

1. Unterbliebene Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch wegen Überqualifikation für die ausgeschriebene Stelle - Pflicht zur Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung - Gesetzwidrige Absprache mit Arbeitgeber

Gericht: LAG Saarbrücken 1. Kammer

Aktenzeichen: 1 Sa 61/12

Urteil vom: 08.01.2014

Leitsätze:

1. Für den nach [§ 22 AGG](#) möglichen Nachweis, dass für die Nichteinladung eines schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch ausschließlich andere Gründe als die Behinderung maßgeblich waren, können nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur solche Gründe herangezogen werden, die weder einen Bezug zu der Behinderung des Bewerbers aufweisen noch die fachliche Eignung des Bewerbers berühren.

2. Schließt ein öffentlicher Arbeitgeber einen schwerbehinderten Bewerber aus dem Auswahlverfahren aus, weil er ihn für überqualifiziert hält und er Stellen aufgrund von personalpolitischen Erwägungen nicht mit überqualifizierten Bewerbern besetzen möchte, so handelt es sich dabei nicht um eine Frage der fachlichen Eignung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Revision ist beim BAG eingelegt unter dem Aktenzeichen 8 AZR 194/14.

Tenor:

1. Die Berufung des Klägers gegen das am 9. August 2012 verkündete Urteil des Arbeitsgerichts Saarbrücken (2 Ca 258/11) wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger macht gegen das beklagte Land Entschädigungsansprüche nach [§ 15 Absatz 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes \(AGG\)](#) geltend.

Das beklagte Land hatte mit einer am 29. Juli 2010 im Amtsblatt des Landes veröffentlichten Stellenausschreibung (Blatt 24 der Akten) für den Bereich des damaligen Ministeriums ... eine Stelle als 'Sachbearbeiterin/Sachbearbeiters des gehobenen Dienstes' ausgeschrieben, wobei der Sachbearbeiterin beziehungsweise dem Sachbearbeiter insbesondere die zuwendungsrechtliche Abwicklung von Fördermaßnahmen, insbesondere in EU-kofinanzierten Bereichen, obliegen sollte. Hinsichtlich der Anforderungen an den Bewerber beziehungsweise die Bewerberin heißt es in der Ausschreibung unter anderem:

'Infrage kommen Bewerberinnen und Bewerber mit kaufmännischem bzw. betriebswirtschaftlichem Hochschulabschluss (FH oder Bachelor).'

Der Kläger bewarb sich mit einem Schreiben vom 19. August 2010 (Blatt 25 der Akten) auf die ausgeschriebene Stelle. Er hat in der Zeit von 1982 bis 1989 ein Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Universität K. mit einem Abschluss als Diplom-Kaufmann absolviert. Details insbesondere hinsichtlich seiner Ausbildung und seiner daran anschließenden beruflichen Tätigkeiten einschließlich der dabei absolvierten Weiterbildungsmaßnahmen ergeben sich aus einem Lebenslauf (Blatt 26 und 27 der Akten), den der Kläger seinem Bewerbungsschreiben beigelegt hatte.

Mit einem Schreiben vom 5. November 2010 (Blatt 30 der Akten) teilte das beklagte Land, vertreten durch das damalige Ministerium ..., dem Kläger mit, dass sich das beklagte Land für einen anderen Bewerber entschieden habe. Mit einem Schreiben vom 29. Dezember 2010 (Blatt 31 und 32 der Akten) machten die Rechtsanwälte des Klägers, seine Prozessbevollmächtigten in dem vorliegenden Rechtsstreit, gegen das beklagte Land einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Absatz 2 AGG geltend, und zwar unter Hinweis darauf, dass der Kläger - er ist mit einem Grad von 50 als schwerbehinderter Mensch anerkannt - von dem beklagten Land aufgrund seiner Schwerbehinderung diskriminiert worden sei. Der Kläger sei entgegen einer sich aus § 82 des Neunten Teils des Sozialgesetzbuches (SGB IX) ergebenden dahingehenden Verpflichtung von dem beklagten Land nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Außerdem sei davon auszugehen, dass das beklagte Land die Stelle nicht bei der Bundesagentur für Arbeit gemeldet habe. Dem Kläger stehe daher gegen das beklagte Land eine Entschädigung in Höhe von drei Bruttomonatsgehältern, berechnet nach der Entgeltgruppe 11, Stufe 3 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder zu, und damit in Höhe eines Betrages von 9.459,42 EUR. Nachdem das beklagte Land die von dem Kläger geltend gemachten Ansprüche - unter Hinweis darauf, dass der Kläger im Hinblick auf seinen Hochschulabschluss als Diplom-Kaufmann den in der Stellenausschreibung geforderten Ausbildungsvoraussetzungen, nämlich einem Fachhochschul-Abschluss oder einem Bachelor-Abschluss, nicht entsprochen habe - zurückgewiesen hatte, und zwar zuletzt mit einem Schreiben vom 28. März 2011, hat der Kläger durch seine Prozessbevollmächtigten Klage erhoben. Die Klageschrift ist am 29. März 2011 bei dem Arbeitsgericht Saarbrücken eingegangen und wurde dem beklagten Land am 5. April 2011 zugestellt.

Auch mit der Klageschrift macht der Kläger geltend, er sei von dem beklagten Land wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert worden. Das beklagte Land habe ihn entgegen einer dahingehenden Verpflichtung nach § 82 Satz 2 SGB IX nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, obwohl das beklagte Land aufgrund des Bewerbungsschreibens von seiner Schwerbehinderung Kenntnis gehabt habe. Von einer Einladung zu einem Vorstellungsgespräch habe das beklagte Land nicht absehen dürfen, denn er sei für die ausgeschriebene Stelle nicht offensichtlich fachlich ungeeignet gewesen. Dass er gleichwohl nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei, rechtfertige nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Vermutung, dass er wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt worden sei, mit der Folge, dass das beklagte Land nach § 22 AGG beweisen müsse, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorliege. Darüber hinaus sei davon auszugehen, dass die Stelle auch nicht bei der Bundesagentur für Arbeit gemeldet worden sei, was nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ebenfalls ein Indiz für die Benachteiligung eines schwerbehinderten Bewerbers sei. Und schließlich sei auch davon auszugehen, dass die in dem Ministerium ... des beklagten Landes eingerichtete Schwerbehindertenvertretung entgegen § 81 Absatz 1 Satz 4 und 6 SGB IX bei der Stellenbesetzung nicht beteiligt worden sei; jedenfalls habe die Schwerbehindertenvertretung zu ihm keinen Kontakt aufgenommen. Die von dem beklagten Land zu zahlende Entschädigung werde der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellt, solle jedoch nicht unter einem Betrag von 9.459,42 EUR, nämlich drei Bruttomonatsgehältern, liegen.

Der Kläger hat in erster Instanz beantragt,

das beklagte Land zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, die jedoch nicht unter 9.459,42 EUR liegen sollte, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. April 2011.

