

**Seminar „Schwerbehindertenvertretung aktuell“
am 10.11.2011 in Unterschleißheim**

Prof. Dr. Bernhard Knittel

**Der Anspruch auf behinderungsgerechte
Beschäftigung nach § 81 Abs. 4 und 5 SGB IX**

- in Fragen und Antworten -

Welcher Grundsatz gilt für die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen und Gleichgestellter?

Der Arbeitgeber hat die **Beschäftigung** schwerbehinderter Menschen und gleichgestellter Behinderter so zu gestalten, dass sie ihre **Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln** können (§ 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX).

Es geht also nicht darum, für sie nur *irgendeinen* Arbeitsplatz zu finden. Wichtig ist, die den sbM eigenen körperlichen und geistigen Fähigkeiten und ihre persönlichen Neigungen zu erkennen und ggf. zu fördern.

- ☒ IdR ist der erlernte bzw. ein verwandter Beruf der beste Ansatz für eine Teilhabe.
- ☒ sbM nicht von vornherein auf gering qualifizierte Beschäftigungsmöglichkeiten (Bote, Pförtner, Wachpersonal) beschränken.
- ☒ Ziel: Beschäftigung des sbM als gleichberechtigter und aufgrund seiner Leistung gleich geachteter Mitarbeiter im Betrieb.


Steht dieser Anspruch nur auf dem Papier?

Der schwerbehinderte Arbeitnehmer hat einen **einklagbaren** privatrechtlichen Anspruch auf eine seinen Kenntnissen und Fähigkeiten angepasste Beschäftigung (st. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, z.B. Urt. vom 10. Juli 1991 - 5 AZR 33/90 = BAGE 68,141)

Folgt hieraus ein Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz?

Der schwerbehinderte Mensch hat weder einen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz noch, dass ihm ein betrieblich überflüssiger Arbeitsplatz eingerichtet wird (vgl. BAG Urt. vom 28. April 1998 - 9 AZR 348/97 - AP Nr. 2 zu § 14 SchwbG 1986). Er kann auch nicht verlangen, nach seinen Neigungen und Wünschen beschäftigt zu werden (BAG Urt. vom 10. Juli 1991 - 5 AZR 383/90 = AP Nr. 1 zu § 14 SchwbG 1986)

Beachte:



Der Arbeitgeber erfüllt seine Verpflichtung, wenn er einen Arbeitsplatz zuweist, der weder unter- noch überfordert. Das schließt ein, den bereits vorhandenen Arbeitsplatz des sb Menschen entsprechend auszustatten, behindertengerecht einzurichten und ggf. umzugestalten

Was gilt wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer behinderungsbedingt die zugewiesene Tätigkeit nicht mehr wahrnehmen kann?

Kann der sb Arbeitnehmer die damit verbundenen Tätigkeiten wegen seiner Behinderung nicht mehr wahrnehmen, so führt dieser Verlust nach der Konzeption der §§ 81 ff. SGB IX nicht ohne weiteres zum Wegfall des Beschäftigungsanspruchs. Der schwerbehinderte Arbeitnehmer kann dann vielmehr Anspruch auf eine anderweitige Beschäftigung haben und, soweit der bisherige Arbeitsvertrag diese Beschäftigungsmöglichkeit nicht abdeckt, auf eine entsprechende Vertragsänderung (BAG Urt. vom 05. Oktober 2005 - 9 AZR 230/04 = BAGE 114, 299; Urt vom 28. April 1998 - 9 AZR 348/97 - AP SchwbG 1986 § 14 Nr. 2)

Setzt das eine Klage auf Vertragsänderung voraus?

Im Fall einer notwendigen Vertragsänderung muss der Arbeitnehmer nicht zuerst auf eine Änderung seines Arbeitsvertrages klagen. Vielmehr kann er **unmittelbar eine Beschäftigung auf der angestrebten Stelle geltend machen** (BAG Urteil vom 28. April 1998 - 9 AZR 4/97 = BehindertenR 1999, 30).

Das bedeutet konkret:

Arbeitgeber ist verpflichtet, das **Direktionsrecht neu auszuüben** und - soweit vorhanden und möglich - einen **anderen, behindertengerechten Arbeitsplatz zuzuweisen**. Der Arbeitnehmer kann den Anspruch auf Ausübung des Direktionsrechts in die Form eines Beschäftigungsanspruchs auf von ihm vorgeschlagene Arbeitsplätze kleiden.

Unterlässt der Arbeitgeber die ihm mögliche Ausübung des Direktionsrechts, macht er sich **schadensersatzpflichtig**, soweit die weiteren Anspruchsvoraussetzungen (Kausalität, Verschulden) gegeben sind (BAG Ur. v. 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 = NZA 2010, 1119; LAG Köln Ur. v. 16. Mai 2011 - 2 Sa 1276/10, juris: Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt unter 9 AZN 1002/1).

Gerät der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn ein sb AN eine behinderungsgerechte andere Arbeit verlangt?

Bisher h.M.

Ist es dem Arbeitgeber möglich und zumutbar, dem krankheitsbedingt nur eingeschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer leistungsgerechte Arbeiten zuzuweisen, ist die Zuweisung anderer, nicht leistungsgerechter Arbeiten unbillig. Dies hat auch Folgen für die Vergütung. **Unterlässt der Arbeitgeber die ihm mögliche und zumutbare Zuweisung leistungsgerechter und vertragsgemäßer Arbeit, steht die Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers dem Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht entgegen** (BAG Ur. v. 27. Aug. 2008 - 5 AZR 16/08 = NZA 2008, 1410; BAG Ur. v. 8. Nov. 2006 - 5 AZR 51/06 = AP § 615 BGB Nr. 120).

Neueste Rspr. des BAG

Urt. vom 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 = NZA 2010, 1119

Kann der Arbeitnehmer, dessen Tätigkeit im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben ist, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO wirksam näher bestimmte Tätigkeit aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr ausüben, aber eine andere, im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarung liegende Tätigkeit verrichten, ist das **Angebot einer „leidensgerechten Arbeit“ ohne Belang, solange der Arbeitgeber nicht durch eine Neuausübung seines Direktionsrechts diese zu der i. S. v. § 294 BGB zu bewirkenden Arbeitsleistung bestimmt hat.**

✕ **Anderenfalls könnte der Arbeitnehmer** den Inhalt der arbeitsvertraglich nur rahmenmäßig umschriebenen **Arbeitsleistung selbst konkretisieren**. Das widerspräche § 106 Satz 1 GewO. Die Konkretisierung der Arbeitspflicht ist nach § 106 Satz 1 GewO Sache des Arbeitgebers. Verlangt der Arbeitgeber eine bestimmte Arbeit in rechtlich einwandfreier Art und Weise, kommt er nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer diese Arbeit ablehnt und stattdessen eine andere, ebenfalls vertragsgemäße Arbeit anbietet.

Mit der **Ausübung des Direktionsrechts wird die vertraglich geschuldete Tätigkeit näher bestimmt** und ist ab diesem Zeitpunkt bis zur - wirksamen - Neuausübung des Direktionsrechts die konkret geschuldete Leistung

✕ Etwas **anderes ergibt sich auch nicht aus § 296 BGB.**

Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das Gleiche gilt, wenn der Handlung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt.

Die **Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers** besteht darin, dem Arbeitnehmer überhaupt die Arbeitsmöglichkeit zu eröffnen, den Arbeitsablauf fortlaufend zu planen und die Arbeitsmittel bereitzustellen. Aus § 296 BGB lässt sich aber **keine Verpflichtung** des Arbeitgebers herleiten, die von ihm **wirksam konkretisierte Arbeitspflicht nach den Wünschen des Arbeitnehmers neu zu bestimmen**.

➤ Davon zu trennen ist die Frage, ob die vom Arbeitgeber unterlassene Zuweisung leidensgerechter und vertragsgemäßer Arbeit einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Schadensersatz begründen kann.

Welche Rechtsfolgen hat es, wenn ein sbM den Anforderungen des Arbeitsplatzes nicht mehr genügen kann?

