

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 19/2014 –

11.12.2014

Zum Entschädigungsanspruch eines abgelehnten schwerbehinderten Bewerbers

Anmerkung zum BAG Urteil vom 21.02.2013 – 8 AZR 180/12

von Dipl. jur. Melanie Küster, Universität Osnabrück

I. Thesen der Autorin

- 1. Auch unabhängig von der Einhaltung der Beschäftigungsquote des Schwerbehindertenrechts nach § 71 Abs. 1 Sozialgesetzbuch (SGB) IX muss vom Arbeitgeber die Pflicht aus § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX eingehalten werden.**
- 2. Ob Überstunden geleistet werden können, muss im Einzelfall beurteilt werden. Die Frage danach im Bewerbungsgespräch kann ein Indiz für eine Benachteiligung darstellen.**

- 2. Ein Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, die Beteiligten unverzüglich im Sinne des § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX über die Gründe seiner Auswahlentscheidung bei Bewerbungen zu unterrichten, wenn er die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllt hat.**
- 3. Fragen der Schwerbehindertenvertretung hinsichtlich der möglichen Leistung von Überstunden sind nicht als Indiz für eine Benachteiligung zu werten.**

II. Wesentliche Aussagen der Entscheidung

- 1. Ein Verstoß gegen die Pflicht aus § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX, die getroffene Besetzungsentscheidung unverzüglich mit allen Beteiligten zu erörtern, kann grundsätzlich ein Indiz sein, dass der Arbeitgeber den Bewerber wegen seiner Schwerbehinderung nicht berücksichtigt hat.**

III. Sachverhalt

Die Klägerin wurde in einem Bewerbungsverfahren nicht berücksichtigt. Sie macht Entschädigung wegen behinderungsbedingter Benachteiligung geltend.

Während ihrer Beschäftigung im Bundespräsidialamt als Büro- und Schreibkraft erkrankte die Klägerin längerfristig. Im Rahmen des durchgeführten Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) wurde vereinbart, der Klägerin den Wechsel in eine andere Behörde zu ermöglichen. Die Klägerin bewarb sich daraufhin auf eine Stelle beim

Deutschen Bundestag. Das Anforderungsprofil forderte unter anderem eine erfolgreich abgeschlossene Berufsausbildung zur Kauffrau/Fachangestellten für Bürokommunikation oder eine vergleichbare abgeschlossene berufliche Qualifikation mit entsprechenden beruflichen Erfahrungen. Die Stelle war bei der Agentur für Arbeit gemeldet worden. Die Klägerin gab ihre Schwerbehinderung in der Bewerbung an. Am Vorstellungsgespräch nahmen auf Arbeitgeberseite über zehn Personen teil, auch die Vertrauensfrau der Schwerbehindertenvertretung. Nach dem Gespräch erhielt die Klägerin eine Absage ohne Mitteilung von Gründen. Aus dieser ergab sich nur, dass sich die Auswahlkommission für eine andere Person entschieden habe. Die Klägerin machte daraufhin außergerichtlich einen Entschädigungsanspruch gem. § 15 Abs. 1 und Abs. 2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geltend. Der Deutsche Bundestag wies den Anspruch zurück, da die Ablehnung in keinem Zusammenhang mit der Schwerbehinderung gestanden habe.

Die Klägerin rügt ihre Benachteiligung. Die fehlende Nennung von Gründen für die Ablehnung stehe im Widerspruch zu § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX und sei ein Indiz für eine Benachteiligung. Die Klägerin verweist darauf, dass sie nicht beweisen kann, ob der Deutsche Bundestag seine Beschäftigungsquote für schwerbehinderte Menschen erfüllt. Weiterhin führt sie an, dass sich die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten im Vorstellungsgespräch erkundigt hatte, ob sie spezielle Hilfsmittel für ihre Arbeit benötige und ob sie in der Lage sei, Überstunden zu leisten. Durch diese Fragen sei mittelbar nach ihrer Schwerbehinderung gefragt worden, was unzulässig sei.

