

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Hans Joachim Spiegelhalter und Prof. Dr. Achim Schunder,
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

NZA 23/2007

10. Dezember · 24. Jahrgang 2007 · Seite 1321 – 1392

Aufsätze und Berichte

Von Rechtsanwalt Dr. Martin Diller, Stuttgart

AGG-Hopping durch Schwerbehinderte

„AGG-Hopper“ nennt man Personen, die sich nur zum Schein auf freie Stellen bewerben. Sie wollen die Stelle gar nicht, sondern spekulieren auf eine Absage unter diskriminierenden Umständen, um anschließend den Arbeitgeber mit einer Klage auf Entschädigung nach § 15 II AGG überziehen zu können. Der klassische Ansatzpunkt waren Bewerbungen auf Stellenanzeigen, die entgegen § 11 AGG unzulässige Beschränkungen auf bestimmte Altersgruppen oder Angehörige eines Geschlechts enthalten. Überraschenderweise hat sich der Schwerpunkt des AGG-Hoppings jedoch inzwischen verschoben. Die Mehrzahl der Hopper machen inzwischen Schwerbehinderte aus (Das zeigen die empirischen Daten aus dem „AGG-Archiv“, www.agg-hopper.de). Vorgehensweise und rechtliche Implikationen sind hier ganz anders.

I. Grundstruktur des AGG-Hopping

Nach § 15 II AGG kann ein diskriminierter Arbeitnehmer eine angemessene Geldentschädigung verlangen. Besteht die Diskriminierung in einer Nichteinstellung, beträgt die Entschädigung gem. § 15 II 2 AGG maximal drei Monatsgehälter, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Diese gesetzliche Regelung, die sich betreffend Diskriminierung wegen des Geschlechts und wegen Schwerbehinderung schon vorher in § 611 a II und III BGB bzw. § 81 II SGB IX gefunden hatte, hat seit jeher zu Missbrauch eingeladen. Sogenannte „AGG-Hopper“¹ bewerben sich nur zum Schein auf ausgeschriebene Stellen und spekulieren darauf, nach der erhofften Absage Ansatzpunkte für die Geltendmachung einer Entschädigung nach § 15 II AGG zu haben. Dabei hilft ihnen die Beweislastumkehr des § 22 AGG²: Es reicht aus, wenn der erfolglose Bewerber Indizien darlegt und beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Dann dreht sich die Beweislast um und der Arbeitgeber muss den Vollbeweis führen, dass er nicht diskriminiert hat. Das „klassische“ AGG-Hopping setzt bei Stellenanzeigen an, die entgegen § 11 AGG nur für ein Geschlecht oder nur für eine bestimmte Altersgruppe ausgeschrieben sind. Gehört der „Bewerber“ nicht zu dieser Gruppe, bewirbt sich also z. B. ein Mann auf eine Stelle als „Sekretärin“, eine Frau auf eine Stelle als „Verkaufsfahrer“ oder ein 50-jähriger auf eine Stelle

als „junger Vertriebsprofi“, ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG die Art der Stellenausschreibung ein ausreichendes Indiz für eine Diskriminierung³. Den Gegenbeweis kann der Arbeitgeber regelmäßig nicht führen, so dass er den Prozess verliert und eine Entschädigung zahlen muss. In den meisten Fällen kommt es aber gar nicht zu einem Prozess. Professionelle AGG-Hopper bieten immer sofort eine vergleichsweise außergerichtliche Regelung an. Darauf geht der Arbeitgeber häufig ein, weil angesichts der Beweislastregel des § 22 AGG seine Chancen schlecht stehen und er außerdem selbst bei erfolgreicher Verteidigung seine Anwaltskosten selber tragen müsste (§ 12 a ArbGG).

II. Hopping – Strategien von Schwerbehinderten

Schwerbehinderten AGG-Hoppern ist der Weg über Stellenanzeigen nicht möglich. Es gibt ja keine Stellenanzeigen, die sich ausdrücklich an „Nichtbehinderte“ richten. Deshalb gehen schwerbehinderte AGG-Hopper anders vor. Sie weisen in den Bewerbungsunterlagen auf ihre Schwerbehinderung ausdrücklich hin und spekulieren darauf, dass der Arbeitgeber im Bewerbungsverfahren Fehler macht, die von der Rechtsprechung als Indizien für eine Diskriminierungsabsicht gewertet werden können und nach § 22 AGG die Beweislast umdrehen. Diese „Masche“ funktioniert deshalb glänzend, weil der Gesetzgeber – von der betrieblichen Praxis fast unbemerkt – in den vergangenen Jahren die Pflichten der Arbeitgeber zur Förderung von Schwerbehinderten bei der Stellenbesetzung extrem ausgebaut hat. In der Praxis befolgt praktisch kein Arbeitgeber die gesetzlichen Vorgaben vollständig. Deshalb hat es ein schwerbehinderter AGG-Hopper leicht, dem Arbeitgeber Fehler bei der Behandlung seiner Bewerbung nachzuweisen. Welche Fehler dies sind und ob diese nach § 22 AGG die Beweislast umdrehen, ist

