

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 7/2010 –

19.08.2010

Stichworte zur Vermeidung von Diskriminierung behinderter Menschen im Bewerbungsverfahren um öffentliche Stellen Teil I

von Dr. Alexander Gagel

Trotz zahlreicher einschlägiger Urteile kommt es bei Stellenbesetzungen auch im öffentlichen Dienst immer wieder zur Diskriminierung behinderter Bewerber. Zwei anschauliche Urteile des LArbG Frankfurt/Main geben uns Veranlassung, noch einmal in Stichworten die Anforderungen deutlich zu machen, die insbesondere im öffentlichen Dienst erfüllt werden müssen, um Diskriminierungen zu vermeiden (vgl. dazu schon die Beiträge B12-2008 und B9-2009 sowie B17-2009 in diesem Forum).

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

Die Fälle

Die beiden Urteile des LArbG Frankfurt/Main (Urt. v. 28.08.2009 – 19/3 Sa 1636/08 – im Folgenden abgekürzt: **Urt. 1636/08** und Urt. v. 28.08.2009 – 1742/08 – im Folgenden abgekürzt: **Urt. 1742/08**) befassen sich mit Klagen desselben Klägers. Dieser war von Beruf Krankenpfleger, konnte aber seinen

Beruf wegen gesundheitlicher Einschränkungen nicht mehr ausüben (GdB 60). Er hatte deshalb eine Umschulung zum Verwaltungsfachangestellten durchlaufen und erfolgreich abgeschlossen. Danach bewarb er sich auf zahlreiche Stellen im öffentlichen Dienst. Umstritten sind zwei Bewerbungen auf Stellen im Verwaltungsbereich, die eine **gleichzeitig auf drei Stellen** bei der Stadt F (Urt. 1742/08), die andere auf eine Stelle bei der Stadt D (Urt. 1636/08). Geltend gemacht werden Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG. Gestützt werden sie auf die Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung. Der Kläger begründet dies mit fehlender **Unterrichtung** der betrieblichen Vertretungen und seiner Person über die Gründe der getroffenen Auswahlentscheidung (§ 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX) und die Verletzung der Pflicht aus § 82 SGB IX, ihn zu einem **Bewerbungsgespräch** einzuladen.

Stichwort „Indizien“

§ 7 AGG verbietet die Benachteiligung von Beschäftigten wegen einer Behinderung.

Das gilt auch für Stellenbesetzungen (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG). Verstöße gegen diese Pflicht begründen Schadensersatzansprüche und auch Entschädigungsansprüche wegen Nichtvermögensschäden (§ 15 Abs. 2 AGG). Wer Benachteiligung geltend macht, muss dies beweisen. Nach § 22 AGG verschiebt sich aber die Beweislast, wenn Indizien bewiesen werden, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Gemeint sind Vorgänge, die die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Behinderung und Nachteil begründen (Anschluss an BAG 15.2.2005 – 9 AZR 635/03 – AP Nr. 7 zu § 81 SGB IX). Das LArbG legt klar, dass dazu nach ständiger Rechtsprechung Verstöße gegen die bei Stellenbesetzungen zu beachtenden Pflichten aus §§ 81 Abs. 1 und 82 SGB IX gehören. Das sind:

- Einholung von Vorschlägen der Agentur für Arbeit (bestätigt in Ur. 1742/08)
- Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung und des Personalrats (eine Verletzung wurde verneint)
- Beteiligung der betrieblichen Gremien bei der Prüfung, ob behinderte Bewerber eingestellt werden können (hier unzureichender Vortrag)
- Bei Arbeitgebern, die ihre Beschäftigungsquote (§ 71 SGB IX) nicht erfüllt haben:
Erörterung von Einwänden der betrieblichen Vertretungen mit diesen, Beteiligung des Bewerbers hieran, unverzügliche Unterrichtung aller Beteiligten über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe (hier nicht relevant, da in beiden Fällen die Beschäftigungsquote erfüllt war).
- Einladung der behinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch (§ 82 SGB IX) **<hier Hauptstreitpunkt>**.

