

Landeskirchenamt Hannover  
Referat 72

Datum: 3. Juli 2023

Az.: N-307-9 / 72

Vorgangs-Nr.: V-N-307-9-20370

Auskunft erteilt: Frau Kittel

Durchwahl.: 0511/1241-409

An die  
Superintendentinnen und Superintendents

An die  
Leitungen der landeskirchlichen Einrichtungen

*nachrichtlich:*

-----

*Leitungen und Personalabteilungen der  
Kirchenämter und kirchlichen Verwaltungsstellen*

**Bitte leiten Sie dieses Rundschreiben an alle Anstellungsträger in Ihrem Bereich weiter!**

**Was im Hinblick auf schwerbehinderte Menschen bei Besetzung von freien Arbeitsplätzen zu beachten ist – Pflichten des Arbeitgebers**

- Ablaufplan zur Berücksichtigung schwerbehinderter und gleichgestellter Menschen bei der Besetzung freier Arbeitsplätze
- Status des kirchlichen Arbeitgebers als öffentlicher Arbeitgeber im Sinne des § 165 SGB IX
- Neues vom EuGH zur Probezeitkündigung

zwei Urteile näher eingehen. Zudem haben wir den Ablaufplan zur Berücksichtigung schwerbehinderter und gleichgestellter Menschen bei der Besetzung freier Arbeitsplätze überarbeitet. Den Ablaufplan finden Sie sowohl in der Anlage als auch im Intranet unserer Landeskirche unter [www.intern-e.evka.de](http://www.intern-e.evka.de) im Bereich → Wiki alt → Intranet der Landeskirche Hannovers → Aus den Sachgebieten → Personal → Arbeits- und Tarifrecht → Praxis → Arbeitshilfen → Einstellung <sup>[1]</sup>.

Die Gerichte hatten sich vermehrt mit Klagen zu befassen, in denen Arbeitgeber den verfahrensrechtlichen Pflichten nach § 164 des neunten Sozialgesetzbuches (SGB IX) nicht hinreichend nachgekommen sind. Verstößt der Arbeitgeber gegen diese Pflichten und lässt sich daraus eine Indizwirkung nach § 22 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) ableiten, löst dies Schadensersatzpflichten nach § 15 AGG aus. Daneben können Bußgelder in Höhe von bis zu 10.000 Euro anfallen und es droht ferner eine Zustimmungsverweigerung durch die Mitarbeitendenvertretung für die Einstellung der dem schwerbehinderten Menschen vorgezogenen Person.

Auf der anderen Seite garantieren die Pflichten aus dem SGB IX den betroffenen behinderten Menschen nicht die Einstellung, sondern ausschließlich die Beteiligung an einem diskriminierungsfreien Personalauswahlverfahren. Ansprüche auf Schadensersatz oder Entschädigungszahlungen können nur **innerhalb von zwei Monaten** schriftlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt bei einer Bewerbung mit dem Zugang der Ablehnung.

Bereits zu Beginn eines solchen diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens sind zu beteiligen:

- die Schwerbehindertenvertretung,
  - o z. B. durch die gemeinsame Prüfung, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können (§ 164 Abs. 1 S. 6 i. V. m. S. 1 SGB IX),
- die Agentur für Arbeit,
  - o z. B. durch die Erteilung eines Vermittlungsvorschlags (§ 164 Abs. 1 S. 2 SGB IX), und
- die Mitarbeitendenvertretung,
  - o z. B. durch die Anhörung bei der Geeignetheitsprüfung freier Arbeitsplätze (§ 164 Abs. 1 S. 6 i. V. m. § 176 SGB IX) sowie
  - o unmittelbar nach Eingang von Vermittlungsvorschlägen und Bewerbungen (§ 164 Abs. 1 S. 4 SGB IX).

