

Silke Wittich-Neven

Schwerbehindertenschutz im Recht – allegro, ma non troppo

Dieser Ausdruck aus der Sprache der Musik – allegro heißt wörtlich übersetzt lustig, heiter – beinhaltet die Anweisung, ein Musikstück lebhaft, schnell zu spielen, aber – und dies klingt etwas widersprüchlich – nicht zu schnell.

Betrachtet man das Stück geordneter staatlicher Sozialpolitik, das seit mehr als hundert Jahren in Bezug auf die Eingliederung der als Problemgruppe bezeichneten Schwerbehinderten gespielt wird, so lässt sich eine lebhaftere Gangart auch gerade in den letzten Jahren nicht bestreiten, wenn man einen Vergleich zu dem früheren staatlichen Desinteresse an „Krüppeln“ zieht, was sich darin offenbarte, dass z.B. die Versorgung invalider Berufssoldaten im Belieben des Landesherrn stand; versehrte Wehrpflichtige waren ohnehin auf die Armenfürsorge angewiesen.

Das, was dann 1871 mit einzelnen Militärversorgungs- und -pensionsgesetzen einerseits bzw. der Unfallversicherung für Zivilpersonen 1883/84 andererseits begann, wurde nach dem 1. Weltkrieg mit dem Schwerbeschädigtengesetz von 1923 und nach dem 2. Weltkrieg als es in der Bundesrepublik ca. 1,5 Millionen Kriegsbeschädigte gab, mit dem Schwerbeschädigtengesetz von 1953 fortgeführt, wobei – quasi als Würdigung der Aufopferung ihrer Gesundheit für die Gemeinschaft – nur Kriegsversehrte, Opfer von Arbeitsunfällen und – dies als Ausnahme von dem als „Kausalitätsprinzip“ genannten Grundsatz – auch Blinde in den Schutz des Gesetzes aufgenommen wurden.

Erst 1974 wurde im Schwerbehindertengesetz (SchwbG) die Abkehr vom Kausalitäts- und die Hinwendung zum „Finalitätsprinzip“ vollzogen, so dass von da an auch solche, die etwa schon als sog. Contergan-Kinder behindert geboren, d.h., ohne sich um die Gemeinschaft verdient gemacht zu haben, ebenfalls integrationsbedürftig sind, unter den Schwerbehindertenschutz fielen und fallen. Gesundheitliche „Lappalien“ wurden und werden ohnehin nicht vom Schwerbehindertengesetz erfasst, sondern nur solche Gesundheitsstörungen, die mindestens ein halbes Jahr andauern und vom Normalzustand Menschen gleichen Alters zu 50% oder wenigstens 30% – letzteres bei solchen Personen, die einen Gleichstellungsantrag gestellt haben – abweichen; dies bedeutet, dass bestimmte Funktionseinschränkungen bei Kindern und älteren Menschen nicht als Behinderung angesehen werden, weil auch normale Kinder bzw. alte Menschen so etwas noch nicht oder eben nicht mehr können (vgl. Wortlaut in § 2 Abs. 1 Neuntes Sozialgesetzbuch [SGB IX] “...

länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen“). Der Grad der Behinderung/die Minderung der Erwerbsfähigkeit wird dann, nach Prozentsätzen gestaffelt, je nach Beeinträchtigung von Gliedmaßen, Organen, Geist, Psyche tabellarisch aufgliedert.

Nach dem SchwbG wurden weitere gesetzliche Wohltaten für Schwerbehinderte erlassen, so solche über Rehabilitationsleistungen und Eingliederungshilfen für Behinderte, Sozialversicherung und unentgeltliche Beförderung von Behinderten. 1984 bekräftigte die Bundesregierung ihr Ziel, im Rahmen des von den Vereinten Nationen ausgerufenen Jahrzehnts für die Behinderten – 1983 bis 1992 – „an der weltweiten Verwirklichung der Vorstellung von einer vollen Teilhabe und Gleichheit aller Behinderten weiterhin kräftig mitzuwirken“ (Behinderte und Rehabilitation, Bericht der Bundesregierung über die Lage der Behinderten und die Entwicklung der Rehabilitation, Bonn 1984, S. 15 f.). Nach dem Auslaufen jenes Jahrzehnts wurde 1994 sogar in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ein Diskriminierungsverbot gegenüber Behinderten aufgenommen. Im Herbst 2000 wurde noch ein Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter (SchwbBAG) geschaffen, dessen Regelungen zur Beschäftigungspflicht und zur Ausgleichsabgabe am 1.1.2001 in Kraft traten. Einen vorläufigen Endpunkt bildet das Gesetz zur Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 1.7.2001, das als SGB IX das bisherige SchwbG ablöst.

