

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 8/2011 –

15.06.2011

Zur (Un-) Zulässigkeit der tätigkeitsneutralen Frage nach der Schwerbehinderung

Anmerkung zu Hessisches LArbG, Urt. v. 24.03.2010, Az.: 6/7 Sa 1373/09

von Dipl. Jur. Stefanie Porsche, MLU Halle-Wittenberg

Dieser Beitrag ist die überarbeitete Fassung eines Vortrages mit dem Titel: „Die (Un-) Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderung unter Geltung des AGG: Neue Überlegungen zu einer alten Frage“, gehalten auf dem 20. Rehabilitationswissenschaftlichen Kolloquium, das vom 14.–16. März 2011 in Bochum stattgefunden hat. Die Powerpoint-Präsentation zum Vortrag ist abrufbar auf den Internetseiten der Deutschen Rentenversicherung unter dem Stichwort Rechtswissenschaften I.¹

I. Eigene Thesen der Autorin

1. Die tätigkeitsneutrale und uneingeschränkte Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderteneigenschaft eines Stellenbewerbers ist mit

geltendem Recht grundsätzlich nicht zu vereinbaren. „Tätigkeitsneutral“ ist die Frage dann, wenn sie allein darauf zielt, den „Status Schwerbehinderung“ in Erfahrung zu bringen, also keinen Bezug zu den Anforderungen der Stelle aufweist.

2. Mit der grundsätzlichen Unzulässigkeit eines tätigkeitsneutralen Fragerechts geht nicht auch die Unzulässigkeit eines tätigkeitsbezogenen Fragerechts einher:

- Nach § 8 Abs. 1 AGG kann eine nach §§ 1, 7 AGG untersagte unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sein, wenn die Nicht-Behinderung eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellt. Demzufolge kann der Arbeitgeber im Hinblick auf die konkrete Tätigkeit erfragen, ob der/die Bewerber/in die entscheidenden beruflichen Anforderungen aufweist.

- § 8 Abs. 1 AGG ist dabei im Kontext des Art. 5 RL 2000/78/EG zu lesen, der die „Angemessenen Vorkehrungen“ regelt. Danach hat der Ar-

¹ http://forschung.deutsche-rentenversicherung.de/ForschPortalWeb/contentAction.do?key=main_reha_kollo_mats_201120_session#recht_I.

beitgeber die „geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen“ zu ergreifen, um Menschen mit Behinderung – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – insbesondere den Zugang zu einer Beschäftigung und ihre Ausübung zu ermöglichen. Für eine Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG folgt aus der Verpflichtung des Arbeitgebers zu angemessenen Vorkehrungen, dass sich dieser nur dann auf das Fehlen der „wesentlichen beruflichen Anforderungen“ bei dem (schwer-) behinderten Stellenbewerber berufen kann, wenn er seiner Verpflichtung, die jeweils konkret erforderlichen angemessenen Vorkehrungen vorzunehmen, nachkommt.

- Die tätigkeitsbezogene Frage nach der (Schwer-) Behinderung ist daher nur dann nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig, wenn in ihr selbst schon die relative Erfüllbarkeit der beruflichen Anforderungen unter Zuhilfenahme angemessener Vorkehrungen zum Ausdruck kommt.

3. Ausnahmsweise kann die tätigkeitsneutrale Frage nach einer (Schwer-) Behinderung zulässig sein, wenn sich der Arbeitgeber in einer Integrationsvereinbarung zu Fördermaßnahmen i. S. d. §§ 5 AGG, 83 SGB IX verpflichtet hat. Die Frage bereitet dann keine Benachteiligung, sondern eine Förderung (schwer-) behinderter Beschäftigter vor. Um den Missbrauch eines solchen Fragerechts zu verhindern, sind hier hohe Anforderungen zu stellen.

II. Der Fall

Die Parteien streiten u. a. über den Bestand des Arbeitsverhältnisses, das der Arbeitgeber der Klägerin sowohl durch Anfechtungserklärung als auch durch eine Vielzahl an außerordentlichen sowie hilfsweise ordentlichen Kündigungen angegriffen hat, wegen der wahrheitswidrig beantworteten Frage nach dem Bestehen einer anerkannten Schwerbehinderung durch die Klägerin.

Die Klägerin, verheiratet und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet, ist seit dem 23. Juli 1998 mit einem Grad von "50" anerkannt schwerbehindert. Seit dem 1. März 2007 ist sie bei der Beklagten, einem Softwareunternehmen mit 1200 Beschäftigten – davon 20 anerkannt schwerbehinderte Beschäftigte – im Vertrieb/ IT-Servicemanagement tätig. Mit der Tätigkeit gingen für die Klägerin auch Reisen und Dienstreisen einher.

In einem sog. Personalfragebogen, der der Klägerin mit dem Arbeitsvertrag vorgelegt worden war, antwortete sie auf die Fragen zu ihren persönlichen Verhältnissen wie folgt:

- Sind Sie anerkannter Schwerbehinderter oder Gleichgestellter? Ja [] Nein [x]
- Gibt es gesundheitliche Beeinträchtigungen, die möglicherweise die Arbeitsleistung einschränken könnten? Ja [] Nein [x]
- Sind Sie auch für eine Außendiensttätigkeit voll belastbar? Ja [x] Nein []

Die Klägerin teilte der Beklagten das Vorliegen ihrer Schwerbehinderung am 7. Oktober 2008 mit, da ihr zuvor unter Verweis auf betriebsbedingte Gründe angeraten worden war, gegen Erhalt einer entsprechenden Abfindung aus dem Arbeitsverhältnis auszuscheiden. Die anstandslose und zufriedenstellende Arbeitsleistungserbringung durch die Klägerin bis zu dem Zeitpunkt der Offen-

legung der Schwerbehinderung ist zwischen den Parteien strittig.

III. Die Entscheidung

Die Vorinstanz – das Arbeitsgericht Frankfurt – hatte mit Urteil vom 20. Mai 2009 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwar weder durch Anfechtung noch durch außerordentliche Kündigung, jedoch durch die ordentliche Kündigung vom 5. Januar 2009 zum 15. Februar 2009 beendet worden sei.

Die Klägerin wendet sich gegen die Wirksamkeit der außerordentlichen bzw. ordentlichen (Tat- bzw. Verdachts-) Kündigungen durch die Beklagte und beantragt u. a. für den Fall des Obsiegens der Beklagten, sie vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zu gleichen Konditionen als Senior Account Managerin weiter zu beschäftigen. Weiter macht die Klägerin – insbesondere im Hinblick auf einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG – geltend, sie habe Indizien vorgetragen, die eine Benachteiligung wegen einer Behinderung nach § 1 AGG vermuten ließen: Ihr sei wegen der zulässigen Falschbeantwortung der Frage nach der Behinderung gekündigt worden.