Das beklagte Land hat in erster Instanz beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das beklagte Land hat in erster Instanz geltend gemacht, es liege keine Diskriminierung des Klägers vor. Der Kläger habe trotz seiner Schwerbehinderung nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden müssen, denn er sei für die ausgeschriebene Stelle offensichtlich ungeeignet gewesen. Auf die ausgeschriebene Stelle hätten sich insgesamt 72 Bewerberinnen und Bewerber beworben. Davon hätten insgesamt 15 Bewerberinnen beziehungsweise Bewerber über einen Universitätsabschluss verfügt, die meisten davon als Diplom-Kaufmann oder mit einem Master-Abschluss. Alle Bewerber beziehungsweise Bewerberinnen mit einem universitären Hochschulabschluss seien, wie sich aus der Matrix der Bewerberinnen und Bewerber (Blatt 57 bis 60 der Akten) ergebe, von Anfang an nicht berücksichtigt worden, weil sie die Voraussetzungen der Stellenausschreibung offensichtlich nicht erfüllten. Sie seien überqualifiziert gewesen. Der Stellenausschreibung sei klar und unmissverständlich zu entnehmen gewesen, dass es sich um die Ausschreibung einer Stelle 'nur' für den gehobenen Dienst handle, also für eine Stelle ab der Entgeltgruppe 9 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder, und für diese 'Laufbahn' lediglich Bewerber mit einem Fachhochschul-Abschluss oder mit einem Bachelor-Abschluss in Betracht kämen. Es sei Sache des Arbeitgebers, das Anforderungsprofil für eine ausgeschriebene Stelle zu bestimmen. Ein universitärer Diplom-Abschluss sei für die Stelle gerade nicht erforderlich und im Hinblick auf eine damit verbundene Überqualifizierung auch nicht gewünscht gewesen. Bei der ausgeschriebenen Tätigkeit habe es sich um eine 'einfache' Sachbearbeitertätigkeit gehandelt. Ein universitärer Abschluss werde von dem beklagten Land nur dann vorausgesetzt, wenn eine Stelle im höheren Dienst und damit in einer anderen 'Laufbahn', nämlich entsprechend einer Eingruppierung ab der Entgeltgruppe Ziffer 13 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder, ausgeschrieben werde. Hintergrund für die seit Jahren von dem beklagten Land - unabhängig davon, um welche Stelle es dabei gehe - praktizierte restriktive Handhabung, keine überqualifizierten Bewerberinnen oder Bewerber einzustellen, sei, dass so die Gefahr einer Frustration wegen einer mangelnden Auslastung oder die Gefahr von 'Rangordnungskämpfen' unter den Beschäftigten mit dem besser qualifizierten 'Neuen' vermieden werden sollten. Gegen die von dem Kläger geltend gemachte Diskriminierung spreche im Übrigen, dass sich zwei weitere Schwerbehinderte beworben hätten und diese - weil sie im Gegensatz zu dem Kläger nicht offensichtlich ungeeignet gewesen seien, zum Beispiel im Hinblick auf eine an einer Fachhochschule erworbene Qualifikation als Diplom-Verwaltungswirt - zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sein, wobei bei einem der beiden Bewerber sogar ein Grad der Behinderung von 70 vorgelegen habe. Im Übrigen seien, so hat das beklagte Land schließlich noch geltend gemacht, auch Zweifel angebracht, wenn ein Diplom-Kaufmann mit einem Universitätsabschluss ernsthaft behaupte, mit der Stelle eines 'einfachen' Sachbearbeiters mit einer Eingruppierung in die Entgeltgruppe 9 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder längerfristig zufrieden zu sein, denn für eine solche Tätigkeit würden nach den tarifvertraglichen Regelungen rund 1.000 EUR netto weniger gezahlt als für eine Tätigkeit, die einem Hochschulabsolventen 'zustehe'.

Dem hat der Kläger in der Folge entgegengehalten, das beklagte Land habe von seiner Einladung zu einem Vorstellungsgespräch nicht im Hinblick auf eine 'Überqualifikation' absehen dürfen. Das beklagte Land habe den betriebswirtschaftlichen Hochschulabschluss des Bachelor als universitären Hochschulabschluss als

ausreichend erachtet, um die Anforderungen der Stelle zu erfüllen. Bei dem Bachelor handele es sich um das universitäre Grundstudium, so dass er als Diplom-Kaufmann jedenfalls die Fachkenntnisse aufweise, die im Rahmen eines Bachelor-Studiums der Betriebswirtschaftslehre erworben würden. Demgemäß sei es auch unzulässig gewesen, ihn und auch alle anderen Diplom-Kaufleute als ungeeignet einzustufen und sie aus dem Bewerbungsverfahren herauszunehmen. Es sei zunächst dem Bewerber selbst zu überlassen, mit welcher Qualifikation er arbeiten wolle. Er, der Kläger, hätte sich jedenfalls gut vorstellen können, die Stelle bei dem beklagten Land auszufüllen, auch hätte ihn die Stelle ohne Frustrationen ausgefüllt. Soweit die Beklagte auf 'Rangordnungskämpfe' verweise, handele es sich zum einen um einen pauschalen und daher nicht einlassungsfähigen Vortrag, zum anderen gebe es andere Mittel und Wege, solche Auseinandersetzungen zwischen den Beschäftigten zu vermeiden. Mit Nichtwissen müsse bestritten werden, dass zwei andere schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden seien. Es gehe auch nicht um die Benachteiligung der schwerbehinderten Bewerber an sich, sondern um seine eigene konkrete Benachteiligung als schwerbehinderter Bewerber in dem Bewerbungsverfahren. Auf die ausgeschriebene Stelle habe er sich entgegen den von dem beklagten Land insoweit vorgebrachten Zweifeln auch ernsthaft beworben. Zwischenzeitlich habe er eine Halbtagsstelle im öffentlichen Dienst aufgenommen, und zwar in einer Position des gehobenen Dienstes mit einer Vergütung nach der Entgeltgruppe 9.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Arbeitsgericht hat ausgeführt, dem Kläger stehe der geltend gemachte Entschädigungsanspruch nicht zu. Zwar habe der Kläger einen solchen Entschädigungsanspruch fristgemäß geltend gemacht und anschließend ebenfalls fristgerecht Klage erhoben. Eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung sei jedoch nicht zu erkennen. Der Kläger sei von dem beklagten Land zu Recht nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden, weil er im Sinne von § 82 Satz 3 SGB IX offensichtlich fachlich nicht geeignet gewesen sei. Ob ein Bewerber offensichtlich nicht über die notwendige fachliche Eignung verfüge, beurteile sich nach den Ausbildungs- und Prüfungsvoraussetzungen für die zu besetzende Stelle sowie nach den einzelnen Aufgabengebieten. Diese Voraussetzungen würden durch die in der Stellenausschreibung geforderten Qualifikationsmerkmale konkretisiert, wobei das von dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes in der Stellenausschreibung festgelegte Anforderungsprofil die objektiven Anforderungen der Stelle abbilden müsse. Ausgehend von diesen Grundsätzen sei der Kläger objektiv überqualifiziert gewesen, weshalb er den Anforderungen der ausgeschriebenen Stelle nicht entsprochen habe. Das Anforderungsprofil erfülle sowohl derjenige Bewerber nicht, der die geforderte Ausbildung nicht aufweise, als auch derjenige, der eine höhere Ausbildung aufweise und damit als überqualifiziert anzusehen sei. Nach Artikel 33 Absatz 2 des Grundgesetzes (GG) müsse der öffentliche Arbeitgeber die Stelle dem besten Bewerber übertragen. Dabei sei die Ausbildung ein wesentliches Kriterium für die zu treffende Auswahlentscheidung. Aufgrund der unterschiedlichen Laufbahnen im öffentlichen Dienst würden von den Bewerbern grundsätzlich unterschiedliche Qualifikationen abverlangt. Für die Laufbahn des gehobenen Dienstes, die in dem Bereich des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder den Entgeltgruppen 9 bis 12 entspreche, werde grundsätzlich ein Fachhochschul-Studium oder ein Bachelor-Abschluss gefordert. Für die Laufbahn des höheren Dienstes werde hingegen ein Universitätsabschluss verlangt, und zwar entweder aufgrund der bisherigen Studienordnungen oder als Master-Abschluss. Da der öffentliche Arbeitgeber gehalten sei, den jeweils besten Bewerber beziehungsweise die jeweils beste Bewerberin für die Stelle auszuwählen, wäre, so führt das Arbeitsgericht weiter aus, bei im Übrigen gleicher Eignung stets derjenige auszuwählen, der den besseren oder gegebenenfalls höheren Universitätsabschluss vorweisen könne. Ließe der öffentliche Arbeitgeber im Bereich des gehobenen Dienstes auch Bewerber zu, die die Eignung für die Laufbahn des höheren Dienstes durch den Abschluss eines Master-Studiengangs nachweisen könnten, so führe dies dazu, dass diese bei im Übrigen gleicher Eignung andere Mitbewerber, die mit einem Bachelor-Abschluss oder einem Fachhochschul-Abschluss die üblichen Voraussetzungen für den gehobenen Dienst erfüllten, verdrängten. Ein solcher Verdrängungswettbewerb würde jedoch zu einer Benachteiligung der an sich für den gehobenen Dienst geeigneten Bewerber führen.

Deshalb sei der öffentliche Arbeitgeber zur Wahrung der Anforderungen des Artikels 33 Absatz 2 GG gehalten, grundsätzlich lediglich die Personen für eine bestimmte Laufbahn zuzulassen, die die entsprechenden Voraussetzungen aufwiesen, und nicht auch die Bewerber höherer Laufbahnen. Demgemäß habe hier das beklagte Land auch so verfahren dürfen. Bereits aufgrund des Textes der Stellenausschreibung sei erkennbar gewesen, dass überqualifizierte Bewerber nicht genommen würden. Aus der Ausschreibung ergebe sich nämlich explizit, dass eine Sachbearbeiterin beziehungsweise ein Sachbearbeiter des gehobenen Dienstes gesucht werde, so dass sich die Ausschreibung ausschließlich an Personen richte, die einen Fachhochschul-Abschluss oder einen Bachelor-Abschluss vorweisen könnten.