Die wesentlichen Inhalte des Schwerbehindertenschutzes betreffen die Förderung der Einstellung von behinderten Arbeitnehmern, die Erschwerung der Kündigung ihnen gegenüber, Unterstützung der Eingliederung des Behinderten durch individuelle Hilfe wie z.B. spezielle PCs für Blinde, den Behinderten angepasste Arbeitszeiten und -aufgaben sowie ein Anspruch der Behinderten auf Teilzeitarbeit; hinzu kommen Zusatzurlaubszeiten sowie die Einschaltung von besonderen Ämtern, etwa der Hauptfürsorgestelle – seit dem 1.7.2001 in Integrationsstelle umbenannt –, und von betrieblichen Interessenvertretungen; das sind neben Betriebsrat/Personalrat die Schwerbehindertenbeauftragten.

Im Einzelnen: die Förderung der Einstellung von Schwerbehinderten soll durch eine Einstellungspflicht von Arbeitgebern, die mindestens 20 Arbeitnehmer (bisher 16 Arbeitnehmer) beschäftigen, bewirkt werden. Die Pflichtquote beträgt 5% (bisher 6%). Während das SchwbeschG von 1953 bei Arbeitgebern, die sich hartnäckig weigerten, Schwerbeschädigte einzustellen, die zwangsweise Einstellung durch die Landesarbeitsämter vorsah, soll seit dem SchwbG von 1974 die Pflichtquote durch eine Ausgleichsabgabe erreicht werden, die bisher 200,-- DM für jeden unbesetzten Pflichtplatz betragen hat und nach dem SchwbBAG, je nach Grad der Nichterfüllung gestaffelt, gesteigert wird. Mit den Mitteln aus dieser Ausgleichsabgabe wird ebenfalls die Einstellung von Schwerbehinderten gefördert. Außerdem kann gegen Arbeitgeber, die ihrer Ein-

stellungspflicht nicht nachkommen, ein Bußgeld verhängt werden; dies kommt aber in der Praxis nie vor. Die Kündigung eines Arbeitnehmers, der einen Schwerbehindertenausweis besitzt oder zumindest beantragt hat, kann nur mit Zustimmung der Integrationsstelle erfolgen. Die Vertrauensleute für Schwerbehinderte und die Betriebs- und Personalräte haben gegenüber dem Arbeitgeber Erörterungsrechte; der Betriebsrat kann darüber hinaus seine Zustimmung verweigern, wenn der Arbeitgeber statt eines behinderten einen nichtbehinderten Arbeitnehmer einstellen will. Auch muss sich ein Arbeitgeber frühzeitig mit dem Arbeitsamt in Verbindung setzen, damit ihm dieses einen geeigneten behinderten Arbeitnehmer nachweisen kann, und das Arbeitsamt muss entsprechende Vorschläge machen. Das Gesetz zur Rehabilitation und Teilhabe von behinderten Menschen (SGB IX) soll die Unübersichtlichkeit des Rehabilitationsrechts beenden, führt Wunsch- und Wahlrechte von Behinderten ein, erwähnt die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von behinderten Frauen und Kindern ausdrücklich und richtet gemeinsame Servicestellen aller Rehabilitationsträger ein, so dass Behinderte, die bisher sieben verschiedenen Rehabilitationsträgern gegenüberstanden, in Zukunft durch die Informations- und Koordinierungsarbeit der Servicestellen leichter und zielgerichteter an die Hilfen gelangen sollen. Außerdem wird in dem Gesetz eine beschleunigte Bearbeitung der Anträge von Behinderten durch die jeweiligen Sozialleistungsträger gefördert und die Möglichkeit eröffnet, dass Behindertenverbände die Schwerbehinderten mit dessen Einverständnis bei sozial-, verwaltungs- und arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vor Gericht vertreten (§ 63 Verbandsklagerecht), eine Regelung, die von Arbeitgeberseite heftig kritisiert worden ist. Schließlich verbietet das Gesetz in § 81 Abs. 1 dem Arbeitgeber die Diskriminierung von Schwerbehinderten insbesondere bei Einstellung, Aufstieg und Kündigung von Arbeitsverhältnissen und es enthält, ähnlich wie vorher schon das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts (§ 611 a BGB), eine Schadensersatzregelung. Der Arbeitgeber muss mit der Schwerbehindertenvertretung und dem Betriebsrat Integrationsvereinbarungen z.B. in Bezug auf Arbeitsplatzgestaltung, Arbeitszeit der Schwerbehinderten schließen und auch präventiv tätig werden, wenn das Arbeitsverhältnis von Schwerbehinderten gefährdet ist (§§ 83, 84 SGB IX).

