

**b. Satzungsmaßige Selbstbeschränkung, Inkorporation der DGB-Satzung und Außenwirkung von Verstößen**

Aufgrund der o. g. Kritik von Teilen der Lit. an der bisherigen Rspr. des BAG hat sich der Senat veranlasst gesehen, die Frage zu diskutieren, ob ein Zustimmungsvorbehalt in der Satzung einer Mitgliedsgewerkschaft überhaupt zulässig ist und welche Anforderungen an die Inkorporation der Bestimmungen der DGB-Satzung in die Satzungen der Einzelgewerkschaften generell zu stellen sind.

aa. Hinsichtlich der satzungsmäßigen Selbstbeschränkung sind die Aussagen sehr klar: bis zur Grenze der völligen Aufgabe der eigenen Willensbestimmung ist hier alles möglich, was dem legitimen Interesse der Gewerkschaft dient, insbes. auch im Hinblick auf die Verbundenheit im Dachverband. Jede DGB-Mitgliedsgewerkschaft kann sich damit rechtswirksam verpflichten, ihre Zuständigkeit für ein bestimmtes Wirtschaftsgebiet von der Zustimmung einer anderen Gewerkschaft innerhalb des DGB oder des DGB selbst abhängig zu machen. Dem ist insbes. im Hinblick auf die Bedeutung des Zusammenschlusses der DGB-Gewerkschaften im Dachverband uneingeschränkt zu folgen.

bb. Die Formulierungen hinsichtlich der Inkorporation der DGB-Satzung in die Satzungen der Mitgliedsgewerkschaften sind wesentlich vorsichtiger, insbes. wird in Frage gestellt, ob die oben dargelegte Einfügung des Wortes „rechtswirksam“ in die DGB-Satzung gegenüber den Mitgliedsgewerkschaften zu einer rechtlich beachtlichen Änderung führen kann. In der Tat kann man daran zweifeln, ob eine Änderung der RL des DGB ausreicht, um die Satzungen der Einzelgewerkschaften in einer für deren Autonomie so bedeutsamen Frage zu modifizieren. Für die DGB-Gewerkschaften liegt deshalb die Konsequenz nahe, im Interesse der Rechtssicherheit explizit die neuen Passagen zur Konkurrenzlösung in der DGB-Satzung (§§ 15, 16) und in den RL in die eigene Satzung aufzunehmen.

cc. Ebenfalls sehr zurückhaltend sind die Formulierungen zur Außenwirkung. Gegen eine unmittelbare Außenwirkung der dargelegten Zustimmungserfordernisse werden Rechtssicherheit und Vertrauensschutz der potenziellen Tarifpartner sowie der AN ins Feld geführt. Die Frage wird allerdings nicht entschieden. Gewiss ist den genannten Anforderungen ein großes Gewicht beizumessen. Die Außenwirkung muss sich aus der Satzung ablesen lassen. Deshalb hat die Satzungsauslegung maßgebende Bedeutung. Zu Recht wird insoweit auf den objektivierten Willen des Satzungsgebers abgestellt und dabei werden Wortlaut, Sinn und Gesamtzusammenhang ebenso gewürdigt wie die bisherige Handhabung<sup>13</sup>. Hier ist zu bedenken, dass der Verbund im DGB eine Art Markenzeichen ist und dass das Konkurrenzlösungsverfahren innerhalb des DGB einer lang geübten Praxis entspricht, die auch von der Rspr. immer akzeptiert wurde. Dies spricht dafür, an der Rspr. zur Außenwirkung von Entscheidungen des Schiedsgerichts ebenso festzuhalten, wie an der entspr. Wirkung der Einigung im Schiedsverfahren. Kommt es allerdings nicht zu einem solchen Verfahren, steht einer Entscheidung nach den Zuständigkeitsbestimmungen in den Satzungen der Einzelgewerkschaften nichts entgegen, sodass in der Tat Doppelzuständigkeiten auch von DGB-Gewerkschaften möglich sind.

**c. Grenzen des Schiedsgerichtsverfahrens**

Der maßgeblichen Bedeutung der Satzung und der bisherigen Rspr. wie auch der einhelligen Ansicht der Lit. entspricht es, wenn das Gericht den Entscheidungen des Schiedsgerichts oder Einigungen vor dem Schiedsgericht dann eine rechtliche Wirkung abspricht, wenn sie in Widerspruch stehen zur Satzung (hier: Betriebsbezogenheit der IG Metall-Satzung).

**4. Resümee**

Insg. ist die IBM-Entscheidung deshalb nicht überzubewerten, weil es sich um einen Sonderfall handelt, der geprägt war durch den Konflikt zwischen IG Metall und DAG<sup>14</sup> und der erst durch die Einbeziehung der DAG in ver.di zu einem DGB-internen Konflikt wurde. Auf der anderen Seite wird in dieser Entscheidung deutlich, dass das Ge-

richt Doppelzuständigkeiten auch zwischen DGB-Gewerkschaften für unproblematisch hält. Dies ist gegenüber der Entscheidung v. 12. 11. 1996<sup>15</sup> eine Änderung, die allerdings nur dann überzeugt, wenn das DGB-Schiedsverfahren aus welchen Gründen auch immer nicht stattfindet oder eine Anerkennung der Doppelzuständigkeit zum Ergebnis hat. Der Gedanke der Tarifeinheit, der dem Organisationsprinzip „ein Betrieb – eine Gewerkschaft“ zugrunde liegt, ist damit weiter zurückgedrängt.

Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder, Uni Hannover

**Benachteiligung eines Schwerbehinderten bei der Einstellung**

1. Wird ein Schwerbehinderter entgegen § 82 Satz 2 SGB IX auf seine Bewerbung auf eine von einem öffentlichen AG ausgeschriebene Stelle nicht zum Vorstellungsgespräch geladen, obwohl ihm die fachliche Eignung für die zu besetzende Stelle nicht offensichtlich fehlt, begründet dies die Vermutung der Benachteiligung wegen der Schwerbehinderteneigenschaft i. S. v. § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX.

2. Die Vermutungsregelung führt nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des AG. Dieser kann sich von der Vermutung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot nur entlasten, wenn er nachweist, dass die Schwerbehinderteneigenschaft des Bewerbers auch als noch so untergeordneter Aspekt in einem Motivbündel überhaupt keine Rolle bei seiner Entscheidung gespielt hat.

