

**10 Sa 820/17**  
32 Ca 308/17  
(ArbG München)

Verkündet am: 11.04.2018

Meierhöfer  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

A.  
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwalt A.  
A-Straße, A-Stadt

gegen

C.  
C-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwalt D.  
D-Straße, C-Stadt

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 11. April 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Hauf und die ehrenamtlichen Richter Heck und Seidler

für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 21.09.2017, 32 Ca 308/17, wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten der Berufung.
3. Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand:**

Der Kläger begehrt eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer Entschädigung wegen zweier von ihm gesehener Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot.

Die Beklagte ist eine Fraktion des Bayerischen Landtages.

Im November 2016 stellte sie in ein Stellenportal zwei Stellenangebote ein. Mit dem einen (Anlage K1, Bl. 18 bis 20 d. A.) suchte sie eine/n wissenschaftliche/n Mitarbeiter/in für die Fachgebiete: kommunale Fragen, innere Sicherheit und Baurecht. Mit der anderen (Anlage K26, Bl. 76 bis 78 d. A.) suchte sie eine/n wissenschaftliche/n Mitarbeiter (m/w) für die Fachgebiete: schulische und berufliche Bildung sowie Sport. Die Beklagte erfüllt die durch § 71 Abs. 1 SGB IX vorgegebene Quote nicht, sondern leistet Ausgleichszahlung gemäß § 77 SGB IX.

Der Kläger bewarb sich mit zwei Schreiben vom 13.11.2016 (Anlage K2, Bl. 21 d. A. und Anlage K27, Bl. 79 d. A.). Jeweils im letzten Satz des Bewerbungsschreibens führte er aus, er habe einen Grad der Behinderung von 50 und einen entsprechenden Schwerbehindertenausweis.

Mit Mail vom 28.11.2016 (Anlage K30, Bl. 82 d. A.) und weiterer Mail vom 28.11.2016 (Anlage K32, Bl. 84 d. A.) teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie sich hinsichtlich der Stelle eines wissenschaftlichen Mitarbeiters für das Fachgebiet „kommunale Fragen...“ für einen anderen Bewerber entschieden habe. Mit Mail vom 19.12.2016 (Anlage K37, Bl. 91 d. A.) teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie sich hinsichtlich der Stelle eines wissenschaftlichen Mitarbeiters (m/w) für die Bereiche Bildung und Sport für einen anderen Bewerber entschieden habe.

Mit an die Beklagte gerichtetem Schreiben vom 20.12.2016 (Anlage K 42, Bl. 98 bis 99 d. A.) machte der Kläger „einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG wegen Diskriminierung als Schwerbehinderter“ geltend. Er legte ein durchschnittliches Monatsgehalt von 3.663,91 € zugrunde. Da es sich um zwei Bewerbungen handele, seien sechs Monatsgehälter zugrunde zu legen. Er fordere die Überweisung des Schadensersatzes in Höhe von 21.983,46 €.

Mit seiner am 10.01.2017 beim Arbeitsgericht München eingereichten Klage verlangte der Kläger den nämlichen Betrag als Mindestentschädigungsbetrag.

Der Kläger trug vor, er bestreite, dass die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung und den Personalrat über die Bewerbung des Klägers unterrichtet habe, § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX. Sofern eine Unterrichtung stattgefunden habe, bestreite er, dass die Schwerbehindertenvertretung und der Personalrat der Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch zugestimmt hätten. Weiter habe die Beklagte den Kläger vor der Absage nicht unterrichtet und angehört. Die Gründe für die Absage habe die Beklagte zudem in ihrem Absageschreiben nicht dargelegt.

Der Kläger bestreite, dass die Beklagte die Schwerbehindertenvertretung bei der Prüfung nach § 81 Abs. 1 Sätze 1 und 6 SGB IX, ob der Arbeitsplatz für Schwerbehinderte geeignet

- 4 -

sei, beteiligt habe und dass die Beklagte die eingehende Bewerbung des Klägers an die Schwerbehindertenvertretung weitergeleitet habe.

