

der Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes – AVR – (Juris: DCVArbVtrRL) enthält eine derartige Geltungsbe-  
reichsausnahme:

„§ 3 Ausnahmen vom Geltungsbereich

Die AVR gelten nicht für:

- a) Mitarbeiter, deren Leistungsfähigkeit infolge einer körperlichen, geistigen, seelischen oder sonstigen Behinderung beeinträchtigt ist und deren Rehabilitation oder Resozialisierung durch Beschäftigungs- und Arbeitstherapiemaßnahmen angestrebt wird ...“

Aufgrund ihrer allgemein gehaltenen Voraussetzungen kann diese Bereichsausnahme nicht ohne Weiteres als Rechtfertigung für die Benachteiligung der schwerbehinderten Arbeitnehmer dienen (LAG Nürnberg v. 24.2.2010 – 3 Sa 273/09, Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen 9 AZR 226/10). Berufet sich der Arbeitgeber auf eine derartige Ausnahmevorschrift für eine niedrigere Entgeltvereinbarung als nach AVR-Recht vorgesehen, so hat er zumindest darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass der Arbeitnehmer ein in seiner Leistungsfähigkeit beeinträchtigter Mitarbeiter im Sinne dieser Vorschrift ist und dass durch Beschäftigungs- oder Arbeitstherapiemaßnahmen eine Resozialisierung des Arbeitnehmers angestrebt wird. In dem vom LAG entschiedenen Fall war die vereinbarte Vergütung des schwerbehinderten Beschäftigten auf jeweils 80 Prozent der Bezüge gemäß Abschn. II der Anlage 1 AVR, Abschn. III a der Anlage 1 AVR sowie Anlage 10 AVR und Anlage 14 Abschn. II AVR bemessen. Das LAG hat die eingeklagte Differenz wegen unzureichender Darlegung zugesprochen (LAG Nürnberg v. 24.2.2010 – 3 Sa 273/09). Bei genauer Analyse des § 3 Buchst. a DCVArbVtrRL erschließt sich, dass nur die Beschäftigten ausgeschlossen werden sollen, die nicht zu Erwerbszwecken, sondern zu therapeutischen Zwecken beschäftigt werden. Angesprochen sind Beschäftigten zur Überwindung sozialer Schwierigkeiten (§§ 67 ff SGB XII) oder medizinische Maßnahmen zur Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit. Erfasst werden dementsprechend für die Dauer einer therapeutischen Maßnahme Mitarbeiter, die entweder trotz mangelnder Leistungsfähigkeit oder sozialer Schwierigkeiten eingestellt werden, zunächst aber zur Behebung dieser Defizite eine Therapiemaßnahme durchlaufen oder

■ bereits im Betrieb tätig sind, in ihrer Leistungsfähigkeit aber so abgesunken sind, dass eine therapeutische Maßnahme erforderlich ist.

Nach dem Inhalt der Regelung soll keine Entgeltabsenkung allein wegen der geringeren Leistungsfähigkeit gerechtfertigt sein (so zu Recht Gagel iPR-ArbR 32/2010 Anm. 2).

**V. Verstöße gegen das Anrechnungsverbot**

21 **Abdingbarkeit:** Das Anrechnungsverbot aus § 123 Abs. 1 Satz 2 ist nicht abdingbar (Krittel SGB IX § 123 Rn. 5). Weder kann in Tarifverträgen noch in Betriebsvereinbarungen oder in Individualvereinbarungen der Parteien davon abgewichen werden. Der schwerbehinderte Mensch kann auf die Wirkung dieser Schutzvorschrift auch nicht wirksam verzichten (vgl. BAG v. 30.10.1974 – 4 AZR 41/74 – BAGE 26, 338; GK-SchwBG/Großmann Rn 81; Dörner SchwBG § 45 Anm. II 1; Neumann u.a./Pahlen SGB IX § 123 Rn. 2). Unzulässig ist auch die Umgehung des Anrechnungsverbots, zB durch eine arbeitsvertraglich vereinbarte Abtretung der Rentenansprüche (BAG v. 8.12.1982 – 4 AZR 122/80 – DB 1983, 891). Zulässig ist jedoch eine Regelung, nach der eine Verdienstsicherung wegen gesundheitsbedingter Minderung der Arbeitsfähigkeit auf den

Teil des Nachteils beschränkt wird, der nicht durch Rentenleistungen ausgeglichen wird (BAG v. 8.12.1982 – 4 AZR 122/80 – aaO).

