



Tel: 0561-4001128
Fax: 0561-4001128
e-mail: dralexander.gagel@arcor.de

0221-3597-550
0221-3597-555
schian@iqpr.de

AZ 07-00-03-08

Diskussionsforum SGB IX

Info Nr. 11

BAG-Urteil und Auszug aus einer Arbeit von Prof. Großmann zum Entschädigungsanspruch nach § 81 SGB IX

In diesem Info möchten wir Sie über ein Urteil des BAG informieren, dass die Chancen von schwerbehinderten Menschen auf dem Arbeitsmarkt wesentlich verbessern kann. Die Verpflichtung des Arbeitgebers auf Durchsetzung einer anderen Einsatzmöglichkeit eines Mitarbeiters bei gesundheitlichen Beschwerden wird damit wesentlich verstärkt. Der Arbeitgeber hat alle betriebsverfassungsrechtlichen Möglichkeiten auszuschöpfen, wenn der Betriebsrat sich gegen die Umbesetzung ausspricht.

Zugleich möchten wir auf eine umfangreiche Untersuchung zu § 81 SGB IX von Prof. Dr. Ruprecht Großmann aus Bremen hinweisen, die demnächst in der Zeitschrift „Behindertenrecht“ veröffentlicht wird. Er hat uns einige Thesen zugeleitet, die wir hier zusammen mit einem Auszug aus dieser Arbeit wiedergeben.

Wir möchten Sie an dieser Stelle noch einmal herzlich dazu einladen, zu unseren Info-Rundschreiben **Stellung zu nehmen** und sich **an der Diskussion zu beteiligen**. Bitte teilen Sie uns auch Ihre **E-Mail-Adresse** mit, sofern Sie dies nicht schon getan haben. Vielen herzlichen Dank.

Dr. Alexander Gagel
Dr. Hans-Martin Schian

Leitsätze:

- 1. Ist zu der von einem schwerbehinderten Menschen beantragten Beschäftigung in einem anderen Betrieb des Arbeitgebers die Zustimmung des Betriebsrats des aufnehmenden Betriebes erforderlich, so kann unter den Voraussetzungen des § 259 ZPO der Arbeitgeber zu dieser Beschäftigung unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Betriebsrats verurteilt werden.**
- 2. Der schwerbehindertenrechtliche Beschäftigungsanspruch nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr.1 SGB IX lässt Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 99 BetrVG unberührt.**
- 3. Soweit für die Erfüllung des schwerbehindertenrechtlichen Beschäftigungsanspruchs eine Versetzung erforderlich ist, hat der schwerbehinderte Mensch einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber die Zustimmung nach § 99 BetrVG beim Betriebsrat einholt. Wird diese verweigert und steht nicht fest, dass dem Betriebsrat objektiv Zustimmungsverweigerungsgründe nach § 99 Abs.2 BetrVG zustehen, hat der schwerbehinderte Mensch auch einen Anspruch auf Durchführung des gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG.**
- 4. Führt der Arbeitgeber das gerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren schuldhaft unzureichend durch, kann das einen Schadensersatzanspruch begründen.**

Dieses Verfahren betrifft Arbeitgeberpflichten im Spannungsfeld zwischen schwerbehinderungsrechtlichem Beschäftigungsanspruch (§ 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX) und dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG. Der Streit geht um die Versetzung des schwerbehinderten Klägers in eine andere Niederlassung der Beklagten. Wegen eines Herzschadens (u.a.) (GdB 70) war er den Aufgaben an seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr gewachsen; eine Einsatzmöglichkeit gab es aber (nur) in einer anderen Niederlassung (Ndl. H.). Der dortige Betriebsrat widersprach jedoch der Umsetzung des Klägers. Mit der Klage verlangt der Kläger in der Ndl. H. beschäftigt zu werden. Das LAG hat die Beklagte verurteilt, die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen einschließlich der Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens und sie verpflichtet, den Kläger vorbehaltlich der Zustimmung des Betriebsrats in der Ndl. H. zu beschäftigen. Das BAG hat letzteres bestätigt, im übrigen den Rechtsstreit aber zur weiteren Sachaufklärung über den Stand des Zustimmungsverfahrens zurückverwiesen.

