

## • Die Frage nach der Schwerbehinderung

Wann der Arbeitgeber im Bewerbungsverfahren überhaupt noch danach fragen darf, ob Bewerberinnen und Bewerber schwerbehindert oder gleichgestellt sind, ist umstritten, aber einige Detailfragen sind bereits entschieden.

### WICHTIG

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat über die Zulässigkeit der Frage nach einer Schwerbehinderung im Rahmen einer Einstellung nach wie vor inhaltlich immer noch nicht abschließend entschieden. Dennoch lässt sich eine Tendenz ableiten.

## Frage im Bewerbungsverfahren

Grundsätzlich ist die Frage nach einer Schwerbehinderung unzulässig, weil sie eben unmittelbar und direkt an die von § 164 Abs. 2 SGB IX i.V.m. dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geschützte Eigenschaft der Schwerbehinderung anknüpft und damit eine unmittelbare Benachteiligung darstellt (bspw. LAG Hamm 19.10.2006 – 15 Sa 740/06, LAG Hessen 24.3.2010 – 6/7 Sa 1373/09). Sie muss daher nicht wahrheitsgemäß beantwortet werden. Man darf also auf eine unberechtigte Frage mit einer Lüge »kontern«. Die Frage vom Arbeitgeber nach einer Schwerbehinderung darf nur gestellt werden, wenn sie eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die berufliche Tätigkeit darstellt.

## Hinweis in Stellenanzeige erlaubt

### HINTERGRUND

Sollte der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Erfüllung der Beschäftigungsquote, wie in § 154 SGB IX beschrieben, nachkommen wollen, ist ihm das auch durch einen entsprechenden Passus in der Stellenanzeige möglich, beispielsweise: »Schwerbehinderte Menschen werden bei gleicher Eignung besonders berücksichtigt.« Damit bleibt es den Bewerbern überlassen, ob diese ihre Schwerbehinderung kundtun oder nicht.

## Fragerecht im Arbeitsverhältnis

Das BAG hat 2012 entschieden, die Frage nach der Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis sei jedenfalls nach sechs Monaten zulässig, wenn der Beschäftigte den besonderen Kündigungsschutz, heute geregelt in §§ 168 ff. SGB IX, erworben habe (16.2.2012 – 6 AZR 553/10). Arbeitgeber führen diese Entscheidung dafür noch als Beleg an. Allerdings ist diese Entscheidung schon sieben Jahre vor Inkrafttreten der DSGVO ergangen und betraf einen Ausnahmefall – als SBV können Sie darauf hinweisen, dass die Entscheidung so nicht mehr ergehen würde.

## Recht auf Anfechtung des Arbeitsvertrags?

Die falsche Beantwortung der ausnahmsweise zulässigen Frage nach einer Schwerbehinderung bei der Einstellung bietet auch die Möglichkeit der Vertragsanfechtung wegen arglistiger Täuschung. Dies geht aber nur dann, wenn die Täuschung für den Abschluss des Arbeitsvertrags ursächlich war (§§ 119, 123 Bürgerliches Gesetzbuch – BGB).

Der Arbeitgeber kann zudem das Arbeitsverhältnis kündigen, wenn sich die Täuschung auch im Arbeitsverhältnis auswirkt. In einem von dem BAG entschiedenen Fall hatte die Arbeitgeberin, ein größeres Softwareunternehmen, die Anfechtung und Kündigung des Arbeitsvertrags einer Außendienstmitarbeiterin erklärt, da diese bei der Einstellung die Frage nach dem Bestehen einer Schwerbehinderteneigenschaft wahrheitswidrig verneint hatte. Die Kündigung und die Anfechtung des Arbeitsvertrags waren gemäß der Entscheidung des BAG unwirksam (BAG 7.7.2011 – 2 AZR 396/10). Die Täuschung war für den Abschluss des Arbeitsvertrags nicht ursächlich, denn die Arbeitgeberin hatte ausdrücklich erklärt, dass sie die Arbeitnehmerin auch dann eingestellt hätte, wenn sie die Frage wahrheitsgemäß beantwortet hätte. Auch darauf, dass die Arbeitnehmerin sie über ihre Ehrlichkeit getäuscht habe, konnte die Arbeitgeberin die Anfechtung und Kündigung nicht mit Erfolg stützen.

■