Die Arbeitgeberin und Beklagte beantragte demgegenüber die Klageabweisung unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils. Insbesondere nicht überzeugend sei die Verneinung der rechtswidrigen Täuschung im Rahmen des § 123 Abs. 1 BGB und die damit einhergehende Klagestattgabe, wonach das Arbeitsverhältnis nicht durch Anfechtung beendet worden sei. Das BAG, das letztmalig im Jahr 2000 über das tätigkeitsneutrale Fragerecht zu entscheiden hatte, habe dieses dort als uneingeschränkt zulässig angesehen, obgleich die RL 2000/78/EG schon kurz vor ihrer Verabschiedung gestanden hatte. Entsprechend habe sie, die Beklagte, sich auf die ständige Rechtsprechung des BAG verlassen und auch ver-

lassen dürfen. Weiter könne sie sich für die Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderung auch auf Art. 8 Abs. 1 AGG berufen; die Frage sei der Klägerin in erster Linie gestellt worden, da die Schwerbehindertenquote im Unternehmen erhöht werden sollte. Die Chancen der Klägerin auf Einstellung hätten sich bei wahrheitsgemäßer Beantwortung der Frage gar noch erhöht.

Das LArbG Hessen folgt dem Arbeitsgericht insoweit, als es das Arbeitsverhältnis weder durch die Anfechtungserklärung der Beklagten noch durch außerordentliche Kündigung, gestützt auf die Falschbeantwortung der Frage nach einer anerkannten Schwerbehinderung, beendet ansieht. Bezüglich der weiteren ordentlichen Kündigungen (vom 5. Januar und 14. Januar 2009) sieht das Berufungsgericht eine weitere Sachverhaltsaufklärung (Beweisaufnahme) für erforderlich an.

Zur Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft im Personalfragebogen der Beklagten führt das Landesarbeitsgericht aus, dass das tätigkeitsneutrale Fragerecht lange Zeit heftig umstritten gewesen sei. Seit Inkrafttreten des § 81 SGB IX im Jahr 2001 gehe die überwiegende Meinung im Schrifttum von der Unzulässigkeit eines tätigkeitsneutralen Fragerechts aus. Dem schließt sich das Berufungsgericht an: Sowohl § 81 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB IX in der Fassung bis zum Inkrafttreten des AGG als auch § 81 Abs. 2 SGB IX n. F. stünden im Hinblick auf das dort normierte Benachteiligungsverbot der Zulässigkeit eines tätigkeitsneutralen Fragerechts nach dem Schwerbehindertenstatus entgegen. Die der Klägerin im Personalfragebogen gestellte Frage sei als tätigkeitsneutral zu qualifizieren. Dies ergebe sich zum einen daraus, dass explizit nach einer „anerkannten“ Schwerbehinderung gefragt werde und zum anderen daraus, dass nach der gesundheitlichen Eignung bzw. nach gesundheitlichen Beeinträchtigungen – in Nr. 2 und 3 – ge-

sondert gefragt werde.

Im Rahmen der Prüfung der Kausalität des § 123 Abs. 1 BGB führt das LArbG aus, dass der Vortrag der Beklagten, die Frage nach der Schwerbehinderung habe das Ziel verfolgt, die Beschäftigungsquote schwerbehinderter Beschäftigter im Unternehmen zu erhöhen, dazu führe, dass der Irrtum der Beklagten über die Schwerbehinderteneigenschaft der Klägerin für die Willenserklärung, also die Einstellung, nicht ursächlich gewesen sei. Die schwerbehinderte Klägerin sei von der Beklagten in Unkenntnis der Schwerbehinderung als „beste“ Bewerberin ausgewählt und eingestellt worden. Eine arglistige Täuschung i. S. d. § 123 Abs. 1 BGB – so das LArbG Hessen – könne daher nicht festgestellt werden.

IV. Würdigung/Kritik

Die Entscheidung des LArbG Hessen, der im Ergebnis zuzustimmen ist, gibt Anlass, die

ständige Rechtsprechung des BAG zum tätigkeitsneutralen Fragerecht unter der geänderten Rechtslage seit Inkrafttreten des SGB IX und des AGG zu reflektieren. In diesem Zusammenhang ist § 8 Abs. 1 AGG jedoch ausführlicher als durch das Berufungsgericht erfolgt, zu würdigen, da dieser Norm die Grenzen eines tätigkeitsbezogenen Fragerechts entnommen werden können. Unter Berücksichtigung des Vortrags der Arbeitgeberin, sie habe die tätigkeitsneutrale Frage zur Förderung schwerbehinderter Beschäftigter im Unternehmen gestellt, ist weiter darüber nachzudenken, ob und unter welchen Voraussetzungen, Ausnahmen von der grundsätzlichen Unzulässigkeit des tätigkeitsneutralen Fragerechts nach §§ 5 AGG, 83 SGB IX anzuerkennen sind. Diesen Überlegungen soll auf den folgenden Seiten nachgegangen werden, bevor abschließend auf die Klagerechte der Verbände nach § 63 SGB IX bzw. der Betriebsräte und Gewerkschaften nach § 17 Abs. 2 AGG eingegangen wird.

Das Fragerecht des Arbeitgebers im Wandel der Zeit

Neben dem vorliegenden², ist auch in einem weiteren Fall zum Fragerecht die Revision zugelassen worden, so dass sowohl der 2. als auch der 8. Senat des BAG in Kürze³ erstmals seit dem Jahr 2000 wieder über das tätigkeitsneutrale Fragerecht nach dem Schwerbehindertenstatus zu befinden haben wird.⁴

I. Die Rechtsprechung des BAG zum Fragerecht bis zum Jahr 2000

Da es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zur Un- bzw. Zulässigkeit zum Fragerecht fehlt(e), oblag es der Rechtsprechung des BAG die Voraussetzungen zu entwickeln, die an die zulässige Ausübung des Fragerechts durch den Arbeitgeber zu stellen sind. Stets ging es dabei um den Ausgleich gegensätzlicher Interessen: Einerseits das Interesse des Arbeitgebers, eine/n fachlich und persönlich geeignete/n Arbeitnehmer/in für die zu besetzende Stelle zu finden und durch gezielte Fragen im Vorstellungsgespräch dieses Ziel zu verfolgen; andererseits das persönlichkeitsrechtliche Interesse der Stellenbewerber/innen daran, so wenig wie möglich über sich bzw. sensible Daten preisgeben zu müssen, um den Erhalt der Stelle nicht zu gefährden.⁵

In ständiger Rechtsprechung hat das BAG ein Fragerecht des Arbeitgebers grundsätz-

lich immer dann anerkannt, wenn dem Arbeitgeber ein „berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse“ an der Beantwortung seiner Frage zur Seite stand.⁶ Für die Frage nach der sog. einfachen Behinderung hat es dabei anders entschieden als für die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft.