Dass allen bisherigen Regelungen zum Trotz die Integration von Behinderten bisher nicht recht gelungen ist, lässt nicht nur der aufmunternde Name des SchwbBAG von 2000 und des Rehabilitations- und Teilhabegesetzes von 2001 erahnen, sondern die vorsichtig als Vollzugsdefizite bezeichneten Mängel lassen sich mit Zahlen belegen: von den Schwerbehinderten, die Mitte der 1990er Jahre der Arbeitsvermittlung zur Verfügung standen – ca. 1,1 Millionen – waren knapp 20% arbeitslos, und ohne den besonderen Kündigungsschutz für Schwerbehinderte wären es noch mehr gewesen. Da ist es verständlich, wenn der Bundesarbeitsmi-

nister Anfang Oktober 2001 die 23.700 geschaffenen Jobs, die im Rahmen der "Kampagne 50.000 Jobs für Schwerbehinderte" bundesweit erreicht wurden, als Erfolg feiert, auch ohne dass etwas über die Qualität dieser Jobs mitgeteilt wird. Auch außerhalb des Arbeitsmarkts erfolgt die Eingliederung von Behinderten nur sehr verhalten bzw. gar nicht und wird von Gesetzen und Gerichten nicht vorangetrieben; dies wird z.B. deutlich am Fehlen behindertengerechter Zugänge zu Behörden und sonstiger Behinderteneinrichtungen wie etwa Toiletten, weiter an den Schwierigkeiten, behinderte Kinder in Regelschulen statt in Sonderschulen einzuschulen, an der Einschränkung von Behinderteneinrichtungen auf benachbarten Wohngrundstücken, an der Reisepreisminderung wegen des Anblicks von Behinderten im Speisesaal eines Hotels, an der Ablehnung einer medizinischen Rehabilitation für einen Schwerbehinderten, die ihn nur für die Weiterarbeit in der Behindertennwerkstatt stabilisieren, nicht aber für den allgemeinen Arbeitsmarkt fit machen würde.

Der durch entsprechende Urteile im Schul-, Bau-, Reise- oder Sozialversicherungsrecht erweckte Eindruck, dass das Recht – Gesetzgebung, Rechtssprechung und Verwaltungspraxis – entgegen dem allgemeinen Anspruch möglicherweise eher zur Ausgrenzung von Behinderten beiträgt, verstärkt sich durch die systematische Zuordnung der Integration von Behinderten zum Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und dessen Interpretation. Den Ausbau und auch die Beibehaltung sozialstaatlicher Leistungen stellen Juristen gemeinhin unter den Vorbehalt der Zumutbarkeit, d.h. die Belastung durch eine Regelung muss für die Gesellschaft tragbar sein, wobei Zumutbarkeit gerade auch unter finanziellen Aspekten betrachtet wird. Bei der Ausgestaltung des Sozialstaats wird vom Bundesverfassungsgericht dem Staat als Gesetzgeber, Behörde, Gericht ein weiter Ermessensspielraum zugestanden. Nur vereinzelt war in der Vergangenheit aus dem Sozialstaatsgebot ein Verbot des sozialen Rückschritts abgeleitet worden, bezeichnenderweise durch einen Rechtswissenschaftler, Wolfgang Abendroth (Das Grundgesetz, 1973, S.68) der zugleich Politikwissenschaftler war; und auch in jetziger Zeit vertreten einige beharrlich ähnliche Ansichten (z.B. Burkhard v. Seggern, 1996). Wäre die Mehrheit der Juristen dieser Mindermeinung gefolgt, dann wären die Einschränkungen undenkbar gewesen, die seit Anfang der 1980er Jahre im Sozialrecht insgesamt und gerade auch im Schwerbehindertenrecht durch Gesetze vorgenommen wurden, deren Namen – Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz, Haushaltsbegleitgesetz, 1. Gesetz zur Änderung des SchwbG – dem naiven Betrachter allein Solidität oder Unauffälligkeit, keinesfalls aber den Wegfall von sozialem Schutz anzeigen. Es hätte dann kein späteres Einsetzen des besonderen Kündigungsschutzes, keine Rücknahme der unentgeltlichen Beförderung, keine Erschwerung von Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten geben können. Da aber auch das Bundesverfassungsge-

