

# **Benachteiligungsfreies Stellenbesetzungsverfahren**

## **Tipps für die Beteiligung und Einbindung der SBV**

Skript urheberrechtlich geschützt, nur für die Teilnehmer\*innen der Veranstaltung

Sozialverband VdK Baden-Württemberg e.V., Die SBV-Konferenz 2025

Heilbronn 09.07.2025

**Dr. Babette Tondorf, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht**

Die Beteiligung der SBV bei personellen  
Angelegenheiten schwerbehinderter  
Arbeitnehmer\*innen, insbesondere das  
Unterrichtungsrecht der SBV gemäß 178 Abs. 2 Satz 1  
SGB IX

## Urteil des EuGH 10.02.2022 in der Rechtssache C-485/20 HR Rail:

Ein Arbeitnehmer mit Behinderung – und zwar auch derjenige, der nach seiner **Einstellung eine Probezeit absolviert** - der für ungeeignet erklärt wird, die wesentlich Funktionen seiner bisherigen Stelle zu erfüllen, kann einen **Anspruch auf Verwendung an einem anderen Arbeitsplatz** haben, für den er die notwendige Kompetenz, Fähigkeit und Verfügbarkeit aufweist. Eine solche Maßnahme darf den Arbeitgeber jedoch nicht unverhältnismäßig belasten.

## Kommentiert von Düwell in: PersR 2022, Seite 40

- Ist bei fehlender Eignung für die bisherige Arbeit ein anderweitiger behinderungsgerechter Einsatz möglich, ohne dass der Arbeitgeber unzumutbar belastet wird, stellt sich eine dennoch ausgesprochene Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen nach § 164 Abs. 2 SGB IX i.V.m. § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) als verbotene diskriminierende Kündigung dar. Bei Menschen mit Behinderungen, die nicht schwerbehindert oder diesen gleichgestellt sind, ergibt sich die Unwirksamkeit aus dem allgemeinen Benachteiligungsverbot in § 7 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) i.V.m. § 134 BGB.

## **Darauf erneute BAG-Entscheidung zur Frage: Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 2 SGB IX auch in der Probezeit?**

- Laut BAG (Urteil vom 21. April 2016, 8 AZR 402/14): nein
- Laut LAG Köln vom 12.09.2024, 6 SLa 76/24: ja
- Laut BAG (Urteil vom 03.04.2025, 2 AZR 178/24,  
vorhergehend LAG Thüringen Urteil vom 04.06.2024, 1 Sa  
201/23) nein, Begründung des BAG noch nicht veröffentlicht

# SBV und Stellenbesetzungsverfahren – ein schwieriges und konfliktreiches Feld!

- **Vorrangige Arbeitgeberinteressen:** Beschleunigung, attraktives und effektives Verfahren der Personalgewinnung, keine komplizierten Prozesse, die / den beste / n Bewerber\*in gewinnen
- **Vorrangige SBV-Interessen:** Beschäftigungsquote anheben, Bewerbungschancen schwerbehinderter und gleichgestellter Beschäftigter stärken, Beteiligung und Einbindung der SBV von Anfang bis Ende des Verfahrens zur Verhinderung von Benachteiligungen wegen der Behinderung

**Die Benachteiligung wegen der Behinderung ist nicht nur im Beschäftigungsverhältnis, sondern auch im Bewerbungsverfahren unzulässig, vgl. § 2 Abs. 1 AGG:**

Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund sind nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf:

1. die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie für den beruflichen Aufstieg,
2. die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen, insbesondere in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen und Maßnahmen bei der Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses sowie beim beruflichen Aufstieg

# SBV und Stellenbesetzungsverfahren – Benachteiligungsverbot

Das AGG und das darin enthaltene Benachteiligungsverbot knüpft an das Diskriminierungsmerkmal **Behinderung** an, § § 1, 7 AGG.

Im SGB IX findet sich darüber hinaus ein Benachteiligungsverbot betreffend **schwerbehinderte Beschäftigte**, welches auf das AGG verweist:

§ 164 SGB IX: Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Einzelnen gelten hierzu die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

# Benachteiligung nach dem AGG wegen Verletzung SGB IX

Der objektive Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, kann die – vom Arbeitgeber widerlegbare – Vermutung im Sinne von § 22 AGG begründen, dass die Benachteiligung, die der schwerbehinderte Mensch erfahren hat, wegen der Schwerbehinderung erfolgte.

