

Zimmermann & Strecker Aktuell (Ausgabe Oktober 2008)

„AGG-Hopping“ und die Bewerbung schwerbehinderter Arbeitnehmer

*Rechtsanwalt Hermann Zimmermann, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Familienrecht,
und Ref. jur. Johannes Schrägle*

Für Arbeitgeber stellt die Bewerbung schwerbehinderter Arbeitnehmer eine besondere Herausforderung dar. Nur durch eine sorgfältige Planung und Durchführung der Stellenbesetzung kann die Gefahr erfolgreicher Entschädigungsklagen so genannter AGG-Hopper ausgeschlossen werden.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und Stellenbesetzung

Bekannt ist unter Arbeitgebern mittlerweile, dass bei der Ausschreibung und Besetzung freier Stellen bereits der bloße Anschein einer Diskriminierung wegen des Geschlechts oder wegen des Alters vermieden werden muss. Dementsprechend finden sich Stellenanzeigen im Stil des folgenden Beispiels nur noch selten:

„Wir suchen zum 1.1.2009 eine
junge, dynamische Sekretärin (Voll-/Teilzeit)
zur Ergänzung unseres Teams. Ihre aussagekräftige Bewerbung senden Sie bitte an folgende Adresse: ...“

Auf solche Stellenanzeigen hatten sich in der Vergangenheit häufig so genannte AGG-Hopper beworben. Dabei handelte es sich um Personen, die sich auf Stellenanzeigen bewerben, ohne an einer Anstellung ernsthaft interessiert zu sein. Sie treten nach einer Absage an den Arbeitgeber heran und machen unter Berufung auf eine angebliche Diskriminierung bei der Stellenbesetzung Entschädigungsforderungen geltend.

Auf „AGG-Hopping“ wegen Geschlechts- und Altersdiskriminierung haben sich die meisten Arbeitgeber seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im August 2006 eingestellt. In letzter Zeit ist jedoch verstärkt „AGG-Hopping“ durch Schwerbehinderte zu beobachten. Dieser Trend wird dadurch begünstigt, dass den meisten Arbeitgebern die Pflichten zur Förderung schwerbehinderter Arbeitnehmer unbekannt sind, die sie bei der Besetzung freier Stellen im Unternehmen zu beachten haben.

Diese Pflichten greifen in allen Phasen des Verfahrens zur Stellenbesetzung, insbesondere schon vor der Ausschreibung der freien Stelle. Erscheint die nun korrekt formulierte Stellenanzeige

„Wir suchen zum 1.1.2009 eine/n
Sekretär/in (Voll-/Teilzeit)
zur Ergänzung unseres Teams. Ihre aussagekräftige Bewerbung senden Sie bitte an folgende Adresse: ...“

und geht darauf die Bewerbung einer schwerbehinderten Person ein, ist oftmals bereits ein Verfahrensfehler gemacht, der in einem späteren arbeitsgerichtlichen Entschädigungsprozess nicht mehr zu korrigieren ist und zum Erfolg der Entschädigungsklage führt.

Rechtlicher Hintergrund des „AGG-Hoppings“ durch Schwerbehinderte

Die §§ 1 und 7 AGG sowie § 81 Abs. 2 SGB IX verbieten Arbeitgebern, schwerbehinderte Stellenbewerber wegen ihrer Behinderung zu benachteiligen. Nach § 15 Abs. 2 AGG hat der schwerbehinderte Bewerber bei einem Verstoß gegen dieses Benachteiligungsverbot einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung gegen den Arbeitgeber. Der Entschädigungsanspruch ist auf drei Monatsgehälter begrenzt, falls der Schwerbehinderte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

Beweist der Schwerbehinderte im Streitfall Indizien, die eine Benachteiligung wegen seiner Behinderung vermuten lassen, so trägt der Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Die §§ 81, 82 SGB IX statuieren für Arbeitgeber eine Vielzahl von Pflichten zur Förderung von Schwerbehinderten bei der Stellenbesetzung. Ein Verstoß gegen diese Pflichten wird von der Rechtsprechung als Indiztatsache für eine Benachteiligung im Sinne des § 22 AGG gewertet und löst die Beweislastumkehr aus. Der Pflichtverstoß begründet damit die Vermutung einer Benachteiligung des Bewerbers wegen seiner Schwerbehinderung.