richtet sich an dem – auch finanziellen – Zumutbarkeitsmaßstab orientiert – etwa bei der Einschulung von behinderten Kindern in Regelschulen –, ist es nur konsequent, wenn auch im Arbeitsrecht die Belastungen für den Arbeitgeber an diesem Maßstab gemessen werden.

Damit sich der Arbeitgeber entscheiden kann, ob er sich einen oder gar mehrere behinderte Arbeitnehmer "zumuten" will, wurde ihm vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung bisher ein Fragerecht zugestanden, ob der potenzielle Arbeitnehmer schwerbehindert, d.h. durch den Schwerbehindertenausweis als Behinderter anerkannt sei. Bei wahrheitswidriger Verneinung konnte der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten, weil „die zahlreichen, während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses bestehenden gesetzlichen Pflichten ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers hervorriefen, den Stelleninhaber nach dem Schwerbehindertenstatus zu fragen“ (Bundesarbeitsgericht in: *Arbeitsrecht im Betrieb*, 17. Jg. 1996, Nr.12 S. 742 f.); dies sollte sogar dann gelten, wenn das Arbeitsergebnis durch die Behinderung nicht beeinträchtigt war, wie das oben das Bundesarbeitsgericht im Falle einer Putzfrau feststellte, die auf einem Auge blind war. Auch in dem Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG sah das Bundesarbeitsgericht keinen Anlass, seine bisherige Rechtsprechung zu ändern, weil nämlich der Grundgesetzgeber sich 1994 nicht dazu geäußert hatte, ob diese Frage künftig verboten sein sollte. Die quälende Zumutbarkeitslogik der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts untersucht Ronald Pahlen (2001) akribisch. Bedeutete es dann nicht eine kleine Revolution, wenn das Bundesarbeitsgericht die Anfechtung des Arbeitsvertrags durch einen Arbeitgeber für unwirksam erklärte, obwohl der Kläger im Personalfragebogen die Frage nach der Schwerbehinderung verneint, also gelogen hatte? Nein, leider nicht, denn der Kläger hatte „wegen einer Funktionseinschränkung der Gliedmaßen und des Rumpfes bei angeborenem Minderwuchs“ einen Behinderungsgrad von 100% (Pressemitteilung des BAG vom 18.10.2000) so dass der Arbeitgeber, gerade weil die Lüge des behinderten Bewerbers offensichtlich war, sich nicht geirrt haben konnte.

Gewisse Hoffnungen auf eine künftige behindertenfreundlichere Rechtsprechung erweckt das SGB IX mit seinem bereits erwähnten Benachteiligungsverbot und der Schadensersatzrechtlichen Sanktion bei Verstößen. Eine solche Sanktion war übrigens noch kurz vorher beim Gesetzgebungsverfahren zum SchwBAG 2000 abgelehnt worden, ließ sich aber wegen der inzwischen ergangenen zwingenden Regelung in der europäischen Richtlinie zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000) im SGB IX nicht mehr vermeiden, womit die Lernfähigkeit des deutschen Gesetzgebers – *allegro* –bewiesen wäre. Ob nun auch das Bundesarbeitsgericht im Besonderen die Integration von Behinderten beschleunigen wird, indem es seine Rechtsprechung zur Frage nach der Schwerbe-

