

## Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 3/2013 –

20.08.2013

### **Anspruch auf behinderungsgerechte Beschäftigung – unmittelbar klagbarer Anspruch auch auf eine konkrete Tätigkeit möglich**

Anmerkung zu LAG Frankfurt, Urteil v. 05.11.2012 – 21 Sa 593/10

*von Dipl. iur. Cathleen Rosendahl, LL.M., Halle*

#### **I. Thesen der Autorin**

- 1. Bei Nichterfüllung der Pflicht von Arbeitgebern, angemessene Vorkehrungen vorzunehmen, kann ein klagbarer Anspruch auf eine bestimmte, von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern geltend gemachte angemessene Vorkehrung bestehen.**
- 2. Arbeitgeber sind zu einer Umorganisation des Arbeitsplatzes verpflichtet, wenn behinderte Beschäftigte nicht mehr alle übertragenen Aufgaben wahrnehmen können, es sei denn, eine solche Maßnahme wäre dem Arbeitgeber unzumutbar.**
- 3. Bei der Umorganisation der Beschäftigung im Betrieb müssen auch Leiharbeitsplätze als freie Arbeitsplätze mit einbezogen werden, sofern diese ein dauerhaftes, nicht schwankendes Arbeitsvolumen abdecken.**

#### **II. Wesentliche Aussagen des Urteils**

- 1. Wenn der Arbeitgeber schwerbehinderten Beschäftigten keine behinderungsgerechte Beschäftigung zuweist, entsteht diesen ein unmittelbar klagbarer Anspruch aus § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX.**
- 2. Dieser Anspruch kann sich bei Untätigkeit des Arbeitgebers auch auf eine arbeitnehmerseitig selbst konkretisierte Beschäftigung beziehen.**
- 3. Durch Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter besetzte Dauerarbeitsplätze, sind als freie Arbeitsplätze im Sinne des behinderungsgerechten Beschäftigungsanspruches anzusehen.**

### III. Der Fall

Der Kläger ist seit 1992 bei der Beklagten als Flugzeugabfertiger angestellt und verrichtete unterschiedliche Tätigkeiten, darunter auch die eines Personalfahrers. Der Kläger ist schwerbehindert und konnte seine Tätigkeit seit 2002 nicht mehr vollständig ausführen. Nachdem er vorübergehend ausschließlich Aufgaben eines Personalfahrers wahrgenommen hatte, wurden ihm 2008 als behinderungsgerechte Tätigkeiten, Reinigungs- und Aufräumarbeiten zugewiesen. Hierunter fielen u. a. auch das Tragen und Heben erheblicher Lasten und das Zurücklegen längerer Wegstrecken im Freien. Gegen diese Zuweisung wehrte sich der Kläger gerichtlich, da sie nicht behinderungsgerecht seien. Die an den Prozess anschließenden Maßnahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) bestätigten diese Zuweisung jedoch. Auch nachdem weitere fachärztliche Gutachten belegt hatten, dass die zugewiesene Tätigkeit nicht behinderungsgerecht war, blieb die Zuweisung bestehen. Daraufhin klagte der Arbeitnehmer auf die Zuweisung einer behinderungsgerechten Beschäftigung und im Speziellen auf die Beschäftigung als Personalfahrer. Die Beklagte bestritt das Bestehen eines freien Arbeitsplatzes als Personalfahrer, setzte jedoch Leiharbeitnehmer in der Flugzeugabfertigung auch als Personalfahrer ein.

Das Arbeitsgericht (ArbG) Frankfurt wies die Klage im März 2010 ab. Hiergegen legte der Kläger Berufung zum Hessischen Landesarbeitsgericht (LAG) ein.

### IV. Die Entscheidung

Das LAG gab der Klage statt. Schwerbehinderten Arbeitnehmern stehe nicht nur generell ein klagbarer Anspruch auf eine behinderungsgerechte Tätigkeit gemäß § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX zu, er könne sich ebenso auf eine konkrete Tätigkeit beziehen.