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er hält die Entscheidung des Arbeitsgerichts für unzutreffend. Um dies zu begründen, wiederholt, ergänzt und vertieft er seinen Vortrag erster Instanz. Er macht insbesondere geltend, das Arbeitsgericht habe den Begriff der offensichtlich fehlenden fachlichen Eignung verkannt und sei davon ausgehend zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt, dass er nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden müsse. Es sei kein rechtlicher Gesichtspunkt erkennbar, weshalb nicht auch ein vermeintlich 'überqualifizierter Bewerber' die Chance haben solle, in einem Vorstellungsgespräch seine Eignung für die ausgeschriebene Stelle darzulegen. Für die Frage, ob einem Bewerber die fachliche Eignung offensichtlich fehle, sei im öffentlichen Dienst auf die veröffentlichte Stellenausschreibung und das darin enthaltene Anforderungsprofil abzustellen. Dabei habe der öffentliche Arbeitgeber das Anforderungsprofil ausschließlich nach objektiven Kriterien festzulegen. Eine Einengung des Kreises der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu vergleichenden Bewerberinnen und Bewerber um ein öffentliches Amt dürfe nur aufgrund sachlicher Erwägungen erfolgen. Mit dem Anforderungsprofil in einer Stellenausschreibung stelle der öffentliche Arbeitgeber lediglich Mindestanforderungen auf. Dass der öffentliche Arbeitgeber berechtigt wäre, auch Maximalanforderungen zu konstatieren, sei, soweit ersichtlich, jedenfalls bisher durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht festgestellt worden. Da es bei der Festlegung des Anforderungsprofils um die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung gehe, ergebe die Vorgabe von Maximalanforderungen auch keinen Sinn und widerspreche dem Grundsatz, dass der Zugang zu öffentlichen Ämtern jedermann offen stehen müsse. Dies sei auch unter dem Gesichtspunkt der grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit von Bedeutung. Rechtsirrig gehe das Arbeitsgericht auch davon aus, dass bei einer Zulassung 'überqualifizierter Bewerber' zwingend eine Verdrängung geeigneter Bewerber für den gehobenen Dienst durch Bewerber mit einer Eignung für den höheren Dienst erfolgen würde. Abzustellen sei nämlich bei gleicher Eignung nicht nur auf die formelle 'Überqualifikation', sondern auch auf andere Kriterien. Das Arbeitsgericht verkenne zudem, dass es auch bei formal gleicher Qualifikation von Mitarbeitern zu 'Rangordnungskämpfen' kommen könne. Abgesehen davon dürfe auch keinem Bewerber die Möglichkeit genommen werden, sich auf eine Position zu bewerben, hinsichtlich derer er das Anforderungsprofil vollständig erfülle. Es könne nämlich gute Gründe geben, die einen Bewerber dazu bewegten, auch eine formal niedriger qualifizierte Stelle anzutreten. Er, der Kläger, habe während seiner langen Arbeitslosigkeit feststellen müssen, dass Stellen im höheren Dienst des öffentlichen Dienstes nur selten ausgeschrieben würden, Positionen des gehobenen Dienstes aber regelmäßig zur Besetzung anstünden.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts das beklagte Land zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, die jedoch nicht unter 9.459,42 EUR liegen sollte, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. April 2011.

Das beklagte Land beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das beklagte Land hält die Entscheidung des Arbeitsgerichts für zutreffend. Das beklagte Land verweist erneut darauf, dass dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes bei der Festlegung des Anforderungsprofils für eine ausgeschriebene Stelle ein von der Verfassung gewährleisteter Beurteilungsspielraum zukomme, der nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliege. Von vornherein Bewerber aus dem Auswahlverfahren herauszunehmen, die überqualifiziert seien, diene einer geordneten öffentlichen Verwaltung, da andernfalls ein Verdrängungswettbewerb 'von oben nach unten' erfolge. Über die von dem Kläger vertretene Rechtsauffassung, es sei kein rechtlicher Gesichtspunkt erkennbar, weshalb nicht auch ein vermeintlich 'überqualifizierter Bewerber' die Chance haben solle, in einem Vorstellungsgespräch seine Eignung für die Stelle darzulegen, möge man unter Juristen streiten können. Mit einer etwaigen Benachteiligung schwerbehinderter Bewerber habe dies aber überhaupt nichts zu tun. Selbst wenn in der Stellenausschreibung das Anforderungsprofil in unzulässiger Weise verengt worden sei, hätte sich der Kläger, so macht das beklagte Land weiter geltend, zudem nicht nur bewerben können, sondern auch im Fall einer seiner Auffassung nach unzulässigen Ablehnung vorläufigen Rechtsschutz bei dem Arbeitsgericht in Anspruch nehmen können mit dem Ziel, die Besetzung der Stelle zu verhindern. Im Übrigen sei darauf zu verweisen, das es zwar ein Indiz für eine Diskriminierung eines schwerbehinderten Bewerbers darstelle, wenn er entgegen der gesetzlichen Regelung in § 82 Satz 2 SGB IX nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werde. Dieses Indiz werde jedoch widerlegt, wenn der Arbeitgeber schwerbehinderte Bewerber, die das Anforderungsprofil erfüllten, zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen habe, was hier geschehen sei, denn sämtliche schwerbehinderten Bewerber, die die Voraussetzungen für eine Einstellung in den gehobenen Dienst erfüllt hätten, seien zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Es habe hier auch nicht Sinn und Zweck eines Vorstellungsgesprächs sein können, den öffentlichen Arbeitgeber von der Eignung des schwerbehinderten Bewerbers zu überzeugen. Die Eignung des Klägers sei nicht in Frage gestellt worden, vielmehr sei der Kläger überqualifiziert gewesen. Wenn eine Stelle im gehobenen Dienst von ihm, dem beklagten Land, ausgeschrieben werde, so würden - in Abstimmung mit der Personalvertretung und der Schwerbehindertenvertretung - aus den in erster Instanz bereits dargelegten Gründen grundsätzlich nur Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, die die Voraussetzungen für den gehobenen Dienst erfüllten, nicht auch solche, die überqualifiziert seien. Es sei zu unterstellen, dass der Kläger aufgrund seiner Berufsausbildung und seiner Qualifikation für den höheren Verwaltungsdienst allen Mitbewerbern des gehobenen Verwaltungsdienstes qualitativ überlegen sei. Würde man deshalb nach Artikel 33 Absatz 2 GG auf die Qualifikation abstellen, so hätte dies, so führt das beklagte Land weiter aus, zur Folge, dass der Kläger auf jeden Fall, wenn es keine weiteren vergleichbaren Bewerber mit der Qualifikation für den höheren Verwaltungsdienst gegeben hätte, auf jeden Fall hätte eingestellt werden müssen. Nicht nur die nichtbehinderten Bewerber mit der Qualifikation für den gehobenen Dienst, sondern insbesondere auch die schwerbehinderten Bewerber mit der Qualifikation für den gehobenen Dienst würden dadurch benachteiligt werden. Es bestehe auch eine Vereinbarung zwischen der Personalabteilung des Ministeriums ... einerseits und der Schwerbehindertenvertretung andererseits, dass Letztere nicht über alle eingehenden Bewerbungen informiert werden müsse. Die Schwerbehindertenvertretung sehe sich außerstande, bei ständig steigenden Bewerbungszahlen alle Bewerbungen zu überprüfen. Deswegen habe man sich mit der Schwerbehindertenvertretung dahingehend verständigt, dass diese nur über die in die nähere Auswahl kommenden Bewerber informiert werde und ihr die entsprechenden Unterlagen vorgelegt würden. Da der Kläger nicht in die engere Auswahl gekommen sei, seien der Schwerbehindertenvertretung die Bewerbungsunterlagen des Klägers auch nicht vorgelegt worden. Dabei sei auch noch einmal daran zu erinnern, dass zwischen der Personalabteilung des Ministeriums einerseits und dem Personalrat sowie der Schwerbehindertenvertretung andererseits Konsens dahin bestehe, dass höher qualifizierte Bewerber im

