

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Beschluss vom 22. Januar 2020
- 7 ABR 18/18 -
ECLI:DE:BAG:2020:220120.B.7ABR18.18.0

I. Arbeitsgericht Berlin

Beschluss vom 17. Oktober 2017
- 16 BV 16895/15 -

II. Landesarbeitsgericht Berlin-
Brandenburg

Beschluss vom 9. Mai 2018
- 23 TaBV 1699/17 -

Entscheidungsstichworte:

Schwerbehindertenvertretung - Umsetzung

Leitsatz:

Hat ein als behinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 30 anerkannter Arbeitnehmer die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen beantragt und dies dem Arbeitgeber mitgeteilt, ist der Arbeitgeber nicht nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung von der beabsichtigten Umsetzung dieses Arbeitnehmers (vorsorglich) zu unterrichten und sie hierzu anzuhören, wenn über den Gleichstellungsantrag zu diesem Zeitpunkt noch nicht entschieden ist.

BUNDEARBEITSGERICHT



7 ABR 18/18
23 TaBV 1699/17
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Januar 2020

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

Beschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 22. Januar 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt und den Richter am Bundesarbeitsgericht Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Schiller und Strippelmann für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg

vom 9. Mai 2018 - 23 TaBV 1699/17 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- A. Die Beteiligten streiten über Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung bei der Umsetzung von Arbeitnehmern mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 30, über deren Gleichstellungsantrag im Zeitpunkt der Umsetzung noch nicht entschieden ist. 1
- Die Antragstellerin ist die bei dem zu 2. beteiligten Jobcenter gebildete Schwerbehindertenvertretung. In dem Jobcenter ist die Arbeitnehmerin L beschäftigt, die als behinderter Mensch mit einem GdB von 30 anerkannt ist. Diese stellte am 4. Februar 2015 einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen und informierte den Geschäftsführer des Jobcenters hierüber. 2
- Am 9. November 2015 setzte das Jobcenter Frau L für die Dauer von sechs Monaten im Rahmen einer Personalentwicklungsmaßnahme vom Team 816 in das Team 831 um und wies ihr einen anderen Arbeitsplatz in demselben Gebäude zu, ohne die Schwerbehindertenvertretung zu unterrichten und anzuhören. Mit Beschluss der Bundesagentur für Arbeit vom 21. April 2016 wurde Frau L rückwirkend zum Zeitpunkt ihrer Antragstellung ab dem 4. Februar 2015 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. 3
- Vor diesem Hintergrund verlangte die Schwerbehindertenvertretung vom Jobcenter vorgerichtlich erfolglos, sie bei zukünftigen Umsetzungen von behinderten Arbeitnehmern, die ihre Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen beantragt und dies dem Jobcenter mitgeteilt haben, im Wege der 4

Unterrichtung und Anhörung zu beteiligen. Dieses Begehren verfolgt sie mit dem vorliegenden Verfahren weiter.

Die Antragstellerin hat die Auffassung vertreten, die aus § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (*bis zum 31. Dezember 2017: § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX*) folgende Unterrichts- und Anhörungspflicht bestehe bei Maßnahmen, die einen behinderten Arbeitnehmer betreffen, aufgrund der Rückwirkung eines dem Gleichstellungsantrag stattgebenden Bescheids der Bundesagentur für Arbeit bereits ab dem Zeitpunkt der Antragstellung, wenn der Arbeitgeber von der Antragstellung Kenntnis habe. Sie sei daher in einem solchen Fall vorsorglich zu unterrichten und anzuhören. Das sei erforderlich, um dem Sinn und Zweck der Unterrichts- und Anhörungspflicht Rechnung zu tragen und einen anderenfalls rückwirkend eintretenden rechtswidrigen Zustand zu vermeiden. Bereits durch die Stellung des Gleichstellungsantrags und deren Bekanntgabe gegenüber dem Arbeitgeber sei ein Schutz durch die Schwerbehindertenvertretung geboten. Diese Sichtweise gebiete auch eine richtlinien- und konventionsrechtskonforme Auslegung von § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX unter Berücksichtigung der Vorgaben in Art. 5 Richtlinie 2000/78/EG und Art. 27 der UN-Behindertenrechtskonvention (nachfolgend UN-BRK).

5

Die Antragstellerin hat - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Bedeutung - zuletzt sinngemäß beantragt,

6

1. dem Jobcenter aufzugeben, es zu unterlassen, behinderte Arbeitnehmer, die einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gestellt und dies dem Jobcenter mitgeteilt haben, auf einen anderen Arbeitsplatz umzusetzen, ohne die Schwerbehindertenvertretung zuvor unterrichtet und angehört zu haben,
2. hilfsweise festzustellen, dass das Jobcenter verpflichtet ist, die Schwerbehindertenvertretung gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX hinsichtlich der Umsetzung eines behinderten Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz zu unterrichten und anzuhören, sofern der Arbeitnehmer einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gestellt und dies dem Jobcenter auch mitgeteilt hat,
3. hilfsweise dem Jobcenter aufzugeben, es zu unter-

lassen, einem behinderten Arbeitnehmer Arbeit auf einem Arbeitsplatz zuzuweisen, ohne die Schwerbehindertenvertretung zuvor unterrichtet und angehört zu haben, sofern der behinderte Arbeitnehmer zuvor einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gestellt und das Jobcenter über die Antragstellung informiert hat,

4. hilfsweise festzustellen, dass das Jobcenter verpflichtet ist, die Schwerbehindertenvertretung vor Zuweisung von Arbeit auf einem vom bisherigen Arbeitsplatz abweichenden Arbeitsplatz gegenüber einem behinderten Arbeitnehmer zu unterrichten und anzuhören, sofern der behinderte Arbeitnehmer einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gestellt und dies dem Jobcenter mitgeteilt hat.

Das Jobcenter hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Es hat den Standpunkt eingenommen, der Anwendungsbereich des § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX sei nach § 151 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX für behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50 erst mit einer stattgebenden Bescheidung des Gleichstellungsantrags eröffnet.

