

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 1/2013 –

20.02.2013

Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung schon vor der Stellenausschreibung? Anmerkung zu LAG Mainz, Beschluss vom 28.06.2012 – 10 TaBV 4/12

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

I. Eigene Thesen der Autorin

- 1. Die Schwerbehindertenvertretung (SBV) ist bereits an der Formulierung von Stellenausschreibungen nach § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX zu beteiligen, um Benachteiligungen schwerbehinderter Menschen in Stellenausschreibungen und Auswahlverfahren vorzubeugen.**
- 2. Dieses Recht auf eine möglichst frühzeitige Einbeziehung der SBV ergibt sich aus einer präventiv verstandenen Prüfpflicht des § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX, mit der die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gefördert werden soll.**
- 3. Der Arbeitgeber hat zu den (Gegen-)Vorschlägen der SBV zur Formulierung des Anforderungsprofils Stellung zu beziehen und sich Bedenken anzuhören. Unterbleibt dies, ist das Stellenbesetzungsverfahren nach § 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX auszusetzen und die Beteiligung der SBV nachzuholen.**

II. Beschluss des Landesarbeitsgerichts

Die Schwerbehindertenvertretung und die Arbeitgeberin streiten im vorliegenden Beschluss darüber, ob die SBV bei Stellenbesetzungsverfahren schon vor der diesbezüglichen Stellenausschreibung zu beteiligen ist. Das Arbeitsgericht Kaiserslautern hatte dies verneint; dagegen richtet sich die Beschwerde der SBV vor dem Landesarbeitsgericht. Die SBV argumentiert, dass ihre Beteiligungsrechte an einer in der Dienststelle anstehenden Stellenbesetzung nach den §§ 81 Abs. 1 S. 1 und 6, 95 Abs. 2 SGB IX nicht erst dann bestünden, wenn Bewerbungen von (schwerbehinderten) Stellensuchenden oder Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit eingegangen sind, sondern dass sie bereits am Prozess der Erstellung einer Stellenausschreibung zu beteiligen sei. Dies umfasse die Frage, ob und gegebenenfalls mit welchem Inhalt die Stelle ausgeschrieben werde. Dabei diene die Beteiligung der SBV auch der „Zusammenführung“ der Anforderungen des konkret zu besetzenden Arbeitsplatzes mit einem bereits im Betrieb beschäftigten schwerbehinderten Menschen.

Die Arbeitgeberin argumentiert demgegenüber, dass sich alle bei ihr auszuschreibenden Arbeitsplätze für schwerbehinderte Menschen eignen und dass dies auch in allen Stellenausschreibungen vermerkt werde. Aus diesem Grund sei die Beteiligung der SBV im Stadium der Formulierung der Stellenausschreibung nicht erforderlich, da dies zu keinem anderen Ausschreibungsinhalt führen würde. Darüber hinaus sei die SBV nach den §§ 81 Abs. 1 S. 1 und 6, 95 Abs. 2 SGB IX erst dann zu beteiligen, wenn der Arbeitgeber das Anforderungsprofil der Stelle selbst festgelegt habe; denn diese Festlegung sei grundrechtlich von der dem Arbeitgeber zur Seite stehenden unternehmerischen Freiheit gedeckt.

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Mainz hat sich der Argumentation der Arbeitgeberseite angeschlossen. Die SBV habe kein Beteiligungsrecht nach den oben genannten Normen hinsichtlich Art und Inhalt der Ausschreibung. Insbesondere könne sie nicht nachprüfen, ob der Inhalt der Stellenausschreibung den tatsächlichen Anforderungen des Arbeitsplatzes entspreche. Zwar beeinflussten Stellenanforderungen die Auswahlentscheidung faktisch, denn die Eignung von Bewerberinnen und Bewerbern werde am Anforderungsprofil gemessen und könne stets die Nichtberücksichtigung für die Stelle zur Folge haben; diese Tatsache führe jedoch nicht zu einem Beteiligungsrecht der Schwerbehindertenvertretung nach den §§ 81, 95 SGB IX. Die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Arbeitsplätzen könne nach den organisatorischen Bedürfnissen der Arbeitgeberseite erfolgen; Zuschnitt wie auch Anforderungen an den konkreten Arbeitsplatz lägen also in ihrem organisatorischen Ermessen.

