News | Information | Events

JUS-Letter
September 2024 | Jahrgang 24 | Ausgabe 2

BD*Aktuell*

In dieser Ausgabe:

Schwerbehindertenschutz und Nachteilsausgleich im Arbeitsverhältnis V161

Berufsverband Deutscher Anästhesistinnen und Anästhesisten e. V.
- Rechtsabteilung -
Neuwieder Straße 9
90411 Nürnberg
Telefon: 0911 93378 17
0911 93378 19
0911 93378 27
Internet: www.bda.de

Schwerbehindertenschutz und Nachteilsausgleich im Arbeitsverhältnis

RAin Vera Sperber, Nürnberg

Menschen mit Schwerbehinderung und diesen Gleichgestellte genießen einen besonderen Schutz. Darüber hinaus können sie nicht nur gegenüber Arbeitgebenden, sondern auch gegenüber öffentlichen Stellen Ansprüche auf Nachteilsausgleiche geltend machen.

Ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu wollen, möchten wir nachfolgend ein paar besonders häufig auftretende Fragen zum Schwerbehindertenrecht, insbesondere im Arbeitsverhältnis, beantworten:

1. Welche allgemeinen Pflichten haben Arbeitgebende beim Umgang mit gesundheitlich eingeschränkten Arbeitnehmenden?

Grundsätzlich können Arbeitgebende im Rahmen ihres Direktionsrechts Ort, Zeit und Inhalt der Arbeitsleistung „nach billigem Ermessen" bestimmen (§§ 611a Abs. 1 S. 2 BGB, 106 S. 3 GewO). Dabei müssen sie aber unter anderem auch auf etwaige Behinderungen/gesundheitliche Einschränkungen Rücksicht nehmen. Hier kommt es **nicht** darauf an, ob tatsächlich eine Schwerbehinderung im Sinne des SGB IX vorliegt, es handelt sich vielmehr um das in jedem Arbeitsverhältnis geltende Gebot der Rücksichtnahme.

Wenn Arbeitnehmende aufgrund einer Behinderung ihre ursprüngliche Tätigkeit nicht mehr ausüben können, sind Arbeitgebende gehalten, unter Berücksichtigung der Behinderung eine andere vertragsgemäße Tätigkeit zuzuweisen. Dies setzt allerdings voraus, dass der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin die Umsetzung auf einen sog. „leidensgerechten Arbeitsplatz" verlangt und dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin mitgeteilt hat, wie er/sie sich die weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende, Beschäftigung vorstellt.[1] Dem müssen Arbeitgebende regelmäßig im Rahmen des ihnen zustehenden Direktionsrechts entsprechen, sofern dies zumutbar und rechtlich möglich ist. Kommen sie dem Verlangen nicht nach, kann dies unter Umständen eine schuldhafte Verletzung der Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) darstellen und sie zum Schadensersatz verpflichten.

Diese Grundsätze gelten immer, unabhängig von einem festgestellten Grad der Behinderung.

2. Wer kann sich auf den besonderen Schutz für schwerbehinderte Menschen berufen?

Menschen, die dem Anwendungsbereich des § 2 SGB IX unterfallen, können sich überdies auf den besonderen Schutz für schwerbehinderte Menschen nach dem SGB IX berufen.

Nach § 2 Abs. 2 SGB IX gelten Menschen mit einem Grad der Behinderung (GdB) von mindestens 50 als schwerbehindert.

1 Bundesarbeitsgericht – BAG -, Urteil vom 19.05.2010, Az.: 5 AZR 162/09.

Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen Menschen ab einem GdB von 30, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 156 SGB IX nicht erlangen oder nicht behalten können (§ 2 Abs. 3 SGB IX).

3. Welche Rechte für Arbeitnehmende und Pflichten für Arbeitgebende gibt es, um Nachteile für schwerbehinderte Menschen auszugleichen?

§ 164 SGB IX enthält einen relativ umfassenden Katalog, der dazu dienen soll, Nachteile für schwerbehinderte Menschen im Arbeitsverhältnis auszugleichen.

Ferner sind Arbeitgebende gem. § 3a Abs. 2 Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) verpflichtet, Arbeitsstätten barrierefrei einzurichten. Zur praktischen Umsetzung können diesbezüglich die Technischen Regeln für Arbeitsstätten herangezogen werden (ASR V3a.2).

