

## „Recht zur Lüge“ des Arbeitnehmers? - Das BAG zur Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft

### EINFÜHRUNG

Im Vorfeld von beabsichtigten Einstellungen sind dem Arbeitgeber aus arbeitsrechtlicher Sicht zahlreiche Fragen verwehrt. Er darf grundsätzlich nur solche Fragen stellen, an deren Beantwortung er ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse hat. Liegt ein solches Interesse nicht vor, steht dem Bewerber auf die dennoch durch den Arbeitgeber gestellte Frage ein „Recht zur Lüge“ zu. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer die Frage wahrheitswidrig beantworten darf, ohne insbesondere damit rechnen zu müssen, dass der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag später wegen einer sog. arglistigen Täuschung erfolgreich anfechten kann.

Für die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung ging das BAG bis vor wenigen Jahren davon aus, dass diese generell und unabhängig von eventuellem Einfluss auf die Erfüllbarkeit der vertraglichen Arbeitspflicht grundsätzlich zulässig sei. Seit Einführung des § 81 Abs. 2 SGB IX zum 01. Juli 2001 und des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zum 18. August 2006 wird dies jedoch von der überwiegenden Meinung in der juristischen Fachliteratur für nicht mehr vertretbar erachtet.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung musste diese Frage bisher noch nicht abschließend entschieden werden (vgl. BAG, Urteil vom 07. Juli 2011 – 2 AZR 396/10). Geklärt ist nun jedoch durch ein Urteil vom 16. Februar 2012, inwieweit der Arbeitgeber im bereits bestehenden Arbeitsverhältnis die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung stellen darf.

### SACHVERHALT DER ENTSCHEIDUNG

#### VOM 16. FEBRUAR 2012

#### 6 AZR 553/10

Der Kläger war mit einem Grad der Behinderung von 60 als Schwerbehinderter anerkannt. Die Arbeitgeberin hatte hiervon keinerlei Kenntnis. Als nach ca. eineinhalb-jähriger Betriebszugehörigkeit des Klägers über das Vermögen der Arbeitgeberin das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, wurde mit dem örtlichen Betriebsrat ein Interessenausgleich mit Namensliste abgeschlossen, auf der sich auch der Name des Klägers befand. Um Fehler in der Sozialauswahl zu vermeiden, war allen Mitarbeitern im Rahmen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Fragebogen zur Vervollständigung bzw. Überprüfung der vorliegenden Sozialdaten ausgehändigt worden. Die dort enthaltene Frage nach bestehender Schwerbehinderteneigenschaft hatte der Kläger verneint. Erst nach Ausspruch der arbeitgeberseitigen Kündigung wies der Kläger in der dann von ihm erhobenen Kündigungs-

schutzklage auf seine Schwerbehinderung hin und machte die Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamts geltend.

### INHALT DER PRESSEMITTEILUNG DES URTEILS VOM 16. FEBRUAR 2012

Ausweislich der vorliegenden Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts ist die Frage nach einer bestehenden Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis jedenfalls nach dem Erwerb des gesetzlichen Sonderkündigungsschutzes, also nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses (§ 90 Abs. 1 Nr.1 SGB IX), zulässig. Dies soll insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen gelten. Im Vorfeld einer Kündigung steht die Frage nach einer Schwerbehinderung nämlich nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts in engem Zusammenhang mit den Pflichten des Arbeitgebers, im Rahmen der Sozialauswahl auch eine vorliegende Schwerbehinderung zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 3 KSchG) und die Zustimmung des Integrationsamtes vor Ausspruch der Kündigung einzuholen (§ 85 SGB IX). Antwortet der Schwerbehinderte unwahr auf die demnach zulässige Frage, ist es ihm in der Folge nach Auffassung des Gerichts wegen seines insoweit widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich im Kündigungsschutzprozess auf die Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen. Eine Diskriminierung gegenüber nichtbehinderten Menschen ist hierin nach Auffassung des Gerichts nicht zu sehen.

Die Entscheidungsgründe des Urteils vom 16. Februar 2012 sind bisher noch nicht veröffentlicht. Es ist allerdings wahrscheinlich, dass das Bundesarbeitsgericht im Kern ähnlich argumentieren wird wie die Vorinstanz: Hier hatte das Landesarbeitsgericht Hamm die Klage ebenfalls abgewiesen. In seiner Entscheidungsbegründung erkennt auch dieses Gericht das Bedürfnis des Arbeitgebers an, mit der Frage nach einer bestehenden Schwerbehinderung den Anforderungen der § 85 ff SGB IX nachzukommen und damit eine Prüfung des Eingreifens kündigungsrechtlicher Schutzbestimmungen zu Gunsten des Schwerbehinderten zu ermöglichen. Weiter hat bereits das Landesarbeitsgericht Hamm festgehalten, dass den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Sozialauswahl nur der Arbeitgeber gerecht werden kann, der die im Abwägungsprozess relevanten Kriterien kennt und berücksichtigen kann. Des Weiteren stützt es sein Ergebnis auf die Möglichkeit, dass der Schwerbehinderte durch eine nach Ausspruch der Kündigung erfolgende Offenlegung der Schwerbehinderung den Kündigungstermin hinauszögern könnte, da der Arbeitgeber sofort nach Offenlegung die Zustimmung des Integrationsam-

tes zu einer erneuten Kündigung beantragen und die Kündigung nach Vorliegen der Zustimmung erneut aussprechen müsste.

#### AUSBLICK UND HANDLUNGSEMPFEHLUNG

Es bleibt abzuwarten, wie das Bundesarbeitsgericht seine Entscheidung im Detail begründet. Das Ergebnis der Entscheidung ist jedenfalls bereits jetzt aus praktischer Sicht sehr zu begrüßen, da es für Arbeitgeber im bestehenden Arbeitsverhältnis Handlungsmöglichkeiten im Vorfeld des Ausspruches von Kündigungen eröffnet. Die Möglichkeit der Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung sollte künftig vor Ausspruch von Kündigungen in Betracht gezogen werden, um böse Überraschungen zu vermeiden. So können insbesondere Fehler bei der vor Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen durchzuführenden Sozialauswahl und durch die Berufung des Arbeitnehmers auf den gesetzlichen Sonderkündigungsschutz hervorgerufene Verzögerungen vermieden werden.

Abzuwarten bleibt schließlich, ob sich das Bundesarbeitsgericht im Rahmen seiner detaillierten Entscheidungsbegründung am Rande auch mit der Frage beschäftigen wird, inwieweit die Frage nach dem Vorliegen

einer Schwerbehinderungen bereits im Bewerbungsverfahren gestellt werden darf. Insoweit ist allerdings zu erwarten, dass sich das Bundesarbeitsgericht jedenfalls im Ergebnis der in der Fachliteratur herrschenden Meinung anschließen wird, dass diese Frage vor Abschluss des Vertrages unzulässig ist und der gefragte Bewerber damit tatsächlich ein „Recht zur Lüge“ hat.

#### ANSPRECHPARTNER



**Dr. Henning Reitz**  
h.reitz@justem.de



**Dr. Jens Jensen**  
j.jensen@justem.de

[www.justem.de](http://www.justem.de)