

Im nachfolgenden Text sind bei jeder Kurzbezeichnung – beispielsweise Arbeitnehmer oder Schwerbehinderter usw. – stets jeweils weibliche oder männliche Personen gemeint.

I. Empfehlungen für die Praxis

Bitte beachten Sie:

1. Das Recht der Schwerbehinderten ist ein sehr formelles Recht geworden. Die Nichtbeachtung kann zur Unwirksamkeit der Kündigung führen.
2. Zugleich kann sich der Verstoß gegen das Schwerbehindertengesetz als ein Verstoß gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) darstellen.
3. Der Arbeitgeber ist verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten besetzt werden können, insbesondere mit Arbeitnehmern, die bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldet sind. Daher ist dringend zu empfehlen, vor jeder Neueinstellung eines Bewerbers oder Versetzung eines Mitarbeiters auf einen freien Arbeitsplatz die Agentur für Arbeit routinemäßig einzuschalten, ferner die Schwerbehindertenvertretung neben der Arbeitnehmervertretung (Betriebsrat oder Personalrat) zu informieren und gegebenenfalls mitwirken zu lassen.
4. Das vom Arbeitgeber zu beachtende Eingliederungsverhältnis ist nicht auf die für Arbeitsverhältnisse typische Leistungsbeziehung „Arbeit gegen Lohn“ gerichtet. Der Schwerbehinderte unterliegt nicht seiner ursprünglichen Arbeitspflicht. Er kann die Arbeit abbrechen, wenn nachteilige gesundheitliche Folgen zu erkennen oder zu befürchten sind. Andererseits macht eine Wiederaufnahme der Tätigkeit zur Wiedereingliederung nur Sinn, wenn der Schwerbehinderte trotz seiner die Arbeitsunfähigkeit verursachenden Krankheit und Behinderung noch eine sinnvoll in der betrieblichen Organisation einsetzbare Fähigkeit entwickelt.
5. Im Hinblick auf das AGG ist zu bedenken, dass nicht nur Schwerbehinderte, sondern auch Behinderte als Benachteiligte Ansprüche aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) herleiten können.

II. Checkliste für die Unternehmenspraxis

Die Personalverantwortlichen in den Unternehmen sollten vorsorglich eine Checkliste anlegen. In der nachfolgend aufgeführten Checkliste – sie ist für den Anwender noch weiter zu ergänzen – sind aktuelle Entscheidungen der Arbeitsgerichte verarbeitet. Sie können bei Bedarf bei uns angefordert werden.

1. Verpflichtung des Arbeitgebers, vor der Stellenbesetzung die Agentur für Arbeit zu benachrichtigen, damit diese geeignete schwerbehinderte Bewerber vorschlagen kann (§ 81 Absatz 1 Satz 2 und § SGG IX)
2. Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung des Betriebsrats oder des Personalrats über die Vorschläge der Agentur für Arbeit und über die Bewerbung schwerbehinderter Personen unmittelbar nach Eingang der Vorschläge und/oder der Bewerbung (§ 81 Absatz 1 Satz 4 SGB IX)

3. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und Anhörung des Betriebsrats/Personalrats bei der Prüfung, ob schwerbehinderte Bewerber berücksichtigt werden können (§ 81 Absatz 1 Satz 6 SGB IX)
4. Erörterung einer ablehnenden Entscheidung mit der Schwerbehindertenvertretung und dem Betriebsrat/Personalrat wenn die Beschäftigungsquote (§§ 71 ff SGB IX) nicht erfüllt und/oder die Vertretung mit der Entscheidung nicht einverstanden ist (§ 81 Absatz 1 Satz 7 SGB IX)
5. Anhörung des Behindertenbewerbers bei einer ablehnenden Entscheidung (§ 81 Absatz 1 Satz 8 SGB IX)
6. Unterrichtung anderer Beteiligter über die Gründe der Entscheidung (§ 81 Absatz 1 Satz 9 SGB IX)
7. Schwerbehinderte Menschen haben gegenüber ihrem Arbeitgeber nach § 81 Absatz 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX) Anspruch auf eine Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können.

Kann der Schwerbehinderte Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglich vereinbarte Tätigkeit wegen seiner Behinderung nicht mehr wahrnehmen, so hat er Anspruch auf eine anderweitige Beschäftigung.

Soweit der bisherige Arbeitsvertrag diese Beschäftigungsmöglichkeit nicht abdeckt, hat er einen Anspruch auf Vertragsveränderung (BAG vom 14. März 2006 – 9 AZR 411/05).

