
Datum: 23.08.2018
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 6. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 Sa 147/18
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2018:0823.6SA147.18.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 2 Ca 1016/17
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 8 AZR 484/18
Schlagworte: Schwerbehinderung, Bewerbung, Vorstellungsgespräch, Einladung
Normen: § 82 SGB IX a. F., § 165 SGB IX
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1. Bereits mit der Nichteinladung des schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch bei einem öffentlichen Arbeitgeber entgegen dessen Pflicht aus § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) ist die behinderungsbedingte Verletzung des Bewerberverfahrensanspruchs eingetreten.

2. Sind die Chancen eines schwerbehinderten Bewerbers bereits durch ein diskriminierendes Verfahren beeinträchtigt worden, kommt es nicht mehr darauf an, ob die (Schwer-)Behinderung bei der abschließenden Einstellungsentscheidung noch eine nachweisbare Rolle gespielt hat.

3. Da mit dem vollendeten Eintritt der Benachteiligung im Bewerbungsverfahren der Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 2 AGG schon dem Grunde nach entstanden ist, kommt es auf eine Beweislastumkehr im Sinne des § 22 AGG nicht an.

4. Da der Entschädigungsanspruch verschuldensunabhängig ist, ist ein ggfls. vorliegendes Mitverschulden des Bewerbers für die Anspruchsentstehung grundsätzlich ohne Bedeutung, wenn auch

möglicherweise bei der Bemessung der Höhe des Entschädigungsanspruchs relevant.

5. Wird eine ordnungsgemäß dem Arbeitgeber zugegangene Bewerbung eines Schwerbehinderten verloren, gelöscht oder aus ähnlichen Gründen vom Arbeitgeber nicht wahrgenommen, existiert bei der Einstellungsentscheidung des Arbeitgebers mit Blick auf diesen Bewerber kein „Motivbündel“ und damit auch kein Teil desselben, der diskriminierend oder nichtdiskriminierend hätte sein können. Deshalb kann es auch keine sachlichen Gründe geben, mit denen der Arbeitgeber den Gegenbeweis nach § 22 AGG versuchen könnte.

6. Ein öffentlicher Arbeitgeber kann sich bei einer Nichteinladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch zur Entlastung nach § 22 AGG nicht darauf berufen, er habe seine behördeninternen Abläufe so schlecht organisiert, dass den sorgfältig ausgebildeten und geschulten Mitarbeitern wiederholt Bewerbungen abhandenkommen können.

Tenor:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 20.12.2017 – 2 Ca 1016/17 – teilweise abgeändert

1. Das beklagte Land wird verurteilt, an den Kläger 3.717,20 EUR zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.01.2016.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Die Kosten des Rechtsstreits haben die Parteien jeweils zur Hälfte zu tragen.

IV. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um eine Entschädigung wegen behinderungsbedingter Benachteiligung. 1

Der Kläger bewarb sich Anfang August 2015 beim beklagten Land auf eine für den OLG-Bezirk K ausgeschriebene Stelle. Die Bewerbung war mit dem deutlichen Hinweis auf 2

die Tatsache versehen, dass er bei einem GdB 30 einem Schwerbehinderten gleichgestellt ist. Seine fachliche Eignung für die Stelle fehlt nicht „offensichtlich“ im Sinne des § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (jetzt: § 165 Satz 3 SGB IX n.F.). Entgegen der aus dieser Vorschrift folgenden Verpflichtung lud ihn das beklagte Land nicht zum Vorstellungsgespräch ein. Mit Schreiben vom 14.12.2015 forderte der Kläger das beklagte Land auf, an ihn eine Entschädigung in Höhe von 7.434,39 EUR zu zahlen. Dies entspricht der dreifachen Monatsbesoldung nach der für die ausgeschriebene Stelle einschlägigen Besoldungsgruppe A8. Das OLG K wies dies mit Schreiben vom 22.12.2015 zurück.

Am 11.03.2016 hat der Kläger beim Verwaltungsgericht Aachen Klage auf Zahlung der begehrten Entschädigung mit der Begründung erhoben, ihm stehe gemäß § 15 Abs. 2 AGG ein solcher Anspruch zu, weil er nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei und das beklagte Land deshalb gegen ein Benachteiligungsverbot verstoßen habe. Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 19.01.2017 den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Köln verwiesen. 3

Im Rahmen eines vergleichbaren Verfahrens hinsichtlich einer Stelle beim OLG D erhielt der Kläger zwischenzeitlich eine Entschädigung in Höhe von 3.975,00 EUR. 4