22

**Verstöße:** Hält der Arbeitgeber das Anrechnungsverbot nicht ein, so ~~bleibt der Entgeltanspruch, soweit er durch Anrechnung gekürzt werden ist, bestehen. Der schwerbehinderte oder gleichgestellte Beschäftigte muss den nicht auszahlten Teil des Entgelts unter Beachtung tariflicher Verfallfristen, soweit sie auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden, geltend machen und ggf bei zweistufigen Verfallklauseln auch Zahlungsklage erheben. Finden keine Ausschlussfristen Anwendung, so ist die dreijährige Verjährungsfrist zum Schluss des Kalenderjahres gemäß §§ 195, 199 BGB zu beachten. Hat der Arbeitgeber mit dem Beschäftigten eine Vereinbarung über eine nach § 123 Abs. 1 Satz 2 unzulässige Anrechnung getroffen, so ist dieses Rechtsgeschäft nach § 134 BGB nichtig.~~

**§ 124 Mehrarbeit**

Schwerbehinderte Menschen werden auf ihr Verlangen von Mehrarbeit freigestellt.

1

**Geltende Fassung:** Die Vorschrift ist aus § 46 SchwBG inhaltlich unverändert übernommen worden. Redaktionell ist lediglich der Begriff „schwerbehinderter Mensch“ eingearbeitet worden.

2

**Entstehung:** Die Bestimmung ist aufgrund eines Antrags aus dem Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung in das SchwBG 1974 aufgenommen worden (BT-Drucks. 7/1515 S. 15). Sie geht zurück auf § 4 der Freizeitanordnung vom 22. Oktober 1943 (Reichsarbeitsblatt III S. 329). Danach waren schwerbeschädigte und sonstige Körperbehinderte auf ihr Verlangen von Mehrarbeit freizustellen. Unter Mehrarbeit war nach § 4 Abs. 1 der Freizeitanordnung die Arbeit zu verstehen, die 48 Stunden in der Woche überstieg.

3

**Regelungsinhalt:** Die Vorschrift enthält kein Verbot der Anordnung von Mehrarbeit. Sie räumt nur das Recht ein, sich von jeder Überschreitung der regelmäßigen Arbeitszeit freistellen zu lassen. Nach § 68 Abs. 1 und 3 gilt diese Regelung auch für gleichgestellte behinderte Beschäftigte. Vom Begriff der Beschäftigten werden nicht nur Arbeitnehmer (einschließlich der leitenden Angestellten), sondern auch Beamte und Richter erfasst. Schwerbehinderte und gleichgestellte behinderte Beschäftigte sind berechtigt, Mehrarbeit abzulehnen. Der schwerbehinderte Arbeitnehmer soll nicht gegen seinen Willen zusätzlich belastet werden. Es bleibt nach der Konzeption des Gesetzes ihm überlassen, ob er von seinem Recht auf Freistellung von Mehrarbeit Gebrauch macht oder nicht. Die Wirksamkeit des Freistellungsverlangens hängt weder von formellen noch von materiellen Voraussetzungen ab. Unerheblich ist auch, ob die Mehrarbeit eine konkrete zusätzliche Belastung mit sich bringt oder nicht (Neumann u.a./Pahlen SGB IX § 124 Rn. 2). Es werden zwei unterschiedliche Schutzzwecke verfolgt: Schwerbehinderte Menschen sollen nicht durch zu lange Arbeitszeiten überbeansprucht werden und ihnen soll ausreichend Zeit für die gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft im Hinblick auf die dazu notwendigen täglich zu verrichtenden Angelegenheiten wie Einkäufen, Behördengänge usw gesichert werden (BAG v. 3.12.2002 – 9 AZR 462/01 – AP § 124 SGB IX Nr. 1 unter Hinweis auf BT-Drucks. 7/1515 S. 15 ff.).

4

**Begriff der arbeitsrechtlichen Mehrarbeit:** Unter Mehrarbeit im Sinne von § 46 SchwBG hat vor Inkrafttreten des Arbeitszeitgesetzes das Bundesarbeitsgericht entsprechend § 3 der Arbeitszeitordnung die Arbeitszeit verstanden, die die

