

Markus Ort

# **Vermeidung einer Diskriminierung behinderter Arbeitnehmer insbesondere im Rahmen des Einstellungsverfahrens des öffentlichen Dienstes**

**Eine Darstellung der Rechtslage und kritische Analyse**

# Vorwort

Erstmals kam ich mit der Thematik dieser Arbeit im August 2015 in Berührung. Zu dieser Zeit absolvierte ich im Rahmen meines Bachelorstudiums mit vertiefter Praxis eine Arbeitsphase im Personalbüro des Landratsamtes Aschaffenburg.

Während meines dortigen Einsatzes wurde ich darum gebeten, rechtlich zu bewerten, was unsere Dienststelle bei der Stellenbesetzung alles beachten muss und kann, um sich gegenüber AGG-Hoppern unangreifbar zu machen. Ein besonderes Augenmerk sollte ich hierbei auf schwerbehinderte Bewerber legen.

Da sich dieses Thema für mich als sehr interessant und darüber hinaus auch als inhaltlich sehr ergiebig darstellte, beschloss ich nach eigenständigen weiterführenden Recherchearbeiten zu dieser Thematik meine Bachelorarbeit mit dem Thema

**„Vermeidung einer Diskriminierung behinderter  
Arbeitnehmer insbesondere im Rahmen des  
Einstellungsverfahrens des öffentlichen Dienstes -  
Eine Darstellung der Rechtslage und kritische  
Analyse“**

zu verfassen.

Für die wohlwollende Annahme dieses Themas für meine Abschlussarbeit bedanke ich mich bei Dr. Ralph Hirdina, welcher mich in der Bearbeitung dieses Themas bestärkte

und mich bei der Erstellung der Arbeit methodisch und inhaltlich anleitete.

Matthias Beck danke ich für den ersten Impuls, den er mir zur Findung des Themas gab und für die fachlichen Diskussionen zum diskriminierungsfreien Einstellungsverfahren in der behördlichen Praxis.

Weiterer Dank gebührt meinen Korrekturlesern Birgit Ort und Maximilian Andres.

Abschließend möchte ich auch Dr. Ulrich Reuter dafür danken, dass ich durch ihn die Chance auf ein Studium mit vertiefter Praxis im Landratsamt Aschaffenburg erhielt.

Aschaffenburg, den 11.08.2016

Markus Ort

# **Inhaltsverzeichnis**

**ABBILDUNGSVERZEICHNIS**

**ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

**EINLEITUNG**

**HAUPTTEIL**

**ERSTES KAPITEL**

**1. Definitionen notwendiger Begrifflichkeiten**

**1.1. Arbeitgeber**

**1.2. Öffentlicher Dienst**

**1.3. Öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber  
bzw. Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes**