öffentlichen Arbeitgeber. Das LAG entschied: „Die Evangelische Kirche, einschließlich ihrer Untergliederungen, ist kein öffentlicher Arbeitgeber“. Als „öffentlicher Arbeitgeber“ gelten vielmehr solche Arbeitgeber, die Staatsaufgaben wahrnehmen, in einer Staatsorganisation eingebunden sind oder als öffentlich-rechtliche Körperschaft einer staatlichen Aufsicht unterliegen. Dies sei bei dem beklagten Kirchenkreis nicht der Fall. Es handele sich bei ihm nicht um eine „staatsmittelbare“ Organisation oder Verwaltungseinrichtung. Schwerbehinderte Menschen müssen demzufolge nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden.

Wir empfehlen dennoch weiterhin (schwer)behinderte geeignete Bewerber\*innen zum Vorstellungsgespräch einzuladen. Zum einen, weil das Urteil des BAG noch aussteht und zum anderen, weil wir als kirchlicher Arbeitgeber für Vielfalt und Solidarität eintreten wollen. Eine Einladung sollte unseres Erachtens nur dann unterbleiben, wenn die fachliche Eignung der sich bewerbenden Person offensichtlich fehlt.

### **Auch vor Probezeitkündigungen muss eine andere behinderungsgerechte Stelle gesucht werden – Hinweise zum Urteil des EuGH**

Des Weiteren möchten wir auf eine Entscheidung des EuGH vom 10. Februar 2022 (Az.: C485/20) hinweisen. Diese besagt, dass ein Arbeitgeber eine andere behinderungsgerechte Stelle suchen muss, bevor einer Person mit Behinderung gekündigt wird, wenn diese aufgrund einer Behinderung nicht mehr für ihre bisherige Stelle geeignet ist. Dies gilt auch in der Probezeit.

Die Vorabentscheidung des EuGH betrifft zwar ein Ersuchen, das von einem belgischen Gericht gestellt wurde, aber sie hat dennoch große Auswirkungen für das deutsche Arbeitsrecht. Das BAG wird seine Rechtsprechung ändern müssen, da die bisherige Rechtsprechung zur Probezeitkündigung mit dieser Vorabentscheidung nicht vereinbar ist. Bislang wurde die Durchführung eines Präventionsverfahrens nicht als verpflichtend angesehen.

In den ersten sechs Monaten (Wartezeit nach § 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz) besteht kein allgemeiner Schutz vor einer sozial ungerechtfertigten Kündigung und es bedarf auch keiner Beteiligung des Integrationsamtes, dennoch ist der Arbeitgeber nicht völlig frei von Kündigungsbeschränkungen.

Das Benachteiligungsverbot wegen Behinderung aus Art. 21 Grundrechtscharta, welches durch Art. 5 der Richtlinie 200/78 konkretisiert wird, verpflichtet den Arbeitgeber, zu

