6 Sa 675/07
4 Ca 2484/07
(Nürnberg)

Verkündet am 19. Februar 2008

LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in dem Rechtsstreit

A…

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte …

g e g e n

B…, Inhaber der Kfz-Rep.-Werkstätte **B…,**

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte …

wegen: Schadensersatz

Die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **V e t t e r** und die ehrenamtlichen Richter Hummer und Seidel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. Januar 2008

für Recht erkannt:

I. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 04.09.2007, Az. 4 Ca 2484/07, wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

II. Die Revision wird nicht zugelassen.

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Verpflichtung eines Arbeitgebers zur Zahlung einer Entschädigung wegen Diskriminierung eines Bewerbers wegen dessen Behinderung.

Der Beklagte, der eine Kraftfahrzeug-Reparaturwerkstatt mit Kfz-Handel mit in der Regel fünf Arbeitnehmern betreibt, schaltete unter dem 04.12.2006 auf dem Online-Markt eine Stellenanzeige mit folgendem Inhalt (Anlage 1 zur Klageschrift, Bl. 7 f. d.A.):

> „Stellenangebot vom 04.12.2006
> Kraftfahrzeugmechaniker/in – Personenkraftwageninstandhalt.
> gesucht von …
> Berufsgruppe
> Kraftfahrzeugmechaniker/in – Personenenkraftwageninstandhalt.
> Betriebart: Instandhaltung und Reparatur
> …
> Beschreibung
> Moderne, freie Kfz-Reparatur-Werkstätte sucht eine/n flexible/n und belastbare/n Mechaniker/in. Die wichtigsten Anforderungen: 1) Berufserfahrung - Fähigkeit zu selbständigem Arbeiten 2) Kenntnisse in Kfz-Elektrik und Elektronik 3) sehr gute Kfz-Reparatur-Werkstätte sucht eine/n flexible/n und belastbare/n Kfz-Mech. Die wichtigsten Anforderungen: 1) Berufserfahrung – Fähigkeit zu selbständigem 2) Kenntnisse in Kfz-Elektrik und Elektronik 3) sehr gute Deutschkenntnisse in Wort und Schrift“

Der Kläger bewarb sich unter dem 06.12.2006 mit folgendem Schreiben (Anlage 2 zur Klageschrift, Bl. 9 d.A.):

> „durch Ihre Anzeige bei „1a-stellenmarkt.de“ habe ich erfahren, dass sie Verstärkung im Servicebereich suchen. Diese Tätigkeit und mehr leistete ich schon seit vielen Jahren.

> Zurzeit bin ich arbeitslos. Mein Tätigkeitsfeld umfasste in der Vergangenheit mehrere Positionen in einem Autohaus. Ich war zuletzt Leiter der Service-Abteilung der Marken C… und D…, Leiter der T&Z Abteilung, und ebenfalls Leiter und Sachbearbeiter des Garantie-Managements beider Marken. Natürlich habe ich, wenn Not am Mann war auch praktisch in der Werkstatt gearbeitet.
>
> Meine freundliche und umgängliche Art kommt im Allgemeinen gut an.
>
> Ich möchte Sie im Vorfeld der Fairness halber darauf hinweisen, dass ich eine anerkannte Behinderung von 30% habe. Dies hat jedoch keinen Einfluss auf meine Arbeitstätigkeit als Kraftfahrzeugmechaniker.
>
> Es wäre für mich kein Problem, zur Aufnahme der Tätigkeit in Ihrem Hause, zeitnah einen Umzug in Ihre Region vorzunehmen. …“

Der Kläger fragte unter dem 31.01.2007 nach dem Stand seiner Bewerbung nach. Daraufhin erhielt er ein auf 09.02.2007 datiertes Ablehnungsschreiben mit, soweit vorliegend von Interesse, folgendem Inhalt (ebenda, Bl. 10 d.A.):

> „Es tut mir leid, Ihnen sagen zu müssen, dass ich mich für einen Mitbewerber entschieden habe. Diese Entscheidung war, bei der Vielzahl an Bewerbungen, nicht leicht für mich und liegt nicht in Ihrer Person oder Qualifikation begründet.“

