



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

PD Dr. Felix Welti

Institut für Sozialrecht und
Sozialpolitik in Europa, Christian-
Albrechts-Universität zu Kiel

Oktober 2006

Forum B

Schwerbehindertenrecht und Fragen des betrieblichen Gesundheitsmanagements
– Diskussionsbeitrag Nr. 14/2006 –

Neuere Rechtsprechung zur Vermutung einer Benachteiligung (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX)

§ 81 SGB IX sieht in Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 **Entschädigungsansprüche** des schwerbehinderten Arbeitnehmers vor, wenn der Arbeitgeber ihn bei der Entscheidung über seine Bewerbung **wegen der Behinderung benachteiligt** hat.

Dies hat grundsätzlich der Arbeitnehmer zu beweisen. Die **Beweislast verschiebt sich** indes auf den Arbeitgeber, **wenn der schwerbehinderte Bewerber Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen** (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX). Derartige **Vermutungen** einer Benachteiligung wegen der Behinderung sind u.a. **begründet, wenn der Arbeitgeber bei der Besetzung der Stelle** die zum Schutz der schwerbehinderten Bewerber geltenden **Verfahrenspflichten nicht einhält**.

Die Rechtsprechung hat in der jüngeren Vergangenheit Einzelheiten zur Vermutung einer Benachteiligung herausgearbeitet. Die Entscheidungen sind vor allem deshalb zu begrüßen, weil sie dazu anhalten, die bei der Bewerberauswahl zu berücksichtigenden Vorschriften zu beachten und Benachteiligungen wegen einer Behinderung zurückzudrängen. Wir stellen im Folgenden zur Verdeutlichung einige Urteile kurz vor.

Marcus Schian

Dr. Alexander Gagel

Dr. Hans-Martin Schian

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

I. Wesentliche Aussagen der Entscheidungen

Zusammengefasst lassen sich aus den hier vorgestellten Urteilen zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 SGB IX und zur Vermutung der Benachteiligung nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX folgende Thesen ableiten¹:

1. **Bei Verstößen gegen die Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 4 (Unterrichtung der betrieblichen Gremien) und § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX (Mitteilung der Gründe) ist eine Benachteiligung wegen der Behinderung zu vermuten. Dem Arbeitgeber obliegt es, die Vermutung zu widerlegen.**
2. **Die Mitteilung an den Betroffenen hat schriftlich zu erfolgen.**
3. **Die Einhaltung der Ausschlussfrist nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX zur Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs setzt nicht die Angabe einer bestimmten Forderungshöhe voraus.**
4. **Ein Verstoß gegen die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers, schwerbehinderte Bewerber grundsätzlich zum Bewerbungsgespräch einzuladen (§ 82 Satz 2 SGB IX), begründet die Vermutung einer Benachteiligung.**

II. Die Entscheidungen in der Zusammenfassung:

1. BAG, Urt. v. 15.2.2005 – 9 AZR 635/03 –

Der vom **Bundesarbeitsgericht** (BAG) entschiedene Fall² betraf u.a. eine **unzureichende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung** bei der Bewerbung eines Schwerbehinderten.

Der hinsichtlich der Vermutung einer Benachteiligung entscheidende Teil der **Begründung lautet:**

„Die Nichtbeteiligung der Schwerbehindertenvertretung lässt auf eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung schließen. Es gehört zur Aufgabe der Schwerbehindertenvertretung, die Eingliederung arbeitsuchender schwerbehinderter Menschen in den Betrieb zu fördern (§ 95 Abs. 1 Satz 1 SGB IX) und darüber zu wachen, dass der Arbeitgeber schwerbehinderte Bewerber nicht entgegen § 81 Abs. 2 SGB IX benachteiligt (§ 95 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB IX). Dazu hat der Gesetzgeber ihr ausdrücklich das Recht eingeräumt, in die Bewerbungsunterlagen auch der nicht behinderten Bewerber Einblick zu nehmen und an den

¹ Das BAG a.a.O. hat außerdem entschieden, dass gegen die Entschädigungspflicht auch in Fällen, in denen der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB IX) keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

² Urt. v. 15.2.2005 – 9 AZR 635/03 -veröffentlicht in AP Nr. 7 zu § 81 SGB IX; NZA 2005,125; Behindertenrecht 2005, 168.

Vorstellungsgesprächen teilzunehmen (§ 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX). Damit soll die Schwerbehindertenvertretung die Möglichkeit haben, durch einen Vergleich der Qualifikation die benachteiligungsfreie Stellenbesetzung zu überprüfen (vgl. *Düwell LPK-SGB IX § 81 Rn. 20*). Insbesondere, wenn der Arbeitgeber die Unterrichtungspflicht über den Eingang der Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen verstößt, kann die Schwerbehindertenvertretung diese ihr gesetzlich zugewiesene Funktion nicht erfüllen. Dann spricht eine Vermutung für die Benachteiligung des verschwiegenen schwerbehinderten Stellenbewerbers.“

Zudem stellte das BAG unter Hinweis auf den Wortlaut des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX klar, dass die Einhaltung der in dieser Vorschrift geregelten Ausschlussfrist zur Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs nicht die Angabe einer bestimmten Forderungshöhe voraussetzt³.

