
Datum: 22.05.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 Sa 1658/11
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:0522.19SA1658.11.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bielefeld, 6 Ca 1066/11
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 8 AZR 650/12
Schlagworte: Benachteiligung eines schwerbehinderten Bewerbers
Entschädigung - Schadensersatz
Normen: §§ 7, 15, 22 AGG, § 61b ArbGG, §§ 81, 82 SGB IX

Tenor:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 05.10.2011 – 6 Ca 1066/11 – wird zurückgewiesen.
 2. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
 3. Die Revision wird zugelassen.
-

Tatbestand

- | | |
|---|--------|
| Der Kläger macht gegenüber der Beklagten einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG und einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG geltend. | 1
2 |
| Der am 13.06.1953 geborene Kläger ist mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 60 schwerbehindert. Er ist ausgebildeter Opernsänger und verfügt über eine langjährige einschlägige Berufserfahrung. Zuletzt war er in der Zeit vom 01.09.1991 bis 28.02.2009 als 1. Tenor im Chor der X Staatsoper beschäftigt. | 3 |
| Das Theater der Beklagten schrieb Anfang Juni 2010 u. a. über die Bundesagentur für Arbeit eine Stelle als 1. Tenor für seinen Opernchor aus, die nach der Gagenklasse 1 a mit einem | 4 |

Bruttomonatsgehalt von 2.603,- € dotiert ist. Auf die Stellenausschreibung wurde der Kläger mit einer E – Mail der Bundesagentur für Arbeit (ZAV Zentrale Künstlervermittlung Hamburg) vom 07.06.2010 hingewiesen.

Der Kläger bewarb sich noch am gleichen Tag per E – Mail auf die ausgeschriebene Stelle. 5
Einen Hinweis auf die Schwerbehinderung des Klägers enthielt das Bewerbungsschreiben nicht. Dem Bewerbungsschreiben waren weitere Dateien beigelegt, u.a. eine Aufstellung der Chorpartien sowie ein Lebenslauf. Im Lebenslauf findet sich auf Seite 2 nach der Rubrik "Berufserfahrung" und vor der Rubrik "Hobbies" die Rubrik "Spezielle Qualifikationen" mit folgendem Erscheinungsbild:

Spezielle Qualifikationen_____ 6

• fundierte Softwarekenntnisse 7

o PC Microsoft XP, Office-Paket (Word, Excel,Powerpoint) Adobe Photoshop Version 10.0
Corel Draw, Soundforge, WaveLab

o Sonstige Qualifikationen: 9

o Diverse Tätigkeiten im Bereich Theatermanagement 10

sowie im Bühnentechnischen Bereich 11

o Schwerbehindert nach SGB IX-GDB 60 12

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Bewerbungsschreiben nebst Anlagen, Bl. 54 – 13
59 d. A. Bezug genommen.

Der Hinweis auf die Schwerbehinderung wurde von der Beklagten nicht zur Kenntnis 14
genommen.

Auf die Stelle bewarben sich insgesamt 11 Personen, von denen die Beklagte 8 Personen 15
zum Vorsingen eingeladen hat. Der erste Termin für das Vorsingen vor dem Chordirektor und Mitgliedern des Chorvorstandes, an dem auch der Kläger teilgenommen hat, fand am 18.06.2010 statt. Da an diesem Termin nicht alle Bewerber gehört werden konnten, fand ca. 2 Wochen später ein weiterer Termin statt.

Mitte bis Ende Juli 2010 kam es zu einem Telefonat zwischen dem Chordirektor und dem 16
Kläger, wobei der Inhalt des Gesprächs zwischen den Parteien streitig ist.

Mit Schreiben der Gewerkschaft ver.di vom 08.10.2010 beehrte der Kläger von der 17
Beklagten Auskunft über das Ergebnis des Vorsingens und der Stellenbesetzung. Diese teilte ihm mit Schreiben vom 19.10.2010 mit, dass er nicht ausgewählt worden sei und begründete dies. Wegen der Einzelheiten wird auf das Schreiben vom 19.10.2010, Bl.24 – 25 d. A. Bezug genommen.