Können schwerbehinderte Arbeitnehmende die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung wegen ihrer Behinderung nicht mehr erbringen, haben sie in den Grenzen der Zumutbarkeit einen Anspruch auf eine Vertragsänderung, die eine behinderungsgerechte Beschäftigung ermöglicht,[2] also auf einen Nachteilsausgleich. Die Grundlage für die Beurteilung, was leidensgerecht ist, bilden in der Regel das (betriebs-)ärztliche Attest sowie eine durchgeführte, speziell an der Leistungseinschränkung orientierte (sog. inkludierte) Gefährdungsbeurteilung.

4. Welche zusätzlichen Ansprüche habe ich gegenüber meinem Arbeitgeber, wenn bei mir ein GdB von 50 oder mehr festgestellt worden ist?

Ab einem GdB von 50 gibt es im Arbeitsverhältnis gesetzlich normierte Nachteilsausgleiche, insbesondere:

- Bevorzugte Einstellung/Beschäftigung, §§ 164, 205 SGB IX
- Begleitende Hilfe im Arbeitsleben, § 185 SGB IX
- Teilzeitarbeit, wenn eine kürzere Arbeitszeit wegen Art oder Schwere der Behinderung notwendig ist, § 164 Abs. 5 SGB IX
- Freistellung von Mehrarbeit, die über 8 Stunden werktäglich hinausgeht, § 207 SGB IX
- Fünf Arbeitstage Zusatzurlaub; wenn sich die regelmäßige Arbeitszeit auf mehr oder weniger Arbeitstage in der Woche verteilt, entsprechend mehr oder weniger, § 208 SGB IX
- Besonderer Kündigungsschutz, §§ 168 ff SGB IX (dazu näher unten, auch bei erfolgter Gleichstellung).
- Abschlagsfreie Altersrente für Schwerbehinderte, §§ 37, 236a SGB VI bzw. je nach Satzung des ärztlichen Versorgungswerks

5. Bin ich verpflichtet, meinen Arbeitgeber/meine Arbeitgeberin über meine Schwerbehinderung/Gleichstellung ungefragt zu informieren?

Arbeitnehmende haben generell keine Pflicht, den Betrieb von sich aus und ungefragt über ihre amtlich anerkannte Schwerbehinderung oder Gleichstellung zu informieren. Auch Bewerberinnen und Bewerber müssen ihre Schwerbehinderung nicht im Vorstellungsgespräch oder im Bewerbungsschreiben offenbaren.

Eine Mitteilungs- bzw. Offenbarungspflicht besteht aber jeweils dann, wenn sich die Behinderung unmittelbar auf die Ausführung der Tätigkeit auswirkt, und diese nicht oder nur sehr eingeschränkt geleistet werden kann.

Behinderungen oder Erkrankungen, die sich nicht auf die konkret geforderte Arbeitsleistung auswirken, müssen nicht offenbart werden.

6. Wann darf mein Arbeitgeber/meine Arbeitgeberin mich nach einer Schwerbehinderung/Gleichstellung fragen? Und muss ich dann wahrheitsgemäß antworten?

a) Im Bewerbungsverfahren und während der Probezeit

Seit der Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) hat der Gesetzgeber ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot für Menschen mit Behinderung oder Schwerbehinderung normiert (§ 164 Abs. 2 SGB IX i.V.m. § 7 AGG). In Bezug auf das Fragerecht der Arbeitgeberseite gilt, dass die Frage nach einer Schwerbehinderung grundsätzlich unzulässig ist. Wird die Frage dennoch gestellt, muss sie nicht wahrheitsgemäß beantwortet werden („Recht zur Lüge"). Stellen Arbeitgebende die Frage trotzdem und erhalten eine unwahre Antwort, sind sie nicht berechtigt, den Arbeitsvertrag gemäß § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Sie dürfen aber danach fragen, ob Bewerberinnen und Bewerber an gesundheitlichen, seelischen oder ähnlichen Beeinträchtigungen leiden, durch die sie zur Verrichtung der beabsichtigten vertraglichen Tätigkeit ungeeignet sind. Ebenso verhält es sich mit der Frage nach dem Gesundheitszustand, wenn ein berechtigtes Interesse besteht, zum Beispiel bei akuten ansteckenden Erkrankungen.