Ist der Arbeitnehmer infolge Krankheit oder Verschlimmerung der Behinderung nicht mehr in der Lage, den Anforderungen des zugewiesenen Arbeitsplatzes zu genügen, so besteht zwar **kein Lohnanspruch unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges** (§ 615 BGB) oder aus Fürsorgepflicht (vgl. BAG 10. Juli 1991 - 5 AZR 383190 = AP Nr. 1 zu § 14 SchwbG 1986; vom 21. Januar 2001 - 9 AZR 287/99 = BAGE 97, 23)

Dem sb AN kann aber ein schuldrechtlicher Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Pflicht aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX zustehen (BAG Ur. v. 10. Juli 1991 a.a.O.).

Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitgeber es schuldhaft unterlassen hat, ihm einen vorhandenen (so im Fall des BAG Ur. vom 10.07.1991 a.a.O.) geeigneten Arbeitsplatz zuzuweisen.

- Das setzt allerdings voraus, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Schwerbehinderung offenbart hat und ihm darlegt, wie, wann und wo er sich eine behinderungsgerechte Beschäftigung vorstellt oder die behinderungsbedingten Einschränkungen offen legt.

Wie ist die Darlegungs- und Beweislast in diesen Fällen grundsätzlich verteilt?

Macht der **sb Arbeitnehmer** den schwerbehinderten rechtlichen Beschäftigungsanspruch nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX geltend, so hat er nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast **für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen**.

Dagegen hat der **Arbeitgeber die anspruchshindernden Umstände** vorzutragen. Dazu gehören insbesondere diejenigen, aus denen sich die Unzumutbarkeit der Beschäftigung des Arbeitnehmers ergeben soll.

Inwiefern ist die Darlegungs- und Beweislast hierbei abgestuft?

Für § 81 Abs. 4 Satz 1 SGB IX gilt eine an **den Umständen des Einzelfalls** orien-

tierte abgestufte Darlegungs- und Beweislast.

Diese besondere Abstufung der Darlegungs- und Beweislast ergibt sich zunächst **aus dem materiellen Recht**. Ziel des Schwerbehindertenrechts ist - wie es bereits die Langtextfassung des Schwerbehindertengesetzes ausdrückte - die „Eingliederung des schwerbehinderten Menschen in die Arbeitswelt“. In diese Aufgabe war bereits unter der Geltung des SchwbG der Arbeitgeber einbezogen. Das verdeutlichte seine Verpflichtung „zur Eingliederung Schwerbehinderter in den Betrieben zusammen“ zu arbeiten (§ 29 Abs. 1 SchwbG). Diese Verpflichtung ist in § 99 Abs. 1 SGB IX übernommen worden.

Sobald bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses Schwierigkeiten auftreten, hat der Arbeitgeber unter Beteiligung der SBV und des zuständigen Integrationsamtes nach Lösungen zu suchen, die diese Schwierigkeiten beseitigen.

Hat sich der Arbeitgeber nach der gesetzlichen Konzeption des Schwerbehindertenrechts daher um eine behinderungsgerechte Beschäftigung des Arbeitnehmers zu bemühen, so ergibt sich daraus zugleich, dass er den geltend **gemachten Beschäftigungsanspruch nicht mit der bloßen Behauptung abwehren** kann, er **verfüge über keinen geeigneten Arbeitsplatz** (BAG Urt. vom 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 = BAGE 114, 299).

- Die gebotene sachliche Auseinandersetzung mit dem Verlangen des schwerbehinderten Arbeitnehmers auf anderweitige Beschäftigung erfordert eine **substantiierte Darlegung des Arbeitgebers**, aus welchen Gründen die vom Arbeitnehmer vorgeschlagenen Beschäftigungsmöglichkeiten nicht zur Verfügung stehen.
- Welche Einzelheiten vom Arbeitgeber vorzutragen sind, bestimmt sich nach den Umständen des Streitfalles unter Berücksichtigung der Darlegungen des klagenden Arbeitnehmers.

Welche Einwände kommen insoweit für den Arbeitgeber in Betracht?

Als Einwände kommen in Betracht, dass

- ☒ entsprechende Tätigkeitsbereiche überhaupt nicht vorhanden seien,
- ☒ keine Arbeitsplätze frei seien und auch nicht frei gemacht werden könnten,
- ☒ der Arbeitnehmer das Anforderungsprofil nicht erfülle oder
- ☒ die Beschäftigung aus anderen Gründen unzumutbar sei.

Diese Substantiierungslast entspricht der Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 und 2 ZPO.

Danach wird dem Gegner der primär behauptungsbelasteten Partei eine sekundäre Behauptungslast auferlegt, wenn die darlegungspflichtige Partei keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (vgl. z.B. BGH Beschluss vom 25. Jan. 2011 - II ZR 171/09, juris).

So ist es hier. Nur der Arbeitgeber hat einen umfassenden Überblick über die betrieblich eingerichteten Arbeitsplätze und die dort zu erfüllenden Anforderungen. Er weiß, welche Arbeitsplätze für welche Zeiträume besetzt sind, ob Arbeitsaufgaben sinnvoll anders verteilt werden können oder ob Arbeitsplätze in absehbarer Zeit frei werden, etwa infolge Erreichen des Rentenalters, oder durch Versetzung freigemacht werden können. Einen solchen Einblick hat der Arbeitnehmer regelmäßig nicht.

Das gilt insbesondere für einen Arbeitnehmer, der wie hier schon längere Zeit infolge Krankheit arbeitsunfähig und daher nicht mehr im Betrieb anwesend ist.

Wann gelten die allgemeinen Anforderungen an die Darlegungslast des sbM nicht?

Die allgemeinen Anforderungen an die Darlegungslast des schwerbehinderten Arbeitnehmers für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gelten nicht, wenn der **Arbeitgeber seinen Pflichten zur rechtzeitigen Beteiligung des Integrationsamts und der Schwerbehindertenvertretung in den gesetzlich vorgeschriebenen Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 und/oder § 84 Abs. 2 SGB IX nicht nachgekommen** ist und so es versäumt hat, sich entsprechende Erkenntnisse zu verschaffen.

- ✕ Denn gemäß § 84 Abs. 1 SGB IX hat der Arbeitgeber bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, das Integrationsamt und die Schwerbehindertenvertretung einzuschalten.
- ✕ Der Arbeitgeber hat unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und des zuständigen Integrationsamts nach Lösungen zu suchen, um diese Schwierigkeiten zu beseitigen.
 - Ziel dieser gesetzlichen Prävention ist die frühzeitige Klärung, ob und welche Maßnahmen zu ergreifen sind, um eine möglichst dauerhafte Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu erreichen
 - Dem Arbeitgeber wird damit eine aktive Rolle für Eingliederung und gegen Ausgliederung des schwerbehinderten Arbeitnehmers zugewiesen.

Diese Pflichten begründen nicht nur eine privatrechtlich gesteigerte Fürsorgepflicht gegenüber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer (BAG Urt. vom 10. Mai 2005 - 9 AZR 230104 = DB 2006, 55). Vielmehr soll die Beteiligung sachkundiger Stellen auch gewährleisten, dass alle Möglichkeiten zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses fachkundig untersucht und deren technische sowie wirtschaftliche Realisierbarkeit geprüft werden.

Dem sb Arbeitnehmer fehlen zumeist zur Beurteilung der Frage, wie eine behinderungsgerechte Beschäftigungsmöglichkeit gefunden oder geschaffen werden kann, die notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse!

Verletzt der Arbeitgeber seine gesetzlichen Erörterungspflichten, verhindert er damit die Durchführung dieses Präventionsverfahrens

Welche konkreten Folgen ergeben sich hieraus für die Darlegungslast?

Hat die primär darlegungspflichtige Partei keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen, kann dem Gegner eine sekundäre Behauptungslast auferlegt werden. Das setzt zwar in der Regel voraus, dass der Prozessgegner die erforderliche Kenntnis hat.

