

# **BAG: Indiz für Diskriminierung durch Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch kann nur durch Gründe widerlegt werden, die nicht die fachliche Eignung betreffen**

AGG §§ [15 II](#), [22](#); SGB IX § [82](#)

Lädt der öffentliche Arbeitgeber entgegen § [82](#) S. 2 SGB IX einen schwerbehinderten Bewerber nicht zu einem Vorstellungsgespräch ein, so kann die hierdurch verursachte Vermutung der diskriminierenden Benachteiligung nur durch solche Gründe nach § [22](#) AGG widerlegt werden, die nicht die fachliche Eignung betreffen. Insoweit enthält § [82](#) S. 3 SGB IX mit dem Erfordernis der „offensichtlichen Nichteignung“ eine abschließende Regelung.

BAG, Urteil vom 24.01.2013 - [8 AZR 188/12](#) (LAG Köln 23.12.2011 - [4 Sa 1008/11](#)), BeckRS 2013, [69476](#)

## ***Anmerkung von Jan Kern***

### ***Sachverhalt***

Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch wegen Benachteiligung des Klägers aufgrund seiner Behinderung. Der Kläger ist ausgebildeter Fahrschullehrer, in Besitz eines Führerscheins für mehrere Klassen und hat den Personenbeförderungsschein. Er ist ein mit einem GdB von 60 schwerbehinderter Mensch. Die Beklagte ist ein öffentlicher Arbeitgeber und suchte für ihre Bundesanstalt für Straßenwesen im Sommer 2009 einen Kraftfahrer. In der Stellenanzeige wies sie u.a. darauf hin, dass qualifizierte Fahrzeuge zu führen seien, die besondere Anforderungen an spurgenaues Fahren stellen (überschwere Fahrzeuge, Messfahrzeuge). Der damals arbeitslose Kläger bewarb sich auf diese Stelle und wies auf seine Schwerbehinderung hin. Bei der Beklagten gingen insgesamt 126 Bewerbungen ein, 14 Bewerber waren schwerbehindert. Zu einem Fahrtstest und Vorstellungsgespräch lud die Beklagte acht Bewerber, davon zwei Schwerbehinderte ein. Diese hatte sie aus dem Kreis der schwerbehinderten Bewerber nach Abstimmung mit der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen nach ausschließlich fachlichen Kriterien ausgewählt. Nachdem die Beklagte dem Kläger abgesagt hatte, machte er einen Entschädigungsanspruch in Höhe von drei Bruttomonatsgehältern geltend. Das ArbG hat der Klage in Höhe von zwei Bruttomonatsgehältern stattgegeben, das LAG die Klage abgewiesen.

### ***Entscheidung***

Die Revision hatte Erfolg. Das BAG stellte fest, dass dem Kläger dem Grunde nach ein Entschädigungsanspruch zustehe und verwies den Rechtsstreit wegen der Höhe des Entschädigungsanspruchs zurück an das LAG.

Lade der öffentliche Arbeitgeber entgegen § [82](#) S. 2 SGB IX einen schwerbehinderten Bewerber nicht zu einem Vorstellungsgespräch ein, so sei dies eine geeignete Hilfstatsache nach § [22](#) AGG, die für das Vorliegen einer Benachteiligung spreche. Die durch die Hilfstatsache ausgelöste Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen der Schwerbehinderung habe die Beklagte entgegen der Ansicht des LAG nicht erschüttert. Der Arbeitgeber müsse Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergebe, dass es ausschließlich andere Gründe waren als die Behinderung, die zu der weniger

günstigen Behandlung geführt haben. Dabei könne sich der öffentliche Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Einladung zu einem Vorstellungsgespräch nach § 82 S. 2 SGB IX nicht auf die (geringere) fachliche Eignung des Bewerbers berufen. § 82 S. 3 SGB IX enthalte insoweit eine abschließende Regelung, wonach die Einladung zum Vorstellungsgespräch nur bei „offensichtlicher Nichteignung“ unterbleiben dürfe. Die Beklagte könne sich daher nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er gegenüber anderen Bewerbern schlechter qualifiziert sei und weniger praktische Erfahrungen mit überschweren Fahrzeugen aufweise.

Auch der Umstand, dass die Beklagte zwei und damit überproportional viele schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen habe, könne die Indizwirkung nicht widerlegen. **§ 82 S. 2 SGB IX gebe dem einzelnen schwerbehinderten Bewerber einen *Individualanspruch* ! auf Einladung zu einem Vorstellungsgespräch.** Die Indizwirkung werde durch die Schlechterstellung des Einzelnen ausgelöst und nicht dadurch aufgehoben, dass ansonsten im Bewerbungsverfahren schwerbehinderte Menschen als Gruppe bevorzugt werden.

### ***Praxishinweis***

**Das BAG folgt der Rechtsprechung des BVerwG (NZA 2011, 977), dass der öffentliche Arbeitgeber die durch die Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch zu vermutende Benachteiligung wegen Behinderung nur durch Gründe widerlegen kann, die nicht die fachliche Eignung betreffen. Dies dürfte praktisch nie gelingen, zumal öffentliche Arbeitgeber nur nach dem in Art. 33 II GG verankerten Leistungsprinzip einstellen dürfen.**

**Öffentliche Arbeitgeber sollten ein genaues Anforderungsprofil definieren. Sie können dann ggf. von einem Vorstellungsgespräch absehen, wenn der Bewerber dieses Anforderungsprofil nicht erfüllt. Im Zweifel sollten sie jeden schwerbehinderten Bewerber einladen.**

RA Dr. Jan Kern, Gleiss Lutz, Stuttgart