

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 15/2012 –

29.11.2012

Notwendigkeit der Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch nach § 82 Satz 2 SGB IX bei interner Stellenausschreibung

Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 15.12.2011 – 2 A 13/10

Von Maren Giese, wissenschaftliche Mitarbeiterin, Universität Bremen

- | I. Thesen der Autorin | II. Wesentliche Aussagen der Entscheidung |
|--|--|
| <p>1. Auch bei interner Stellenausschreibung muss ein öffentlicher Arbeitgeber schwerbehinderte Bewerber grundsätzlich nach § 82 Satz 2 SGB IX zum Vorstellungsgespräch einladen.</p> <p>2. Da die Einladungspflicht (§ 82 Satz 2 SGB IX) ein Instrument des Nachteilsausgleichs ist (§ 5 AGG¹), muss sie im Hinblick auf das Gebot angemessener Vorkehrungen (Art. 5 RL 78/2000/EG) weit ausgelegt werden.</p> | <p>1. Es besteht kein Anspruch für schwerbehinderte Bewerber auf Einladung zum Vorstellungsgespräch nach § 82 Satz 2 SGB IX, wenn der öffentliche Arbeitgeber die zu besetzende Stelle nur intern ausschreibt.</p> <p>2. Die Einladung ist nach § 82 Satz 3 SGB IX wegen offensichtlich fehlender fachlicher Eignung entbehrlich, wenn die Besetzung des Arbeitsplatzes mit dem Bewerber aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist.</p> |

¹ AGG steht für Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz.

III. Der Fall

Der schwerbehinderte Kläger beehrte Entschädigung, da er in zwei Stellenbesetzungsverfahren nicht zu Vorstellungsgesprächen eingeladen wurde und sich hierdurch benachteiligt fühlte. 1979 trat der Kläger in die Bundeswehr ein und ist als Berufssoldat im Dienstrang eines Hauptmanns seit 1991 beim Bundesnachrichtendienst (BND) in der Auslandsaufklärung tätig. Währenddessen erwarb er die beruflichen Abschlüsse als Bürokaufmann, Personalfachkaufmann und staatlich geprüfter Betriebswirt.

Im November 2008 bewarb sich der Kläger um eine innerhalb des BND ausgeschriebene Stelle der Besoldungsgruppe A 12, welche an Beamte mit der Befähigung für die Laufbahn des gehobenen nichttechnischen Verwaltungsdienstes sowie für Arbeitnehmer und Offiziere des militärfachlichen Dienstes mit vergleichbaren Fähigkeiten und Erfahrung gerichtet war. Zu den geforderten Qualifikationen gehörten insbesondere langjährige Berufserfahrung im allgemeinen Verwaltungsdienst, Kenntnisse im Tarif-, Dienst- und Arbeitsrecht sowie Kenntnisse im Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen. Die Stelle wurde besetzt, ohne dass der Kläger zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde.

Im Mai 2009 bewarb sich der Kläger erneut auf eine intern ausgeschriebene Stelle der Besoldungsgruppe A 12. Auch diese Stelle richtete sich an Beamte mit den oben genannten Befähigungen. Gefordert wurden insbesondere eine Ausbildung zum REFA-Organisator² oder vergleichbare Qualifikationen, umfassende Kenntnisse und Erfahrun-

² Hierbei handelt es sich um eine Zusatzausbildung in den Bereichen „effiziente Organisation von Verwaltungsabläufen“ und „optimale Planung von Personalbedarf“, die vom REFA-Verband für Arbeitsgestaltung, Betriebsorganisation und Unternehmensentwicklung angeboten wird.

gen im Beamten-, Tarif- und Verwaltungsrecht sowie gründliche Kenntnisse der Aufbau- und Ablauforganisation des BND. Der Kläger wurde auch hier nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, bevor die Stelle mit einer Beamtin besetzt wurde.

Aufgrund der unterbliebenen Einladungen zum Vorstellungsgespräch machte der Kläger Entschädigungsansprüche in Höhe von jeweils drei Monatsgehältern wegen Benachteiligung geltend. Die fehlende Praxis in der allgemeinen Verwaltung des BND werde durch seine langjährige Tätigkeit und seine beruflichen Qualifikationen ausgeglichen.