7

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben. Auf die Beschwerde des Jobcenters hat das Landesarbeitsgericht die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert und die Anträge abgewiesen. Dabei hat es den Hauptantrag für nicht hinreichend bestimmt und daher für unzulässig gehalten; die Hilfsanträge hat es zum Teil als unzulässig, zum Teil als unbegründet abgewiesen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin die zuletzt gestellten Anträge weiter. Hilfsweise beantragt sie für den Fall der Unzulässigkeit des Hauptantrags zusätzlich,

8

- 1a. dem Jobcenter aufzugeben, es zu unterlassen, behinderte Arbeitnehmer mit einem Grad der Behinderung von mindestens 30, die einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gestellt haben, über den noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, und dieses dem Jobcenter mitgeteilt haben, im Wege der Umsetzung Arbeit auf einem anderen Arbeitsplatz zuzuweisen, ohne die Antragstellerin zumindest sieben Tage zuvor münd-

lich über die Umsetzung, ihren Zeitpunkt sowie den Arbeitsplatz einschließlich seiner leidensgerechten Gestaltung in Bezug auf die Behinderung des Arbeitnehmers unterrichtet zu haben und die Antragstellerin dergestalt angehört zu haben, dass die Antragstellerin binnen sieben Tagen zu dieser Umsetzung Stellung nehmen kann.

- Das Jobcenter beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen. 9
- B. Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin bleibt ohne Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die im Beschwerdeverfahren zuletzt gestellten Anträge zu Recht abgewiesen. Der erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren angebrachte Hilfsantrag zu 1a. ist unbegründet. 10
- I. Das Landesarbeitsgericht hat den Hauptantrag zu Recht als unzulässig abgewiesen. Der Antrag ist nicht hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 11
1. Dem Jobcenter soll mit diesem Antrag untersagt werden, behinderte Arbeitnehmer, die einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gestellt und dies dem Jobcenter mitgeteilt haben, auf einen anderen Arbeitsplatz umzusetzen, ohne dass die Schwerbehindertenvertretung zuvor unterrichtet und angehört wurde. Der Antrag kann nicht dahin ausgelegt werden, dass die vom Jobcenter verlangte Unterrichtung und Anhörung nach Maßgabe der in der Rechtsbeschwerdebegründung durch den weiteren Hilfsantrag zu 1a. vorgenommenen Konkretisierung erfolgen soll. In den Vorinstanzen hatte die Antragstellerin keinen Sachvortrag zu den Einzelheiten der Art und Weise und des Inhalts der Unterrichtung und Anhörung gehalten. Zwar macht die Antragstellerin mit der Rechtsbeschwerde geltend, sie hätte bei Erteilung eines Hinweises auf die Unzulässigkeit des Hauptantrags durch das Landesarbeitsgericht einen entsprechend konkretisierten Antrag gestellt. Sie verteidigt jedoch die Zulässigkeit des in den Vorinstanzen gestellten Hauptantrags und stellt den konkretisierten Antrag in der Rechtsbeschwerde hilfsweise für den Fall der Unzulässigkeit des Hauptantrags. Damit sind die Anträge - auch nach der gebotenen Auslegung - nicht identisch. 12

2. Der Hauptantrag ist nicht hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und deshalb unzulässig. 13

a) Im Beschlussverfahren muss ein Antrag ebenso bestimmt sein wie im Urteilsverfahren. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gilt auch für das Beschlussverfahren und die in ihm gestellten Anträge. Der jeweilige Streitgegenstand muss so konkret umschrieben werden, dass der Umfang der Rechtskraftwirkung für die Beteiligten nicht zweifelhaft ist. Der in Anspruch genommene Beteiligte muss bei einer dem Antrag stattgebenden Entscheidung eindeutig erkennen können, was von ihm verlangt wird. Das Gericht ist gehalten, eine entsprechende Auslegung des Antrags vorzunehmen, wenn hierdurch eine vom Antragsteller erkennbar erstrebte Sachentscheidung ermöglicht wird. Die Prüfung, welche Maßnahmen der Schuldner vorzunehmen oder zu unterlassen hat, darf dadurch grundsätzlich nicht in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden (*BAG 27. Juli 2016 - 7 ABR 16/14 - Rn. 13; 9. Juli 2013 - 1 ABR 17/12 - Rn. 14; 12. August 2009 - 7 ABR 15/08 - Rn. 12 mwN, BAGE 131, 316*). Dessen Aufgabe ist es zu klären, ob der Schuldner einer Verpflichtung nachgekommen ist, und nicht, wie diese aussieht (*BAG 27. Juli 2016 - 7 ABR 16/14 - Rn. 13; 22. Mai 2012 - 1 ABR 11/11 - Rn. 15, BAGE 141, 360*). Ein Unterlassungsantrag muss deshalb - bereits aus rechtsstaatlichen Gründen - eindeutig erkennen lassen, was vom Schuldner verlangt wird. Soll der Schuldner zur zukünftigen Unterlassung einzelner Handlungen verpflichtet werden, müssen diese so genau bezeichnet sein, dass kein Zweifel besteht, welches Verhalten im Einzelnen betroffen ist. Für den Schuldner muss aufgrund des Unterlassungstitels erkennbar sein, welche Handlungen oder Äußerungen er künftig zu unterlassen hat, um sich rechtmäßig verhalten zu können (*vgl. BAG 14. März 2012 - 7 ABR 67/10 - Rn. 9; 17. März 2010 - 7 ABR 95/08 - Rn. 13, BAGE 133, 342*).

