

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 1 Sa 225 e/11

1 Ca 364 c/10 ArbG Elmshorn
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 19.06.2012

gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 19.06.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufungen der Beklagten gegen das Teil-Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 12.04.2011 – 1 Ca 364 c/10 – und gegen das Schluss-Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 18.01.2012 werden zurückgewiesen.

Die Anschlussberufung der Klägerin gegen das Teil-Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 12.04.2011 – 1 Ca 364 c/10 – wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt 20 %, die Beklagte 80 % der Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird wegen des Zahlungsantrags der Klägerin (Vergütung Februar bis April 2010 abzüglich Arbeitslosengeld) zugelassen; im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

.....

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: 0361 2636-2000 Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revision und Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt werden.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (www.bundesarbeitsgericht.de) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter www.egvp.de.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Tatbestand:

Die Klägerin macht einen Beschäftigungsanspruch als Schwerbehinderte geltend und verlangt die Zahlung von Vergütung für Zeiten der Nichtbeschäftigung.

Die 1963 geborene Klägerin ist seit dem 25.06.1990 als Busfahrerin auf Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrags (Bl. 50 – 52 d. A.) beschäftigt. Sie war zuletzt im Umfang von 22,8 Wochenstunden für die Beklagte tätig. Ausweislich § 2 des Arbeitsvertrags ist die Firma berechtigt, der Klägerin auch andere, ihren Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechende Aufgaben zu übertragen, wobei sich die Beklagte den Ort der Beschäftigung vorbehalten hat. Ausweislich § 12 des Arbeitsvertrags findet auf dieses im Übrigen der Manteltarifvertrag für gewerbliche Arbeitnehmer im privaten Omnibusgewerbe Anwendung. Daneben vergütet die Beklagte die Klägerin gemäß den Tarifverträgen für die gewerblichen Arbeitnehmer/Innen des privaten Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein. Die Klägerin erhält Vergütung nach der Lohngruppe III.

Die Klägerin leidet seit 1986 unter einer paranoid-halluzinatorischen Schizophrenie, die nach der ICD-10 mit F 20.05 klassifiziert ist. Die Krankheit brach in den Jahren 2007 und 2008 erneut aus. Die Klägerin ist schwerbehindert. Sie war ab dem 08.07.2008 fortlaufend arbeitsunfähig. Wegen ihrer Erkrankung darf sie nicht mehr im Fahrdienst eingesetzt werden.

Mit Schreiben vom 15.09.2009 schrieb die Beklagte eine innerbetriebliche Qualifizierungsmaßnahme zum Prüfen von Fahrausweisen aus (Anlage B 7, Bl. 37 d. A.). Hinsichtlich der Anforderungen an die Bewerber heißt es in diesem Schreiben:

„Ihre Hauptaufgabe bleibt der regelmäßige, wöchentliche Fahrdienst. Voraussetzung für Ihre Bewerbung ist daher zwingend eine gültige Fahrerlaubnis Klasse D und die uneingeschränkte Tauglichkeit zum Fahren.

Ansprechen mit dieser Stellenausschreibung möchten wir insbesondere (schwerbehinderte) Fahrerinnen und Fahrer, die mit dieser Zusatzaufgabe (Mischarbeitsplatz) für sich eine geeignete Möglichkeit sehen, ihre Arbeitsfähigkeit* wieder herzustellen bzw. zu erhalten. Eine Betriebszugehörigkeit von 10 Jahren ist wünschenswert.“

Die Klägerin bewarb sich auf diese Ausschreibung, wurde von der Beklagten aber nicht genommen.

Mit Schreiben vom 02.10.2009 (Anlage B 2, Bl. 31 d. A.) bot die Klägerin über ihre Gewerkschaft ihre Arbeitskraft an. Sie wies darauf hin, dass sie nicht im Fahrdienst eingesetzt werden könne, sondern z. B. als Fahrkartenkontrolleurin oder Fahrerbeobachterin eingesetzt werden müsste. Sie stehe auch für weitere vergleichbare Tätigkeiten zur Verfügung.

Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 06.10.2009 (Anlage B 3, Bl. 32 d. A.) eine Beschäftigung der Klägerin ab, weil es bei ihr keine betrieblichen Stellen ohne regelmäßigen Fahrdienst gebe. Die in der Folgezeit auch unter Einschaltung des Betriebsrats geführten Gespräche führten nicht zu einer Einigung der Parteien.

Die Klägerin hat in erster Instanz ihre Beschäftigung als Fahrkartenkontrolleurin, Fahrerbeobachterin oder auf zahlreichen von ihr im Einzelnen genannten Arbeitsplätzen in der Verwaltung der Beklagten geltend gemacht. Ferner hat sie Vergütung für die Zeit von Oktober 2009 bis April 2010 verlangt und die Zahlung des Weihnachtsgeldes für 2009.

Sie hat vorgetragen: Sie könne als Fahrkartenkontrolleurin aber auch in der Fahrerbeobachtung eingesetzt werden. Für beide Tätigkeiten sei eine aktive Busfahrtätigkeit nicht erforderlich. Sie könne auch die Qualifikation zum Fahrausweisprüfer erlangen. Die Behauptung der Beklagten, sie beschäftige keine Fahrerbeobachter, hat die Klägerin mit Nichtwissen bestritten. Durch die Vorgabe der Beklagten, wonach die Fahrscheinprüfer auch im Personenbeförderungsdienst einsetzbar sein müssten, entstehe der Eindruck, die Beklagte wolle eine Weiterbeschäftigung von im Übrigen arbeitsfähigen aber nicht fahrdiensttauglichen Mitarbeitern ausschließen und diese ausgrenzen. Eine zwingende Notwendigkeit für die Fahrdiensttauglichkeit sei bei den verschiedenen Arbeitsplätzen, die für sie in Frage kämen, nicht gegeben. Durch nicht sonderlich aufwändige Organisationsmaßnahmen ließe sich ihre Beschäftigung realisieren, ohne dass sie im Fahrdienst zum Einsatz komme. Es sei gerade nicht so,

dass in den von der Beklagten angesprochenen Notsituationen wie dem Schienenersatzverkehr u. ä. tatsächlich alle Beschäftigten mit der Beförderung von Fahrgästen und dem Fahren von Bussen betraut seien. Der Beklagten fehle es schlicht am Willen zu ihrer Beschäftigung. Auch schließe ihre Krankheit die Tätigkeit im Prüfdienst nicht aus. Sie sei physisch und psychisch belastbar, ohne dass mit einem Wiederauftreten oder Verschlimmern ihres Krankheitsbildes zu rechnen sei. Ihr Krankheitsbild beinhalte nicht, dass sie nicht Belastungssituationen ausgesetzt werden dürfe. Das ergebe sich weder aus den früheren ärztlichen Befunden noch aus dem im Laufe des Prozesses eingeholten Sachverständigengutachten. Bei der Beklagten bestehe auch ein erheblicher Personalbedarf im Bereich der Prüfer.

Daneben hat sich die Klägerin auf zahlreiche Arbeitsplätze im Bereich der Verwaltung der Beklagten bezogen und geltend gemacht, dort könne sie ebenfalls beschäftigt werden. Es gehe ihr aber nicht darum, dass andere Mitarbeiter in der Verwaltung versetzt würden, damit sie – Klägerin – beschäftigt werden könne. Sie habe die weiteren Beschäftigungsbereiche neben der Fahrscheinprüfung nur in ihren Antrag aufgenommen, um dem Direktionsrecht der Beklagten Rechnung zu tragen.

Wegen des Inhalts dieser weiteren Tätigkeiten wird auf den Vortrag der Klägerin in erster Instanz Bezug genommen.

Ferner hat die Klägerin Zahlung ihrer Vergütung ab Oktober 2009 bis einschließlich April 2010 sowie die Zahlung eines Weihnachtsgeldes geltend gemacht und insoweit die Auffassung vertreten, die Beklagte habe sich mit der Annahme ihrer – Klägerin – Dienste in Verzug befunden und sei deswegen zur Zahlung verpflichtet. Die tarifliche Ausschlussfrist habe sie eingehalten.