Dies gilt aber nur dann, wenn dem Arbeitgeber die Schwerbehinderung des Bewerbers/der Bewerberin bekannt war oder er diese kennen musste.

Andernfalls fehlt es an der (Mit-)Ursächlichkeit der (Schwer-)Behinderung für die benachteiligende Maßnahme (BAG, Urt. v. 26.11.2020 – 8 AZR 59/20).

- Jeder Arbeitgeber hat die Erledigung seiner Personalangelegenheiten so zu organisieren, dass die gesetzlichen Pflichten zur Förderung schwerbehinderter Bewerber erfüllt werden
- Das Bewerbungsverfahren hat er fair und diskriminierungsfrei auszugestalten. Die für ihn handelnden Personen, auch Auszubildende, sind ihrerseits gehalten, alle Pflichten zu erfüllen.
- Auf fehlerhafte Geschehensabläufe kann sich der Arbeitgeber zu seiner Entlastung daher ebenso wenig berufen wie auf unverschuldete Personalengpässe.
- Auch durchgeführte Schulungen oder „mustergültige“ Handreichungen kann er nicht ins Feld führen (so schon BAG, Urt. v. 22.8.2013 – 8 AZR 563/12)

# Benachteiligung nach dem AGG wegen Verletzung SGB IX

- Zu diesen Vorschriften gehört § 168 SGB IX, wonach die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts bedarf.
- Zu diesen Normen gehören zudem alle Normen, die im Kontext der Bewerbung schwerbehinderter Menschen relevant sind, §§ 164, § 165 SGB IX
- Zu diesen Vorschriften gehören somit natürlich auch die Normen, die die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung im Bewerbungsverfahren regeln: Unterlässt es der Arbeitgeber entgegen § 178 II I SGB IX, die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen, stellt dies ebenfalls ein Indiz einer Diskriminierung wegen der Behinderung nach § 22 AGG dar (BAG v. 26.1.2017 – 8 AZR 736/15).

- Die Pflichten selbstverständlich auch dann, wenn Arbeitgeber externe Dritte (zB Headhunter) für die Suche nach geeigneten Bewerbern einschaltet.
- D.h. werden diese Normen verletzt, löst dies ggf. (individualarbeitsrechtlich) **Entschädigungsansprüche der sich bewerbenden Person** aus, sofern diese den Verstoß darlegen und im Sinne des § 22 AGG „beweisen“ kann

## BAG Urteil vom 19.9.2024 – 8 AZR 21/24

- Das Verlangen eines erfolglosen Bewerbers auf Zahlung einer Entschädigung nach 15 Abs. 2 AGG kann dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ( § 242 BGB) ausgesetzt sein.
- Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, wenn sich aufgrund einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalls ergibt, dass der Bewerber sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm darum ging, **nur den formalen Status als Bewerber im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu erlangen** mit dem ausschließlichen Ziel, Ansprüche auf Entschädigung geltend machen zu können
- Das Missbrauchsverbot ist allerdings nicht relevant, wenn das fragliche Verhalten auch eine andere Erklärung haben kann als nur die Erlangung eines Vorteils (EuGH vom 28.7.2016 – C-423/15)

## BAG Urteil vom 19.9.2024 – 8 AZR 21/24

- In dem zugrundeliegenden Fall hatte der Kläger innerhalb 15 Monaten elf Klagen aufgrund einer behaupteten Benachteiligung wegen des Geschlechts durch den Kl. allein vor dem ArbG Berlin eingereicht
- Stets hatte er sich auf bei „eBay Kleinanzeigen“ ausgeschriebene Stellen als „Sekretärin“ beworben und im Nachgang Entschädigungsansprüche nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz geltend gemacht.
- Dabei hatte er jeweils im ersten Anschreiben an die Arbeitgeber einen inhaltsgleich vorformulierten Text verwendet.
- Mit dem dort enthaltenen Hinweis auf sein männliches Geschlecht wie u. a. der Unterzeichnung mit dem Zusatz „Herr ...“ und der Nachfrage, ob ausschließlich eine Frau gesucht werde, hatte er eine Absage geradezu provoziert.

