

## **„Sind Sie schwerbehindert?“ - Das Ende einer (un)beliebten Frage**

### **Zum Fragerecht des Arbeitgebers im Bewerbungsgespräch nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung**

von Rechtsanwalt Thomas Messingschlager in  
**Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2006, S. 301**

#### **Die Ausgangssituation**

Bei allen Rechten, die ein Schwerbehinderter während seines Arbeitsverhältnisses genießt; zu einem war er nach der Rechtsprechung des BAG bislang immer verpflichtet: zur Wahrheit, wenn der Arbeitgeber ihm im Bewerbungsgespräch die Gretchenfrage stellte, ob er denn schwerbehindert sei. Man wird davon ausgehen dürfen, daß die wahrheitsgemäße Beantwortung dieser Frage in vielen Fällen das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses verhindert hat, da sich der Arbeitgeber nicht den vielfältigen Belastungen unterwerfen wollte, die ihm das SchwbG bzw. nunmehr das dieses ablösende SGB IX aufbürdet.

Erstmalig wird nun allerdings im SGB IX ein einfachgesetzliches Diskriminierungsverbot gegenüber Schwerbehinderten ausgesprochen: Sowohl bei der Einstellung als auch bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses sind nunmehr ausdrücklich Benachteiligungen aufgrund der Behinderung verboten. Bei Verstößen steht dem Bewerber ein Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber zu. Vom Wortlaut her ist der hier einschlägige § 81 Abs. 2 SGB IX fast identisch mit § 611 a BGB, der ein geschlechtsbezogenes Diskriminierungsverbot statuiert.

Damit stellt sich das Problem, ob die Rechtsprechung des BAG zur Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft beim Bewerbungsgespräch fortgeführt werden kann. Das BAG vertritt seit seiner Entscheidung vom 25.03. 1976 <sup>1</sup> die Auffassung, daß der Arbeitgeber uneingeschränkt beim Einstellungsgespräch die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung stellen darf.

In der Praxis geht es freilich weniger darum, ob die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft erlaubt ist, sondern welche Folgen eine wahrheitswidrige Antwort haben kann. Die bisherige Rechtsprechung des BAG bejaht in den entsprechenden Fällen uneingeschränkt das Recht des Arbeitgebers zur Anfechtung des Arbeitsverhältnisses gem. § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sich die Schwerbehinderung auf die Eignung des Arbeitnehmers für den Arbeitsplatz überhaupt in irgend einer Form auswirkt <sup>2</sup>.

Dies mag den unbefangenen Betrachter erstaunen, da das Fragerecht des Arbeitgebers bei einer scheinbar ähnlichen Konstellation, nämlich bezüglich des Vorliegens einer Schwangerschaft bei einer Bewerberin, nach der aktuellen

---

<sup>1</sup> BAG AP Nr. 19 zu § 123 BGB

<sup>2</sup> BAG AP Nr. 30 zu § 123 BGB; BAG in DB 1996 S. 580; BAG in NZA 1996 S. 371, BAG in NZA 1999 S. 584

Rechtsprechung bis auf wenige Ausnahmefälle völlig ausgeschlossen ist<sup>3</sup>, obwohl der Arbeitgeber auch gegenüber Schwangeren eine Fülle von Pflichten zu erfüllen und etliche organisatorische und finanzielle Belastungen zu tragen hat.

Von welchen Erwägungen ließ sich also das BAG bei seiner Rechtsprechung leiten?

### **Der Interessenkonflikt**

Ausgangspunkt der Problematik ist, daß sich beim Bewerbungsgespräch naturgemäß entgegengesetzte Interessen gegenüberstehen.

Der Arbeitgeber hat regelmäßig ein Interesse daran, möglichst viele Informationen über den Bewerber zu erhalten, von denen er glaubt, sie seien für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses relevant.

Demgegenüber möchte der Arbeitnehmer möglichst gewisse Informationen zurückhalten, von denen er seinerseits glaubt, daß sie die Bereitschaft des Arbeitgebers, ein Arbeitsverhältnis mit ihm zu begründen, nachteilig beeinflussen könnten. Im übrigen möchte er seine Privatsphäre so weit wie möglich gewahrt wissen.

Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer können sich bei ihren widerstreitenden Standpunkten jeweils auf Art. 2 u. 12 GG berufen<sup>4</sup>, so daß im Einzelfall eine Interessenabwägung vorzunehmen ist, in deren Rahmen überprüft werden muß, wessen Rechtsposition mehr oder weniger schutzwürdig ist. Hierzu wurden in der Literatur folgende Kriterien entwickelt<sup>5</sup>:

- Die abgefragten Tatsachen müssen in erkennbarem Zusammenhang mit der in Aussicht genommenen Beschäftigung stehen
- Die Tatsachen müssen objektiv geeignet sein, das für den Arbeitgeber in einem Arbeitsvertrag liegende Risiko zu erhöhen
- Das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers muß beachtet werden. Die Fragen dürfen den Menschen nicht in seiner ganzen Persönlichkeit erfassen und dürfen nicht unverhältnismäßig in den Intimbereich des Bewerbers eindringen
- Die Diskriminierungsverbote, die unter Berücksichtigung des Sozialstaatsprinzips in den gesetzgeberischen Wertentscheidungen, insbesondere in Schutzgesetzen bestimmter Personengruppen zum Ausdruck kommen, müssen Beachtung finden.

---

<sup>3</sup> BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB; BAG AP Nr. 8 zu § 611 a BGB; EuGH DB 1994, S. 1522; EuGH NZA 2000, S. 255; Die Rechtsprechung des EuGH zu diesem Problem ist teilweise so verstanden worden, daß eine Wahrheitspflicht der Bewerberin dann besteht, wenn sie aufgrund der bestehenden Beschäftigungsverbote während des gesamten Arbeitsverhältnisses die vereinbarte Leistung nicht erbringen können wird. Dies kann lediglich bei befristeten Arbeitsverhältnissen der Fall sein. (LAG Düsseldorf in LAGE § 123 BGB Nr. 5; BAG AP Nr. 8 zu § 611 a BGB; Stürmer in NZA 2001 S. 526

<sup>4</sup> Moritz in NZA 1987, S. 329, 332

<sup>5</sup> Moritz a.a.O., 332 m.w. Nachweisen; ähnlich Künzl in Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, Kap. 2.1 Rdnr. 52

Die Rechtsprechung spricht etwas allgemeiner davon, daß dem Arbeitgeber nur insofern ein Fragerecht zugestanden wird, als er ein berechtigtes, billigenwertes schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage für das Arbeitsverhältnis hat. Das Interesse des Arbeitgebers müsse dabei so stark sein, daß das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts und an der Unverletzbarkeit seiner Individualsphäre dahinter zurücksteht<sup>6</sup>.

Soweit nach der entsprechenden Interessenabwägung der Arbeitnehmer eine Frage des Arbeitgebers wahrheitsgemäß zu beantworten hat, folgt diese Pflicht aus § 242 BGB, dessen Anwendbarkeit sich auch auf das vorvertragliche Anbahnungsverhältnis zwischen den Parteien erstreckt<sup>7</sup>.

### **Die Entwicklung der bisherigen Rechtsprechung**

Vor diesem Hintergrund hat das BAG konsequenterweise seit jeher entschieden, daß die Frage nach einer wie auch immer gearteten Krankheit oder Körperbehinderung (also nicht Schwerbehinderung im Sinne des SchwbG bzw. SGB IX) nur dann wahrheitsgemäß beantwortet werden muß, wenn sich die Beeinträchtigung konkret auf die Eignung des Bewerbers für die fragliche Stelle auswirkt oder die Gefährdung anderer Mitarbeiter droht<sup>8</sup>.