- 1 Ausf. dazu Ehrlich, BB 1996, 1007; Diller, BB 2006, 1968. Der Begriff geht zurück auf eine Entscheidung des ArbG Potsdam v. 13. 7. 2005 (NZA-RR 2005, 651), welches missbräuchliche Entschädigungskläger in Anlehnung an den alten § 611 a BGB als „611 a-Hopper“ bezeichnet hatte.
- 2 Der inhaltlich dem früheren § 611 a I 3 BGB bzw. § 81 II Nr. 1 S. 3 SGB IX entspricht.
- 3 BAG (5. 2. 2004), NZA 2004, 540 = NJW 2004, 2112 = BB 2004, 1396; LAG Düsseldorf (1. 2. 2002), NZA-RR 2002, 345; LAG Hamburg (11. 2. 1987), LAGE Nr. 3 zu § 611 a BGB.

ebenso Gegenstand der nachfolgenden Darstellung wie mögliche Verteidigungsstrategien des Arbeitgebers.

Vorab sei eine Anmerkung gestattet: Begrüßenswert ist das gesetzgeberische Anliegen, Schwerbehinderte in Arbeit und Lohn zu bekommen, und beklagenswert ist die geringe Bereitschaft vieler privater und öffentlicher Arbeitgeber, sich für die Integration von Schwerbehinderten zu engagieren. Viele ignorieren die gesetzlichen Pflichtquoten⁴ und zahlen lieber die Ausgleichsabgabe⁵. Es ist nicht zu rechtfertigen, wenn Arbeitgeber gedankenlos Bewerbungen von Schwerbehinderten vorab aussortieren, obwohl die Behinderung für den betreffenden Arbeitsplatz häufig keinerlei Einschränkung bedeutet. Verständlich ist deshalb, wenn ein ernsthafter schwerbehinderter Stellenbewerber nach einer Absage verbittert Ansprüche wegen Diskriminierung geltend macht. Es geht deshalb nachfolgend nicht darum, auf Diskriminierungsentschädigung klagende Schwerbehinderte pauschal in eine Missbrauchsecke zu stellen. Nicht tolerabel ist aber, dass es mittlerweile einen harten Kern professioneller schwerbehinderter AGG-Hopper gibt, die sich aus gesicherten Arbeitsplätzen heraus flächendeckend bundesweit auf Stellen bewerben, die sie nie antreten wollen, nur um arglosen oder unvorsichtigen Arbeitgebern insbesondere der öffentlichen Hand unter Berufung auf Formfehler das Geld aus der Tasche zu ziehen. Wenn die Rechtsprechung des BAG einen Anspruch auf Diskriminierungsentschädigung nur demjenigen zuspricht, der sich subjektiv und objektiv ernsthaft beworben hat⁶, dann begeht derjenige einen nach § 263 StGB strafbaren Betrug, der sich nur zum Schein bewirbt, in Wahrheit die Stelle aber gar nicht will. AGG-Hopping ist Serienbetrug, und auch behinderte Betrüger sind Betrüger. Und nicht zuletzt ist es wie immer der Missbrauch, der das legitime Anliegen diskreditiert: Wer als Schwerbehinderter AGG-Hopping betreibt, macht denjenigen Schwerbehinderten die Durchsetzung ihrer Ansprüche schwieriger, die sich ernsthaft beworben hatten und tatsächlich diskriminiert wurden.

III. Pflichten des Arbeitgebers bei Stellenausschreibung und Stellenbesetzung gegenüber Schwerbehinderten

Der Gesetzgeber hat die Pflichten der Arbeitgeber im Hinblick auf die Berücksichtigung von Schwerbehinderten bei Stellenausschreibungen und im Bewerbungsverfahren in den letzten Jahren immer weiter ausgebaut. Die Regelungen sind nach Erfahrungen des Autors in den meisten – auch großen – Unternehmen weitgehend unbekannt, oder werden nicht konsequent umgesetzt. Überdies ist gesetzliche Regelung unklar und widersprüchlich. Im Einzelnen:

1. Nach § 81 I 1 und 2 SGB IX muss der Arbeitgeber bei Freiwerden oder Neuschaffung von Arbeitsplätzen „prüfen, ob (diese) mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden können“. Dazu muss der Arbeitgeber „frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit“ aufnehmen. Diese Normen enthalten zwei verschiedene Pflichten:

a) Zum einen muss der Arbeitgeber intern prüfen, ob für die freie Stelle ein Schwerbehinderter in Betracht kommt. Dabei geht es nicht um die Prüfung, ob eine konkrete schwerbehinderte Person in Betracht kommt. Vielmehr geht es um die abstrakte Prüfung, ob der Arbeitsplatz „an sich“ für Schwerbehinderte geeignet ist. Diese Prüfung wird praktisch immer positiv ausfallen, denn es wird kaum einen Arbeitsplatz geben, der so umfassende körperliche Anforderungen stellt, dass er von keinem einzigen Schwerbehinderten ungeachtet der individuellen gesundheitlichen Einschränkung eingenommen wer-

den könnte. So kann man sich ohne Weiteres einen Piloten mit einer leichten Gehbehinderung vorstellen und es gab schon einen Bundesligafußballer, der auf einem Auge blind war⁷.

