Die Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber und ihre praktische Wirksamkeit*

Olaf Deinert

I. Einführung

Arbeitgeber mit jahresdurchschnittlich mindestens 20 Arbeitsplätzen müssen auf mindestens 5 %[1] der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen beschäftigen. Dies sieht § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB IX vor. Dementsprechend müsste die Beschäftigungslage schwer behinderter Menschen an sich gut sein. Die Wirklichkeit sieht anders aus. Etwa 2/3 der Arbeitgeber erfüllen die Pflichtquote nicht. Die Arbeitslosenquote unter den erwerbsfähigen schwerbehinderten Menschen lag 2009 bei rund 15 % und damit mehr als doppelt so hoch wie bei der Gesamtheit der Erwerbsfähigen. Der Teilhabebericht der Bundesregierung nennt für das Jahr 2010 ähnliche Zahlen: die Erwerbslosenquote der Menschen mit Beeinträchtigungen lag bei den 25-49-Jährigen mit 11 % mehr als doppelt so hoch wie bei solchen ohne Beeinträchtigungen.[2] Bei den 50-55-Jährigen ist der gleiche Befund auf höherem Niveau gegeben: 12 % gegenüber 6 %. Auch die Arbeitsmarktstatistik der Bundesagentur für Arbeit[3] weist aus, dass die Pflichtquote keineswegs vollständig erfüllt wird: nur etwa 3/4 (108.122) der Pflichtplätze aller beschäftigungspflichtigen Arbeitgeber (insgesamt 145.708) war im Jahr 2012 besetzt. Noch schlechter sieht es aus, wenn man den öffentlichen Dienst ausblendet, wo etwa 90 % der Pflichtplätze besetzt wa-

---

* Das Manuskript wurde im Juli 2014 abgeschlossen.

1 Eine Sonderregelung von 6 % gilt gemäß § 159 Abs. 1 SGB IX für öffentliche Arbeitgeber des Bundes, die am 30.10.1999 mehr als 6 % schwerbehinderte Menschen beschäftigt hatten.

2 Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen, S. 141 (http://www.bmas.de/DE/Themen/Teilhabe-behinderter-Menschen/Meldungen/teilhabebe-richt-2013.html).

3 http://statistik.arbeitsagentur.de/nn_31958/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrik-esche_Form.html?view=processForm&resourceId=210368&input_=&pageLocale=de&topicId=17388&year_month=201212&year_month.GROUP=1&search=Suchen.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren, während in der Privatwirtschaft nur etwas mehr als 7 von 10 Pflichtplätzen besetzt waren. Nur etwas mehr als 50.000 der mehr als 145.000 beschäftigungspflichtigen Arbeitgeber musste keine Ausgleichsabgabe leisten. Hinsichtlich der Ist-Quote hatte die Bundesregierung für 2005 den Wert von 4,2 % ermittelt.[4] Zweifel, ob die Beschäftigungspflicht positiven Einfluss auf die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen hat,[5] werden durch solche Zahlen genährt. Das scheint im Übrigen eine gewisse Bestätigung darin zu finden, dass die seit 2000 zunächst befristete und schließlich endgültige Senkung der Pflichtquote von 6 % auf 5 %[6] weder positive noch negative Einflüsse auf die Beschäftigungssituation schwer behinderter Menschen hatte.[7]

Daraus muss man indes nicht gleich den Schluss ziehen, dass die Pflichtquote abgeschafft werden könnte. Vielmehr soll nachfolgend darüber nachgedacht werden, wo sich Defizite beim Beschäftigungszugang schwerbehinderter Menschen ergeben können und wie diesen in rechtlicher Hinsicht zu begegnen ist.

II. Die Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber

Wie ausgeführt, schreibt § 71 SGB IX die Beschäftigungspflicht von 5 % für Arbeitgeber mit 20 Arbeitsplätzen vor. Im Falle der Verfehlung der Beschäftigungspflicht fällt eine Ausgleichsabgabe nach § 77 SGB IX an. Zwar liegt die Annahme auf den ersten Blick nahe, dass die Ausgleichsabgabe eine Alternative zur Beschäftigungspflicht sei. Arbeitgeber könnten wählen, ob sie lieber schwerbehinderte Menschen beschäftigten oder die Ausgleichsabgabe zahlten. In der Tat wird dies in der Praxis verbreitet so begriffen.[8] Vom rechtlichen Standpunkt trifft dies indessen nicht zu. Das zeigt an sich schon die unbefangene Gesetzeslektüre. Nach § 71 Abs. 1

---

4 Bericht der Bundesregierung über die Wirkung der Instrumente zur Sicherung von Beschäftigung und zur betrieblichen Prävention, BT-Drucks. 16/6044.

5 *Banafsche*, NZS 2012, S. 205 ff.

6 S. zuletzt Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter (SchwbBAG) v. 29.9.2000, BGBl. I 1394; zur Entwicklung ausf. *Deinert*, in: *Deinert/Neumann* (Hrsg.), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, § 17 Rn. 39 ff.

7 *Braakmann*, ZAF 2008, S. 9 ff.

8 Vgl. *Hohn*, AuA 1996, S. 153; *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 12. Auflage, Reinbek 2009 Rn. 1472.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Satz 1 SGB IX „haben" die Arbeitgeber die genannte Anzahl schwerbehinderter Menschen „zu beschäftigen". Und § 77 Abs. 1 Satz 1 SGB IX schreibt die Entrichtung der Ausgleichsabgabe vor, „solange Arbeitgeber die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen nicht beschäftigen". Letzteres zeigt, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass es sich insoweit um einen nicht erwünschten, abzustellenden Zustand handelt. Noch deutlicher wird Satz 2 der Regelung: „Die Zahlung der Ausgleichsabgabe hebt die Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht auf". Dass es sich insoweit um eine echte Verpflichtung der Arbeitgeber handelt, wird auch daran deutlich, dass § 156 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX die Verletzung der Beschäftigungspflicht als Ordnungswidrigkeitentatbestand und dementsprechend bußgeldbewehrt ausgestaltet. Letzteres freilich greift nur im Falle des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit. Denkbar ist natürlich auch, dass die Beschäftigungspflicht deshalb nicht erfüllt wird, weil der Arbeitgeber trotz aller Bemühungen keinen oder nicht genügende schwerbehinderte Menschen findet.

Die Ausgleichsabgabe ist vor diesem Hintergrund kein Erfüllungseinwand, die Beschäftigungspflicht wird durch sie nicht berührt.[9] Grundsätzlich hängt die Beschäftigungspflicht nicht davon ab, ob der Arbeitgeber überhaupt eine Möglichkeit hat, einen schwerbehinderten Menschen zu beschäftigen.[10] In diesem Falle bleibt die Verpflichtung bestehen, eine Ausgleichsabgabe fällt an, ein Bußgeld kann aber nicht verhängt werden, wenn tatsächlich keinerlei Möglichkeiten zur Beschäftigung bestehen. Freilich muss der Arbeitgeber gegebenenfalls auch freie Arbeitsplätze schaffen.[11] Denn in § 81 Abs. 3 SGB IX ist die Verpflichtung des Arbeitgebers festgeschrieben sicherzustellen, dass mindestens die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen im Betrieb beschäftigt werden kann. Ein diesbezügliches Freikündigungsrecht besteht allerdings nicht[12].