Mit Schreiben der Bevollmächtigten des Klägers vom 16.12.2010 machte der Kläger 18
gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von 3 Monatsgehältern sowie einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG in Höhe von 12.570,00 € geltend. Zur Begründung wurde ausgeführt, es liege der Verdacht nahe, dass der Kläger wegen seiner Schwerbehinderung und/oder wegen seines Alters abgelehnt worden sei.

Mit seiner am 14.03.2011 beim Arbeitsgericht München eingegangenen Klage hat der Kläger den Schadensersatz- und Entschädigungsanspruch rechtshängig gemacht und in der Klagebegründung ausgeführt, es liege eine Diskriminierung aufgrund seiner Behinderung vor.	19
Das Verfahren ist durch Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 14.04.2011 an das Arbeitsgericht Bielefeld verwiesen worden.	20
Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte schulde ihm Schadensersatz und Entschädigung gemäß § 15 AGG. Obwohl er in seiner Bewerbung ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass er schwerbehindert ist, habe die Beklagte ihre Verpflichtung aus § 81 Abs. 1 SGB IX nicht erfüllt. Insbesondere seien ihm nicht unverzüglich die Ablehnungsgründe mitgeteilt worden, wie dies gemäß § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX erforderlich sei. Dies begründe gemäß § 22 AGG die Vermutung, dass er wegen seiner Schwerbehinderung bei der Einstellung benachteiligt worden sei.	21
Mit Schriftsatz vom 12.07.2011 hat der Kläger dann ausgeführt, es bestehe auch der Verdacht, dass bei der Auswahlentscheidung nicht nur seine Schwerbehinderung sondern auch sein Alter letztlich das ausschlaggebende Motiv war. Die Beklagte sei beim Vorsingen "förmlich in ihn gedrungen", um sein Alter zu erfahren.	22
Die Geltendmachungsfrist des § 15 Abs. 2 S. 1 AGG habe er gewahrt. Der Chordirektor E1 habe ihn Ende Juli angerufen. Er habe ihn gefragt, wie er sich bei dem Vorsingen gefühlt habe. Er habe des Weiteren zum Ausdruck gebracht, dass er sich hinsichtlich des weiteren Verfahrens der Stellenbesetzung nicht sicher sei. Nachdem er dann lange Zeit nichts mehr gehört habe, habe er mit Schreiben vom 08.10.2010 über die Gewerkschaft ver.di das Ergebnis und eine Begründung anfragen lassen. Damit habe er von der Ablehnung erst durch den Zugang des Schreibens der Beklagten vom 19.10.2010 Kenntnis erlangt. Die schriftliche Geltendmachung mit Schreiben vom 16.12.2010 sei damit rechtzeitig. Offensichtlich sei auch die Klagefrist des § 61 b ArbGG gewahrt.	23
Die Beklagte schulde ihm daher eine Entschädigung in Höhe von drei Bruttomonatsvergütungen. Zudem sei sie verpflichtet, ihm als Schadensersatz die Differenz zwischen dem Krankengeld und der auf der ausgeschriebenen Stelle zu erzielenden Vergütung für den Zeitraum eines Jahres zu zahlen. Hierzu hat er vorgetragen, dass er ab Ende Juni/Anfang Juli 2010 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei und bis Ende 2011/Anfang 2012 Krankengeld in Höhe von 1.550,- € / Monat bezogen habe.	24
Der Kläger hat beantragt,	25
1. die Beklagte zu verurteilen, 7.809,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.03.2011 an den Kläger zu zahlen; 2. die Beklagte zu verurteilen, 12.570,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.03.2011 an den Kläger zu zahlen.	26
Die Beklagte hat beantragt,	27
die Klage abzuweisen.	28
Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger könne keine Ansprüche wegen Diskriminierung geltend machen, da in seiner Bewerbung nicht ausreichend auf die Schwerbehinderung hingewiesen habe. Er habe diesen Hinweis bewusst an vollständig ungewöhnlicher Stelle versteckt. Die Beklagte habe diesen Umstand daher nicht zur Kenntnis nehmen können. Ihre	29