Der Kläger bestreite darüber hinaus, dass die Beklagte die Agentur für Arbeit nach § 81 Abs. 1 Satz 1 und § 82 Satz 1 SGB IX eingeschaltet habe.

Weiter trug der Kläger vor, alle Bundestagsfraktionen hätten eine Personalvertretung der Mitarbeiter errichtet, bei den Landtagsfraktionen des Bayerischen Landtages sei dieses dem Kläger nicht bekannt (Schriftsatz vom 31.01.2017, Seite 26, Bl. 128 d. A.). Der Kläger behauptete sodann, dass die Beklagte „eine Personalvertretung“ habe (selber Schriftsatz Seite 29, Bl. 131 d. A.) bzw. bestreite, dass die Beklagte „keinen Personalrat und keinen Betriebsrat und keine Schwerbehindertenvertretung vorhält“ (Schriftsatz vom 18.05.2017, Seite 3, Bl. 197 d. A.).

Dass der Kläger von der Beklagten als Schwerbehinderter trotz der Verpflichtung aus § 82 Satz 2 SGB IX nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei, stelle eine Behindertendiskriminierung dar. Die Landtagsfraktion sei ein Teil des Landtages und damit ein öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber im Sinne des § 82 SGB IX in Verbindung mit § 71 Abs. 3 Nr. 2 oder Nr. 4 SGB IX. Dabei könne eine genaue Zuordnung zu § 71 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 SGB IX dahinstehen, da der Gesetzgeber mit § 71 Abs. 3 SGB IX alle öffentlichen Arbeitgeber habe erfassen wollen.

Hinsichtlich des gesamten erstinstanzlichen Vorbringens des Klägers wird auf dessen Schriftsätze vom 08.01.2017 (Bl. 1 ff d. A.), vom 31.01.2017 (Bl. 103 ff d. A.), vom 23.03.2017 (Bl. 145 ff d. A.), vom 18.05.2017 (Bl. 195 ff d. A.), vom 26.06.2017 (Bl. 215 d. A.) und vom 23.08.2017 jeweils nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Kläger beantragte,

die Beklagte zu verurteilen an den Kläger eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung, jedoch mindestens 21.983,46 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.01.2017 zu zahlen.

Die Beklagte beantragte

Klageabweisung.

Die Beklagte trug vor, bei ihr beständen weder eine Schwerbehindertenvertretung noch ein Personalrat und auch kein Betriebsrat.

Zu ihren beiden Stellenausschreibungen habe die Beklagte frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit C-Stadt aufgenommen. Sie habe überprüft, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden könnten. Die Veröffentlichungen bei der Agentur seien jeweils am 18.10.2016 erfolgt zu den Referenznummern . . . . . und . . . . . , wie von Frau B. von der Agentur für Arbeit mit Schreiben vom 18.10.2016 bestätigt worden sei. Insoweit werde auf die von der Beklagten als Anlage B1 (Bl. 229 bis 230 d. A.) vorgelegten Bestätigungsschreiben vom 18.10.2016 Bezug genommen. Von der Agentur für Arbeit habe die Beklagte zu beiden Stellen Vermittlungsvorschläge erhalten, darunter auch schwerbehinderte Bewerber.

Schließlich sei der Beklagten kein Verstoß gegen eine Einladungspflicht aus § 82 Satz 2 SGB IX vorzuwerfen. Diese Verpflichtung treffe ausschließlich öffentliche Arbeitgeber. Die Beklagte sei keine öffentliche Arbeitgeberin. Der Begriff des öffentlichen Arbeitgebers werde in § 71 Abs. 3 SGB IX legal definiert, wobei abschließend aufgezählt werde, wer als solcher im Sinne von Teil 2 (Schwerbehindertenrecht) des SGB IX anzusehen sei. Wie dem Gesetzestext zu entnehmen sei, handele es sich bei öffentlichen Arbeitgebern um Organisationseinheiten der öffentlichen Verwaltung und um Unternehmen, die in einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform betrieben werden. Der Wortlaut und der Inhalt der Vorschrift seien klar und eindeutig, weshalb kein Raum für Auslegungen oder Ergänzungen bestehe.

