

## **Was ist Privatsache? Fragerechte des Arbeitgebers und Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers**

*Von Anne-Katrin Jütte / Tobias Fischer, Pflüger Rechtsanwälte GmbH*

In Zusammenhang mit Vorstellungsgesprächen, aber auch bei Kündigungen taucht regelmäßig die Frage auf, ob Arbeitnehmer dazu verpflichtet sind, über eine Schwerbehinderung oder Schwangerschaft Auskunft zu geben. Im Folgenden wollen wir die Auskunftspflicht bei Schwerbehinderung näher betrachten. Ob ein Fragerecht des Arbeitgebers bzw. eine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers besteht, hängt davon ab, inwieweit das Interesse des Arbeitnehmers auf Wahrung seiner Privatsphäre und seines Persönlichkeitsrechts hinter dem Informationsinteresse des Arbeitgebers im konkreten Fall zurückzutreten hat.

Ein Fragerecht des Arbeitgebers kann nur dann bestehen, wenn ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an den Antworten besteht, welches stärker ins Gewicht fällt als der Schutz der Privatsphäre des Arbeitnehmers.

### **Die Frage nach der Schwerbehinderung im Einstellungsgespräch**

Bis zur Einführung des § 81 Abs. 2 SGB IX (1. Juli 2001) war bei der Einstellung eines Arbeitnehmers die Frage nach dessen Schwerbehinderung oder Gleichstellung gestattet. Nach heutiger Rechtslage ist die Frage nach einer vorliegenden Schwerbehinderung grundsätzlich nicht mehr zulässig. Ein Arbeitgeber darf sich dann nach einer Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch oder nach einer Gleichstellung eines behinderten Menschen mit schwerbehinderten Menschen erkundigen, wenn die Frage tätigkeitsbezogen ist, also die Behinderung bzw. körperliche Einschränkung für die Ausübung der Tätigkeit von Bedeutung ist und andernfalls bei Abschluss eines Arbeitsvertrags ggf. sogar die Gefahr eines quasi sinnentleerten Arbeitsverhältnisses bestehen würde. Es wäre unbillig und unzumutbar, den Arbeitgeber zu verpflichten, ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer zu begründen, der die in Aussicht gestellte Tätigkeit gar nicht ausüben kann.

### **Der Arbeitnehmer hat keine Offenbarungspflicht im bestehenden Arbeitsverhältnis**

Zunächst ist festzuhalten, dass ein Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht verpflichtet ist, eine Schwerbehinderung zu offenbaren. Die Frage des Arbeitgebers nach einer Schwerbehinderung oder Gleichstellung bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag ist im bestehenden Arbeitsverhältnis jedoch nach sechs Monaten, das heißt nach Erwerb des Behindertenschutzes gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX, zulässig. Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung vom 16.02.2012 erklärt, dass dieses Fragerecht insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen besteht. Es hat ferner festgestellt, dass der Arbeitnehmer die Frage nach der Schwerbehinderung aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs.2 BGB wahrheitsgemäß zu beantworten hat.

Dies lässt sich damit begründen, dass die Frage in Zusammenhang mit der Pflichtenbindung des Arbeitgebers besteht, bei der Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG die Schwerbehinderung sowie den Sonderkündigungsschutz nach den §§ 85 ff. SGB IX zu berücksichtigen. Gemäß § 85 SGB IX bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen (oder eines diesen gleichgestellten behinderten Menschen) durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung durch das Integrationsamt.

Das Fragerecht des Arbeitgebers im laufenden Arbeitsverhältnis ist zudem deshalb zuzulassen, um dem Arbeitgeber ein rechtstreu Verhalten zu ermöglichen, wie zum Beispiel im Zusammenhang mit seinen Pflichten zur behindertengerechten Beschäftigung (§ 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX), Zahlung einer Ausgleichsabgabe (§ 77 SGB IX) und Gewährung von Zusatzurlaub (§ 125 SGB IX). Folglich dient das Fragerecht des Arbeitgebers, so formuliert es auch das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 16.02.2012, allein der Sicherung eines rechtstreuen Verhaltens und somit letztlich auch dem Schutz des schwerbehinderten Arbeitnehmers.

### **Die Folgen bei Kündigung – drei Konstellationen**

Die (Un-)Kenntnis von der Schwerbehinderung wirkt sich bei einer Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers ganz unterschiedlich aus. Dies wird am Beispiel von drei Fallkonstellationen deutlich.