Grundlage der Entscheidung ist die Aussage, dass das Mitbestimmungsrecht in § 99 BetrVG nicht durch den Beschäftigungsanspruch nach § 81 SGB IX ausgeschlossen wird. § 99 BetrVG enthält anders als § 87 Abs. 1 BetrVG keinen Gesetzesvorrang, § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX keine abschließende Aufzählung der Gründe, die dem Beschäftigungsanspruch entgegenstehen. Auf dieser Basis entwickelt das BAG die Pflichten des Arbeitgebers zur Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX. Die Kette der Pflichten beginnt mit dem Anspruch des schwerbehinderten Menschen gegen den Arbeitgeber auf Einholung der Zustimmung

beim Betriebsrat. Der **Arbeitgeber hat das Zumutbare zur Verwirklichung des Beschäftigungsanspruchs zu tun**; die Einholung der Zustimmung ist stets zumutbar. Im Falle der Weigerung des Betriebsrats besteht zudem grundsätzlich eine Verpflichtung des Arbeitgebers, ein Zustimmungseretzungsverfahren einzuleiten, um das Hindernis beseitigen zu lassen. Auch diese Aufgabe ist dem Arbeitgeber zuzumuten. Anspruch auf Durchsetzung der geplanten Beschäftigung gegen den Widerspruch des Betriebsrats besteht soweit die objektiven Voraussetzungen dafür gegeben sind. Die Verpflichtung besteht (selbstverständlich) nicht, „wenn feststeht, dass die vom Betriebsrat geltend gemachten Zustimmungsverweigerungsgründe objektiv vorliegen und die Zustimmungsverweigerung rechtlich tragen“. Dass der Arbeitgeber nach seinem Kenntnisstand annehmen konnte, der Widerspruch sei gerechtfertigt, lässt diese Pflicht nicht entfallen. Sie entfällt nur, wenn eine objektive Rechtfertigung des Widerspruchs i.S.v. § 99 Abs. 2 BetrVG vorliegt; das muss der Arbeitgeber nachweisen. Wo dies nicht gelingt, bleiben Zweifel an der Tragfähigkeit des Widerspruchs, denen im Zustimmungseretzungsverfahren nachzugehen ist.

Besonders bedeutsam ist die Aussage, dass dem Arbeitgeber auch die **Durchführung des Zustimmungseretzungsverfahrens zuzumuten** ist. Man muss sich dabei vergegenwärtigen, dass der Arbeitgeber der Einzige ist, der ein solches Verfahren rechtlich betreiben kann und für den behinderten Menschen dies die einzige Chance ist.

Das BAG setzt sich damit allerdings ab von einer früheren Entscheidung zum Kündigungsrecht in der die Durchführung des Zustimmungseretzungsverfahrens wegen des hohen Prozessrisikos für unzumutbar gehalten wurde (BAGE 85,107). Dort war die Zustimmung des Betriebsrats zu einer Umorganisation mit dem Ziel, eine krankheitsbedingte Kündigung zu vermeiden, verweigert worden. Die Unterschiede zwischen beiden Entscheidungen sieht das BAG darin, dass es im vorliegenden Fall um die Durchsetzung eines gesetzlichen Anspruchs geht, im damaligen Fall um eine richterrechtlich entwickelte Obliegenheit. Es darf bezweifelt werden, dass dieser Unterschied wirklich trägt. Damit wird allerdings nicht die vorliegende Entscheidung infrage gestellt, sondern ein Impuls deutlich, das ältere Urteil noch einmal zu überdenken.

Als letztes Glied der Kette eröffnet das BAG dem schwerbehinderten Arbeitnehmer das Recht auf **Schadenersatz**, wenn der Arbeitgeber das Zustimmungseretzungsverfahren unzureichend betreibt.

Ein Schadenersatzanspruch wegen unterlassener Durchführung des Zustimmungseretzungsverfahrens dürfte allerdings ausscheiden, soweit dieses noch durchführbar ist; denn Ziel des Anspruchs aus § 81 SGB IX ist die Sicherung der Teilhabe am Arbeitsleben. Schadenersatz kommt nur in Betracht, wo dieses Ziel nicht mehr erreichbar ist.

Die Entscheidung umfasst außerdem noch einen weiteren Komplex. Das BAG räumt dem schwerbehinderten Arbeitnehmer das Recht ein, **Klage auf Beschäftigung in einem bestimmten Betrieb des Arbeitgebers unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Betriebsrats** zu erheben, sofern die Voraussetzungen von § 259 ZPO gegeben sind. Zur Frage der Zulässigkeit einer solchen Klage stützt sich das BAG auf BGH NJW 1978, 1262, wo eine Verurteilung unter Vorbehalt behördlicher Genehmigung für zulässig angesehen wurde.

