



Diskussionsforum Teilhabe und Prävention

Herausgegeben von:

Dr. Alexander Gagel & **Dr. Hans-Martin Schian**

in Kooperation mit:

Prof. Dr. Wolfhard Kohte

Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Ulrich Preis

Institut für Deutsches und
Europäisches Sozialrecht,
Universität zu Köln

Prof. Dr. Felix Welti

Hochschule Neubrandenburg

Juni 2008

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 12/2008 –

Klarstellungen zu § 82 SGB IX

von Dr. Alexander Gagel

§ 82 SGB IX erscheint auf den ersten Blick klar und einfach:

Öffentliche Arbeitgeber müssen freie oder frei werdende Stellen der Agentur für Arbeit melden. Sie müssen schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Eine Einladung ist entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt.

Dennoch haben sich Anwendungsschwierigkeiten ergeben:

1. Entfällt die Meldepflicht bei nur **interner Ausschreibung**?
2. Entfällt das Erfordernis eines **Vorstellungsgesprächs**, wenn eine Meldung der Stelle bei der Agentur für Arbeit nicht erforderlich ist?
3. Entfallen die besonderen Pflichten im Einstellungsverfahren, wenn der Arbeitnehmer seine **Schwerbehinderung nicht mitgeteilt** hat?
4. Entfallen die Verpflichtungen, wenn dem Arbeitgeber die **Schwerbehinderung unbekannt geblieben** ist?
5. Kann eine offensichtlich fehlende **fachliche Eignung nur** aus den Anforderungen abgeleitet werden, die aus der **Ausschreibung** ersichtlich sind?

Zu diesen und anderen Fragen haben sich u.a. das LArbG Saarbrücken, Beschl. v 13.2.2008 – 1 TaBV 15/07 – und das LArbG Chemnitz, Ur. v. 19.9.2007 – 5 Sa 552/06 – geäußert. Wir stellen die Antworten vor und nehmen dazu Stellung.

Dr. Alexander Gagel

Marcus Schian

Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter www.iqpr.de aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

I. Meldepflicht bei interner Ausschreibung

These: Die Pflicht freie Stellen der Arbeitsverwaltung zu melden, besteht auch bei interner Ausschreibung.

Das LArbG Saarbrücken hatte es mit der Ausschreibung der Stelle eines **stellvertretenden Leiters einer Polizeidirektion** zu tun. Die Stelle wurde vom Innenministerium intern ausgeschrieben. Das LArbG war der Ansicht, dass eine Meldung der freien Stelle nicht erforderlich sei, weil **nur interne Bewerber** akzeptiert würden. Eine solche Beschränkung der Ausschreibung sei zulässig.

Dem kann aber im Grundsatz nicht gefolgt werden. Der Sinn der Meldepflicht liegt darin, den schwerbehinderten Arbeitslosen, die es generell schwer haben wieder im Arbeitsleben Fuß zu fassen, den Zugang zu allen frei werdenden Stellen im öffentlichen Dienst zu sichern. Diese **gesetzliche Festlegung**, kann nicht durch die autonome Entscheidung, außen stehende, und damit insbesondere Arbeitslose, nicht zu berücksichtigen unterlaufen werden. **Ausnahmen** sind nur denkbar, wenn die Meldung von der Sache her nicht in Betracht kommt. So lag es bei dem Fall des LArbG Saarbrücken; denn Personen, die ohne weiteres die Aufgaben eines Stellvertreters des Leiters einer Polizeidirektion übernehmen können, können schon aus beamtenrechtliche Gründen nicht auf dem freien Arbeitsmarkt rekrutiert werden. Im Ergebnis war also dem Gericht zuzustimmen, nicht aber in der Begründung. Es wird außerdem diskutiert, dass eine Meldepflicht ausscheidet, wenn die Bewerbung auf Beschäftigte beschränkt wird, die einem **Pool für Überhangpersonal** gemeldet wurden, deren Stellen also wegfallen sollen. Man wird auch dies nur in besonders gelagerten Fällen billigen können.