Die Klägerin hat in erster Instanz zunächst beantragt,

1. die Klägerin mit sofortiger Wirkung bei im Übrigen unveränderter vertraglicher Arbeitszeit und vertraglicher Vergütung als Fahrscheinprüferin und Mitarbeiterin in der Fahrerbeobachtung oder in der allgemeinen Verwaltung in den Bereichen Mitarbeiter Infomobil, Strecke, Einteiler, Kundenservice, Schaden, La-

ger, Kleider, Betrieb oder Betriebsmanager mit Ausnahme der unmittelbaren Fahrtätigkeit im Personenbusverkehr einzusetzen,

2. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Verzugslohnzahlungen für den Zeitraum Oktober 2009 bis einschließlich April 2010 in Höhe von insgesamt € 8.593,48 brutto sowie weitere € 1.352,00 brutto Weihnachtsgeld für das Jahr 2009 zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Im nächsten Kammertermin vor dem Arbeitsgericht hat die Klägerin dann beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, sie mit sofortiger Wirkung bei im Übrigen unveränderter vertraglicher Arbeitszeit vorbehaltlich der Zustimmung des Betriebsrates als Fahrscheinprüferin und Mitarbeiterin in der Fahrerbeobachtung oder in der allgemeinen Verwaltung in den Bereichen Mitarbeiter Infomobil, Strecke, Einteiler, Kundenservice, Schaden, Lager, Kleider, Betrieb oder Betriebsmanager mit Ausnahme der unmittelbaren Fahrtätigkeit im Personenbusverkehr einzusetzen.
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie Verzugslohnzahlungen für den Zeitraum Oktober 2009 bis einschließlich April 2010 in Höhe von insgesamt 8.593,48 € brutto sowie weitere 2.352,00 € brutto Weihnachtsgeld für das Jahr 2009 unter Anrechnung etwaiger auf die Sozialversicherungsträger übergegangener Ansprüche zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB ab Rechtshängigkeit zu zahlen,

hilfsweise, für den Fall der Unzulässigkeit der Klagänderung hat sie die Anträge zu 1) und 2) aus dem ersten Termin gestellt

Die Beklagte hat ihre Einwilligung zu den Klagänderungen in den Hauptanträgen zu 1. und 2. nicht erteilt und für den Fall, dass das Gericht die Klagänderung für zulässig erachte, Klagabweisung beantragt.

Sie hat vorgetragen: Einen Arbeitsplatz als Fahrscheinprüfer gebe es bei ihr nicht. Die mit der Fahrscheinprüfung beauftragten Mitarbeiter würden auf Mischarbeitsplätzen eingesetzt. Sie habe eine unternehmerische Entscheidung darüber getroffen, dass als Fahrscheinprüfer Mitarbeiter eingesetzt werden sollten, die über einen Personenbeförderungsschein verfügen, da die Prüfer ebenfalls im Fahrdienst eingesetzt werden sollten und tatsächlich würden. Im Übrigen handele es sich bei der Prüftätigkeit um belastende Tätigkeiten, der die Klägerin aufgrund ihrer Erkrankung gesundheitlich nicht gewachsen sei. Fahrerbeobachter setze sie tatsächlich nicht ein.

Auch eine Beschäftigung auf den weiteren von der Klägerin genannten Arbeitsplätzen in der Verwaltung komme nicht in Betracht. Wegen des weiteren Vortrags der Beklagten insoweit wird auf die in erster Instanz gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil vom 12.04.2011 die Beklagte verurteilt, die Klägerin als Fahrscheinprüferin mit Ausnahme der unmittelbaren Fahrertätigkeit im Personenbusverkehr einzusetzen und im Übrigen den Klagantrag zu 1. abgewiesen und den Klagantrag zu 2. als unzulässig abgewiesen.

Im weiteren Kammertermin vor dem Arbeitsgericht hat die Beklagte die Auffassung vertreten, über den hilfsweise gestellten Antrag zu 2. sei nicht zu entscheiden, da das Arbeitsgericht die Klagänderung ausweislich des Teilurteils für zulässig erachtet habe.

Die Klägerin hat daraufhin den Antrag zu 2. aus dem ersten Termin gestellt, nämlich

die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Verzugslohnzahlungen für den Zeitraum Oktober 2009 bis einschließlich April 2010 in Höhe von insgesamt € 8.593,48 brutto sowie weitere € 1.352,00 brutto Weihnachtsgeld für das Jahr 2009 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Mit Schlussurteil vom 18.01.2012 hat das Arbeitsgericht dem Zahlungsantrag der Klägerin für die Monate Februar bis April 2010 teilweise stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von € 3.527,32 brutto abzüglich € 1.843,20 netto gezahlten Arbeitslosengeldes zuzüglich Zinsen verurteilt. Im Übrigen hat es die Klage im Hinblick auf die Versäumung der tariflichen Ausschlussfrist abgewiesen.

Das Arbeitsgericht hat ein Sachverständigengutachten zu der Frage eingeholt, ob die Klägerin trotz ihrer gesundheitlichen Störung in der Lage sei, Personenkraftwagen bis zu 7,5 Tonnen im öffentlichen Straßenverkehr zu führen. Wegen des Inhalts dieses Gutachtens wird auf Blatt 138 – 152 d. A. verwiesen.

Zur Begründung des Teilurteils vom 12.04.2011 hat das Arbeitsgericht im Wesentlichen ausgeführt, der Klägerin stehe gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Ziffer 1 SGB IX ein Anspruch auf Beschäftigung als Fahrscheinprüferin vorbehaltlich der Zustimmung des Betriebsrats mit Ausnahme der Fahrertätigkeit zu. Im Übrigen sei der Beschäftigungsantrag unbegründet und der Hauptantrag zu 2. mangels hinreichender Bestimmtheit bereits unzulässig. Die Klägerin habe sich zu einem Zeitpunkt, als Fahrscheinprüfer von der Beklagten gesucht worden seien, auf diese Stelle beworben und könne diese auch ausüben. Die Beklagte bestreite die gesundheitliche Eignung der Klägerin „ins Blaue hinein“. Dieser sei die Beschäftigung der Klägerin zumutbar und rechtlich möglich. Es müsse kein neuer Arbeitsplatz geschaffen, sondern nur vorhandene Arbeit umverteilt werden. Im Übrigen sei der Antrag unbegründet. Die Klägerin habe keine Beschäftigungsmöglichkeiten auf freien Arbeitsplätzen dargelegt. Den Arbeitsplatz Fahrerbeobachtung gebe es nicht mehr, wie die Beklagte unwidersprochen vorgetragen habe. Auch auf den weiteren Arbeitsplätzen sei ein Einsatz der Klägerin nicht möglich. Wegen der weiteren Begründung des Arbeitsgerichts wird auf das Teilurteil verwiesen.

Das Schlussurteil vom 18.01.2012 hat das Arbeitsgericht im Wesentlichen damit begründet, die Beklagte sei zur Zahlung der ausgerichteten Beträge gemäß § 615 BGB verpflichtet. Sie habe sich aus den Gründen des Teilurteils im Annahmeverzug befunden. Wegen der Gehälter ab Oktober 2009 bis April 2010 und des Weihnachtsgeldes sei die Klage unbegründet, da die Ansprüche gemäß § 25 MTV verfallen seien.

Gegen das den Parteien am 17.05.2011 zugestellte Teilurteil hat die Beklagte am 08.06.2011 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 17.08.2011 am 17.08.2011 begründet. Die Klägerin hat am 15.09.2011 Anschlussberufung eingelegt und diese zugleich begründet. Gegen das ihr am 06.02.2011 zugestellte Schlussurteil hat die Beklagte am 08.02.2012 Berufung eingelegt und diese am 02.04.2012 begründet.

