

## Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 12/2010 –

10.11.2010

### Überlegungen zu Begriff und Bedeutung der Eignung behinderter Menschen für ausgeschriebene Stellen

von Dr. Alexander Gagel

Eignung stellt man fest, durch Vergleich eines Anforderungsprofils mit dem Profil der persönlichen Leistungsfähigkeit.<sup>1</sup>Das Anforderungsprofil ergibt sich bei ausgeschriebenen Stellen aus dem Inhalt der Ausschreibung. Der Arbeitgeber ist weitgehend frei zu bestimmen, welche Anforderungen er festlegen will (s. dazu schon Beitrag B7-2010)<sup>2</sup>. Bei der Ausschreibung von Stellen des öffentlichen Dienstes dürfen keine sachlich nicht gerechtfertigten Anforderungen gestellt werden<sup>3</sup>. Ziel dieses Beitrags ist es abzuklären, was zu beachten ist, wenn sich ein behinderter Mensch auf die ausgeschriebene Stelle bewirbt, obwohl er nicht allen Anforderungen der Ausschreibung entspricht.

Wir kommen zu folgenden Thesen:

1. **Entgegen BAG ist (jedenfalls dort, wo es um Diskriminierung wegen einer Behinderung geht) auch derjenige als Bewerber anzusehen und ggf. berechtigt Entschädigung wegen Diskriminierung geltend zu machen (§§ 7,15 Abs. 2 AGG), der ein Merkmal der Ausschreibung nicht erfüllt; das AGG ist deshalb auch auf die Bewerbungen dieses Personenkreises anzuwenden.**
2. **Beruhet das Fehlen einer Voraussetzung auf einer Behinderung, so kann die Nichtberücksichtigung des behinderten Bewerbers bei der Stellenbesetzung hierauf nur gestützt werden, wenn die betreffende Fähigkeit wesentliche Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit ist (§ 8 Abs. 1 AGG).**
3. **Auch bei fehlender Übereinstimmung der Fähigkeiten mit der Ausschreibung sind alle in § 81 Abs. 1 SGB IX geforderten Schritte durchzuführen.**

<sup>1</sup>S. dazu Diskussionsforum Teilhabe und Prävention, www.iqpr.de, Beitrag 5/2004

<sup>2</sup>Vgl. BAG, Urt. v. 21.07.2009 – 9 AZR 431/08 – AP Nr. 1 zu § 82 SGB IX

<sup>3</sup>BAG, Urt. v. 12.09.2006 – 9 AZR 807/05 – AP Nr. 13 zu § 81 SGB IX Rz. 31-33; Urt. v. 16.09.2008 – 9 AZR 791/07 – AP Nr. 15 zu § 81 SGB IX

**4. Ein vom Arbeitgeber vorgesehene Auswahlverfahren ist – sofern nicht die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 AGG vorliegen – für behinderte Bewerber, die es wegen der Behinderung nicht bewältigen können, so umzugestalten, dass der Erfolg nicht an der Behinderung scheitert.**

Dr. Alexander Gagel  
Anja Hillmann-Stadtfeld  
Dr. Hans-Martin Schian

**I. Rechtliche Bedeutung der Ausschreibung**

Die Ausschreibung legt die Anforderungen der zu besetzenden Stelle fest. Der **Arbeitgeber ist weitgehend frei**, diese nach seinen Vorstellungen festzulegen. Dies gilt auch für Notwendigkeit, Art und **Gestaltung eines Auswahlverfahrens**. Wenn der Bewerber eine der festgelegten Voraussetzungen nicht erfüllt, ist er grundsätzlich für die ausgeschriebene Stelle ungeeignet. Problematisch ist in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des **BAG**, dass bei **fehlender Eignung** das **AGG keine Anwendung** finde<sup>4</sup>. Es finde zwar auch auf Bewerber Anwendung; Bewerber im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG könne aber nur sein, wer sich subjektiv ernsthaft bewirbt und objektiv geeignet sei.

