

## Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 6/2015 –

14.04.2015

### **Diskriminierung einer schwerbehinderten Arbeitnehmerin durch betriebswirtschaftlich sinnlose Tätigkeit**

Anmerkung zu Landesarbeitsgericht Kiel, 30.09.2014, Az.: 1 Sa 107/14

*von Ulrich Fischer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht*

#### **Leitsätze**

- 1. Überträgt ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer (hier: Hilfsarbeiterin in der Kleiderkammer) die Aufgabe, arbeitstäglich eine Schüssel mit Knöpfen zu sortieren, wobei die sortierten Knöpfe abends wieder in die Schüssel gelegt und dem Arbeitnehmer am nächsten Tag wieder zum Sortieren hingelegt werden, so verletzt er das Allgemeine Persönlichkeitsrecht dieses Arbeitnehmers.**
- 2. Nicht bei jeder Persönlichkeitsrechtsverletzung ist die Zahlung eines Entschädigungsbetrags angezeigt, sondern nur, wenn es sich um eine schwerwiegende Verletzung handelt. Hierzu ist eine Abwägung unter Berücksichtigung von Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie des Grades seines Verschuldens anzustellen.**
- 3. Trotz der augenfälligen Verletzung des Persönlichkeitsrechts war danach wegen der Besonderheiten des**

**Einzelfalls eine Entschädigung nicht geschuldet.**

#### **A. Problemstellung<sup>1</sup>**

Gerne liest man arbeitsgerichtliche Entscheidungen aller Instanzen, die in die Höhen arbeitsrechtlicher Grundrechtslyrik führen. Weniger erfreulich ist die Lektüre von Entscheidungen aus deren Dunkelkammer, im hier besprochenen Falle konkret einer bundeswehreigenen Kleiderkammer. In dieser ging es zu wie im richtigen Leben, wozu bekanntlich auch die mitmenschliche Schikane gehört. Das Landesarbeitsgericht (LArbG) Kiel hatte die Möglichkeit, Licht in das Dunkel zu bringen, jedenfalls insoweit, als einer erniedrigten Arbeitnehmerin das vom Arbeitsgericht zugesprochene immaterielle Schmerzensgeld hätte verbleiben können. Dazu konnte sich das Gericht aber nicht durchringen. Vielmehr beantwortete es die Frage, wann ein Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber so „augenfällig“ in seinem Per-

<sup>1</sup> Der Beitrag ist bereits als Anm. 2 im Juris PR 2/2015 erschienen.

sönlichkeitsrecht verletzt wird, dass eine Entschädigung geschuldet wird, in der Weise, dass Hürden aufgestellt wurden, die in der betrieblichen Praxis kaum jemals übersprungen sein werden.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Der Beklagten zu 2), die alleinige Berufungsbeklagte war, wurde von der erstinstanzlichen Beklagten zu 1) Personal gestellt, zu dem auch die Klägerin gehörte. Diese konnte aufgrund einer frühkindlichen Schädigung und einer daraus folgenden Schwerbehinderung mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 100 nur mit einfachsten Aufgaben, vergütet nach EG 3 TVöD, beschäftigt werden. Im Rahmen von Einspar- und Umstrukturierungsmaßnahmen kam es zu einem Wegfall von Funktionen und Arbeitsaufgaben, von denen auch die Klägerin betroffen war, so dass ihr von der Berufungsbeklagten angeboten wurde, mit Vergütung freigestellt zu werden. Dieses lehnte die Klägerin jedoch ab, weil sie der Auffassung war, dass genügend adäquate Aufgaben vorhanden seien, insbesondere unter der gebotenen Heranziehung des § 81 Abs. 4 SGB IX und weil sie Wert darauf legte, die soziale Funktion der Arbeit für sich zu nutzen. Daraufhin wurde die Klägerin mit betriebswirtschaftlich wertlosen Tätigkeiten „beschäftigt“, deren trauriger Höhepunkt das Sortieren von Knöpfen war, wobei die sortierten Knöpfe nach getaner „Arbeit“ wieder durcheinandergebracht wurden, so dass der Klägerin am nächsten Tage erneut die Aufgabe zugewiesen wurde, das erneut entstandene Knöpfechaos in eine bundeswehrgerechte Ordnung zu bringen.

