

**Besprechung des Urteils des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 04.10.2005, AZ: 9 AZR 632/04 zu der Frage, ob der Arbeitnehmer in Annahmeverzug geraten kann, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer nicht in der Lage ist, die Arbeit zu verrichten, der Arbeitgeber aber verpflichtet wäre, geeignete Hilfsmittel zur Erledigung der Arbeit zur Verfügung zu stellen.**

von Rechtsanwalt Thomas Messingschlager in  
**ARBEITSRECHTLICHE PRAXIS (AP) § 81 SGB IX Nr. 4**

## **I. Die Fragestellungen**

Das Urteil des BAG wirkt auf den ersten Blick nicht überraschend, enthält es doch auf die Frage, ob Annahmeverzug im Sinne des § 615 BGB eintreten kann, obwohl der Arbeitnehmer infolge Unvermögens nicht in der Lage ist, die Arbeitsleistung zu erbringen die altbekannte Antwort, dass dies wegen § 297 BGB nicht der Fall sei, und zwar auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber gem. § 81 Abs. 4 Nr. 5 SGB IX dazu verpflichtet ist, dem schwerbehinderten Arbeitnehmer Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen, durch die die Erbringung der Arbeitsleistung ermöglicht würde. Der Arbeitnehmer könne dann allenfalls Schadenersatzansprüche geltend machen.

Auch die Ausführungen zum zweiten größeren Problembereich, nämlich ob der Arbeitgeber etwa verpflichtet ist, den Inhalt des Arbeitsvertrages in einer wie auch immer gearteten Weise zu ändern, um dem nicht leistungsfähigen schwerbehinderten Arbeitnehmer nun doch die Erbringung der Arbeitsleistung zu ermöglichen, bewegen sich in den gewohnten Bahnen: Die Rechtsprechung entscheidet seit längerer Zeit in dem Sinne, dass dies zwar durchaus der Fall sein kann, dass aber andererseits eine Verletzung dieser Pflicht nicht dazu führt, dass der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät – vielmehr könne auch hier allenfalls ein Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers die Folge sein. Hinweise auf entsprechende frühere Entscheidungen werden im Urteil gegeben.

## **II. Praktische Auswirkungen**

Praktische Bedeutung erlangt die Fragestellung, ob die unterlassene Zurverfügungstellung von Hilfsmitteln zum Annahmeverzug führen kann zunächst im Hinblick darauf, welche Hürden der Arbeitgeber zur Erlangung eines Zahlungsanspruchs gegen seinen Arbeitgeber zu überwinden hat: im Falle des Schadenersatzanspruchs muss ein Verschulden des Arbeitgebers vorliegen, beim Annahmeverzug dagegen nicht. Ein Verschulden hätte der Arbeitnehmer zudem vollständig darzulegen und zu beweisen. Er müsste dann insbesondere Ausführungen dazu machen, welche Hilfsmittel in seinem Falle erforderlich wären. Der Arbeitgeber hätte dagegen lediglich vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, aus welchen Gründen die vom Arbeitnehmer genannten Hilfsmittel nicht zumutbar sind.

Geht man hingegen davon aus, dass ein Fall des Annahmeverzuges vorliegt, wenn der Arbeitgeber erforderliche Hilfsmittel nicht zur Verfügung stellt, so müsste dieser umgekehrt zu seiner Entlastung gem. § 297 BGB beweisen, dass der Arbeitnehmer

nicht leistungsfähig ist, sei es, weil auch Hilfsmittel die Arbeitsfähigkeit nicht herstellen könnten, sei es weil diese nicht zumutbar wären.

Entsprechendes gilt für die Frage, ob dem Arbeitnehmer gegebenenfalls eine Beschäftigung zu anderen Bedingungen angeboten werden muss und welche Konsequenzen ein Verstoß hätte.

### **III. Schwerbehinderung und funktionsfähiger Arbeitsplatz**

Die Entscheidung des BAG erscheint zwar im vorliegenden Fall vom Ergebnis her zutreffend - in der Begründung ist sie dagegen teilweise wenig zufriedenstellend, da die Besonderheiten des Falles, die sich aus der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers ergeben, nicht ausreichend berücksichtigt werden.

1.

Bereits die Prämisse, dass Annahmeverzug wegen fehlender Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei erscheint zweifelhaft, wenn man einen Blick auf die Umstände wirft, unter denen Schwerbehinderte in der Praxis ihre Arbeit verrichten: Unbestritten ist, dass eine Vielzahl von Schwerbehinderten Arbeitsleistungen erbringen, zu denen sie lediglich aufgrund der Zurverfügungstellung von Hilfsmitteln i.S. des § 81 SGB IX in der Lage sind. Die Frage nach einer eventuell fehlenden Leistungsfähigkeit stellt sich in diesen Fällen jedoch nicht, denn die vertraglich geschuldete Arbeit wird ja tatsächlich verrichtet. Möglicherweise wäre auch der Kläger unter entsprechenden Bedingungen dazu fähig, seine bisherige Tätigkeit weiter auszuüben. Aus welchen Gründen nimmt das BAG also a priori an, dass eine Arbeitsfähigkeit nicht gegeben ist? Liegt nicht bereits hier ein Widerspruch vor, der seine Ursache in der Verkennung der Besonderheiten bei der Beschäftigung eines Schwerbehinderten hat? Zu klären wäre daher durchaus die Frage, ob Leistungsfähigkeit und Annahmeverzug in diesen Fällen nach den selben Maßstäben beurteilt werden können wie bei nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern.