Mit seiner am 05.04.2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage selben Datums hat der Kläger Anspruch auf angemessenen Schadensersatz geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, aus den Umständen ergebe sich, dass er die Stelle lediglich wegen seiner Behinderung nicht erhalten habe. Der Beklagte habe mit der Stellenanzeige einen flexiblen und belastbaren Mitarbeiter gesucht. Wenn er aber gerade auf diese Eigenschaften Wert lege, sei davon auszugehen, dass er diese Eigenschaft Schwerbehinderten gerade nicht zutraue. Die Attribute ständen offensichtlich im Widerspruch zu seiner Behinderung. Die sich bereits aus der Annonce ergebende Vermutung werde noch dadurch verstärkt, dass er als Kfz-Meister mit langjähriger Berufserfahrung für die ausgeschriebene Stelle bestens qualifiziert sei. Außerdem führe der Beklagte in der Absage selbst aus, dass die Entscheidung, einen anderen Bewerber anzustellen, nichts mit seiner – des Klägers – Person oder Qualifikation zu tun habe. Wenn aber diese Momente keine Rolle gespielt hätten, müsse letztendlich die Behinderung den Ausschlag für die Nichtberücksichtigung gespielt haben. Hinsichtlich der Schadenshöhe werde davon ausgegangen, dass die Stelle mindestens mit einem Bruttolohn von 1.500,- € dotiert gewesen wäre. Es sei mindestens ein sechsfaches Monatsgehalt als Entschädigung gerechtfertigt, zumal nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes der immaterielle Schadensersatz abschreckende Wirkung haben müsse, um so Diskriminierungen von vornherein zu vermeiden.

Der Kläger hat im Verfahren vor dem Arbeitsgericht – unter Verzicht auf den ursprünglich geltend gemachten Mindestanspruch von 9.000,- € – daher zuletzt folgende Anträge gestellt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger angemessenen Schadensersatz, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB hierauf seit dem 16.02.2007 zu zahlen.

2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat eingewandt, die Klage sei nicht begründet. Beim Kläger handele es sich um einen sogenannten „AGG-Hopper“, der von vornherein versuche, entsprechende Entschädigungen zu erhalten, ohne dass er ernsthaft am Arbeitsplatz Interesse habe. Der Kläger habe sich zeitgleich etwa auch beim Autohaus E… in F… beworben und nach der erhaltenen Absage ebenfalls Schadensersatz in Höhe von 9.000,- € eingeklagt. Darüber hinaus mache der Kläger Schadensersatz auch gegenüber einem Autohaus in G… und gegenüber einem weiteren in H… geltend. Letzterer Rechtsstreit habe mit einem Vergleich geendet, wonach der Kläger ab 01.06.2007 dort ein Arbeitsverhältnis eingegangen sei. Der Kläger habe also für denselben Sachverhalt vier Entschädigungsklagen erhoben; hieraus ergebe sich, dass es ihm allein um den Erhalt der Entschädigungsleistungen, nicht aber eigentlich um den Arbeitsplatz gehe. Zudem lägen keine objektiven Indizien vor, die auf eine Benachteiligung des Klägers hindeuteten.

Der Kläger hat sich gegen die Etikettierung als „AGG-Hopper“ verwahrt und diese Äußerung als Diffamierung zurückgewiesen. Er hat erklärt, er habe über 30 Jahre in derselben Firma gearbeitet, sei wegen der Insolvenz dieser Firma arbeitslos geworden. Er habe sich seither im gesamten Bundesgebiet um eine neue Arbeitsstelle beworben und hierzu über 50 Bewerbungen versandt. Diese seien sämtlich nicht von Erfolg gekrönt gewesen, obwohl er mit seiner Berufserfahrung und überdurchschnittlicher Qualifikation eigentlich sehr gute Chancen hätte haben müssen. Die Absagen seien seiner Ansicht nach auf sein Alter und die bestätigte Schwerbehinderung zurückzuführen. Aus diesem Grund habe er sich entschlossen, sich gegen diese ungerechte Behandlung mit den gesetzlich zur Verfügung stehenden Mitteln zur Wehr zu setzen. Es gehe ihm nicht im wesentlichen um Entschädigungen, sondern um einen Arbeitsplatz. Soweit der potentielle Arbeitgeber vernünftige Gründe für die Absage angeführt habe, habe er daher seine Entschädigungsklage auch zurückgenommen. Das Verfahren gegen das Autohaus in H… habe mit einem AGG-Verfahren nichts zu tun; diese Firma habe er wie viele ehemalige Kollegen auch wegen des seiner Ansicht nach stattgefundenen Betriebsübergangs des ursprünglichen Beschäftigungsbetriebs verklagt. Gewichtige Indizien für die Diskriminierung lägen in der Stellenanzeige und im Ablehnungsschreiben. Es sei eine Selbstverständlichkeit,

