

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Vorgaben nach dem SGB IX
3. Kein besonderer Versetzungsschutz
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Beantragte Gleichstellung
  - 4.2 Beschäftigungsumfang - 1
  - 4.3 Beschäftigungsumfang - 2
  - 4.4 Milderes Mittel
  - 4.5 Schwerbehinderten-Angelegenheiten
  - 4.6 Zeitlicher Aufwand
  - 4.7 Zustimmungsverweigerung

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss sowohl bei einer Versetzung via **Direktionsrecht** als auch bei einer **Änderungskündigung** auf eine **(Schwer)Behinderung** des Mitarbeiters achten. Die Einschränkung der physischen oder psychischen Gesundheit kann ein Grund sein, der eine **Versetzung angreifbar** macht. Das zeigt sich insbesondere in Fällen, in denen die sonstigen Merkmale gleich sind und einiges darauf hindeutet, dass die (Schwer)Behinderung **Beweggrund** der Arbeitgebermaßnahme gewesen sein könnte.

#### **Praxistipp:**

Schwerbehinderte Arbeitnehmer haben nach den § 85 ff. SGB IX zwar einen besonderen gesetzlichen Kündigungsschutz, aber keinen besonderen Schutz vor Versetzungen. Insoweit werden (schwer)behinderte Arbeitnehmer zunächst nicht anders als alle anderen Mitarbeiter behandelt. Die Behinderung kann aber ein Grund sein, der die Versetzung nach § 106 Satz 3 GewO oder § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG unwirksam macht. Die (Schwer)Behinderung ist bei der Auswahl des zu versetzenden Mitarbeiters unter mehreren vergleichbaren Beschäftigten ein Merkmal, das besonders sorgfältig geprüft und mit anderen Merkmalen abgewogen werden muss.

**Schwerbehinderte** Arbeitnehmer haben nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX **Anspruch auf eine Beschäftigung**, *"bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können"*. Trotzdem ist **kein Arbeitgeber** gesetzlich **verpflichtet**, für schwerbehinderte Arbeitnehmer einen **zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten**. Bevor ein schwerbehinderter Mitarbeiter versetzt wird, muss der Arbeitgeber die **Schwerbehindertenvertretung** beteiligen, § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Eine ohne ihre Beteiligung durchgeführte Maßnahme ist auszusetzen, § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX.

#### 2. Vorgaben nach dem SGB IX

Der **Arbeitgeber** hat nach dem SGB IX gegenüber schwerbehinderten Mitarbeitern eine ganze **Reihe von Pflichten**. Er muss nicht nur prüfen, ob er **Arbeitsplätze** mit Schwerbehinderten **besetzen** kann ( § 81 Abs. 1 SGB IX ), er muss auch **Ansprüche** schwerbehinderter Arbeitnehmer

- auf eine Beschäftigung, *"bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können"* ( § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX ), und

- auf eine **behinderungsrechte Einrichtung** und Unterhaltung der Arbeitsstätte ( § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX )

beachten (s. dazu die Stichwörter Schwerbeh. Menschen - Ansprüche gegen Arbeitgeber und Schwerbeh. Menschen - Pflichten des Arbeitgebers).

Auch wenn der Betriebsrat schon die **Eingliederung schwerbehinderter Menschen** fördern soll ( § 93 1. Halbs. SGB IX ), so hat er doch auf die Wahl einer **Schwerbehinderung** hinzuwirken ( § 93 2. Halbs. SGB IX ). Diese Schwerbehindertenvertretung muss der Arbeitgeber

- **in allen Angelegenheiten**, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren,
- unverzüglich und umfassend zu **unterrichten und**
- vor einer Entscheidung **anhören** ( § 95 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 SGB IX ).

Die nach Unterrichtung und Anhörung getroffene **Entscheidung** ist der Schwerbehindertenvertretung **unverzüglich mitzuteilen** ( § 95 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 SGB IX ).

Die **Durchführung** oder Vollziehung einer **ohne Beteiligung** der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX getroffenen Entscheidung ist **auszusetzen**, eine Beteiligung innerhalb von sieben Tagen nachzuholen ( § 95 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 SGB IX ). Danach ist endgültig zu entscheiden ( § 95 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 SGB IX ). Unterlässt der Arbeitgeber die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, hat sie einen **einklagbaren Anspruch** auf Aussetzung der Entscheidung ( LAG Düsseldorf, 30.10.2008 - 15 TaBV 114/08 ).

**Ganz wichtig und neu ab dem 30.12.2016.** "Die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung [der Schwerbehindertenvertretung] nach ... [ § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX ] ausspricht, ist unwirksam." Mit dieser Regelung - die ab dem 01.01.2018 in § 178 Abs. 2 Satz 2 des neuen SGB IX hinterlegt ist - hat der Gesetzgeber den **Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer** durch das Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung vom 23.12.2016 (BGBl. I 2016, S. 3234 ff. vom 29.12.2016 - Bundesteilhabegesetz (BTHG) - **weiter verbessert**. Die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung war bis zum 29.12.2016 keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung Schwerbehinderter.