Das beklagte Land hat vorgetragen, eine Benachteiligung des Klägers sei nicht beabsichtigt gewesen. Durch ein schnell überlaufendes Outlook-Postfach und durch eine Ungenauigkeit in der Absprache der Mitarbeiter, die mit der Bearbeitung der Bewerbungen befasst gewesen seien, sei die Bewerbung des Klägers leider nicht in den Geschäftsgang gelangt. Die Zeuginnen G und R hätten vereinbart, dass die Zeugin R zunächst die ungelesenen Bewerbungs-E-mails ausgedruckt, erfasst und in den Geschäftsgang zu geben habe; die Zeugin G habe sodann die Aufgabe gehabt, die als gelesen markierten E-mails zur Entlastung des Eingangs-Postfaches in einen weiteren Ordner zu verschieben. Der Zeuge P, der von dieser Absprache nichts gewusst habe, habe seinerseits an seinem Computer Bewerbungen gelesen. Dadurch seien diese Bewerbungs-E-mails als gelesen markiert worden, obwohl die Zeugin R sie noch nicht bearbeitet gehabt habe, und sie seien dann konsequent von der Zeugin G in den Ablage-Ordner verschoben worden. Die Bewerbung des Klägers sei wohl eine von diesen E-mails gewesen. Dass die Bewerbung des Klägers keine Berücksichtigung gefunden habe, habe also nichts mit seiner Behinderung zu tun gehabt. Jedenfalls sei zu berücksichtigen, dass den Kläger ein Mitverschulden treffe, da er sich nicht kurzfristig nach Absendung der Bewerbung mit einer Sachstandsanfrage an das OLG gewandt und vier Monate gewartet habe, bis er mit der Entschädigungsforderung vorstellig geworden sei. 5

Das Arbeitsgericht Köln hat die Klage nach Durchführung einer Beweisaufnahme abgewiesen. Durch die Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch liege zwar ein Indiz im Sinne des § 22 AGG für eine behinderungsbedingte Benachteiligung vor; dem beklagten Land sei es aber gelungen zu beweisen, dass ausschließlich andere Gründe als die Schwerbehinderung zur Benachteiligung des Klägers geführt hätten, nämlich vor allem die unzureichende Ausstattung und Organisation des öffentlichen Arbeitgebers. 6

Gegen das ihm am 19.01.2018 zugestellte erstinstanzliche Urteil hat der Kläger am 19.02.2018 Berufung eingelegt, die - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 03.04.2018 - an diesem 03.04.2018 auch begründet worden ist. 7

Der Kläger vertritt die Ansicht, dass sich aus den Darlegungen des beklagten Landes gerade nicht ergebe, dass die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung nur „aus Versehen“ erfolgt sei. Es ergebe sich insbesondere nicht, dass der Zeuge P die 8

Bewerbungsunterlagen und damit seine Schwerbehinderung nicht doch zur Kenntnis genommen habe, als er die Email geöffnet habe. Die Bekundungen der Zeugen in der Beweisaufnahme seien teilweise widersprüchlich und jedenfalls nicht so umfassend, dass eine Benachteiligung ausgeschlossen werden könne. Dass ihn selbst am Eintritt der Benachteiligung ein Mitverschulden treffe, sei abwegig. Er habe eine Lesebestätigung bekommen und habe daher davon ausgehen können, dass beim beklagten Land alles seinen geordneten Gang gehe.

Der Kläger beantragt, wie folgt zu erkennen: 9

Unter Abänderung des am 20.12.2017 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Köln, Aktenzeichen 2 Ca 1016/17, wird das beklagte Land verurteilt, an den Kläger 7.434,39 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.01.2016 zu zahlen. 10

Das beklagte Land beantragt, 11
die Berufung zurückzuweisen. 12

Es sei in der Berufungsinstanz „nurmehr“ streitig, ob das beklagte Land nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme seiner Beweislast genüge, das heiße den Nachweis erbracht habe, dass der Kläger nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt worden sei. Aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme ergebe sich aber zwingend, dass der Kläger nur „aus Versehen“ nicht berücksichtigt worden sei und dass eine Benachteiligung des Klägers wegen der Behinderung nicht Gegenstand des Motivbündels habe sein können, das zu seiner Nichtberücksichtigung geführt habe. Um einen Entschädigungsanspruch zu begründen müsse sich die Behinderung bei der Nichteinladung auswirken. Es fehle im Falle der bloßen Nichteinladung an einem Kausalzusammenhang mit der behaupteten Benachteiligung, wenn die Normverletzung alleine als Voraussetzung für Entschädigungsansprüche angesehen werde. Es bedürfe eines berechtigten Vorwurfs einer Diskriminierung für die Begründung eines Entschädigungsanspruchs. Im hier vorliegenden Fall sei es aber so, dass die Behinderung des Klägers überhaupt nicht am Horizont der Entscheider erschienen sei und daher eine behinderungsbedingte Benachteiligung gar nicht habe eintreten können. Es bleibe im Übrigen bei dem Einwand des Mitverschuldens. 13

