

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 2/2012 –

02.04.2012

Unterbliebene Einladung zum Vorstellungsgespräch einer schwerbehinderten Stellenbewerberin als unmittelbare Diskriminierung

Anmerkung zu den (Parallel-)Urteilen des BVerwG v. 3.3.2011 – 5 C 15/10 und 5 C 16/10

von Dipl. Jur. Stefanie Porsche, Martin-Luther-Universität Halle

I. Thesen der Autorin

1. Die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers nach § 82 S. 2, 3 SGB IX, schwerbehinderte Bewerber/innen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, wenn ihnen die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt, stellt eine positive Maßnahme des Gesetzgebers i. S. d. § 5 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) dar.
2. Schwerbehinderte Bewerber/innen sollen nach dem Normzweck des § 82 S. 2 SGB IX gegenüber nicht-behinderten Konkurrenten im Bewerbungsverfahren besser gestellt werden. Diese verfahrensrechtliche „Besserstellung“ reagiert auf die schlechteren Arbeitsmarktchancen schwerbehinderter Menschen – setzt also bei dem in der Realität bestehenden Handlungsbedarf an. Im Falle der „Positiven Maßnahme“ des § 82 S. 2 SGB IX soll dieser Ausgangslage auf dem Arbeitsmarkt durch die Einräumung eines Chancenvorteils im

Bewerbungsverfahren begegnet werden.

3. Unterlässt der Arbeitgeber die Einladung schwerbehinderter Bewerber/innen zum Vorstellungsgespräch, dann kann in der Verletzung dieser Verfahrensvorschrift eine antidiskriminierungsrechtlich relevante Benachteiligung liegen (§§ 1, 3, 7 AGG bzw. § 81 Abs. 2 SGB IX). Das Unterlassen einer gesetzlichen „Positiven Maßnahme“ ist damit nicht sanktionsfrei.

II. Wesentliche Aussagen der Urteile

1. Einstellungsbewerber werden im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt, wenn ein öffentlicher Arbeitgeber ihnen die in § 82 S. 2 SGB IX angeordnete Besserstellung gegenüber nicht schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern durch Einladung zu einem Vorstellungsgespräch vorenthält, obwohl ihnen im Sinne

- von § 82 S. 3 SGB IX die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt.**
- 2. Ob die fachliche Eignung im Sinne des § 82 S. 3 SGB IX offensichtlich fehlt, ist an dem vom öffentlichen Arbeitgeber mit der Stellenausschreibung bzw. Bewerbungsaufforderung bekannt gemachten Anforderungsprofil zu messen (BAG, Urt. v. 21.07.2009 – 9 AZR 431/08).**
 - 3. Für den Nachweis, dass für die Nichteinladung einer Bewerberin oder eines Bewerbers zum Vorstellungsgespräch ausschließlich andere Gründe als die Behinderung erheblich waren, kann ein öffentlicher Arbeitgeber nur solche Gründe heranziehen, die nicht die fachliche Eignung betreffen. Hierfür enthält die in § 82 Satz 3 SGB IX geregelte Ausnahme mit dem Erfordernis der „offensichtlich“ fehlenden Eignung eine abschließende Regelung.**

III. Die Fälle

Die Klägerin der beiden (Parallel-) Verfahren hatte sich Anfang 2007 um Einstellung in den Richterdienst der Länder Baden-Württemberg bzw. Bayern beworben. Das 1. und 2. Staatsexamen hat die Klägerin jeweils mit der Note „befriedigend“ abgeschlossen und somit die Befähigung zum Richteramt erworben. Der Grad der Behinderung der Klägerin beträgt 30; seit dem 29. Januar 2007 ist sie einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt i. S. d. § 2 Abs. 3 SGB IX.