# AGG Beweismaßstab – Bewerber\*in benötigt keine Auskunft von SBV oder BR/PR

## BAG Urteil vom 14. Juni 2023- 8 AZR 136/22:

- § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor.
- Wenn im Streitfall die eine Partei **Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen**, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat
- Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen

# AGG Beweismaßstab – Bewerber\*in benötigt keine Auskunft von SBV oder BR/PR

## BAG Urteil vom 14. Juni 2023- 8 AZR 136/22:

- Nach ständiger Rechtsprechung begründet der Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung. Diese Pflichtverletzungen sind nämlich grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein
- Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gilt allerdings das Beweismaß des **sog. Vollbeweises**. Der Arbeitgeber muss Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben

# AGG Beweismaßstab – Bewerber\*in benötigt keine Auskunft von SBV oder BR/PR

## BAG Urteil vom 14. Juni 2023- 8 AZR 136/22:

- An die Substantiierungslast der primär darlegungspflichtigen Partei dürfen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden.
- Die Partei ist nicht verpflichtet, den streitigen Lebenssachverhalt in allen Einzelheiten darzustellen
- Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen.
- Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind

# AGG Beweismaßstab – Bewerber\*in benötigt keine Auskunft von SBV oder BR/PR

## BAG Urteil vom 14. Juni 2023- 8 AZR 136/22:

- In der Rechtsprechung sowohl des Bundesarbeitsgerichts als auch des Bundesgerichtshofs ist zudem anerkannt, dass **eine Partei Tatsachen behaupten kann, über die sie mangels entsprechender Erkenntnisquellen oder Sachkunde kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann**, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich oder jedenfalls für möglich hält, dh. die sie nur vermutet.
- Die Grenze zum unzulässigen und damit unbeachtlichen Sachvortrag ist grundsätzlich erst erreicht, **wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt**. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen.

# AGG Beweismaßstab – Bewerber\*in benötigt keine Auskunft von SBV oder BR/PR

## BAG Urteil vom 14. Juni 2023- 8 AZR 136/22:

- Der Kläger durfte die Behauptung, die Beklagte habe den Betriebsrat nicht entsprechend § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterrichtet, auch in den Rechtsstreit einführen, **obwohl er dies nur vermutete.**
- Er durfte diese von ihm nur vermutete Tatsache behaupten, weil er mangels eigener Erkenntnisquellen keine sichere Kenntnis von einer fehlenden ordnungsgemäßen Unterrichtung des Betriebsrats hatte und auch nicht erlangen konnte
- Insoweit handelt es sich nämlich um tatsächliche Verhältnisse in der Sphäre der Beklagten, in die der Kläger keinen Einblick hatte und sich zumutbar auch keinen Einblick verschaffen konnte..

# AGG Beweismaßstab – Bewerber\*in benötigt keine Auskunft von SBV oder BR/PR

## BAG Urteil vom 14. Juni 2023- 8 AZR 136/22:

- Entgegen der Annahme der Beklagten war der Kläger nicht gehalten, den damaligen Betriebsratsvorsitzenden der Beklagten, dessen Name dem Kläger bekannt gewesen sei, zu kontaktieren und um Auskunft über eine etwaige Beteiligung des Betriebsrats nach § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX zu ersuchen.
- Insoweit ist es bereits **nicht erkennbar**, woraus sich eine **Verpflichtung des Betriebsrats ergeben sollte, externe Bewerber über derartige interne Vorgänge im Zusammenhang mit der Beteiligung des Betriebsrats zu informieren**.
- Den Kläger traf auch nicht die Obliegenheit, die Beklagte – ggf. gestützt auf § 242 BGB – auf Erteilung einer Auskunft über eine etwaige Unterrichtung des Betriebsrats nach § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX in Anspruch zu nehmen. Es ist schon zweifelhaft, ob ein solches Vorgehen dem Kläger angesichts des Fristenregimes aus § 15 Abs. 4 AGG und § 61b ArbGG zumutbar wäre.