hinderung ändert, ist noch nicht gewiss, denn eine unterschiedliche Behandlung ist dem Arbeitgeber dann erlaubt (§ 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 SGB IX), wenn die Art der auszuübenden Tätigkeit betroffen und eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende Anforderung dafür ist. Diese Formulierung lässt zugunsten des Arbeitgebers einen gewissen Diskriminierungs- und damit Fragerechtsspielraum vermuten, der dann auf seine Zu- bzw. Unzumutbarkeit überprüft werden müsste. Es fällt auf, dass Franz Josef Düwell, der selbst Richter am Bundesarbeitsgericht ist, in seiner Kommentierung des neuen Gesetzes vorsichtig abwägend/distanziert davon spricht, dass „nach Auffassung des Deutschen Gewerkschaftsbundes ein Entschädigungsanspruch schon dann bestehen (sollte), wenn für die Benachteiligung des behinderten Menschen kein hinreichender Grund besteht“ (Düwell, 2001, 377).

Zu bedenken ist auch, dass es in der Vergangenheit bei der Parallelproblematik zur Benachteiligung wegen des Geschlechts einiger Nachhilfe durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bedurfte, um dem bundesdeutschen Gesetzgeber und dem Bundesarbeitsgericht zu der Einsicht zu verhelfen, wie sich Frauendiskriminierung ausdrückt, etwa in der Frage nach der Schwangerschaft. Sollte es tatsächlich so sein, dass das Fragerecht des Arbeitgebers in Bezug auf die Schwerbehinderteneigenschaft von Arbeitnehmern die Regel bleibt und dass trotz der vielen Gesetze, Institutionen, Behörden, die ihre Existenzberechtigung dem Vorhandensein von Schwerbehinderten verdanken, allenfalls geringe Fortschritte bei der Eingliederung von Schwerbehinderten möglich sind? Vielleicht könnte ein Gedanke hilfreich sein, den Theresia Degener (2000) zum Abbau von Behindertendiskriminierung empfiehlt: statt Behinderung als Schicksal, das unabänderlich mit Leid und Ausgrenzung verbunden ist, hinzunehmen, sollte die freie Persönlichkeitsentfaltung einer jeden, auch einer behinderten Person in den Vordergrund gestellt werden. Eine solche Sichtweise würde ein Dominierungsverbot für die „normale“ Mehrheit gegenüber der behinderten Minderheit beinhalten. Um sich diese Dominanz bewusst zu machen, bedarf es des Rückgriffs auf die Alltagserfahrungen von Behinderten, auf ihr Wissen um das Nicht-für-Voll-Genommen werden, um Ausgrenzungen. Ansonsten bliebe es trotz aller gesetzgeberischen Bemühungen bei dem obigen Fazit; wobei das bisherige Durchlavieren von Gesetzgeber, Gerichten, Behörden und sonstigen „normalen“ Menschen zwischen einerseits sozialem Fortschritt und andererseits der Furcht vor den sozialen Begehrlichkeiten, die unweigerlich zum finanziellen Desaster führen müssen, weil die Behinderten und ihre Angehörigen möglicherweise nicht die gebotene Rücksicht auf die Notwendigkeiten der „Normalen“ nehmen, für einen distanzierten Betrachter erheiternd sein mögen, für Schwerbehinderte und ihre Angehörigen aber nicht so sehr.

Literatur

- Abendroth, W. ,Das Grundgesetz, 4.Aufl. Pfullingen 1973
- Degener, Th. (2000). Verfassungsrechtliche Probleme mit Behindertendiskriminierung in Deutschland, in: Kritische Justiz, 33 Jg., 2000, Nr.3, S. 425- 433
- Düwell, F. J. (2001). Veränderung des Schwerbehindertenrechts, in: Arbeitsrecht im Betrieb , 22.Jg. , 2001, Nr.7, S. 375-378
- Pahlen, R. (2001). Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft vor der Einstellung und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, in: Recht der Arbeit, 54. Jg., 2001, Nr. 3, S. 143-150
- v. Seggern, B. (1996). Verfassungsrechtliche Grenzen des Sozialabbaus, in: Soziale Sicherheit, 45.Jg., 1996, Nr. 10 , S. 367-375