IV. Entscheidung

Die Entschädigungsklage hatte in keiner Instanz Erfolg. Zwar nahm das Bundesarbeitsgericht (BAG)¹ eine unmittelbare Benachteiligung an; diese sei jedoch nicht aufgrund der Behinderung erfolgt. Dabei wies das Gericht darauf hin, dass die Klägerin keine Indizien genannt habe, welche für eine Diskriminierung aufgrund der Schwerbehinderung gesprochen hätten. Da der Deutsche Bundestag die Beschäftigungsquote für schwerbehinderte Menschen nach § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllt, sei dieser gem. § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX nicht verpflichtet, die Klägerin unverzüglich über deren Ablehnung zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht bestehe nur, wenn die Beschäftigungsquote nicht eingehalten werde. Damit folgte der 8. Senat des BAG dem 9. Senat, welcher schon 2010 zwar die Förderpflichten des § 81 SGB IX grundsätzlich allen Arbeitgebern auferlegt hat, jedoch dabei das Erörterungsverfahren aus § 81 Abs. 1 S. 7–9 SGB IX ausgenommen hatte.² Begründet hat das Gericht diese Entscheidung mit dem Wortlaut der Norm und der Gesetzessystematik. So stünden die Regelungen der § 81 Abs. 1 S. 7–9 SGB IX in einem inneren Zusammenhang und der § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX beziehe sich dadurch auf die Situation des § 81 Abs. 1 S. 7 SGB IX. Denn immer dann, wenn der Arbeitgeber seiner Beschäftigungspflicht nicht nachkomme und die Schwerbehindertenvertretung oder eine der in § 93 SGB IX genannten Vertretungen mit der beabsichtigten Entscheidung nicht einverstanden seien, müsse dies nach § 81 Abs. 1 S. 7 SGB IX zuerst mit ihnen erörtert werden. Auf den Abschluss des Erörterungsverfahrens beziehe sich § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX. Dass die Klägerin keine Kenntnis von der Höhe der

¹ BAG Urf. v. 21.03.2013 – 8 AZR 180/12 – NJW 2013, 2778 ff.

² BAG Urf. v. 17.8.2010 – 9 AZR 839/08 – NJW 2011, 550, 554.

Beschäftigungsquote hatte, sei weiterhin aufgrund der normativen Regelungen zur Darlegungs- und Beweislast unerheblich. Daraus ergebe sich, dass die Klägerin hier hätte vortragen müssen, dass die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX nicht eingehalten worden war. Nach Ansicht des BAG gibt es keine Regelung, die der Partei, welche über die entscheidenden Informationen verfügt, eine Darlegungs- und Beweislast auferlegt. Der bloße Hinweis auf Nichtwissen genüge daher gerade nicht. Es hätten Indizien durch die Klägerin vorgebracht werden müssen, welche dann die Beweislastverlagerung des § 22 AGG ausgelöst hätten. Weiterhin betonte der Senat, dass die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten bei Vorstellungsgesprächen weisungsunabhängig vom Arbeitgeber auftritt. So besteht nach § 95 Abs. 2 S. 3 SGB IX das Recht auf Teilnahme am Vorstellungsgespräch von schwerbehinderten Menschen. In dieser Situation besitzen die Vertrauenspersonen gem. § 96 Abs. 3 S. 1 SGB IX die gleiche persönliche Rechtsstellung wie Mitglieder der betrieblichen Interessenvertretung. Hinsichtlich der Bewerberin habe die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten keine unzulässigen oder eine Indizwirkung des § 22 AGG hervorrufenden Fragen gestellt. Es fehle an einer direkten Frage nach der Schwerbehinderung. Auch für die Frage nach möglichen Überstunden schließt das BAG eine mittelbare oder unmittelbare Anknüpfung an die Schwerbehinderung aus, denn diese Frage sei für die Einsatzplanung entscheidend. Bei der Frage nach benötigten Hilfsmitteln hingegen sei im Einzelfall zu differenzieren. So habe die Frage im Fall der Klägerin jedoch objektiv darauf abgezielt, die nach § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 5 SGB IX nötigen Arbeitshilfen für den Arbeitsplatz anzuschaffen und diesen so behinderungsgerecht auszustatten. Die Nachfragen der Vertrauensfrau indizierten keine Benachteiligung.