- Das Wissen, wie ein behindertengerechter Arbeitsplatz in seinem Betrieb einzurichten und auszustatten ist, kann einem Arbeitgeber nicht unterstellt werden.
- Auf dieses fehlende Wissen kann sich der Arbeitgeber nicht berufen, wenn er seinen Pflichten gemäß § 84 Abs. 1 SGB IX nicht nachgekommen ist. Denn die Erörterung mit den in § 84 Abs. 1 SGB IX genannten fachkundigen Stellen dient gerade dazu, dass er sich das entsprechende Wissen verschafft.

Fand diese Erörterung allerdings statt und kamen die fachkundigen Stellen unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zu dem Ergebnis, es gebe keine Möglichkeiten zur Sicherung der Beschäftigung des Arbeitnehmers, bleibt es bei der primären Darlegungslast des sb Arbeitnehmers. Er hat dann vorzutragen, welche konkreten technischen oder organisatorischen Veränderungen seine behinderungsgerechte Beschäftigung ermöglichen (BAG Urt. vom 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 = BAGE 116, 121).

Wie verhält es sich mit einer etwa notwendigen Zustimmung der Betriebsvertretung?

Ist zu der von einem schwerbehinderten Menschen beantragten Beschäftigung die Zustimmung der Betriebsvertretung erforderlich, so kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, deren Zustimmung einzuholen (BAG Urt. vom 05. Oktober 2005 a. a. O).

Erhält damit der Arbeitnehmer einen absoluten Anspruch auf Beschäftigung?

Dem Arbeitnehmer wird damit gesetzlich kein absoluter Anspruch auf Beschäftigung eingeräumt. Der Anspruch beschränkt sich vielmehr auf solche **Tätigkeiten, für die er nach seinen Fähigkeiten und Kenntnissen unter Berücksichtigung seiner Behinderung befähigt ist**. BAG Urt. v. 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 = BAGE 114, 299).

Kommt eine solche anderweitige Beschäftigung in Betracht, ist der Arbeitgeber gleichwohl dann nicht zur Beschäftigung des schwerbehinderten Menschen verpflichtet, wenn ihm die Beschäftigung unzumutbar ist, wie nunmehr in § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX ausdrücklich bestimmt ist. Er ist **nicht verpflichtet, für den schwerbehinderten Menschen einen zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten** (BAG Urt. v. 28. April 1998 - 9 AZR 348/97 = AP SchwbG 1986 § 14 Nr. 2)

Durch welche Arbeitgeberpflichten wird dieser Anspruch ergänzt?

Der Anspruch wird ergänzt durch die Pflicht, nach Abs. 4 Satz 1 Nr. 5, den bereits vom schwerbehinderten Menschen besetzten Arbeitsplatz **behindertengerecht auszugestalten** sowie nach Abs. 4 Nr. 4, einen anderen **freien Arbeitsplatz zuzuweisen** und diesen erforderlichenfalls **behinderungsgerecht** einzurichten oder umzugestalten (LAG Hamm Urt. v. 17. Mai 2001 - 8 (6) Sa 30/01). Der Arbeitgeber kann dabei zur Erfüllung dieses Anspruchs auch zur Abgabe eines Angebots auf entsprechende Vertragsänderung verpflichtet sein (BAG Urt. v. 28. April 1998 a.a.O.).

Besteht eine Pflicht zur Freikündigung eines Arbeitsplatzes?

Die **ältere Rechtsprechung** hat einen Anspruch des Schwerbehinderten auf „Freikündigung“ eines „leidensgerechten“ (richtig: behinderungsgerechten) Arbeitsplatzes angenommen, soweit dies für den zu entlassenden nichtbehinderten Arbeitnehmer keine soziale Härte darstelle (BAG Urt. v. 4. Mai 1962 - 1 AZR 128/61; a. A. BVerwG Beschluss vom 02. Juni 1999 - 5 B 130/99, juris).

Ob der Arbeitgeber gehalten ist, einen solchen Arbeitsplatz freizukündigen, hat das **BAG in seiner neueren Rechtsprechung offengelassen**. In dem entschiedenen Fall war ein freier geeigneter Arbeitsplatz vorhanden (BAG Urt. v. 10. Juli 1991 - 5 AZR 383/90 = BAGE 68, 141).

Nach wie vor dürfte aber gelten: Die Freikündigung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes, der von einem anderen Arbeitnehmer besetzt ist, bleibt auf solche **Ausnahmefälle beschränkt**, in denen der zu kündigende Arbeitnehmer nicht ebenfalls behindert ist und die Entlassung **aus besonderen Gründen keine soziale Härte** darstellt

(= verhältnismäßig theoretische Konstellation!

→ Freikündigungen praktisch ausgeschlossen!, vgl. *Knittel* § 81 SGB IX Rn. 148 m.w.N.).

Aber **Direktionsrecht**:

Für den Arbeitgeber ist es ein gesetzliches Gebot zu prüfen, ob durch eine Versetzung oder notfalls durch eine Kettenversetzung eine behinderungsgerechte Beschäftigungsmöglichkeit frei gemacht werden kann.

- Betriebsorganisatorisch möglich?
- Für anderen AN zumutbar?

→ Anspruch auf **Zuweisung einer leidensgerechten Beschäftigung durch Arbeitsplatztausch** (BAG Urteil vom 29. Januar 1997 - 2 AZR 9/96 = BAGE 85,107; Urteil vom 3. Dezember 2002 - 9 AZR 481/01 = NZA 2003,1215)

Beachte:

- ⊗ Arbeitgeber kann sich nicht auf betriebsorganisatorische Gegengründe berufen, wenn er zielgerichtet die Beschäftigung des sbM auf diesem Arbeitsplatz verhindert hat, z. B durch anderweitige Besetzung trotz Kenntnis der eingetretenen Gesundheitsbeeinträchtigung (BAG a.a.O.).
- ⊗ Die unternehmerische Entscheidung einen leidensgerechten Arbeitsplatz in Wegfall zu bringen, erweist sich dann als unsachlich bzw. willkürlich, wenn der Arbeitgeber aus § 81 Abs. 4 SGB IX gleich wieder verpflichtet wäre, einen solchen zu schaffen (LAG Berlin-Brandenburg Urt v. 30. März 2010 - 7 Sa 58/10, juris)

Problem: gewünschter Arbeitsplatz ist nicht behinderungsgerecht, sondern nur etwas behinderungsgerechter als der jetzige:

Hess. LAG Urt. vom 19. Jan. 2010 =13 Sa 1599/09

Der Anspruch aus § 81 Abs 4 S 1 Nr 1 SGB IX zielt auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz, nicht auf einen leidensgerechteren.

Es ist unstrittig, dass der **von der Klägerin angestrebte Arbeitsplatz in der Cafeteria** der Beklagten mit höheren körperlichen Belastungen verbunden ist als denen, die der Klägerin nach den vorgelegten Attesten vom 09. und 12. Februar 2009 zuträglich sind. Damit ist der Arbeitsplatz in der Cafeteria gerade kein leidensgerechter Arbeitsplatz, den die Klägerin unter Umständen beanspruchen könnte.

Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass der Arbeitsplatz in der Cafeteria **jedenfalls etwas leidensgerechter wäre als ihr bisheriger**. Selbst wenn dies zuträfe, begründete dies keinen „Versetzungsanspruch“ der Klägerin. Das

Gesetz billigt dem behinderten Mensch allein einen Anspruch auf Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz zu, der seinem Leiden gerecht wird. **Ein Anspruch auf Beschäftigung mit einer nur graduell weniger belastenden Tätigkeit, die aber den körperlichen Einschränkungen des behinderten Menschen nicht voll Rechnung trägt, ist im Gesetz nicht vorgesehen** und auch nicht gewünscht. Sie diene nicht der Verwertung und Entwicklung der vorhandenen Fähigkeiten und Kenntnisse (§ 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX), sondern **nur der Verzögerung des körperlichen Verschleißes**. Das Gesetz ist aber nicht zur „Schadensbegrenzung“ gedacht, sondern zur „Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen“ (vgl. Gesetzesüberschrift).

