ZAP

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

3 | 2020

5. Februar
32. Jahrgang
ISSN 0936-7292

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln Begründet von: Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

Inklusive ZAP App!

Details unter: www.zap-zeitschrift.de/App

AUS DEM INHALT

Kolumne

„Was ist Ihr Interesse?" – Zur Struktur einer Mediation (S. 113)

Anwaltsmagazin

Bundestag entscheidet über Organspenden (S. 115) • Haftungsfragen beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz (S. 119) • Nutzung von Online-Mediation (S. 120)

Aufsätze

Börstinghaus, Kündigung von Wohnraummietverträgen: Formalien (Teil 1) (S. 127)

Geißinger, Die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen (S. 151)

Burhoff, Modernisierung des Strafverfahrens – Ermittlungsverfahren (S. 165)

Rechtsprechung

OLG Düsseldorf: Richter als Halter eines Dieselfahrzeugs der Abgasnorm Euro 5 (S. 123)

BGH: Beschleunigtes anwaltliches Vorgehen (S. 124)

OLG Bremen: Schlag mit einem Mobiltelefon (S. 125)

ZAP

In Zusammenarbeit mit der Bundesrechtsanwaltskammer

Sozialrecht

Schwerbehindertenrecht

Die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen – Rechte und Pflichten nach § 164 SGB IX

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht Petra Geißinger, Aßling/Oberbayern

Inhalt

I. Einführung und Ziele des § 164 SGB IX
II. Anwendungsbereich für Arbeitgeber und Arbeitnehmer
III. Arbeitgeberperspektive
1. Organisationspflicht, § 164 Abs. 1 SGB IX
2. Benachteiligungsverbot, § 164 Abs. 2 SGB IX
3. Beschäftigungspflicht, § 164 Abs. 3 SGB IX
4. Förderung von Teilzeitarbeit, § 164 Abs. 5 SGB IX
5. Unzumutbarkeit und Abwägung
6. Rechtsfolgen bei Verstößen
IV. Arbeitnehmerperspektive
1. Anspruch auf Beschäftigung, § 164 Abs. 4 SGB IX
2. Bevorzugte Berücksichtigung der beruflichen Bildung
3. Behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung von Arbeitsstätten sowie Ausstattung mit technischen Arbeitshilfen
4. Anspruch auf Teilzeit, § 164 Abs. 5 SGB IX
5. Anspruch auf stufenweise Wiedereingliederung
V. Perspektive von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung
1. Beteiligungsrechte des Betriebsrats
2. Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung (SBV)
VI. Verfahrensrechtliche Fragen
1. Klageantrag bei behinderungsbedingter Beschäftigung
2. Darlegungs- und Beweislast
VII. Schlussbemerkung

I. Einführung und Ziele des § 164 SGB IX

Die Norm des § 164 SGB IX ist eine der wichtigsten im SGB IX, da sie die Chancen und die Teilhabe schwerbehinderter Menschen im Erwerbsleben regelt. Die Norm wirkt auf den ersten Blick recht unübersichtlich, sodass hier jeweils aus der Perspektive des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers, aber auch der Schwerbehindertenvertretung (SBV) und des Betriebsrats (BRs) nicht nur die Pflichten, sondern auch die Handlungsmöglichkeiten dargestellt werden sollen.

Durch das BTHG (Bundesteilhabegesetz) vom 23.12.2016 wurde die Struktur des SGB IX geändert. Die Ansprüche auf Beschäftigung und das Benachteiligungsverbot sind nun im Teil 3, §§ 154 ff. SGB IX unter „Besondere Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen" geregelt. Den Anspruch gibt es in dieser Form seit dem 1.1.2008. Er entspricht dem früheren § 81 SGB IX, auf den sich noch viele der zitierten Fundstellen, insb. der Rechtsprechung, beziehen. Inhaltlich existiert die Regelung bereits seit dem 1.7.2001.

In der anwaltlichen Beratungspraxis wird sie entweder gar nicht oder nur am Rande berücksichtigt. Auch ist die detaillierte Kenntnis insb. im Arbeitnehmer- bzw. SBV-/Betriebsratsmandat von Vorteil, wenn es um die prozessuale Durchsetzung geht. Erst in letzter Zeit hat das Thema der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen an Bedeutung zugenommen, auch im Hinblick auf die gestärkten Teilhaberechte und die Antidiskriminierung von behinderten Menschen sowie als Mittel gegen den vielfach beklagten Facharbeitermangel (eingehend dazu Düwell, LPK-SGB IX zu § 164, Rn 4–8).

Die Kernziele des § 164 SGB IX sind sowohl die **Beschäftigungsförderung**, die **Beschäftigungssicherung** als auch die Durchsetzung des **Benachteiligungsverbots** von schwerbehinderten Menschen. Diese Ziele werden verstärkt sowohl durch Individualansprüche des schwerbehinderten Menschen, insb. nach § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX, als auch durch Beteiligungsrechte der SBV, des BR und der Bundesagentur für Arbeit (BA für Arbeit).

Kerninhalt/Struktur des § 164 SGB IX:

Abs. 1	• Organisationspflicht für Arbeitgeber bei Stellenbesetzung, • Kooperation mit der BA für Arbeit, • Beteiligung von SBV und Anhörung von BR/Personalrat
Abs. 2	• Benachteiligungsverbot für Arbeitgeber, • Verweis auf AGG
Abs. 3	• Pflicht für Arbeitgeber, die Mindestquote schwerbehinderter Menschen (dauerhaft) zu erfüllen
Abs. 4	• Beschäftigungsanspruch des schwerbehinderten Menschen gegenüber dem Arbeitgeber, • behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten, • behinderungsgerechte Gestaltung der Arbeitsplätze/Umfeld, • behinderungsgerechte Arbeitsorganisation/Arbeitszeit, • Ausstattung des Arbeitsplatzes mit erforderlichen technischen Arbeitshilfen, • Unterstützung des Arbeitgebers durch BA für Arbeit und Integrationsamt, • Grenze für Arbeitgeber, Zumutbarkeit und Aufwand
Abs. 5	• Pflicht des Arbeitgebers zur Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen sowie Anspruch des schwerbehinderten Menschen auf Teilzeitbeschäftigung, wenn wegen Art der Behinderung notwendig

Für öffentliche Arbeitgeber gelten nicht nur die Pflichten des § 154 i.V.m. § 164 SGB IX, sondern weitergehende Pflichten, wie die Meldepflicht an die BA für Arbeit und die Pflicht zur Einladung eines schwerbehinderten Menschen zu einem Vorstellungsgespräch (vgl. § 165 SGB IX).

II. Anwendungsbereich für Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Die Pflichten des § 164 SGB IX gelten grds. für alle Arbeitgeber, also auch diejenigen, die nicht unter das KSchG fallen, soweit sich aus dem Wortlaut nicht etwas anderes ergibt.

Umgekehrt gilt die Vorschrift für alle schwerbehinderten Menschen. Es findet keine Begrenzung auf Arbeitnehmer im klassischen Sinne nach § 611a BGB statt. Denn der Maßstab ist hier allein § 2 Abs. 2 SGB IX. Dieser setzt zumindestens einen Grad der Behinderung (GdB) von 50 oder höher voraus. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der **Behindertenbegriff europarechtskonform** (RL 2000/78/EG) **weit auszulegen** ist, sodass auch behinderte Menschen mit einem GdB von mindestens 30 (gleichgestellt i.S.v. § 2 Abs. 3 SGB IX) darunterfallen (vgl. Fabricius in juris-PK, 3. Aufl. zu § 164 Rn 9; Düwell in LPK SGB IX zu § 164 Rn 20; BAG, Urt. v. 3.4.2017 – 9 AZR 823/06; BAG, Urt. v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07).

