

3 Sa 1241/10
14 Ca 8152/10
(ArbG München)

Verkündet am: 05.05.2011

Kübler
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

G.

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter:

gegen

O.

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 5. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Rosenfelder und die ehrenamtlichen Richter Scheele und Ullrich

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 02.11.2010 - 14 Ca 8152/10 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über einen von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Beschäftigung als Stationshilfe sowie über von der Klägerin geltend gemachte Ansprüche auf „Entschädigung und Schadensersatz“ gemäß § 15 AGG.

Die Klägerin ist seit 09.03.1994 aufgrund sogenannten Dienstvertrags vom 11.03.1994 beschäftigt, zunächst bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten und - nach Betriebsübergang gemäß § 613a BGB - bei der Beklagten. Sie wurde gemäß Dienstvertrag vom 11.03.1994 als Stationshilfe eingestellt, aufgrund ihrer Bewerbung vom 22.01.2002, dem der Arbeitgeber mit Schreiben vom 15.02.2002 zustimmte, jedoch ab 02.05.2002 als Mitarbeiterin des Gerätezentrums mit dem Aufgabenbereich Geräteaufbereitung, Zentralsterilisation in der Wirtschaftsabteilung eingesetzt. Sie ist behindert mit einem Grad der Behinderung von 40 und wurde mit Bescheid der Agentur für Arbeit München vom 04.03.2009 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt.

Mit Schreiben vom 09.02.2009 und 27.04.2009 bewarb sich die Klägerin für eine Beschäftigung als Stationshilfe oder eine Tätigkeit in ähnlicher Form. Die Beklagte lehnte in beiden Fällen - mit Schreiben vom 12.03.2009 und 06.05.2010 - ab mit der Begründung, es

gebe zur Zeit keine Möglichkeit, als Stationshilfe im Hause zu arbeiten bzw. es gebe keine andere Möglichkeit einer Beschäftigung.

Die Klägerin meint, sie habe einen Anspruch auf Beschäftigung als Stationshilfe aufgrund ihres Arbeitsvertrages. Sie werde derzeit nicht vertragsgemäß als Stationshilfe beschäftigt. Ferner stützt sie den Anspruch auf Beschäftigung als Stationshilfe auf § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX. Zur Begründung verweist sie darauf, dass sie bei ihrer derzeitigen Tätigkeit mit Desinfektions- und Reinigungsmitteln in Berührung komme, die zu einer Hauterkrankung - allergisches Kontaktekzem bei Kontaktsensibilisierung vom Spättyp gegen Thiuram-Mix und Formaldehyd - geführt hätten. Eine persönliche Schutzausrüstung werde ihr von der Beklagten nicht zur Verfügung gestellt; naturlatexfreie Handschuhe stünden lediglich eingeschränkt zur Verfügung. Der Beklagten seien ihre gesundheitlichen Schwierigkeiten bekannt, da die zuständige Berufsgenossenschaft durch die behandelnden Hautärzte und die Klägerin selbst eingeschaltet worden sei. Somit sei die Beklagte verpflichtet, der Klägerin einen leidensgerechten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Die Beklagte habe schriftlich eingeräumt, dass noch Stellen als Stationshilfen vorhanden seien, sie wolle diese Stellen nur nicht mit schwerbehinderten Arbeitnehmern besetzen.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten ferner eine „angemessene Entschädigung und Schadensersatz“ gemäß § 15 AGG, weil nach dem eigenen Vortrag der Beklagten die diskriminierende Personalentscheidung - Ablehnung der Bewerbungen der Klägerin - feststehe.

Die Beklagte ist dagegen der Auffassung, die Klägerin werde vertragsgemäß und leidensgerecht beschäftigt. Sie trägt vor, bei ihr seien keine Stellen für Stationshilfen zu besetzen, weil diese Tätigkeiten von der N. GmbH übernommen worden seien und Nachbesetzungen durch Mitarbeiter der Beklagten nicht mehr erfolgten. Auch sei die Klägerin für eine Tätigkeit als Stationshilfe nicht geeignet, weil sie laut betriebsärztlicher Feststellung vom 19.10.2009 keine Lasten von mehr als 10 Kilogramm heben oder tragen könne. Eine Benachteiligung der Klägerin wegen ihrer Behinderung scheidet ohnehin mangels entsprechender freier Stelle aus.