§ 81 I 1 SGB IX wird – etwas versteckt – flankiert von Satz 6: „Bei der Prüfung nach Satz 1 beteiligen die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und hören den Betriebsrat/Personalrat an“⁸. Konkret bedeutet das, dass der Arbeitgeber bei jeder freien Stelle, egal ob freiwerdend oder neu geschaffen, Schwerbehindertenvertretung und Betriebsrat/Personalrat dazu befragen muss, ob nach deren Auffassung die Stelle für einen Behinderten in Betracht kommt. Während Betriebsrat/Personalrat nur „anzuhören“ sind, was sich auf Unterrichtung und Entgegennahme einer eventuellen Stellungnahme beschränkt, ist die „Beteiligung“ der Schwerbehindertenvertretung weitergehend, wie sich aus der Verweisung auf § 95 II 1 SGB IX ergibt. Danach setzt die „Beteiligung“ die unverzügliche und umfassende Unterrichtung und Anhörung voraus, zusätzlich noch die Begründung der getroffenen Entscheidung.

b) Ergibt die Prüfung – wie im Regelfall –, dass der Arbeitsplatz „an sich“ mit geeigneten Schwerbehinderten besetzt werden kann, verpflichtet § 81 I 1 SGB IX den Arbeitgeber im zweiten Schritt zur Prüfung, ob der Arbeitsplatz mit „bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten“ Schwerbehinderten besetzt werden kann. Das setzt denklingsich voraus, dass der Arbeitgeber den freien Arbeitsplatz der Agentur für Arbeit überhaupt erst einmal *meldet*. De facto verlangt also § 81 I 1 SGB IX vom Arbeitgeber genau das, was das gesamte SGB III von ihm nicht fordert⁹, nämlich jeden freien Arbeitsplatz der Agentur für Arbeit zu melden. Anders gesprochen: Die vielen Arbeitgeber, die freie Stellen nicht der Agentur für Arbeit melden, sondern sie über den freien Arbeitsmarkt oder über professionelle Arbeitsvermittler zu besetzen versuchen, verstoßen gegen § 81 I 1 SGB IX. Aber damit noch nicht genug: Die Pflicht nach § 81 I 1 SGB IX erfüllt der Arbeitgeber nicht schon dadurch, dass er abstrakt die freie Stelle meldet (vgl. § 2 III Nr. 1 SGB III). Vielmehr obliegt dem Arbeitgeber selbst – nicht der Agentur für Arbeit! – die Prüfung, ob ein bei der Agentur gemeldeter Schwerbehinderter für die Stelle in Betracht kommt. Diese Prüfung setzt wohl voraus, dass der Arbeitgeber nicht nur die Stelle der Agentur meldet, sondern zugleich ausdrücklich anfragt, ob diese einen arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen führt, der für die Stelle geeignet ist.

2. Nach § 81 I 4 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebs- oder Personalrat¹⁰ über *eingehende Bewerbungen* von Schwerbehinderten „unmittelbar nach deren Eingang zu unterrichten“, ebenso über *Vermittlungsvorschläge* der Agentur für Arbeit. Die unverzügliche Information nach § 81 I 4 SGB IX soll der Schwerbehindertenvertretung ermöglichen, ihre Rechte aus § 95 II 3 SGB IX wahrzunehmen, also die Bewerbungsunterlagen einzusehen und an Vorstellungsgesprächen (auch nichtbehinderter Bewerber) teilzunehmen. Wird dagegen die Schwerbehindertenvertretung erst nach einer Vorauswahl informiert,

4 §§ 71 ff. SGB IX.

5 § 77 SGB IX.

6 BAG (12. 11. 1998), NZA 1998, 371.

7 Wilfried Hannes spielte von 1975 bis 1986 308 Pflichtspiele für Borussia Mönchengladbach und erzielte dabei – als Abwehrspieler! – 71 Tore. Er kam auf acht Länderspiele.

8 § 81 I 1 i. V. mit § 93 SGB IX.

9 Nach § 2 III Nr. 1 SGB III ist die Meldung freier Arbeitsplätze an die Agenturen für Arbeit lediglich eine Sollvorschrift! Eine *Meldepflicht* trifft nur Unternehmen der öffentlichen Hand nach § 82 I SGB IX.

10 § 81 I 4 i. V. m. § 93 SGB IX.

gehen ihre Rechte aus § 95 II 3 SGB IX ins Leere¹¹. Auch gegen § 81 I 4 SGB IX wird in der Praxis ständig verstoßen. Der übliche Weg ist, die Bewerbung eines Schwerbehinderten gerade nicht sofort an Schwerbehindertenvertretung und Betriebsrat/Personalrat weiterzuleiten, sondern erst einmal alle eingehenden Bewerbungen zu sichten und eine Vorauswahl zu treffen.

