
Datum: 24.05.2016
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 12. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 Sa 677/13
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2016:0524.12SA677.13.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bonn, 3 Ca 1081/12
Schlagworte: Telearbeit, leidensgerechte Beschäftigung
Normen: § 241 BGB, § 81 SGB IX, AGG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1. Die Berufung kann auch teilweise - auch nach einer Erweiterung - zurückgenommen werden (vgl. BGH 24. Oktober 1984 - VIII ZR 140/83 -; Zöller/Heßler ZPO 31. Aufl. § 516 ZPO Rn. 6). Einer Zustimmung der Beklagten bedurfte diese Erklärung nicht.

2. Die Kammer lässt offen, ob der Anspruch auf Zuweisung eines (leidensgerechten) Telearbeitsplatzes - und sei dies auf der Grundlage einer bestimmten Dienstvereinbarung oder Betriebsvereinbarung - über die erzwungene Ausübung des Direktionsrechts oder die Herbeiführung einer Vertragsänderung durchgesetzt werden kann oder muss.

3. Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dies dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks (BAG 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - Rn. 20). Im Arbeitsverhältnis können die Vertragspartner deshalb zur Verwirklichung des Leistungsinteresses zu leistungssichernden Maßnahmen verpflichtet sein.

4. Rechtlich möglich ist die Zuweisung einer anderen Tätigkeit, wenn ihr keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen.

Insbesondere kann die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB den Arbeitgeber nicht verpflichten, sich betriebsverfassungswidrig zu verhalten. Stimmt der Betriebsrat den mit einem Austausch von Arbeitnehmern verbundenen Versetzungen (§ 95 Abs. 3 BetrVG) nicht gem. § 99 Abs. 1 BetrVG zu, ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, dem seine bisherige Tätigkeit nicht mehr verrichten könnenden Arbeitnehmer eine andere Tätigkeit zuzuweisen. Ebenso wenig verlangt die Rücksichtnahmepflicht vom Arbeitgeber, ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG durchzuführen (zur krankheitsbedingten Kündigung im Ergebnis ebenso BAG 29. Januar 1997 - 2 AZR 9/96 - BAGE 85, 107; 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 32, BAGE 134, 296).

5. Nach einer umfassenden Abwägung der im vorliegenden Verfahren betroffenen Interessen besteht jedenfalls kein Anspruch auf das gewünschte gestufte Telearbeitsmodell zur Wiedereingliederung. Die Klägerin kann insbesondere keinen Anspruch aus § 81 Abs. 4 SGB IX ableiten. Denn sie ist weder schwerbehindert noch gleichgestellt. Das gewünschte Telearbeitsmodell geht zudem über die Vorgaben der DV hinaus und ist auch aus sonstigen Erwägungen nicht die einzig mögliche Ausübung des Direktionsrechts durch die Beklagte für eine leidensgerechte Beschäftigung der Klägerin. Überdies ergeben sich Grenzen für das Direktionsrecht der Beklagten aus rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen: Auch wenn die Kammer einen entsprechend freien Arbeitsplatz unterstellt, besteht ein Anspruch der Klägerin mangels Zumutbarkeit des Telearbeitsmodells für die Beklagte nicht. Für diese Annahme sprechen auch die Wertungen des § 81 Abs. 4 SGB IX. Auch hier sind die Grenzen der Zumutbarkeit zu beachten.

Tenor:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 27. September 2012 - 3 Ca 1081/12 - wird zurückgewiesen
2. Die Klägerin hat die Kosten der Berufung zu tragen.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Anspruch der Klägerin auf leidensgerechte Beschäftigung in Telearbeit, Schadensersatz und Schmerzensgeld.

1

2

3

Die Klägerin ist seit Februar 1999 mit einem Entgelt in Höhe von 4.433,37 Euro bei der Beklagten als angestellte Referentin (Wirtschaftswissenschaftlerin) nach Entgeltgruppe 14 gemäß § 17 TVÜ-Bund iVm. der Anl. 2 zum TVÜ-Bund beschäftigt. Sie ist nicht anerkannt schwerbehindert oder einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt und lebt in der Nähe von Berlin.

Bei der Beklagten besteht eine Dienstvereinbarung zu alternierender Telearbeit (DV). Die Dienstvereinbarung hat im Kern folgenden Inhalt:

„Gemäß §§ 73, 75 Abs. 3 Nr. 1, 16 und 17 BPersVG wird folgende Dienstvereinbarung ... geschlossen

...

§ 1

Grundsätze

(1) In der B n ist die alternierende Telearbeit im Rahmen der haushalterisch und organisatorisch vertretbaren Möglichkeiten dauerhaft eingeführt. Unter Berücksichtigung der dienstlichen Belange kann sich auf freiwilliger Basis für die Teilnahme an der Telearbeit beworben werden. Es besteht kein Anspruch auf einen Telearbeitsplatz. Die Funktionsfähigkeit der B n und die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung müssen sichergestellt sein. Die Anzahl der Telearbeitsplätze soll sich an der Zahl von 10 % der Planstellen/Stellen des höheren und des gehobenen Dienstes orientieren. Schwerbehinderte Menschen ... können aus Fürsorgegründen Telearbeitsplätze erhalten, die nicht auf die Anzahl der zur Verfügung stehenden Telearbeitsplätze angerechnet werden. Sollte die Anzahl der Bewerber/innen die Anzahl der möglichen Tele Arbeitsplatz übersteigen, werden die Plätze unter Abwägung der dargelegten sozialen Kriterien vergeben (§ 2 Abs. 4 dieser Dienstvereinbarung).

(2) Die Dienstverhältnisse der Beamtinnen oder Beamten und das Beschäftigungsverhältnis der Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer bleiben in ihrer bestehenden Form unberührt; lediglich die Verpflichtung, den Dienst in der Dienststelle und innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit zu leisten, wird den Erfordernissen eines Telearbeitsplatzes angepasst. Im Rahmen der alternierenden Telearbeit leisten die Beschäftigten ihre regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit grundsätzlich zu 60 % in der Dienststelle und zu 40 % am häuslichen Telearbeitsplatz. ... Es ist zu gewährleisten, dass die tatsächliche Anwesenheit in der Dienststelle dem vereinbarten Verhältnis von Diensterbringung in der Dienststelle und dem häuslichen Arbeitsplatz regelmäßig entspricht. Eine Nichtbeachtung dieses vereinbarten Verhältnisses kann insbesondere darin bestehen, dass Urlaubstage überwiegend an den Präsenztagen der Dienststelle in Anspruch genommen werden. Aufgrund besonderer Gründe können abweichende Regelungen hinsichtlich der Verteilung der Arbeitszeit in der Dienststelle und dem häuslichen Arbeitsplatz getroffen werden.

(3) Die genaue Ausgestaltung der Telearbeit wird zwischen der Beamtin oder dem Beamten und der B unter Beachtung der dienstlichen Erfordernisse schriftlich festgelegt. Mit Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern, die alternierende Telearbeit leisten, erfolgt dies im Rahmen eines ergänzenden Arbeitsvertrages, in dem auch Regelungen zur Arbeitszeit getroffen werden und die Beachtung der dieser Dienstvereinbarung geregelten Pflichten auferlegt wird einschließlich Arbeits-, Gesundheits- und datenschutzrechtlicher Vorschriften.

...

§ 2	13
Teilnahmevoraussetzungen	14
(1) Die Beschäftigten haben sich für die Teilnahme an der alternierenden Telearbeit zu bewerben. Der/die Vorgesetzte muss die Bewerbung befürworten. ...	15
(2) Als Telearbeitsplatz können nur Dienstposten/Arbeitsplätze eingerichtet werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:	16
- Eignung zur IT-gestützten Aufgabenerledigung,	17
- ...	18
- Tätigkeiten, die keine ständige Anwesenheit in der Dienststelle erfordern (eine ständige Anwesenheit erfordern z.B. Fahrbereitschaft, Vorzimmer, Empfang oder Registratur).	19
(3) Die/der Beschäftigte sollte folgende Anforderungen erfüllen:	20
- Mindestens einjährige Zugehörigkeit zur B ,	21
- die räumlichen Voraussetzungen zur Errichtung eines den ergonomischen Gesichtspunkten entsprechenden Arbeitsplatzes,	22
- ...	23
- Tätigkeit im Aufgabengebiet seit mindestens sechs Monaten. Ein Referatswechsel der Bewerberin oder des Bewerbers steht der weiteren Teilnahme an der Telearbeit nur dann entgegen, wenn sich das bisherige Aufgabengebiet von dem neuen Aufgabengebiet wesentlich unterscheidet. Für den Fall einer wesentlichen Unterscheidung der Aufgabengebiete hat die/der neue Vorgesetzte eine Stellungnahme bei der zuständigen Organisationseinheit abzugeben. Die Stellungnahme ist an die Telearbeitskommission weiterzuleiten,	24
- mindestens Teilzeitbeschäftigung von 50 %,	25
- ...	26
(4) Bevorzugt zu berücksichtigen sind Bewerberinnen oder Bewerber mit einer besonderen familiären oder persönlichen Situation,	27
- ...	28
- ...	29
- eigene Schwerbehinderung oder gesundheitliche Beeinträchtigung, soweit diese für die Einrichtung eines Telearbeitsplatzes relevant ist und schlüssig dargelegt wird.	30
Die Telearbeitskommission gibt nur zu hinreichend dargelegten familiären und persönlichen Situation Entscheidungsvorschläge ab. Im Rahmen der dargelegten Betreuungs- bzw. Pflegelücken liegt es im Ermessen der Telearbeitskommission, den	31

zeitlichen Aufwand zu berücksichtigen, der auf die Überwindung der Entfernung zwischen Wohnort und Dienststelle zurückzuführen ist.

(5) Die Bewerbung auf Einrichtung eines Telearbeitsplatzes ist schriftlich unter Verwendung des dafür vorgesehenen Vordrucks an die zuständige Organisationseinheit zu richten. Die unmittelbaren Vorgesetzten haben eine Stellungnahme abzugeben, ob das Aufgabengebiet der Bewerberin oder des Bewerbers für die Telearbeit geeignet erscheinen und ob sie die Teilnahme befürworten. Die zuständige Exekutivdirektorin oder der zuständige Exekutivdirektor setzt als Vertreterin oder Vertreter des Direktoriums eine Kommission ein, die unter Beachtung des Votums der Vorgesetzten oder des Vorgesetzten ihr/ihm Empfehlungen für den Teilnehmerkreis der Telearbeiterinnen oder Telearbeiter ausspricht. Die Kommission besteht aus zwei Vertreterinnen oder Vertretern des Personalrats, der Gleichstellungsbeauftragten, der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen sowie drei Vertreterinnen oder Vertretern der Zentralverwaltung. 32

§ 3 33

Dauer der Telearbeit 34

(1) Die Telearbeit ist befristet und beträgt grundsätzlich ein Jahr. Es wird ein Fristenkalender zu den bestehenden Telearbeitsverträgen geführt. 35

... 36

§ 4 37

Arbeitszeit 38

(1) Die Verteilung der Arbeitszeit in der Dienststelle und dem häuslichen Arbeitsplatz sowie Lage und Dauer der täglichen Arbeitszeit in der Dienststelle und dem Telearbeitsplatz wird im Rahmen von § 1 Abs. 2 dieser Dienstvereinbarung zwischen der Bewerberin oder der Bewerber und der zuständigen Rotationseinheit nach vorheriger Abstimmung mit der/dem Vorgesetzten individuell vereinbart. Dabei ist sicherzustellen, dass die Bewerberin oder der Bewerber bei dringenden dienstlichen Erfordernissen im Ausnahmefall auch außerhalb der vereinbarten Zeiten in der Dienststelle präsent ist. 39

... 40

(4) Fahrten zwischen der Wohnung und der Dienststelle finden keine Anrechnung auf die Arbeitszeit. 41

...“ 42

Am 14. Dezember 1999 gab die Klägerin gegenüber der Beklagten eine schriftliche Erklärung ab, dass ihr bei ihrer Einstellung bei der Beklagten bzw. ihrem Vorgängeramt bewusst gewesen sei, dass sich aus dem Arbeitsvertrag die Verpflichtung ergebe, bei der Verlegung des Amtes von Berlin nach Bonn die Tätigkeit dort fortzusetzen. 43

Seit März 2007 befand sich die Klägerin im Gespräch mit Herrn F aus dem Referat für einen Referatswechsel. Von Februar 2008 bis Ende September 2009 war die Klägerin auf ihren Antrag und drei Verlängerungsanträgen zur Erstellung ihrer Dissertation beurlaubt. Seit Oktober 2009 ist sie arbeitsunfähig erkrankt. Ihre Erkrankung beruht auf einer somatoformen Störung (ICD-10). Nach einem Attest ihrer Psychotherapeutin von August 2011 waren 44

mangelnde Wertschätzung durch Vorgesetzte und Kollegen, Infragestellung der beruflichen Leistung sowie Herabwürdigung der Person krankheitsauslösend.

