



**Diskussionsforum Teilhabe und Prävention**

Herausgegeben von:

**Dr. Alexander Gagel & Dr. Hans-Martin Schian**

in Kooperation mit:

**Prof. Dr. Wolfhard Kohte**

Martin-Luther-Universität  
Halle-Wittenberg

**Prof. Dr. Ulrich Preis**

Institut für Deutsches und  
Europäisches Sozialrecht,  
Universität zu Köln

**Prof. Dr. Felix Welti**

Hochschule Neubrandenburg

April 2009

## **Forum B**

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement  
– Diskussionsbeitrag Nr. 13/2009 –

### **Pools für Überhangpersonal**

- Bedeutung für die Ansprüche schwerbehinderter Beschäftigter –
- zugleich LAG Berlin-Brandenburg v. 01.10.2008 – 24 Sa 742/08  
*Dr. Alexander Gagel*

**Der folgende Beitrag ist der Frage gewidmet, wie sich die in großen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen üblich gewordenen Pools für Überhangpersonal auf die Rechte schwerbehinderter Arbeitnehmer auswirken. Untersucht werden soll in diesem Zusammenhang die Verpflichtung des Arbeitgebers zu behinderungsgerechter Beschäftigung (§ 80 Abs. 4 SGB IX) und die Entscheidungsgrundlagen bei Besetzung freier Stellen (§§ 81 Abs. 1-2 und 82 SGB IX/ §§ 1, 7, 15 AGG). Dabei werden sich Unterschiede zeigen je nach dem, ob der Konkurrent schwerbehindert ist, bei demselben Arbeitgeber oder bei anderen am Pool beteiligten Arbeitgebern beschäftigt ist oder von außen kommt und letztlich, ob der Konkurrent ebenfalls im Pool registriert ist.**

**Unsere Thesen hierzu:**

- 1. Die Bildung eines Pools für Überhangpersonal – gleichviel ob aufgrund von Vereinbarungen oder Rechtssetzung unterhalb von Bundesgesetzen – engt die Rechte schwerbehinderter Beschäftigter nicht ein.**
- 2. Bei Besetzung freier Stellen sind grundsätzlich die Vorgaben des SGB IX und des AGG uneingeschränkt zu beachten.**
- 3. Die Poolbildung bewirkt, dass nunmehr alle bei den Poolarbeitgebern frei werdenden Arbeitsplätze bei der Prüfung der Möglichkeiten behinderungsgerechter Beschäftigung zu berücksichtigen sind.**
- 4. Dies ergibt sich für die im Pool registrierten schwerbehinderten Beschäftigten aus der Regelung selbst, für die Übrigen aus der Pflicht zur Gleichbehandlung.**

Dr. Alexander Gagel

Anja Hillmann

Dr. Hans-Martin Schian

Wir möchten Sie auch auf die Sammlung aller bisher erschienenen Diskussionsbeiträge im Internet unter [www.iqpr.de](http://www.iqpr.de) aufmerksam machen und Sie herzlich einladen sich an der Diskussion durch eigene Beiträge und Stellungnahmen zu beteiligen.

## I. Maßgebliche Regelungen

### 1. Begriff des Arbeitgebers

(a) § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2b KSchG enthält keine komplette Definition des Arbeitgeberbegriffs; er dehnt lediglich die Prüfung von Beschäftigungsmöglichkeiten auf den ganzen Verwaltungszweig aus, dem die bisherige Dienststelle angehört.

(b) § 71 SGB IX enthält indes für den gesamten Bereich des **SGB IX Teil II** eine eigenständige Definition, wer im **öffentlichen Dienst** als **Arbeitgeber** anzusehen ist. Das sind neben sonstigen dort genannten Institutionen die **obersten Behörden des Bundes und der Länder** mit den ihnen nachgeordneten Behörden und sonstige Gebietskörperschaften, z.B. Gemeinden. Bei Stadtstaaten sind dies die einzelnen Senatsverwaltungen. Diese Definition **schließt als Spezialregelung die Anwendung allgemeiner Begriffe im Teil II aus**.

Dahinter steht der Gedanke, für die Umsetzung des SGB IX Teil II **überschaubare und praktikable Einheiten** zu schaffen (vgl. Grossmann, GK-Schwbg § 5 Rz. 88). Das ist verfassungsrechtlich im Ansatz nicht zu beanstanden.

(c) Das **AGG** enthält in § 6 Abs. 2 eine Definition, die „alle natürlichen und juristischen Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften“ erfasst.