b) Nach Ablauf der Probezeit

Nach Ablauf der Probezeit geht die Rechtsprechung davon aus, dass es Arbeitgebenden ermöglicht werden muss, sich rechtstreu zu verhalten, etwa in Zusammenhang mit ihren Pflichten zur behinderungsgerechten Beschäftigung, Zahlung einer Ausgleichsabgabe und Gewährung von Zusatzurlaub. Insbesondere im Vorfeld einer beabsichtigten Kündigung zeigen Arbeitgebende mit dieser Frage, dass sie ihre zum Schutz von Schwerbehinderten bei einer Kündigung bestehenden Pflichten erfüllen wollen.[3] Die Frage nach der Schwerbehinderung verstößt dann nicht gegen das Diskriminierungs- oder Datenschutzrecht. Wird die rechtmäßig gestellte Frage im Vorfeld einer Kündigung nicht wahrheitsgemäß beantwortet, ist es schwerbehinderten Arbeitnehmenden unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf ihre Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen.[4]

7. Wo kann ich mich beraten lassen, wenn ich merke, dass meine Behinderung meine Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsleistung beeinträchtigt?

a) Innerbetriebliche Anlaufstellen

Innerbetrieblich ist, wenn vorhanden, die Schwerbehindertenvertretung (SBV)

2 Bundesarbeitsgericht – BAG -, Urteil vom 10.05.2005, Az.: 9 AZR 230/04.
3 BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 6 AZR 553/10.
4 BAG, a.a.O.

die richtige Ansprechpartnerin, die schwerbehinderten Menschen beratend und unterstützend, z. B. auch bei der Fertigung von Anträgen, zur Seite steht. Näheres ist § 178 SGB IX zu entnehmen.

Die SBV hat Stillschweigen zu bewahren, es sei denn, der schwerbehinderte Mensch hat sie von dieser Verpflichtung entbunden.

Wenn es keine Schwerbehindertenvertretung gibt, ist der/die Schwerbehindertenbeauftragte des Betriebsrats der/die richtige Ansprechpartner/in.

b) Außerbetriebliche Anlaufstellen

Außerbetrieblich gibt es verschiedene Anlaufstellen, bei denen sich Arbeitnehmende beraten lassen können.

Betriebsarzt

Betriebsärztinnen und -ärzte haben oft Ideen, welche Umgestaltungsoptionen es gibt, damit eine weitere Tätigkeit ohne Gesundheitsgefährdung möglich ist. Wenn eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes nicht möglich ist, beraten sie auch zur weiteren Einsetzbarkeit im Betrieb. Betriebsärztinnen und -ärzte unterliegen der ärztlichen Schweigepflicht, sodass alle Möglichkeiten des weiteren Einsatzes offen und in Ruhe besprochen werden können. Wird dann z. B. festgestellt, dass keine Nachtdiensttauglichkeit mehr besteht, wird ein entsprechendes Attest ausgestellt.

Integrationsämter, Integrationsfachstellen, Hauptfürsorgestellen

Auch die Integrationsämter oder die von diesen beauftragten Integrationsfachstellen können helfen, Schwierigkeiten im Arbeitsleben zu beseitigen. Auch die Finanzierung von behindertengerechten Ausstattungen des Arbeitsplatzes oder Geldleistungen sind im Grundsatz denkbar. Nähere Informationen finden Sie auf der Homepage der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen (BIH) e. V. unter www.bih.de.

Ergänzende unabhängige Teilhabeberatung (EUTB)

Die Ergänzende unabhängige Teilhabeberatung (EUTB) unterstützt und berät alle Menschen mit Behinderungen, von Behinderung bedrohte Menschen, aber auch deren Angehörige kostenlos und bundesweit zu Fragen zur Rehabilitation und Teilhabe. Die EUTB dient hierbei als Werkzeug zur unabhängigen Beratung und Aufklärung im Vorfeld der Beantragung konkreter Leistungen – frei von ökonomischen bzw. haushalterischen Interessen und der Kostenverantwortung – und kann bei Bedarf auch während des Teilhabeverfahrens über Leistungen und Verfahrensregelungen aufklären.
Nähere Informationen finden sich unter www.teilhabeberatung.de

Sozialverbände

Unterstützung bieten z. B. der Sozialverband VdK Deutschland e. V. und der Sozialverband Deutschland SoVD und dessen Landesverbände.