Im Einzelnen:

III. Unterscheidung zwischen Behinderung und Schwerbehinderung

Das Benachteiligungsverbot nach § 7 Absatz 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) betrifft sowohl Behinderte als auch Schwerbehinderte. Nach § 7 Absatz 1 und § 1 AGG ist bereits eine Benachteiligung aus Gründen einer „Behinderung“ (nicht nur Schwerbehinderung) zu verhindern oder zu vermeiden.

Nach § 2 Absatz 1 SGB IX ist unter Behinderung jede Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu verstehen, die auf einer länger als 6 Monate andauernden und für das Lebensalter typischen Abweichung von der körperlichen Funktion, geistigen Fähigkeit oder seelischen Gesundheit beruht.

IV. Bedeutung für die Praxis

Für die Praxis bedeutet die Definition des § 2 Absatz 1 SGB IX eine erhebliche Erschwerung eines natürlichen Umgangs mit Personal. Denn im Unterschied zur Schwerbehinderung, die durch einen Ausweis nachgewiesen werden kann, fehlt es bei der Behinderung häufig an entsprechenden Nachweisen. Selbst die nachlassende Sehschärfe, die in der Regel länger als 6 Monate andauert, wird nach dieser Definition bereits als eine Behinderung anzusehen, für die das Benachteiligungsverbot zu beachten ist.

Ist beispielsweise durch betriebsärztlichen Befund festgestellt, dass Neurodermitits einen Bewerber im höheren Maße krankheitsanfällig macht, und lehnt der Arbeitgeber eine Einstellung oder eine Beförderung des Arbeitnehmers wegen des erhöhten Krankheitsrisikos ab, wird dies als einen nachteilige Behandlung angesehen.

Der EuGH hat klargestellt, dass vom Schutzbereich des AGG keine Beeinträchtigungen infolge von Krankheit erfasst werden. Geschützt werde nur der Behinderte, dessen Teilhabe am Berufsleben über einen langen Zeitraum eingeschränkt ist (EuGH vom 11.07.2006 in BB 2006, S. 640). Der EuGH hat somit den Kranken, dessen Teilhabe am Berufsleben vorübergehend eingeschränkt ist, aus dem Schutz des AGG ausgenommen.

V. Ersatz des Vermögensschadens und/oder des immateriellen Schadens bei Benachteiligung eines Schwerbehinderten oder eines Behinderten

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes kann im Einzelfall eine Verpflichtung des Arbeitgebers bestehen, einen schwerbehinderten Stellenbewerber gegenüber sonstigen Bewerbern zu bevorzugen (BAG vom 28.04.1998). Dies ergibt sich unmittelbar aus § 81 Absatz 2 SGB IX. Es besteht kein Anspruch auf Einstellung oder Beförderung.

Es besteht bei Benachteiligung ein Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens (§ 15 Absatz 1 AGG) und des immateriellen Schadens (§ 15 Absatz 2 AGG).

Der Arbeitgeber hat nach § 15 Absatz 1 AGG Ersatz des Vermögensschadens in Geld zu leisten, wenn nicht ausschließen ist, dass er die benachteiligende Handlung oder Unterlassung zu vertreten hat.

Der Anspruch des benachteiligten Schwerbehinderten oder Behinderten auf Ersatz des Vermögensschadens – beispielsweise auf Zahlung der Gehaltsdifferenz bis zum Berufsende - besteht nur, wenn der Benachteiligte darlegen und beweisen kann, er wäre bei einer benachteiligungsfreien Auswahl eingestellt oder befördert worden.

Gelingt der Nachweis nicht, so kommt zwar nicht ein Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens (materieller Anspruch), sondern auf Ersatz des immateriellen Schadens wegen der Verletzung des Persönlichkeitsrechtes des Benachteiligten in Betracht.

(§ 15 Absatz 2 AGG)

Es genügt für diese Art vom immateriellen Schaden, dass ein Bewerber oder ein Arbeitnehmer die Benachteiligung überzeugend darlegen und der Arbeitgeber sich entlasten kann, beispielsweise wenn der Arbeitgeber Stellen versehentlich nur für männliche Bewerber ausgeschrieben oder einen Bewerber wegen seines Krankheitsbildes oder wegen Schwerbehinderung oder Mutterschaft usw. nicht eingestellt oder nicht befördert hat.

Dies ist der verschuldensunabhängige Schadenersatzanspruch des Benachteiligten. Der Beschäftigte kann eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Im Falle einer Nichteinstellung darf die Entschädigung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

Wenn Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen über die Benachteiligungsverbote und Maßnahmen zur deren Abwendung bestehen, ist der Arbeitgeber nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. In diesem Fall gilt also nicht

das verschuldensunabhängige Prinzip. Mit dieser Gesetzesbestimmung soll auch für die Arbeitgeber ein Anreiz für derartige kollektive Vereinbarungen geschaffen werden.

