

B. § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX – Maßstab für Prävention und Kündigungsschutz

Grundnorm der „unternehmerischen Freiheit“ des Arbeitgebers ist – neben Regelungen des Grundgesetzes in den Art. 12 und 14 GG – § 106 Gewerbeordnung (GewO). Danach kann der Arbeitgeber – grundsätzlich – Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen.

Grundsätzlich – denn bereits § 106 GewO selbst beschreibt die gesetzlichen Grenzen. Die Freiheit, Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher zu bestimmen, gilt nach dem Gesetz nur, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den individuellen Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder andere gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

Bereits § 106 GewO regelt, dass der Arbeitgeber bei der Ausübung seines Ermessens im o. g. Sinn auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen hat. Nicht erst allein durch andere gesetzliche Regelungen, sondern durch § 106 GewO selbst ist der Arbeitgeber damit verpflichtet, bei Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung auf die konkrete Behinderung eines einzelnen Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Das bedeutet, dass bei Festlegung von Grundregeln zu Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung für alle Beschäftigten nach § 106 GewO individuelle Abweichungen für behinderte Arbeitnehmer in Betracht kommen können.

Weitergehende gesetzliche Verpflichtungen ergeben sich insbesondere aus § 164 Abs. 4 SGB IX und § 3a Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV). Der Arbeitgeber hat nach § 3a ArbStättV dafür zu sorgen, dass Arbeitsstätten so eingerichtet und betrieben werden, dass Gefährdungen für die Sicherheit und die Gesundheit der Beschäftigten möglichst vermieden und verbleibende Gefährdungen möglichst geringgehalten werden.

Nach Absatz 2 der Vorschrift hat er dann, wenn er Menschen mit Behinderungen beschäftigt, die Arbeitsstätte so einzurichten und zu betreiben, dass die besonderen Belange dieser Beschäftigten im Hinblick auf die Sicherheit und den Schutz der Gesundheit berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere für die barrierefreie Gestaltung von Arbeitsplätzen, Räumen sowie Verkehrs- und Fluchtwegen, die von den Beschäftigten mit Behinderungen benutzt werden. Die Arbeitsstättenverordnung hat in erster Linie den Gesundheitsschutz und die Arbeitssicherheit im Blick. Mit Absatz 2 wird die Barrierefreiheit ergänzt. Aus dieser Regelung folgt jedoch nicht die individuelle Verpflichtung zur behindertengerechten Gestaltung des Arbeitsplatzes vom Arbeitgeber, die Leistungen der Rehabilitationsträger

oder Integrationsämter verdrängt. Die Regelung konkretisiert lediglich die Verpflichtung aus § 106 GewO und § 164 Abs. 4 SGB IX, insbesondere soweit Fragen des Gesundheitsschutzes und der Arbeitssicherheit berührt sind. Beide Vorschriften – § 106 GewO und § 3a ArbStättV – verpflichten den Arbeitgeber.

§ 164 Abs. 4 SGB IX verpflichtet auch den Arbeitgeber – und geht einen Schritt weiter. Die Vorschrift enthält individuelle – arbeitsrechtlich einklagbare – Rechte des schwerbehinderten Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber, deren Missachtung Schadensersatzansprüche auslösen können. Sie gilt uneingeschränkt für private und öffentliche Arbeitgeber. Die Vorschrift trägt damit dem verfassungsrechtlichen Gebot der verbesserten Eingliederung schwerbehinderter Menschen aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG Rechnung¹⁵⁶ und dient damit zugleich auch der Umsetzung der RL 2000/78 zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.¹⁵⁷ Ziel ist, eine verstärkte Einstellung und Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen zu erreichen.¹⁵⁸

Konkret handelt es sich einerseits um die Rechte des neu eingestellten Arbeitnehmers auf barrierefrei Einrichtung seines neuen Arbeitsplatzes – der in der Regel durch Übernahme der Kosten durch die Leistungsträger leicht erfüllt, zumindest leicht finanziert werden kann. Es sind aber auch arbeitsrechtlich einklagbare Rechte des bereits beschäftigten schwerbehinderten Arbeitnehmers, dessen bestehender Arbeitsplatz verändert, dessen Arbeitszeit oder dessen organisatorische Einbettung in die Arbeitsorganisation verändert oder für den ein neuer Arbeitsplatz gefunden werden muss. Mit der Vorschrift wird daher das Ziel verfolgt, Ausgliederungsversuchen entgegenzuwirken und die gleichberechtigte Teilhabe schwerbehinderter Beschäftigter an der Arbeit zu ermöglichen.¹⁵⁹