Das baden-württembergische Justizministerium bzw. das bayerische Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen (StMAS) teilten der Klägerin mit, dass ihre Bewerbung weder aktuell berücksichtigt noch für eine künftige Einstellung vorgemerkt werden könne. Die Klägerin erfülle die Leistungsanforderungen, die sich

insbesondere an den Examensergebnissen zu orientieren hätten, nicht. Wegen des gegenwärtig bestehenden hohen Notenniveaus bei Bewerbungen von Juristen/innen und des zu beachtenden Leistungsprinzips gingen andere Bewerber/innen mit besseren Leistungen vor.

Gegenüber beiden Ministerien rügte die Klägerin in der Folge, entgegen der Pflicht öffentlicher Arbeitgeber aus § 82 S. 2 SGB IX, nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein. Begegnet worden ist ihr mit dem Vorwurf der fehlenden fachlichen Eignung i. S. d. § 83 S. 3 SGB IX. Nach ständiger Verwaltungsübung – so insbesondere das baden-württembergische Justizministerium – würden zur Berücksichtigung von Bewerbungen in den höheren Justizdienst zwei „vollbefriedigende“ Examina verlangt, die die Klägerin nicht vorweisen könne. Sie sei damit offensichtlich fachlich ungeeignet, so dass die Einladungspflicht des Arbeitgebers nach § 82 S. 3 SGB IX entbehrlich sei.

Die Klägerin macht einen Entschädigungsanspruch in Höhe von drei Monatsgehältern nach § 15 Abs. 2 AGG geltend. Die Vorinstanzen hatten einen Entschädigungsanspruch in beiden Fällen abgelehnt. Zwar sei eine Benachteiligung der Klägerin wegen ihrer Gleichstellung zu vermuten, da sie entgegen § 82 S. 2 SGB IX nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei. Auch fehle der Klägerin nicht offensichtlich die fachliche Eignung i. S. d. Satzes 3, die eine Einladung entbehrlich machte. Denn dies beurteile sich nach dem vom öffentlichen Arbeitgeber festzulegenden Anforderungsprofil und dieses habe keine Mindestexamensnoten – etwa zwei „vollbefriedigende“ Examina – enthalten. Die Klägerin habe als Volljuristin die Befähigung zum Richteramt i. S. d. Deutschen Richtergesetzes erlangt und sei in Ermangelung eines konkreten Anforderungsprofils nicht „offensichtlich fachlich ungeeignet“ i. S. d. § 82 S. 3 SGB IX.

Nichtsdestotrotz urteilten sowohl der Bayerische Verwaltungsgerichtshof als auch der Baden-Württembergs, dass die Arbeitgeber die Benachteiligungsvermutung i. S. d. § 22 AGG hätten widerlegen können. Für die Auswahlentscheidung seien ausschließlich sachliche, nicht auf der Behinderung der Klägerin beruhende Gründe maßgeblich gewesen. Das Prinzip der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) gestatte es dem öffentlichen Dienst bei Einstellungen auf die in der Ausbildung erbrachten Noten das Prognoseurteil über die fachliche Eignung zu stützen. In den zurückliegenden Einstellungsrunden seien Bewerber/innen, die wie die Klägerin lediglich eine „befriedigende“ Leistung im zweiten Staatsexamen erreicht haben, nicht eingestellt worden. Unter 8,21 bzw. 8,16 Punkten sei niemand eingestellt worden und wenn doch, dann habe es sich zumindest bei dem anderen Examen um eines mit „vollbefriedigendem“ Ergebnis gehandelt. Für die Ablehnung der Klägerin sei demzufolge allein ihre mangelnde Qualifikation maßgeblich gewesen.

IV. Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) ist dieser Argumentation der Verwaltungsgerichtshöfe nicht gefolgt; diese hätten die Anforderungen des § 22 AGG an die Widerlegung der Kausalitätsvermutung verkannt. Die Klägerin habe Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Da das Berufungsgericht – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine hinreichenden Feststellungen zur angemessenen Höhe der Entschädigung getroffen hat, hat das BVerwG die Fälle diesbezüglich an die Berufungsgerichte zurückgewiesen.