Das Arbeitsgericht hatte die Berufungsklägerin zur Zahlung eines Schmerzensgeldes von 5.000 Euro verurteilt, weil die nicht vertragsgerechte Beschäftigung der Klägerin eine Verletzung deren Persönlichkeitsrech-

tes darstelle. Als Anspruchsgrundlage legte es die §§ 823 Abs. 1, 831, 253 Abs. 2 BGB zugrunde, während ein Anspruch aus § 15 AGG ausgeschlossen wurde. Auf die Berufung der Berufungsbeklagten wies das LArbG Kiel mit dem hier besprochenen Urteil die Klage ab, ohne dass die Revision zugelassen wurde.

## **C. Kontext der Entscheidung**

Fraglos ist es für den Arbeitgeber nicht immer einfach, bei Leistungsminderungen von Arbeitnehmern Aufgaben und Funktionen im Rahmen der arbeitsvertraglichen Parameter zur Verfügung zu stellen, die den betriebswirtschaftlichen Anforderungen einerseits, den subjektiven Möglichkeiten und Fähigkeiten andererseits gerecht werden. Vielfach behelfen sich die Vertragsparteien bei einer unauflösbaren Disparität damit, dass der Arbeitnehmer jedenfalls eine bestimmte bzw. Übergangszeit unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeitsleistung freigestellt wird. Dies auch im Bewusstsein, dass das BAG quasi als Gründungsmythos entschieden hat, dass der Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung im Arbeitsverhältnis grundrechtlichen Schutz durch Art. 1 und 2 GG genießt (vgl. dazu BAG, Urt. v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54 – BAGE 2, 221). Insbesondere für Schwerbehinderte ist das Recht auf gleichberechtigte gesellschaftliche Teilhabe vor allem auch dadurch konstituiert, dass sie Anerkennung und Selbstbestätigung durch Arbeit erfahren. Der Gesetzgeber hat dieses besondere Bedürfnis in vollem Umfange im SGB IX anerkannt und es durch die Einfügung des Satzes 2 in Art. 3 Abs. 3 GG im Jahr 1994 ausdrücklich bekräftigt. Die europäische Union hat durch Art. 19 AEUV und durch die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, der sich das deutsche AGG verdankt, diesen Schutzgedanken ausdrücklich auf oberster rechtlicher Ebene verankert. Nachdem auch für die Bundesrepublik

Deutschland mittlerweile die Behindertenrechtskonvention der UN (BGBl 2008 II, 1419) nicht mehr als irrelevant beiseitegeschoben werden kann, stellt sich zudem immer dringender die Frage, ob das bisherige deutsche Konzept der „Werkstätten für behinderte Menschen“, die nur einfachste Arbeiten ausführen können, mit dieser internationalen Schutznorm für behinderte Menschen kompatibel ist. Denn diese formuliert nicht nur das Prinzip der „Inklusion“, sondern postuliert es als universelle Kategorie, die auch die Arbeitswelt erfasst. Inklusion in Beruf und Betrieb funktioniert aber nur dann, wenn Menschen mit Behinderung eingebettet in die normalen betrieblichen Abläufe, jenseits einer abschottenden Sonderbehandlung, akzeptiert und dann auch entsprechend eingesetzt werden.

Mir scheint, dass das hier besprochene Urteil alle diese ethischen, vor allem aber auch normativen Überlegungen und Konsequenzen, die im Ausgangspunkt der Entscheidung hätten stehen müssen, nicht in ausreichender Weise und Ernsthaftigkeit bedacht hat. Das Urteil liest sich so, als wäre die Klägerin mit ihrer Behinderung und den sich daraus ergebenden Benachteiligungen in persönlicher und gesellschaftlicher Hinsicht völlig auf sich allein gestellt und hätten nicht die staatlichen Stellen, insbesondere ein Arbeitgeber der öffentlichen Hand und die Arbeitsgerichte die Aufgabe, den Schutzgedanken des gesamten Minderungsrechts in allen Belangen, auch bei der Frage einer schwierigen Beschäftigungsmöglichkeit zu berücksichtigen, jedenfalls in der Weise, dass kompensatorische Instrumente gefunden werden, die ein Mindestmaß an Genugtuungsfunktion beinhalten, wie z. B. der immaterielle Schmerzensgeldanspruch.