Fraktionen würden in § 71 SGB IX nicht genannt, seien also aus Sicht und nach den Willen des Gesetzgebers keine öffentlichen Arbeitgeber.

Missverstanden habe der Kläger wohl die Regelung in § 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX. Es gelte hier keine generelle Pflicht zur Anhörung, sondern diese beziehe sich alleine auf die in dem vorangegangenen Satz 7 beschriebene Situation. Sie sei vorliegend tatbestandsmäßig nicht gegeben. Möge die Beklagte auch ihre Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Personen nicht erfüllen, bestehe bei ihr doch keine Schwerbehindertenvertretung oder eine in § 93 genannte Vertretung, die mit einer Entscheidung der Beklagten als Arbeitgeber nicht einverstanden wäre. Entsprechendes gelte für Satz 9 in § 81 Abs. 1 SGB IX.

Hinsichtlich des übrigen erstinstanzlichen Vorbringens der Beklagten wird auf deren Schriftsätze vom 12.05.2017 (Bl. 182 ff d. A.) und vom 16.08.2017 (Bl. 224 ff d. A.) jeweils nebst Anlagen Bezug genommen.

Mit Urteil vom 21.09.2017 hat das Arbeitsgericht die Klage als unbegründet abgewiesen und ausgeführt der Kläger sei nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt worden. Der Kläger habe keine hinreichenden Indizien vorgetragen, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt sei. Da die Beklagte kein öffentlicher Arbeitgeber im Sinne von § 82 SGB IX sei, sei sie nicht verpflichtet gewesen, den schwerbehinderten Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Weiter liege keine Verletzung der sich aus § 81 Abs. 1 SGB IX ergebenden Verpflichtung vor. Die Beklagte habe sich hinsichtlich beider Stellen frühzeitig an die Bundesagentur für Arbeit gewandt. Eine Beteiligung von Schwerbehindertenvertretung/Betriebsrat/Personalrat gemäß § 81 Abs. 1 Sätze 6 und 4 SGB IX sei mangels Existenz dieser Räte nicht nötig bzw. möglich gewesen. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorhandensein trage der Kläger. Ein Indiz für das Vorliegen einer Benachteiligung ergebe sich auch nicht im Zusammenhang mit § 81 Abs. 1 Sätze 7 bis 9 SGB IX. Sowohl die Anhörung des betroffenen schwerbehinderten Menschen als auch die Unterrichtungspflicht über die getroffene Entscheidung bestehe nur, wenn ein Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht erfülle und kumulativ die Schwerbehindertenvertretung/Betriebsrat/Personalrat der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden seien.

Zur Begründung des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf das Urteil vom 21.09.2017, Bl. 250 ff. d. A., Bezug genommen.

Der Kläger hat gegen das ihm am 06.12.2017 zugestellte Urteil am 06.12.2017 Berufung eingelegt und am 11.12.2017 begründet. Die Beklagte hat am 15.01.2018 dazu erwidert.

Der Kläger ist weiterhin der Ansicht, er sei im Zusammenhang mit seinen Bewerbungen benachteiligt worden. Die Beklagte habe gegen ihre Verpflichtungen aus § 81 Abs. 1 SGB IX verstoßen. Sie habe über die Vermittlungsvorschläge der Bundesagentur für Arbeit und die vorliegenden Bewerbungen die Schwerbehindertenvertretung und den Personalrat/Betriebsrat weder unterrichtet noch ihn bei der Prüfung, ob die Stelle mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden könne, beteiligt. Die Beklagte habe keinen Beweis dafür erbracht, dass sie keinen Personalrat/Betriebsrat und keine Schwerbehindertenvertretung habe. Die Beweislast dafür liege bei der Beklagten. Bereits im Kündigungsschutzverfahren sei es ausreichend, wenn der klagende Arbeitnehmer die Unterrichtung und Anhörung des Betriebsrats bestreite. Gleiches gelte hier. Des Weiteren habe die Beklagte den Kläger vor der Absage nicht unterrichtet und angehört. Dies sei jedoch nach § 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX erforderlich, da die Beklagte die Schwerbehindertenquote nicht erfülle. Die Anhörungspflicht bestehe auch dann, wenn beim Arbeitgeber keine Schwerbehindertenvertretung/Betriebsrat/Personalrat existieren. Ein weiteres Indiz für die Benachteiligung sei ein Verstoß gegen § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX, wonach die Beklagte verpflichtet sei, den Kläger über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten. Dies sei nicht geschehen. Die Verpflichtung bestehe auch beim Nichtvorhandensein eines Personalrats/Betriebsrats und/oder einer Schwerbehindertenvertretung.