2.

Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges sind, soweit sie die Abgrenzung zur Unmöglichkeit betreffen, im einzelnen noch immer umstritten (vgl. hierzu z.B. Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Aufl., § 615, Rdnr. 4 ff.). Nach einhelliger Auffassung ist er jedoch zumindest dann gegeben, wenn der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht annimmt, obwohl er dazu in der Lage wäre (vgl. z.B. BAG AP BGB § 615 Nr. 18; Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, a.a.O., Schaub, Arbeitsrecht, 11. Aufl. § 95 Rdnr. 1, ).

3.

Gegebenenfalls setzt nun die Annahme der Arbeitsleistung gewisse Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers im Sinne des § 295 S. 1 bzw. § 296 S. 1 BGB voraus, durch die dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung ermöglicht wird. Das BAG versteht hierunter jedoch lediglich, dass der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer geschuldete Leistung im Rahmen seines Direktionsrechts „hinreichend zu bestimmen und durch Zuweisung eines bestimmten Arbeitsplatzes zu ermöglichen hat“.

4.

Bereits in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer nicht schwerbehindert ist, wird die Definition des BAG der erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers den tatsächlichen Verhältnissen nur schwer gerecht: Selten erschöpft sich das erforderliche Zutun des Arbeitgebers in einer bloßen „Zuweisung“: Fast immer muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mehr oder weniger umfangreiche Arbeitsmittel zur Verfügung stellen, bevor dieser mit der Entfaltung seiner Arbeitsleistung beginnen kann. Diese Obliegenheit variiert nicht nur je nach Berufsgruppe, also danach ob ein Arbeitnehmer als Dachdecker oder als Architekt beschäftigt wird – vielmehr variiert sie auch innerhalb der jeweiligen Berufsgruppe selbst, also beispielsweise bei der Auswahl des zur Verfügung zu stellenden Werkzeuges abhängig davon, ob ein Dachdecker zur Reparatur eines Schiefer- oder Reetdaches eingesetzt wird; bei der erforderlichen Computersoftware, je nachdem ob der angestellte Architekt eine Brücke oder einen Tunnel konstruieren soll usw.. Mitwirkungsobliegenheiten sind also durchaus komplexer Natur und stellen sich im Einzelfall sehr unterschiedlich dar.

Es wird zwar von einer im Vordringen befindlichen Auffassung in der Literatur die Auffassung vertreten, dass sich die Bedeutung der Mitwirkungshandlung relativiere, da die Arbeitsleistung letztlich im alltäglichen Verlauf nur noch entgegengenommen werde und sich das Zutun des Arbeitgebers zum Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers quasi auf eine Art Duldung der Tätigkeit beschränke, (vgl. z.B. Stahlhacke, ArbuR 1992, S. 8 ff.). Die „Zurverfügungstellung“ eines Arbeitsplatzes sei daher keine wirkliche Mitwirkungshandlung. Bislang wird die Problematik allerdings im wesentlichen lediglich im Falle eines gekündigten Arbeitsverhältnisses diskutiert. Zumindest behalten die Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers aber auch nach der o.g. Auffassung in der Literatur dann ihre Bedeutung, wenn im konkreten Fall Arbeitsmaterialien fehlen und vom Arbeitgeber besorgt werden müssten oder wenn eine Änderung des Aufgabenbereichs des Arbeitnehmers zur Disposition steht und der Arbeitgeber den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers entsprechend anzupassen hätte, was der hier gegebenen Konstellation letztlich entspricht.

Die Formulierung des BAG, der Arbeitgeber habe auch im vorliegenden Fall lediglich die „Zuweisung eines Arbeitsplatzes“ vorzunehmen, dürfte also insgesamt etwas kurz gegriffen sein. Etwas deutlicher ist da schon die im weiteren Verlauf der Entscheidung verwendete Formulierung, der Arbeitgeber habe einen „funktionsfähigen“ Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Dies lässt zumindest erahnen, was allein den praktischen Anforderungen des Arbeitslebens gerecht wird, nämlich dass in jedem Einzelfall neu zu definieren ist, welche Mitwirkungshandlungen vom Arbeitgeber erwartet werden können.

Die Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers richten sich daher nicht nur nach dem Arbeitsvertrag, sondern können sich aus der konkreten Situation heraus ergeben und werden durch die jeweilige konkrete Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses modifiziert. Es muss jeweils im Einzelfall gefragt werden: Welche Maßnahmen hat ein Arbeitgeber zu treffen, damit der Arbeitnehmer seinerseits seine Arbeitspflicht erfüllen kann.

5.

Das BAG geht nun allerdings offenbar davon aus, dass kein Unterschied bei den Mitwirkungsobliegenheiten gegenüber nicht schwerbehinderten und schwerbehinderten Arbeitnehmern bestehe und sich in beiden Fällen gleich gestalte.