Wegen der weiteren Einzelheiten haben die Parteien auf den Inhalt ihrer Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Bezug genommen wird insbesondere auf das Protokoll der Beweisaufnahme vor dem Arbeitsgericht vom 20.12.2017 (Bl. 172 ff d.A.). 14

Entscheidungsgründe 15

I. Die Berufung des Klägers ist zulässig, weil sie statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden ist (§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 Abs. 3 ZPO). 16

II. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache dem Grunde nach Erfolg, der Höhe nach nur teilweise. Die Begründung des Arbeitsgerichts für seine klageabweisende Entscheidung, die Nichtberücksichtigung des Klägers im Bewerbungsverfahren und dessen Nichtberücksichtigung bei der Auswahlentscheidung sei auf ein Versehen, eine Verkettung von unglücklichen Umständen und eine mangelhafte Organisation zurückzuführen, lässt sich mit den gesetzlichen und unionsrechtlichen Vorgaben zur Verschuldensunabhängigkeit des Entschädigungsanspruchs aus § 15 Abs. 2 AGG nicht vereinbaren. 17

Der Kläger hat gegen das beklagte Land einen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, allerdings nur in Höhe von anderthalb Monatsgehältern. 18

1. Der Kläger hat gegen das beklagte Land dem Grunde nach einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG. Nach dieser Vorschrift kann ein schwerbehinderter oder ein einem Schwerbehinderten gleichgestellter Bewerber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Das Benachteiligungsverbot ergibt sich aus § 7 Abs. 1 AGG, dem zufolge Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden dürfen. In § 1 AGG ist die Behinderung als Merkmal genannt. Eine Benachteiligung wegen dieses Merkmals soll nach § 1 AGG verhindert oder beseitigt werden. 19

Das beklagte Land hat gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, indem es den Kläger im *Auswahlverfahren* entgegen einer Vorschrift behandelt hat, die den Kläger als Schwerbehinderten gegenüber anderen Bewerbern bevorzugt, nämlich entgegen § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (§ 165 Satz 3 SGB IX n.F.). Außerdem hat das beklagte Land den Kläger bei der *Auswahlentscheidung* zur Besetzung der Stelle wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt, weil ihm der Beweis eines anderen sachlichen Grundes für die nachteilige Behandlung des Klägers nicht gelungen ist. 20

a. Das beklagte Land hat den Kläger im Stellenbesetzungsverfahren benachteiligt, indem es ihn entgegen § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (§ 165 Satz 3 SGB IX n.F.) nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen hat. Bereits mit der Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch ist der Bewerbungsverfahrensanspruch des schwerbehinderten Bewerbers gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber verletzt. Die Nichteinladung ist mit Blick auf den Verfahrensanspruch nicht nur ein Indiz im Sinne des § 22 AGG, denn der „Verstoß gegen die Bestimmung zum Schutz vor Benachteiligung“, also die Tatsache, deren Nichtvorliegen nach § 22 AGG der Arbeitgeber darlegen und beweisen können soll, ist bereits eingetreten. Das Gegenteil kann vom Arbeitgeber nicht mehr bewiesen werden. Auf ein Verschulden kommt es nicht an. 21

(1) Bereits mit der Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch ist die Verletzung des Bewerberverfahrensanspruchs eingetreten. Mit der in § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) speziell für den öffentlichen Arbeitgeber normierten besonderen Pflicht trägt der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass der schwerbehinderte Mensch aus Anlass seiner Behinderung und damit an sich bereits chancenbenachteiligt ist. Der öffentliche Arbeitgeber wird durch § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) zum Chancenausgleich verpflichtet, indem er dem schwerbehinderten Menschen durch die Einladung zum Vorstellungsgespräch einen *Chancenvorteil* gewährt (BAG, Urteil vom 12.09.2006 - 9 AZR 807/05 -). Insoweit ist der schwerbehinderte Bewerber im Bewerbungsverfahren *besser* gestellt als der nichtschwerbehinderte Konkurrent. Die Vorschrift gibt dem einzelnen schwerbehinderten Bewerber einen Individualanspruch auf Einladung zum Vorstellungsgespräch (BAG, Urteil vom 24.01.2013 – 8 AZR 188/12 –). Durch diese Besserstellung unterscheidet sich also die Situation des schwerbehinderten Bewerbers von der Ausgangsposition der Bewerber mit anderen durch § 1 AGG verpönten Merkmalen: während z.B. schwarze, weibliche, muslimische, agnostizistische, alte oder homosexuelle Bewerber nach dem Gesetz „nur“ gleichbehandelt werden müssen bzw. nicht benachteiligt werden dürfen, soll der schwerbehinderte Bewerber bevorzugt werden. Dies geschieht durch fördernde Regelungen wie § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX), deren Voraussetzung die Schwerbehinderung des Bewerbers ist und die in dieser Hinsicht 22