Bewerbungsverfahren nicht zu berücksichtigen seien. Das gelte sowohl für nichtbehinderte als auch für behinderte Bewerber. In diesem Zusammenhang sei auch zu bedenken, dass es Sinn und Zweck eines Vorstellungsgespräches ausschließlich sei, dass der behinderte Bewerber den potentiellen Arbeitgeber trotz seiner Behinderung von seiner Qualifikation überzeugen könne. Das sei hier aber überhaupt nicht das Problem gewesen. An der Qualifikation des Klägers habe niemand gezweifelt. Die Ausschreibung für die Stelle sei auch dahin zu verstehen gewesen, dass der Fachhochschulabschluss beziehungsweise der Bachelor-Abschluss als Höchstqualifikation gefordert würden. Diese Art der Ausschreibung entspreche der bisherigen Praxis des Ministeriums und es seien daher bislang auch stets und ohne Ausnahme Bewerber mit einer höheren Qualifikation aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen worden. Demgemäß werde auch kein Bewerber, der die Voraussetzungen für die Einstellung in den höheren Verwaltungsdienst erfülle, zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, wenn eine Stelle für den gehobenen Dienst ausgeschrieben worden sei. Entgegen der Annahme des Klägers sei die ausgeschriebene Stelle, der Verpflichtung nach § 81 Absatz 1 Satz 2 SGB IX entsprechend, auch der Agentur für Arbeit in S. gemeldet worden. Vorsorglich sei darauf hinzuweisen, dass die von dem Kläger geltend gemachte Entschädigungsforderung der Höhe nach weit übersetzt sei.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des Urteils des Arbeitsgerichts (Blatt 96 bis 108 der Akten), auf die Schriftsätze der Parteien in erster und zweiter Instanz sowie auf die Niederschriften über die Termine zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer vom 7. August 2013 (Blatt 189 bis 194 der Akten) und vom 8. Januar 2014 (Blatt 258 bis 267 der Akten) Bezug genommen. Mit einem Aufklärungsbeschluss vom 7. August 2013 (Blatt 190 bis 194 der Akten) und einer gerichtlichen Verfügung vom 3. Dezember 2013 (Blatt 234 bis 236 der Akten) hat das Berufungsgericht die Parteien auf rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte hingewiesen, auf die es für die Entscheidung ankommen konnte, woraufhin die Parteien ergänzend vorgetragen haben. In dem letzten Termin zur mündlichen Verhandlung, auf den das vorliegende Urteil ergangen ist, hat die Kammer Beweis erhoben durch Vernehmung von Zeugen; wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 8. Januar 2014 (Blatt 258 bis 267 der Akten) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist nicht begründet. Das Arbeitsgericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Kläger der geltend gemachte Entschädigungsanspruch nicht zusteht. Das Vorbringen des Klägers im Berufungsverfahren und die von der Kammer durchgeführte Beweisaufnahme rechtfertigen keine andere Beurteilung.

I.

Ziel des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist es, Benachteiligungen unter anderem wegen einer Behinderung zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1 AGG). Nach § 7 Absatz 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe benachteiligt werden. Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 15 Absatz 1 AGG). Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte nach § 15 Absatz 2 AGG eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, wobei die Entschädigung, wenn sich der Beschäftigte auf eine ausgeschriebene Stelle beworben hatte, aber nicht eingestellt wurde, auf maximal drei Monatsgehälter begrenzt ist, wenn der oder die Beschäftigte auch bei einer benachteiligungsfreien Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Den zuletzt genannten Entschädigungsanspruch nach § 15 Absatz 2 AGG macht der Kläger hier geltend. Die Voraussetzungen für einen solchen Entschädigungsanspruch liegen aber nicht vor.

II.

Zwar ist der Kläger auch als bloßer Bewerber 'Beschäftigter' im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Denn nach [§ 6 Absatz 1 Satz 2 AGG](#) gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Und das beklagte Land ist auch als 'Arbeitgeber' passivlegitimiert. Denn nach § 6 Absatz 2 Satz 1 AGG in Verbindung mit § 6 Absatz 1 Satz 2 AGG ist Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes auch derjenige, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis nachsucht (zu all dem beispielsweise BAG, Urteil vom 24. Januar 2013, [8 AZR 188/12](#), abrufbar bei juris, mit weiteren Nachweisen).

III.

Der Kläger hat einen Entschädigungsanspruch auch innerhalb der Frist des § 15 Absatz 4 AGG geltend gemacht. Nach dieser Norm muss ein Anspruch nach § 15 Absatz 2 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, wobei die Frist im Fall einer Bewerbung mit dem Zugang der Ablehnung beginnt. Dass die Bewerbung des Klägers nicht berücksichtigt wurde, hat das beklagte Land, vertreten durch das Ministerium ..., dem Kläger mit einem vom 5. November 2010 datierenden Schreiben (Blatt 30 der Akten) mitgeteilt. Geltend machen ließ der Kläger seinen Entschädigungsanspruch mit dem Schreiben seiner Rechtsanwälte und jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 29. Dezember 2010 (Blatt 31 und 32 der Akten). Dieses Schreiben wurde dem Ministerium ... - wie der Kläger im Berufungsverfahren im Anschluss an einen darauf abzielenden Aufklärungsbeschluss der Kammer dargelegt hat und wie von dem beklagten Land in der Folge auch nicht bestritten wurde - noch am selben Tag, also am 29. Dezember 2010, per Telefax übermittelt, was auch durch Vorlage des Übermittlungsprotokolls (Blatt 205 der Akten) belegt wurde. Außerdem ging dieses Schreiben dem Ministerium ..., wie durch den von dem Kläger vorgelegten Rückschein (Blatt 206 der Akten) nachgewiesen wurde, spätestens am 4. Januar 2011 auch als Einschreiben mit Rückschein zu.

IV.

Der Kläger hat auch rechtzeitig Klage erhoben. Nach § 61 b Absatz 1 ArbGG muss eine Klage auf Entschädigung nach § 15 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden. Geltend gemacht hatte der Kläger den Entschädigungsanspruch, wie soeben dargelegt wurde, mit dem Schreiben seiner Rechtsanwälte und jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 29. Dezember 2010, das dem Ministerium ... des Saarlandes erstmals per Telefax noch am selben Tag zugegangen war. Eingegangen ist die von dem Kläger erhobene Klage bei dem Arbeitsgericht Saarbrücken am 29. März 2011 (Blatt 1 der Akten), und damit am letzten Tag des Ablaufs der dreimonatigen Frist zur Klageerhebung. Für die Wahrung der Frist genügte nach § 167 ZPO der Eingang der Klage bei dem Arbeitsgericht, weil die Zustellung der Klage an das beklagte Land, vertreten durch das Ministerium ..., 'demnächst' im Sinne von § 167 ZPO erfolgte, nämlich am 5. April 2011 (Blatt 34 und 34 Rückseite der Akten).

V.

Das beklagte Land beziehungsweise das Ministerium ..., das für das beklagte Land gehandelt hat, hat den Kläger jedoch jedenfalls nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt.

1. Der Kläger hat allerdings Indizien dargelegt und nachgewiesen, die für eine Benachteiligung wegen seiner Schwerbehinderung sprechen (§ 22 AGG).

a. Nach § 82 Satz 2 SGB IX hat der öffentliche Arbeitgeber einen schwerbehinderten Menschen, der sich auf eine ausgeschriebene freie Stelle beworben hat, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Eine Einladung zu einem Vorstellungsgespräch ist (nur dann) entbehrlich, wenn dem schwerbehinderten Menschen die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Stelle offensichtlich fehlt (§ 82 Satz 3 SGB IX). Unterlässt es der

öffentliche Arbeitgeber entgegen dieser Regelung, den schwerbehinderten Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, so ist dies nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein Indiz, das nach § 22 AGG eine Benachteiligung wegen einer Behinderung vermuten lässt (dazu beispielsweise BAG, Urteil vom 16. Februar 2012, [8 AZR 697/10](#), NZA 2012, 667, und BAG, Urteil vom 24. Januar 2013, 8 AZR 188/12, abrufbar bei juris, jeweils mit weiteren Nachweisen).