Am 22. Januar 2010 bot die Beklagte der Klägerin ein betriebliches Eingliederungsmanagement (*bEM*) an. In einem Schreiben vom 1. April 2010 teilte die Beklagte der Klägerin auf ihre Bitte mit, dass sie nunmehr im Referat eingesetzt sei. Dem Schreiben war eine Arbeitsplatzbeschreibung beigelegt. Diese hatte folgenden Inhalt: „Die Aufgaben sind vielfältig und werden stark durch aktuelle wirtschaftliche und politische Entwicklungen beeinflusst. Zu den Tätigkeiten... gehört vor allem das selbstständige Erstellen von Studien zu volkswirtschaftlichen Themen mit aufsichtlichem Bezug, ... Die Arbeitsplatzinhaberin ist an der Entwicklung eines Frühwarnsystems unter Berücksichtigung von spezifischen Geschäftsmodellrisiken von Finanzunternehmen beteiligt und ist mit der Erarbeitung einer branchenübergreifenden Vergleichbarkeit im Rahmen der Weiterentwicklung von Stresstests und Szenarioanalysen befasst.“

45

Ab Mai 2010 bemühte sich die Klägerin um die Zuweisung eines Telearbeitsplatzes. Auf Veranlassung der Beklagten bewarb sie sich im Juni 2010 förmlich um Telearbeit. Angaben zu Präsenzzeiten in der Dienststelle enthielt der Antrag vom 25. Juni 2010 nicht. Vielmehr sollten nach Absprache mit dem Dienstvorgesetzten, und sobald der Therapiestatus es zulasse, die Präsenzzeiten neu bestimmt werden. In einer Anlage zu der Bewerbung führte die Klägerin aus, ihre gesundheitlichen Beeinträchtigungen schlossen eine Abwesenheit vom Wohn- und Behandlungsort zum jetzigen Zeitpunkt aus. Eine gesundheitliche Stabilisierung werde durch die laufenden therapeutischen Maßnahmen bereits dahingehend erzielt, dass die regulären Tätigkeiten unter strenger Einhaltung der therapeutischen Bedingungen wieder vollständig aufgenommen werden könnten. Die arbeitsbedingte Abwesenheit von Wohn- und Therapieort drohe bisher erreichte Stabilisierungserfolge zu revidieren, was eine Bedrohung für die Zielerreichung darstelle.

46

Die Beklagte lehnte am 16. Juli 2010 die Bewerbung der Klägerin für eine Teilnahme an der Telearbeit ab und bot erneut ein *bEM* an. Die Telearbeit setze eine Anwesenheit am Dienort voraus. Die Klägerin sei noch keine sechs Monate im Einsatzgebiet tätig gewesen. Auch die gesundheitliche Beeinträchtigung sei nicht dargelegt. Die von der DV vorgesehene Telearbeitskommission lehnte die Bewerbung der Klägerin ebenfalls zweimal ab. Der neue Vorgesetzte aus dem Referat gab ein negatives Votum.

47

Am 11. April 2011 kam es zu einem Wiedereingliederungsgespräch der Parteien. In einem Schreiben vom 7. Juni 2011 gab die behandelnde Psychotherapeutin eine Stellungnahme zum Ablauf einer „Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess“ aus Sicht ihrer psychotherapeutischen Behandlung ab (*sog. Anlage 3*). Die Klägerin sei für die Arbeit an einem Telearbeitsplatz bereits voll belastbar. Aus einer Tabelle ergab sich folgendes Stufenmodell: Während der ersten drei Monate war eine Präsenz an einem Tag in der Woche mit vier Stunden vorgesehen. Die Anreise sollte nur auf Anforderung erfolgen und müsste nachvollziehbar sinnvoll sein. Die verbleibende Arbeitszeit sollte in Telearbeit gearbeitet werden (*Stufe 1*). Für die weiteren drei Monate sei eine Anwesenheit an zwei Tagen im Monat mit sechs Stunden an regelmäßigen, fest vereinbarten Terminen sowie zwei Tagen im Monat mit sechs Stunden bei Anforderung und nachvollziehbarer Sinnhaftigkeit - der Rest wiederum Telearbeit vorzusehen (*Stufe 2*). Im siebten und achten Monat solle eine Anwesenheit an einem Tag in der Woche mit acht Stunden an regelmäßigen, fest vereinbarten Terminen erfolgen (*Stufe 3*); im neunten und zehnten Monat eine Anwesenheit von 40 % der Arbeitszeit am Arbeitsplatz (*Stufe 4*) und in den beiden darauf folgenden Monaten von 60 % - der Rest stets Telearbeit (*Stufe 5*). Nach zwölf Monaten solle die

48

Klägerin wieder vollständig am Arbeitsplatz eingegliedert werden.

Am 14. Februar 2012 schlug die die Klägerin behandelnde Fachärztin für Psychiatrie Maßnahmen zu stufenweise Wiedereingliederung in das Erwerbsleben (Wiedereingliederungsplan) vor. Darin waren im Wesentlichen die Präsenz-Anwesenheitszeiten aus dem Schreiben der Psychologin vom 7. Juni 2011 enthalten. Auf dem Formular gab die behandelnde Fachärztin zum Zeitpunkt der Wiederherstellung der vollen Arbeitsfähigkeit und deren Absehbarkeit „ja“ an und ergänzte „ab Beginn der Telearbeit vom“ und „z. Zt. nicht absehbar“ an. 49

Am 20. Juni 2012 gab der Vorgesetzte der Klägerin eine negative Stellungnahme zur Teilnahme an der Telearbeit ab. Die erforderliche selbständige Bearbeitung eines Aufgabengebiets und erforderliche häufige Anwesenheit in der Dienststelle würden von der Klägerin nicht erfüllt. Kurzfristige Anfragen führten zu einer hohen Arbeitsbelastung für die Mitarbeiter. Diese könnten nur zeitnah bearbeitet werden. Eine ständige Präsenz am Arbeitsplatz sei deshalb unabdingbar. Daher sei der Arbeitsplatz für die Telearbeit ungeeignet. 50

Mit der am 28. April 2012 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat die Klägerin zunächst die Beschäftigung auf einem Telearbeitsplatz geltend gemacht. Im weiteren Verlauf des Rechtsstreits hat sie ihre Anträge mehrfach umgestellt, zurückgenommen und erweitert. Am 26. August 2012 ist der Antrag der Klägerin auf Bewilligung einer Erwerbsunfähigkeitsrente abgelehnt worden. Am 26. November 2012 hat die Klägerin der Beklagten einen Wiedereingliederungsvorschlag mit dem bekannten Inhalt unterbreitet. Diesen lehnte die Beklagte in einem Schreiben vom 8. Januar 2013 ab. 51

Die Klägerin hat vorgetragen, sie sei grundsätzlich voll belastbar und arbeitsfähig, der Wiedereingliederungsplan sei notwendig für die Rückkehr in die bisherige Tätigkeit. Sie sei zuletzt im Referat „Internationale Versicherungsaufsicht und Pensionsfonds“ erfolgreich tätig gewesen. Ab 2006 habe sich das Klima schlagartig geändert. Ein Kollege habe ihre Arbeiten überprüft. Nach vergeblichen Versuchen, die Abteilung zu verlassen, habe sie sich im Oktober 2007 dazu entschlossen, eine Beurlaubung ab Februar 2008 zu beantragen. Es müsse sichergestellt sein, dass sie bei auftretenden Störungen mit der Therapeutin arbeiten könne. Um dies sicherzustellen, müsse sie sich in Bonn einen neuen Therapieplatz und einen neuen Therapeuten suchen. Die Beziehung zu ihrem Therapeuten sei ein wesentlicher Aspekt für den Erfolg einer Psychotherapie. Daneben seien in Anbetracht der psychotherapeutischen Erkrankung die sozialen Faktoren von herausragender Bedeutung. In Bonn fehle ihr jeder sozialer Bezug. Ihr Familien- und Freundeskreis, dessen Fürsorge gar nicht hoch genug eingeschätzt werden könne, sei in B . Unter diesen Bedingungen könne in B die Krankheit nicht geheilt werden. Die Therapie müsse aus den genannten Gründen B n fortgeführt werden. Der Wiedereingliederungsplan gehe zunächst vom schlechtesten Fall aus. Trete dieser ein, müsse nach jedem Arbeitstag die Möglichkeit gegeben sein, negative Ereignisse iRd. Therapie zu besprechen. Die behandelnde Psychologin sei insoweit flexibel, könne die Klägerin jedenfalls am Folgetag behandeln. Es gehe darum, die Konfrontation mit den vormals krankheitsauslösenden Faktoren am Arbeitsplatz in Bonn schrittweise zu erhöhen. Nur so könne vermieden werden, dass es zu erneuten Komplikationen komme. Insoweit habe sich an der Situation seit dem 7. Mai 2011 nichts geändert. Der Vorgesetzte habe in einem Telefonat im Juni 2010 noch die besondere Eignung des Arbeitsplatzes zur Telearbeit betont. Die Ursachen für die Krankheit lägen bei der Beklagten. Die seelische Erkrankung werde durch die entwürdigende Behandlung während der Arbeit verursacht. Hierfür führe sie erhebliche Umstände seit Ende 2005 an. Als sie im September 2008 ihre 52

Rückkehr angekündigt habe, sei ihr mitgeteilt worden, es bestünden Schwierigkeiten, eine passende Stelle für sie zu finden.

Weiter hat die Klägerin angeführt, die Beklagte sei zur Vermeidung einer Kündigung eines erkrankten Arbeitnehmers verpflichtet, ihr einen leidensgerechten Arbeitsplatz zuzuweisen, falls ein solcher frei und der Arbeitnehmer für die dort zu leistende Arbeit geeignet sei. Diese Verpflichtung bestehe unabhängig von einer wie auch immer ausgestalteten Dienst- oder Betriebsvereinbarung. Die Beklagte ignoriere ihre Verantwortung aufgrund der von ihr verursachten Erkrankung der Klägerin. Sie habe überdies bereits im Dezember 2000 in B eine Zweitwohnung bezogen. Aufgrund der Beurlaubung habe sie ihre Wohnung in B kündigen müssen. Die Klägerin sei krankheitsbedingt zum Verbleib in B gezwungen, nicht aufgrund Unwillens. 53

Die Klägerin hat behauptet, sie sei wegen der Arbeitsplatzsituation erkrankt. Da die Beklagte seit August 2010 verpflichtet gewesen sei, ihr einen Arbeitsplatz in alternierender Telearbeit zuzuweisen, habe sie Anspruch auf Schadensersatz. Dieser belaufe sich für die Zeit von August 2010 bis einschließlich September 2012 auf 86.349,00 Euro. Die Schmerzensgeldansprüche folgten aus der Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte. Sie werde seit 2006 gemobbt. 54

Die Klägerin hat nach einer Klageerweiterung beantragt, 55

1. die Beklagte zu verurteilen, ihr eine Tätigkeit als vollbeschäftigte Tarifkraft im Rahmen eines Telearbeitsplatzes für ein Jahr zuzuweisen. Es erfolgt eine stufenweise Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess mit vollständiger Präsenzzeit am Arbeitsplatz nach dem Ablaufplan (Anl. 3) der behandelnden Ärztin Diplom-Psychologin S N . 56

2. die Beklagte zu verurteilen, ihr Schadensersatz für entgangene Entgeltbeträge iHv. 86.349,00 Euro zu zahlen nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. April 2012. 57

3. die Beklagte zu verurteilen, ihr ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld zu zahlen, das den Betrag von 4.000,00 Euro nicht unterschreiten soll, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. April 2012. 58

Die Beklagte hat beantragt, 59

die Klage abzuweisen. 60

Die Beklagte hat vorgetragen, die Klägerin erfülle nicht die Voraussetzungen der DV. Ihr Vorgesetzter befürworte die Telearbeit nicht. Die Klägerin solle im Referat eingesetzt werden, in dem sie zuvor noch nicht eingesetzt gewesen sei. Sie erfülle auch nicht die vorgesehenen Sozialkriterien der Dienstvereinbarung. Allein die vorgelegten ärztlichen Stellungnahmen erfüllten die Voraussetzungen nicht. Einer Untersuchung durch den medizinischen Dienst habe sie nicht zugestimmt. Außerdem sei sie nach ihrer eigenen Darstellung arbeitsfähig. Eine Wiedereingliederung komme nur bei arbeitsunfähigen Arbeitnehmern in Betracht. 61

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Aus der DV ergebe sich bereits kein Anspruch auf alternierende Telearbeit. Der Anspruch der Klägerin könne auch nicht auf Zuweisung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes gerichtet werden. Aus ihren sowie den ärztlichen Einlassungen ergebe sich, dass sie in der Lage sei, die von der Beklagten näher bestimmten Leistungen an einem Arbeitsplatz der Dienststelle zu erbringen. Die 62

Stellungnahme der behandelnden Ärztin mache deutlich, dass es um die Vermeidung eines Rückfalls gehe. Die ursprünglich krankheitsauslösenden Faktoren seien seit der Beurlaubung weggefallen, da ihr Einsatz in einem anderen Referat erfolgen solle. Ein Schadensersatzanspruch bestehe nicht. Mangels Pflichtverletzung bestehe schon kein Anspruch. Ihr Antrag auf Teilnahme an alternierender Telearbeit habe keinen Hinweis auf eine Wiedereingliederung enthalten. Ein der Beklagten zuzurechnendes Verhalten, das die Anforderungen an Mobbing erfülle, sei nicht zu erkennen.