Darüber hinaus habe die Beklagte es unterlassen, den Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, obwohl sie dazu gemäß § 82 Satz 2 SGB IX als öffentlicher Arbeitgeber verpflichtet sei. Die Nichteinladung stelle eine geeignete Hilfstatsache im Sinne von § 22 AGG dar. Die Beklagte sei ein öffentlicher Arbeitgeber im Sinne von §§ 82, 71 SGB IX. Sie werde zwar in § 71 Abs. 3 SGB IX nicht ausdrücklich genannt, jedoch von diesem erfasst. Es sei in Rechtsprechung und Literatur streitig, welchen Status eine Landtagsfraktion habe, vertreten werde:

- 8 -

- juristische Person des öffentlichen Rechts
- Körperschaft des öffentlichen Rechts
- Öffentlich-rechtlicher Verein
- Öffentlich-rechtliches Subjekt sui generis

(vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen des Klägers im Schriftsatz vom 08.12.2017, Seite 26 bis 59, Bl. 307 ff. d. A. auf die Bezug genommen wird). Letztlich könne dahinstehen, wie eine Fraktion zu bewerten sei, da sie jedenfalls unter § 71 Abs. 3 Ziffer 4 SGB IX, der einen Auffangtatbestand darstelle, zu subsumieren sei. Zu berücksichtigen sei hier auch, dass der Gesetzgeber innerhalb der Sozialgesetzbücher den Begriff des öffentlichen Arbeitgebers einheitlich verwende, sodass die Fraktion als öffentlicher Arbeitgeber im Sinne von § 358 Abs. 1 Satz 2 SGB III ebenso ein öffentlicher Arbeitgeber im Sinne von § 71 Abs. 3 SGB IX sei. Die in den Landtagen vertretenen Fraktionen seien den öffentlichen Körperschaften gleichgestellt, für sie gelte die Ausnahmeregelung des § 358 Abs. 1 Satz 2 SGB III. Es werde bestritten, dass die Beklagte nicht von der Insolvenz-geldumlage befreit sei.

Der Kläger trägt weiterhin vor, die Beklagte sei verpflichtet ihm alle auf die Stellenausschreibungen eingegangenen Bewerbungen vorzulegen und dabei kenntlich zu machen, welcher Bewerber eingestellt wurde, welcher Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde und die Vollständigkeit der Vorlage an Eides Statt zu versichern. Nur nach Vorlage der Unterlagen sei der Kläger in der Lage vertieft zur Diskriminierung und Ungleichbehandlung gegenüber anderen Mitbewerbern vorzutragen.

**Der Kläger beantragt,**

1. das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 21.09.2017 aufzuheben  
und

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung, jedoch mindestens 3.663,91 € (zweimal ein Halbmonatsgehalt) zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.01.2017 zu zahlen.

**Die Beklagte beantragt,**

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, sie habe den Kläger im Rahmen seiner Bewerbung nicht benachteiligt. Es liege kein Verstoß gegen § 81 Abs. 1 Satz 4 bis 6 SGB IX vor, da bei der Beklagten weder eine Schwerbehindertenvertretung noch ein Personalrat/Betriebsrat bestehe. Nicht die Beklagte müsse die Nichtexistenz, sondern der Kläger die Existenz dieser Vertretungen beweisen. Es liege auch kein Verstoß gegen § 81 Abs.1 Satz 6 SGB IX vor, da die dort statuierte Erörterungspflicht nur dann bestehe, wenn eine Schwerbehindertenvertretung oder sonst relevante Vertretung existiere. Da die Beklagte keine Erörterung mit einer nicht-existenten Einrichtung führen könne, könne auch keine Anhörung des Klägers gemäß § 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX stattfinden. Auch eine Unterrichts- und Begründungspflicht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX bestehe nur, wenn vorher eine Erörterung mit Schwerbehindertenvertretung/Personalrat/Betriebsrat aufgrund deren Existenz erfolgen könne. Eine Ausweitung des Bewerbungsverfahrens für nichtöffentliche Arbeitgeber ohne Schwerbehindertenvertretung/Personalrat/Betriebsrat sei vom Gesetzgeber nicht gewollt.

