



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

Oktober 2007

Forum B

Schwerbehindertenrecht und betriebliches Gesundheitsmanagement

– Diskussionsbeitrag Nr. 25/2007 –

Entschädigungsanspruch nach § 81 Abs. 2 SGB IX für Bewerber mit einem GdB von weniger als 50 wegen Benachteiligung bei einer Stellenbesetzung

von Sven Wolf

Mit diesem Diskussionsbeitrag stellen wir eine aktuelle Entscheidung des BAG vom 03.04.2007 vor, die sich mit der Auswirkung einer europäischen Richtlinie – hier die Richtlinie 2000/78/EG zur Gleichbehandlung behinderter Menschen – auf das nationale Recht – hier Anwendung des SGB IX – befasst. Sie betrifft einen Fall der Benachteiligung bei der Bewerbung einer Frau mit einem GdB von 40 um eine Stelle in der Parkraumbewirtschaftung. Das deutsche Recht enthielt bis zum AGG nur Regeln über die Diskriminierung schwerbehinderter Menschen, die Richtlinie kennt diese Begrenzung nicht. Für das Verhältnis der europäischen Richtlinien zum nationalen Recht hat sich als Grundsatz herausgebildet, dass die Richtlinien stets zur Auslegung des nationalen Rechts herangezogen werden müssen; eine direkte Anwendung im nationalen Recht kommt indes nur in Betracht, wenn die Frist abgelaufen ist, die in der Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber für die Umsetzung in innerstaatliches Recht gesetzt wird (h.M. dazu Fischer/Kock, Europarecht, 3. Aufl. S. 412 ff, 416 oben). Diese Frist war im vorliegenden Fall noch nicht abgelaufen. Auf dieser Basis konnte mithin noch kein Anspruch bestehen. Der EuGH hat aber die Wirkung der Richtlinien neuerdings um einen zusätzlichen Schritt erweitert. Er hat entschieden, dass dann, wenn der Gesetzgeber nach Inkrafttreten der Richtlinien ein Gesetz erlässt, das den Richtlinien widerspricht, das widersprechende Recht nicht anzuwenden ist (EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 - EuGH I 2005,9981; s. auch BAG, Urt. v. 26.04.2006 – 7 AZR 500/04 – AP TzBfG § 14 Nr. 23). Im vorliegenden Fall lag diese Konstellation vor, das Gesetz war soweit es der Richtlinie widerspricht nicht anzuwenden. Im Einzelnen ergeben sich jedoch Schwierigkeiten welche Konsequenzen im nationalen Recht aus der unzureichenden Umsetzung der Richtlinie zu ziehen sind. Sven Wolf, Institut für deutsches und europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Köln, setzt sich auf der Grundlage des zitierten BAG-Urteils mit diesem Fragenkomplex auseinander.

Dr. Alexander Gagel

Marcus Schian

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.

Anmerkung zum Urteil des BAG vom 03.04.2007 - 9 ARZ 823/06 -

von Sven Wolf

(wiss. Mitarbeiter am Institut für deutsches und europäisches Arbeits- und Sozialrecht der Universität zu Köln, Prof. Dr. Preis)

I. Wesentliche Aussagen des Urteils:

1. **§ 81 Abs. 2 SGB IX a.F. stellt keine gemeinschaftskonforme Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG dar.**
2. **Der Behinderungsbegriff ist mangels Definition in der Richtlinie entsprechend dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-13/05 auszulegen. Davon abzugrenzen ist der Begriff der Krankheit.**
3. **Auch für Menschen mit einem GdB von weniger als 50 ist der Schutzbereich des § 81 Abs. 2 SGB IX eröffnet. Es bedarf diesbezüglich keiner Gleichstellung nach §§ 68 Abs. 2, 2 Abs. 3 SGB IX.**
4. **Macht ein behinderter Mensch Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung wegen seiner Behinderung im Stellenverfahren vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene sachliche Gründe vorliegen, die die Einstellung versagen.**

II. Der Fall:

Die Klägerin leidet an **schwerer Neurodermitis**, weshalb das Versorgungsamt bei ihr einen Grad der Behinderung (GdB) von 40 festgestellt hat. Eine **Gleichstellung** mit schwerbehinderten Menschen nach § 2 Abs. 3 SGB IX ist **nicht erfolgt**.