# AGG Beweismaßstab – Bewerber\*in benötigt keine Auskunft von SBV oder BR/PR

BAG Urteil vom 14. Juni 2023- 8 AZR 136/22:

- Ein vorgeschaltetes Auskunftserteilungsverfahren würde jedenfalls dazu führen, dass dem Kläger die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung – hier die Richtlinie 2000/78/EG – verliehenen Rechte entgegen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union – wenn auch nicht praktisch unmöglich gemacht, so doch aber – übermäßig erschwert würde.
- Gleiches gilt, soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, der Kläger hätte – ungeachtet etwaiger Erfolgsaussichten – in jedem Fall einen Versuch unternehmen müssen, von dem Betriebsrat oder der Beklagten eine entsprechende Auskunft zu erlangen. Eine solche Anforderung würde eine bloße Förmerei darstellen.

## Aber unabhängig davon:

Die Rechte der SBV sind Bewerbungsverfahren durch den Gesetzgeber „**vergleichsweise konkret**“ ausgestaltet worden.

Im Gegensatz zum allgemeinen Unterrichtsrecht nach § 178 Abs. 2 SGB IX („Trias“) ist hier ein Einsichtsrecht die Bewerbungsunterlagen und ein Anwesenheitsrecht bei Vorstellungsgesprächen normiert worden (vgl. hierzu Fall Dr. Tondorf, kein Einsichtsrecht der SBV in Gesamtliste ArbG Hamburg, 9.11.2021 5 BV 13/21 und nachfolgend LAG Hamburg 22.04.2022 7 TaBV 8/21)

Daher sollte die SBV im Sinne der Inklusion und im Interesse ihrer gesetzlichen Aufgaben versuchen, von diesen Rechten auch kontinuierlich und selbstbewusst Gebrauch zu machen. **Der Einfluss der SBV soll hier groß sein!**

## Tipp für die SBV:

- Machen Sie in Bewerbungsverfahren – in allen Schritten - von Ihrem Recht auf stellvertretenden Einsatz (bei Verhinderung) oder auf Heranziehung der stellvertretenden Mitglieder zu bestimmten Aufgaben (ab 101, 201, 301) Gebrauch, damit dies zu bewältigen ist!
- Wählen Sie im Herbst 2026 genug Stellvertreter\*innen!

# Prüf- und Anhörungspflicht Besetzung freie Arbeitsplätze

- Der Arbeitgeber muss zunächst prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten oder ihnen gleichgestellten Menschen (insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten Menschen dieser Personengruppen) besetzt werden können; § 164 Abs. 1 Satz 1, § 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX.
- Die Arbeitgeber müssen sodann Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufnehmen, § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX. Sofern die Bundesagentur für Arbeit oder ein Integrationsfachdienst den Arbeitgebern geeignete schwerbehinderte Menschen vorschlägt, sind SBV und BR über diese Vorschläge unmittelbar nach Eingang zu unterrichten, § 164 Abs. 1 Sätze 3 und 4, § 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX.
- Bevor von der Arbeitsagentur ein qualifizierter Vermittlungsvorschlag unterbreitet wird oder eine Bewerbung mit Angabe der Auswirkungen einer Behinderung eingeht, kann nur abstrakt geprüft, ob diskriminierende Anforderungen aufgestellt werden (LPK-SGB IX/Franz Josef Düwell, 6. Aufl. 2022, SGB IX § 164 Rn. 107, beck-online)

# Prüf- und Anhörungspflicht Besetzung freie Arbeitsplätze

BAG Ur. v. 27.3.2025 – 8 AZR 123/24, BeckRS 2025, 12473:

- Arbeitgeber haben vor einer Stellenbesetzung nach § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen. Dies umfasst die Pflicht zur ausdrücklichen **Erteilung eines Vermittlungsauftrags** unter Berücksichtigung des von der Agentur für Arbeit vorgegebenen organisatorischen Ablaufs. Das **bloße Einstellen einer Suchanzeige auf dem Vermittlungsportal** der Bundesagentur für Arbeit (Jobbörse) ist nicht ausreichend
- Ein Verstoß gegen § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX kann die Vermutung einer Benachteiligung wegen Schwerbehinderung iSv. § 22 AGG begründen.
- Die Vermutung kann widerlegt sein, sofern der Arbeitgeber z.B. substantiiert vorträgt und ggf. beweist, dass das Auswahlverfahren bereits abgeschlossen war, bevor die Bewerbung der klagenden Partei bei ihm eingegangen ist.