Schwerbehinderte Menschen haben gegenüber ihrem Arbeitgeber nach § 164 Abs. 4 SGB IX Anspruch auf

- eine Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können (Nr. 1),
- auf bevorzugte Berücksichtigung bzw. Erleichterung bei inner- sowie außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung (Nr. 2 und 3),
- eine behinderungsgerechte Gestaltung der Arbeitsstätte, des Arbeitsplatzes, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit (Nr. 4) sowie

156 Hauck/Noftz/*Gutzler*, SGB IX, § 164 Rn. 1.

157 BT-Drucks. 14/5074, S. 113.

158 NPCGW/*Greiner*, SGB IX, § 164 Rn. 2–4.

159 LPK-SGB IX/*Düwell*, § 164 Rn. 9.

- auf Ausstattung ihres Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen (Nr. 5).

Nach § 164 Abs. 5 SGB IX haben schwerbehinderte Menschen Anspruch auf eine Teilzeitbeschäftigung, wenn die kürzere Arbeitszeit wegen Art und Schwere der Behinderung notwendig ist.

§ 164 Abs. 4 und 5 SGB IX formulieren so in abstrakter Form alle besonderen Rechte schwerbehinderter Menschen gegenüber ihrem Arbeitgeber. Die Regelung verpflichtet den Arbeitgeber bis zu den äußersten Grenzen des Zumut- und Machbaren (Absatz 4 Satz 3), die von ihm unterhaltenen Arbeitsstätten, Betriebsanlagen, Maschinen und Geräte sowie die gesamte Arbeitsorganisation in einen behinderungsgerechten Zustand zu versetzen und zu erhalten (Absatz 4 Satz 1 Nr. 4). Mit diesen Bestimmungen soll „ein Leitbildwechsel realisiert werden“, um die Ausgliederung von Menschen aus dem Arbeitsleben zu vermeiden. Gefordert sind glaubhafte Anstrengungen des Arbeitgebers, das ihm Mögliche und Zumutbare umzusetzen, um die „Anpassung von Arbeitsplätzen an den Menschen“ zu verwirklichen.¹⁶⁰ Sie sind sowohl im Rahmen der Prävention nach § 167 SGB IX und selbstverständlich bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen im Rahmen des besonderen Kündigungsschutzes zu berücksichtigen.

§ 164 Abs. 4 und 5 SGB IX sind damit Maßstab der Prüfung der Alternativen zur Kündigung im Kündigungsschutzverfahren durch das Integrationsamt. Die Interessenabwägung des Integrationsamtes kann bei allen personenbedingten, im Einzelfall auch bei verhaltensbedingten oder betriebsbedingten Kündigungsbegehren unter Berücksichtigung der Rechte aus § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX durchgeführt werden. § 164 Abs. 4 SGB IX regelt somit den Vorrang der leidensgerechten Beschäftigung vor der Kündigung.¹⁶¹ Ist der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet, ihm zumutbare Alternativen zur Kündigung umzusetzen, weil diesbezüglich ein Anspruch des schwerbehinderten Arbeitnehmers besteht, kann das Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung grundsätzlich nicht erteilen.

Die oben genannten Rechte sind durch das Integrationsamt in jedem Präventionsverfahren und bei jedem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung – zumindest gedanklich – im Hinblick auf Veränderungen im bestehenden Arbeitsverhältnis, der Situation am bestehenden Arbeitsplatz und einem möglichen Wechsel auf einen anderen Arbeitsplatz zu prüfen.

Die Rechte aus § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX können somit wie eine *Checkliste* in jedem Präventionsverfahren und bei jedem Antrag auf Zustimmung

¹⁶⁰ LPK-SGB IX/Düwell, § 164 Rn. 178.

