

## Fairer Vorauswahlvermerk zu Bewerbungen schwerbehinderter Menschen als Nebenpflicht öffentlicher Arbeitgeber

Dr. Thomas-Peter Gallon\*

Dass Schwerbehinderte bei Stellenausschreibungen in der Regel zum Vorstellungsgespräch einzuladen sind, dürfte mittlerweile arbeitsrechtliches Allgemeingut sein. Gleichwohl wird hier von den öffentlichen Arbeitgebern auf vielfältige Weise versucht, die Folgepflichten dieser Einladung zu umgehen. Der Verfasser des nachstehenden Beitrags weist unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Vorstellungsgesprächs darauf hin, dass solche Versuche nicht nur rechtlich unzulässig sind, sondern vielmehr auch Entschädigungsansprüche auslösen können.

### I. Einleitung

Öffentliche Arbeitgeber haben die besondere Pflicht, schwerbehinderte Bewerber(innen) auf extern ausgeschriebene Stellen<sup>1</sup> zur Vorstellungsrunde einzuladen. Entbehrlich ist die Einladung nur, wenn die fachliche Eignung der Bewerberin oder des Bewerbers offensichtlich fehlt (§ 165 S. 4 SGB IX). Das Versäumnis einer Einladung ist grundsätzlich eine Diskriminierung nach § 2 Nr. 1 AGG und eröffnet die Aussicht auf eine entsprechende Entschädigung.<sup>2</sup> In der Praxis spielt die Einladungspflicht „eine herausragende Rolle bei Klagen auf Zahlung von Entschädigung nach § 15 II AGG“.<sup>3</sup>

Nach der Rechtsprechung des BAG gilt die Pflicht zur Einladung selbst dann, „wenn eine Sichtung der Bewerbungsunterlagen sicher ergibt, dass andere Bewerber deutlich besser geeignet sind“.<sup>4</sup> Das Vorstellungsgespräch soll den Betroffenen nach Sinn und Zweck der Einladungspflicht die besondere Chance eröffnen, das Auswahlgremium persönlich von ihrer Kompetenz zu überzeugen.<sup>5</sup> Der Arbeitgeber steht dabei in der Verpflichtung, das gesamte Bewerbungsverfahren „fair und diskriminierungsfrei auszugestalten“.<sup>6</sup>

### II. These

Im Kern des folgenden Beitrags wird die Auffassung vertreten, dass zur entsprechenden Ausgestaltung auch ein fairer Vorauswahlvermerk gehört. So hat der Arbeitgeber nach Sinn und Zweck der Einladungspflicht in dem Vermerk zur Vorauswahl die fachliche Eignung der schwerbehinderten Bewerberin oder des Bewerbers *besonders* zu würdigen. Lässt der öffentliche Arbeitgeber in diesem Vermerk dagegen erkennen, dass er die oder den Betroffenen nur einlädt, um seiner gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen, verletzt er seine Pflichten. Jeder öffentliche Arbeitgeber ist daher (auch mit Blick auf etwaige Entschädigungsforderungen) gut beraten, dafür Sorge zu tragen, dass Vorauswahlvermerke in seinem Bereich gegebenenfalls eine qualifizierte Würdigung der schwerbehinderten Bewerber(innen) enthalten. Vor der Begründung dieser Auffassung und der Erörterung ihrer Folgen wird zunächst ein frei erfundener Fall als Material zur lebenspraktischen Anschauung zugrunde gelegt.

### III. Ein fiktiver Fall

Ein öffentlicher Arbeitgeber schreibt eine Stelle aus, erhält zahlreiche Bewerbungen und trifft auf Grund der schriftlichen Informationen aus den Bewerbungen nach den Kriterien der Bestenauslese eine Vorauswahl für die Einladung zu Vorstellungsgesprächen. Es liegt die Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen vor. Sie gelangt nicht in die Vorauswahl.<sup>7</sup> In dem Vermerk zur Vorauswahl werden die Ausgewählten mit einer Synopse tabellarisch in alphabetischer Reihenfolge präsentiert. Eine besondere Spalte ist der ausgiebigen Würdigung der jeweiligen fachlichen Qualitäten der einzelnen Bewerber(innen) gewidmet. Im Anschluss erfolgt ohne weiteres der Hinweis, dass noch eine weitere Bewerberin oder ein weiterer Bewerber nach § 165 SGB IX aufgrund ihres oder seines Status als schwerbehinderter Mensch zwingend einzuladen sei. Auf fachliche Qualifikationen dieser Person wird dabei mit keinem Wort weiter eingegangen.