Natürlich ist eine Gleichbehandlung von Schwerbehinderten mit nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern grundsätzlich wünschenswert und vom Gesetz auch vorgesehen. Eine Gleichbehandlung in der Weise, wie sie das BAG hier praktiziert, erscheint jedoch eher kontraproduktiv. Die Besonderheiten der Beschäftigung eines Schwerbehinderten und die hiermit oft zwangsläufig verbundenen körperlichen oder geistigen Einschränkungen haben vielmehr zur Folge, dass hierdurch auch der Inhalt des Arbeitsverhältnisses beeinflusst wird. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein Schwerbehinderter oftmals Arbeitsleistungen nicht unter den selben Voraussetzungen erbringen kann, wie ein nicht schwerbehinderter Arbeitnehmer. Einem Schwerbehinderten die Erbringung der Arbeitsleistung zu ermöglichen erfordert daher oft ein mehr im Vergleich zu einem nicht Schwerbehinderten. Dem trägt § 81 Abs. 4 u. 5 SGB IX Rechnung.

6.

Aufgrund der bisherigen praktischen Erfahrungen im Arbeitsleben ist grundsätzlich von der Gleichwertigkeit der Leistungen Behinderter und nicht Behinderter auszugehen (vgl. Großmann in GK zum SGB IX, § 81 Rnr. 73 m.w.N.). Dies verdeutlicht sich auch im Hinblick auf den Sinnzusammenhang des SGB IX, dessen Zweck es ja letztlich ist, Schwerbehinderte in das Arbeitsleben einzugliedern und ihnen nicht lediglich Gelegenheit zur Beschäftigung, sondern zum Erwerb ihres Unterhalts zu verschaffen (so bereits zum SchwerbeschädigtenG RAG in ARS 5/19). Die in § 81 Abs. 4 u. 5 genannten Arbeitshilfen sollen vor diesem Hintergrund nicht zur Verfügung gestellt werden, weil man Schwerbehinderte für leistungsunfähig, sondern weil man im Gegenteil davon ausgeht, dass sie in der Lage sind, bei Benutzung der genannten Hilfsmittel die gestellten Aufgaben zu bewältigen.

Ob die erforderlichen Hilfsmittel zur Verfügung gestellt werden, kann daher nicht Gegenstand einer isolierten Betrachtung sein sondern ist untrennbar mit der Frage der Leistungsfähigkeit des Schwerbehinderten verbunden. Eine vergleichbare Konstellation gibt es bei nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern nicht. Es ist daher kaum akzeptabel, bei der Frage der Leistungsunfähigkeit schlankweg den nicht behinderten Arbeitnehmer, der nie auf vergleichbare Unterstützungsmaßnahmen des Arbeitgebers angewiesen ist, als verbindlichen Maßstab auch für die Leistungsfähigkeit des Schwerbehinderten heranzuziehen. Vielmehr muss der hier in der Natur der Sache liegende Unterschied entsprechend berücksichtigt werden.

7.

Gerade an dieser Stelle liegt der unzutreffende Ansatz in der Argumentation des BAG, wenn es annimmt, die Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die notwendigen Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen gehöre nicht zu diesen Mitwirkungsobliegenheiten, sondern sei stets als bloße „Fürsorgepflicht“ zu qualifizieren, deren schuldhafte Verletzung allenfalls Schadenersatzpflichten nach sich ziehen könne.

Zuzugeben ist zwar, dass es sich im Rahmen des § 81 SGB IX auch um die Normierung von Fürsorgepflichten handelt: Der Wortlaut des Gesetzes legt dies durchaus nahe, da hier von „Arbeitshilfen“ die Rede ist. Manche der denkbaren Hilfsmittel, die einem Schwerbehinderten zur Verfügung gestellt werden sollen, tragen wohl tatsächlich lediglich dazu bei, die Arbeit für den Behinderten zu vereinfachen oder auch ungefährlicher zu machen, wie z.B. Spezialsitzkissen, Dreh- oder Schwenkstühle etc.) Die Abgrenzung ist aber fließend. Falsch wäre es daher,

hieraus den Schluss zu ziehen, dass wirklich jede Maßnahme, die der Arbeitgeber zur Förderung eines Schwerbehinderte ergreift, sich in der Erfüllung einer Fürsorgepflicht erschöpft, denn dies würde im Klartext bedeuten, dass Schwerbehinderte oft erst infolge der Ausübung einer Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als leistungsfähig zu betrachten wären, was sowohl in seiner rein formalen Aussage als auch inhaltlich recht problematisch wäre.