¹⁶¹ LPK-SGB IX/Düwell, § 164 Rn. 179.

zur Kündigung herangezogen und – ggf. gedanklich und summarisch – durch die Mitarbeitenden des Integrationsamtes geprüft werden.

Die betrieblichen Interessenvertreter – Betriebsrat bzw. Personalrat und die Schwerbehindertenvertretung (vgl. Kapitel A 8) – sollten sich bei ihren Stellungnahmen möglichst immer auf Rechte des § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX berufen. Sie sollten sich dabei – zumindest kurz – auch mit der Frage der Zumutbarkeit für eine Umsetzung der dem Arbeitgeber möglichen Maßnahmen auseinandersetzen.

In seiner Entscheidung kann das Integrationsamt im Rahmen der Begründung immer auf § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX zurückgreifen. Bei der sozialrechtlichen Ermessensentscheidung kann insofern jederzeit hierauf Bezug genommen werden.

1. Konkrete Ansprüche

Die Rechtsprechung hat eine umfangreiche Ausgestaltung – Konkretisierung – der Rechte nach § 164 Abs. 4 und 5 SGB IX vorgenommen. Hervorzuheben sind insbesondere die Ansprüche auf Beschäftigung, bei der schwerbehinderte Menschen ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können und Ansprüche bezüglich der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit.

1.1 Beschäftigung entsprechend den Fähigkeiten und Kenntnissen

Nach § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX haben schwerbehinderte Menschen gegenüber ihrem Arbeitgeber einen Anspruch auf Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können. Der Arbeitgeber erfüllt diesen Anspruch in der Regel dadurch, dass er dem Arbeitnehmer die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zuweist.

Im bestehenden Arbeitsverhältnis können schwerbehinderte Menschen bis zur Grenze des dem Arbeitgeber Zumutbaren verlangen, die konkrete Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses entsprechend ihrer gesundheitlichen Situation vorzunehmen. Konkret kann dies z. B. bedeuten, dass der Arbeitgeber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer in einem Team die leichtesten Arbeiten zuweist. Dies kann auch dazu führen, dass er von bestimmten Tätigkeiten befreit wird. Das klassische Beispiel ist das ärztliche Attest, das bescheinigt, der schwerbehinderte Mensch kann nur noch in wechselnder Position, mal stehend, mal sitzend, ohne Über-Kopf-Arbeiten

eingesetzt werden und nicht mehr als 10 kg heben. Dies ist – wenn zumutbar – umzusetzen.

Dies gilt auch dann, wenn es im Team sonst üblich ist, dass alle Teammitglieder alle anfallenden Arbeiten erledigen. Die Entscheidung des Arbeitgebers, alle an einem Arbeitsplatz anfallenden Tätigkeiten müssten vom Arbeitnehmer erbracht werden können, ist keine schützenswerte Organisationsentscheidung, die den Beschäftigungsanspruch des schwerbehinderten Arbeitnehmers entfallen lässt. Zur leidensgerechten Ausgestaltung des Arbeitsplatzes eines schwerbehinderten Menschen kann es vielmehr gehören, ihn nur noch mit solchen Tätigkeiten zu betrauen, die er gesundheitsbedingt leisten kann.

Dies kann auch eine innerbetriebliche Umorganisation des Einsatzes anderer Arbeitnehmer erfordern, soweit dies mit deren eigenen arbeitsvertraglichen Vorgaben kompatibel ist.¹⁶² Der Arbeitgeber kann auch verpflichtet sein, durch Umorganisation einen neuen, „bisher nicht vorhandenen“ Arbeitsplatz zu schaffen, d. h. aus den im Betrieb anfallenden Beschäftigungsmöglichkeiten einen neuen, so noch nicht bestehenden behinderungsgerechten Arbeitsplatz einzurichten, ohne dass sich die Zahl der Arbeitsplätze insgesamt erhöht.

Damit werden die anderen Mitarbeitenden natürlich stärker belastet. Dies allein führt aber nicht zur Unzumutbarkeit. Diese wäre erst dann erreicht, wenn aufgrund anderer schwerbehinderter Menschen im Team eine Umverteilung nicht mehr möglich ist und es andere, leichte Arbeiten im Unternehmen nicht (mehr) gibt. Eine Unzumutbarkeit wäre wohl auch dann erreicht, wenn die Gefahr besteht, dass andere durch die höhere Belastung deutlich häufiger krank werden und eine Absenkung der körperlichen Anforderungen für alle nicht möglich ist.