3. Sofern die Beweislastumkehr nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX greift, muss der AG die Voraussetzungen des § 82 Satz 3 SGB IX darlegen und beweisen, mithin nachweisen, dass dem schwerbeh. Bewerber offensichtlich die erforderliche fachliche Eignung fehlt.

LAG Schleswig-Holstein v. 8. 11. 2005 – 5 Sa 277/05

**Aus dem Tatbestand:**

Die Parteien streiten darüber, ob die Bekl. dem Kl. eine Entschädigung zu zahlen hat, weil sie ihn bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt hat. Die Bekl. schrieb Stellen für „IT-Systemspezialisten für den Prüf- und Beratungsdienst“ aus. Hierauf bewarb sich der 1964 geborene und zu 60 % schwerbeh. Kl. fristgerecht und fügte seinen Lebenslauf, diverse Zeugnisse und Bescheinigungen sowie den Schwerbehindertenausweis bei. Auf die ausgeschriebenen Stellen bewarben sich insg. 216 Interessenten, unter ihnen 11 Personen, die ihre Schwerbehinderteneigenschaft offen gelegt hatten. Die Bekl. lud die Bewerberinnen und Bewerber der Bewerberliste mit den Nrn. 16, 92, 98, 103, 112, 169, 173, 186, 193 und 195 zu einem Vorstellungsgespräch ein. Unter ihnen befand sich kein Schwerbeh. Mit Schreiben v. ... teilte die Bekl. dem Kl. mit, dass die Wahl auf „zwei noch qualifiziertere Bewerber“ gefallen sei, und sandte ihm die Bewerbungsunterlagen zurück.

**Aus den Gründen:**

Der Kl. hat gegenüber der Bekl. Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe von 3.500 €.

1. Die Anspruchsgrundlage für die Entschädigungsleistung ist § 81 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX. Nach dieser Vorschrift hat der AG einem schwerbeh. Bewerber, den er bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses entgegen dem in Abs. 2 Nr. 1 statuierten Benachteiligungsverbot benachteiligt hat, eine angemessene Entschädigung in Geld zu zahlen. Dieses gilt selbst dann, wenn der schwerbeh. Bewerber selbst bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, in diesem Fall ist lediglich die Höhe der

<sup>13</sup> BAG 12. 12. 1999, Fn. 5.

<sup>14</sup> Vgl. Die Entscheidungen LAG Hamburg 7. 6. 1995, AuR 1996, 75 sowie die Berichte über – zurückgenommene – Verfahren vor dem BAG in AuR 1996, 276 und 455.

<sup>15</sup> BAG v. 12. 11. 1996, Fn. 6.

Entschädigungsleistung auf 3 Monatsverdienste beschränkt, § 81 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 SGB IX. Letzteren Entschädigungsanspruch macht der Kl. vorliegend geltend; denn er beruft sich gerade nicht darauf, dass die Bekl. bei benachteiligungsfreier Auswahl und den Auswahlgrundsätzen der Bestenauslese nach Art. 33 GG nur die Möglichkeit gehabt hätte, ihn als bestgeeigneten Bewerber auszuwählen.

a) Nach den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln muss der schwerbeh. Bewerber, der eine Entschädigungszahlung wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot geltend macht, darlegen, dass er beim Auswahl- bzw. Einstellungsverfahren wegen seiner Schwerbeh. benachteiligt worden ist. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person wegen ihrer Schwerbehinderteneigenschaft eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in der vergleichbaren Situation erfahren hat oder erfahren würde. Der Kl. wäre danach diskriminiert wenn er ausschließlich wegen seiner Schwerbehinderteneigenschaft für die ausgeschriebene Stelle nicht in Betracht gezogen wäre (*BAG* 15. 2. 2005 - 9 AZR 635/03, AuR 2005, 344).

Der insoweit darlegungs- und beweispflichtige schwerbeh. Bewerber genügt indessen nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX seiner Darlegungspflicht, wenn er Tatsachen glaubhaft macht, die den Schluss nahe legen, dass eine Ungleichbehandlung zwischen ihm und anderen vergleichbaren Bewerbern vorliegt. Der kl. Bewerber kann eine Beweislast des AG dadurch herbeiführen, dass er Hilfsfakten darlegt und ggf. unter Beweis stellt, die eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderteneigenschaft vermuten lassen (*BAG* a. a. O.). Dies begründet im Regelfall die Vermutung, dass die Ungleichbehandlung durch die Behinderung verursacht ist. Die Benachteiligung wegen der Behinderung ist dann zu bejahen bzw. zu vermuten, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft zumindest ein von mehreren Motiven, d. h. Beweggründen, für die ablehnende Entscheidung des AG ist. Dies folgt schon daraus, dass nicht nur der bestplatzierte Bewerber benachteiligt sein kann i. S. v. § 81 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX, wie sich insbes. aus den Regelungen in § 81 Abs. 2 Satz 2 Ziff. 3 SGB IX ergibt (*LAG Hamm* 4. 6. 2004 - 15 Sa 2047/03, Juris). Dem aufgrund der Beweislastumkehr darlegungspflichtigen AG wäre es anderenfalls im Nachhinein möglich, andere als die Schwerbehinderteneigenschaft betreffende Gründe (z. B. Leistungskriterien) für die Nichtberücksichtigung des schwerbeh. Bewerbers anzuführen. Solche Gründe lassen sich - wie der vorliegende Fall zeigt - immer finden. Der mit den §§ 81, 82 SGB IX verfolgte und durch § 81 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX sanktionsbewährte Schutz der Schwerbeh. könnte zu leicht unterlaufen werden. Von der Benachteiligungsmaßnahme (hier: Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch) wird mithin auf den Benachteiligungsgrund (hier: wegen der Behinderung) geschlossen. Das Gericht muss letztlich die Überzeugung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Schwerbehinderteneigenschaft und Nachteil gewinnen (vgl. *BAG* 5. 2. 2004 - 8 AZR 112/03, AuR 2004, 107, 237).

aa) Dies zugrunde gelegt, hat der Kl. zunächst Hilfsfakten vorgetragen, die vermuten lassen, dass er wegen seiner Behinderung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses benachteiligt worden ist. Der Kl. ist von der Bekl. unstr. nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden, obgleich er in dem Bewerbungsschreiben auf seine Schwerbehinderteneigenschaft ausdrücklich und unter Beifügung einer Kopie des Schwerbehindertenausweises hingewiesen hat.