Die damit eröffnete Möglichkeit eines Vorbehaltsurteils dient der Beschleunigung der Verfahren. Beschäftigungsklage und Zustimmungseretzungsverfahren können jetzt parallel betrieben werden statt nacheinander. Damit unterstützt das BAG ein wichtiges Ziel der SGB IX, die Verfahrensverkürzung.

Prof. Dr. Ruprecht Großmann: Thesen zu § 81 SGB IX

1. Mit der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 (Abl.EG L 303/16)¹ zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf enthält das Europäische Recht erstmals eine zwingende Bestimmung zur Bekämpfung auch von Diskriminierungen wegen Behinderungen.
2. Der die Sanktionen betreffende Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates ist jedenfalls teilweise durch die Entschädigungsregelungen des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 SGB IX umgesetzt worden.
3. Die bei den Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot (§ 81 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB IX) zu leistenden Entschädigungen können in Fällen des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX (kausale Benachteiligung) auf etwa 6 Monatsverdienste, in Fällen des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB IX (keine kausale Benachteiligung) auf etwa 1½ Monatsverdienste im Durchschnitt veranschlagt werden.
4. Die konsequent mit einem Ausschluss von Einstellungsansprüchen (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Halbs. 2 SGB IX) verbundenen Entschädigungsregelungen reduzieren die Teilhabe schwerbehinderter Menschen am Arbeitsleben auf eine Abrechnung ohne Beschäftigung und setzen die schwerbehinderten Menschen des Weiteren dem Vergleich und der Auseinandersetzung mit nichtbehinderten Menschen aus, die ihrer besonderen Situation nicht gerecht werden.
5. **Das grundrechtliche Benachteiligungsverbot mit der Folge der Entschädigungspflicht bei Verstößen bedarf deshalb einer sozialstaatlichen Alternative, die durch die Beschäftigungspflicht (§§ 71 ff. SGB IX) mit niedriger Ausgleichsabgabe bei Verstößen (§ 77 SGB IX) nur unzureichend erfüllt wird und deshalb durch Beschäftigungsprogramme und Förderungsleistungen zu ergänzen ist.**

Auszug:

Entschädigungsanspruch bei kausaler Benachteiligung (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX)

Der Hauptfall der Entschädigungsregelung ist gegeben, wenn die Benachteiligung bei der Begründung eines Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses kausal geworden ist. Das heißt mit anderen Worten, dass der benachteiligte schwerbehinderte Mensch infolge der Benachteiligung nicht eingestellt worden istⁱ, also – umgekehrt ausgedrückt – eingestellt worden wäre, wenn die Benachteiligung nicht stattgefunden hätteⁱⁱ. Wäre der schwerbehinderte Mensch auch ohne Benachteili-

¹ Sie finden diese Richtlinie unter der Internetadresse:

http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2001/jul/dir200078_de.html

gung nicht eingestellt worden, liegt ein Fall des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB IX mit dem dort geregelten Entschädigungsanspruch vor.

Voraussetzung jeder Entschädigung überhaupt ist das Vorliegen einer Benachteiligung bei der Begründung eines Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses. »Bei der Begründung« meint das Vorstadium, nicht die Vollendung der Begründung, die gerade nicht erreicht worden ist. Angesprochen sind deshalb vor allem die einzelnen in § 81 Abs. 1 SGB IX behandelten Stufen des Verfahrensganges im Rahmen des Anbahnungsverhältnisses. Weitgehend gelten diese auch für Bewerbungen schon im Betrieb tätiger Arbeitnehmer um einen beruflichen Aufstieg, für die § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 eingreift. Rechtswidrige Benachteiligungen bei einer Weisung oder einer Kündigung (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 1 SGB IX) lösen keine Entschädigungsansprüche aus.

Die **Benachteiligung muss erfolgt sein**, nicht nur versucht worden sein. Infrage kommen alle unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen wegen der Behinderung, z. B. Schlechterstellungen verfahrensmäßiger oder inhaltlicher Art bei objektiv feststellbarer Eignungⁱⁱⁱ. Zulässige unterschiedliche Behandlungen gemäß § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 2 SGB IX scheidern aus. Die Benachteiligungen müssen sodann gemäß § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX entweder unstreitig sein oder vom sich bewerbenden schwerbehinderten Mensch glaubhaft gemacht worden sein, ohne dass der Arbeitgeber dies durch seine Beweisführung widerlegt hat.