Man mag hiergegen argumentieren, dass der Begriff der Fürsorge nichts Bedenkliches beinhalte, zumal doch letztlich auch die allgemeine Beschäftigungspflicht ganz überwiegend auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zurückgeführt wird (vgl. z. B. BAG AP § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 2 u. Nr. 14; Blomeyer in Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage, § 95 Nr. 10). Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass diese Lehre vor einem ganz anderen Hintergrund entstanden ist: Ausgangspunkt war in den zu entscheidenden Fällen typischerweise, dass die Vergütungspflicht des Arbeitgebers nicht oder nicht mehr streitig und lediglich noch die Frage offen war, ob der Arbeitnehmer einseitig vom Arbeitgeber suspendiert werden, also zur Untätigkeit gezwungen werden durfte (vgl. BAG in AP Nr. 2 u. Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; zum Wandel der Begründungen für die Beschäftigungspflicht vergleiche Blomeyer in Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. Bd. 1 § 95 Rdnr. 1 ff.). Bedenkt man das regelmäßig bestehende Interesse des Arbeitnehmers daran, in seinem Beruf aktiv zu sein und seine Fähigkeiten auf Dauer nicht zu verlieren, andererseits aber nicht in die demütigende Situation zu geraten, eine – womöglich gerichtlich erstrittene - Vergütung zu erhalten, gleichzeitig aber für unwürdig befunden zu werden, die vereinbarte Tätigkeit auszuüben, so erscheint die Fürsorgepflicht durchaus als geeignete Rechtsgrundlage für die Beschäftigungspflicht.

In der vorliegenden Konstellation geht es jedoch um etwas anderes, nämlich um die synallagmatische Verknüpfung der beiderseitigen Leistungspflichten in dem Sinne, dass die Erbringung der Arbeitsleistung erst die Gegenleistungspflicht des Arbeitgebers auslösen soll. Nicht die Würde des Arbeitnehmers oder sein Interesse am Ausbau seiner beruflichen Praxis liegen hier in der Waagschale, sondern schlankweg der Austausch der gegenseitigen Pflichten aus dem Synallagma. Dem Schuldner die Erfüllung seiner Pflichten zu ermöglichen hat aber mit Fürsorge nichts mehr zu tun. Die in diese Richtung gehenden Maßnahmen eines Gläubigers stellen typischerweise keine Pflicht, sondern eine Obliegenheit dar. Aus diesem Zusammenhang heraus gesehen dürfte sich das Verhalten des Arbeitnehmers als Nichtannahme der Arbeitsleistung darstellen, wenn er die gem. § 81 SGB IX erforderlichen Hilfsmittel nicht zur Verfügung stellt.

8.

Hierfür spricht auch, dass nach allgemeiner Auffassung der Arbeitgeber sich gemäß § 242 BGB dann nicht auf § 297 BGB berufen kann, wenn er selbst die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers herbeigeführt hat (vgl. z.B. Heinrichs in Palandt, BGB, 65. Aufl. § 297 Rdnr. 2). Der hier vorliegende Fall ist insofern nicht unähnlich, als der Arbeitgeber die Leistungsunfähigkeit zwar nicht herbeigeführt, es andererseits aber in der Hand hat, diese zu beenden, ohne dass der Schwerbehinderte selbst hierauf Einfluss nehmen könnte.

Steht und fällt die Frage der Leistungsfähigkeit von Schwerbehinderten Arbeitnehmern mit der Zurverfügungstellung von Hilfsmitteln, die dem Arbeitgeber

zumutbar sind, so muss konsequenterweise in diesen Fällen gelten, dass ein Annahmeverzug nicht an § 297 BGB scheitern kann: Ein „funktionsfähiger Arbeitsplatz“, dessen Zurverfügungstellung das BAG ja selbst als Mitwirkungshandlung fordert, liegt für einen Schwerbehinderten u.U. eben erst dann vor, wenn die in § 81 Abs. 4/5 angesprochenen Hilfsmittel zur Verfügung stehen.

Dies gilt umso mehr, als heute - anders als nach der bis Oktober 2000 geltenden Gesetzeslage im Schwerbehindertengesetz - die entsprechenden Hilfsmittel nicht mehr nur soweit zur Verfügung zu stellen sind, dass wenigstens die gesetzlich vorgeschriebene Zahl Schwerbehinderter im Betrieb Beschäftigung finden kann (so noch § 14 Abs. 3 S. 1 u. 2 SchwBG). Nach aktueller Gesetzeslage ist jeder Schwerbehinderte entsprechend zu fördern.

9.

Schließlich lässt sich für das hier vertretene Ergebnis auch der Vergleich mit einem anderen Problembereich des Arbeitsrechts ins Feld führen, nämlich der Pflicht des Arbeitgebers, bei gefährlichen Arbeiten Schutzmaßnahmen zugunsten des Arbeitnehmers einzurichten: Verstößt der Arbeitgeber beispielsweise gegen die Vorschrift des § 618 Abs. 1 BGB, so soll dem Arbeitnehmer im Einzelfall ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen mit der Folge, dass Annahmeverzug eintritt (BAG AP § 615 BGB Nr. 28; BAG AP § 618 BGB Nr. 23; Wank in Erf.Komm. zum Arbeitsrecht, 6. Aufl., § 618 Rdnr. 31 ff., Blomeyer in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 95 Rdnr. 3, m.w.N.).