Die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Beantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung im Sinne des SchwbG, auch ohne daß eine Einschränkung der Eignung des Bewerbers zu befürchten ist, wurde dagegen vom BAG im wesentlichen mit den für den Arbeitgeber einhergehenden besonderen Verpflichtungen begründet, die aus der Beschäftigung eines Schwerbehinderten folgen. Angesichts der „rechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite und der betrieblichen Auswirkung der Einstellung schwerbehinderter Arbeitnehmer“ dürfe der Arbeitgeber uneingeschränkt nach der Schwerbehinderteneigenschaft fragen und bei einer bewußten Täuschung das Arbeitsverhältnis anfechten<sup>9</sup>. In der Abwägung müßten die Interessen des Bewerbers auch deshalb zurückstehen, weil der Schwerbehindertenschutz „auf Dauer den Inhalt der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis präge“<sup>10</sup>. Bei den vom BAG in Bezug genommenen Verpflichtungen und Belastungen geht es in erster Linie um den für Schwerbehinderte zu gewährenden zusätzlichen Urlaub von einer Arbeitswoche gem. 47 SchwbG, die Freistellung von Mehrarbeit auf Verlangen des Schwerbehinderten gem. § 46 SchwbG, den besonderen Kündigungsschutz gemäß §§ 15 – 22 SchwbG (Erfordernis der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle und Verlängerung der Mindestkündigungsfristen auf vier Wochen) sowie die Melde- und Mitwirkungspflichten gegenüber dem Arbeitsamt gem. §§ 13 – 14 c SchwbG<sup>11</sup>.

Diese Rechtsprechung, die in ihrer Begründung recht oberflächlich geblieben ist, wurde zu Recht bereits früh kritisiert: Zum einen wurde geltend gemacht, daß zumindest eine Differenzierung danach angebracht sei, ob der Arbeitgeber bereits

---

<sup>6</sup> BAG AP Nr. 26 zu § 123 BGB; BAG AP Nr. 30 zu § 123 BGB; BAG in NZA 1996, S. 371

<sup>7</sup> BAG AP Nr. 30 zu § 123 BGB; Hofmann ZfA 1975, S. 7,27, Künzl in Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., Bd. 1, Kap. 2.1 Rdnr. 52

<sup>8</sup> BAG AP Nr. 26 zu § 123 BGB; BAG EZA § 123 BGB Nrn. 19, 24

<sup>9</sup> BAG AP Nr. 26 zu § 123 BGB; BAG AP Nr. 30 zu § 123 BGB; Hümmerich in BB 1979, S. 430

<sup>10</sup> BAG AP Nr. 30 zu § 123 BGB

<sup>11</sup> jeweils nach der letzten Fassung des SchwbG vom 20.12.2000

die gem. § 5 SchwbG<sup>12</sup> geforderte Mindestanzahl Schwerbehinderter beschäftige oder nicht. Falls dem nicht so sei, könne die Einstellung eines Schwerbehinderten keine inakzeptablen Beeinträchtigung darstellen. Vom Arbeitgeber werde durch die Vorschriften des SchwbG nun einmal verlangt, daß er eine bestimmte Mindestquote erfülle. Hiergegen könne er nicht einwenden, er zahle statt dessen lieber die Ausgleichsabgabe, denn insofern bestehe für ihn nach dem Sinn u. Zweck des Gesetzes kein Wahlrecht: Die primäre Pflicht richte sich in jedem Falle auf die Beschäftigung. Nur wenn dies nicht möglich sei, solle der Beitrag des Arbeitgebers zur Integration Schwerbehinderter in der Zahlung der Ausgleichsabgabe bestehen. Somit sei kein Grund ersichtlich, warum der Schwerbehinderte, nachdem dessen Status sich offenbart habe, nicht unter Anrechnung auf die Pflichtquote weiterbeschäftigt werden könne<sup>13</sup>.

Selbst wenn aber der Arbeitgeber tatsächlich bereits seine Pflichtquote erfüllt hat, sei fraglich, ob der Arbeitnehmer ein schützenswertes Interesse daran hat, nicht mehr Schwerbehinderte zu beschäftigen, als durch die Pflichtquote vorgesehen: So wurde sehr pointiert formuliert, daß es dem Schutzzweck des Schwerbehindertengesetzes widerspreche, ein Interesse des Arbeitgebers daran anzuerkennen, einen Schwerbehinderten deshalb nicht einzustellen, um dadurch den Kündigungserschwernissen, dem Recht auf Zusatzurlaub und den übrigen Verpflichtungen zu entgehen<sup>14</sup>.

