



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 5 B 209.07  
OVG 6 A 2172/05

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 22. Februar 2008  
durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht Schmidt, Dr. Franke  
und Prof. Dr. Berlit

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 31. August 2007 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 11 000 € festgesetzt.

### G r ü n d e :

- 1 Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hat keinen Erfolg.
- 2 1. Der Rechtssache kommt nicht die ihr von der Klägerin beigemessene grundsätzliche Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) zu.
- 3 1.1 Die Frage,

„ob der im vorliegenden Verfahren geltend gemachte Entschädigungsanspruch eine festgestellte Benachteiligung oder wenigstens die nicht widerlegte Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung voraussetzt, wie dies in der angefochtenen Entscheidung zugrundegelegt wird“,

rechtfertigt nicht die Zulassung der Revision. Es ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz und bedarf nicht der Klärung in einem Revisionsverfahren, dass der von der Klägerin geltend gemachte Entschädigungsanspruch nach § 81 Abs. 2 SGB IX (in der bis zum 17. August 2006 geltenden Fassung) nur dann besteht, wenn bei der Begründung eines Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses gegen das in § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX geregelte Benachteiligungsverbot verstoßen worden ist. Dieses Benachteiligungsverbot ist in Nummer 1 wie folgt gefasst:

„Ein schwerbehinderter Beschäftigter darf bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der

Begründung des Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Behinderung ist jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der von dem schwerbehinderten Beschäftigten auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für diese Tätigkeit ist. Macht im Streitfall der schwerbehinderte Beschäftigte Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für diese Tätigkeit ist.“

- 4 Aus dieser Regelung folgt, dass ein Entschädigungsanspruch nur und erst dann bestehen soll, wenn ein schwerbehinderter Beschäftigter wegen seiner Behinderung benachteiligt worden ist, wobei für die Feststellung einer entschädigungsbegründenden Benachteiligung ausreicht, dass der Schwerbehinderte entsprechende Tatsachen, die auf eine entsprechende Benachteiligung wegen der Behinderung weisen, glaubhaft macht und der Arbeitgeber, der hierfür die Beweislast trägt, nicht nachgewiesen hat, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Wird mithin die - wie auch immer begründete - Vermutung, dass eine Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung erfolgt ist, widerlegt, liegt nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut keine Grundlage für die Feststellung einer Benachteiligung und damit auch kein Rechtsgrund für eine Entschädigung vor.
- 5 Die Klägerin macht mit ihrem Vorbringen, dass die unterbliebene Einladung zu einem Vorstellungsgespräch hier die Vermutung ihrer Benachteiligung wegen ihrer Schwerbehinderung begründe, welche das beklagte Land nicht widerlegt habe, der Sache nach die einzelfallbezogene fehlerhafte Anwendung eines dem Grunde nach nicht bestrittenen und nicht klärungsbedürftigen Rechtssatzes geltend. Sie macht nicht geltend, dass ihr auch für den Fall, dass dem beklagten Land die Widerlegung einer entsprechenden Vermutung gelungen sei,

eine Entschädigung zustehe, mithin bereits die bloße Vermutung einer Benachteiligung entschädigungsbegründend wirke. Einen solchen allein vermutungsgestützten Entschädigungsanspruch räumt § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX, der nach seinem klaren Wortlaut eine Benachteiligung im Sinne der Nummer 1 erfordert, gerade nicht ein.