---

9 *Joussen*, in: *Dau/Düwell/Joussen* (Hrsg.), SGB IX, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, § 77 Rn. 5; *Heenen*, in: *Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), 3. Aufl., München 2009, § 313 Rn. 14; *Kossens*, in: *Kossens/von der Heide/Maaß*, SGB IX, 3. Aufl., München 2009,§ 71 Rn. 11.

10 *Neumann*, in: *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, SGB IX, § 71 Rn. 7.

11 *Deinert*, in: *Deinert/Welti* (Hrsg.), Stichwortkommentar Behindertenrecht (SWK), Baden-Baden 2014, Pflichtquote Rn. 4; a.A. *Schiek*, NZA 2004, 873, 881.

12 *Appelt*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol* (Hrsg.), SGB IX, 2. Aufl., Frankfurt/M. 2011, § 71 Rn. 24; a.A. Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen-*Neumann*, § 71 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Damit wiederum korrespondiert, dass die Ausgleichsabgabe grundsätzlich immer dann anfällt, wenn die Beschäftigungspflicht besteht und nicht erfüllt wird. Sie hat zwar eine Antriebsfunktion in dem Sinne, dass Arbeitgeber veranlasst werden sollen, zu ihrer Vermeidung schwerbehinderte Beschäftigte einzustellen und die primäre Pflicht zu erfüllen.[13] Aber selbst dann, wenn der Arbeitgeber dazu nicht in der Lage ist, behält die Ausgleichsabgabe ihren Sinn:[14] Denn sie hat daneben[15] auch eine Ausgleichsfunktion. Sie soll die erhöhten Lasten der Arbeitgeber, die ihrer Beschäftigungspflicht nachkommen, im Vergleich zu den Arbeitgebern, die dies – berechtigt oder unberechtigt – nicht tun, ausgleichen.[16] Damit wird zugleich deutlich, dass die Ausgleichsabgabe keine Sanktionsfunktion hat, denn sie fällt verschuldensunabhängig an.[17] Für Sanktionen ist vielmehr das oben angesprochene Bußgeld da. Auch eine Finanzierungsfunktion hat die Ausgleichsabgabe nicht.[18] Zwar müssen die Mittel aus der Ausgleichsabgabe gemäß § 77 Abs. 5 SGB IX zweckgebunden verwendet werden und dürfen nur für besondere Leistungen zur Förderung der Teilhabe am Arbeitsleben verwendet werden.[19] Das gesetzliche System ist aber nicht darauf ausgerichtet, durch die Ausgleichsabgabe Einnahmen für die Teilhabe zu erwirtschaften. Idealtypisch fällt eine Ausgleichsabgabe überhaupt nicht an, wenn alle Arbeitgeber ihre Beschäftigungspflicht erfüllen. Dementsprechend ist die faktisch erfolgende Finanzierung nicht der Zweck der Abgabe, vielmehr dient sie allein dem Belastungsausgleich.[20] Mit Blick auf Antriebs- und Ausgleichsfunktion ist die Ausgleichsabgabe vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich unbedenklich. Der mit der Einhebung der Abgabe verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 GG ist durch diese Zielsetzungen gerechtfertigt, zumal der Gesetzgeber sich auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG zur Bekämp-

13 BVerfGE 57, 139, 167; BVerfG NZA 2005, 216, 217.
14 SWK-*Deinert*, Ausgleichsabgabe Rn. 11.
15 Dazu, dass auch in dieser Konstellation die Antriebsfunktion noch Wirkungen entfalten kann, s.u. IV.
16 BVerfGE 57, 139, 167; BVerfG NZA 2005, 216, 217.
17 SWK-*Deinert*, Ausgleichsabgabe Rn. 4.
18 *Welti*, in: *v. Maydell/Ruland/Becker* (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch (SRH), 5. Aufl., Baden-Baden 2012, § 27 Rn. 63.
19 Ausf. zur Mittelverwendung SWK-*Deinert*, Ausgleichsabgabe Rn. 12.
20 SWK-*Deinert*, Ausgleichsabgabe Rn. 3; demgegenüber sieht *Adlhoch*, br 1993, S. 161 ff. eine subsidiäre Finanzierungsfunktion in der Ausgleichsabgabe.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fung der Benachteiligung behinderter Menschen stützen kann.[21] Der Sache nach handelt es sich um eine Sonderabgabe. Dabei ist der Umstand, dass die Mittel nicht gruppennützig verwendet werden, verfassungsrechtlich unproblematisch, weil der angesprochene Finanzierungseffekt hinter der Ausgleichs- und Antriebsfunktion zurückbleibt.[22]

Die Ausgleichsabgabe fällt für jeden unbesetzten Pflichtplatz an gemäß § 77 Abs. 2 SGB IX. Dabei ist die Höhe der monatlichen[23] Abgabe nach Zahl der zu berücksichtigenden Arbeitsplätze und Maß der Verfehlung der Pflichtquote gestaffelt. Sie beträgt derzeit gemäß § 75 Abs. 2, 3 SGB IX zwischen 115 und 290 €[24].

Zwar kann die Beschäftigung behinderter Menschen wirtschaftlich vollkommen neutral erfolgen. So kann eine Gehbehinderung ohne Einfluss auf die Leistungsfähigkeit beispielsweise im Rahmen eines Schreibtischarbeitsplatzes bleiben, wenn auch die übrigen Rahmenbedingungen des Arbeitsplatzes ohnehin schon entsprechend ausgestattet sind oder mit öffentlichen Mitteln ausgestattet werden können. Dabei ist die Zielsetzung, einen Arbeitnehmer so zu beschäftigen, dass er seine Stärken optimal zur Geltung bringen kann, ja keine Besonderheit schwerbehinderter Menschen, sondern gilt ganz allgemein für alle Arbeitnehmer. Andererseits gibt es durchaus Fälle, in denen genau diese Zielsetzung, aus welchem Grunde auch immer, nicht gelingt oder nicht gelingen kann. Das kann unter Umständen schon wirtschaftliche Nachteile mit sich bringen, etwa weil ein anderer Arbeitnehmer leistungsfähiger ist oder für diesen ein Arbeitsplatz nicht angepasst werden müsste. Ohnehin fallen manche gesetzliche Verpflichtungen für schwerbehinderte Menschen in jedem Falle an, etwa die notwendige Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes vor einer Kündigung nach § 85 SGB IX oder der Anspruch auf Zusatzurlaub nach § 125 SGB IX. Vor allem aber scheint – unabhängig von den tatsächlichen wirtschaftlichen Belastungen – die Annahme verbreitet, dass die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen mit erheblichen Kosten ver-