Weiter trägt die Beklagte vor, die Tatsache, dass der Kläger nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei, stelle keine Hilfstatsache im Sinne von § 22 AGG dar. Die Beklagte sei kein öffentlicher Arbeitgeber. Der Begriff des öffentlichen Arbeitgebers werde in § 71 Abs. 3 SGB IX legal definiert, wobei abschließend aufgezählt werde, wer als solcher im Sinne von Teil 2 des SGB IX anzusehen sei. Es handle sich dabei um Organisationseinheiten der öffentlichen Verwaltung und um Unternehmen, die in einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform betrieben würden. Wortlaut und Inhalt der Vorschrift sei klar und eindeutig, weshalb kein Raum für Auslegungen oder Ergänzungen bestehe. Weder gebe es eine Öffnungsklausel noch seien die Worte „insbesondere“ oder „beispielsweise“ enthalten. Die

Fraktion falle auch nicht unter § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX, da diese Vorschrift nur diejenigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts erfasse, denen hoheitliche Befugnisse übertragen worden sind und die öffentliche Aufgaben erfüllen. Die Beklagte als Fraktion des Bayerischen Landtags habe keine hoheitlichen Befugnisse übertragen erhalten, sei nicht Teil der öffentlichen Verwaltung, übe keine öffentliche Gewalt aus und habe keine öffentlichen Aufgaben zu erfüllen.

Die Beklagte trägt weiterhin vor, der Kläger habe keinen Auskunftsanspruch gegen die Beklagte auf Auskunft zum Auswahlverfahren.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze vom 06.12.2017 (vgl. Bl. 263 ff. d. A.), vom 18.12.2017 (vgl. Bl. 262 ff. d. A.), vom 11.01.2018 (vgl. Bl. 275 ff. d. A.) sowie auf das Protokoll vom 11.04.2018 (vgl. Bl. 386 ff. d. A.) Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe:**

### **I.**

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

### **II.**

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung. Er hat keine Indizien dargelegt, die für eine Benachteiligung wegen seiner Schwerbehinderung sprechen.

Vorweg wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidung des Erstgerichts Bezug genommen (§ 69 Abs. 3 ArbGG).

1. Die Klage ist zulässig. Die Partei- und Prozessfähigkeit der Beklagten ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 BayFraktG. In dieser Vorschrift ist ausdrücklich bestimmt, dass Fraktionen am allgemeinen Rechtsverkehr teilnehmen und unter ihrem Namen klagen und verklagt werden können.

2. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 ArbGG.

a) Einen etwaigen Entschädigungsanspruch hat der Kläger innerhalb der gesetzlichen Fristen geltend gemacht. Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss ein Anspruch nach Abs. 1 oder Abs. 2 des § 15 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Die Beklagte hat dem Kläger per Mail vom 28.11. und 19.12.2016 Absagen erteilt. Durch Schreiben vom 20.12.2016 hat er einen Entschädigungsanspruch außergerichtlich geltend gemacht. Damit ist die 2-Monatsfrist gewahrt. Er hat auch die dreimonatige Klageerhebungsfrist des § 61b Abs. 1 ArbGG gewahrt, da er am 10.01.2017 seinen Entschädigungsanspruch durch Klageerhebung beim Arbeitsgericht geltend gemacht hat.

b) Die Beklagte hat den Kläger nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG unmittelbar benachteiligt.

aa) Der Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet, da der Kläger, der einen Grad der Behinderung von 50 aufweist, dem Behindertenbegriff des § 1 AGG unterfällt.

