

## Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 8/2010 –

26.08.2010

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

von Dr. Alexander Gagel

Bereits in Teil I (B7-2010) hatte sich der Autor mit den Anforderungen an ein diskriminierungsfreies Bewerbungs- und Einstellungsverfahren im öffentlichen Dienst auseinandergesetzt. Teil II greift diese Thematik im Hinblick auf das Auswahlverfahren und die Beteiligungs- sowie Unterrichtungspflichten nochmals auf.

Der Autor zeigt zudem in Stichworten auf, wie Entschädigungen zu berechnen und Missbrauchsfälle zu vermeiden sind.

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 (im Einzelnen siehe Beitrag B7-2010).

#### Stichwort „Einladung zu einem Vorstellungsgespräch“

§ 82 SGB IX sieht vor, dass bei Besetzung von öffentlichen Stellen die schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen sind. Das wurde in den Beispielsfällen versäumt. Da außer den nicht tragfähigen Einwendungen zur Eignung keine sonstigen Gründe vorgetragen wurden, die die Unterlassung der vorgeschriebenen Einladung zu einem Vorstellungsgespräch rechtfertigen konnten, ergab sich hieraus ein Indiz für die Diskriminierung des Klägers wegen seiner Behinderung. Ihm wurde die **Möglichkeit genommen**, seine **Eignung** noch einmal **herauszustellen** und Vorzüge wie Defizite zu diskutieren. Selbst wenn der Arbeitgeber sich schon die Meinung gebildet hat, ein oder mehrere Bewerber seien besser geeignet, muss dem behinderten Bewerber diese Chance eröffnet werden, da er

nicht offensichtlich ungeeignet war.

Das LArbG Frankfurt hat in beiden Urteilen entschieden, dass die Einwände der Beklagten schon daran scheitern, dass diese Überlegungen nicht protokolliert waren. Auch war der Kläger – siehe oben – nicht offensichtlich ungeeignet.

### **Stichwort „Personalrat und die Schwerbehindertenvertretung“**

Im Verfahren der Stellenbesetzung sind außerdem Personalrat und Schwerbehindertenvertreter zu beteiligen (§ 81 Abs. 1 Sätze 4-7 und 9 SGB IX).

- Über die Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und die Bewerbungen schwerbehinderter Menschen sind die betrieblichen Vertretungsgremien unmittelbar nach Eingang zu **unterrichten**.
- Gleiches gilt für die **Prüfung**, ob die ausgeschriebene Stelle nicht mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann.
- Wenn der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht (§ 71 SGB IX) nicht erfüllt hat und eines dieser Gremien mit dem Vorschlag des Arbeitgebers nicht einverstanden ist, ist dieser Vorschlag mit ihnen zu **erörtern**.

Diese Fragen spielten aber in den vorliegenden Verfahren keine Rolle, weil der Vortrag der Beklagten nicht ausreichte und zudem die Quote nach § 71 SGB IX erfüllt war.

### **Stichwort „Auswahlentscheidung“**

Nach Beachtung dieser Anforderungen ergeht die Auswahlentscheidung. Sie muss alsdann diskriminierungsfrei getroffen werden; d. h. in dem **Motivbündel**, das zu der Entscheidung für einen anderen Bewerber geführt hat, dürfen **keine diskriminierenden**

Überlegungen enthalten sein. Die Entscheidung ist zu protokollieren (s. oben).

### **Stichwort „Unterrichtung des schwerbehinderten Bewerbers und der betrieblichen Vertretungen“**

Über die Entscheidung und die sie tragenden Gründe sind die betrieblichen Vertretungen und der schwerbehinderte Bewerber zumindest dann zu unterrichten, wenn der Arbeitgeber seine Beschäftigungsquote (§ 71 SGB IX) nicht erfüllt hat. Diese Voraussetzung lag hier nicht vor. Es ist aber zu diskutieren, ob diese Pflicht nicht generell besteht (s. oben).