b) Diesen Anforderungen genügt der Hauptantrag nicht. Dem Jobcenter sollen Umsetzungen behinderter Arbeitnehmer, die einen Gleichstellungsantrag gestellt und dies dem Arbeitgeber mitgeteilt haben, untersagt werden, sofern die Schwerbehindertenvertretung nicht zuvor unterrichtet und angehört wurde. Damit ist zwar klar, dass von der Unterlassungsverpflichtung alle künftigen Um-

setzungen von behinderten Mitarbeitern, die einen (noch nicht beschiedenen) Gleichstellungsantrag gestellt und dies dem Jobcenter mitgeteilt haben, erfasst sein sollen. Unbestimmt bleibt hingegen, wie die Unterrichtung und Anhörung im Einzelnen ausgestaltet sein soll, bei deren Fehlen der begehrte Unterlassungstitel zur Anwendung kommen soll. Es fehlt an der hinreichenden Präzisierung, in welcher Form und Frist, mit welchem Inhalt und in welchem Umfang die Unterrichtung erfolgen und welche Zeit die Antragstellerin zu einer Stellungnahme haben soll. So bleibt ua. unklar, ob der Schwerbehindertenvertretung nur die beabsichtigte Umsetzung an sich oder darüber hinaus auch die einzelnen Bedingungen oder sonstigen Umstände der beabsichtigten Umsetzung mitzuteilen sind, und ob dies mündlich oder schriftlich geschehen soll. Die Beantwortung dieser Fragen darf nicht in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden. Der beantragte Tenor ließe offen, welches rechtmäßige Verhalten der Arbeitgeberin genau abverlangt würde (*vgl. BAG 14. März 2012 - 7 ABR 67/10 - Rn. 10 zu einem Antrag, mit dem der Arbeitgeberin untersagt werden sollte, einen Aufhebungsvertrag zu schließen, „bevor nicht der Schwerbehindertenvertreter unterrichtet und ihm Gelegenheit gegeben wurde, dazu Stellung zu nehmen“*).

II. Auch der dem Senat mit der Abweisung des Hauptantrags zur Entscheidung anfallende im Rechtsbeschwerdeverfahren zusätzlich angebrachte Hilfsantrag zu 1a. bleibt ohne Erfolg. 16

1. Mit diesem Antrag hat die Antragstellerin keine in der Rechtsbeschwerdeinstanz unzulässige Antragserweiterung vorgenommen. 17

a) Antragserweiterungen sind ebenso wie sonstige Antragsänderungen im Rechtsbeschwerdeverfahren grundsätzlich unzulässig (§ 559 ZPO). Eine Ausnahme besteht dann, wenn der geänderte Sachantrag sich auf einen in der Beschwerdeinstanz festgestellten Sachverhalt stützen kann, sich das rechtliche Prüfprogramm nicht wesentlich ändert, Verfahrensrechte der anderen Verfahrensbeteiligten nicht verkürzt werden und die geänderte Antragstellung darauf beruht, dass die Vorinstanzen einen nach § 139 Abs. 1 ZPO gebotenen Hinweis unterlassen haben (*vgl. BAG 15. Mai 2018 - 1 ABR 75/16 - Rn. 36, BAGE 162,*

379; 23. August 2016 - 1 ABR 22/14 - Rn. 48, BAGE 156, 135). In diesen Fällen ist es aus prozessökonomischen Gründen angezeigt, den Beteiligten eine anderenfalls erforderliche Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht oder gar eine erneute erstinstanzliche Anrufung der Gerichte für Arbeitssachen zu ersparen (BAG 22. Juli 2014 - 1 ABR 94/12 - Rn. 31 mwN).

b) Danach ist die mit dem Hilfsantrag zu 1a. in der Rechtsbeschwerdeinstanz vorgenommene Antragserweiterung ausnahmsweise zulässig. 19

aa) Die geänderte Antragstellung beruht darauf, dass das Landesarbeitsgericht einen nach § 139 Abs. 1 ZPO gebotenen Hinweis unterlassen hat. 20

(1) Hält ein Gericht einen Antrag abweichend vom Ausspruch der Vorinstanz für unzulässig, weil er seines Erachtens dem Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht genügt, so muss es auf eine Heilung dieses Mangels hinwirken. Die betroffene Partei muss Gelegenheit erhalten, ihren Sachantrag den Zulässigkeitsbedenken des erkennenden Gerichts anzupassen (BAG 27. Juli 2016 - 7 ABR 16/14 - Rn. 21). 21

(2) Dem Inhalt der Akte (vgl. § 139 Abs. 4 Satz 2 ZPO) kann nicht entnommen werden, dass das Landesarbeitsgericht die Antragstellerin, die mit dem Hauptantrag erstinstanzlich obsiegt hatte, auf dessen fehlende Bestimmtheit hingewiesen und ihr die Möglichkeit eingeräumt hat, einen sachdienlichen Antrag zu stellen. Zwar können sich sonst gebotene Hinweise des Gerichts erübrigen, wenn die betroffene Partei von der Gegenseite die erforderliche Unterrichtung erhalten hat. Dies gilt jedoch nicht für die gerichtliche Pflicht, auf sachdienliche Anträge hinzuwirken (BAG 27. Juli 2016 - 7 ABR 16/14 - Rn. 21). Zudem hatte das Jobcenter die fehlende Bestimmtheit des Hauptantrags in den Vorinstanzen nicht geltend gemacht. 22

bb) Über den Hilfsantrag zu 1a. kann auf der Grundlage des vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalts und im Rahmen des vom Landesarbeitsgericht durchgeführten rechtlichen Prüfprogramms entschieden werden. Verfahrensrechte des Jobcenters werden nicht verkürzt. 23

2. Der Antrag ist auch im Übrigen zulässig. Er lässt erkennen, für welche 24
Angelegenheiten das Beteiligungsrecht festgestellt werden soll und wie die Un-
terrichtung und Anhörung im Einzelnen ausgestaltet sein soll. Der Antrag ist
damit hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Antragstellerin ist
nach § 81 Abs. 1 ArbGG antragsbefugt. Sie macht ihr Beteiligungsrecht aus
§ 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX gegenüber dem Jobcenter geltend.