Arbeitgeberpflichten nach § 81 SGB IX habe sie nicht erfüllt, da sie von der Schwerbehinderung keine Kenntnis hatte. Mit dem gleichen "Versteckspiel" habe der Kläger noch mindestens 4 andere Theater verklagt, die den Hinweis ebenfalls nicht zur Kenntnis genommen hätten. Sie habe den Kläger aufgrund seiner interessanten Repertoireliste zum Vorsingen eingeladen und nicht in bloßer Erfüllung der Verpflichtung aus § 82 SGB IX. Auch bei der Auswahlentscheidung seien allein künstlerische Aspekte von den entscheidenden Personen behandelt worden. Insbesondere sei den Mitgliedern des Chorvorstandes die persönlichen Daten der Bewerber nicht mitgeteilt worden.

Des Weiteren hat sie behauptet, der Chordirektor habe dem Kläger im Rahmen des Telefonates im Monat Juli 2010 mitgeteilt, dass die Auswahl nicht auf ihn gefallen sei. Damit habe er Kenntnis von der Ablehnung gehabt. Die Geltendmachung der Ansprüche mit Schreiben vom 16.12.2010 sei daher verfristet. 30

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 05.10.2011 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe die Einhaltung der Geltendmachungsfrist von 2 Monaten nach § 15 Abs. 4 AGG nicht bewiesen. Er habe zwar dem Inhalt des Telefonates im Juli 2010 widersprochen, aber für seine Darstellung keinen Beweis angetreten. Es sei daher davon auszugehen, dass der Kläger spätestens Ende Juli 2010 sowohl von der Ablehnung als auch von dem Umstand, dass ihm die Gründe für die Ablehnung im Sinne des § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX nicht mitgeteilt worden sind, Kenntnis hatte. 31

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. 32

Er ist der Ansicht, dass das Arbeitsgericht die Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des § 15 Abs. 4 S. 1 AGG grundlegend verkannt habe. Für den Zugang der Ablehnung sei nicht der Kläger, sondern die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig. Des Weiteren vertritt er die Ansicht, der Beklagten sei es nicht gelungen, sich im Hinblick auf den durch den Verstoß gegen § 81 SGB IX erzeugten Verdacht der Diskriminierung unter Beachtung des § 22 AGG zu exkulpieren. 33

Der Kläger beantragt, 34

das Urteil des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 05.10.2010 - 6 Ca 1066/11 - abzuändern und 35

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 7.809,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.03.2011 zu zahlen, 36
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 12.570,00 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.03.2011 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 37

die Berufung zurückzuweisen. 38

Die Beklagte vertritt die Ansicht, die Geltendmachungsfrist des § 15 Abs. 4 AGG sei nicht gewahrt; der Kläger sei insoweit darlegungs- und beweispflichtig. Vorsorglich und unter Protest gegen die Beweislast hat sie für den Inhalt des Telefonates im Juli 2010 den Chordirektor als Zeugen benannt. Des Weiteren ist sie der Ansicht, es liege keine subjektiv ernsthafte Bewerbung des Klägers vor. 39