Der Arbeitgeber steht dann im Fall einer Entschädigungsklage vor der Aufgabe, den Gegenbeweis zu führen, dass die Ungleichbehandlung des schwerbehinderten Bewerbers sachlich begründet ist. Dies bereitet erhebliche Schwierigkeiten, zumal sich der Arbeitgeber hierbei weder auf die Unkenntnis der Förderpflichten noch auf fehlendes Verschulden berufen kann.

Anforderungen an das Verfahren der Stellenbesetzung

Vor diesem Hintergrund hat der Arbeitgeber sicherzustellen, dass die gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden. Da der Arbeitgeber nicht weiß, ob sich ein Schwerbehinderter auf die freie Stelle bewerben wird, sind die Anforderungen bei sämtlichen Stellenausschreibungen von vornherein zu beachten. Die maßgeblichen Vorschriften werden zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Verfahren der Stellenbesetzung relevant:

A. Planungsphase

Bereits vor der Stellenausschreibung treffen den Arbeitgeber folgende Pflichten:

- Prüfung, ob der freie Arbeitsplatz „an sich“ mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden könnte (§ 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX).

- Bei dieser Prüfung ist die Schwerbehindertenvertretung (vgl. § 94 SGB IX) zu beteiligen und der Betriebs- bzw. Personalrat anzuhören (§ 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX), sofern die entsprechende Gremien im Unternehmen bestehen.
- Kommt der Arbeitsplatz grundsätzlich für die Besetzung mit einem Schwerbehinderten in Betracht - was regelmäßig der Fall sein dürfte - so ist der freie Arbeitsplatz der Agentur für Arbeit zu melden (dies folgt aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX). Die Agentur für Arbeit macht dem Arbeitgeber darauf einen Vermittlungsvorschlag.

Verstöße gegen dieses der eigentlichen Stellenausschreibung vorgelagerte Pflichtenprogramm begründen bereits die Indizwirkung einer Benachteiligung gemäß § 22 AGG.

B. Bewerbungsphase

Die eingehenden Bewerbungen sind sorgfältig darauf zu prüfen, ob (versteckte) Hinweise auf eine Schwerbehinderung des Bewerbers enthalten. Zur Verdeutlichung ein Beispiel:

„Bewerbung als Sekretär (Voll-/Teilzeit)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Ihre Stellenanzeige hat mich sehr angesprochen. ... Aufgrund meiner Schwerbehinderung (GdB 60) ist unter bestimmten Voraussetzungen ein Eingliederungszuschuss durch den Kostenträger meiner Umschulung möglich.

Über eine Einladung zum Vorstellungsgespräch freue ich mich und verbleibe mit freundlichen Grüßen. ...“

Die Kontrolle der Bewerbungsschreiben ist von besonderer Bedeutung, weil der Eingang der Bewerbung eines Schwerbehinderten weitere Pflichten auslöst.

- Über eingehende Bewerbungen von Schwerbehinderten und Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit sind die **Schwerbehindertenvertretung und der Betriebs- bzw. Personalrat unverzüglich zu unterrichten** (§ 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX). Unzulässig ist es, zunächst alle eingehenden Bewerbungen zu sichten oder gar bereits eine Vorauswahl zu treffen, bevor die Unterrichtung der Gremien erfolgt.
- **Öffentliche Arbeitgeber** (vgl. § 71 Abs. 3 SGB IX) müssen schwerbehinderte Bewerber und die von der Agentur für Arbeit vorgeschlagenen Schwerbehinderten **zu einem Vorstellungsgespräch einladen** (§ 82 SGB IX). Eine Ausnahme gilt nur für Bewerber, denen ganz offensichtlich die fachliche Eignung für die freie Stelle fehlt.

