

## Tätigkeitswechsel aufgrund ärztlichen Attestes

Wenn der Arbeitnehmer ein ärztliches Attest auf den Tisch legt, wonach er seine bisherige Tätigkeit nicht mehr ausführen kann oder sollte, knüpfen sich daran komplexe Überlegungen und Handlungsmöglichkeiten.

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber den Mitarbeiter ja für eine bestimmte Aufgabe eingestellt und steht nun vor der Situation, für seine Vergütungszahlung möglicherweise nicht mehr die entsprechende Gegenleistung zu bekommen.

Aus rechtlicher Sicht kommt daher eine personenbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht, wobei die gesundheitlichen Hinderungsgründe als Kündigungsgründe in der Person des Arbeitnehmers anzusehen sind.

Es käme aber auch eine Abänderung des Arbeitsbedingungen in Betracht, um dem Mitarbeiter eine andere Tätigkeit zuzuweisen, so denn eine solche zur Verfügung steht.

Und schließlich kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Wahl zwischen dem alten und dem neuen Tätigkeitsbereich überlassen.

1. Ein erster Schritt wird ein genaues Lesen des Attestes sein. Hier ist zu unterscheiden zwischen zwei Extremen: einer Empfehlung des Arztes, wonach der Mitarbeiter eine andere Tätigkeit zugewiesen bekommen sollte, ggf. mit Hinweis auf eine ansonsten später drohende Gesundheitsschädigung, und andererseits einer eindeutigen Bescheinigung, dass der betreffende Mitarbeiter die ihm bisher zugewiesene Tätigkeit nicht ausüben kann. Dazwischen wird das Attest anzusiedeln sein. Die bloße Empfehlung auf der einen Seite bescheinigt keine subjektive Unmöglichkeit der Leistungserfüllung durch den Mitarbeiter und ohne diese subjektive Unmöglichkeit wird es in Hinblick auf den personenbedingten Kündigungsgrund problematisch.

2. Sinnvollerweise ist daher im nächsten Schritt im Gespräch mit dem Mitarbeiter zu ermitteln, welche Erwartungen er mit der Vorlage dieses Attestes verbindet. Durch schlüssiges Verhalten hat er zwar schon signalisiert, dass er eine Änderung herbeiführen will. Gleichwohl ist nur so zu ermitteln, welche Handlungsoptionen im Einvernehmen bestehen.

Will der Mitarbeiter eine anderweitige Beschäftigung nicht wirklich, sondern auf diese Weise das Arbeitsverhältnis ohne Sperrfrist beim Bezug des Arbeitslosengeldes beenden, wird man darauf eingehen können - gegebenenfalls nach Einholung eines deutlicheren Attestes. Das wird aber die Ausnahme sein.

Regelmäßig wird es dem Mitarbeiter heutzutage darum gehen, sein Arbeitsverhältnis zu erhalten. Vielleicht hat er sich bereits Vorstellungen gemacht, welche Tätigkeit für ihn in Frage kommen könnte.

**UWE JAHN**  
RECHTSANWALT

ARBEITSRECHT  
Fachanwalt

WIRTSCHAFTSRECHT  
Tätigkeitsschwerpunkt

MEDIZINRECHT  
Tätigkeitsschwerpunkt

Neumühler Straße 22  
19057 Schwerin

Tel 0385 616106  
Tel/Fax 0385 612680

e-mail:  
ra-jahn@mvnet.de  
www.ra-uwe-jahn.de

3. Sodann ist die Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung zu prüfen.

a. Dazu müssen die rein technisch gegebenen Beschäftigungsmöglichkeiten ermittelt werde. Hier sollte jede Möglichkeit zunächst registriert werden.

b. Gleichzeitig sind die rechtlichen Rahmenbedingungen abzuklären:

aa. In verschiedenen Fällen besteht eine gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers zur Änderung der Arbeitsbedingungen.

- So ist der Arbeitgeber eines Nachtarbeiters verpflichtet, diesen auf einen freien Tagesarbeitsplatz zu versetzen, wenn er ein arbeitsmedizinisches Attest vorlegt, wonach bei unveränderter Lage der Arbeitszeit die Gesundheit des Arbeitnehmers gefährdet wäre, § 6 Abs. 4 lit.a ArbZG. Stehen dieser Versetzung betriebliche Gründe entgegen, so ist der Betriebs- bzw. Personalrat anzuhören. Das Attest muß so ausführlich sein, dass durch den Arbeitgeber die Berechtigung nachgeprüft werden kann. Und es muß von einem Arbeitsmediziner stammen. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, einen Tagesarbeitsplatz frei zu kündigen oder einen anderen Mitarbeiter in die Nachtschicht zu versetzen, besteht nicht.