III. Arbeitgeberperspektive

1. Organisationspflicht, § 164 Abs. 1 SGB IX

§ 164 Abs. 1 ist als Organisationspflicht für den Arbeitgeber ausgestaltet. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, vor jeder Stellenbesetzung zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Dabei ist die BA für Arbeit einzubinden, diese kann als arbeitslos

oder als arbeitssuchend gemeldete schwerbehinderte Menschen dem Arbeitgeber vorschlagen. Weiter hat der Arbeitgeber die SBV bzw. die in § 176 SGB IX genannten Vertretungen, insb. den BR, einzubeziehen.

Hieraus lässt sich aber keine unmittelbare Einstellungspflicht eines schwerbehinderten Menschen für den Arbeitgeber ableiten, sondern lediglich eine mittelbare Pflicht, indem der Arbeitgeber Maßnahmen ergreifen muss, um wenigstens die Mindestbeschäftigungsquote zu erreichen (vgl. Düwell, LPK SGB IX zu § 164 Rn 103/104).

Prüfungsreihenfolge für den Arbeitgeber:

1. Liegt eine freie Stelle vor?
2. Erstellen eines konkreten Anforderungsprofils
3. Besetzungs-/Auswahlverfahren

Es stellt sich die Frage, wann der Arbeitgeber i.S.d. § 164 Abs. 1 aktiv werden muss. Dies ist dann der Fall, wenn ein freier Arbeitsplatz vorhanden ist. Dabei wird der freie Arbeitsplatz sehr weit definiert, es betrifft nicht nur neu geschaffene oder extern zu vergebende Stellen, sondern ist auch anzunehmen bei der Wiederbesetzung oder nur interner Vergabe von Arbeitsstellen bzw. demnächst frei werdenden Stellen. (vgl. Düwell, LPK SGB IX zu § 164 Rn 110, 113, 114). Eine freie Stelle liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber plant, diese mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen (vgl. BAG, Urt. v. 23.6.2010 – 7 ABR 3/09; BAG, Urt. v. 15.10.2013 – 1 ABR 25/12).

Im nächsten Schritt hat der Arbeitgeber dann noch vor der eigentlichen Stellenausschreibung ein **konkretes Anforderungsprofil** zu erstellen. Mit dem konkreten Anforderungsprofil soll das Ziel der Beschäftigungsförderung von schwerbehinderten Menschen besser erreicht werden, denn es ist davon auszugehen, dass kein Arbeitsplatz von vornherein für schwerbehinderte Menschen ungeeignet ist. Neben dem Anforderungsprofil sind auch Angaben über die zu erwartende **Arbeitsbelastung** anzuführen sowie eine **Gefährdungsbeurteilung** nach §§ 5,6 ArbSchG zu erstellen. Im Hinblick auf mögliche negative Folgen für den Arbeitgeber, insb. auf Schadenersatzansprüche wegen Diskriminierung schwerbehinderter Menschen, sollte auf die Erstellung des Anforderungsprofils allergrößte Sorgfalt verwendet werden.

Hilfreich ist hierbei die Orientierung an einem **Kriterienkatalog:**

- Welche beruflichen Qualifikationen sind erforderlich?
- Handelt es sich um eine körperlich leichte oder schwere Tätigkeit?
- Bestehen besondere Anforderungen an die Gebrauchsfähigkeit von Fingern/Händen?
- Erfordert die Tätigkeit ständiges Gehen, Stehen oder Sitzen oder wechselnde Körperhaltungen bzw. Zwangshaltungen?
- Ist die Tätigkeit mit Heben oder Tragen verbunden? Wenn ja, um welche Lasten geht es?
- Erfordert die Tätigkeit häufiges Bücken oder das Ersteigen von Treppen, Leitern und Gerüsten?
- Ist die Tätigkeit mit besonderen Anforderungen an Konzentrations-, Reaktions-, Umstellungs- und Anpassungsvermögen verbunden?
- Besteht eine Verantwortung für Personen und Maschinen?
- Ist der Arbeitnehmer mit der Überwachung und/oder der Steuerung komplexer Arbeitsvorgänge betraut?
- Ist die Tätigkeit mit Publikumsverkehr verbunden?
- Ist der Arbeitsplatz besonderen Belastungsfaktoren ausgesetzt?
- Handelt es sich um Schichtarbeit oder eine Tätigkeit mit häufig wechselnden Arbeitszeiten?
- Gibt es weitere besondere Belastungsfaktoren (Arbeit bei Nässe, Kälte, Zugluft, Lärm, Vibration etc.)?

Literaturhinweis:
Vgl. Schmidt, Bettina Schwerbehindertenarbeitsrecht, 3. Aufl. 2019, Rn 138; Düwell LPK SGB IX zu § 164 Rn 129–130; Fabricius juris-PK zu § 164 Rn 20.

Allein schon aus Transparenzgründen sollte der Kriterienkatalog für alle Anforderungsprofile nach einem einheitlichen festgelegten Verfahren ermittelt werden. Grundsätzlich ist der Arbeitgeber in der Gestaltung des Anforderungsprofils zwar frei, aber es ist auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber hier die Beteiligung der SBV vorgesehen hat, ebenso wie das Anforderungsprofil Grundlage für den Vermittlungsprozess der BA für Arbeit ist. Vereinzelt wird an der Unterstützung der BA für Arbeit Kritik laut. Die Unterstützung der Arbeitgeber zur Erfüllung ihrer Pflicht nach § 164 Abs. 1 SGB IX ist nicht immer zufriedenstellend, oftmals erhält der Arbeitgeber lediglich die Auskunft, man möge die vorgesehene Stelle doch allgemein als freie Stelle der BA für Arbeit melden. Dies wird den besonderen Vorgaben nicht gerecht, die Schaffung eines eigenständigen Portals für Arbeitgeber zur Erfüllung ihrer Pflicht nach § 164 Abs. 1 SGB IX wäre sinnvoll und würde auch die Betreuung von schwerbehinderten Arbeitslosen verbessern (vgl. Fabricius in juris-PK, 3. Aufl. 2018, zu § 164 Rn 19 unter Bezugnahme auf LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 12.12.2013 – 26 TaBv 1164/13, ZB 2014, Nr. 2, 13).

Im nächsten Schritt findet dann die eigentliche Personalauswahl statt. Diese hat sich an § 164 Abs. 1 S. 3–5 und 10 SGB IX zu orientieren. Danach schlägt die BA für Arbeit oder der Integrationsfachdienst (IFD) entsprechende Bewerber vor. Der Arbeitgeber unterrichtet die SBV und den BR unmittelbar nach Eingang der Bewerbungen schwerbehinderter Menschen oder gleichgestellter behinderter Menschen, und zwar unabhängig davon, ob diese auf Vorschlag der BA für Arbeit oder als Initiativbewerbung beim Arbeitgeber eingegangen sind. Dabei **hat der Arbeitgeber die SBV und den BR über den Eingang einer jeden einzelnen Bewerbung sofort zu unterrichten**. Ein Ansammeln von mehreren Bewerbungen und späteres Weiterleiten ist mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar (vgl. Düwell LPK SGB IX zu § 164 Rn 144 unter Hinweis auf eine Entscheidung des ArbG Marburg, Urt. v. 29.7.2005 – 2 Ca 65/05, DB 2005, 1860).

