

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### **Aktenzeichen: 3 Sa 36/15**

2 Ca 624/14 ArbG Flensburg  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 09.09.2015

Gez. ...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

**Im Namen des Volkes**

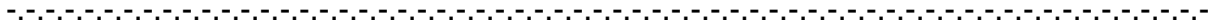
In dem Rechtsstreit  
**pp.**

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 09.09.2015 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 04.12.2014 – 2 Ca 624/14 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.



**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

## Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch des Klägers wegen Diskriminierung bei der Bewerbung aufgrund einer Behinderung.

Der Kläger hat einen Fachhochschulabschluss und eine Ausbildung im Ausbildungsberuf „Verwaltungsfachangestellte/r“ beim H... erfolgreich absolviert. Zurzeit ist er als Angestellter bei der Beklagten in deren Generaldirektion in M... beschäftigt. Der Kläger hat einen Grad der Behinderung von 70.

Am 27.01.2014 schrieb das K... in F... zum 01.08.2014 Ausbildungsplätze im dualen Studium zur Verwaltungsinformatikerin / zum Verwaltungsinformatiker - Diplom (FH) aus (Bl. 38 d. A.). Die Vergütung hätte im ersten Ausbildungsjahr 793,26 € brutto betragen.

In der Ausschreibung heißt es u.a. wie folgt:

„ **Voraussetzung:** Mindestens vollwertige Fachhochschulreife“.

Den vollständigen Ausschreibungstext mit ausführlichen Informationen zu den Anforderungen erhalten Sie über das Internet unter ....

.....

**Infos zum Auswahlverfahren:**

Das Auswahlverfahren beginnt mit einem Eignungstest. Dieser ist in zwei Prüfungsteile gegliedert. Im weiteren Auswahlverfahren werden sich dann noch mündliche und praktische Teile anschließen. Bitte beachten Sie, dass jeder Teil des Auswahlverfahrens das erfolgreiche Absolvieren des vorangegangenen Testteils voraussetzt.“ (Bl. 38 d.A.)

Das dem Testverfahren nachfolgende Vorstellungsgespräch wird beim K... von einem 7-köpfigen Auswahlausschuss geführt.

Der Kläger bewarb sich am 27.02.2014 und fügte als Anlagen seine Zeugnisse und einen Lebenslauf nebst Schwerbehindertenausweis bei (Bl. 5-14 d. A.). Am 25.03.2014 bearbeitete er den ersten Eignungstest. Als Ausgleich etwaiger auf seine Behinderung zurückzuführender Nachteile wurde ihm für den Test ein gesonderter Raum zugewiesen und mehr Zeit eingeräumt. Er wurde in diesem Zusammenhang von der Ausbildungsleiterin Frau K... R... betreut. Der Kläger bestand diesen Test

nicht. Das K... erteilte ihm deshalb mit Schreiben vom 31.03.2014 eine Absage (Bl. 15 d. A.).

Auf den Studienplatz hatten sich inklusive des Klägers 98 Bewerber beworben. Das K... hat eine Schwerbehindertenquote von fast 15 %.

Mit Schreiben vom 16.04.2014 machte der Kläger unter Hinweis auf § 82 S. 2 SGB IX einen Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 AGG in Höhe von drei Monatsvergütungen geltend (Bl. 16, 17 d. A.). Nachdem das K... mit Schreiben vom 22.05. 2014 eine Entschädigungszahlung ablehnte, erhob der Kläger am 25.06.2014 die vorliegende Zahlungsklage.

Er hat stets vorgetragen, es bestehe die Vermutung seiner Diskriminierung wegen einer Behinderung, da er nicht entsprechend der Verpflichtung in § 82 S. 2 SGB IX zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei. Er erfülle die Voraussetzungen des Anforderungsprofils und sei nicht offensichtlich ungeeignet. Auch mit einem schlechten Testergebnis habe das K... ihn einladen müssen, denn § 82 S.2 SGB IX schreibe insoweit eine Privilegierung von Schwerbehinderten fest.