3. Erfüllt der Arbeitgeber die Schwerbehindertenquote nicht und sind Schwerbehindertenvertretung oder Betriebsrat/Personalrat mit einer beabsichtigten Einstellungsentscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden ist diese unter Darlegung der Gründe mit ihnen zu „erörtern“ (§ 81 I Nr. 7 SGB IX). In diesem Fall gehen die Pflichten des Arbeitgebers noch über den allgemeinen Pflichtenkatalog aus Satz 1 bis 6 hinaus. Er muss nicht nur anhören (Betriebsrat) und die Entscheidung mitteilen (Schwerbehindertenvertretung), sondern er muss die Gründe mit der widersprechenden Vertretung erörtern. Das wird im Regelfall mündlich oder telefonisch erfolgen müssen. Zusätzlich verlangt § 81 I 8 SGB IX, dass „dabei“ der betroffene Schwerbehinderte angehört wird. Wie das zusammenpassen soll, ist nicht recht klar. Gemeint sein kann wohl nicht, dass der Schwerbehinderte zu der Erörterung zwischen Arbeitgeber und Schwerbehindertenvertretung bzw. Betriebsrat/Personalrat hinzugezogen wird. Vielmehr ist „dabei“ wohl so zu verstehen, dass dem betroffenen Schwerbehinderten vom Arbeitgeber die Gründe für die geplante Nichtberücksichtigung mitgeteilt werden und er Gelegenheit zur Stellungnahme erhält. Man mache sich klar, was der Gesetzgeber hier vom Arbeitgeber fordert: Er soll verpflichtet sein, einem schwerbehinderten Bewerber, den er nicht berücksichtigen will, nicht nur die Gründe für die Ablehnung der Bewerbung mitzuteilen, sondern ihn auch anzuhören, d. h. um seine Stellungnahme dazu zu bitten! Der Autor hat noch nie erlebt, dass das in der Praxis geschehen wäre, zumal sich die Pflicht des Arbeitgebers noch nicht einmal auf eingegangene Bewerbungen beschränkt, sondern auch auf Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit erstreckt.

4. Nach § 81 I 9 SGB IX sind „alle Beteiligten vom Arbeitgeber über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten“. Diese Regelung wird mitunter so verstanden, als gelte sie bei jeder Bewerbung eines Schwerbehinderten¹². Das ist unrichtig. Bei richtigem Verständnis des – gesetzestechnisch verunglückten – § 81 I SGB IX gilt die Unterrichtungspflicht des Satz 9 lediglich in Konstellationen nach Satz 7, gilt also nur, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenquote unterschreitet und Schwerbehindertenvertretung oder Betriebsrat/Personalrat mit der Ablehnung der Bewerbung des Schwerbehinderten nicht einverstanden sind (s. o. unter 3.)¹³. Die Sätze 7 bis 9 stehen in einem untrennbaren Zusammenhang und sind so zu lesen, als stünden sie in einem getrennten Absatz. Jede andere Interpretation würde zu unsinnigen Ergebnissen führen¹⁴.

5. Öffentliche Arbeitgeber¹⁵ müssen Schwerbehinderte, die sich beworben haben oder von der Bundesagentur für Arbeit vorgeschlagen wurden, stets zu einem Vorstellungsgespräch einladen. Eine Einladung ist nur entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt (§ 82 S. 2 und 3 SGB IX). Private Arbeitgeber dagegen trifft keine Pflicht zur Einladung von schwerbehinderten Bewerbern zu einem Vorstellungsgespräch.

IV. Verstoß gegen Arbeitgeberpflichten als „Benachteiligung“

In der Literatur ist teilweise die Auffassung vertreten worden, bereits der Verstoß des Arbeitgebers gegen seine beson-

deren Pflichten bei Stellenausschreibung und -besetzung gem. § 81 I SGB IX stelle eine „Benachteiligung“ i. S. von §§ 3, 7 AGG dar und löse deshalb bereits den Entschädigungsanspruch des Bewerbers nach § 15 II AGG aus¹⁶. Das ist unrichtig. Die in § 81 I SGB IX statuierten Pflichten sind Förderpflichten. Sie dienen nicht dem Schutz Schwerbehinderter vor Diskriminierung, sondern bezwecken ihre Bevorzugung. Eine Nichtbevorzugung ist keine Diskriminierung. Richtigerweise kann deshalb ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die Förderpflichten des § 81 I SGB IX allenfalls als Indiztatsache i. S. des § 22 AGG gewertet werden. Eine Ausnahme gilt nur für die Pflicht der öffentlichen Arbeitgeber aus § 82 S. 2 SGB IX, jeden schwerbehinderten Bewerber zum Vorstellungsgespräch einzuladen, wenn er nicht offensichtlich ungeeignet ist. Anknüpfungspunkt bei der Einstellungsdiskriminierung ist nach gefestigter Rechtsprechung des BAG nicht die Tatsache, dass der Bewerber die Stelle nicht bekommen hat, sondern vielmehr die Tatsache, dass er aus dem Auswahlverfahren herausgenommen wurde, also nicht in die engere Auswahl kam¹⁷. Da die Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch nichts anderes ist als der Ausschluss aus dem Bewerbungsverfahren, fällt bei dieser Förderpflicht die Indiztatsache nach § 22 AGG mit der eigentlichen Benachteiligung i. S. von § 3 I AGG zusammen¹⁸.