## 2. Beispiel einer Poolregelung

Ein gutes Beispiel ist die Poolregelung in § 47 Abs. 2 Landeshaushaltsordnung **Berlin**. Oberste Behörden und damit Arbeitgeber sind im Land Berlin die einzelnen Senatsverwaltungen. Die Regelung lautet:

*„Ist eine Stelle ohne nähere Angabe als künftig wegfallend oder ohne Bestimmung der Voraussetzungen als künftig umzuwandeln bezeichnet, so ist der Stelleninhaber in die nächste innerhalb der Verwaltung Berlins entsprechend besetzbare Stelle zu übernehmen. Die für Personalwirtschaft und die Stellenpläne zuständige Senatsverwaltung kann Ausnahmen zulassen, wenn die entsprechend besetzbare Stelle in einem anderen Kapitel ausgebracht ist.“*

## II. Auswirkungen auf die verschiedenen Gruppen von Bewerbern

### 1. Wirkung der Regelung gegenüber Außenstehenden

(a) Außenstehende **Bewerber, die nicht schwerbehindert sind**, haben danach nur Chancen eingestellt zu werden, wenn die Stelle nicht aus dem Pool besetzt werden kann. Das ist völlig unbedenklich, soweit der Arbeitgeber die für die freie Stelle in Betracht kommenden Beschäftigten selbst zum Pool gemeldet hat; denn niemand muss Personal einstellen, wenn er schon einen Überhang hat. Aber auch der Vorrang der von anderen

Senatsverwaltungen zum Pool gemeldeten Beschäftigten (Pool-Beschäftigte) geht in Ordnung; denn es entspricht dem Ziel sparsamer Verwaltung öffentlicher Gelder, diejenigen zu bevorzugen, die überzählig sind aber bezahlt werden müssen.

- (b) Anders ist die Lage indes, wenn der außenstehende **Bewerber schwerbehindert** ist. Da seine Rechte auf Bundesgesetzen beruhen, das durch landesrechtliche Regelungen nicht eingeschränkt werden können (Art. 74 Abs. 1 Ziff. 12 GG), ist eine Bevorzugung der Pool-Beschäftigten ausgeschlossen. Es gelten unverändert SGB IX und AGG.

### 3. Wirkung des Pools bei schwerbehinderten Beschäftigten, die im Pool registriert sind

Für diese Personengruppe bringt der Pool erhebliche Vorteile. Da die Poolregelung den Arbeitgeber, der eine freie Stelle hat, verpflichtet diese aus dem Pool zu besetzen ist selbstverständlich diese Stelle in die Prüfung einzubeziehen, ob der Bewerber dort behinderungsgerecht beschäftigt werden kann. Das Feld wird erweitert um diese Stelle.

### 4. Wirkung des Pools bei schwerbehinderten Beschäftigten, die nicht im Pool registriert sind

- (c) Diese Gruppe ist, folgt man dem Wortlaut der Poolregelung, bei der Stellenbesetzung erst nachrangig zu berücksichtigen. Das ist aber – ebenso wie bei Außenstehenden (s. oben) - nicht mit dem höherrangigen Bundesrecht zu vereinbaren.
- (d) Sie genießt, auf den ersten Blick nicht den Vorteil, dass die freie Stelle im Rahmen von § 81 Abs. 4 SGB IX (behinderungsgerechte Beschäftigung) zusätzlich zu berücksichtigen ist. Denn es handelt sich nicht um einen Arbeitsplatz des Arbeitgebers der Betroffenen.
- (e) **Beispiel** (s. Urteil des LArbG Berlin-Brandenburg v. 1.10.2008 – 24 Sa 742/08 – Juris): Eine als Wachpolizistin beim Polizeipräsidenten von Berlin angestellte **schwerbehinderte Beschäftigte** kann aus gesundheitlichen Gründen diesen Beruf nicht mehr ausüben. In der zuständigen Senatsverwaltung des Inneren gibt es keine behinderungsgerechte Beschäftigung für sie. Es wird deshalb eine **Kündigung** ausgesprochen. Zuvor hatte sich die Beschäftigte auf eine freie, ihrer Meinung nach geeignete **Stelle beworben**, die die Senatsverwaltung R.B. für Pool Beschäftigte ausgeschrieben hatte. Sie hatte keinen Erfolg, da ihre Stelle als Wachpolizistin **nicht dem Pool gemeldet** war. Im Gerichtsverfahren macht sie geltend, dass nach § 80 Abs. 4 SGB IX zu prüfen gewesen wäre, ob sie auf der freien Stelle behinderungsgerecht beschäftigt werden konnte. Das LArbG hat ihr mit der Begründung Recht gegeben, im Lichte des **Art 3 Abs. 3 Satz 2 GG** sei das Land Berlin insgesamt als Arbeitgeber anzusehen.
- (f) Ein Ansatz für die sachgerechte Lösung der Frage, welche Rechte den nicht im Pool registrierten schwerbehinderten Beschäftigten in diesem Zusammenhang zustehen, ist das Verbot **sachwidriger Differenzierung** (Art 3 Abs. 1 GG). Jede ungleiche Behandlung bedarf der Rechtfertigung. Sie muss von einem "vernünftigen, sich aus der Natur der Sache ergebenden oder sonst einleuchtendem Grund gedeckt sein" (s u.a. BVerfG, 28.1.1987 – 1 BvR 455/82 – BVerfGE 74,182,200 st. Rspr.); der Anspruch darf nicht von Zufälligkeiten abhängen (BSG, 10.2.1986 – 10 RAr 14/84 – SozR 4100 § 141d Nr.2). Diesen Anforderungen wird die Benachteiligung