3. Der Hilfsantrag zu 1a. ist unbegründet. Die Antragstellerin hat keinen 25
Anspruch auf die mit dem Antrag begehrte Unterlassung der Umsetzung behin-
deter Arbeitnehmer. Hat ein als behinderter Mensch mit einem GdB von 30
anerkannter Arbeitnehmer die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten
Menschen beantragt und dies dem Arbeitgeber mitgeteilt, ist der Arbeitgeber
nicht verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung von der beabsichtigten Um-
setzung dieses Arbeitnehmers (vorsorglich) zu unterrichten und sie hierzu an-
zuhören, wenn über den Gleichstellungsantrag noch nicht entschieden ist. Das
ergibt die Auslegung von § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, was das Landesarbeits-
gericht im Rahmen seiner Ausführungen zur Unbegründetheit des Hilfsantrags
zu 2. zutreffend erkannt hat. Es kann daher dahinstehen, ob sich aus § 178
Abs. 2 Satz 1 SGB IX für den Fall der ohne Beteiligung der Schwerbehinderten-
vertretung erfolgten Umsetzung eines schwerbehinderten oder eines einem
schwerbehinderten Menschen gleichgestellten behinderten Arbeitnehmers
überhaupt ein Unterlassungsanspruch der Schwerbehindertenvertretung gegen
den Arbeitgeber ableiten lässt.

a) Nach § 178 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 SGB IX muss der Arbeitgeber die 26
Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen
oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und
umfassend unterrichten und vor einer Entscheidung anhören. Gegenstand der
Unterrichtung und Anhörung sind alle Angelegenheiten bzw. Entscheidungen,
die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berüh-
ren (*BAG 19. Dezember 2018 - 7 ABR 80/16 - Rn. 21; 14. März 2012 - 7 ABR
67/10 - Rn. 20 f.*). Daher besteht die Unterrichtungs- und Anhörungspflicht
grundsätzlich, wenn der Arbeitgeber einem schwerbehinderten Menschen in-

nerhalb derselben Dienststelle im Wege einer Umsetzung andere Aufgaben überträgt. Dies gilt auch für die Umsetzung von behinderten Arbeitnehmern, die durch Bescheid der Bundesagentur für Arbeit einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind (§ 151 Abs. 1 SGB IX).

b) Die Beteiligungspflicht setzt nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 178 Abs. 2, 151 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX voraus, dass die beabsichtigte Umsetzung einen schwerbehinderten oder einen bereits durch Bescheid der Bundesagentur für Arbeit mit einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellten behinderten Arbeitnehmer betrifft. Nach § 151 Abs. 1 SGB IX gelten die Regelungen des 3. Teils des SGB IX, in dessen Kapitel 5 sich § 178 SGB IX befindet, für schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen. Menschen sind nach § 2 Abs. 2 Halbs. 1 SGB IX im Sinne des 3. Teils des SGB IX schwerbehindert, wenn bei ihnen ein GdB von wenigstens 50 vorliegt. Für behinderte Arbeitnehmer mit einem GdB von unter 50 findet die Vorschrift nur Anwendung, wenn diese schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sind. Die Gleichstellung, die nach § 2 Abs. 3 SGB IX einen GdB von mindestens 30 voraussetzt, erfolgt auf Antrag des Behinderten nach § 151 Abs. 2 Satz 1 SGB IX durch rechtsbegründenden Verwaltungsakt der Bundesagentur für Arbeit und wirkt konstitutiv. Im Unterschied zu den kraft Gesetzes geschützten schwerbehinderten Personen, bei denen durch die Anerkennung als schwerbehinderter Mensch ein bestehender Rechtsschutz nur festgestellt wird, wird der Schutz des einfach Behinderten durch die Gleichstellung erst begründet (vgl. BAG 31. Juli 2014 - 2 AZR 434/13 - Rn. 48; 10. April 2014 - 2 AZR 647/13 - Rn. 39; 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 22; Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben SGB IX 14. Aufl. § 151 Rn. 20). Ob die Unterrichts- und Anhörungspflicht nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX besteht, ist nach den Umständen zum Zeitpunkt der Umsetzung zu beurteilen. Ist zu diesem Zeitpunkt der von der Umsetzung betroffene Arbeitnehmer weder schwerbehindert noch über seinen Gleichstellungsantrag positiv entschieden, sind die Voraussetzungen für die Unterrichts- und Anhörungspflicht daher nicht erfüllt. Der Arbeitnehmer unterfällt zu diesem Zeitpunkt nicht dem Anwendungsbereich des 3. Teils des SGB IX. Eine vorsorgliche Beteiligungspflicht

27

regelt § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nicht. Gegenteiliges folgt nicht aus § 151 Abs. 2 Satz 2 SGB IX, wonach die Gleichstellung mit dem Tag des Eingangs des Antrags wirksam wird. Diese Rückwirkung wird erst durch den stattgegebenen Gleichstellungsbescheid begründet, weshalb sie im Zeitpunkt der vor dem Bescheid erfolgten Umsetzung noch nicht eingetreten ist. Das Gesetz enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass die ggf. später eintretende Rückwirkung gegen den Wortlaut des § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX eine vorsorgliche Beteiligungspflicht bewirken soll.

c) Systematische Erwägungen bestätigen dieses Ergebnis. 28

aa) Die in § 151 Abs. 2 Satz 2 SGB IX angeordnete Rückwirkung des konstitutiven Gleichstellungsbescheids hat zwar grundsätzlich zur Folge, dass behinderte Menschen seit dem Zeitpunkt der Antragstellung den individuellen Schutzvorschriften des 3. Teils des SGB IX unterliegen. Die Rückwirkung ist, wie die Vorschriften zum Wahlverfahren in § 177 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX zeigen, nach der gesetzgeberischen Vorstellung aber nicht allumfassend, sondern gerade im Zusammenhang mit der kollektiven Interessenvertretung durch die Schwerbehindertenvertretung eingeschränkt. 29