werttägliche Dauer von acht Stunden überschreitet (BAG v. 8.11.1989 – 5 AZR 642/88 – BAGE 63, 221). Nach Aufhebung der Arbeitszeitordnung versäumte es der Gesetzgeber, für eine begriffliche Klarheit zu sorgen. Die vom Bundesarbeitsgericht aus der Arbeitszeitordnung entnommene Begriffsbestimmung ist seit Inkrafttreten des Arbeitszeitgesetzes nicht mehr vorhanden. Dennoch blieb die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ohne nähere Begründung dem alten, im Arbeitszeitrecht festgelegten Maß verhaftet, weil auch im neuen Recht die regelmäßige werktägliche Höchstarbeitszeit wie vor dem auf acht Stunden (§ 3 Abs. 1 ArbZG) begrenzt ist (ArbG Aachen v. 2.12.1999 – 9 (7) Ca 3454/99 – NZA-RR 2000, 462). Das wurde in der Vorauflage kritisiert. Dort wurde unter Mehrarbeit die Arbeit verstanden, die über die vertraglich geschuldete regelmäßige Arbeitszeit des Schwerbehinderten hinausgeht, gleich ob sie täglich oder wöchentlich zu berechnen war (so auch *Dörner* SchwBG § 46 III 2d; GK-SchwBG/*Großmann*, § 46 Rn 25). Im Lichte der neueren Rechtsprechung wird diese Auffassung aufgegeben. Das Bundesarbeitsgericht (BAG v. 3.12.2002 – 9 AZR 462/01 – AP § 124 SGB IX Nr. 1; zustimmend: *Müller-Werner/Schorn* § 124 SGB IX Rn 6) hat überzeugend begründet, dass an der Orientierung an der gesetzlichen regelmäßigen Höchstarbeitszeit festzuhalten ist. Unter den Bedingungen der weit fortgeschrittenen Flexibilisierung der Arbeitszeit gebietet der Schutz der Schwerbehinderten eine Auslegung, nach der eine über acht Stunden werktäglich hinausgehende Arbeitszeit nur als freiwillig akzeptierte Mehrarbeit des schwerbehinderten Beschäftigten zugelassen werden soll. Tarifliche Abweichungen von den in § 3 ArbZG begrenzten Arbeitszeiten sind unerheblich. Das gilt auch dann, wenn sie kürzer als die gesetzliche Arbeitszeit sind. Die vor allem tariflich eingeführten Arbeitszeitverkürzungen gewährleisten nämlich nicht den Schutz des schwerbehinderten Menschen vor einer Überbeanspruchung und sind auch nicht geeignet, ihm vergleichbare Teilhabe am Leben in der Gesellschaft wie einem Nichtbehinderten zu verschaffen. Durch die Flexibilisierungsregelungen wird nämlich vielfach eine Verlängerung der täglichen Arbeitszeit über acht Stunden je Werktag hinaus ermöglicht. Im Schrifttum wird davon abweichend eine Art Meistbegünstigung verlangt. Jegliche Form von Überarbeit im Sinn von Überstunden und Überschichten sei als Mehrarbeit im Sinne von § 124 SGB IX anzusehen. Die vom BAG herangezogene Acht-Stunden-Grenze soll als zusätzliches Korrektiv gegen Festlegungen zu Lasten des schwerbehinderten Arbeitnehmers dienen (GK-SGB IX/*Großmann* § 124 Rn 9 und Hauck/Noftz/*Masuch* § 124 Rn 6–10; *Knittel* SGB IX § 124 Rn 12; Neumann u.a./*Pahlen* § 124 Rn 3; Neumann/*Jeschke*, Handbuch SGB IX § 18 Rn 52).

**5 Konflikte mit flexiblen Arbeitszeitsystemen:** Die „Starrheit“ der am Achtstundentag ausgerichteten Definition der Mehrarbeit sorgt zwar für Klarheit, bereitet allerdings auch Probleme für die Betriebe, welche die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit unregelmäßig verteilen. So enthält zB der seit dem 1. April 2005 geltende Arbeitszeitarvertrag für die Arbeitnehmer von Schienenverkehrs- und Schieneninfrastrukturunternehmen des AgV MoVe (AZTV-S) in § 2 Abs. 1 als Vollzeitarbeit eine individuell vereinbarte Arbeitszeit von 1 827 bis 2 088 Stunden (individuelles regelmäßiges Jahresarbeitszeit-Soll). § 9 Abs. 1 AZTV-S regelt, dass bezüglich der Verteilung des individuellen regelmäßigen Jahresarbeitszeit-Solls 261 Arbeitstage zugrunde gelegt werden. Die Arbeitszeit kann auf die Wochentage Montag bis Sonntag – auch ungleichmäßig – verteilt und innerhalb des Zeitraums gemäß § 2 nach betrieblichen Erfordernissen eingeteilt werden. Das führt dazu, dass in den Wintermonaten verkürzt und insbesondere während der Urlaubszeit im Sommer vermehrt gearbeitet wird. Wer als Arbeitgeber diese, ein volles Jahr als Ausgleichszeitraum umfassende Flexibili-