Insbesondere: Die Unterscheidung zwischen Behinderung und Schwerbehinderung. Im Falle des Vorliegens einer **sog. einfachen** Körperbehinderung bzw. einer **Behinderung**, die nicht die Kriterien einer Schwerbehinderung i. S. des § 2 Abs. 2 SGB IX erfüllt, ist immer dann ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers und mithin ein Fragerecht bejaht worden, wenn „erfahrungsgemäß die Eignung des Stellenbewerbers für die vorgesehene Tätigkeit aufgrund dieser Behinderung“⁷ beeinträchtigt ist. Demgegenüber hat das BAG im Falle des Vorliegens einer **Schwerbehinderung** ein arbeitgeberseitiges Fragerecht unabhängig davon bejaht, ob die bestehende Behinderung für die auszuübende Tätigkeit von Bedeutung ist.⁸ Nach dem „Status Schwerbehinderung“ durfte danach also immer gefragt werden, so dass von einem tätigkeitsneutralen⁹ oder auch uneingeschränkten¹⁰ Fragerecht gesprochen worden ist.

Zur Begründung ist auf das, dem Arbeitgeber eine Reihe an Pflichten auferlegende, Schwerbehindertenrecht verwiesen worden,

² LArbG Frankfurt, Urt. v. 24.03.2010 – 6/7 Sa 1373/09: Revision eingelegt unter Az.: 2 AZR 396/10.

³ Der 2. Senat verhandelt am 07.07.2011 über die Revision gegen das Urteil des LArbG Frankfurt.

⁴ LArbG Baden-Württemberg, Urt. v. 06.09.2010 – 4 Sa 18/10: Revision eingelegt unter Az.: 8 AZR 608/10.

⁵ So schon BAG, Urt. v. 01.08.1985 – 2 AZR 101/83 – NZA 1986, 635 (635).

⁶ BAG, Urt. v. 05.10.1995 – 2 AZR 923/94 – NJW 1996, 2323 – juris Rn. 17.

⁷ BAG, Urt. v. 07.06.1984 – 2 AZR 270/83 – NZA 1985, 57 (58) zugleich Leitsatz.

⁸ BAG, Urt. v. 05.10.1995 – 2 AZR 923/94 – NJW 1996, 2323.

⁹ BAG, Urt. v. 05.10.1995 – 2 AZR 923/94 – NJW 1996, 2323.

¹⁰ BAG, Urt. v. 01.08.1985 – 2 AZR 101/83 – NZA 1986, 635 (636).

zu dessen Erfüllung der Arbeitgeber Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft potentieller Beschäftigter haben müsse.¹¹ Anders als im Falle der Schwangerschaft einer Bewerberin, gingen mit dem Schwerbehindertenstatus eines Beschäftigten für den Arbeitgeber nicht nur vorübergehend finanzielle Belastungen einher, vielmehr ergäben sich nachteilige Folgen für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses.¹² Zudem fehle es an einem gesetzlichen Diskriminierungsverbot wegen einer (Schwer-) Behinderung im Gegensatz zur ausdrücklich in § 611a BGB a. F. geregelten Geschlechtsdiskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses.¹³ Schließlich hat das BAG auch dem durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994 eingefügten Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, wonach niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf, keine Einschränkung des tätigkeitsneutralen Fragerechts entnehmen können.¹⁴ Insbesondere nach der Rechtsprechung des 2. Senats des BAG und der sich anschließenden Literatur rechtfertigte sich das Fragerecht nach dem Schwerbehindertenstatus also durch die erhöhten Vertragsrisiken für den Arbeitgeber, hinter denen die persönlichkeitsrechtlichen Interessen schwerbehinderter Stellenbewerber/innen zurückzutreten hätten.¹⁵

Mit der Anerkennung des Fragerechts korrespondierte die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Beantwortung der Frage durch den schwerbehinderten Bewerber. Eine Falschbeantwortung, sei es im persönlichen Be-

werbungsgespräch oder auf einem Einstellungsfragebogen, berechtigte den Arbeitgeber zur Anfechtung des geschlossenen Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB).

II. Unzulässigkeit eines tätigkeitsneutralen Fragerechts seit Inkrafttreten des SGB IX (2001) und des AGG (2006)

Mit § 81 Abs. 2 Nr. 1 SGB IX a. F. normierte der Gesetzgeber im Jahre 2001 erstmals ein arbeitsrechtliches Benachteiligungsverbot für schwerbehinderte Beschäftigte, das insbesondere auch bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen Geltung beanspruchte. Es setzte sich in der Literatur zunehmend die Auffassung durch, dass das tätigkeitsneutrale und uneingeschränkte Fragerecht des Arbeitgebers mit § 81 Abs. 2 SGB IX a. F. nicht zu vereinbaren und daher dem Grundsatz nach unzulässig sei.¹⁶ Diese Auffassung stützt sich insbesondere und zu Recht auf die somit entfallene Begründungslinie der Rechtsprechung des BAG, wonach es für das Merkmal „(Schwer-) Behinderung“ bis zu diesem Zeitpunkt an einem ausdrücklichen gesetzlichen Benachteiligungsverbot fehlte. Da das Benachteiligungsverbot auf die Verbesserung der Chancen schwerbehinderter Beschäftigter und Stellenbewerber/innen zielt, folgt daraus schon denklogisch, dass die Zulässigkeit der „abstrakten“ Frage nach der Schwerbehinderung diesen Zweck konterkariert¹⁷; denn abgefragt wird lediglich ein „Status“, unabhängig davon, ob dieser Auswirkungen auf die auszuübende Tätigkeit hat

¹¹ BAG, Urt. v. 01.08.1985 – 2 AZR 101/83 – NZA 1986, 635 (635): Rechtliche und wirtschaftliche Tragweite sowie betriebliche Auswirkungen, die aus Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter AN resultierten.

¹² BAG, Urt. v. 05.10.1995 – 2 AZR 923/94 – NJW 1996, 2323 – juris Rn. 25.

¹³ BAG, Urt. v. 05.10.1995 – 2 AZR 923/94 – NJW 1996, 2323 – juris Rn. 25 und 29.

¹⁴ BAG, Urt. v. 05.10.1995 – 2 AZR 923/94 – NJW 1996, 2323 – juris Rn. 29.

¹⁵ Zuletzt BAG Urt. v. 18.10.2000 – 2 AZR 380/99 – BAGE 96, 123 m. w. N.

¹⁶ Jousen, NZA 2007, 174 (176); Rust, in: dies./Falke, AGG 2007, § 7 Rn. 39 ff.; Düwell, in: Haines/Düwell/Jousen, SGB IX, 3. Aufl. 2011, § 85 Rn. 18 ff. (Unzulässigkeit folge seit 1994 schon aus Art. 3 III 2 GG); Wisskirchen/Bissels, NZA 2007, 169 (173); Bayreuther, NZA 2010, 679 (679).