So sind behinderte Arbeitnehmer mit einem GdB von unter 50, die vor der Wahl der Schwerbehindertenvertretung einen Gleichstellungsantrag gestellt haben, über den am Wahltag noch nicht oder (anfechtbar) abschlägig entschieden ist, im Sinne von § 177 Abs. 2 SGB IX nicht als Schwerbehinderte zu behandeln und daher nicht berechtigt, die Schwerbehindertenvertretung zu wählen. Es genügt nicht, dass vor der Wahl ein Gleichstellungsantrag gestellt worden ist (*Düwell in LPK-SGB IX 5. Aufl. § 177 Rn. 13; Düwell Wahl der Schwerbehindertenvertretung 2. Aufl. S. 45; Greiner in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben SGB IX 14. Aufl. § 151 Rn. 21; vgl. zu § 24 Abs. 1 und Abs. 2 SchwbG BayVG 1. Juli 1987 - 18 C 87.00852 -*). 30

Auch bei der Ermittlung der für die Wahl einer Schwerbehindertenvertretung nach § 177 Abs. 1 SGB IX erforderlichen Mindestanzahl von fünf schwerbehinderten Menschen sind Beschäftigte mit einem GdB von 30 oder 40 nur dann zu berücksichtigen, wenn sie durch Bescheid der Bundesagentur für 31

Arbeit bereits gleichgestellt sind (vgl. *Düwell in LPK-SGB IX 5. Aufl. § 177 Rn. 23; Pahlen in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben SGB IX 14. Aufl. § 177 Rn. 3*). Ist über den Gleichstellungsantrag hingegen noch nicht entschieden, sind die einfach behinderten Beschäftigten nicht mitzuzählen, auch wenn ein später ggf. stattgebender Bescheid die Gleichstellung mit rückwirkender Kraft zum Zeitpunkt der Antragstellung bewirkt. Anderenfalls bestünde im Hinblick auf die Wirksamkeit der Wahl der Schwerbehindertenvertretung, die nach den Umständen zum Zeitpunkt der Wahl zu beurteilen ist, eine erhebliche Rechtsunsicherheit, da sich erst im Nachhinein herausstellen würde, ob die Beschäftigtenzahl zutreffend ermittelt wurde.

bb) Auch die Regelung zur Einschränkung des Sonderkündigungsschutzes in § 173 Abs. 3 SGB IX spricht in systematischer Hinsicht für das hier gefundene Ergebnis. 32

(1) Nach § 168 SGB IX bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. Allerdings findet das Zustimmungserfordernis nach § 173 Abs. 3 SGB IX keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 152 Abs. 1 Satz 3 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte. § 173 Abs. 3 SGB IX gilt nicht nur für schwerbehinderte Menschen, sondern auch für ihnen gleichgestellte behinderte Menschen (vgl. zur wortgleichen Vorgängerregelung in § 90 Abs. 2a SGB IX aF ausführlich BAG 1. März 2007 - 2 AZR 217/06 - Rn. 29 ff., 37 ff., 43 ff., BAGE 121, 335). Das Eingreifen des Sonderkündigungsschutzes setzt damit grundsätzlich voraus, dass im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung entweder die Schwerbehinderung bereits anerkannt (oder eine Gleichstellung erfolgt) ist oder die Stellung des Antrags auf Anerkennung der Schwerbehinderung (bzw. auf Gleichstellung) mindestens drei Wochen zurückliegt (vgl. zu § 90 Abs. 2a SGB IX aF: BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 703/09 - Rn. 18; 29. November 2007 - 2 AZR 613/06 - Rn. 15; 1. März 2007 - 2 AZR 217/06 - aaO). 33

(2) § 173 Abs. 3 SGB IX verdeutlicht, dass der Gesetzgeber für den im 4. Kapitel des 3. Teils des SGB IX geregelten Sonderkündigungsschutz die Problematik eines laufenden Anerkennungs- bzw. Gleichstellungsverfahrens erkannt und für den Fall, dass die Schwerbehinderung noch nicht anerkannt (oder eine Gleichstellung noch nicht erfolgt) ist, den Sonderkündigungsschutz auf eine zeitnah vor der Kündigung erfolgte Antragstellung erstreckt hat. Wenn der Gesetzgeber beabsichtigt hätte, die im 5. Kapitel des 3. Teils des SGB IX geregelte Unterrichts- und Anhörungspflicht der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX auch für Umsetzungen behinderter Menschen, über deren Gleichstellungsantrag zum Zeitpunkt der Umsetzung noch nicht entschieden ist, vorzusehen, hätte es gerade angesichts der konstitutiven Wirkung des Gleichstellungsbescheids der Bundesagentur für Arbeit nahegelegen, hier eine vergleichbare Regelung aufzunehmen. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil ein Verstoß gegen die in § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX geregelte Unterrichts- und Anhörungspflicht der Schwerbehindertenvertretung vor einer Umsetzung eines schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmers - im Gegensatz zur unterbliebenen Beteiligung des Integrationsamts im Fall der Kündigung - nicht zur individualrechtlichen Unwirksamkeit der Umsetzung führt (vgl. BAG 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - Rn. 48, BAGE 123, 191 zu § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF; 28. Juli 1983 - 2 AZR 122/82 - BAGE 43, 210 zur entsprechenden Vorschrift im SchwbG; Pahlen in Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Jabben SGB IX 14. Aufl. § 178 Rn. 9 mwN). Mit der zum 30. Dezember 2016 in Kraft getretenen Änderung des § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (seit dem 1. Januar 2018: § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX) hat der Gesetzgeber die Unwirksamkeitsfolge lediglich für die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF (seit dem 1. Januar 2018: § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) ausspricht, angeordnet, was nach § 68 Abs. 1 SGB IX aF (seit dem 1. Januar 2018: § 151 Abs. 1 SGB IX) gleichermaßen für Schwerbehinderten gleichgestellte behinderte Menschen gilt.