Der Arbeitnehmer habe nach höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>1</sup> im Regelfall keinen Anspruch auf einen selbst gewählten Arbeitsplatz. Grundsätzlich liege es im Ermessen des Arbeitgebers, welcher behinderungsgerechte Arbeitsplatz zugewiesen werden könne. Im vorliegenden Fall sei der Arbeitgeber jedoch nach den medizinischen Gutachten gar nicht tätig geworden, obwohl ihm bekannt war, dass der Kläger seine ihm zugewiesene Tätigkeit nicht mehr ausführen konnte. Um dem Gedanken der gesteigerten Teilhabepflichten aus Artikel 5 der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG sowie § 81 Abs. 3 und 4 SGB IX Rechnung zu tragen, müsse dem schwerbehinderten Beschäftigten dann ein unmittelbar klagbarer Anspruch auf eine konkrete behinderungsgerechte Beschäftigung eingeräumt werden. Dem Arbeitgeber bleibe der Einwand aus § 81 Abs. 4 S. 3 SGB IX, die Erfüllung des Anspruchs sei unverhältnismäßig, erhalten.

Hier brachte die Beklagte zudem vor, es gäbe keinen freien Arbeitsplatz als Personalfahrer. Das LAG bezieht sich auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG)<sup>2</sup> und betont, dass der Beschäftigungsanspruch eines behinderten Arbeitnehmers sich nur auf freie Arbeitsplätze beziehe. Die Beklagte setze jedoch Leiharbeitnehmer dauerhaft als Flugzeugabfertiger ein und müsse sich diese Plätze als freie Arbeitsplätze zurechnen lassen. Daher müssten die Aufgaben der Flugzeugabfertiger so umorganisiert werden, dass der Kläger aus-

<sup>1</sup> BAG v. 10.05.2005 – 9 AZR 230/04, AP Nr. 8 zu § 81 SGB IX.

<sup>2</sup> Ebenda.

schließlich als Personalfahrer beschäftigt werden könne. Somit hätte der Kläger einen Anspruch auf die Anpassung seines Arbeitsplatzes zu einer Vollzeitbeschäftigung als Personalfahrer.

Gegen dieses Urteil wurde Revision zum Bundesarbeitsgericht eingelegt.

## V. Würdigung/Kritik

Dieses Urteil ist in vielerlei Hinsicht zu begrüßen.<sup>3</sup> Es setzt sich mit dem Anspruch auf eine behinderungsgerechte Beschäftigung (§ 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX) auseinander und hebt dessen Bedeutung vor dem Hintergrund des Unionsrechts hervor.

Die Feststellung eines klagbaren Anspruchs auf eine bestimmte behinderungsgerechte Beschäftigung ist konsequent und entspricht der bisherigen Rechtsprechungslinie des BAG. Bereits in früheren Entscheidungen hatte sich das BAG mit der Frage der Umorganisation eines Arbeitsplatzes beschäftigt. Im Fall eines Flachscheifers hatte das BAG betont, dass der Arbeitgeber zu einer Umgestaltung des Arbeitsplatzes verpflichtet ist, wenn der betroffene Arbeitnehmer nur noch Teilaufgaben seiner bisherigen Tätigkeit ausführen kann.<sup>4</sup> Auch dann hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer einen Beschäftigungsanspruch.<sup>5</sup> Etwas anderes gilt nur, wenn dies dem Arbeitgeber unzumutbar ist.