bb) Gem. § 82 Satz 2 SGB IX ist der öff. AG grundsätzlich verpflichtet, schwerbeh. Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Ein Verstoß gegen dieses gesetzliche Gebot löst die Vermutungswirkung aus, dass der betr. Bewerber wegen seiner Schwerbehinderteneigenschaft beim Einstellungsverfahren benachteiligt worden ist. § 82 Satz 2 SGB IX spricht nicht nur eine Empfehlung in Form einer Sollvorschrift aus, sondern begründet eine gesetzliche Verpflichtung gegenüber einem schwerbeh. Bewerber. Das Vorstellungsgespräch mit dem schwerbeh. Bewerber ist Pflicht für die personalverwaltende Behörde. Selbst wenn sie sich aufgrund einer anhand der Bewerbungsunterlagen getroffenen Vorauswahl von vornherein die Meinung gebildet hat, ein oder mehrere andere Bewerber seien so gut geeignet, dass der schwerbeh. Bewerber nicht mehr in die nähere Auswahl einbezogen werden sollte, muss sie den schwerbeh. Bewerber nach der gesetzlichen Intention einladen und ihm ein Vorstellungsgespräch gewähren. Dem schwerbeh. Bewerber soll dadurch die Möglichkeit gegeben werden, im mündlichen Gespräch nochmals - ggf. klarstellend und vertiefend - seine spezielle Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in Bezug auf die ausgeschriebene Stelle unter Beweis zu stellen. Wenn der öff. AG den schwerbeh. Bewerber gleichwohl nicht zu einem Vorstellungsgespräch einlädt, löst dieser, die Rechte des Schwerbeh. einschränkende Gesetzesverstoß die Vermutung einer Diskriminierung wegen der Schwerbehinderteneigenschaft aus. Die Vermutungsregelung in

§ 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX führt zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des AG.

b) Die Bekl. ihrerseits hat nicht zur Überzeugung des Berufungsgerichts darzulegen vermocht, dass sie den Kl. ausschließlich aus Sachgründen und nicht zumindest auch wegen seiner Schwerbeh. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, d. h. im Rahmen des Bewerbungsverfahrens, benachteiligt hat. Eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderteneigenschaft i. S. d. § 81 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX liegt nicht nur dann vor, wenn Personen, die an sich für die Tätigkeit geeignet wären, von vornherein und ausschließlich nur wegen ihrer Schwerbeh. nicht für die Einstellung in Betracht gezogen werden, sondern bereits dann, wenn die Schwerbeh. einer von vielen Auswahlkriterien war. Der AG kann sich von dem Diskriminierungsverbot mithin nur dann erfolgreich entlasten, wenn er nachweist, dass das verbotene Diskriminierungsmerkmal, d. h. die Schwerbehinderteneigenschaft des Bewerbers, auch als noch so untergeordneter Aspekt in einem Motivbündel überhaupt keine Rolle bei seiner Entscheidung gespielt hat (*Brors*, jurisPR-ArbR 27/2005, Anm. 6). Eine derartige Entlastung ist der Bekl. vorliegend indessen nicht gelungen.

aa) Insbes. kann sie sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass dem Kl. aufgrund der eingereichten Bewerbungsunterlagen nach § 82 Satz 3 SGB IX offensichtlich die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Stelle gefehlt habe. Nach dieser Vorschrift ist die Einladung eines schwerbeh. Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch entbehrlich, wenn ihm die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Offensichtlich bedeutet unzweifelhaft. Damit ist die Einladung zu einem Bewerbungsgespräch nur dann entbehrlich, wenn der schwerbeh. Bewerber ganz augenscheinlich unter keinem Gesichtspunkt für die ausgeschriebene Stelle geeignet ist. Maßstab für die Beurteilung der offensichtlich fehlenden fachlichen Eignung sind stets das mit der Stellenausschreibung wiedergegebene Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle einerseits und die vom Bewerber eingereichten Bewerbungsunterlagen andererseits. Die Beurteilung der offensichtlichen Ungeeignetheit hat aus der Sicht eines objektiven, verständig urteilenden AG zu erfolgen. ...

dd) Ein Abgleich des in der Stellenausschreibung enthaltenen Anforderungsprofils sowie der Bewerbungsunterlagen des Kl. rechtfertigt nicht, den Kl. für die Stelle eines „IT-Systemspezialisten für den Prüf- und Beratungsdienst“ als offensichtlich ungeeignet zu halten. Die Kammer hat [indessen] keinen Zweifel daran, dass der Kl. aufgrund des Inhalts seines Bewerbungsschreibens sowie der eingereichten Leistungsnachweise nicht nur die Eingangsvoraussetzungen zum Erwerb der MCSE-Qualifikation hat, sondern bereits über vergleichbare Kenntnisse dieser Qualifikationsstufe verfügt. ... Sofern die Bekl. gleichwohl Zweifel daran gehabt hat, dass der Kl. dem Anforderungsprofil entspricht, so rechtfertigen diese Zweifel aber nicht die Annahme, der Kl. verfüge offensichtlich und damit ganz augenscheinlich nicht über die geforderten IT-Systemkenntnisse. Zweifel an der Qualifikation hätten ggf. im Bewerbungsgespräch ausgeräumt werden können. Das Bewerbungs- bzw. Vorstellungsgespräch soll gerade das aus den Bewerbungsunterlagen gewonnene Bild abrunden bzw. letzte Zweifel an Eignung, Befähigung und Leistung des Kandidaten ausräumen.

Im Übrigen muss nicht der Kl. darlegen und beweisen, dass er fundierte IT-Systemkenntnisse auch tatsächlich besitzt, vielmehr muss die Bekl. nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 i. V. m. § 82 Satz 3 SGB IX die Vermutung einer Diskriminierung widerlegen, d. h. darlegen und beweisen, dass der Kl. offensichtlich fachlich nicht geeignet ist. Die - insoweit darlegungs- und beweispflichtige - Bekl. hat trotz der einschlägigen EDV-Ausbildung und einschlägigen Tätigkeit des Kl. im IT-Bereich demgegenüber nicht schlüssig vorzutragen vermocht, warum der Kl. ganz augenscheinlich und damit offensichtlich für die ausgeschriebene Stelle nicht geeignet gewesen sein sollte. ...