Das Urteil befremdet schon insoweit, als es die strittig gebliebene Tatsachenfrage nicht geklärt hat, gegebenenfalls durch eine Beweisaufnahme, ob Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung im Zusammenhang

mit der Prüfung der Beschäftigung der Klägerin eingeschaltet waren oder nicht. Diese Frage hätte aber nicht offenbleiben dürfen. Denn nach der zutreffenden Rechtsprechung des BAG können Verstöße gegen gesetzliche Verfahrensregelungen, die zur Förderung der Chancen der schwerbehinderten Menschen geschaffen wurden, eine Indizwirkung für eine Benachteiligung begründen (BAG, Urt. v. 17.08.2010 – 9 AZR 839/08, m. Anm. Tolmein, jurisPR-ArbR 4/2011 Anm. 1).

Diese Rechtsprechung ist meines Erachtens auch auf Fälle der vorliegenden Art anzuwenden, in denen es um Fragen einer nicht vertragsgerechten und möglicherweise diskriminierenden Form der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen geht. Und zwar nicht nur im Sinne einer verfahrensrechtlichen Indizwirkung, sondern auch im Sinne einer materiell-rechtlichen Konsequenz für die Beurteilung der Schwere einer eingetretenen Persönlichkeitsrechtsverletzung. Denn eines hat das Landesarbeitsgericht sicherlich richtig erkannt: Nicht jede Persönlichkeitsrechtsverletzung führt zu einer finanziellen Kompensation, also einem Schmerzensgeld für einen immateriell erlittenen Schaden. Wenn aber für den Schmerzensgeldanspruch ein „schweres Verschulden“, wie das Landesarbeitsgericht formuliert, eine Voraussetzung ist, dann muss sich die Frage stellen, ob nicht ein solcher Grad der Vorwerfbarkeit dann indiziert ist, wenn wesentliche gesetzliche Verfahrensregeln nicht eingehalten worden sind, die gerade dafür geschaffen wurden, den geschützten Personenkreis abzusichern. Diese Frage kann nur bejaht werden, denn das Maß des Verschuldens hängt gerade auch davon ab, inwieweit der handelnde Täter normative Vorgaben, die sich letztlich aber auch als Hilfestellung für das eigene Verhalten darstellen, missachtet und so den institutionellen Rahmen entwertet, der von der Rechtsordnung ausdrücklich mit der Zielrichtung auf-

gestellt wurde, mögliche Schadenseintritte zu vermeiden.

Das Landesarbeitsgericht bemüht sich zwar, die vom Achten Senat des BAG (Urt. v. 24.09.2009 – 8 AZR 636/08) aufgestellten und aus der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG abgeleiteten Grundsätze für die Zusprechung von Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen anzuwenden, scheitert aber auch insofern, als es eine „schwerwiegende“ Persönlichkeitsrechtsverletzung der Klägerin im konkreten Fall verneint. Dies deshalb, weil – wie oben bereits angedeutet – das Landesarbeitsgericht offensichtlich der Auffassung ist, es könne die behinderte Klägerin so behandeln wie eine nicht behinderte Arbeitnehmerin. Mir drängt sich der Eindruck auf, dass das Urteil auch daran krankt, dass das Gericht bei der Beurteilung des „absurden Knopferzählens“ verkennet, dass die Klägerin keine Figur der griechischen Mythologie ist, die von Hermes für einen Frevel zu einer Sisyphusarbeit verurteilt wird, sondern eine Kleiderkammerfrau mit niedrigster Eingruppierung. Wäre sie ersteres, dann könnte man noch verstehen, dass eine Persönlichkeitsrechtsverletzung nach Albert Camus (Der Mythos des Sisyphos) deshalb nicht vorliegt, weil gerade in der äußersten Sinnlosigkeit der aufgegebenen Arbeit „die verborgene Freude des Sisyphos (besteht). Sein Schicksal gehört ihm ... . Wir müssen uns Sisyphos als einen glücklichen Menschen vorstellen.“ Diese Vorstellung fällt mir bei der Klägerin mehr als schwer.