### **Stichwort „Mehrfachbewerbungen“**

Mehrfachbewerbungen werden jeweils getrennt betrachtet; für jede wird ggf. eine gesonderte Entschädigung festgesetzt. Dabei spielt keine Rolle, dass der Bewerber nur eine Stelle hätte antreten können. Entscheidend ist, dass jede diskriminierende Ablehnung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt (so Ur. 1742/08).

### **Stichworte „Mehrere Verstöße/Angemessene Entschädigung“**

Mehrere Verstöße des Arbeitgebers im Zusammenhang mit einer Stelle (siehe Ur. 1636/08) führen hingegen nicht zu mehreren Entschädigungen, sondern werden bei Bemessung der angemessenen Entschädigung berücksichtigt. Die angemessene Entschädigung bestimmt das Gericht nach **Art, Zahl und Schwere** der Benachteiligung, ihren Folgen und der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers (BAG, 5.2.2004 – 8 AZR 112/03 – AP Nr. 23 zu § 611a BGB).

Das LArbG Frankfurt hat in den vorliegenden Fällen zugunsten der Beklagten berücksichtigt, dass die Verstöße auf **Unkenntnis** beruht hätten, frühere Verstöße nicht bekannt seien, die Beklagte auch ihre Beschäftigungspflicht (§ 71 SGB IX) erfüllt habe und dass für alle Stellen besser qualifizierte Bewerber zur Verfügung gestanden hätten. Nicht berücksichtigt werden könne hingegen der Umstand, dass der Kläger **inzwischen einen anderen Arbeitsplatz** gefunden habe; denn es gehe nicht um den Ausgleich eines materiellen Schadens, sondern um Entschädigung für eine Persönlichkeitsverletzung. Die Entschädigung wurde letztlich in drei Fällen jeweils auf **ein Bruttomonatsgehalt** pro Stelle festgesetzt, in dem Fall der auf drei Monate befristeten Beschäftigung auf 1/8 Bruttomonatsgehalt.

#### Stichwort „Fristen“

Der Kläger hatte für die Geltendmachung seiner Ansprüche die Ausschlussfristen der §§ 15 Abs. 4 AGG (**schriftliche Geltendmachung** innerhalb von zwei Monaten ab Zugang der Ablehnung) und § 61b Abs. 1 ArbGG (**Klageerhebung** innerhalb von drei Monaten nach Geltendmachung) zu beachten. Dazu hat das LArbG im Anschluss an das BAG (u. a. Urt. v. 16.09.2008 – 9 AZR 791/07 - Rz. 43, AP Nr. 15 zu § 81 SGB IX) entschieden, dass eine Bezifferung des Entschädigungsanspruchs nicht erforderlich ist.

#### Stichwort „Missbrauch“

Missbrauch durch eine große Zahl von Bewerbungen mit dem Ziel, Entschädigungen zu kassieren, wird in den vorliegenden Fällen vom LArbG Frankfurt verneint. Da der Kläger mit dem Verlust des bisherigen Arbeitsplatzes rechnen musste, spreche die Zahl von **120 Bewerbungen innerhalb von zwei Jahren** nicht gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbungen. Das gelte auch für Bewerbungen auf Teilzeitstellen, da der Kläger nach der Umschulung ein besonderes Interesse haben musste, schnell wenigstens in reduziertem Umfang in dem neuen Beruf Fuß zu fassen. Immerhin habe der Kläger die Bewerbungen auf das Rhein-Main-Gebiet beschränkt.

Bei dieser Entscheidung verbleibt allerdings ein Unbehagen. Der Kläger hat sich nicht so verhalten wie jemand, der an den Stellen interessiert ist. Nach mehreren Entschädigungen wegen Verletzung von § 82 SGB IX würde jeder, der die Stelle wirklich haben will, schon bei der Bewerbung selbst diese Chance einfordern. Insoweit besteht zwar keine Pflicht; das LArbG hätte aber der sich dann aufdrängenden Vermutung des Missbrauchs nachgehen müssen.

---

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

---