ee) Auch wenn die Bekl. aufgrund der Vielzahl der Bewerber, die aus ihrer Sicht gegenüber dem Kl. weitaus qualifizierter waren, davon ausgegangen ist, dass der Kl. keine oder zumindest keine ernsthaften Chancen auf eine Einstellung hatte, war sie verpflichtet, den schwerbeh. Kl. gleichwohl zum Vorstellungsgespräch zu laden. Dies ergibt sich aus § 82 Satz 2 i. V. m. Satz 3 SGB IX. § 82 SGB IX dient der Integration und Förderung Schwerbeh. im Berufsleben. Zur Erreichung dieser Ziele werden im Besetzungsverfahren ausgeschriebener Stellen des öD schwerbeh. Bewerber gegenüber Bewerbern ohne Schwerbehinderteneigenschaft per Gesetz besser gestellt. Schwerbeh. Bewerber sollen - sofern ihnen nicht offensichtlich die fachliche Eignung fehlt - die Möglichkeit haben, sich und ihre Fähigkeiten im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs persönlich darzustellen. Der persönliche Eindruck und die persönliche Präsentation der eigenen Fähigkeiten können die Einstellungschancen verbessern. So können die Angaben in den Bewerbungsunterlagen erläutert und vertieft, aber auch Unklarheiten ausgeräumt werden. Der Kl. hat dementsprechend dem Grunde nach ei-

nen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung nach § 81 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 SGB IX.

2. Die Höhe der Entschädigungsleistung ist vorliegend begrenzt auf 3 Monatsverdienste, § 81 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 SGB IX. Sofern der schwerbeh. Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, erhält er nach dieser Vorschrift nur eine angemessene Entschädigungsleistung bis zur Höhe von höchstens 3 Bruttomonatsgehältern.

a) Da die Bekl. im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast – in anonymisierter Fassung – die Qualifikationen der übrigen Bewerber offen gelegt hat, hätte der Kl. seinerseits darlegen und beweisen müssen, dass die Bekl. nicht nur verpflichtet gewesen wäre, ihn zum Vorstellungsgespräch einzuladen, sondern nach den Grundsätzen der Bestenauslese ihn auch einzustellen, dass mithin das Auswahlermessen der Bekl. auf Null reduziert gewesen wäre. Diese strengen Voraussetzungen zur Zahlung einer höheren Entschädigungsleistung hat der Kl. indessen weder dargetan, noch ergeben sich diese aus dem sonstigen Akteninhalt.

b) In Anbetracht der Gesamtumstände hält das Berufungsgericht eine Entschädigungsleistung in Höhe eines voraussichtlichen Bruttogehalts für angemessen. Hierfür ausschlaggebend war einerseits der Umstand, dass der Kl. weder zum Zeitpunkt der Bewerbung arbeitslos war noch heute ist und andererseits, dass eine Einstellung des Kl. aufgrund der teilweise besser qualifizierten übrigen Bewerber, die zum Vorstellungsgespräch geladen wurden, auch aus Sicht der Kammer eher unwahrscheinlich war. Die Pflichtverletzung der Bekl., den Kl. nicht zum Vorstellungsgespräch geladen zu haben, erscheint mithin nicht als so gravierend.

### Anmerkung:

Viele Gedanken sind in den letzten Jahren auf die intellektuell anspruchsvolle Frage verwendet worden, ob Bewerber/Innen um Arbeitsplätze nach ihrer Behinderung gefragt werden dürfen und sie offenbaren müssen<sup>1</sup>. Normlage und Wirklichkeit in Deutschland sind aber recht weit entfernt von jener anonymen Bewerbung ohne Hinweis auf benachteiligungsträchtige Merkmale, wie sie Theoretiker der Antidiskriminierung gelegentlich als Leitbild vorstellen. Schwerbeh. Beschäftigte und Stellenbewerber haben oft weder Möglichkeit noch Interesse, ihre Behinderung geheim zu halten. Sie wollen eine faire Chance auf Teilhabe, auch mit der Besonderheit einer gesundheitlichen Störung. Das System des deutschen Arbeitsrechts folgt traditionell dem Konzept der offen liegenden und offen gelegten Behinderung, jedenfalls soweit sie sich zum Status verfestigt hat und der betreffende Mensch als schwerbehindert anerkannt ist. Nach Teil 2 des SGB IX (Schwerbehindertenrecht) begründet die Schwerbehinderung besondere Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis und im Verhältnis zwischen AG und Staat, vertreten durch das Integrationsamt.

In letzter Zeit haben verschiedene Entscheidungen des BAG und der LAG verdeutlicht, dass das in den Jahren 2000<sup>2</sup> und 2001<sup>3</sup> neu gefasste und 2004<sup>4</sup> weiter reformierte Schwerbehindertenrecht im SGB IX nicht nur neu bezeichnet ist, sondern auch inhaltlich wichtige Veränderungen erfahren hat, die sich allmählich zu einem neuen System fügen. Für das individuelle Arbeitsrecht sind vor allem die §§ 80-84 SGB IX von Bedeutung. Sie dienen auch der – nach wie vor unvollständigen – Umsetzung der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78<sup>5</sup> in Bezug auf das Merkmal Behinderung. Gerade diese europarechtlichen Vorgaben gebieten, die Gleichbehandlung behinderter Menschen nicht nur in bestehenden Arbeitsverhältnissen zu sichern, sondern auch bei deren Begründung<sup>6</sup>. Durch §§ 81, 82 SGB IX sind besondere Sorgfaltspflichten der AG in dem vorvertraglichen Verhältnis statuiert, das sich aus der Bewerbung eines schwerbeh. Menschen ergibt.

Nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX dürfen schwerbeh. Menschen insbes. bei der Begründung eines Arbeits- und sonstigen Beschäftigungsverhältnisses nicht benachteiligt werden. Zunächst wird definiert, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen der Behinderung zulässig ist, wenn eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ist. Der Rollstuhlfahrer, der sich auf die Stelle eines Dachdeckers einklagt, bleibt also das Schreckgespenst

derer, denen jeder Benachteiligungsschutz ein marktfremder Eingriff ist<sup>7</sup>. Das Synallagma von Leistung und Gegenleistung bleibt unangetastet. Anliegen des Gesetzes ist es, auch behinderten Menschen eine Chance zu geben, Vorurteile über ihre individuelle Leistungsfähigkeit, die mit dem Pauschalbegriff „Behinderung“ notwendig verbunden sind, im Zuge des Einstellungsverfahrens auszuräumen. Gerade bei schlechter Arbeitsmarktlage kann dies existenziell sein, denn angesichts dreistelliger Bewerbungszahlen werden Personalverantwortliche sonst oft jeden zur Verfügung stehenden Hinweis auf eine auch nur mögliche Leistungsschwäche als frühzeitiges Ausschlusskriterium nutzen.