- 6 Die Annahme eines benachteiligungsunabhängigen Entschädigungsanspruchs wegen einer bloß vermuteten Benachteiligung, die dann aber widerlegt worden ist, wird durch die von der Klägerin herangezogene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - NZA 2007, 507) nicht nur nicht gestützt, sondern ausgeschlossen. Nach diesem Urteil ist dann, wenn ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes seine Pflichten (§ 81 Abs. 1 Satz 2, § 82 SGB IX) verletzt, frei werdende Stellen frühzeitig zu melden und mit der Agentur für Arbeit wegen der Vermittlung arbeitsloser und arbeitssuchender schwerbehinderter Menschen Verbindung aufzunehmen sowie die schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch zu laden, die Vermutung gerechtfertigt, er benachteilige schwerbehinderte Beschäftigte wegen ihrer Behinderung; der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes könne diese Vermutung nicht allein mit dem Hinweis widerlegen, der schwerbehinderte Bewerber erfülle nicht den in der Stellenausschreibung verlangten formalen Ausbildungsabschluss einer bestimmten Hochschulart, wenn ein für die Art der auszuübenden Tätigkeit nicht erforderlicher Ausbildungsabschluss einer bestimmten Hochschulart (hier: Fachhochschuldiplom) verlangt wird und dadurch Bewerber mit gleichwertigen Bildungsabschlüssen ausgeschlossen werden. Dies setzt voraus, dass der Arbeitgeber eine durch entsprechende Tatsachen begründete Vermutung „entkräften“, also widerlegen kann, wie das Bundesarbeitsgericht es auch ausdrücklich ausführt:

„Nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Erbringt er diesen Beweis, hat er die Vermutung der Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung gemäß § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF widerlegt“ (ebd., Rz. 29).

- 7 Ob das Berufungsgericht im Streitfall hier möglicherweise zu Recht angenommen hat, dem beklagten Land sei die im rechtlichen Ansatz mögliche Widerlegung der Vermutung einer behinderungsbedingten Benachteiligung gelungen, betrifft die rechtsgrundsätzlicher Klärung nicht zugängliche Feststellung und Würdigung des Sachverhalts im Einzelfall.
- 8 1.2 Die Revision ist auch nicht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage zuzulassen,
- „ob bereits die unterlassene Einladung zu einem Vorstellungsgespräch den Entschädigungsanspruch nach § 81 Abs. 2 SGB IX begründet oder ob darüber hinaus erforderlich ist, dass der Bewerber glaubhaft machen muss, dass er wegen seiner Behinderung benachteiligt worden ist“.
- 9 Es folgt unmittelbar aus dem Gesetz und bedarf nicht der Klärung in einem Revisionsverfahren, dass schwerbehinderte Menschen, die sich um einen gemeldeten Arbeitsplatz beworben haben, von dem öffentlichen Arbeitgeber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen sind, eine Einladung aber dann entbehrlich ist, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt (§ 82 SGB IX). Es bedarf auch nicht der revisionsgerichtlichen Klärung, dass in Fällen, in denen ein schwerbehinderter Einstellungsbewerber entgegen § 82 SGB IX (a.F.) nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden ist, Rechtsfolge nicht unmittelbar ein Entschädigungsanspruch nach § 81 Abs. 2 SGB IX ist, der nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX nur und erst dann besteht, wenn gegen das in Nummer 1 geregelte Benachteiligungsverbot verstoßen worden ist (s.a. - m.w.N. - VG Trier, Urteil vom 24. Mai 2007 - 6 K 736/06.TR - juris). Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut muss der schwerbehinderte Einstellungsbewerber auch nicht glaubhaft machen, dass er wegen seiner Behinderung benachteiligt worden ist; er muss lediglich Tatsachen glaubhaft machen, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen.
- 10 Soweit die Frage dahin zu verstehen sein sollte, ob der Verstoß eines öffentlichen Arbeitgebers gegen das Gebot, schwerbehinderte Einstellungsbewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, die Vermutung rechtfertigt, der

schwerbehinderte Bewerber sei wegen seiner Behinderung im Sinne von § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX (F. 2004) benachteiligt, wäre die Revisionszulassung schon deswegen nicht gerechtfertigt, weil die Entscheidungserheblichkeit nicht dargelegt (§ 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO) wäre. Denn das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass selbst dann, wenn nicht von einem offensichtlichen Fehlen der fachlichen Eignung der Klägerin für die ausgeschriebene Stelle auszugehen wäre, somit ein Verstoß gegen § 82 SGB IX (a.F.) vorläge und dies für sich genommen die Vermutung einer Benachteiligung der Klägerin aufgrund ihrer Schwerbehinderung rechtfertigen würde, der geltend gemachte Entschädigungsanspruch gleichwohl nicht bestünde, weil eine solche Vermutung jedenfalls widerlegt wäre, weil zur Überzeugung des Senats feststehe, dass die Schwerbehinderung der Klägerin für die Entscheidung der Auswahlkommission, sie nicht zu einem Auswahlgespräch einzuladen keine - auch nicht als noch so untergeordneter Aspekt in einem Motivbündel - Rolle gespielt habe.