Das BVerwG sieht die Klägerin nach § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt, da ihr die öffentlichen Arbeitgeber die in § 82 S. 2 SGB IX angeordnete Besserstellung gegenüber

nicht-behinderten Bewerberinnen und Bewerbern vorenthalten hätten, indem sie nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden ist. Es handele sich um eine unmittelbare Benachteiligung der Klägerin durch Unterlassen (§§ 7 Abs. 1, 3 Abs. 1 AGG): Die Arbeitgeber seien der ihnen gesetzlich auferlegten Handlungspflicht nicht nachgekommen, Menschen mit Schwerbehinderung in Beschäftigung und Beruf gezielt zu fördern (§ 5 AGG). Die Benachteiligung sei in der Vorenthaltung eines gesetzlich eingeräumten Vorteils zu erblicken. Die Klägerin sei weniger günstig behandelt worden als es das Gesetz zur Herstellung gleicher Chancen für erforderlich hält.

Eine gesetzliche positive Maßnahme wie § 82 S. 2 SGB IX habe drittschützenden Charakter – es handele sich damit nicht um eine „neutrale“ Vorschrift, so dass die in den Schutzbereich der betreffenden Vorschrift fallenden Personen im Falle ihres Unterlassens unmittelbar benachteiligt werden.

V. Würdigung/ Kritik

Die Urteile des BVerwG stehen in einer Reihe von Entscheidungen, die sich mit der Frage beschäftigen, welche Rechtsfolgen sich aus der Nichtbefolgung der Einladungspflicht schwerbehinderter Bewerber/innen für Arbeitgeber/innen ergeben.¹ Insbesondere das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in der Vergangenheit die Anforderungen an die Verfahrensvorschrift des § 82 S. 2 SGB IX konkretisiert.² Da sich die Klägerin im vorliegenden Fall um Einstellung in den Richterdienst bewarb, war die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig. Hier zeigt sich, dass die Vorschriften des 2. Teils des SGB IX insbesondere auch für die Einstellung und Be-

¹ Zuletzt BAG, Urt. v. 16.02.2012 – 8 AZR 697/10 – Pressemitteilung Nr. 13/12, abrufbar unter www.bundesarbeitsgericht.de.

² BAG, Urt. v. 21.07.2009 – 9 AZR 431/08; Urt. v. 12.09.2006 – 9 AZR 807/05.

schäftigung schwerbehinderter Beamtinnen und Beamten bedeutsam sind – wie es § 128 Abs. 1 SGB IX auch ausdrücklich bestimmt.³

1. Die Anforderungen an einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG

Das BAG hatte für einen Entschädigungsanspruch wegen des Verstoßes des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot wegen einer Schwerbehinderung nach §§ 81 Abs. 2 SGB IX, 15 Abs. 2 AGG stets verlangt, dass der schwerbehinderte Mensch Indizien bzw. (Hilfs-) Tatsachen beweist, die eine Benachteiligung wegen einer Behinderung vermuten lassen. Gelingt dies, trägt sodann der Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorliegt, also allein sachliche – nicht auf die Behinderung bezogene Gründe – vorgelegen haben.⁴

Kann nicht ausgeschlossen werden, dass in einem sogenannten Motivbündel, das die Entscheidung des Arbeitgebers beeinflusst hat, die Schwerbehinderung als negatives Kriterium enthalten gewesen ist, ist ein Entschädigungsanspruch zu bejahen. Für die Annahme einer Benachteiligung wegen einer Behinderung reicht es aus, dass dieser Benachteiligungsgrund mitursächlich war.⁵

Als eine (Hilfs-)Tatsache, die eine Benachteiligung wegen Behinderung vermuten lässt, hat das BAG die unterlassene Einladung zum Vorstellungsgespräch entgegen § 82 S. 2 SGB IX durch den Arbeitgeber angese-

hen.⁶

Das BVerwG folgt dieser Argumentationslinie des BAG: Es bejaht eine Benachteiligung der Klägerin – wobei es jedoch auf das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG abstellt, nicht auf das nach § 81 Abs. 2 SGB IX – da ihr die öffentlichen Arbeitgeber die in § 82 S. 2 SGB IX „angeordnete Besserstellung“ vorenthalten hätten, obwohl die fachliche Eignung nicht offensichtlich i. S. d. S. 3 fehlte.