- Weiter kann ein schwerbehinderter Mensch gem. § 81 Abs. 4 Ziff. 1 SGB IX eine Beschäftigung verlangen, die seinem Leiden angepasst ist. Wenn sich das Leiden ändert, findet sich eine Einschränkung des Anspruches lediglich in § 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX, wenn seine Erfüllung unzumutbar oder unverhältnismäßig aufwendig oder im Widerspruch zu Arbeitsschutzvorschriften oder beamtenrechtlichen Vorschriften steht.

bb. Außerdem kann aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers eine Verpflichtung zur Abänderung der Arbeitsbedingungen erwachsen.

Im Falle einer bloßen Empfehlung im Attest besteht grundsätzlich kein Anspruch des Mitarbeiters aus der Fürsorgepflicht auf Versetzung.

Wird allerdings das subjektive Leistungsvermögen bescheinigt, so wird der Arbeitgeber dann zu einer Versetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz verpflichtet sein, wenn er dies im Rahmen seines Direktionsrechts kann und ein solcher Arbeitsplatz frei ist, bzw. nach einer sehr frühen und weitgehenden Rechtsprechung des BAG freigemacht werden kann - seinerzeit durch Versetzung eines Dritten (BAG v. 25.03.1959 - 4 AZR 236/56, AP Nr. 27 z. § 611 BGB Fürsorgepflicht). Grenzen des Anspruches ist zum einen die Zumutbarkeit der Maßnahme für den Arbeitgeber und eine Interessenabwägung. Weit überwiegend wird das Interesse auf Seiten des Arbeitnehmers immer dann sein, wenn seine Erkrankung und jetzige Einschränkung auf einem Betriebsunfall beruht.

c. Ist die neue Beschäftigungsmöglichkeit im Rahmen des Direktionsrechts gegeben, ist sodann der Betriebs- oder Personalrat anzuhören. Schließlich handelt es sich betriebsverfassungsrechtlich um eine Versetzung.

4. Abschließend erfolgt dann die Mitteilung der Versetzung an den Mitarbeiter. Hier hat der Arbeitgeber allerdings noch eine Handlungsvariante, die zu beachten ist. Er kann dem Mitarbeiter gegebenenfalls die Wahl lassen, ob er zu den bisherigen Bedingungen oder zu den neuen arbeiten will. Lässt er die Wahl offen und wählt der Arbeitnehmer die alten Arbeitsbedingungen, so ist er so zu behandeln, als habe er nie das Attest vorgelegt (vgl. BAG v. 17.02.1998 - 9 AZR 130/97 AP Nr. 27 z. § 618 BGB). Der Arbeitgeber kann dann nicht auf der Versetzung bestehen, außer wenn gesundheitliche Schäden oder Gefährdungen des Mitarbeiters oder seiner Kollegen bzw. Dritter unmittelbar bevorstehen.

5. Ist eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Rahmen des Direktionsrechtes ausgeschlossen, technisch unmöglich, unzumutbar o.ä., bleibt als weitere Option noch ein Abänderungsvertrag, wenn dafür die Voraussetzungen und die Zustimmung des Mitarbeiters vorliegen. Dazu besteht keinerlei rechtliche Verpflichtung und es wird denjenigen

Ausnahmen vorbehalten bleiben, in denen der betreffende Mitarbeiter dem Unternehmen unter allen Umständen erhalten bleiben soll.

6. Ansonsten bleibt die personenbedingte Kündigung. Zu deren Vorbereitung ist der Mitarbeiter belegbar zu befragen, ob er sich auch dann weigere, zu den bisherigen Arbeitsbedingungen zu arbeiten, wenn ein anderer Arbeitsplatz vom Arbeitgeber nicht gestellt werden könne. Insbesondere ist nach einem Zeitrahmen zu fragen, nach dem eine Weiterbeschäftigung an alter Stelle von ihm wieder akzeptiert wird. Ergibt sich aufgrund dieser Befragung ein dauerndes Leistungsunvermögen, so ist dies mit einer dauernder Arbeitsunfähigkeit gleich zu setzen. Auf dieser Grundlage kann dann eine personenbedingte Kündigung fristgemäß und nach ordnungsgemäßer Beteiligung von Betriebs- oder Personalrat ausgesprochen werden. Das Arbeitsgericht wird im Falle eines Kündigungsschutzverfahrens dann im Rahmen der sozialen Rechtfertigung prüfen, ob ein anderweitiger zumutbarer Arbeitsplatz vorhanden war, an den der Mitarbeiter hätte versetzt werden können.

Zusammengefasst ergeben sich eine Vielzahl von Gesichtspunkten, die bei jedem Einzelfall mit unterschiedlicher Gewichtung geprüft werden müssen. Jede Einzelheit aufzuzeigen, ist nicht Anspruch dieser Darstellung. Im konkreten Fall sollte unbedingt sachkundiger Rat eingeholt werden.

Rechtsanwalt Uwe Jahn  
Fachanwalt für Arbeitsrecht