Das beklagte Land macht - um zu rechtfertigen, weshalb der Kläger nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde - geltend, der Kläger sei im Hinblick auf den Inhalt der Stellenausschreibung und der dort beschriebenen Bewerbungsvoraussetzungen wegen seines universitären Abschlusses überqualifiziert und deshalb unter Berücksichtigung des Inhaltes der Stellenausschreibung für die Stelle offensichtlich nicht geeignet gewesen. Die sich aus der Stellenausschreibung ergebende Begrenzung des Bewerberkreises auf Bewerber mit einem Fachhochschule-Abschluss oder mit einem Bachelor-Abschluss sei aufgrund von personalpolitischen Erwägungen gerechtfertigt gewesen. Ausgeschrieben worden sei 'nur' eine Stelle im gehobenen Dienst. Für eine solche Stelle kämen nach ihrer seit Jahren praktizierten restriktiven Handhabung lediglich Bewerber mit einem Fachhochschul-Abschluss oder mit einem Bachelor-Abschluss in Betracht. Ein universitärer Abschluss werde nur dann vorausgesetzt, wenn eine Stelle des höheren Dienstes ausgeschrieben werde. Hintergrund dieser Praxis sei das Bestreben, keine überqualifizierten Bewerberinnen oder Bewerber einzustellen, um so die Gefahr einer Frustration wegen mangelnder Auslastung bei dem Bewerber oder der Bewerberin sowie die Gefahr von 'Rangordnungskämpfen' zwischen den Beschäftigten und einem besser qualifizierten 'Neuen' zu vermeiden.

Es erscheint allerdings zumindest fraglich, ob diese von dem beklagten Land angeführten personalpolitischen Gesichtspunkte eine den Anforderungen des Artikels 33 Absatz 2 GG unter dem Gesichtspunkt der 'Bestenauslese' noch standhaltende Eingrenzung des Anforderungsprofils rechtfertigen. In einer Entscheidung vom 12. September 2006 ([9 AZR 807/05](#), NZA 2007, 507) hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes sei im Hinblick auf das durch Art. 33 Absatz 2 GG gewährleistete Recht des Zugangs zu einem öffentlichen Amt gehindert, aus subjektiven Erwägungen die Inhaber von gleichwertigen 'oder höherwertigen' Qualifikationen allein aus formalen Gründen ohne Überprüfung der tatsächlich erworbenen Qualifikation von vornherein aus dem Auswahlverfahren auszuschließen, denn dadurch würde, so führt das Bundesarbeitsgericht dort weiter aus, der Zugang zu einem öffentlichen Amt unter Verletzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Artikels 33 Absatz 2 GG eingeschränkt, ohne dass dies durch Gründe der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gerechtfertigt wäre. Diese Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts betraf, wenn auch unter etwas anderen tatsächlichen Gesichtspunkten, ebenfalls den universitären Abschluss als Diplom-Kaufmann einerseits und einen an einer Fachhochschule erworbenen Abschluss als Diplom-Betriebswirt andererseits. Diese Fragen (dazu mit einer anderen Tendenz etwa das Hessische Landesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 19. Dezember 2011, 16 Sa 965/11, abrufbar bei juris, Randnummer 26, sowie das Verwaltungsgericht Gera in seinem Beschluss vom 7. November 2008, 1 E 1033/08, ebenfalls abrufbar bei juris) müssen hier aber nicht weiter vertieft werden. Es kann an dieser Stelle vielmehr zu Gunsten des Klägers unterstellt werden, dass das beklagte Land eine solche Begrenzung des Anforderungsprofils im Hinblick auf Artikel 33 Absatz 2 GG nicht vornehmen und das beklagte Land deshalb auch nicht unter diesem Aspekt von einer Einladung des Klägers zu einem Vorstellungsgespräch absehen durfte. Offen bleiben kann diese Frage hier deshalb, weil das beklagte Land, wie weiter unten in diesem Urteil noch darzulegen sein wird, eine etwaige dadurch nach § 22 AGG begründete Vermutung für eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Schwerbehinderung widerlegt hat.

b. Als ein Indiz, das nach § 22 AGG eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Schwerbehinderung vermuten lasse, hat der Kläger weiter angeführt, dass der bei dem Ministerium ... eingerichteten Schwerbehindertenvertretung nicht auch seine Bewerbung und die dazugehörigen Bewerbungsunterlagen

vorgelegt worden seien. Das ist tatsächlich, wie das beklagte Land einräumt, auch nicht geschehen, zumindest nicht hinsichtlich der Bewerbungsunterlagen.

Nach § 81 Absatz 1 Satz 4 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung über eine vorliegende Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen unmittelbar nach Eingang der Bewerbungen zu unterrichten. Nach [§ 95 Absatz 2 SGB IX](#) hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen schwerbehinderten Menschen berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören, wobei die Schwerbehindertenvertretung bei einer Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen auch das Recht auf Einsichtnahme in die entscheidungsrelevanten Teile der Bewerbungsunterlagen sowie zur Teilnahme an Vorstellungsgesprächen hat. Unterlässt es der Arbeitgeber entgegen diesen Regelungen, die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen, so ist auch dies nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein Indiz im Sinne von § 22 AGG, das eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lässt (BAG, Urteil vom 22. August 2013, [8 AZR 574/12](#), abrufbar bei juris, mit weiteren Nachweisen).

Um zu rechtfertigen, weshalb hier eine Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung des Ministeriums nicht erfolgt ist, macht das beklagte Land geltend, es bestehe eine Vereinbarung zwischen der Personalabteilung des Ministeriums und der Schwerbehindertenvertretung, wonach Letztere nicht über alle eingehenden Bewerbungen informiert werden müsse, und zwar deshalb, weil sich die Schwerbehindertenvertretung außerstande sehe, bei ständig steigenden Bewerbungszahlen alle Bewerbungen zu überprüfen. Deswegen habe man sich mit der Schwerbehindertenvertretung dahingehend verständigt, dass diese nur über die in die nähere Auswahl kommenden Bewerber informiert werde und der Schwerbehindertenvertretung alsdann die entsprechenden Unterlagen vorgelegt würden. Da der Kläger nicht in die engere Auswahl gekommen sei, seien der Schwerbehindertenvertretung die Bewerbungsunterlagen des Klägers auch nicht vorgelegt worden. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass zwischen der Personalabteilung des Ministeriums einerseits und dem Personalrat sowie der Schwerbehindertenvertretung andererseits Konsens dahin bestehe, dass höher qualifizierte Bewerber im Bewerbungsverfahren nicht zu berücksichtigen seien.

Diese von dem beklagten Land angeführten Gesichtspunkte rechtfertigten die unterbliebene umfassende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung nicht. Die Schwerbehindertenvertretung kann auf ihre Beteiligung nicht verzichten, und zwar auch nicht im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber. Weder für die Schwerbehindertenvertretung noch für den Arbeitgeber ist die gesetzliche Regelung disponibel. Die Vertrauensperson der Schwerbehinderten hat die Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung wahrzunehmen, wie sie durch das Gesetz vorgeschrieben sind (auch dazu BAG, Urteil vom 22. August 2013, [8 AZR 574/12](#), abrufbar bei juris). Es war daher, ungeachtet der insoweit von dem beklagten Land angeführten Argumente, rechtlich nicht zulässig, von einer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung auch nur teilweise abzusehen.

c. Zweifelhaft und nach Auffassung der Kammer eher zu verneinen erscheint hingegen, ob der Kläger auch nachgewiesen hat, dass das beklagte Land beziehungsweise das Ministerium ... es unterlassen hat, die Agentur für Arbeit von der freien Stelle zu unterrichten.

Nach § 81 Absatz 1 Satz 2 SGB IX ist jeder Arbeitgeber verpflichtet, vor der Besetzung einer freien Stelle frühzeitig mit der Agentur für Arbeit Verbindung aufzunehmen. Nach § 82 Satz 1 SGB IX haben die Dienststellen der öffentlichen Arbeitgeber den Agenturen für Arbeit frei werdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze zu melden. Dadurch soll gewährleistet werden, dass der Arbeitgeber in der Folge von der Agentur für Arbeit über geeignete schwerbehinderte Bewerber für die freie Stelle informiert wird. Auf diese Weise soll möglichst vielen geeigneten schwerbehinderten Menschen die Möglichkeit gegeben werden, Arbeit zu finden. Verletzt der öffentliche Arbeitgeber diese Pflicht, so ist dies ebenfalls nach § 22 AGG ein

Indiz, das eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung vermuten lässt (BAG, Urteil vom 12. September 2006, 9 AZR 807/05, NZA 2007, 507).

Die Kammer hat zu der Frage, ob der Agentur für Arbeit von dem Ministerium ... die Stellenausschreibung mitgeteilt wurde, Beweis erhoben. Das beklagte Land hatte insoweit vorgetragen, die Stelle sei von dem Ministerium ... der Agentur für Arbeit in S. per eMail gemeldet worden. Die eMail sei zwar nicht mehr auffindbar, jedoch könne dieser Sachverhalt durch Vernehmung einer bei dem Ministerium ... beschäftigten Mitarbeiterin, nämlich Frau H., sowie durch Vernehmung von Herrn R., einem Mitarbeiter bei der Agentur für Arbeit in S., unter Beweis gestellt werden. Die Kammer hat daraufhin sowohl Frau H. als auch Herrn R. als Zeugin beziehungsweise als Zeuge vernommen.