sierung praktiziert, muss damit rechnen, dass schwerbehinderte Beschäftigte von ihrem Recht nach § 124 SGB IX Gebrauch machen. Er kann nicht auf einen Gleichklang mit der zum Ausschluss von Überstundenzulagen getroffenen Regelung nach § 4 Abs. 1 AZTV-S vertrauen, nach der Überarbeit erst bei Anordnung von Arbeitszeit entsteht, die über das individuelle regelmäßige Jahresarbeitszeit-Soll hinausgeht. Allerdings wird der schwerbehinderte Beschäftigte regelmäßig gehalten sein, sich auf Anfrage des Arbeitgebers frühzeitig vor der Schichtenplanung zu erklären, ob und inwieweit er bereit und in der Lage ist, verkürzte Arbeitszeit mit Mehrarbeit auszugleichen. Ein ähnliches Problem besteht das 12-Stunden-Schichtsystem, das in manchen Hochtechnologiebetrieben eingeführt worden ist. Danach liegen 4 freie Tage in Frühschicht, dann 2 Tage in Nachtschicht gearbeitet. Danach liegen 4 freie Tage. Der schwerbehinderte Beschäftigte kann dieses Schichtsystem, das mit erheblicher Überschreitung des Achtstundentags gefahren wird, ablehnen. Der Arbeitgeber muss sicherstellen, dass zugunsten der Mehrarbeit verweigernden schwerbehinderten Beschäftigten auch von dem System abweichende Schichtenpläne aufgestellt werden. Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung haben insoweit eine Überwachungsaufgabe, vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, § 95 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB IX.

**6 Geltung für Beamte und Richter:** Auch schwerbehinderte Beamte können Freistellung von Mehrarbeit verlangen. Sie können sich jedoch nicht auf den arbeitsrechtlichen Begriff der Mehrarbeit (Rn 4) berufen. Eine einheitliche Definition der Mehrarbeit oder eine Festlegung auf eine bestimmte tägliche oder wöchentliche Stundenzahl hat der Gesetzgeber in § 124 in Kenntnis der unterschiedlichen Ausgestaltungen der regelmäßigen Arbeitszeit bewusst unterlassen. Die Beamtenetze des Bundes und der Länder enthalten eine eigenständige gesetzliche Definition der Mehrarbeit, vgl. § 44 Satz 1 und 2 BRRG, § 72 Abs. 2 Satz 1 und 2 BBG, § 72 Abs. 4 Satz 1 BBG iVm § 3 Abs. 1 AZV. Für hessische Beamte ist zB Mehrarbeit nach § 85 Abs. 2 Satz 1 und 2 HBZVO festgelegt, der über die in § 85 Abs. 1 Satz 1 HBG iVm § 1 Abs. 1 HAZVO festgelegte regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden hinaus geleistet wird. Nach § 72 BBG iFd. Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes vom 21. Juni 2002 darf die regelmäßige Arbeitszeit für Bundesbeamte wöchentlich im Durchschnitt 44 Stunden nicht überschreiten. Für Landes- oder Kommunalbeamte sind die arbeitsrechtlichen Bestimmungen in den Landesbeamtenetzen maßgebend. Da für Richter keine festen Dienstzeiten gelten, besteht für sie keine feste zeitliche Grenze. Deshalb hat zur Umsetzung des § 124 das Gerichtspräsidium auf Antrag des Betroffenen im Rahmen der Ermessensausübung einen angemessenen Abschlag zu berücksichtigen, wenn es die Geschäftsverteilung beschließt (BVerwG v. 27.3.1985 – 2 B 126/83 NJW – 1985, 2779).

**7 Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit:** Es werden nicht allein Schwerbehinderte gesetzlich zur Überbeanspruchung geschützt. Zugunsten von Jugendlichen (vgl. §§ 14, 17, 18 ArbSchG) und werdenden sowie stillenden Müttern (§ 8 MuSchG) bestehen Verbote, die es dem Arbeitgeber verwehren, die geschützten Personen zur Mehrarbeit, zur Arbeit in der Nacht oder zur Arbeit an Sonn- und Feiertagen heranzuziehen. Soweit geht der Überforderungsschutz des Schwerbehindertenrechts nicht. So gewährt § 124 SGB IX kein generelles Recht, Nachtarbeit oder Arbeit an Sonn- und Feiertagen abzulehnen. Der Anwendungsbereich der Norm ist auf zu leistende Mehrarbeit beschränkt (BAG v. 3.12.2002 – 9 AZR 462/01 – AP § 124 SGB IX Nr. 1; zustimmend *Knittel* SGB IX § 124 Rn 1 c). Im Einzelfall können jedoch schwerbehinderte Menschen nach § 81 Abs. 4 Nr. 4 SGB IX einen einklagbaren Anspruch auf behinderungsgerechte