Abgesehen davon wäre eine solche Sichtweise **auch für Arbeitgeber unzumutbar** (§ 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX), müssten sie doch befürchten, in ständig neuer Auseinandersetzung mit behinderten Arbeitnehmern verwickelt zu werden, die schon einen leidensgerechteren Arbeitsplatz erstritten haben und von dort aus einen noch leidensgerechteren Arbeitsplatz begehren.

Krit. Anm Stähler in jurisPR-ArbR 35/2010 Anm. 6

„Obgleich vorliegend eine Beschäftigungsmöglichkeit in der Cafeteria des Arbeitgebers ausschied, da auch diese – ausweislich ärztlicher Feststellung – nicht behinderungsgerecht im Sinne der Belastungsfähigkeit der Arbeitnehmerin gewesen wäre, wurden aber auch weitere Möglichkeiten offenkundig erst überhaupt nicht geprüft. Jedenfalls wird in der Entscheidung nichts festgestellt oder ausgesagt. Da vorgenannte Aspekte in die gerichtliche Entscheidungsfindung durchaus hätten mit einfließen müssen, ist es insoweit schon bedauerlich, dass die Revision nicht zugelassen worden ist. Hierbei hätte selbstverständlich auch der vom Landesarbeitsgericht zum Ende seiner Entscheidung angeführte Aspekt aufgegriffen und vertieft werden können, dass es zu einem für Arbeitgeber unzumutbaren Zustand (vgl. § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX) führen könnte, müssten sie befürchten, in eine ständig neue Auseinandersetzung mit behinderten Arbeitnehmern verwickelt zu werden, die schon einen „leidensgerechten“ Arbeitsplatz erstritten haben und von dort aus einen noch „leidensgerechteren“ Arbeitsplatz begehren.“

Problem: Auf möglichem anderem Arbeitsplatz ist ebenfalls ein behinderter Mensch beschäftigt

ArbG Düsseldorf Urteil v.23. März 2009 - 2 Ca 6681/08, juris

„Am Standort T., I., beschäftigt die Beklagte den Mitarbeiter T., der ebenfalls eine Behinderung aufweist. Ein Ersatz dieses Mitarbeiters durch die Klägerin kommt offensichtlich nicht in Betracht. **Ein behinderter Mensch kann nicht durch den Weg über § 81 SGB IX einen anderen Behinderten verdrängen.** Die Norm verlangt zwar vom Arbeitgeber eine Umorganisation, wenn dadurch die Beschäftigung eines behinderten Menschen gesichert werden kann, eine wie auch immer geartete "Sozialauswahl" zwischen zwei Behinderten sieht das Gesetz nicht vor. Der Anspruch aus § 81 SGB XI ermöglicht also keinen "Verdrängungswettbewerb" schwerbehinderter Menschen.“

Der Betriebsrat verweigert seine Zustimmung einer Versetzung. Muss der Arbeitgeber das Arbeitsgericht zwecks Zustimmungsersetzung anrufen?

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bleiben unberührt. Soweit für die Erfüllung des Beschäftigungsanspruchs des sbM etwa in einen anderen Betrieb eine Zustimmung des BR erforderlich ist, muss der Arbeitgeber diese einholen.

Wird sie **verweigert** und **steht nicht fest**, dass dem Betriebsrat **objektive** Zustimmungsverweigerungsgründe nach § 99 BetrVG zustehen, ist strittig:

Hat sbM Anspruch auf Durchführung des gerichtlichen Zustimmungsverfahrens?

Meinungsstreit zwischen zwei BAG-Senaten

9. Senat: Ja (Urt. v. 3. Dezember 2002 - 9 AZR 481/01 = BAGE 104, 45)

2. Senat: Nein (Urteil vom 22. September 2005 - 2 AZR 119/04 = BAGE 116, 7)

Arg. Problem der **Zumutbarkeit für Arbeitgeber**, der bei verweigerter Zustimmung kündigt!

Kündigung wird ohnehin durch IntA überprüft. Bei Zustimmung = anzunehmen, dass Zustimmungsverweigerung des BR zur Änderung der Arbeitsbedingungen i. O. war.

LAG Hamm Urt. v. 30. Sept. 2010 - 15 Sa 416/10 = BehindertenR 2011, 111

1. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung zu einer leidensgerechte Weiterbeschäftigung (Versetzung) eines Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz, ist der Arbeitgeber verpflichtet, das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG durchzuführen, wenn er erkennt, dass die geltend gemachten Zustimmungsverweigerungsgründe tatsächlich nicht vorliegen.

2. Ist allerdings die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung des Arbeitnehmers erteilt, so ist dem Arbeitgeber im Normalfall die Durchführung des Zustimmungsersetzungsverfahrens gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG unzumutbar, weil die damit verbundene erhebliche Verzögerung des Kündigungsverfahrens mit unverhältnismäßigen Aufwendungen im Sinne des § 81 Abs. 4 S. 3 SGB 9 verbunden wäre.

Der Arbeitgeber plant eine Beendigungskündigung. Muss er eine Änderungskündigung zwecks Versetzung in Erwägung ziehen?

Die Pflicht des Arbeitgebers, einem schwerbehinderten Arbeitnehmer gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX einen seinen Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechenden Arbeitsplatz zuzuweisen, ist auch zu berücksichtigen bei der Prüfung, ob eine **Beendigungskündigung** durch eine mit einer Änderungskündigung verbundene **Versetzung** auf einen solchen **Arbeitsplatz vermieden** werden kann.

Lässt sich aus § 81 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX ein Beförderungsanspruch ableiten?

§ 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX enthält **keinen allgemeinen Anspruch auf bevorzugte Beförderung** (BAG Ur. v. 19. September 1970 - 4 AZR 887/77 = Behindertenrechts 1980, 88). Allerdings hat das BAG aus der erweiterten Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers geschlossen: **Im Einzelfall** kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, einem **sbM den beruflichen Aufstieg zu ermöglichen**. Bei **gleicher Qualifikation** mehrerer Bewerber könne es geboten sein, den **schwerbehinderten Menschen vorzuziehen**.

Voraussetzung sei, dass er bei Anwendung der Kriterien von Eignung und Leistung als gleichwertig gelte und seiner Verwendung auf der »Beförderungsstelle« keine betrieblichen Gründe entgegenstünden (BAG Ur. vom 12. November 1980 - 4 AZR 779/78 = BAGE 34, 250).

Auch die **Verwaltungsgerichte** haben entschieden: Das Schwerbehindertenrecht gibt den sbM keinen Anspruch auf Bevorzugung wegen ihrer Behinderung (BVerwG 15. Februar 1990 - 1 WB 36/8 = BVerwGE 86, 244).

Ebenso gewähren die **Erlasse über die Fürsorge für Schwerbehinderte im öffentlichen Dienst** nur bei absolut gleich guter Eignung einen Vorzug für sbM (vgl. für den Geschäftsbereich des BMVg: - Fürsorgeerlass - VMBl 1990 S. 230 - Nr. 10.1 und 14.5). Aus dem im SGB IX geregelten Schwerbehindertenrecht kann nichts anderes entnommen werden.

Was bedeutet das Gebot der Förderung beruflicher Bildung von sbM?

Nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 SGB IX hat der Arbeitgeber die berufliche Bildung schwerbehinderter Menschen zu fördern. Der Bestand der Arbeitsverhältnisse von sbM soll durch Qualifizierung gesichert und ihnen die Möglichkeit des beruflichen Aufstiegs eröffnet werden.

Beachte:

- Bei **innerbetriebl.** Maßnahmen ist der Schwerbehinderte **bevorzugt zu berücksichtigen** (Nr. 2),

- den Zugang zu **außerbetriebl.** Maßnahmen muss der AG lediglich **erleichtern** (Nr. 3).

Der Arbeitgeber wird allerdings **nicht verpflichtet**, überhaupt betriebliche **Bildungsmaßnahmen anzubieten**.