Sind die Bewerbungen nicht auf Vorschlag der BA für Arbeit eingegangen, so trifft den **Arbeitgeber die Pflicht**, die Bewerbungsunterlagen daraufhin sorgfältig zu prüfen, **ob es sich um einen schwerbehinderten Menschen als Bewerber** handelt. Dies verlangt, dass der Arbeitgeber zumindestens das Anschreiben, den Lebenslauf und das letzte Zeugnis gelesen hat, um herauszufinden, ob möglicherweise eine Schwerbehinderung des Bewerbers vorliegt. Gerade im Hinblick auf die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht ebenso wie der Beteiligungsrechte von SBV und BR sollte der Arbeitgeber diesen Prüfungsschritt ernst nehmen. Auf der anderen Seite werden dem Arbeitgeber aber keine übertriebenen Nachforschungsaktivitäten, z.B. bei Vorlage eines abgelaufenen Schwerbehindertenausweises abverlangt (vgl. Fabricius juris-PK zu § 164 Rn 23/24; Düwell LPK-SGB IX zu § 164 Rn 142–146; ArbG Ulm, Urt. v. 17.12.2009 – 5 Ca 316/09, ZMV 2010, 56 f.; BAG, Urt. v. 13.10.2011 – 8 AZR 608/10, Behindertenrecht 2012, 169 ff.; LAG Köln, Urt. v. 2.11.2012 – 4 Sa 248/12, Behindertenrecht 2014, 56).

Eine Verschärfung der Organisationspflicht trifft diejenigen Arbeitgeber, die ihrer Mindestbeschäftigungspflicht nicht nachkommen, § 164 Abs. 1 S. 7–9 SGB IX. Trifft der Arbeitgeber eine Entscheidung, mit der die SBV oder der BR nicht einverstanden sind, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, unter Darlegung seiner Gründe diese mit der SBV und dem BR zu erörtern. Hervorzuheben ist hierbei, dass das BAG ausdrücklich klargestellt hat, dass diese **Erörterungspflicht** nicht diejenigen Arbeitgeber trifft, die ihrer Beschäftigungspflicht nachkommen (vgl. BAG, Urt. v. 21.2.2013 – 8 AZR 180/12, BAGE 144, 275; Fabricius in juris-PK SGB IX zu § 164 Rn 30; Düwell LPK SGB IX zu § 164 Rn 155).

Gleichzeitig ist der schwerbehinderte Mensch anzuhören, § 164 Abs. 1 S. 8 SGB IX. Die Pflicht zur Erörterung geht dabei über ein bloßes Informieren von SBV und BR deutlich hinaus, es wird verlangt, dass Argumente ausgetauscht werden (vgl. Fabricius juris-PK SGB IX zu § 164 Rn 28).

Nach der Erörterung hat der Arbeitgeber dann alle Beteiligten über die Entscheidung zu unterrichten. Streitig ist dabei, in welcher Form dies zu geschehen hat. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass dies in Schriftform zu erfolgen hat. Zur Begründung wird angeführt, dass diese die gerichtliche Überprüfung erleichtert und ein Nachschieben von weiteren Gründen dem Arbeitgeber verwehrt würde. Die Rechtsprechung ist dieser Auffassung nicht gefolgt. Der Arbeitgeber hat die freie Wahl, welche Art der Unterrichtung er wählen will (vgl. BAG, Urt. v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07, NZA 2009, 728 ff., Düwell LPK-SGB IX zu § 164 Rn 107 und 50).

2. Benachteiligungsverbot, § 164 Abs. 2 SGB IX

Arbeitgeber sind verpflichtet, schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung zu benachteiligen. Hinsichtlich der Details enthält Satz 2 eine **Verweisung auf das AGG**, insb. die §§ 1, 2, 7 und 15 AGG. Wie bereits dargelegt, ist vom weiten europarechtlichen Behindertenbegriff i.S.d. EU-Richtlinie 2000/78/EG auszugehen. Adressat ist in erster Linie der Arbeitgeber, das Benachteiligungsverbot bindet jedoch auch die Vertrags- und Tarifparteien.

Der Umfang des Benachteiligungsverbots erstreckt sich dabei vom Einstellungsverfahren (Zugang zu Erwerbstätigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG), über die Beschäftigungsbedingungen im laufenden Beschäftigungsverhältnis sowie den beruflichen Aufstieg (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 AGG) und bis hin zum Sozialschutz bei Beendigung von Beschäftigungsverhältnissen.

Zu beachten ist der **weite Beschäftigungsbegriff** des § 6 Abs. 1 S. 2 AGG, der auch diejenigen schwerbehinderten Menschen umfasst, die sich erst um eine Arbeitsstelle bewerben. Auch solche Personen genießen damit den Schutz nach § 164 Abs. 2 SGB IX (vgl. BAG, Urt. v. 19.8.2010 – 8 AZR 370/09, NZA 2011, 200). Das BAG hat entschieden, dass schon die Nichteinbeziehung in die Auswahl zur Einstellung eine Verletzung des Benachteiligungsverbots darstellt, denn in diesem Nachteil liegt die Versagung einer Chance (vgl. BAG, Urt. v. 17.8.2010 – 9 AZR 839/08, NZA 2011, 153).

Aber allein aus der Nichterfüllung der Pflichtquote kann allerdings nicht schon per se eine Verletzung des Benachteiligungsverbots begründet werden.

Es entspricht der herrschenden Meinung, dass die **Frage nach einer Schwerbehinderung** oder einer Gleichstellung **im Einstellungsverfahren oder Personalfragebogen unzulässig** ist. Hieraus folgt, dass ein schwerbehinderter Bewerber diesbezüglich ein Recht zur Lüge hat. In engen Grenzen ist es dem Arbeitgeber aber erlaubt, danach zu fragen, ob der Bewerber die konkreten Leistungsanforderungen erbringen kann. Das Risiko für den Arbeitgeber, wenn dieser sich im Bewerbungsgespräch nach bestimmten Erkrankungen erkundigt, die Rückschlüsse auf eine Behinderung ermöglichen, ist sehr hoch mit der Folge, dass der Arbeitgeber zu Entschädigungszahlungen an den Bewerber verurteilt werden kann.

Auch Fragen bzw. Angaben in der Stellenausschreibung zur Flexibilität und Belastbarkeit eines Bewerbers beinhalten ein hohes Risiko der Benachteiligung eines schwerbehinderten Menschen. Die Rechtsprechung stellt hierbei auf die Umstände des Einzelfalls ab, sodass es in solchen Fällen auf eine besonders sorgfältige Dokumentation sowie Recherche des Sachverhalts ankommt.

Ein Arbeitgeber sollte auch darauf achten, dass einzelne **Formulierungen im Arbeitsvertrag** nicht gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen. So kann eine Klausel, wonach der Mitarbeiter erklärt, dass er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes nicht unterliegt, einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begründen (vgl. LAG Hamburg, Urt. v. 30.11.2017 – 7 Sa 90/17).