Zu diesem Fragenkreis nimmt das LArbG Frankfurt im Anschluss an das BSG eine wichtige **Klarstellung** vor. Es hat in beiden Urteilen entschieden, dass die Pflicht zur Er-

örterung von Einwänden mit den betrieblichen Vertretungen (**§ 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX**), Beteiligung des Bewerbers (**§ 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX**) und die Bekanntgabe der Auswahlentscheidung nebst Begründung an alle Beteiligten (**§ 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX**) **nur dann** besteht, **wenn** der Arbeitgeber die **Beschäftigungsquote nach § 71 SGB IX nicht erfüllt** hat. Der Wortlaut würde es zulassen, zumindest die Unterrichtungspflicht auf alle Bewerbungsfälle zu beziehen. Dies wurde aber mit der Begründung abgelehnt, Satz 8 und 9 bezögen sich nur auf Satz 7, der die Verpflichtungen davon abhängig mache, dass die Beschäftigungsquote nicht erfüllt sei. Für Satz 9 (Unterrichtungspflicht) ist diese Begründung allerdings nicht zwingend. Das BAG, auf das sich das LArbG bezieht, hat diese Begrenzung nie im Einzelnen begründet (BAG, 15.2.2005 – 9 AZR 635/03 – Rz. 39, AP Nr. 7 zu § 81 SGB IX; BAG 18.11.2008 – 9 AZR 643/07 – AP Nr. 16 zu § 81 SGB IX Rz. 59).

Da beide Beklagte(n) ihre Beschäftigungspflicht erfüllt hatten, kam es für die Entscheidung auf die Unterrichtung nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX nicht an.

Stichwort „Beweislast“

Werden Indizien für die Diskriminierung bewiesen, trifft den Arbeitgeber die **Beweislast** dafür, dass kein Verstoß gegen das AGG vorliegt (§ 22 AGG). Das LArbG Frankfurt hat in beiden Urteilen die Rechtsprechung des BAG bestätigt, dass dazu das Vorliegen eines einzigen Indizes genüge (BAG, 12.9.2006 – 9 AZR 791/07 – AP Nr. 15 zu § 81 SGB IX Rz. 23). Im Urteil 1636/08 kam dies zum Tragen.

In beiden Fällen hat das LArbG außerdem entschieden, dass sich der Arbeitgeber zur Widerlegung der Vermutung **auf alle objektiven Tatsachen** berufen kann; er sei insbe-

sondere **nicht dadurch beschränkt**, dass er den **Bewerber nicht** über die Gründe der Auswahl **unterrichtet** habe (so schon BAG, 18.11.2008 – 9 AZR 643/07 – AP Nr. 16 zu § 81 SGB IX – Rz. 52).

Stichwort „Protokoll“

Für **öffentliche Arbeitgeber** gilt jedoch eine Besonderheit. Sie unterliegen der Protokollierungspflicht. Dementsprechend können sie sich auch nur auf die Gründe berufen, die im **Protokoll der Auswahlentscheidung** dokumentiert wurden (BAG a. a. O. Rz. 49, 58; BVerfG 9.7.2007 – 2 BvR 206/07 – ZTR 2007, 707). Im Gerichtsverfahren sind zwar **Ergänzungen möglich, nicht aber die Nachholung** der Protokollierung (BAG a. a. O. Rz. 49, 58). In den vorliegenden Fällen fehlte ein solches Protokoll; die Beklagten konnten deshalb mit ihrem Vortrag, nur sachliche Gründe seien für die Nichtberücksichtigung des Klägers maßgeblich gewesen, nicht durchdringen.

Stichwort „Eignung“

Entscheidend für eine Stellenbesetzung ist vor allem die **Eignung des Bewerbers**.

Das Ausmaß der Eignung ist Grundlage der Entscheidung über die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle. Die Feststellung muss auf objektiven Kriterien beruhen. Der Arbeitgeber kann regelmäßig eine Diskriminierung dadurch widerlegen, dass er mangelnde Eignung des Bewerbers beweist. Das Unterlassen einer Einladung zu einem Vorstellungsgespräch nach § 82 SGB IX ist gerechtfertigt, wenn der Bewerber **offensichtlich ungeeignet** ist. (Näheres zum Begriff der Eignung demnächst in einem gesonderten Beitrag).

Stichwort „Profilvergleich Ausschreibung/ Leistungsfähigkeit“

Eignung wird gemessen durch einen Vergleich von Anforderungsprofil (= Ausschreibung) und persönlichem Leistungsprofil des Bewerbers (=Leistungsfähigkeitsprofil).

Das Anforderungsprofil ergibt sich aus der **Ausschreibung**.