V. Würdigung/Kritik

Die Entscheidung schränkt den Entschädigungsanspruch schwerbehinderter Bewerber deutlich ein, wenn Arbeitgeber Bewerber nicht über die Ablehnungsgründe informieren müssen, solange die Beschäftigungsquote schwerbehinderter Menschen gem. § 71 Abs. 1 SGB IX im Betrieb erfüllt wird. Die Entscheidung ist kritisch zu betrachten.

Das BAG verneint hier die Verletzung der Pflicht aus § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX, wenn der Arbeitgeber die Beschäftigungsquote schwerbehinderter Menschen nach § 71 Abs. 1 SGB IX einhält. Positiv ist, dass das BAG grundsätzlich die Indizwirkung für eine Benachteiligung eines Bewerbers bei einer Verletzung von § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX anerkennt. Bedauerlich ist jedoch, dass auch der 8. Senat die Begründungspflicht nur dem Arbeitgeber auferlegt, der die Beschäftigungsquote nicht erfüllt. Damit liegt der Senat zwar auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung des BAG.³ Allerdings hatte der 9. Senat schon mehrfach selbst Zweifel an dieser Beschränkung der Unterrichtungspflicht geäußert⁴, mit entsprechend kritischem Echo aus der Literatur⁵, seine Rechtsprechung aber dennoch nicht geändert. In der Literatur wird mehrheitlich die Position der BAG-Rechtsprechung vertreten.⁶ Es wird

³ So schon BAG Ur. v. 15.02.2005 – 9 AZR 635/03 – NZA 2005, 870.

⁴ Bedenken in BAG Ur. v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07 – AP Nr. 16 zu § 81 SGB IX, juris Rn. 59; ebenso nochmals BAG Ur. v. 17.08.2010 – 9 AZR 839/08 – NJW 2011, 550, 554, juris Rn. 50.

⁵ *Mohr* Anm. BAG AP Nr. 16 zu § 81 SGB IX.

⁶ *Juris* PK- SGB IX /*Fabricius* § 81 Rn. 18; *HK-SGB IX/Trenk-Hinterberger* § 81 Rn. 23; *Müller-Wenner/Winkler*, 2. Aufl., § 81 Rn. 24; *Neumann/Pahlen*, SGB IX, 12. Aufl., § 81 Rn. 9; *KSW/Kohte*, 3. Aufl. 2013, § 81 Rn. 7; *ErfK/Rolfs*, 15. Aufl. 2015, § 81 SGB IX Rn. 2; sowie *Faber*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol* § 81 Rn. 23; a. A. hingegen *Gutzeit*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, BeckOK-SozialR, SGB IX, § 81, Rn 7; Stand: 01.03.2013; *Knittel* SGB IX § 81 Rn. 73; *Deinert/Welti/Deinert*, SWK-BR 2014

für sinnwidrig erachtet, allein die Pflichten aus S. 7 und 8 auf die Arbeitgeber unterhalb der Beschäftigungsquote zu beschränken, die deutlich intensivere Begründungspflicht hingegen allen Arbeitgebern aufzuerlegen. Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass es durchaus Sinn macht, bei erfüllter Quote lediglich über die Bewerbung zu unterrichten, die abschließende Entscheidung aber begründen zu müssen.⁷