dass ein Bewerber für die Anforderungen eines Kfz-Mechanikers auch körperlich geeignet sein müsse; wenn der Beklagte die Eigenschaften „Belastbarkeit“ und „Flexibilität“ in der Anzeige eigens hervorgehoben habe, müsse er damit besondere Zwecke erfüllt haben, müsse er eine überdurchschnittliche Belastbarkeit und Flexibilität erwarten. Diese Eigenschaften ständen aber in direktem Widerspruch zur Behinderung, die für eingeschränkte Leistungsfähigkeit stehe. Es bestehe ein Widerspruch zwischen den in der Stellenanzeige zum Ausdruck gebrachten Erwartungen und dem potentiellen Leistungsbild als Bewerber. Die hierdurch ausgelöste indizielle Wirkung werde verstärkt dadurch, dass der Beklagte unter den wichtigsten Anforderungen Berufserfahrung mit der Fähigkeit zu selbständigem Arbeiten betont habe. Gerade dies erfülle er aber mit seiner dreißigjährigen Berufserfahrung und der Fähigkeit zu selbständigem Arbeiten bestens. Als Meister habe er auch überdurchschnittliche Kenntnisse in Kfz-Elektrik und Elektronik. Deutschkenntnisse in Wort und Schrift seien ebenfalls gegeben. Daraus müsse entnommen werden, dass er unter sämtlichen Bewerbungen das beste Leistungsprofil aufgewiesen habe. Wenn er trotzdem nicht genommen worden sei, könne dies nur daran liegen, dass er mit seiner Behinderung den vorgegebenen Erwartungen des Beklagten nicht entsprochen habe. Auch das prozessuale Verhalten des Beklagten spreche für das Vorliegen einer Diskriminierung. Dieser teile nämlich ganz bewusst nicht mit, welcher Bewerber die Stelle aus welchem Grund erhalten habe. Schließlich deute auch das Ablehnungsschreiben auf Diskriminierung hin; wenn weder Person noch Qualifikation ausschlaggebend gewesen seien, bleibe nur die Behinderung als entgegenstehendes Merkmal übrig.

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, bei den Attributen flexibel und belastbar handele es sich um übliche Formulierungen, die allenfalls eine gewisse Mindestanforderung zum Ausdruck brächten. Es sei falsch, dass der Kläger der geeignetste Bewerber gewesen sei. Da es an Indizien für die Diskriminierung fehle, sei er nicht verpflichtet, seine Entscheidungsfindung bei der Bewerberauswahl offenzulegen. Das Ablehnungsschreiben stelle lediglich eine höflich formulierte Absage ohne weitere Aussagekraft dar.

Der Kläger hat erklärt, der Beklagte habe einen jüngeren nicht behinderten Arbeitnehmer mit einer deutlich geringeren Qualifikation eingestellt, nicht ihn als bestqualifizierten. Er hat dafür sämtliche vom Beklagten vorzulegende Bewerbungsunterlagen als Beweismittel angeboten.

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat die Klage mit Endurteil vom 04.09.2007 abgewiesen.

Das Arbeitsgericht hat diese Entscheidung im wesentlichen damit begründet, der Kläger habe nicht hinreichend Indizien für eine Benachteiligung nachweisen können. Dies sei nach § 22 AGG erforderlich. Erst wenn der Kläger Tatsachen vorgetragen und im Streitfall bewiesen hätte, die eine Benachteiligung wegen Behinderung vermuten ließen, trage der Beklagte die Beweislast für das Nichtvorliegen eines Verstoßes gegen ein Benachteiligungsverbot oder das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Der sich benachteiligt fühlende Bewerber genüge seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn es einen allgemeinen Erfahrungssatz gebe, nach dem es überwiegend wahrscheinlich sei, dass bei Vorliegen der von ihm bewiesenen Hilfstatsachen die in Rede stehende Handlung oder Unterlassung wegen eines in § 1 AGG genann-