¹⁷ Düwell, in: Haines/Düwell/Jousen, SGB IX, 3. Aufl. 2011, § 85 Rn. 19.

bzw. haben wird. Es wird so Raum geschaffen für Zuschreibungen und Vorurteile gegenüber (schwer-) behinderten Menschen, den die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG mit ihrem Benachteiligungsverbot in Art. 1 gerade unterbinden möchte, mit der Folge, dass die Arbeitsmarktchancen dieser Personengruppe wohl eher gemindert als verbessert werden.

III. Der aktuelle Diskussionsstand: Zwei arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote

§ 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX regelt – trotz Inkrafttreten des AGG im Jahr 2006 – weiterhin das Benachteiligungsverbot für schwerbehinderte Beschäftigte, enthält im Übrigen jedoch in S. 2 den Verweis auf die Regelungen des AGG. Mit der Normierung der §§ 1, 7 AGG ist das Benachteiligungsverbot auch zugunsten von Menschen mit Behinderung umgesetzt worden, da die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG zwischen „Behinderung“ und „Schwerbehinderung“ nicht unterscheidet. Seither bestehen zwei arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote: für die Schwerbehinderung in § 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX sowie in §§ 1, 7 AGG für die sog. einfache Behinderung.¹⁸ Hinter diesem zweifachen Benachteiligungsverbot steht maßgeblich das in § 63 SGB IX normierte Klagerecht der Verbände, das in S. 1 verlangt, dass behinderte Menschen in ihren Rechten „nach diesem Buch“, also dem SGB IX, verletzt werden.¹⁹ Eine

¹⁸ Düwell, BB 2006, 1741 (1741); das doppelte Benachteiligungsverbot anerkennend BAG, Urt. v. 21.07.2009 – 9 AZR 431/08 – juris Rn. 13 ff.; anders dagegen ArbG Düsseldorf, Urt. v. 23.04.2010 – 10 Ca 7038/09 – juris Rn. 54 ff. m. krit. Anm. Gagel, jurisPR-ArbR 43/2010 Anm. 3 unter E., insb. im Hinblick auf die Notwendigkeit der Unterscheidung der Benachteiligungsverbote wegen des Klagerechts der Verbände nach § 63 SGB IX.

¹⁹ Kohte, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 63 Rn. 7.

Verletzung von § 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX kann somit prozessrechtlich von einem Verband i. S. d. § 63 SGB IX, der nach seiner Satzung behinderte Menschen vertritt, verfolgt werden (ausführlich dazu unten).

Die grundsätzliche Unzulässigkeit eines tätigkeitsneutralen, uneingeschränkten Fragerechts des Arbeitgebers bezieht sich mithin umfassend auf die Frage nach einer „Behinderung“.²⁰

1. Das tätigkeitsbezogene Fragerecht des Arbeitgebers nach § 8 Abs. 1 AGG

Mit der grundsätzlichen Unzulässigkeit des tätigkeitsneutralen Fragerechts des Arbeitgebers geht jedoch nicht auch die Unzulässigkeit des tätigkeitsbezogenen Fragerechts einher. Nach § 8 Abs. 1 AGG kann eine nach §§ 1, 7 AGG untersagte unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung gerechtfertigt sein, „wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist“.²¹

In welchen Grenzen ein tätigkeitsbezogenes Fragerecht des Arbeitgebers zulässig ist, kann daher Art. 8 Abs. 1 AGG – der der Umsetzung des Art. 4 der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG dient – entnommen werden.²²

²⁰ So auch Düwell, in: Haines/Düwell/Joussen, SGB IX, 3. Aufl. 2011, § 85 Rn. 20; Däubler, in Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 36.

²¹ Fuerst weist zu Recht darauf hin, dass die „Nicht-Behinderung“ und nicht das Vorliegen einer „Behinderung“ die wesentliche berufliche Anforderung i. S. d. § 8 Abs. 1 AGG darstellt: DB 2009, 2153 (2156).

²² Zuletzt LArbG Baden-Württemberg, Urt. v. 06.09.2010 – 4 Sa 18/10 – juris Rn. 56 f. – Grundsätzlich so schon Großmann, NZA 1989, 702 (705 f.: keine Veranlassung, über die konkrete Funktionsbeeinträchtigung hinaus nach der Schwerbehinderteneigenschaft zu fragen).

Dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 AGG folgend, ist es darauf beschränkt, dass sich der Arbeitgeber bei dem Bewerber danach erkundigen darf, ob eine Beeinträchtigung (gleich welcher Art: physisch, psychisch etc.) vorliegt, die der Ausübung der beruflichen Tätigkeit entgegensteht.²³ Umgekehrt formuliert: Die Frage nach der Schwerbehinderung stellt eine unmittelbare Diskriminierung i. S. d. § 3 AGG dar, es sei denn, die Nicht-Behinderung ist „entscheidend“ für die jeweilige berufliche Tätigkeit.²⁴ „Entscheidend“ ist eine Anforderung dann, wenn die vertragsgemäße Tätigkeit ohne sie nicht bzw. nicht ordnungsgemäß erfüllt werden kann.²⁵ Das Erfordernis der „Wesentlichkeit“ zielt auf den von der (Schwer-) Behinderung betroffenen Arbeitsbereich ab, der im Verhältnis zu den gesamten Arbeitsanforderungen prägend sein muss.²⁶ Stellt die Nicht-Behinderung eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ i. S. d. § 8 Abs. 1 AGG dar, ist sodann die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen.

2. Die „angemessenen Vorkehrungen“ im Rahmen der Prüfung des § 8 Abs. 1 AGG

Es steht zu vermuten, dass Ungleichbehandlungen wegen des Merkmals (Schwer-) Behinderung über § 8 Abs. 1 AGG mehr als bei den anderen geschützten Merkmalen des AGG gerechtfertigt werden können.²⁷ Daher ist es notwendig, § 8 Abs. 1 AGG vor allem im Kontext des Art. 5 RL 2000/78/EG, der die „Angemessenen Vorkehrungen“ regelt,

zu betrachten. Nach Art. 5 S. 1 der Rahmenrichtlinie hat der Arbeitgeber die „geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen“ zu ergreifen, um Menschen mit Behinderung – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – insbesondere den Zugang zu einer Beschäftigung und ihre Ausübung zu ermöglichen. Diese Bestimmung ist im Zuge der Umsetzung der Richtlinie nicht in das AGG aufgenommen worden. Allerdings gibt es Normen im SGB IX – wie etwa § 81 Abs. 4 – die zumindest als partielle Umsetzung des Art. 5 anzusehen sind.²⁸

Für eine Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG folgt aus der Verpflichtung des Arbeitgebers zu angemessenen Vorkehrungen, dass sich dieser nur dann auf das Fehlen der „wesentlichen beruflichen Anforderungen“ bei dem/der (schwer-) behinderten Stellenbewerber/in berufen kann, wenn er seiner Verpflichtung, die jeweils erforderlichen angemessenen Vorkehrungen vorzunehmen, nachkommt.²⁹ Das Unterlassen der zumutbaren angemessenen Vorkehrungen wäre andernfalls selbst eine unmittelbare Diskriminierung i. S. d. §§ 1, 7 AGG wegen des Merkmals „Behinderung“ durch den Arbeitgeber.³⁰

²³ Faber, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 81 Rn. 100.