---

21 BVerfG AP Nr. 1 zu § 72 SGB IX.

22 BVerfGE 57, 139, 166 ff.; BVerfG AP Nr. 1 zu § 72 SGB IX; BVerfG NZA 2005, S. 216.

23 Vgl. VG Minden 29.8.2011 – 6 KL 3225/10; *Knittel*, SGB IX, Köln 2012, § 77 Rn. 72.

24 Vgl. zur Höhe nach der Anpassung gem. § 77 Abs. 3 SGB IX Bekanntmachung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales v. 16. 12. 2011, BAnz Nr. 196, S. 4624.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bunden sei. Dementsprechend begreifen viele Arbeitgeber die Zahlung der Abgabe immer noch als wirtschaftlich günstiger im Vergleich zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen.[25]

Vor diesem Hintergrund muss die Ausgleichsabgabe als zu gering angesehen werden. Das ist nicht nur rechtspolitisch problematisch, sondern auch verfassungsrechtlich bedenklich. Die Beschäftigungspflicht ist nämlich nicht allein im Kontext der Verpflichtung zum Ergreifen angemessener Vorkehrungen für die Beschäftigung behinderter Menschen gemäß Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG[26] sowie im Zusammenhang mit den Verpflichtungen aus Art. 27 Abs. 1 der UN-Behindertenrechtskonvention[27] zu sehen. Vielmehr kommt der Gesetzgeber mit Pflichtquote und Ausgleichsabgabe seiner verfassungsrechtlichen Pflicht nach, zum Schutze und zur Gleichbehandlung behinderter Menschen den Zugang zur Beschäftigung zu erleichtern. Zwar ist der Gesetzgeber an sich frei darin, wie er dieser Aufgabe nachkommt. Das Bundesverfassungsgericht hat aber in anderem Zusammenhang festgestellt, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen gehalten sei, Maßnahmen zu ergreifen, wenn Arbeitnehmerschutzrecht kontraproduktive Wirkungen entfaltet und so die Beschäftigung der zu schützenden Arbeitnehmer funktionswidrig erschwert.[28] Genau dies geschieht aber im Kontext der Ausgleichsabgabe, wenn diese von den Arbeitgebern als Freikaufinstrument genutzt wird. Solange der Gesetzgeber am Konzept von Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe festhält, ist er verfassungsrechtlich gehalten, die Ausgleichsabgabe spürbar höher zu veranschlagen.[29]

---

25 S. bereits *Cramer*, BArbBl. 7-8/1981, S. 10, 12; vgl. *Jakobs*, Gesundheits- und Sozialpolitik 7+8/2004, S. 30 ff.

26 Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303/16.

27 Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen v. 21. 12. 2008, BGBl. II 1419.

28 BVerfG NJW 2004, 146, 150.

29 *Deinert*, ZSR , Sonderheft 2005, S. 104, 114 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Beschäftigungspflicht ist nicht nur Vertragsabschlusspflicht

Die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gemäß § 71 SGB IX bedeutet eine Ergebnispflicht für den Arbeitgeber. Er ist indessen nicht verpflichtet, mit einem bestimmten Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag zu schließen. Dementsprechend hat auch der einzelne schwerbehinderte Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit dem Arbeitgeber. Es fehlt mithin an einem subjektiven Recht auf Beschäftigung bei einem privaten Arbeitgeber.[30] Es besteht nicht einmal ein Recht des behinderten Menschen im Sinne eines öffentlich-rechtlichen, einklagbaren Anspruchs auf Beschäftigung gegen den Staat; demgemäß haben auch behinderte Menschen kein Recht auf Arbeit.[31] Entsprechend gibt es auch keine staatliche Zwangseinstellung zur Durchsetzung der Beschäftigungspflicht.[32] Auch die Behindertenrechtskonvention verlangt in ihrem Art. 27 nur Zugang zum Arbeitsmarkt, sieht indes kein Recht auf Arbeit in diesem Sinne vor. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber formal privatautonom im Privatrechtsverhältnis zum Bewerber handeln kann, auch wenn er öffentlich-rechtlich verpflichtet ist, die Beschäftigungspflicht zu erfüllen.[33] Das SGB IX versucht an dieser Stelle, seine privatautonome Entscheidung zu beeinflussen, ersetzt diese aber nicht.[34]

Die Situation ändert sich, wenn der Arbeitgeber sich für den Abschluss eines Arbeitsvertrages entschieden hat. Einerseits ist die Beschäftigungspflicht nicht bereits damit erfüllt, dass der Arbeitsvertrag formal geschlossen wird, so dass eine Anrechnung auf die Pflichtquote gemäß § 75 Abs. 1 SGB IX erfolgen kann. Vielmehr erfüllt der Arbeitgeber die Beschäfti-

---

30 BAG AP Nr. 30 zu § 123 BGB; BAG AP Nr. 40 zu § 123 BGB; *Trenk-Hinterberger*, in: *Lachwitz/Schellhorn/Welti* (Hrsg.), SGB IX, 3. Aufl., Köln 2010, § 71 Rn. 8.

31 MünchArbR-*Heenen*, § 313, Rn. 8; *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, Rn. 1472; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen-*Neumann*, § 71 Rn. 3.

32 *Welti*, Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat, Freiheit, Gleichheit und Teilhabe behinderter Menschen, Tübingen 2005 (zugl. Kiel, Univ., Habil. 2005), S. 701.

33 Vgl. BAG AP Nr. 20 zu § 123 BGB.

34 Vgl. *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, Begrenzungen des Akzeptanz- und Vermögenswertprinzips durch sozialrechtliche Regelungen, Baden-Baden 2007 (zugl. Rostock, Univ., Habil. 2006), S. 215 f.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gungspflicht erst durch tatsächliche Beschäftigung.[35] Denn die Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX dient der Teilhabe am Arbeitsleben und nicht allein der materiellen Existenzsicherung.[36] Das findet sein privatrechtliches Pendant darin, dass schwerbehinderte Menschen ganz allgemein wie alle Arbeitnehmer einen grundsätzlichen Anspruch auf Beschäftigung im Arbeitsverhältnis haben.[37] Darüber hinaus ist der Arbeitgeber aus seiner besonderen Fürsorgepflicht gemäß § 81 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX verpflichtet, den schwerbehinderten Arbeitnehmer seinen Fähigkeiten gerecht zu beschäftigen. Das begründet einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung[38] und schränkt im Übrigen die Dispositionsmöglichkeiten des Arbeitgebers ein. Gegebenenfalls hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Anpassung des Arbeitsvertrages, soweit die fähigkeitengerechte Beschäftigung nicht bereits vom bestehenden Arbeitsvertrag gedeckt ist.[39]

Es zeigt sich im Übrigen, dass die Beschäftigungspflicht über die Pflichtquote des § 71 Abs. 1 SGB IX hinausgehen kann. Denn im bestehenden Beschäftigungsverhältnis kann eine Behinderung auch nachträglich eintreten. Der Arbeitgeber kann auf diesem Wege sogar verpflichtet sein, im Einzelfall eine über die Pflichtquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX hinausgehende Anzahl von Arbeitsplätzen für schwerbehinderte Menschen nach § 81 Abs. 3 SGB IX einzurichten. Sowohl die Pflichtquote als auch die Gewährleistung, dass eine entsprechende Beschäftigung möglich ist, betreffen allein Mindestzahlen, denn beide Bestimmungen verwenden ausdrücklich das Wort „wenigstens".