ten Grundes begangen worden sei. Diese Voraussetzungen habe der Kläger nicht erfüllt. Zweifelhaft sei bereits, ob er in ausreichender Weise eine Behinderung im Sinne des § 1 AGG vorgetragen habe; dieser Begriff sei nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht mit dem im SGB IX verwendeten Begriff, auf den sich der Kläger beziehe, identisch. Unabhängig davon fehle es an ausreichend vorgetragenen Indizien. Die Stellenausschreibung als solches stelle trotz der Verwendung der Begriff flexibel und belastbar kein ausreichendes Indiz dar. Diese Begriffe seien Floskeln, mit denen nicht ein über dem Durchschnitt belastbarer Mitarbeiter gesucht werde. Selbst wenn dies jedoch der Fall wäre, läge keine Diskriminierung wegen Behinderung vor, weil es in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend sei, dass behinderte Mitmenschen sich nicht belastbar und flexibel im Berufsleben engagieren könnten. Kein Indiz stelle auch das Ablehnungsschreiben dar; es handele sich um eine allgemeine Höflichkeitsfloskel ohne gesonderten Aussagewert. Kein Indiz stelle schließlich das prozessuale Verhalten des Beklagten dar; es sei nicht zu beanstanden, dass dieser sich auf die formale Position zurückgezogen habe, mangels ausreichender Indizien treffe ihn weder Darlegungs- noch Beweislast.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist dem Kläger ausweislich des Empfangsbekenntnisses seiner Prozessvertreter am 26.09.2007 zugestellt worden (Bl. 78 d.A.). Der Kläger hat mit Schriftsatz seiner Vertreter vom 15.10.2007, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am selben Tag, Berufung eingelegt. Er hat diese Berufung mit am 26.10.2007 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz selben Datums begründet.

Der Kläger hat sich in der Berufung darauf gestützt, das Arbeitsgericht habe nicht beachtet, dass er unbestritten vorgetragen habe, der Beklagte habe einen jüngeren, nicht behinderten Bewerber mit deutlich schlechterer Qualifikation eingestellt. Auch dies stelle ein wesentliches Indiz für die Ablehnung wegen Behinderung im Sinne des § 22 AGG dar. Im übrigen habe das Arbeitsgericht die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des § 22 AGG verkannt. Er habe vorgetragen, der Bewerber mit dem besten Leistungsprofil zu sein. Mehr sei ihm nicht möglich, weil er keine Unterlagen über die anderen Bewerber besitze. Der Beklagte, der diese Unterlagen habe oder gehabt habe, hätte sich hierzu substantiiert einlassen müssen. Fehlerhaft habe das Arbeitsgericht die in der Annonce enthaltenen Begriffe „flexibel“ und „belastbar“ als reine Floskeln abgetan. Zwar sei es zutreffend, dass es einen dahin lautenden Erfahrungssatz, behinderte Menschen seien nicht flexibel oder belastbar, nicht gebe. Es gebe aber den Erfahrungssatz, dass Arbeitgeber die Auffassung verträten, behinderte Menschen seien weniger belastbar und flexibel. Ansonsten hätte man einen besonderen Schutz Behinderter nicht einführen müssen, hätte man den Arbeitgebern die Beschäftigung einer bestimmten Behindertenquote nicht vorschreiben müssen. Wenn unter Berücksichtigung dieser Umstände ein Arbeitgeber ausdrücklich einen belastbaren und flexiblen Mitarbeiter suche, sei gerade dies ein Indiz dafür, dass er vermeintlich weniger belastbare Bewerber, mithin Behinderte, abschrecken wolle, sich auf die Stelle zu bewerben. Wenn der Beklagte zudem mit der Begründung abgesagt habe, die Absage habe nichts mit Person und Qualifikation zu tun, könne die Absage nur deswegen erfolgt sein, weil er, der Kläger, nicht dem Anforderungsprofil entsprochen habe. Einziges mögliches Kriterium hierfür sei die Diskrepanz zwischen Erwartung nach Belastbarkeit einerseits und Behinderung andererseits. Sämtliche anderen Anforderungen habe er erfüllt.

