbeitsplätze darf der Arbeitgeber jedenfalls nicht abstrakt, sondern muss konkret prüfen, ob der jeweilige Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann.

Dies bedeutet, dass der Arbeitgeber der Agentur für Arbeit detaillierte Angaben zu der ausgeschriebenen Stelle machen muss. In Anlehnung an eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2021 betont das Arbeitsgericht Frankfurt am Main in seinem Beschluss nun, dass die Prüfpflicht des Arbeitgebers so weit reicht, dass sie nicht nur die Meldung des freien Arbeitsplatzes bei der Arbeitsagentur beinhaltet, sondern darüber hinaus die Erteilung eines sogenannten Vermittlungsauftrages.



### **Vermittlungsauftrag bei der Agentur für Arbeit**

Der Arbeitgeber muss der Arbeitsagentur (bzw. der dafür nach § 187 Absatz 4 SGB IX eingerichteten besonderen Stelle) einen Vermittlungsauftrag erteilen. Diese bietet dafür eine gesonderte „Stellenmeldung mit Vermittlungsservice“ an. Dort kann der Arbeitgeber unter Angabe der erforderlichen Daten den Vermittlungsservice der Arbeitsagentur auslösen. Bewirkt wird dadurch, dass die Arbeitsagentur Tätigkeiten vermitteln kann, die darauf gerichtet sind, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zusammenzuführen.

Im Fall des Arbeitsgerichts Frankfurt hatte der Arbeitgeber sich zwar mehrmals per E-Mail mit der Arbeitsagentur in Verbindung gesetzt und ein Stellenangebot in der Jobbörse eingestellt. Nach Ansicht des Arbeitsgerichts war dies jedoch nicht mehr als ein Erstkontakt. Die Anforderungen an einen Vermittlungsauftrag habe das Verhalten nicht erfüllt.



### Frühzeitigkeit der Kontaktaufnahme

In der Praxis oft problematisch dürfte zudem die „Frühzeitigkeit“ sein, die § 164 SGB IX für die Kontaktaufnahme fordert. Der Arbeitsagentur muss ausreichend Zeit für die Prüfung eingeräumt werden, ob die betreffende Stelle mit einem arbeitssuchenden schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Dies gilt insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, dass diese Prüfung bundesweit zu erfolgen hat.

Das Arbeitsgericht Frankfurt hält es für einen „frühzeitigen“ Kontakt für erforderlich, dass **mindestens eine Woche** vor der externen oder internen Bekanntmachung der Ausschreibung die Agentur für Arbeit informiert wird. Wichtig sei dies, damit sie den entsprechenden Vorlauf für die Erarbeitung von Vermittlungsvorschlägen habe, bevor die Bewerbungen eingingen. In jedem Fall zu spät sei eine Kontaktaufnahme dann, wenn die Stelle bereits ausgeschrieben sei. Im vorliegenden Fall erfolgte die Kontaktaufnahme erst ca. ein Jahr, nachdem die Arbeitgeberin die Stelle ausgeschrieben hatte, und war damit verspätet.

Allein die mangelnde Frühzeitigkeit begründet für sich einen Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG.

## Fazit

Bei jeder Einstellung ist der Arbeitgeber ohne Wenn und Aber verpflichtet, eine Prüfung nach § 164 Absatz 1 SGB IX vorzunehmen und frühzeitig einen Vermittlungsauftrag bei der Arbeitsagentur zu stellen. Eine nur lose Kontaktaufnahme reicht nicht aus. Die Anforderungen sind nicht so gering, wie mancher Arbeitgeber (und Betriebsrat) denken mag. Diese Pflicht, insbesondere in dieser Konkretheit, dürfte dem einen oder anderen Arbeitgeber unbekannt sein. Einem Betriebsrat, dessen Zustimmung zu einer Einstellung erbeten wird, sei also ein kurzer aufmerksamer Blick in § 164 Absatz 1 SGB IX angeraten. Hat der Arbeitgeber die Arbeitsagentur in ausreichendem Maße einbezogen?

Kann der Betriebsrat nicht erkennen, dass der Arbeitgeber seine Prüfpflicht erfüllt hat, kann er die Zustimmung unter Verweis auf § 164 Absatz 1 Satz 1 und 2 SGB IX verweigern. Sollte der Arbeitgeber eine ausreichende Prüfung nicht darlegen können, kann der Betriebsrat die Einstellung auch dann effektiv verhindern, wenn tatsächlich keine schwerbehinderten Menschen für die Stelle hätten vorgeschlagen werden können. Auf der Einhaltung der Prüfpflicht sollte der Betriebsrat in der Regel schon im Interesse der Förderung der Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen bestehen, auch wenn für ihn im konkreten Fall andere Argumente im Vordergrund stehen.