Mit Bescheid vom 4. Mai 2010 lehnte der BND die Anträge mit der Begründung ab, es bestehe keine Einladungspflicht, wenn aus nachrichtendienstlichen, personalwirtschaftlichen und haushaltsrechtlichen Gründen eine Stelle nur behördenintern ausgeschrieben werde und der Kläger die erforderlichen Voraussetzungen nicht erfülle.

Im Dezember 2010 hat der Kläger Klage und im April 2011 Widerspruch gegen die ablehnenden Bescheide erhoben.

Der BND verteidigte die ablehnenden Bescheide und hat – auf entsprechenden gerichtlichen Hinweis – die Auffassung vertreten, dass beide Stellen im Zusammenhang mit der militärischen Auslandsaufklärung stünden.

IV. Die Entscheidung

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)³ hielt die Klage für unbegründet. Der Kläger sei nicht aufgrund seiner Schwerbehinderung benachteiligt worden, sodass ihm keine Entschädigungsansprüche zuständen.

Dem Senat zufolge bestand keine Pflicht nach § 82 Satz 2 SGB IX für den BND als öffentlichen Arbeitgeber, den schwerbehin-

³ BVerwG Urt. v. 15.12.2011 – 2 A 13/10 – NVwZ-RR 2012, S. 320–322.

derten Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Darüber hinaus sei der Beklagte auch rechtlich gehindert gewesen, die ausgeschriebenen Stellen mit dem Kläger als Soldat zu besetzen.

Der Schutz schwerbehinderter Soldaten vor einer Benachteiligung wird gemäß § 24 AGG nicht durch das AGG, sondern nach Maßgabe des § 18 SoldGG⁴ gewährleistet (§ 1 Abs. 2 Satz 2 SoldGG). Nach § 18 Abs. 2 SoldGG entsteht für schwerbehinderte Soldaten ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld, wenn gegen das Benachteiligungsverbot beim beruflichen Aufstieg verstoßen wird. Laut BVerwG liegt eine derartige Benachteiligung auch dann vor, wenn dem jeweiligen Bewerber ein Vorteil vorenthalten wird, der dazu dient, durch eine Schwerbehinderung entstandene Nachteile zu verhindern beziehungsweise auszugleichen.⁵

Die in § 82 Satz 2 SGB IX vorgesehene Einladungspflicht stellt einen solchen Vorteil dar.⁶ Öffentliche Arbeitgeber werden damit verpflichtet, einen schwerbehinderten Bewerber bei einer frei werdenden Stelle zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen und dem Bewerber Gelegenheit zu geben, den Arbeitgeber von seiner Leistungsfähigkeit und Eignung persönlich zu überzeugen. Die Pflicht besteht nach § 82 Satz 3 SGB IX nicht, wenn die Besetzung der Stelle durch die fehlende fachliche Eignung des Bewerbers offensichtlich ausgeschlossen ist. Gemäß § 128 Abs. 4 SGB IX gilt diese Vorschrift auch für Soldaten, da sie mit der Besonderheit des Dienstverhältnisses vereinbar ist.

Der zweite Senat hatte vorliegend zu prüfen, ob eine solche Einladungspflicht auch bei le-

diglich intern ausgeschriebenen Stellen besteht.

Nach Ansicht des Gerichts besteht eine Einladungspflicht dem Wortlaut des § 82 Satz 2 SGB IX entsprechend nur bei der Besetzung eines „solchen“ Arbeitsplatzes, wodurch ein inhaltlicher Bezug zu § 82 Satz 1 SGB IX hergestellt werde. Ein „solcher“ Arbeitsplatz ist demnach nur derjenige, der eine Meldepflicht gegenüber der Bundesagentur für Arbeit auslöse. Eine Meldepflicht bestehe jedoch nur bei externen Stellenausschreibungen, da anderenfalls der Zweck der gesetzlichen Förderungsmaßnahme nicht erreicht werden würde. Schwerbehinderte Bewerber, die sich um eine intern ausgeschriebene Stelle bewerben, seien somit nicht vom Normzweck umfasst. Bei einer internen Ausschreibung seien die Bewerber weder arbeitslos noch arbeitssuchend gemeldet. Zudem bedürfe es keines Vorstellungsgesprächs, da das jeweilige Leistungsprofil den verantwortlichen Personen bekannt sei und kein erster Eindruck vermittelt werden brauche.