Im Oktober 2003 hatte sich die Klägerin bei der Polizei des Landes Berlin als **Angestellte für die Parkraumbewirtschaftung** beworben. Auswahlverfahren und Prüfung absolvierte sie erfolgreich. Nach ärztlicher Untersuchung durch das Landespolizeiverwaltungsamt teilte ihr der Polizeipräsident mit Schreiben vom 01.04.2007 mit, dass der Befund der Neurodermitis zur gesundheitlichen Nichteignung für die Tätigkeit der Parkraumüberwachung geführt habe. Die **Einstellungsbehörde lehnte** in der Folge mit Schreiben vom 06.04.2007 mit identischer Begründung die **Bewerbung der Klägerin ab**.

Am 22.04.2007 verlangte die Klägerin durch ihren Bevollmächtigten eine **Entschädigung für die in ihren Augen ungerechtfertigte Benachteiligung aufgrund ihrer Behinderung**. Das Land Berlin verweigerte die Zahlung, weshalb es das Arbeitsgericht Berlin in der Folge zur Entschädigung in Höhe von 12.000 Euro nebst Zinsen verurteilt hat. Das Rechtsmittel der Berufung des Landes Berlin vor dem LAG Berlin hatte Erfolg, woraufhin die Klägerin ihr Begehren mit der Revision beim BAG weiter verfolgt.

Das BAG hob die Entscheidung des LAG Berlin auf und wies die Sache mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen an das Berufungsgericht zurück.

III. Die Entscheidung:

Das BAG spricht der Klägerin die **Möglichkeit einer Entschädigung aus dem zum Bewerbungszeitpunkt maßgeblichen § 81 Abs. 2 SGB IX aF. dem Grunde nach** zu.

Zunächst stellt das BAG indessen fest, dass die Klägerin die normierten Voraussetzungen des Entschädigungsanspruches nach § 81 Abs. 2 SGB IX aF. nicht erfüllt. Einmal liege ein GdB von 50, und damit eine Schwerbehinderung, nicht vor. Ferner fehle es an einer Gleichstellung entsprechend dem Verfahren nach §§ 2 Abs. 3, 68 Abs. 2 SGB IX.

Dies schließe aber einen Entschädigungsanspruch nicht aus, da die Norm des **§ 81 Abs. 2 SGB IX aF.** entgegen der Auffassung des beklagten Landes **keine gemeinschaftskonforme Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG** darstellt. Der **Behinderungsbegriff** der Richtlinie müsse als gemeinschaftsrechtlicher Topos für die gesamte Union autonom und einheitlich ausgelegt werden. Mangels einer Begriffsdefinition in der Richtlinie verweist das BAG auf die **Auslegung des EuGH in der Rechtssache Navas (C-13/05)**. Danach sei der Begriff so zu verstehen, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und ein Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben bildet. Da im Gegensatz zur Krankheit eine lange Dauer der Einschränkung behinderungstypisch sei, verbiete sich die Gleichsetzung beider Begriffe.