## Tipp für die SBV:

- Überprüfen Sie, inwieweit der Arbeitgeber diesen Prüf- und Anhörungspflichten im Vorfeld der Stellenausschreibung nachkommt.
- Ggf. nachjustieren.
- Dieses Feld wird in aller Regel vernachlässigt.

# Unmittelbare Unterrichtung der SBV bei Eingang von Bewerbungen

- Auch im Falle des Eingangs von Bewerbungen von schwerbehinderten und gleichgestellten Menschen sind SBV und BR/PR unmittelbar nach deren Eingang hiervon zu unterrichten, § 164 Abs. 1 Sätze 3, 4 SGB IX, § 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX.
- Diese Unterrichtungspflicht gegenüber den Interessenvertretungen ist **zwingend und nicht abhängig von dem Willen des schwerbehinderten Bewerbers**, der die weitere Beteiligung der SBV in Form der Offenbarung seiner Bewerbungsunterlagen und in Form der Teilnahme der SBV an seinem Vorstellungsgespräch ablehnen kann ( § 164 Abs. 1 Satz 10 SGB IX, **ausdrückliche Ablehnung**)

- Diesbezüglich gehen die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen dem Persönlichkeitsrecht des schwerbehinderten Bewerbers vor.
- **Erinnere:** Die Verletzung auch dieser Unterrichtungspflicht kann als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Nach § 238 SGB IX Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 SGB IX kann ein Arbeitgeber mit bis zu 10.000,00 € Bußgeld belegt werden, wenn er die SBV entgegen § 164 Absatz 1 Satz 4 SGB IX von dem Eingang von Bewerbungen schwerbehinderter Bewerber nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig unterrichtet.

# Unmittelbare Unterrichtung der SBV bei Eingang von Bewerbungen

## Tipp 3 für die SBV:

- Überprüfen Sie, ob der Arbeitgeber die SBV tatsächlich unmittelbar von dem Eingang der Bewerbungen unterrichtet, ggf. führen Sie einmal eine Weile „Buch“.  
Für die sinnvolle Teilnahme der SBV ist ein angemessener zeitlicher Vorlauf unbedingt notwendig. Falls hier ungewünschte Verzögerungen an der Tagesordnung sind, klären Sie die Gründe und schaffen einen neuen, geeigneten Verfahrensablauf.
- Falls dies nicht durchsetzbar ist: Nutzen Sie die Möglichkeit der Klärung der Sach- und Rechtslage, ggf. mit anwaltlicher und gerichtlicher Unterstützung.

- Die Schwerbehindertenvertretung hat beim Vorliegen von Vermittlungsvorschlägen der Bundesagentur für Arbeit und beim Eingang von Bewerbungen schwerbehinderter Menschen das **Recht auf Einsicht in die entscheidungsrelevanten Teile der Bewerbungsunterlagen**, § 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX.
- Dieses Einsichtsrecht, welches der Gesetzgeber explizit zum Zwecke der Ermöglichung von Vergleichbarkeit der Bewerber seitens der SBV geschaffen hat, besteht nur dann nicht, wenn der schwerbehinderte Mensch die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausdrücklich ablehnt. Wie diese ausdrückliche Ablehnung zum Ausdruck kommen muss, ist im Einzelnen streitig.

- Die Schwerbehindertenvertretung hat beim Vorliegen von Vermittlungsvorschlägen der Bundesagentur für Arbeit und beim Eingang von Bewerbungen schwerbehinderter Menschen das **Recht auf Teilnahme an Bewerbungsgesprächen**, § 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX.
- Dieses Teilnahmerecht, welches der Gesetzgeber explizit zum Zwecke der Ermöglichung von Vergleichbarkeit der Bewerber seitens der SBV geschaffen hat, besteht nur dann nicht, wenn der schwerbehinderte Mensch die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausdrücklich ablehnt. Wie diese ausdrückliche Ablehnung zum Ausdruck kommen muss, ist im Einzelnen streitig.