bb) Der Kläger beruft sich auf eine Benachteiligung gemäß § 7 Abs. 1 AGG. § 7 Abs. 1 AGG verbietet sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine – vorliegend ausschließlich in Betracht kommende – unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, unter

anderem einer Behinderung, eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt eine Benachteiligung im Rahmen einer Auswahlentscheidung, insbesondere bei einer Einstellung oder Beförderung, bereits dann vor, wenn der Beschäftigte nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorab ausgeschlossen wird. Die Benachteiligung liegt hier in der Versagung einer Chance. Bewerber/innen haben Anspruch auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungs-/ Stellenbesetzungsverfahren. (BAG, Urteil vom 20.01.2016, 8 AZR 194/14, Rn. 23 – nach juris).

Da der Kläger aufgrund der Absageschreiben der Beklagten vom 28.11. und 19.12.2016 vorab aus dem Auswahlverfahren ausgeschlossen ist, liegt eine Benachteiligung des Klägers gegenüber den Mitbewerbern vor.

Das Benachteiligungsverbot von § 7 Abs. 1 AGG erfasst jedoch nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung „wegen“ eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der benachteiligenden Behandlung und den im § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen.

cc) Der Kläger ist nicht „wegen“ seiner Behinderung benachteiligt worden.

Für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen sieht § 22 AGG eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat. Danach genügt eine Partei, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. (BAG, Urteil vom 20.01.2016, 8 AZR 194/14, Rn. 26 f. – nach juris). Der Kläger hat keine Indizien vorgetragen, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf eine Benachteiligung schließen lassen.

(1) Die Beklagte hat nicht gegen ihre Pflicht verstoßen gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX a.F./ § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX (künftig § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX a.F.). Zuletzt unstreitig hat die Beklagte mit der Bundesagentur für Arbeit Verbindung aufgenommen und die Stellenanzeigen bei dieser veröffentlicht.

(2) Die Beklagte hat nicht gegen ihre Verpflichtungen aus § 81 Abs. 1 Sätze 4 – 7 a.F. verstoßen, da bei ihr weder eine Schwerbehindertenvertretung noch ein Betriebsrat oder Personalrat oder sonst in § 93 SGB IX a.F./ § 176 SGB IX (künftig § 93 SGB IX a.F.) genannte Vertretung gebildet ist. Der Kläger konnte die Existenz einer solchen Vertretung weder substantiiert darlegen noch beweisen. Entgegen der Ansicht des Klägers hat nicht die Beklagte die Nichtexistenz, sondern er die Existenz einer solchen Vertretung zu beweisen. Wie das Bundesarbeitsgericht (BAG, Urteil vom 18.10.2012, 6 AZR 41/11, Rn. 27) zu § 102 Abs. 1 BetrVG ausgeführt hat, hat der Arbeitnehmer im Rahmen seiner abgestuften Behauptungslast darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass ein Betriebsrat gebildet ist. Dieselben Grundsätze sind für § 81 Abs. 1 SGB IX a.F. anzuwenden, da auch dieses Anhörungserfordernis nur dann besteht, wenn eine funktionsfähige Vertretung existiert. Der Kläger begnügt sich hier damit den Vortrag der Beklagten, dass keine Vertretung existiert, zu bestreiten. Damit genügt er seiner Vortragslast nicht.

(3) Es liegt kein Verstoß gegen eine Anhörungspflicht der Beklagten nach § 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX a.F. vor. Der Kläger war vor der Entscheidung der Beklagten, ihn nicht zu einem Bewerbungsgespräch einzuladen, nicht anzuhören. § 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX a.F. statuiert eine Anhörungspflicht nur für den Fall, dass vorab mit den existierenden Gremien gemäß § 81 Abs. 1 Satz 4 – 7 SGB IX a.F. eine Erörterung durchgeführt werden konnte und durchgeführt wurde. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von § 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX a.F., der formuliert „Dabei wird der betroffene schwerbehinderte Mensch angehört.“ Durch die Verwendung des Wortes „dabei“ wird auf das vorher geregelte Erörterungsverfahren Bezug genommen. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass in Fällen, in denen keine Erörterung durchzuführen ist, da keine Vertretungen existieren mit denen die Einstellung erörtert werden kann, keine Anhörung der betroffenen schwerbehinderten Person zu erfolgen hat.