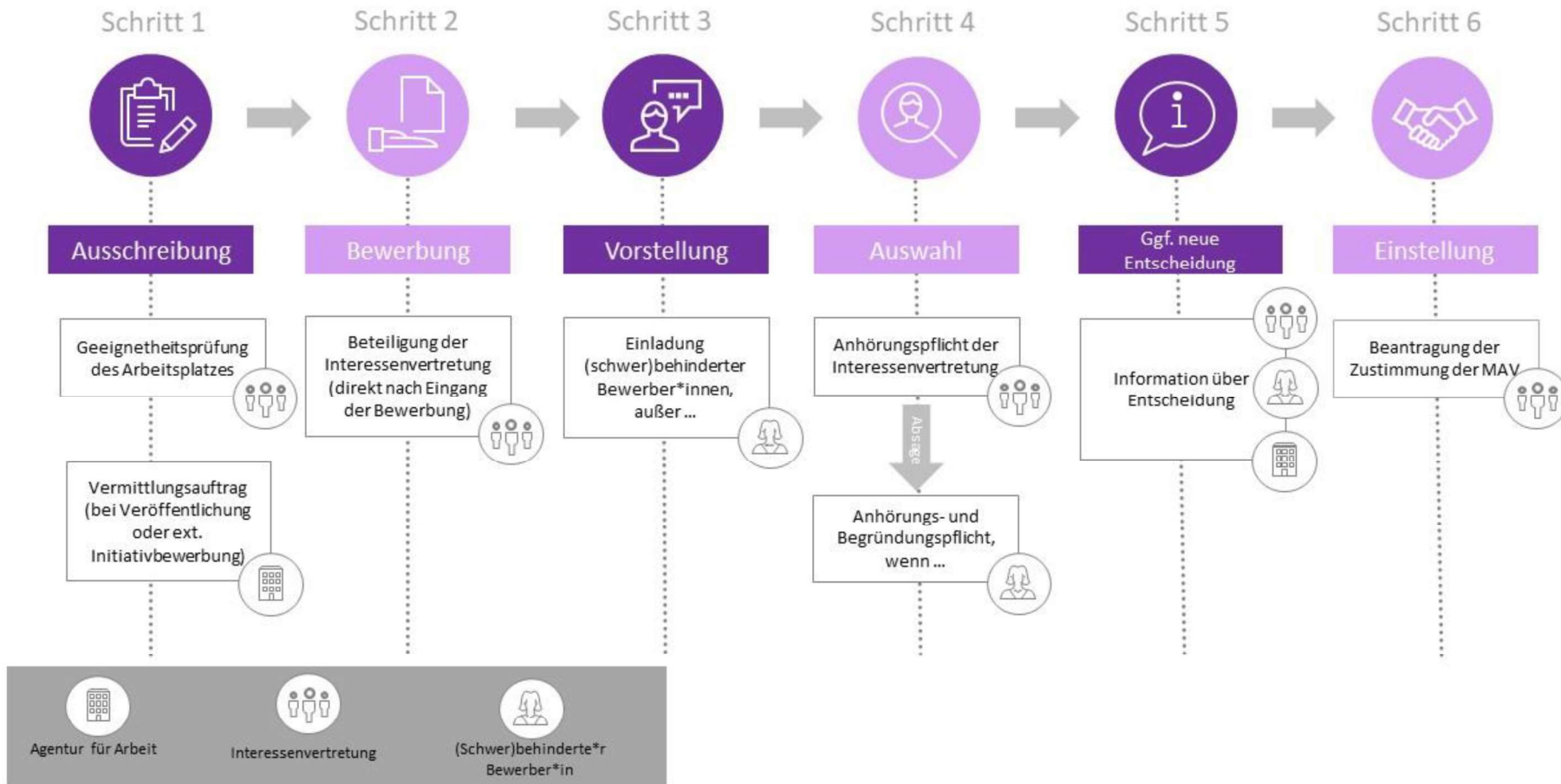
Im Auftrage:

*gez. Unterschrift*

(Annekatriin Herzog)

# Ablaufplan zur Berücksichtigung schwerbehinderter und gleichgestellter Menschen bei der Besetzung freier Arbeitsplätze

## - Pflichten des Anstellungsträgers -



## **Wann gilt eine Person als schwerbehindert?**

Eine Schwerbehinderung setzt einen Grad der Behinderung von mindestens 50 voraus (§ 2 Abs. 2 SGB IX). Über den Grad der Behinderung (GdB) sowie die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft entscheidet das Versorgungsamt.

Bei einem geringeren Grad der Behinderung als 50, aber mindestens 30, kann bei der Agentur für Arbeit eine Gleichstellung beantragt werden. Bewirbt sich ein gleichgestellter behinderter Mensch, so ist dieser im Rahmen der Einstellung wie ein schwerbehinderter zu behandeln (§ 2 Abs. 3 i. V. m. § 151 Abs. 3 SGB IX).