In der Folge bezieht sich der Senat auf das Urteil des EuGH vom 23. Februar 2006 (C-43/05), wonach die Richtlinie wegen der Stufungen zwischen Schwerbehinderten und Behinderten im deutschen Recht nicht vollständig durch den Bundesgesetzgeber umgesetzt worden ist. Aus **Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie ergebe sich die Vorgabe eines Diskriminierungsverbotes für alle Fälle einer Behinderung, was sich nicht mit der Regelungslage des § 81 Abs. 2 SGB IX alte Fassung vertrage**. Dieser ist in seinem Anwendungsbereich nach § 68 Abs 1 SGB IX nur schwerbehinderten oder diesen gleichgestellten Menschen zugänglich gewesen, wogegen der gemeinschaftsrechtliche Behinderungsbegriff nicht auf Menschen beschränkt sei, bei denen eine Schwerbehinderung vorliegt (GdB von mind. 50%) oder die Schwerbehinderten gleichgestellt sind. Selbst wenn man wie das LAG Berlin als Berufungsinstanz für den Schutz vor Diskriminierung eine graduell messbare Behinderung verlange, liege dies bei dem GdB von 40 für die Klägerin vor. Auf die fehlende Gleichstellung komme es nicht an. **Entschädigungsansprüche** nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 SGB IX a.F. müssten **auch für nicht schwerbehinderte oder gleichgestellte Menschen** gelten, da ansonsten der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot der Richtlinie ohne Sanktion bleibe, weil diese selbst keinen Anspruch auf eine Entschädigung vorsieht.

Das beklagte Land findet ferner mit dem **Argument, Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2000/78/EG gestatte der Polizei eine Benachteiligung von Behinderten**, beim BAG **kein Gehör**. Denn nach dem Senat hat der nationale Gesetzgeber dies so umgesetzt, dass die Polizei einen **behinderten Bewerber nur dann ablehnen** dürfe, **wenn er nicht in der Lage sei, die ihm übertragenen Aufgaben zu erfüllen** (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 2 SGB IX a.F.). Das Land Berlin hatte demgegenüber vorgetragen, aus der Behinderung ergebe sich per se die Nichteignung der Klägerin.

Ob die Klägerin tatsächlich einen Entschädigungsanspruch in der begehrten Höhe verlangen kann, hat das BAG in Ermangelung von entscheidungserheblichen Tatsachen offen gelassen und die Sache zur diesbezüglichen Klärung an das LAG Berlin zurück verwiesen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erachtet der Senat zwar den Anspruch auf eine Entschädigung nicht als ausgeschlossen. Indessen müsse in tatsächlicher Hinsicht noch

geklärt werden, ob das Land Berlin die Klägerin wegen ihrer Behinderung abgelehnt hatte. Hier komme eine Diskriminierung nur dann in Frage, wenn das beklagte Land für die Stellenabsage keine sachlichen Gründe nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 2 und 3 SGB IX a.F. darlegen könne. Der zur endgültigen Entscheidung berufenen Instanz gibt das BAG eine **eindeutige Beweislastverteilung** vor: Das Gericht müsse **die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Behinderung und Nachteil** gewinnen. Dabei lasse der klägerische Vortrag eine derartige Benachteiligung vermuten. Wegen des ersichtlichen Zusammenhangs zwischen ärztlicher Untersuchung und Bewerbungsablehnung wird das **beklagte Land Berlin im Einzelnen darzulegen und zu beweisen haben, dass der Klägerin die entscheidende berufliche Anforderung zur Tätigkeit der Parkraumbewachung fehlt.**

