

Ist im Bewerbungsverfahren die anlasslose Frage nach einer Schwerbehinderung zulässig?

Das am 18. August 2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hat damals für einige Verunsicherung auf Seiten der Arbeitgeber geführt. Es wurde befürchtet, dass durch dieses Gesetz eine kaum beherrschbare Klageflut auf die Arbeitgeber zukommt. Rückblickend kann man sagen, dass diese Sorge unbegründet war. Zwischenzeitlich hatten sowohl das Bundesarbeitsgericht (BAG) als auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Möglichkeit die ursprünglich in diesem Zusammenhang gegen das Gesetz geäußerten Bedenken weitestgehend zu entschärfen (siehe zum sogenannten AGG-Hopping zum Beispiel das Urteil des EuGH vom 28. Juli 2016, Az. C-423/15 und darauf aufbauend das Urteil des BAG vom 26. Januar 2017, Az. 8 AZR 848/13). Allerdings konnten bisher nicht alle im Zusammenhang mit dem AGG stehende Fragen höchstrichterlich geklärt werden. Zu den Fragen, die noch auf eine Klärung durch das Bundesarbeitsgericht warten, gehört unter anderen die Problematik, ob der Arbeitgeber immer noch berechtigt ist im Einstellungsgespräch anlasslos die Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung zu stellen. Diese Frage hat das Bundesarbeitsgericht vor dem Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX in der Fassung vom 1. Juli 2001 und des AGG zum 18. August 2006 zugunsten der Arbeitgeber bejaht (siehe zum Beispiel das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 5. Oktober 1995, Az. 2 AZR 923/94) und in einem Urteil vom 7. Juli 2011 (Az. 2 AZR 396/10) bewusst offen gelassen. Das Landesarbeitsgericht Hamburg hat sich in einem Urteil vom 30.11.2017 (Az. 7 Sa 90/17) mit einer damit zusammenhängenden Frage beschäftigt und ist zugunsten der Arbeitnehmer von der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts abgewichen.

Was war geschehen?

Der schwerbehinderte Kläger hat sich bei der Beklagten um eine Anstellung als Hauswart beworben. Nach einem Vorstellungsgespräch hat der Kläger für 3 Tage zur Probe bei der Beklagten gearbeitet. Daraufhin hat die Beklagte nach weiteren Gesprächen dem Kläger einen bereits von ihr unterzeichneten Arbeitsvertrag vorgelegt, der unter anderem die folgende als § 9 bezeichnete Klausel enthielt:

„Der Mitarbeiter versichert, dass er arbeitsfähig ist, nicht an einer infektiösen Erkrankung leidet und keine sonstigen Umstände vorliegen, die ihm die vertraglich zu leistende Arbeit jetzt oder in naher Zukunft wesentlich erschweren oder unmöglich machen. Der Mitarbeiter erklärt weiter, dass er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes nicht unterliegt. Sofern etwa die Voraussetzungen dafür später eintreten, wird das Unternehmen hiervon unverzüglich in Kenntnis setzen.“

Nach dem Erhalt des Vertragsdokuments äußerte der Kläger gegenüber der Beklagten einige Änderungswünsche. Unter anderem verlangte er von der Beklagten die Streichung des § 9. In diesem Zusammenhang offenbarte er gegenüber der Beklagten, dass er schwerbehindert ist. Zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits blieb streitig, ob von Mitarbeitern der Beklagten in der Folgezeit geäußert wurde, dass man keine Schwerbehinderten im Unternehmen haben möchte. Unstreitig ist jedoch, dass die Beklagte den Änderungswünschen des Klägers nicht nachgekommen ist und ihr Angebot auf Einstellung des Klägers in der Folgezeit „zurückgezogen“ hat. Das Arbeitsgericht Hamburg hat dem Kläger nur einen Teil der von ihm begehrten Entschädigung zugesprochen. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage des Klägers aus den folgenden Gründen in vollem Umfang entsprochen.

Die vom Arbeitgeber beim Abschluss des Arbeitsvertrags geforderte Bestätigung, dass der Arbeitnehmer nicht den Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes unterliegt, stellt regelmäßig eine unzulässige Benachteiligung des Bewerbers/Mitarbeiters dar!