Das BAG schien zunächst von der geäußerten Kritik nicht unbeeindruckt und formulierte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1993 einschränkend, daß an der bisherigen Rechtsprechung „zumindest in den Fällen festgehalten werde, in denen die Schwerbehinderungserkrankung für die auszuübende Tätigkeit von Bedeutung ist“<sup>15</sup>. Diese Formulierung ließ darauf schließen, daß das BAG künftig möglicherweise die Interessen der Schwerbehinderten stärker gewichten werde.

Im Jahre 1994 schien dann die Einführung des neuen Absatzes 3 Satz 2 zu Art. 3 Grundgesetz zusätzlich zu einer Änderung der Rechtsprechung beizutragen, denn dort hieß es nun: daß „niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt“ werden darf. Teilweise wurde bzw. wird noch heute vertreten, daß nach der neuen Verfassungslage die Frage nach der Schwerbehinderung unzulässig sei, da bei der Interessenabwägung den einfachgesetzlich normierten Pflichten des Arbeitgebers nunmehr die für den Schwerbehinderten streitende Verfassungsnorm gegenüberstehe<sup>16</sup>.

Dessenungeachtet hielt das BAG jedoch an seiner bisherigen Rechtsprechung fest und betonte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1995<sup>17</sup>, die Wahrheitspflicht bezüglich einer Schwerbehinderteneigenschaft sei auch dann gegeben, wenn die Behinderung tätigkeitsneutral sei.

<sup>12</sup> in der letzten Fassung des SchwbG vom 20.12.2000

<sup>13</sup> Düwell, Praxishandbuch ArbeitsR Stand November 1988, Teil 8, Kap. 5.1, Großmann in NZA 1989, S. 702, 705;

<sup>14</sup> AG Siegburg in NZA 1995 S. 943, 945, ähnlich in einem obiter dictum BSG in BSGE 60 NR. 3 S. 11, 17.

<sup>15</sup> BAG in AP Nr. 38 zu § 123 BGB

<sup>16</sup> Becker in Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, § 29 Rdnr. 49; wohl auch Käßler, ZfA 1995, S. 274, 276

<sup>17</sup> BAG in DB 1996, S. 580

Das BAG führt in dieser Entscheidung zunächst erneut aus, daß die Pflichten des Arbeitgebers, die während des gesamten Arbeitsverhältnisses zu beachten seien, ein berechtigtes Interesse begründen, nach dem Schwerbehindertenstatus zu fragen<sup>18</sup>. Die Frage nach dem Schwerbehindertenstatus und nach der Schwangerschaft seien auch nicht vergleichbar, weil die Pflichten gegenüber einer Schwangeren eben nur vorübergehender Natur seien. Ferner passe es nicht in das System des gesetzlichen Schutzes der Schwerbehinderten, wenn der einzelne Schwerbehinderte gewissermaßen auf einem „zweiten Weg“ die Einstellung bei einem bestimmten Arbeitgeber durch falsche Angaben erreiche und erst nach Ablauf von 6 Monaten, also nach Einsetzen des besonderen Kündigungsschutzes gemäß §§ 15 ff. SchwbG, Ansprüche auf Zusatzurlaub etc. geltend mache. Würde man dem Schwerbehinderten ein Recht zur wahrheitswidrigen Beantwortung zubilligen, so würde dies ferner zu einem Verdrängungswettbewerb zwischen denjenigen führen, deren Schwerbehinderung nicht ohne weiteres erkennbar sei und die sich auf diesem Wege durch falsche Angaben einen Arbeitsplatz „erzwingen“ könnten sowie denjenigen, die aufgrund ihrer erkennbaren Behinderung die Beteiligung der Hauptfürsorgestelle bzw. des Arbeitsamts nötig haben<sup>19</sup>. Im übrigen weist das BAG darauf hin, daß weder nach dem SchwbG noch nach dem neuen Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG der Schwerbehinderte ein subjektives Recht auf Einstellung habe. Das in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG enthaltene Diskriminierungsverbot solle lediglich in der Öffentlichkeit ein deutliches Signal setzen und damit einen „gewichtigen Anstoß für einen Bewußtseinswandel in der Bevölkerung geben“. Es fehle auch eine § 611 a BGB vergleichbare einfachgesetzliche Regelung zur Durchsetzung des Benachteiligungsverbots<sup>20</sup>.