Im gegebenen Fall hat er aber sbM bevorzugt an solchen Maßnahmen (Berufsausbildung, Fortbildung und Umschulung, z.B. Lehrgänge oder Ausbildungsstationen) teilnehmen zu lassen. Hierzu hat der Gesetzgeber ausdrücklich einen Vorrang bei gleicher Eignung und Befähigung in das Gesetz aufgenommen.

Beispiel:

Haben sich für fünf Teilnehmerplätze sechs annähernd gleich geeignete Belegschaftsangehörige beworben, so sind die zwei sb Bewerber in jedem Fall für die Teilnahme an der Veranstaltung von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Entgelts freizustellen.

Auch dieser Anspruch ist einklagbar! (vgl. *Knittel* SGB IX § 81 Rn. 162).

Zu beachten ist das **qualifizierte Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** nach § 98 BetrVG bei der Auswahl der Teilnehmer

(3) Führt der Arbeitgeber betriebliche Maßnahmen der Berufsbildung durch oder stellt er für außerbetriebliche Maßnahmen der Berufsbildung Arbeitnehmer frei oder trägt er die durch die Teilnahme von Arbeitnehmern an solchen Maßnahmen entstehenden Kosten ganz oder teilweise, so kann der Betriebsrat Vorschläge für die Teilnahme von Arbeitnehmern oder Gruppen von Arbeitnehmern des Betriebs an diesen Maßnahmen der beruflichen Bildung machen.

(4) Kommt im Fall des Absatzes 1 oder über die nach Absatz 3 vom Betriebsrat vorgeschlagenen Teilnehmer eine Einigung nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

Hieraus dürfte eine **Unterstützungspflicht** bei der Eingliederung schwer behinderter Menschen abzuleiten sein (vgl. *Knittel* § 81 SGB IX Rn. 162 m. w. N.).

Was gilt bezüglich außerbetrieblicher Bildungsmaßnahmen?

Bei außerbetrieblichen Bildungsmaßnahmen (= Kurse oder Seminare von Trägern jeder Art) ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Teilnahme für die schwerbehinderten


Interessenten zu erleichtern. Dazu gehört insbesondere

- eine Informationspflicht gegenüber dem sbM
 - soweit möglich Einflussnahme auf die Aufnahme in die Veranstaltung
 - die Rücksichtnahme bei der Gestaltung der Arbeitszeit.
- Bei Verweigerung = wiederum einklagbarer Anspruch, ggf. einstweilige Verfügung.

Was umfasst das Gebot der behindertengerechten Einrichtung und Unterhaltung von Arbeitsstätten?

Der Arbeitgeber hat nach § 81 Abs. 4 Nr. 4 SGB IX die Arbeitsstätten einschließlich sämtlicher Betriebsanlagen behindertengerecht einzurichten und zu unterhalten. Das betrifft insbesondere Anlagen wie Toiletten, Aufzüge, Zugänge zur Kantine, zum Betriebsratsbüro, zum Büro der Schwerbehindertenvertretung.

Wichtig:



Deshalb kann der Arbeitgeber auch nicht etwa die Bewerbung eines Rollstuhlfahrers mit der Begründung ablehnen, seine Arbeitsstätte sei nicht auf diese Art der Behinderung eingerichtet. Ein Ablehnungsgrund kann allenfalls dann bejaht werden, wenn er vom Arbeits- und Integrationsamt keine Unterstützung erhält (Abs. 4 Satz 2) und ihm die erforderlichen baulichen Veränderungen im Einzelfall unzumutbar sind (Abs. 4 Satz 3).

Was bedeutet die Pflicht zur behinderungsgerechten Umgestaltung von Arbeitsplätzen und Arbeitsorganisation?

Um eine **behinderungsgerechte Beschäftigung zu ermöglichen**, ist nach § 81 Abs. 4 Nr. 4 SGB IX der Arbeitgeber auch zur entsprechenden Umgestaltung von Arbeitsplätzen, des Arbeitsumfelds, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit **verpflichtet**. Zugunsten der behinderungsgerechten Beschäftigung schwerbehinderter Menschen muss der Arbeitgeber insoweit **Abstriche an der von ihm als wirtschaftlich angesehenen Betriebsführung** machen.

Beispiele:

Ein Krankenhausarzt wird infolge eines Arbeitsunfalls schwerbehindert. Wegen der Art seiner Behinderung kann er nicht mehr zu den regelmäßigen Nachtdiensten eingeteilt werden. Seine Arbeitszeit ist entsprechend auf Tagdienste zu verteilen.

Ein sbM kann nur noch Werkstücke bis 10 kg heben. Dennoch weiterhin Anspruch auf Beschäftigung als Flachsleifer, falls es bei sachgerechter Ablaufänderung möglich ist, nur noch Werkstücke dieser Größe zuzuweisen (vgl. BAG Urteil vom 14. März 2006 - 9 AZR 411/05 = NZA 2006,1214).

Wichtig:

- eingeschränkte Leistungsfähigkeit des sbM möglichst genau definieren! z. B. orthopädisch attestierte Fähigkeit, noch 10 - 15 Kilo zu heben = unklar ohne Zusatz: „wie oft und aus welcher Lage“?
- Konkrete Fähigkeiten bzw. Einschränkungen des Betroffenen auch unter Würdigung von Vorerkrankungen feststellen!

Geeignet: Profilvergleichssysteme (z.B. IMBA)

- einheitliches Raster zum Vergleich (Leistungsprofil/Anforderungsprofil)

LAG Niedersachsen Urt. v. 06.Dez.2010 - 12 Sa 860/10 juris
(Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen 9 AZR 38/11)

1. Der sich aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX ergebende Anspruch eines schwerbehinderten Menschen kann auch einen Anspruch auf Änderung des Ortes, an dem die Arbeitsleistung zu erbringen ist, einschließen. (Rn.35)

2. Wenn der Arbeitgeber für den schwerbehinderten Menschen bereits in der Vergangenheit einen funktionsfähigen Telearbeitsplatz in dessen Wohnung eingerichtet hat, so ist es dem Arbeitgeber ohne das Hinzutreten neuer, gewichtiger Umstände im Zweifel nicht unzumutbar i. S. v. § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX, den Arbeitnehmer weiterhin an zwei Werktagen die Woche in Telearbeit zu beschäftigen. (Rn.39)

3. Sofern die leidensgerechte Beschäftigung am heimischen Telearbeitsplatz eine Abänderung des ursprünglich geschlossenen Arbeitsvertrages hinsichtlich des Ortes der Erbringung der Arbeitsleistung erforderlich macht, kann der betroffene Arbeitnehmer unmittelbar auf entsprechende tatsächliche Beschäftigung klagen. Einer vorangehenden auf Änderung des Arbeitsvertrags gerichteten Klage bedarf es nicht. (Rn.36)

Hängt die entsprechende Verpflichtung davon ab, ob der Arbeitgeber die Beschäftigungsquote erfüllt?

Diese Verpflichtung gilt für **alle Arbeitgeber**, unabhängig davon, ob sie die Beschäftigungsquote erfüllen (BAG Urteil vom 14. März 2006 - 9 AZR 411/05 = NZA 2006,12 14). Mit der Einräumung des **individuellen Anspruchs auf Gestaltung durch das SGB IX** ist die frühere Begrenzung auf Arbeitgeber, die noch nicht die

Quote erfüllt haben, entfallen (zum früheren Recht BAG Urte. vom 23. Januar 2001 = 9 AZR 287/99). Der Gestaltungsanspruch steht seitdem nur noch unter dem Vorbehalt der Unzumutbarkeit bzw. der unverhältnismäßig hohen Aufwendungen nach Abs. 4 Satz 3.

Was bedeutet der Vorbehalt der Unzumutbarkeit oder Unverhältnismäßigkeit genau?

Sämtliche in Abs. 4 Satz 1 genannten Ansprüche des Arbeitnehmers stehen unter dem Vorbehalt, dass ihre Erfüllung für den Arbeitgeber nicht unzumutbar und auch nicht mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sein darf (Abs. 4 Satz 3. Auch dürfen nach dieser Bestimmung die staatlichen oder berufsgenossenschaftlichen Arbeitsschutzvorschriften oder beamtenrechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen.