V. Verstoß gegen die Arbeitgeberpflichten nach § 81 I SGB IX als Indiz für Benachteiligung?

1. In der Rechtsprechung ist die Tendenz verbreitet, die Nichtbefolgung der Arbeitgeberpflichten aus §§ 81, 82 SGB IX als Indiz (§ 22 AGG) für eine Benachteiligung Schwerbehinderter zu werten. Bejaht worden ist dies insbesondere für:

- keine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei der Prüfung nach § 81 I 1 und 6 SGB IX, ob der Arbeitsplatz für Schwerbehinderte geeignet ist¹⁹
- unterlassene unverzügliche Weiterleitung eingehender Bewerbungen von Schwerbehinderten an die Schwerbehindertenvertretung²⁰
- Nichteinschaltung der Agentur für Arbeit nach § 81 I 1 und § 82 Satz 1 SGB IX²¹
- Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch durch den öffentlichen Arbeitgeber entgegen § 82 Satz 2 SGB IX²²

Offen gelassen hat das BAG, ob der Verstoß gegen die Förderpflichten aus einer Integrationsvereinbarung nach § 83 SGB IX Indizwirkung hat²³.

11 *Düwell*, BB 2006, 1741 (1743).

12 So offensichtlich *LAG Hessen* (7. 11. 2005), NZA-RR 2006, 312.

13 So auch *BAG* (15. 2. 2005), NZA 2005, 870 (unter B-IV 1b bb [2] a. E.).

14 Das gilt insbesondere für die Pflicht des Arbeitgebers, Schwerbehindertenvertretung und Betriebsrat/Personalrat vor einer beabsichtigten Ablehnung der Bewerbung des Schwerbehinderten unter Darlegung der Gründe anzuhören. Wenn diese Gremien gegen die beabsichtigte Entscheidung keine Einwendungen haben, macht es keinen Sinn, sie über die getroffene Entscheidung noch einmal unter Darlegung der Gründe zu unterrichten.

15 § 71 III SGB IX.

16 *Z. B. Großmann*, BehindertenR, 2003, 167 und 170; dezidiert dagegen *v. Medem*, NZA 2007, 545 (547).

17 *BAG* (5. 2. 2004), NZA 2004, 540; *EuGH* (22. 4. 1997), NZA 1997, 645 = NJW 1997, 1839 – *Draehmpaehl*.

18 Dies erklärt die insoweit verwirrenden Formulierungen in der Entscheidung des *BAG* (12. 9. 2006), NZA 2007, 507; das verkennt *v. Medem* in seiner Bespr. NZA 2007, 547.

19 *BAG* (15. 2. 2005), NZA 2005, 870; zust. *Düwell*, BB 2006, 1741 (1743).

20 *BAG*, NZA 2005, 870; zust. *Düwell*, BB 2006, 1741 (1743).

21 *BAG*, NZA 2007, 507; *Düwell*, BB 2006, 1741 (1743).

22 *BAG*, NZA 2007, 507; *LAG Schleswig-Holstein*, AuR 2006, 245; *ArbG Berlin*, Urt. v. 10. 10. 2003 – 91 Ca 17 871/03, LAGE 1 zu § 82 SGB IX; offen gelassen noch in *BAG*, NZA 2007, 507; *Düwell*, BB 2006, 1741 (1743).

23 *BAG*, NZA 2005, 870.

Diese – sämtlich noch zum alten Diskriminierungsverbot des § 81 II SGB IX ergangene – Rechtsprechung leuchtet nicht ein. Die §§ 81, 82 SGB IX dienen nicht dazu, die Benachteiligung von Behinderten zu unterbinden. Sie haben die gegenteilige Stoßrichtung, nämlich Behinderte bei der Stellensuche gegenüber Nichtbehinderten zu privilegieren (besonders deutlich bei der Pflicht zur Einladung zum Vorstellungsgespräch). Dass ein Arbeitgeber sich – gewollt oder ungewollt – an dieser Privilegierung nicht beteiligt und alle Bewerber gleich behandelt, kann nach gesundem Menschenverstand nicht einfach einer Benachteiligungsabsicht gleichgesetzt werden. Plastisch ausgedrückt: Etwas nicht aktiv zu fördern, heißt noch lange nicht, es schlecht zu finden. Schließlich gibt es – aus gutem Grund – nach wie vor kein gesetzliches Gebot an die Arbeitgeber, bei gleicher Eignung bevorzugt Schwerbehinderte einzustellen²⁴. Tatsächlich entsteht mitunter der Eindruck, die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte diene vorrangig dem Zweck, die Einhaltung der §§ 81 I, 82 SGB IX zu sanktionieren. Eine solche Zielrichtung wäre aber contra legem. Denn der Gesetzgeber hat sich bewusst dagegen entschieden, Verstöße gegen die §§ 81 I, 82 SGB IX flächendeckend als Ordnungswidrigkeiten einzustufen. Vielmehr sind Bußgelder in § 156 I Nrn. 7²⁵ und 8 SGB IX nur für ganz spezifische Verstöße vorgesehen (z.B. nicht für die Verletzung der Pflicht aus § 82 zur Einladung zum Vorstellungsgespräch!). Die Arbeitsgerichte sollten nicht über den Umweg der §§ 22, 15 II AGG mehr erreichen wollen als der Gesetzgeber. Richtigerweise kann deshalb Verstößen gegen §§ 81, 82 SGB IX entgegen der Rechtsprechung keine Indizwirkung nach § 22 AGG zugesprochen werden.