Darlegungs- und beweispflichtig für den Kausalzusammenhang ist nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen der Antragsteller, also der schwerbehinderte Mensch, der eine Entschädigung begehrt^{iv}. Die Umkehrung der Beweislast gilt kraft der ausdrücklichen Bestimmung des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX nur für das Nichtvorliegen einer rechtswidrigen Benachteiligung, indem die Entscheidung entweder behinderungsunabhängig getroffen wurde oder die Behinderung der auf dem Arbeitsplatz zu verrichtenden Tätigkeit entgegen steht. Allerdings wird in den meisten Fällen, in denen der Beweis nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX dem Arbeitgeber misslingt (wird der Beweis erbracht, entfällt eine Benachteiligung und damit ein Entschädigungsanspruch), gleichzeitig ein Kausalzusammenhang zwischen Benachteiligung und Nichteinstellung evident sein. Das gilt z. B. dann, wenn der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass es einen geeigneteren und schutzwürdigeren Bewerber als den schwerbehinderten Mensch gibt, dass die Beschäftigung eines schwerbehinderten Menschen für ihn erheblich kostspieliger ist als die anderer Bewerber oder dass der schwerbehinderte Mensch nicht zu einer dauerhaften Arbeit in der Lage sein wird.

§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX schreibt für die Höhe der Entschädigung lediglich die **Angemessenheit** vor. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff stellt auf eine **Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Beteiligten nach einem objektiven Maßstab** ab, der am ehesten mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit umschrieben werden kann. Die besonderen Belange der Betroffenen sind deshalb miteinander abzuwägen^v. Auch der zur Auslegung heranzuziehende Art. 17 Abs. 2 der EG-Richtlinie 2000/78 verlangt verhältnismäßige Entschädigungen. Das bedeutet zugleich, dass die Besonderheiten des Einzelfalls für die Höhe der Entschädigung bestimmend sind^{vi}. Hiermit im Zusammenhang stehen **Ausgleichs- und Antriebsfunktion der Entschädigung**.

Für die Höhe der Entschädigung liefern die Nr. 2 und 3 von § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX jeweils **Ausgangsparameter**. Nach Nr. 3 beträgt der Entschädigungsanspruch bei einer Benachteiligung ohne Auswirkung auf die Nichteinstellung, z. B. bei Vorhandensein besser geeigneter Mitbewerber, höchstens drei Monatsverdienste. Die Benachteiligung mit Auswirkung auf die Nichteinstellung (Nr. 2) stellt gegenüber der Benachteiligung nach Nr. 3 einen sehr viel stärkeren Eingriff in die Rechte der schwerbehinderten Menschen dar, so dass die Entschädigung in aller Regel (nicht in jedem Einzelfall) über einem Betrag von drei Monatsverdiensten liegen muss. Mit dieser Einschränkung kann von einem »Einsatzwert« von vier Monatsverdiensten ausgegangen werden^{vii}.

Für die Bestimmung der Entschädigungshöhe im Einzelfall sind **alle Tatsachen und Regeln außer Betracht zu lassen, die keinen Bezug zur konkreten Benachteiligung haben**. Es sind dies z. B. die Erfüllung der Beschäftigungsquote nach § 71 SGB IX, die Anzahl der schwerbehinderten Menschen im Betrieb, die behindertengerechte Ausstattung der Arbeitsplätze im Betrieb (dazu verhält sich § 81 Abs. 4 SGB IX), Art und Weise der Zusammenarbeit mit der Schwerbehindertenvertretung, dem Arbeitsamt und dem Integrationsamt (kein messbares Entscheidungskriterium, abgesehen von § 81 Abs. 1 SGB IX). Unerheblich sind auch Art und Ausmaß des Verschuldens des Arbeitgebers, seine wirtschaftliche Lage (Ausnahmen bei Gefahrensituationen) sowie die des schwerbehinderten Menschen, soweit sie nicht mit der Benachteiligung verknüpft ist^{viii}. Ebenso können sich **besondere Sanktionserwägungen** (z. B. Wirksamkeit und Abschreckung gemäß Art. 17 Satz 2 EG-Richtlinie 2000/78) **nicht auf die Höhe der Entschädigung auswirken**. Bei einem Betrag von mindestens vier Monatsverdiensten kann schon generell eine effiziente Sanktion unterstellt werden^{ix}. Das ergibt auch der Vergleich mit der - allerdings wenig wirkungsvollen - Sanktion der Ausgleichsabgabe von höchstens € 260,00 monatlich pro unbesetzten Pflichtplatz gemäß § 77 Abs. 2 SGB IX. Beteiligte und Gerichte sind zudem überfordert, im Einzelfall einen ausreichenden Sanktionsbetrag zu bestimmen.