**1.4. Behinderter Mensch**

**1.5. Schwerbehinderter Mensch**

**1.6. Gleichgestellter behinderter Mensch**

**1.7. Bewerber**

**1.8. Behinderter Bewerber**

**1.9. Schwerbehinderter Bewerber**

**1.10. Gleichgestellter behinderter  
Bewerber**

**ZWEITES KAPITEL**

**2. Allgemeines zur Stellenbesetzung im  
öffentlichen Dienst**

## **2.1. Allgemeiner Auswahlgrundsatz: Bestenauslese**

**2.1.1. Stellen des öffentlichen Dienstes  
müssen grds. für Beamte und  
Angestellte geeignet sein**

**2.1.2. Beamten vorbehalten: Stellen  
des Funktionsvorbehaltes**

**2.1.3. Das Leistungsprinzip und seine  
Kriterien**

**2.1.4. Pflicht zur Stellenausschreibung  
für den öffentlichen Dienst**

**2.2. Zusätzlicher Behindertenschutz aus  
Art. 3 III 2 GG als unmittelbar geltendem  
Recht**

## **DRITTES KAPITEL**

**3. Das AGG und das Verbot der  
Behindertendiskriminierung**

**3.1. Ziel des AGG**

**3.1.1. Verbot der unmittelbaren  
Benachteiligung**

**3.1.2. Verbot der mittelbaren  
Benachteiligung**

**3.2. Anwendbarkeit des AGG**

**3.2.1. Persönlicher Anwendungsbereich**

**3.2.2. Sachlicher Anwendungsbereich**

**3.2.2.1. Neutrale  
Stellenausschreibung**

**3.2.2.2. Vermeidung der Frage nach  
einer (Schwer-) Behinderung im  
Vorstellungsgespräch**

### **3.2.2.3. Diskriminierungsfreie Entscheidung und Absage**

## **VIERTES KAPITEL**

### **4. Das SGB IX und die speziellen Vorgaben zur Vermeidung einer Diskriminierung aufgrund von Schwerbehinderung**

#### **4.1. Allgemein für alle Arbeitgeber geltende Normen**

##### **4.1.1. Pflicht zur Beschäftigung von Schwerbehinderten**

##### **4.1.2. Vorschriften für das Stellenbesetzungs- und Kandidatenauswahlverfahren**

###### **4.1.2.1. Prüfung der Stelle auf Eignung zur Besetzung mit Schwerbehinderten**

###### **4.1.2.2. Frühzeitige Meldung des Freiwerdens einer Stelle an die Bundesagentur für Arbeit, um Vermittlungsvorschläge geeigneter schwerbehinderter Kandidaten zu erhalten**

###### **4.1.2.3. In Kenntnis setzen der Schwerbehindertenvertretung nach Bewerbungseingang und Gewährung des Rechts auf Einsicht in die Bewerbungsunterlagen**

###### **4.1.2.4. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung am Vorstellungsgespräch**

###### **4.1.2.5. Erörterung der Entscheidung mit**

**Personalvertretung und  
Schwerbehindertenvertretung  
unter Anhörung des Betroffenen im  
Falle der Nichterfüllung der Quote  
aus § 71 SGB IX und Mitteilung der  
Entscheidung an die vorstehend  
Genannten**

**4.2. Für den öffentlichen Dienst zusätzlich  
geltende Vorschriften**

**4.2.1. Frühzeitige Meldung der zu  
besetzenden Stellen**

**4.2.2. Ladungspflicht des  
Schwerbehinderten zum  
Vorstellungsgespräch**

**4.3. Nicht erzwingbar:  
Integrationsvereinbarung**

**FÜNFTES KAPITEL**

**5. Folgen der Verstöße gegen die Pflichten aus  
dem AGG und dem SGB IX**

**5.1. Indizwirkung einer Diskriminierung  
aufgrund von (Schwer-)Behinderung -  
Verlagerung der Beweislast nach § 22 AGG  
auf den Beklagten**

**5.1.1. Widerlegung einer vermuteten  
Benachteiligung durch den Beklagten**

**5.1.2. Nachweis des Vorliegens eines  
gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes  
für die Benachteiligung durch den  
Beklagten**

**5.2. Möglichkeiten des bestgeeigneten  
(schwer-) behinderten Bewerbers**

**5.2.1. Konkurrentenklage um  
Einstellung bzw. Wiederholung des  
Auswahlvorgangs**

**5.2.2. Schadensersatzklage wegen  
Diskriminierung in unbegrenzter Höhe**

**5.3. Schadensersatzklage wegen  
Diskriminierung aufgrund Behinderung für  
alle anderen Bewerber**

**5.4. Recht auf Zustimmungsverweigerung  
zur Besetzung der Stelle durch den  
Personalrat**

## **SECHSTES KAPITEL**

**6. Rolle der Vertretungsorgane bei der  
Stellenbesetzung**

**6.1. Die Schwerbehindertenvertretung**

**6.2. Das Personalvertretungsorgan**

**6.3. Der Beauftragte des Arbeitgebers**

## **SIEBTES KAPITEL**

**7. Probleme aufgrund des  
Diskriminierungsschutzes (wegen  
Behinderung) in der Praxis**

**7.1. Hohe Gefahr des ungewollten  
Verstoßes gegen eine Vorschrift**

**7.2. Befürchtung hoher Klagezahlen wegen  
Diskriminierung und Angst vor  
wirtschaftlichen Schäden**

**7.3. Gefahr des „AGG-Hopping“**

## **ACHTES KAPITEL**

**8. Darstellung und kritische Würdigung der  
aktuellen Rechtslage**

## **8.1. Nicht-Erreichung des Ziels „Förderung der Teilhabe behinderter Menschen“ durch strenge und umfassende Vorgaben**