Dies führt zu einer Einschränkung der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers i. S. d. § 106 GewO, denn dieser ist zu einer behinderungsgerechten (Um-)Gestaltung der Arbeitsorganisation verpflichtet, um den Beschäftigungsanspruch des schwerbehinderten Menschen zu erfüllen. Gegebenenfalls hat er eine dieser entgegenstehende betriebliche Umstrukturierung sogar ganz oder teilweise rückgängig zu machen.¹⁶³

Es besteht aber auch der Anspruch, auf einen anderen – behinderungsgerechten – Arbeitsplatz versetzt zu werden – ggf. im Wege eines Ringtausches mit anderen Mitarbeitenden. Kann ein schwerbehinderter Arbeitnehmer die vertraglich geschuldete bisherige Tätigkeit wegen seiner Behinderung nicht mehr wahrnehmen, so führt dies zunächst nicht zum Wegfall seines Beschäf-

¹⁶² LAG Köln, U. v. 28.8.2014 – 7 Sa 642/13.

¹⁶³ BAG, U. v. 16.5.2019 – 6 AZR 329/18 – br 2019, 198.

tigungsanspruchs. Er kann dann vielmehr aus § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX heraus einen Anspruch auf eine anderweitige Beschäftigung haben. Deckt der bisherige Arbeitsvertrag diese neue Beschäftigungsmöglichkeit nicht ab – kann also der Arbeitgeber ihn nicht im Wege des Direktionsrechts dorthin versetzen –, kann der schwerbehinderte Arbeitnehmer eine entsprechende Vertragsänderung verlangen.¹⁶⁴ Selbstverständlich wechselt bei einer solchen Vertragsänderung nicht nur die Aufgabe, sondern auch die Bezahlung entsprechend zu den für die neue Aufgabe üblichen Konditionen.

Einzelfallbeispiel aus der Praxis:

Eine Juristin in einer großen Behörde wird psychisch krank und ist nicht mehr in der Lage, ihre bisherige Tätigkeit auszuüben. Sie darf nicht länger Stress, Druck und belastenden inhaltlichen Aufgaben ausgesetzt werden. Mehrere Arbeitsversuche in unterschiedlichen Bereichen der – z. T. auch einfachen – Sachbearbeitung scheitern. Sie wechselt am Ende eines längeren Verfahrens in die Registratur.

Ist zu der Vertragsänderung die Zustimmung des Betriebsrates erforderlich, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, dessen Zustimmung einzuholen.¹⁶⁵

Zur Konkretisierung des Anspruches kann der Arbeitgeber im Einzelfall verpflichtet sein, die dem schwerbehinderten Menschen verbliebenen körperlichen und geistigen Fähigkeiten und damit seine behindertengerechten Einsatzmöglichkeiten feststellen zu lassen.¹⁶⁶ Dies kann je nach den Umständen des Einzelfalls durch Untersuchung durch einen Arbeitsmediziner erfolgen. Es kann jedoch auch notwendig sein, die Fähigkeiten z. B. in einem Berufsförderwerk umfassend testen zu lassen. Einzelne Berufsförderwerke sind darauf eingerichtet, insbesondere die noch bestehenden körperlichen Fähigkeiten und realen Belastungsbedingungen zu erproben. Ist dies erforderlich, kommt ggf. eine Finanzierung durch einen Rehabilitationsträger, bei Beamten durch das Integrationsamt in Betracht (§§ 25 oder 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 SchwbAV).

Aber auch § 164 Abs. 4 SGB IX gewährt dem schwerbehinderten Menschen weder einen Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz noch ein Recht darauf, allein nach seinen Neigungen und Wünschen beschäftigt zu werden.¹⁶⁷ Er kann sich nicht – unabhängig von seiner Behinderung – quasi selbst die Beschäftigungen zuweisen, denen er gerne nachgeht und die ihm Spaß machen.