„behinderungsbedingt“ sind. Wird der Anspruch aus einer solchen „behinderungsbedingten“ Norm verletzt, stellt dies eine behinderungsbedingte Benachteiligung im Verfahren dar. Diese Benachteiligung im Verfahren ist als solche nicht heilbar z.B. durch eine nachträglich Einladung zum Bewerbungsgespräch, wenn der schwerbehinderte Bewerber nach Ablehnung noch während des Bewerbungsverfahrens seinen Anspruch geltend gemacht hat (BAG, Urteil vom 22. August 2013 – 8 AZR 563/12 –). „Sind die Chancen eines Bewerbers bereits durch ein diskriminierendes Verfahren beeinträchtigt worden, kommt es nicht mehr darauf an, ob die (Schwer-)Behinderung bei der abschließenden Einstellungsentscheidung noch eine nachweisbare Rolle gespielt hat“ (BAG, Urteil vom 22. August 2013 – 8 AZR 563/12 –; wortgleich zur geschlechtsbezogenen Benachteiligungen BVerfG v. 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - zu C I 2 c der Gründe). Für den Bewerbungsverfahrensanspruch gelten deshalb andere Kriterien als für die Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG (BAG, Urteil vom 21. Juli 2009 – 9 AZR 431/08 –, ausdrücklich in Rn. 42). Denn Art 33 Abs. 2 GG betrifft erst die Auswahlentscheidung und nicht schon die Gestaltung des Verfahrens.

(2) Da mit dem vollendeten Eintritt der Benachteiligung der Entschädigungsanspruch schon dem Grunde nach entstanden ist, kommt es auf eine Beweislastumkehr im Sinne des § 22 AGG nicht an. Erst recht hat der Arbeitgeber keine Möglichkeit mehr, die Nicht(Verfahrens-)benachteiligung zu beweisen. Nach § 22 AGG trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass „kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat“, wenn der Bewerber Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Vorliegend hat der Kläger nicht nur Indizien dargelegt und für deren Vorliegen Beweis angeboten. Der „Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung“, nämlich der Verstoß gegen § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) hat vielmehr unstreitig vorgelegen. 23

(3) Die hier vorgenommene Trennung der Betrachtung in den Bewerbungsverfahrensanspruch einerseits und den Anspruch auf diskriminierungsfreie Auswahlentscheidung andererseits ist nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen, weil es sich um die Berücksichtigung eines neuen Angriffsmittels im Sinne der Vorschrift handeln würde. Es handelt sich nicht um die Berücksichtigung neuer Tatsachen, Einwendungen, Einreden oder um die Berücksichtigung neuer Beweisanträge (vgl. Zöller, ZPO § 531 Rn. 21). Es geht hier vielmehr um die Anwendung rechtlicher Kategorien auf Tatsachen, die bereits in erster Instanz vorgetragen worden und (als für einen Entschädigungsanspruch nach § 82 Satz 2 SGB IX forderungsbegründend) unstreitig waren. Der Kläger hat einen Entschädigungsanspruch mit der Begründung geltend gemacht, er sei nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Alles Weitere ist Subsumtion und damit Aufgabe des Gerichts. Wenn also das beklagte Land in der Berufungsinstanz vorträgt, es sei „nurmehr“ streitig, ob die vom Arbeitsgericht durchgeführte Beweisaufnahme vom Gericht richtig gewürdigt worden sei, ist das nur insoweit richtig, als die rechtlichen Angriffe des Klägers gegen die erstinstanzliche Entscheidung vor allem die Beweiswürdigung betreffen und nicht die Beweiserhebung selbst. Die Berücksichtigung eines ansonsten unstreitigen Sachverhalts bei der Anwendung der bereits erstinstanzlich diskutierten Rechtsgrundlagen in der Berufungsinstanz ist aber dadurch nicht ausgeschlossen. 24

(4) Der Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 2 AGG setzt kein Verschulden voraus (BAG, Urteil vom 18.03. 2010 - 8 AZR 1044/08 -). Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, das seinerseits den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entspricht. Für die Entstehung des Anspruchs dem Grunde nach kommt es daher nicht darauf an, ob die Benachteiligung absichtlich, ob sie nur „aus Versehen“ oder ob sie aufgrund einer 25