Eine „Dauerlösung“ ist die Zustimmungsverweigerung wegen § 164 Absatz 1 SGB IX zwar nicht, denn der Arbeitgeber kann natürlich die versäumte Prüfung noch vornehmen und so den Zustimmungsverweigerungsgrund für die Zukunft beseitigen. Allerdings geht das nicht, wenn die Einstellung schon vorläufig erfolgt ist (§ 100 BetrVG), diese muss dann zunächst rückgängig gemacht werden.

### Siehe:

- **Arbeitsgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 12.10.2023, Aktenzeichen 12 BV 152/23 (Beschwerde ist eingelegt beim Hessischen Landesarbeitsgericht unter dem Aktenzeichen 4 TaBV 7/24) - die Entscheidung kann beim Autor unter [anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de](mailto:anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de) angefordert werden**
- **Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.11.2021, Aktenzeichen 8 AZR 313/20, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de): Begriff des Vermittlungsauftrags; Bedeutung der verletzten Prüfpflicht für den Schadensersatz wegen Diskriminierung**
- **Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 23.06.2010, Aktenzeichen 7 ABR 3/09, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de): Zustimmungsverweigerung bei Verstoß gegen § 164 Absatz 1 Satz 1 und 2 SGB IX (damals § 81), auch bei Einstellung von Leiharbeitnehmern**
- **ArbeitnehmerAnwälte-Rundbrief Nr. 59, 10/2023, Seite 31: zur fehlenden Nachholbarkeit der Prüfung nach § 164 Absatz 1 SGB IX**



**Rechtsanwalt Christian Penno**  
Frankfurt am Main



## Zur Beachtung

→ Soweit in diesem Rundbrief rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

## Unsere Kanzleien

### **10405 Berlin | dka Rechtsanwälte | Fachanwälte**

Marion Burghardt\*, Christian Fraatz\*, Dieter Hummel, Mechtild Kuby\*, Nils Kummert\*, Sebastian Baunack\*, Dr. Lukas Middel\*, Sandra Kunze\*, Dr. Silvia Velikova\*, Damiano Valgolio\*, Anne Weidner\*, Daniel Weidmann\*, Dr. Raphaël Callsen\*, Wolfgang Daniels\*, Anna Gilsbach, LL.M., Benedikt Rüdesheim, LL.M.\*, Micha Heilmann, Janine Kaldeweier, Eleonora Storm  
**Immanuelkirchstraße 3 - 4**

**10405 Berlin**

**Telefon: 030 4467920 | Fax: 030 44679220**

**info@dka-kanzlei.de | www.dka-kanzlei.de**

### **22303 Hamburg | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**

Klaus Müller-Knapp, Jens Peter Hjort\*, Manfred Wulff\*, Andreas Bufalica\*, Daniela Becker, Simon Dilcher\*, Dr. Julian Richter\*, Christopher Kaempf\*, Dr. Ragnhild Christiansen\*, Marek Beck, LL.M.\*, Carolin Warnecke, Madlen Lübker\*, Morten Kramme, Antonio Mamerow, Sonja Hiegemann  
**Kaemmererufer 20**

**22303 Hamburg**

**Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999**

**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**

### **24116 Kiel | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft (Zweigstelle)**

Simon Dilcher\*, Dr. Julian Richter\*

**Kronshagener Weg 105**

**24116 Kiel**

**Telefon: 0431 90880123 | Fax: 0431 90880124**

**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de**

### **28195 Bremen | Rechtsanwälte Dette Nacken Ögüt & Kollegen**

Dieter Dette\*, Michael Nacken\*, Dr. jur. Pelin Ögüt\*, Markus Barton\*, Simon Wionski\*, Christoph Gottbehüt, Mira Gathmann\*, Paul Troeger, Antonia Kuksa, Tomke Pietruska, Joachim Lubkowitz

**Bredenstraße 11**

**28195 Bremen**

**Telefon: 0421 6990150 | Fax: 0421 69901599**

**kanzlei@dnoe.de | www.anwaelte-fuer-arbeitsrecht.de**

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

**30165 Hannover | Arbeitnehmeranwälte Hannover**

Eva Büchele\*, Sebastian Büchele-Stoffregen\*, Sabrina Burkart\*, Ute Kahl\*,  
Annika Wheeler\*, Svenja Meergans, Christine Matern, Norbert Schuster,  
Marleen Neuling