Tatsächlich beschäftigt die Beklagte die Klägerin seit Juli 2011 im Prüfdienst. Im Herbst 2011 gingen die Abteilungen „Verwaltung“ und „Technik“ wegen eines Teilbetriebsübergangs auf ein anderes Unternehmen über. Die Beklagte beschäftigt seitdem ausschließlich Fahrer, darunter 12 von ihnen auch im Prüfdienst.

Die Beklagte trägt vor:

Das Arbeitsgericht habe dem Antrag der Klägerin auf Beschäftigung als Fahrscheinprüferin zu Unrecht stattgegeben. Der von der Klägerin in erster Instanz zuletzt gestellte Antrag zu 1. sei mangels ihrer – Beklagten – Zustimmung zur Klagänderung bereits unzulässig. Mit der von der Klägerin in der Berufungsinstanz erneut vorgenommenen Änderung des Beschäftigungsantrags sei sie nicht einverstanden.

Tatsächlich sei ihr eine Beschäftigung der Klägerin als Fahrscheinprüferin nicht möglich, da ein Arbeitsplatz als reiner Prüfer bei ihr nicht existiere. Sie habe die unternehmerische Entscheidung getroffen, einen Mischarbeitsplatz mit Fahrdiensttätigkeiten und Prüftätigkeiten einzurichten. So sei auch die Qualifizierungsmaßnahme ausgeschrieben gewesen. Sie habe im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements ordnungsgemäß geprüft, ob die Klägerin auf einem anderen Arbeitsplatz mit anderen Tätigkeiten beschäftigt werden könne. Das sei nicht der Fall gewesen. Ihre Entscheidung zur Einrichtung eines Mischarbeitsplatzes sei nicht rechtsmissbräuchlich, unwillkürlich oder unsachlich. Sie habe für die Fahrer einen flexiblen Einsatz gewährleisten und für diese einen abwechslungsreichen Arbeitsplatz bereithalten wollen.

Tatsächlich seien die Fahrscheinprüfer etwa zu 50 % im Fahrdienst eingesetzt und zu 50 % im Prüfdienst. Sie würden ganz regulär im Fahrdienst eingeteilt und wechselten darüber hinaus bei Bedarf in den Fahrdienst, etwa wenn ein Schienenersatzverkehr eingerichtet werden müsse. Sie müsse im Rahmen ihrer Personalplanung die Möglichkeit haben, flexibel auf Bedarf zu reagieren und notfalls auch einmal sämtliche Fahrscheinprüfer zum Fahrdienst heranziehen zu können. Es komme nicht darauf an, ob tatsächlich in der Vergangenheit sämtliche Prüfer gleichzeitig zu Fahrdiensten herangezogen worden seien.

Ferner habe die Klägerin nicht dargelegt, dass sie die Stelle im Prüfdienst unter Berücksichtigung ihrer Behinderung tatsächlich ausüben könne. Diese verfüge unstrittig nicht über eine Qualifizierung als Fahrscheinprüferin und komme für eine Qualifizierungsmaßnahme auch nicht in Betracht, weil es an der gültigen Fahrerlaubnis der Klasse D und der uneingeschränkten Tauglichkeit zum Fahren fehle. Sie habe die gesundheitliche Eignung der Klägerin auch nicht „in Blaue hinein“ bestritten. Vielmehr liege bei der Klägerin eine wellenartig auftretende paranoid-halluzinatorische Schizophrenie vor, aufgrund der diese nicht in der Lage sei, die physischen und psychischen Belastungen im Fahrscheinprüfdienst ohne Verstärkung ihres Leidens zu verkraften. Die Tätigkeit im Prüfdienst sei mit ganz erheblichen psychischen und physischen Belastungen verknüpft, weil die Fahrgäste ohne gültigen Fahrausweis zunehmend gewaltbereiter geworden seien. Sie habe bereits in erster Instanz nachhaltig bestritten, dass die Klägerin in der Lage sei diese zusätzlichen Belastungen ohne Verstärkung ihres Leidens zu verkraften. Mit der Zuweisung von Tätigkeiten im Prüfdienst verstoße sie damit letztlich auch gegen ihre Fürsorgepflicht.

Schließlich habe die Klägerin nicht dargelegt und bewiesen, dass im Fahrscheinprüfdienst ein freier Arbeitsplatz vorhanden sei. Auch sei ihr – Beklagten – eine Umorganisation des Prüfdienstes nicht zumutbar. Schließlich sei die Zuweisung anderer Aufgaben an die Klägerin von ihrem Direktionsrecht nicht gedeckt.

Es gebe keinen Arbeitsplatz für Fahrerbeobachter und es gebe entgegen dem Vortrag der Klägerin auch keine entsprechenden Pläne, einen Mitarbeiter als Fahrerbe-

obachter einzusetzen. Woran gedacht werde sei, Kunden verstärkt einzubinden und diese das Dienstleistungsverhalten der Fahrer beobachten zu lassen.

Im Übrigen habe das Arbeitsgericht im Teilurteil zutreffend das weitergehende Beschäftigungsbegehren der Klägerin abgewiesen.

Auch das Schlussurteil des Arbeitsgerichts sei abzuändern. Über den Hilfsantrag der Klägerin habe das Arbeitsgericht bereits nicht mehr entscheiden dürfen, da dieser nur für den Fall der Unzulässigkeit der Klagänderung in erster Instanz gestellt worden sei, das Arbeitsgericht habe die Klagänderung aber als zulässig beurteilt. Der Zahlungsanspruch bestehe auch materiellrechtlich nicht, da sie sich nicht im Annahmeverzug befunden habe. Sie habe die Klägerin nicht als Prüferin einsetzen müssen. Insoweit wiederholt die Beklagte ihren Vortrag zum Nichtbestehen des Beschäftigungsanspruchs der Klägerin.

Die Beklagte beantragt,

1. die geänderte Klage abzuweisen.
2. unter teilweiser Abänderung des am 12. April 2011 verkündeten Teilurteils des Arbeitsgerichts Elmshorn – Az. 1 Ca 364 c/10 – den Antrag zu 1. insgesamt abzuweisen,
3. die (Anschluss-)Berufung der Klägerin gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 12. April 2011 – 1 Ca 364 c/10 – zurückzuweisen,
4. unter teilweiser Abänderung des am 18. Januar 2012 verkündeten Schlussurteils des Arbeitsgerichts Elmshorn – Az. 1 Ca 364 c/10 – den Klagantrag insgesamt abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

1. die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 12.04.2011 – 1 Ca 364 c/10 – zurückzuweisen,
2. die Berufung der Beklagten gegen das Schlussurteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 18.01.2012 – 1 Ca 364 c/10 – zurückzuweisen,
3. das Teilurteil des Arbeitsgericht Elmshorn vom 12.04.2011 – 1 Ca 364 c/10 – abzuändern und die Beklagte zusätzlich zu verurteilen, vorbehaltlich der Zustimmung des Betriebsrats, die Klägerin alternativ als Mitarbeiterin in der Fahrerbeobachtung oder in der allgemeinen Verwaltung mit Ausnahme von Fahrer-tätigkeiten im Personennahverkehr zu beschäftigen.

Ihren weitergehenden Antrag aus dem Berufungsschriftsatz hat die Klägerin zurückgenommen.

Sie trägt vor: Der Hauptantrag zu 1. sei in der zuletzt gestellten Form zulässig. Es liege bereits keine Klagänderung vor.