Die Zeugin H. hat bei ihrer Vernehmung berichtet, sie sei bei dem Ministerium ... - das ist die zwischenzeitliche Bezeichnung des früheren Ministeriums ... - beschäftigt, und zwar dort in dem Referat A/3, wo sie auch bereits Mitte des Jahres 2010 tätig gewesen sei. Sie würden, so hat die Zeugin weiter erklärt, in solchen Angelegenheiten immer gleich verfahren. Eine freie Stelle werde im Amtsblatt des Landes ausgeschrieben, die Amtsblattstelle werde entsprechend informiert. Gleichzeitig werde auch die Agentur für Arbeit unterrichtet. Aufgrund der Mitteilung an die Amtsblattstelle gelange die Ausschreibung auch auf das Internetportal der Regierung des Landes. Früher sei die Mitteilung an die Agentur für Arbeit per Post verschickt worden, später sei dies per eMail geschehen. In beiden Fällen sei die Mitteilung direkt an Herrn R. gegangen, ihren Hauptbetreuer bei der Agentur für Arbeit. Sie denke, dass Mitte des Jahres 2010 die Mitteilungen bereits per eMail versandt worden seien. Die eMail - gemeint war die eMail betreffend die Ausschreibung der Stelle, und die es in dem vorliegenden Rechtsstreit geht - sei in ihrem System aber nicht mehr vorhanden. Sie habe deswegen vor einiger Zeit bereits mit Herrn R. telefoniert und ihn darauf angesprochen. Herr R. habe ihr aber gesagt, dass auch in seinem System die eMail nicht mehr vorhanden sei. Sie glaube, so hat die Zeugin auf Rückfrage durch das Gericht ergänzt, dass auch Herr R. bei dem Telefonat keine konkrete Erinnerung mehr an die Angelegenheit gehabt habe. Sie selbst, so die Zeugin, erinnere sich auch nicht mehr konkret an diesem Fall. Sie wisse auch nicht, ob die Angelegenheit von ihr bearbeitet worden sei oder von ihrer Vertreterin. Auch Herr R. habe sich bei dem von ihr erwähnten Telefonat daran nicht mehr konkret erinnern können. Das sei bei ihnen - gemeint war damit das Ministerium ... - aber ein Automatismus. Die Mitteilung an die Agentur für Arbeit werde immer zeitgleich mit der Mitteilung an die Amtsblattstelle veranlasst.

Normalerweise - so hat die Zeugin auf weitere von dem Prozessbevollmächtigten des Klägers gestellte Fragen erklärt - drucke sie sich eine solche eMail an die Agentur für Arbeit auch aus und nehme das dann zum Vorgang. Ein solcher Ausdruck befinde sich aber hier nicht bei dem Vorgang. Vielleicht sei der Ausdruck versäumt worden, nicht aber die Mitteilung. Ausschließen könne man aber, so hat die Zeugin auf eine weitere Frage des Prozessbevollmächtigten des Klägers geantwortet, grundsätzlich gar nichts. Es sei ihre Pflicht, solche Mitteilungen an die Agentur für Arbeit zu machen. Dazu, ob das hier mal versäumt worden sei, könne sie hier nichts definitiv sagen. In ihrem EDV-System, so hat die Zeugin von sich aus weiter erklärt, würden alle eMail-Ausgänge, und auch alle anderen Ausgänge, elektronisch erfasst, und das sei hier in Bezug auf die Mitteilung an die Agentur für Arbeit ebenfalls so gewesen. Sie habe das konkret in Bezug auf die Mitteilung, um die es hier gehe, überprüft. Das EDV-System heiße REGIS. Dort sei vermerkt, dass sowohl die Mitteilung an die Amtsblattstelle als auch die Mitteilung an die Agentur für Arbeit herausgegangen seien. Dies setze, so die Zeugin weiter, voraus, dass die Mitarbeiterin, die das in das System REGIS eingabe, den von ihr erwähnten Ausdruck sehe. Deshalb gehe sie, die Zeugin, davon aus, dass der Kollegin auch der von ihr erwähnte Ausdruck vorgelegen habe. Im weiteren Verlauf des letzten Termins zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer hat sich die Zeugin auf Anregung des Gerichts von ihrer Dienststelle einen Ausdruck des von ihr erwähnten Auszuges aus dem EDV-System REGIS übermitteln lassen und diesen Ausdruck dem Gericht vorgelegt; eine Kopie davon wurde den Prozessbevollmächtigten der Parteien überlassen. In diesem

Ausdruck (Blatt 273 der Akten) ist unter dem 19. Juli 2010 unter der Rubrik 'Adresse' vermerkt: 'Amtsblattstelle, Arbeitsagentur'; unter dem dazugehörigen Betreff heißt es: 'Stellenausschreibung zur Veröffentlichung'.

Im Anschluss an die Vernehmung der Zeugin H. hat die Kammer auch Herrn R. als Zeuge vernommen. Er hat erklärt, er bekomme im Jahr vielleicht 40 oder 50 Stellenausschreibungen von Frau H.. Da könne man sich nicht an jede einzelne erinnern. Auch an diese Stellenausschreibung habe er keine konkrete Erinnerung. Solche Ausschreibungen würden bei ihm vielleicht über ein Jahr hinweg nach der Stellenbesetzung aufgehoben, dann gelangten sie in einen virtuellen Papierkorb im EDV-System, der dann auch irgendwann gelöscht werde. Er habe zu dem Fall, um den es hier gehe, in ihrem EDV-System nichts mehr feststellen können. Auch an ein Telefonat zu dieser Angelegenheit mit Frau H. von vor etwa einem Jahr habe er heute keine Erinnerung mehr.

Ob der Kläger damit nachgewiesen hat, dass das Ministerium ... damals die Stellenausschreibung nicht auch an die Agentur für Arbeit übermittelt hat, erscheint insbesondere im Hinblick auf die Aussage der Zeugin H. und vor allem im Hinblick auf den Inhalt des Auszuges aus dem EDV-System REGIS fraglich. Auch diese Frage muss jedoch nicht weiter vertieft werden. Denn selbst wenn eine solche Mitteilung hier versehentlich - für etwas anderes als ein Versehen gibt es keinen Anhaltspunkt - unterblieben sein sollte, wäre dies zwar ebenfalls ein Indiz, das nach § 22 AGG eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung des Bewerbers vermuten ließe. Diese Vermutung hat das beklagte Land jedoch aus den nachfolgend dargelegten Gründen widerlegt.

2. Hat der Arbeitnehmer Indizien nachgewiesen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, also beispielsweise wegen einer Behinderung, vermuten lassen, so trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat (§ 22 AGG). Der Arbeitgeber muss das Gericht daher, wenn es um eine Benachteiligung wegen einer Behinderung geht, davon überzeugen, dass die Benachteiligung des Arbeitnehmers nicht zumindest auch auf der Behinderung beruht. Der Arbeitgeber muss Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als die Behinderung, die zu der weniger günstigen Behandlung des Arbeitnehmers geführt haben, und dass in seinem Motivbündel weder die Behinderung als negatives noch die fehlende Behinderung als positives Kriterium enthalten waren. Auf ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es dabei nicht an (zu all dem beispielsweise BAG, Urteil vom 24. Januar 2013, 8 AZR 188/12, abrufbar bei juris, mit weiteren Nachweisen).