Im laufenden Beschäftigungsverhältnis wird das Benachteiligungsverbot gem. § 164 Abs. 2 SGB IX durch den Anspruch auf behinderungsgerechte Beschäftigung nach § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX

konkretisiert (vgl. die Ausführungen dazu unter III 3 bzw. IV). Weiter ist auf die Möglichkeiten der betrieblichen Prävention, insb. auf das Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 1 SGB IX und das betriebliche Wiedereingliederungsmanagement (BEM) nach § 167 Abs. 2 SGB IX zu verweisen (vgl. hierzu auch Geißinger ZAP F. 17, S. 1313 ff.).

In Fällen der Diskriminierung bei Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses ist zu differenzieren zwischen Kündigungen, die dem KSchG unterliegen, und Kündigungen während der Wartezeit und in Kleinbetrieben. Bei Kündigungen, die dem KSchG unterliegen, sind die Diskriminierungsverbote des AGG und deren mögliche Rechtfertigungen im Rahmen der Konkretisierung der Sozialwidrigkeit zu berücksichtigen (vgl. BAG, Urt. v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, BAGE 128, 238; BAG, Urt. v. 20.6.2013 – 2 AZR 295/12, BAGE 145, 296). Sofern das KSchG keine Anwendung findet, also bei Kündigungen während der Wartezeit und in kleinen Betrieben, gelten die Vorgaben des AGG unmittelbar gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 AGG i.V.m. § 134 BGB.

3. Beschäftigungspflicht, § 164 Abs. 3 SGB IX

Diese Pflicht trifft **nur Arbeitgeber**, die nach § 154 Abs. 1 SGB IX der Beschäftigungspflicht unterliegen. Dies sind alle Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich **mindestens 20 Arbeitsplätzen**.

Auch wenn der Wortlaut von schwerbehinderten Menschen spricht, so ist auch hier im Wege der richtlinienkonformen Auslegung, RL 2000/78/EG, der weite europarechtliche Behinderungsbegriff zu verwenden, wonach diese Norm auf alle **behinderte Menschen ab einem GdB von 30** anzuwenden ist.

Durch die Formulierung in Abs. 3, wonach durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen ist, dass wenigstens der vorgeschriebenen Zahl der schwerbehinderten Menschen eine möglichst dauerhafte behinderungsgerechte Beschäftigung ermöglicht wird, beinhaltet die Pflicht für den Arbeitgeber, nicht nur vorhandene Arbeitsplätze hierfür zu nutzen, sondern auch neue behinderungsgerechte Arbeitsplätze einzurichten, um die Pflichtquote zu erfüllen.

Dieser **Eingriff in die unternehmerische Freiheit** ist gerechtfertigt, soweit die **Grenzen der Zumutbarkeit** und und der **Verhältnismäßigkeit der Aufwendungen** in Übereinstimmung mit den Arbeitsschutzvorschriften gewahrt sind (vgl. Düwell LPK SGB IX zu § 164 Rn 175; Fabricius juris-PK zu § 164 Rn 64).

In einer aktuellen Entscheidung hat das BAG die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gestärkt und nun klargestellt, dass der Anwendungsbereich des § 164 Abs. 3 SGB IX ebenso wie des Abs. 4 S. 1 Nr. 1 **nur die schwerbehinderten Beschäftigten im ungekündigten Arbeitsverhältnis erfasst**. Weiter geht das BAG davon aus, dass die Beschäftigungspflicht in Abs. 3 lediglich eine Organisationspflicht des Arbeitgebers begründet, ohne Individualansprüche des schwerbehinderten Menschen zu schaffen. Das BAG verweist zur Begründung darauf, dass das SGB IX durch das Erfordernis der Zustimmung durch das Integrationsamt und der Beteiligung der SBV in Kombination mit der Berücksichtigung der Schwerbehinderung im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ein **abschließendes Schutzsystem** bereits enthalte. Folglich ist der Arbeitgeber nicht daran gehindert, eine Unternehmerentscheidung dahingehend zu treffen, die zum Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses für den schwerbehinderten Menschen führe (BAG, Urt. v. 16.5.2019 – 6 AZR 329/18, NZA 2019, 1198).

4. Förderung von Teilzeitarbeit, § 164 Abs. 5 SGB IX

Nach Abs. 5 ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen zu fördern. Umgekehrt haben schwerbehinderte Menschen einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung, wenn die kürzere Arbeitszeit wegen Art oder Schwere der Behinderung notwendig ist.

§ 164 Abs. 5 SGB IX stellt eine Spezialvorschrift zu § 8 TzBfG dar. Der Teilzeitanspruch nach SGB IX ist umfassender als der des TzBfG. Dies wird daran deutlich, dass der Teilzeitanspruch nach SGB IX auch in

Kleinunternehmen mit bis zu 15 Beschäftigten besteht und zeitlich bereits auch in den ersten 6 Monaten des Arbeitsverhältnisses Anwendung findet. Es muss allerdings ein **kausaler Zusammenhang zwischen dem Verlangen auf Arbeitszeitverkürzung und der Art und Schwere der Behinderung** gegeben sein. In Zweifelsfällen kann der Arbeitgeber bestreiten, dass ein kausaler Zusammenhang besteht. Es liegt dann am schwerbehinderten Menschen, den kausalen Zusammenhang zwischen Verlangen nach Arbeitszeitverkürzung und seiner Behinderung darzulegen und zu beweisen.

Weiter hat der Arbeitgeber darauf zu achten, dass er den Teilzeitanspruch eines schwerbehinderten Menschen nicht aus betrieblichen Gründen i.S.d. § 8 TzBfG ablehnen kann, sondern nur, soweit die Teilzeitbeschäftigung für ihn unzumutbar oder mit unverhältnismäßigem Aufwand i.S.d. § 164 Abs. 4 S. 3 SGB IX verbunden ist.

Sofern die genannten Voraussetzungen vorliegen, entsteht der **Anspruch auf Teilzeit unmittelbar und mit sofortiger Wirkung; einer Vertragsänderung bedarf es nicht** (vgl. BAG, Urt. v. 14.10.2003 – 9 AZR 100/03, BAGE 108,77). Es ist allerdings empfehlenswert, diese im Hinblick auf die Anforderungen des § 3 NachwG zu dokumentieren.

5. Unzumutbarkeit und Abwägung

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, den Ansprüchen des schwerbehinderten Menschen entgegen zu halten, dass diese für ihn unzumutbar sind oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wären bzw. staatliche oder berufsgenossenschaftliche Arbeitsschutzvorschriften dem entgegenstehen, § 164 Abs. 4 S. 3 SGB IX. Es sind also die Interessen des schwerbehinderten Menschen auf behinderungsgerechte Beschäftigung mit denen des Arbeitgebers sorgsam abzuwägen (vgl. Düwell in LPK-SGB IX zu § 164 Rn 205; Fabricius juris-PK SGB IX zu § 164 Rn 76). Den **Arbeitgeber** trifft hier eine **hohe Darlegungs- und Beweislast** (vgl. BAG, Urt. v. 14.3.2006 – 9 AZR 411/05), weil andernfalls Sinn und Zweck des Gesetzes, insb. die der Beschäftigungsförderung und Beschäftigungssicherung nicht erreicht werden könnten.

Es ist also nicht ausreichend, wenn der Arbeitgeber pauschal einwendet, er habe alle Möglichkeiten geprüft und die Schaffung bzw. Einrichtung eines behindertengerechten Arbeitsplatzes sei ihm daher unzumutbar. Es sind immer konkret die Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Er hat konkret darzulegen, welche Möglichkeiten zur Schaffung eines behindertengerechten Arbeitsplatzes er in Betracht gezogen hat, und aus welchem Grund er diese nicht realisieren wird.