- BAG, Urt. v. 21. 2. 2013 – 8 AZR 180/12
- **Während der Vorstellungsgespräche besteht kein Weisungsrecht des Arbeitgebers**, denn auch bei diesem Teil ihrer Tätigkeit sind die Mitglieder der SBV unabhängig.
- Sie besitzen gegenüber dem Arbeitgeber die gleiche persönliche Rechtsstellung wie die Mitglieder des BR/PR
- Deshalb hat das BAG es **nicht beanstandet**, dass eine SBV während des Vorstellungsgesprächs an einen Bewerber Fragen stellt.

- BAG, Urt. v. 21. 2. 2013 – 8 AZR 180/12

A propors:

- Ob die Frage gegenüber einem dem Arbeitgeber bekannt schwerbehinderten Bewerber nach dem Bedarf nach Hilfsmitteln ein Indiz für eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung sein kann, ist von der Würdigung der Umstände im Einzelfall abhängig.
- Ggf. zielt die Frage aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers nur – dies wäre zulässig - darauf ab, in Erfahrung zu bringen, wie der Arbeitsplatz im Falle einer positiven Entscheidung für den Bewerber einzurichten ist.

## Tipp für die SBV:

- Zeigen Sie sich flexibel und konstruktiv bei Terminabsprachen und Terminverschiebungen, diese sind nicht grundsätzlich verhinderbar.
- Ggf. Erhöhung der Stunden der Bürokräft fordern, damit dies organisatorisch leistbar ist
- In der Praxis bewähren sich Absprachen mit dem Arbeitgeber über die Prozesse, z.B. Anzahl von Alternativterminen.

## BAG Urt. v. 23.11.2023 – 8 AZR 164/22:

- Die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers zur Einladung sich bewerbender schwerbehinderter Menschen zu einem Vorstellungsgespräch nach § 165 S. 3 SGB IX ist nicht mit dem Anbieten eines einzigen Vorstellungstermins erfüllt, wenn der schwerbehinderte Mensch seine Verhinderung vor dem Termin unter Angabe eines hinreichend gewichtigen Grundes mitteilt und dem Arbeitgeber das Anbieten eines Ersatztermins zumutbar ist.
- Ob ein Ersatztermin angeboten werden muss, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls.

## Tipp für die SBV:

- Achten Sie nicht nur auf die arbeitgeberseitige Beachtung aller Beteiligungsrechte der SBV selbst, sondern auf die Rechte der Bewerber\*innen!

# Erörterungspflicht bei Absage, sofern Beschäftigungsquote nicht erfüllt ist

- Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht von wenigstens 5 % der Arbeitsplätze ( § 154 SGB IX) nicht – nur dann! - und sind entweder die SBV oder der BR mit der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden, muss der Arbeitgeber diese Entscheidung unter Darlegung der Gründe mit ihnen erörtern, § 164 Abs. 1 Satz 7 SGB IX.
- Dabei wird der betroffene schwerbehinderte Mensch angehört, § 164 Abs. 1 Satz 8 SGB IX.
- Alle Beteiligten, d.h. SBV, BR und Bewerber sind vom Arbeitgeber über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten, § 164 Abs. 1 Satz 10 SGB IX.

## Tipp für die SBV:

- Besorgen Sie sich regelmäßig die Daten über die Beschäftigungsquote des Arbeitgebers
- Falls diese nicht eingehalten wird, achten Sie auf das Erörterungsrecht
- Auch dieser Pflicht wird in der Praxis oft vernachlässigt, ist sogar weitgehend unbekannt
- Sie trifft den privaten und den öffentlichen Arbeitgeber!

Selbstverständlich müssen die Stellenausschreibungen und das gesamte Bewerbungsverfahren inkl. sämtlicher Fragestellungen diskriminierungsfrei, d.h. unter Beachtung der Benachteiligungsverbote des AGG, ausgestaltet sein.