2. § 82 S. 2 SGB IX als gesetzliche positive Maßnahme i. S. d. § 5 AGG

Diese „gesetzlich angeordnete Besserstellung“ qualifiziert das BVerwG dann erstmals in aller Deutlichkeit als „Positive Maßnahme“ nach § 5 AGG. Kämen (künftige) Arbeitgeber einer gesetzlich auferlegten Handlungspflicht nicht nach, durch die i. S. d. § 5 AGG eine bisher in Beschäftigung und Beruf benachteiligte Gruppe gezielt gefördert werden soll, dann sei darin eine (widerlegbare) unmittelbare Benachteiligung des Arbeitgebers durch Unterlassen zu sehen (§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG). Ziel des gesetzlich eingeräumten Vorteils sei gerade (bestehende) Nachteile dieser Personengruppe zu beseitigen bzw. gar zu verhindern; das Vorenthalten dieses Vorteils führt also zu einer weniger günstigen Behandlung als es das Gesetz für erforderlich ansehe.⁷

Sehr deutlich stellt sich das BVerwG mit diesen Aussagen gegen vorgebrachte Zweifel, wonach das Unterlassen einer gesetzlich angeordneten „Besserstellung“ durch den Arbeitgeber nicht mit einer Benachteiligung gleichgesetzt werden könne.⁸ In der Vergangenheit ist der Nichtbeachtung der Einla-

³ Vgl. auch VG Weimar, Urt. v. 20.01.2011 – 5 K 1602/09 – juris.

⁴ Exemplarisch BAG, Urt. v. 21.07.2009 – 9 AZR 431/08 – juris Rn. 33 m. Anm. *Kohte/Porsche*, jurisPR-ArbR 3/2010 Anm. 1.

⁵ BAG, Urt. v. 21.07.2009 – 9 AZR 431/08 – juris Rn. 40; BAG Urt. v. 12.09.2006 – 9 AZR 807/05 – juris Rn. 43.

⁶ So ausdrücklich BAG Urt. v. 12.09.2006 – 9 AZR 807/05 – juris Rn. 23.

⁷ BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – juris Rn. 17.

⁸ Aus der Literatur etwa *Diller*, NZA 2007, 1321 (1323 ff., 1325: „Unterlassene Förderung spricht nicht für Benachteiligungsabsicht.“).

dungspflicht – vorrangig in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – teilweise auch die Qualität einer (Hilfs-)Tatsache abgesprochen worden.⁹ Dahinter steht der Gedankengang, dass Arbeitgeber, die nicht fördern, doch zumindest alle Bewerber/innen *formal* gleich behandeln, da sie sich „blind“ gegenüber dem geschützten Merkmal „Behinderung“ des AGG/ SGB IX verhalten. Dieses Verhalten könne nicht als diskriminierungsrechtlich relevante Benachteiligung verstanden werden.

An Überzeugungskraft verliert diese Argumentation mit der Qualifizierung des § 82 S. 2 SGB IX als „Positive Maßnahme“ i. S. d. § 5 AGG durch das BVerwG: „Positive Maßnahmen“ sind Ausdruck eines materiellen Gleichheitsverständnisses, das gerade nicht zur „Blindheit“ gegenüber geschützten Merkmalen verpflichtet, sondern – hier die Arbeitgeber/innen – dazu auffordert, auf den in der Realität bestehenden Handlungsbedarf zu reagieren. Auf diese Erkenntnis nimmt das BVerwG Bezug, wenn es ausführt, dass schwerbehinderte Menschen tatsächlich schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben und sie zum Ausgleich durch § 82 S. 2 SGB IX im Bewerbungsverfahren besser gestellt werden als ihre nicht-

schwerbehinderten Konkurrenten/innen.¹⁰ Den Aspekt des „Ausgleichs“ wiederholt der 5. Senat an anderer Stelle des Urteils: „Ziel des § 82 S. 2 SGB IX ist es, die Teilhabe schwerbehinderter Menschen und der ihnen gleichgestellten behinderten Menschen am Arbeitsleben durch eine ausgleichende Bevorzugungsregelung zu fördern.“