Dies erscheint zwar im Ergebnis für sich genommen nicht zu beanstanden, da es dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten ist, sich selbst zu gefährden (einschränkend allerdings Blomeyer in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage § 94 Rdnr. 22: nur bei unmittelbarer Gefahr für Leib und Leben). Bei der Unterlassung von Schutzmaßnahmen geht es aber allenfalls darum, dass die Erfüllung der Arbeitspflicht erschwert, gefährlicher oder gegebenenfalls sogar unzumutbar wird. Nur in selteneren Fällen wird die Verletzung der Pflicht jedoch dazu führen, dass die Erbringung der Arbeitsleistung, wie im vorliegenden Fall, unmöglich wird, weil sie körperlich nicht mehr erbracht werden kann. Nun kann zwar die Abgrenzung zwischen einer unmöglichen und einer unzumutbaren Arbeitsleistung fließend sein. Dennoch erscheint es als Diskrepanz, dass derjenige Arbeitgeber, der die Erbringung der Arbeitsleistung nicht ermöglicht, obwohl er hierzu verpflichtet wäre, besser behandelt wird gegenüber demjenigen, der „lediglich“ eine Gefährdung des Arbeitnehmers verursacht.

Hinzu kommt, dass das Entstehen des Annahmeverzuges überwiegend damit begründet wird, dass die Einhaltung der Pflichten in § 618 Abs. 1 BGB als Mitwirkungshandlung gem. § 295 BGB zu verstehen ist (vgl. z.B. Kraft in Soergel, 12. Aufl. § 618 Nr. 22; Rieble, Anm. zu LAG Köln, LAG-E § 615 BGB Nr. 23;). Dies zeigt, dass die Normierung von Pflichten nicht ausschließt, dass es sich bei den geforderten Maßnahmen gleichzeitig auch um Obliegenheiten handelt, wenn die Nichteinhaltung dazu führt, dass eine Arbeitsleistung nicht mehr erbracht werden muss oder kann.

Es spricht vor diesem Hintergrund letztlich sogar viel dafür, Annahmeverzug auch in anderen Fällen anzunehmen, in denen der Arbeitgeber Hilfsmittel gem. § 81 Abs. 4 u. 5 SGB IX nicht zur Verfügung stellt, auch wenn dies nicht ohne weiteres dazu

führt, dass die Arbeitsleistung nicht erbracht werden kann. Allerdings wird natürlich auch hier wie in den Fällen des § 618 BGB der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzuhalten sein (vgl. zu § 618 BGB Wank a.a.O., Rdnr. 32 m.w.Nachweisen).

Sollte daher im konkreten Fall der Einsatz eines Hilfsmittels zumutbar sein, würde ein Annahmeverzug zumindest nicht an der angeblich fehlenden Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers scheitern.

#### **IV. Annahmeverzug nur bei Angebot der Arbeitsleistung?**

Offen ist damit allerdings noch die Frage, ob zur Begründung des Annahmeverzuges der Arbeitnehmer gem. § 294/295 S. 1 BGB ein wie auch immer geartetes Angebot seiner Arbeitsleistung hätte abgeben müssen.

1.

Ob und gegebenenfalls wann im konkreten Fall ein entsprechendes Angebot abgegeben worden ist, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor. In der Praxis ist aber ein solches Angebot auch äußerst selten, weil dessen Abgabe für die Parteien in aller Regel als völlig lebensfremd und sinnlos empfunden wird, nachdem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer doch zu verstehen gegeben hat, dass er dessen Leistung nicht mehr entgegennehme. Nach dem Gesetzeswortlaut wäre in einem solchen Falle ein mündliches Angebot erforderlich. Selbst dieses wäre allerdings gem. § 296 S. 1 dann entbehrlich, wenn eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers zu einer kalendermäßig bestimmten bzw. bestimmbaren Zeit unterblieben wäre. Ist man wie hier der Auffassung, dass die Zurverfügungstellung von Hilfsmitteln eine Mitwirkungshandlung darstellt, so wäre allerdings noch zu klären, ob diese auch kalendermäßig bestimmt ist.

2.

Das BAG vertritt zu der Frage, wann Mitwirkungshandlungen im Arbeitsverhältnis kalendermäßig bestimmt sind teilweise eine recht extensive Auslegung: Es steht, indem es sich auf die Argumentation von Konzen (gemeinsame Anmerkung zu AB Nr. 34 und Nr. 35 zu § 615 BGB) beruft, auf dem Standpunkt, dass eine täglich neu entstehende und daher kalendermäßig bestimmte Mitwirkungspflicht für den Arbeitgeber in dem Sinne bestehe, dass er einen funktionsfähigen Arbeitsplatz einrichten und zuweisen müsse. Mit dieser Konstruktion kommt das BAG in den Fällen einer unwirksamen arbeitgeberseitigen Kündigung zu dem Ergebnis, dass ein Angebot entbehrlich sei (EzA § 615 Nr. 66, zuvor bereits EzA § 615 BGB Nr. 43 = AP § 615 BGB Nr. 34 für außerordentliche Kündigung; EzA § 615 BGB Nr. 44 = AP § 615 BGB Nr. 35 für ordentliche Kündigung). Die Rechtsprechung hat mit dem selben Argument teilweise auch im ungekündigten Arbeitsverhältnis ein Angebot für entbehrlich gehalten, insbesondere in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber suspendiert wurde (vgl. LAG Hamm in DB 1988, S. 1501; BAG DB 1985, S. 552 u. 1744; BAG in DB 1987, S. 1359, BAG in BB 1962, S. 596, LAG Berlin in BB 1961, S. 1322; LAG Düsseldorf in BB 1961, S. 1128) oder der Arbeitgeber den Betrieb unberechtigt schließt (BAG AP § 615 BGB Nr. 2).