34

d) Sinn und Zweck der in § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX geregelten Beteiligungspflicht sprechen ebenfalls gegen eine Verpflichtung des Arbeitgebers, die

35

Schwerbehindertenvertretung von der beabsichtigten Umsetzung eines behinderten Arbeitnehmers zu unterrichten und zu dieser anzuhören, wenn über dessen Gleichstellungsantrag noch nicht entschieden ist.

aa) § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist Teil des in § 182 Abs. 1 SGB IX verankerten Grundsatzes der engen Zusammenarbeit von Arbeitgeber, Schwerbehindertenvertretung und Betriebs- oder Personalrat, um die Teilhabe schwerbehinderter Menschen am Arbeitsleben sicherzustellen. Die Aufgabe der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 1 Satz 1 SGB IX besteht deshalb darin, die Eingliederung schwerbehinderter Menschen in den Betrieb oder die Dienststelle zu fördern. Sie hat die Interessen der schwerbehinderten Menschen gegenüber dem Arbeitgeber zu vertreten und ihnen beratend und helfend zur Seite zu stehen. Damit korrespondiert die Unterrichts- und Anhörungspflicht nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Sie eröffnet der Schwerbehindertenvertretung die Möglichkeit, den Arbeitgeber aus ihrer fachlichen Sicht auf mögliche, ggf. nicht bedachte Auswirkungen von Entscheidungen hinzuweisen, die für die Belange eines schwerbehinderten Menschen oder schwerbehinderter Beschäftigter als Kollektiv erheblich sind (*vgl. BAG 17. August 2010 - 9 ABR 83/09 - Rn. 16 f., BAGE 135, 207 zu § 95 SGB IX aF*).

36

bb) Daraus ergibt sich, dass die Unterrichts- und Anhörungspflicht des Arbeitgebers aus § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX bei einfach behinderten Menschen grundsätzlich erst dann entsteht, wenn die Gleichstellung konstitutiv durch einen Bescheid der Bundesagentur für Arbeit festgestellt ist. Erst dann können sachdienliche Hinweise der Schwerbehindertenvertretung auf mögliche, ggf. nicht bedachte Auswirkungen von Entscheidungen gegenüber dem Arbeitgeber ihren Schutzzweck zugunsten der einfach behinderten Beschäftigten vollumfänglich entfalten, weil diese zuvor nicht in den Anwendungsbereich des 3. Teils des SGB IX fallen und den Arbeitgeber entsprechende Handlungsverpflichtungen - wie zB nach § 164 SGB IX - nicht treffen. Die Auffassung der Antragstellerin, eine frühzeitige Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung sei generell geboten, um eine Vergrößerung der Gruppe der schwerbehinderten Beschäftigten zu vermeiden und zu bewirken, dass eine Gleichstellung auf-

37

grund ihrer frühzeitigen Einschaltung und Beteiligung nicht mehr erforderlich sei, verkennt, dass die Schwerbehindertenvertretung keine Generalzuständigkeit für alle einfach behinderten Arbeitnehmer besitzt, sondern nur für schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Menschen, wie sich aus § 151 Abs. 1 SGB IX ergibt.

e) § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ist nicht unter Berücksichtigung von Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG sowie Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e bzw. i iVm. Art. 2 Unterabs. 3 und Unterabs. 4 der UN-BRK dahin auszulegen, dass die Unterrichts- und Anhörungspflicht des Arbeitgebers auch dann besteht, wenn die Umsetzung einen als behinderter Mensch mit einem GdB von 30 anerkannten Arbeitnehmer betrifft, über dessen Gleichstellungsantrag noch nicht entschieden ist. 38

aa) Behinderte Menschen, die nicht iSv. § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehindert sind, werden zwar vom Schutz der Richtlinie 2000/78/EG und der UN-BRK erfasst. Deren Vorgaben gelten für alle Fälle einer Behinderung in ihrem Sinne und nicht nur für Behinderungen, die so schwer sind, dass sie einen bestimmten Grad überschreiten. Der Begriff der Behinderung im Sinne des Unionsrechts und der UN-BRK ist daher nicht auf behinderte Menschen beschränkt, bei denen eine Schwerbehinderung vorliegt (*§ 2 Abs. 2 SGB IX: GdB wenigstens 50*) oder die diesen gleichgestellt sind, weil nach § 2 Abs. 3 SGB IX der GdB weniger als 50 aber wenigstens 30 beträgt, und die aus arbeitsplatzbezogenen Gründen ihre Gleichstellung beantragt haben (*vgl. BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 580/09 - Rn. 36; 3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - Rn. 23, BAGE 122, 54*). 39

bb) Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG sowie Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i iVm. Art. 2 Unterabs. 3 und Unterabs. 4 der UN-BRK geben jedoch nicht vor, dass die Schwerbehindertenvertretung bei Maßnahmen zu unterrichten und anzuhören ist, die behinderte Menschen betreffen. 40

(1) Nach Art. 5 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG haben die Mitgliedstaaten angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, was nach Art. 5 Satz 2 der Richtlinie 2000/78/EG bedeutet, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen hat, um Menschen mit Behinderung ua. die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten (*BAG 21. April 2016 - 8 AZR 402/14 - Rn. 20, BAGE 155, 61*). Nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i der UN-BRK haben die Vertragsstaaten sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden. Nach der Legaldefinition in Art. 2 Unterabs. 4 der UN-BRK sind „angemessene Vorkehrungen“ notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können. Die Bestimmungen der UN-BRK sind Bestandteil der Unionsrechtsordnung (*EuGH 11. April 2013 - C-335/11 ua. - [HK Danmark, auch genannt „Ring, Skouboe Werge“] Rn. 28 ff.*) und damit zugleich Bestandteil des - ggf. unionsrechtskonform auszulegenden - deutschen Rechts (*BAG 21. April 2016 - 8 AZR 402/14 - Rn. 20, aaO; 4. November 2015 - 7 ABR 62/13 - Rn. 27, BAGE 153, 187; 19. Dezember 2013 - 6 AZR 190/12 - Rn. 53, BAGE 147, 60*). Der Umstand, dass die UN-BRK seit ihrem Inkrafttreten integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung ist, führt darüber hinaus dazu, dass auch die Richtlinie 2000/78/EG ihrerseits nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen auszulegen ist (*EuGH 11. April 2013 - C-335/11 ua. - [HK Danmark, auch genannt „Ring, Skouboe Werge“] Rn. 28 bis 32*). In Deutschland haben die UN-BRK sowie das hierzu ergangene Fakultativprotokoll Gesetzeskraft (*Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit*

41

Behinderungen vom 21. Dezember 2008, BGBl. II S. 1419; vgl. BVerfG 10. Oktober 2014 - 1 BvR 856/13 - Rn. 6).