²⁴ Schleusener, in: ders./Suckow/Voigt, AGG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 30.

²⁵ Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 326.

²⁶ So Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 21; auch ErfK/Schlachter, 11. Aufl. 2001, § 8 AGG Rn. 4.

²⁷ ErfK/Schlachter, 11. Aufl. 2011, § 8 AGG Rn. 4.

²⁸ Ausführlich dazu Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 358.

²⁹ Brors, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 35 ff.; Schleusener, in: ders./Suckow/Voigt, AGG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 49; ErfK/Schlachter, 11. Aufl. 2001, § 8 AGG Rn. 4; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 358.

³⁰ Brors, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 8 Rn. 36.

3. Zusammenfassung

Das BAG hatte seit der letzten Entscheidung aus dem Jahr 2000 noch keine Gelegenheit, seine Rechtsprechung der veränderten Rechtslage anzupassen. Die Instanzgerichte, wie vorliegend das LArbG Hessen, gehen im Anschluss an die in der Literatur vertretenen überzeugenden Argumente nahezu einhellig von der grundsätzlichen Unzulässigkeit eines tätigkeitsneutralen Fragerechts des Arbeitgebers nach der (Schwer-) Behinderung aus.³¹

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich auch im Umkehrschluss aus § 8 Abs. 1 AGG, dem allein die Zulässigkeit eines tätigkeitsbezogenen Fragerechts entnommen werden kann. Um den Richtlinienanforderungen bzw. den gesetzlichen Anforderungen der §§ 1, 7, 8 AGG zu genügen, ist der Arbeitgeber also nur zu einer Frage berechtigt, die auf die konkrete Tätigkeit Bezug nimmt, um in Erfahrung zu bringen, ob es dem/der Bewerber/in an den „entscheidenden beruflichen Anforderungen“ i. S. d. § 8 Abs. 1 AGG fehlt. Als Vorbild kann hier die US-amerikanische Praxis dienen.

Die Frage des Arbeitgebers lautet dann unter Berücksichtigung der Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen: „Sind Sie nach Ihrer Einschätzung in der Lage, die Stellenanforderungen mit oder ohne (geringfügige) Hilfsmittel zu erfüllen?“³² Sehr anschaulich zeigt der Personalfragebogen im vorliegenden Fall des LArbG Hessen, dass Unterscheidungen zwischen abstrakten Fragen nach einer (Schwer-) Behinderung (Frage 1) und konkret tätigkeitsbezogenen Fragen (Fragen 2 und 3) in der Praxis schon vorgenommen werden.

Für ein Anfechtungsrecht des Arbeitgebers nach § 123 Abs. 1 BGB unter aktueller Rechtslage muss daher für das Merkmal „Behinderung“ gelten, was das BAG bereits oben zur sog. einfachen Körperbehinderung ausgeführt hat: „Die unrichtige Beantwortung der Frage des Arbeitgebers nach einer Körperbehinderung durch einen Stellenbewerber kann nur dann eine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB rechtfertigen, wenn die verschwiegene Körperbehinderung erfahrungsgemäß die Eignung des Arbeitnehmers für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt“.³³ Insoweit kann die Rechtsprechung des BAG zum Fragerecht also aufgegriffen werden.

³¹ LArbG Baden-Württemberg, Urt. v. 06.09.2010 – 4 Sa 18/10 – juris; LArbG Hamm, Urt. v. 19.10.2006 – 15 Sa 740/06 – juris.

³² Beispiel entnommen bei Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 23 m. w. N. zur US-amerikanischen Praxis.

³³ BAG, Urt. v. 07.06.1984 – 2 AZR 270/83 – NZA 1985, 57 (58) zugleich Leitsatz.

Ausnahmen vom Grundsatz der Unzulässigkeit eines tätigkeitsneutralen Fragerechts? Die Bedeutung der positiven Maßnahmen nach § 5 AGG i. V. m. § 83 SGB IX

Von der Prämisse ausgehend, dass ein tätigkeitsneutrales Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Vorliegen einer „Behinderung“ mit der geltenden Gesetzeslage nicht in Einklang zu bringen ist, sind jedoch die Folgen für aktivierende Förderpolitiken in den Betrieben zu bedenken. Als Beispiele sind hier vor allem betriebliche Fördermaßnahmen zu nennen, die auf die Erreichung der gesetzlichen oder einer darüber hinausgehenden Beschäftigungsquote (schwer-) behinderter Arbeitnehmer i. S. d. § 71 SGB IX zielen oder auch auf die bevorzugte Einstellung von Menschen mit (Schwer-) Behinderung bei gleicher Qualifikation.

Es handelt sich bei diesen Fördermaßnahmen um sog. positive Maßnahmen, die § 5 AGG grundsätzlich gestattet. Auf betrieblicher Ebene ist es insbesondere die Integrationsvereinbarung nach § 83 SGB IX, die dazu dient, positive Maßnahmen zu etablieren. Geben Stellenbewerber jedoch – aus welchen Gründen auch immer – ihre Schwerbehinderung nicht an, hat der Arbeitgeber keine Möglichkeit von der (Schwer-) Behinderung Kenntnis zu erlangen und kann seine aus der Integrationsvereinbarung resultierende Verpflichtung zur Förderung (schwer-) behinderter Beschäftigter auch nicht erfüllen.

I. Voraussetzungen an ein Fragerecht im Kontext der §§ 5 AGG, 83 SGB IX

Zu überlegen ist daher, ob und unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen vom Grundsatz der Unzulässigkeit des tätigkeitsneutralen Fragerechts im Kontext der §§ 5

AGG, § 83 SGB IX anzuerkennen sind.³⁴ Bedenken, die sich auf die Missbrauchsanfälligkeit einer solchen Ausnahmeregelung beziehen³⁵, bestätigt gerade auch der vorliegende Fall des LArbG Hessen: Der Vortrag der Arbeitgeberin, sie habe die Frage gestellt, um die Beschäftigtenquote der schwerbehinderten Arbeitnehmer/innen im Unternehmen zu erhöhen, steht isoliert neben der gleichzeitigen Anfechtungserklärung wegen der wahrheitswidrigen Beantwortung der Frage nach der Schwerbehinderung durch die Klägerin.