Der Arbeitgeber hat in seine Erwägungen einzubeziehen, dass es die Möglichkeit gibt, finanzielle Zuschüsse des Integrationsamts (z.B. den **Beschäftigungssicherungszuschuss** nach § 185 Abs. 3 Nr. 2 SGB IX, früher Minderleistungsausgleich genannt, oder Zuschüsse zur behinderungsgerechten Einrichtung von Arbeitsplätzen) und der BA für Arbeit zu erhalten. Nimmt der Arbeitgeber solche finanziellen Leistungen, aus welchen Gründen auch immer, nicht in Anspruch, kann er sich nicht auf die Unzumutbarkeit berufen (vgl. Düwell in LPK-SGB IX zu § 164 Rn 204).

Wendet der Arbeitgeber die Unzumutbarkeit einer Umorganisation ein, dann hat er konkret darzulegen, ob und in welcher Form andere Arbeitsplätze gefährdet sind bzw. für andere Arbeitnehmer Nachteile drohen.

Wird erst durch bestimmte Maßnahmen des Arbeitgebers ein arbeitsschutzrechtskonformer Zustand hergestellt, kann der Arbeitgeber sich nicht darauf berufen, dass eine behinderungsgerechte Beschäftigung für ihn unzumutbar oder unverhältnismäßig wäre. Die Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften ist für den Arbeitgeber zwingend und Ausdruck der allgemeinen Fürsorgepflicht.

6. Rechtsfolgen bei Verstößen

Die Verletzung der Beschäftigungspflicht durch den Arbeitgeber kann unterschiedliche Sanktionen nach sich ziehen. Zum einen sind dies die **Bußgeld**vorschriften nach § 238 Abs. 1 SGB IX. Dies betrifft insb. die

Verletzung der Beschäftigungspflicht. Zuständig für die Verfolgung der Bußgeldtatbestände sind die jeweiligen Landesdirektionen der BA für Arbeit (Verwaltungsbehörde nach § 238 Abs. 3 SGB IX i.V.m. § 47 OWiG). Nach § 238 Abs. 2 SGB IX beträgt die Geldbuße bis zu 10.000 €.

Arbeitgeber, die die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen nicht beschäftigen, haben für jeden unbesetzten Pflichtarbeitsplatz für schwerbehinderte Menschen eine **Ausgleichsabgabe** nach § 160 SGB IX zu zahlen. Die Höhe ergibt sich aus § 160 Abs. 2 SGB IX, derzeit zwischen 125 € und 320 € je unbesetztem Pflichtarbeitsplatz. Die Ausgleichsabgabe hat der Arbeitgeber jährlich an das für seinen Sitz zuständige Integrationsamt zu zahlen (vgl. § 160 Abs. 4 SGB IX).

Hinweis:
Zu den innerbetrieblichen Sanktionen durch den BR, insb. nach § 99 BetrVG vgl. die Ausführungen unter V (Perspektive des BR).

Die Verletzung des Benachteiligungsverbots gem. § 164 Abs. 2 SGB IX kann i.V.m. § 15 Abs. 1 AGG **Schadenersatzansprüche** des schwerbehinderten Menschen nach sich ziehen. Eine Haftungshöchstgrenze ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht vorgesehen und auch vom BAG bislang abgelehnt worden (vgl. Fabricius juris-LPK SGB IX zu § 164 Rn 54; Düwell LPK-SGB IX zu § 104 Rn 60/78). Lediglich für den immateriellen Schaden ist nach § 15 Abs. 2 S. 2 AGG die summenmäßige Begrenzung auf höchstens drei Monatsverdienste vorgesehen.

Im laufenden Beschäftigungsverhältnis können Konstellationen vorkommen, in denen der Arbeitgeber in **Annahmeverzug** nach § 615 BGB gerät und so dem schwerbehinderten Menschen Annahmeverzugslohn schuldet. Dies ist insb. dann der Fall, wenn der Arbeitgeber sein Direktionsrecht gem. § 106 GewO nicht oder nicht ordnungsgemäß ausübt und dem schwerbehinderten Menschen eine seiner eingeschränkten Leistungsfähigkeit entsprechende Tätigkeit nicht zuweist (vgl. Schmidt, a.a.O., Rn 278–281).

Auch die Verletzung der Beschäftigungspflicht nach § 164 Abs. 4 SGB IX kann **Schadenersatzansprüche nach § 280 BGB** des schwerbehinderten Menschen zur Folge haben. Der Schadenersatz besteht in der dem schwerbehinderten Menschen entgangenen Vergütung durch die Verletzung der Beschäftigungspflicht.

Beispiel:
Wird ein schwerbehinderter Mensch von der Erbringung seiner Arbeitsleistung widerruflich freigestellt und erhält während der Freistellungsphase lediglich eine Grundvergütung und verliert dabei regelmäßig sonst gezahlte Schichtzulagen, besteht ein Schadenersatzanspruch i.H.d. nicht gezahlten Schichtzulagen.

Des Weiteren ist auch ein Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. **§ 164 Abs. 4 SGB IX** denkbar, da letzterer ein **Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB** darstellt (vgl. BAG, Urt. v. 4.10.2005 – 9 AZR 632/04, BAGE 116, 121). Befindet sich der Arbeitgeber mit der behinderungsgerechten Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten oder des Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen der Ausstattung nach § 164 Abs. 4 Nr. 4 und 5 SGB IX in Verzug, kommt auch eine Verurteilung auf Vornahme einer bestimmten Handlung (z.B. den Einbau von elektrischen Türöffner oder die Anschaffung eines höhenverstellbaren Schreibtisches) in Betracht, denn auch diese Regelung ist als Individualanspruch des schwerbehinderten Menschen ausgestaltet (vgl. dazu die Ausführungen unter IV 3).

IV. Arbeitnehmerperspektive

1. Anspruch auf Beschäftigung, § 164 Abs. 4 SGB IX

§ 164 Abs. 4 gewährt dem schwerbehinderten Menschen einen Rechtsanspruch gegenüber seinem Arbeitgeber auf Beschäftigung, bei der er seine Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiter entwickeln kann und zwar unter Berücksichtigung der Behinderung und ihrer Auswirkungen auf die Beschäftigung.

Damit gewährt der Gesetzgeber dem schwerbehinderten Menschen einen **individuell einklagbaren Rechtsanspruch auf Beschäftigung**, der dadurch begrenzt wird, dass er dem Arbeitgeber unzumutbar bzw. mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen verbunden ist (vgl. Düwell LPK SGB IX zu § 164 Rn 178; Fabricius juris-PK SGB IX zu § 164 Rn 69). Die **Grenze der Unzumutbarkeit** ist dabei eher **hoch** anzusetzen, denn der Arbeitgeber hat eine **gesteigerte Fürsorgepflicht** gegenüber dem schwerbehinderten Menschen. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber besonders intensiv prüfen muss, welche Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen. Während der Prüfphase ist der Arbeitgeber gehalten, dem schwerbehinderten Menschen eine vorübergehende behinderungsgerechte Beschäftigung zu ermöglichen.