Die vom Kläger geforderte behinderungsgerechte Beschäftigung als Personalfahrer stellt einen Teilbereich aus dem Tätigkeitsbild des Flugzeugabfertigers dar. Der Kläger wurde bereits einige Zeit ausschließlich als Personalfahrer beschäftigt; dass er vorübergehend mit anderen Aufgaben betraut war, steht dem Beschäftigungsanspruch als Per-

sonalfahrer nicht entgegen.<sup>6</sup> Zwar hatte der Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung getroffen, den Arbeitsplatz des Flugzeugabfertigers als Mischarbeitsplatz zu gestalten, da es sich bei der Tätigkeit als Personalfahrer aber um eine eigenständige Tätigkeit handelt – die Beklagte beschäftigt bereits andere Arbeitnehmer ausschließlich als Personalfahrer auf „Schonarbeitsplätzen“ – konnte dieser Umstand dem Beschäftigungsanspruch des Klägers nicht entgegenstehen. Würde diese unternehmerische Entscheidung als anspruchshindernd betrachtet werden, würde der Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Arbeitnehmer leerlaufen. Der Arbeitgeber könnte den Anspruch des Arbeitnehmers allein durch eine nicht zwingende, organisatorische Konzeption des Arbeitsplatzes vereiteln.<sup>7</sup>

Die Beklagte hatte zwar im Frühjahr 2009 ein BEM durchgeführt, jedoch nicht auf die Ergebnisse zweier kurz darauf durchgeführter, arbeitsplatzspezifischer Untersuchungen reagiert, obgleich diese eindeutig festgestellt hatten, dass die dem Kläger zugewiesene Beschäftigung nicht behinderungsgerecht war. Die Beklagte verweigerte eine andere Beschäftigung zu finden und brachte vor, dass keine freien Arbeitsplätze als Personalfahrer bestehen. Ein solches Vorbringen genügt den Anforderungen des § 81 Abs. 4 SGB IX nicht. Der Arbeitgeber kann sich nicht auf ein bereits durchgeführtes BEM zurückziehen, wenn dessen Ergebnis offensichtlich ungeeignet war, eine behinderungsgerechte Tätigkeit zu finden.

<sup>3</sup> Ebenso *Beyer*, *JurisPraxisReport-Arbeitsrecht* 21/2013 Anm. 4.

<sup>4</sup> BAG v. 14.03.2006 – 9 AZR 411/05, NZA 2006, 1214; Anmerkung hierzu: *Kohle*, *JR* 2007, 527.

<sup>5</sup> LAG Schlesw.-Holst. v. 19.06.2012 – 1 Sa 225 e/11 Rn 76, zitiert nach *juris*.

<sup>6</sup> In einem ähnlichen Fall betonte das BAG, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Versetzung oder sogar Vertragsänderung haben kann. Dass der Kläger, wie im vorliegenden Fall, in einem anderen als dem von ihm beehrten Arbeitsbereich tätig wird, ist insofern unerheblich. BAG v. 14.03.2006 – 9 AZR 411/05, NZA 2006, 1214.

<sup>7</sup> Vgl. die Argumentation des LAG Schlesw.-Holst. in einem ähnlich gelagerten Fall einer Angestellten im privaten Omnibusgewerbe: LAG Schlesw.-Holst. v. 19.06.2012 – 1 Sa 225 e/11 Rn 80, zitiert nach *juris*.

Der Arbeitgeber, der seiner Pflicht nicht nachkommt und auch im Prozess keine eigenen Vorschläge für einen behinderungsgerechten Arbeitsplatz vorbringt, muss dem Vorschlag des Arbeitnehmers nachkommen. Ansonsten liefe der Anspruch leer. Daher verurteilte das Gericht den Arbeitgeber zur Beschäftigung des Klägers als Personalfahrer.

Eine solche Auslegung des § 81 Abs. 4 SGB IX stellt auch keinen unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar.<sup>8</sup> Während der Zeit der Anspruchsgeltendmachung und während des Prozesses blieb dem Arbeitgeber genügend Raum, geeignete und effektive Maßnahmen vorzuschlagen und umzusetzen. Darüber hinaus bleibt ihm die Einwendung des § 81 Abs. 4 S. 3 SGB IX erhalten, es findet also in jedem Fall eine Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>9</sup> statt. Der Arbeitgeber steht somit nicht rechtsschutzlos da, muss aber die Konsequenzen seiner Untätigkeit tragen.