Das beklagte Land hat hier zur Überzeugung der Kammer (§ 286 ZPO) nachgewiesen, dass die Nichtberücksichtigung des Klägers in dem Auswahlverfahren mit dessen Schwerbehinderung überhaupt nichts zu tun hatte, sondern dafür ausschließlich andere Gründe maßgebend waren, die keinerlei Bezug zu der Schwerbehinderung des Klägers haben.

a. Das gilt zunächst, soweit das beklagte Land - möglicherweise unter objektiver Missachtung der Regelungen in § 82 Satz 2 und 3 SGB IX - den Kläger nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hat. Unterlässt es der öffentliche Arbeitgeber entgegen der Regelung in § 82 Satz 2 SGB IX, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, so ist dies, wie oben bereits erwähnt, ein Indiz, das eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lässt. Für die Frage, welche Tatsachen geeignet sind, die Vermutung der Benachteiligung wegen der Behinderung zu widerlegen, sind die Besonderheiten des Verfahrens für eine Bewerbung um ein öffentliches Amt nach Artikel 33 Absatz 2 GG sowie die gesetzlichen Regelungen des Neunten Teils des Sozialgesetzbuches zu beachten. Für den nach § 22 AGG möglichen

Nachweis, dass für die Nichteinladung eines schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch ausschließlich andere Gründe als die Behinderung maßgeblich waren, können dabei nur solche Gründe herangezogen werden, die weder einen Bezug zu der Behinderung des Bewerbers aufweisen noch die fachliche Eignung des Bewerbers berühren (auch dazu beispielsweise BAG, Urteil vom 16. Februar 2012, 8 AZR 697/10, NZA 2012, 667, und BAG, Urteil vom 24. Januar 2013, 8 AZR 188/12, abrufbar bei juris, mit weiteren Nachweisen). Das hat das beklagte Land hier aber darlegen und nachweisen können.

Das beklagte Land hat, wie weiter oben ebenfalls bereits erwähnt, dargelegt, dass der Kläger aufgrund von personalpolitischen Erwägungen in dem Auswahlverfahren nicht berücksichtigt worden sei. Der Kläger sei, wie eine Reihe anderer Bewerber und Bewerberinnen - mit Schwerbehinderung oder ohne Schwerbehinderung - wegen seines universitären Abschlusses für die ausgeschriebene Stelle im gehobenen Dienst 'überqualifiziert' gewesen. Ein universitärer Abschluss werde nur dann vorausgesetzt, wenn eine Stelle des höheren Dienstes ausgeschrieben werde. Grund für diese Praxis sei das Bestreben, keine überqualifizierten Bewerberinnen oder Bewerber einzustellen, um so die Gefahr einer Frustration wegen mangelnder Auslastung bei dem Bewerber oder der Bewerberin sowie die Gefahr von 'Rangordnungskämpfen' zwischen den Beschäftigten und einem besser qualifizierten 'Neuen' zu vermeiden.

Die Kammer ist davon überzeugt, dass diese Darstellung des beklagten Landes zutrifft. Die Kammer hat dazu den Leiter des Referates Personal und Organisation des (jetzigen) Ministeriums ..., Herrn B., als Zeuge vernommen. Der Zeuge hat bei seiner Vernehmung erklärt, er sei bei dem Ministerium seit dem Jahr 1999 Leiter des Referats Personal und Organisation. Es sei richtig, dass sie in dem Fall, um den es hier gehe, alle Bewerber von der Auswahl ausgeschlossen hätten, die über einen Universitätsabschluss verfügten. Das sei nicht nur in diesem Fall so gewesen, das sei vielmehr die ständige Praxis des Ministeriums, seit er sich erinnern könne. Auf eine Stelle des gehobenen Dienstes sollten, so der Zeuge weiter, nur Bewerber eingestellt werden, die über die Laufbahnbefähigung für den gehobenen Dienst verfügten. Bewerber, die über die Befähigung für den höheren Dienst verfügten, sollten nicht berücksichtigt werden. Das gelte für Stellen beispielsweise im mittleren Dienst entsprechend. Er meine damit, und das müsse er klarstellen, nicht die Laufbahnbefähigung im beamtenrechtlichen Sinne, denn es sei hier ja um die Ausschreibung einer Stelle als Angestellter gegangen. Die Gründe für diese Praxis seien in den Schriftsätzen des beklagten Landes, die er kenne, im Detail dargestellt worden. Diese Praxis sei auch mit den Personalvertretungen des Ministeriums abgestimmt und auch mit der Schwerbehindertenvertretung. Dies sei lediglich aufgrund einer informellen Absprache mit den Personalvertretungen geschehen, schriftlich dokumentiert worden sei das nicht.

Die Kammer hat keinen Zweifel an der Richtigkeit der Darstellung des Zeugen. Dessen Darstellung wird insbesondere gestützt durch die Bewerbermatrix (Blatt 57 bis 60 der Akten), die das beklagte Land bereits in erster Instanz zu den Akten gereicht hatte. Darin wurden die insgesamt 72 Bewerber und Bewerberinnen aufgelistet. Die persönlichen Daten der Bewerberinnen und Bewerber wurden dabei zwar in der dem Gericht vorgelegten Matrix aus Datenschutzgründen gelöscht. Auf diese kommt es für die Beurteilung durch die Kammer aber auch nicht an. Denn aus der Matrix ist, was maßgeblich ist, zu ersehen, über welchen Studienabschluss oder sonstigen Ausbildungsabschluss die Bewerberinnen und Bewerber verfügten und wie das beklagte Land dies bewertet hat. Daraus ergibt sich, dass das beklagte Land für sämtliche Bewerber, die über einen universitären Abschluss verfügten, null Punkte vergeben und diese damit aus dem Auswahlverfahren ausgeschlossen hat, und zwar auch die Bewerberinnen und die Bewerber, die nicht schwerbehindert sind.

Aus dieser Matrix ergibt sich darüber hinaus, dass das beklagte Land die beiden weiteren schwerbehinderten Bewerber, die nicht über einen universitären Abschluss verfügten, im Auswahlverfahren berücksichtigt hat, nämlich den Bewerber mit der laufenden Nummer 3 und einer Schwerbehinderung mit einem Grad von 50

sowie den Bewerber mit der laufenden Nummer 30 und einem Grad der Behinderung von 70. Auch dieser Umstand belegt, dass die Entscheidung, ob ein Bewerber oder eine Bewerberin aus dem Auswahlverfahren ausgeschlossen wurde, nichts mit dessen etwaiger Schwerbehinderung zu tun hatte, sondern allein davon abhing, ob das Studium an einer Universität oder an einer Fachhochschule mit den entsprechenden unterschiedlichen Abschlüssen absolviert worden war.

Noch verstärkt wird dieser Befund dadurch, dass gerade diese beiden schwerbehinderten Bewerber mit einem Grad der Behinderung von 50 beziehungsweise einem Grad der Behinderung von 70 zu den sechs Bewerbern und Bewerberinnen gehörten, die von dem beklagten Land zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurden (zu der erheblichen Bedeutung eines solchen Sachverhalts für die Beweisführung durch den Arbeitgeber im Rahmen von § 22 AGG auch BAG, Urteil vom 12. September 2006, [9 AZR 807/05](#), NZA 2007, 507, Randnummer 48). Das ergibt sich aus dem Vermerk (Blatt 274 der Akten), den der Prozessbevollmächtigte des beklagten Landes im Verlauf der Vernehmung des Zeugen B. zu den Akten gereicht hat, nachdem der Zeuge B. - von dem Gericht weiter dazu befragt, ob es zutrefte, dass zwei ebenfalls schwerbehinderte Bewerber, die nicht über einen Universitätsabschluss verfügten, sondern lediglich über einen Abschluss auf dem Niveau eines Fachhochschulstudiums, zu Vorstellungsgesprächen eingeladen worden seien - darauf geantwortet hatte, das entspreche ihrer Praxis. Ob das hier konkret so gehandhabt worden sei, könne er allerdings ohne Kenntnis des schriftlichen Vorgangs nicht beantworten, wobei der Zeuge im Anschluss daran weiter von sich aus erklärt hat, er wolle betonen, dass sie stets daran interessiert seien, schwerbehinderte Bewerber einzustellen, schon allein um die entsprechende Quote zu erfüllen. Die Kammer hat erst recht im Hinblick auf die Einladung dieser beiden schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch keinen Zweifel daran, dass der Zeuge die ständige Praxis des Ministeriums, in dem er tätig ist, wahrheitsgemäß dargestellt hat, woraus für die Kammer zweifelsfrei folgt, dass die Schwerbehinderung des Klägers mit den Gründen, aus denen der Kläger aus dem Auswahlverfahren ausgeschlossen wurde, nicht das Geringste zu tun hatte.