Zunächst erfüllt der Arbeitgeber den Anspruch i.d.R. dadurch, dass er dem Arbeitnehmer die im Arbeitsvertrag **vereinbarte Arbeit zuweist** (Ausübung des Direktionsrechts). Ist der schwerbehinderte Mensch nicht mehr in der Lage, die vertraglich geschuldete Tätigkeit zu erbringen, hat dies nicht zur Folge, dass der Beschäftigungsanspruch entfällt, sondern der schwerbehinderte Mensch hat einen **Rechtsanspruch auf Vertragsänderung** (vgl. BAG, Urt. v. 4.10.2005 – 9 AZR 632/04).

Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers:

- Zuweisung eines freien Arbeitsplatzes,
- Maßnahmen der Umorganisation (z.B. Arbeitsplatztausch, Änderung des Raums, des Teams),
- Kündigung eines anderen Mitarbeiters zur Besetzung mit dem schwerbehinderten Menschen (Freikündigung) (str.; BVerwG, BAG zurückhaltend),
- Versetzung auf einen behinderungsgerechten Arbeitsplatz,
- Zuweisung eines mit einem Leiharbeitnehmer besetzten Arbeitsplatzes.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, den Arbeitgeber vorab auf Zustimmung zur Vertragsänderung zu verklagen, denn der **Beschäftigungsanspruch nach § 164 Abs. 4 SGB IX entsteht unmittelbar kraft Gesetz** (vgl. BAG, Urt. v. 10.5.2005 – 9 AZR 230/04, NZA 2006, 155). Der Arbeitnehmer muss allerdings den Anspruch auf behinderungsgerechte bzw. leidensgerechte Beschäftigung unter Angabe der behinderungsbedingten bzw. krankheitsbedingten Beeinträchtigungen geltend machen (LAG Nürnberg, Urt. v. 18.4.2018 – 2 Sa 408/17, BB 2018, 1977–1984). Dabei ist auch möglich, dass der Arbeitnehmer im Rahmen einer Wiedereingliederung eine anderweitige, behinderungsgerechte Beschäftigung verlangt (BAG, Urt. v. 13.6.2006 – 9 AZR 229/05, NZW 2007, 91; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.5.2018 – 15 Sa 1700/17).

Allerdings hat der Arbeitnehmer bereits nach dem Wortlaut **keinen Anspruch auf einen ganz bestimmten Arbeitsplatz**; der Anspruch beschränkt sich darauf, dass der Arbeitnehmer verlangen kann, dass er nach seinen Fähigkeiten und Kenntnissen unter Berücksichtigung seiner Behinderung beschäftigt wird. Dies wird konkretisiert durch § 164 Abs. 4 S. Nr. 4, 5 SGB IX, also die behinderungsgerechte Einrichtung, Ausstattung oder Umgestaltung des Arbeitsplatzes. Dies bedeutet auch, dass er **keinen Anspruch auf Beförderung** hat, wenngleich auch eine Beförderung an sich nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Umgekehrt gilt das **Verbot der unterwertigen Beschäftigung** (Fabricius juris-PK SGB IX zur § 164 Rn 66; Düwell SGB IX zu § 164 Rn 181).

2. Bevorzugte Berücksichtigung der beruflichen Bildung

Der unmittelbare Beschäftigungsanspruch wird flankiert durch **Maßnahmen nach § 164 Abs. 4 Nr. 2–5 SGB IX**. Im Einzelnen:

Die Beschäftigungssicherung von schwerbehinderten Menschen findet auch dadurch statt, dass diese bei der beruflichen Aus- und Fortbildung bevorzugt berücksichtigt werden. Dabei ist zwischen der **innerbetrieblichen und außerbetrieblichen Fortbildung** zu unterscheiden. Eine Pflicht des Arbeitgebers innerbetriebliche Fortbildungen anzubieten, besteht nicht, werden diese aber angeboten, so

sind schwerbehinderte Menschen bevorzugt zu berücksichtigen. Bei außerbetrieblichen Maßnahmen ist dies schwächer ausgestaltet, hier hat der Arbeitgeber dem schwerbehinderten Menschen nur den Zugang dazu zu erleichtern (Fabricius juris-PK SGB IX zur § 164 Rn 70/71; Düwell SGB IX zu § 164 Rn 193–198).

3. Behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung von Arbeitsstätten sowie Ausstattung mit technischen Arbeitshilfen

Die behindertengerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten nach § 164 Abs. 4 Nr. 4 SGB IX (i.V.m. § 3a ArbStättV barrierefreie Gestaltung) und Ausstattung mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen betrifft nicht nur den jeweiligen Einzelarbeitsplatz des schwerbehinderten Menschen, sondern **das gesamte Arbeitsumfeld** wie Zugänge zu Gebäuden, Türen und Fenster, Aufzüge, Toiletten, Duschen und Umkleideräume, Pausen- und andere Sozialräume, Fluchtwege und Notausgänge, Parkplätze, Zugang zur Kantine etc. (Fabricius juris-PK SGB IX zu § 164 Rn 73/74).

Beispiele:

- Handlauf (beidseits) an Treppen,
- blindengerechte Beschriftung und Markierung,
- Errichtung von stufenlosen Rampen an Zugängen
- automatische Türöffner,
- höhenverstellbare Schreibtische,
- Bürostühle für mobiles Sitzen/Stehhilfen,
- Hebe- und Greifhilfen,
- angepasste IT-Hard- und Software z.B. für Sehbehinderte und bewegungseingeschränkte Menschen,
- Einrichtung und Zuweisung von Parkflächen in Eingangsnähe.

Die behinderungsgerechte Gestaltung eines Arbeitsplatzes bezieht sich auch auf die Arbeitsorganisation und die Gestaltung von Arbeitszeit und Schichtmodellen.

Beispiele:

- Herausnahme aus der Nachtschicht (attestierte Nachtschichtuntauglichkeit),
- Begrenzung der Schichtzeiten (z.B. Arbeiten nur im Korridor von 8 Uhr bis 20 Uhr),
- abweichende Pausenregelung (längere, häufigere Pausen),
- keine Akkordarbeit,
- keine Arbeit in Reinräumen,
- keine Arbeit an Maschinen mit erhöhter Unfallgefahr für schwerbehinderte Menschen,
- Stellung eines Gebärdendolmetschers für Meetings.

Die genannten Ansprüche sind ebenfalls **Individualansprüche** des schwerbehinderten Menschen und damit **einklagbar**. Zur Begründung empfiehlt sich für den schwerbehinderten Menschen ein entsprechendes Attest des behandelnden Facharztes oder des Betriebsarztes.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass bei der Umsetzung der o.g. Maßnahmen die Integrationsämter und die BA f. Arbeit unterstützen durch Beratung und finanzielle Hilfen.

4. Anspruch auf Teilzeit, § 164 Abs. 5 SGB IX

Nach § 164 Abs. 5 S. 2 SGB IX haben schwerbehinderte Menschen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung, wenn die kürzere Arbeitszeit wegen Art und Schwere der Behinderung notwendig ist. Als Spezialregelung zu § 8 TzBfG bedarf es hier **weder einer bestimmten Form noch Frist** für die Antrag auf Teilzeit durch den schwerbehinderten Menschen. Der Anspruch kann also mit sofortiger Wirkung

geltend gemacht werden (Düwell LPK-SGB IX zu § 164 Rn 206–207). Auch eine Vertragsänderung ist nicht notwendig (Fabricius juris-PK SGB IX zur § 164 Rn 77–79). Der Anspruch kann je nach Art und Schwere der Behinderung auch befristet sein. Eine Rückkehr zur vorherigen Arbeitszeit ist damit möglich.