### **Die neue Rechtslage**

Dieser Rechtsprechung dürfte nun durch die Einführung des § 81 Abs. 2 S.2 Nr. 1 SGB IX der Boden entzogen worden sein: Wie bereits erwähnt, gleicht die Vorschrift fast wörtlich der des § 611 a Abs. 1 BGB, wonach u.a. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses eine Benachteiligung wegen des Geschlechts nicht erfolgen darf. Auf § 611 a Abs. 1 BGB stützt sich das BAG bei seiner Rechtsprechung, wonach die Frage an eine Bewerberin nach einer bestehenden Schwangerschaft unzulässig sei<sup>21</sup>. Die Schlußfolgerung liegt nahe, daß jetzt gleiches auch für die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft gelten müßte.

Nun schränkt zwar auch § 611 a Abs. 1 BGB nicht ausdrücklich ein entsprechendes Fragerecht des Arbeitgebers im Bewerbungsgespräch ein. Diese Interpretation war vielmehr zunächst durchaus umstritten<sup>22</sup>. Das BAG untermauerte seine Auffassung damit, daß durch § 611 a Abs. 1 BGB die Richtlinie 76/207 EWG des Rates vom 09.02.1976 „zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen“ umgesetzt werden solle. Die genannte Richtlinie hat nach Art. 1 das Ziel, in den Mitgliedstaaten

---

<sup>18</sup> BAG a.a.O. S. 580,581

<sup>19</sup> BAG a.a.O. S. 581

<sup>20</sup> BAG a.a.O. S. 581, 582

<sup>21</sup> BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB; BAG NJW 1993, S. 1154; BAG in NZA 2000, S. 255;

<sup>22</sup> Gegen eine Einschränkung der Auskunftspflicht der Bewerberin z.B. Meilicke in BB 1986, S. 1228; Walker in DB 1987 S. 273, 277

den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung zu verwirklichen. Nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung, daß weder unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgen darf. Die Frage nach der Schwangerschaft stelle nun eine solche mittelbare Diskriminierung dar, da sie sich zwar nicht direkt gegen das Geschlecht des Bewerbers richtet, jedoch gegen eine Eigenschaft, nämlich die Schwangerschaft, die zwangsläufig nur bei weiblichem Geschlecht gegeben sein kann<sup>23</sup>.

Einen ähnlichen Hintergrund hat auch § 81 SGB IX aufzuweisen. Dieser soll nach der Begründung des Gesetzgebers der Umsetzung der entsprechenden Richtlinie Nr. 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 dienen<sup>24</sup>. Die Richtlinie enthält in Art 1 einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung u. a. wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf. Art. 3 der Richtlinie stellt klar, daß diese u.a. „in Bezug auf die Bedingungen - einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen – für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit...“ gilt. Durch Art. 2 der Richtlinie werden unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung untersagt. Damit ist klargestellt, daß auch hier bereits bei der Einstellung Diskriminierungen verhindert werden sollen.

Insofern ist die Situation im Falle der Frage nach der Schwerbehinderung noch offensichtlicher als bei der Frage nach einer Schwangerschaft, da bei ersterer gar nicht erst die Konstruktion der mittelbaren Diskriminierung bemüht werden muß: Die Frage knüpft direkt an die von § 81 Abs. 2 SGB IX geschützte Eigenschaft „Schwerbehinderung“ an und stellt damit eine unmittelbare Diskriminierung dar.