Ein weiterer interessanter Punkt des Urteils ist die Fortführung der Rechtsprechung zur Leiharbeiterproblematik. Die Beklagte bringt vor, bei ihr seien keine Arbeitsplätze als Personalfahrer frei, setzt jedoch dauerhaft Leiharbeiter im Bereich der Flugabfertigung ein. Das BAG<sup>10</sup> hat bereits klargestellt, dass Arbeitsplätze, auf denen Leiharbeiter eingesetzt werden, um ein nicht schwankendes, ständig vorhandenes Arbeitsvolumen abzudecken, als alternative Beschäftigungsmöglichkeiten angesehen werden müssen. Zudem hat der 1. Senat

des BAG dem Betriebsrat das Recht eingeräumt, die Ausschreibung von Arbeitsplätzen verlangen zu können, die vom Arbeitgeber dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen.<sup>11</sup> Eine solche Ausschreibung ermögliche Arbeitnehmern mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen die Durchsetzung ihres Anspruchs auf eine behinderungsgerechte Beschäftigung, die der Senat für schwerbehinderte Arbeitnehmer auf § 81 Abs. 4 SGB IX und für andere Arbeitnehmer auf § 241 Abs. 2 BGB<sup>12</sup> stützte. Im Rahmen der Besetzung von freien Arbeitsplätzen ist die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers gegenüber besonders geschützten Arbeitnehmergruppen daher eingeschränkt. Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf einen behinderungsgerechten Arbeitsplatz nach § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX kann zu einem Vorrang dieses Arbeitnehmers bei der Besetzung eines Arbeitsplatzes führen, auch wenn dieser Arbeitsplatz mit einem Leiharbeiter besetzt werden sollte.<sup>13</sup>

Diese Überlegungen sind nur konsequent. Bei der Leiharbeit handelt es sich um ein Flexibilisierungsinstrument, welches im Falle eines vorübergehenden, schwankenden Arbeitsbedarfs eingesetzt werden kann. Für die Abdeckung eines dauerhaft vorhandenen Arbeitsvolumens ist der Einsatz von Leiharbeitnehmern jedoch nicht möglich.<sup>14</sup> Dies ergibt sich bereits aus der Neufassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG (Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung). Die hier umgesetzte Richtlinie 2008/104/EG betont mehrmals, dass die Leiharbeit nur bei einer vorübergehenden Überlassung zulässig sei. Das deutsche AÜG muss richtlinienkonform ausgelegt werden und verbietet somit den

<sup>8</sup> LAG Frankfurt, Urteil v. 05.11.2012 – 21 Sa 593/10, Rn 39.

<sup>9</sup> Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch in der Richtlinie verankert: EuGH, v. 11.04.2013, verb. Rs. C – 335/11 u. C – 337/11 (*Ring*), Rn 59, 78. Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung in § 81 Abs. 4 SGB IX: *Faber* in *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol*, SGB IX, 2. Aufl., § 81 Rn 60 f. Für das europäische Recht: *Waddington*, *Comparative Labor Law and Policy Journal* 2008, 317.

<sup>10</sup> BAG v. 15.12.2011 – 2 AZR 42/10, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl.

<sup>11</sup> BAG v. 01.02.2011 – 1 ABR 79/09, DB 2011, 1282.

<sup>12</sup> Alternative Begründung mit Hilfe von § 618 BGB: *Nebe* DB 2008, 1801 ff.

<sup>13</sup> BAG v. 01.02.2011 – 1 ABR 79/09, DB 2011, 1282 Rn 23.

<sup>14</sup> *Ulber*, § 1 AÜG, Rz. 230e m. w. N.; *Düwell*, *ZESAR* 2011, 449; *Hamann*, *EuZA* 2009, 287.

Einsatz von Leiharbeitnehmern auf diesen Arbeitsplätzen.<sup>15</sup> Bei der Besetzung dieser Dauerarbeitsplätze müssen behinderte Arbeitnehmer besondere Berücksichtigung finden.