IV. Würdigung/Kritik:

Die **Entscheidung des BAG** ist in Argumentationsfolge und Ergebnis **zu begrüßen**. Das BAG verwertet wesentliche Aspekte europäischer Rechtsprechung, besonders der Entscheidung *Navas* (vgl. dazu den Beitrag von *Ritschel*, Forum B, Beitrag 4/2007). Für eine gegenwartsbezogene Diskussion ist jedoch wichtig, dass sich das Problem jedenfalls der Verträglichkeit des **§ 81 Abs. 2 SGB IX** a.F. mit der Richtlinie 2000/78/EG nicht mehr stellt, da dieser durch das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 14.08.2006 (BGBl. I S. 1897, Art. 3, Abs. 10) **neu gefasst** wurde. Seitdem verweist die Norm im Einzelnen auf die Regeln des AGG. Damit ist aber das **Problem, ob sich auch in der aktuellen Norm nur ein Schutz schwerbehinderter Menschen findet, nicht gelöst**. Hier lässt sich das Urteil des BAG so deuten, dass auch die **Neufassung nichts daran ändert, dass nicht lediglich Schwerbehinderten oder diesen gleichgestellten Personen ein umfassender Schutz zuzuerkennen ist**. Da auch dem AGG nach dessen § 1 eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Stufen der Behinderung fremd ist, spricht bei richtiger **Deutung des neuen Wortlautes von § 81 Abs. 2 SGB IX alles dafür, auch behinderte Menschen mit einem GdB unter 50 an der Schutzwirkung partizipieren zu lassen** (*Preis/Wolf*, Anm. zu EuGH C-15/05, EzA Richtlinie 2000/78, Nr. 1, S. 20; *Welti*, Beitrag A 9/2006 in Forum A). Denn vor dem Hintergrund der umzusetzenden Richtlinie ist festzustellen, dass dem Richtliniengeber eine Abstufung nach behinderten Menschen erster und zweiter Klasse fremd ist. Dem BAG ist darin zuzustimmen, dass **Entschädigungsansprüche auch den nicht schwerbehinderten oder gleichgestellten Menschen gleichermaßen zugänglich sein müssen** (Rn. 23 des Urteils).

Die Entscheidung bietet Anlass, über den konkreten Fall hinaus Überlegungen zur prinzipiellen Zweiteilung der Schutzmechanismen im deutschen SGB IX nach dem Kriterium der Schwerbehinderung (z.B. Kündigungsschutz nach §§ 85 f. SGB IX) anzustellen.

Denn die Richtlinie könnte bei entsprechender Lesart gebieten, die Gruppe der behinderten Menschen insgesamt gleich zu behandeln, was sich mit den Sonderregeln für schwerbehinderte und gleichgestellte Beschäftigte nicht vertragen würde. Das BAG wirft die Frage nach der **Europarechtsverträglichkeit des deutschen Schwerbehindertenstatus** in seinem Urteil nicht auf. Möchte man sie gleichwohl beantworten, bietet Art. 7 der Richtlinie selbst einen tauglichen Ansatzpunkt. Danach „hindert der Gleichbehandlungsgrundsatz die Mitgliedsstaaten nicht daran, zur Gewährung der völligen Gleichstellung im Berufsleben spezifische Maßnahmen beizubehalten, mit denen Benachteiligungen [...] ausgeglichen

werden.“ Die mit der **Unterscheidung der §§ 2 Abs. 2, 80 ff. SGB IX einhergehende Benachteiligung nicht und nur „einfach“ behinderter im Vergleich zu schwer behinderten und diesen gleichgestellten Menschen rechtfertigt sich als positive Maßnahme zum Ausgleich faktisch bestehender Nachteile** (vgl. für den wortlautidentischen § 5 AGG: *Kania/Merten*, ZIP 2007, 8, 10). Anders gewendet muss derjenige, der durch den Grad seiner Behinderung stärker betroffen ist, auch stärker geschützt werden. Der Teilhabekatalog beschränkt sich also individuell auf die erforderlichen Maßnahmen zum Ausgleich tatsächlicher Defizite. Die besondere Stellung des Schwerbehinderten stünde so grundsätzlich im Einklang mit der Richtlinie. **Kritisch zu überdenken wäre allenfalls, ob die starre Hürde des GdB von wenigstens 30 zur Gleichstellung nach § 2 Abs. 3 SGB IX dem umfassenden und gleichartigen Schutz nach der Richtlinie zuwider läuft.** Das deutsche Recht mit seiner festen Staffelung der Schutzmaßnahmen je nach GdB fördert zwar die Rechtssicherheit. Dass für behinderte Menschen mit einem GdB von 25 die besonderen Mechanismen der §§ 68 ff. SGB IX unanwendbar sind, erscheint angesichts der Richtlinie bedenklich. Richtlinienkonformer wäre sicherlich eine flexible Lösung, die die Anwendung der besonderen Schutzvorschriften vom konkreten Schutzbedarf im Einzelfall abhängig macht. Für die Klägerin jedenfalls konnte sich der Anwendungsbereich der Entschädigungsregelung des § 81 Abs. 2 SGB IX nicht allein aufgrund eines GdB von „nur“ 40 und fehlender Gleichstellung verschließen. Denn dem EuGH ist zuzugeben, dass die Herausnahme der Gruppe von „einfach“ behinderten Menschen aus dem Schutzbereich der Norm eine europarechtswidrige Umgehung der Richtlinie 2000/78/EG ist (C-43/05, Rn. 13).