Gestaltung der Arbeitszeit in der Weise haben, dass sie mit Rücksicht auf Art und Schwere ihrer Behinderung von Nacharbeit freizustellen sind. Dieser Anspruch steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass dessen Erfüllung für den Arbeitgeber nicht unzumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden ist. Hieraus kann sich im Einzelfall die Pflicht des Arbeitgebers ergeben, einen schwerbehinderten Arbeitnehmer nicht zur Nacharbeit einzustellen oder dessen Arbeitszeit auf die Fünf-Tage-Woche zu beschränken (BAG v. 3.12.2002 – 9 AZR 462/01 – aaO; so auch *Knittel* SGB IX § 81 Rn 109).

**8 Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst:** Da **Arbeitsbereitschaft** Anwesenheit im Betrieb im Zustand wacher Achtsamkeit mit ständiger Bereitschaft zur vollen Arbeitsleistung beinhaltet, gilt sie als volle Arbeitszeit. Wird durch Arbeitsbereitschaft die individuelle Arbeitszeit des Schwerbehinderten überschritten, so kann er sie verweigern. Nicht als **Arbeitszeit** wurde dagegen von der älteren Rechtsprechung der **Bereitschaftsdienst** angesehen. Das ist die Zeitspanne, während derer der Arbeitnehmer, ohne dass er unmittelbar am Arbeitsplatz anwesend sein müsste, sich für Zwecke des Betriebes an einer vom Arbeitgeber bestimmten Stelle innerhalb oder außerhalb des Betriebes aufzuhalten hat, damit er erforderlichenfalls seine volle Arbeitsfähigkeit sofort oder zeitnah aufnehmen kann (BAG v. 18.2.2003 – 1 ABR 2/02 – AP BGB § 611 Arbeitsbereitschaft Nr. 12). Da die Ableistung von Bereitschaftsdiensten nur soweit tatsächlich Arbeitseinheiten anfallen als Arbeit galt, wurde ein Recht zur Leistungsverweigerung abgelehnt (vgl. ArbG Koblenz v. 14.2.1991 – 8 Ca 2033/90 – EzBAT-SR 2 a BAT Bereitschaftsdienst Nr. 1). Diese Rechtsprechung ist überholt. Sie ist europarechtswidrig (EuGH 9.9.2003 – C-151/02 – [Jaeger] – AP EWG-Richtlinie Nr. 93/104 Nr. 7). Diese europarechtswidrige Rechtslage hat der Gesetzgeber durch Art. 4 b des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBI. I S. 3002), der am 1. Januar 2004 in Kraft trat (Art. 5 des Gesetzes), beseitigt. Danach wird **Bereitschaftsdienst „in vollem Umfange auf die gesetzliche Höchstarbeitszeit angerechnet“** wird (BT-Drucks. 15/1587 S. 29). Der Gesetzgeber hat deshalb in § 5 Abs. 3 und § 7 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG die Bezugnahme auf den Bereitschaftsdienst gestrichen und damit die Bestimmungen, aus denen bis dahin geschlossen werden musste, dass **Bereitschaftsdienst keine Arbeitszeit** iSv § 2 Abs. 1 ArbZG ist, aufgehoben. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 a des ArbZG kann in einem Tarifvertrag eine werktägliche Arbeitszeit von mehr als zehn Stunden vorgesehen werden, wenn in die Arbeitszeit in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt. Werden solche verlängerten Arbeitszeiten tariflich zugelassen, muss gemäß § 7 Abs. 8 ArbZG gewährleistet sein, dass die Arbeitszeit einschließlich Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst 48 Wochenstunden nicht überschreitet. Eine Ausnahme gilt auch nicht für Alt-Tarifverträge. Zwar bleiben nach § 25 Satz 1 ArbZG Tarifverträge, die am 1. Januar 2004 bereits galten, von der Einhaltung bestimmter gesetzlicher Höchstgrenzen bis zum 31. Dezember 2006 unberührt. Entgegen einem weit verbreiteten Verständnis wird aber von dieser Übergangsregelung die 48-Stunden-Grenze nicht erfasst. Das ergibt die gebotene europarechtlich konforme Auslegung der Vorschrift (BAG v. 24.1.2006 – 1 ABR 6/05 – DB 2006, 1161). Von daher ist schon heute der schwerbehinderte Beschäftigte berechtigt, eine Wochenarbeitszeit, die einschließlich Bereitschaftsdienst 48 Stunden überschreitet, abzulehnen (vgl. *Reim* DB 2004, 186; *Bernig* BB 2004, 101; aA LAG Rheinland-Pfalz v. 18.8.2005 – 6 Sa 289/05 –, aufgehoben durch: BAG v. 21.11.2006 – 9 AZR 176/06 – DB 2007, 1359). Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht danach fest, dass jede Art von Bereitschaftsdienst voll auf die gesetzliche Höchstarbeitszeit anzurechnen ist (vgl. BAG v. 21.11.2006 – 9 AZR 176/06 – aaO).