Über diese Pflicht hinaus sieht § 81 Abs. 1 SGB IX in den Sätze 7 bis 9 ein verschärftes Pflichtenprogramm für Arbeitgeber vor, die ihrer Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen aus §§ 71 ff. SGB IX nicht nachkommen:

- Erfüllt der Arbeitgeber seine Schwerbehindertenquote nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder der Betrieb- bzw. Personalrat mit der **beabsichtigten Einstellungsentscheidung** nicht einverstanden, so ist diese mit den Gremien **zu erörtern und der Schwerbehinderte anzuhören**.

Hinweis zur Beschäftigungspflicht

Nach den §§ 81 ff. SGB IX sind Arbeitgeber verpflichtet, auf wenigstens 5 % der Arbeitsplätze des Unternehmens Schwerbehinderte zu beschäftigen (so genannte Schwerbehindertenquote).

Diese Pflicht trifft allerdings nur Arbeitgeber, die im Jahresdurchschnitt monatlich mindestens 20 Arbeitsplätze haben. Auf die Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Es sei aber darauf hingewiesen, dass sich die Berechnung der Arbeitsplatzzahl aufwändig gestalten kann. Insbesondere die Berücksichtigung von Teilzeitkräften, Beschäftigten in Elternzeit und Praktikanten kann im Einzelfall Probleme bereiten und zu bösen Überraschungen führen.

Die Beschäftigungspflicht bzw. Erfüllung der Schwerbehindertenquote sollte daher vor der Ausschreibung einer freien Stelle überprüft werden.

C. Entscheidungsphase

Hat sich der Arbeitgeber gegen einen schwerbehinderten Bewerber entschieden, genügt grundsätzlich wie bei allen übrigen Bewerbern eine formlose Absage:

„Sehr geehrter Herr Bewerber,

leider haben wir Ihre Bewerbung nicht berücksichtigen können. Anbei erhalten Sie Ihre Bewerbungsunterlagen zurück. Wir wünschen Ihnen für Ihren beruflichen Weg viel Glück und Erfolg. Mit freundlichen Grüßen...“

Strengere Anforderungen an die Mitteilung der Absage gelten aber wiederum für Arbeitgeber, die ihre Schwerbehindertenquote nicht erfüllen (vgl. bereits oben):

- Erfüllt der Arbeitgeber seine Schwerbehindertenquote nicht, so hat er nicht nur die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebs- bzw. Personalrat, sondern auch den schwerbehinderten Bewerber unter Darlegung der Gründe unverzüglich über die getroffene Entscheidung zu unterrichten (§ 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX).

Nach der Rechtsprechung des *Landesarbeitsgerichts Hessen* gilt dies nicht nur für Fälle, in denen die Gremien der beabsichtigten Entscheidung widersprochen haben. Im Ergebnis führt die Rechtsprechung zu einer Begründungspflicht für alle **Arbeitgeber, die ihre Schwerbehindertenquote nicht erfüllen**. Sie **müssen dem schwerbehinderten Bewerber** in der Absage die **Gründe für seine Nichtberücksichtigung mitteilen**.

Mit einer Standard-Absage verletzt der Arbeitgeber seine Begründungspflicht. Dieser Fehler kann auch nicht mehr in einem etwaigen Entschädigungs-Prozess „geheilt“ werden. Eine nachträgliche Begründung (z.B. die mangelnde fachliche Qualifikation) für die Nichtberücksichtigung des schwerbehinderten Bewerbers kann nach der Rechtsprechung des *Hessischen Landesarbeitsgerichts* nicht mehr gegeben werden. **Der Arbeitgeber muss sich an die in dem Absage-Schreiben gegebenen Begründung festhalten lassen und wird mit anderen sachlichen Gründen im Prozess nicht mehr gehört.**

Praktischer Hinweis

Es empfiehlt sich, von den Bewerbungsunterlagen schwerbehinderter Bewerber, denen eine Absage erteilt werden musste, Kopien zu fertigen. Dies erleichtert die Verteidigung im Fall einer Entschädigungsklage.