Die gesetzlich angeordnete „Besserstellung“ bzw. „Bevorzugung“ schwerbehinderter Menschen erfolgt also zum Zwecke des gerechten Ausgleichs, so dass damit dem eigentlichen Wortsinn nach keine „Besserstellung/ Bevorzugung“ einhergeht, sondern die Förderung eher als notwendige Differenzierung zu verstehen ist: Wenn (schwer-) behinderte Menschen im Arbeitsleben unterrepräsentiert sind und ihre Arbeitslosenquote deutlich höher ist als die nicht-(schwer-) behinderter Menschen, dann reicht es nicht aus, alle Bewerber/innen um eine Stelle (formal) gleich zu behandeln, um an dieser Arbeitsmarktsituation etwas zu ändern. Formale Gleichbehandlung zementiert bei dieser Ausgangssituation eher bestehende Ungleichheiten. Daher bedarf es u. a. Maßnahmen, die ein faires, benachteiligungsfreies Auswahlverfahren ermöglichen und dafür Sorge tragen, dass nicht Unwissenheit und Vorurteile auf Seiten der Arbeitgeber dazu führen, dass Bewerbungen schwerbehinderter Menschen aussortiert werden – etwa mit Verweis auf minimal schlechtere Leistungen. Daher ist die Einladung zum Vorstellungsgespräch nach § 82 S. 3 SGB IX auch nur dann entbehrlich, wenn die fachliche Eignung der schwerbehinderten Bewerber/innen *offensichtlich* fehlt. Festzuhalten bleibt damit, dass der Arbeitgeber, der seiner gesetzlichen Handlungspflicht aus § 82 S. 2 SGB IX nicht nachkommt, das gesetzlich geforderte „Hinschauen“ unterlässt und der Gruppe der schwerbehinderten Bewerber/innen damit die Förderung i. S. eines Chancenvorteils im

⁹ OVG Münster, Beschl. v. 03.01.2011 – 1 A 314/09 – juris Rn. 11 mit (zweifelhaftem) Verweis auf die fehlende fachliche Eignung des schwerbehinderten Bewerbers, m. krit. Anm. auch *Beyer*, jurisPR-ArbR 15/2011 Anm. 5; Zurückhaltende Wortwahl auch im Urteil des 6. Senats des OVG Münster v. 31.08.2007 – 6 A 2172/05 – juris Rn. 36: „*Selbst wenn* (...) ein Verstoß gegen § 82 SGB IX (...) vorläge und dies für sich genommen die Vermutung einer Benachteiligung der Klägerin auf Grund ihrer Schwerbehinderung rechtfertigen würde, (...)“ – Hervorhebungen nicht im Original; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 21.09.2005 – 9 S 1357/05 – juris Rn. 9: „Aber auch dies [dass der Verfahrensfehler der Nichteinladung entgegen § 82 S. 2 SGB IX als Hilfstatsache zur Umkehr der Beweislast führen kann] setzt (...) voraus, dass das Gericht für überwiegend wahrscheinlich hält, dass die Benachteiligung des Bewerbers aufgrund seiner Schwerbehinderung erfolgte.“

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – juris Rn. 18.

Bewerbungsverfahren zum Zwecke des gerechten Ausgleichs vorenthält. Die in Frage stehende Benachteiligungshandlung des Arbeitgebers bezieht sich somit nicht auf die Einstellung, sondern auf das vorgelagerte Bewerbungsverfahren.