Im Gleichklang mit dem EuGH in der Rechtssache *Navas* hütet sich das BAG weiter davor, das Leiden der Klägerin einer genauen **Subsumtion unter den Behinderungsbegriff** zu unterziehen. Mit dem Bescheid des Versorgungsamtes über den GdB steht natürlich außer Zweifel, dass eine Behinderung vorlag, so dass weiterführende Erörterungen auch nicht zwingend erforderlich waren. Die Beeinträchtigung der Klägerin im vorliegenden Fall hätte sich jedoch genauso wie die der Rechtssache *Navas* zu Grunde liegende gesundheitliche Einschränkung gut geeignet, Krankheit und Behinderung konkret abzuschichten. Es ist erstaunlich, dass beide Gerichte gleichwohl in ihren Ausführungen hierzu schweigen. Vorliegend wiederholt der Senat zwar die Definition des EuGH zum Behinderungsbegriff, verliert aber **kein Wort zum Vorliegen einer Behinderung**. Das ist mit Blick auf den hier bestehenden Klärungsbedarf zu bedauern. Denn die europarechtswidrige Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG in § 81 Abs. 2 SGB IX a.F. allein reicht nicht, um einen Anspruch zu begründen. Der/die Betroffene muss auch behindert sein. Und die Frage nach einer **Abgrenzung zwischen Behinderung und qualifizierter Krankheit** ist nicht leicht zu beantworten. Im Überschneidungsbereich sollte nach bereits vom Verfasser vertretener Ansicht darauf **abgestellt werden, ob nach dem aktuellen medizinischen Stand eine realistische Behandlungsprognose** zur Heilung besteht (*Preis/Wolf*, aaO. S. 21). **Krankheit bezeichnet deshalb das Leiden, welches zumindest theoretisch mit Erfolg therapiert werden kann.** Ist die Beeinträchtigung wie Neurodermitis unheilbar, liegt eine Behinderung vor.

Um den Schutz des behinderten Menschen nicht durch **Beweislastverteilungen** zu verengen, ist dem Senat zuzustimmen, dass er der Berufungsinstanz aufgibt, die Ausführungen des beklagten Landes **sorgfältig auf sachliche behinderungs-spezifische Gründe hin zu überprüfen** (Rn. 38 des Urteils). In Übereinstimmung mit Art. 10

Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG verlangt das BAG lediglich von der Klägerin, dass sie **Tatsachen für ihre Benachteiligung aufgrund ihrer Behinderung glaubhaft macht**. Im diesem Zusammenhang greift das BAG zum Schluss die **typische Befürchtung des Arbeitgebers** auf, welche mehrheitlich die ablehnende Haltung gegenüber behinderten Beschäftigten hervorruft. **Man prognostiziert, der Behinderte könnte überdurchschnittlich oft erkranken** und deshalb zur Belastung werden. Diese unberechtigte Stigmatisierung kann selbstredend **kein sachlicher Grund** für die Ablehnung der Einstellung sein. Wie unberechtigt diese Annahme des Landes Berlin ist, zeigt die Klägerin in eigener Person. In ihrer vorherigen Beschäftigung war sie während der Dauer des Arbeitsverhältnisses aus Gründen der Neurodermitis nicht einen Tag arbeitsunfähig erkrankt.

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