Im Übrigen wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze wie auch auf das arbeitsgerichtliche Urteil Bezug genommen. 63

Das Urteil vom 27. September 2012 ist der Klägerin am 26. November 2012 zugestellt worden. Hiergegen richtet sich ihre am 26. November 2012 eingelegte und am 24. Januar 2013 begründete Berufung. 64

Die Klägerin trägt vor, sie habe einen Anspruch auf Zuweisung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes. Das Arbeitsgericht verdrehe den Sinn der ärztlichen Stellungnahmen. Sie sei nur leistungsfähig, sofern sie zunächst ganz überwiegend an einem Telearbeitsplatz eingesetzt werde. Die Arbeitsaufnahme in einer anderen Referatsstelle habe die hohe Wahrscheinlichkeit eines Rückfalls nicht reduziert. Aus einem weiteren Gutachten vom 20. August 2012 ergebe sich, dass sie in der Therapie große Fortschritte gemacht habe. Im Normalfall sei mit ihrer vollständigen Wiederherstellung zu rechnen. Um dies zu erreichen, sei eine Wiedereingliederung am Telearbeitsplatz notwendig, um den Verlauf der Genesung nicht zu gefährden. Dass die Beklagte ihr Angebot auf Wiedereingliederung aufrechterhalte, spreche dafür, dass sie in der Lage sei, ihr einen leidensgerechten Arbeitsplatz in der beantragten Form anzubieten. Die Klägerin habe also einen Anspruch auf Errichtung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes. Da die Beklagte verpflichtet sei, ihr einen leidensgerechten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen, müsse sie hierfür auch die Vergütung leisten. Da die Beklagte ihr eine Wiedereingliederung im Hamburger Modell angeboten habe, könne sie sich nicht mehr mit dem Argument zurückziehen, über keinen leidensgerechten Arbeitsplatz zu verfügen. Die Beklagte könne auch nicht auf einer Untersuchung durch den betriebsärztlichen Dienst bestehen. Die Beklagte habe die Leiden verursacht. Die beruflichen Belastungen hätten im Zeitraum 2006 bis 2007 eine Traumatisierung hervorgerufen. Ursächlich sei das kränkend erlebte Verhalten der Vorgesetzten. Im ersten Halbjahr 2006 seien ihr Arbeitsbereiche entzogen sowie vertraglich unzulässige Arbeiten übertragen worden. Von Ende 2005 bis Ende 2007 habe sich ihr Gesundheitszustand verschlechtert. Sie habe über eine Steigerung der Anzahl und Stärke von Infektionserkrankungen geklagt. Die Schadenersatzansprüche bestünden für die Zeit von April bis Oktober 2012. Da der Beklagten der Wiedereingliederungsplan am 2. März 2012 übermittelt worden sei, habe sie ab diesem Zeitpunkt Schadensersatz zu leisten. Hierauf lasse sie sich erhaltenes Arbeitslosengeld II iHv. 3.870,00 Euro anrechnen. Da die Beklagte eine Wiedereingliederung verweigere, habe die Klägerin Anspruch auf billige Entschädigung. Die Behandlung der Klägerin am Arbeitsplatz sowie die Weigerung der Beklagten, sie nicht wieder einzugliedern, hätten dazu geführt, dass sie immer noch nicht wieder gesund sei. Die schrittweise Wiedereingliederung sei dringend erforderlich, damit sie nicht psychisch dekompenriere und nicht wieder erkrankte. 65

Die Klägerin ergänzt, sie werde mangels Telearbeitsplatzes wegen der Behinderung benachteiligt. Es gebe Dienstposten bei der Beklagten, die die von der Klägerin begehrte Beschäftigung ermöglichen. Das Soll-Kontingent der Telearbeitsplätze sei nicht ausgeschöpft. Wenn ein Arbeitsplatz im Umfang von 60 % der Gesamtarbeitszeit als 66

Telearbeitsplatz geeignet sei, müsse dies auch für eine Telearbeit im Umfang von 90 % gelten. Es komme nicht darauf an, dass die Beklagte nicht berechtigt sei, die Klägerin anzuweisen, ihre Arbeitsleistung ganz oder teilweise außerhalb des Betriebs zu erledigen. Sie sei hierzu vielmehr verpflichtet. Sie sei verpflichtet, ihr Angebot eines veränderten Arbeitsvertrags - wie in den Anträgen artikuliert - anzunehmen. Sie erfülle sämtliche Voraussetzungen der DV. Sie begründe unmittelbare Ansprüche des einzelnen Arbeitnehmers. Sie habe auch einen gesetzlichen Anspruch. Das fehlende Angebot eines Telearbeitsplatzes verstoße gegen das Verbot der Diskriminierung. Es missachte die Fürsorgepflichten des Arbeitgebers. Auch wenn die Klägerin nach dem derzeit geltenden Arbeitsvertrag arbeitsunfähig sei, habe die Beklagte ihr schon lange einen veränderten Arbeitsvertrag anbieten müssen. Da sie dies nicht getan habe, mache sie sich schadensersatzpflichtig. Wäre die Beklagte nicht verpflichtet, der Klägerin einen Arbeitsvertrag mit veränderten Arbeitsbedingungen anzubieten, sei sie berechtigt zu kündigen.

Die Klägerin führt weiter aus, dass die Beklagte sie von der Telearbeit ausschließen wolle. Im Referat leiste Herr G Telearbeit im Umfang von 40 %. Es sei nicht nachvollziehbar, wenn die Beklagte ausführe, der Arbeitsplatz der Klägerin sei nicht für Telearbeit geeignet, Herrn Grund jedoch in Telearbeit einsetze. Sie sei nach ihrer Qualifikation für sämtliche ausgeschriebenen Stellen im höheren Dienst geeignet. Sie sei mehrere Jahre in fast allen Arbeitsbereichen der Finanzaufsicht tätig gewesen. Ihr Arbeitsplatz sei grundsätzlich für Telearbeit geeignet. Die Informationsdienste könnten auch vom Telearbeitsplatz genutzt werden. Der nähere Wohnort des Herrn G zur Dienststelle begründe ebenfalls keinen Abweisungsgrund. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern es auf eine zügige Dienstaufnahme ankomme. Die Klägerin sei behindert im Sinne des § 1 AGG. Sie sei auf den Telearbeitsplatz angewiesen. Die Verwendung des Formulars zur Wiedereingliederung nach dem Hamburger Modell sei nicht rechtsmissbräuchlich. Sie habe immer klargestellt, dass es sich nicht um eine solche Wiedereingliederung handle, die sie begehre. Nach § 1 Abs. 2 S. 5 DV könne die Anwesenheit auch weniger als 60 % betragen. Die Rechtsprechung zu besonderen Anstrengungen für die leidensgerechte Arbeit rechtfertige es, einen besonderen Grund anzuerkennen. Der vormalige Vorgesetzte der Klägerin habe die Telearbeit telefonisch befürwortet. Die Vorbeschäftigung von sechs Monaten sei nach der DV kein Muss. Ihren Schmerzensgeldanspruch hat sie in der Berufungsbegründung - nicht mehr wie beim Arbeitsgericht - mit Mobbing, sondern mit der fehlenden leidensgerechten Beschäftigung begründet. 67

Die Klägerin hat ihre Anträge im Berufungsverfahren mehrfach erweitert und umgestellt. Sie hat ihren Hilfsantrag zu 2. auf reduzierte Beschäftigung (*Bl. 322 dA*) zurückgenommen (*Bl. 434 dA*) und weitere Hilfsanträge - dem Gutachten des Sachverständigen folgend - ins Verfahren eingeführt (*Bl. 740 dA*). Zudem hat sie in der Berufungsbegründung mit dem Hilfsantrag zu 2. verlangt, sie ohne Telearbeit dem Antrag zu 1. entsprechend vergütungspflichtig einzusetzen. Diesen Antrag hat sie allerdings wieder zurückgenommen und durch gestufte Anträge ersetzt. Den Zahlungsantrag wegen Schadensersatzes hat sie auf die Zeit April 2012 bis Oktober 2012 begrenzt. Zuletzt hat sie den Zusatz der „nachvollziehbaren Sinnhaftigkeit der Präsenz“ in den ersten Monaten fallen lassen und ihren letzten Hilfsantrag dem letzten Ergebnis des Sachverständigengutachtens angepasst (*Antrag zu 1.4.*). Die letzte Erweiterung des Antrags bzw. die Berufung insoweit hat sie in der letzten mündlichen Verhandlung zurückgenommen. 68

Die Klägerin beantragt zuletzt,

69

70

das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 27. September 2012 - 3 Ca 1081/12 - abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, ihr eine Tätigkeit als vollbeschäftigte Tarifrkraft im Rahmen eines Telearbeitsplatzes für ein Jahr zuzuweisen, wobei die Präsenzzeit in der Dienststelle der Beklagten in Bonn stufenweise erhöht wird, wie in dem Wiedereingliederungsplan aus dem Schreiben der Diplom-Psychologin S N vom 7. Juni 2011 (Anl. 3 der erstinstanzlichen Klage vom 27. April 2012) vorgesehen, mit vollständiger Präsenzzeit in der Dienststelle nach Ablauf der Wiedereingliederung; 71
- 1.1 hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, ihr Angebot anzunehmen, eine Tätigkeit als Verwaltungsangestellte im höheren Dienst im Umfang von 39 Wochenstunden im Rahmen eines Telearbeitsplatzes für ein Jahr auszuüben, wobei die Präsenzzeit in der Dienststelle der Beklagten in Bonn stufenweise erhöht wird, wie in dem Wiedereingliederungsplan aus dem Schreiben der Diplom-Psychologin S N vom 7. Juni 2011 (Anl. 3 der erstinstanzlichen Klage vom 27. April 2012) vorgesehen, mit vollständiger Präsenzzeit in der Dienststelle nach Ablauf der Wiedereingliederung; 72
- 1.2 hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, ihr Angebot anzunehmen, eine Tätigkeit als Verwaltungsangestellte im höheren Dienst im Umfang von 39 Wochenstunden im Rahmen eines Telearbeitsplatzes für ein Jahr auszuüben, wobei die Präsenzzeit in der Dienststelle der Beklagten in Bonn stufenweise erhöht wird (erster und zweiter Monat mit vier Stunden an einem Tag pro Woche, dritter Monat mit sechs Stunden an einem Tag pro Woche, vierter Monat mit acht Stunden an einem Tag pro Woche, fünfter bis siebter Monat mit je acht Stunden an zwei Tagen pro Woche, achter bis zwölfter Monat mit je acht Stunden an drei Tagen pro Woche - in allen Wiedereingliederungsstufen soll die restliche vertragliche vereinbarte Arbeitszeit als Telearbeitszeit geleistet werden) mit vollständiger Präsenzzeit in der Dienststelle nach Ablauf der Wiedereingliederung; 73
- 1.3 die Beklagte zu verurteilen, ihr Angebot anzunehmen, eine Tätigkeit als Verwaltungsangestellte im höheren Dienst im Umfang von 39 Wochenstunden im Rahmen eines Telearbeitsplatzes für ein Jahr auszuüben, wobei die Präsenz hat in der Dienststelle der Beklagten in Bonn stufenweise erhöht wird (erster und zweiter Monat mit vier Stunden an einem Tag pro Woche, dritter Monat mit acht Stunden an einem Tag pro Woche, vierter bis sechster Monat mit je acht Stunden an zwei Tagen pro Woche, siebter bis zwölfter Monat mit je acht Stunden an drei Tagen pro Woche - in allen Wiedereingliederungsstufen soll die restliche vertraglich vereinbarte Arbeitszeit als Telearbeit geleistet werden) mit vollständiger Präsenzzeit in der Dienststelle nach Ablauf der Wiedereingliederung; 74
- 1.4 die Beklagte zu verurteilen, ihr Angebot anzunehmen, eine Tätigkeit als Verwaltungsangestellte im höheren Dienst im Umfang von 39 Wochenstunden im Rahmen eines Telearbeitsplatzes für drei Monate auszuüben, wobei die Präsenzzeit in der Dienststelle der Beklagten in Bonn stufenweise erhöht wird (erster Monat vier Stunden an einem Tag pro Woche, zweiter Monat acht Stunden an einem Tag pro Woche, dritter Monat acht Stunden an zwei Tagen pro Woche - in allen Wiedereingliederungsstufen soll die restliche vertragliche vereinbarte Arbeitszeit als Telearbeit geleistet werden) mit vollständiger Präsenz in der Dienststelle nach Ablauf der Wiedereingliederung. 75
2. die Beklagte zu verurteilen, ihr als Schadensersatz für entgangene Entgeltbeträge iHv. 26.598,00 Euro zu zahlen, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. April 2012 abzüglich ALG II iHv. 4.691,00 Euro (Mai bis Oktober 2012). 76