164 BAG, B. v. 15.10.2013 – 1 ABR 25/12 – NZA 2014, 214; BAG, U. v. 14.3.2006 – 9 AZR 411/05 – br 2007, 76.

165 BAG, U. v. 3.12.2002 – 9 AZR 481/01 – BAGE 104, 45 – br 2003, 92, 114.

166 LAG Schleswig-Holstein, U. v. 8.6.2005 – NZA-RR 2005, 510.

167 LAG Düsseldorf, U. v. 25.1.2008 – 9 Sa 991/07.

Beispiel aus der Praxis:¹⁶⁸

Die Transport AG beschäftigt den schwerbehinderten Arbeitnehmer Schmitz gemäß Arbeitsvertrag als „Lkw-Fahrer (bis 7,5 t) und Warenverteiler“.

Herr Schmitz ist behinderungsbedingt dauerhaft nicht mehr in der Lage, Lkw bis zu 7,5 t zu lenken. Er trägt vor, wie bisher gelegentlich – wie andere Kollegen auch – nunmehr in Vollzeit Auslieferungsfahrten mit einem Pkw auszuführen, als Warenverteiler eingesetzt und als Beifahrer in einem Lkw eingeplant zu werden. Darüber hinaus könne er Kommissionierungstätigkeiten im Lager verrichten.

Der Arbeitgeber ist der Auffassung, er sei nicht verpflichtet, extra einen ansonsten in dieser Form nicht existierenden Arbeitsplatz mit Tätigkeiten zu schaffen, die der eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers noch entsprechen.

Im vorliegenden Fall ist der Arbeitgeber jedoch verpflichtet, durch Umverteilung der Arbeit Herrn Schmitz unter Berücksichtigung seiner Behinderung ihm mögliche Arbeiten zuzuweisen. Auslieferungsfahrten mit Pkw kommen bei der Transport AG vor. Die Warenverteilung innerhalb der Häuser der Kunden gehört ohnehin zu den arbeitsvertraglichen Aufgaben von Herrn Schmitz. Sein Einsatz an einem solchen Mischarbeitsplatz bringt zwar einen erhöhten Organisationsaufwand mit sich. Dieser muss dem Arbeitgeber aber zugemutet werden.

§ 164 Abs. 4 SGB IX gewährt auch keinen Anspruch auf Beförderung! Die Auswahl der freien Arbeitsplätze beschränkt sich daher grundsätzlich auf solche Tätigkeiten, welche im Vergleich zur bisherigen vertragsgemäßen Beschäftigung als gleich- oder geringerwertig anzusehen sind. Ausnahmsweise kommt jedoch auf der Grundlage des § 164 Abs. 4 SGB IX auch die Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit in Betracht, wenn diese der schwerbehinderte Arbeitnehmer zu einem früheren Zeitpunkt bereits einmal ausgeübt und aus betriebsbedingten Gründen verloren hat.¹⁶⁹ Auch diese – von ihm schon einmal ausgeübte – Tätigkeit entspricht ja seinen Fähigkeiten und Kenntnisse.

Zu den freien Arbeitsplätzen zählen dabei auch die Arbeitsplätze, die zur Abdeckung eines ständig vorhandenen, nicht schwankenden Arbeitsvolumens mit Leiharbeitnehmern besetzt sind.¹⁷⁰

§ 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX gibt dem schwerbehinderten Menschen allerdings keine uneingeschränkte Beschäftigungsgarantie. Die Vorschrift verbietet es dem Arbeitgeber nicht, eine unternehmerische Entscheidung zu treffen, welche das Beschäftigungsbedürfnis für einen schwerbehinderten Menschen entfallen lässt. Sie gewährt insofern keinen absoluten Schutz

¹⁶⁸ Fall nach LAG Köln, U. v. 28.8.2014 – 7 Sa 642/13.

¹⁶⁹ LAG Hamm, U. v. 23.3.2009 – 8 Sa 313/08.