Sie besitze die notwendigen Grundvoraussetzungen für die Qualifizierungsmaßnahme zur Fahrscheinprüferin, mit der Ausnahme, dass sie keine Busse mehr als Fahrerin führen dürfe. Das Führen von Bussen sei jedoch nicht elementarer Bestandteil der Fahrscheinprüfertätigkeit und damit objektiv keine zwingende Voraussetzung hierfür. Das Erfordernis der Befähigung und Erlaubnis zum Führen von Bussen bestehe allein deswegen, weil sich die Beklagte für besondere Situationen einen Pool von „Reservebusfahrern“ vorbehalten wolle, ohne dass dies im Zusammenhang mit der Fahrscheinprüfertätigkeit stehe. Die Einsätze im Fahrdienst selbst erfolgten nur selten und sporadisch. Von den 12 Prüfern seien sechs ältere Mitarbeiter, die regelmäßig eine Woche im Monat für den Fahrdienst herangezogen würden, die jüngeren allerdings öfter. Im Notfall stünden neben den Fahrscheinprüfern auch andere Mitarbeiter für den Fahrdienst zur Verfügung. In der Regel seien sechs bis acht Fahrscheinprüfer in einer Schicht eingesetzt. Komme es zu einem Notfalleinsatz, dann würden von diesen ca. zwei bis drei Mitarbeiter gebraucht. Es sei noch nie vorgekommen, dass 10 Mitarbeiter vom Prüfdienst auf einmal herangezogen worden seien. Selbst wenn einmal 10 Fahrer zusätzlich benötigt werden sollten, würden diese nicht ausschließ-

lich dem Kreis der Fahrscheinprüfer entnommen. Der Wunsch der Beklagten nach „Mischarbeitsplätzen“ habe hinter ihre Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf schwerbehinderte Mitarbeiter zurückzutreten. Hierdurch werde auch kein neuer Arbeitsplatz geschaffen und auch keine umfassende Umorganisation des Arbeitsablaufes verlangt.

Sie verfüge über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten, die Aufgaben einer Fahrscheinprüferin durchzuführen. Sie habe langjährige Erfahrung als Busfahrerin. Der Verweis der Beklagten auf angebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen vermöge nicht zu überzeugen. Insbesondere das erstinstanzlich eingeholte Sachverständigengutachten zeige, dass sie in der Lage sei, alle Tätigkeiten auszuführen. Die einzige Einschränkung sei, dass sie aufgrund gesetzlicher Vorschriften der Begutachtungsleitlinien zur Krafftfahreignung der Bundesanstalt für Straßen keine Fahrzeuge der Gruppe 2 führen dürfe. Das besage über Einschränkungen im Bereich der Fahrscheinprüfung nichts. Vielmehr bestätige das Gutachten, dass bei ihr ein psychischer Normalbefund vorliege und sonst keine Hinweise darauf vorlägen, dass bei ihr irgendwelche Beeinträchtigungen bestünden. Stress- und Konfliktsituationen kennzeichneten das Leben insgesamt, unabhängig davon, ob diese auf beruflicher oder privater Ebene vorlägen. Weder aus dem Gutachten noch sonst lasse sich in irgendeiner Form herleiten, dass sie Stress- oder Konfliktsituationen nicht gewachsen sei.

Die Beklagte habe auch keinen zusätzlichen Arbeitsplatz für sie einzurichten, da die Beklagte die Qualifizierungsmaßnahmen unstreitig ausgeschrieben habe und freie Stellen im Bereich der Fahrscheinprüfung besessen habe und besitze. Die Beklagte könne ihr die Tätigkeit als Fahrscheinprüfer nach ihrem Arbeitsvertrag auch unter Ausübung des Direktionsrechts zuweisen. Um die Zustimmung des Betriebsrats habe die Beklagte sich bislang – unstreitig – nicht bemüht.

Da sie nicht beschäftigt gewesen sei, habe sie auch mit Nichtwissen bestreiten dürfen, dass es den Arbeitsplatz Fahrerbeobachtung nicht gebe. Wie sie mittlerweile in Erfahrung haben bringen können, werde die Fahrerbeobachtung tatsächlich nicht praktiziert. Dies sei jedoch damit begründet, dass die Beklagte über zu wenig Perso-

nal verfüge. Gegenüber dem Betriebsrat sei erklärt worden, es sei angedacht, die Fahrerbeobachtung wieder einzuführen.

Ihre Anschlussberufung hat die Klägerin im Wesentlichen damit begründet, dass das Arbeitsgericht zu Unrecht das Fehlen der Darlegung freier Arbeitsplätze durch sie festgestellt habe. Tatsächlich seien im März 2010 ein Arbeitsplatz als Diensteinteiler, im August 2010 ein Arbeitsplatz als Verkehrsmeister und im Oktober 2010 ein Arbeitsplatz als Betriebsleiter ausgeschrieben gewesen. Darüber hinaus könne sie als zweite Mitarbeiterin das Infomobil betreuen.

Die Berufung der Beklagten gegen das Schlussurteil sei unbegründet. Sie habe den Zahlungsantrag im letzten Termin vor dem Arbeitsgericht erneut gestellt. Da der Hauptantrag zu 2. als unzulässig abgewiesen worden sei, habe der Hilfsantrag zu 4. noch im Raum gestanden. Zutreffend sei das Arbeitsgericht vom Vorliegen des Annahmeverzugs ausgegangen. Insoweit wiederholt die Klägerin ihren Vortrag zur Frage der Beschäftigungsmöglichkeit.

Das Gericht hat die Berufungen der Parteien zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im Einzelnen wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässigen Berufungen beider Parteien haben keinen Erfolg. Der Beschäftigungsantrag der Klägerin ist auch in der in zweiter Instanz gestellten Fassung nicht weiter begründet, als ihm bereits das Arbeitsgericht stattgegeben hat. Der weitergehende Antrag der Klägerin auf Beschäftigung alternativ in der Fahrerbeobachtung oder in der allgemeinen Verwaltung ist daher ebenfalls mit diesem Urteil abgewiesen worden.

A) Die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil ist gemäß § 64 Abs. 1 ArbGG statthaft, form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden und damit zulässig. Gleiches gilt für die gemäß §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 524 ZPO statthafte, ebenfalls form-

und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin gegen das Teilurteil. Schließlich hat die Beklagte auch gegen das Schlussurteil form- und fristgerecht Berufung eingelegt und diese begründet, sodass alle Berufungen zulässig sind.

B) Die Berufungen sind jedoch insgesamt unbegründet. Der Klägerin steht ein Beschäftigungsanspruch gegen die Beklagte nur in dem Umfang zu, wie er vom Arbeitsgericht im Teilurteil beschieden worden ist. Dementsprechend sind die Berufungen beider Parteien gegen dieses Teilurteil unbegründet. Dem Zahlungsantrag hat das Arbeitsgericht im Schlussurteil, soweit in der Berufung streitgegenständlich, ebenfalls zu Recht stattgegeben, sodass die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ebenfalls unbegründet ist.

I. Der Hauptantrag zu 1. (Beschäftigungsantrag) der Klägerin in der im Berufungstermin zuletzt gestellten Form ist zulässig, aber nur zum Teil begründet.

1. Über den Hauptantrag ist in der Berufungsinstanz in der zuletzt gestellten Fassung zu entscheiden. Die Klägerin hat ihren Antrag sowohl in erster als auch in zweiter Instanz zulässig geändert.

a) Allerdings handelt es sich bei der Umstellung des Antrags in erster Instanz im zweiten Kammertermin um eine Klagänderung im Sinne des § 263 ZPO.

Das Arbeitsgericht hat insoweit gemeint, die Klägerin habe ihren Antrag lediglich um den Zusatz „bei im Übrigen unveränderter vertraglicher Vergütung“ gekürzt und zudem dahingehend eingeschränkt, dass die Beschäftigung nur vorbehaltlich der Zustimmung des Betriebsrats begehrt werde und hat angenommen, hierin sei gemäß § 264 ZPO keine Klageänderung zu sehen. Dabei übersieht das Arbeitsgericht, dass durch das Streichen des Zusatzes hinsichtlich der unveränderten vertraglichen Vergütung die Klägerin der Sache nach ihr Beschäftigungsbegehren ausgeweitet hat, nämlich im Hinblick auf eine Beschäftigung bei veränderter vertraglicher Vergütung. Das ist der Sache nach eine Erweiterung des geltend gemachten Anspruchs, keine Beschränkung.