### IV. Einschätzung nach allgemeiner Lebenserfahrung

Nach aller Erfahrung braucht die Bewerberin oder der Bewerber die Fahrt zur Vorstellung erst gar nicht anzutreten. Der Vorauswahlvermerk ist die entscheidende Information aller Teilnehmer(innen) an den Vorstellungsgesprächen, soweit sie den Vermerk nicht selbst erstellt haben. Nach diesem Vermerk sollen sich die späteren Entscheider(innen) vorab ein Bild für anstehende Vorstellungsgespräche machen und ihre jeweiligen Fragen an die Bewerber(innen) vorbereiten. Der krasse Kontrast zwischen der qualifizierten Bestenliste und dem bloßen Hinweis auf die gesetzliche Einladungspflicht für eine bestimmte Person nimmt dieser Person bei lebensnaher Betrachtung schon im Vorfeld jede realistische Chance. Die Teilnehmer(inne)n der Vorstellungsrunde aufseiten des Arbeitgebers werden nachgerade abgeschreckt. Die Berichte von Betroffenen sind Legion: überall eingeladen, nirgends genommen. Die abschreckende Vorauswahl trägt zu diesem traurigen Befund bei. Sie wird den Nebenpflichten der Einladungspflicht nicht gerecht.

### V. Die „abschreckende Vorauswahl“

In Anlehnung an die Rechtsprechung zur verbotenen „abschreckenden Einladung“<sup>8</sup> bezeichne ich den Gegenstand dieses Beitrags als „abschreckende Vorauswahl“. Als „abschreckend“ wird eine Einladung bezeichnet, wenn sie mit der Mitteilung geringer Erfolgsaussichten und der Frage verbunden wird, ob eine schwerbehinderte Bewerberin oder ein Bewerber das Gespräch (überhaupt) wahrnehmen wolle. Abgeschreckt wird hier die Bewerberin oder der Bewerber. Was ist demgegenüber eine „abschreckende Vorauswahl“, wen schreckt sie ab, und wovon? Abschreckend ist eine Vorauswahl, die die Qualifikation der schwerbehinderten Person nicht würdigt und die die gesetzliche Einladungspflicht als einzigen Grund

Gallon: Fairer Vorauswahlvermerk zu Bewerbungen schwerbehinderter Menschen als Nebenpflicht öffentlicher Arbeitgeber(NZA 2019, 90)

91

der Einladung zu erkennen gibt. Abgeschreckt werden die Entscheider(innen), und zwar vor der Auswahl der Betroffenen. Sinn und Zweck der Einladung werden durch die Form des Vorauswahlvermerks praktisch in ihr Gegenteil verkehrt.

### VI. Bewertung

Als Vertragsstaat des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen hat sich Deutschland verpflichtet, „Menschen mit Behinderungen im öffentlichen Sektor zu beschäftigen“ (Art. 27 g UN-BRK).<sup>9</sup> Die besondere Pflicht öffentlicher Stellen zur Einladung schwerbehinderter Bewerber(innen) zum Vorstellungsgespräch hat mit § 14 a des Gesetzes zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (SchwbG) ab 1.10.2000 Eingang in das deutsche Recht gefunden.<sup>10</sup> Die Regelung ist über eine Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung in das Gesetz aufgenommen worden und hat in dem zugehörigen Bericht des Ausschusses keine besondere Begründung erfahren.<sup>11</sup> Die Materialien der Gesetzgebung geben insoweit keinen unmittelbaren Aufschluss über die besonderen Motive des Gesetzgebers.

Nach der Rechtsprechung räumt die Regelung schwerbehinderten Bewerber(innen) das Recht auf eine Einladung ein, um überhaupt erst eine Chancengleichheit gegenüber anderen Bewerber(inne)n herzustellen.<sup>12</sup> Die Einladungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers konstituiert einen Individualanspruch der schwerbehinderten Person, eingeladen zu werden und die Chance zu erhalten, den Arbeitgeber von ihren Qualitäten zu überzeugen.<sup>13</sup> Die betroffene Person ist insoweit besser gestellt als nicht schwerbehinderte Konkurrent (inn)en und genießt einen ausgleichenden Vorteil.<sup>14</sup> Der Vorteil beschränkt sich jedoch auf das Verfahren bis zur Auswahlentscheidung. Bei der Entscheidung selbst wird der Grundsatz der Bestenauslese durch das Sonderrecht der Einladung zum Vorstellungsgespräch nicht berührt.

Um das gesetzliche Ziel der Einladungspflicht nach seinem Sinn und Zweck mit Leben zu erfüllen, wird aufseiten des Arbeitgebers eine bestimmte Bereitschaft vorausgesetzt, sich auf die schwerbehinderte Bewerberin oder den Bewerber einzulassen, sich angemessen auf sie oder ihn vorzubereiten und mit besonderer Fürsorge dabei zu unterstützen, ihre oder seine Qualitäten unter Beweis zu stellen. Es ist ein Wohlwollen nötig. Der öffentliche Arbeitgeber muss sich hier selbst und proaktiv in Erfüllung seiner Funktion als Vorbild<sup>15</sup> um Chancengerechtigkeit bemühen.