Nach § 81 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX kann der benachteiligte schwerbeh. Bewerber bei einem Verstoß gegen das Gebot benachteiligungsfreier Einstellung eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Ein Anspruch auf Einstellung besteht nicht. Entscheidend ist nun, dass die Verfahrenspflicht nicht nur Bedeutung und Folgen hat, wenn der schwerbeh. Bewerber nachweislich wegen überlegener Eignung den ausgeschriebenen Arbeitsplatz hätte bekommen müssen. Das Recht auf eine faire Chance ist für jeden verletzt, der im Verfahren benachteiligt wurde, auch wenn ohnehin eine andere Person eingestellt worden wäre. Dies wird deutlich in § 81 Abs. 2 Nr. 3 SGB IX, wonach die angemessene Entschädigung auf höchstens 3 Monatsverdienste in den Fällen begrenzt ist, in denen der schwerbeh. Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

Doch wie kann dieses Recht auf eine faire Chance praktisch werden? Die wenigsten Personalabteilungen verschicken Briefe, in denen steht: „(...) bedauern wir, Sie wegen ihrer Behinderung nicht berücksichtigen zu können.“ Der europäische<sup>8</sup> und der deutsche Normgeber haben eine Beweiserleichterung vorgesehen. Macht der schwerbeh. Mensch im Streitfall Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der AG die Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX). Anstelle des kaum einmal überprüfbar subjektiven Tatbestands sollen in einem ersten Schritt objektive Tatsachen treten. Eine solche Beweiserleichterung kann sinnvoll sein, wenn für die Beteiligten nachvollziehbar wird, welche Tatsachen aus welchen Gründen eine Benachteiligung wegen einer Behinderung vermuten lassen. Einen Ansatz zur Klärung dieser Frage bietet das vorl. Urteil des LAG Schleswig-Holstein.

1 Vgl. BAG 18. 10. 2000, AiB 2002, 379; Welti, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat (2005), 72 f.; 699 f.; Deinert in Neumann (Hrsg.), Handbuch SGB IX (2004), § 17, Rz 4 ff.; von Koppfels-Spies, Schwangerschaft und Schwerbehinderung – zwei weiterhin unbeliebte Fragen im Arbeitsrecht, AuR 2004, 43 ff.; Braun, Fragerecht und Auskunftspflicht – Neue Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, MDR 2004, 64 ff.; Jousen, Si ta cuissés – Der aktuelle Stand zum Fragerecht des AG nach einer Schwerbehinderung, NJW 2003, 2857 ff.; Rolfs/Paschke, Die Pflichten des AG und die Rechte schwerbehinderter AN nach § 81 SGB IX, BB 2002, 1260 ff.; Thüsing/Lambrich, Das Fragerecht des AG – aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, BB 2002, 1146 ff.

2 Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbeh. v. 29. 9. 2000, BGBl. I, 1394.

3 SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen v. 19. 6. 2001, BGBl. I, 1046.

4 Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen v. 23. 4. 2004, BGBl. I, 606.

5 RL 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf v. 27. 11. 2000 (ABl. Nr. L 303/16), hier insbes. Art. 1, 2, 4, 5, 7 Abs. 2.

6 Vgl. dazu Welti, Fn. 1, 415 ff.

7 Vgl. Adomeit, Schutz gegen Diskriminierung – eine neue Runde, NJW 2003, 1162.

8 Art. 10 Abs. 1 RL 2000/76/EG.

Der Kl. des Verfahrens, ein schwerbeh. Mensch, hatte sich um eine Stelle als Informationstechnik-Systemspezialist für den Prüf- und Beratungsdienst bei einem öff. AG beworben. In der Ausschreibung stand, dass Personen mit akademischem Abschluss ebenso in Betracht kämen wie Mitarbeiter aus der Verwaltung mit mehrjähriger Erfahrung in der Systemadministration, auch Personen mit vergleichbaren Kenntnissen seien angesprochen. Diese weit gefasste Ausschreibung entspricht durchaus den Realitäten des Arbeitsmarktes für IT-Spezialisten. Der schwerbeh. Bewerber konnte auf eine Ausbildung zum technischen Assistenten für Informatik, nicht abgeschlossene informatische Studien und fast zwanzigjährige Erfahrung als selbstständiger Dozent und Geschäftsführer im EDV-Bereich verweisen. Gleichwohl wurde er nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen.

Für öff. AG gilt nach § 82 Satz 2 SGB IX die besondere Pflicht, schwerbeh. Menschen, die sich um einen Arbeitsplatz bewerben oder für ihn von der BA vorgeschlagen werden, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Dies gilt nur dann nicht, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt (§ 82 Satz 3 SGB IX). Die Sonderregelung ist aus zwei Gründen gerechtfertigt. Zum ersten ist der öD schon verfassungsrechtlich strikt darauf ausgerichtet, den Zugang nur nach Eignung, Leistung und Befähigung zu regeln (Art. 33 Abs. 2 GG). Vorurteile gegen behinderte Bewerber müssen daher möglichst vollständig aus dem Bewerbungsverfahren zurückgedrängt werden. Striktere Verfahrensvorgaben sind möglich, weil sich der öff. AG auf keine Privatautonomie berufen kann. Zum zweiten wird öff. AG generell eine Vorbildfunktion und soziale Verantwortung für das öffentliche Ziel der Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben zugeschrieben, was sich auch darin äußert, dass für sie z. T. die erhöhte Beschäftigungsquote von 6% gilt (§ 159 Abs. 1 SGB IX) und der Status als schwerbeh. Mensch bei gleicher Eignung und Befähigung ein anerkanntes Hilfskriterium bei der Einstellung ist. Die zusätzliche Belastung der Personalabteilungen ist als Argument wohl kaum geeignet, die gesetzliche Verpflichtung zu relativieren<sup>9</sup>.