IV. Beschäftigungspflicht und Aufrechterhaltung der Beschäftigung

Es ist an sich selbstverständlich, dass die Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber sich nicht bloß auf eine Verpflichtung zur Begründung von Beschäftigungsverhältnissen beschränkt, sondern darüber hinaus die Aufrechterhaltung bestehender Beschäftigungsverhältnisse verlangt. Dement-

35 Kossens/von der Heide/Maaß-*Kossens*, § 71 Rn. 8; *Deinert*, ZSR, Sonderheft 2005, S. 104, 117; a.A. *Rolfs*, in: *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 14. Aufl., München 2014, § 71 SGB IX Rn. 7.

36 Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen-*Neumann*, § 71 Rn. 6.

37 BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB - Beschäftigungspflicht.

38 BAG AP Nr. 3 zu § 81 SGB IX.

39 BAG AP Nr. 8 zu § 81 SGB IX; BAG AP Nr. 11 zu § 81 SGB IX.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sprechend hat das Bundesverfassungsgericht betont, dass die Ausgleichsabgabe selbst bei Arbeitgebern, die keine schwerbehinderten Menschen zur Einstellung finden können, immer noch durch die Antriebsfunktion gerechtfertigt sei, insofern sie diese Arbeitgeber davon abhalten könne, von an sich zulässigen Kündigungen gegenüber schwerbehinderten Menschen Gebrauch zu machen.[40]

Das flankiert der Gesetzgeber sogar durch weitere Maßnahmen. So wird der Arbeitgeber, der zur betriebsbedingten Kündigung berechtigt ist, nach § 1 Abs. 3 KSchG zur Berücksichtigung einer Schwerbehinderung des Arbeitnehmers im Rahmen der Sozialauswahl verpflichtet. Zudem vertraut der Gesetzgeber hier nicht allein auf die öffentlich-rechtliche Beschäftigungspflicht und die Antriebsfunktion der Ausgleichsabgabe. Vielmehr stellt er das Arbeitgeberverhalten unter behördliche Kontrolle, inwieweit womöglich gerade die Schwerbehinderung sachwidriger Grund für die Entlassung ist, so dass es der behördlichen Zustimmung zur Kündigung gemäß § 85 SGB IX bedarf.

Bei Lichte betrachtet ist es also so, dass die Beschäftigungspflicht umfassend ist. Sie verpflichtet die Arbeitgeber, nicht nur schwerbehinderte Menschen einzustellen und zu beschäftigen, sondern auch, diese in der Beschäftigung zu halten. Und gerade der letztgenannte Aspekt wird durch den Gesetzgeber besonders exekutiert. Das hat auch einen guten Grund. Der Zugang zur Beschäftigung setzt, jedenfalls in der Privatwirtschaft, den Abschluss eines Arbeitsvertrages voraus, was auch auf Seiten des Arbeitgebers eine privatautonome Entscheidung erfordert. Einen Kontrahierungszwang gibt es nicht.[41] Selbst im Falle einer Diskriminierung wegen der Behinderung im Rahmen der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses kann der Abschluss eines Arbeitsvertrages nicht verlangt werden, § 15 Abs. 6 AGG. Der behinderte Beschäftigte, der einen Arbeitsplatz gefunden hat, dem gegenüber der Arbeitgeber sich also autonom vertraglich gebunden hat, kann demgegenüber Bestandsschutz einfordern. Das Recht, grundsätzlich den einmal gewählten Arbeitsplatz beibehalten zu können, genießt Schutz im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG, so dass der Bestandsschutz für Arbeitnehmer (behindert oder nicht) verfassungsrechtlich geschützt ist und der Arbeitgeber nicht mehr völlige Entscheidungsfreiheit genießt, vielmehr sein Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG damit durch Her-

---

40 BVerfGE 57, 139, 168.
41 S.o. Fn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

stellung praktischer Konkordanz zu einem Ausgleich gebracht werden muss.[42] Bruchlos fügt sich insoweit ein, dass im bestehenden Arbeitsverhältnis über die Verpflichtung zur fähigkeitengerechten Beschäftigung gegebenenfalls auch Ansprüche auf Vertragsanpassung bestehen können.[43]

Durch die Verpflichtung zur fähigkeitengerechten Beschäftigung nach § 81 Abs. 4 Nr. 1 SGB IX gewährleistet das Gesetz, dass der Beschäftigungspflicht auch durch möglichst weitgehende Aufrechterhaltung des einmal begründeten Arbeitsverhältnisses mit einem schwerbehinderten Menschen entsprochen wird. Auch dies wiederum findet eine unionsrechtliche Entsprechung. Denn der EuGH hat in der Rechtssache *Ring* klargestellt, dass der Arbeitgeber sich nicht einfach seinen Verpflichtungen zum Ergreifen angemessener Vorkehrungen gemäß Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG entziehen kann.[44] Eine Kündigung, die durch das Ergreifen angemessener Vorkehrungen hätte vermieden werden können, ist danach unzulässig. Der EuGH hat klargestellt, dass eine Krankheitskündigung in einem solchen Fall letztlich nicht auf der Krankheit, sondern auf dem Umstand beruht, dass der Arbeitgeber die gebotenen Vorkehrungen nicht ergriffen hat. Dem trägt das BAG Rechnung, indem es ausführt, dass eine Kündigung wegen fehlender Einsatzmöglichkeiten allgemein nur dann in Betracht kommt, wenn der Arbeitgeber das Beschäftigungshindernis nicht durch angemessene Vorkehrungen beseitigen kann.[45] Das gilt im Übrigen über den Kreis der schwerbehinderten Arbeitnehmer hinaus und betrifft ganz allgemein alle behinderten Arbeitnehmer. Insoweit diese nicht als schwerbehinderte Arbeitnehmer Ansprüche gegen den Arbeitgeber aus § 81 Abs. 4 SGB IX haben, folgen derartige Ansprüche auf Ergreifen angemessener Vorkehrungen in unionsrechtskonformer Auslegung aus § 241 Abs. 2 BGB.[46]

In merkwürdigem Kontrast zu dieser bestandsschützenden Verstärkung der Beschäftigungspflichten des Arbeitgebers steht der Umgang der Rechtsprechung mit den Präventionspflichten nach § 84 SGB IX.