## **Tipp für die SBV:**

Gehen Sie regelmäßig auf AGG-Schulungen, damit Sie beurteilen können, ob Benachteiligungen wegen der Behinderung vorliegen, diese sind nicht immer leicht zu erkennen.

## § 165 SGB IX: Einladungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers

- Die fehlende fachliche Eignung kann grundsätzlich auf sämtliche Voraussetzungen des Arbeitgebers an die zu besetzende Stelle gestützt werden, allen voran natürlich auf den Ausbildungs- bzw. Studienabschluss. Den Maßstab hierfür bilden die in der Stellenausschreibung geforderten Qualifikationsmerkmale.
- Daher ist darauf zu achten, dass alle Anforderungen an den gesuchten Arbeitnehmer in der Stellenausschreibung bereits genannt werden. Aus diesem Grund müssen auch schwerbehinderte Bewerber mit schlechteren Zeugnisnoten eingeladen werden, wenn in der Ausschreibung nicht eine bestimmte Note ausdrücklich als Mindestqualifikation gefordert worden ist.
- Insgesamt sind die Anforderungen an die offensichtliche fehlende Eignung nach der Rechtsprechung sehr hoch. „Offensichtlich“ fachlich nicht geeignet ist nur, wer unzweifelhaft nicht dem Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle entspricht.

## Tipp für die SBV:

- Prüfen Sie sehr genau, falls der Arbeitgeber von einer offensichtlichen Ungeeignetheit ausgeht und den schwerbehinderten Bewerber nicht einladen möchte.
- Achten Sie darauf, dass auch Auswahlinstrumente (z.B. eine Auswahlmatrix) diskriminierungsfrei gestaltet werden, z.B. sie dürfen die Anforderungen der Stellenausschreibung nicht hochschrauben bzw. hier einen anderen Maßstab setzen

# § 165 SGB IX: Einladungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers

## BAG, Urt. v. 17.12.2020 – 8 AZR 171/20:

- Der objektive Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen seine Verpflichtung aus § 82 S. 2 SGB IX aF bzw. § 165 S. 3 SGB IX nF, schwerbehinderte Bewerber/innen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, kann die Vermutung der Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung im Sinne von § 22 AGG nur dann begründen, **wenn dem Arbeitgeber die Schwerbehinderung des Bewerbers/der Bewerberin bekannt war oder er diese kennen musste.**
- Will ein Bewerber seine Schwerbehinderung bei der Behandlung seiner Bewerbung berücksichtigt wissen, muss er den (potenziellen) Arbeitgeber hierüber in Kenntnis setzen, soweit dieser nicht ausnahmsweise bereits über diese Information verfügt.

# § 165 SGB IX: Einladungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers

## BAG, Urt. v. 17.12.2020 – 8 AZR 171/20:

- Der Bewerber muss den Arbeitgeber zudem „rechtzeitig“ über die bestehende Schwerbehinderung informieren. Um rechtzeitig zu sein, muss die Information über die Schwerbehinderung **regelmäßig in der Bewerbung**, sofern eine Bewerbungsfrist gesetzt ist, **jedenfalls bis zum Ablauf dieser Frist gegeben werden.**
- Ausnahmsweise kann eine spätere Mitteilung der Schwerbehinderung ausreichend sein. Dies setzt aber voraus, dass es dem Arbeitgeber im Einzelfall unter Berücksichtigung seines Interesses an einer ordnungsgemäßen Durchführung des Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahrens und an einer zügigen Entscheidung über die Besetzung der Stelle(n) **noch zumutbar ist**, den zugunsten schwerbehinderter Menschen bestehenden Verfahrens- und/oder Förderpflichten nachzukommen.