Das Problem wird anschaulich durch folgenden **Fall** (Urt. des ArbG Düsseldorf v. 23.04.2010 – 10 Ca 7038/09; juris):

Ausgeschrieben wurden Stellen für wissenschaftliche Mitarbeiter und Mitarbeiter mit Führungsaufgaben zur Vorbereitung und Durchführung des Zensus 2011. Vorausgesetzt wurde ein abgeschlossenes Studium im Bereich der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften.

<sup>4</sup>Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08 – NZA 2010, 383

Auf diese Stellen bewarb sich ein behinderter Bewerber, der über ein abgeschlossenes Hochschulstudium in Mathematik und einjährige Erfahrung im Einwohnermeldewesen einer Stadt hatte.

Das ArbG hat die Klage auf Entschädigung wegen Diskriminierung (§§ 15, 7 AGG) abgewiesen. Das AGG finde keine Anwendung, weil der Kläger wegen des Fehlens einer Anforderung der Ausschreibung ungeeignet sei. Sein Studienabschluss entspreche nicht der, in der Ausschreibung verlangten, Fachrichtung.

Das ArbG setzt damit eine Rechtsprechung des BAG um, die aussagt, Bewerber könne nur sein, wer für die ausgeschriebene Stelle objektiv geeignet sei und sich subjektiv ernsthaft bewirbt<sup>5</sup>.

**Dem ist zu widersprechen.** Dem BAG kann noch darin gefolgt werden, dass die Bewerbung subjektiv ernsthaft erfolgen muss; denn andernfalls handelt es sich um eine Scheinerklärung. Das trifft bei fehlenden objektiven Merkmalen nicht zu. Hier wird nichts Unmögliches erstrebt. Bewerbungsverfahren verlaufen oft flexibel. Je nach Bewerberangebot kann es sein, dass der Arbeitgeber auf bestimmte Anforderungen verzichtet. Gute andere Qualifikationen können zu der Erkenntnis führen, dass die Mängel kompensiert werden oder kompensiert werden können. Anforderungen können sich als unzulässig erweisen.

Es gibt auch sonst **keine Rechtsgrundlage, die Eignungsprüfung aus dem Verfahren herauszunehmen** und gesonderten Kriteri-

<sup>5</sup>Zur Bedeutung der Ausschreibung: BAG, Urt. v. 21.07.2009 – 9 AZR 431/08 – AP Nr. 1 zu § 82 SGB IX; Urt. v. 16.09.2008 – 9 AZR 791/07 – AP Nr. 15 zu § 81 SGB IX;

Zur Bindung des Bewerberbegriffs an die Eignung: BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 365/97 – AP Nr. 10 zu § 611a BGB – betr. Diskriminierung wegen des Geschlechts; Urt. v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – AP Nr. 1 zu § 8 AGG – betr. Diskriminierung wegen des Geschlechts; Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08 – NZA 2010, 383 – betr. Benachteiligung wegen Behinderung

en zu unterwerfen. Die Prüfung der Eignung ist integraler Bestandteil des Besetzungsverfahrens. Sie erfordert vielfältige Überlegungen, z. B. zu der Frage, ob der Bewerber die fehlenden Qualifikationen in zumutbarer Zeit erwerben kann; im öffentlichen Dienst zudem die Prüfung, ob die Anforderungen überhaupt geboten sind. Fehlt ein Merkmal wegen einer Behinderung, ist dieses nur zu beachten, wenn es sich um eine wesentliche Voraussetzung für die Verrichtung der ausgeschriebenen Arbeit handelt (§ 8 Abs. 1 AGG). Von all diesen Überlegungen und Möglichkeiten schließt die Rechtsprechung des BAG die vordergründig ungeeignet erscheinenden Bewerber aus.