„suboptimalen Organisation und Ausstattung eines öffentlichen Arbeitgebers“ (so die Formulierung des Arbeitsgerichts) geschieht. Bei dem Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG handelt sich um eine nicht kompensatorische Entschädigung für die Nichterfüllung eines individuellen Anspruchs des Bewerbers. Soweit es um einen Schadensersatzanspruch gemäß § 15 Abs. 1 AGG geht, also nicht um den Entschädigungsanspruch nach Abs. 2 wie hier, ist der Anspruch bei fehlendem Verschulden nach dem Gesetzeswortlaut gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG ausgeschlossen. Diese ausdrückliche Einschränkung fehlt in Abs. 2. Schon aus gesetzessystematischen Gründen ist folglich der Entschädigungsanspruch nach Abs. 2 verschuldensunabhängig (hierzu und im Folgenden: ErfK/*Schlachter* § 15 AGG Rn. 1-3). Strukturell legt also die Vorschrift als zentrale Rechtsfolge einer Verletzung des Benachteiligungsverboteseinerseits einen verschuldens*abhängigen* Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Ersatz des *materiellen* Schadens (Abs. 1) sowie einen verschuldens *unabhängigen* Entschädigungsanspruch bei *immateriellen* Schäden (Abs. 2) fest. Konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung von Rechtsfolgen formulieren die einschlägigen Richtlinien (Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG und Art. 17, 25 RL 2006/54/EG) allerdings nicht. Schadensersatzleistungen an die Opfer „können“, müssen aber nicht als Rechtsfolge festgeschrieben werden; wenn sich der nationale Gesetzgeber allerdings dafür entscheidet, solche Ersatzansprüche vorzusehen, muss er die dazu von der Rechtsprechung formulierten und in den Richtlinienwortlaut übernommenen Voraussetzungen beachten: Sie müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein (EuGH, Urteil vom 22. April 1997 – C-180/95 – Draehmpaehl; EuGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 – C-460/06 – Paquay; EuGH, Urteil vom 25. April 2013 – C-81/12 – Asocia?ia ACCEPT.). Trotz der allseits als missverständlich erachteten Begründungserwägung Nr. 18 zur RL 2002/73/EG ist eine finanzielle Entschädigung benachteiligter Personen gerade nicht zwingend erforderlich. Da sich der deutsche Gesetzgeber aber mit § 15 AGG für eine zivilrechtliche Rechtsfolge entschieden hat, darf diese nicht von einem Verschulden des Arbeitgebers abhängig gemacht werden (EuGH, Urteil vom 08. November 1990 – C-177/88 – Decker; EuGH, Urteil vom 22. April 1997 – C-180/95 – Draehmpaehl). Insbesondere muss jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen ausreichen, um die volle Haftung des Urhebers auszulösen (EuGH, Urteil vom 22. April 1997 – C-180/95 – Draehmpaehl). Nach diesen europarechtlichen Vorgaben ist die Entschädigungsregelung trotz des von der Rechtsprechung betonten Sanktionszwecks weder ein Tatbestand der Gefährdungshaftung noch als Strafschadensersatz angelegt (EuGH, Urteil vom 22. April 1997 – C-180/95 – Draehmpaehl). Sie ist vielmehr ein Instrument zur präventiven Verhaltenssteuerung (*Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht - Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP (206) 2006, 352, 398 ff.). Sie ist also Zukunftsbezogen und auch deshalb verschuldensunabhängig.

Nach alledem reicht die objektive Verletzung einer Vorschrift, die die Besserstellung eines Schwerbehinderten bezweckt, aus, um den Entschädigungsanspruch dem Grunde nach zu begründen. 26

(5) Da der Entschädigungsanspruch verschuldensunabhängig ist, ist ein ggfls. vorliegendes Mitverschulden des Bewerbers für die Anspruchsentstehung ohne Bedeutung, soweit nicht die Grenzen von Treu und Glauben und die Grenzen der Sittenwidrigkeit überschritten werden. Lediglich bei der Höhe der Entschädigung können der jeweilige Grad von Verschulden und Mitverschulden eine Rolle spielen. 27

b. Auch bei der *Auswahlentscheidung* hat das beklagte Land den Kläger wegen seiner Behinderung benachteiligt. Die Nichteinladung ist ein Indiz für eine Benachteiligung bei der Auswahlentscheidung. Aus den Darlegungen des beklagten Landes folgt nicht, dass die 28

Nichtberücksichtigung des Klägers bei der Auswahlentscheidung auf anderen sachlichen Gründen beruht.

(1.) Dass die Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch durch den öffentlichen Arbeitgeber ein Indiz im Sinne des § 22 AGG für eine benachteiligende Auswahlentscheidung darstellt, ergibt sich schon aus der Tatsache, dass der Verstoß gegen § 82 Abs. 2 SGB IX a.F. (jetzt: § 165 Abs. 3 SGB IX neuer Fassung) für sich genommen bereits als „Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung“ gilt. 29

(2.) Dem beklagten Land ist der gemäß § 22 AGG mögliche Gegenbeweis nicht gelungen. Es hat nicht bewiesen, dass bei der Nichtberücksichtigung des Klägers ausschließlich nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe vorlagen. Aus dem Vortrag des beklagten Landes und den Bekundungen der Zeugen in der Beweisaufnahme des Arbeitsgerichts ergibt sich vielmehr, dass hinsichtlich des Klägers gar keine sachlichen Gründe vorlagen. 30