Das Arbeitsgericht München hat mit Endurteil vom 02.11.2010 - 14 Ca 8152/10 -, auf das hinsichtlich des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien, der im ersten Rechtszug gestellten Anträge sowie der Einzelheiten der rechtlichen Erwägungen des Erstgerichts verwiesen wird, die Klage abgewiesen.

Es hat zur Begründung ausgeführt, die Klägerin werde von der Beklagten vertragsgemäß beschäftigt; die ursprünglich vertraglich vereinbarte Tätigkeit als Stationshilfe sei entsprechend der Bewerbung der Klägerin einvernehmlich geändert worden. Ein Anspruch auf Versetzung auf eine Stelle als Stationshilfe gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX ergebe sich hier nicht aufgrund einer etwaigen Hauterkrankung der Klägerin. Abgesehen davon, dass die Klägerin keinen bestimmten Arbeitsplatz beanspruchen könne, fehle es auch an der substantiierten Darlegung und dem Nachweis, dass die Behinderung der Klägerin aus der Hauterkrankung resultiere. Zudem habe die Beklagte dargelegt, dass die Klägerin aufgrund ihrer gesundheitlichen Einschränkung keine Lasten über 10 Kilogramm heben oder tragen könne und eine Tätigkeit als Stationshilfe auch deshalb nicht in Betracht komme. Dies habe die Klägerin nicht bestritten.

Die Klägerin habe auch keinen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG i. V. m. §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG, 81 Abs. 2 SGB IX. Zwar habe sie die materiell-rechtliche Klagerechtsfrist des § 15 Abs. 4 AGG zumindest hinsichtlich der Nichtberücksichtigung der Bewerbung vom 27.04.2010 eingehalten. Die behauptete Diskriminierung im Zusammenhang mit ihrer Initiativbewerbung sei jedoch nicht ausreichend schlüssig vorgetragen worden. Allein die Nichtberücksichtigung der Bewerbung - ohne dass überhaupt ein Bewerbungsverfahren durchgeführt bzw. eine Stelle ausgeschrieben worden sei -, stelle keinen hinreichenden Anhaltspunkt für eine Diskriminierung dar.

Die Klägerin hat gegen das ihr am 22.11.2010 zugestellte Endurteil vom 02.11.2010 mit einem am 21.12.2010 beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 23.12.2010 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Sie wiederholt ihren erstinstanzlichen Vortrag und bringt vor, sie sei nach wie vor der Ansicht, dass ihr ein Anspruch auf einen vertrags- und leidensgerechten Arbeitsplatz zustehe. Es könne dahingestellt bleiben, ob sich die Parteien in der Vergangenheit auf eine an-

derweitige Beschäftigung der Klägerin im Gerätezentrum geeinigt hätten, weil es geradezu behinderungsbedingt geboten sei, der Klägerin einen leidensfreien, zumindest aber einen leidensgerechten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Dies gelte umso mehr, als die Hauterkrankung, die zu entsprechenden Feststellungen des zuständigen Versorgungsamtes und der zuständigen Agentur für Arbeit geführt hätte, berufsbedingt entstanden sei. Eine persönliche Schutzausrüstung seitens der Beklagten werde der Klägerin nicht zur Verfügung gestellt; naturlatexfreie Handschuhe seien nicht immer greifbar und vorhanden. Im Übrigen habe die Klägerin ohnehin Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung. Dies sei ausweislich des Arbeitsvertrages die Beschäftigung als Stationshilfe. Eine wirksame Vertragsänderung sei in der Vergangenheit nicht vorgenommen worden. Das Arbeitsgericht hätte bei der gegebenen prozessualen Lage den jeweiligen Beweisangeboten der Parteien nachgehen müssen. Die Beklagte räume ohnehin ein, dass immer wieder Stellen als Stationshilfen frei würden. Nur ein geringer Bruchteil (höchstens 25 %) aller Stellen für Stationshilfen seien an eine dritte Firma übertragen worden. Somit seien sehr wohl noch solche Stellen vorhanden. Ungeachtet der vorgetragenen unternehmerischen Entscheidung, Stellen als Stationshilfe nicht mehr selbst nachzubesetzen, sondern von der N. GmbH übernehmen zu lassen, habe sich die Beklagte ausdrücklich vorbehalten, in Einzelfällen, insbesondere schwerbehinderte, gleichgestellte oder sonstige Mitarbeiter erneut mit Tätigkeiten einer Stationshilfe zu betrauen. Somit sei nicht der gesamte Tätigkeitsbereich „Stationshilfe“ ausgelagert worden. Bei einer Verweigerung der Kooperation durch den Arbeitgeber kämen §§ 262 ff. BGB zumindest analog zur Anwendung. Die Beklagte habe ein Leistungsbestimmungsrecht, das nach Treu und Glauben und im Rahmen eines billigen Ermessens ausgeübt werden müsse. Geschehe dies nicht durch eine Verweigerungshaltung des Arbeitgebers, gehe das Leistungsbestimmungsrecht auf die Klägerin über.