8. Ab welchem Zeitpunkt genau kann ich mich eigentlich auf den besonderen Kündigungsschutz für schwerbehinderte/gleichgestellte Menschen berufen?

Der besondere Kündigungsschutz nach den §§ 168 ff SGB IX besteht gemäß § 173 SGB IX, wenn **bei Zugang der Kündigung**

- das Arbeitsverhältnis ohne Unterbrechung länger als sechs Monate besteht (s. aber Urteil des EuGH vom 10.02.2022, Az.: C-484/20, dazu näher unter Ziffer 10) **und**
- der betroffene Arbeitnehmer/die betroffene Arbeitnehmerin das 58. Lebensjahr noch nicht vollendet hat **oder**
- zwar das 58. Lebensjahr vollendet hat, aber kein Anspruch auf eine Abfindung, Entschädigung oder eine ähnliche Leistung auf Grund eines Sozialplans besteht, **und**
- die Schwerbehinderteneigenschaft offenkundig ist **oder**
- die Schwerbehinderteneigenschaft bzw. deren Gleichstellung nachgewiesen ist **oder**
- die Schwerbehinderteneigenschaft zwar zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung **nicht nachgewiesen** ist, **aber** der Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung oder der Gleichstellung spätestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung beantragt

  und
  - später rückwirkend festgestellt wird

    und
  - der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin dem Integrations- bzw. Versorgungsamt gegenüber seinen/ihren Mitwirkungspflichten nachgekommen ist

    und
  - der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin die Arbeitgeberseite von der angenommenen Schwerbehinderung innerhalb von drei Wochen (zzgl. ein bis zwei Tage,[5] s. dazu näher unter Ziffer 10) nach Zugang der Kündigung unterrichtet.

Für den besonderen Kündigungsschutz nach den §§ 168 ff. SGB IX ist es also ausreichend, dass der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin **mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung einen Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderung oder Gleichstellung bei der zuständigen Behörde gestellt hat.** Auf die Kenntnis der Arbeitgeberseite von der Schwerbehinderung oder Gleichstellung bzw. der entsprechenden Antragsstellung bei Ausspruch der Kündigung kommt es grundsätzlich nicht an.

Wenn eine Kündigung droht und die Beantragung einer Gleichstellung/der Feststellung der Schwerbehinderung Erfolg versprechend erscheint, ist es also immer empfehlenswert, den entsprechenden Antrag noch schnellstmöglich zu stellen, denn selbst wenn zum Kündigungszeitpunkt noch keine Entscheidung vorliegt, sondern der GdB von mehr als 50 oder die Gleichstellung erst später festgestellt wird, kann der Schwerbehindertenschutz noch greifen.

9. Ich habe eine Kündigung erhalten. Was soll ich jetzt machen?

Hier gelten **für alle von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unabhängig von einer etwaigen Schwerbehinderteneigenschaft** letztendlich drei zentrale Punkte:

5 vgl. BAG, Urteil vom 22.09.2016, Az.: 2 AZR 700/15.

- Meldung bei der Bundesagentur für Arbeit.
- **Umgehend** fachanwaltlich arbeitsrechtlich beraten lassen.
- Wenn die Wirksamkeit der Kündigung geprüft werden soll, **innerhalb von drei Wochen ab Zugang Kündigungsschutzklage erheben,** nach Fristablauf gilt die Kündigung als wirksam.

Im Einzelnen:

a) Bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitssuchend melden

Nach Erhalt einer Kündigung müssen sich Arbeitnehmende nach § 38 SGB III **spätestens drei Monate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses** bei der Agentur für Arbeit unter **Angabe der persönlichen Daten und des Beendigungszeitpunktes des Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses arbeitssuchend melden.**

Liegen zwischen der Kenntnis des Beendigungszeitpunktes und der Beendigung des Ausbildungs- oder **Arbeitsverhältnisses weniger als drei Monate, haben sie sich innerhalb von drei Tagen (Achtung, nicht: Arbeitstage!) nach Kenntnis des Beendigungszeitpunktes** zu melden.