Der Anspruch auf Teilzeit beinhaltet jedoch nicht einen Anspruch auf Wechsel in die Altersteilzeit und die damit verbundenen Vorteile einer gleitenden Übergangs vom Erwerbsleben in die Altersrente (BAG, Urt. v. 26.6.2001 – 9 AZR 244/00, BAGE 98, 114). Ob dies auch auf das relativ neue Flexirenten-Modell übertragen werden kann, ist noch offen. Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter III 4 verwiesen.

5. Anspruch auf stufenweise Wiedereingliederung

Nach längeren Phasen der Arbeitsunfähigkeit ist ein Arbeitnehmer oftmals nur in der Lage, seine Arbeitsleistung unter geänderten Arbeitsbedingungen zu erbringen. Bei einer stufenweisen Wiedereingliederung nach § 74 SGB V/§ 44 SGB IX wird der Arbeitnehmer langsam wieder an sein volles Leistungsvermögen herangeführt, indem die Arbeitsbelastung i.d.R. über mehrere Wochen hinweg stundenweise gesteigert wird. Während der stufenweisen Wiedereingliederung erhält ein gesetzlich krankenversicherter Arbeitnehmer i.d.R. weiter Krankengeld. Ein solches Wiedereingliederungsverhältnis hat nichts mit dem eigentlichen Arbeitsverhältnis zu tun, sondern stellt nach herrschender Meinung ein **Vertragsverhältnis sui generis** dar. Dabei muss sich der Arbeitgeber nicht auf ein solches Wiedereingliederungsverhältnis einlassen; er kann die Zustimmung verweigern, denn es gilt das Prinzip der Freiwilligkeit.

Anders ist dies jedoch bei schwerbehinderten und gleichgestellten Arbeitnehmern. Hier hat das BAG entschieden, dass ein **Beschäftigungsanspruch i.S.d. Wiedereingliederung besteht,** wenn ein solcher Arbeitnehmer zuvor arbeitsunfähig erkrankt war und nach ärztlicher Empfehlung stufenweise seine berufliche Tätigkeit wieder aufnehmen kann und soll (vgl. BAG, Urt. v. 13.6.2006 – 9 AZR 229/05, NZA 2007, 91). In solchen Fällen besteht eine Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers dahingehend, dem schwerbehinderten Menschen erneut die Teilhabe am Arbeitsleben durch stufenweise Wiedereingliederung zu ermöglichen.

V. Perspektive von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung

1. Beteiligungsrechte des Betriebsrats

§ 164 Abs. 1 S. 6 SGB IX verpflichtet den Arbeitgeber die genannten Vertretungen nach § 176 SGB IX, also insb. den Betriebsrat (BR), ebenso wie Personalrat im öffentlichen Dienst und Mitarbeitervertretung in kirchlichen Einrichtungen bei der Prüfung der Beschäftigungsmöglichkeiten von schwerbehinderten Menschen zu beteiligen.

Die Prüfung von Beschäftigungsmöglichkeiten von schwerbehinderten Menschen stellt eine **personelle Einzelmaßnahme nach § 99 BetrVG** dar. Dem BR ist jedenfalls das vollständige Anforderungsprofil, Angaben zur Arbeitsbelastung sowie die Gefährdungsbeurteilung nach §§ 5, 6 ArbSchG mitzuteilen. Erfüllt der Arbeitgeber diese Pflicht nicht oder nicht vollständig, besteht für den BR nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ein **Zustimmungsverweigerungsrecht** (vgl. Düwell LPK-SGB IX zu § 164 Rn 165; Fabricius juris-PK SGB IX zu § 164 Rn 17).

Bei der Organisation der Personalauswahl im engeren Sinne ist der Arbeitgeber verpflichtet nach § 164 Abs. 1 S. 4 SGB IX den BR umfassend und sofort über den Eingang von Vermittlungsvorschlägen durch die BA für Arbeit und eingehende Bewerbungen schwerbehinderter Menschen zu unterrichten. Ein Sammeln mehrerer Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen und eine gemeinsame Weiterleitung an den BR „im Paket" ist nicht zulässig (vgl. Düwell LPK-SGB IX zu § 164 Rn 144).

Nach § 164 Abs. 1 S. 7–9 SGB IX besteht eine umfassende Erörterungspflicht für diejenigen Arbeitgeber mit dem BR, die die Mindestbeschäftigungspflicht nicht erfüllen.

Nach § 93 BetrVG kann der BR eine betriebsinterne Ausschreibung verlangen. Allerdings besteht kein erzwingbares Recht hinsichtlich Form und Inhalt von Stellenausschreibungen, sodass es empfehlenswert ist, hinsichtlich Ausschreibungsmodalitäten eine freiwillige Betriebsvereinbarung zu schließen.

Ergänzend sei noch auf das Recht zur Unterrichtung bei Maßnahmen der allgemeinen Personalplanung nach § 92 BetrVG hingewiesen. In diesem Zusammenhang kann der BR darauf hinwirken, dass u.a. Maßnahmen zur Förderung der Eingliederung von schwerbehinderten Menschen ergriffen werden.

Bei Maßnahmen zur beruflichen Bildung sowie Erleichterungen zur Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung nach § 164 Abs. 4 Nr. 2 und 3 SGB IX hat der **BR gem. § 98 Abs. 3 BetrVG ein qualifiziertes Mitbestimmungsrecht** dergestalt, dass er konkret ein namentliches Vorschlagsrecht für Teilnehmer an einer Bildungsmaßnahme besitzt (vgl. Düwell LPK-SGB IX zu § 164 Rn 196). Gemäß § 98 Abs. 6 BetrVG gilt dies auch für sonstige innerbetriebliche Maßnahmen.

2. Beteiligungsrechte der Schwerbehindertenvertretung (SBV)

Hinsichtlich der Beteiligung der SBV kann auf die Ausführungen unter 5 a verwiesen werden mit der Maßgabe, dass die **Beteiligung der SBV unmittelbar** über die Regelung des § 178 Abs. 2 SGB IX stattfindet (vgl. BAG, Urt. v. 15.2.2005 – 9 AZR 635/03; Fabricius juris-PK SGB IX zu § 164 Rn 16). **Bei Verstößen** gegen die umfassende Unterrichtungspflicht hat die SBV die Möglichkeit, die Durchführung oder Vollziehung der betreffenden **Maßnahme aussetzen** zu lassen, um die Beteiligung innerhalb von sieben Tagen nachholen zu können.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass es auch zu den Aufgaben der SBV gem. § 178 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX gehört, Teilhaberechte von schwerbehinderten Menschen zu realisieren, insb. Anträge zu stellen. Zu den Aufgaben der SBV gehört es auch allgemein, Beschäftigte darin zu unterstützen, Anträge zur Feststellung einer Schwerbehinderung beim zuständigen Versorgungsamt zu stellen ebenso wie Anträge auf Gleichstellung bei der zuständigen BA für Arbeit.

VI. Verfahrensrechtliche Fragen

1. Klageantrag bei behinderungsbedingter Beschäftigung

Nicht immer gelingt es, den Beschäftigungsanspruch des schwerbehinderten Menschen gem. § 164 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX außergerichtlich, ggf. auch im BEM-Verfahren erfolgreich durchzusetzen, sodass dann Klage beim Arbeitsgericht eingereicht werden muss. Vielfach stellt sich dann die Frage unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes, wie der Klageantrag zu formulieren ist.