Gravierend ist auch der **Widerspruch zum Bewerberbegriff in §§ 81 Abs. 1, 82 SGB IX**. Dort ist eine vergleichbare Einschränkung des Bewerberbegriffs nie erwogen worden, denn dadurch würde **Mitwirkung der betrieblichen Gremien** aus dem Verfahren eliminiert soweit es um die Eignung geht, und es würden die sich daraus für den Bewerber ergebenden Chancen abgeschnitten. Betroffen sind

- die Unterrichtung der betrieblichen Vertretungen (§ 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX),
- die Prüfung, unter Anhörung der betrieblichen Vertretungen, ob die ausgeschriebene Stelle mit einem schwerbehinderten Bewerber besetzt werden kann (§ 81 Abs. 1 Sätze 6 und 1 SGB IX),
- die Erörterung von Einwendungen der betrieblichen Vertretungen, mit diesen – sofern die Beschäftigungspflicht gem. § 71 SGB IX nicht erfüllt ist – (§ 81 Abs. 1 Satz 7) SGB IX),
- die Anhörung des behinderten Bewerbers – sofern die Beschäftigungsquote nicht erfüllt ist – (§ 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX),

- das Vorstellungsgespräch nach § 82 SGB IX – sofern es sich um eine Stelle im öffentlichen Dienst handelt.

Im Ergebnis führt die Rechtsprechung des BAG zu der kuriosen Situation, dass Verstöße gegen § 81 Abs. 1 SGB IX ein Indiz der Diskriminierung begründen können, ein Entschädigungsanspruch sich aber daraus nicht ergibt, weil das AGG nicht anwendbar ist.

## II. Anpassung von Auswahlverfahren an die Bedürfnisse behinderter Bewerber

Der oben angesprochene Beispielfall hat noch eine weitere bedeutsame Variante. Das ArbG hat die Klage auch deshalb abgewiesen, weil der Kläger den Anforderungen eines vom Arbeitgeber vorgesehenen Auswahlverfahrens nicht gewachsen war. Das Auswahlverfahren war auf einen ganzen Tag ausgelegt (8:30 Uhr bis 15:30 Uhr) und umfasste Kurzvorträge, mehrere Diskussionen und Gespräche. Der Kläger teilte nach Zugang der Einladung dem Arbeitgeber mit, dass das Auswahlverfahren die Grenzen seiner gesundheitlichen Belastbarkeit überschreite; er leide an Depressionen und einer stärker werdenden Zwangserkrankung, die es ihm erschwere, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen. Eine halbtägige Belastung sei indes zu bewältigen.

Das ArbG hat eine Benachteiligung wegen der Behinderung verneint, weil das Auswahlverfahren für die Besetzung von Führungspositionen erforderlich und angemessen sei. Dem **Arbeitgeber** stehe insoweit eine **Einschätzungsprärogative** zu. Der Umstand, dass die Stellen auch in Teilzeit angeboten wurden, ändere nichts; denn auch für diese Gruppe müsse die Belastbarkeit nachgewiesen werden.

Auch hier kann dem ArbG nicht gefolgt werden. Zwar ist es richtig, dass der Arbeitgeber die Anforderungen nach seinen Vorstellungen festlegen kann und dazu gehört auch das Absolvieren eines Auswahlverfahrens.

Eine Berechtigung, behinderte Bewerber zurückzuweisen, weil sie wegen der Behinderung den Arbeitsplatz nicht ausfüllen können, besteht aber nur in den Grenzen des **§ 8 Abs. 1 AGG**. Nach dieser Vorschrift ist eine unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung nur zulässig, wenn die Benachteiligung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

Das gilt entsprechend auch für Auswahlverfahren.

Dementsprechend war es Aufgabe des Arbeitgebers zunächst zu prüfen, ob es für den Kläger, der nur eine halbe Stelle anstrebte, andere Möglichkeiten gab seine Eignung nachzuweisen.

Hinzuweisen ist schließlich auf einen weiteren Fehlschluss des ArbG. Es hat die Unbedenklichkeit der Anforderungen im Auswahlverfahren auch auf **§ 3 Abs. 2 AGG (mittelbare Diskriminierung)** gestützt. Diese seien hier hinzunehmen, weil ein rechtmäßiges Ziel verfolgt werde, das sachlich gerechtfertigt sei.

Verkannt wird dabei aber, dass mit einer solchen Argumentation nur dargelegt wird, dass die Anforderungen des Auswahlverfahrens nicht diskriminierend ausgestaltet sind (Zulässigkeit auf der Regelungsebene). Damit ist aber noch nicht gesagt, ob der Arbeitgeber im konkreten Fall wegen einer Behinderung von den (zulässigen) Voraussetzungen absehen musste.

---

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

---