Wenn Arbeitnehmende nicht persönlich bei der Agentur vorsprechen können, kann die Meldung vorab telefonisch dort erfolgen. Man wird dann einen Termin vorschlagen. Weitere Informationen hierzu stellt die Bundesagentur für Arbeit übersichtlich auf ihrer Homepage www.arbeitsagentur.de zur Verfügung.

b) Umgehend anwaltlich beraten lassen und ggf. rechtzeitig Kündigungsschutzklage erheben

Für alle Arbeitnehmenden empfiehlt es sich immer, **nach Erhalt einer Kündigung sofort fachanwaltliche arbeitsrechtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.** Die Bundesrechtsanwaltskammer stellt auf ihrer Homepage (www.brak.de) ein bundesweites Anwaltsverzeichnis zur Verfügung.

Denn: Ab dem Datum des Zugangs der Kündigung haben Arbeitnehmende **drei Wochen** Zeit, um **Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht zu erheben.**

Achtung: Die dreiwöchige Klagefrist ist nur in ganz extremen Ausnahmefällen verlängerbar.

Wird diese Klagefrist versäumt, gilt die Kündigung als wirksam, was dann bedeutet, dass die Chancen auf eine Weiterbeschäftigung, einen Aufhebungsvertrag und damit auch auf eine Abfindung oder ein besonders gutes Zeugnis stark sinken.

Hier ist anwaltliche Beratung unbedingt angeraten. BDA-Mitglieder müssen die außergerichtliche Beratung zwar selbst zahlen, die Kosten für die Einreichung der Kündigungsschutzklage und das nachfolgende gerichtliche Verfahren trägt aber die BDA-Rechtsschutzversicherung (die Konditionen sind auf unserer Homepage unter der Rubrik Recht und Versicherung abrufbar). Der Anwalt sollte im Falle der Erhebung einer Kündigungsschutzklage die Klageschrift mit der Bitte um Deckungszusage direkt an das BDA-Versicherungsreferat senden.

10. Was kann ich machen, wenn ich mich nicht getraut habe meinem Arbeitgeber / meiner Arbeitgeberin zu sagen, dass ich schwerbehindert / gleichgestellt bin (bzw. einen Antrag auf Gleichstellung / Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft gestellt habe) und jetzt eine Kündigung erhalten habe?

Die Kündigung ist auch dann unwirksam, wenn Arbeitnehmende die Arbeitgeberseite erst nachträglich über ihren Schutzstatus als Schwerbehinderte / Gleichgestellte informieren. Für diese nachträgliche Mitteilung regelt das Gesetz keine Frist.

Das Bundesarbeitsgericht hat jedoch entschieden, dass es eine zeitliche Grenze für die Mitteilung geben muss, um Nachteile für die Arbeitgeberseite, die ja glaubt sich rechtstreu zu verhalten, zu vermeiden.

Danach dürfen schwerbehinderte Menschen zwar in analoger Anwendung der Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG die **Dreiwochenfrist** zur Mitteilung voll ausschöpfen, um sich für oder gegen eine Offenlegung der Schwerbehinderung gegenüber der Arbeitgeberseite zu entscheiden, müssen dann aber eine schriftliche Mitteilung innerhalb von ein oder zwei weiteren Tagen der Arbeitgeberseite (Achtung: nicht dem Arbeitsgericht!) übersenden.[6]

Auch in der Probezeit kann die Information der Arbeitgeberseite Sinn machen. Zwar ist in der Probezeit nach deutschem Recht der Ausspruch einer Kündigung grundsätzlich ohne Zustimmung des Integrationsamts und ohne das Vorliegen die Kündigung sozial rechtfertigender Gründe im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes möglich. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat jedoch entschieden, dass einem Arbeitnehmer, der wegen seiner Behinderung seine Tätigkeit nicht mehr ausüben kann, auch in der Probezeit nicht ohne Weiteres gekündigt werden darf. Vielmehr müssen Arbeitgeber zunächst prüfen, ob eine anderweitige Beschäftigung möglich ist.[7] Es empfiehlt sich also, anwaltliche Beratung in Anspruch zu nehmen.

6 BAG, Urteil vom 22.09.2016, Az.: 2 AZR 700/15.
7 EuGH, Urteil vom 10.02.2022, Az.: C-484/20.