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen. 40

Entscheidungsgründe	41
Die an sich statthafte und form- und fristgerecht eingelegte Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.	42
A	43
Allerdings hat das Arbeitsgericht die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung der Geltendmachungsfrist nach § 15 Abs. 4 AGG verkannt.	44
§ 15 Abs. 4 AGG bestimmt nicht, wer die Darlegungs- und Beweislast für den Zugang und den Zeitpunkt des Zugangs der Ablehnung trägt. Infolgedessen gilt die allgemeine prozessuale Regel, dass grundsätzlich der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale trägt, während der Anspruchsgegner die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale darlegen und ggf. beweisen muss. Dies führt dazu, dass im Rahmen der Frage der fristgerechten Geltendmachung von Ansprüchen nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG der Arbeitgeber darzulegen und ggf. zu beweisen hat, dass und wann die Frist nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG durch Zugang der Ablehnung beim Bewerber in Lauf gesetzt worden ist, während der Arbeitnehmer darzulegen und ggf. zu beweisen hat, wann seine schriftliche Geltendmachung dem Arbeitgeber zugegangen ist (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 -, m. w. N.).	45
Da sich die Beklagte darauf beruft, Ansprüche des Klägers aus § 15 Abs. 1 und 2 AGG seien mangels rechtzeitiger Geltendmachung ausgeschlossen, hätte sie mithin darlegen und ggf. beweisen müssen, dass und wann die Frist zur Geltendmachung in Lauf gesetzt worden ist.	46
B) Gleichwohl war über die Behauptung der Beklagten, dem Kläger sei in dem Telefonat Ende Juli 2010 mitgeteilt worden, dass er die Stelle nicht bekommen habe und abgelehnt wurde, kein Beweis zu erheben, da sich die Entscheidung des Arbeitsgerichts aus anderen Gründen als zutreffend erweist.	47
I. Die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG, den der Kläger mit dem Klageantrag zu Ziffer 1) verfolgt, liegen nicht vor. Die Beklagte hat nicht gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 81 Abs. 2 SGB IX i. V. m. § 7 Abs. 1, § 1 AGG verstoßen.	48
1. Zugunsten des Klägers kann zwar davon ausgegangen werden, dass er eine weniger günstige Behandlung erfahren hat als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation, weil seine Bewerbung abgelehnt wurde und ein anderer Bewerber die Stelle erhalten hat. Der Kläger hat aber nicht in ausreichender Weise dargelegt, dass er die weniger günstige Behandlung wegen seiner Schwerbehinderung erfahren hat.	49
2. Der in § 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX und in § 3 Abs. 1 AGG geforderte Kausalzusammenhang zwischen dem Nachteil und dem Diskriminierungsmerkmal ist gegeben, wenn die Ungleichbehandlung an die Schwerbehinderung anknüpft oder durch sie motiviert ist. Ausreichend ist, dass das Diskriminierungsmerkmal Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat.	50
a) Nach der allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregel muss grundsätzlich derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen. Zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehört auch die Kausalität zwischen	51

dem Nachteil und der Schwerbehinderung. Hinsichtlich der Kausalität zwischen Nachteil und dem Diskriminierungsmerkmal ist in § 22 AGG allerdings eine Beweislastregelung getroffen, die sich auch auf die Darlegungslast auswirkt. Der Beschäftigte genügt danach seiner Darlegungslast, wenn er Indizien vorträgt und beweist, die seine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen. Dies ist der Fall, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen dieses Merkmals erfolgt ist (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 -; Urteil vom 20.05.2010 – 8 AZR 287/08 -). Die Würdigung, ob der Anspruchssteller der durch § 22 AGG modifizierten Darlegungslast genügt hat, unterliegt der freien Überzeugung des Tatsachengerichts nach § 286 Abs. 1 ZPO (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 17.12.2009 – 8 AZR 670/08 -; Urteil vom 24.04.2008 – 8 AZR 257/07 -).

Liegt eine Vermutung für die Benachteiligung vor, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. 52

b) Als Vermutungstatsachen für einen Zusammenhang mit der Behinderung kommen Pflichtverletzungen in Betracht, die der Arbeitgeber begeht, indem er Vorschriften nicht befolgt, die zur Förderung der Chancen schwerbehinderter Menschen geschaffen wurden (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 17.08.2010 – 9 AZR 839/08 – m. w. N.). 53

3. Vorliegend hat die Beklagte die sich aus § 82 S. 1 und S. 2 SGB IX ergebenden Pflichten erfüllt. 54

Aus den vom Kläger eingereichten Unterlagen ergibt sich zumindest, dass die Beklagte mit der Bundesagentur für Arbeit Verbindung aufgenommen und die zu besetzende Stelle dort gemeldet hat. Auf die freie Stelle wurde der Kläger dann mit E-Mail der Bundesagentur für Arbeit (ZAV Künstlervermittlung Hamburg) vom 07.06.2010 hingewiesen. Die Beklagte ist ferner der Verpflichtung aus § 82 S. 2 SGB IX nachgekommen, indem sie den Kläger unstreitig zu einem Vorsingen am 18.06.2010 einlud und dieses auch durchführte. 55

4. Allerdings hat die Beklagte die weiteren, sich aus § 81 Abs. 1 SGB IX ergebenden Verpflichtungen nicht eingehalten. Dies hat die Beklagte selbst eingeräumt und ist zwischen den Parteien unstreitig. 56