Im Folgenden soll jedoch gezeigt werden, dass diesen Bedenken mit hohen Anforderungen an ein nur ausnahmsweise zulässiges tätigkeitsneutrales Fragerecht nach §§ 5 AGG, 83 SGB IX begegnet werden kann.

1. Die Anforderungen an die konkrete Regelung in der Integrationsvereinbarung

Zunächst muss im Betrieb eine Integrationsvereinbarung vorhanden sein, die eine konkret verpflichtende Regelung zur Erhöhung der Beschäftigungsquote schwerbehinderter Menschen enthält.³⁶ Unproblematisch sind

³⁴ Grundsätzlich bejahend Jousen, NZA 2007, 174 (177); Düwell, in: Haines/Düwell/Jousen, SGB IX, 3. Aufl. 2011, § 85 Rn. 23; Faber, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 81 Rn. 100; zur Abgrenzung der positiven Maßnahmen von den angemessenen Vorkehrungen Fuerst, DB 2009, 2153 (2154 f.).

³⁵ So etwa Bayreuther, NZA 2010, 679 (680): Eine Ausnahme würde „selbst bei Bestehen von Integrationsvereinbarungen ein gewisses Umgehungsrisiko provozieren“.

³⁶ Kohte, in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann, 2009, § 83 Rn. 4: Insbesondere Frauenförderpläne als Vorläufer zeigten, dass die Wirksamkeit

demzufolge Integrationsvereinbarungen, die klare Zielvereinbarungen enthalten und über die Wiederholung des Gesetzeswortlautes hinausgehen, also etwa eine Mindestbeschäftigungsquote von sieben Prozent für Menschen mit (Schwer-) Behinderung im Betrieb anstreben.³⁷ Sodann existieren Regelungen, die zwar nicht über die gesetzlichen Pflichten hinausgehen, aber doch eine klare Zielvorgabe enthalten. Ein Beispiel dafür ist eine Regelung der folgenden Art: „Die Arbeitgeber haben das Ziel, mindestens die gesetzliche Beschäftigungsquote zu erfüllen bzw. zu überschreiten“. Schwieriger zu beurteilen sind hingegen Regelungen, in denen es etwa heißt: „Die gesetzliche Beschäftigungspflicht soll nach Möglichkeit nicht unterschritten werden“. Neben dem ungenauen Wortlaut, ist an einer solchen Regelung problematisch, dass nicht klar wird, ob sich der Arbeitgeber bei Personalentscheidungen tatsächlich für die Einstellung (schwer-) behinderter Bewerber/innen einsetzen wird. Unerlässlich ist in jedem Fall, die Regelung zur Beschäftigungsquote im Kontext der gesamten Integrationsvereinbarung zu lesen. Ist dabei festzustellen, dass auch die übrigen Regelungen lediglich vage bleiben oder gar hinter den bestehenden gesetzlichen Pflichten des Arbeitgebers zurückbleiben, ist ein Fragerecht nicht anzuerkennen. § 83 Abs. 1 S. 1 SGB IX spricht davon, dass die Akteure eine „verbindliche“ Integrationsvereinbarung treffen, so dass der Wortlaut der Norm schon klar zum Ausdruck bringt, dass unverbindliche Regelungen in Gestalt allgemeiner Ab-

von positiven Maßnahmen von konkreten Zielen und einer vertraglichen Verpflichtung abhinge.

³⁷ „Im Betrieb xxx wird die gesetzliche Vorgabe des § 71 I 1 SGB IX, wonach Arbeitgeber auf wenigstens fünf Prozent ihrer Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen haben, derzeit erfüllt. Daher streben wir über die gesetzliche Beschäftigungsquote hinaus dauerhaft eine Beschäftigungsquote von sieben Prozent an.“ Alle Beispiele sind Integrationsvereinbarungen aus der Praxis entnommen, abrufbar unter www.rehadat.de.

sichtserklärungen sowie das reine Wiederholen bzw. Umschreiben gesetzlicher Pflichten kein hinreichender Gegenstand einer Integrationsvereinbarung sein können.³⁸

2. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Offenlegung seiner Intentionen

Das zweite Erfordernis betrifft die Pflicht des Arbeitgebers, die Intention seiner Frage im Bewerbungsgespräch offenzulegen.³⁹ Dieses Erfordernis soll den (schwer-) behinderten Bewerber/innen verdeutlichen, warum ihnen die Frage im Bewerbungsgespräch vom Arbeitgeber gestellt wird. Es geht darum, Transparenz zu schaffen und Unsicherheiten abzubauen im Hinblick darauf, ob sich die wahrheitsgemäße Beantwortung (nicht doch) nachteilig auswirken wird. Der Arbeitgeber hat die Frage daher nicht isoliert zu stellen, sondern im Gespräch einleitend zu erläutern, dass es entsprechend der bestehenden Integrationsvereinbarung in seinem ausdrücklichen Interesse liegt, (schwer-) behinderte Arbeitnehmer/innen zu beschäftigen. In gleicher Weise dürfte die Frage somit auch in einem Bewerbungsbogen gestellt werden; auch hier ist sie jedoch durch einen erklärenden Passus zu erläutern und in Beziehung zur Integrationsvereinbarung zu setzen.

Zusätzlich kann schon die Stellenausschreibung den ausdrücklichen Hinweis enthalten, dass die Bewerbungen von (schwer-) behinderten Menschen ausdrücklich erwünscht sind.⁴⁰

³⁸ So schon zu § 14b SchwbG Feldes, AiB 2001, 327 (328); ebenso Fabricius, jurisPK-SGB IX, 1. Aufl. 2010, § 83 Rn. 9.

³⁹ Ebenso Düwell, in: Haines/Düwell/Joussen, SGB IX, 3. Aufl. 2011, § 85 Rn. 23.

⁴⁰ So auch Düwell, in: Haines/Düwell/Joussen, SGB IX, 3. Aufl. 2011, § 85 Rn. 23.

3. Die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Die dritte Voraussetzung schließlich betrifft die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung im Zuge des Einstellungsverfahrens. Auch hier geht es darum, Unsicherheiten auf Seiten der Bewerber/innen abzubauen. Um eine eventuelle Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung an durchzuführenden Bewerbungsgesprächen optimal vorbereiten zu können, empfiehlt es sich, zusammen mit der Einladung zu einem Vorstellungsgespräch oder zu einem Assessment-Center einen entsprechenden Fragebogen an die schwerbehinderten Bewerber/innen mit der Bitte um Rücksendung zu verschicken.