Hinsichtlich des Klägers gab es beim beklagten Land kein „Motivbündel“ in dem die Behinderung des Klägers hätte vorkommen oder nicht vorkommen können. Denn das beklagte Land hat die Bewerbung des Klägers gar nicht wahrgenommen. Das europäische Recht (Erwägungsgrund 22 der Richtlinie 2004/113/EG; Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 2000/43/EG; Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2000/78/EG; Erwägungsgrund 17 der Richtlinie 97/80/EG) sieht vor, dass der Bewerber lediglich den „Anschein einer Diskriminierung“ zu beweisen braucht und es sodann dem Arbeitgeber obliegt, diesen Anschein zu widerlegen. Der Bewerber kann den von ihm erwarteten Nachweis führen, indem er Tatsachen glaubhaft macht, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen. Diese Formulierung hatte der deutsche Gesetzgeber in den Vorgängernormen § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB a.F. und § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Satz 3 SGB IX a.F. wörtlich übernommen. Die letztgenannte Norm lautete: „Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder die Behinderung unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist.“ Mit der Neufassung des Wortlauts in § 22 AGG war lediglich eine Klarstellung, nicht aber eine inhaltliche Änderung beabsichtigt (BT-Drs. 16/2022, S. 13.; vgl. Overkamp in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 22 AGG, Rn. 2). Beim notwendigen Gegenbeweis des Arbeitgebers, geht es also um „sachliche Gründe“, die er vortragen muss, aufgrund derer die für den Kläger nachteilige Auswahlentscheidung gefallen ist (zur alten Rechtslage vgl. BAG, Urteil vom 12. September 2006 – 9 AZR 807/05 –, BAGE 119, 262-274, Rn. 44). 31

Das Übersehen oder Verlieren einer Bewerbungsmappe oder einer Bewerbungs-Email ist kein sachlicher Grund. Ein sachlicher Grund in diesem Sinne kann nur bewerber- und verfahrensbezogen sein, sonst hat er nichts mit „der Sache“ zu tun. Der sachliche Grund muss einen Bezug zum Abwägungsvorgang bei der Auswahlentscheidung haben. Das alles trifft auf das versehentliche oder gar völlig schuldlose Nichtbeachten einer Bewerbung nicht zu. Hinsichtlich der Behandlung der Bewerbung des Klägers gab es gar kein „Motivbündel“ und damit auch keinen Teil desselben, der diskriminierend oder nichtdiskriminierend hätte sein können. 32

Mangels Darlegung eines sachlichen Grundes sind auch keine beweiserheblichen Tatsachen ersichtlich. Der mit Beschluss vom 06.08.2017 angekündigte mögliche Vernehmungsgegenstand „Sachbearbeitung der Bewerbung des Klägers“ lässt darauf schließen, dass hier die vom Kläger bestrittene Behauptung des beklagten Landes als 33

Beweisthema im Raume stand, die Mitarbeiterinnen und der Zeuge Pitz hätten die Bewerbung des Klägers aufgrund von Ungenauigkeiten in ihren Absprachen und aufgrund einer unzureichenden IT-Ausstattung des öffentlichen Arbeitgebers gar nicht wahrgenommen, sie hätten die Schwerbehinderung/Gleichstellung des Bewerbers nicht kennen können und sie hätten daher gar nicht die Möglichkeit gehabt, den mithin unbekanntem Bewerber wegen eines nach § 1 AGG verpönten, ihnen nicht bekannten Merkmals zu benachteiligen. Die Mitarbeiter des beklagten Landes und damit das beklagte Land selbst seien also gar nicht schuld an der Nichtbeachtung des Klägers. Wie dargestellt, sind dies alles Kategorien, auf die es nicht ankommt. Das gilt sowohl für die Nichtkenntnis trotz Kennenmüssens, wie für das fehlende Verschulden bei Verschuldensunabhängigkeit, wie auch für das benachteiligungsfreie Motivbündel beim Fehlen desselben. Wäre es anders, so könnte sich der öffentliche Arbeitgeber umso besser der Verantwortung aus § 82 Abs. 2 SGB IX a.F. (jetzt § 165 Satz 3 SGB IX) und § 15 Abs. 2 AGG entziehen, je schlechter er seine Abläufe organisiert. Das entspräche weder dem Geist der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben noch dem Gesetzestext.