II. Einladung zum Vorstellungsgespräch

These: Die Pflicht zur Einladung des schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch ist nicht davon abhängig, dass die freie Stelle der Arbeitsverwaltung zu melden war.

Das LArbG Saarbrücken hat die Einladung nicht für erforderlich gehalten, weil auch eine Meldung der (nur intern) ausgeschrieben Stelle an die Agentur für Arbeit nicht geboten gewesen sei. Dies folge **aus dem sprachlichen Zusammenhang** der Sätze 1 und 2 des § 82 SGB IX. Im ersten Satz sei die Meldepflicht für freie Arbeitsplätze geregelt, im zweiten Satz sei das Erfordernis der Einladung schwerbehinderter Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch nur bei Bewerbern für „solche Arbeitsplätze“ festgeschrieben.

Dem LArbG ist zuzugeben, dass die sprachliche Fassung zu einer solchen Folgerung verleiten kann. Sehr zwingend ist diese aber nicht. Auszugehen ist davon, dass sich § 82 Satz 1 SGB IX keine Einschränkungen enthält (auch nicht für interne Ausschreibungen). Wenn sich nun aber erweisen würde, dass eine teleologische **Reduktion des Satzes 1** erfolgen müsste, so **erfasst diese nicht notwendig auch den Satz 2**; denn beide haben **unterschiedliche Zielsetzungen** und decken unterschiedliche Bedürfnisse ab. Die Vorstellungsgespräche sind nämlich in allen Fällen gleichermaßen wichtig. Dies zeigt sich z.B. daran, dass im Fall des LArbG Saarbrücken die vier in die engere Auswahl genommenen nichtbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch geladen wurden.

III. Mitteilung der Schwerbehinderung

These: Die Mitteilung der Schwerbehinderung durch den Bewerber ist nicht formelle Voraussetzung der Verpflichtungen aus § 82 SGB IX.

Eine Verpflichtung des Bewerbers, seine Schwerbehinderung der ausschreibenden Stelle mitzuteilen, gibt es nicht. Die Mitteilung ist auch nicht formelle Voraussetzung der Einladung zum Vorstellungsgespräch. Es liegt hingegen im eigenen Interesse des Bewerbers, dafür zu sorgen, dass die Tatsache der Schwerbehinderung nicht übersehen wird. Er hat andernfalls nur noch einen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung (§ 15 AGG), wenn der Arbeitgeber schuldhaft die Schwerbehinderung übersieht.

IV. Unkenntnis der Schwerbehinderung

These: Verschuldete Unkenntnis der Schwerbehinderung wirkt sich (nur) beim Schadensersatz und der Höhe der Entschädigung aus.

Zu dieser Frage hatte das LArbG Chemnitz (a.a.O.) Stellung zu nehmen. Eine schwerbehinderte Bewerberin hatte (möglicherweise) ihren Bewerbungsunterlagen den Schwerbehindertenausweis nicht beigelegt; sie hatte die **Schwerbehinderung** aber jedenfalls **in einem Schreiben erwähnt**. Dies war übersehen worden. Sie war deshalb auch nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Das LArbG hat entschieden, dass die Frage des **Verschuldens kein Merkmal der Verpflichtung** sei. Verschulden sei bei der Bemessung der Entschädigung (§ 15 AGG; früher § 81 Abs. 2 Nrn. 2-5 SGB IX) zu berücksichtigen (a.A. allerdings LArbG Nürnberg, Beschl. v. 1.4.2004 – AP Nr. 6 zu § 81 SGB IX).