Bereits im Leitsatz zu dieser Entscheidung stellt das Landesarbeitsgericht Hamburg klar, dass die Formulierung in einem Arbeitsvertrag „Der Mitarbeiter erklärt, dass er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes nicht unterliegt.“ immer dann eine Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG darstellt, wenn die Schwerbehinderung keinerlei Auswirkungen auf die auszuübende Tätigkeit haben kann. Da es der Beklagten im Rechtsstreit nicht gelungen war darzulegen, dass die Ablehnung der Bewerbung des Klägers nicht auf seine Schwerbehinderung zurückzuführen war und dass eine Schwerbehinderung zu Problemen bei der Durchführung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung führen kann, ist das Landesarbeitsgericht Hamburg zugunsten des Klägers von einem Verstoß gegen das AGG ausgegangen. In diesem Zusammenhang hat auch die Tatsache, dass der Kläger einige Tage zur Probe gearbeitet hat und die Beklagte ihm daraufhin einen bereits von ihr unterschriebenen Arbeitsvertrag übersandt hat, eine nicht zu unterschätzende Rolle gespielt. Denn erst nachdem die Beklagte von der Behinderung des Klägers erfuhr, hat sie seine Bewerbung abgelehnt. In Zusammenschau mit der vorgenannten Klausel stellten diese Tatsachen die maßgeblichen Gründe dar, um zulasten der Beklagten zu entscheiden. Insofern konnte das Landesarbeitsgericht Hamburg aus seiner Sicht offen lassen, ob Mitarbeiter der Beklagten im Rahmen des Bewerbungsverfahrens dann noch Äußerungen getätigt haben, die den Schluss darauf zulassen, dass behinderte Arbeitnehmer im Unternehmen der Beklagten unerwünscht sind.

Fazit

Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamburg dreht sich nicht direkt um die Problematik, ob es dem Arbeitgeber im Rahmen des Bewerbungsverfahrens

generell erlaubt ist nach dem Vorliegen einer Behinderung zu fragen. Sie steht aber in einem direkten Zusammenhang mit dieser Problematik. Denn selbst wenn der Arbeitgeber nicht im Rahmen des Bewerbungsverfahrens nach der Behinderung fragt, sondern erst im von ihm vorgelegten Entwurf des Arbeitsvertrags eine entsprechende Klarstellung wünscht, steht der Arbeitnehmer immer vor der gleichen für ihn misslichen Situation. Er muss, wie dies das Landesarbeitsgericht Hamburg zu Recht betont, sich entscheiden ob er seine Behinderung offen legt und damit riskiert deswegen nicht berücksichtigt zu werden oder er verschweigt seine Behinderung und riskiert arbeitsrechtliche Konsequenzen, sobald der Arbeitgeber von seiner Behinderung erfährt. Deshalb kann diese Entscheidung als weiteres Indiz dafür genommen werden, dass das Bundesarbeitsgericht zukünftig die anlasslose Fragen nach einer Schwerbehinderung für unzulässig ansehen wird. Denn spätestens mit dem Inkrafttreten des AGG wurde der ursprünglichen Argumentation des Bundesarbeitsgerichts, dass die Zulässigkeit der anlasslosen Frage nach der Schwerbehinderung damit begründet hat, dass der Arbeitgeber sich dadurch in die Möglichkeit versetzen will, seinen gegenüber Behinderten bestehenden Fürsorgepflichten nachkommen zu können, die Grundlage entzogen. Gerade bei Arbeitsverhältnissen, bei denen Behinderungen regelmäßig keine Auswirkungen auf die zu verrichtenden Tätigkeiten haben, dürfte es ausreichen wenn der Arbeitgeber nach der Einstellung des behinderten Arbeitnehmers von dessen Behinderung erfährt. Anders sollte die Situation nur zu beurteilen sein, wenn bestimmte Behinderungen der ordnungsgemäßen Durchführung der geschuldeten Tätigkeit entgegenstehen. In einem solchen Fall sollte die Frage nach einer Behinderung und deren Auswirkung nur zulässig sein, wenn der Arbeitgeber in diesem Zusammenhang erkennbar macht, welche körperlichen Einschränkungen aus seiner Sicht einer Beschäftigung des jeweiligen Arbeitnehmers entgegenstehen. Denn dann kann der Arbeitnehmer nachvollziehen aus welchen Gründen der Arbeitgeber diese Frage stellt und er kann gegebenenfalls den beim Arbeitgeber bestehenden Bedenken entgegenwirken.

Es bleibt also abzuwarten, ob das Bundesarbeitsgericht der unter anderem vom Landesarbeitsgericht Hamburg vorgegebenen Linie verschiedener Instanzgerichte folgen wird. Aus meiner Sicht sind jedoch keine Gründe erkennbar, die das Bundesarbeitsgericht aktuell noch ins Feld führen könnte, um weiterhin die anlasslose Frage nach dem Vorliegen einer Behinderung rechtfertigen zu können.

Unabhängig davon zeigt diese Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamburg auf, welche Klauseln ein Arbeitgeber in einem von ihm gestellten Arbeitsvertrag vermeiden sollte, wenn er nicht bereits dadurch den Anschein des Vorliegens eines Benachteiligungswillens zulasten von Behinderten setzen will. Sollte es aus der Sicht des Arbeitgebers notwendig sein festzuhalten, dass eine Schwerbehinderung dem Abschluss des Arbeitsvertrags aus nicht diskriminierenden Gründen entgegensteht, dann sind die maßgeblichen Gründe in der jeweiligen Klausel darzulegen. Andernfalls werden die Gerichte richtigerweise regelmäßig zulasten des Arbeitgebers von dessen Diskriminierungsabsicht ausgehen.

Ass. jur. Kai Riefenstahl

03.05.2018