## **Zu Schritt 1: Prüfung der Geeignetheit des Arbeitsplatzes**

Hat der Arbeitgeber entschieden, dass eine Stelle (wieder) besetzt werden soll, muss er in Vorbereitung auf die Ausschreibung prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können (§ 164 Abs. 1 S. 1 SGB IX). In diesem Rahmen hat er die Schwerbehindertenvertretung über die Beschaffenheiten und Anforderungen des Arbeitsplatzes zu informieren und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. **Gemeinsam** soll bei der Geeignetheitsprüfung für einen Abbau von Barrieren und für andere Anpassungsmaßnahmen gesorgt werden, sodass so viele Arbeitsplätze wie möglich für schwerbehinderte Menschen zugänglich gemacht werden. Es geht vor allem darum, die Anforderungen für den zu besetzenden Arbeitsplatz darauf zu kontrollieren, ob sie in fachlicher, physischer und psychischer Hinsicht objektiv erforderlich sind und nicht zu hoch angesetzt werden, um den Kreis möglicher schwerbehinderter Bewerber\*innen nicht durch ungerechtfertigte subjektive Stellenanforderungen einzuschränken.

Die MAV ist bei der Geeignetheitsprüfung des Arbeitsplatzes anzuhören (§ 164 Abs. 1 S. 6 i.V.m. § 176 SGB IX).

### **Formulierungsvorschlag für einen Hinweis in der Ausschreibung:**

*„Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen sehen wir mit Interesse entgegen.“*

Es gibt eine große Zahl unterschiedlicher Arten und Auswirkungen von Behinderungen, sodass es sich immer um eine abstrakte Prüfung handelt, solange kein Vermittlungsvorschlag oder eine Bewerbung mit Angaben zur Behinderung vorliegt. Es kann auch Ergebnis

Wenn der Agentur für Arbeit passende Personen gemeldet sind, werden diese zur Bewerbung aufgefordert, hierüber werden Sie schriftlich informiert. Die Agentur für Arbeit bittet um eine Rückmeldung zu dem Vermittlungsvorschlag, hierfür wird u. U. ein Vordruck übersandt.

#### Formulierungsvorschlag:

*„... anbei erhalten Sie eine Stellenbeschreibung mit der Bitte zu prüfen, ob nach § 164 SGB IX der freie Arbeitsplatz mit einem bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Wir bitten Sie, uns Bewerber oder Bewerberinnen innerhalb von 14 Tagen mitzuteilen bzw. eine Fehlanzeige zu erteilen.*

*Anlage: Stellenausschreibung*

Eine ordnungsgemäße Meldung setzt die Erteilung eines qualifizierten Vermittlungsauftrages an die nach § 187 Abs. 4 SGB IX bei der Agentur für Arbeit eingerichteten besonderen Stellen voraus. **Die Veröffentlichung des Stellenangebotes über die Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit reicht nicht aus.** Bei Nutzung des Online-Portals muss in der Produktlinie „Betreuung“ der Auftrag „Vermittlungsauftrag erfassen“ erteilt werden.

Nimmt eine vorgesetzte Dienststelle die Personalverwaltung zentral wahr, so hat diese die Pflichten aus § 164 SGB IX zu erfüllen. Sofern die Ausschreibung jedoch nicht durch die Personalabteilung des Kirchenamtes unterstützt wird, obliegt die Pflicht dem Anstellungsträger selbst.

#### **Zu Schritt 2: Unterrichtung der MAV und ggf. Schwerbehindertenvertretung**

MAV und ggf. Schwerbehindertenvertretung sind unmittelbar nach Eingang von Bewerbungen von Behinderten zu unterrichten, d. h. von Beginn an. Bitte die Bewerbungen nicht sammeln. Ansonsten begeht der Arbeitgeber eine Ordnungswidrigkeit, wenn er die Schwerbehindertenvertretung nicht, falsch oder zu spät über Bewerbungen informiert. (Gilt sowohl für Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit als auch für sonstige Bewerbungen, auch Blindbewerbungen!)