5. Der Umstand, dass die Beklagte die Verpflichtungen nach § 81 Abs. 1 SGB IX nicht erfüllt hat, lässt es vorliegend aber nicht als überwiegend wahrscheinlich erscheinen, dass der Kläger wegen seiner Behinderung benachteiligt wurde. 57

a) Dagegen spricht, dass die Beklagte den Hinweis des Klägers auf seine Schwerbehinderung nicht zur Kenntnis genommen hat und ihr daher während des gesamten Vorstellungsverfahrens die Schwerbehinderung des Klägers nicht bewusst war. Nach den obigen Ausführungen setzt der streitgegenständliche Entschädigungsanspruch voraus, dass der Kläger "wegen seiner Behinderung" benachteiligt wurde. Die Behinderung muss also (mit-)ursächlich für die benachteiligende Handlung gewesen sein. Dabei ist der Kausalzusammenhang zwischen nachteiliger Behandlung und Behinderung bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an die Behinderung anknüpft oder durch sie motiviert ist. Ausreichend ist, dass die Behinderung Bestandteil eines Motivbündels ist, dass die Entscheidung beeinflusst hat. Andererseits ist der erforderliche Kausalzusammenhang dann ausgeschlossen, wenn bei der Einstellentscheidung ausschließlich andere Gründe erheblich waren, im Motivbündel des Arbeitgebers also weder die Behinderung als negatives noch eine 58

fehlende Behinderung als positives Kriterium enthalten ist (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 21.07.2009 – 9 AZR 431/08 -; Urteil vom 17.08.2010 – 9 AZR 839/08 -).

Damit setzt der streitgegenständliche Entschädigungsanspruch aber zwingend die Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung voraus. Ohne Kenntnis der Schwerbehinderung kann die Schwerbehinderung kein Motiv oder auch nur ein Bestandteil eines Motivbündels für eine ablehnende Entscheidung gewesen sein (Landesarbeitsgericht Nürnberg, Beschluss vom 01.04.2004 – 7 SHa 4/04 -; Arbeitsgericht Kiel, Urteil vom 09.02.2006 – ö.D. 5 Ca 1995 d/05 -). 59

b) Soweit der Kläger dem entgegenhält, die Beklagte treffe eine Obliegenheit, eingehende Bewerbungen sorgfältig und gründlich zu lesen, ist dies grundsätzlich zutreffend. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 16.09.2008 – 9 AZR 791/07 -) hat jeder Arbeitgeber die Erledigung seiner Personalangelegenheiten so zu organisieren, dass er die gesetzlichen Pflichten zur Förderung schwerbehinderter Bewerber erfüllen kann. Die für den Arbeitgeber handelnden Personen sind daher verpflichtet, das Bewerbungsschreiben vollständig zu lesen und zur Kenntnis zu nehmen. 60

Der vom Bundesarbeitsgericht entschiedene Sachverhalt ist aus Sicht der Kammer mit dem vorliegenden Sachverhalt allerdings nicht vergleichbar. In dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Rechtsstreit hatte die Klägerin in ihrem Bewerbungsschreiben folgendes ausgeführt: "Nicht verschweigen möchte ich, dass ich durch meine Diabetes als schwerbehindert gelte, was sich keinesfalls auf meine Arbeitsleistung und –bereitschaft auswirkt". Hiervon ausgehend kam das Bundesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, dass es der vorgegebenen Beweislastverteilung zuwider laufe, wenn in die Vermutungsgrundlage des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF die positive Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung als Voraussetzung einbezogen würde, obwohl der Bewerber die Schwerbehinderung im Bewerbungsschreiben ordnungsgemäß und hinreichend deutlich mitgeteilt hat. Schon der glaubhafte Anschein einer Benachteiligung aufgrund objektiver Tatsachen genüge, um die Vermutungswirkung auszulösen. Er sei zu bejahen, wenn die Schwerbehinderung im Bewerbungsschreiben ordnungsgemäß mitgeteilt wird und dem Arbeitgeber die Kenntniserlangung möglich ist, also in seinem Einflussbereich liegt. 61