Wie das Arbeitsgericht aber in seiner Hilfsbegründung zutreffend erkannt hat, ist die danach von der Klägerin vorgenommene Klagänderung in erster Instanz gemäß § 263 ZPO sachdienlich, da mit ihr die Frage der Beschäftigung der Klägerin, sei es zu unveränderten oder veränderten Vergütungssätzen, abschließend entschieden wird.

b) Die erneute Änderung des Klagantrags in der Berufung ist ebenfalls zulässig. Nach § 533 ZPO ist eine Klagänderung in der Berufung zulässig, wenn erstens der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält und zweitens diese auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht in seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat.

Die Beklagte hat in die Klagänderung nicht eingewilligt. Diese ist jedoch sachdienlich. Dies aus denselben Gründen, wie sie bereits für die Klagänderung in erster Instanz gelten. Mit der Klagänderung in zweiter Instanz ist der Antrag nur genauer dem Begehren der Klägerin angepasst, der es nicht darum geht, irgendeine bestimmte Beschäftigung von der Beklagten im Klagewege zu verlangen, sondern nur darum, überhaupt beschäftigt zu werden. Deswegen kam es der Klägerin auch nicht darauf an, auf welchem der alternativ in der Verwaltung angegebenen Arbeitsplätze die Beklagte sie zu beschäftigen hat, sondern nur, dass sie überhaupt – auch – auf einem Arbeitsplatz in der Verwaltung beschäftigt werden kann. Über dieses Begehren kann aufgrund des bisherigen Sach- und Streitstands in beiden Instanzen durch das Berufungsgericht abschließend entschieden werden.

2. Der danach zur Entscheidung anstehende Beschäftigungsantrag der Klägerin in der Form, wie er im Berufungstermin gestellt worden ist, ist zulässig. Er ist insbesondere hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Nach dieser Vorschrift muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Streitgegenstand und der Umfang der gerichtlichen Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis müssen klar umrissen sein. Die klagende Partei muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung sie begehrt. Bei einer stattgebenden Entscheidung darf keine

Unklarheit über den Umfang der Rechtskraft bestehen. Der Streit der Parteien darf nicht in die Vollstreckung verlagert werden. Diese Anforderung ist auch erfüllt, wenn der Antrag durch Auslegung, insbesondere unter Heranziehung der Klagschrift und des sonstigen Vorbringens der Klägerin hinreichend bestimmt ist (BAG, Urt. v. 10.05.2005 – 9 AZR 230/04 – Juris, Rn. 27).

Diesen Anforderungen genügt der in der Berufungsinstanz gestellte Antrag. Mit ihm geht es der Klägerin um tatsächliche Beschäftigung, entweder als Fahrscheinprüferin, als Fahrerbeobachterin oder als Mitarbeiterin in der Verwaltung der Beklagten. Dabei ist insbesondere der Teil des Antrags, der auf eine Beschäftigung in der Verwaltung abzielt, auch hinreichend bestimmt. Welche Tätigkeiten in der Verwaltung die Klägerin sich im Einzelnen vorstellt, kann unter Auslegung des sonstigen Vorbringens der Klägerin ohne Weiteres ermittelt werden. In ihren Schriftsätzen hat sie die einzelnen Tätigkeiten, die aus ihrer Sicht für sie in Frage kommen, genau beschrieben. Die Beklagte hat sich auch zu sämtlichen Tätigkeiten im Einzelnen eingelassen, sodass kein Streit im Vollstreckungsverfahren darüber bestehen kann, was von der Klägerin in ihrem Antrag gemeint ist. Unter Heranziehung der Entscheidungsgründe des Gerichts kann dann festgestellt werden, welche der einzelnen Tätigkeiten in der Verwaltung das Gericht als mögliche Beschäftigungen für die Klägerin angesehen hat, für den Fall, dass dem Antrag insoweit stattgegeben wird.

3. Der Beschäftigungsantrag der Klägerin ist aber nur teilweise begründet, nämlich nur insoweit, wie die Klägerin eine Beschäftigung als Fahrscheinprüferin bei der Beklagten begehrt. Im Übrigen ist der Antrag unbegründet.

Anspruchsgrundlage für das Begehren der Klägerin ist allein § 611 Abs. 1 BGB i. V. m. § 81 Abs. 4 Satz 1 Ziffer 1 SGB IX. Die vom Arbeitsgericht insoweit herangezogene allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aus § 241 Abs. 2 BGB tritt hinter diese spezialgesetzliche Regelung des Beschäftigungsanspruchs eines Schwerbehinderten zurück.

Nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX haben schwerbehinderte Menschen gegenüber ihren Arbeitgebern Anspruch auf Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und

Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können. Der Arbeitgeber erfüllt diesen Anspruch regelmäßig dadurch, dass er dem Arbeitnehmer die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zuweist. Kann der schwerbehinderte Arbeitnehmer die damit verbundenen Tätigkeiten wegen seiner Behinderung nicht mehr wahrnehmen, so führt dieser Verlust nach der Konzeption der §§ 81 ff. SGB IX nicht ohne Weiteres zum Wegfall des Beschäftigungsanspruches. Der Arbeitnehmer kann Anspruch auf eine anderweitige Beschäftigung haben und, soweit der bisherige Arbeitsvertrag diese Beschäftigungsmöglichkeit nicht abdeckt, auf eine entsprechende Vertragsänderung. Um eine behinderungsgerechte Beschäftigung zu ermöglichen, ist der Arbeitgeber nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX auch zu einer Umgestaltung der Arbeitsorganisation verpflichtet. So kann der schwerbehinderte Arbeitnehmer verlangen, dass er mit leichteren Arbeiten beschäftigt wird, sofern im Betrieb die Möglichkeit zu einer solchen Aufgabenumverteilung besteht. Der Arbeitgeber ist jedoch dann nicht zur Beschäftigung des schwerbehinderten Menschen verpflichtet, wenn ihm die Beschäftigung unzumutbar oder eine solche nur mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen verbunden ist, § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX. Der Arbeitgeber ist auch nicht verpflichtet, für den schwerbehinderten Menschen einen zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten (BAG, Urt. v. 14.03.2006 – 9 AZR 411/05 – Juris, Rn. 18 u. 19).

Macht der schwerbehinderte Arbeitnehmer den schwerbehindertenrechtlichen Beschäftigungsanspruch nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX geltend, so hat er nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen. Dazu muss er sein eingeschränktes Leistungsvermögen darlegen und ggfs. beweisen, seine Weiterbeschäftigung geltend machen und die Beschäftigungsmöglichkeiten aufzeigen, die seinen Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechen sollen. Hierauf hat sich der Arbeitgeber substantiiert einzulassen. Er muss darlegen, aus welchen Gründen die vom Arbeitnehmer vorgeschlagenen Beschäftigungsmöglichkeiten nicht zur Verfügung stehen. Welche Einzelheiten vom Arbeitgeber vorzutragen sind, bestimmt sich nach den Umständen des Streitfalls unter Berücksichtigung der Darlegungen des klagenden Arbeitnehmers. Als Einwände kommen in Betracht, dass entsprechende Tätigkeitsbereiche überhaupt nicht vorhanden seien, keine Arbeitsplätze frei seien und auch nicht freigemacht werden könnten, der Arbeitnehmer das Anforderungsprofil nicht erfülle oder die Be-

schäftigung aus anderen Gründen unzumutbar sei (BAG, Urt. v. 10.05.2005 – 9 AZR 230/04 – Juris, Rn. 42).