III. Würdigung und Kritik

Der Beschluss des LAG steht in einer Reihe aktueller gerichtlicher Entscheidungen, die sich mit Inhalt und Reichweite der Beteiligungsrechte der SBV nach § 95 Abs. 2 SGB IX beschäftigen. Das LAG prüft und verneint ein – gesetzlich ohnehin nicht bestehendes – „Mitbestimmungsrecht“ der SBV an der Prüfpflicht des Arbeitgebers nach den §§ 81, 95 SGB IX¹, anstatt sich mit den zahlreichen Argumenten in Rechtsprechung und Literatur auseinanderzusetzen, die für eine Beteiligung der SBV schon an der Formulierung der Stellenausschreibung sprechen. Dies soll im Folgenden nachgeholt und im Ergebnis ein Unterrichts- und Anhörungsrecht (sowie gegebenenfalls ein Aussetzungsrecht) der SBV nach § 95 Abs. 2 SGB IX im Falle ihrer Nichtbeteiligung bejaht werden.

1. Problemstellung: Inhalt und Reichweite der Prüfpflicht, § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX

Die SBV wollte vor einer anstehenden Stellenbesetzung an der damit verbundenen Stellenausschreibung beteiligt werden und hat sich dafür auf § 81 Abs. 1 S. 1 und 6 SGB IX berufen. Nach § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX sind Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze im Betrieb mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können; die Prüfpflicht bezieht sich dabei *insbesondere*, aber nicht ausschließlich, auf bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldete schwerbehinderte Menschen. An dieser Prüfung ist die SBV nach den §§ 81 Abs. 1 S. 6, 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX zu beteiligen, die Interessenvertretungen – vor allen Betriebs- und Personalrat – sind darüber hinaus nach § 93 SGB IX anzuhören.

¹ Kritisch insoweit auch *Düwell*, jurisPR-ArbR 36/2012 Anm. 4 – unter C.

a) Auslegungswandel des Satzes 1

Der Prüfpflicht des Satzes 1 ist dem Wortlaut nach („freie Arbeitsplätze... besetzt werden können“) noch das überholte Verständnis immanent, es gäbe „behindertengerechte“ Arbeitsplätze und somit im Umkehrschluss auch solche, die für (schwer-) behinderte Menschen gänzlich ungeeignet seien. Geht man mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)² und der sich anschließenden Literatur³ davon aus, dass grundsätzlich jedes Unternehmen „unabhängig von seiner Größe, seiner Struktur oder seinem Gegenstand“ in der Lage ist, schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen, kommt eine solche Auslegung der Vorschrift jedoch nicht (mehr) in Betracht. Vielmehr kann die Eignung von schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern erst in einem Abgleich ihrer Qualifikationen mit dem Anforderungsprofil der Stellenausschreibung ermittelt werden. Ein schwerbehinderter Mensch kann sich am Ende dieser Eignungsüberprüfung also in gleicher Weise wie ein nichtbehinderter Mensch für eine Stelle eignen oder eben nicht eignen.⁴ An diesem zentralen Bestandteil der Prüfpflicht nach Satz 1 ist die SBV – unstrittig – mit den Rechten aus den §§ 81 Abs. 1 S. 1 und 6, 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX zu beteiligen.

Zweck der Prüfpflicht des Arbeitgebers unter Beteiligung der kollektiven Interessenvertretungen – und hier insbesondere der SBV – ist es somit, Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen zu fördern.⁵

Damit diese Ziele erreicht werden können,

² Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 10.11.2004 – 1 BvR 1785/01 u. a – NZA 2005, 216 (217) = juris Rn. 13.