Damit ließe sich vertreten, dass auch der hier vorliegende Fall erfasst ist, denn nach den Angaben im Sachverhalt hat die Arbeitgeberin eine Fortsetzung der Beschäftigung des Klägers verweigert.

3.

Man wird allerdings bei der hier vorliegenden besonderen Fallkonstellation berücksichtigen müssen, dass der Zurverfügungstellung des Hilfsmittels eine mehr oder weniger umfangreiche Prüfung – gegebenenfalls unter Beteiligung des Integrationsamts vorausgehen dürfte, ob ein entsprechendes Hilfsmittel am Markt überhaupt erhältlich ist, ob preislich unterschiedliche Angebote vorliegen, ob die Maßnahme finanziell oder im Hinblick auf die möglicherweise erforderliche Umstellung der Arbeitsorganisation für den Arbeitgeber überhaupt zumutbar ist usw.. Diese, zunächst in ihrer Ausdehnung nur schwer prognostizierbare Prüfungsphase aber lässt eine Bestimmung der Mitwirkungspflicht nach dem Kalender als unrealistisch erscheinen.

Zwar hat das BAG in Fällen, in denen ein Arbeitnehmer unbefristet arbeitsunfähig krank geschrieben war entschieden, dass auch hier der Eintritt der Arbeitsfähigkeit ein kalendermäßig feststehendes Ereignis sei (dagegen zu Recht Richardi in Staudinger, 12. Aufl., 13. Bearb. § 615 Rdnr. 68; Löwisch, Anm. zu EzA § 615 BGB Nr. 66).

Zum einen ist der vorliegende Fall jedoch nicht vergleichbar, denn die Arbeitsfähigkeit tritt unabhängig vom Willen der Parteien ein. Außerdem lässt sie sich objektiv bestimmen, während die Ermittlung des Hilfsmittels im Rahmen eines längeren Entscheidungsfindungsprozesses kalendermäßig wenig greifbar und von zu vielen zeitlichen Unwägbarkeiten begleitet ist – insbesondere dann, wenn das Hilfsmittel erst noch konstruiert werden muss. Zum anderen verlangt aber das BAG auch in den Fällen einer unbefristeten Arbeitsunfähigkeit als Zeichen der Leistungsbereitschaft die Erhebung einer Klage, damit der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät.

Nun ist im vorliegenden Fall nach Einstellung der Lohnzahlung im August allerdings erst im November 2001 eine Klage auf Weiterbeschäftigung und Zahlung der Vergütung erhoben worden. Danach könnte Annahmeverzug für den davor liegenden Zeitraum nicht bejaht werden.

4.

Letztlich wird man aber von der Entbehrlichkeit eines Angebots auch im vorliegenden Fall ausgehen können:

Die Strukturen der §§ 293 ff sind, wie insbesondere Konzen überzeugend nachgewiesen hat, nicht auf das Arbeitsverhältnis zugeschnitten und müssen insofern als gesetzgeberisch verfehlt betrachtet werden (Konzen, gemeinsame Anmerkung zu BAG AP § 615 Nr. 34 u. 35): Allgemein wird dem Angebot i.S. des § 295 BGB die Bedeutung beigemessen, dass hierdurch zum einen die Leistungsbereitschaft des Schuldners angezeigt und zum anderen der Verzugsbeginn förmlich klargestellt werden soll (vgl Konzen a.a.O.).

Die §§ 293 ff. BGB zielen auf den einmaligen Leistungsaustausch ab: Die Abgabe eines Angebots macht dann Sinn, wenn eine Leistung an einem oder auch mehreren Einzelterminen ausgetauscht wird, beide Parteien sich aber noch nicht vollständig darüber im Klaren sind, wann dies sein wird und daher entsprechende Vorbereitungen für den Leistungsaustausch getroffen werden müssen. In einem



solchen Falle bedarf es nachvollziehbarer Weise zunächst eines Signals des Schuldners in Form des Angebots, um den Gläubigerverzug auslösen zu können. Eine vergleichbare Situation ist aber beim Arbeitsverhältnis regelmäßig nicht gegeben: Die Vorbereitungshandlungen, die in diesem Rahmen erbracht werden müssen, dienen aufgrund des prozesshaften Charakters der Vertragsdurchführung in aller Regel lediglich der Festlegung der Art und Weise der Durchführung, nicht aber des Zeitpunkts. Beiden Parteien ist vielmehr klar, dass die Arbeitsleistung täglich zu den vertraglich vereinbarten Zeiten zu erbringen ist – (eine gewisse Einschränkung gilt allenfalls beim Abrufarbeitsverhältnis.) Die Ausgangskonstellation, die beim Arbeitsverhältnis besteht, wurde daher bei den §§ 293 ff. BGB nicht ausreichend berücksichtigt. Mit Konzen (a.a.O.) wird man daher fragen müssen, ob jeweils eine Konstellation gegeben ist, die, wenn nicht vom Wortlaut, so doch vom Sinn des § 296 S. 1 BGB im Gesamtgefüge der Regelungen zum Gläubigerverzug erfasst ist, so dass auf ein Angebot verzichtet werden kann.