Die Verweigerungshaltung der Beklagten stelle eine Diskriminierung dar, die einen Entschädigungsanspruch nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX und § 2 AGG auslöse. Eine Entschädigung und Schadensersatz in Höhe von drei Bruttomonatsgehältern sei angemessen im Sinne von § 15 AGG.

Die Klägerin beantragt:

I. Das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 02.11.2010 wird aufgehoben.

II. 1. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin in dem von der Beklagten unterhaltenen Klinikum O., als Stationshilfe zu beschäftigen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin wegen des Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot nach § 81 Abs. 2 des SGB IX Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen und nach § 2 Abs. 1 AGG eine angemessene Entschädigung, mindestens jedoch einen Betrag in Höhe von 5.047,38 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus dem ausgeurteilten Betrag seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt kostenpflichtige Zurückweisung der Berufung. Sie streitet erneut das Vorliegen der behaupteten Hauterkrankung der Klägerin und einer dadurch verursachten Behinderung ab und bleibt dabei, bei ihr werde im Tätigkeitsbereich der Klägerin weder Formaldehyd noch Thiuram-Mix verwendet, abgesehen davon, dass der Klägerin in ausreichender Anzahl Baumwollhandschuhe zur Verfügung gestellt würden. Ferner sieht die Beklagte nach wie vor weder im Arbeitsvertrag noch in §§ 81 ff. SGB IX eine Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch auf Beschäftigung als Stationshilfe. Die Beklagte betont, sie beschäftige die Klägerin vertragsgemäß. Auch habe die Klägerin entgegen § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX nicht dargelegt, dass die Weiterbeschäftigung zu den bestehenden arbeitsvertraglichen Bedingungen nicht mehr möglich sei wegen ihres eingeschränkten Leistungsvermögens, und dass entsprechende freie Beschäftigungsmöglichkeiten bestünden. Da die Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen habe, sie besetze überhaupt keine Stellen als Stationshilfe mehr, bestünden weder Ansprüche auf Beschäftigung als Stationshilfe noch auf Schadensersatz oder Entschädigung nach dem AGG.

Hinsichtlich des sonstigen Vortrags der Parteien im zweiten Rechtszug wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 22.12.2010 und 21.02.2011 sowie der Beklagten vom 24.01.2011 verwiesen, ferner auf die Sitzungsniederschrift vom 05.05.2011.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist unbegründet. Die Klägerin hat weder einen Anspruch auf Beschäftigung als Stationshilfe noch hat sie Ansprüche auf Entschädigung gemäß § 15 AGG - oder, wie von der Klägerin bezeichnet, § 81 Abs. 2 SGB IX und § 2 Abs. 1 AGG.

I.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Beschäftigung als Stationshilfe.

1. Der Klägerin ist zuzugeben, dass sie nicht die Beschäftigung auf einem bestimmten Arbeitsplatz verlangt, sondern die Beschäftigung mit einer bestimmten Art von Arbeit. Insoweit ist ihr Klagebegehren nicht mit der Begründung abzuweisen, ein Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz bestehe nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX nicht (BAG 10.05.2005 - 9 AZR 230/04 - Rn. 37). Die Klägerin verlangt nicht die Beschäftigung auf einer bestimmten Stelle, die, beispielsweise im Rahmen eines Organisationsplans, Organigramms, Stellenplans oder Ähnliches, identifizierbar ausgewiesen wäre. Vielmehr macht sie Anspruch auf eine bestimmte Tätigkeitsart geltend.