³ GK-SGB IX/*Großmann*, Loseblatt 8/2007, § 81 Rn. 73; *Faber*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol*, SGB IX, 2. Aufl. 2011, § 81 Rn. 15; *Feldes*, in: *ders./Kamm u. a.*, SGB IX, 11. Aufl. 2012, § 81 Rn. 5; *Düwell*, jurisPR-ArbR 36/2012 Anm. 4 – C.

⁴ So auch GK-SGB IX/*Großmann*, Loseblatt 8/2007, § 81 Rn. 73.

⁵ St. Rspr. des BAG vgl. etwa Beschl. v. 17.06.2008 – 1 ABR 20/07 – juris Rn. 20.

geht – entgegen dem Landesarbeitsgericht Mainz – ein Teil der instanzgerichtlichen Rechtsprechung⁶ und eine Vielzahl an Literaturstimmen davon aus, dass die Prüfpflicht nach § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX noch vor der (endgültigen) Formulierung des Anforderungsprofils einzusetzen hat.⁷ Anschaulich wird dabei von einer 1. Phase gesprochen, die der konkreten Stellenausschreibung (und somit auch Stellenbesetzung) als 2. Phase vorgelagert ist.⁸ Dem ist zuzustimmen, denn diese 1. Phase verlangt nach einem internen, auf Arbeitgeberseite angesiedelten Prozess, der dem Erkennen benachteiligender Strukturen dient. Die „übliche Praxis“ der Formulierung von Anforderungsprofilen wird so hinterfragt.

b) Prüfpflicht noch vor endgültiger Formulierung des Anforderungsprofils

Im Rahmen dieser 1. Phase ist insbesondere zu klären, welche Anforderungen behinderte Menschen unmittelbar oder mittelbar benachteiligen und welche dagegen eine Rechtfertigung in § 8 Abs. 1 des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes (AGG) finden können.⁹ Letzteres ist der Fall, wenn es sich um wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen handelt. Kriterien wie „starke körperliche Belastbarkeit“ oder Ähnliches sind im Hinblick auf Körperbehinderungen daher ebenso zu hinterfragen wie das Erfordernis eines Führerscheins, wenn nur selten „Autotermine“ anfallen, denn dieses kann insbesondere sehbehinderte Menschen

⁶ LAG Hessen, Beschl. v. 17.10.2006 – 4 TaBV 42/06 – juris Rn. 57.

⁷ Vgl. *Düwell*, in *Dau/Düwell/Joussen*, SGB IX, 3. Aufl. 2011, § 81 Rn. 105; *KSW/Kohte*, SGB IX, 2011, § 81 Rn. 3; *Adlhoch*, in *Ernst/ders./Seel*, SGB IX, EGL Stand 2003, § 81 Rn. 31; *Knittel*, SGB IX – EGL Stand 2008, § 81 Rn. 13.

⁸ Grundsätzlich *Faber*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol*, SGB IX, 2. Aufl. 2011, § 81 Rn. 12.

⁹ Zur Bedeutung des Konzepts der angemessenen Vorkehrungen im Rahmen des § 8 AGG *Porsche*, Beitrag Reha-Recht B8-2011, S. 8.

benachteiligen.¹⁰ Auch „gute Schreibmaschinenkenntnisse“, die erst bei 300 Anschlägen pro Minute vorliegen sollen, können vor dem Hintergrund des § 8 Abs. 1 AGG bedenklich sein.¹¹ Schließlich kann auch die Anforderung „Kommunikationsstärke“ für Menschen mit einer Sprechstörung problematisch sein und wäre für die konkrete Stelle zu überprüfen.¹²