3. „Offensichtlich“ fehlende fachliche Eignung i. S. d. § 82 S. 3 SGB IX

Im Hinblick auf die Entbehrlichkeit der Einladung wegen offensichtlich fehlender fachlicher Eignung nach § 82 S. 3 SGB IX hält das BVerwG an der Rechtsprechung des 9. Senats des BAG fest. Die fachliche Eignung ist danach durch einen Vergleich des vom öffentlichen Arbeitgeber mit der Stellenausschreibung bzw. Bewerbungsaufforderung bekannt gemachten Anforderungsprofils und des Leistungsprofils der Bewerber/innen zu ermitteln.¹¹

Ausführlich geht das BVerwG auf die an ein Anforderungsprofil des öffentlichen Arbeitgebers zu stellenden Kriterien ein und betont insbesondere, dass mit der Festlegung des Anforderungsprofils ein wesentlicher Teil der Auswahlentscheidung vorweggenommen werde.¹² Zugleich bestimme es den für Arbeitgeber/innen bestehenden Umfang der vor der Auswahlentscheidung liegenden verfahrensrechtlichen Verpflichtung aus § 82 S. 2 SGB IX. Denn schwerbehinderte Menschen, die zweifelsfrei die ausdrücklich und eindeutig bezeichneten Anforderungen nicht erfüllen, müssen nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen werden.¹³ Der Arbeitgeber kann die Reichweite seiner Verpflichtung aus § 82 S. 2 SGB IX also durchaus steuern. In diesem Zusammenhang weist der 6. Senat jedoch darauf hin, dass die geforderten fachlichen Eignungsvoraussetzungen

ihrerseits diskriminierungsfrei und sachlich gerechtfertigt sein müssen. Dies ist ein äußerst wichtiger Aspekt; denn die Tatsache, dass sich Arbeitgeber/innen an ihrem Anforderungsprofil festhalten lassen müssen, darf nicht dazu führen, dass – um die Einladungspflicht auf diesem Wege zu begrenzen – für eine Stellenausübung ungerechtfertigte Anforderungen formuliert werden, die (schwer-) behinderte Menschen (un-) mittelbar diskriminieren. Schließlich weist das BVerwG darauf hin, dass das Anforderungsprofil zwingend vor Beginn der Auswahlentscheidung festgelegt und dokumentiert werden müsse und es für den Arbeitgeber während des Auswahlverfahrens auch verbindlich bleibt.

Diesen Anforderungen genügten die öffentlichen Arbeitgeber in den vorliegenden Fällen nicht. Der Verweis der Arbeitgeber auf eine gefestigte Einstellungspraxis, wonach „vollbefriedigende“ Staatsexamen zur Einstellung in den Richterdienst erforderlich seien, war in das Anforderungsprofil – hier in die Bewerbungsaufforderung – nicht aufgenommen worden. Somit fehlte der Klägerin mit zwei bestandenen Staatsexamen – gemessen am Anforderungsprofil – nicht offensichtlich die fachliche Eignung für das Richteramt.

4. „Offensichtlich“ fehlende Eignung als abschließende Regelung

Weiter stellt das BVerwG klar, dass es sich bei dem Erfordernis der „offensichtlich“ fehlenden Eignung um eine abschließende Regelung handelt. Dies hat zur Folge, dass die Gründe, die der Arbeitgeber seinerseits vortragen kann, um die vermutete Kausalität zwischen Nichteinladung und Behinderung zu widerlegen, nicht solche sein können, die die fachliche Eignung betreffen. Der 5. Senat erhöht damit die Anforderungen an die Widerlegung der Benachteiligungsvermutung und begrenzt den Gegenbeweis des Arbeitgebers auf den Nachweis, dass die Einladung zum Vorstellungsgespräch aus Grün-

¹¹ BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – juris Rn. 20.

¹² BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – juris Rn. 20 ff.

¹³ BVerwG, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – juris Rn. 30.

den unterblieben ist, die weder einen Bezug zur Behinderung aufweisen noch die fachliche Eignung der Bewerberin betreffen.