2. Folgt man dagegen der Rechtsprechung und sieht in der Verletzung der Förderpflichten nach §§ 81, 82 SGB IX ein Indiz für Diskriminierung nach § 22 AGG, stellt sich ein weiteres Problem: Sehen sich Arbeitgeber mit dem Vorwurf konfrontiert, sie hätten die Förderpflichten nach §§ 81, 82 SGB IX verletzt, wenden sie häufig fehlendes Verschulden ein. Typische Einwendungen sind beispielsweise, der Hinweis auf die Schwerbehinderung in den Bewerbungsunterlagen sei übersehen worden, eine nicht ausreichend geschulte Urlaubsvertretung habe den Verfahrensverstöß begangen²⁵ oder die Sachbearbeiter hätten die Reichweite der §§ 81, 82 SGB IX verkannt²⁶. Unklar ist, ob solche Einwendungen geeignet sind, die Indizwirkung nach § 22 AGG zu zerstören, oder ob der Arbeitgeber allenfalls im Rahmen des ihm nach § 22 AGG obliegenden Vollbeweises darauf verweisen kann, wie die Indiztatsache zu Stande gekommen ist. Die Rechtsprechung hat sich mit diesem Problem noch nicht näher beschäftigt. Allerdings erwecken die Entscheidungen vom 15. 2. 2005 und 12. 9. 2006²⁷ den Eindruck, dass das BAG die Indizwirkung des § 22 AGG unabhängig davon annimmt, ob der Verstoß gegen die §§ 81, 82 SGB IX verschuldet oder unverschuldet erfolgt ist²⁸. Insoweit scheint das BAG einer subjektiven Sichtweise aus Sicht des Betroffenen zuzuneigen: Erweckt eine bestimmte Verhaltensweise des Arbeitgebers aus Sicht des Betroffenen nach allgemeiner Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Diskriminierung, soll das für die Beweislastumkehr nach § 22 AGG ausreichen²⁹. Bei dieser Sichtweise hat der Arbeitgeber nicht die Möglichkeit, einer Indiztatsache ihre Indizwirkung dadurch wieder zu nehmen, dass er aus Sicht des Betroffenen nicht erkennbare besondere Umstände des Einzelfalls vorträgt (insbesondere fehlendes Verschulden), aus denen hervorgeht, dass der Verfahrensfehler nichts mit Diskriminierungsabsicht zu tun hatte. Statt dessen ist der Arbeitgeber nach Auffassung der Rechtsprechung gezwungen, auf der Basis der Beweislastumkehr des § 22 AGG den

Vollbeweis dafür zu führen, dass er nicht aus einem nach § 1 AGG verpönten Motiv heraus gehandelt hat.

Die Sichtweise des BAG überzeugt nicht³⁰. Richtigerweise müssen Einwendungen des Arbeitgebers gegen die Indizwirkung eines bestimmten Umstands bereits bei der Prüfung berücksichtigt werden, ob der Umstand Indizwirkung i. S. des § 22 AGG hat. Die Beweislastumkehr des § 22 AGG soll dem Arbeitnehmer lediglich die Last abnehmen, den – regelmäßig unmöglichen – Beweis für die innere Motivation des Arbeitgebers führen zu müssen. Sie soll aber nicht dazu dienen, den Arbeitgeber schon dann in Beweisnot zu bringen, wenn er darlegen und beweisen kann, dass ein bestimmtes Indizverhalten tatsächlich keine Indizwirkung hat³¹. Richtigerweise entfällt deshalb die Indizwirkung von Verstößen nach §§ 81, 82 SGB IX, wenn der Arbeitgeber darlegt und beweist, dass der Verfahrensverstöß mit einer Diskriminierungsabsicht zu tun hatte, insbesondere unverschuldet war.

VI. Darlegungs- und Beweislast im Prozess

Wie oben ausgeführt, muss nach der Rechtsprechung der schwerbehinderte AGG-Hopper im Prozess Verstöße des Arbeitgebers gegen die Verfahrensvorschriften nach §§ 81, 82 SGB IX darlegen, um die Indizwirkung nach § 22 AGG zu begründen. Im Regelfall kann aber ein außen stehender Bewerber nichts darüber wissen, ob und was der Arbeitgeber gegenüber Agentur für Arbeit, Betriebsrat und Schwerbehindertenvertretung gem. § 81 I 1 bis 6 getan oder nicht getan hat. Soweit keine Erörterung der Bewerbung mit dem Bewerber nach Satz 7 stattgefunden hat und ihm nicht nach Satz 9 die Ablehnungsgründe dargelegt wurden, weiß der Bewerber auch nicht, ob die Voraussetzungen der Sätze 7 bis 9 (Nichterfüllung der Pflichtquote sowie Widerspruch von Betriebsrat/Personalrat oder Schwerbehindertenvertretung) vorliegen. In der Praxis gehen AGG-Hopper mit zwei verschiedenen Strategien vor. Eine Strategie ist der Anruf bei Betriebsrat/Personalrat oder Schwerbehindertenvertretung. Man ruft einfach beim Unternehmen an, bittet die Telefonzentrale, zu diesen Stellen durchgestellt zu werden, und fragt dann konkret nach der Behandlung der „Bewerbung“. In der Praxis sind Betriebsrat/Personalrat und Schwerbehindertenvertretung mitunter recht auskunftsfreudig. Die andere Variante ist, im Prozess einfach „ins Blaue hinein“ zu behaupten, der Arbeitgeber habe gegen einzelne Pflichten aus § 81 I SGB IX verstoßen, z. B. die Arbeitsagentur bei der Prüfung der Eignung der Stelle für Schwerbehinderte nicht eingeschaltet oder die Bewerbung nicht unverzüglich an Schwerbehindertenvertretung und Betriebsrat/Personalrat weitergeleitet. Zwar ist nach allgemeinen prozessualen Regeln ein Vortrag „ins Blaue hinein“ unzulässig und vom Gericht zu ignorieren. Das Problem ist allerdings, dass das ArbG nicht erkennen kann, wann ein Vortrag auf der Basis (vermeintlicher)