## VI. Fazit

Dieser Fall des LAG Frankfurt ist äußerst praxisrelevant, da er die Rechtsfolgen der Untätigkeit im Fall eines Anspruchs aus § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX verdeutlicht und Arbeitnehmern die Möglichkeit gibt, auf eine konkrete Beschäftigung (oder auch ein bestimmtes Hilfsmittel) zu klagen. In jedem Fall ist es Aufgabe des Arbeitgebers, mögliche angemessene Vorkehrungen zu suchen und umzusetzen. Erleichternd und im Rahmen einer guten Zusammenarbeit unabdingbar ist das Gespräch mit dem betroffenen Arbeitnehmer, um so die am besten geeignete und effektivste Vorkehrung zu finden. Ebenfalls einzubeziehen sind gemäß § 99 SGB IX die Schwerbehinderten- und Arbeitnehmervertretungen sowie das zuständige Integrationsamt. In jedem Fall muss der Arbeitgeber, sobald er auf Barrieren aufmerksam wird, tätig werden. Er kann sich nicht darauf zurückziehen, der Arbeitnehmer hätte keine geeigneten angemessenen Maßnahmen vorgeschlagen. Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen stellt eine rechtswidrige Diskriminierung dar.<sup>16</sup> Gleichzeitig hat der behinderte Arbeitnehmer einen Anspruch auf Vornahme der angemessenen Vorkehrung – nur so kann

eine inklusive Arbeitswelt garantiert werden. Der Fall zeigt auch, dass Arbeitnehmer gegen unzureichende Ergebnisse eines BEM Rechtsschutz erhalten.

Für die anwaltliche und gerichtliche Praxis ist wichtig, dass sich der Klageantrag auch auf die Vornahme einer bestimmten angemessenen Vorkehrung (hier: eine bestimmte Beschäftigung) richten kann. Im vorliegenden Fall hatte der Kläger dem anwaltlichen Vorgesorgebot entsprechend mehrere Hilfsanträge, welche behinderungsgerechte Beschäftigungsmöglichkeiten konkretisierten, gestellt. Die Klageanträge müssen hinreichend bestimmt sein, um § 253 Abs. 2 Nr. 2 Zivilprozessordnung (ZPO) i. V. m. § 64 Abs. 6 S. 1 Arbeitsgerichtsgesetz zu genügen und den Streit der Parteien nicht in die Vollstreckung zu verlagern.<sup>17</sup> Für die Bestimmtheit genügt jedoch die Aufzählung der behinderungsgerechten Tätigkeiten.

Erfreulicherweise findet das unionsrechtliche Anti-Diskriminierungsrecht zunehmend Berücksichtigung im Rahmen von Prozessen im Behinderungsrecht. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich im Urteil *Ring* erstmals zum Konzept der angemessenen Vorkehrungen und dessen unionsrechtlicher Ausgestaltung geäußert und zugleich deutlich gemacht, dass diese Rechte für alle Gruppen von behinderten Arbeitnehmern gelten.<sup>18</sup> Vor dem Hintergrund der enormen Bedeutung des Konzepts und des eher allgemein gehaltenen Artikel 5 werden zweifelsohne weitere, konkretisierende Entscheidungen folgen.

<sup>15</sup> LAG Ba-Wü v. 22.11.2012 – 11 Sa 84/12.

<sup>16</sup> Zwar äußert sich der EuGH in der Rechtssache *Ring* hierzu nicht ausdrücklich, er stellt jedoch klar, dass die Richtlinie völkerrechtskonform – also in Übereinstimmung mit der UN-Behindertenrechtskonvention – ausgelegt werden muss. Diese sieht eine Versagung von angemessenen Vorkehrungen als Diskriminierung an, Art. 2 UN-BRK. EuGH, v. 11.04.2013, verb. Rs. C – 335/11 und C – 337/11 (*Ring*), Rn 28 ff, insb. 33.

---

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.

---

<sup>17</sup> BAG v. 10.05.2005 – 9 AZR 230/04, AP Nr. 8 zu § 81 SGB IX.

<sup>18</sup> EuGH NZA 2013, 553.