Meines Erachtens ist es nicht angängig, die individuell-psychische und gesellschaftliche Wertigkeit einer über das eigene Selbst hinausgehenden Tätigkeit eines behinderten Menschen in einer betrieblichen und damit sozialen Einheit gleich zu bewerten wie die eines nicht behinderten Menschen. Letzterer hat nämlich in der Regel wesentlich mehr Möglichkeiten, sich außerhalb seiner beruflichen Tätigkeit zu verwirklichen. Für einen

behinderten Menschen ist es oftmals gerade ausschließlich die berufliche Tätigkeit, die den einzigen Raum für Selbstverwirklichung, Anerkennung und ansonsten fehlende Wertigkeitsgefühle bietet. Gerade weil das so ist, führt eine sinnlose, absurde, plakativ destruktive Tätigkeit, wie hier das entwürdigende Knöpfesortieren, auch dann, wenn sie nur einen Teil der gesamten Aufgabenstellung ausmacht, zu einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung. Denn sie setzt der ansonsten schon gegebenen fehlenden bzw. unterwertigen Beschäftigung die rechtsverletzende Krone auf. Sie ist erkennbar als Ausdruck des Versuchs, die Klägerin psychisch zu zermürben, angelegt, als überdeutlicher Fingerzeig darauf, dass die Klägerin eine „persona non grata“, um es unangemessen vornehm auszudrücken, im betrieblichen Kontext ist, wobei ich das abgewetzte Wort „Mobbing“ bewusst vermieden habe.

Nicht ganz ausgeschlossen erscheint, dass die landesarbeitsgerichtliche Urteilsfindung, mindestens unterbewusst, auch dadurch mitbeeinflusst wurde, dass die Klägerin die ihr „angebotene“ Freistellung abgelehnt hatte. Das hätte sie zwar davor bewahrt, Knöpfe ohne Sinn und Verstand sortieren zu müssen. Sie wäre damit aber eines wesentlichen sozialen Teilhaberechtes beraubt worden, nämlich im Zusammenwirken mit anderen Menschen ein allgemein anerkanntes, geregeltes, nicht nur selbstbezogenes Leben zu führen. Sie wäre, was gerade bei einer Behinderung besonders schmerzlich ist, zu einer von der beruflichen Sphäre isolierten Lebensführung, ohne die nicht behinderten Menschen offenstehenden vielfachen anderweitigen Betätigungsmöglichkeiten wahrnehmen zu können, (selbst) verurteilt worden.

Vor diesem psychischen und sozialen Hintergrund war der Klägerin letztlich auch der Weg versperrt, selbstbewusst dem Arbeitgeber gegenüberzutreten und die Arbeitsleis-

tung wegen einer nicht vertragsgemäßen „Beschäftigung“ bei Vergütungsfortzahlung zu verweigern. Dies umso mehr, als nach der immer noch maßgeblichen Rechtsprechung des Fünften Senats des BAG (Urt. v. 22.02.2012 – 5 AZR 249/11, m. Anm. Boemke, jurisPR-ArbR 30/2012 Anm. 1), die nicht nur vom Verfasser (Fischer, FA 2014, 38), sondern auch weit darüber hinaus (so z. B. Thüsing, jM 2014, 20; Schwab, JuS 2012, 1125; Preis in: ErfKomm, 15. Aufl., § 106 GewO, Anm. 1) abgelehnt wird, der Arbeitnehmer „an eine Weisung des Arbeitgebers ..., die nicht aus sonstigen Gründen unwirksam ist, vorläufig gebunden (ist), bis durch ein rechtskräftiges Urteil gem. § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung festgestellt“ ist. Die Klägerin hätte also nach dieser Rechtsprechung bei einer Verweigerung der Arbeitsleistung das volle Risiko getragen, dass der Arbeitgeber wegen Arbeitsverweigerung das Arbeitsverhältnis außerordentlich und gegebenenfalls fristlos gekündigt hätte, wobei bekanntlich die Einwirkungsmöglichkeiten der Integrationsämter im Rahmen des § 91 SGB IX relativ gering sind. Dabei wäre keineswegs sicher gewesen, wie das hier besprochene Urteil zeigt, ob der Klägerin hinreichende Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung der Arbeitsleistung zur Seite gestanden hätten.