24 Der in Stellenanzeigen öffentlicher Arbeitgeber manchmal zu lesende Zusatz „bei gleicher Eignung werden Schwerbehinderte bevorzugt eingestellt“, ist Ausdruck einer freiwilligen Einstellungspolitik oder basiert auf freiwillig geschlossenen Dienstvereinbarungen. Vgl. für Schleswig-Holstein <http://shvv.juris.de/shvv/vvsh-2036.29-001.htm>.

25 BAG, NZA 2007, 507.

26 Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rdnr. 652.

27 BAG, NZA 2005, 870; BAG, NZA 2007, 507.

28 Soweit in dem Urte. des BAG v. 12. 9. 2006 unter Rdnr. 22 darauf hingewiesen wird, auf Verschulden komme es bei den Entschädigungsansprüchen wegen Diskriminierung nicht an, liegt dem offensichtlich ein Denkfehler zu Grunde: Das (fehlende) Verschuldenserfordernis hinsichtlich der Diskriminierung selbst hat nichts mit der Frage zu tun, ob eine Indiztatsache nach § 22 AGG verschuldet sein muss oder nicht.

29 So die Herangehensweise v. BAG (5. 2. 2004), NZA 2004, 540.

30 Zutr. Thüsing (o. Fußn. 25), Rdnr. 652.

31 Zutr. Thüsing (o. Fußn. 25), Rdnr. 652.

Überzeugung erfolgt und wann „ins Blaue hinein“. Deshalb wird das Gericht im Regelfall der Entschädigungsklage stattgeben, wenn der Arbeitnehmer „ins Blaue hinein“ Verstöße gegen § 81 I SGB IX vorträgt und der Arbeitgeber nicht oder nicht ausreichend zur Einhaltung seiner Pflichten aus diesen Vorschriften vorträgt. Der Arbeitgeber wird kaum mit dem Argument durchkommen, der klägerische Vortrag sei ins Blaue hinein erfolgt, deshalb werde sich der Arbeitgeber dazu nicht einlassen³².

Liegen nach Auffassung des *ArbG* ausreichende Indizien für eine Benachteiligung vor, dreht sich nach § 22 AGG die Beweislast um. Man wird den Gegenbeweis als geführt ansehen müssen, wenn der Arbeitgeber die gesetzliche Schwerbehindertenquote erfüllt oder gar überschreitet. Denn wenn die Rechtsprechung aus dem Verstoß gegen die individualisierten Förderungspflichten aus §§ 81, 82 SGB IX auf Diskriminierungsabsicht schließt, muss sie wenigstens umgekehrt aus der Erfüllung der Pflichtquoten auf eine allgemeine Nichtdiskriminierungsabsicht schließen. Ansonsten bleibt dem Arbeitgeber als letzter Rettungsanker meist nur der Einwand des Rechtsmissbrauchs. Kann er ausreichende Indizien dafür darlegen, dass der Schwerbehinderte sich nicht ernsthaft beworben hat, ist die Klage abzuweisen³³. Indizien für die Rechtsmissbräuchlichkeit können sein eine große Zahl ähnlicher anhängiger Diskriminierungsklagen oder Bewerbungen auf erheblich schlechter dotierte oder weit entfernte Stellen etc³⁴. Gerade bei Schwerbehinderten, die sich aus einer nach §§ 85 ff. SGB IX geschützten Beschäftigung heraus bewerben, sind angesichts des erst nach sechs Monaten greifenden besonderen Kündigungsschutzes (§ 90 I Nr. 1 SGB IX) jedenfalls dann Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Bewerbung angezeigt, wenn die neue Stelle keinen beruflichen oder finanziellen Fortschritt bringen würde.

VII. Zusammenfassung

1. § 81 I 1 bis 9 sowie § 82 II SGB IX begründen umfangreiche Pflichten der privaten und öffentlichen Arbeitgeber bei der Bearbeitung von Bewerbungen Schwerbehinderter, aber auch schon im Vorfeld des Bewerbungsverfahrens. Dazu gehört die zusammen mit Arbeitsagentur und Schwerbehindertenvertretung vorzunehmende Prüfung, ob eine auszuscheidende Stelle für Schwerbehinderte geeignet ist, die sofortige Weiterleitung von Vermittlungsvorschlägen der Arbeitsagentur und

von Bewerbungen Schwerbehinderter an Betriebsrat/Personalrat und Schwerbehindertenvertretung sowie (für öffentliche Arbeitgeber) die Pflicht zur Einladung zu einem Vorstellungsgespräch. Unterschreitet das Unternehmen die Pflichtquote und sind Betriebsrat/Personalrat bzw. Schwerbehindertenvertretung mit der Behandlung einer Bewerbung nicht einverstanden, verschärfen sich die Handlungspflichten des Arbeitgebers noch. In der Praxis ist zu beobachten, dass nur die wenigsten Arbeitgeber ihre Pflichten aus §§ 81, 82 SGB IX stets in vollem Umfang erfüllen.