Der Arbeitgeber wird sich nicht darauf berufen können, seine Frage diene nur der Prüfung, welche Pflichten er im Falle einer Einstellung gegenüber dem Schwerbehinderten zu erfüllen habe. Diese Begründung würde an der Realität vorbeigehen: Zunächst könnte mit dem gleichen Argument auch nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft gefragt werden, was nach einhelliger Rechtsprechung in aller Regel nicht zulässig ist. Im übrigen ist zu berücksichtigen, daß die Diskriminierung letztlich nicht an persönlichen Eigenschaften einer Person wie beispielsweise Schwangerschaft oder Schwerbehinderung anknüpft, gegen die der Arbeitgeber ja regelmäßig gar nichts einzuwenden hat. Der Grund für die Benachteiligung des betroffenen Personenkreises liegt vielmehr gerade in den mit einer Einstellung einhergehenden wirtschaftlichen Nachteilen und organisatorischen Belastungen für den Arbeitgeber. Es muß davon ausgegangen werden, daß auch die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft, sofern die Pflichtquote bereits erfüllt ist, lediglich dazu dient, diese Nachteile zu vermeiden. Auch bei der Frage nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft ist das BAG realistischerweise und mit deutlichen Worten davon ausgegangen, daß das einzige Interesse des Arbeitgebers an der Auskunft typischerweise darin besteht, eine Einstellung zu verhindern<sup>25</sup>.

Lediglich in einem Falle ließe sich auf Seiten des Arbeitgebers argumentieren, daß die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft nicht automatisch eine Diskriminierung darstellt, nämlich dann, wenn der Arbeitgeber seine

---

<sup>23</sup> BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB; vgl. auch EUGH in NJW 1991, S. 628

<sup>24</sup> Bt-Drucks. 14/5074, S. 113

<sup>25</sup> BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB Bl. 837

Mindestbeschäftigungsquote noch nicht erfüllt hat und er die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft gerade deshalb stellt, um Schwerbehinderte bevorzugt einstellen zu können. In diesem Falle könnte sich die Frage ausschließlich zum Vorteil des Schwerbehinderten auswirken. Andererseits ist aber erst recht nicht einzusehen, warum den Schwerbehinderten gerade in dieser Konstellation eine Wahrheitspflicht treffen soll: Dies würde darauf hinauslaufen, daß er sinnwidrigerweise dazu verpflichtet wäre, zur Erfüllung der Pflichtquote des Arbeitgebers beizutragen.

Zwar mag in diesen Fällen ein anerkennenswertes Interesse des Arbeitgebers an der Frage nach der Schwerbehinderung bestehen; eine Anfechtung des Arbeitsvertrages gem. § 123 BGB wäre aber dennoch nicht möglich, da es insofern an der erforderlichen Kausalität zwischen Täuschung und Einstellung fehlt: Hätte der Arbeitnehmer seine Schwerbehinderteneigenschaft zugegeben, hätte ihn der Arbeitgeber erst recht eingestellt. Zumindest wäre die Anfechtung rechtsmißbräuchlich, da der Arbeitgeber ja letztlich mit der Einstellung eines Schwerbehinderten, den er nunmehr auf die Pflichtquote anrechnen kann, genau das erreicht hat, was er ursprünglich wollte. Ein schützenswertes Interesse an der Lösung des Arbeitsverhältnisses ist daher auch in solchen Fällen nicht zu erkennen.