- 11 1.3 Die Ausführungen der Klägerin, allein der Umstand, dass sie nicht das bevorzugte Nebenfach aufweise, begründe keine „offensichtlich fehlende fachliche Eignung“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, und es sei auch allein auf die Ausbildungs- und Prüfungsvoraussetzungen, nicht jedoch irgendwelche weitergehenden Qualifikationen abzustellen, wobei im Sinne dieser Rechtsprechung das „bevorzugte Nebenfach“ als eine weitergehende Qualifikation anzusehen sei, auf die nicht hätte abgestellt werden dürfen, zumal die Auswahlkommission auch Bewerberinnen eingeladen habe, die für das gewünschte Nebenfach lediglich eine Erweiterungsprüfung abgelegt hätten, betrifft ausschließlich die einzelfallbezogene Anwendung rechtsgrundsätzlich nicht klärungsbedürftiger Rechtssätze. Sie rechtfertigen schon deswegen nicht die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung. Überdies bezieht sich die Frage, ob in einem Fall, in dem ein Bewerber nicht über die Lehramtsbefähigung in einem in der Stellenausschreibung lediglich als „bevorzugt“ bezeichneten zweiten Fach verfügt, die Annahme gerechtfertigt ist, dass diesem Bewerber „die fachliche Eignung offensichtlich fehlt“, auf die Auslegung und Anwendung des § 82 SGB IX, auf den das Berufungsgericht nicht entscheidungstragend abgestellt hat. Die durch eine Prüfung nachzuweisende Lehr-

amtsbefähigung für ein bestimmtes Unterrichtsfach ist zudem schwerlich als nicht eignungsrelevante Zusatzqualifikation für eine Stelle zu werten, die „bevorzugt“ für Bewerber mit einer bestimmten Fächerkombination ausgeschrieben ist.

- 12 1.4 Ob der Zusatz in der Stellenausschreibung „Bewerberinnen und Bewerber mit dem 2. Fach evangelische Religionslehre werden bevorzugt“ ein hinreichend sachliches Kriterium für die von der Auswahlkommission vorgenommene Vorauswahl jener Bewerber, die zum Auswahlgespräch einzuladen waren, bildete, das die Bewertung des Berufungsgerichts trägt, nur dieser sachliche Grund sei ursächlich für die Entscheidung der Auswahlkommission gewesen und taue zur Widerlegung der Vermutung, die Klägerin sei wegen ihrer Behinderung benachteiligt worden, ist als einzelfallbezogene Rechtsanwendung einer fallübergreifenden, rechtsgrundsätzlichen Klärung nicht zugänglich.
- 13 1.5 Die Revision ist auch nicht zur Klärung des Verhältnisses zwischen den §§ 81, 82 SGB IX (a.F.) und den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) (Gesetz vom 14. August 2006, BGBl I S. 1897) zuzulassen, auch nicht zur Klärung, „ob auf Sachverhalte vor Inkrafttreten des AGG die alten Vorschriften der §§ 81, 82 SGB IX a.F. oder die Vorschriften des AGG anzuwenden sind“. Diese Fragen sind hier schon deshalb nicht entscheidungserheblich, weil das Berufungsgericht dahin erkannt hat, dass der von der Klägerin geltend gemachte Entschädigungsanspruch „- auch wenn er auf § 15 Abs. 1 und 2 AGG in Verbindung mit den §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 und § 7 Abs. 1 AGG gestützt und eine Beweislastverteilung zu Gunsten der Klägerin gemäß § 22 AGG angenommen würde - entsprechend den vorstehenden Ausführungen mangels Benachteiligung bei der Vorauswahl zu verneinen“ wäre (Berufungsurteil S. 13).
- 14 Da sich nunmehr Entschädigungsansprüche wegen behinderungsbedingter Benachteiligung bei der Einstellung nicht mehr nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX, sondern nach den Bestimmungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes richten, steht einer Zulassung der Revision hinsichtlich der zu § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX (in der bis zum 17. August 2006 geltenden Fassung) aufgeworfenen Fragen selbständig tragend auch der Gesichtspunkt