der nicht im Pool registrierten schwerbehinderten Beschäftigten aber nicht gerecht. Die **Begründung für den Pool**, die Unterbringung überschüssigen Personals zu beschleunigen, hat nämlich nur **geringe Bedeutung**, wenn ein Poolbewerber in Konkurrenz zu einem anderen bereits bei demselben Land angestellten Beschäftigten steht; denn bei Berücksichtigung dieses Beschäftigten wird **als Ausgleich seine Stelle frei** und kann aus dem Pool besetzt werden. Die dabei verbleibenden Verzögerungen und **Erschwernisse für die Verwaltung erscheinen nicht gewichtig** und sind im Hinblick auf die Verpflichtung zur Förderung schwerbehinderter Menschen nach **Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG** hinzunehmen. Aus diesem Grundrecht ergeben sich nicht nur Abwehrensprüche sondern auch Verpflichtungen des Staates, Auswirkungen von Behinderungen auszugleichen (BT-Drs. 12/8165 S. 29; BVerfG, 18.6.1975 – 1 BvL 4/74 – BVerfGE 40,121,133; BVerfG, 8.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96,288, 203). Daraus können zwar nicht ohne weiteres unmittelbare Rechte hergeleitet werden (vgl. ErfK/Dieterich, 8.Aufl. Art. 3 GG Rz. 77 ff). Wohl aber ergeben sich Hinweise für die **Gewichtung bei der Abwägung** zwischen den Belangen behinderter Menschen und anderen Interessen und Bedürfnissen. In diesem Zusammenhang muss insbesondere ein nicht sehr gewichtiges Verwaltungsinteresse zurücktreten, wenn es um kraft Erfassung anzustrebende, behinderungsgerechte Beschäftigung geht.

(g) Für die **Lösung des Beispielsfalls** folgt aus diesen Erkenntnissen:

- (h) Die Beschäftigung der Wachpolizistin (Klägerin) und die freie Stelle waren unterschiedlichen Senatsverwaltungen und damit verschiedenen Arbeitgebern zugeordnet. Die Klägerin war nicht im Pool registriert, sodass aus der Poolregelung für sie kein Vorrang bei der Besetzung der freien Stelle hergeleitet werden konnte. Ebenso konnte die Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 4 SGB IX nicht ohne weiteres auf diese Stelle ausgedehnt werden, weil es sich um eine Stelle bei einem anderen Arbeitgeber handelte. Die Klägerin war aber entsprechend nach **§ 81 Abs. 4 SGB IX** zu fördern, um der Verpflichtung zur Gleichbehandlung gerecht zu werden.

##### 5. Bedeutung des Pools für das Verfahren bei Bewerbung Außenstehender

Vielfach werden Fragen aufgeworfen, ob und inwieweit bei Einrichtung eines Pools die Anforderungen aus § 81 Abs.1 und 2 sowie 82 SGB IX eine Veränderung erfahren. Das ist indes grundsätzlich zu verneinen. Auf diese Fragen wird demnächst in einem gesonderten Diskussionsbeitrag Stellung genommen. Dabei wird auch auf die Möglichkeiten interner Ausschreibung, sowie auf die Mitwirkungsrechte des Personalrats eingegangen.

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