Die Ausschreibung beschreibt die erforderliche Leistungsfähigkeit, d. h. Art und Umfang der benötigten Qualifikationen. Daran muss sich der Arbeitgeber festhalten lassen. Ein **Nachschieben von Anforderungen** ist unzulässig. Bei Ausschreibung **öffentlicher Stellen** ist zu beachten, dass die Ausschreibung nicht **überzogene Anforderungen** enthalten darf, die für die Stelle nicht benötigt werden (Anschluss an BAG 12.9.2006 – 9 AZR 807/05 – AP Nr. 13 zu § 81 SGB IX Rz. 31–33; BAG 16.9.2008 – 9 AZR 791/07 – AP Nr. 15 zu § 81 SGB IX, Rz. 48).

Im vorliegenden Urteil 1742/08 ging es um drei Stellen:

1. Teilzeitstelle im Bürgerbüro, für die sicherer Umgang mit Publikum erwartet wurde; Kenntnisse des Pamela Programms seien von Vorteil.
2. Unbefristete Teilzeitstelle eines Sachbearbeiters für Sport und Kultur. Als Aufgaben wurden u. a. Zusammenarbeit mit Vereinen, Planung und Durchführung von Veranstaltungen, Verwaltung und Betreuung von Kindergärten genannt. Vorausgesetzt wurden Organisationsgeschick, Bereitschaft zur Übernahme von Tätigkeiten außerhalb der Regelarbeitszeit und PC-Kenntnisse.
3. Verwaltungsfachangestellter in der Hauptverwaltung mit den Aufgabengebieten u. a. Vorbereitung und Durchführung von Wahlen, Satzungsrecht, Sitzungsvorbereitungen und Sitzungsdienste der parlamentarischen Dienste. Vorausgesetzt wurden neben abge-

schlossener Ausbildung als Verwaltungsfachangestellter PC-Kenntnisse und Übernahme von Aufgaben außerhalb der regulären Arbeitszeit. Schwerbehinderte Bewerber würden bevorzugt berücksichtigt.

4. Im weiteren hier vorliegenden Ur. 1636/08 ging es um eine auf zwei Jahre befristete Stelle eines/einer Verwaltungsfachangestellten im Bereich Einwohnerservice. Vorausgesetzt wurden neben der abgeschlossenen Ausbildung gute EDV-Kenntnisse (MS-Office). Erfahrungen im Bereich Einwohnerwesen seien von Vorteil.

Diese Anforderungen sind zu vergleichen mit dem **Leistungsfähigkeitsprofil** des Bewerbers. **Nicht notwendig** ist dabei, dass der Bewerber sogleich **alle Kenntnisse und Erfahrungen** besitzen muss, um den Arbeitsplatz auszufüllen; er muss nur in der Lage sein, sich die fehlenden Kenntnisse **in zumutbarer Zeit anzueignen**.

Stichwort „Offensichtlich ungeeignet“

In den vom LArbG Frankfurt entschiedenen Fällen, war primär zu prüfen, ob der Kläger für die ausgeschriebenen Stellen **„offensichtlich ungeeignet“** war (§ 82 SGB IX).

Zu Stelle 1 (Bürgerbüro) wurde entschieden, dass fehlende Kenntnisse des Pamela-Programms unbeachtlich seien, weil diese in der Ausschreibung nur als vorteilhaft ausgewiesen worden seien.

Zu Stelle 2 (Sachbearbeiter Sport/Kultur) und zu Stelle 3 (Hauptverwaltung) war von der Beklagten nicht vorgetragen worden, dass Anforderungen der Ausschreibung fehlten.

Zu Stelle 4 hat das LArbG ausgeführt, der Umstand, dass die Kenntnisse des Klägers im EDV-Bereich in seinem Abschlusszeugnis

nur als „befriedigend“ bewertet wurden, schließe nicht aus, dass sie der Anforderung „gute EDV-Kenntnisse“ genügten. Es sei eine Spannweite der Bewertung zu berücksichtigen. Auch sei nicht dargelegt, dass der Kläger nicht in der Lage gewesen sei, sich die fehlenden Kenntnisse innerhalb zumutbarer Einarbeitungszeit anzueignen. Zumindest sei er nicht offensichtlich ungeeignet gewesen. Ferner könne sich die Beklagte nicht darauf berufen, der Kläger habe keine Erfahrung im Einwohnerwesen; dieses Merkmal sei in der Stellenausschreibung nicht als Voraussetzung, sondern nur als Vorteil ausgewiesen.

Dieser Beitrag wird mit Teil II (B8-2010) fortgesetzt.

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