### **Abschließende Kritik an der bisherigen Rechtsprechung**

Bereits vor der Einführung des § 81 Abs. 2 SGB IX war die Rechtsprechung des BAG wenig überzeugend. Sie vermag keine Bedenken an der neuen Rechtslage aufkommen lassen:

Soweit das BAG damit argumentierte, ein Recht zur wahrheitswidrigen Beantwortung der Frage nach der Schwerbehinderung würde einseitig diejenigen privilegieren, denen man ihre Schwerbehinderung nicht ansehe, ist dies bereits deshalb nicht überzeugend, weil man auch hier mit der selben Begründung Bewerberinnen das Recht zum Verschweigen einer Schwangerschaft absprechen müßte. Das BAG übersieht offenbar, daß im Laufe einer Schwangerschaft ab einem bestimmten Zeitpunkt der Zustand der Bewerberin offenkundig wird. Letztlich werden daher durch das Recht zum Verschweigen einer Schwangerschaft auch nur diejenigen Frauen geschützt, denen man ihren Zustand nicht ohne weiteres ansieht. Aus diesem Grunde die Frage nach der Schwangerschaft wieder zuzulassen wird allerdings von niemandem ernsthaft erwogen.

Auch das Argument, der Schwerbehinderte habe kein „Recht auf Einstellung“ vermag nicht recht zu überzeugen, da es hierum letztlich nicht geht: Das BAG dramatisiert und verzerrt hier gewissermaßen den gegnerischen Standpunkt, der dann natürlich in dieser Form unhaltbar erscheint: Sicherlich wird kein Schwerbehinderter behaupten, er habe einen Anspruch auf den Arbeitsplatz, für den er sich regelmäßig neben vielen anderen Nichtbehinderten beworben hat. Er wird lediglich für sich in Anspruch nehmen, daß eine unbefangene und unvoreingenommene Prüfung erfolgt, ob er für die zur Verfügung stehende Stelle am besten geeignet ist. Es ist nicht einzusehen, wieso ihm dieses Interesse abgesprochen werden sollte, zumal er bei fehlender Eignung für die Stelle innerhalb der ersten sechs Monate mit einer Kündigung

rechnen muß, da während dieser Zeit weder das KSchG noch der Sonderkündigungsschutz des SchwbG bzw. SGB IX eingreifen.

Soweit das BAG anführt, es sei nicht zu billigen, wenn Schwerbehinderte auf einem „zweiten Weg“ unabhängig von den Schutzvorschriften des SchwbG durch falsche Angaben einen Weg in ein Beschäftigungsverhältnis suchen, so impliziert dies, daß das SchwbG den Anspruch erhebt, einen exklusiven Weg für die Begründung von Arbeitsverhältnissen mit Schwerbehinderten zu enthalten. Dies dürfte jedoch zu hoch gegriffen sein: Das SchwbG und auch das SGB IX enthalten zwar Vorschriften, die eine Integration von Schwerbehinderten fördern sollen, insbesondere die Pflicht des Arbeitgebers, zu prüfen, ob eine offene Stelle mit einem Schwerbehinderten besetzt werden kann sowie die Mindestbeschäftigungsquote für Betriebe ab einer bestimmten Größe. Diesen Vorschriften liegt erkennbar die Idee zugrunde, daß die registrierten Schwerbehinderten rechnerisch auf potentielle Arbeitgeber verteilt werden sollen. Entsprechend wurde dann auch die Höhe der Mindestbeschäftigungsquote ermittelt. Der Gesetzgeber ist jedoch selbst kaum davon ausgegangen, daß diese rechnerische Lösung in der Praxis in auch nur annähernd akzeptablem Umfang umgesetzt werden kann, da nicht zu erwarten ist, daß die Art der angebotenen Stellen immer den Qualifikationen der zu „verteilenden“ Schwerbehinderten entspricht und darüber hinaus die räumliche Verteilung von Arbeitgebern und schwerbehinderten Arbeitnehmern im Bundesgebiet übereinstimmt. Allein durch die Möglichkeit der Zahlung einer Ausgleichsabgabe, die auch zu entrichten ist, wenn der Arbeitgeber bei der Besetzung einer Stelle seinen Prüfungspflichten nachgekommen ist, zeigt der Gesetzgeber, daß er den von ihm erlassenen Vorschriften lediglich unterstützenden Charakter beimißt, die die Integration der Schwerbehinderten fördern, aber nicht ausschließlich leisten können. In der Tat ist die Realität weit von den gesteckten Zielen entfernt: Im Jahre 2000 wurde nach Auskunft der Bundesanstalt für Arbeit beispielsweise bei der seinerzeit vorgesehenen Pflichtquote von 6 % in Betrieben mit mindestens 16 Mitarbeitern eine tatsächliche Beschäftigungsquote von lediglich 3,7 % festgestellt. Dies bedeutet, daß die Zielvorgabe um sage und schreibe 38,33 % unterschritten wurde. Im Jahre 1999 waren, es ebenfalls 3,7 %, im Jahre 1998 3,8 % und im Jahre 1997 3,9 %.