### 3. Kein besonderer Versetzungsschutz

Behinderte Menschen dürfen **wegen ihrer Behinderung nicht benachteiligt** werden, §§ 1 ff. AGG . Will der Arbeitgeber mit seinem Weisungsrecht Inhalt, Ort und Zeit des Arbeitsleistung ändern, muss er dabei **auf eine Behinderung Rücksicht nehmen**, § 106 Satz 3 GewO . Bei einer betriebsbedingten Kündigung zählt eine **Schwerbehinderung als sozialer Gesichtspunkt**, den der Arbeitgeber bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen hat, § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG . Schließlich müssen auch die **Betriebspartner** bei Behandlung der Betriebsangehörigen darauf achten, dass jede Benachteiligung wegen ihrer Behinderung unterbleibt, § 75 Abs. 1 BetrVG .

**Begriffsbestimmungen:** Zunächst sagt § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ,

"Menschen sind **behindert** , wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist".

- **Schwerbehindert** ist, wer einen Grad der Behinderung von 50 und mehr hat, § 2 Abs. 2 SGB IX .
- Einem Schwerbehinderten **gleichgestellt** werden kann auf Antrag ein behinderter Mensch *"mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 73 nicht erlangen oder nicht behalten können"*.

**Wichtig: Es gibt** für behinderte, schwerbehinderte oder gleichgestellte Arbeitnehmer **keinen besonderen gesetzlichen Versetzungsschutz**. Die Grundwertungen des Schwerbehindertenrechts fließen jedoch über das billige Ermessen, § 106 Satz 3 GewO und die anderen oben zitierten Bestimmungen in eine Versetzungsentscheidung des Arbeitgebers ein:

### **Beispiel:**

Die Handy Kepp KG, ein regionaler Betreiber von Mobiltelefon-Läden in Süddeutschland, eröffnet in Karlsruhe eine neue Filiale. Um den Start dort möglichst reibungslos zu gestalten, soll ein erfahrener Mitarbeiter als Shopmanager aus einer anderen Filiale abgezogen werden. Die Wahl fällt auf Alice Behs, die Leiterin des Heidelberger Telefonshops. Alice ist kinderlos - aber schwerbehindert. Zwei vergleichbare Kollegen von ihr aus den Filialen Baden-Baden und Traben-Trarbach könnten ebenfalls in Karlsruhe eingesetzt werden. Sie sind nicht schwerbehindert. Die Handy Kepp KG muss nun bei ihrer Entscheidung, Frau Behs zu versetzen, auf deren Schwerbehinderung Rücksicht nehmen - und sich dann vielleicht für einen der beiden nicht behinderten Kollegen entscheiden.

§ 106 Satz 3 GewO gibt bei der **Ermessensausübung** nicht vor, "bloß" auf eine *Schwerbehinderung* Rücksicht zu nehmen. § 106 Satz 3 GewO verlangt vom Arbeitgeber, **jegliche Behinderung** zu berücksichtigen ( BAG, 17.08.2010 - 9 ABR 83/09 ).

Nur **Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung** haben nach § 96 Abs. 3 SGB IX den gleichen Kündigungs-, Abordnungs- und **Versetzungsschutz** wie ein Mitglied des Betriebs-, Personal-, Staatsanwalts- oder Richterrats.

## **4. Rechtsprechungs-ABC**

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Versetzung Schwerbehinderter **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### **4.1 Beantragte Gleichstellung**

Der Arbeitgeber ist nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX gehalten, seine **Schwerbehindertenvertretung** in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu **unterrichten** und vor einer Entscheidung anzuhören. Gilt das für ihn auch bei beantragter Gleichstellung? Die Antwort: "Hat ein als behinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 30 anerkannter Arbeitnehmer die Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen beantragt und dies dem Arbeitgeber mitgeteilt, ist der Arbeitgeber nicht nach § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verpflichtet, die Schwerbehindertenvertretung von der beabsichtigten Umsetzung dieses Arbeitnehmers (vorsorglich) zu unterrichten und sie hierzu anzuhören, wenn über den Gleichstellungsantrag zu diesem Zeitpunkt **noch nicht entschieden** ist" ( BAG, 22.01.2020 – 7 ABR 18/18 – Leitsatz).