Eine interne Stellenausschreibung sei jedoch nur zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist, da sonst die gesetzlich vorgesehene Förderung schwerbehinderter Arbeitsloser durch interne Ausschreibungen umgangen werden könnte. Vorliegend sei die Besetzung der ausgeschriebenen Arbeitsplätze mit eigenen Beschäftigten wegen der Stellenbewertungen und des Aufgabenbereichs des BND berechtigt gewesen.

Darüber hinaus musste der Kläger laut Senat nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden, da ihm die fachliche Eignung offensichtlich fehlte (§ 82 Satz 3 SGB IX). Dies sei auch dann zu bejahen, wenn die Besetzung des Dienstpostens mit dem Bewerber aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist, da ansonsten ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG (Grundgesetz) vorliege. § 8 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung zwischen dem Bundesverteidigungsmit-

⁴ Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten.

⁵ BVerwG Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – juris Rn. 17.

⁶ BVerwG Urt. v. 15.12.2011 – 2 A 13/10 – juris Rn. 16.

nister und dem Bundeskanzleramt (RV) sieht den Einsatz von Soldaten beim BND für die Wahrnehmung von Aufgaben, die im Zusammenhang mit der militärischen Auslandsaufklärung zu erfüllen sind, vor. Ein solcher Zusammenhang sei dann gegeben, wenn der jeweilige Soldat auf Auswahl und Einsatz der Personen und Sachmittel, die in der militärischen Auslandsaufklärung zum Einsatz kommen, Einfluss nehmen kann. Die hier ausgeschriebenen Stellen des BND weisen einen solchen erforderlichen Zusammenhang im Sinne des § 8 Abs. 1 RV nicht auf.

Das BVerwG kam demnach zu dem Ergebnis, dass eine Besetzung mit dem Kläger aus Rechtsgründen ausgeschlossen sei, dem Kläger somit die fachliche Eignung gemäß § 82 Satz 3 SGB IX offensichtlich fehle, keine Einladungspflicht zu einem Vorstellungsgespräch bestehe und daher keine eine Entschädigung auslösende Benachteiligung vorliege.

V. Würdigung/Kritik

Der zweite Senat hat im vorliegenden Fall eine Einladungspflicht zum Vorstellungsgespräch und eine daraus möglicherweise resultierende Benachteiligung beziehungsweise einen Entschädigungsanspruch verneint. Auch wenn dem im Ergebnis hier zuzustimmen ist, sollte die Begründung dieser Entscheidung kritisch betrachtet werden.

In Frage stand eine mögliche Benachteiligung des Klägers aufgrund seiner Schwerbehinderung, weshalb dieser Entschädigung gemäß § 18 Abs. 2 SoldGG verlangte. Ein Indiz für eine solche Benachteiligung kann eine unterbliebene Einladung zu einem Vorstellungsgespräch sein.⁷ Zentrale Norm ist

⁷ BVerwG Urt. 15.12.2011 – 2 A 13/10 – juris Rn. 17; BAG Urt. 12.09.2006 – 9 AZR 807/05 – juris Rn. 22; ausführliche Begründung zu § 5 AGG siehe auch Porsche, Unterbliebene

hier § 82 SGB IX. Sie legt dem öffentlichen Arbeitgeber weitere Pflichten zur Rehabilitation und Teilhabe schwerbehinderter Bewerber auf, damit dieser der Vorbildfunktion des öffentlichen Dienstes und den Anforderungen der RL 2000/78/EG im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG gerecht wird. Durch Art. 33 Abs. 2 GG soll der Grundsatz der Chancengleichheit beim Zugang zu öffentlichen Ämtern und die Qualität der zu berufenden Beamten anhand der abschließend aufgeführten Zugangskriterien (Befähigung, fachliche Leistung und Eignung) gewährleistet werden.⁸

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bei der **Einladungspflicht zum Vorstellungsgespräch** für schwerbehinderte Bewerber insbesondere dann, wenn es sich wie hier um eine intern ausgeschriebene Stelle handelt. Nach § 82 Satz 2 und 3 SGB IX hat der öffentliche Arbeitgeber den schwerbehinderten Bewerber zwingend zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, soweit die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt.