Schwerbehinderte haben demnach am Arbeitsmarkt nur dann eine realistische Chance, wenn sie sich nicht ausschließlich auf die gesetzliche Integrationshilfe des SchwbG bzw. des SGB IX in Form einer Pflichtquote verlassen müssen. Wenn also die entsprechenden Vorschriften des SchwbG bzw. des SGB IX keinen Ausschließlichkeitscharakter für die Integration von Schwerbehinderten für sich in Anspruch nehmen können, wird man den Schwerbehinderten auch nicht hieran festhalten können. Von einem systemwidrigen „zweiten Weg“ zu sprechen, erscheint nach alledem im Hinblick auf die Unvollständigkeit des Systems nicht überzeugend.

## **Zusammenfassung**

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß nach der Einführung des § 81 Abs. 2 SGB IX die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung bzw. danach, ob eine Gleichstellung gem. § 2 Abs. 3 SGB IX vorliegt oder ein entsprechender Antrag gestellt wurde, nicht mehr wahrheitsgemäß beantwortet werden muß, dem Arbeitgeber also kein Anfechtungsrecht gem. § 123 BGB zusteht, falls der Arbeitnehmer eine Schwerbehinderung auf entsprechende Nachfrage nicht offenbart.



Damit wird eine von Widersprüchlichkeiten geprägte Rechtsprechung überholt, die nur mühsam zu begründen war. Das Ergebnis mag zwar einschneidende wirtschaftliche Folgen insbesondere für kleinere Betriebe mit sich bringen, ist jedoch offenbar vom Gesetzgeber zwecks Umsetzung der Richtlinie Nr. 2000/78/EG gewollt, zumal er den Wortlaut der Vorschrift des § 81 Abs. 2 in auffälliger Weise dem des § 611 a BGB angeglichen hat. Die einschlägige Rechtsprechung zu § 611 a BGB wurde wegen ihrer großen Tragweite derart intensiv in der Literatur<sup>26</sup> und in der Tagespresse diskutiert, daß sie dem Gesetzgeber kaum entgangen sein kann. Hätte er im Falle der Schwerbehinderung ein anderes Ergebnis gewünscht, so wäre dies deutlich gemacht worden. Freilich hätte es dem Gesetzgeber besser zu Gesicht gestanden, wenn gleichzeitig ein finanzieller Ausgleich für die zu erwartenden Belastungen bei denjenigen Arbeitgebern vorgesehen worden wäre, in deren Unternehmen die Pflichtquote überschritten wird. Dies hätte auch den Anreiz erhöht, auf freiwilliger Basis an der Integration Schwerbehinderter mitzuwirken. Ähnliche Regelungen finden sich z.B. für die durch Schwangerschaft einer Mitarbeiterin entstehenden wirtschaftlichen Belastungen, wo Arbeitgebern mit Kleinbetrieben gem. § 10 LFZG der jeweilige Zuschuß zum Mutterschaftsgeld zu 80 % erstattet wird. Entsprechendes gilt nach der selben Vorschrift im übrigen für die wirtschaftlichen Belastungen infolge Freistellungs- und Fehlzeiten im Berufsausbildungsverhältnis.

---

<sup>26</sup> vgl. z.B. Buchner in DB 1992, S. 1930; Däubler in NZA 1992, S. 577; Hunold in DB 1993, S. 224; Adams in ZiP 1994, S. 499; Sowka in NZA 1994, S. 967; Käßler in ZfA 1995, S. 271, 278; Worzalla in NJW 1997, S. 1809; Stürmer in NZA 2001 S. 526