---

42 Vgl. BVerfGE 97, 169, 175 f.
43 S.o. III.
44 EuGH NZA 2013, 553, Rn. 67 – Ring.
45 BAG NZA 2014, 372, Rn. 54.
46 BAG NZA 2014, 372, Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 84 Abs. 1 SGB IX sieht für schwerbehinderte Menschen und Gleichgestellte[47] die so genannte Präventionspflicht vor. Danach muss der Arbeitgeber bei Schwierigkeiten im Beschäftigungsverhältnis, die zu dessen Gefährdung führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung sowie die betriebliche Interessenvertretung und das Integrationsamt einschalten, um alle Möglichkeiten zur Beseitigung der Schwierigkeiten und möglichst dauerhaften Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses zu erörtern. Das dient dazu, dass die Suche nach einem milderen Mittel zur Vermeidung einer eventuellen Kündigung nicht erst im Zeitpunkt der Kündigung erfolgt, sondern möglichst frühzeitig, um die Frage nach einer Kündigung möglichst erst gar nicht aufkommen zu lassen.[48] Die Bestimmung steht ein wenig im Schatten des weit mehr Aufmerksamkeit findenden betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX, das für alle Arbeitsverhältnisse vorgesehen ist[49]. Wenn das BAG § 84 Abs. 1 SGB IX nicht anwenden will, zumindest daraus keinerlei Konsequenzen für eine Kündigung ziehen will,[50] falls der Arbeitnehmer keinen Kündigungsschutz genießt,[51] ist das nicht überzeugend. Zwar mag der Wortlaut, in dem von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten die Rede ist, Anklänge an das Kündigungsschutzrecht enthalten. Der Normzweck einer frühzeitigen Vermeidung einer Kündigungssituation deckt diese Auslegung indes nicht.[52] Auch ist es nicht überzeugend, wenn das BAG sich darauf beruft, dass der Arbeitgeber in dieser Situation kündigungsrechtlich Kündigungsfreiheit genießt und die Einsatzmöglichkeiten des Arbeitnehmers soll prüfen dürfen.[53] Das ist eine einseitige kündigungsrechtliche Sicht und lässt völlig außer Acht, dass die schwerbehindertenrechtliche Beschäftigungspflicht ein anderes Pflichtenprogramm enthält, wie dargelegt. Allemal kann sich eine solche Recht-

---

47 Keine Anwendung auf alle Arbeitsverhältnisse, vgl. *Brose*, RdA 2006, 149; *Schlewing*, ZfA 2005, 485, 488 f.

48 *Welti*, AuR 2003, 445, 448.

49 BAG AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung.

50 Die Konsequenzen einer Verletzung der Pflichten aus § 84 SGB IX setzen mittelbar an der Frage an, ob es ein milderes Mittel zur Kündigung gibt, die direkte Unwirksamkeit der Kündigung folgt aus der Verletzung solcher Verfahrenspflichten grundsätzlich nicht, ausf. *Deinert*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl., Frankfurt/M. 2014, § 84 SGB IX Rn. 25 ff.

51 BAG AP Nr. 27 zu § 307 BGB.

52 *Deinert*, Anm. zu BAG AP Nr. 27 zu § 307 BGB.

53 BAG NZA-RR 2008, 404, 407.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sprechung nicht mehr aufrechterhalten lassen, nachdem die europarechtlichen Vorgaben zum Erfordernis angemessener Vorkehrungen derartige Beschäftigungsgefährdungen für schwerbehinderte Menschen nicht mehr einfach konsequenzlos zulassen. Auch wäre dies mit den völkerrechtlichen Bindungen aus Art. 27 der Behindertenrechtskonvention nicht zu vereinbaren.[54]

Ebenso ist der Rechtsprechung zu widersprechen, wenn sie den Arbeitnehmer darauf verweist, dem Arbeitgeber im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements – das gilt dann auch für behinderte Arbeitnehmer – Vorschläge zur Beschäftigung auf anderen Arbeitsplätzen zu unterbreiten.[55] Erst recht ist es nicht akzeptabel, wenn die Rechtsprechung davon ausgeht, dass der Arbeitnehmer im Rahmen des Kündigungsrechts nur dann auf mildere Mittel verweisen kann, wenn sie sich erst nach Abschluss des Eingliederungsmanagements ergeben haben.[56] Denn das würde das Eingliederungsmanagement funktionswidrig zu einem Verfahren zur Kündigungserleichterung denaturieren. Der Sache nach bedeutet dies nämlich eine Präklusion des Arbeitnehmers mit Einwendungen unter dem Ultima ratio-Prinzip.[57] Die Verfahren nach § 84 SGB IX sollen aber nicht Kündigungen erleichtern, sondern Arbeitsplätze erhalten.[58]

V. Flankierung der Beschäftigungspflicht

Eigentlich sollte jeder Arbeitgeber, der der Beschäftigungspflicht unterliegt, grundsätzlich von selber prüfen, ob er behinderte Menschen beschäftigen kann. Der Gesetzgeber geht aber noch weiter und ordnet eine solche Prüfpflicht in § 81 Abs. 1 SGB IX für alle Arbeitgeber unabhängig von der Beschäftigungspflicht an.[59] Daran wird zweierlei deutlich. Zum einen bedeutet das, dass alle Arbeitgeber letztlich in der Pflicht stehen. Die Pflichtquote ist nur eine Ergebnisvorgabe für Arbeitgeber bestimmter Größe.

---

54 Jedenfalls der Sache nach bewirkt die neuere Rspr. zur Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen (Fn. 45) eine funktionsähnliche Pflicht des Arbeitgebers, vgl. *Günther/Frey*, NZA 2014, 584, 587.

55 BAG DB 2010, 1015.

56 BAG DB 2010, 621, 623.

57 *Krause*, in: *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 15. Aufl., München 2013, § 1 Rn. 372.

58 *Brose*, RdA 2006, 149, 155.

59 BAG NZA 2011, 153, 156.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zum anderen folgt aus der Prüfpflicht aber auch, dass beschäftigungspflichtige Arbeitgeber sich nicht damit zufrieden geben können, die Pflichtquote erfüllt zu haben. Diese ist eben eine Mindestquote. Die Arbeitgeber sollen nach Möglichkeit darüber hinaus schwerbehinderte[60] Menschen beschäftigen.