#### Formulierungsvorschlag:

*gemäß § 164 Abs. 1 SGB IX setzen wir Sie davon in Kenntnis, dass sich auf die*

### Zu Schritt 3: Vorstellung

Wenn sich schwerbehinderte Menschen beworben haben (auf Vorschlag der Agentur für Arbeit oder eigenständig), müssen sie gemäß § 165 S. 2 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden. Diese Pflicht gilt nur für öffentliche Arbeitgeber. Es ist derzeit strittig, ob kirchliche Arbeitgeber als öffentliche Arbeitgeber im Sinne des SGB IX gelten<sup>1</sup>. Wir empfehlen (vorsichtshalber/freiwillig), die besonderen Pflichten für öffentliche Arbeitgeber einzuhalten. Im persönlichen Gespräch sollen Bewerber\*innen mit Behinderung das bestehende Chancendefizit gegenüber nicht (schwer)behinderten Konkurrenten ausgleichen können. Eine solche Einladung ist nur dann entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Es kommt an dieser Stelle nicht darauf an, ob der Anstellungsträger die allgemeine Beschäftigungspflicht nach § 154 SB IX erfüllt.

Auch wenn sich aufgrund der Bewerbungsunterlagen schon die feste Meinung gebildet hat, ein oder mehrere andere Bewerber\*innen seien so gut geeignet, dass der/die schwerbehinderte Bewerber\*in keinesfalls mehr in die engere Auswahl kommen kann, sollten diese Bewerber\*innen trotzdem eingeladen werden, wenn die Kriterien des Anforderungsprofils erfüllt sind<sup>2</sup>. Zweifel könnten sich im Vorstellungsgespräch ausräumen lassen.

Die Schwerbehindertenvertretung hat das Recht auf Einsicht in die entscheidungsrelevanten Teile der Bewerbungsunterlagen und zur Teilnahme an den Vorstellungsgesprächen (§ 178 Abs. 2 S. 4 SGB XI). Eine Teilnahme ist ausgeschlossen, wenn der Bewerber oder die Bewerberin dies ausdrücklich ablehnt.

#### Tipp für die Ausschreibung:

Je konkreter die Kriterien im Anforderungsprofil formuliert sind, desto klarer ist die diskriminierungsfreie und am Prinzip der Bestenauslese orientierte Auswahlentscheidung. Dadurch wird nachweisbar, dass bei der Besetzung ausschließlich auf Eignung und fachliche Leistung abgestellt wurde. Gewichten Sie, welche Kriterien zwingend und welche wünschenswert sind.

#### Hinweise:

Auch bei **internen Stellenausschreibungen** sollte eine Einladung einer schwerbehinderten und nicht offensichtlich ungeeigneten Person zum Vorstellungsgespräch erfolgen.



- wenn ein\*e Vertreter\*in der zuständigen Dienststelle den jeweils gebildeten Auswahlkommissionen angehört (keine vollständige Personenidentität erforderlich)<sup>3</sup>.

#### Fragerecht im Bewerbungsgespräch:

Grundsätzlich sind **Fragen nach einer Behinderung** diskriminierend und daher unzulässig. Fragen sind nur dann zulässig, wenn bestimmte körperliche oder geistige Fähigkeiten für die Tätigkeit erforderlich sind. Besteht also ein konkreter Bezug zur Tätigkeit, darf und muss der Arbeitgeber aus Fürsorgepflicht fragen, ob Beeinträchtigungen vorliegen, die den oder die schwerbehinderte\*n Bewerber\*in für die Anforderungen der Stelle ungeeignet erscheinen lassen. Ist eine Schwerbehinderung nicht ersichtlich, darf der Arbeitgeber auch nicht danach fragen.

#### Zu Schritt 4: Auswahlentscheidung

Der AG muss die MAV und ggf. die Schwerbehindertenvertretung (§ 178 Abs. 2 S. 1 SGB IX) unterrichten und vor einer Entscheidung anhören, d.h. Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Die Anhörung der MAV ist dabei unabhängig von der später erfolgenden Beteiligung bei der beabsichtigten Einstellung.