1. Der Arbeitgeber kennt die Schwerbehinderung/Gleichstellung nicht und der Arbeitnehmer beruft sich nicht auf seinen Sonderkündigungsschutz. In diesem Fall kommt der besondere Kündigungsschutz nicht zum Tragen. Grundsätzlich ist eine ohne die Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochene Kündigung zwar nichtig. Denn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen bedarf gemäß § 85 SGB IX der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Dies gilt bei Gleichstellung entsprechend. Hat der Arbeitgeber jedoch keine Kenntnis von dem Sonderkündigungsschutz des jeweiligen Arbeitnehmers, gilt dies nicht ohne Weiteres; der Arbeitnehmer muss sich innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung auf diesen Sonderkündigungsschutz berufen, wenn er diesen Schutz in Anspruch nehmen möchte.

2. Der Arbeitgeber kennt die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers, weil sie offenkundig ist (z. B. bei Verlust von Gliedmaßen, Blindheit). In diesem Fall ist die Kündigung ohne die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes gemäß § 85 SGB IX unzulässig und nichtig.

3. Der Arbeitgeber kennt die Schwerbehinderung/Gleichstellung des Arbeitnehmers nicht, der Arbeitnehmer beruft sich nach Ausspruch der Kündigung darauf. Liegen die objektiven Voraussetzungen des besonderen Kündigungsschutzes vor und beruft sich der gekündigte Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung darauf, ist diese Kündigung unwirksam (siehe oben). Allgemeine Voraussetzung für den besonderen Kündigungsschutz ist insbesondere, dass zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwerbehinderung entweder bereits anerkannt ist oder die Stellung des Antrags auf entsprechende Feststellung des Grades der Behinderung bzw. auf Gleichstellung mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung erfolgte. Im Übrigen ergeben sich die Voraussetzungen im Wesentlichen aus § 90 SGB IX.

Die Unwirksamkeit der Kündigung wegen des besonderen Kündigungsschutzes scheidet aber dann aus, wenn der Arbeitnehmer eine vor Ausspruch der Kündigung vom Arbeitgeber darauf zielende Frage ignorierte oder wahrheitswidrig beantwortete. Das Bundesarbeitsgericht hat dies jüngst (BAG v. 16.02.2012- 6 AZR 553/ 10; BeckRS 2012, 68156) entschieden und der klagenden Arbeitnehmerin die Wirkung ihres Sonderkündigungsschutzes versagt. Dem lag folgender Fall zu Grunde:

Eine Arbeitnehmerin hatte einen Grad der Behinderung von 60. Nachdem über das Vermögen ihres Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, wandte sich der Insolvenzverwalter an die Arbeitnehmer des Betriebs. In einem Fragebogen bat er zur Vervollständigung bzw. Überprüfung der ihm vorliegenden Daten unter anderen um Angaben zu einer bestehenden Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung. Die betreffende Arbeitnehmerin verschwieg dabei ihre Schwerbehinderung. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kündigte der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis mit ihr in Unkenntnis ihrer Schwerbehinderung. Die Arbeitnehmerin klagte gegen die Kündigung und berief sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender Zustimmung des Integrationsamtes. An einer Zustimmung des Integrationsamtes fehlte es tatsächlich, da der Insolvenzverwalter aufgrund der ihm vorliegenden Daten nicht wissen konnte, dass hier ein Sonderkündigungsschutz bestand.

Das Bundesarbeitsgericht lehnte den Sonderkündigungsschutz im Sinn der §§ 85 ff. SGB IX im vorliegenden Fall mit der Begründung ab, dass sich ein schwerbehinderter Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess unter dem Gesichtspunkt unzulässig widersprüchlichen Verhaltens (Verbot des venire contra factum proprium) nicht auf seinen Sonderkündigungsschutz berufen kann, wenn er die Frage nach seiner Schwerbehinderung im Vorfeld einer Kündigung ignoriert oder wahrheitswidrig beantwortet hat. Schließlich dient die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung nicht dazu, den betreffenden Arbeitnehmer zu diskriminieren, sondern sie soll dem Arbeitgeber ein rechtstreu Verhalten ermöglichen und zu dessen Rechtssicherheit beitragen.

Der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts ist zuzustimmen, da dem Arbeitgeber im Fall einer wahrheitswidrigen Beantwortung der vor Ausspruch einer Kündigung gestellten Frage nach einer Schwerbehinderung im Nachhinein nicht zugemutet werden kann, die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen. Es bestünde ferner die Gefahr für den Arbeitgeber, dass er hierdurch ggf. über Monate hinweg Vergütungszahlungen leisten müsste. Würde man dem Arbeitnehmer kein widersprüchliches Verhalten vorwerfen können, würde er quasi zur Lüge geradezu animiert werden. Dies würde wiederum das Bemühen des Arbeitgebers um rechtstreu Verhalten konterkarieren.

Kontakt:

Pflüger Rechtsanwälte GmbH  
Kaiserstrasse 44  
60329 Frankfurt am Main  
Telefon +49 69 242689-0  
Telefax +49 69 242689-11

[info@k44.de](mailto:info@k44.de)  
[www.k44.de](http://www.k44.de)