Der Kläger stellt als Berufungskläger daher in der Berufungsinstanz folgende Anträge:

> Unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 04.09.2007, Az. 4 Ca 2484/07, wird der Beklagte verurteilt, an den Kläger angemessenen Schadensersatz, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB hierauf seit dem 16.02.2007 zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt,

> die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Der Beklagte schließt sich den Ausführungen des Arbeitsgerichts an. Er meint, der Kläger habe lediglich vermutet, dass ein jüngerer nicht behinderter Bewerber eingestellt worden sei. Der Kläger habe nach wie vor keine Tatsachen dargestellt, aus denen auf eine Diskriminierung geschlossen werden könne. Es sei falsch, dass der Kläger das Anforderungsprofil als Bester erfüllt habe. Es sei falsch, dass die Formulierung „flexibel und belastbar“ auf eine Diskriminierung hindeute. Immerhin beschäftige er auch einen Mitarbeiter mit einem Behindertenstatus von 30%; schon daraus lasse sich entnehmen, dass gerade bei ihm ein Vorurteil dahingehend, Behinderte seien nicht flexibel und belastbar, nicht bestehe. Die Absage sei lediglich höflich formuliert worden und ohne jede Aussagekraft.

In der Verhandlung vor dem Arbeitsgericht hat der Klägervertreter erklärt, die Tatsache, dass der Kläger Meister sei, habe sich aus den Bewerbungsunterlagen ergeben. Der Beklagte hat erklärt, er führe einen Betrieb mit fünf Mitarbeitern. Er habe einen Mechaniker für die Werkstatt gesucht, keinen leitenden Mitarbeiter. Der Kläger habe seinem Eindruck nach überwiegend im Servicebereich gearbeitet, er sei ihm überqualifiziert erschienen. Die Kammer hat den Beklagten über die Gründe für die Absage als Partei vernommen. Hinsichtlich der Einzelheiten der Aussage wird auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 22.01.2008 Bezug genommen (Bl. 115 d.A.). Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des Ersturteils vom 04.09.2007 (Bl. 64 ff. d.A.), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 22.01.2008 (Bl. 113 ff. d.A.) und die zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, weil sie sich gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil richtet (§ 64 Abs. 1 ArbGG). Der Wert des Beschwerdegegenstandes übersteigt 600,- Euro (§ 64 Abs. 2 b) ArbGG). Die Berufung ist auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1, S. 2 ArbGG).

II.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Urteil des Arbeitsgerichts erweist sich als richtig. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Berufungskammer folgt den sorgfältigen Erwägungen des Arbeitsgerichts, denen sie sich in vollem Umfang anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet werden kann (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Nur ergänzend ist im Hinblick auf die in der Berufung von den Parteien vorgetragenen Argumente noch hinzuzufügen:

1. Zutreffend ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass der Kläger Indizien, die die von ihm angenommene Benachteiligung wegen Behinderung vermuten lassen (§ 22 AGG), weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt hat.

   a. Zunächst ist festzuhalten, dass weder in der Ausschreibung noch im Bewerbungsverfahren noch in der Absage noch aus sonstigen Umständen eine unmittelbare Diskriminierung ersichtlich ist. Es ist in keiner Weise erkennbar, dass der Beklagte hierbei auf das Fehlen einer Behinderung als unmittelbares Kriterium abgestellt hätte. Dies behauptet auch der Kläger nicht.

   b. Eine solche Vermutung dafür, dass der Beklagte trotz Fehlens ausdrücklicher Bezugnahme auf Behinderte dennoch dieses Kriterium zu Lasten des Klägers in die Überlegungen einbezogen hat, ergibt sich nicht schon daraus, dass der Beklagte in der Stellenanzeige das Begriffspaar „flexibel und belastbar“ aufgenommen hat. Gerade bezogen auf die Tätigkeit eines Kfz-Mechanikers erscheint, wie das Arbeitsgericht zutreffend ausführt, Flexibilität nach dem allgemeinen Sprachverständnis – für ein anderweitiges Verständnis des Beklagten bestehen keine Anhaltspunkte – als Anforderung dafür, dass ein schnelles Umstellen auf verschiedenartige Arbeiten erwartet wird. Mit der Frage, ob ein Mitarbeiter behindert ist im Sinne des SGB IX oder des AGG, hat dies nicht erkennbar zu tun. Ähnliches gilt für das Merkmal „belastbar“. Eine wissenschaftliche Erkenntnis, dass ein behinderter Mitarbeiter nicht belastbar wäre, kennt die Kammer nicht – sie ist auch vom Kläger nicht behauptet. Der Kammer ist aber auch ein diesbezügliches allgemeines Verständnis oder ein sol-