2. Der somit dem Grunde nach bestehende Entschädigungsanspruch steht dem Kläger der Höhe nach aber nur in Gestalt von anderthalb Bruttoentgelten zu. Die Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG betrifft den immateriellen Schaden. Dieser Entschädigungsanspruch kommt also auch dann in Betracht, wenn der behinderte Mensch bei diskriminierungsfreier Entscheidung nicht eingestellt worden wäre. Dass der Kläger der beste Bewerber gewesen wäre, er bei diskriminierungsfreiem Verfahren und diskriminierungsfreier Auswahlentscheidung eingestellt worden wäre, behauptet er selbst nicht. Deshalb hat er keinen Schadensersatzanspruch aus § 15 Abs. 1 AGG sondern „nur“ den Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 2 AGG geltend gemacht. 34

Eine Entschädigung in Höhe von anderthalb Bruttomonatsentgelten, also der Hälfte des Höchstbetrages, wurde von der erkennenden Kammer als angemessen erkannt. Bei der Entscheidung der Frage, welche Entschädigung im Sinne des § 15 Abs. 2 AGG angemessen ist, besteht für die Gerichte ein Beurteilungsspielraum, innerhalb dessen sie die Besonderheiten jedes einzelnen Falls zu berücksichtigen haben (BT-Dr 16/1780, S. 38). § 15 Abs. 2 AGG entspricht der Regelung zum Schmerzensgeld in § 253 BGB. Bei der Festsetzung einer angemessenen Entschädigung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Zu diesen zählen etwa die Schwere und Art der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und schließlich das Vorliegen eines Wiederholungsfalls. Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen, so dass die Höhe auch danach zu bemessen ist, was zur Erzielung einer „abschreckenden Wirkung“ im Sinne der europarechtlichen Vorgaben erforderlich ist (BAG, Urteil vom 18.03.2010 - 8 AZR 1044/08 -). Der Arbeitgeber soll von künftigen Diskriminierungen abgehalten werden, wobei die Entschädigung in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss (BT-Dr 16/1780, S. 38). Der Grad eines etwa vorliegenden Verschuldens kann bei der Höhe der Entschädigung berücksichtigt werden (BAG, Urteil vom 18.03. 2010 - 8 AZR 1044/08 -). 35

Unter Berücksichtigung dieser in der Gesetzesbegründung und in der Rechtsprechung des BAG benannten Kategorien gilt für den vorliegenden Fall das Folgende: Zur Schwere und Art der Benachteiligung, zu ihrer Dauer und ihren Folgen lässt sich sagen, dass sich aus den Darlegungen des Klägers und aus dem Ergebnis der Beweisaufnahme erkennbar *nicht* ergibt, dass der Kläger wegen seiner Behinderung bewusst und gewollt zurückgesetzt, erniedrigt oder beleidigt worden wäre. Es handelt sich also keinesfalls um einen Extremfall, der die volle 36

Ausschöpfung des Entschädigungsrahmens rechtfertigen könnte. Aus der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme, deren Ergebnis an dieser Stelle nutzbar gemacht werden kann, ergibt sich zur Kategorie „Anlass und Beweggrund des Handelns“, dass drei Mitarbeiter des Oberlandesgerichts bemüht waren, alles richtig zu machen. Anlass war eine Überforderung der EDV und eine unvollkommene Organisation des Arbeitsablaufs, die, wie sich dann gezeigt hat, nicht geeignet war, Fehler auszuschließen. Der „Beweggrund“ war das Bemühen um eine effektive Abarbeitung des überraschend umfangreichen Posteingangs und hatte nichts mit der Zurücksetzung oder gar Diskriminierung von Bewerbern zu tun, die Träger eines nach § 1 AGG verpönten Merkmals sein könnten. Den Mitarbeitern des OLG ist aufgrund nur leichter Fahrlässigkeit ein kleiner Organisationsfehler unterlaufen, der zu einem erheblichen immateriellen Schaden für den nicht berücksichtigten Bewerber einerseits und zu einem (durch den vorliegenden Rechtsstreit) ebenso erheblichen materiellen Schaden für das beklagte Land andererseits geführt hat. Dies alles ist zu Gunsten des beklagten Landes zu berücksichtigen.

Eine wie auch immer geartete Wiedergutmachung wurde nicht geleistet. Eine durch das beklagte Land veranlasste Genugtuung ist nicht ersichtlich. Beides sind Feststellungen, die bei der Bemessung des Entschädigungsbetrages neutral sind, und deshalb von der erkennenden Kammer weder zu Gunsten noch zu Lasten des beklagten Landes Berücksichtigung finden müssen. 37