4. Kumulative oder alternative Voraussetzungen?

Damit sich der/die Arbeitgeber/in auf die ausnahmsweise Zulässigkeit des Fragerechts nach §§ 5 AGG, 83 SGB IX berufen kann – im Falle, ein/e nicht eingestellte Stellenbewerber/in macht eine Diskriminierung nach §§ 1, 7 AGG geltend – sind sowohl das Vorliegen einer Integrationsvereinbarung mit einer entsprechenden Fördermaßnahme als auch die Offenlegung des Zwecks der Frage gegenüber den Bewerber/innen und die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung als zwingende Voraussetzungen anzusehen. Es handelt sich bei den drei hier erörterten Voraussetzungen demnach um kumulative Voraussetzungen.

Um die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung an den Bewerbungsgesprächen sicherstellen zu können, ist im Falle der Verhinderung oder Abwesenheit der Vertrauensperson, das stellvertretende Mitglied einzubeziehen. Dies bedeutet wiederum, dass Vorkommnisse dieser Art – etwa die kurzfristige krankheitsbedingte Absage der Vertrauensperson an der Teilnahme eines nicht mehr verschiebbaren Vorstellungsgesprächs – schon bei der Wahl der Schwerbe-

hindertenvertretung zu bedenken sind. Nach § 94 Abs. 1 S. 1 SGB IX ist neben der Vertrauensperson „wenigstens“ ein stellvertretendes Mitglied zu wählen. Demzufolge ist auch die Wahl mehrerer Stellvertreter/innen möglich und in größeren Betrieben auch sinnvoll.⁴¹

5. Keine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Beantwortung durch die Bewerber/innen

Abschließend ist folgendes zu betonen: Eine Pflicht der Bewerber/innen zur wahrheitsgemäßen Beantwortung der tätigkeitsneutralen Frage nach der „Behinderung“ ist nicht (mehr) anzuerkennen. Die Bewerber/innen haben im Zusammenhang mit dem o. g. ausnahmsweise zulässigen Fragerecht stets die Freiheit zu entscheiden, ob sie ihre Schwerbehinderung kommunizieren oder nicht. Damit korrespondiert, wie es auch das LArbG Hessen vorliegend ausführt, dass auch die Falschbeantwortung der Frage nicht (mehr) zur Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages führen kann. Der Arbeitgeber, der sein Fragerecht zur Förderung schwerbehinderter Bewerber/innen ausübt, kann sich nach der Einstellung eines unerkannt schwerbehinderten Arbeitnehmers nicht darauf berufen, getäuscht worden zu sein.⁴²

II. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist mit der ausnahmsweisen Zulässigkeit eines tätigkeitsneutralen Fragerechts nach §§ 5 AGG, 83 SGB IX in einem beschäftigungs- und integrationsförderndem Umfeld keine Rückkehr zum „alten“ tätigkeitsneutralen Fragerecht

⁴¹ Pohl, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 94 Rn. 10 spricht von zweckmäßigerweise mindestens drei Stellvertreter/innen in größeren Betrieben.

⁴² LArbG Frankfurt, Ur. v. 24.03.2010 – 6/7 Sa 1373/09 – juris Rn. 48.

verbunden. Im Gegenteil: Das hier skizzierte Fragerecht bereitet keine Benachteiligung, sondern eine Förderung vor. Das passive Benachteiligungsverbot (§ 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX bzw. §§ 1, 7 AGG) wird so flankiert von betrieblichen Fördermaßnahmen, ohne die eine tatsächliche (und nicht nur rechtliche) Gleichheit im Arbeitsleben nicht erreicht werden kann.

Dies berücksichtigend, wäre es der Arbeitgeberin in der Entscheidung des LArbG Hessen nicht möglich gewesen, sich auf das

tätigkeitsneutrale Fragerecht nach §§ 5 AGG, 83 SGB IX zu berufen. Die Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit des tätigkeitsneutralen Fragerechts kann entsprechend der hier dargelegten hohen Anforderungen gerade nicht missbräuchlich dazu genutzt werden, eine vermeintliche Förderabsicht im Prozess „nachzuschieben“ und so den Arbeitsvertrag mit einer/einem schwerbehinderten Beschäftigten wirksam anzufechten.

Praxishinweise: das Klagerecht von Organisationen

I. Das Klagerecht der (Behinderten-) Verbände nach § 63 SGB IX und der Betriebsräte bzw. Gewerkschaften nach § 17 Abs. 2 AGG

Übt der Arbeitgeber ein tätigkeitsneutrales Fragerecht in unzulässiger Weise unter Berufung auf §§ 5 AGG, 83 SGB IX aus, also etwa ohne bestehende Integrationsvereinbarung im Betrieb, steht eine Verletzung des Benachteiligungsverbots nach §§ 1, 7 AGG bzw. § 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX im Raum.

Wie bereits oben erwähnt, können nach § 63 SGB IX Verbände, die nach ihrer Satzung (auch bzw. überwiegend⁴³) behinderte Menschen auf Bundes- oder Landesebene vertreten, an Stelle eines behinderten Menschen, der sich in seinen Rechten aus dem SGB IX verletzt sieht, mit dessen Einverständnis klagen.⁴⁴ Der Begriff der Behinde-

rung entspricht der Legaldefinition in § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX.⁴⁵ Verbände i. S. d. § 63 SGB IX sind bspw. Behindertenverbände auf Landes- oder Bundesebene sowie Gewerkschaften⁴⁶, wenn diese eine entsprechende Satzungsregelung haben. Die gerichtliche Geltendmachung von Rechten behinderter Menschen soll mithilfe dieser sog. gesetzlichen Prozessstandschaft erleichtert werden.⁴⁷ Der Verband nimmt im Rahmen einer Klage/ Beschwerde nach § 63 SGB IX also nicht eigene Rechte, sondern die des behinderten Menschen *an dessen Stelle* wahr.⁴⁸ Demzufolge ist die Prozessführungsbefugnis des jeweiligen Verbandes gekoppelt an die individuellen Rechte des behinderten Men-

Rn. 4 ff. sowie Köhler, ZFSH/ SGB 2010, S. 19 (23 ff.).

⁴⁵ Kohte, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 63 Rn. 7.

⁴⁶ aA. im Hinblick auf die Gewerkschaften Masuch, in: Hauck/Noftz, SGB IX – Loseblatt, § 63 Rn. 12.

⁴⁷ Vgl. Gesetzesbegründung: BT-Drs. 14/5074, S. 111.

⁴⁸ Zur insoweit irreführenden Bezeichnung „Klagerecht der Verbände“ in der amtlichen Überschrift der Norm und ausführlich zum „echten“ Verbandsklagerecht nach § 13 BGG: Köhler, ZFSH/ SGB 2010, S. 19 ff.

⁴³ Die Festlegung in der Satzung auf eine ausschließliche oder überwiegende Vertretung behinderter Menschen ist nicht erforderlich; vgl. dazu Kohte, Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 63 Rn. 5 m. w. N.; aA. Masuch, in: Hauck/Noftz, SGB IX – Loseblatt, § 63 Rn. 12.