- **Unverhältnismäßig** sind Maßnahmen, die nur mit einem besonders hohen finanziellen Aufwand durchgeführt werden können. Hierbei sind aber stets Unterstützungsleistungen Agentur für Arbeit, Integrationsamt und Reha-Träger zu berücksichtigen

Unverhältnismäßigkeit insbesondere dann zu bejahen, wenn

- der finanzielle Aufwand nicht sicher zu einer Dauerbeschäftigung schwer behinderten Menschen führt oder
- der umgestaltete Arbeitsplatz nur noch für begrenzte Zeit wegen des absehbaren Rentenbezugs genutzt werden kann (*Knittel* § 81 SGB IX Rn. 179).

Unzumutbar können geforderte Maßnahmen insbesondere dann sein, wenn hierdurch andere **Arbeitsplätze gefährdet** werden oder **gravierende sonstige Nachteile für andere Arbeitnehmer** entstehen (z.B. erhebliche Belastungen durch eine andere Verteilung körperlich besonders schwerer Arbeiten mit der Gefahr körperlicher Beeinträchtigungen)

Merke:

Allein die Befürchtung von Auseinandersetzungen über die Verteilung der Arbeitszeit führt nicht zur Unzumutbarkeit (ArbG Frankfurt a.M. Urteil vom 27. März 2002 – 2 Ca 5484/01 = NZA-RR 2002, 573; ErfK/Rolfs Rdnr. 16)

Unzumutbarkeit ggf. auch, wenn Maßnahmen die wirtschaftliche Lage des Unternehmens überfordern.

Aber:

- *Unterstützungsleistungen durch IntA/BA?*
- *Größe und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit?*
- *Beschäftigungspflicht erfüllt?*

Jedenfalls hat aber der **Arbeitgeber** substantiiert **vorzutragen**, weshalb die möglichen organisatorischen Veränderungen ihm unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre (BAG Urteil vom 17. März 2006 - 9 AZR 411/05 = NZA 2006, 214 = BehindertenR 2007,76)

Gibt es einen Anspruch auf behindertengerechte Arbeitszeit, etwa durch Herausnahme aus der Nachtschichtenteilung?

Schwerbehinderte Menschen haben nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX einen **einklagbaren Anspruch auf behinderungsgerechte Gestaltung der Arbeitszeit**, soweit dessen Erfüllung für den Arbeitgeber nicht unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist. Zur Gestaltung der Arbeitszeit gehört auch die **Lage der Arbeitszeit**.

Hieraus kann sich die Pflicht des Arbeitgebers ergeben, einen sb Arbeitnehmer **nicht zur Nachtarbeit einzuteilen** (vgl. BAG Ur. vom 03. Dez. 2002 - 9 AZR 462/01 - AP Nr. 1 zu § 124 SGB IX). Dieser Anspruch setzt voraus, dass mit Rücksicht auf die Auswirkung einer Behinderung eine Gestaltung der Arbeitszeit notwendig ist, die Nachtarbeit vermeidet.

Beachte aber:

Aus der Vorschrift folgt kein Recht auf Reduzierung des Arbeitspensums über die durch die Schwerbehinderung ggf. bedingte Verlangsamung des Arbeitstempos hinaus.

Weder SGB IX noch ArbZG geben einen ausdrücklichen Anspruch auf erweiterte Pausen (LAG Rh-P Ur. v. 14. Juli 2005 - 11 Sa 253/05, juris).

Was muss der sbM insoweit nachweisen?

Legt der Arbeitnehmer ein **ärztliches Attest** vor, dann genügt es nicht, wenn der Arbeitgeber geltend gemacht, er könne zur Beeinträchtigung des Arbeitnehmers keinerlei Aussagen treffen und diese mit Nichtwissen bestreitet. Nach den anerkannten Regeln, die für den Beweiswert einer ordnungsgemäß ausgestellten **Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** angewendet werden, spricht die **tatsächliche Vermutung der Richtigkeit** für eine derartige Auswirkung einer Behinderung (LAG Rheinland-Pfalz Urt. vom 3. Februar 2005 - 4 Sa 900/04, juris).

In dem vom LAG entschiedenen Fall ging es um die Befreiung eines Arbeitnehmers von der Nachschicht, der unter Bluthochdruck leidet und nur noch eine Niere hat. Angesichts der tatsächlichen Vermutung der Richtigkeit, die die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat, ist es Sache des Arbeitgebers darzulegen, dass tatsächliche Umstände Zweifel an der Richtigkeit der Feststellungen gebieten.

Welchen Einwand kann der Arbeitgeber hierzu erheben?

Der Arbeitgeber kann einzuwenden, dass es ihm **nicht zumutbar sei oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre**, den Arbeitnehmer nicht zur Nachschicht einzuteilen.

Zwar ist anerkennenswert, dass ein Arbeitgeber ggf. die Gleichbehandlung sämtlicher Mitarbeiter erreichen will, um Unzufriedenheit und Reibereien zu vermeiden. Es ist auch absehbar, dass durch die Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus einem laufenden Wechselschichtbetrieb andere Arbeitnehmer überproportional belastet werden müssen. Dies stellt aber keine Unzumutbarkeit dar, die gegenüber dem Anspruch des sb Menschen aus § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX eingewendet werden kann.

Was umfasst der Anspruch auf behinderungsgerechte Ausstattung des Arbeitsplatzes mit technischen Arbeitshilfen?

Nach § 81 Abs. 4 Nr. 5 SGB IX hat der Arbeitgeber den mit einem schwerbehinderten Menschen besetzten Arbeitsplatz mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen auszustatten.

Beispiele:

- Gehhilfen für Geh- und Stehbehinderte
- Hebehilfen für Rückgratgeschädigte
- Lesehilfen für Sehbehinderte,
- angepasster PC für stark sehbehinderte oder blinde Mitarbeiter.

Problem:

Abgrenzung von Hilfsmitteln, die der allgemeinen Minderung oder Beseitigung behinderungsbedingter Beeinträchtigungen dienen, etwa Prothesen. Sozialrechtliche Reha-Leistungen gehen den Ansprüchen nach dem Schwerbehindertenrecht vor (BSG Ur. v. 22. Sept.1981 – 1 RA 11/80 = BSGE 52, 117).

Ebenso SG Dresden Ur. vom 28. Februar 2011 -S 24 KN 625/09 für behindertengerechten Bürostuhl).

Dieser Anspruch steht wieder unter dem Zumutbarkeitsvorbehalt des Abs. 4 Satz 3 und unter der Bedingung, dass der schwerbehinderte Mensch auf einem Arbeitsplatz im Sinne von § 73 Abs. 1 SGB IX beschäftigt wird.

Beachte:

Bei der Beschaffung technischer Arbeitshilfen kommt die Möglichkeit einer zumindest teilweisen **Übernahme der Kosten aus Mitteln** der Ausgleichsabgabe in Betracht (vgl. § 77 Abs. 5, § 102 Abs. 3 SGB IX i.V. mit §§ 15, 26 SchwbAV). Der Arbeitgeber muss sich in einem angemessenen Verhältnis an den Gesamtkosten beteiligen.

Eine zusätzliche Hilfe in Form von Zuschüssen zur behindertengerechten Ausgestaltung von Ausbildungs- und Arbeitsplätzen kann nach § 237 SGB III gewährt werden.

„Arbeitgeber können Zuschüsse für eine behindertengerechte Ausgestaltung von Ausbildungs- oder Arbeitsplätzen erbracht werden, soweit dies erforderlich ist, um die dauerhafte Teilhabe am Arbeitsleben zu erreichen oder zu sichern und eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers nach dem Teil 2 des Neunten Buches nicht besteht“

Was folgt aus der Nichterfüllung dieses Anspruchs?

Erfüllt der Arbeitgeber schuldhaft seine Verpflichtung nicht, ist er dem Arbeitnehmer zum **Schadenersatz** verpflichtet.