Dem ist zuzustimmen. Auszugehen ist davon, dass dem behinderten Bewerber ein **individueller Anspruch** darauf zusteht, dass ihm die im Gesetz vorgesehenen Chancen eröffnet werden (Adlhoch in Ernst/Adlhoch/Seel SGB IX § 81 Rz.9). Dieser Anspruch wird objektiv verletzt, wenn der Arbeitgeber die gesetzlichen Pflichten nicht erfüllt (s. auch BAG 12.9.2006 – 9 AZR 807/05 – AP Nr. 13 zu § 81 SGB IX). Es gibt keinen Anhalt für eine Einschränkung dahingehend, dass nur bewusste Verletzungen der dem schwerbehinderten Bewerber gegenüber bestehenden Pflichten, Schadensersatz und Entschädigung auslösen sollen. Es handelt sich nicht um Verbotsnormen zur Eindämmung von Missbräuchen sondern um die objektive **Sicherung von Zugangschancen** für die schwerbehinderten Menschen. Lediglich bei Schadensersatz und Entschädigung (§ 15 AGG) kann das Verschulden eine Rolle spielen mit der Folge, dass bei fehlendem Verschulden keine derartigen Ansprüche bestehen, bei Fahrlässigkeit u.U. eine geringere Entschädigung anfällt (so auch LArbG Chemnitz).

Die wichtigste Folgerung daraus ist, dass der **Arbeitgeber sorgfältig die Unterlagen durchsehen und bekannte Umstände beachten muss**, die auf eine Schwerbehinderung der Bewerber hindeuten. Eine Erklärung gegenüber der Schwerbehindertenvertretung, es habe sich kein schwerbehinderter Mensch beworben (so im Fall des LArbG Chemnitz) setzt ebenfalls eine höchst sorgfältige Abklärung voraus.

V. Orientierung der fachlichen Eignung an der Ausschreibung

These: Maßgebliche Grundlage für die Aussage, der Bewerber sei offensichtlich ungeeignet, ist die Ausschreibung.

Die fachliche Eignung ist für eine objektive Auswahl bedeutsam; „offensichtlich“ fehlende Eignung spielt nach § 82 Satz 3 SGB IX auch als Gegenargument gegen die Pflicht die schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen eine wichtige Rolle. Das BAG (Urt. v. 15.02.2005 – 9 AZR 635/03 – AP Nr. 7 zu § 81 SGB IX; BAG 12.09.2006 a.a.O.) hat bereits deutlich gemacht, dass die **Eignung sich primär an der Ausschreibung** orientiert. Das LArbG Chemnitz hat dies im hier besprochenen Fall umgesetzt. Der Beklagte hatte geltend gemacht, die Bewerberin beherrsche nicht das System SaxMBS und sei deshalb offensichtlich ungeeignet. Das LArbG hat demgegenüber entschieden, dass es darauf nicht ankomme. Die Ausschreibung habe sich bezogen auf „eine abgeschlossene Ausbildung als Verwaltungsfachangestellte“ oder „eine abgeschlossene Ausbildung in einem einschlägigen Beruf“ bezogen. Die Klägerin habe als eine solche einschlägige Berufsausbildung mit dem Abschluss „Wirtschaftskaufmann“ absolviert. Die Eignung orientiere sich an den festgesetzten **Zugangsvoraussetzungen und nicht nach einzelnen Aufgaben.**

Zu beachten ist allerdings stets auch, ob die Ausschreibung einen zulässigen Inhalt hatte (BAG Urt. v. 12.09.2006 a.a.O.).

Allerdings spielte in diesem Fall für die Eignung auch eine Rolle, dass die Klägerin sich noch in einem **ungekündigten Arbeitsverhältnis** bei einer Stadtverwaltung befand und einen Lehrgang zum Verwaltungsfachangestellten besuchte, dessen Zeiten sich mit den Anforderungen der zu besetzenden Stelle überschneiden. Das LArbG hat entschieden, dass dies **keine unüberwindlichen Hindernisse** seien und das Vorstellungsgespräch gerade dazu diene, auszuloten, wie diese Schwierigkeiten überwunden werden könnten.

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