3. die Beklagte zu verurteilen, ihr ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld zu zahlen, das den Betrag von 4.000,00 Euro nicht unterschreiten soll, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. April 2012. 77

Die Beklagte beantragt, 78

die Berufung zurückzuweisen. 79

Die Beklagte trägt vor, die Klägerin sei nicht arbeitsfähig. Insbesondere die gestaffelten Präsenzzeiten ließen keinen anderen Rückschluss zu, als dass die Klägerin arbeitsunfähig erkrankt sei. Das folge auch aus der vom gemeinsamen Bundesausschuss beschlossenen Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie. Die Arbeitsunfähigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne unterscheide sich nicht vom Begriff der Arbeitsunfähigkeit nach dem EFZG. Das folge auch aus den im Verfahren erstellten Gutachten. Daher habe sie die Klägerin am 12. Dezember 2014 aufgefordert, sich ergänzend betriebsärztlich untersuchen zu lassen. Dafür habe sie sich bereit erklärt, dass die Klägerin sich in Berlin untersuchen lasse. Der dortige Arzt habe am 17. März 2015 in Anbetracht der Komplexität des Falls die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin für nicht beurteilbar gehalten. Die Arbeitsmodelle, die die Klägerin verlange, könnten allein Gegenstand einer stufenweise Wiedereingliederung im Sinne von § 74 SGB V sein. Die von der Klägerin angedachten Arbeitszeitmodelle berücksichtigten weder die für eine sinnvolle Aufgabenwahrnehmung notwendige Einarbeitung in ihrem neuen Aufgabenbereich noch das mit der Telearbeit verfolgte Ziel einer Eingliederung in die Dienststelle. Es sei unklar, wie eine Einarbeitung praktisch erfolgen solle. Eine Anspruchsgrundlage für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche sei nicht ersichtlich. Das gelte auch für die geänderten Berufungsanträge. Die Stellungnahme der Fachärztin der Klägerin sei als Parteivortrag zu behandeln. Die von der behandelnden Ärztin erwarteten Abläufe seien nur schwer nachvollziehbar. Es gehe damit um die Frage, ob die Beklagte eine Verpflichtung treffe, die Klägerin außerhalb einer stufenweisen Wiedereingliederung eine entsprechende Tätigkeit im Home-Office zu ermöglichen. Selbst unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzes - etwa von Ehe und Familie oder Pflege und Erziehung der Kinder - bestehe ein derartiger Anspruch nicht. Da die Klägerin auch noch die Möglichkeit habe, an den wenigen vorgesehenen Anwesenheitstagen in Bonn Urlaub zu beantragen, sei die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses unklar. 80

Die Beklagte ergänzt, dass die von der Klägerin im Referat zu erledigenden Arbeitsaufträge sehr anspruchsvoll seien. Routinearbeiten bildeten die absolute Ausnahme. Zentrale Informationsquelle sei der externe Datenanbieter Bloomberg. Der Kollege G leiste nur an zwei Tagen in der Woche Telearbeit, so sei eine zeitnahe Recherche sichergestellt. Er sei auch der einzige Mitarbeiter des Referats in Telearbeit. Die Auftragslage im Referat sei sehr situationsabhängig. Der Informationsbedarf sei bei krisenhaften Zuspitzungen an den Finanzmärkten besonders zeitkritisch. Hierbei handle es sich um typische Anforderungen in allen Bereichen der Beklagten. Daher sei eine Tätigkeit von mindestens sechs Monaten in der betreffenden Arbeitseinheit erforderlich, bevor Telearbeit in Betracht komme. Wegen des Geschlechts oder einer möglichen Behinderung werde sie nicht benachteiligt. Der Rahmen des Zusammenwirkens der Arbeitnehmer und des Arbeitgebers sei der Betrieb. Die Klägerin strebe mit ihrer Klage eine Sonderregelung an, die kollektivrechtlich nicht abgedeckt sei. Der Erfüllungsort für die Arbeitsleistung befinde sich in Bonn. Im Regelfall sei davon auszugehen, dass der Arbeitgeber nicht berechtigt sei, den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung außerhalb des Betriebs anzuweisen. Die DV ermächtige sie ebenso wenig. Sie sehe ausschließlich eine Vertragslösung vor und enthalte keine Verpflichtung der Beklagten zum Abschluss einer 81

Vereinbarung. Der Abschluss der Vereinbarung stehe in ihrem freien Ermessen.

Die Beklagte führt weiter aus, sie habe sämtliche, mit Wirtschaftswissenschaftlern besetzten Arbeitsplätze in ihre Überlegungen einbezogen. Keiner dieser Dienstposten sei für das von der Klägerin begehrte Wiedereingliederungsmodell geeignet. Keiner der Beschäftigten habe einen vollständigen Telearbeitsplatz, wie ihn die Klägerin anstrebe. Der Anteil der Telearbeitszeit bewege sich zwischen fünf und 18 Stunden - bis auf zwei Ausnahmen mit nicht mehr als 40 % der Arbeitszeit in Telearbeit. Bei den beiden Ausnahmen handle es sich um teilzeitbeschäftigte Mütter. Die Anträge der Klägerin seien nicht hinreichend bestimmt. Das gelte insbesondere für die Bezugnahme. Die Beklagte sei an die DV gebunden. Es gebe keinen Arbeitsplatz und auch keinen Beamtenposten, auf dem die Klägerin nach der Maßgabe ihrer Anträge einsetzbar wäre. Beim Arbeitsplatz der Klägerin im Referat handle es sich um einen typischen. 82

Die Beklagte meint, es sei schon unklar, ob die Klägerin schwerbehindert iSd. Gesetzes sei. Aber auch in diesem Fall bestehe kein Anspruch auf einen Telearbeitsplatz. Die Errichtung sei der Beklagten unzumutbar, § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX. Der Arbeitnehmer habe zudem keinen Anspruch auf Wiedereingliederung. Das sozial-rechtliche Verhältnis nach § 74 SGB V müsse einvernehmlich zu Stande kommen. Wenn schon kein Anspruch auf Wiedereingliederung nach § 74 SGB V bestehe, gelte dies erst recht für einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer könne der bestehenden Arbeitsunfähigkeit nicht dadurch begegnen, dass er den Arbeitgeber auf eine andere Tätigkeit verweise, die er trotz Krankheit ausüben könne. Wer seine Arbeitsleistung unter den „üblichen“ Arbeitsbedingungen nicht erbringen könne, sei arbeitsunfähig. Die Beklagte treffe jedenfalls kein Verschulden. Sie sei nicht verpflichtet, bei Meinungsverschiedenheiten ihren Rechtsstandpunkt, der vertretbar sei, aufzugeben. Ihr Verhalten sei sozialadäquat und schließe Schmerzensgeld- und Schadenersatzansprüche aus. 83

Für den weiteren Vortrag wird auf die gewechselten Schriftsätze und die Sitzungsprotokolle (10. April 2013, 24. Juli 2013, 11. Februar 2014, 14. April 2015) Bezug genommen. Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben über die Behauptungen der Klägerin zur medizinischen Notwendigkeit der beantragten Ausgestaltung ihrer Rückkehr an den Arbeitsplatz: „Besteht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Klägerin bei einer Tätigkeitsaufnahme mit mehr als vier Wochenstunden Anwesenheit eine Verschlimmerung des Gesundheitszustands zu befürchten hat?“ Das Gericht hat ergänzend über die Frage Beweis erhoben, ob auch die weiteren zeitlichen Beschränkungen der Anwesenheit in der Dienststelle durch die Gefahr einer Verschlimmerung des Gesundheitszustandes gerechtfertigt seien. Für den Inhalt der Beweisaufnahme wird auf die Ausführungen in den beiden Sachverständigengutachten Bezug genommen. Darüber hinaus hat das Gericht verschiedene Hinweise erteilt. Auch insoweit wird auf die jeweiligen Beschlüsse Bezug genommen. 84

Entscheidungsgründe 85

Die Berufung ist - soweit sie nicht zurückgenommen wurde - zulässig, aber unbegründet. 86

A. Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet, § 66 Abs. 1 Satz 1, 2, § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG iVm. § 519, § 520 Abs. 1, Abs. 3 ZPO. 87

88

- I. In Bezug auf den zunächst in der Berufung durch Klageerweiterung eingeführten Antrag zu 1.4 hat die Klägerin die Berufung teilweise zurückgenommen, was nach § 516 Abs. 1 ZPO zulässig ist. Denn die Berufung kann auch teilweise - auch nach einer Erweiterung - zurückgenommen werden (*vgl. BGH 24. Oktober 1984 - VIII ZR 140/83 -; Zöller/Heßler ZPO 31. Aufl. § 516 ZPO Rn. 6*). Einer Zustimmung der Beklagten bedurfte diese Erklärung nicht.
- II. Die übrigen Antragserweiterungen sind zulässig. Sie stützen sich insgesamt im Wesentlichen auf Tatsachen, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat, § 533 Nr. 2 ZPO. Es geht um den Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung und die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen. 89
- B. Die Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klage ist auch mit den im Berufungsverfahren gestellten Haupt- und Hilfsanträgen zulässig, aber unbegründet. Die Klägerin hat keinen entsprechenden Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung. 90
- I. Der Antrag zu 1. und der zu 1.1 sind nach einer umfassenden Auslegung zulässig, insbesondere ausreichend bestimmt, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 91
- Mit diesem Antrag macht die Klägerin geltend, die Beklagte müsse das ihr nach § 106 Satz 1 bis 3 GewO zustehende Ermessen für eine leidensgerechte Beschäftigung ausüben. Dabei kommt es nach der Auffassung der Kammer nicht zentral darauf an, ob die Klägerin den Begriff der Beschäftigung oder der Zuweisung einer bestimmten Tätigkeit geltend macht. Beide Begriffe bringen hinreichend zum Ausdruck, was die Klägerin eigentlich will, nämlich leidensgerecht beschäftigt zu werden mit einem bestimmten Telearbeitsplatz. Auch wenn die Bezugnahme auf eine Anlage im Antrag problematisch ist, so lässt sich doch durch die konkrete Bezugnahme auf eine genau bezeichnete Anlage und das darin angelegte gestufte Telearbeitsmodelle hinreichend erkennen, was die Klägerin eigentlich verlangt, nämlich in bestimmten Monaten mit bestimmtem Arbeitszeitumfang vor Ort und entsprechend zu Hause arbeiten zu können. Außerdem hat die Klägerin - wie sich auch in der mündlichen Verhandlung gezeigt hat - das Merkmal der nachvollziehbaren Sinnhaftigkeit in den ersten Monaten fallen gelassen. Dieses Merkmal wäre sicherlich mit Schwierigkeiten der Bestimmbarkeit verbunden gewesen. Die übrigen Merkmale im Antrag sind bestimmbar, insbesondere die Begriffe der Präsenzzeit und ihrer Vereinbarung. 92
- Die hinreichende Bestimmbarkeit bezieht sich auf den Hilfsantrag zu 1.1. Mit diesem macht die Klägerin geltend, dass die Beklagte verpflichtet ist, ein Vertragsangebot mit bestimmten Telearbeitszeiten anzunehmen. Ein auf Abgabe einer Willenserklärung gerichteter Antrag ist bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn er so gefasst ist, dass der Inhalt der nach § 894 Satz 1 ZPO fingierten Erklärung klar ist. Geht es um den Abschluss eines Arbeitsvertrags, muss die nach § 894 Satz 1 ZPO als abgegeben geltende Willenserklärung den für eine Vertragseinigung notwendigen Mindestinhalt umfassen (*essentialia negotii*). Nach § 611 Abs. 1 BGB gehören hierzu auf jeden Fall die "versprochenen Dienste", also Art und Beginn der Arbeitsleistung. Der Umfang der Arbeitsleistung und die Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmen sich ggf. nach den üblichen Umständen. Eine Einigung über weitere Inhalte ist nicht erforderlich, solange klar ist, dass iÜ eine bezahlte Tätigkeit nach den bisherigen vertraglichen Bedingungen vereinbart ist (*vgl. BAG 25. Juni 2014 - 7 AZR 847/12 - Rn. 22*). Diese Anforderungen sind hier erfüllt. Da die Klägerin eine Disposition der Beklagten über den Ort der Arbeitsleistung verlangt, müssen die übrigen vertraglichen Abreden nicht in den Antrag aufgenommen werden. Es genügt dass sich die Klägerin in Bezug auf die Veränderung des Arbeitsorts festlegt. 93