Darüber hinaus sollte das Datum des Absageschreibens dokumentiert werden, da die Ausschlussfrist zur Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs mit dem Zugang der Ablehnung beginnt. Nach § 15 IV AGG muss ein Entschädigungsanspruch innerhalb von zwei Monaten ab Zugang der Ablehnung schriftlich geltend gemacht werden.

Schließlich sei auf das von der Anwaltssozietät Gleiss Lutz unter www.agg-hopper.de betriebene Archiv verwiesen, das bei der Verteidigung gegen angekündigte Entschädigungsklagen hilft. Hier kann jeder Arbeitgeber anfragen, ob ein bestimmter Bewerber in der Vergangenheit bereits mit Entschädigungsklagen wegen angeblicher Diskriminierung bei Bewerbungen aufgefallen ist.

Checkliste für die Planung & Durchführung einer Stellenbesetzung

Durch die Beachtung einiger Grundregeln lässt sich für den Arbeitgeber die Gefahr missbräuchlicher Entschädigungsklagen so genannter AGG-Hopper wesentlich verringern:

- **Jeder Arbeitgeber** hat freier Stellen an die Agentur für Arbeit zu melden, verbunden mit der Bitte um Vermittlungsvorschläge arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeter schwerbehinderter Personen.
- **Arbeitgeber, bei denen eine Schwerbehindertenvertretung und/oder ein Betriebs- bzw. Personalrat besteht**, müssen die Gremien umgehend über die eingehende Bewerbung eines Schwerbehinderten unterrichten. Erfüllt der Arbeitgeber seine Schwerbehindertenquote nicht und sind die Gremien mit der beabsichtigten Ablehnung des Bewerbers nicht einverstanden, ist die Entscheidung mit den Gremien zu erörtern und der Bewerber anzuhören.
- **Arbeitgeber, die ihre Schwerbehindertenquote nicht erfüllen**, sind verpflichtet, einem schwerbehinderten Bewerber in der Absage die für ihre Entscheidung maßgeblichen Gründe darzulegen.

- **Öffentliche Arbeitgeber** müssen grundsätzlich jeden schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einladen.

Wird einem schwerbehinderten Bewerber abgesagt, sollte außerdem das Datum des Absageschreibens dokumentiert und Kopien der Bewerbungsunterlagen gefertigt werden. Dann ist der Arbeitgeber gut gerüstet, sollte er trotz allem einmal zum Ziel eines hauptberuflichen „AGG-Hoppers“ werden.

Rechtsanwalt Hermann Zimmermann und Ref. jur. Johannes Schrägle

Zimmermann & Strecker aktuell wird herausgegeben von:

Rechtsanwälte Zimmermann & Strecker GbR

Frankfurter Straße 6 ½

35037 Marburg

Telefon: 06421 / 17 100

Telefax: 06421 / 17 10 12

E-Mail: kontakt [at] zimmermann-strecker [.] de

Internet: <http://www.zimmermann-strecker.de/>

Wichtiger Hinweis

Die veröffentlichten Beiträge nehmen in allgemeiner Art Stellung zu aktuellen rechtlichen Themen. Aus diesem Grund können sie eine rechtliche Beratung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles nicht ersetzen. Wenden Sie sich daher mit Ihrem Anliegen stets an einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin. Bitte beachten Sie auch, dass in vielen rechtlichen Angelegenheiten Fristen laufen, deren Versäumung zu Nachteilen führen kann.

Stand der Informationen in diesem Beitrag ist Oktober 2008. Trotz sorgfältiger redaktioneller Kontrolle können Unrichtigkeiten nicht ausgeschlossen werden. Ziehen Sie daher auch weitere Informationsquellen heran.

Urheberrechtshinweis

Die veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Dieser Schutz gilt auch gegenüber automatisierten elektronischen Erfassungen, beispielsweise in Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Die Inhalte dieses Angebots dürfen nur in den Grenzen des Urheberrechtsgesetzes reproduziert werden. Weitergehende Nutzungen bedürfen der schriftlichen Genehmigung durch Rechtsanwälte Zimmermann & Strecker. Entsprechende Anfragen sind an obenstehende Kontaktmöglichkeiten zu richten.