Das Landesarbeitsgericht verweigert der Klägerin auch einen Schmerzensgeldanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG. Auch diesen Entscheidungsteil kann ich nicht nachvollziehen. Richtig ist zwar der landesarbeitsgerichtliche Hinweis darauf, dass für die Anwendung der Norm im vorliegenden Falle die Frage von wesentlicher Bedeutung ist, ob eine nicht behinderte Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber in der gleichen betrieblichen Konstellation gleich behandelt wie die Klägerin worden wäre oder nicht. Selbst wenn man das bejahen würde, schließt das nicht aus, dass die Folgen, die durch dieses Ar-

beitgeberverhalten bei den jeweils unterschiedlichen Arbeitnehmern – behindert bzw. nicht behindert – entstehen, unterschiedliche sind. Da es auch beim immateriellen Schmerzensgeldanspruch um die Genugtuungsfunktion und die Ausgleichsfunktion geht, ist bei ihm immer auch die konkrete Situation des Opfers mit zu berücksichtigen. Wie oben bereits dargestellt, ist die Opferlage eines behinderten Menschen, der durch Missachtung durch Nichtbeschäftigung und menschenunwürdige Beschäftigung verletzt wird, eine völlig andere als bei dem nicht behinderten Menschen, der Kompensation durch die Gewinnung von Lebensfreude in anderen Bereichen für sich aktivieren kann. Außerdem greife ich auf das zurück, was eingangs im Hinblick auf die Bedeutung der Durchführung der verfahrensrechtlichen Schutzvorschriften in Bezug auf die Einschaltung von Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretungen und die Folgen für die Indizwirkung ausgeführt worden ist. Das Landesarbeitsgericht hat es sich hier deutlich zu einfach gemacht, weil es nämlich den Vergleich zwischen der Person aus der Gruppe mit dem verpönten Merkmal und der Person ohne dieses ausschließlich aus der Sicht des handelnden Arbeitgebers und nicht auch aus dem Blickwinkel des Schutzsubjektes und seiner spezifischen Befindlichkeit angestellt hat. Wäre das geschehen, hätte, insbesondere unter der vom BAG herausgearbeiteten Indizwirkung der unterlassenen richtigen verfahrensrechtlichen Behandlung durch die zuständigen Gremien, das Landesarbeitsgericht ohne weiteres zu der Schlussfolgerung kommen können, dass eine nicht behinderte Arbeitnehmerin auf eine entsprechende Weisung jedenfalls im Sinne einer Typisierung möglicherweise gerade anders reagiert hätte und die Folgen anders hätte „verdauen“ können.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die Auswirkungen für die Praxis sind bedenklich, wenn das besprochene Urteil Schule macht. Denn so bleiben alle Bekenntnisse zur Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, zur Inklusion von schwer behinderten Menschen im Arbeitsleben reine Lippenbekenntnisse. Nicht nur was das Verständnis von § 15 Abs. 2 AGG in der konkreten betrieblichen Praxis schwerbehinderter Menschen und seiner konkreten betrieblichen Anwendung im Sinne einer angemessenen Schutzfunktion, sondern auch was die Anforderungen angeht, die von der Rechtsprechung an die Zuerkennung von immateriellem Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes in Bezug auf die typischen Phänomene im Arbeitsleben gestellt werden, sollte das Urteil ein Weckruf sein, die besondere Situation behinderter Menschen, vor allem im Lichte der oben zitierten Grundsätze und des Anspruchs auf Inklusion ernst zu nehmen. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Zurverfügungstellung von Arbeitsplätzen und

Tätigkeiten, die leidensangemessen und vertragsgerecht sind. Hier reichen an sich die abstrakten Normen aus, aber nur dann, wenn sie tatsächlich umgesetzt werden und bei fehlender Umsetzung ihre Verletzung mit einer ausreichenden Abschreckungsfunktion sanktioniert werden. Auch im sekundären Rechtsfolgenbereich, also im Bereich der Schadensersatzrechtlichen Sanktionen, wenn die primäre Schutzfunktion des Rechts nicht greift, besteht Anlass, sensibler, differenzierter und abgewogener auf die besonderen Bedingungen behinderter Menschen zu reagieren und das Maß der Rechtsverletzung nach den skizzierten Besonderheiten der behinderten Menschen zu definieren. Auch wenn sie in der Kleiderkammer arbeiten, haben sie ein Recht darauf, dass es keine Dunkelkammer wird.

---

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

---