2. Die Klägerin hat jedoch keinen Anspruch auf eine Tätigkeit als Stationshilfe.

a) Auf den Dienstvertrag vom 11.03.1994 kann ein solcher Anspruch nicht gestützt werden. Das heißt, entgegen der von der Klägerin erneut im zweiten Rechtszug geäußerten Rechtsauffassung ist die von der Beklagten geschuldete vertragsgemäße Beschäftigung nicht diejenige einer Stationshilfe, sondern die Tätigkeit einer Mitarbeiterin des Gerätezentrums.

Die Parteien haben, worauf das Arbeitsgericht völlig zu Recht hingewiesen hat, mit der Bewerbung der Klägerin auf ihre derzeitige Tätigkeit am 22.01.2002 und der nachfolgenden einvernehmlichen Arbeitsaufnahme im neuen Tätigkeitsbereich sowie der sodann erfolgten schriftlichen Versetzungsmitteilung der Arbeitgeberin vom 15.02.2002 den ursprünglichen Arbeitsvertrag dahin geändert, dass die Art der Tätigkeit neu bestimmt wurde.

Wie die Klägerin angesichts dieser klaren Sach- und Rechtslage im zweiten Rechtszug erneut behaupten kann, sie werde nicht vertragsgemäß beschäftigt, vielmehr sei die vertragsgemäße Tätigkeit diejenige einer Stationshilfe, bleibt unerfindlich. Die vagen Andeutungen der Klägerin, ihr sei die ab 2002 ausgeübte Tätigkeit bzw. ihre Bewerbung hierfür aufgenötigt worden, sind mangels konkreter Tatsachengrundlage haltlos.

b) Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf eine Tätigkeit als Stationshilfe auf der Grundlage von § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX, da sie nicht dargelegt hat, dass die Beschäftigung mit ihrer derzeitigen Tätigkeit nicht ihren Fähigkeiten und Möglichkeiten unter Berücksichtigung ihrer Behinderung entspricht.

aa) Die Klägerin hat schon nicht dargelegt, dass die behaupteten gesundheitlichen Einschränkungen - allergisches Kontaktekzem bei Kontaktsensibilisierung vom Spättyp gegen Thiuram-Mix und Formaldehyd - bestehen, die ihren Angaben zufolge die Zuweisung einer anderweitigen Tätigkeit als derjenigen einer Stationshilfe erforderlich machen sollen.

Sie hat zwar die Art der Einschränkung näher bezeichnet, jedoch - nachdem die Beklagte das Bestehen der vorgetragenen Erkrankung wiederholt in beiden Rechtszügen bestritten hat - nicht dargelegt, dass die geschilderte Hauterkrankung noch besteht, abgesehen von der Frage, ob sie der konkreten Beschäftigung als Stationshilfe entgegensteht. Im Gegenteil: Aus dem von ihr in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vorgelegten Schreiben der zuständigen Berufsgenossenschaft vom 09.09.2009 geht hervor, dass nach dem Hautarztbericht des Uniklinikums München bei der Klägerin „zur Zeit“ - also im September 2009 - wegen beruflich bedingter Hauterkrankung „keine weiteren Behandlungsmaßnahmen erforderlich“ seien. Daraus folgt zum einen, dass die Feststellun-

gen der Berufsgenossenschaft nicht aus deren eigener Wahrnehmung bzw. Befunderhebung folgen, sondern aus einem Hautarztbericht, der bereits vor dem 09.09.2009 erstellt worden sein muss. In Bezug auf das Vorliegen der Hauterkrankung noch zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht ist das Schreiben der Berufsgenossenschaft damit nicht aussagekräftig. Vor allem aber ergibt sich aus diesem Schreiben, dass - aus welchen Gründen auch immer - in Bezug auf die Hauterkrankung bereits im September 2009 keine weiteren Behandlungsmaßnahmen mehr erforderlich waren. Inwiefern desungeachtet eine für die Einsatzmöglichkeit der Klägerin als Stationshilfe relevante Hauterkrankung bereits damals (noch) vorlag, hat sich der Berufungskammer nicht erschlossen.