### **4.2 Beschäftigungsumfang - 1**

Das SGB IX gibt schwerbehinderten Arbeitnehmern **kein Recht auf einen bestimmten Arbeitsplatz** und sichert ihnen auch keine Beschäftigung nach ihren Wünschen und Neigungen. Das SGB IX räumt schwerbehinderten Mitarbeitern in einem bestehenden Arbeitsverhältnis allerdings einen klagbaren **Anspruch** darauf ein, *"im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten so beschäftigt zu werden, dass der schwerbehinderte Mensch entsprechend seiner Vorbildung und seinem Gesundheitszustand seine Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln kann"*. Der Arbeitgeber braucht daher für einen schwerbehinderten Arbeitnehmer **keinen zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten** ( LAG Rheinland-Pfalz, 09.02.2004 - 7 Sa 1099/03 ).

### **4.3 Beschäftigungsumfang - 2**

§ 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX sichert schwerbehinderten Arbeitnehmern gegenüber ihrem Arbeitgeber **Anspruch** auf eine *"Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können"*. § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX gilt nach § 68 Abs. 1 , Abs. 3 SGB IX auch für

Gleichgestellte. Die gesetzliche Regelung gewährt einen Anspruch **auf anderweitige Beschäftigung** und - wenn der bisherige Arbeitsvertrag die neue Beschäftigungsmöglichkeit nicht abdeckt - Anspruch **auf eine darauf zielende Vertragsänderung**. Nur eins tut § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX nicht: Er verpflichtet Arbeitgeber nicht dazu, einen einzigen, konkreten Arbeitsplatz zuzuweisen ( LAG Düsseldorf, 25.01.2008 - 9 Sa 991/07 - mit dem Hinweis, dass das SGB IX auch keinen Beförderungsanspruch enthält).

#### 4.4 Milderes Mittel

*"Die Pflicht des Arbeitgebers, einem schwerbehinderten Arbeitnehmer gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX einen seinen Fähigkeiten und Kenntnissen **entsprechenden Arbeitsplatz zuzuweisen**, ist auch zu berücksichtigen bei der Prüfung, ob eine **Beendigungskündigung** durch eine mit einer Änderungskündigung verbundene **Versetzung** auf einen solchen Arbeitsplatz vermieden werden kann. Widerspricht jedoch der Betriebsrat der Versetzung, ist in der Regel davon auszugehen, dass eine dem Arbeitgeber zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht besteht. Der Arbeitgeber ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände verpflichtet, ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG durchzuführen"* ( BAG, 22.09.2005 - 2 AZR 519/04 ).

#### 4.5 Schwerbehinderten-Angelegenheiten

Der Arbeitgeber hat die Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX *"in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren"*, zu beteiligen. *"Angelegenheiten"* im Sinn des § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX sind unter anderem **personelle Einzelmaßnahmen** wie Einstellung und **Versetzung**. Ein Unterrichts- und Anhörungsrecht scheidet aus, *"wenn sich eine Angelegenheit in gleicher Weise auf alle Beschäftigten auswirkt, unabhängig davon, ob sie schwerbehindert sind oder nicht. Die gleiche **Mitbetroffenheit** 'berührt' weder den einzelnen schwerbehinderten Menschen noch die schwerbehinderten Menschen als Gruppe"* ( BAG, 17.08.2010 - 9 ABR 83/09 ).

#### 4.6 Zeitlicher Aufwand

Das Interesse, den **Weg von der Wohnung zur Arbeitsstätte** mit möglichst wenig Zeit- und sonstigem Aufwand zurückzulegen, kommt auch bei einem Schwerbehinderten nur gleichgestellten Arbeitnehmer **ein großer Stellenwert** zu. Das gilt umso mehr, als die Fortbewegungsfähigkeit dieses Arbeitnehmers durch seine Behinderung beeinträchtigt ist. *"Gerade ein in seiner Leistungsfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen ohnehin eingeschränkter Arbeitnehmer muss umso mehr darauf achten, nicht auch schon bei dem Weg von und zur Arbeitsstätte überdurchschnittlichen **Belastungen ausgesetzt** zu sein"* ( LAG Köln, 16.01.2008 - 7 SaGa 15/07 - hier: 1,5 Stunden von montags bis freitags und 2 Stunden am Samstag für die einfache Wegstrecke).

#### 4.7 Zustimmungsverweigerung

Ein **Verstoß des Arbeitgebers** gegen seine Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 SGB IX begründet bei Versetzungen kein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG . Die Versetzung eines bereits im Betrieb beschäftigten Mitarbeiters auf einen frei gewordenen oder neu geschaffenen Arbeitsplatz führt nicht dazu, dass sich für arbeitslose schwerbehinderte Menschen die mit der Schwerbehinderung verbundenen erhöhten Schwierigkeiten bei der **Suche nach einem Arbeitsplatz** verwirklichen. *"Die schwerbehinderten Menschen konkurrieren nicht mit anderen, nicht schwerbehinderten externen Bewerbern, sondern sind wie diese zu Gunsten schon im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer von der Stellenbesetzung **von vornherein ausgeschlossen**"* ( BAG, 23.06.2010 - 7 ABR 3/09 ).