Auf der anderen Seite ist die Verschiedenartigkeit von Behinderungen zu betonen, die dazu führt, dass ein für sehbehinderte Menschen zugänglicher Arbeitsplatz nicht in gleicher Weise zugänglich und barrierefrei für einen geh-, hör- oder psychisch behinderten Menschen ist.¹³ Daher muss sich die Überprüfung von Anforderungsprofilen auf einen möglichst barrierefreien Zuschnitt der Arbeitsplatzanforderungen konzentrieren, denn eventuell kann auch nur eine bestimmte „Gruppe“ schwerbehinderter Menschen durch das Anforderungsprofil benachteiligt werden.¹⁴ Die interne Prüfung des Arbeitgebers ist insoweit also personenunabhängig¹⁵ und findet eine Anschlussnorm in § 11 AGG, wonach ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden darf. An diesen Prozess schließt sich die 2. Phase der Prüfpflicht an, also der Abgleich der eingegangenen Bewerbungen schwerbehinderter Menschen mit dem Anforderungsprofil.¹⁶

c) Präventiver Charakter der Prüfpflicht und verfahrensrechtliche Ausgestaltung

Deutlich wird, dass mit der Festlegung auf das Anforderungsprofil durch den Arbeitgeber die für die Stelle geforderten Eignungskriterien verbindlich festgeschrieben werden. Wie das LAG Mainz selbst ausdrücklich festhält, werden Bewerberinnen und Bewerber, die die geforderten Kriterien nicht aufweisen, aus dem Bewerberfeld aussortiert.

Bei dem Recht der SBV auf Beteiligung schon an der Formulierung des Anforderungsprofils geht es daher nicht – wie das LAG meint – um die Frage, ob die SBV auf „überzogene“ Anforderungen in einer Stellenausschreibung Einfluss nehmen können soll, sondern darum, ob das in der Stellenausschreibung enthaltene Anforderungsprofil ein benachteiligungsfreies Stellenbesetzungsverfahren für schwerbehinderte Menschen gewährleistet. In diesem Zusammenhang nimmt die Norm eine zentrale Stellung ein¹⁷; denn zum Abgleich der Stellenanforderungen mit den Qualifikationen der Bewerberinnen und Bewerber – also zur 2. Phase der Prüfpflicht – kommt es gar nicht, wenn schon die Anforderungen behinderte Menschen davon abhalten, sich zu bewerben. Auch kommt das umfangreiche innerbetriebliche Konsultations- beziehungsweise das gegebenenfalls durchzuführende Erörterungsverfahren nach § 81 Abs. 1 S. 2–10 SGB IX dann gar nicht (mehr) zur Anwendung. Schließlich kann auch die Einladungspflicht öffentlicher Arbeitgeber, die § 82 S. 2 SGB IX selbst bei zweifelhafter Eignung des schwerbehinderten Bewerbers fordert, ihre bevorzugende Wirkung zum Zwecke des gerechten Chancenausgleichs nicht entfalten.¹⁸

¹⁰ Beispiel in Anlehnung an *Whittle*, E. L. Rev. 2002, 303 (310).

¹¹ BAG, Urt. v. 15.02.2005 – 9 AZR 635/03 – juris.

¹² Exemplarisch LAG Köln, Beschl. v. 26.01.2012 – 9 Ta 272/11 – juris.

¹³ *Feldes*, in: *ders./Kamm u. a.*, SGB IX, 10. Aufl. 2009, § 81 Rn. 10: „Es gibt nicht den behinderungsgerechten Arbeitsplatz.“

¹⁴ *KSW/Kohte*, SGB IX, 2011, § 81 Rn. 3; *Fabricius*, jurisPK-SGB IX, § 81 Rn. 12.

¹⁵ *Trenk-Hinterberger*, in: *HK-SGB IX*, 3. Aufl. 2010, § 81 Rn. 9.

¹⁶ Ausführlich *Faber*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol*, SGB IX, 2. Aufl. 2011, § 81 Rn. 15 ff.

¹⁷ Zum Zweck der §§ 81 ff. SGB IX ein benachteiligungsfreies Auswahlverfahren zu schützen vgl. *BVerwG*, Urt. v. 03.03.2011 – 5 C 16/10 – juris Rn. 29 m. w. N.