Der Antrag ist auch in Bezug auf die Bedingung („*hilfsweise*“) hinreichend bestimmt. 94
Auch wenn sich aus der Antragsbegründung und aus der mündlichen Verhandlung nicht hinreichend deutlich ergibt, für welchen Fall dieser Hilfsantrag der Kammer zur Entscheidung anfallen soll, ergibt sich doch aus der Diskussion der Parteien in den heranzuziehenden Schriftsätzen, dass dieser Antrag für den Fall gestellt wird, dass die gewünschte leidensgerechte Beschäftigung nur mittels einer Vertragsänderung durchgesetzt werden kann. Denn in diesem Fall kann die Klägerin nicht bloß über eine veränderte Ausübung des Direktionsrechts der Beklagten, sondern nur im Wege einer Vertragsänderung das gewünschte Telearbeitsmodell erwirken.

II. Der Antrag zu 1. sowie der Hilfsantrag zu 1.1 sind unbegründet. Die Klägerin hat 95
keinen Anspruch aus § 241 Abs. 2 BGB oder aus anderen Grundlagen - etwa der DV - auf Zuweisung eines im Antrag zu 1. bezeichneten Telearbeitsplatzes und Telearbeitsmodells oder auf den Abschluss eines entsprechend angepassten Vertrags.

1. Da beide Anträge unbegründet sind, lässt die Kammer offen, ob der Anspruch auf 96
Zuweisung eines (leidensgerechten) Telearbeitsplatzes - und sei dies auf der Grundlage einer bestimmten Dienstvereinbarung oder Betriebsvereinbarung - über die erzwungene Ausübung des Direktionsrechts oder die Herbeiführung einer Vertragsänderung durchgesetzt werden kann oder muss. Die DV könnte zwar eine Vereinbarungslösung erfordern. § 2 Abs. 3 DV setzt voraus, dass die genaue Ausgestaltung der Telearbeit zwischen den Beteiligten schriftlich festgelegt wird. Mit Arbeitnehmern erfolgt dies im Rahmen eines ergänzenden Arbeitsvertrages. Auch die Verteilung der Arbeitszeit in der Dienststelle und am häuslichen Arbeitsplatz wird zwischen den Beteiligten individuell vereinbart, § 4 Abs. 1 DV. Auch im einschlägigen Schrifttum wird verlangt, dass die Telearbeit zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart wird (*Schaub/Vogelsang 16. Aufl. § 164 Rn. 14 mwN*). Allerdings könnte die DV auch so verstanden werden, dass wegen des ausgeschlossenen Anspruchs (§ 1 Abs. 1 DV) lediglich ein Anspruch darauf besteht, dass die Beklagte ihr Ermessen entsprechend der DV ausübt und dass die DV unter Umständen zu einer Reduktion des arbeitgeberseitigen Ermessens auf Null führen kann. Das ist hier letztlich egal. Die Voraussetzungen für einen entsprechenden Anspruch liegen nicht vor.

2. Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme 97
auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dies dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks (*BAG 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 - Rn. 20*). Im Arbeitsverhältnis können die Vertragspartner deshalb zur Verwirklichung des Leistungsinteresses zu leistungssichernden Maßnahmen verpflichtet sein. Dazu gehört auch die Pflicht, im Zusammenwirken mit dem Vertragspartner die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrags zu schaffen, Erfüllungshindernisse nicht entstehen zu lassen bzw. zu beseitigen und dem anderen Teil den angestrebten Leistungserfolg zukommen zu lassen. Im Rahmen der Mitwirkungspflicht kann es auch geboten sein, auf den Wunsch nach Vertragsanpassung als Reaktion auf unerwartete Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse einzugehen, insbesondere wenn anderenfalls in Dauerschuldverhältnissen Unvermögen des Schuldners droht (*BAG 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - Rn. 31; vgl. auch MünchKommBGB/Roth 5. Aufl. § 241 Rn. 60, 63*).

3. Ist der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr in der 98
Lage, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO näher bestimmte Leistung zu erbringen, kann es die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB gebieten, dass der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht erneut Gebrauch macht und die vom Arbeitnehmer zu erbringende Leistung innerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten

Rahmens anderweitig derart konkretisiert, dass dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung wieder möglich wird. Dementsprechend ist kündigungrechtlich der Arbeitgeber auch bei dauernder Unmöglichkeit, den Arbeitnehmer in seinen bisherigen Tätigkeitsbereich zu beschäftigen, erst dann zur Kündigung berechtigt, wenn das aus der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers resultierende Hindernis nicht nur einer Weiterbeschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz, sondern auch einer Beschäftigung an anderer Stelle entgegensteht (*BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 27, BAGE 134, 296*).

4. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Neubestimmung der Tätigkeit des Arbeitnehmers setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Umsetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz verlangt und dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, wie er sich seine weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorstellt. Dem Verlangen des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber regelmäßig entsprechen, wenn ihm die in der Zuweisung einer anderen Tätigkeit liegende Neubestimmung der zu bewirkenden Arbeitsleistung zumutbar und rechtlich möglich ist (*BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 28, BAGE 134, 296*). 99

5. Zumutbar ist dem Arbeitgeber die Zuweisung einer anderen Tätigkeit, wenn dem keine betrieblichen Gründe, zu denen auch wirtschaftliche Erwägungen zählen können, oder die Rücksichtnahmepflicht gegenüber anderen Arbeitnehmern entgegenstehen. Betriebliche Gründe werden in der Regel der Zuweisung einer anderweitigen Tätigkeit nicht entgegenstehen, wenn ein entsprechender Arbeitsplatz frei ist und der Arbeitgeber Bedarf für die Tätigkeit hat. Ist ein entsprechender Arbeitsplatz nicht frei, kann also die Zuweisung einer anderen Tätigkeit nur durch den Austausch mit anderen Arbeitnehmern erfolgen, ist weiter zu prüfen, ob einer Umsetzung neben betrieblichen Gründen die dem Arbeitgeber gegenüber allen Arbeitnehmern obliegende Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB entgegensteht (*BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 29, BAGE 134, 296*). 100

6. Letzteres ist anzunehmen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, der den anderweitigen Arbeitsplatz inne hat, nicht im Wege des Direktionsrechts eine andere Tätigkeit zuweisen kann oder die Neuausübung des Direktionsrechts diesem Arbeitnehmer gegenüber nicht billigem Ermessen entsprechen würde. Unzumutbar ist ein Austausch ferner dann, wenn der auszutauschende Arbeitnehmer einem Arbeitsplatzwechsel seine Zustimmung verweigert und der Arbeitgeber Gefahr liefe, bei Ausübung seines Direktionsrechts einem Prozess über die Wirksamkeit der Maßnahme ausgesetzt zu sein. Die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verlangt vom Arbeitgeber nicht, die Belange eines Arbeitnehmers unter Hintanstellung eigener Belange oder solcher anderer Arbeitnehmer durchzusetzen. Der Arbeitgeber braucht deshalb das Risiko, dass ein „zwangsweise“ ausgetauschter Arbeitnehmer die Wirksamkeit der (Neu-)Ausübung des Direktionsrechts gerichtlich überprüfen lässt, nicht einzugehen (*BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 31, BAGE 134, 296*). 101

7. Rechtlich möglich ist die Zuweisung einer anderen Tätigkeit, wenn ihr keine rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Insbesondere kann die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB den Arbeitgeber nicht verpflichten, sich betriebsverfassungswidrig zu verhalten. Stimmt der Betriebsrat den mit einem Austausch von Arbeitnehmern verbundenen Versetzungen (§ 95 Abs. 3 BetrVG) nicht gem. § 99 Abs. 1 BetrVG zu, ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, dem seine bisherige Tätigkeit nicht mehr verrichten könnenden Arbeitnehmer eine andere Tätigkeit zuzuweisen. Ebenso wenig verlangt die Rücksichtnahmepflicht vom Arbeitgeber, ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG durchzuführen (*zur krankheitsbedingten Kündigung im Ergebnis ebenso BAG*). 102

8. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, eine mit dem Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vereinbarte Verteilung der Arbeitszeit durchzuführen, kann dem Wunsch eines Arbeitnehmers auf eine bestimmte Verteilung der verringerten Arbeitszeit entgegenstehen. Einerseits gewährt § 241 Abs. 2 BGB unter bestimmten Voraussetzungen dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf die von ihm gewünschte Verteilung der Arbeitszeit. Andererseits unterliegen nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage - also die Lage der Arbeitszeit - der Mitbestimmung des Betriebsrats. Geht es um Teilzeitarbeit, hat der Betriebsrat deshalb sowohl hinsichtlich der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Tage, als auch im Rahmen der Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit hinsichtlich der Schichtlänge und darüber, ob sie nach Bedarf oder zu festen Zeiten abgerufen wird, mitzubestimmen. Voraussetzung ist, dass sich eine Regelungsfrage stellt, die das kollektive Interesse der Arbeitnehmer berührt und dass damit ein kollektiver Tatbestand vorliegt. Der Anspruch auf Veränderung der Arbeitszeit und die Betriebsverfassung müssen deshalb in Übereinstimmung gebracht werden. Dabei kann nicht davon ausgegangen werden, dass die betriebsverfassungsrechtliche Regelung ohne weiteres vorgeht. Eine entsprechende Einschränkung ist in § 8 TzBfG nicht enthalten. Umgekehrt verdrängt § 8 TzBfG auch nicht das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. § 8 TzBfG überlässt dem Arbeitgeber noch einen Regelungsspielraum. Es obliegt ihm, seine betrieblichen Aufgabenstellungen festzulegen und im Rahmen des rational Nachvollziehbaren die sich daraus ergebenden Konsequenzen hinsichtlich der Verteilung der Arbeitszeit zu ziehen. Das dem Arbeitgeber zustehende Bestimmungsrecht ermöglicht eine Mitbestimmung des Betriebsrats. § 8 TzBfG lässt sich auch kein Regelungswillen dahingehend entnehmen, dass die Mitbestimmungsrechte verdrängt werden sollten. Vielmehr sollten diese unberührt bleiben (*Ausschussbericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung BT-Drucks. 14/4625 S. 20*). Die Bestimmung schränkt daher die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG nicht ein (*BAG 18. Februar 2003 - 9 AZR 164/02 - BAGE 105, 107*).

9. Das Weisungsrecht ermöglicht es dem Arbeitgeber, eine im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers im Einzelnen näher zu bestimmen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist wesentlicher Inhalt eines jeden Arbeitsverhältnisses. Es findet seine Grundlagen und Grenzen im Gesetz, Tarifvertrag, Dienstvereinbarung, Betriebsvereinbarung und Einzelarbeitsvertrag. Es darf nur nach billigem Ermessen i.S. des § 315 Abs. 1, Abs. 3 BGB ausgeübt werden (*BAG 16. September 1998 - 5 AZR 183/97 -*). Dass bestehende Betriebsvereinbarungen auch den Anspruch aus § 81 Abs. 4 SGB IX ausschließen können, ergibt sich aus der Rechtsprechung der Zwölften Kammer des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen. Die Kammer führt in der Entscheidung aus, dass Betriebsvereinbarungen im konkreten Fall nicht entgegenstanden (*LAG Niedersachsen 6. Dezember 2010 - 12 Sa 860/10 -*).

10. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, der nach überwiegender Auffassung in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG grundrechtlich fundiert ist, eine Arbeitgeberpflicht verbunden ist, das Direktionsrecht fortlaufend auszuüben und es dabei neuen Entwicklungen so anzupassen, dass dem Arbeitnehmer die vertragsgemäße Leistungserbringung ermöglicht wird. Konsequenz dieser Einordnung wäre, dass die Pflichtverletzung sogar Ansprüche auf Ersatz immaterieller Schäden auslösen könnte, da als Grundlage des Beschäftigungsanspruchs das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers betrachtet

wird. Eine solche Sichtweise würde indes den Beschäftigungsanspruch überdehnen. Gerade wenn man seine hochrangige grundrechtliche Verortung anerkennt, spricht viel dafür, eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und damit des Beschäftigungsanspruchs nur dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohne legitimes, überwiegendes Interesse in seinem Wert- und Geltungsanspruch dadurch beeinträchtigt, dass er ihn schlicht nicht beschäftigt, ihm die Zuweisung einer vertragsgemäßen Arbeit verweigert (*Greiner RdA 2013, 9, 14*).

11. 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 iSv. § 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 (*BAG 30. April 2008 - 5 AZR 502/07 - Rn. 24, BAGE 126, 316*). Mit der Ausübung des Direktionsrechts wird die vertraglich geschuldete Tätigkeit näher bestimmt und ist ab diesem Zeitpunkt bis zur wirksamen - Neuausübung des Direktionsrechts die konkret geschuldete Leistung (*BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 16, BAGE 134, 296*). Aufzuklären ist auch, ob der Beklagten ein entsprechender Einsatz nach den Gegebenheiten des Betriebes möglich und zumutbar war. Bei dieser Feststellung ist auch auf ihre Belange angemessen Rücksicht zu nehmen (*BAG 3. Dezember 2002 - 9 AZR 462/01 - BAGE 104, 73; 4. Mai 1962 - 1 AZR 128/61 - BAGE 13, 109*).

12. Die Vertragspartner können im Ergebnis zur Verwirklichung des Leistungsinteresses zu leistungssichernden Maßnahmen verpflichtet sein. Dazu gehört auch die Pflicht, im Zusammenwirken mit dem Vertragspartner die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrags zu schaffen, Erfüllungshindernisse nicht entstehen zu lassen bzw. zu beseitigen und dem anderen Teil den angestrebten Leistungserfolg zukommen zu lassen. Im Rahmen dieser Mitwirkungspflicht kann es auch geboten sein, auf den Wunsch nach Vertragsanpassungen als Reaktion auf unerwartete Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse einzugehen, insbesondere wenn anderenfalls in Dauerschuldverhältnissen Unvermögen des Schuldners droht. Eine derartige Vertragsanpassungspflicht wird jedenfalls dann zu erwägen sein, wenn die Vertragsänderung die Interessen des Gläubigers nicht beeinträchtigt, andererseits aber dem Schuldner ohne Vertragsänderung erheblicher Schaden droht (*BAG 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - Rn. 31, BAGE 131, 325*). Aus der Rücksichtnahmepflicht des § 241 Abs. 2 BGB folgt allerdings selbst bei entsprechender Bereitschaft des feuerwehruntauglichen Arbeitnehmers keine Verpflichtung, einen neuen Arbeitsplatz zu schaffen, um diesen Arbeitnehmer beschäftigen zu können (*vgl. BAG 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - Rn. 37, BAGE 131, 325; 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 - BAGE 114, 299, 307 f. für den Beschäftigungsanspruch aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX*).

13. Aus der kündigungsschutzrechtlichen Sicht gelten folgende Grundsätze: Regelmäßig zumutbar ist dem Arbeitgeber die Zuweisung einer anderen Tätigkeit, wenn dem keine betrieblichen Gründe, zu denen sowohl wirtschaftliche als auch organisatorische

Gründe zählen können, entgegenstehen. Betriebliche Gründe stehen der Übertragung einer anderen Tätigkeit in der Regel nicht entgegen, wenn ein Arbeitsplatz frei ist und Bedarf an der fraglichen Tätigkeit besteht. Kann die Zuweisung einer anderen Tätigkeit nur durch einen Aufgabentausch mit anderen Arbeitnehmern erfolgen, kann einer solchen Maßnahme die dem Arbeitgeber gegenüber allen Arbeitnehmern obliegende Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB entgegenstehen. Allgemein gilt, dass die Verpflichtung zur Berücksichtigung einer konfliktvermeidenden Beschäftigungsalternative vom Arbeitgeber nicht verlangt, die Belange des Arbeitnehmers unter Hintanstellung eigener schutzwürdiger Interessen oder der anderer Arbeitnehmer durchzusetzen (vgl. auch BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 27 ff.). Bei der Frage, welche Anstrengungen dem Arbeitgeber im Hinblick auf eine Umsetzung zuzumuten sind, kann auch die Möglichkeit, den Konflikt vorherzusehen, Berücksichtigung finden. So wird der Arbeitgeber im Fall eines vorhersehbaren Konflikts nur naheliegende, ohne erhebliche Schwierigkeiten durchsetzbare Möglichkeiten einer Umsetzung ergreifen müssen (BAG 24. Februar 2011 - 2 AZR 636/09 - Rn. 48, BAGE 137, 164).

14. Nach einer umfassenden Abwägung der im vorliegenden Verfahren betroffenen Interessen besteht jedenfalls kein Anspruch der Klägerin auf das von ihr gewünschte gestufte Telearbeitsmodell zur Wiedereingliederung. Die Klägerin kann insbesondere keinen Anspruch aus § 81 Abs. 4 SGB IX ableiten. Denn sie ist weder schwerbehindert noch gleichgestellt. Das gewünschte Telearbeitsmodell geht zudem über die Vorgaben der DV hinaus und ist auch aus sonstigen Erwägungen nicht die einzig mögliche Ausübung des Direktionsrechts durch die Beklagte für eine leidensgerechte Beschäftigung der Klägerin. Überdies ergeben sich Grenzen für das Direktionsrecht der Beklagten aus rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen: Auch wenn die Kammer einen entsprechend freien Arbeitsplatz unterstellt, besteht ein Anspruch der Klägerin mangels Zumutbarkeit des Telearbeitsmodells für die Beklagte nicht. Für diese Annahme sprechen auch die Wertungen des § 81 Abs. 4 SGB IX. Auch hier sind die Grenzen der Zumutbarkeit zu beachten. 109

a) Bereits auf der Grundlage der DV ist die Beklagten nicht verpflichtet, der Klägerin das gewünschte Telearbeitsmodell zuzuweisen. 110

aa) Gegen einen Anspruch der Klägerin aus der DV spricht, dass § 1 Abs. 2 iVm. § 2 Abs. 3 DV eine Mindestanwesenheit von 12 Stunden in der Woche vorsieht (60 vH einer halben Stelle). Diesen Stundenumfang erreicht das Begehren der Klägerin in den ersten acht Monaten nicht. So will sie auch im siebten und achten Monat nur an einem - zu vereinbarenden - Tag in der Woche mit acht Stunden zur Arbeit in Bonn erscheinen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass bei einer wöchentlichen Arbeitszeit in der Anfangszeit nur an einem Tag und dies auch nur mit vier Stunden in der Woche nicht mehr davon auszugehen ist, dass - wie § 1 Abs. 2 DV dies fordert - die tatsächliche Anwesenheit in der Dienststelle dem vereinbarten Verhältnis von Diensterbringung in der Dienststelle und dem häuslichen Arbeitsplatz ansatzweise entspricht. Allerdings ermöglicht § 1 Abs. 2 DV aufgrund besonderer Gründe abweichende Regelungen hinsichtlich der Verteilung der Arbeitszeit in der Dienststelle und dem häuslichen Arbeitsplatz. Die Regelung unterstreicht allerdings nur den weiten Regelungsspielraum der Arbeitsvertragsparteien und das weite Direktionsrecht. Einen Anspruch begründet sie insoweit nicht. 111

bb) Die Kammer geht davon aus, dass der von der Klägerin geltend gemachte Stundenumfang nicht mehr vom Sinn und Zweck der DV gedeckt ist, insbesondere was die stufenweise Eingliederungszeit angeht. Die DV geht von einem festen Verhältnis von Telearbeits- und Anwesenheitszeit aus. Sie dient der Telearbeit, nicht aber einer stufenweise 112

Wiedereingliederung, wie sie der Klägerin vorschwebt. Das folgt schon daraus, dass die DV allein der gerechten Verteilung der Ressource Telearbeit, nicht aber dem Gesundheitsschutz dient. Der Klägerin geht es aber erkennbar in erster Linie um ihre Wiedereingliederung mithilfe von Telearbeit und nicht um die Telearbeit als solche. Soweit die Klägerin auf die Vorzugsregelung in § 2 Abs. 4 DV abstellt, ist sie darauf hinzuweisen, dass die Regelung auch nur der gerechten Verteilung und nicht dem Gesundheitsschutz dient. Außerdem ist diese Regelung ausdrücklich nicht für § 1 Abs. 2 DV in Bezug genommen.

cc) Gegen einen entsprechenden Anspruch spricht auch, dass die DV nur ein festes Stundenmodell ermöglicht. Die Klägerin will hingegen im ersten Jahr eine erhebliche Varianz zwischen Anwesenheit und Telearbeit, was die DV nicht kennt. Die fehlende Zulässigkeit solcher Modelle folgt bereits daraus, dass nur jedes Jahr ein neuer Antrag gestellt werden kann, § 3 Abs. 1 DV, und variierende Telearbeit die Beklagte unzumutbar überfordert. 113

dd) Mit der Beklagten ist weiterhin gegen das Telearbeitsmodell der Klägerin einzuwenden, dass es keine Möglichkeit des Einsatzes bei dringenden Anlässen vor Ort bietet. Dagegen spricht zwar noch nicht der Wohnort B, jedoch die hohe Abwesenheit nach ihrem Telearbeitsmodell und ihre gesundheitlichen Einschränkungen für die gesamte Wiedereingliederung. Nach den ärztlichen Empfehlungen, die die Klägerin vorgelegt hat, ist nicht ersichtlich, wie sich ein dringender Anlass ohne erneute Erkrankung abbilden lässt. 114

ee) Gegen den konkreten Anspruch auf Telearbeit aus der DV spricht auch, dass die Klägerin das Referat wechselt, die Telearbeitskommission das gewünschte Telearbeitsmodell abgelehnt hat und auch der Vorgesetzte eine negative Stellungnahme abgegeben hat. Diese Punkte allein würden den Anspruch zwar nicht vereiteln, aber in der Gesamtschau mit den bereits genannten Aspekten scheidet insoweit ein Anspruch auf die von der Klägerin geltend gemachte Zuweisung eines zeitlich gestuften Telearbeitsplatzes zur Wiedereingliederung aus. Gegen die Zumutbarkeit spricht ebenfalls, dass in den Anfangsmonaten der einzelne Arbeitstag in der jeweiligen Woche auch durch sonstige Umstände wegfallen kann, etwa erneute Krankheit oder Urlaub. 115

b) Gegen einen entsprechenden Anspruch der Klägerin spricht auch, dass sie lange Zeit im Berufungsverfahren die Anwesenheit auf der Dienststelle davon abhängig gemacht hat, dass die Anreise nachvollziehbar sinnvoll sei. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ausübungskontrolle ist der Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat (*BAG 26. September 2012 - 10 AZR 416/11 - Rn. 39; 14. Juli 2010 - 10 AZR 182/09 - Rn. 89, BAGE 135, 128; LAG Köln 8. September 2015 - 12 Sa 681/15 -; MüKo-BGB/Würdinger 6. Aufl. § 315 Rn. 52 mwN; aA Staudinger/Rieble 2015 § 315 BGB Rn. 385*). Solange die Klägerin diesen Zusatz für die Zuweisung des Telearbeitsplatzes geltend machte, war es der Beklagten besonders unzumutbar, sie in dem gewünschten Telearbeitsmodell zu beschäftigen. Es widerspricht dem Grundgedanken des Austauschverhältnisses eines Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nachvollziehbar darlegen muss, dass er auf der Dienststelle erscheinen muss - insbesondere wenn es um vier oder sechs Stunden in der Woche geht. 116

c) Ein wesentlicher Aspekt, der ebenfalls gegen eine Reduktion des Ermessens auf Null oder einen entsprechenden Vertragsanpassungsanspruch spricht, ist, dass sich die Klägerin in ihrem Bemühen um Wiedereingliederung nicht vorrangig um eine Wiedereingliederung nach § 74 SGB V bemüht hat. Diesem Umstand kann sie auch nicht entgegenhalten, für den Fall der Zuweisung eines Telearbeitsplatzes mit der von ihr gewünschten Abwesenheitszeit sei sie voll leistungsfähig. 117

aa) Ein Wiedereingliederungsverhältnis ist nicht als Teil des Arbeitsverhältnisses zu werten, sondern stellt neben diesem ein Vertragsverhältnis eigener Art (*sui generis*) dar (*st. Rspr. BAG 29. Januar 1992 - 5 AZR 37/91 - zu II 3 der Gründe, BAGE 69, 272; 28. Juli 1999 - 4 AZR 192/98 - BAGE 92, 140*). Anders als das Arbeitsverhältnis ist das Wiedereingliederungsverhältnis nicht durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung gekennzeichnet, sondern durch den Rehabilitationszweck. Die Tätigkeit des Arbeitnehmers ist auf die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit und nicht auf die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung gerichtet. Zur Begründung des Wiedereingliederungsverhältnisses bedarf es einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Es gilt für beide Seiten das Prinzip der Freiwilligkeit (*BAG 13. Juni 2006 - 9 AZR 229/05 - Rn. 23, 33, BAGE 118, 252*). Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind, weil die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers andauert, während des Wiedereingliederungsverhältnisses weiterhin von den Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses gemäß § 275 Abs. 1, § 326 Abs. 1 BGB befreit. Der Arbeitnehmer erbringt nicht die geschuldete Arbeitsleistung. Es besteht deshalb kein Anspruch auf die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung, es sei denn, der Arbeitgeber hat sich bei Abschluss der Wiedereingliederungsvereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend zu einer Zahlung verpflichtet. Auch ein gesetzlicher Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung einer angemessenen Vergütung nach § 612 Abs. 1 BGB besteht nicht (*BAG 28. Juli 1999 - 4 AZR 192/98 - zu 1 a bb der Gründe; 24. September 2014 - 5 AZR 611/12 - Rn. 32, BAGE 149, 144*).