Das BVerwG hält diese Einladung jedoch – ebenso wie das Landesarbeitsgericht (LAG) Saarland⁹ und das LAG Köln¹⁰ in ähnlich gelagerten Fällen – für nicht erforderlich, da es sich bei einer intern ausgeschriebenen Stelle nicht um einen „solchen Arbeitsplatz“ handle, der von der Meldepflicht gemäß § 82 Satz 1 SGB IX umfasst sei. Ein solcher Zusammenhang zwischen Meldepflicht und

Einladung zum Vorstellungsgespräch einer schwerbehinderten Stellenbewerberin als unmittelbare Diskriminierung – Anmerkung zu den (Parallel-) Urteilen des BVerwG v. 03.03.2011 – 5 C 15/10 und 5 C 16/10, Beitrag B2-2012 auf www.reha-recht.de.

⁸ BVerwGE Urt. v. 28.10.2004 – 2 C 23/03 – BVerwGE 122, S. 147 – 154; Hense, BeckOK GG, Art. 33 Rn. 7.

⁹ LAG Saarland Beschl. v. 13.02.2008 – 1 TaBV 15/07 – Behindertenrecht 2008, S.208 – 211.

¹⁰ LAG Köln Beschl. v. 08.02.2010 – 5 TaBV 73/09 – Behindertenrecht 2011, S. 114 – 116.

Einladungspflicht liegt nicht ganz fern¹¹, ist aber auch nicht zwingend.

Vielmehr spricht einiges dafür, die Melde- und die Einladungspflicht getrennt zu betrachten.

Dem Wortlaut nach handelt es sich bei der Meldepflicht (§ 82 Satz 1 SGB IX) weder um eine Ermessensvorschrift („...öffentlichen Arbeitgeber melden den Agenturen für Arbeit...“) noch sind Einschränkungen oder Ausnahmen vorgesehen. Auch die gesetzliche Definition des Arbeitsplatzes für den zweiten Teil des SGB IX (§ 73 Abs. 1 SGB IX) und die RL 2000/78/EG, zu deren Umsetzung § 82 SGB IX dient, unterscheiden nicht **zwischen intern und extern zu besetzenden Stellen**. Somit gilt die Pflicht grundsätzlich für alle frei werdenden, neu zu besetzenden und neuen Arbeitsplätze unabhängig davon, ob sie intern oder extern ausgeschrieben wurden.¹²

Arbeitgebern bzw. Dienstherrn wird auf diese Weise keine Gelegenheit gegeben, die Vorschriften zum Schutz der schwerbehinderten Bewerber zu umgehen.¹³

Ebenso geben weder der Wortlaut von § 82 Satz 2 SGB IX noch die Begründung des Gesetzes¹⁴ Anlass, eine Einladungspflicht bei internen Stellenausschreibungen zu verneinen und schwerbehinderte Bewerber in diesen Fällen schlechter zu stellen als bei

externen Ausschreibungen.¹⁵

Ziel der Einladungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers ist, die Eingliederung schwerbehinderter Menschen zu fördern.¹⁶ Dies schließt eine Verbesserung des Arbeitsplatzes durch interne Umsetzung keinesfalls aus. Verdeutlicht wird dies durch Art. 27 Abs. 1e UN-Behindertenrechtskonvention, wodurch auch der berufliche Aufstieg für Menschen mit Behinderungen gesichert bzw. gefördert werden soll. Dies umfasst auch eine Umorientierung beim selben Arbeitgeber, die eine geeignetere und behindertengerechtere Beschäftigung bedeuten könnte.

Dem schwerbehinderten Bewerber soll durch ein Vorstellungsgespräch die Möglichkeit gegeben werden, den potenziellen Arbeitgeber im persönlichen Kontakt von der eigenen Leistungsfähigkeit und Persönlichkeit zu überzeugen und gegebenenfalls bestehende Vorurteile zu beseitigen.¹⁷ Dies ist auch für eine interne Besetzung von hoher Relevanz. So kann der schwerbehinderte Bewerber dem Arbeitgeber zwar schon bekannt sein, durch ein persönliches Gespräch hat er aber dennoch eine (bessere) Gelegenheit, den Arbeitgeber von seinen Qualifikationen für

¹¹ So etwa BVerwG Urt. v. 15.12.2011 – 2 A 13/10 – juris Rn. 18; LAG Saarland Beschl. v. 13.02.2011 – 1 TaBV 15/07 – juris Rn. 58 ff; Kugele, Bewerbung eines schwerbehinderten Soldaten bei interner Stellenausschreibung im BND, jurisPR-BVerwG 5/2012 Anm. 6.

¹² Von Roetteken, jurisPR-ArbR 24/2012 Anm. 4.