Diese Gründe betreffen nach Auffassung der Kammer auch nicht die fachliche Eignung des Klägers. Dass der Kläger für die ausgeschriebene Stelle fachlich qualifiziert gewesen ist, wird von dem beklagten Land gerade nicht bestritten. Im Gegenteil, das beklagte Land macht vielmehr geltend, dass der Kläger über eine Qualifikation verfügt habe, die für die ausgeschriebene Stelle und die im Rahmen dieser Stelle auszuübende Tätigkeit mehr als ausreichend gewesen sei. Er wurde demgemäß von dem beklagten Land sogar als 'überqualifiziert' angesehen. Das beklagte Land behauptet daher auch gerade nicht, dass der Kläger die Anforderungen, die für die Ausübung der Tätigkeit auf der ausgeschriebenen Stelle zu stellen sind, in fachlicher Hinsicht nicht erfülle. Wenn das beklagte Land den Kläger aus den oben dargelegten Gründen aus dem Auswahlverfahren ausgeschlossen hat, so geschah dies demgemäß nicht unter dem Gesichtspunkt der fachlichen Eignung, sondern unter dem Aspekt einer von dem beklagten Land für sachgerecht gehaltenen Personalpolitik. Aus diesem Grund liegt der Fall, über den die Kammer in dem vorliegenden Rechtsstreit zu entscheiden hat, auch anders als der Sachverhalt, über den das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 12. September 2006 ([9 AZR 807/05](#), NZA 2007, 507, Randnummer 25) zu befinden hatte.

Ob diese Personalpolitik des beklagten Landes den Vorgaben des Artikels 33 Absatz 2 GG entsprach, bedarf hier keiner Vertiefung. Denn es geht hier lediglich um die Frage, ob das beklagte Land den Kläger wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert hat, was nach Auffassung der Kammer aus den oben dargelegten Gründen ausgeschlossen werden kann, nicht hingegen allgemein darum, ob die Entscheidung des beklagten Landes unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten zulässig gewesen ist oder nicht. Eine unter solchen anderen Gesichtspunkten in Betracht kommende Unzulässigkeit des von dem beklagten Land aufgestellten Anforderungsprofils und die daran anknüpfende Auswahlentscheidung hätten nur im Wege einer Konkurrentenklage, für die andere Maßstäbe gelten, geltend gemacht werden können.

Das mag nach der alten, bis zum 18. August 2006 noch geltenden Fassung des § 81 SGB IX anders gewesen sein, weil es dabei nach der zu dieser Fassung der Norm ergangenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts noch darauf ankam, ob es für die unterschiedliche Behandlung auch sachliche Gründe gab (so etwa noch in der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 12. September 2006, 9 AZR 807/05, NZA 2007, 507). Diese Rechtsprechung beruhte darauf, dass es nach § 81 Absatz 2 Satz 3 SGB IX in der vor dem 18. August 2006 geltenden Fassung noch hieß, dass der Arbeitgeber - wenn der schwerbehinderte Beschäftigte Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen - die Beweislast dafür trägt, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Diese alte Fassung der Norm ist aber nicht mehr in Kraft. Nunmehr gilt allein die Regelung in § 22 AGG in Verbindung mit § 81 Absatz 2 SGB IX in der aktuell geltenden Fassung. Nach § 81 Absatz 2 SGB IX in der nunmehr geltenden Fassung dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligt werden; im Einzelnen gelten hierzu, so heißt es in der Norm weiter, die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Nach § 22 AGG kommt es nunmehr aber allein darauf an, ob der Arbeitgeber beweisen kann, dass kein Verstoß gegen die in § 1 AGG enthaltenen Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Davon geht nunmehr für die neue gesetzliche Regelung auch das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 21. Juli 2009 (9 AZR 807/05, NZA 2007, 507) ausdrücklich aus. Danach muss der Arbeitgeber lediglich noch nachweisen, dass eine erfolgte Benachteiligung eines Bewerbers um eine Stelle nichts mit der Schwerbehinderung des Bewerbers zu tun hatte, sondern ausschließlich auf anderen (als in § 1 AGG angeführten) Gründen beruht, wobei es auch unschädlich ist, dass solche anderen Gründe die Benachteiligung nicht ohne weiteres objektiv sachlich rechtfertigten (dazu außerdem die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22. August 2013, [8 AZR 574/12](#), abrufbar bei juris, Randnummer 49).

b. Damit - also mit dem Vortrag des beklagten Landes, dessen Richtigkeit der Zeuge B. zur Überzeugung der Kammer bestätigt hat, und mit dem Inhalt der Bewerbermatrix sowie schließlich damit, dass zwei andere schwerbehinderte Bewerber, die nicht über einen universitären Abschluss verfügten, sondern lediglich über einen solchen auf dem Niveau einer Fachhochschule, zu den sechs Bewerberinnen und Bewerbern gehörten, die zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurden - ist zugleich belegt, dass auch der Umstand, dass die bei dem Ministerium ... eingerichtete Schwerbehindertenvertretung mit der Bewerbung des Klägers nicht befasst wurde, nichts mit der Schwerbehinderung des Klägers zu tun hatte, sondern allein mit der geschilderten Praxis des Ministeriums, Bewerber und Bewerberinnen mit einem universitären Abschluss aus dem Auswahlverfahren herauszunehmen, weil diese aus Sicht des Ministeriums überqualifiziert waren und es deshalb von dem Ministerium unter personalpolitischen Aspekte nicht als sachgerecht angesehen wurde, Bewerberinnen und Bewerber mit einer solchen Qualifikation auf einer Stelle für den gehobenen Dienst einzusetzen.

Dazu, dass das tatsächlich auch im Verhältnis zu der Schwerbehindertenvertretung aus den von dem beklagten Land angeführten Gründen so gehandhabt wurde, hat die Kammer auch die Zeugin Ro. vernommen, die bereits seit 30 Jahren bei dem Ministerium beschäftigte Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen. Die Zeugin hat erklärt, dass sie als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen damit einverstanden sei, dass Bewerbungen höher qualifizierter Bewerber nicht berücksichtigt werden, wenn eine Stelle ausgeschrieben sei, für die eine geringere Qualifikation verlangt werde. Dies beruhe auf einer informellen Absprache des Ministeriums mit den Interessenvertretungen in dem Ministerium. In Auswahlverfahren erhalte sie von dem Ministerium eine schriftliche Übersicht, aus der sich auch ergebe, ob schwerbehinderte Bewerber dabei seien. Nachdem der Zeugin von dem Gericht die bereits erwähnte Bewerbermatrix für das Auswahlverfahren, um das es in dem vorliegenden Rechtsstreit geht, vorgelegt wurde, hat die Zeugin weiter erklärt, eine solche Matrix meine sie. Bei der Matrix, die ihr vorgelegt werde, seien dann

allerdings auch die persönlichen Daten mit aufgeführt. Sie habe dann die Gelegenheit, Bewerbungsunterlagen von schwerbehinderten Bewerbern anzufordern, wenn sie das für geboten halte. Automatisch bekomme sie die Bewerbungsunterlagen nur von solchen schwerbehinderten Bewerbern, die auch in die nähere Auswahl kämen und deswegen auch zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen würden. Sie könnte natürlich, so hat die Zeugin weiter erklärt, wenn sie das wollte, auch in alle Bewerbungsunterlagen Einsicht nehmen, auch in solche von nicht schwerbehinderten Bewerbern. Dafür fehle ihr aber bereits die Zeit. Das sei auch unüblich. Ein gewisses Vertrauensverhältnis zu dem Ministerium müsse ja auch bestehen. Nach Auffassung der Kammer belegt - ungeachtet des Umstandes, dass diese von der Schwerbehindertenvertretung im Einvernehmen mit dem Ministerium geübte Praxis aus den weiter oben bereits dargelegten Gründen gesetzeswidrig gewesen ist - auch die Aussage dieser Zeugin, dass der Schwerbehindertenvertretung die Bewerbung und die Bewerbungsunterlagen des Klägers ausschließlich deshalb nicht vorgelegt wurden, weil der Kläger als überqualifiziert betrachtet und unter diesem Aspekt, im Einvernehmen mit der Schwerbehindertenvertretung, aus dem Auswahlverfahren herausgenommen wurde, nicht hingegen aus einem Grund, der mit seiner Schwerbehinderung etwas zu tun hatte.

c. Entsprechendes gilt schließlich, falls die Stellenausschreibung tatsächlich versehentlich nicht auch der Agentur für Arbeit übermittelt worden sein sollte. Auch dies kann aus den dargelegten Gründen nach Auffassung der Kammer nichts mit der Schwerbehinderung des Klägers oder anderer Bewerber und Bewerberinnen zu tun gehabt haben.

Rechtsweg: ArbG Saarbrücken Urteil vom 09.08.2012 - 2 Ca 258/11
BAG - 8 AZR 194/14

Quelle: [Rechtsprechungsdatenbank Saarland](#)

Referenznummer: R/R6391

[Informationsstand: 08.01.2014]

© 2016 - Institut der deutschen Wirtschaft Köln e.V. - REHADAT