Die Pflicht zur Begründung der Auswahlentscheidung lässt sich auf Unionsrecht stützen. In der Rs. Meister⁸ hat der Europäische Gerichtshof (EuGH), auf Vorlage des 8. BAG-Senats, festgestellt, dass die verschiedenen europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien einen Auskunftsanspruch zugunsten abgelehnter Bewerber grundsätzlich nicht gewährten. Dies spräche zunächst gegen eine Beurteilungspflicht, quasi spiegelbildlich zum verneinten Auskunftsanspruch. Allerdings hat der Gerichtshof in Übereinstimmung mit dem Generalanwalt entschieden, dass in einer kategorischen Begründungsverweigerung ein Indiz für eine Diskriminierung liegen kann. Dies hatte der 8. Senat später in seiner abschließenden Entscheidung⁹ im Verfahren „Meister“ aufgenommen. Dies lässt sich für den vorliegenden Fall fruchtbar machen, denn auch hier hat der Arbeitgeber jegliche Begründung für seine Auswahl verweigert. Der 8. BAG-Senat hätte die bisherige Rechtsprechung konsequent fortsetzen müssen, wonach Verfahrensfehler im Auswahlverfahren ein Indiz für eine unzulässige Benachteiligung sind, so dass dann die Beweislastverschiebung nach § 22 AGG eingreift. Die Klägerin, die allen Anforderungen der Stellenausschrei-

bung gerecht wird, hat zur verweigten Begründung der Auswahlentscheidung und damit ein Indiz für eine unzulässige Benachteiligung hinreichend vorgetragen. An dieser Stelle hätte der 8. Senat die Beweiserleichterung nach § 22 AGG zur Geltung bringen müssen, denn der Arbeitgeber, der jegliche Begründung verweigert, muss unabhängig von der Geltung des § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX das mit der verweigten Begründung verbundene Indiz einer behinderungsbedingten Benachteiligung entkräften.

Aber auch jenseits dieser Ausnahmefälle der kategorischen Verweigerung wird in der Literatur von einigen für die Begründungspflicht unabhängig von der Pflichtquote auf die RL 2000/78/EG und die in deren Art. 5 verankerten angemessenen Vorkehrungen verwiesen. Die Begründung der Auswahlentscheidung wird als angemessene Vorkehrung im Sinne des Art. 5 RL 2000/78/EG¹⁰ verstanden. Da Art. 5 RL 2000/78/EG wiederum nicht von der Einhaltung der Pflichtquote abhängen kann, müsse Satz 9 ebenso verstanden werden. Mögliche Schlüsse aus der Stellung des Satzes 9 im Normaufbau müssen hinter der vorrangigen Geltung von europäischen Vorgaben zurücktreten.¹¹

In dem konkreten Fall, um den es hier ging, ist weiter zu beachten, dass der zu entscheidende Fall im öffentlichen Dienst spielt, in dem auch für Arbeits- und Angestelltenverhältnisse die Norm des Art. 33 Abs. 2 GG gilt. Aus dieser Norm hat die Rechtsprechung abgeleitet, dass ein dem Gewicht des Grundrechts entsprechendes Auswahl-

Prüfpflicht, Rn. 11; vgl. auch LAG München Urt. v. 25.06.2012 – 7 Sa 1247/10 – BeckRs 2012, 75317.

⁷ *Deinert/Welti/Deinert*, SWK-BR 2014 Prüfpflicht Rn. 11.

⁸ EuGH Urt. v. 19.04.2012 – C-415/10 – NZA 2012, 493 ff.

⁹ BAG Urt. v. 25.04.2013 – 8 AZR 287/08 – NJOZ 2013, 1699 ff.

¹⁰ RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000, ABl. Nr. L 303, S. 16, 20.

¹¹ *Deinert/Welti/Deinert*, SWK-BR 2014 Prüfpflicht Rn. 11; die überwiegende Meinung ordnet die Begründungspflicht hingegen den positiven Maßnahmen gem. Art. 7 RL 2000/78/EG und § 5 AGG zu, wie z.B. ErfK/Schlachter § 5 AGG Rn. 5; vgl. Bertzbach/Hinrichs/Zimmer, AGG, 3. Aufl., § 5 Rn. 11f.; Fuerst DB 2009, 2153, 2155; KSW/Kohte, § 71 SGB IX, Rn. 5, § 81 SGB IX Rn. 2, § 84 SGB IX Rn. 3; danach wären Differenzierungen, z. B. gemessen an der erfüllten Pflichtquote zulässig.