In seiner Entscheidung vom 18.11.2008 – 9 AZR 643/07 hat das Bundesarbeitsgericht dann ausgeführt, § 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX aF verbiete die Benachteiligung "wegen" der Behinderung. Das Merkmal erfordere zwar weder eine Benachteiligungsabsicht noch ein Verschulden des Arbeitgebers oder der für ihn handelnden Personen. Das unzulässige Unterscheidungsmerkmal "Behinderung" müsse aber für die benachteiligende Entscheidung des Arbeitgebers (mit-)ursächlich sein. Das komme nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehinderung des Stellenbewerbers zur Zeit der benachteiligenden Maßnahme kennt oder kennen muss. Andernfalls sei ihm ein Verstoß gegen die bei der Bewerbung schwerbehinderter Menschen nach §§ 81 f. SGB IX auferlegten Handlungs- und Unterlassungspflichten objektiv nicht zurechenbar (vgl. auch Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.10.2011 – 8 AZR 608/10 -). 62

c) Die Kammer hat zwar Zweifel, ob ein "kennen müssen" für den geforderten Kausalzusammenhang tatsächlich ausreichen kann. Denn selbst wenn der Arbeitgeber die Behinderung hätte kennen müssen, er aber unstreitig oder bewiesen tatsächlich keine Kenntnis hatte, kann die Behinderung kein Motiv oder auch nur ein Bestandteil eines Motivbündels für eine ablehnende Entscheidung gewesen sein. 63

Letztlich kann diese Frage aber dahingestellt bleiben. Denn auch auf der Grundlage der zitierten Entscheidungen trifft den schwerbehinderten Bewerber, der die Einhaltung der zur Förderung der Chancen der schwerbehinderten Menschen geschaffenen Vorschriften für sich reklamieren will, die Obliegenheit, den Arbeitgeber über seine Behinderung ordnungsgemäß in Kenntnis zu setzen. Er hat daher in seiner Bewerbung hinreichend deutlich auf seine Behinderung hinzuweisen. Verletzt er diese Obliegenheit, indem er in seiner Bewerbung auf die Behinderung entweder gar nicht, oder aber nur so unzureichend hinweist, dass mit einer Kenntnisnahme durch den Arbeitgeber nicht unbedingt gerechnet werden kann, liegt zumindest kein "kennen müssen" vor.

Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte die Schwerbehinderung des Klägers kennen musste. Der Kläger hat die Behinderung in seiner Bewerbung nicht ordnungsgemäß mitgeteilt, bzw. nicht hinreichend deutlich auf seine Behinderung hingewiesen. 65

In seinem an die Beklagte gerichteten Bewerbungsschreiben hat der Kläger seine Schwerbehinderung mit keinem Wort erwähnt. Wenn aber die Behinderung im Bewerbungsschreiben keinerlei Erwähnung gefunden hat, hätte der Kläger zumindest in dem beigefügten Lebenslauf hinreichend deutlich auf die Schwerbehinderung hinweisen müssen. Hier hätte es nahe gelegen, die Schwerbehinderung entweder als eigenen Punkt oder aber zumindest an einer zutreffenden Stelle, hier z.B. in der Rubrik "Persönliche Information" aufzunehmen. Stattdessen hat der Kläger den knappen Hinweis auf die Schwerbehinderung als 5. Unterpunkt in der Rubrik "Spezielle Qualifikation" und damit an einer Stelle aufgenommen, an der mit einem Hinweis auf eine Behinderung nicht gerechnet werden kann. Dies umso mehr, als die dort an erster Stelle aufgeführten Qualifikationen, nämlich umfangreiche Softwarekenntnisse, für die ausgeschriebene Stelle als 1. Tenor ersichtlich von keinerlei Relevanz waren. Es war daher naheliegend, dass die Beklagte dieser Rubrik keine besondere Aufmerksamkeit schenkt und daher den Hinweis auf die Schwerbehinderung nicht wahrnimmt. Dieser ungewöhnliche, zwischen Softwarekenntnissen und Hobbys eingebettete Hinweis auf die Schwerbehinderung ist nicht ordnungsgemäß und hinreichend deutlich; dies wird auch durch den Umstand belegt, dass andere Arbeitgeber, so die Stadt H als Trägerin des Theaters H den Hinweis ebenfalls nicht zur Kenntnis genommen haben. Insgesamt ist der Kläger damit seiner Obliegenheit, seine Behinderung in der Bewerbung ordnungsgemäß und hinreichend deutlich mitzuteilen, nicht nachgekommen. 66