Der schwerbeh. IT-Experte in Schleswig-Holstein klagte auf Entschädigung wegen einer Benachteiligung bei der Einstellung. Der bekl. öff. AG machte geltend, die fachliche Eignung habe offensichtlich gefehlt, so dass der Kl. nicht habe eingeladen werden müssen. Das LAG *Schleswig-Holstein* begründet nun überzeugend, angesichts der weit gefassten Ausschreibung und der fundierten Kenntnisse des Bewerbers könne sich der bekl. AG auf offensichtlich fehlende Eignung nicht berufen. Er hätte den Kl. zum Vorstellungsgespräch einladen müssen. Damit wurde Klarheit geschaffen, dass öff. AG sich im Kontext von § 82 SGB IX an den von ihnen selbst aufgestellten Anforderungen festhalten lassen müssen<sup>10</sup>. Ob es vor diesem Hintergrund zulässig ist, weitere Kriterien, wie etwa die Examensnote bei juristischen Bewerbern mit Berufserfahrung, als ungeschriebene Auswahlkriterien zuzulassen, wie es das LAG *Hamm* jüngst angenommen hat<sup>11</sup>, wird die weitere Rechtsentwicklung beantworten müssen.

Das Versäumnis, im Verfahren § 82 SGB IX anzuwenden, wertete das LAG dann als Tatsache, die i. S. v. § 81 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX die Vermutung einer verbotenen Benachteiligung begründet. Da der AG diese Vermutung nicht entkräften konnte, wurde dem Kl. eine Entschädigung von einem Bruttomonatsgehalt zugesprochen. Eine höhere Entschädigung kam nicht in Betracht, da der Kl. weder beweisen konnte, der am besten qualifizierte Bewerber gewesen zu sein, noch besondere Umstände bei Kl. oder bekl. AG dafür sprachen, den Rahmen von drei Bruttomonatsgehältern auszuschöpfen. Unter Rücksicht auf die Kostenlast verdient auch dieser Teil des Urteils die Aufmerksamkeit von Rechtsberatung und Rechtsvertretung, die in Benachteiligungsfällen auf realistische Klageziele achten sollten.

Für die weitere Rechtsentwicklung im Bereich des Schutzes vor Benachteiligung ist wichtig, die Verfahrenspflichten bei der Einstellung praktisch zu machen. Dies wird bedeuten, ihre Verletzung als Tatsache anzuerkennen, die eine Benachteiligung indiziert und so

zur Entschädigung führen kann. Dies gilt dann nicht nur für die besondere Regelung im öD nach § 82 SGB IX, sondern insbes. für die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und des BR (§ 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX). Dies hat das BAG bereits festgestellt<sup>12</sup>. Dazu kommen die Pflichten, bei Widerspruch der Schwerbehindertenvertretung die Entscheidung über die Nichteinstellung mit dieser zu erörtern und den schwerbeh. Bewerber anzuhören sowie die Beteiligten zu informieren (§ 81 Abs. 1 Satz 5-7 SGB IX)<sup>13</sup>. Während im öD eine gesteigerte Identifikation des AG selbst mit dem Ziel der Teilhabe behinderter Menschen erwartet werden kann, sind bei einem privatwirtschaftlichen AG Schwerbehindertenvertretung und BR im Wächteramt für dieses Ziel. Nichts anderes kann im Übrigen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses behinderter Menschen gelten. Auch hier sind mit dem betrieblichen Eingliederungsmanagement (§ 84 SGB IX) Verfahrenspflichten zur Einschaltung der Interessenvertretungen geregelt, deren Verletzung eine Benachteiligung und auch die Sozialwidrigkeit einer Kündigung indizieren kann<sup>14</sup>.

Die Verknüpfung prozeduraler und materieller Pflichten der AG – wie in der Entscheidung des LAG *Schleswig-Holstein* vorgenommen – muss als allgemeiner Stand der Rspr. und Wissenschaft noch gefestigt werden. So hat der VGH *Baden-Württemberg* in einem beamtenrechtlichen Verfahren die unterbliebene Einladung eines schwerbeh. Bewerbers zum Vorstellungsgespräch nicht als Indiz für eine Benachteiligung gewertet und sich eine zusätzliche tatrichterliche Würdigung vorbehalten<sup>15</sup>. Das LAG *Hamm* hatte noch 2004 die jetzt vom BAG gesehene Indizwirkung einer unterbliebenen Benachrichtigung der Schwerbehindertenvertretung abgelehnt<sup>16</sup>. Das LAG *Nürnberg* hatte einen AG exkulpiert, weil beim Sortieren der Bewerbungen die im Bewerbungsschreiben angeführte Behinderung nicht beachtet worden war<sup>17</sup>. Eine solche Subjektivierung und Relativierung der Beweiserleichterung ist gerade nicht geeignet, die für AG und Stellenbewerber wichtige Rechtssicherheit zu schaffen, die alleine auch den Entschädigungstatbestand handhabbar machen kann. Zugleich kann die Stärkung von Verfahrensrechten ein Impuls für Schwerbehindertenvertretungen und BR sein, diese Rechte auch im Beschlussverfahren zu verfolgen<sup>18</sup>. Sie werden dann auch die Möglichkeit haben, das Einstellungsverhalten des AG über längere Zeit statistisch zu verfolgen und so zu beobachten, ob die Einstellungsentscheidungen selbst im Ergebnis benachteiligend sein könnten<sup>19</sup>.

9 So aber *Braun*, ZTR 2005, 174, 178; vgl. dagegen: *Deinert*, Fn. 1, § 17, Rz 89.  
 10 Vgl. dazu in einem beamtenrechtlichen Fall *BayVGH* 7. 10. 2004 – 3 CE 04.2770, Behindertenrecht 2005, 174.  
 11 LAG *Hamm* 17. 11. 2005 – 8 Sa 1213/05, nicht rkr., Rev. 9 AZR 93/06.  
 12 BAG 15. 2. 2005 – 9 AZR 635/03, AuR 2005, 344; Anm. von *Kohte* in *Juris-Praxisreport* 38/2005; so auch ArbG *Marburg* 29. 7. 2005 – 2 Ca 65/05, DB 2005, 1860; näher dazu: *Gaul/Süßbrich*, BB 2005, 2811 ff.  
 13 *Trenk-Hinterberger* in *Lachwitz/Schellhorn/Welti*, HK-SGB IX, 2. A (2006), Rz 24.  
 14 Vgl. dazu *Kohte*, Das SGB IX als arbeits- und sozialrechtliche Grundlage der Teilhabe am Arbeitsleben, ZSR-Sonderheft 2005, 7 ff.; *Gagel*, Betriebliches Eingliederungsmanagement, NZA 2004, 1360 ff.; *Feldes*, Das betriebliche Rehabilitationsmanagement, Behindertenrecht 2005, 48 ff.; *Löw*, Betriebliches Eingliederungsmanagement – Die Auswirkungen auf krankheitsbedingte Kündigungen, MDR 2005, 608 ff.; *Britschgi*, Betriebliches Eingliederungsmanagement, AiB 2005, S. 284 ff.; *Gagel/Dalitz/Schian/Schian*, Bedeutung des Eingliederungsmanagements (§ 84 Abs. 2 SGB IX) für den Kündigungsschutz – Teil I, IQPR – Forum B, 4/2004, S. 3.  
 15 VGH *Baden-Württemberg* 21. 9. 2005 – 9 S 1357/05, NJW 2006, 538.  
 16 LAG *Hamm* 4. 6. 2004 – 15 Sa 2047/03, abl. Anm. *Brors* im *Juris-Praxisreport* 27/2005.  
 17 LAG *Nürnberg* 1. 4. 2004 – 7 Sa 4/04, NZA-RR 2004, 601, vgl. *Braun*, ZTR 2005, 174, 176.  
 18 So auch *Kohte*, *Juris-Praxisreport* Nr. 38/2005.  
 19 Dazu *Deinert*, Fn. 1, § 17, Rz 101; *Großmann*, GK-SGB IX, § 81, Rz 240.