**9 Freistellungsverlangen:** Der schwerbehinderte Mensch kann verlangen, von der Überschreitung der Höchstarbeitszeit nach § 3 ArbZG freigestellt zu werden. Dazu muss er der Heranziehung durch den Arbeitgeber zur Mehrarbeit ohne schuldhaftes Zögern widersprechen. Er kann nicht einfach wegbleiben oder den Arbeitsplatz bei Ende der regelmäßigen arbeitsmäßigen Arbeitszeit verlassen. Rechtlich übt der schwerbehinderte Mensch mit seinem Freistellungsverlangen ein **Leistungsverweigerungsrecht** aus (*Cramer* SchwBG § 46 Rn 1). Es bedarf daher keiner Freistellungserklärung des Arbeitgebers, wie sie für die Arbeitsfreier bei Urlaubsbereitstellung erforderlich ist. Die Freistellung von Mehrarbeit kann sowohl für bestimmte auch für unbestimmte Zeit verlangt werden (BAG v. 3.12.2002 – 9 AZR 462/01 – AP § 124 SGB IX Nr. 1). Das Verlangen muss nicht für jeden Arbeitstag wiederholt werden (zutreffend: *Knittel* SGB IX § 124 Rn 16). Auch wenn das Gesetz keine Mindestankündigungfrist vorsieht, hat der schwerbehinderte Beschäftigte sich so frühzeitig zu erklären, dass dem Arbeitgeber eine längerfristige Dienstplangestaltung möglich bleibt.

**10 Arbeitszeitverkürzung nach beamtenrechtlichen Vorschriften:** Schwerbehinderte und gleichgestellte behinderte Beschäftigte haben nach Maßgabe des § 81 Abs. 5 Satz 3 SGB IX einen Anspruch auf Verkürzung ihrer regelmäßigen Arbeitszeit, wenn die kürzere Arbeitszeit wegen der Art und Schwere der Behinderung notwendig ist (vgl. § 81 Rn 135). Dieser Verringerungsanspruch ist von dem Recht, Mehrarbeit zu verweigern, zu unterscheiden. In den beamtenrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Länder sind weitere Verringerungsansprüche geregelt. So ist in der Verordnung über die Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten des Bundes (AZV) geregelt:

„§ 3 Regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit

(1) Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 41 Stunden. Schwerbehinderte Beamtinnen und schwerbehinderte Beamte können eine Verkürzung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit auf 40 Stunden beantragen ...“

Nach dem Wortlaut der Vorschrift soll „schwerbehinderten Beamtinnen und schwerbehinderten Beamten“ die Möglichkeit einer Verkürzung eingeräumt werden. Nachdem sich in § 3 Abs. 1 Satz 2 AZV selbst keine Definition des Begriffes des „Schwerbehinderten“ findet, ist auf die Regelungen des SGB IX zurückzugreifen. Nach § 2 Abs. 2 SGB IX gelten Menschen als schwerbehindert, bei denen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt. Für nach § 2 Abs. 3 SGB IX den schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Beamte soll nach der Rspr diese Norm nicht gelten (Bayerischer VGH v. 27.1.2009 – 15 BV 08.263 – BayVBl 2009, 538). Richtig ist, dass für diesen Personenkreis nach § 68 Abs. 3 SGB IX nur die Regelungen in Teil 2 des SGB IX gelten. Ob darüber hinaus eine Gleichbehandlung mit Schwerbehinderten erfolgen muss, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln (vgl. *Müller-Wenner/Schorr* SGB IX Teil II § 68 Rn 50; *HK-SGB IX/Stähler/Bieritz-Harder* § 68 Rn 12). Die Entstehungsgeschichte der AZV spricht gegen eine solche Einbeziehung. In der Begründung des Bundesministeriums des Innern zum Entwurf einer Verordnung zur Neuordnung der Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten des Bundes, übersandt mit Schreiben des Bundesministeriums des Innern vom 7. Februar 2006 heißt es zu § 3 Abs. 1 Satz 2, dass schwerbehinderte Menschen von der Arbeitszeitverlängerung ausgenommen werden sollen. Zur Definition des Begriffes „schwerbehindert“ greife die AZV auf den Inhalt des § 2 Abs. 2 SGB IX zurück. In der Begründung zum AZV-Entwurf wird weder der Begriff des „gleichgestellten behinderten Menschen“ noch die Regelung des § 2 Abs. 3 SGB IX erwähnt. Damit deutet der Begründungstext eindeutig darauf hin, dass der Verordnungsgeber ausschließlich Schwerbehinderte iSv § 2 Abs. 2 SGB IX im Blick hatte.