**Schulenburger Landstraße 20b**

**30165 Hannover**

**Telefon: 0511 700740 | Fax: 0511 7007422**

**info@arbeitnehmeranwaelte-hannover.de | www.arbeitnehmeranwaelte-hannover.de**

**45739 Oer-Erkenschwick | Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein**

Ingelore Stein\*

**August-Schmidt-Straße 74**

**45739 Oer-Erkenschwick**

**Telefon: 0231 3963010 | Fax: 0231 822014**

**arbeitsrecht@ingelore-stein.de | www.ingelore-stein.de**

**48145 Münster | Meisterernst Düsing Manstetten**

Klaus Kettner\*, Veronica Bundschuh\*, Marius Schaefer\*, Elena Gabel

**Oststraße 2**

**48145 Münster**

**Telefon: 0251 520910 | Fax: 0251 5209152**

**info@meisterernst.de | www.meisterernst.de**

**60313 Frankfurt am Main | Büdel Rechtsanwälte**

Detlef Büdel\*, Udo Rein\*, Christian Penno

**Petersstraße 4**

**60313 Frankfurt am Main**

**Telefon: 069 13385810 | Fax: 069 133858114**

**anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de | www.fbb-arbeitsrecht.de**

**60322 Frankfurt am Main | franzmann. geilen. brückmann.  
fachanwälte für arbeitsrecht**

Armin Franzmann\*, Yvonne Geilen\*, Jan Brückmann\*,  
Kathrin Poppelreuter\*, Kathrin Schlegel\*, Ronja Best\*,  
Lea Sophia Wittig, Jan Tretow\*

**Falkensteiner Straße 77**

**60322 Frankfurt**

**Telefon: 069 15392820 | Fax: 069 15392821**

**mail@arbeitnehmer-kanzlei.de | www.arbeitnehmer-kanzlei.de**

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

**65185 Wiesbaden | Schütte, Lange & Kollegen**

Reinhard Schütte\*, Jakob T. Lange\*, Julia Windhorst, LL.M.\*,  
Thorsten Lachmann\*

**Adolfsallee 22**

**65185 Wiesbaden**

**Telefon: 0611 9500110 | Fax: 0611 95001120**

**info@wiesbaden-arbeitsrecht.com | www.wiesbaden-arbeitsrecht.com**

**70176 Stuttgart | Bartl Mausner Horschitz /Anwaltskanzlei**

Ewald Bartl\*, Benja Mausner\*, Alexandra Horschitz\*, Kevin Thiel, Tabea Kittel

**Johannesstraße 75**

**70176 Stuttgart**

**Telefon: 0711 6332430 | Fax: 0711 63324320**

**info@arbeitnehmeranwaelte-stuttgart.de | www.arbeitnehmeranwaelte-stuttgart.de**

**77652 Offenburg | MARKOWSKI Arbeitsrecht - Kanzlei für Arbeitnehmer:Innen und Betriebsräte**

Jürgen Markowski\*, Julia Englert\*, Christian Albert

**Turmgasse 3**

**77652 Offenburg**

**Telefon: 0781 96052440 | Fax: 0781 96052449**

**kanzlei@markowski-arbeitsrecht.de | www.markowski-arbeitsrecht.de**

**79098 Freiburg | Anwaltsbüro im Hegarhaus**

Michael Schubert\*

Berater für kollektives Arbeitsrecht: Prof. Dr. Sérgio Fortunato

**Wilhelmstraße 10**

**79098 Freiburg**

**Telefon: 0761 3879211 | Fax: 0761 280024**

**kanzlei@hegarhaus.de | www.hegarhaus.de**

**80336 München | kanzlei huber.mücke.helm - Menschenrechte im Betrieb**

Michael Huber, Matthias Mücke\*, Dr. Rüdiger Helm, LL.M.,

Susanne Gäbelein, Christine Steinicken\*, Andreas von Fumetti

**Schwanthalerstraße 73**

**80336 München**

**Telefon: 089 51701660 | Fax: 089 51701661**

**kanzlei@kanzlei-hmh.de | www.menschenrechte-im-betrieb.de**

\* Fachanwältinnen für Arbeitsrecht

**90429 Nürnberg | Manske & Partner**

Beate Schoknecht\*, Sabine Feichtinger\*, Thomas Müller\*,  
Dr. Sandra B. Carlson\*, LL.M., Andreas Bartelmeß\*, Judith Briegel\*,  
Georg Sendelbeck\*, Axel Angerer\*, Magdalena Wagner\*, Sebastian Lohneis\*,  
Sabrina Eckert\*, Tobias Hassler\*

Berater der Kanzlei: Wolfgang Manske

**Bärenschanzstraße 4**

**90429 Nürnberg**

**Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 307319800**

**kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de**

**91522 Ansbach | Manske & Partner (Zweigstelle)**

Andreas Bartelmeß\* u. a.

**Karlsplatz 2**

**91522 Ansbach**

**Telefon: 0981 97780800**

**kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de**

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

# Impressum

→ Der Rundbrief der Anwaltskooperation **ArbeitnehmerAnwälte** wird herausgegeben von den Rechtsanwälten

- **Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**  
**Kaemmererufer 20**  
**22303 Hamburg**  
**Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999**  
**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**  
**www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**  
**Partnerschaftsregister: AG Hamburg, PR 816**



## Redaktion

Rechtsanwalt Dr. Julian Richter,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, 20354 Hamburg.

Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer ([www.brak.de](http://www.brak.de)) eingesehen werden.

Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.

- Gestaltung, Layout & Fotos: formation\_01 · netzwerk für digitale gestaltung [www.formation01.com](http://www.formation01.com)
- Autorenportraits: Autoren