Letzteres ist freilich nicht sanktionsbewehrt. Immerhin gibt es ein paar Mechanismen, die darauf hinwirken, dass die Arbeitgeber ihre Prüfpflicht ernst nehmen. Zunächst einmal muss der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung über Vermittlungsvorschläge und Bewerbungen schwerbehinderter Menschen ebenso gemäß § 81 Abs. 1 Satz 3 SGB IX unterrichten wie die betriebliche Interessenvertretung. Diese können zwar die Beschäftigung eines bestimmten schwerbehinderten Menschen nicht erzwingen. Immerhin hat der Betriebsrat aber ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, wenn der Arbeitgeber seine Prüfpflicht verletzt hat.[61] Freilich hängt die Durchsetzung das Schwerbehindertenrechts an dieser Stelle von dem Betriebsrat ab. Denn die Schwerbehindertenvertretung hat insoweit kein echtes Mitbestimmungsrecht. Sie kann lediglich dann, wenn der Arbeitgeber seine Pflichtquote nicht erfüllt, nach § 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX verlangen, dass der Arbeitgeber die Personalie unter Darlegung der Gründe mit ihr erörtert. Der Betriebsrat hat zwar nach § 80 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG die Aufgabe, die Eingliederung schwerbehinderter Menschen zu fördern. Das lässt sich freilich nur schwer exekutieren. Das Verfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG wird, wenn der Betriebsrat seine diesbezüglichen Pflichten nicht engagierter verfolgt, in den seltensten Fällen gangbar sein. Die dort vorgesehene Amtsenthebung setzt nämlich eine grobe Verletzung der betriebsverfassungsrechtlichen Pflicht voraus.

Ein weiteres Element zur Flankierung der Pflichtquote ist das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung. Nicht von ungefähr ist das Benachteiligungsverbot für schwerbehinderte Menschen im unmittelbaren Anschluss an die Prüfpflicht § 81 Abs. 2 SGB IX angesprochen. Dessen Satz 2 wiederum verweist auf die Regelungen des AGG. Dieses enthält ein umfassendes Diskriminierungsverbot, nicht nur für schwerbehinderte

60 Ob sich die Prüfpflicht darüber hinaus auf behinderte Menschen, die nicht den Status der Schwerbehinderung erreicht haben, erstreckt, ist umstritten, abl. BAG NZA 2011, 737, 739 f.; a.A. SWK-*Deinert*, Prüfpflicht Rn. 1.

61 BAG AP Nr. 17 zu § 81 SGB IX; BAG AP Nr. 77 zu § 99 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 100 zu § 99 BetrVG 1972.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Menschen,[62] sondern für alle behinderten Beschäftigten (wobei Beschäftigte nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG auch Arbeitsplatzbewerber sind). Auch wenn dieses Diskriminierungsverbot wegen § 15 Abs. 6 AGG keine Ansprüche auf Abschluss eines Arbeitsvertrages begründen kann und auch keinen vorrangigen Zugang zum Arbeitsverhältnis bei gleicher Eignung verschafft, ebnet es für behinderte Menschen doch den Zugang zur Beschäftigung, insoweit es die Gewährleistung einer gleichen Chance im Vergleich zu anderen Bewerbern bereithält. Denn eine unzulässige Benachteiligung kann schon darin liegen, dass dem Betreffenden eine Chance im Bewerbungsverfahren genommen wird.[63] Drohende Entschädigung und Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 2 und 3 AGG sind Instrumente, die dazu dienen, dass Arbeitgeber schwerbehinderten Menschen gleiche Chancen auf Zugang zu einem Arbeitsplatz einräumen, insoweit sie sie nicht diskriminieren. Denn bei diesen Verpflichtungen des Arbeitgebers handelt es sich um Sanktionsbestimmungen der einschlägigen Richtlinien.[64]

Folgerichtig in diesem Kontext ist es daher, wenn die Rechtsprechung in der Verletzung der Verfahrensbestimmungen des § 81 Abs. 1 SGB IX Indizien für eine Diskriminierung sieht, die zu einer Umkehr der Beweislast gemäß § 22 AGG führen.[65] Dementsprechend begründet sowohl die Verletzung der Prüfpflicht als auch die unterlassene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nach § 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX ein Indiz für eine Diskriminierung wegen der Behinderung.[66] Dasselbe gilt für die unterlassene Mitteilung über die Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen oder die Verletzung der weiteren Mitteilungspflichten gegenüber der Schwerbehindertenvertretung.[67] Ebenfalls stellt es ein Indiz für eine Diskriminierung dar, wenn die Pflicht zur frühzeitigen Verbindungsaufnahme mit der Bundesagentur für Arbeit nach § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verletzt wird. Das BAG hat treffend in Bezug auf die letztere Verpflichtung ausgeführt, dass der Arbeitgeber, der diese Pflicht verletzt, den Anschein erwecke, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen

62 BAG NZA 2012, 667, 669.
63 BAG NZA 2011, 153, 155.
64 Vgl. m.w.N. *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, 3. Auflage, Baden-Baden 2013, § 15 Rn. 3 ff.
65 BAG NZA 2011, 153, 156.
66 BAG NZA 2011, 153, 156.
67 BAG AP Nr. 7 zu § 81 SGB IX.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht nur nicht interessiert zu sein, sondern ihr aus dem Wege gehen zu wollen.[68] Das lässt sich zwanglos übertragen auf alle weiteren Verpflichtungen des Arbeitgebers, die sich als angemessene Vorkehrungen für die Beschäftigung behinderter Menschen im Sinne des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG darstellen. Schließlich stellt auch die Verletzung der Pflicht zur Einladung schwerbehinderter Menschen zu einem Vorstellungsgespräch durch den öffentlichen Arbeitgeber nach § 82 Satz 2 SGB IX ein Indiz für eine Benachteiligung im Sinne des § 22 AGG dar.[69]

Der Diskriminierungsschutz wirkt auch flankierend zur Beschäftigungspflicht, insoweit er Kündigungen gegenüber schwerbehinderten Menschen reguliert. Dem Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung ist für Arbeitnehmer, auf die das KSchG anwendbar ist, wegen § 2 Abs. 4 AGG in richtlinienkonformer Auslegung der Kündigungsgründe nach § 1 KSchG Rechnung zu tragen.[70] Soweit das KSchG nicht anwendbar ist, ist eine diskriminierende Kündigung nach der Rechtsprechung des BAG gemäß § 134 BGB i.V.m. § 7 AGG nichtig.[71] Hier könnte sich ein Indiz für eine Diskriminierung nach § 22 AGG aus der Verletzung der Verpflichtungen zur Vermeidung von Kündigungen schwerbehinderter Menschen nach dem SGB IX ergeben. Freilich lehnt es das BAG ab, aus der Verletzung der Pflicht zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX ein Indiz für eine Diskriminierung herzuleiten. Da die Pflicht zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements allen Arbeitnehmern, nicht nur schwerbehinderten, gegenüber besteht, folge aus der Pflichtverletzung allenfalls ein Indiz für allgemein mangelnde Gesetzestreue. Die Begründung ist wenig stichhaltig:[72] Hält man sich vor Augen, dass die Pflicht zur Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements, auch wenn sie nicht nur gegenüber behinderten Arbeitnehmern besteht, für die letztgenannte Gruppe eine durch die Richtlinie gebotene angemessene Vorkehrung des Arbeitgebers im Sinne des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG darstellt, müssen die oben[73] angestellten Überlegungen zu dem Schluss zwingen, dass eine

68 BAG AP Nr. 13 zu § 81 SGB IX.
69 BAG NZA 2013, 896.
70 BAG DB 2009, 626.
71 BAG NZA 2014, 372, Rn. 14 ff.
72 Vgl. SWK-*Deinert*, Benachteiligungsverbot, Rn. 45.
73 S.o. IV.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kündigung ohne vorheriges Ergreifen angemessener Vorkehrungen diskriminierend wirkt[74].