¹⁷⁰ LAG Hessen, U. v. 5.11.2012 – 21 Sa 593/10 – br 2013, 131.

vor einer betriebsbedingten Kündigung. Der gesetzliche Beschäftigungsanspruch hat vielmehr nur Bedeutung für die im Rahmen der allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzvorschriften zu prüfenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten.¹⁷¹

Die soziale Rechtfertigung einer dieser Entscheidung folgenden betriebsbedingten Kündigung hängt dann bezogen auf das Beschäftigungsbedürfnis allein von der Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz ab. Ist eine Beschäftigung auf dem bisherigen oder einem anderen freien Arbeitsplatz nicht möglich, ist der Arbeitgeber nicht nach § 164 Abs. 4 SGB IX verpflichtet, für den schwerbehinderten Menschen einen zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten.¹⁷²

Dies gilt auch, wenn er die Beschäftigungsquote durch die unternehmerische Entscheidung unterschreitet.¹⁷³ Das BAG verfolgt hiermit den Ansatz, eine Verschärfung des Kündigungsschutzes zu vermeiden, um keine negative Anreizwirkungen für die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen zu setzen. Das Integrationsamt kann jedoch die Erfüllung der Beschäftigungspflicht – die Erfüllung der Quote – bei seiner Entscheidung berücksichtigen.¹⁷⁴

Hat das Integrationsamt die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz in einem Kündigungsschutzverfahren geprüft, kann diese Prüfung arbeitsgerichtlich maßgeblich sein. Bei der Prüfung, ob die Erfüllung seiner Pflicht aus § 164 Abs. 4 SGB IX dem Arbeitgeber nach Satz 3 der Vorschrift zumutbar ist oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre, ist, wenn es um die Wirksamkeit einer Kündigung geht, entscheidend mit zu berücksichtigen, dass die Rechte des schwerbehinderten Arbeitnehmers durch ein geordnetes Verfahren vor dem Integrationsamt mit der Möglichkeit der Nachprüfung der Entscheidung in mehreren Instanzen zu prüfen sind. In diesem Verfahren spielen insbesondere die Möglichkeiten, den Arbeitnehmer auf einem anderen, behindertengerechten Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen, eine entscheidende Rolle. Hat eine solche Prüfung mit der gebotenen Sorgfalt stattgefunden und ist das Integrationsamt nach eingehender Prüfung unter Hinzuziehung des Betriebsrats, der Schwerbehindertenvertretung und der sonstigen Beteiligten zu dem Ergebnis gelangt, eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestehe nicht, so darf dies nicht unberücksichtigt bleiben. In einem solchen Fall muss der

171 BAG, U. v. 16.5.2019 – 6 AZR 329/18 – br 2019, 198.

172 BAG, U. v. 22.11.2005 – 1 ABR 49/04 – BAGE 116, 223; 4.10.2005 – 9 AZR 632/04 – br 2006, 135 = BAGE 116, 121.

173 BAG, U. v. 16.5.2019 – a.a.O., Rn. 47.

174 Greiner/Hagedorn, NJW 2019, 3483.

Arbeitgeber eine fehlende Zustimmung des Betriebsrates nicht in einem Zustimmungseretzungsverfahren herbeiführen, wenn er dadurch die Kündigungsfrist des § 171 Abs. 3 SGB IX versäumen würde.¹⁷⁵

1.2 Bevorzugung bei Maßnahmen zur beruflichen Bildung

Um Nachteile im Arbeitsleben auszugleichen, gibt der Gesetzgeber schwerbehinderten Menschen den Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bzw. Erleichterung bei inner- sowie außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung.

1.2.1 Art der Maßnahmen

Dies betrifft sowohl Qualifizierungsangebote bezüglich der Erhaltung und Erweiterung der Qualifikation im Hinblick auf den bestehenden Arbeitsplatz als auch solche Qualifizierungsmaßnahmen, die den beruflichen Aufstieg ermöglichen oder begünstigen.¹⁷⁶ Ein Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Beförderungen folgt hieraus nicht.¹⁷⁷ Bevorzugte Berücksichtigung heißt hierbei Beförderung trotz fehlender gleichwertiger Qualifikation.

Aus der um die Förderung der beruflichen Bildung erweiterten Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers kann sich jedoch im Einzelfall ergeben, dass er verpflichtet ist, einem schwerbehinderten Menschen den beruflichen Aufstieg zu ermöglichen und ihn anderen Bewerbern vorzuziehen. Voraussetzung ist, dass er bei Anwendung der Kriterien von Eignung und Leistung gleichwertig ist und seiner Verwendung auf der „Beförderungsstelle“ keine betrieblichen Gründe entgegenstehen.