Die Argumentation der Vorinstanzen, wonach es an der fachlichen Eignung der Klägerin *nicht* offensichtlich fehlte, die Arbeitgeber die Benachteiligungsvermutung i. S. d. § 22 AGG aber mit dem „sachlichen Grund“ der fehlenden Qualifikation der Klägerin trotzdem widerlegen konnten, widerspricht daher nach Ansicht des BVerwG dem Schutzzweck des § 82 S. 2 SGB IX auf ein benachteiligungsfreies Bewerbungsverfahren.¹⁴

Dies kommt auch im Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG selbst zum Ausdruck, wonach Entschädigung auch dann zu leisten ist, wenn der/die schwerbehinderte Bewerber/in auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Die bessere Eignung von Mitbewerber/innen rechtfertigt – nach dem im öffentlichen Dienst geltenden grundgesetzlichen Prinzip der Bestenauslese in Art. 33 Abs. 2 GG – nur die Auswahlentscheidung, lässt jedoch nicht auch auf ein benachteiligungsfreies Bewerbungsverfahren schließen. Das Abstellen der Verwaltungsgerichtshöfe auf die bessere Eignung der eingestellten Richter/innen vermag daher auch keine Auskunft darüber zu geben, ob die Klägerin im konkreten Bewerbungsverfahren benachteiligt worden ist.

VI. Zusammenfassung

Das BVerwG misst der Vorenthaltung eines gesetzlich eingeräumten Chancenvorteils durch den Arbeitgeber – hier der Nichteinladung schwerbehinderter Bewerber/innen zum Vorstellungsgespräch trotz nicht offensichtlich fehlender fachlicher Eignung entgegen § 82 S. 2, 3 SGB IX – eine doppelte Bedeutung zu. Zum einen ist darin eine weniger günstige Behandlung zu erblicken als sie der

Gesetzgeber für erforderlich erachtet, d. h. eine unmittelbare Benachteiligung durch Unterlassen nach §§ 7 Abs. 1, 3 Abs. 1 SGG. Zum anderen liegt darin die Vermutungstat-sache für die nach § 15 Abs. 2 AGG erforderliche Kausalität, dass die Benachteiligung auch auf dem Merkmal Behinderung beruht. Beide Aspekte sind eng miteinander verknüpft. Das liegt am materiell-gleichheitsrechtlichen Hintergrund der Vorschrift als positiver Maßnahme i. S. d. § 5 AGG: Da der Chancenvorteil im Bewerbungsverfahren an den Status „Schwerbehinderung“ anknüpft, die verfahrensrechtliche Besserstellung also nur wegen dieses Merkmals gewährt wird, spricht – wie es das BVerwG formuliert – zumindest der erste Anschein dafür, dass die pflichtwidrige Vorenthaltung dieses Chancenvorteils gleichfalls seinen Grund in der Schwerbehinderung findet.

Dies ebnet gedanklich den Weg dafür, in der Missachtung der Verfahrensvorschrift des § 82 S. 2 SGB IX schon selbst eine den Entschädigungsanspruch auslösende Benachteiligung zu erblicken, da konsequenterweise die Kausalitätsvermutung zwangsläufig bejaht werden müsste – es sei denn, die Nichteinladung unterbleibt aufgrund tatsächlich offensichtlich fehlender fachlicher Eignung.

Diese Benachteiligungsvermutung kann der Arbeitgeber jedoch widerlegen (§ 22 AGG) indem er den Gegenbeweis führt, dass die Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch auf anderen Gründen als der „Behinderung“ beruht. Der Gegenbeweis ist jedoch auf andere Gesichtspunkte als die „fehlende fachliche Eignung“ der Bewerber zu stützen, damit die Vorschrift ihrem Zweck entsprechend, schwerbehinderten Bewerber/innen einen echten Chancenvorteil im Bewerbungsverfahren verschafft.

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

¹⁴ So auch BAG, Urt. v. 21.07.2009 – 9 AZR 431/08 – juris Rn. 42 sowie 3. Leitsatz.