VI. Personelle Maßnahmen bei Schwerbehinderung in der Betriebspraxis

1. In der Praxis wird leicht übersehen, dass alle Arbeitgeber verpflichtet sind zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Personen besetzt werden können, insbesondere mit solchen Personen, die bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldet sind. (§ 81 Absatz 1 SGB IX).

Diese Verpflichtung gilt also auch für Kleinbetriebe. Die Arbeitgeber müssen daher frühzeitig vor Entscheidungen über jegliche personelle Maßnahmen Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufnehmen. Die Agentur für Arbeit oder der Integrationsfachdienst schlägt dem Arbeitgeber geeignete schwerbehinderte Personen vor.

2. Über die Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und über jede vorliegende Bewerbung von schwerbehinderte Menschen hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebsrat (Personalrat) unmittelbar nach Eingang der Bewerbung zu unterrichten. Bei der Prüfung muss der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nach § 95 SGB IX beteiligen. Die Schwerbehindertenvertretung beantragt beispielsweise präventive Maßnahmen bei den zuständigen Stellen und verhandelt mit dem Arbeitgeber über Anregungen und Beschwerden von schwerbehinderten Personen. Es gilt der gesetzliche Grundsatz:

Der Arbeitgeber hat die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen Einzelnen oder eine Gruppe von Schwerbehinderten Menschen berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören.

2. Hat der Arbeitgeber die Entscheidung getroffen, ob er einen Schwerbehinderten einstellt oder ob er einem Schwerbehinderten auf einem freien Arbeitsplatz einsetzt oder nicht, muss er die Entscheidung unverzüglich der Schwerbehindertenvertretung mitteilen.
Hat der Arbeitgeber dies versäumt, so ist die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung getroffenen „Entscheidung auszusetzen und die Beteiligung innerhalb von 7 Tagen nachzuholen.
3. Die Schwerbehindertenvertretung hat das Recht auf Beteiligung, wenn die Agentur für Arbeit dem Arbeitgeber Vermittlungsvorschläge für Bewerber mit Schwerbehinderung vorlegt. Die Schwerbehindertenvertretung hat das Recht auf Einsicht in die entscheidungsrelevanten Teile der Bewerbungsunterlagen und auf Teilnahme an Vorstellungsgesprächen.
4. Der Schwerbehinderte hat das Recht auf Einsicht in die über ihn geführte Personalakte oder in die ihn betreffenden Daten des Arbeitgebers. Er kann zur Einsichtnahme die Schwerbehindertenvertretung hinzuziehen.
5. Die Schwerbehindertenvertretung wird generell zu allen Besprechungen mit dem Betriebsrat über die Belange des Betriebs (§§ 74 Absatz 1, 75, 81 BetrVG) hinzugezogen.
6. Die Schwerbehindertenvertretung hat das Recht, mindestens einmal im Kalenderjahr eine Versammlung schwerbehinderter Personen im Betrieb oder in der Dienststelle durchzuführen. Die Schwerbehindertenvertretung kann an Betriebs- und

Personalversammlungen im Betrieben und Dienststellen teilnehmen, für die sie als Schwerbehindertenvertretung zuständig ist. Sie hat dort ein Rederecht.

7. Verletzt ein Arbeitgeber die Pflichten, so ergeben sich für den Arbeitgeber Folgen aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG).

VII. Kein Fragerecht des Arbeitgebers (Änderung der Rechtslage)

Seit Inkrafttreten des Benachteiligungsverbotes in (§ 81 Absatz 2 SGB IX vom 01.07.2001) ist die Frage nach der Behinderung nur dann zulässig, wenn sie eine wesentliche und entscheidende Voraussetzung für die vorgesehene Betätigung betrifft.

Die bis zur Gesetzesänderung zulässige allgemeine Frage des Arbeitgebers, mit der er erfahren will, ob eine Schwerbehinderung festgestellt worden ist oder objektiv vorliegt und ob ihre Feststellung beantragt wird – so genannte tätigkeitsneutrale Frage –, ist seit Inkrafttreten des AGG nicht mehr zulässig, obgleich diese Frage nach der bis zu Inkrafttreten des AGG geltenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes in Vergangenheit noch für zulässig erachtet wurde.

VIII. Wiedereingliederung von schwerbehinderten nach Arbeitsunfähigkeit

Nach der Entscheidung des BAG 13.06.2006 (9AZR 229/05) kann der schwerbehinderte Arbeitnehmer nach § 81 Absatz 4 SGB IX die Beschäftigung mit stufenweiser Wiedereingliederung verlangen, wenn er zuvor arbeitsunfähig oder teilarbeitsunfähig gewesen ist.