Im Kündigungsverfahren wird bei der Frage, ob ein geeigneter anderer Arbeitsplatz zur Verfügung steht, häufig die Qualifikation des schwerbehinderten Arbeitnehmers diskutiert. Kann der schwerbehinderte Mensch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – ggf. bis zum Ende einer notwendigen Einarbeitung einer noch neu einzustellenden Person – mit einer noch durchzuführenden Maßnahme zur beruflichen Bildung die erforderliche Qualifikation erwerben, ist dies ein gegenüber der Kündigung milderes Mittel.

175 BAG, U. v. 22.9.2005 – 2 AZR 519/04 – br 2006, 197 = BAGE 116, 7–18.

176 Ernst/Baur/Jäger-Kuhlmann/Adlhoch, SGB IX, § 81 (a.F.) Rn. 94.

177 LAG Berlin-Brandenburg, U. v. 16.11.2011 – 24 Sa 1606/11.

1.2.2 Kosten

Nicht ausdrücklich geregelt ist, dass der Arbeitgeber die Kosten der für die Teilnahme an Maßnahmen zur beruflichen Bildung trägt. Das allgemeine Arbeitsrecht kennt einen solchen Anspruch nicht, sodass der Arbeitgeber entscheiden kann, ob er solche Maßnahmen finanziert. Aus § 164 Abs. 4 Nr. 2 und 3 ergibt sich ein solcher Anspruch nicht. Übernimmt der Arbeitgeber die Kosten jedoch üblicherweise für vergleichbare Qualifizierungsmaßnahmen, ist es ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 164 Abs. 2 SGB IX, wenn er gegenüber dem schwerbehinderten Mitarbeiter die Kosten nicht übernimmt. Er kann auch nicht auf die Übernahme der Kosten durch die Rehabilitationsträger und Integrationsämter verweisen, da diese zu Recht genau in dieser Situation nicht leisten müssen. Übernimmt er diese Kosten jedoch auch bei anderen Arbeitnehmern nicht, ist die Gewährung von Zuschüssen oder bezahlter Freistellung dem Arbeitgeber nicht zumutbar.

1.2.3 Weiterbeschäftigung während einer Umschulung

Gemäß § 164 Abs. 4 Nr. 3 SGB IX hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber Anspruch auf Erleichterungen in zumutbarem Umfang zur Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung. So kann es dem Arbeitgeber zumutbar sein, das Beschäftigungsverhältnis mit einem schwerbehinderten Menschen während einer 21-monatigen Rehabilitationsmaßnahme aufrechtzuerhalten.¹⁷⁸

Beispiel aus der Praxis:

Nach 15-jähriger Tätigkeit in einem Krankenhaus konnte ein Anästhesiepfleger seinen Beruf wegen einer Entzündung seiner Gelenke, die als Schwerbehinderung anerkannt wurde, nicht mehr ausüben. Durch eine 21-monatige Rehabilitationsmaßnahme sollte er zum Bürokaufmann umgeschult werden. Die von der Krankenhausleitung beantragte Zustimmung zur Kündigung wurde von dem Integrationsamt nicht erteilt. Zum jetzigen Zeitpunkt lasse sich noch nicht absehen, ob und ggf. welche Stellen demnächst im Verwaltungsbereich neu zu besetzen seien. Es lasse sich mithin nicht ausschließen, dass nach Abschluss der Umschulung auch für den behinderten Menschen eine Einsatzmöglichkeit gegeben sei. Dem Arbeitgeber könne deshalb zugemutet werden, den Abschluss der Umschulungsmaßnahme abzuwarten. Sollte sich dann keine Einsatzmöglichkeit ergeben, sei der Arbeitgeber nicht gehindert, kurzfristig erneut die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung zu beantragen.¹⁷⁹

¹⁷⁸ VG Arnsberg, U. v. 22.3.1988 – 7 K 2193/87, bestätigt durch BVerwG, B. v. 16.6.1990 – 5 B 127.89.

¹⁷⁹ BAG, U. v. 21.5.1992 – 2 AZR 399/91 – NZA 1993, 497.