Weitere ärztliche - insbesondere hautärztliche - Atteste hat die Klägerin nicht vorgelegt, weiteren Vortrag nicht für erforderlich gehalten. Die betriebsärztliche Stellungnahme vom 19.10.2009 gibt Hinweise lediglich auf Einschränkungen der Klägerin im Bereich von Heben und Tragen, nicht jedoch hinsichtlich einer Kontaktunverträglichkeit mit bestimmten Reinigungs- bzw. Lösungsmitteln. Bemerkenswert erscheint insbesondere, dass auch im Änderungsbescheid des Versorgungsamts vom 06.10.2009 lediglich die „dauernde Einschränkung der körperlichen Beweglichkeit“ angesprochen ist, jedoch keine Einschränkung in Bezug auf die Arbeit mit bestimmten Substanzen.

Nachdem die Beklagte die behaupteten gesundheitlichen Einschränkungen konkret bestritten und die Klägerin die Karten nicht auf den Tisch gelegt hat, ist mit der Beklagten davon auszugehen, dass diese im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Einschränkungen nicht bzw. nicht mehr bestehen. Das von der Klägerin unterbreitete Angebot der Einholung eines Sachverständigengutachtens ersetzt nicht erforderlichen Parteivortrag.

bb) Selbst wenn zu Gunsten der Klägerin unterstellt wird, dass die behauptete Hauterkrankung (noch) besteht, ist nicht davon auszugehen, dass ein Anspruch auf andersartige Beschäftigung bestünde, weil nach dem eigenen Vortrag der Klägerin ihre derzeit ausgeübte Tätigkeit unschwer so eingerichtet bzw. angepasst werden kann, dass eine ihren gesundheitlichen Einschränkungen entsprechende leidensgerechte Beschäftigung gewährleistet erscheint.

§ 81 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX gebietet es nicht „automatisch“, im Falle gesundheits- bzw. behinderungsbedingter Einschränkungen bei Ausübung der bisherigen Tätigkeit eine anderweitige Tätigkeit zuzuweisen. Zwar haben nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX in der seit 01.07.2001 geltenden Fassung schwerbehinderte Menschen gegen ihren Arbeitgeber Anspruch auf eine Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können. Ist dies bei der bisherigen Ausgestaltung der ausgeübten Tätigkeit nicht gewährleistet, müssen zunächst alle Möglichkeiten einer „leidensgerechten“ Beschäftigung ausgeschöpft werden. Führt dies dazu, dass bei einer entsprechenden Ausgestaltung der Tätigkeit dem Anspruch auf Beschäftigung unter Berücksichtigung der Behinderung bzw. der gesundheitlichen Einschränkungen ausreichend und befriedigend Rechnung getragen werden kann, muss nicht eine anderweitige Beschäftigung zugewiesen werden. Ein Anspruch auf anderweitige Beschäftigung aufgrund behinderungsbedingter Einschränkungen setzt vielmehr voraus, dass die zugewiesenen, nach dem Arbeitsvertrag geschuldeten Tätigkeiten wegen der Behinderung nicht mehr wahrgenommen werden können (vgl. BAG 10.05.2005 - 9 AZR 230/04 - Rn. 36). Wenn dagegen die bisherige Tätigkeit so ausgestaltet werden kann, dass sie trotz der Behinderung den Fähigkeiten des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin entspricht bzw. den bestehenden Einschränkungen entspricht, erscheint die Zuweisung einer andersartigen Tätigkeit aus Gründen des § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX nicht geboten.