- § 280 Abs. 1 BGB
- § 823 Abs. 2 BGB i. V .m. § 81 Abs. 4 Satz 1 SGB IX als Schutzgesetz

Der Schaden wird häufig in einem **Verdienstausschlag** liegen, den der Arbeitnehmer hat, weil er ohne technische Ausstattung nicht zur Arbeit in der Lage ist. Solange der Arbeitgeber sich in entschuldbarer Weise über die Erforderlichkeit der technischen Ausstattung oder deren praktischer Gebrauchsfähigkeit irrt, entsteht kein Anspruch (BAG, Urt. vom 23. Februar 2001 - 9 AZR 287/99 = NZA 2001, 1020).

- Es liegt daher im Eigeninteresse des Arbeitnehmers noch vor Ablauf der Arbeitsunfähigkeit sich mit dem ärztlich begründeten Verlangen nach technischen Arbeitshilfen zu melden!
- Soweit die Verpflichtung zur Prävention nach § 84 SGB IX besteht, schuldet im Übrigen der Arbeitgeber auch eigenständige Bemühungen zur Klärung, wie die Beschäftigung fortgesetzt werden kann!

Problem:

Gerät Arbeitgeber bereits in **Annahmeverzug**, wenn er den Arbeitsplatz nicht behinderungsgerecht ausstattet?

Wohl nicht! Voraussetzungen des Annahmeverzugs nach § 615, § 293 ff. BGB:

§ 296 S. 1 BGB

Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt.

Die nach § 296 Satz 1 BGB vom Gläubiger vorzunehmende Handlung besteht darin, die vom Arbeitnehmer geschuldete Leistung hinreichend zu bestimmen und durch Zuweisung eines bestimmten Arbeitsplatzes zu ermöglichen. Bei der Forderung nach technischen Hilfen verlangt der Arbeitnehmer mehr als diese Mitwirkungshandlung.

Er verlangt eine Änderung der konkret geschuldeten Arbeit (BAG a.a.O.).

Unter welchen Voraussetzungen hat ein sbM einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung?

Nach § 81 Abs. 5 Satz 3 SGB IX haben schwerbehinderte Menschen einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung. Voraussetzung ist, dass die gewünschte kürzere Arbeitszeit wegen Art und/oder Schwere der Behinderung **notwendig** ist.

Inwiefern ist dieser Anspruch gegenüber dem allgemeinen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit privilegiert?

- Er kann **auch in Kleinbetrieben** geltend gemacht werden.
- Er ist nicht davon abhängig, dass das Arbeitsverhältnis **mindestens sechs Monate** besteht.
- Es kann auch eine **zeitlich befristete Herabsetzung** der Arbeitszeit beansprucht werden.
(BAG Urteil vom 14. Oktober 2003 – 9 AZR 100/03 = BAGE 108, 77 = BehindertenR 2004, 119).

Welche Anforderungen bestehen an die Geltendmachung?

Anders als in § 8 TzBfG ist für die Inanspruchnahme der besonderen Regelung zu Gunsten schwerbehinderter Menschen **weder Form, Frist oder Verfahren vorgeschrieben**. Der schwerbehinderte Mensch kann daher bei Verschlimmerung seiner Behinderung den Anspruch **mit sofortiger Wirkung** geltend machen.

Denn der **schwerbehindertenrechtliche Beschäftigungsanspruch entsteht unmittelbar bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen** (BAG Urteil vom 14. Oktober 2003 a.a.O.). Es bedarf keiner vorhergehenden Vertragsänderung und damit keiner Leistungsklage des sb AN mit dem Ziel, die Willenserklärung des Arbeitgebers zu ersetzen (str.; vgl. näher Knittel § 81 SGB IX Rn. 192).

Beachte:

→ Der sb Arbeitnehmer ist folgerichtig auch **an das Verlangen nach Reduzierung der**

Arbeitszeit gebunden, sobald es als empfangsbedürftige Willenserklärung dem Arbeitgeber zugegangen ist. Diese ist nicht frei widerruflich. (vgl. § 130 BGB). Nur wenn der Arbeitgeber bei erneuter Meinungsänderung des Betroffenen mit einer Beibehaltung der bisherigen Arbeitszeit einverstanden ist, kann das nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen die durch das Teilzeitverlangen bewirkte Änderung aufheben.

→ Auch bei **Verbesserung der Leistungsfähigkeit** kann - spiegelbildlich zu den vom BAG im Urteil vom 3. Dezember 2002 dargelegten Grundsätzen - die Verringerung wieder **rückgängig gemacht** werden (so auch Düwell in LPK/SGB IX/ § 81 Rn. 9)

Es gilt auch hier der **Zumutbarkeitsvorbehalt des Abs. 4 Satz 3** entsprechend.

Wegen des ohnehin schon **strengen Maßstabs beim allgemeinen Anspruch** auf Teilzeitarbeit

(Ablehnung nur, wenn Gründe rational und nachvollziehbar sind und deutliches Gewicht haben; Beeinträchtigung des Arbeitgebers muss wesentlich sein, vgl. BAG Ur. v. 14. Oktober 2003 – 9 AZR 636/02 = BAGE 108, 103)



wird gefolgert: Teilzeittätigkeit eines schwer behinderten Menschen kann für den Arbeitgeber nur beim Vorliegen zwingender Gründe unzumutbar sein (Knittel § 81 SGB IX Rn. 207). Die Beweislast trägt der Arbeitgeber.

Mögliche Ablehnungsgründe

- unzumutbare Änderung der Arbeitsorganisation oder im Arbeitsablauf (nicht ausreichend der Einwand: bislang nur Vollzeitkräfte beschäftigt)
- Kein Ausgleich der Arbeitsreduzierung durch zusätzliches Personal möglich (aber strenge Anforderungen an diese Behauptung)
- Unteilbarer Arbeitsplatz aufgrund besonderer Qualifikation des sbM oder wegen besonderer Anforderungen der Stelle
- Unverhältnismäßige Aufwendungen (aber nur im Sinne von: für Arbeitgeber nicht mehr tragbar)

Ergibt sich aus dem Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung ein Vorrecht bei der Begründung von Altersteilzeit?

Aus dem Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung ergibt sich kein Vorrecht bei der Begründung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses (BAG Ur. vom 26. Juni 2001 - 9 AZR 244/00 = BAGE 98, 114). Denn der Anspruch des schwerbehinderten Menschen auf Verringerung seiner Arbeitszeit ist nicht auf Herabsetzung der Arbeitszeit unter Inanspruchnahme der Vorteile der Altersteilzeit gerichtet (so auch Düwell in LPK-SGB IX § 81 Rn. 36).

Was bedeutet die die Förderungspflicht von Arbeitgebern bei der Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen?

Nach § 81 Abs. 5 Satz 1 SGB IX haben Arbeitgeber die Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen zu fördern. Diese Vorschrift hat angesichts des besonderen in § 81 Abs. 5 Satz 3 SGB IX und des allgemeinen in § 8 TzBfG geregelten Anspruchs auf Verringerung der Arbeitszeit kaum praktische Bedeutung.

Was bedeutet der Anspruch auf stufenweise Wiedereingliederung?

Der schwerbehinderte Arbeitnehmer kann nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX die Beschäftigung zur stufenweisen Wiedereingliederung im Sinne des § 28 SGB IX verlangen.

Das SGB IX will der Ausgrenzung der behinderten Menschen aus dem Arbeitsleben entgegenwirken und der Teilhabe stärken. → Zeiten der Arbeitsunfähigkeit sind nicht mehr Zeiten des Ruhens, sondern Zeiten für betriebliche Eingliederungsmaßnahmen. Insoweit wirken die Regelungen § 28 sowie in § 84 Abs. 1 (Prävention) sowie in § 84 Abs. 2 SGB IX (Betriebliches Eingliederungsmanagement) zusammen.

In welcher grundlegenden Entscheidung hat das BAG diesen Anspruch bekräftigt?