### **8.1.1. Arbeitslosenquote der Schwerbehinderten**

### **8.1.2. Vermeidung der Einstellung von Schwerbehinderten durch Arbeitgeber aufgrund zu zahlreicher Schutzvorschriften**

## **8.2. Hohe Komplexität der Verfahrensvorschriften**

### **8.2.1. Fehlender Überblick der Arbeitgeber über den Paragraphendschungel**

### **8.2.2. Bearbeitung der Bewerbungen von Schwerbehinderten mit dem Ziel der Wahrung des Scheins der rechtmäßigen Auswahldurchführung und Stellenbesetzung**

## **NEUNTES KAPITEL**

### **9. Handlungsleitfaden für die praktische Arbeit**

## **SCHLUSS**

## **LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS**

# Abbildungsverzeichnis

**Abb. 1: Beschäftigte schwerbehinderte Menschen nach Wirtschaftszweigen Jahresdurchschnitt 2014 (Seite →)**

**Abb. 2: Prozentuale Verteilung der arbeitslosen Schwerbehinderten nach Qualifikationen (Seite →)**

**Abb. 3: Prozentuale Verteilung der arbeitslosen Nicht-Schwerbehinderten nach Qualifikation (Seite →)**

# Abkürzungsverzeichnis

AGG = Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz  
arbrb = Arbeitsrechtsberater Informationsdienst für die arbeitsrechtliche Beratungspraxis  
BAG = Bundesarbeitsgericht  
BGG = Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen  
BIH = Geschäftsstelle der Bundesarbeitsgemeinschaft der Integrationsämter und Hauptfürsorgestellen  
BMAS = Bundesministerium für Arbeit und Soziales  
bpb = Bundeszentrale für politische Bildung  
BPersVG = Bundespersonalvertretungsgesetz  
bspw. = beispielsweise  
BVerfG = Bundesverfassungsgericht  
BVerwG = Bundesverwaltungsgericht  
bzw. = beziehungsweise  
dpa = Deutsche Presseagentur  
ebd. = ebenda  
EuGH = Europäischer Gerichtshof  
f = folgende  
FAZ = Frankfurter Allgemeine Zeitung  
ff = fortfolgende  
GdB = Grad der Behinderung  
gem. = gemäß  
GG = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
ggfs. = gegebenenfalls  
ggü. = gegenüber  
grds. = grundsätzlich  
i. d. R. = in der Regel  
i. e. S. = im engeren Sinn  
i. F. d. = im Falle der

i. H. v. = in Höhe von  
i. R. d. = im Rahmen des  
i. S. d. = im Sinne des  
i. V. m. = in Verbindung mit  
IHK = Industrie- und Handelskammer  
insb. = insbesondere  
INSM = Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft  
max. = maximal  
mind. = mindestens  
o. Ä. = oder Ähnliches  
o. g. = oben genannten  
o. V. = ohne Verfasser  
öAT = Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht  
Rn. = Randnummer  
Rs. = Rechtssache  
S. = Satz  
s. o. u. Nr. = siehe oben unter Nummer  
SGB IX = Sozialgesetzbuch Neuntes Buch - Rehabilitation  
und Teilhabe behinderter Menschen  
sog. = so genannten  
TVöD = Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst  
u. A. = unter Anderem  
u. U. = unter Umständen  
VdK = Sozialverband VdK Deutschland e. V.  
vgl. = vergleiche  
VHU = Vereinigung der Hessischen Unternehmerverbände  
VKA = Vereinigung Kommunaler Arbeitgeber  
ZB = ZB Zeitschrift: Behinderung und Beruf  
ZBFS = Zentrum Bayern Familie und Soziales