ches Verständnis im Kfz-Gewerbe nicht bekannt. Zutreffend hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass es sich um allgemein verwendete Floskeln handelt, die die Selbstverständlichkeit deutlich machen sollen, dass für ein vielfältiges Aufgabengebiet auch erhebliches Engagement verlangt wird. Dies gilt zumindest dann, wenn die Ausschreibung sich allgemein an alle richtet; anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn – etwa anlässlich einer Absage – ein konkreter Bezug dieser Merkmale zu bestimmten Personen oder gar behinderten Menschen erst hergestellt wird. Insofern liegt der Sachverhalt anders als derjenige, der dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 24.04.2008 – Az. 8 AZR 257/07 (Pressemitteilung 35/08) – zugrunde lag. Dort hat der Arbeitgeber, der die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin gekannt hat, mit seinen Äußerungen hierauf Bezug genommen. Ähnliches gilt für denjenigen Sachverhalt, der der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 03.04.2007 (9 AZR 823/06, zitiert nach juris) zugrunde lag. Dort hatte der Arbeitgeber die Absage ausdrücklich auf die – die Behinderung von 40 Grad verursachende – Krankheit der Klägerin gestützt (a.a.O., Rn. 37 der Entscheidungsgründe). Auch dort hat der Arbeitgeber also einen konkreten Bezug zum verbotenen Diskriminierungsmerkmal hergestellt. Hieran fehlt es vorliegend.

c. Weitere Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte den Kläger gerade wegen seiner bereits im Anschreiben an hervorgehobener Stelle mitgeteilte Behinderung von 30 Grad nicht ausgewählt hätte, sind nicht ersichtlich. Das Absageschreiben lässt einen Bezug zum Diskriminierungsmerkmal nicht erkennen, auch nicht in mittelbarer Form. Die Tatsache, dass der Beklagte hierin aufgeführt hat, die Absage sei nicht in Person oder Qualifikation des Klägers begründet, besagt hierfür nichts. Sie erschöpft sich, worauf das Arbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat, in einer Höflichkeitsfloskel. Die Schlussfolgerung des Klägers, dass allein die Behinderung das ausschlaggebende Kriterium gewesen sein könne, wenn die Absage denn nicht in der Person oder der Qualifikation begründet sei, überzeugt nicht. Schon das Arbeitsgericht hat darauf hingewiesen, dass sich genauso gut ein Schluss ziehen lassen könnte, wenn die Absage nicht in der Person begründet sei, sei sie gerade nicht wegen der häufig als persönliches Merkmal verstandenen Behinderung erfolgt. Es lassen sich im übrigen außerhalb der Person und der Qualifikation viele Kriterien finden, die mindestens ebenso gut in Frage kämen wie der Behindertenstatus: Etwa die Einfügung in die Belegschaft, besondere Kenntnisse eines anderen Bewerbers, Entscheidung für einen Bewerber mit regionalem Bezug auch zu den erwarteten Kunden und vieles mehr.

d. Auf weitere Indizien – etwa auf die fehlende Durchführung eines Verfahrens nach § 81 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB IX – hat sich der Kläger nicht berufen. Der Beklagte hatte daher keine Veranlassung, hierauf einzugehen. Es bleibt daher offen, ob der Beklagte seine diesbezüglichen Pflichten erfüllt hat. Vermutungstatsachen im Sinne des § 22 AGG können hieraus schon aus diesem Grund nicht abgeleitet werden (ohnehin zweifelnd hierzu vgl. etwa Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 652).