bb) Für die Anwendung der Wertungen des § 74 SGB V - die hier insbesondere auch 119 die Anwendung der DV ausschließen - spricht insbesondere, dass die Klägerin selbst wiederholt von Wiedereingliederung spricht und dass die Klägerin einen ärztlichen Wiedereingliederungsplan vorlegt, der eine stufenweise Wiedereingliederung vorschlägt. Dieser entspricht überdies den typischen Anforderungen einer Wiedereingliederung, als er einen wachsenden Beschäftigungsumfang für die Zeit der Wiedereingliederung auf der Dienststelle und eine abnehmende Abwesenheit für die Genesung vorsieht. Auch ihr Klageantrag bildet dieses Stufenmodell ab. Für die vorrangige Anwendung der Wertung des § 74 SGB V spricht nicht zuletzt, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Antragstellung und im weiteren arbeitsunfähig erkrankt war und ist. Dies ist die klassische und typische Voraussetzung für die Anwendung des Instituts der Wiedereingliederung. Kerngedanke der Wiedereingliederung nach § 74 SGB V ist, dass der Beschäftigte - fortwährend im Krankengeldbezug - versucht, den Anforderungen an seinen Arbeitsplatz wieder gerecht zu werden.

cc) Aus § 74 SGB V folgt überdies eine Ausgestaltung der Zumutbarkeit für die 120 Beklagte bei der Anwendung des § 106 GewO.

(1) Dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer ist es zunächst zumutbar, eine 121 Wiedereingliederung ohne Vergütungspflicht durchzuführen, um dann eine ausreichende Gewissheit für eine - auch veränderte - Beschäftigung eines Arbeitnehmers unter Beachtung seiner Leiden zu erhalten. Insbesondere nach längeren Arbeitsunfähigkeitszeiten und im Zeitpunkt der Antragstellung fortbestehender Arbeitsunfähigkeit für die bisher vertraglich geschuldete Tätigkeit ist es dem Arbeitgeber nicht zumutbar, erheblichen Veränderungen der arbeitsvertraglichen Pflichten zuzustimmen, ohne diese vorher im Rahmen einer (*unbezahlten*) Wiedereingliederung versucht zu haben. Die DV hebt diesen Zweck nicht auf. Ihr Zweck - Verteilungsgerechtigkeit - unterstreicht vielmehr das Gegenteil.

(2) Aus § 74 SGB V folgt eine weitere gesetzgeberische Wertung: Das Wiedereingliederungsmodell muss einvernehmlich getroffen werden. Ohne den Willen und die Beteiligung eines der Vertragspartner kommt es nicht zu Stande. Aus dem Angebot einer Wiedereingliederung lässt sich nicht ableiten, dass eine vollständig vergütete leistungsgerechte Beschäftigung für die Beklagte zumutbar wäre. Insoweit sind die Besonderheiten des § 74 SGB V in den Blick zu nehmen, der sowohl ein einvernehmliches Modell fordert, aber gleichzeitig keinen Vergütungsanspruch begründet. Das Wiedereingliederungsverhältnis ist nicht auf die für Arbeitsverhältnisse typische Leistungsbeziehung „Arbeit gegen Lohn“ gerichtet; der Arbeitnehmer unterliegt nicht seiner ursprünglichen Arbeitspflicht. Er kann die Arbeit abbrechen, wenn nachteilige gesundheitliche Folgen zu erkennen oder zu befürchten sind. Andererseits macht eine Wiederaufnahme der Tätigkeit zur Wiedereingliederung nur Sinn, wenn der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit im Hinblick auf eine im Betrieb mögliche Beschäftigung tatsächlich erprobt. Hat der langfristig arbeitsunfähige schwerbehinderte Arbeitnehmer trotz seiner die Arbeitsunfähigkeit verursachenden Krankheiten und Behinderungen noch eine sinnvoll in betrieblicher Organisation einsetzbare Fähigkeit, so hat der Arbeitgeber nach § 81 Abs. 4 Satz 1 SGB IX ihm zu ermöglichen, im Rahmen der stufenweisen Wiedereingliederung berufsnahe Tätigkeiten zu verrichten. Die Rechte des Schwerbehinderten gehen damit über die Rechte nicht behinderter Arbeitnehmer bei der stufenweisen Wiedereingliederung hinaus. Diese haben weder einen Beschäftigungsanspruch nach § 81 Abs. 4 Satz 1 SGB IX noch ist der Arbeitgeber verpflichtet, generell deren Teilhabe am Arbeitsleben zu fördern (*BAG 28. Juli 1999 - 4 AZR 192/98 - BAGE 92, 140; 13. Juni 2006 - 9 AZR 229/05 - BAGE 118, 252*).

(3) Aus der Wertung des § 74 SGB V folgt ein weiterer Rückschluss. Der Arbeitgeber muss sich während der Wiedereingliederung nicht mit der Frage beschäftigen, ob der Arbeitnehmer wieder voll leistungsfähig ist. Dieses Risiko wird ihm zu Gunsten seiner Bereitschaft zur stufenweisen Wiedereingliederung abgenommen. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber keiner Vergütungspflicht ausgesetzt ist, solange der Arbeitnehmer eine Wiedereingliederung verlangt. Das ergibt sich auch aus den Grundsätzen des Äquivalenzverhältnisses. Dass die Krankenkasse hier einer Wiedereingliederung zunächst nicht zugestimmt hat, steht dieser Wertung nicht entgegen. In Anbetracht der ärztlichen Stellungnahmen konnten Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen des § 74 SGB V gehegt werden. Allerdings hat es die Klägerin unterlassen, mit - auch anwaltlichem - Nachdruck eine Wiedereingliederung mit der Beklagten durchzusetzen. Die Beklagte jedenfalls hat ihre ständige Bereitschaft hierzu signalisiert. Die Klägerin ist insoweit ihren Mitwirkungspflichten nicht ausreichend nachgekommen. 123

d) Für eine Unzumutbarkeit des geltend gemachten Telearbeitsmodells für die Beklagte spricht auch die erhebliche Unsicherheit über die Leistungsfähigkeit der Klägerin. Selbst eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Genesung der Klägerin unter veränderten Arbeitsbedingungen ist nach Auffassung der Kammer nicht ausreichend, um einen derart intensiven Eingriff in die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen vorzunehmen. Das gilt insbesondere in Anbetracht des gestuften Modells, das der Klägerin für die ersten zwölf Monate vorschwebt. Auch in den letzten Monaten der Wiedereingliederung will die Klägerin nur an vereinbarten Arbeitsterminen erscheinen. Ein Bestimmungsrecht der Beklagten sieht die Klägerin in ihren Anträgen nicht vor. Dies könnte zur Folge haben, dass mangels Vereinbarung eine Präsenz von der Klägerin abgelehnt wird. Der von der Klägerin vorgelegte Plan zur stufenweisen Wiedereingliederung in das Erwerbsleben lässt nicht hinreichend erkennen, ab wann die Klägerin wieder voll arbeitsfähig sein wird. So hat die zuständige Fachärztin für Psychiatrie einerseits ab Beginn der Telearbeit eine Arbeitsfähigkeit angenommen, gleichzeitig aber auch angegeben, dass die Wiederherstellung der 124

Arbeitsfähigkeit zurzeit nicht absehbar sei.

e) Aus der von der Klägerin geltend gemachten Benachteiligung wegen der von ihr behaupteten Behinderung folgt ebenfalls kein Anspruch auf Vertragsänderung. § 15 Abs. 6 AGG ist in dieser Hinsicht eindeutig: Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund. Die Klägerin könnte allein Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung haben. 125

f) Auch die Wertung des § 8 TzBfG ist für die Zumutbarkeit in den Blick zu nehmen. Der Verringerungsanspruch sieht nur die Möglichkeit einer einheitlich verringerten Arbeitszeit vor. Es besteht für den Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit, eine mehrfach gestufte verringerte Arbeitszeit für einen bestimmten Zeitraum durchzusetzen. Ein weiterer Aspekt ist zu berücksichtigen: Mit Einführung des § 106 GewO sollte der „weisungsfreie Eigenbereich“ des Arbeitnehmers nicht verengt oder abgeschafft werden. Richtig ist allerdings, dass die im Referentenentwurf enthaltene Bestimmung „Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber insbes. auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen und die Möglichkeit zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer ein Bereich eigener Verantwortung übertragen werden kann, und darauf zu achten, daß der Arbeitnehmer entsprechend seinen Fähigkeiten eingesetzt wird.“ nicht Gesetz wurde. Der Gesetzgeber hat mit der Nichtaufnahme dieser Regelung hingegen lediglich verhindern wollen, dass ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Ermessensausübung in dieser Richtung aus der Norm hergeleitet wird (*BeckOK ArbR/Tillmanns Stand März 2016 § 106 GewO Rn. 12.1*). Allerdings macht diese Klarstellung deutlich, dass der Arbeitnehmer nicht den Bedarf definieren kann, ab dem er zur Arbeit erscheint oder zu Hause bleibt. Der Arbeitgeber determiniert durch sein Leistungsbestimmungsrecht, wann, wie und wo die Arbeit geleistet wird. 126

g) Auch nach § 81 Abs. 4 SGB IX - seine Anwendbarkeit unterstellt - besteht kein Anspruch der Klägerin. Besonderheiten bestehen für einen Telearbeitsplatz als „leidensgerechte Beschäftigung“ schwerbehinderter Arbeitnehmer nur dann, wenn der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf einen Telearbeitsplatz damit begründet, dass diese Form der Beschäftigung erforderlich ist, um behinderungsbedingte Einschränkungen zu vermindern oder auszugleichen. Nur wenn das Ermessen des Arbeitgebers hier auf Null reduziert ist, die Zuweisung eines Telearbeitsplatzes mithin die einzige ermessensgerechte Option wäre, kommt überhaupt ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Zuweisung eines Telearbeitsplatzes in Betracht. Dabei ist noch nicht einmal das Stufenmodell einbezogen, das für § 81 Abs. 4 SGB IX nicht Voraussetzung ist. Solange zudem berechnete betriebliche Belange gegen die Telearbeit sprechen, ist der Arbeitgeber in aller Regel nicht verpflichtet, Telearbeit zu ermöglichen. An welchem konkreten Ort die Arbeitsleistung von dem schwerbehinderten Mitarbeiter zu erbringen ist, findet zwar in dem Katalog des § 81 Abs. 4 S. 1 nicht ausdrücklich Erwähnung, doch lässt sich auch diese Frage unter den Oberbegriff der „Beschäftigung“ i.S.v. § 81 Abs. 4 Satz 1 Ziff. 1 SGB IX subsumieren. Sofern daher eine leidensgerechte Beschäftigung nur am heimischen Telearbeitsplatz möglich ist, was ggf. durch entsprechende ärztliche Atteste zu belegen ist, hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer einen hierauf gerichteten Anspruch, selbst wenn dies eine Abänderung des ursprünglich geschlossenen Arbeitsvertrages hinsichtlich des Ortes der Erbringung der Arbeitsleistung erforderlich macht (*Oberthür MDR 2015, 1269, 1270*). 127

h) Aus § 81 Abs. 4 SGB IX resultiert zwar die Verpflichtung, den schwerbehinderten Beschäftigten so zu fördern, dass er seine eingeschränkte Arbeitskraft durch entsprechende 128