So ist es hier. Die Klägerin trägt vor, sie leide an einer Allergie gegen Thiuram-Mix und Formaldehyd. Sie hat sich jedoch zum Einwand der Beklagten, im Arbeitsbereich der Klägerin werde Formaldehyd nicht verwendet, nicht eingelassen. Ein substantiiertes Vortrag dahin, dass sie aufgrund des - zwangsläufigen - Kontakts mit Formaldehyd ihre derzeitige Tätigkeit nicht mehr ausüben könne, fehlt daher. Soweit sich die Klägerin auf die Unverträglichkeit gegenüber Thiuram-Mix bezieht, ergibt sich aus ihrem eigenen Vortrag, dass dieser gesundheitlichen Einschränkung durch Zurverfügungstellung von naturlatexfreien Handschuhen begegnet werden kann. Sie moniert allerdings - von der Beklagten heftig bestritten -, dass nicht (stets) genügend Baumwollhandschuhe zur Verfügung stünden. Dies bedeutet, dass die Beklagte, um den Anforderungen des § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX gerecht zu werden, der Klägerin stets und in ausreichendem Umfang naturlatexfreie Handschuhe bzw. Baumwollhandschuhe zur Verfügung stellen muss. Geschieht dies nicht, muss die Klägerin einen entsprechenden Anspruch geltend machen und gegeb-

nenfalls einklagen. Außerdem hat die Klägerin in einem solchen Fall nach §§ 273 Abs. 1, 618 BGB die Möglichkeit, ihre Arbeitsleistung zurückzuhalten. Einer andersartigen Beschäftigung bedarf es dagegen aufgrund der gesundheitlichen Schwierigkeiten der Klägerin nicht.

Nach allem ist der Beklagten darin beizupflichten, die Klägerin habe nicht dargelegt, dass eine Weiterbeschäftigung zu den bestehenden arbeitsvertraglichen Bedingungen nicht mehr möglich sei.

cc) Ohne dass es noch darauf ankäme, wird darauf hingewiesen, dass selbst dann, wenn die bisherige Tätigkeit nicht leidensgerecht wäre, kein Anspruch der Klägerin darauf bestünde, als Stationshilfe beschäftigt zu werden, jedenfalls dann nicht, wenn nicht gerade ein solcher Arbeitsplatz frei wäre, was nicht dargetan ist. Denn die Beschäftigung als Stationshilfe liefe auf die Einrichtung eines entsprechenden neuen Arbeitsplatzes hinaus. Darauf hat ein schwerbehinderter oder gleichgestellter Arbeitnehmer jedoch auf der Grundlage des § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX (grundsätzlich) keinen Anspruch. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, für den schwerbehinderten Menschen einen zusätzlichen Arbeitsplatz einzurichten (BAG 10.05.2005 - 9 AZR 230/04 - Rn. 37 im Anschluss an BAG 28.04.1998 - 9 AZR 348/97). Die von der Klägerin nicht substantiiert bestrittene Entscheidung der Beklagten, frei werdende Stellen von Stationshilfen nicht mehr mit eigenen Arbeitnehmern nachzubesetzen, ist eine unternehmerische Entscheidung, die auch vom Arbeitsgericht grundsätzlich akzeptiert werden muss. Diese Entscheidung schließt ein, dass frei werdende Arbeitsplätze von Stationshilfen als eigene Arbeitsplätze der Beklagten „gestrichen“ und neue Arbeitsplätze für diese Art von Tätigkeit nicht mehr eingerichtet werden. Daraus folgt, dass auf der Grundlage einer solchen unternehmerischen Entscheidung ein frei werdender Arbeitsplatz einer Stationshilfe mit dem Freiwerden beseitigt wird und nicht mehr existiert. Dieser - bisherige und nunmehr nicht mehr vorhandene - Arbeitsplatz verbürgt somit keine Beschäftigungsmöglichkeit für interne oder externe Bewerberinnen oder Bewerber auf solche Arbeitsplätze mehr. Der Vortrag der Klägerin, aus den eigenen Darlegungen der Beklagten ergebe sich, dass noch genügend freie Stellen vorhanden seien, weil solche Stellen immer wieder frei würden, auch seien lediglich 25 % der Arbeitsplätze von Stationshilfen auf die Drittfirma übertragen worden, dagegen seien 75 % dieser Stellen noch mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Arbeitsverhältnis zur

Beklagten besetzt, liegt somit neben der Sache. Zum einen sind die „immer wieder frei werdenden Stellen“ nicht (mehr) Stellen der Beklagten, sondern Stellen bei der Drittfirma. Zum anderen kommt es nicht darauf an, dass - und wie viele - Stationshilfestellen noch mit eigenen Arbeitnehmern der Beklagten besetzt sind. Die Klägerin versteht das Wesen der unternehmerischen Entscheidung der Beklagten nicht oder will es nicht verstehen, das darin besteht, dass künftig solche Arbeitsplätze nicht mehr nachbesetzt werden.