Die gesetzgeberische Konzeption des Verzichts auf die Anzeige der Leistungsbereitschaft beruht, wie Konzen a.a.O. erläutert hat, auf dem Grundgedanken, dass, je maßgeblicher die Beteiligung des Gläubigers am Austausch der Leistung des Schuldners ist, je weniger Sicherheit ihm im Hinblick auf die Leistungsbereitschaft zugestanden wird: Muss der Gläubiger lediglich annehmen, hat der Schuldner tatsächlich anzubieten und damit seine Leistungsbereitschaft unter Beweis zu stellen. Hat der Gläubiger eine Mitwirkungshandlung vorzunehmen, so reicht ein wörtliches Angebot, welches im Hinblick auf die tatsächliche Leistungsbereitschaft nicht immer eine verlässliche Aussage beinhalten muss. Im Falle dass der Zeitpunkt der Mitwirkungshandlung bereits gem. § 296 S. 1 BGB fest vorgegeben ist, wird dem Gläubiger überhaupt keine Information mehr über die Leistungsbereitschaft zugebilligt.

In § 296 S. 1 BGB ist also eine Situation angesprochen, in der dem Gläubiger darüber hinaus klar sein muss, dass bei einer unterlassenen Mitwirkungshandlung der vorgesehene Termin für den Leistungsaustausch verpasst wird, so dass es auch keiner förmlichen Inverzugsetzung mehr bedarf.

Danach ist aber auch der vorliegende Fall vom Sinn und Zweck des § 296 S. 1 BGB erfasst:

Auch wenn das Datum, zu dem die Mitwirkungshandlung vorgenommen werden kann, noch nicht im einzelnen feststeht, weiß der Arbeitgeber doch jederzeit, dass er sofort tätig werden muss, denn anders als beim einmaligen Leistungsaustausch hat jede Nichtvornahme der erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers, die zur Ermöglichung der Arbeitsleistung erforderlich ist nicht nur zur Folge, dass sich die Abwicklung des Vertrages verschiebt: An jedem Tage, an dem die Mitwirkungshandlung nicht erbracht wird, verstreicht ein Tag, an dem vertragsgemäß Arbeit hätte geleistet werden sollen, die nicht wieder nachgeholt werden kann. Mehr noch als im Falle des § 296 S. 1 BGB wird der Leistungsaustausch nicht lediglich gefährdet; vielmehr realisiert sich die Gefahr bereits. Nach dem Sinn und Zweck der Regelung bedarf es daher auch hier weder einer förmlichen Inverzugsetzung, noch einer Anzeige der Leistungsbereitschaft. Der Annahmeverzug scheitert zumindest nicht daran, dass der Arbeitnehmer kein Angebot abgegeben hat.

## V. Annahmeverzug und Vertragsänderung

Der Einsatz der in § 81 SGB IX vorgesehenen Hilfsmittel durch den Arbeitgeber hätte hier nun aber nicht nur faktische Auswirkungen auf die Art der vom Kläger zu leistenden Arbeit, sondern stünde im Widerspruch zum Inhalt des Arbeitsvertrages: Würde dem Kläger eine Hilfe zum Heben schwerer Gegenstände zur Verfügung gestellt, so hätte dies zur Folge, dass es sich nicht mehr um eine erschwerte Tätigkeit handelt und somit eine Vergütung nach Lohngruppe 3 BZT-G / NRW nicht mehr gerechtfertigt wäre. Die Zuweisung einer geringer entlohnten Tätigkeit wäre aber gem. § 9 Abs. 2 S. 2 BMT-G nicht zulässig. Weiterbeschäftigung bei Einsatz der Hilfsmittel würde daher eine Vertragsänderung voraussetzen, was dem Eintritt von Annahmeverzug wiederum entgegenstünde.

1.

Diese Situation erscheint nun insgesamt vordergründig als misslich, weil die Normen des BMT-G, die an sich dem Schutz des Arbeitnehmers dienen sollen, sich hier zu seinem Nachteil auswirken.

Auf der anderen Seite ist der Arbeitgeber in der für ihn nicht ganz eindeutigen Lage, die in § 81 vorgesehenen Hilfsmittel zur Verfügung stellen und damit seine Mitwirkungshandlung zur Vermeidung von Annahmeverzug erbringen zu müssen, dies aber andererseits nicht zu dürfen.

2.

Fraglos wäre § 81 Abs. 4 Nr. 5 SGB IX in Gefahr leerzulaufen, wenn dieser seine Grenzen an den inhaltlichen Vorgaben des Arbeitsvertrages finden würde, denn in diesem Falle hätte der Arbeitgeber die theoretische Möglichkeit, den Arbeitnehmer einfach nicht weiter zu beschäftigen und somit ohne Ausspruch einer förmlichen Kündigung das Arbeitsverhältnis faktisch außer Kraft zu setzen. Dies wäre im Hinblick auf die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes aber nicht hinnehmbar.

3.