(2) Die in § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX geregelte Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung in Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, ist keine angemessene Vorkehrung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG sowie von Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i iVm. Art. 2 Unterabs. 3 und Unterabs. 4 der UN-BRK. 42

(a) Der Begriff „angemessene Vorkehrungen“ iSv. Art. 2 Unterabs. 3 und Unterabs. 4 der UN-BRK und von Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG ist weit zu verstehen und umfasst die Beseitigung der verschiedenen Barrieren, die die volle und wirksame, gleichberechtigte Teilhabe der Menschen mit Behinderung am Berufsleben behindern. Gemeint sind geeignete materielle oder organisatorische Maßnahmen, die der einzelne Arbeitgeber im Rahmen der Zumutbarkeit zu ergreifen hat, um den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten und dem behinderten Arbeitnehmer ua. die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen (*vgl. EuGH 11. September 2019 - C-397/18 - [Nobel Plastiques Ibérica] Rn. 64; 4. Juli 2013 - C-312/11 -; 11. April 2013 - C-335/11 ua. - [HK Danmark, auch genannt „Ring, Skouboe Werge“] Rn. 49, 54, 55; BAG 21. April 2016 - 8 AZR 402/14 - Rn. 22, BAGE 155, 61; 19. Dezember 2013 - 6 AZR 190/12 - Rn. 52, BAGE 147, 60*). Es geht zB um eine entsprechende Gestaltung der Räumlichkeiten oder eine Anpassung des Arbeitsgeräts, des Arbeitsrhythmus, der Aufgabenverteilung oder des Angebots an Ausbildungs- und Einarbeitungsmaßnahmen (*EuGH 11. September 2019 - C-397/18 - [Nobel Plastiques Ibérica] Rn. 65*). 43

(b) Danach ist das in § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX geregelte Verfahren der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung keine „angemessene Vorkehrung“ iSv. Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG sowie Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i iVm. Art. 2 Unterabs. 3 und Unterabs. 4 der UN-BRK. Durch die Beteiligungspflicht soll es zwar der Schwerbehindertenvertretung ermöglicht werden, nach § 178 Abs. 1 SGB IX tätig zu werden und den Arbeitgeber auf mögliche, ggf. nicht bedachte Auswirkungen von Entscheidungen hinzuweisen, die für die Belange 44

eines schwerbehinderten Menschen oder schwerbehinderter Beschäftigter als Kollektiv erheblich sind (vgl. BAG 17. August 2010 - 9 ABR 83/09 - Rn. 16 f., BAGE 135, 207 zu § 95 SGB IX aF). Dies dient letztlich dem allgemeinen Ziel der Eingliederung schwerbehinderter Menschen in den Betrieb oder die Dienststelle, was im Übrigen nach § 176 Satz 1 SGB IX auch Aufgabe der jeweils bestehenden betrieblichen Interessenvertretung ist. Allerdings beschreibt § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX keine im konkreten Einzelfall geeignete, erforderliche und dem Arbeitgeber zumutbare materielle oder organisatorische Maßnahme in Bezug auf die Arbeitsumgebung, die Arbeitsorganisation oder die Aus- und Fortbildung, die dazu dient, den Arbeitsplatz der Behinderung entsprechend einzurichten und dem behinderten Arbeitnehmer die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen. Eine Pflicht, Arbeitsplätze in der genannten Art anzupassen, ist zB vorgesehen in § 164 Abs. 4 und Abs. 5 SGB IX. Im Gegensatz zu diesen Normen ist § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX eine reine Verfahrensregelung. Unter den in Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG und dessen 20. Erwägungsgrund genannten angemessenen Vorkehrungen finden sich keine Verfahrensregelungen. Dies spricht dagegen, derartige Regelungen als Vorkehrungen im Sinne der Richtlinie anzusehen (vgl. Wietfeld SAE 2017, 22, 24).

(c) Der Umstand, dass sich im Zuge der Unterrichtung und Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX herausstellen kann, dass zugunsten des schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmers angemessene, den Arbeitgeber nicht unverhältnismäßig belastende Vorkehrungen iSv. Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG, Art. 2 Unterabs. 3 und Unterabs. 4 der UN-BRK getroffen werden können, gebietet keine andere Beurteilung. Hierdurch wird das Beteiligungsverfahren nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX weder eine angemessene Vorkehrung iSv. Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG, Art. 2 Unterabs. 3 und Unterabs. 4 der UN-BRK noch Teil einer solchen (vgl. zum Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX aF BAG 21. April 2016 - 8 AZR 402/14 - Rn. 25, BAGE 155, 61).

45

cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. e der UN-BRK. Danach sind von den Vertragsstaaten geeignete Schritte vorzunehmen, um für Menschen mit Behinderungen Beschäftigungsmöglichkeiten und beruflichen Aufstieg auf dem Arbeitsmarkt sowie die Unterstützung bei der Arbeitssuche, beim Erhalt und der Beibehaltung eines Arbeitsplatzes und beim beruflichen Wiedereinstieg zu fördern. Auch dabei geht es um konkrete materielle oder organisatorische Maßnahmen, nicht aber um abstrakte Verfahrens- bzw. Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung. 46

dd) Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst. Die vorliegend maßgeblichen unionsrechtlichen Fragen sind durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt (vgl. *EuGH 11. September 2019 - C-397/18 - [Nobel Plastiques Ibérica] Rn. 64*; *4. Juli 2013 - C-312/11 -*; *11. April 2013 - C-335/11 ua. - [HK Danmark, auch genannt „Ring, Skouboe Werge“] Rn. 49, 54, 55*). 47

f) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin gebietet auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur vorzeitigen Zurruesetzung schwerbehinderter und gleichgestellter Beamter keine andere Auslegung. 48