¹³ Von Roetteken, jurisPR-ArbR 24/2012 Anm. 4; Gagel, Diskussionsforum B, Beitrag Nr. 12/2008, www.iqpr.de bzw. Beitrag B12-2008 auf www.reha-recht.de.; Gagel, Einladungspflicht zu Vorstellungsgesprächen mit schwerbehinderten Bewerbern, jurisPR-ArbR 26/2008 Anm.4; Ähnlich hinsichtlich der Zulässigkeit interner Stellenausschreibung: BVerwG Urt. v. 15.12.2011 – 2 A 13/10 – juris Rn. 24.

¹⁴ BT-Drucks. 14/5074 S. 113.

¹⁵ Müller-Wenner in: Müller-Wenner/ Winkler, SGB IX, 2. Aufl. 2011, § 82 Rn. 3; Ritz in: Cramer/ Fuchs/ Hirsch/ Ritz, SGB IX, 6. Aufl. 2011, § 82 Rn.5; Von Roetteken, jurisPR-ArbR 24/2012 Anm. 4; Gagel, jurisPR-ArbR 26/2008 Anm. 4; Gagel, Diskussionsforum B, Beitrag Nr. 12/2008, www.iqpr.de bzw. Beitrag B12-2008 auf www.reha-recht.de; Kossens in: Kossens/ von der Heide/ Maaß, SGB IX, 3. Aufl. 2009, § 82 Rn.5; andere Ansicht: LArbG Saarland Beschl. v. 13.02.2011 – 1 TaBV 15/07 – juris Rn. 53 ff.; LArbG Köln Beschl. v. 08.02.2010 – 5 TaBV 73/09 – juris Rn. 33 ff; Kugele, Bewerbung eines schwerbehinderten Soldaten bei interner Stellenausschreibung im BND, jurisPR-BVerwG 5/2012 Anm. 6.

¹⁶ FKS-SGB IX – Feldes, § 82 Rn. 1 f.

¹⁷ BVerwG Urt. v. 15.12.2011 – 2 A 13/10 – juris Rn. 16; Reus/Mühlhausen, Inhalt und Grenzen der Einladungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers nach § 82 Satz 2 und 3 SGB IX, NZS 2012, 534, S. 535) FKS-SGB IX – Feldes, § 82 Rn. 7.

die ausgeschriebene Stelle zu überzeugen. Gemäß § 82 Satz 3 SGB IX ist die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch nur dann entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Maßstab ist hier das konkrete Anforderungsprofil der Ausschreibung.¹⁸ Die fehlende fachliche Eignung ist jedoch auch dann zu bejahen, wenn die Besetzung aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist. Eine auf diese Weise getroffene Auswahlentscheidung stützt sich nicht auf die in Art. 33 Abs. 2 GG aufgeführten Zugangskriterien und würde den unterlegenen Mitbewerber somit in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzen.¹⁹ Vorliegend war der Kläger ein beim BND tätiger Soldat. § 8 RV regelt den Einsatz von Soldaten im BND. Soldaten dürfen demnach dann beim BND eingesetzt werden, wenn die Aufgaben ihres Dienstpostens einen deutlichen Bezug zur militärischen

Auslandsaufklärung aufweisen und der Soldat Einfluss auf Auswahl und Einsatz der in der militärischen Auslandsaufklärung zum Einsatz kommenden Personen und Sachmittel hat. Dies war bei den hier ausgeschriebenen Stellen, die den Bereich der allgemeinen Verwaltung und die Analyse und Bewertung der Dienstposten verschiedener Abteilungen des BND betrafen, nicht der Fall. Somit hat der Senat hier zwar im Ergebnis richtig entschieden, da dem schwerbehinderten Bewerber die fachliche Eignung fehlte bzw. die Stellen nicht mit ihm als Soldat besetzt werden durfte. Es bleibt jedoch festzuhalten, dass eine Einladungspflicht auch bei interner Ausschreibung, besteht.

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

¹⁸ BAG Urt. v. 16.09.2008 – 9 AZR 791/07 – juris Rn. 48; BVerwG Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – juris Rn. 20 ff.

¹⁹ BVerwG Urt. v. 15.12.2011 – 2 A 13/10 – juris Rn. 26; BVerfG Kammerbeschluss v. 02.10.2007 – 2 BvR 2457/04 – juris Rn. 13, 14.