#### Formulierungsvorschlag:

*„... beabsichtigen wir, den nicht geeigneten Bewerber\*innen für die Stelle ... abzusagen. Darunter befindet sich auch die nach eigenen Angaben schwerbehinderte Bewerberin.... Sie kommt wegen ... (z.B. mangelnde Berufserfahrung, fehlende EDV-Kenntnisse, o.ä.) für die Stelle nicht in Betracht. Sie erhalten bis zum ... Gelegenheit, Ihre Stellungnahme zu dieser beabsichtigten Entscheidung abzugeben.“*

Die Auswahlentscheidung muss anhand eignungs- und leistungsbezogener Kriterien erfolgen. Ein pauschaler Verweis auf die bessere Eignung eines\*r anderen Bewerbers\*in ist nicht ausreichend. Die Auswahlkriterien sollten beweisfähig dokumentiert sein.

#### Besonderheiten bei Absagen

Entscheidet sich ein Arbeitgeber gegen eine\*n schwerbehinderte\*n Bewerber\*in, muss er gemäß § 164 Abs. 1 S. 9 SGB IX alle Beteiligten unverzüglich darüber unterrichten und ihnen u. U. die Gründe für die Ablehnung mitteilen. Die Pflicht zur Unterrichtung greift laut

- die einzelnen Gründe mit den genannten Interessenvertretungen erörtert wurde.<sup>5</sup>



<p>Bei Nichterfüllung der Beschäftigungsquote nach SGB IX <u>und</u> fehlendem Einverständnis der Schwerbehindertenvertretung bzw. der MAV:</p>	<p>Beschäftigungsquote wird erfüllt:</p>
<p>In diesem Fall muss auch der*die betroffene schwerbehinderte Bewerber*in angehört werden, d.h. man muss sie*ihn anschreiben, die beabsichtigte Ablehnung mitteilen und ihr*ihm (am besten unter Fristsetzung) Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Nach dem Erörterungsgespräch und der Anhörung des*der Schwerbehinderten muss der Arbeitgeber dann entscheiden, ob er bei seiner beabsichtigten Entscheidung bleiben oder eine andere Entscheidung treffen will.</p>	<p>Wird die Beschäftigungsquote erfüllt, kann eine Entscheidung ohne Erörterung getroffen werden. Auf eine Begründung der Ablehnung kann verzichtet werden.</p>
<p><b>Formulierungsvorschlag:</b>  <i>„... beabsichtigen wir, eine*n besser geeignete*n Bewerber*in einzustellen, weil ... (z.B. längere/einschlägige Berufserfahrung, bessere EDV-Kenntnisse, o.ä.). Sie erhalten bis zum ..... Gelegenheit, Ihre Stellungnahme zu dieser beabsichtigten Entscheidung abzugeben.“</i></p>	

### **Zu Schritt 5: Information aller Beteiligten über die getroffene Entscheidung**

Am Ende des Auswahlverfahrens hat der Arbeitgeber alle Beteiligten über die getroffene Entscheidung, ggf. unter Darlegung der Gründe, unverzüglich zu unterrichten. Sofern die Entscheidung mit der bereits als beabsichtigt angezeigten Entscheidung identisch ist, ist gegenüber MAV und ggf. Schwerbehindertenvertretung höchstens kurz anzuzeigen, dass es dabei bleibt. Ansonsten ist die neue Entscheidung mitzuteilen.

Formulierungsvorschlag für eine Information an den\*die schwerbehinderte\*n Bewerber\*in (Ablehnung mit Begründung):

*„Mit Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und der Mitarbeitervertretung haben wir uns anderweitig entschieden, da die ausgewählte Person dem Anforderungsprofil der Stelle eher entspricht. Wie in der Stellenausschreibung erwünscht / verlangt, verfügt die ausgewählte Person insbesondere über (die besseren) ...“*

Formulierungsvorschlag für eine Information an die Agentur für Arbeit, sofern kein Formular vorliegt oder eServices verwandt wird:

*„... auf unsere E-Mail vom ... haben Sie uns Frau/Herrn ... als Bewerberin/Bewerber genannt. Vielen Dank dafür. Leider müssen wir Ihnen mitteilen, dass ein/e Mitarbeiter/in ausgewählt wurde, der/die für den Arbeitsplatz besser geeignet ist.“*

## **6. Beantragung der Zustimmung der MAV zur beabsichtigten Einstellung**