Vor diesem Hintergrund ist teilweise behauptet worden, der Arbeitgeber sei bei Eintritt der Schwerbehinderung zum einen gem. § 81 IV SGB IX (bzw. § 14 Abs. 2 SchwBG i.d. Fassung d. Bekanntmachung vom 26.8.1986) verpflichtet, den Arbeitnehmer gegebenenfalls mit anderen Arbeiten zu beschäftigen, die seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechen. Zum anderen sei diese Verpflichtung aber unabhängig davon gegeben, ob ein entsprechendes Direktionsrecht bestehe oder nicht. Der Arbeitnehmer müsse lediglich seine Arbeitskraft auch im Hinblick auf diesen anderen, vom Arbeitsvertrag bislang nicht abgedeckten Arbeitsplatz anbieten. Sofern dies geschehen sei, gerate der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er die alternative Arbeit nicht zuweise. Durch das bloße Angebot des Arbeitnehmers vollzöge sich damit letztlich eine inhaltliche Änderung des Arbeitsvertrages. (Hueck, Anm. zu BAG AP § 611 Fürsorgepflicht Nr. 27; Stahlhacke in ArbuR 1992, S. 8 ff.).

4.

Abgesehen davon, dass ein solches Angebot des Arbeitnehmers im vorliegenden Fall zumindest wohl nicht ausdrücklich erklärt wurde (man könnte ein solches allenfalls mit der älteren Rechtsprechung in der Erhebung der Klage sehen), ist ein solcher Ansatz aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zu befürworten: Zwar ließe

sich immerhin daran denken, dass ein solches Ergebnis durch die in § 81 SGB IX normierte besondere Beschäftigungspflicht gegenüber Schwerbehinderten gestützt würde, wonach diese einen Anspruch auf Beschäftigung jeweils nach ihren Kenntnissen und Fähigkeiten haben. Eine Interpretation des Gesetzes dahingehend, dass allein aufgrund eines Angebots des Schwerbehinderten eine Vertragsänderung eintritt erscheint jedoch überdehnt, da sie dem deutschen Recht wegen der hierdurch beeinträchtigten Vertragsfreiheit fremd ist: Schließlich würde mit einer Vertragsänderung auch eine entsprechende Haftung für die sich hieraus ergebenden Verpflichtungen einhergehen. Vertragliche Haftung basiert aber immer auf der Prämisse, dass die Beteiligten sich einig waren und gewissermaßen „sehenden Auges“ die auf sie zukommenden Verpflichtungen akzeptiert haben.

5.

Zutreffend ist demgegenüber der Ansatz des BAG, dass die Verpflichtung des AG gem. § 81 IV SGB IX, den Schwerbehinderten seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechend zu beschäftigen auch die Pflicht zur Unterbreitung eines Änderungsangebots enthalten kann: Ansonsten käme es in vielen Fällen tatsächlich zu einem Wertungswiderspruch zu den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes, wonach eine Kündigung als ultima ratio nur dann in Betracht kommt, wenn eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen nicht möglich ist oder nicht vom Arbeitnehmer akzeptiert wurde.

6.

Es ließe sich nun allenfalls noch daran denken, in dem Angebot auf Vertragsänderung, welches der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu unterbreiten hat, eine Mitwirkungshandlung i.S. des § 296 S. 1 BGB zu sehen mit der Folge, dass im Falle des Unterlassens doch noch Annahmeverzug bejaht werden könnte (in dieser Richtung wohl BAG AP Nr. 2 zu § 297 BGB). Diese Konstruktion hat jedoch den Nachteil, dass sie, gleichsam im Wege einer wundersamen Zeitverschiebung, die maßgeblichen Ereignisse in eine umgekehrte Reihenfolge stellt: Mitwirkungshandlungen beziehen sich immer auf die Erbringung einer bereits geschuldeten Leistung (vgl. z. B. auch BAG in EZA zu § 615 BGB Nr. 69; Rieble, Anm. zu BAG AP § 615 Nr. 23, S. 15). Würde man das Änderungsangebot als Mitwirkungshandlung i.S. des § 296 S. 1 BGB verstehen, würde man gleichzeitig unterstellen, dass die aufgrund der Änderung herbeizuführende Verpflichtung tatsächlich bereits besteht. In letzter Konsequenz wäre dann sogar die Änderung selbst überflüssig. Dies vermag nicht zu überzeugen.

Es muss daher dabei verbleiben, dass der Verstoß gegen die bloße Verpflichtung zum Angebot einer Vertragsänderung keinen Annahmeverzug des Arbeitgebers begründen kann.

### **Zusammenfassung**

Abschließend ist festzuhalten, dass die Entscheidung des BAG zwar im Ergebnis, jedoch nur teilweise in der Begründung überzeugt. Bei der Prüfung des Annahmeverzuges verkennt das BAG insbesondere, dass die Obliegenheit des Arbeitgebers, einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, bei einem schwerbehinderten Arbeitnehmer einen anderen Inhalt haben kann als bei einem nicht Schwerbehinderten. Hätte hier nicht die besondere Konstellation vorgelegen, dass durch die Zurverfügungstellung der Hilfsmittel des § 81 Abs. 4 Nr. 5 SGB IX

gleichzeitig eine Vertragsänderung vollzogen worden wäre, so wäre das Vorliegen von Annahmeverzug – zumindest bei Zumutbarkeit der Zurverfügungstellung des Hilfsmittels - zu bejahen gewesen.