Da die Beklagte von der Behinderung des Klägers keine Kenntnis hatte und auch nicht haben musste, indiziert der Verstoß gegen die bei der Bewerbung schwerbehinderter Menschen auferlegten Handlungs- und Unterlassungspflichten vorliegend nicht eine Benachteiligung wegen der Behinderung. 67

d) Der objektive Verstoß gegen die bei der Bewerbung schwerbehinderter Menschen auferlegten Pflichten allein begründet keinen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. 68

Soweit der Kläger die Ansicht vertritt, damit würden der Sinn und Zweck und insbesondere das Ziel der §§ 81 ff SGB IX, die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen zu fördern, ad absurdum geführt, ist dem entgegenzuhalten, dass der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG nicht die Aufgabe hat, die Nichteinhaltung der Vorschriften, die zur Förderung der Chancen der schwerbehinderten Menschen geschaffen wurden, zu sanktionieren. Wollte man § 15 Abs. 2 AGG in diesem Sinne verstehen, käme die Regelung einer nach dem Rechtsstaatsprinzip bedenklichen Zivilstrafe nahe. Die Nichteinhaltung der Vorschriften, die zur Förderung der Chancen der schwerbehinderten Menschen geschaffen 69

wurden, wird vielmehr durch die Bußgeldvorschriften des § 156 SGB IX sanktioniert. Danach können u. a. vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen die Verpflichtungen nach § 81 Abs. 1 S. 4 oder 9 SGB IX und nach § 81 Abs. 1 S. 7 SGB IX mit einer Geldbuße von bis zu 10.000,- € geahndet werden.

Nach § 15 Abs. 2 AGG sind demgegenüber mit einer merkmalsbezogenen Diskriminierung verbundene Persönlichkeitsrechtsverletzungen ausgleichspflichtig. Der Anspruch setzt dementsprechend voraus, dass der schwerbehinderte Mensch wegen seiner Behinderung benachteiligt wurde. Hierfür reicht ein formeller Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift allein nicht aus. Es ist vielmehr zusätzlich zu prüfen, ob festgestellte Verfahrensverstöße die Vermutung begründen, dass der schwerbehinderte Mensch wegen seiner Behinderung benachteiligt wurde (vgl. LAG Hamm, Urteil vom 28.09.2010 – 9 Sa 865/10 -). Diese Voraussetzung ist nach den obigen Ausführungen vorliegend nicht gegeben. 70

II. Soweit der Kläger den geltend gemachten Entschädigungsanspruch auf eine Diskriminierung wegen seines Alters stützen will, hat er die Klagefrist nach § 61b ArbGG nicht eingehalten. 71

Nach § 61b Abs. 1 ArbGG muss eine Klage auf Entschädigung nach § 15 AGG innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden. Diese Frist hat der Kläger vorliegend nicht gewahrt. 72

Während der Kläger in seinem Geltendmachungsschreiben vom 16.12.2010 den geltend gemachten Anspruch auf eine Diskriminierung wegen Schwerbehinderung und/oder Alters gestützt hat, hat er mit seiner am 15.03.2011 beim Arbeitsgericht München eingegangenen Klage nur Ansprüche wegen einer Diskriminierung aufgrund seiner Behinderung geltend gemacht. 73

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Klageantrag enthalten. Hierdurch wird der Streitgegenstand der Klage bestimmt. 74