2. Selbst wenn man – was das Arbeitsgericht zu Recht verneint hat – davon ausgehen könnte, der Kläger habe ausreichend Vermutungstatsachen benannt, denen der Beklagte nicht entgegengetreten ist, wäre der Anspruch nicht begründet. Die Kammer ist nach der durchgeführten Beweisaufnahme nämlich davon überzeugt, dass der Beklagte den Kläger nicht wegen der Behinderung, sondern aus anderen Gründen nicht ausgewählt hat, die nichts mit der Behinderung zu tun haben. Der Beklagte hat glaubwürdig dargestellt, Grund für die Auswahl eines anderen Bewerbers sei gewesen, dass der Kläger dem Anforderungsprofil nicht in vollem Umfang entsprochen habe. Aus seiner Bewerbung habe sich ergeben, dass er nur in der Werkstatt arbeiten wolle, wenn „Not am Mann“ sei. Der Kläger sei ihm daher überqualifiziert erschienen. Dieser Vortrag erscheint der Kammer als glaubwürdig. Aus dem Bewerbungsschreiben des Klägers (a.a.O., Bl. 9 d.A.) lässt sich in der Tat entnehmen, dass dieser zuletzt als „Leiter der Service-Abteilung …“, „Leiter der T&Z-Abteilung“ und „Sachbearbeiter des Garantie-Managements“ tätig gewesen sei. Zwar ergibt sich hieraus nicht, dass der Kläger nur bei „Not am Mann“ in der Werkstatt hätte arbeiten wollen, wie der Kläger zu Recht rügt. Es lässt sich aber unschwer entnehmen, dass der Kläger zuletzt nach der von ihm selbst gefertigten Bewerbung eine andere, höher qualifizierte Tätigkeit „in einem Autohaus“ ausgeführt habe als diejenige, die der Beklagte für eine Werkstatt mit fünf Beschäftigten gesucht und benötigt hat. Es erscheint der Kammer daher ohne weiteres glaubwürdig, dass der Beklagte aus mehreren Bewerbern einen anderen ausgesucht hat, der dem Anforderungsprofil, wie es in einer kleinen Werkstatt benötigt wird, besser gerecht wird als ein Bewerber mit hervorragenden Zeugnissen, der in den letzten Jahren jedoch eine Tätigkeit verrichtet hat, die sich zumindest nach dem Bewerbungsschreiben als anders geartet und höherwertig darstellt. Der Umstand, dass der Beklagte sich insoweit ungenau ausgedrückt und seine Erwartungen – ein so qualifizierter Bewerber wolle auch weiterhin nach Möglichkeit derartige höher qualifizierte Funktionen ausüben – mit den im Bewerbungsschreiben angegebenen Tatsachen vermengt hat, spricht eher für als gegen die Glaubwürdigkeit des Beklagten. Er hat sich offenbar nicht im Hinblick auf das Bewerbungsschreiben eine bestimmte Begründung „zurechtgelegt“. Die ruhig und gelassen abgegebene Aussage erscheint der Kammer daher in jeder Hinsicht nachvollziehbar und glaubwürdig. Danach steht fest, dass der Beklagte den Kläger aus den genannten Gründen und nicht wegen seiner Behinderung nicht für den ausgeschriebenen Posten ausgewählt hat. Dies gilt um so mehr, als der Anspruch nur begründet sein könnte, wenn die Behinderung zumindest eine „maßgebliche“ Rolle bei der Auswahlentscheidung gespielt haben müsste (so mit Recht LAG München vom 16.08.2006, 4 Sa 338/06, zitiert nach juris). Hierfür bestehen schon gar keine Anhaltspunkte.

3. Auf die vom Kläger begehrte Auskunft, welche Qualifikation andere Bewerber gehabt haben, kommt es angesichts dieser Tatsache nicht an. Es ist einem Arbeitgeber erlaubt, auch weniger qualifizierte Bewerber zu bevorzugen, wenn ihnen ein besonders qualifizierter Bewerber aus anderen Gründen – wie hier der Erwartung, die bisherige Tätigkeit lasse vermuten, für den Bewerber sei die angebotene Stelle nur zweite Wahl – nicht als gleich geeignet erscheint. Der private Arbeitgeber ist in der Auswahl der Mitarbeiter, auch bei seinen Kriterien und deren Gewichtung, frei. Er ist im Gegensatz zum öffentlichen Arbeitgeber nicht gehalten, Arbeitsplätze nach Eignung und Leistung zu vergeben. Dem vom Klä-

ger gestellten Auskunftsanspruch war daher schon deswegen nicht zu entsprechen, weil es auf das Ergebnis einer solchen möglichen Auskunft nicht ankommt. Unabhängig davon ist für die Kammer nicht erkennbar, aus welchen Rechtsvorschriften sich ein solcher Anspruch ableiten sollte (so zutreffend LAG Hamburg vom 09.11.2007, H 3 Sa 102/07, zitiert nach juris; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 11 „Behauptungen ins Blaue hinein“; Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 22 Rn. 27; Grobys NZA 2006, 898, 903; a.A. Bertzbach in Däubler/Bertzbach, AGG, § 22 Rn. 28). Es fehlt an der Kausalität der durch die Auskunft erreichbaren Tatsachen für den geltend gemachten Entschädigungsanspruch.

4. Nach alldem ist der Anspruch nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, so dass die Berufung zurückzuweisen ist.

5. Der Kläger, Berufungskläger, hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO).

6. Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Auf § 72a ArbGG wird hingewiesen.

V e t t e r Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht	Hummer Ehrenamtlicher Richter	Seidel Ehrenamtlicher Richter