Die Beklagte hat stets gemeint, sie habe den Kläger nicht zum Vorstellungsgespräch einladen müssen. Infolge des Nichtbestehens des Tests sei der Kläger offensichtlich ungeeignet, so dass eine Einladung entbehrlich gewesen sei. Das Bestehen des Tests sei Teil des Anforderungsprofils gewesen.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 04.12.2014 der Klage teilweise stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 2 Monatsgehältern verurteilt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf Tatbestand, Anträge und Entscheidungsgründe des Urteils verwiesen.

Gegen diese der Beklagten am 12.01.2015 zugestellte Entscheidung hat sie am 09.02.2015 Berufung eingelegt, die nach Fristverlängerung bis zum 09.04.2015 am 07.04.2015 begründet wurde.

Die Beklagte ergänzt und vertieft im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen.

Die Beklagte beantragt:

Unter Abänderung des am 04.12.2014 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Flensburg – 2 Ca 624/14 – wird die Klage abgewiesen.

Der Kläger beantragt:

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Der Kläger hält das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist auch begründet worden (§§ 64, 66 Abs. 1 ArbGG).

II. Die Berufung ist jedoch unbegründet. Mit ausführlicher, überzeugender Begründung hat das Arbeitsgericht die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung von zwei Monatsgehältern verurteilt. Dabei ist es davon ausgegangen, dass die Einladung des Klägers zum Vorstellungsgespräch nicht entbehrlich gewesen sei, da er das Anforderungsprofil erfülle und deshalb nicht offensichtlich ungeeignet gewesen sei. Die Nichteinladung trotz Kenntnis von der Schwerbehinderung indiziere gem. § 22 AGG die Benachteiligung wegen der Behinderung. Dieses Indiz habe die Beklagte nicht widerlegt. Das Bestehen des Tests habe sie nicht zur Voraussetzung für die Einladung zum Vorstellungsgespräch machen dürfen. Die Betreuung während des Tests durch eine Mitarbeiterin ersetze nicht das Gespräch vor dem Auswahlausschuss. Die

Zahlung einer Entschädigung in Höhe von zwei Monatsgehältern sei ausreichend, aber auch angemessen. Dem folgt das Berufungsgericht. Zur Vermeidung überflüssiger Wiederholungen wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Lediglich ergänzend und auf den neuen Vortrag der Parteien eingehend, wird Folgendes ausgeführt:

1. Der Anspruch des Klägers auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung in Höhe von 1.586,52 € ergibt sich aus § 81 Abs. 2 S. 1 und 2, § 82 S. 2 und 3 SGB IX i.V.m. §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 S. 1, § 6 Abs. 1 S. 2, § 15 Abs. 2, § 22 AGG. Danach kann der benachteiligte schwerbehinderte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, wenn er bei der Begründung eines Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses wegen seiner Behinderung benachteiligt worden ist.

Einstellungsbewerber werden im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt, wenn ein öffentlicher Arbeitgeber ihnen die in § 82 Satz 2 SGB IX angeordnete Besserstellung gegenüber nicht schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern durch Einladung zu einem Vorstellungsgespräch vorenthält, obwohl ihnen im Sinne von § 82 Satz 3 SGB IX die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt (ständige Rechtsprechung: BVerwG vom 03.03.2011 – 5 C 16/10 – Juris, LS 2 und Rz. 18; BAG vom 12.09.2006 – 9 AZR 807/05 – Juris, Rz. 24 m.w.N.)

2. Der Kläger fällt als Bewerber mit einem GdB von 70, wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, unter den Anwendungsbereich der § 15 Abs. 2 S. 1, § 6 Abs. 1 und Abs. 2, §§ 1 und 2 AGG. Er hat Tatsachen glaubhaft gemacht, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, denn er ist nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden, obwohl er über die in der Ausschreibung geforderte vollwertige Fachhochschulreife verfügt. Die Beklagte hat die Vermutung der Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung nicht entkräftet.