2. Nach der Rechtsprechung begründen Verstöße des Arbeitgebers gegen die Förder- und Verfahrensvorschriften der §§ 81 I und 82 SGB IX ausreichende Indizien gem. § 22 AGG für das Vorliegen einer Diskriminierung, auch wenn die Verstöße unabsichtlich erfolgt sind. Die Rechtsprechung überzeugt nicht. Unterlassene Förderung spricht nicht für Benachteiligungsabsicht.

3. Der auf Entschädigung wegen Einstellungsdiskriminierung klagende Schwerbehinderte darf zwar im Prozess nicht ins Blaue hinein Verstöße des Arbeitgebers gegen §§ 81 I, 82 SGB IX behaupten. Das Gericht hat kaum eine Möglichkeit, ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen zu unterscheiden von Behauptungen, von deren Richtigkeit der Kläger überzeugt ist.

4. Das Zusammenspiel der Nummern 1 bis 3 bewirkt, dass in der Praxis dem AGG-Hopping von Schwerbehinderten Tür und Tor geöffnet ist. Der Schwerbehinderte muss letztlich nicht mehr tun, als in der Bewerbung die Tatsache der Schwerbehinderung zu offenbaren und dann ins Blaue hinein Verstöße des Arbeitgebers gegen §§ 81 I, 82 SGB IX zu behaupten. Hat der Arbeitgeber sich nicht in allen Details an das in §§ 81 I, 82 SGB IX vorgeschriebene Verfahren gehalten, hat er schlechte Chancen, einer Verurteilung zur Entschädigungszahlung nach § 15 II AGG zu entgehen.

5. Die in der Praxis meist allein erfolversprechende Verteidigungsstrategie gegen schwerbehinderte AGG-Hopper ist der Einwand des Rechtsmissbrauchs, also der fehlenden Ernsthaftigkeit der Bewerbung. Inzwischen gibt es eine ganze Reihe von schwerbehinderten „Bewerbern“, die bekannt sind wie ein „bunter Hund“ und vor denen sich die Personalabteilungen insbesondere der öffentlichen Hand wechselseitig warnen, weil auf jede Bewerbung eine Entschädigungsklage folgt. Gegebenenfalls hilft auch eine Anfrage beim AGG-Archiv (www.agg-hopper.de). ■

32 Nicht möglich ist dagegen eine Entschädigungsklage mit dem Ansinnen ans *ArbG*, im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes zu ergründen, ob eine eventuell vorhandene Schwerbehindertenvertretung übergangen worden sei; BAG, NZA 2007, 507 Rdnr. 26.

33 BAG, NZA 1999, 371.

34 Zu Indizien für das Vorliegen einer Scheinbewerbung ausführlich *Dilger*, BB 2006, 1968.

Von Rechtsanwalt Dr. Nils Schramm, Hamburg

Die Zulässigkeit von Freiwilligkeitsvorbehalten in Arbeitsverträgen*

Das BAG hat mit Urteil vom 25. 4. 2007 arbeitsvertragliche Freiwilligkeitsvorbehalte, die sich auf eine monatliche Leistungszulage erstrecken, generell für unzulässig erklärt. Diese Entscheidung ist für die Praxis von erheblicher Bedeutung, da viele Unternehmen mit Hilfe von Freiwilligkeitsvorbehalten versuchen, die Höhe der Vergütung flexibel auszugestalten, um auf diese Weise kurzfristig auf veränderte betriebliche Rahmenbedingungen reagieren zu können.

I. Einleitung

Nachdem das BAG bereits festgestellt hatte, dass auf Grund von Widerrufsvorbehalten bzw. „Arbeit-auf-Abruf“-Klauseln ca. 25% der „messbaren“ Arbeitsbedingungen flexibilisierbar sind¹, war damit die Erwartung verbunden gewesen, dass nunmehr für sämtliche Flexibilisierungsinstrumente ein einheitlicher Kontrollmaßstab zu Grunde zu legen sei². Mit

seiner Entscheidung vom 25. 4. 2007 hat das BAG jedoch klargestellt, dass der zu Widerrufsvorbehalten und „Arbeit-auf-Abruf“-Klauseln entwickelte Kontrollmaßstab nicht ohne Weiteres auf Freiwilligkeitsvorbehalte übertragen werden kann.

II. Die Entscheidung des BAG vom 25. 4. 2007

In dem zu Grunde liegenden Sachverhalt erhielt der Arbeitnehmer, der als Altenpfleger beschäftigt war, auf Grund eines Arbeitsvertrags vom 29. 1. 1997 zuletzt ein monatliches

* Zugleich Besprechung der BAG-Entscheidung v. 25. 4. 2007 – 5 AZR 627/06, NZA 2007, 853.

1 BAG, NZA 2005, 465 = NJW 2005, 1820; BAG, NZA 2006, 423 = NJW 2006, 1373 L; BAG, NZA 2007, 87 = NJW 2007, 536; hierzu *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 238.

2 *Preis/Lindemann*, NZA 2006, 632.