¹⁸ Zur Bedeutung des Anforderungsprofils in diesem Zusammenhang BAG, Urt. v. 21.07.2009 – 9 AZR 431/08 – juris Rn. 24.

Die Gestaltung einer benachteiligungsfreien Stellenausschreibung ist als proaktive Maßnahme vorrangig vor einem „abwartenden“ Verstoß des Arbeitgebers gegen die gesetzliche Verpflichtung zu fordern, einen Arbeitsplatz nicht gegen das Benachteiligungsverbot auszuschreiben (§§ 81 Abs. 2 SGB IX, §§ 11, 12 Abs. 1 AGG).

Ein Verstoß gegen § 11 AGG begründet die Vermutung, die Benachteiligung sei wegen des in der Ausschreibung verwendeten geschützten Merkmals – hier also wegen der Behinderung – erfolgt. In der Folge trägt der Arbeitgeber (dann als Beklagter) nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorliegt.¹⁹ Es zeigt sich also, dass die hier bejahte Pflicht des Arbeitgebers, die SBV an der Überprüfung der Inhalte von Anforderungsprofilen zu beteiligen, helfen kann, Klagen auf Entschädigung oder Schadensersatz nach §§ 81 Abs. 2 SGB IX, 15 AGG zu vermeiden.

Arbeitgebern soll also nicht – wie es das LAG Mainz ausführt – die Zahl und Art der benötigten Arbeitsplätze durch die SBV vorgeschrieben werden und somit in ihre grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit eingegriffen werden. Vielmehr muss das Grundrecht auf Unternehmerfreiheit aus Art. 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 Grundgesetz aber zurücktreten, wenn auf Arbeitnehmer- bzw. Bewerberseite Persönlichkeitsrechte durch benachteiligende Stellenausschreibungen gefährdet sind. Dies kann kooperativ und präventiv mit den Interessenvertretungen im Sinne des § 81 SGB IX realisiert werden oder eben auch reaktiv mittels sekundärrechtlicher Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nach den §§ 15, 22 AGG.

2. Ergebnis

Ein Recht auf eine möglichst frühzeitige Einbeziehung der SBV an Stellenbesetzungsverfahren ergibt sich aus einer präventiv verstandenen Prüfpflicht des § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX, mit der die Einstellung und Beschäftigung (schwer-) behinderter Menschen gefördert werden soll. Eine „Förderung“ muss dabei an benachteiligenden Praxen ansetzen. Die SBV ist an der Formulierung von Stellenausschreibungen nach § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX zu beteiligen, um Benachteiligungen schwerbehinderter Menschen in Stellenausschreibungen und Auswahlverfahren vorzubeugen.

Diese Auslegung des § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX entspricht dem verfahrensrechtlichen Charakter der §§ 81 ff. SGB IX, die stets Diskussion und Kommunikation zwischen Arbeitgeber und den kollektiven Interessenvertretungen verlangen – dabei jedoch keine materiellen Ergebnisse vorschreiben. Auch im Rahmen des § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX hat der Arbeitgeber zu den (Gegen-) Vorschlägen der SBV zur Formulierung des Anforderungsprofils Stellung zu beziehen und sich Bedenken anzuhören. Beteiligt der Arbeitgeber die SBV nicht, ist das Stellenbesetzungsverfahren nach § 95 Abs. 2 S. 2 SGB IX auszusetzen und die Beteiligung der SBV nachzuholen.

Zusammenfassend hätte das LAG die kooperationsorientierte Ausgestaltung der Verfahrensvorschriften der §§ 81 ff. SGB IX stärken können, die die SBV als einen wichtigen Akteur zur Realisierung und Umsetzung des Ziels, die Beschäftigung behinderter Menschen zu fördern, ansieht.²⁰

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

¹⁹ BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 – juris Rn. 59.

²⁰ Praktisch kann die Beteiligung der SBV insbesondere in einer Integrationsvereinbarung nach § 83 SGB IX geregelt und konkretisiert werden.