II.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Entschädigung - oder Schadensersatz - wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 15 AGG. Auch dies hat das Arbeitsgericht völlig richtig gesehen, so dass nach § 69 Abs. 2 ArbGG auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen wird. Lediglich ergänzend und verdeutlichend wird hierzu ausgeführt:

1. Die zweimalige Ablehnung der Bewerbung der Klägerin für eine Beschäftigung als Stationshilfe bietet keinen Anhaltspunkt für eine Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe, insbesondere nicht wegen einer Behinderung. Indizien hierfür im Sinne von § 22 AGG, die einen Übergang der Beweislast auf die Beklagte zur Folge hätten, sind nicht ersichtlich.

a) Anhaltspunkte für eine mittelbare Diskriminierung nach § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG sind nicht ersichtlich.

b) Aber auch für eine unmittelbare Diskriminierung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG i. V. m. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX liegen keine hinreichenden Indizien im Sinne von § 22 AGG vor. Denn die Klägerin hat im Hinblick auf ihre Bewerbungen für eine Tätigkeit als Stationshilfe keine weniger günstige Behandlung erfahren als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation.

Da es sich nicht um eine Bewerbung im Rahmen eines von der Beklagten initiierten Ausschreibungs- oder Stellenbesetzungsprozesses handelte, sondern um eine Initiativbewerbung der Klägerin außerhalb einer Planung bzw. Absicht der Beklagten, eine Stelle

einer Stationshilfe zu besetzen, da ferner nicht dargelegt ist, dass sich gleichzeitig mit der Klägerin andere Personen - außerhalb eines Ausschreibungs- bzw. Stellenbesetzungsverfahrens - auf eine solche Position beworben hätten und zum Zuge gekommen wären, fehlt es an einem oder mehreren Arbeitnehmern „in vergleichbarer Situation“. Der Umstand allein, dass die Klägerin eines der durch das AGG geschützten Merkmale aufweist (vgl. § 1 AGG), lässt nicht im Sinne von § 22 AGG vermuten, ihre Bewerbung sei wegen dieses Merkmales - im Falle der Klägerin: „wegen ihrer Behinderung“ - unberücksichtigt geblieben. Vielmehr ergibt sich - bei Fehlen von Arbeitnehmern „in vergleichbarer Situation“ - die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung aus der unternehmerischen Entscheidung, Stellen von Stationshilfen im Falle des Freiwerdens nicht mehr mit eigenen Arbeitnehmern nachzubesetzen, sondern diesen Bereich sukzessive durch „Beistellung“ von Arbeitnehmern einer Drittfirma abzudecken.

Dass die Beklagte diese unternehmerische Entscheidung - jedenfalls in Bezug auf schwerbehinderte, gleichgestellte oder sonstige Mitarbeiter ihrer Wahl - lediglich vorge-schoben oder durch den Vorbehalt eingeschränkt hätte, in Einzelfällen dennoch eigene Arbeitnehmer erneut mit Tätigkeiten einer Stationshilfe zu betrauen, hat die Klägerin zwar in beiden Rechtszügen pauschal behauptet. Sie hat jedoch diesen - denkbar vagen Vortrag, der von der Beklagten bestritten worden ist, nicht mit greifbaren Tatsachen untermauert, so dass insoweit ein Vortrag „ins Blaue“ vorliegt.

c) Dahinstehen kann, ob die Beklagte überhaupt als Arbeitgeber gilt, der, über die bereits vorhandenen Stationshilfen hinaus, Arbeitnehmer dieser „Kategorie“ noch im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG beschäftigt. Für den Fall beabsichtigter Stellenbesetzungen ist Arbeitgeber jedenfalls derjenige, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis bittet (vgl. BAG 19.08.2010 - 8 AZR 370/09 - Rn. 23). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Nach allem scheiden sowohl Schadensersatz- als auch Entschädigungsansprüche nach § 15 AGG aus.

- 14 -

III.

Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen.

IV.

Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Auf die Möglichkeit, Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht zu erheben, wird hingewiesen.

Dr. Rosenfelder

Scheele

Ullrich