entgegen, dass Rechtsfragen, die auslaufendes oder ausgelaufenes Recht betreffen, nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts regelmäßig keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zukommt (vgl. z.B. Beschlüsse vom 9. Dezember 1994 - BVerwG 11 PKH 28.94 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO Nr. 4, vom 20. Dezember 1995 - BVerwG 6 B 35.95 - Buchholz 310 § 132 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO Nr. 9 und vom 20. Dezember 2005 - BVerwG 5 B 84.05 - juris). Dass das ausgelaufene Recht noch für einen nicht überschaubaren Personenkreis in unabsehbarer Zukunft von Bedeutung sein könnte oder lediglich durch eine wort- oder doch materiell inhaltsgleiche Regelung ersetzt worden sei, hat die hierfür darlegungspflichtige (vgl. Beschlüsse vom 21. Dezember 1977 - BVerwG 7 B 109.77 - Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 160 sowie vom 21. Juni und vom 13. August 1993 - BVerwG 11 B 65.93 - MDR 1994, 319, 320; stRspr) Klägerin nicht dargetan.

- 15 2. Sollte das Vorbringen der Klägerin, die angefochtene Entscheidung weiche unter verschiedenen Gesichtspunkten von der herangezogenen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - NZA 2007, 507) sowie von einer Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts (Urteil vom 22. März 2006 - 2 Sa 1686/05 -) ab, auch auf eine Zulassung der Revision wegen Divergenz (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) zielen, könnte dies schon deswegen keinen Erfolg haben, weil Entscheidungen dieser Gerichte nicht zu den in § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO bezeichneten „divergenzfähigen“ Entscheidungen rechnen. Überdies hat das Berufungsgericht hier keine abstrakten Rechtssätze aufgestellt, die von solchen in den herangezogenen Entscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit abweichen; das Vorbringen der Klägerin vermischt die Bildung abstrakter, divergenzfähiger Rechtssätze durchgängig mit Fragen ihrer - vermeintlich fehlerhaften - einzelfallbezogenen Anwendung.
- 16 Die geltend gemachten Abweichungen weisen mithin auch nicht darauf, dass die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen sei (s. Beschlüsse vom 22. Juni 1984 - BVerwG 8 B 121.83 - Buchholz 310 § 132 VwGO Nr. 225 und vom 4. Dezember 2006 - BVerwG 2 B 57.06 - juris). Eine solche Indizwirkung scheidet dann aus, wenn die in Bezug genommene höchstrichterliche



Entscheidung (hier das Urteil des Bundesarbeitsgerichts), Fragen in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt beantwortet, die mit dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt mangels Vergleichbarkeit nicht aufgeworfen werden; denn in einem solchen Fall handelt es sich nicht um eine abweichende Beurteilung derselben Rechtsfrage, sondern um völlig unterschiedliche rechtliche Bewertungen, die nicht miteinander verglichen werden und somit auch keine vom Bundesverwaltungsgericht zu klärende Grundsatzfrage enthalten können. Diese von der Klägerin implizit angenommene Vergleichbarkeit der Sachverhalte liegt hier indes nicht vor.

- 17 3. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 133 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 VwGO).
  
- 18 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung folgt aus § 47 Abs. 3, § 52 Abs. 3 GKG und entspricht der Sache nach der von den Beteiligten nicht beanstandeten Wertfestsetzung der Vorinstanzen.

Schmidt

Dr. Franke

Prof. Dr. Berlit