



# Neues zur Frage nach der Schwerbehinderung

**Rechts-  
anwälte  
und  
Kanzleien  
stellen  
sich vor**

Ob ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nach einer bestehenden Schwerbehinderung fragen darf, ist seit längerer Zeit umstritten. Zunächst ist zu unterscheiden, ob der Arbeitgeber die Frage im Einstellungsgespräch - also vor Abschluss des Arbeitsvertrags - oder im Rahmen eines bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses gestellt hat. Zur letztgenannten Fallgestaltung hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) nunmehr mit seinem Urteil vom 16.02.2012 (Az. 6 AZR 553/10) jedenfalls teilweise Klarheit geschaffen. Der mit einem Grad der Behinderung von 60 schwerbehinderte Kläger stand seit November 2007 im Anstellungsverhältnis. Im Januar 2009 wurde der Beklagte zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen des Arbeitgebers bestellt. Der Beklagte erbat während des Insolvenzverfahrens in einem Fragebogen zur Vervollständigung und Überprüfung der ihm vorliegenden Daten auch Angaben zum Vorliegen einer Schwerbehinderung bzw. einer Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten. Der Kläger verneinte seine Schwerbehinderung. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kündigte der Beklagte als Insolvenzverwalter den Kläger am 26.05.2009 fristgerecht zum 30.06.2009. Hiergegen erhob der Kläger Kündigungsschutzklage. In dieser offenbarte er erstmals seine Schwerbehinderung, die bereits zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bestanden hatte.

Der Kläger machte geltend, die ihm gegenüber erklärte Kündigung sei unwirksam. Er genieße als Schwerbehinderter den Sonderkündigungsschutz gemäß § 85 SGB IX. Danach bedarf eine Kündigung der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. Diese lag im vorliegenden Fall nicht vor. Daher sei, so argumentierte der Kläger, das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des



**RA Dr. Herbert Lohmann**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Beklagten nicht zu Ende gegangen, sondern bestehe fort. Das Bundesarbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Der Kläger habe gegen Treu und Glauben und das aus § 242 BGB resultierende Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstoßen, indem er die Frage nach der Schwerbehinderung im Vorfeld der Kündigung ver-

neint, sich dann aber in der Klageschrift auf sie berufen habe. Die Frage nach der Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis, hier konkret: Im Vorfeld einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigung, sei zulässig, so das BAG. Die Frage stehe im Zusammenhang mit dem vom Arbeitgeber nach dem Kündigungsschutzgesetz zu beachtenden Pflichten. Nach diesen Vorschriften hat ein Arbeitgeber bei der Kündigung von Arbeitnehmern aus betriebsbedingten Gründen eine Sozialauswahl vorzunehmen. Im Rahmen der Sozialauswahl ist auch eine Schwerbehinderung eines Arbeitnehmers besonders zu berücksichtigen. Auch habe ein Arbeitnehmer, so das BAG, im Falle der Kündigung eines Schwerbehinderten den Sonderkündigungsschutz gemäß § 85 SGB IX, wonach eine Kündigung der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, zu beachten. Das BAG kommt zu dem Ergebnis, dass die dem Kläger gestellte Frage nach seiner Schwerbehinderung allein dazu diene, dass sich der Arbeitgeber rechtstreu im Rahmen seiner Kündigungsüberlegungen verhalten konnte. Auch diskriminiere die Frage in diesem Fall behinderte Arbeitnehmer nicht gegenüber solchen ohne Behinderung. Auch datenschutzrechtliche Belange stünden der Zulässigkeit der Frage nicht entgegen, so das BAG mit Recht. Nicht befasst hat sich das Gericht in dieser Entscheidung mit

der Problematik, ob die Frage nach einer Schwerbehinderung bereits im Einstellungsgespräch zulässig ist. Das BAG hat sich letztmals mit dieser Frage in einem mehr als 16 Jahre alten Urteil vom 05.10.1995 (Az. 2 AZR 923/94) befasst. Seinerzeit ist das Gericht zu dem Ergebnis gekommen, dass die Frage zulässig sei. Auch in dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Fall hatte der Arbeitnehmer die Frage nach der Schwerbehinderung wahrheitswidrig beantwortet. Nachdem der Arbeitgeber von der Schwerbehinderung erfahren hatte, erklärte er die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB. Eine solche Anfechtung wäre nicht erfolgreich gewesen, wenn die Frage nach der Schwerbehinderung im Einstellungsgespräch unzulässig gewesen wäre. Bei unzulässigen Fragen hat der betroffene Arbeitnehmer ein „Recht zur Lüge“. Die falsche Beantwortung einer solchen Frage hat für den Arbeitnehmer keine rechtlichen Konsequenzen. Die Entscheidung des BAG aus

dem Jahr 1995 wird wohl im Wiederholungsfall keine Bestätigung mehr finden. Zwischenzeitlich ist eine europarechtliche Richtlinie erlassen worden, die die Diskriminierung eines Arbeitnehmers wegen einer Behinderung untersagt. Das Stellen einer Frage nach der Schwerbehinderung schon im Einstellungsgespräch und die Bejahung der Frage aber kann einen Arbeitgeber wegen der besonderen Schutzvorschriften zu Gunsten des Schwerbehinderten im Zweifel zu der Entscheidung führen, den sich bewerbenden Arbeitnehmer gerade wegen seiner Schwerbehinderung nicht einzustellen. Das aber bedeutet inhaltlich nichts anderes als eine unzulässige Diskriminierung des schwerbehinderten Bewerbers. Es ist mithin denkbar, dass das BAG bei einer erneuten Vorlage, die Frage nach einer Schwerbehinderung als im Einstellungsgespräch unzulässig bezeichnen wird. Der Arbeitnehmer hätte also dann das Recht zur Lüge hinsichtlich dieser Frage. Ein Ergebnis über das man trefflich streiten kann.

**K a h l e r t**  
**P a d b e r g**  
Rechtsanwälte | Fachanwälte | Notare