Formulierungsvorschlag:
Der Beklagte wird verurteilt, den Kläger, ggf. nach entsprechender Vertragsänderung, vorbehaltlich der Zustimmung des Betriebsrats und ggf. nach Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens, in einem Arbeitsbereich einzusetzen, in dem der Kläger noch leichte körperliche Tätigkeiten, bevorzugt im Sitzen in geschlossenen und temperierten Räumen ausüben kann.
hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, den Kläger ggf. nach entsprechender Vertragsänderung, vorbehaltlich der Zustimmung des Betriebsrats und ggf. nach Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens, als Verwaltungsangestellten (Einkauf), alternativ Sachbearbeiter Telekommunikation, alternativ Angestellter Materialverwaltung, alternativ Telefonist/Verwaltungsangestellter (Bürokommunikation), alternativ Lagerangestellter (Material- und Gütebestimmung) zu beschäftigen.
(vgl. Vorschlag nach Schmidt, a.a.O. Rn 241 unter Hinweis auf BAG, Urt. v. 10.5.2005 – 9 AZR 230/04, NZA 2006, 155, 158; Düwell LPK-SGB IX zu § 164 Rn 219).

Bei eingeschränkter Schichttauglichkeit sollten zur Klarstellung auch noch die wöchentliche Arbeitszeit und die möglichen Schichtzeiten in den Antrag aufgenommen werden.

Es sollte auch darauf geachtet werden, dass mehrere unterschiedliche Beschäftigungsmöglichkeiten genannt werden, da dem schwerbehinderten Menschen kein Anspruch auf Zuweisung eines bestimmten Arbeitsplatzes zusteht. So kann sichergestellt werden, dass die Beschäftigungsklage nicht als unbegründet abgewiesen wird, denn dem Arbeitgeber bleibt die Entscheidung, mit welcher der genannten Tätigkeitsvorschläge er den Arbeitnehmer beschäftigen will (vgl. BAG, Urt. v. 10.5.2005 – 9 AZR 230/04, NZA 2006, 155,158, m.w.N.).

Gleiches gilt auch für den Antrag auf behindertengerechte Ausstattung der Arbeitsstätte, wenn der Arbeitgeber zu einer bestimmten Handlung verurteilt werden soll.

Formulierungsvorschlag:
Der Beklagte wird verurteilt, die Zugänge zum Büro der Beklagten einschließlich Umkleideraum, Pausenraum und Toilette im Gebäude (Adresse, Stockwerk genaue Bezeichnung ggf. unter Beifügung einer Skizze bzw. eines Plans) jeweils mit elektrischen Türöffnern auszustatten.

2. Darlegungs- und Beweislast

Bei einer Beschäftigungsklage nach § 164 Abs. 4 SGB IX gilt eine **abgestufte Darlegungs- und Beweislast** (vgl. BAG, Urt. v. 10.5.2005 – 9 AZR 230/04, NZA 2006, 155 ff.): Der schwerbehinderte oder gleichgestellte **Arbeitnehmer als Kläger** sollte folgende Punkte darlegen und beweisen:

- eingeschränktes Leistungsvermögen, ggf. unter Vorlage eines fachärztlichen bzw. betriebsärztlichen Attestes,
- Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruchs,
- Darlegung, welche Beschäftigungsmöglichkeiten aus seiner Sicht noch bestehen, bei denen die vorhandenen Kenntnisse und Fähigkeiten verwertet werden können,
- Darlegung, wie der Arbeitsplatz ggf. umgestaltet werden muss, damit eine Weiterbeschäftigung möglich ist.

Sodann muss **der beklagte Arbeitgeber** substanziiert auf folgende Punkte eingehen und unter Beweis stellen:

- konkrete Begründung, warum keine behinderungsgerechten Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen,
- Darlegung, dass die im Antrag genannten Zuweisungen an Beschäftigungsmöglichkeiten für ihn unzumutbar/unverhältnismäßig sind,
- Darlegung, dass kein entsprechender Arbeitsplatz vorhanden ist und auch nicht in naher Zukunft frei wird,
- Darlegung, dass auch kein entsprechender Arbeitsplatz durch Versetzung besteht,
- Darlegung, dass der Arbeitnehmer nicht über die notwendige Qualifikation verfügt,
- Darlegung, warum eine Umgestaltung mit technischen Arbeitshilfen nicht möglich ist,
- die behinderungsgerechte Beschäftigung verstößt u.U. gegen Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften,
- erfolglose Durchführung eines Präventionsverfahrens nach § 167 Abs. 1 SGB IX.

Literaturhinweis:
Vgl. zum Vorgehenden auch Schmidt, a.a.O., Rn 243–252).

Aus den vorgenannten Ausführungen wird sehr deutlich, dass der größere Aufwand für die Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitgeber liegt, will dieser nicht riskieren, zur behindertengerechten Beschäftigung

nach § 164 Abs. 4 SGB IX verurteilt zu werden. Dies ist nur konsequent, wenn man sich vor Augen hält, dass das Ziel des § 164 SGB IX in erster Linie die Beschäftigungsförderung und Beschäftigungssicherung von schwerbehinderten Menschen ist.

VII. Schlussbemerkung

In der anwaltlichen Beratung und Vertretung bieten sich sowohl im Arbeitgeber- als auch im Arbeitnehmer bzw. BR-/SBV-Mandat vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten, die es zu nutzen gilt.

Im **Arbeitgebermandat** sollte besonderes Augenmerk auf die Dokumentation des Anforderungsprofils, der Stellenbeschreibung und der Recherche von Beschäftigungsmöglichkeiten gelegt werden. Die Pflichten nach § 164 SGB IX sollten auch als Chance begriffen werden, nicht nur die Mindestbeschäftigungsquote an schwerbehinderten Menschen zu erfüllen bzw. Sanktionen wie Schadenersatzansprüche und Bußgelder zu vermeiden, sondern durch die Ausnutzung aller Möglichkeiten einschließlich technischer und finanzieller Förderung durch die Integrationsämter/BA für Arbeit auch als ein Mittel gegen den vielfach beklagten Fachkräftemangel zu betrachten.

Im **Arbeitnehmermandat** sollten schwerbehinderte Menschen dazu ermutigt werden, ihre Ansprüche frühzeitig und konsequent, z.B. auch im BEM-Verfahren oder in der stufenweisen Wiedereingliederung geltend zu machen und durchzusetzen. Der Verzicht auf diese Ansprüche oder ein überstürztes Nachgeben und Ausscheiden durch Aufhebungsvertrag mit anschließender (längerer) Arbeitslosigkeit oder gar dem Bezug von befristeter Erwerbsminderungsrente sind keine echten Alternativen zur dauerhaften Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen.

Auch die **Betriebsräte und die SBV** sollten aktiv und selbstbewusst die gesetzlichen Möglichkeiten der Mitbestimmung nutzen, um die Ziele von Beschäftigungsförderung und -sicherung von schwerbehinderten Menschen zu erreichen bzw. zu verbessern.

Letztendlich bietet sich für Rechtsanwälte die Möglichkeit, neben der allgemeinen Beratung und Vertretung im Arbeitsrecht ihr Mandatsspektrum zu erweitern und alle Akteure im Arbeitsrecht bei der Umsetzung der gesetzlichen Ziele im Schwerbehindertenrecht kompetent zu vertreten.

Hinweis:
Zur besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag die maskuline Form verwendet, gemeint ist jedoch die sprachliche Gleichbehandlung aller Geschlechter [Anm. des Verf.].