Dementsprechend hat auch das BAG in einem Fall der Verringerung der Pflichtstundenzahl der Unterrichtsstunden entschieden, dass der Vorgesetzte berechnungsberechtigt sei, Stundenminderungen auf Beamte mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50 zu beschränken. Dieser Auslegung hat sich auch das BVerwG angeschlossen: „Die Möglichkeit der Verkürzung der regelmäßigen Wochenarbeitszeit von 41 auf 40 Stunden nach § 3 Abs. 1 Satz 2 AZVO gilt nur für schwerbehinderte Beamte (§ 2 Abs. 2 SGB IX), nicht aber für die gleichgestellten behinderten Beamten“ (BVerwG v. 29.7.2010 – 2 C 17/09 – Beihilfenrecht 2011, 86).

**Beispielfall (BAG v. 19.9.2000 – 9 AZR 516/99 – ZTR 2001, 565):** Durch Verwaltungsvorschrift der Sächsischen Staatsregierung zur Durchführung des Schwerbehindertengesetzes im öffentlichen Dienst im Freistaat Sachsen vom 26. November 1992 (SächsAbt. S. 1908) werden Regelungen zur Durchführung des Schwerbehindertengesetzes (SchwbG) getroffen: „...192.1 Schwerbehinderte sind Personen mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50 (§ 1 SchwbG). Beträgt der Grad der Behinderung weniger als 50, aber mindestens 30, können die Betroffenen auf Antrag vom Arbeitsamt schwerbehinderten gleichgestellt werden (§ 2 Abs. 1 SchwbG). Der Grad der Behinderung wird durch das Versorgungsamt festgestellt. Die Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes finden gemäß § 2 Abs. 2 SchwbG grundsätzlich auch auf Gleichgestellte Anwendung, ausgenommen der Regelung über Zusatzurlaub und der Regelungen über die unentgeltliche Beförderung schwerbehinderter öffentlicher Personenverkehr ... 4.3 Auf Antrag erhalten schwerbehinderte Lehrkräfte durch das Oberschulamt eine Ermäßigung von 2 Stunden auf ihr Regelstundenmaß. Wird darüber hinausgehend eine Ermäßigung des Regelstundenmaßes von der schwerbehinderten Lehrkraft beantragt, holt das Oberschulamt vor der Entscheidung eine amtsärztliche Stellungnahme ein. Anträge nach Satz 1 und Satz 2 sind von den Oberschulämtern umgehend zu bearbeiten. Eine Reduzierung des Regelstundenmaßes kann bis höchstens 4 Stunden über die pauschal gewährten Stunden hinaus erfolgen ...“

**11 Verfahrensrechtliche Hinweise:** Über die Berechtigung des Freistellungsverlangens eines schwerbehinderten Arbeitnehmers entscheidet nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 a ArbGG das Arbeitsgericht im Urteilsverfahren. Bei Beamten ist das Verwaltungsgericht zuständig. Nach § 126 Abs. 1 BRRG, § 71 Abs. 3 DRiG ist ebenfalls der Verwaltungsrechtsweg gegeben, wenn ein schwerbehinderter Richter eine Entlastung erstreiten will.

**§ 125 Zusatzurlaub**

(1) <sup>1</sup>Schwerbehinderte Menschen haben Anspruch auf einen bezahlten zusätzlichen Urlaub von fünf Arbeitstagen im Urlaubsjahr, verteilt sich die regelmäßige Arbeitszeit des schwerbehinderten Menschen auf mehr oder weniger als fünf Arbeitstage in der Kalenderwoche, erhöht oder vermindert sich der Zusatzurlaub entsprechend. <sup>2</sup>Soweit tarifliche, betriebliche oder sonstige Urlaubsregelungen für schwerbehinderte Menschen einen längeren Zusatzurlaub vorsehen, bleiben sie unberührt.