Wichtig ist auch, dass das BAG ausdrücklich darauf hinweist, dass aus seiner Sicht der Entschädigungsregelung des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen.

2. LArbG Frankfurt, Urt. v. 7.11.2005 – 7 Sa 473/05 - und ArbG Frankfurt, Urt. v. 19.2.2003 – 17 Ca 846/02 -

Das **Landesarbeitsgericht (LArbG) Frankfurt**⁴ hatte zu entscheiden, welche Bedeutung es hat, wenn der Arbeitgeber die betrieblichen Gremien und den Bewerber **nicht von dem Ergebnis seiner Entscheidung über die Stellenbesetzung unterrichtet**. (Diese Pflicht besteht nur, soweit der Arbeitgeber seine Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Arbeitnehmer noch nicht erfüllt hat: § 81 Abs. 1 Satz 6 i.V.m. § 71 SGB IX). Es hat unter Bezugnahme auf das vorgenannte Urteil des BAG entschieden, dass auch die Vernachlässigung dieser Pflicht die Vermutung einer Benachteiligung begründet. Die Benachrichtigung habe schriftlich zu erfolgen. In gleichem Sinne hatte zuvor schon in einer anderen Sache das **Arbeitsgericht (ArbG) Frankfurt** entschieden⁵. Die Vorschrift solle den Bewerber in die Lage versetzen zu prüfen, ob er unzulässig benachteiligt worden sei.

Fehlt die Mitteilung, so bleibt er auf Vermutungen angewiesen; deshalb ist hier eine Umkehrung der Beweislast gerechtfertigt.

Das LArbG Frankfurt und das ArbG Frankfurt **gehen allerdings noch weiter**. Sie kommen außerdem zu dem Ergebnis, dem **Arbeitgeber sei es verwehrt, sich** auf sachliche Gründe

³ Gleichwohl hatte der Kläger im Ergebnis keinen Erfolg, zumindest weil das LArbG Bremen für das BAG bindend (d.h. insoweit nicht durch die Revision angegriffen) festgestellt hatte, dass die Benachteiligung nicht aufgrund der Behinderung erfolgt war.

⁴ Urt. v. 7.11.2005 – 7 Sa 473/05 – (juris).

⁵ Urt. v. 19.2.2003 – 17 Ca 846/02 – (juris).

für die Nichtberücksichtigung des schwerbehinderten Bewerbers **zu berufen**, wenn er diese dem Bewerber nicht gem. § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX mitgeteilt habe. Diese Aussage ist indes problematisch; sie steht nicht im Einklang damit, dass § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX lediglich eine Beweislastumkehr vorsieht.

3. LArbG Schleswig-Holstein, Urt. v. 8.11.2005 – 5 Sa 277/05 -

Ein weiteres Urteil aus diesem Themenkreis hat das Landesarbeitsgericht Kiel erlassen⁶. In dem zu Grunde liegenden Rechtsstreit machte der Kläger Schadensersatz nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, Nr. 3 SGB IX geltend. Eine **Benachteiligung sei schon deswegen zu vermuten**, weil er im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens bei einem öffentlichen Arbeitgeber **entgegen § 82 SGB IX Satz 2 nicht eingeladen** worden sei. In dieser – vom BAG a.a.O. noch ausdrücklich offen gelassenen – Frage folgte das LArbG Kiel der Argumentation des Klägers. Da die beklagte Stadt, die nunmehr die Beweislast traf (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX), nicht nachweisen konnte, dass die Benachteiligung nicht in Zusammenhang mit der Schwerbehinderteneigenschaft des Bewerbers stand, wurde dem Kläger Schadensersatz zugesprochen. Wegen interessanter Detailfragen wird dieses Urteil demnächst noch einmal gesondert besprochen.

III. Neuerungen durch das AGG?

Die **Rechtslage** hinsichtlich der Anforderungen an die **Darlegungs- und die Beweislast bei Geltendmachung** eines Entschädigungsanspruchs hat sich durch das AGG⁷, das unter anderem zur Streichung des § 81 Abs. 2 SGB IX führte, **nicht geändert**. Zwar hat die dortige Regelung zur Beweislast (§ 22 AGG) einen anderen Wortlaut. Der Schwerbehinderte muss im Streitfall zur Erreichung der Beweislastumkehr nicht mehr „Tatsachen glaubhaft“ (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX a.F.) machen, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Es ist jetzt entscheidend, dass er entsprechende „Indizien beweist“ (§ 22 AGG). Dies deckt sich jedoch mit dem bereits 2004 vom BAG – zu dem mit § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX a.F. **insoweit** wortgleichen § 611a BGB a.F. - aufgestellten Rechtssatz, dass hier die Darlegung und ggf. der Beweis von Hilfstatsachen erforderlich und nicht eine Glaubhaftmachung mit den Mitteln des § 294 ZPO gemeint ist⁸.

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

⁶ Urteil v. 8.11.2005 – 5 Sa 277/05 -; vgl. auch Welti, Arbeit und Recht 2006, 247-249.

⁷ In Kraft getreten am 18.8.2006.

⁸ BAG, Urteil v. 5.2.2004 - 8 AZR 112/03 -.