(4) Dasselbe gilt für die in § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX a.F. enthaltene Verpflichtung zur unverzüglichen Unterrichtung über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe. Auch diese Unterrichtungspflicht besteht nur dann, wenn vorher das Erörterungsverfahren nach § 81 Abs. 1 Satz 4 – 7 SGB IX a.F. stattfinden konnte. Dann sind „alle Beteiligten“ vom Arbeitgeber über die getroffene Entscheidung zu unterrichten. Hat dieses Verfahren jedoch nicht stattgefunden, gibt es keine Beteiligten dieses Verfahrens und damit keine Unterrichtungspflicht. Dem Gesetzestext kann nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber unabhängig von der Möglichkeit ein Erörterungsverfahren durchzuführen, den Arbeitgeber verpflichten wollte den schwerbehinderten Bewerber auf jeden Fall über die getroffene Entscheidung zu unterrichten. Der schwerbehinderte Bewerber soll ebenso wie die anderen an dem Erörterungsverfahren Beteiligten von dem Ergebnis unterrichtet werden. Gibt es keine Erörterung, gibt es auch keine Beteiligten, die informiert werden können. So hat das Bundesarbeitsgericht (BAG, Urteil vom 21.02.2013, 8 AZR 180/12, Rn. 44 – nach juris) für den Fall ausgeführt, in dem ein Arbeitgeber die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX a.F. erfüllt und aus diesem Grund nicht verpflichtet ist, das Erörterungsverfahren gemäß § 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX a.F. durchzuführen, dass er dann nicht verpflichtet ist eine Unterrichtung gemäß § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX a.F. durchzuführen, da einerseits im Satz 9 von der „getroffenen Entscheidung“ die Rede ist und es andererseits systematisch unstimmig wäre unabhängig vom Anhörungsverfahren eine Unterrichtungspflicht zu verlangen. Dasselbe gilt für den Fall, dass das Anhörungsverfahren mangels Existenz von Vertretungen, mit denen ein Anhörungsverfahren durchgeführt werden kann, nicht erfolgt.

(5) Auch die Tatsache, dass die Beklagte den Kläger nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hat, ist kein Indiz für eine Diskriminierung im Sinne von § 22 AGG. Die Beklagte war zu einer Einladung gemäß § 82 Satz 2 SGB IX a.F./ § 165 Satz 3 SGB IX (künftig § 82 Satz 2 SGB IX a.F.) nicht verpflichtet, da sie kein öffentlicher Arbeitgeber im Sinne von § 71 Abs. 3 SGB IX a.F./ § 154 Abs. 2 SGB IX (künftig § 71 Abs. 3 SGB IX a.F.) ist.

§ 71 Abs. 3 SGB IX a.F. enthält eine Legaldefinition des öffentliche Arbeitgebers, die abschließend aufzählt, wer als öffentlicher Arbeitgeber im Sinne des Teils 2 (Schwerbehinder-

tenrecht) zu gelten hat. Der Gesetzgeber hat festgelegt, dass es sich dabei um die Organisationseinheiten der öffentlichen Verwaltung und die in einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform betriebenen Unternehmen handelt. Im Hinblick auf die ausdrückliche Definition des öffentlichen Arbeitgebers „im Sinne des Teils 2“ ist klargestellt, dass der Gesetzgeber den Begriff des öffentlichen Arbeitgebers nicht einheitlich durch alle Regelungen der Sozialgesetzbücher verwendet, sondern hier ausschließlich eine Definition für das Schwerbehindertenrecht getroffen wurde. Es insoweit irrelevant, ob die Beklagte in anderen Bereichen als öffentlicher Arbeitgeber betrachtet wird.

Die Beklagte ist unstreitig kein öffentlicher Arbeitgeber im Sinne von § 71 Abs. 3 Ziffer 1 und Ziffer 3 SGB IX a.F., da sie weder eine Bundesbehörde noch eine Gebietskörperschaft ist. Sie ist auch nicht öffentlicher Arbeitgeber im Sinne von § 71 Abs. 3 Ziffer 2 SGB IX a.F. da sie weder eine Landesbehörde ist noch zur Verwaltung der Landtage zu zählen ist. Auch der Kläger behauptet nicht, dass eine Fraktion des Bayerischen Landtags zu dessen Verwaltung gehört.