(2) <sup>1</sup>Besteht die Schwerbehinderteneigenschaft nicht während des gesamten Kalenderjahres, so hat der schwerbehinderte Mensch für jeden vollen Monat der im Beschäftigungsverhältnis vorliegenden Schwerbehinderteneigenschaft einen Anspruch auf ein Zwölftel des Zusatzurlaubs nach Absatz 1 Satz 1. <sup>2</sup>Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, sind auf volle Ur-

laubstage aufzurunden. <sup>3</sup>Der so ermittelte Zusatzurlaub ist dem Erholungsurlaub hinzuzurechnen und kann bei einem nicht im ganzen Kalenderjahr bestehenden Beschäftigungsverhältnis nicht erneut gemindert werden.

(3) Wird die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nach § 69 Abs. 1 und 2 rückwirkend festgestellt, finden auch für die Übertragbarkeit des Zusatzurlaubs in das nächste Kalenderjahr die dem Beschäftigungsverhältnis zugrunde liegenden urlaubrechtlichen Regelungen Anwendung.

I. Gesetzesgeschichte	1
II. Überblick	4
III. Begünstigter Personenkreis	9
IV. Dauer des Zusatzurlaubs	10
1. Voller Urlaubsanspruch	10
2. Kürzung wegen Teilurlaubs	13
V. Quotelung des Zusatzurlaubs	16
1. Zwölfteilung bei Beginn	16
2. Zwölfteilung bei Ende der geschützten Stellung	22
VI. Verfall und Übertragung	24
1. Anwendbarkeit der Regeln aus dem BUrlG	24
2. Übertragungsfälle	25
3. Inanspruchnahme im Übertragungszeitraum	28
4. Schadensersatz für nicht gewährten Zusatzurlaub	30
5. Verzicht auf Zusatzurlaub	33
VII. Entstehen von Ansprüchen bei Ruhen der Arbeitspflicht	34
VIII. Abgeltung	35
1. Arbeitsverhältnis	35
2. Beamtenverhältnis	40
IX. Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld	42
X. Inanspruchnahme des Zusatzurlaubs	45
XI. Einwirkungen des Zusatzurlaubs rechts der Europäischen Union	48
1. Unionsrecht	48
2. Vorabentscheidungen zum Urlaub im Arbeitsverhältnis	51
3. Umsetzungsbedarf bei Arbeitsverhältnissen	56
4. Vorabentscheidung des EuGH zum Urlaub im Beamtenverhältnis	63
5. Umsetzungsbedarf im Beamtenverhältnis	66
XII. Begrenzung der Ansprüche	71

**I. Gesetzesgeschichte**

**Gang der Gesetzgebung:** Abs. 1 ist aus § 47 SchwbG 1986 in das SGB IX übernommen worden. Dabei hat nur eine Anpassung an den Begriff des schwerbehinderten Menschen stattgefunden. Durch Art. 1 Nr. 31 des Gesetzes zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23. April 2004 (BGBl. I S. 606) sind mit Wirkung vom 1. Mai 2004 die bisherigen Sätze zu Abs. 1 geworden. Die folgenden Absätze 2 und 3 sind neu angefügt.

In der Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drucks. 15/1783 S. 18) wird dazu ausgeführt: „Absatz 2 Satz 1 bestimmt, dass der Anspruch auf Zusatzurlaub bei Eintritt oder Wegfall der Schwerbehinderteneigenschaft im Verlauf des Urlaubsjahres nicht in vollem Umfang, sondern nur anteilig bestehen soll, soweit die Schwerbehinderteneigenschaft im Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Satz 2 vermeidet, dass Bruchteile von Urlaubstagen zu gewähren sind. Satz 3 legt fest, dass der so ermittelte Zusatzurlaub dem Erholungsurlaub hinzugerechnet wird und schließt eine mehrfache Kürzung des Zusatzurlaubs aus. Durch Absatz 3 wird eine Kumulation von Ansprüchen auf Zusatzurlaub aus vorangegangenen Urlaubsjahren ausgeschlossen. Auch wenn die Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch durch das Versorgungsamt deklaratorischen und nicht konstitutiven Charakter hat, soll auch in den Fällen eines länger andauernden Feststel-