Im Urteil vom 13. Juni 2006 - 9 AZR 229/05 = BAGE 118, 252)

Zugrunde lag folgender Fall:

Der schwerbehinderte Kläger war bei der Beklagten (einem Spitzenrestaurant) seit 1980 als Chef de Rang angestellt. Seit Juli 2002 war er arbeitsunfähig krank. Nach Abschluss einer stationären Rehabilitationsmaßnahme wurde er als arbeitsunfähig entlassen, jedoch eine stufenweise Wiedereingliederung empfohlen. Der Plan des Hausarztes sah eine Beschäftigung von drei Stunden täglich vom 01.01.-31.01.2004 an drei Wochentagen, vom 01.02.-29.02.2004 an 4 Wochentagen und vom 01.03.-31.03.2004 an fünf Wochentagen vor.

Die Eingliederung wurde jedoch kurz nach ihrem Beginn durch den Arbeitgeber abgebrochen.

Das ArbG hat der Klage auf Beschäftigung entsprechend dem Plan des behandelnden Arztes stattgegeben; das LAG hat dieses Urteil indes aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Das BAG ist dem im Ergebnis, nicht aber in der Begründung gefolgt.

Es geht allerdings davon aus, dass dem sb Kläger aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX ein Beschäftigungsanspruch zustehen kann und hierunter auch eine stufenweise Wiedereingliederungen fallen kann. Der Begriff "Beschäftigung" sei weit zu fassen; er setze nicht notwendig die Leistung von Arbeit in einem Arbeitsverhältnis voraus.

Vor Inkrafttreten des SGB IX habe weitgehend Einigkeit bestanden, dass stufenweise Wiedereingliederungen für beide Vertragspartner freiwillig seien. Durch die auf alle Träger ausgedehnte Verpflichtung zur Stützung der stufenweisen Wiedereingliederung (§ 28 SGB IX) und die Präventionspflichten des Arbeitgebers nach § 84 SGB IX werde aber deutlich, dass eine Mitwirkung des Arbeitgebers an dem Ziel gefordert ist, der Ausgrenzung behinderter Menschen aus dem Arbeitsleben entgegen zu wirken.

Nach Ansicht des Senats scheitert der Anspruch jedoch daran, dass der Kläger keinen ausreichenden Wiedereingliederungsplan vorgelegt hat.

Der Kläger sei darlegungspflichtig.

Er müsse spätestens bis Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem LAG auf dem Vordruck seiner Krankenkasse eine ärztliche Bescheinigung seines behandelnden Arztes vorlegen, aus der

- Art und Weise der empfohlenen Beschäftigung,
- Beschäftigungsbeschränkungen,
- Umfang der täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit sowie
- die Dauer der Maßnahme

abzulesen seien. Sie müsse eine Prognose enthalten, wann voraussichtlich die Wiederaufnahme der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit möglich sein werde.

Kein Anspruch bestehe auf eine therapeutische Erprobung, ohne dass in absehbarer Zeit das "Ob" und das "Wie" einer möglichen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ersichtlich seien. Die Prognose müsse sich allerdings nicht stets auf die Wiederherstellung der vollen Erwerbsfähigkeit richten; auch eine nach Art, Dauer, zeitlicher und räumlicher Lage veränderte Arbeitstätigkeit sei Wiedereingliederung.

Diesen Anforderungen genügten die vom Kläger vorgelegten Bescheinigungen indes nicht. Es fehle jeweils die Prognose.

Die Entscheidung ist ein wichtiger Schritt hin zur Verwirklichung der neuen Akzente des Arbeitsverhältnisses durch das SGB IX. Es trägt bei zur Klärung der umstrittenen Frage, ob und inwieweit der Arbeitgeber verpflichtet ist, an einer ärztlich empfohlenen stufenweisen Wiedereingliederung mitzuwirken. Dabei hebt sie ins Bewusstsein, dass sich das Arbeitsrecht seit der Einführung des SGB IX in Bezug auf Krankheiten und Schwerbehinderungen deutlich verändert hat.

Wie konkret muss der Klageantrag gefasst sein?

Der Kläger im BAG-Fall hatte beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihm im Rahmen einer stufenweisen Wiedereingliederung **entsprechend der ärztlichen Empfehlung** vom 05.12.2003 **einen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und ihn zu beschäftigen**. Dies sieht der Senat als **hinreichend bestimmt** an. Die mangelnde Konkretisierung, wie die Beschäftigung aussehen solle, sei unbeachtlich. Anders als bei Arbeitsverhältnissen müssten sich die Vertragspartner jeweils über die Umsetzung im betrieblichen Alltag verständigen. Die damit verbundenen Unwägbarkeiten seien hinzunehmen.

Inwieweit ist das Urteil problematisch in Bezug auf nicht behinderte Arbeitnehmer?

Das BAG hatte in früheren (allerdings schon damals anfechtbaren) Entscheidungen eine Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers noch generell verneint (BAG a. a. O). Indem § 81 Abs. 4 SGB IX als entscheidende Rechtsgrundlage herangezogen wird, wird allerdings klar, dass sich das vorliegende Urteil nur auf die Mitwirkung bei der Wiedereingliederung schwerbehinderter Arbeitnehmer bezieht.

Irritierend ist allerdings die ausdrückliche Betonung, dass nicht behinderte Arbeitnehmer keinen Anspruch aus § 81 SGB IX herleiten könnten und auch sonst keine Verpflichtung des Arbeitgebers bestehe die Teilhabe am Arbeitsleben zu fördern. Diese Nebenbemerkung wird z. T. kritisiert, weil sie ohne nähere Auseinandersetzung die Diskussion abschneidet, ob nicht nach Inkrafttreten des § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM) in Verbindung mit der allgemeinen Fürsorgepflicht und dem Umstand, dass Arbeitsentgelt nicht geschuldet wird, nunmehr auch für nicht schwer behinderte Arbeitnehmer im Rahmen des Zumutbaren ein Anspruch auf Mitwirkung des Arbeitgebers bei stufenweiser Wiedereingliederung bestehen kann.

(hierzu ausführlich Gagel, NZA 2001,988, Gagell/Schian, BehindertenR 2006,39; ferner Diskussionsforum SGB IX, www.iqpr.de > Beitrag 3 9/2005)

Mit Urteil vom 12. Juli 2007 -2 AZR 716/06 = BAGE 123, 234 hat das BAG jedoch nun festgestellt, dass das Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX für alle Arbeitnehmer besteht, nicht nur für behinderte Menschen.

Hat der Arbeitgeber kein BEM durchgeführt, so besteht auch bei der personenbedingten Kündigung nicht behinderter Menschen eine besondere Darlegungslast des Arbeitgebers betreffend alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten. Der Arbeitgeber darf in diesem Fall aus seiner dem Gesetz widersprechenden Untätigkeit keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile ziehen.

- Er darf sich grundsätzlich nicht darauf beschränken pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer bzw. es gebe keinen freien (leidensgerechten) Arbeitsplatz.

- Es bedarf in diesem Fall vielmehr eines umfassenden konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz und einer nicht durchführbaren leidensgerechten Anpassung und Veränderung des Arbeitsplatzes bzw. eines alternativen Einsatzes auf einem anderen Arbeitsplatz.

Welche Bedeutung haben die vom BAG aufgestellten Voraussetzungen bei freiwilliger Mitwirkung des Arbeitgebers?

Die vom BAG aufgestellten Voraussetzungen sind nur für die Begründung einer Verpflichtung des Arbeitgebers wichtig.

Die Möglichkeiten zur stufenweisen Wiedereingliederung sind bei **freiwilliger Mitwirkung des Arbeitgebers** sozialrechtlich weder durch die Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien

Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung (Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien) nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V

begrenzt, noch ergeben sich Leistungskürzungen, wenn andere Wege beschritten werden.

Der Gesetzgeber verpflichtet lediglich in § 74 SGB V den Kassenarzt, einen Plan aufzustellen und in § 28 SGB IX die Träger, die Eingliederung zu unterstützen. Wege und Ausgestaltung richten sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien für die ein weiter Raum besteht (www.iqpr.de > Diskussionsforum SGB IX > Beitrag 16/2005).