Die Pflichten des öffentlichen Arbeitgebers und die komplementären Rechte der schwerbehinderten Bewerberin oder des Bewerbers erstrecken sich dabei auch auf den regelmäßigen **Vermerk** zur **Vorauswahl**, der als eigenständiger Baustein zu dem betroffenen Verfahren zählt. Die abschreckende Vorauswahl verletzt die Pflichten des Arbeitgebers und die Rechte der schwerbehinderten Person.

## VII. Fazit

Ein **Vorauswahlvermerk**, der auf der einen Seite eine qualifizierte Bestenliste enthält und sich auf der anderen Seite nicht erkennbar um die Würdigung der möglichen fachlichen Eignung einer schwerbehinderten Bewerberin oder eines Bewerbers bemüht, begründet bereits die Vermutung einer Diskriminierung wegen der Behinderung nach § 2 Nr. 1 AGG. Er eröffnet daher bereits die Aussicht auf Schadensersatz nach § 15 AGG. Da die Schwerbehindertenvertretung die Chancengerechtigkeit im Auswahlverfahren zu fördern hat, begründet ein entsprechender Fall zudem ein Recht auf Verweigerung der Zustimmung im Rahmen der Mitwirkung.<sup>16</sup>

\* Der Autor ist Vertrauensperson für schwerbehinderte Menschen in einer Behörde. Er gibt hier ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

<sup>1</sup> Zu dienststelleninternen Besetzungsverfahren s. *BVerwG*, NVwZ-RR 2012, 320 Rn. 19 ff.; zur eingeschränkten Berechtigung interner Ausschreibungen s. *LPK/Düwell*, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 165 Rn. 5, 8.

<sup>2</sup> S. *BAGE* 131, 232 = NZA 2009, 1087 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 Rn. 33 (Os. 3 ff.); BeckOK SozR/Rolfs, SGB IX, § 165 Rn. 1 mwN.

<sup>3</sup> *Fabricius* in *Schlegel/Voelzke*, jurisPK, SGB IX, 3. Aufl. 2018, § 165 SGB IX Rn. 1.

<sup>4</sup> *BAGE* 156, 107 = NZA 2017, 43 = AP SGB IX § 82 Nr. 2 Rn. 40 mwN.

<sup>5</sup> *BAG*, NZA 2012, 667 = AP AGG § 22 Nr. 4 Rn. 48.

<sup>6</sup> *BAG*, NZA 2014, 82 = AP AGG § 22 Nr. 9 Rn. 38.

<sup>7</sup> Erfüllt die schwerbehinderte Person dagegen die Kriterien der Vorauswahl und wird in der Synopse dennoch nicht mit ihren Qualifikationen gewürdigt, werden die Rechte dieser Person auch im Rahmen der Bestenauslese zusätzlich verletzt.

<sup>8</sup> S. *LAG Baden-Württemberg*, NZA-RR 2015, 163 Ls. u. Rn. 66.

<sup>9</sup> BGBl. II 2008, 1419 (1440).

<sup>10</sup> Die Ursprungsregelung richtete sich bis zu ihrer Ablösung durch § 82 SGB IX (aF) zum 30.6.2001 nur an öffentliche Arbeitgeber des Bundes als Normadressaten und wurde erst dann auf alle öffentlichen Arbeitgeber erstreckt. Die Regelung wurde insoweit unverändert ab 1.1.2018 in § 165 SGB IX (gF) überführt.

<sup>11</sup> S. BT-Drs. 14/3799 v. 5.7.2000, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, S. 11, 35.

<sup>12</sup> S. *BAGE* 119, 262 = NZA 2007, 507 = AP SGB § 81 IX Nr. 13 Rn. 24. – Es handelt sich insoweit um eine „Vorkehrung“ iSv Art. 5 der RL 2000/78/EG zur Verwirklichung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Amtsbl. der Europäischen Gemeinschaften DE v. 2.12.2000, S. L 303/16), um Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung zu ermöglichen.

<sup>13</sup> *BAG*, NZA 2013, 896 = AP AGG § 22 Nr. 7 Rn. 46 (Os. 3).

<sup>14</sup> Vgl. § 5 AGG über positive Maßnahmen als zulässige Ungleichbehandlung zum Ausgleich bestehender Nachteile wegen eines Merkmals, das Diskriminierungsschutz genießt.

<sup>15</sup> *LAG Saarland*, Beschl. v. 13.2.2008 – 1 TaBV 15/07, BeckRS 2010, 76052 Rn. 64.

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drs. 14/5800 v. 4.4.2001, Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, S. 30 (zu § 81 SGB IX aF, jetzt § 164 SGB IX).