Streitgegenstand der am 15.03.2011 beim Arbeitsgericht München eingegangenen Klage waren hiernach ausschließlich ein Entschädigungsanspruch und ein Schadensersatzanspruch wegen einer Diskriminierung aufgrund der Behinderung des Klägers, nicht aber Ansprüche wegen einer Diskriminierung aufgrund seines Alters. Dass möglicherweise auch eine Diskriminierung wegen seines Alters vorliege, wurde in der Klageschrift vom 14.03.2011 nicht erwähnt. Erstmals im Schriftsatz vom 12.07.2011 wurde dann ausgeführt, der Kläger habe den Verdacht, dass bei der Auswahlentscheidung nicht nur seine Schwerbehinderung sondern auch sein Alter das ausschlaggebende Motiv waren. Damit hat der Kläger aber einen neuen Streitgegenstand in das Verfahren eingeführt, wobei die Klagefrist des § 61b ArbGG längst abgelaufen war. 75

III. Dem Kläger steht gegenüber der Beklagten schließlich auch kein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 1 AGG zu. 76

1. § 15 Abs. 1 AGG begründet einen Anspruch auf Ersatz des durch die verbotene Benachteiligung entstandenen Schadens. Für den Umfang des Schadensersatzes gelten die §§ 249 ff BGB, wobei allerdings § 15 Abs. 6 AGG in den dort genannten Fällen eine Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB ausschließt. Nach § 252 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn und mithin das entgangene Arbeitsentgelt. 77

Für den Umstand, dass ein Bewerber die Stelle ohne die unzulässige Benachteiligung tatsächlich erhalten hätte, also für die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Benachteiligung und dem entstandenen Schaden ist nach allgemeinen Beweislastregeln der Bewerber darlegungs- und beweispflichtig. Diese dem Bewerber im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG obliegende Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der haftungsausfüllenden Kausalität wird nicht durch § 22 AGG abgeändert (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 -).	78
2. Hiervon ausgehend steht dem Kläger der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nach § 15 AGG aus mehreren Gründen nicht zu:	79
a) Nach den obigen Ausführungen kann bereits nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 81 Abs. 2 S. 1 SGB IX, § 7 AGG verstoßen hat.	80
b) Der Kläger hat auch nicht schlüssig dargelegt, dass er bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte. Er hat lediglich ausgeführt, dass er ein sehr erfahrener Tenor sei, der über langjährige Berufserfahrung verfüge. Ihm seien sogar außerordentliche und herausragende Leistungen während seiner Zeit an der X Staatsoper bescheinigt worden. Mit den von der Beklagten genannten Gründen für die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung setzt sich der Kläger demgegenüber nicht auseinander. Von der Beklagten war dem Kläger mitgeteilt worden, dass man zu der künstlerisch fachlichen Einschätzung gelangt sei, dass seine Stimme in Bezug auf die zu besetzende Position vom Volumen her zu klein und etwas zu kehlig und nach hinten gelagert sei, was zu Homogenitätsproblemen in der Gruppe führen könne. Daneben seien eine eingeschränkte dynamische Bandbreite und leichte Intonationsschwankungen beim Vortrag der Priesterstelle festgestellt worden. Ohne eine konkrete Auseinandersetzung mit diesem Vortrag der Beklagten kann aber nicht festgestellt werden, dass der Kläger der am besten geeignete Bewerber war und die Stelle bei diskriminierungsfreier Auswahl erhalten hätte.	81
c) Schließlich ist auch die Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs nicht schlüssig dargelegt. Zur Berechnung des Anspruchs hat der Kläger vorgetragen, es handle sich um die 12 – monatige Differenz zwischen dem tariflichen Gehalt von 2.603,- € brutto und dem von ihm bezogenen Krankengeld in Höhe von 1.555,50 €. Dabei übersieht der Kläger zum einen, dass er gegenüber der Beklagten, selbst wenn er die Stelle erhalten hätte, keinen Anspruch auf Zahlung von monatlich 2.603,- € brutto gehabt hätte. Nach seinem eigenen Vortrag war der Kläger ab Anfang Juli 2010 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt und hat bis Ende 2011 / Anfang 2012 Krankengeld bezogen. Bei einer durchgehenden Arbeitsunfähigkeit hätte er gegenüber der Beklagten aber allenfalls einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von 6 Wochen gehabt. Zum anderen vermengt der Kläger Brutto- und Nettobeträge, wenn er von dem Bruttogehalt das ohne weitere Abzüge erhaltene Krankengeld abzieht.	82
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.	83
Die Kammer hat gem. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG die Revision zugelassen.	84