Tätigkeit noch einsetzen kann (vgl. § 106 S. 3 GewO). Dazu gehört es aber bei einer Erkrankung vorrangig, dass ihm die stufenweise Wiedereingliederung ermöglicht wird (§ 74 SGB V), wenn der schwerbehinderte AN ein ärztliches Zeugnis über die Arbeitsunfähigkeit, einen Wiedereingliederungsplan und die aus ärztlicher Sicht zulässige Arbeit sowie eine ärztl. Prognose darüber vorlegt, ob und ab wann mit einer Wiederherstellung der vollen oder teilweise Arbeitsfähigkeit zu rechnen ist (vgl. BAG 13. Juni 2006 - 9 AZR 229/05 - BAGE 118, 252; ErfK/Rolfs 16. Aufl. § 81 SGB IX Rn. 9). Auch aus dieser Rechtsprechung ist abzuleiten, dass es der Beklagten unzumutbar ist, die Klägerin ohne entsprechende Wiedereingliederung nach § 74 SGB V sofort durch ein erheblich gestuftes Telearbeitsmodell mit sehr geringem Stundenumfang vor Ort mit voller Vergütungspflicht zu beschäftigen. Vorrangig hätte sich die Klägerin auf ein Wiedereingliederungsmodell einlassen müssen, um der Beklagten zu zeigen, dass ein festes Telearbeitsmodell später funktionieren kann.

i) Grundsätzlich ist der Klägerin darin zuzustimmen, dass bei der Zumutbarkeit des Einsatzes auch eine etwaige betriebliche Veranlassung des Arbeitgebers zu berücksichtigen ist. Je mehr er die Leistungsbeeinträchtigung verursacht hat, umso mehr ist ihm ein Entgegenkommen auf die Bedürfnisse des Arbeitnehmers zumutbar. Hier ist allerdings der Vortrag der Klägerin nicht ganz klar. So legt sie dar, dass ihre Erkrankung im Wesentlichen mit dem Fehlen einer adäquaten Stelle im Herbst 2009 und den hieraus wieder auflebenden Erfahrungen der Vergangenheit am Arbeitsplatz zusammenhängt. Allerdings hat die Klägerin an dem Fehlen einer Arbeitsstelle auch erheblichen Anteil, da sie im Juli 2009 noch mitteilte, dass aus gravierendem Grund die hohe Wahrscheinlichkeit bestehe, dass sie auch diesen Termin ein weiteres Mal verlängern müsse, also nach dem 30. September 2009 nicht wieder anfangen werde zu arbeiten. Aus dem kurzen zeitlichen Vorlauf der Verlängerung und der entsprechenden Mitteilung der Klägerin ist nicht ersichtlich, welchen Anteil das Verhalten der Beklagten an der Erkrankung der Klägerin tatsächlich hat. Auch wenn die Kammer ein der Beklagten zurechenbares Verhalten unterstellen würde, das die Erkrankung der Klägerin ausgelöst hat, ist es ihr jedoch nicht zumutbar das von der Klägerin geltend gemachte Telearbeitsmodell umzusetzen. 129

j) Schließlich sind auch die besondere Qualifikation der Klägerin, die lange Abwesenheit, die besonderen Anforderungen an den Arbeitsplatz und die Vorgaben für einen reibungslosen Dienstverlauf in einer Behörde in die Abwägung einzubeziehen, so dass der entsprechende Anspruch der Klägerin nach umfassender Abwägung aller Umstände entfallen muss. 130

III. Die Hilfsanträge zu 1.2 bis 1.4 sind zulässig, aber ebenfalls unbegründet. 131

Auch die dort geltend gemachte Beschäftigung ist für die Beklagte nicht zumutbar. Obwohl die Klägerin sich bei den Stunden auf einen geringeren Telearbeitsumfang einlässt, ist auch dieses Arbeitszeitmodell der Beklagten nicht zumutbar. Hierfür sprechen bereits die obigen Ausführungen zum Zweck der DV und dem Vorrang des § 74 SGB V. Außerdem ist zu beachten, dass auch bei diesen Telearbeitsmodellen die Klägerin in den ersten vier Monaten weit hinter der Mindestanwesenheitszeit zurückbleibt. Hinzu kommt, dass sich die geltend gemachten Arbeitszeitmodelle nicht aus dem schlüssigen Vortrag der Klägerin zu ihrer Leistungsfähigkeit ergeben. Selbst wenn man unterstellen würde, dass sich die Klägerin die Ergebnisse des Sachverständigengutachtens hilfsweise zu Eigen machen würde, ist schon nicht ersichtlich, warum die sich doch erheblich unterscheidenden Modelle einer Genesung der Klägerin dienen können. 132

IV. Der Antrag zu 2. ist ebenfalls unbegründet. Da die Beklagte die Klägerin nicht ihren Anträgen entsprechend beschäftigen oder einer entsprechenden Vertragsänderung 133

zustimmen musste, fehlt es schon an jeglicher Vertragspflichtverletzung, die Voraussetzung für einen Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB wäre.

1. Ein Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Vertragsänderung ist nach teilweise vertretener Auffassung zudem ganz abzulehnen. Das folgt für §§ 280 Abs. 1, 2 mit 286 BGB schon daraus, dass Schadensersatz (nur) für die Verzögerung der vertraglich geschuldeten Leistung zu zahlen ist. Ähnlich tritt bei §§ 280 Abs. 1, 3 mit 281 BGB der Schadensersatz an die Stelle („statt“) der geschuldeten Primärleistung. Zum Ziel scheint allenfalls der Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu führen: Die Ersatzpflicht des Arbeitgebers wäre dann nicht lediglich Folge der verzögerten Neuausübung des Direktionsrechts, sondern einer echten „Fürsorge“ für den Arbeitnehmer, der die geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann. Aus Rücksicht auf eine Erkrankung und auf private Überzeugungen des Arbeitnehmers würde der Arbeitgeber über § 241 Abs. 2 BGB zur Änderung der Hauptleistungspflicht und damit letztlich zum Neuabschluss des Arbeitsvertrags verpflichtet. Eine Pflicht zur Änderung der Hauptleistungspflicht passt aber nicht zum Charakter der Schutzpflichten: § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet den Arbeitgeber „negativ“ dazu, Rechte des Arbeitnehmers nicht zu verletzen (Eingriffsverbot zum Schutz des Integritätsinteresses), nicht aber positiv dazu, für den Arbeitnehmer zu sorgen. Die vorgelagerte Pflicht des Arbeitgebers, auf Leistungshindernisse Rücksicht zu nehmen, setzt der Arbeitnehmer über seine berechnete Leistungsverweigerung selbst durch (*Kaiser RdA 2015, 76, 82*).

134

2. Beruft sich der schwerbehinderte Arbeitnehmer für seine Schadensersatzansprüche auf eine schuldhaft Verletzung seines schwerbehindertenrechtlichen Beschäftigungsanspruchs nach § 81 Abs. 4 SGB IX, hat er nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich die primäre Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen. Dabei genügt es in der Regel nicht, dass er pauschal behauptet, der Arbeitgeber könne durch Umorganisation (§ 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 SGB IX) und Einsatz technischer Mittel (§ 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 SGB IX) die Voraussetzungen für seine Beschäftigung schaffen. Hat der Arbeitgeber allerdings seine Pflichten nach § 84 Abs. 1 SGB IX verletzt, kommt es zu einer Verlagerung der Darlegungslast. Der Arbeitgeber hat dann an Stelle des Arbeitnehmers die sekundäre Darlegungslast dafür zu tragen, dass auch nach sachkundiger Prüfung der Möglichkeiten zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen und zur Verfügungstellung technischer Hilfen eine zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit nicht besteht. Die frühzeitige Erörterung mit dem Integrationsamt als fachkundiger Stelle dient der Kenntniserlangung der für eine behinderungsgerechte Beschäftigung möglichen Maßnahmen. Diese Kenntniserlangung verhindert der Arbeitgeber mit seiner Pflichtverletzung (*BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 - BAGE 116, 121*).

135

3. Die von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte Rechtspflicht zur Beschäftigung (*BAG 22. Juli 2014 - 9 AZR 1066/12 - Rn. 16 mwN, BAGE 148, 349*) bedeutet, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vertragsgemäß beschäftigen muss, wenn dieser es verlangt. Rechtsgrundlage hierfür sind §§ 611, 613 BGB iVm. § 242 BGB, wobei die Generalklausel des § 242 BGB dabei ausgefüllt wird durch die Wertentscheidung der Art. 1 und Art. 2 GG (*BAG Großer Senat 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C I 2 der Gründe, BAGE 48, 122*). Der Arbeitnehmer soll - als Ausdruck und in Achtung seiner Persönlichkeit und seines Entfaltungsrechts - tatsächlich arbeiten dürfen. Diese tragend auf den Persönlichkeitsschutz abstellende Ableitung des Anspruchs auf Beschäftigung schließt einen Schaden in Form entgangenen Verdienstes aus. Schutzzweck des Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers - und damit korrespondierend der

136

Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers - ist ausschließlich das jedenfalls über die Generalklausel des § 242 BGB zu achtende Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und dessen Interesse an tatsächlicher Beschäftigung. Für die finanzielle Absicherung bei Nichtbeschäftigung sorgt dagegen § 615 Satz 1 BGB, der dem Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB den Entgeltanspruch trotz Nichtarbeit aufrechterhält (vgl. BAG 24. Juni 2015 - 5 AZR 462/14, 5 AZR 225/14 - Rn. 34, 35).

4. Unabhängig von diesen Vorfragen, die bereits erhebliche Zweifel am Anspruch der Klägerin begründen, besteht deswegen keine Schadensersatzpflicht der Beklagten, da die Klägerin keinen Anspruch auf leidensgerechte Beschäftigung mit dem von ihr geltend gemachten Antrag hat. Die Beklagte hat folglich auch nicht gegen eine bestimmte vertragliche Pflicht verstoßen, die einen Schadensersatzanspruch auslösen könnte. 137

V. Der Antrag zu 3. ist trotz unveränderten Zahlungsbetrags als Klageänderung zulässig in den Prozess eingeführt worden. Er ist allerdings unbegründet. 138

1. Da die Klägerin mit diesem Antrag in der ersten Instanz geltend gemacht hat, sie sei vor dem Aussetzen des Arbeitsverhältnisses gemobbt worden, und in der Berufungsschrift den Anspruch nunmehr auf die unterbliebene Beschäftigung stützt, handelt es sich hierbei um eine Klageänderung. Da sich dieser Antrag aber auf dieselben Tatsachen stützt wie die Beschäftigungsanträge, ist er nach § 533 Nr. 2 ZPO zuzulassen. 139

2. Der Antrag ist jedoch unbegründet. Der Verstoß gegen einen bestimmten Beschäftigungsanspruch begründet schon nur schwer Schadensersatzansprüche, aber keinen Schmerzensgeldanspruch. Auch wenn der Beschäftigungsanspruch aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers abgeleitet wird, führt der Verstoß hiergegen noch nicht zu einer schmerzensgeldpflichtigen Persönlichkeitsrechtsverletzung. Allenfalls kommt ein solcher Anspruch bei einer besonderen Schwere der Verletzung des Rechtsguts in Betracht. Eine besondere Schwere der Verletzung, welche Voraussetzung für einen Anspruch auf eine Geldentschädigung ist, liegt nur ausnahmsweise unter engen Voraussetzungen vor, zB dann, wenn der Arbeitgeber den Beschäftigungsanspruch ohne vertretbare Gründe und vorsätzlich verletzt (vgl. LAG Hamburg 13. September 2007 - 8 Sa 35/07 -). In Anbetracht des nach Auffassung der Kammer fehlenden Beschäftigungsanspruchs bestehen keine Anhaltspunkte für die vorgenannten Voraussetzungen. 140

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, die es eingelegt hat. 141

D. Die Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision folgt aus § 72 Abs. 2 ArbGG. Eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage mit grundsätzlicher Bedeutung ist nach Auffassung der Kammer nicht ersichtlich. 142

E. Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird hingewiesen, § 72a Abs. 1 ArbGG. 143

BELEHRUNG 144

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. 145