Das Recht der behinderten Menschen auf eine faire Chance zur Teilhabe am Arbeitsleben wird unter den gegenwärtigen Bedingungen noch in mancher gerichtlicher Auseinandersetzung im Streit stehen. Die neuere Rechtsentwicklung gibt die Möglichkeit, dass dabei nicht fruchtlos über Motivationen gestritten, sondern über nachprüfbare Tatsachen verhandelt wird.

PD Dr. Felix Welti, Christian-Albrechts-Universität, Kiel

## Keine Ausnahme vom Ladenschlussgesetz während Fußball-Weltmeisterschaft

Die vom Freistaat Thüringen erlassene Allgemeinverfügung über abweichende Ladenschlusszeiten während der Fußball-Weltmeisterschaft ist insg. rechtswidrig. Eine dagegen eingelegte Klage einer Verkäuferin hat aufschiebende Wirkung (Nichtamtl. LS).

VerwG Weimar v. 8. 6. 2006 – 8 E 759/06 We

### Aus den Gründen:

I. Die Antragst. [Verkäuferin] begehrt die Feststellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen die vom Antragsgg. erlassene Allgemeinverfügung v. 31. 3. 2006 (StA 2006, 680). In der Allgemeinverfügung genehmigte der Antragsgg. auf der Grundlage des § 23 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über den Ladenschluss (LSchlG) i. d. F. v. 2. 6. 2003 (BGBl. S 745), zuletzt geändert durch Gesetz v. 7. 7. 2005 (BGBl. S. 1954), dass Verkaufsstellen in Thüringen abweichend von den Ladenschlusszeiten des § 3 Satz 1 Nr. 2 LSchlG während der Fußball-Weltmeisterschaft v. 9. 6. 2006 bis zum 9. 7. 2006 an Werktagen von 6.00 bis 24.00 Uhr für den geschäftlichen Verkehr mit Kunden offen gehalten werden dürfen. Zur Begründung wurde im wesentlichen darauf abgestellt, dass der Freistaat Thüringen im Rahmen der Fußball-Weltmeisterschaft zahlreiche Besucher aus dem In- und Ausland erwarte; zudem seien in Thüringen eine Vielzahl von Initiativen und Aktionen von Kommunen, Vereinen, Kirchen sowie private und gewerbliche Veranstaltungen geplant. Hiermit seien erhebliche Versorgungsbedürfnisse verbunden, die während der zulässigen Ladenöffnungszeiten nicht umfassend befriedigt werden könnten... Die Antragst. ist seit dem 11. 11. 2002 bei dem Beigel. beschäftigt, der seine Verkaufsstelle in E, A betreibt. Am 18. 5. 2006 hat die Antragst. hiergegen Klage erhoben und am 7. 6. 2006 um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht.

II. Der Antrag ist zulässig. Der Feststellungsantrag ist in entspr. Anwendung des § 80 Abs. 5 VwGO i. V. m. § 80 a VwGO statthaft. Hat ein Betroffener ein zulässiges Rechtsmittel gegen einen Verwaltungsakt (VA) eingelegt, der von der erlassenden Behörde nicht mit einer Anordnung des Sofortvollzuges versehen wurde und der auch nicht kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist, so besteht ein *rechtlich schützenswertes Interesse* dieses Betroffenen an der gerichtlichen Feststellung, dass das Rechtsmittel *aufschiebende Wirkung* entfaltet, wenn der VA ungeachtet der Einlegung des Rechtsmittels von Behörden oder Dritten einfach vollzogen wird. Das ist hier der Fall.

Der Antragst. steht auch ein *Rechtsschutzbedürfnis* zur Seite. Für das Vorliegen dieser Sachentscheidungs Voraussetzung muss es hinreichend wahrscheinlich sein, dass sie konkret von der hier streitgegenständlichen Allgemeinverfügung dergestalt betroffen ist, dass ihr AG sie innerhalb der durch die Allgemeinverfügung erweiterten Öffnungszeiten zur Arbeit heranzieht. Aus dem von der Antragst. vorgelegten Arbeitsvertrag und der Mitteilung des Beigel. AG v. 7. 6. 2006 im Hauptsacheverfahren ergibt sich, dass sie an den Freitagen 9., 23. und 30. 6. 2006 jeweils von 16.00 bis 21.00 Uhr sowie am Samstag 17. 6. 2006 von 16.00 bis 22.00 Uhr *auf freiwilliger Basis* eingesetzt werden soll.

Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Die Klage der Antragst. gegen die Allgemeinverfügung des Antragsgg. v. 31. 3. 2006 entfaltet aufschiebende Wirkung. Grundsätzlich gilt, dass gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben. Ein Rechtsbehelf entfaltet jedoch ausnahmsweise dann keine aufschiebende Wirkung, wenn er offensichtlich unzulässig ist. Nach der Rspr. des BVerwG, der das Gericht folgt, besteht für den Eintritt der aufschiebenden Wirkung dann kein hinreichender Anlass, wenn die Gewährung von Rechtsschutz nicht in Betracht kommt, weil der Rechtsschutzsuchende als Nichtadressat des VA nicht geltend machen kann, durch ihn in eigenen Rechten verletzt zu sein und ihm somit die Klagebefugnis fehlt (BVerwG 30. 10. 1992, DVBl. 1993, 256). Die Klagebefugnis ist nur dann zu verne-