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Nach § 81 Absatz 4 SGB IX hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber Anspruch auf eine Beschäftigung, bei der er seine Fähigkeiten und seine Kenntnisse voll möglichst voll verwerten und weiterentwickeln kann.
2. Dieser Anspruch besteht auch, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist und er nach ärztlicher Empfehlung stufenweise seine berufliche Tätigkeit wieder aufnehmen will.
3. Anspruchsvoraussetzung für die stufenweise Wiedereingliederung ist, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung vorlegt. Die Bescheinigung muss folgende Angaben enthalten

die attestierte Arbeitsunfähigkeit
einen Wiedereingliederungsplan für die aus ärztlicher Sicht zulässige Arbeit
eine Prognose darüber, ob und wann mit der Wiederherstellung der vollen oder teilweisen Arbeitsfähigkeit zu rechnen ist

Wenn diese Anforderungen und solange diese Anforderungen in der ärztlichen Bescheinigungen nicht erfüllt sind, besteht kein der Anspruch auf Wiedereingliederung.

Der Arbeitgeber kann nicht selbst entscheiden, ob ihm eine Beschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar ist und er deshalb im Sinne von § 81 Absatz 4 SGB IX berechtigt ist, die Mitwirkung der Wiedereingliederung abzulehnen.

§ 81 Absatz 4 Satz 3 SGB IX enthält zwar die Regelung, dass ein Anspruch auf Wiedereingliederung nicht besteht, soweit seine Erfüllung für den Arbeitgeber nicht zumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre.

Aber das Bundesarbeitsgericht überlässt nicht dem Arbeitgeber diese Entscheidung.

Das BAG führt u.a. aus, die Wiedereingliederung des Schwerbehinderten bestehe nicht in der für Arbeitsverhältnisse typischen Leistungsbeziehung „Arbeit gegen Lohn“. Der Arbeitnehmer unterliege nicht seiner ursprünglichen Arbeitspflicht. Vielmehr könne er die Arbeit abbrechen, wenn nachteilige gesundheitliche Folgen zu erkennen oder zu befürchten sind. Andererseits mache eine Wiederaufnahme der Tätigkeit zur Wiedereingliederung nur Sinn, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsfähigkeit im Hinblick auf eine im Betrieb mögliche Beschäftigung tatsächlich erprobt.

Habe - so das BAG - der langfristig arbeitsunfähige schwerbehinderte Arbeitnehmer trotz seiner die Arbeitsunfähigkeit verursachenden Krankheiten und Behinderungen noch eine sinnvoll in der betrieblichen Organisation einsetzbare Fähigkeit, so habe der Arbeitgeber nach § 81 Absatz 4 Satz 1 SGB IX ihm zu ermöglichen, im Rahmen der stufenweisen Wiedereingliederung berufsnahe Tätigkeiten zu verrichten.

Aus der Rechtsprechung folgt:

Die Rechte der Schwerbehinderten gehen über die Rechte nicht behinderter und nicht behinderter Arbeitnehmer auf der Grundlage des Anspruches des Schwerbehinderten auf eine stufenweise Wiedereingliederung in das Arbeitsverhältnis weit hinaus.

Zu trennen von dem Recht der Schwerbehinderten sind die Rechte der Behinderten. Diese haben nur Ansprüche aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (Verbot der Benachteiligung). Sie haben - anders als die Schwerbehinderten - weder einen Beschäftigungsanspruch nach § 81 Absatz 4 Satz 1 SGB IX, noch ist der Arbeitnehmer verpflichtet, generell deren Teilhabe am Arbeitsleben zu fördern.

Weiterhin folgt aus der Entscheidung des BAG, dass immer dann, wenn ein Schwerbehinderter Rechte auf Wiedereingliederung geltend macht, der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber eine ärztliche Bescheinigung vorlegen muss, in der die Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wird sowie eine Wiedereingliederungsplan und eine Prognose über die zukünftige Wiederherstellung der vollen oder teilweisen Arbeitsfähigkeit attestiert ist.

Aus der ärztlichen Bescheinigung muss für den Arbeitgeber hinreichend deutlich hervorgehen, dass mit dem Eingliederungsplan auch eine betrieblich nutzbare Tätigkeit wieder erlangt werden kann.

Keinen Anspruch hat der Schwerbehinderte gegen den Arbeitgeber auf Mitwirkung an einer therapeutischen Erprobung, ohne dass in absehbarer Zeit ersichtlich wäre, „ob“ und „wie“ eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses möglich ist. Soweit gehen die Pflichten des Arbeitgebers bei der Mithilfe der Therapie nicht.

Viel Glück bei dem Gang durch den Dschungel und Vorsicht vor Fallgruben!