a) Ausgehend von diesen Grundsätzen geht das Gericht davon aus, dass der Beklagten eine Beschäftigung der Klägerin im Fahrscheinprüfdienst möglich und zumutbar ist, auch wenn diese nicht als Busfahrerin im Personenverkehr von ihr eingesetzt werden kann.

aa) Bei der Beklagten gab es zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung 12 Arbeitsplätze als Fahrscheinprüfer. Es werden von der Beklagten tatsächlich 12 Mitarbeiter mit der Fahrscheinprüfung beschäftigt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass diese Fahrscheinprüfer zusätzlich als Fahrer im Personennahverkehr eingesetzt werden, wobei das Gericht im Folgenden die Angaben der Beklagten zugrunde legt, dass dieser Einsatz im Umfang von ca. 50 % der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit erfolge. Bei den Tätigkeiten als Fahrscheinprüfer und denen als Busfahrer handelt es sich jeweils um selbstständige Aufgabenbereiche, die bei der Arbeitsausführung nicht miteinander verzahnt sind oder in irgendeiner Weise ineinander greifen. Nach Auffassung des Gerichts kann die Beklagte nicht damit gehört werden, dass es zum Anforderungsprofil an den Arbeitsplatz als Fahrscheinprüfer gehöre, dass dieser auch in der Lage sein müsse, Busse im Personennahverkehr zu führen. Da die Tätigkeit des Prüfers mit dem Führen von Bussen in keinem Zusammenhang steht, erscheint es rechtsmissbräuchlich, entsprechende Anforderungen aufzustellen. Eine andere Frage ist, ob es dem Arbeitgeber zumutbar ist, seinen Betrieb so zu organisieren, dass er auch Fahrscheinprüfer beschäftigt, die nicht zum Busfahren herangezogen werden können. Darauf wird später einzugehen sein (vgl. ee).

Bei anderer Betrachtungsweise könnte ein Arbeitgeber den Beschäftigungsanspruch des Schwerbehinderten weitestgehend leer laufen lassen, indem er an bestimmte Tätigkeiten zusätzliche Qualifikationsanforderungen mit der Begründung stellt, auf einem bestimmten Arbeitsplatz müssten auch anderweitige Tätigkeiten erledigt werden können, obwohl diese mit der weiteren Arbeitsaufgabe, die der Schwerbehinderte ausüben könnte, nicht im Zusammenhang stehen. Der organisatorischen Konzeption der Beklagten, die Arbeitsplätze im Fahrscheinprüfdienst als Mischarbeitsplätze

für ihre Fahrer auszugestalten, steht diese Betrachtungsweise nicht entgegen. Der Beklagten bleibt es unbenommen, weiterhin im Prüfdienst Mitarbeiter zu beschäftigen, die auch anderweitig als Fahrer eingesetzt werden können.

bb) Die Klägerin ist zur Ausübung einer Tätigkeit als Fahrscheinprüferin auch gesundheitlich geeignet. Das hat sie sowohl in erster als auch in zweiter Instanz ausführlich dargelegt und darauf hingewiesen, dass zu ihrem Krankheitsbild keine Stressanfälligkeit gehöre.

Hiervon ist das Gericht nach dem Vortrag beider Parteien und aufgrund des vom Arbeitsgericht eingeholten medizinischen Sachverständigengutachtens auch mit der notwendigen Gewissheit überzeugt. Es kann dahinstehen, ob der Vortrag der Beklagten überhaupt geeignet ist, die gesundheitliche Eignung der Klägerin für die Tätigkeit als Fahrscheinprüferin in Abrede zu stellen. Selbst wenn die Klägerin erhöht stressanfällig sein sollte, bedeutet dies zunächst einmal nur, dass es unter Umständen zu vermehrten Arbeitsunfähigkeitszeiten kommen könnte, nicht aber, dass sie für die Tätigkeit als Fahrscheinprüferin generell gesundheitlich nicht geeignet ist. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt auch von zahlreichen weiteren, auch vom BAG (a. a. O.) entschiedenen Fällen, in denen regelmäßig orthopädische Leiden Grund für die Schwerbehinderung sind. Bei diesen, bei denen regelmäßig das Heben schwerer Lasten ab einem bestimmten Gewicht nicht möglich ist oder Überkopf-Arbeiten o. ä. kann von vornherein festgestellt werden, dass bestimmte Arbeiten nicht ausgeübt werden können. Für die der Behinderung der Klägerin zugrunde liegende Erkrankung gilt nichts Vergleichbares. Soweit die Klägerin keinen Krankheits Schub erleidet, kann sie ohne Beanstandungen ihre Tätigkeiten ausführen. So war die Klägerin – trotz bestehender Erkrankung – seit 1990 als Busfahrerin im Straßenverkehr für die Beklagte tätig, ohne dass für eine Stressanfälligkeit irgendwas ersichtlich ist. Auch nachdem die Klägerin nach Erlass des erstinstanzlichen Teilurteils seit Juli 2011 als Fahrscheinprüferin eingesetzt war, sind nach dem insoweit unwidersprochenen Vortrag der Klägerin im Berufungstermin keine Arbeitsunfähigkeitszeiten aufgetreten. Diese Einschätzung wird bestätigt und belegt und führt zur Überzeugungsbildung beim Gericht durch das Sachverständigengutachten.

Der Sachverständige hat in seinem Gutachten in der Zusammenfassung festgestellt, dass bei der Klägerin eine paranoid-halluzinatorische Schizophrenie vorliege. Diese sei durch eine vollständige Remission (Remission = Zurückgehen von Krankheitsercheinungen, Pschyrembel, klinisches Wörterbuch 2012) gekennzeichnet. Es gebe keine sogenannten Residualzustände (residual = zurückbleibend, Pschyrembel, a. a. O.). Die Klägerin weise einen psychischen Normalbefund auf. Angesichts dieser Feststellungen und des Umstandes, dass die Klägerin die Tätigkeit als Fahrscheinprüferin zum Zeitpunkt des Berufungstermins seit elf Monaten bereits ausgeübt hat, ist das Gericht von einer gesundheitlichen Eignung der Klägerin für die in Aussicht genommene Tätigkeit überzeugt.

Der von der Beklagten angebotene Gegenbeweis durch ein weiteres Sachverständigengutachten war nicht zu erheben, da die Beklagte gegen die konkreten Feststellungen des Gutachters keine Einwendungen erhoben hat und nur ihre eigene Einschätzung über die Leistungsfähigkeit der Klägerin „ins Blaue hinein“ behauptet. Es fehlt auch an jeder substantiierten Darlegung, welchen konkreten Stresssituationen die Klägerin im Fahrscheinprüfdienst ausgesetzt ist. Allein der Vortrag, es gebe vermehrt gewaltbereite Kunden ohne Fahrschein, lässt eine Definition des Stresszustandes und eine Überprüfung der gesundheitlichen Eignung der Klägerin durch den Sachverständigen nicht zu.

cc) Bei der Beklagten gibt es auch einen freien Arbeitsplatz als Fahrscheinprüfer. Die Beklagte kann sich auf eine etwaige Besetzung ihrer Stellen im Prüfdienst nach dem Rechtsgedanken des § 162 Abs. 1 BGB nicht berufen.

Grundsätzlich kann auch der schwerbehinderte Arbeitnehmer nur die Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz verlangen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung des Bestehens des Anspruchs ist der Schluss der Berufungsverhandlung (BAG, Urt. v. 10.05.2005, a. a. O., Rn. 51).

Der Beklagten ist es jedoch verwehrt, sich auf eine etwaige Besetzung der Stellen der Fahrscheinprüfer zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung zu berufen. Die Klägerin hatte sich bereits mit Schreiben vom 15.09.2009 für die Qualifizierungsmaß-

nahme zum Prüfen von Fahrausweisen beworben. Sie hat ferner bereits zum 05.10.2009 die Tätigkeit als Fahrscheinprüferin angeboten. Die Beklagte hat während des laufenden Verfahrens Stellen als Fahrscheinprüfer besetzt. Noch nachdem sie am 06.10.2010 im Verhandlungstermin vor dem Arbeitsgericht erklärt hat, es würden 10 Prüfer beschäftigt, sind zwei weitere Prüfer eingestellt worden.