Im Rahmen der Abwägung spricht *gegen* das beklagte Land, dass die vorliegende Diskriminierung des Klägers kein Einzelfall ist, weil der gleiche Kläger im Rahmen des gleichen Ausschreibungsverfahrens mit seiner Bewerbung auf ähnliche Weise beim OLG Düsseldorf gescheitert ist. Gegen das beklagte Land spricht weiter, dass es als öffentlicher Arbeitgeber von der Vorbildfunktion betroffen ist, die ihm durch § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (Jetzt: § 165 Satz 3 SGB IX) zugewiesen wurde und dass es dieser Vorbildfunktion nicht gerecht wurde. Der Anspruch des schwerbehinderten Bewerbers auf Einladung zum Vorstellungsgespräch ist keine formale Lappalie. Er ist für viele Schwerbehinderte die einzige Stütze für die Hoffnung, trotz Schwerbehinderung eine Chance auf dem Arbeitsmarkt zu bekommen. Mit dieser Hoffnung mehrfach zu scheitern - und sei es auch nur wegen der mangelnden Sorgfalt der handelnden Personen - ist ein schwerwiegender Einschnitt für Selbstbewusstsein und Arbeitsenthusiasmus. Dies wirkt sich auch auf die Kategorie „Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers“ aus. Hier kann nicht auf das redliche Bemühen der betroffenen drei Mitarbeiter vor Ort abgestellt werden, sondern es muss die Organisation als Ganzes Gegenstand der Betrachtung sein. Dabei spricht das Urteil des Arbeitsgerichts richtigerweise von „suboptimaler Ausstattung“. Daraus folgt aber nicht etwa die Entschuldigung des öffentlichen Arbeitgebers, sondern umgekehrt dessen besondere Verantwortung. Ein GB Speicherkapazität kostet zurzeit in IT-Verbrauchermärkten etwas über 2 Cent. Die Speicherkapazität in Outlook für Emails liegt im Bereich der Justiz soweit bekannt bei ca. 300 MB pro Arbeitsplatz. Eine Verzehnfachung des Speicherplatzes würde pro Arbeitsplatz weniger als 10 Cent kosten, also eine Größenordnung, die wirtschaftlich marginal und folglich mit Blick auf den öffentlichen Haushalt unbeachtlich ist. Scheitert die Verwirklichung eines individuellen Anspruchs, dessen Ziel es ist, im öffentlichen Dienst - als Vorbild für den Rest der Arbeitgeber - die Benachteiligungen von Schwerbehinderten zu bekämpfen, an der Größe eines Emailpostfachs, so liegt ein grundlegender Organisationsfehler vor. Um den von der Gesetzesbegründung (BT-Dr 16/1780, S. 38) beschriebenen Zweck der Vorschrift, den Arbeitgeber durch die Entschädigung von künftigen Diskriminierungen abzuhalten, zu verwirklichen, reichen symbolische Entschädigungsbeträge nicht aus. Diese wären auch nicht geeignet, beim diskriminierten Bewerber den notwendigen Genugtuungseffekt herbeizuführen. Anderthalb Bruttomonatsentgelte nach der 38

Entgeltgruppe, die für die zu besetzende Stelle vorgesehen war, erscheinen daher als insgesamt angemessen.

3. Der Entschädigungsanspruch ist innerhalb der gesetzlichen Fristen schriftlich und gerichtlich geltend gemacht worden. Nachdem das beklagte Land auf die Bewerbung des Klägers von Anfang August 2015 gar nicht reagiert hatte, hat die Frist des § 15 Abs. 4 AGG nicht zu laufen begonnen. Die schriftliche Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs vom 14.12.2015 fand daher jedenfalls innerhalb der Zwei-Monats-Frist des § 15 IV AGG statt. Tatsachen, die für eine Verwirkung sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Dafür fehlt es schon am Zeitpunkt. Mit der Klageeinreichung am 11.03.2018 hat der Kläger danach auch die dreimonatige Klagefrist des § 61b I ArbGG eingehalten. 39

Nach alledem war das Urteil des Arbeitsgerichts auf die Berufung des Klägers teilweise abzuändern und das beklagte Land war zu verurteilen, die Hälfte des eingeklagten Betrages zu zahlen. Im Übrigen war die Berufung unbegründet und daher im Übrigen zurückzuweisen. 40

III. Nach §§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 92 ZPO waren die Kosten des Rechtsstreits jeder Partei zur Hälfte aufzuerlegen, da der Kläger mit seinem ursprünglichen Klagebegehren genau zur Hälfte gewonnen und verloren hat. 41

Die Revision war zuzulassen, weil entscheidungserhebliche Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 72 Abs. 2 ArbGG haben. Dies betrifft zunächst die klare Aufteilung der Betrachtung in die Beurteilung des Bewerbungsverfahrens einerseits und der Auswahlentscheidung andererseits (soweit wurde noch der bereits ergangenen Rechtsprechung gefolgt: BAG, Urteil vom 22.08.2013 – 8 AZR 563/12 –) und die Erkenntnis, dass bei Verletzung des *Verfahrensanspruchs* aus § 82 Satz 2 SGB IX a.F. (jetzt § 165 SGB IX) ein Gegenbeweis des Arbeitgebers im Sinne des § 22 AGG nicht in Betracht kommt. Bei der Beurteilung der *Auswahlentscheidung* folgt das hier vertretene Verständnis der „sachlichen Gründe“ beim Gegenbeweis des Arbeitgebers der alten Rechtslage (§ 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Satz 3 SGB IX a.F.). Der Wortlaut des § 22 AGG ist diesbezüglich etwas abweichend, soll aber nach der hier vertretenen Lösung zu keinem anderen Ergebnis führen. 42