Soweit das Bundesverwaltungsgericht in der Entscheidung vom 7. April 2011 (- 2 B 79.10 -) ausgeführt hat, aus seiner bisherigen Rechtsprechung und den einschlägigen Gesetzestexten lasse sich entnehmen, dass der Dienstherr, sobald ihn der Beamte über seinen Gleichstellungsantrag unterrichte, vorsorglich die Schwerbehindertenvertretung anzuhören habe, handelt es sich lediglich um ein die Entscheidung nicht tragendes obiter dictum. Im Übrigen ist die Versetzung eines Beamten in den Ruhestand mit der Umsetzung eines Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz nicht vergleichbar. Die Versetzung eines Beamten in den Ruhestand kann als Verwaltungsakt anfechtbar sein, wenn die gebotene vorherige Anhörung der Schwerbehindertenvertretung unterblieben ist (vgl. *BVerwG 15. Februar 1990 - 1 WB 36.88 - BVerwGE 86, 244*). Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei einer beamtenrechtlichen Umsetzung, die keinen Verwaltungsakt darstellt (*BVerwG 22. Mai 1980 - 2 C 30.78 - BVerwGE 60, 144*), gerade nicht der Fall (*BVerwG 10. Juli* 49

1985 - 2 B 75.84 - zu 1 der Gründe). Auch arbeitsrechtlich führt ein Verstoß gegen die in § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX geregelte Verpflichtung, die Schwerbehindertenvertretung vor einer Umsetzung eines schwerbehinderten oder gleichgestellten Arbeitnehmers zu unterrichten und anzuhören, nicht zur individualrechtlichen Unwirksamkeit dieser Maßnahme (vgl. BAG 28. Juni 2007 - 6 AZR 750/06 - Rn. 48, BAGE 123, 19 zu § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF).

III. Der mit der Abweisung der Anträge zu 1. und 1a. dem Senat zur Entscheidung anfallende Hilfsantrag zu 2. ist zulässig, aber unbegründet. 50

1. Der Antrag ist zulässig. 51

a) Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Er ist auf die Feststellung der Verpflichtung des Jobcenters gerichtet, die Antragstellerin bei der Umsetzung eines behinderten Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz zu unterrichten und zu dieser anzuhören, sofern der Arbeitnehmer einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gestellt und dies dem Jobcenter mitgeteilt hat. Damit lässt der Antrag erkennen, für welche Angelegenheiten das Beteiligungsrecht festgestellt werden soll. Zwar fehlt es auch insoweit an einer näheren Bestimmung, wie die Unterrichtung und Anhörung im Einzelnen ausgestaltet sein soll. Das steht der Bestimmtheit des Feststellungsantrags aber nicht entgegen. Wenn bereits das Bestehen des Beteiligungsrechts als solches streitig ist und über dessen ggf. zu beachtende Ausgestaltung noch kein Streit besteht, kann dieses zum Gegenstand eines Feststellungsantrags gemacht werden, ohne dass die Modifikationen bereits im Einzelnen beschrieben werden müssten (BAG 19. Dezember 2018 - 7 ABR 80/16 - Rn. 17; 20. Juni 2018 - 7 ABR 39/16 - Rn. 20; 14. März 2012 - 7 ABR 67/10 - Rn. 16; 8. Juni 2004 - 1 ABR 13/03 - zu B I 2 a aa der Gründe mwN, BAGE 111, 36). Das ist hier der Fall. Über die einzelnen bei der Ausübung des Beteiligungsrechts zu beachtenden gesetzlichen Vorgaben besteht gegenwärtig kein Streit. 52

b) Die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO sind erfüllt. Der Feststellungsantrag muss nicht auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses insgesamt gerichtet sein. Er kann sich vielmehr auf die Feststellung einzelner Rechte oder Pflichten beschränken wie im vorliegenden Fall. Da das Jobcenter die Verpflichtungen bestreitet, hat die Schwerbehindertenvertretung ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. 53

2. Der Antrag ist unbegründet. Das Jobcenter ist, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen unter II. ergibt, nicht nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung über die Umsetzung eines behinderten Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz zu unterrichten und zu dieser anzuhören, wenn der Arbeitnehmer einen Antrag auf Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gestellt und dies dem Jobcenter mitgeteilt hat. 54

IV. Der erstmals im Beschwerdeverfahren gestellte Antrag zu 3. ist wegen anderweitiger Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO unzulässig, da er identisch ist mit dem Hauptantrag. Der Hilfsantrag zu 3. unterscheidet sich im Wortlaut von dem Hauptantrag lediglich dadurch, dass dem Jobcenter untersagt werden soll, einem behinderten Arbeitnehmer in der streitigen Situation „Arbeit auf einem Arbeitsplatz zuzuweisen“, während dem Jobcenter mit dem Hauptantrag aufgegeben werden soll, es zu unterlassen, den behinderten Arbeitnehmer „auf einen anderen Arbeitsplatz umzusetzen“. Die Antragstellerin hat in ihrer Rechtsbeschwerdebegründung auf Seite 23 klargestellt, dass sich auch der Hilfsantrag zu 3. auf die Zuweisung von Arbeit im Rahmen einer Umsetzung bezieht. Damit enthält dieser Antrag kein über den Hauptantrag hinausgehendes oder hiervon abweichendes Begehren, da eine Umsetzung mit der Zuweisung von anderen Arbeitsaufgaben verbunden ist. 55

V. Auch der erstmals im Beschwerdeverfahren gestellte Antrag zu 4. ist wegen anderweitiger Rechtshängigkeit nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO unzulässig. Dieser Antrag ist identisch mit dem Hilfsantrag zu 2. Zwar begehrt die Antragstellerin mit diesem Antrag nach dem Wortlaut die Feststellung der Beteiligungspflicht „vor Zuweisung von Arbeit auf einem vom bisherigen Arbeitsplatz 56

abweichenden Arbeitsplatz“, während der bereits rechtshängige Hilfsantrag zu 2. die Feststellung der Beteiligungspflicht „hinsichtlich der Umsetzung eines behinderten Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz“ zum Gegenstand hat. Auch darin liegt aber kein abweichendes Begehren.

Gräfl

M. Rennpferdt

Waskow

R. Schiller

Strippelmann