nen, wenn offensichtlich die von der Kl. behaupteten Rechte nicht bestehen oder ihr nicht zustehen können. Erforderlich für das Bestehen eines subjektiven Rechts ist, dass die in Frage stehenden Rechtssätze zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen des Kl. zu dienen bestimmt sind und somit drittschützenden Charakter haben. Im vorl. Fall kann die Antragst. und Kl. des Hauptsacheverfahrens aus §§ 3 und 23 LSchlG ein subjektives öffentliches Recht herleiten, von Ladenöffnungszeiten außerhalb der in § 3 LSchlG festgelegten Zeiten und von Ausnahmeregelungen über die Maßgaben in § 23 LSchlG hinaus verschont zu bleiben. Beide Normen haben drittschützenden Charakter. Es ist in Rspr. und Lit. fast einhellige Ansicht, dass die Vorschriften des LSchlG jedenfalls auch dem Schutz der Interessen der AN zu dienen bestimmt sind. Das LSchlG hat in erster Linie eine arbeitsschutzrechtliche Zielrichtung. Es soll die Einhaltung der Arbeitszeitbestimmungen durch kontrollfähige Regelungen sichern, das Verkaufspersonal insbes. vor überlangen Arbeitszeiten schützen und ihm u. a. ein weitgehend zusammenhängendes Wochenende gewährleisten (BVerwG 23. 3. 1983, BVerwGE 65, 167). Dies hat das BVerwG zuletzt in seinem Urteil v. 9. 6. 2004 (BVerwGE 111, 10 = NJW 2004, 2363 = AuR 2004, 270; dazu Rozek, AuR 2005, 169) ausdrücklich bekräftigt. In dieser Entscheidung führt das BVerwG aus:

Durch Regeln über die Schließungszeiten von Verkaufsstellen verwirklicht das LSchlG Arbeitsschutz im Hinblick auf die Verteilung der Arbeitszeit im Tagesverlauf. Durch die Ladenschlusszeiten wird zugleich der Rhythmus des öff. Lebens und der Freizeit beeinflusst. Die Regeln zur Arbeitszeitgestaltung dienen dazu, dem Personal möglichst weitgehend den arbeitsfreien Abend und die arbeitsfreie Nacht sowie ein zusammenhängendes freies Wochenende zu sichern. Das ArbZG gewährt nicht einen gleichermaßen wirksamen Schutz wie das LSchlG, das durch seine schematische Regelung einen verkaufsfreien Abend wirksam sichern kann. Ohne die Regelungen des LSchlG könnten die Ladeninhaber einen Anreiz haben, Verkaufsstellen auch oder gar vorrangig dann zu öffnen, wenn andere AN nicht arbeiten müssen. Dies wäre ihnen durch das ArbZG nicht untersagt, das ein grundsätzliches Verbot der Nacharbeit nicht enthält. Insoweit würden die in den Verkaufsstellen Arbeitenden bei der Verteilung der Arbeitszeit auf den Tagesablauf aus dem Rhythmus des öff. Lebens und der Freizeitgestaltung anderer herausfallen. Nicht gleich geeignet sind ferner TV. Grundsätzlich können zwar alle Betriebe von tarifvertraglichen Regelungen erfasst werden. Es ist jedoch nicht gesichert, dass eine Tarifbindung eingegangen wird oder entspr. TV für allgemeinverbindlich erklärt werden.

Damit kann der Auffassung des VG Hannover, der AN bedürfe keines individuellen Schutzes durch das LSchlG, da er durch das ArbZG und dessen Durchsetzung vor den ArbG hineinreichend geschützt sei, nicht gefolgt werden.

Obwohl es im vorl. Verfahren der Feststellung der aufschiebenden Wirkung nicht entscheidungserheblich darauf ankommt, weist das Gericht - auch zur Vermeidung weiterer Rechtsstreitigkeiten - darauf hin, dass die Voraussetzungen für die Erteilung der beantragten Ausnahmegenehmigung nach § 23 Abs. 1 LSchlG nicht vorliegen:

Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 LSchlG kann die oberste Landesbehörde in Einzelfällen befristete Ausnahmen von den allgemeinen Ladenschlusszeiten des § 3 LSchlG - hier von § 3 Satz 1 Nr. 2 LSchlG - bewilligen, wenn die Ausnahmen im öff. Interesse dringend nötig werden. Das Gericht kann aber nicht erkennen, dass ein öff. Interesse vorliegt, das die verlängerte Ladenöffnungszeit i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 LSchlG dringend nötig werden lässt. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung v. 15. 5. 1974 (GewArch 1974, 277) zu § 23 LSchlG ausgeführt:

Die Ausnahme des § 23 LSchlG ist ein Dispens (Befreiung). Sie setzt durch VA ein allgemeines Verbot des Gesetzes für den Einzelfall außer Kraft. Es müssen Gründe des Allgemeinwohls vorliegen, die von der gesetzlichen Regel vorübergehend abweichenden Ladenschlusszeiten erfordern. Die damit weitgehend eingeschränkte Dispositionsermächtigung, über deren Zweckmäßigkeit die Gerichte nicht zu befinden haben, wird noch dadurch betont, dass die Ausnahme im öff. Interesse nötig sein muss. Damit soll es den Verwaltungsbehörden unmöglich gemacht werden, durch uferlose Bewilligungen von Ausnahmen das Gesetz um seine Wirkung zu bringen.

Dem schließt sich das Gericht an. Ein solches öff. Interesse ist nach der weiteren Rspr. des BVerwG dann zu bejahen, wenn allgemeine Bedürfnis-, Versorgungs- oder Verwertungsgesichtspunkte der Verbraucher allgemein oder bestimmter Gruppen eine Ausnahme von den allgemeinen Ladenschlusszeiten nahe legen (BVerwG 23. 3. 1982, BVerwGE 65, 167). Der Begriff des öff. Interesses - der im Übrigen der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt (BVerwG 5. 2. 1980, GewArch 1980, 237) - ist im Licht der Zielsetzung des LSchlG auszulegen. ... Erforderlich ist aber, dass ein Bedarf an einer Einkaufsmöglichkeit außerhalb der allgemeinen Öffnungszeiten tatsächlich entsteht. Dies ist nur dann der Fall, wenn größere Menschenmengen aus Gründen, die nicht in der verlängerten Öffnungszeit selbst liegen, außerhalb der allgemeinen Öffnungszeiten unterwegs sind und zu erwarten ist, dass sie eine Einkaufsmöglichkeit nachfragen. Ein ty-