⁴⁴ Zu den in § 63 SGB IX normierten Anforderungen im Einzelnen Kohte, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 63

schen und geht über diese daher auch nicht hinaus.⁴⁹ Im vorliegenden Falle könnte also etwa eine schwerbehinderte Bewerberin ihren Landesbehindertenverband ermächtigen, an ihrer Stelle das Benachteiligungsverbot aus § 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX gerichtlich durchsetzen. Schadensersatz- und/oder Entschädigungszahlungen nach § 15 Abs. 1, 2 AGG wären dann vom Arbeitgeber an die behinderte Klägerin zu zahlen, eine Abtretung an den Verband kommt jedoch in Betracht.⁵⁰

Nach § 17 Abs. 2 AGG können bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen die §§ 6–18 AGG der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft – nicht aber die Behindertenverbände – die dort genannten Rechte geltend machen und eine Handlung, Duldung oder Unterlassung des Arbeitgebers verlangen.⁵¹ Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass ein solcher Verstoß des Arbeitgebers beispielsweise darin liegen kann, dass dieser die zum Schutz seiner Beschäftigten objektiv gebotenen Maßnahmen unterlässt oder selbst gegen das Benachteiligungsverbot nach §§ 1, 7 AGG verstößt.⁵² Wie sich aus § 17 Abs. 2 S. 2 AGG ergibt, wonach Ansprüche des einzelnen Benachteiligten nicht vom Betriebsrat oder der jeweiligen Gewerkschaft geltend gemacht werden dürfen, handelt es sich bei der Regelung nicht um eine – mit § 63 SGB IX vergleichbare – gesetzliche Prozessstandschaft.⁵³ Die Ansprüche der benachteiligten Person auf Entschädigung und Schadensersatz aus dem AGG beste-

hen demzufolge neben dem Recht des Betriebsrats/ der Gewerkschaft aus § 17 Abs. 2 AGG.⁵⁴

Ein „grober Verstoß“ des Arbeitgebers gegen seine sich aus dem AGG ergebenden Pflichten i. S. d. § 17 Abs. 2 AGG liegt nach der Rechtsprechung des BAG vor, soweit es sich um eine „objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung“ handelt; auf ein Verschulden kommt es nicht an.⁵⁵ Im Falle der unzulässigen Ausübung des Fragerechts nach §§ 5 AGG, 83 SGB IX kommt als solcher Verstoß die Verletzung des Benachteiligungsverbots nach §§ 1, 7 AGG in Betracht.⁵⁶ Zwar stellt das tätigkeitsneutrale Fragerecht selbst noch keine Benachteiligung des/der Bewerbers/in dar, bereitet eine solche jedoch vor. Ein wirksamer Schutz vor Benachteiligung für behinderte Bewerber/innen – die als Beschäftigte im Sinne des AGG nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG gelten – muss daher schon beim Stellen der Frage ansetzen.⁵⁷

II. Fazit

Der weiterhin parallel zum AGG bestehende § 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX eröffnet den Zugriff auf § 63 SGB IX und ermöglicht (schwer-) behinderten Menschen, das Benachteiligungsverbot an ihrer Stelle von einem Behindertenverband durchsetzen zu lassen. Daneben besteht mit § 17 Abs. 2 AGG eine Verbandsklage für Betriebsräte oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft in einem betriebsratsfähigen Betrieb, die diesen Ak-

⁴⁹ Kohte, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 63 Rn. 4.

⁵⁰ Kohte, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 63 Rn. 10 sowie zur Realisierung des Klagerechts ausführlich Rn. 9 ff.

⁵¹ BT-Drs. 15/4538, S. 36 sowie 16/2022, S. 12.

⁵² BT-Drs. 15/4538, S. 36 sowie 16/2022, S. 12.

⁵³ Vgl. auch BT-Drs. 16/2022, S. 12: Ein Entschädigungs- oder Schadensersatzanspruch des Benachteiligten kann der Betriebsrat bzw. die Gewerkschaft demzufolge nicht für diesen gerichtlich geltend machen.

⁵⁴ Walk/Shipton, BB 2010, 1917 (1921).

⁵⁵ So BAG, Beschl. v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08 – juris, mit Verweis auf die zu § 23 Abs. 3 BetrVG ergangene Rechtsprechung.

⁵⁶ Zu den Anforderungen des § 17 Abs. 2 AGG im Einzelnen: Besgen/Roloff, NZA 2007, 670 ff.; zu der Frage, ob schon ein erster Verstoß eine von der Norm geforderte Pflichtverletzung des Arbeitgebers begründen kann Kohte, Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 63 Rn. 14.

⁵⁷ So auch Jousen, NZA 2007, 174 (177).

teuren bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen die §§ 6–18 AGG – also insbesondere bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach §§ 1, 7 AGG – einen Unterlassungsanspruch zur Seite stellt. Daneben kann der/die Benachteiligte mit Behinderung, der nicht auf die prozessstandschaftliche Regelung des § 63 SGB IX zurückgreifen will, selbst Ansprüche aus dem AGG auf Schadensersatz/ Entschädigung geltend machen. Dieses Recht besteht unabhängig von dem Recht der Betriebsräte bzw. Gewerkschaften aus § 17 Abs. 2 AGG.

Die geringe Zahl an Klagen der Behindertenverbände nach § 63 SGB IX steht der Erkenntnis gegenüber, dass behinderte Menschen ihre Rechte grundsätzlich nicht hinreichend (gerichtlich) durchsetzen⁵⁸ – sei es aus Überforderung⁵⁹ oder weil sie einen Prozess allein nicht führen wollen bzw. dessen Kosten scheuen⁶⁰.

Die konsequente Inanspruchnahme sowohl des § 63 SGB IX durch die Behindertenverbände als auch des § 17 Abs. 2 AGG durch die Betriebsräte und Gewerkschaften ist daher Voraussetzung für die in diesen (Verbands-) Klagerechten erblickte wichtige Perspektive⁶¹ im Hinblick auf die verbesserte Durchsetzung der Rechte (schwer-) behinderter Menschen.

Info: Am 7. Juli 2011 entscheidet der 2. Senat des BAG über die Revision 2 AZR 396/10 gegen das hier besprochene Urteil.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.

⁵⁸ Kohte, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 63 Rn. 1.

⁵⁹ Lachwitz, in: Lachwitz/Schellhorn/Welti, 3. Aufl. 2010, § 63 Rn. 1.

⁶⁰ Köhler, ZFSH/ SGB 2010, S. 19 (20, 23 f.).

⁶¹ Zu dieser Perspektive Kohte, in Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 63 Rn. 1; in die gleiche Richtung auch Faber, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX 2009, § 81 Rn. 80.