VI. Beschäftigungspflicht als ausschließlicher Sonderzugang für behinderte Menschen?

Anzurechnen auf die Pflichtquote sind grundsätzlich schwerbehinderte Menschen, die auf einem Arbeitsplatz beschäftigt sind, § 75 Abs. 1 SGB IX. Dabei ist für die Anrechnung Voraussetzung, dass eine behördliche Anerkennung als schwerbehinderter Mensch bzw. eine Gleichstellung vorliegt.[75] Es stellt sich damit die Frage, ob Prüfpflicht und Beschäftigungspflichtquote der einzige Weg in das Beschäftigungsverhältnis sind. Denn immer wieder kommt es vor, dass schwerbehinderte Menschen als solche nicht erkennbar sind und nicht erkannt werden wollen. Allzu oft erfährt der Arbeitgeber von einer Behinderung erst, wenn der Arbeitnehmer im Vorfeld oder nach einer Kündigung seine Behinderung geltend macht.

Die Rechtsprechung ist bislang rigoros. Sie will behinderten Menschen den schwerbehindertenrechtlichen Schutz nach dem SGB IX bisweilen sogar geradezu aufdrängen. Das fängt an bei dem Thema der Frage nach der Schwerbehinderung. Die ältere Rechtsprechung marschierte freilich zunächst in eine ganz andere Richtung. Sie sah in der Frage nach der Schwerbehinderung im Rahmen der Vertragsanbahnung die Wahrnehmung eines berechtigten Informationsinteresses des Arbeitgebers, da dieser Status rechtlich, wirtschaftlich und betrieblich von Bedeutung sei.[76] Dabei ging es wohl gemerkt keineswegs um das Problem, ob der Arbeitnehmer für die in Aussicht genommene Stelle geeignet ist, sondern allein um den Status. Die Rechtsprechung ermöglichte es dem Arbeitgeber damit, dem Schwerbehindertenschutz gefahrlos zu entgehen. Nicht nur, dass damit die Gesetzesintention auf den Kopf gestellt wurde, vielmehr erlaubt diese Auslegung es, dass der Schutz einer Arbeitnehmergruppe in kontraproduktiver Weise als Beschäftigungshindernis für die Betreffenden wirkt.

---

74 *Fuerst*, Behinderung zwischen Diskriminierungsschutz und Rehabilitationsrecht, Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, Baden-Baden 2009 (zugl., Hamburg, Bucerius Law School, Diss. 2008), S. 150 ff.

75 *Schneider*, in: *Hauck*, SGB IX, Loseblatt, K § 71 Rn. 6; *Müller-Wenner*, in: Müller-Wenner/Winkler, SGB IX Teil 2, 2. Aufl., München 2011, § 75 Rn. 4.

76 BAG AP Nr. 20 zu § 123 BGB.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wie man heute weiß, ist das verfassungswidrig.[77] Nach zwischenzeitlichen Zweifeln[78] blieb es freilich bei dieser Rechtsprechung. Neben anderen nicht oder nicht mehr überzeugenden Argumenten führte das BAG aus, das System des Schwerbehindertenschutzes passe nicht dazu, dass sich einzelne gleichsam in die Betriebe einschlichen. Wer den Schutz in Anspruch nehmen wolle, sei nicht darauf angewiesen, ihn qua Notlüge zu realisieren.[79]

Nach dieser bis heute nicht aufgegebenen Vorstellung steht ein schwerbehinderter Mensch in der Bewerbungssituation vor einem merkwürdigen Dilemma: Er muss dem Arbeitgeber auf Befragen offenbaren, dass er schwerbehindert ist, und so naheliegender Weise damit rechnen, nicht eingestellt zu werden. Das gilt jedenfalls solange, wie Arbeitgeber die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen als wirtschaftlich nachteilig begreifen. Verschweigt er seine Schwerbehinderung, kann er sich auf seinen Schutz nicht berufen, riskiert er doch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB. Nur ausnahmsweise kann die Anfechtung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB ausgeschlossen sein.[80]

Zwar hat das BAG nach Inkrafttreten des SGB IX die Problematik der Frage nach der Schwerbehinderung nicht erneut beurteilen müssen. In einem kündigungsrechtlichen Fall hat das BAG indes entschieden, dass der Arbeitnehmer zumindest dann, wenn er den Schutz der §§ 85 ff. SGB IX genießt, zur wahrheitsgemäßen Beantwortung der Frage nach der Schwerbehinderung verpflichtet ist.[81] Diese Frage diene allein der Ermöglichung eines rechtstreuen Verhaltens in Bezug auf die schwerbehindertenrechtlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers. Sie führe auch nicht zu einer Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne des § 3 AGG. Denn der Arbeitnehmer erleide keine schlechtere Behandlung, wenn seine Rechte und Interessen gewahrt würden. Schließlich verlange auch ein wirksamer Diskriminierungsschutz keinen Schutz vor der Frage nach der Schwerbehinderung, wenn der Arbeitnehmer Kündigungsschutz genieße. Das überzeugt nicht. Denn dass schwerbehinderte Menschen nicht gerne die Frage nach ihrem Status beantworten, liegt in der nicht ganz unbegründeten Befürchtung, Nachteile infolge von Vorurteilen erleiden zu müssen.

---

77 S.o. II. .
78 BAG AP Nr. 38 zu § 123 BGB.
79 BAG AP Nr. 40 zu § 123 BGB.
80 Vgl. BAG AP Nr. 40 zu § 123 BGB.
81 BAG NZA 2012, 555.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Kündigungsschutz kann hingegen viele Benachteiligungen im Arbeitsleben nicht ausschließen.