Es widerspräche den Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn die Beklagte sich trotz eines rechtzeitigen konkreten Beschäftigungsverlangens durch die Klägerin im Verfahren darauf zurückziehen könnte, derzeit seien alle Stellen besetzt. Es bedarf daher keine Feststellung, ob - wie von der Klägerin behauptet - aktuell freie Stellen für Fahrscheinprüfer zu besetzen sind.

Im Übrigen kann die Beklagte auch durch teilweisen Einsatz der bisherigen Prüfer im Fahrdienst eine Beschäftigungsmöglichkeit als Fahrscheinprüferin für die Klägerin ermöglichen.

dd) Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Klägerin die Qualifizierungsmaßnahme zur Fahrscheinprüferin noch nicht abgeschlossen hat. Auch insoweit greift der Rechtsgedanke aus § 162 Abs. 1 BGB. Die Beklagte hat die Bewerbung der Klägerin für eine Qualifizierungsmaßnahme abschlägig beschieden, obwohl die Klägerin die in der Ausschreibung als wünschenswert bezeichnete zehnjährige Betriebszugehörigkeit aufweist und die ebenfalls „uneingeschränkte Tauglichkeit zum Fahren“ von der Klägerin nicht verlangt werden durfte. Die Beklagte kann sich jetzt nach Treu und Glauben nicht darauf zurückziehen, dass es der Klägerin an der Qualifikation für die Tätigkeit als Fahrscheinprüferin fehlt.

ee) Der Beschäftigung der Klägerin als Fahrscheinprüferin stehen auch keine unzumutbaren Aufwendungen im Sinne des § 81 Abs. 4 S. 3 SGB IX entgegen.

Mit dem Arbeitsgericht geht das Gericht vielmehr davon aus, dass ein Einsatz der Klägerin als Fahrscheinprüferin der Beklagten organisatorisch ohne Weiteres möglich ist. Die Klägerin ist nur im Umfang von 22,8 Wochenstunden für die Beklagte tätig. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten werden ihre übrigen Mitarbeiter mit unge-

fähr 50 % ihrer Arbeitszeit zum Prüfdienst herangezogen. Ausgehend von der in § 9 Abs. 1 des Manteltarifvertrags geregelten wöchentlichen Arbeitszeit von 39 Wochenstunden bedeutet ein Einsatz der Klägerin von 22,8 Wochenstunden im Prüfdienst einen Umfang von 58,5 % der Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten. Es ist nicht erkennbar und von der Beklagten auch nicht dargelegt, warum hier eine Einteilung der Klägerin in diesem Umfang, letztlich in drei Schichten an drei Arbeitstagen nicht möglich sein sollte. Allein der – abstrakte – Einwand der Beklagten, sie habe ein Interesse daran, sämtliche Fahrscheinprüfer auch in Notfällen zu Fahrdiensten heranzuziehen, macht die Beschäftigung der schwerbehinderten Klägerin nicht unzumutbar. Den Einsatz der Klägerin im Regelfahrdienst kann die Beklagte durch Heranziehung ihrer weiteren annähernd 500 beschäftigten Busfahrer kompensieren.

ff) Der Einsatz der Klägerin als Fahrscheinprüferin ist auch rechtlich zulässig. Das entsprechende Versetzungsrecht der Beklagten ergibt sich aus § 2 des Arbeitsvertrages. Im Übrigen kommt es auf diesen Einwand der Beklagten nicht an, weil der schwerbehinderte Arbeitnehmer auch eine Beschäftigung zu veränderten Bedingungen verlangen kann.

b) Die Klägerin kann hingegen keine Beschäftigung als Fahrerbeobachterin verlangen. Nach den Erörterungen im Berufungstermin ist davon auszugehen, dass es einen entsprechenden Arbeitsplatz bei der Beklagten nicht gibt.

Ihr Bestreiten mit Nichtwissen, dass die Beklagte keinen Arbeitsplatz für Fahrerbeobachter vorhält, hat die Klägerin im Berufungsverfahren nicht aufrecht erhalten, sondern vielmehr ausgeführt, tatsächlich würden keine Fahrerbeobachter mehr eingesetzt. Die Beklagte hat insoweit nach Anhörung ihres Geschäftsführers im Berufungstermin ausgeführt, es gebe derzeit keine Pläne, einen Mitarbeiter als Fahrerbeobachter einzusetzen; es sei allein daran gedacht, Kunden in die Fahrerbeobachtung einzubinden und diese das Dienstleistungsverhalten der Fahrer beobachten zu lassen. Diesen Ausführungen des Geschäftsführers der Beklagten ist die Klägerin, anders als hinsichtlich der weiteren Ausführungen, etwa zur Tätigkeit der Fahrscheinprüfer, im Berufungstermin nicht weiter entgegengetreten. Die Klägerin hat damit erkennbar ihr Bestreiten dieses Umstands aufgegeben.

Die Einrichtung eines Arbeitsplatzes als Fahrerbeobachterin kann die Klägerin nach den oben dargestellten Grundsätzen nicht verlangen.

c) Die Klägerin kann schließlich auch nicht verlangen, als Mitarbeiterin in der Verwaltung beschäftigt zu werden.

Dabei kommt es auf die umfangreichen Ausführungen der Parteien zur Qualifikation der in der Verwaltung beschäftigten Mitarbeiter und auf das Vorhandensein freier Arbeitsplätze nicht an. Im Berufungstermin ist unstreitig gewesen, dass die Beklagte keine Verwaltung mehr vorhält, sondern die Verwaltungsaufgaben im Wege des Teilbetriebsübergangs auf ein anderes Unternehmen übergegangen sind.

Der Beschäftigungsanspruch nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Ziffer 1 SGB IX richtet sich aber gegen den Arbeitgeber. Demzufolge kann der schwerbehinderte Arbeitnehmer auch nur Beschäftigung von seinem Arbeitgeber verlangen. Die von der Klägerin aufgezeigten Arbeitsplätze in der Verwaltung bestehen aber nicht bei ihrem Arbeitgeber. Einen Anspruch auf Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber gibt § 81 Abs. 4 SGB IX nicht her.

II. Über den Hilfsantrag zu 3. aus dem Teilurteil des Arbeitsgerichts vom 12.04.2011 ist nicht zu entscheiden, weil dieser nur für den Fall der Unzulässigkeit der Klagänderung in erster Instanz gestellt worden war und diese Klagänderung zutreffend vom Arbeitsgericht als zulässig beurteilt wurde.

III. Über den Hauptantrag zu 2. aus dem Teilurteil vom 12.04.2011 ist nicht zu entscheiden, weil die Klägerin ihre insoweit eingelegte Anschlussberufung im Berufungstermin zurückgenommen hat.

IV. Der in der Berufungsinstanz noch anhängige Zahlungsantrag ist begründet. Der Klägerin steht Vergütung für die Monate Februar bis April 2010 zu. Dies allerdings nicht aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs, sondern als Schadensersatz.

1. Da hinsichtlich des Zahlungsantrags nur die Beklagte Berufung eingelegt hat, ist insoweit nur der Vergütungsanspruch der Klägerin für die Monate Februar bis April 2010 in die Berufungsinstanz gelangt.

Dieser Antrag ist auch nach wie vor anhängig, auch wenn er von der Klägerin im zweiten Kammertermin nur hilfsweise gestellt worden ist und die Parteien darüber streiten, ob die der hilfsweisen Antragstellung zugrunde liegende Bedingung eingetreten ist.

Jedenfalls hat die Klägerin diesen Zahlungsantrag im dritten Kammertermin vor dem Arbeitsgericht unbedingt und nicht mehr hilfsweise gestellt. Damit war über ihn durch das Arbeitsgericht zu entscheiden.

2. Der Klägerin steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz im Hinblick auf die ihr für die Monate Februar bis April 2010 entgangene Vergütung zu.

a) Anspruchsgrundlage des Begehrens der Klägerin ist ein Schadensersatzanspruch. Die Beklagte befand sich im streitgegenständlichen Zeitraum nicht im Annahmeverzug. Das ist allerdings nicht unbestritten.

aa) Nach der Rechtsprechung des 9. Senats des BAG (Urt. v. 04.10.2005 – 9 AZR 632/04 – Juris, Rn. 12) führt die unterlassene Zuweisung eines Arbeitsplatzes dann nicht zu einem Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers aus Annahmeverzug, wenn die Voraussetzungen des § 297 BGB vorliegen. Dem Arbeitnehmer muss die Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistungen möglich sein. Unmöglichkeit und Annahmeverzug schließen sich aus. Eine den Annahmeverzug ausschließende Unmöglichkeit sei jedoch nicht schon deshalb anzunehmen, weil der Arbeitnehmer aus Gründen in seiner Person nur einen Teil, nicht aber alle Arbeiten verrichten könne, die zum Spektrum der vertraglich vereinbarten Tätigkeit gehörten. Anderenfalls bliebe außer Acht, dass der Arbeitgeber gemäß § 106 Satz 1 GewO sein Weisungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben und dabei auch die Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen habe. Bei beschränkter Leistungsfähigkeit aufgrund einer

Behinderung sei der Arbeitgeber nach § 106 Satz 3 GewO sogar verpflichtet, im Rahmen der Ausübung seines Direktionsrechts auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Sei es deshalb dem Arbeitgeber möglich und zumutbar, dem nur eingeschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer Arbeiten zuzuweisen, die seiner verbleibenden Leistungsfähigkeit entsprächen, sei die Zuweisung anderer Arbeiten nach § 106 Satz 1 GewO unbillig. Damit stehe die Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers aufgrund einer Behinderung bei unbilliger Ausübung des Direktionsrechts dem Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht entgegen (BAG, a. a. O., Rn. 14).

Da nach den obigen Feststellungen (I.3a) die Beklagte der Klägerin eine Tätigkeit hätte zuweisen können, die ihrer Behinderung Rechnung trug, ist nach der Rechtsprechung des 9. Senats des BAG vom Annahmeverzug auszugehen. Die Beklagte hat der Klägerin gar keine Arbeit zugewiesen, ihr Direktionsrecht also nicht ausgeübt. Das ist genauso zu bewerten, als wenn sie ihr Direktionsrecht unbillig ausgeübt hätte.

bb) Der 5. Senat des BAG geht demgegenüber von einer schadensersatzrechtlichen Lösung der Problematik aus (Urt. v. 19.05.2010 – 5 AZR 162/09 – Juris). Er hat ausgeführt: Kann der Arbeitnehmer, dessen Tätigkeit im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben ist, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO wirksam näher bestimmte Tätigkeit aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr ausüben, aber eine andere, im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarung liegende Tätigkeit verrichten, ist das Angebot einer „leidensgerechten Arbeit“ ohne Belang, solange der Arbeitgeber nicht durch eine Neuausübung seines Direktionsrechts diese zu der im Sinne von § 294 BGB zu bewirkenden Arbeitsleistung bestimmt hat. Anderenfalls könnte der Arbeitnehmer den Inhalt der arbeitsvertraglich nur rahmenmäßig umschriebenen Arbeitsleistung selbst konkretisieren. Das widerspräche § 106 Satz 1 GewO. Die Konkretisierung der Arbeitspflicht ist nach § 106 Satz 1 GewO Sache des Arbeitgebers. Verlangt der Arbeitgeber eine bestimmte Arbeit in rechtlich einwandfreier Art und Weise, kommt er nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer diese Arbeit ablehnt und stattdessen eine andere, ebenfalls vertragsgemäße Arbeit anbietet. Mit der Ausübung des Direktionsrechts wird die ver-

traglich geschuldete Tätigkeit näher bestimmt und ist ab diesem Zeitpunkt bis zur wirksamen Neuausübung des Direktionsrechts die konkret geschuldete Leistung (BAG, a. a. O., Rn. 16). Der 5. Senat hat ausdrücklich offen gelassen, ob der Rechtsprechung des 9. Senats zu dieser Frage zu folgen sei (a. a. O., Rn. 23).

Legt man diese Rechtsauffassung zugrunde gilt für den vorliegenden Fall Folgendes: Die Klägerin kann ihre ursprünglich vereinbarte Tätigkeit als Busfahrerin nicht mehr ausüben. Eine anderweitige Festlegung ihrer Tätigkeit durch Ausübung des Direktionsrechts ist durch die Beklagte nicht erfolgt. Damit konnte die Klägerin die Beklagte auch nicht durch das Angebot leidensgerechter Arbeit als Fahrscheinprüferin in Annahmeverzug setzen.

cc) Das Berufungsgericht folgt der Auffassung des 5. Senats aus den von diesem genannten Gründen. Andernfalls könnte ein Arbeitnehmer durch Angebot irgendeiner Arbeit den Verzug auslösen, ein Schwerbehinderter sogar durch ein Angebot nicht vertragsgerechter Arbeit, weil er nach der Rechtsprechung des 9. Senats auch Anspruch auf Beschäftigung zu geänderten Bedingungen haben kann (Urt. v. 14.03.2006 – 9 AZR 411/05 – Juris, Rn. 18). Das ist mit der gesetzlichen Konzeption, nach der das Leistungsbestimmungsrecht dem Arbeitgeber zusteht (§ 106 GewO), nicht zu vereinbaren.

b) Die Beklagte hat gegenüber der Klägerin ihre Vertragspflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt. Sie war gem. § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX zur Zulassung der Klägerin zur Qualifikation zur Fahrscheinprüferin und zum späteren Einsatz der Klägerin als Fahrscheinprüferin verpflichtet. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Diese Stelle war im Zeitraum von Februar bis April 2010 bei der Beklagten auch zu besetzen. Infolge des Unterlassens des rechtlich Gebotenen durch die Beklagte hat diese ihre Vertragspflichten verletzt.

c) Die Pflichtverletzung erfolgte auch schuldhaft. Die Klägerin hatte sich auf die Qualifizierungsmaßnahme bereits im September 2009 beworben und ihre Tätigkeit als Fahrscheinprüferin ab Oktober 2009 angeboten. Entlastungsvorbringen der Beklagten im Hinblick auf das Verschulden fehlt.

d) Der Schaden der Klägerin besteht in dem ihr entgangenen Lohn abzüglich der Sozialleistungen für den hier streitgegenständlichen Zeitraum. Die Höhe dieses Betrags hat das Arbeitsgericht im Teilurteil festgestellt. Einwendungen gegen die Berechnung des Arbeitsgerichts sind nicht erhoben worden. Die Beklagte selbst hatte einen höheren Vergütungsanspruch der Klägerin errechnet.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Dabei ist hinsichtlich des Beschäftigungsantrags von einem hälftigen Unterliegen der beiden Parteien ausgegangen worden. Die Revision ist wegen der Entscheidung über den Zahlungsanspruch der Klägerin zugelassen worden. Die Frage, ob das Angebot leidensgerechter Arbeit bei fehlender Ausübung des Direktionsrechts unter die schadensersatzrechtlichen oder die Annahmeverzugsvorschriften fällt, hat grundsätzliche Bedeutung. Im Hinblick auf den Beschäftigungsanspruch liegt demgegenüber eine Einzelfallentscheidung vor, die sich in den von der Rechtsprechung des 9. Senats vorgegebenen Bahnen hält. Das Gericht hat insoweit keine Veranlassung gesehen, die Revision zuzulassen.

gez. ...

gez. ...

gez. ...