Die Beklagte ist ebensowenig öffentlicher Arbeitgeber im Sinne von § 71 Abs. 3 Ziffer 4 SGB IX a.F.. Diese Arbeitgeberkategorie besteht aus sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Es fallen alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts darunter, denen hoheitliche Befugnisse übertragen worden sind und die öffentliche Aufgaben zu erfüllen haben (GK-SGB IX, Lampe, § 71 Rn. 95). Die Beklagte ist keine Stiftung des öffentlichen Rechts, da sie nicht zur Verwaltung von Vermögen errichtet wurde. Sie ist keine Anstalt des öffentlichen Rechts, da sie keine mit einer öffentlichen Aufgabe betreute Institution ist, deren Aufgabe ihr durch Gesetz oder Satzung zugewiesen wurde. Beides behauptet auch der Kläger nicht. Die Beklagte, eine Fraktion des Bayerischen Landtags, ist auch keine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Wie selbst der Berufungskläger ausführt (vgl. Schriftsatz vom 08.12.2017, Seite 34 f., Bl. 315 d.A.) sind Körperschaften des öffentlichen Rechts „mitgliedschaftlich organisierte, rechtsfähige Verbände öffentlichen Rechts, die staatliche Aufgaben mit hoheitlichen Mitteln unter staatlicher Aufsicht wahrnehmen und die durch staatlichen Hoheitsakt entstehen“. Da die Fraktion nicht durch staatlichen Hoheitsakt errichtet wird, sondern sich durch den freiwilligen Zusammenschluss von Abgeordneten bildet (Artikel 1 Abs. 1 BayFraktG) fehlt es jedenfalls an einem greifbaren

Verleihungsakt. Darüber hinaus sind einer Fraktion keine hoheitlichen Befugnisse übertragen. Sie fällt somit nicht in den Anwendungsbereich von § 71 Abs. 3 Ziffer 4 SGB IX a.F.

Entgegen der Ansicht des Klägers kann der Begriff des öffentlichen Arbeitgebers im Sinne von § 71 Abs. 3 SGB IX a.F. nicht ausgeweitet werden. § 71 Abs. 3 SGB IX a.F. enthält eine Legaldefinition des öffentlichen Arbeitgebers mit einer abschließenden Aufzählung. Da § 71 Abs. 3 SGB IX a.F. den öffentlichen Arbeitgeber für den gesamten Teil 2 des SGB IX bestimmt, ist eine exakte Begriffsbestimmung erforderlich. Der Gesetzgeber hat bei der Formulierung von § 71 Abs. 3 SGB IX a.F. bewusst auf eine Öffnung durch Verwendung von Formulierungen wie beispielsweise oder insbesondere verzichtet, sondern eine abschließende Aufzählung vorgenommen. Dies zeigt, dass damit auch eine Beschränkung auf die ausdrücklich genannten Organisationsformen gewollt war. Dem Gesetzgeber war und ist die Diskussion über die rechtliche Einordnung einer Fraktion bewusst. Dennoch hat er darauf verzichtet die Fraktion in die Aufzählung von § 71 Abs. 3 SGB IX a.F. aufzunehmen. Eine Regelungslücke ist damit nicht vorhanden, eine Ausweitung über den Wortlaut hinaus ausgeschlossen.

dd) Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Herausgabe der Bewerbungsunterlagen seiner Mitbewerber. Ein abgelehnter Bewerber hat grundsätzlich keinen Auskunftsanspruch über die Einzelheiten des Auswahlverfahrens (BAG, Urteil vom 21.02.2013, 8 AZR 180/12, Rn. 48 – nach juris).

Damit musste die Berufung insgesamt ohne Erfolg bleiben.

### III.

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 97 Abs. 1 ZPO.

#### **IV.**

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de> hingewiesen.

Hauf

Heck

Seidler