Dagegen können Art und Ausmaß der Benachteiligung und die dadurch hervorgerufene Situation des schwerbehinderten Menschen die Entschädigungshöhe beeinflussen^x. Es macht z. B. einen Unterschied, ob der behinderte Mensch ohne weiteres als minderleistungsfähig eingestuft wird oder ob nach näherer Prüfung letztlich nicht durchschlagende Bedenken gegen einen Einsatz auf dem konkreten Arbeitsplatz geäußert werden. Desgleichen macht es einen Unterschied, ob der Arbeitgeber die Beantragung von Förderungsleistungen nach dem SGB III bewusst unterlässt oder ob er gegen einen offensichtlich rechtswidrigen Ablehnungsbescheid keinen Rechtsbehelf einlegt. Je nach der Benachteiligung im Einzelfall kann dann eine Erhöhung oder Ermäßigung der Entschädigung angebracht sein.

Zu berücksichtigen ist des Weiteren der durch die Ablehnung des Bewerbers entstehende materielle Nichterfüllungsschaden in Gestalt der Nichteinhaltung der Kündigungsfrist^{xi}. Im Regelfall wird hier gemäß § 622 Abs. 1 BGB eine Kündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Monats, also ein darauf entfallender Betrag von ein- bis eineinhalb Monatsverdiensten in Betracht kommen (ähnlich § 86 SGB IX, der allerdings erst nach mehr als sechsmonatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses eingreift). Hierauf muss sich der schwerbehinderte Mensch das anderweitig erzielte oder zumutbar erzielbare Einkommen anrechnen lassen^{xii}.

Entschädigt werden muss auch der Verlust der rechtswidrig nicht übertragenen Arbeitsstelle, für dessen Bewertung mangels anderer geeigneter Grundlagen

die §§ 9, 10 KSchG heranzuziehen sind, auch wenn der Anspruchsberechtigte die Beschäftigung tatsächlich nicht ausgeübt hat^{xiii}. Die Anwendung dieser Vorschriften kann indessen nicht dazu führen, dass als Entschädigung ein Betrag bis zu zwölf Monatsverdiensten (§ 10 Abs. 1 KSchG) oder gar bis zu 18 Monatsverdiensten (§ 10 Abs. 2 KSchG) festzusetzen ist^{xiv}. Abfindungen in dieser Größenordnung können erst nach langjähriger Betriebszugehörigkeit beansprucht werden. Für eine Entschädigung nach § 611 a Abs. 2 BGB fehlt es überhaupt an einer Betriebszugehörigkeit, so dass dort allenfalls ein Monatsverdienst in Betracht kommen kann^{xv}. Bei § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX ist noch die Besonderheit zu beachten, dass nicht nur der allgemeine Kündigungsschutz (§ 1 Abs. 1 KSchG), sondern auch der besondere Kündigungsschutz gemäß § 85 SGB IX erst nach mehr als sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses einsetzt (§ 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX). Auch für schwerbehinderte Menschen kann deshalb der unter dem Aspekt des Arbeitsplatzverlustes (§ 10 KSchG) zu bemessende Teil der Entschädigung schwerlich mit mehr als einem Monatsverdienst angesetzt werden. Ähnlich wie Art und Ausmaß der Benachteiligung können persönliche Umstände wie Alter, Familienstand, Kinderzahl, Unterhaltspflichten, Mobilität, Vermittlungsfähigkeit u. ä. Umstände die Entschädigung nach oben oder unten beeinflussen^{xvi}.