a) Nach § 82 Satz 2 SGB IX hat der öffentliche Arbeitgeber den sich bewerbenden schwerbehinderten Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Diese Pflicht besteht nur dann nicht, wenn dem schwerbehinderten Menschen die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Das bedeutet, dass der öffentliche Arbeitgeber einem

schwerbehinderten Bewerber die Chance eines Vorstellungsgespräches gewähren muss, wenn seine fachliche Eignung zwar zweifelhaft ist, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Der schwerbehinderte Bewerber soll im Rahmen des Vorstellungsgespräches die Chance haben, den Arbeitgeber von seiner Eignung zu überzeugen (BAG vom 12.09.2006 – 9 AZR 807/05 – Rz. 24). Insoweit handelt es sich um eine gesetzlich angeordnete Besserstellung (BVerwG vom 03.03.2011 – 5 C 16/10 Rz. 18).

b) Die Beklagte hat den Kläger jedoch nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Das ist ein klassisches Indiz für eine Benachteiligung. Damit greift die Beweislastregelung des § 22 AGG. Der Arbeitgeber trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Die Beklagte beruft sich ohne Erfolg darauf, sie habe den Kläger nicht zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen, weil er offensichtlich nicht geeignet gewesen sei, da er schon den ersten Teil des Eignungstestes nicht bestanden habe.

c) Entgegen der Ansicht der Beklagten fehlte dem Kläger nicht offensichtlich die fachliche Eignung für die zu besetzende Stelle im Sinne des § 82 Satz 2 SGB IX.

Ob dies der Fall ist, ist anhand eines Vergleichs zwischen dem Anforderungsprofil dieser Stelle und dem Leistungsprofil der Bewerberin oder des Bewerbers zu ermitteln (BAG vom 21.07.2009 - 9 AZR 431/08; BAG vom 16.02.2012, – 8 AZR 697/10 – Rz. 36). Mit der Bestimmung des Anforderungsprofils für die zu vergebende Stelle legt der Dienstherr die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest; an ihm werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerber gemessen (BVerfG v. 08.10.2007 - 2 BvR 1846/07; BAG vom 16.02.2012, 8 AZR 697/10 – Rz. 38m.w. N.; BVerwG vom 20.06.2013 – 2 VR 1/13 – Rz. 27 m.w.N.). Der öffentliche Arbeitgeber hat im Anforderungsprofil die formalen Voraussetzungen, fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie die außerfachlichen Kompetenzen zu beschreiben, die für eine erfolgreiche Bewerbung benötigt werden (BVerwG vom 3.3.2011 – 5 C 16/10 – Rz. 21 m.w.N.). Das Anforderungsprofil ist ausschließlich nach objektiven Kriterien anzufertigen. Mit der Festlegung des Anforderungsprofils wird ein wesentlicher Teil der Aus-

wahlentscheidung vorweggenommen. Zugleich bestimmt der öffentliche Arbeitgeber mit der Festlegung des Anforderungsprofils den Umfang seiner der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelagerten verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach § 82 Satz 2 und Satz 3 SGB IX. Denn schwerbehinderte Menschen, die nach den schriftlichen Bewerbungsunterlagen eine ihrerseits diskriminierungsfrei bestimmte fachliche Eignungsvoraussetzung, die im Anforderungsprofil ausdrücklich und eindeutig bezeichnet ist, nicht erfüllen, müssen nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden (BVerwG a.a.O, Rz. 22 m.w.N.). Der öffentliche Arbeitgeber muss das Anforderungsprofil dokumentieren, damit die Gründe für seine Entscheidung transparent sind und es so nicht möglich ist, Eignungsmerkmale nachzuschieben, die das Absehen von einer Einladung zu einem Vorstellungsgespräch rechtfertigen (BVerwG a.a.O. Rz. 23).

d) Vor diesem rechtlichen Hintergrund hat der Kläger das von der Beklagten festgelegte Anforderungsprofil erfüllt.

aa) Ausweislich der Ausschreibung ist Voraussetzung für den Erhalt eines Ausbildungsplatzes der Nachweis, dass mindestens eine vollwertige Fachhochschulreife vorliegt. Weitere formale Voraussetzungen enthält das Anforderungsprofil nicht. Die Fachhochschulreife besitzt der Kläger, wie sich aus dem eingereichten Fachhochschulzeugnis der berufsbildenden Schule III M... ergibt (Bl. 6 d.A.). Zweifel an seiner körperlichen Eignung sind nicht vorhanden.