# § 165 SGB IX: Einladungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers

## BAG Urt. v. 25.4.2024 – 8 AZR 143/23:

- Die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers nach § 165 S. 3 SGB IX, einen schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, **gilt auch bei internen Stellenbesetzungen.**
- Ein Bewerber, der seine Schwerbehinderung bei einer Bewerbung berücksichtigt wissen will, muss den Arbeitgeber hierüber in den Bewerbungsunterlagen in Kenntnis setzen, soweit dieser nicht ausnahmsweise bereits über diese Information verfügt. Ein Hinweis in den Bewerbungsunterlagen kann insbesondere bei **internen Bewerbungen** entbehrlich sein
- Auch bei einer internen Bewerbung kann es im Einzelfall erforderlich sein, in den Bewerbungsunterlagen auf eine bestehende Schwerbehinderung hinzuweisen, selbst wenn dem Arbeitgeber diese im Arbeitsverhältnis in einem anderen Zusammenhang bereits mitgeteilt worden ist. Das kann der Fall sein, wenn bei einem Arbeitgeber mit zahlreichen Arbeitnehmern das Bewerbungsverfahren dezentral von einer Stelle durchgeführt wird, die für den Bewerber erkennbar keine Kenntnis von der Schwerbehinderung hat

# § 165 SGB IX: Einladungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers

## BAG, Urt. v. 26.11.2020 – 8 AZR 59/20

- Entgegen der Rechtsauffassung der Bekl. ist eine Angabe des GdB – oder etwa die Vorlage einer Kopie der ersten Seite des Schwerbehindertenausweises – auch nicht aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlich.
- Die im SGB IX zugunsten schwerbehinderter Menschen getroffenen Bestimmungen haben zum Ziel, die Teilhabechancen dieser Menschen am Arbeitsleben zu verbessern. So sollen schwerbehinderte Bewerber/innen beispielsweise durch das in § 165 S. 3 SGB IX nF genannte Vorstellungsgespräch die Möglichkeit erhalten, ihre Chancen im Auswahlverfahren zu verbessern. Sie sollen die Chance haben, den Arbeitgeber von ihrer Eignung (im weitesten Sinne) zu überzeugen und damit einen nach den bisherigen Umständen gegebenenfalls bestehenden Vorsprung anderer Bewerber durch einen persönlichen Eindruck auszugleichen.)
- Darüber hinaus stellt das Vorstellungsgespräch auch ein geeignetes Mittel dar, um eventuelle Vorbehalte oder gar Vorurteile auszuräumen.

# § 165 SGB IX: Einladungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers

## BAG, Urt. v. 26.11.2020 – 8 AZR 59/20

- Die Erreichung dieser Ziele würde erschwert, wenn es für eine ausreichende Mitteilung der Schwerbehinderung auch erforderlich wäre, den GdB mitzuteilen. Insoweit stünde zu befürchten, dass insbesondere Menschen mit einem sehr hohen GdB, die im Arbeitsleben besonderen Vorbehalten ausgesetzt sein können, von vornherein davon absehen, ihre Schwerbehinderung mitzuteilen mit der Folge, dass die zu ihren Gunsten bestehenden Verfahrens- und/oder Förderpflichten des Arbeitgebers erst gar nicht ausgelöst würden.
- Sofern der Arbeitgeber im Einzelfall zugunsten schwerbehinderter Menschen getroffenen Verfahrens- und/oder Förderpflichten nachkommt, beispielsweise einen Bewerber zu dem in § 165 S. 3 SGB IX nF vorgesehenen Vorstellungsgespräch einlädt, **obgleich er hierzu nicht verpflichtet ist, weil der Bewerber tatsächlich nicht schwerbehindert ist, ist das nach dem Sinn und Zweck der zugunsten der schwerbehinderten Menschen getroffenen Bestimmungen hinzunehmen.**

## Abschluss-Tipps für die SBV:

- Profitieren Sie von Ihren Netzwerken und tauschen sich über die Best Practice aus.
- Geben Sie ihr eigenes Wissen großzügig weiter.
- Erinnern Sie andere und auch sich selbst immer wieder an das Gebot der engen Zusammenarbeit, auch wenn es noch so schwer sein sollte.
- Bleiben Sie stark!
- Beehren Sie mich bei Gelegenheit wieder mit Ihrer Aufmerksamkeit!

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht

Dr. Babette Tondorf

Lilienstraße 36 (Mönckeberg Haus)

20095 Hamburg

Tel: 040 32508814

[www.menschenundrechte.de](http://www.menschenundrechte.de)

[tondorf@menschenundrechte.de](mailto:tondorf@menschenundrechte.de)