verfahren stattfinden muss und dass die wesentlichen Auswahlentscheidungen dokumentiert werden müssen.¹²

Weiterhin verneint das BAG grundsätzlich die Möglichkeit einer Indizwirkung durch eine Frage nach der Fähigkeit zur Leistung von Überstunden. Zutreffend ist insoweit, dass diese Frage für den Arbeitgeber hinsichtlich der Einsatzfähigkeit bedeutsam ist. Richtigerweise weist das Gericht auch darauf hin, dass Überstunden ebenfalls bei anderen Personengruppen, beispielsweise bei berufstätigen Müttern und Vätern mit Blick auf die Kinderbetreuung, besonders problematisch sein können. Bedauerlicherweise verkennt es dabei aber, dass mit dieser Frage sehr wohl eben auch an die Schwerbehinderung angeknüpft werden kann. Daraus ergibt sich, dass eine solche Frage nicht grundsätzlich als unproblematisch eingestuft werden kann. Vielmehr muss der Einzelfall beurteilt werden und es ist nach dem Sinnzusammenhang zum Schwerbehindertenschutz zu fragen. So kann die Frage beispielsweise indirekt der Ausforschung dienen, ob die Bewerberin ihre Rechte aus § 124 SGB IX geltend machen will. Da im vorliegenden Fall die Vertrauensfrau der Bewerberin die Frage gestellt hat, ist dem BAG bei der rechtlichen Bewertung des Falles insgesamt aber zuzustimmen. Diese darf aber nicht pauschalisiert werden. Insoweit muss auch hier auf den Einzelfall abgestellt werden. Dabei gilt der Grundsatz der Eigenständigkeit der Interessenvertretungen. Auch diese können diskriminieren, doch ist dies in der Regel nicht dem Arbeitgeber zuzurechnen. Hat sich der Arbeitgeber die Frage hingegen zu eigen gemacht, trifft ihn selbst der Diskriminierungsvorwurf.

Umgekehrt geht das kollektive Arbeitsrecht davon aus, dass gerade den Betriebs- und Personalräten zentrale Überwachungsrechte

zustehen. Gegenüber dem Betriebs- und Personalrat, aber auch nach § 95 SGB IX gegenüber der Schwerbehindertenvertretung, muss der Arbeitgeber seine Personalentscheidung begründen. Aus dieser Begründung kann sich eine entsprechende Benachteiligung ergeben; den Betriebs- und Personalräten ist ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht in personellen Angelegenheiten zur Verfügung gestellt, bspw. für den Betriebsrat gem. § 99 BetrVG, mit dem sie diese Rechte wahrnehmen können. Selbstverständlich können sie auch den Betroffenen Auskunft geben und können im individuellen Entschädigungsverfahren nach § 15 AGG als Zeugen zur Verfügung stehen. Umgekehrt geht das kollektive Arbeitsrecht davon aus, dass gerade den Betriebs- und Personalräten zentrale Überwachungsrechte zustehen. Gegenüber dem Betriebs- und Personalrat, aber auch nach § 95 SGB IX gegenüber der Schwerbehindertenvertretung, muss der Arbeitgeber seine Personalentscheidung begründen. Aus dieser Begründung kann sich eine entsprechende Benachteiligung ergeben; den Betriebs- und Personalräten ist ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht in personellen Angelegenheiten zur Verfügung gestellt, bspw. für den Betriebsrat gem. § 99 BetrVG, mit dem sie diese Rechte wahrnehmen können. Selbstverständlich können sie auch den Betroffenen Auskunft geben und können im individuellen Entschädigungsverfahren nach § 15 AGG als Zeugen zur Verfügung stehen.

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

¹² BAG Urt. v. 21.01.2003 – 9 AZR 72/02 – ZTR 2003, 463; *Düwell*, in: LPK – SGB IX, § 81 Rn. 160.