bb) Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass der Kläger den Eignungstest nicht bestanden hat, denn insoweit befand sich dieser bereits im Auswahlverfahren. Das Bestehen der Eignungstests war bereits ausweislich der Ausschreibung der Beklagten nicht Gegenstand des Anforderungsprofils, sondern Gegenstand des Auswahlverfahrens. Das ergibt sich bereits eindeutig aus dem Wortlaut der Ausschreibung. Danach beginnt das Auswahlverfahren mit einem Eignungstest. Die Beklagte hat mithin, entgegen ihrem Vorbringen, gerade nicht das Bestehen eines Eignungstests zum Gegenstand des Anforderungsprofils gemacht.



cc) In diesem Stadium des Auswahlverfahrens – erfolgreiches Bestehen aller Tests - wird bereits Schritt für Schritt die eigentliche Auswahlentscheidung erarbeitet. Das Offensichtlichkeitserfordernis des § 82 Satz 3 SGB IX muss sich jedoch nach Maßgabe des Anforderungsprofils bereits objektiv nach Durchsicht der Bewerbungsunterlagen ergeben. Ist das nicht der Fall, greift § 82 Satz 2 SGB IX, wonach die Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers/ einer schwerbehinderten Bewerberin zum Vorstellungsgespräch zu erfolgen hat. Aufgrund des konkreten Ausschreibungstextes kann hier dahingestellt werden, ob es überhaupt zulässig ist, das Bestehen eines Eignungstests zum Gegenstand eines „Anforderungsprofils“ zu machen.

dd) Ungeachtet dessen ist die Vorgehensweise der Beklagten auch insoweit rechtlich unzulässig, als keinerlei Festlegung der definitiv in den Eignungstests zu erzielenden Ergebnisse erfolgt ist. Entgegen der oben genannten rechtlichen Vorgaben ist nicht ansatzweise dokumentiert und nachvollziehbar, nach welchen Kriterien und Maßstäben die Beklagte die einzelnen Tests als „bestanden“ oder „nicht bestanden“ ansieht. Auch das zeigt, dass sich die Beklagte nicht mehr im „Anforderungsprofil“ befindet, sondern bereits im Stadium des Auswahlverfahrens. Ihre Vorgehensweise ist weder transparent noch objektivierbar. Schon angesichts des Fehlens einer Festlegung der notwendigen Punktzahl sind die Einstellungsvoraussetzungen auch nicht ansatzweise hinreichend konkretisiert und überprüfbar, wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat. Danach ist genau das Nachschieben von Eignungsmerkmalen und Testergebnissen möglich, was dem öffentlichen Arbeitgeber nach Rechtsprechung und Gesetz jedoch untersagt ist.

ee) Letztendlich hat das Arbeitsgericht auch zutreffend festgestellt, dass der mögliche persönliche Eindruck, den Frau R... durch die Beobachtung des Klägers beim Eignungstest gewonnen hat, weder mit dem Vorstellungs- und Auswahlgespräch vor dem 7-köpfigen Gremium vergleichbar ist noch dieses ersetzen kann.

3. Da der Kläger seinen Anspruch auch innerhalb der Fristen des § 15 Abs. 4 AGG und des § 61 b Abs. 1 ArbGG geltend gemacht hat, ist vorliegend nur noch die Frage der Angemessenheit der ausgerichteten Entschädigung festzustellen. Insoweit sind jedoch keine Abwägungsfehler erkennbar, im Übrigen auch nicht seitens der Beklag-

ten substantiiert vorgetragen. Die Berufungskammer schließt sich den überzeugenden Ausführungen des Arbeitsgerichts an.

4. Nach alledem ist dem Kläger zu Recht eine Entschädigung in Höhe von zwei Brutomonatsgehältern auf Grund einer vermuteten Diskriminierung wegen einer Behinderung zugesprochen worden. Die Berufung war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor, so dass die Revision nicht zuzulassen war. Vorliegend handelt es sich ausschließlich um eine Einzelfallentscheidung.

gez. ...

gez. ...

gez. ...