Zusammenfassend kann i. S. einer **Faustregel** die Entschädigung nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX auf etwa sechs Monatsverdienste (**Einsatzwert vier Monatsverdienste, dazu je einen Monatsverdienst für die Kündigungsfrist und für den Stellenverlust**) veranschlagt werden. Durch Art und Ausmaß der Benachteiligung und sozialen Umstände kann im Einzelfall eine Erhöhung oder Herabsetzung in Betracht kommen, wie überhaupt die letztlich notwendige Einzelfallentscheidung einer Schematisierung durch mehr oder weniger starre Grenzen entgegensteht^{xvii}. Der Betrag der Entschädigung richtet sich nach dem mutmaßlich am Anfang zu erzielen gewesenen Monatsverdienst gemäß § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Satz 2 SGB IX.

Die Entschädigung wird in Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Angemessenheit unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bestimmt. Sie unterliegt nach entsprechender Geltendmachung (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX) der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit^{xviii}. **Es trifft deshalb nicht zu, dass die Entscheidung über die Höhe der Entschädigung eine Ermessensentscheidung ist und deshalb insoweit nur beschränkt überprüfbar wäre**^{xix}. Auch das Gericht entscheidet **nicht nach seinem Ermessen, sondern hat den unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit auszufüllen** (s. auch § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG). Die Entschädigung ist eine höchstpersönliche Leistung für das durch die Benachteiligung erlittene Unrecht in Gestalt der Nichteinstellung (**materieller Schaden**) bzw. der Missachtung wegen der Behinderung (**immaterieller Schaden**)^{xx}. Sie ist deshalb kein Arbeitsentgelt und unterliegt weder der Beitragspflicht zur Sozialversicherung noch der Anrechnung auf Leistungen nach Teil 1 des SGB IX (s. §§ 4, 52) und nach dem SGB III^{xxi}.

ⁱ BAG 18. 3. 1989, AP Nr. 5 zu § 611a BGB = DB 1989, 2279.

ⁱⁱ Zwanziger DB 1998, 1330; Annuß NZA 1999, 738, 740, Putzo, wie Anm. 92, § 611a Rz. 16 und 21.

ⁱⁱⁱ BAG 12. 11. 1998, NZA 1999, 371.

^{iv} BAG 14. 3. 1989, AP Nr. 5 zu § 611 BGB.

^v BVerfG 12. 2. 1986, BVerfGE 72, 9, 18.

^{vi} Schroeder, wie Anm. 26 § 81 Rz. 21ff; Putzo, wie Anm. 92, § 611a Rz. 19; Zwanziger DB 1998, 1330f; Annuß NZA 1999, 738, 742.

^{vii} Zwanziger DB 1998, 1330f.

-
- viii Schiek BB 1998, 586; Zwanziger DB 1998, 1330f.
- ix BAG 14. 3. 1989, AP Nr. 5 zu § 611a BGB = DB 1989, 2279, 2281.
- x So BAG 14. 3.1989, wie Anm. 120, zum immateriellen persönlichkeitsrechtlichen Entschädigungsanspruch bei geschlechtsspezifischer Benachteiligung
- xi Annuß NZA 1999, 738, 742.
- xii Zwanziger DB 1998, 1330.
- xiii BAG 14. 3.1989, wie Anm. 120; Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1297, 1298f; Schiek BB 1998, 586.
- xiv So aber zu Unrecht Schroeder, wie Anm. 26 § 81 Rz. 26.
- xv BAG 14. 3.1989, wie Anm. 120; Linck in Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsschutzrecht, § 611a BGB Rz. 104; a.A. Zwanziger DB 1998, 1330f, der bis zwei Monatsverdienste vorschlägt.
- xvi Zwanziger in Kittner/Däubler/Zwanziger Kündigungsschutzrecht, 5. Aufl., 2001, § 611a BGB Rz. 27; Putzo, wie Anm. 92; § 611a BGB Rz. 19; Wendeling-Schröder DB 1999, 1072, 1016.
- xvii BAG 14. 3.1989, wie Anm. 120; Annuß NZA 1999, 738, 742; deshalb kann es entgegen Linck, wie Anm. 126, keine Begrenzung auf 6 Monatsverdienste geben.
- xviii BVerfG 28. 6. 1983, BVerfGE 64, 279.
- xix so aber Schroeder, wie Anm. 26 § 81 Rz.. 21.
- xx Düwell, wie Anm. 34, § 81 Rz. 28.
- xxi Schroeder, wie Anm. 26 § 81 Rz.. 28.