Mit dem Leitbild der Teilhabe wie andere Menschen hat diese Sichtweise nichts zu tun. Dabei verlangen schon Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, dass niemand genötigt sein kann, über den Status einer Behinderung, der eben doch oftmals mit Stigmatisierung verbunden ist, Auskunft zu geben. Der Schwerbehindertenschutz ist zwar unverzichtbar, zu seiner Inanspruchnahme kann aber niemand gezwungen werden.[82] Es handelt sich um ein Angebot, das mit Rücksicht auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht nicht aufgedrängt werden darf.[83] Dementsprechend muss es jedem gestattet sein, durch Verschweigen der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch, die Rechte nicht zu genießen.[84] Wer diese Rechte nicht genießen will, muss behandelt werden wie ein nicht schwerbehinderter Mensch, so dass er beispielsweise bei der Prüfpflicht oder der Beschäftigungspflicht übergangen wird.[85] Da der Schwerbehindertenschutz unverzichtbar ist, ist es aber jederzeit möglich, den Schutz für die Zukunft einzufordern.[86]

Dem BAG ist damit im Ergebnis Recht zu geben, wenn es demjenigen, der im Vorfeld der Kündigung die Frage nach der Schwerbehinderung verneint, die Berufung auf die Erforderlichkeit einer Zustimmung des Integrationsamtes gemäß § 85 SGB IX nach Treu und Glauben versagt.[87] Zu widersprechen ist aber der Annahme, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber vertraglich verpflichtet sei, eine diesbezügliche wahrheitsgemäße Auskunft zu erteilen. Entgegen der Rechtsprechung[88] genügt es voll und ganz, wenn im Übrigen ein aus diesem Grunde bislang nicht als schwerbehinderter Menschen bekannter Arbeitnehmer sich nach den allgemeinen dazu vom BAG entwickelten Grundsätzen innerhalb von 3 Wochen darauf berufen muss, dass er schwerbehindert sei[89]. Denn dies verlangt die Rechtsprechung, wenn einem schwerbehinderten Arbeitnehmer gekündigte wurde, von dessen Schwerbehinderung der Arbeitgeber keine Kenntnis

82 BSG SozR 3870 § 3 Nr. 21; BVerwGE 76, 82, 85 f.
83 BSG SozR 3870 § 3 Nr. 21; BVerwGE 76, 82, 86. .
84 BVerwGE 76, 82, 86.
85 Vgl. *Großmann*, NZA 1992, 241, 246.
86 SWK-*Deinert*, Schwerbehindertenrecht, arbeitsrechtliches Rn. 20.
87 BAG NZA 2012, 555, Rn. 52 ff.
88 BAG NZA 2012, 555, Rn. 18.
89 BAG NZA 2011, 411.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hatte. Auch für andere Rechte gilt, dass sie nur für Gegenwart und Zukunft geltend gemacht werden können. Der Arbeitgeber ist daher für vergangene Urlaubsjahre beispielsweise von der Verpflichtung zur Gewährung von Zusatzurlaub gemäß § 125 SGB IX befreit, wenn der Arbeitnehmer seine Schwerbehinderung unerkannt gelassen hat. Er verdient aber keinen Schutz in dem Vertrauen darauf, dass der Arbeitnehmer jetzt oder in Zukunft keine Ansprüche auf Zusatzurlaub hat.

Auch geht die Annahme fehl, der Arbeitgeber verdiene Schutz vor der Verpflichtung zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe, die nicht anfalle, wenn er den Arbeitnehmer als schwerbehinderten Menschen auf die Pflichtquote anrechnen kann[90]. Denn der Arbeitgeber mag sich um Beschäftigte bemühen, die den Schutz als schwerbehinderte Arbeitnehmer in Anspruch nehmen wollen. Erneut ist im Übrigen daran zu erinnern, dass die Pflichtquote eine Mindestquote ist. Der Arbeitgeber verdient also auch keinen Schutz davor, dass er neben den erkannt schwerbehinderten Menschen auch noch einen unerkannt schwerbehinderten Menschen beschäftigt. Dies gilt zumal deshalb, weil in einem solchen Fall offensichtlich keine Belastungen eintreten können, denn Leistungsminderungen durch die Behinderung sind dann nicht erkennbar und rechtliche Belastungen treten nicht ein, solange das Recht nicht geltend gemacht wird. Unter dem Gesichtspunkt des Belastungsausgleichs bleibt es dann auch immer noch gerechtfertigt, dass der Arbeitgeber, der durch den Schwerbehindertenschutz keine Nachteile hat, die Ausgleichsabgabe bezahlt.

Gegen dieses Ergebnis kann auch nicht eingewendet werden, der Arbeitgeber müsse bei der Vertragsanbahnung doch in guter Absicht fragen dürfen, ob er es mit einem schwerbehinderten Menschen zu tun habe, damit er seiner Beschäftigungspflicht nach § 71 SGB IX nachkommen könne. Wer hier wahrheitswidrig antwortet, kann dann ja keinen Vorteil aus der Lüge ziehen, weil der Arbeitgeber ihn gar nicht einstellen wird. Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer indessen eingestellt, kann die Lüge nicht gemäß § 123 BGB kausal geworden sein, denn der Arbeitgeber könnte dann den schwerbehinderten Arbeitnehmer, der seine Schwerbehinderung verschleiert, nicht wegen der (falschen) Antwort eingestellt haben, sondern allenfalls trotz dieser Antwort.[91]

---

90 So *Husemann*, RdA 2014, 16, 20.
91 Vgl. auch BAG AP Nr. 59 zu § 123 BGB.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

VII. Schlussfolgerungen

Alles in allem fällt der Befund ambivalent aus. Das Schwerbehindertenrecht sieht vielfältige Verpflichtungen der Arbeitgeber vor, damit schwerbehinderte Menschen beschäftigt werden. Dabei greifen verschiedene Instrumente, wie Prüfpflicht, Diskriminierungsverbot und Pflichtquote, ineinander. Wie auch sonst im Arbeitsrecht ist der Schutz beim Zugang zur Beschäftigung geringer ausgestattet als im bestehenden Beschäftigungsverhältnis. Defizitär ist dabei der Umstand, dass die Ausgleichsabgabe wegen ihrer geringen Höhe kaum Druck hin zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen entfaltet. Insgesamt nimmt die Rechtsordnung den Arbeitgeber aber mit Rücksicht auf behinderte Menschen stärker in die Pflicht als bei sonstigen Arbeitnehmern.

Die Rechtsprechung exekutiert dies nur teilweise. Sie setzt andererseits kontraproduktive Akzente. Es ist zu hoffen, dass die Anerkennung der Verpflichtung zum Ergreifen angemessener Vorkehrungen nach Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG zu einem Bewusstseinswandel führen wird. Nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Ring*[92] und einer ersten Rezeptionsentscheidung durch das BAG[93] könnten dafür nun erste Ansätze erkennbar sein. Es bleibt abzuwarten, was die Praxis daraus macht, ob sie beispielsweise solchen Erkenntnissen auch im Rahmen des Ordnungswidrigkeitentatbestandes des § 156 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX Rechnung trägt, so dass der Arbeitgeber nur dann geltend machen kann, dass die Pflichtquote ohne Fahrlässigkeit nicht erfüllt wurde, wenn er darlegen kann, dass er die gehörigen Anstrengungen im Sinne angemessener Vorkehrungen unternommen hat, um schwerbehinderte Menschen im Betrieb einsetzen zu können. Insgesamt haben die verschiedenen Mechanismen noch erhebliches Ausbaupotential, das die Rechtsprechung aktivieren könnte.

92 EuGH NZA 2013, 553, Rn. 67 – Ring.
93 BAG NZA 2014, 372.

https://doi.org/10.5771/9783845269962-119, am 12.10.2024, 11:36:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb