

BUNDEARBEITSGERICHT



8 AZR 180/12

3 Sa 1505/11

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. Februar 2013

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie den ehrenamtlichen Richter Eimer und die ehrenamtliche Richterin Wankel für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 20. Dezember 2011 - 3 Sa 1505/11 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch, weil sich die Klägerin bei der Ablehnung einer Bewerbung als schwerbehinderter Mensch benachteiligt sieht. 1

Die am 17. Mai 1954 geborene und mit einem Grad der Behinderung von 50 schwerbehinderte Klägerin ist bei der Beklagten seit 1992 beschäftigt. Sie ist ausgebildete Facharbeiterin für Schreibtechnik und war schon in verschiedenen Ministerien der DDR als Sekretärin tätig. Seit 1996 ist sie Büro- und Schreibkraft im Bundespräsidialamt und verdient 2.500,00 Euro brutto monatlich. 2

Nach einer längeren Erkrankung wurde mit der Klägerin im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements am 1. Dezember 2009 ein Gespräch geführt. Es wurde ua. festgelegt, dass das Bundespräsidialamt den Wechsel der Klägerin zu einer anderen Bundesbehörde unterstützen solle. Daraufhin wandte sich die Beschäftigungsbehörde mit Schreiben vom 8. Dezember 2009 ua. an den Deutschen Bundestag. Unter Verweis auf die Rechtslage bat das Bundespräsidialamt um Prüfung, ob für eine - namentlich nicht genannte Mitarbeiterin - zur Abwendung einer krankheitsbedingten Kündigung beim Deutschen Bundestag oder ggf. in einer nachgeordneten Behörde in Berlin die Möglichkeit einer dauerhaften Beschäftigung bestehe. Das Schreiben enthielt den Hinweis auf eine Schwerbehinderung mit dem Grad der Behinderung von 50, ein anonymisierter Personalbogen war beigelegt. 3

Am 11. Juni 2010 veröffentlichte der Deutsche Bundestag im Internet die Ausschreibung für eine Stelle als Zweitsekretär(in) für das Büro einer Vizepräsidentin des Hohen Hauses. Im Anforderungsprofil wurde ua. eine erfolgreich abgeschlossene Berufsausbildung zur Kauffrau/Fachangestellten für Bürokommunikation oder eine vergleichbare abgeschlossene berufliche Qualifikation mit entsprechenden Kenntnissen und Erfahrungen verlangt. Die Stelle war kurz zuvor bei der Agentur für Arbeit gemeldet worden. Die Klägerin bewarb sich mit Schreiben vom 25. Juni 2010 und teilte dabei mit, schwerbehindert zu sein. Sie wurde für den 20. August 2010 zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, an dem über zehn Personen, ua. die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten der Arbeitnehmer des Deutschen Bundestages, Frau L, teilnahmen. Zunächst ohne nähere Begründung sagte der Deutsche Bundestag unter dem 1. September 2010 der Klägerin ab, weil sich die Auswahlkommission für eine andere Bewerberin/einen anderen Bewerber entschieden habe. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2010 machte daraufhin der Rechtsanwalt der Klägerin Schadensersatzansprüche nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG geltend. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2010 wies der Deutsche Bundestag den Anspruch zurück und teilte mit, dass die Ablehnung der Klägerin in keinem Zusammenhang mit der Schwerbehinderung gestanden habe, vielmehr habe sie im Vorstellungsgespräch keinen überzeugenden Eindruck hinterlassen.

4

Mit ihrer beim Arbeitsgericht am 16. Dezember 2010 eingegangenen Klage hat die Klägerin einen Entschädigungsanspruch geltend gemacht.

5

Sie hat die Auffassung vertreten, im Bewerbungsverfahren wegen ihrer Schwerbehinderung diskriminiert worden zu sein. Für die Stelle sei sie gut geeignet gewesen und habe auch im Vorstellungsgespräch einen guten Eindruck gemacht. Entgegen § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX habe die Beklagte bei der Absage zunächst die Gründe für ihre Entscheidung nicht dargelegt. Dies stelle ein Indiz für eine Benachteiligung nach § 22 AGG dar. Dass der Deutsche Bundestag die Beschäftigungsquote schwerbehinderter Menschen einhalte, hat die Klägerin mit Nichtwissen bestritten, da sie nicht in der Lage sei, zum Beschäftigungsanteil schwerbehinderter Menschen im Deutschen Bundestag

6

nähere Angaben zu machen. Zudem habe der Deutsche Bundestag auch nicht unverzüglich die getroffene Entscheidung begründet. Eine erst im Prozess mit Schriftsatz vom 25. Februar 2011 erfolgte Begründung sei jedenfalls zu spät.

In dem Vorstellungsgespräch sei die Klägerin von der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten gefragt worden, ob sie spezielle Hilfsmittel bei der Ausübung der angestrebten Tätigkeit benötige und in der Lage sei, Überstunden zu leisten. Mit dieser Frage sei mittelbar nach ihrer Schwerbehinderung gefragt worden, was jedenfalls im konkreten Fall unzulässig gewesen sei. Es sei für die in Aussicht genommene Bürotätigkeit nicht ersichtlich, welche Hilfsmittel mit Rücksicht auf die Schwerbehinderung hätten eine Rolle spielen können.

7

Ein weiteres Indiz für ihre Benachteiligung als Schwerbehinderte ergebe sich daraus, dass in dem Schreiben des Bundespräsidialamtes an den Deutschen Bundestag von ihrer Krankheit die Rede gewesen sei und die Krankheit, sprich die Behinderung daher der wahre Ablehnungsgrund gewesen sei. Der Bundestag habe schon am 18. März 2010 Fehlanzeige mitgeteilt, woraus zu schließen sei, dass sie einer unzulässigen Vorauswahl zum Opfer gefallen sei.

8

Die Klägerin sieht sich weiter wegen ihres Alters diskriminiert - die eingestellte Frau N sei zehn Jahre jünger - und wegen ihrer Weltanschauung, weil die erfolgreiche Bewerberin derselben politischen Partei wie die Vizepräsidentin des Deutschen Bundestages angehöre. Zudem habe der Deutsche Bundestag weder ihre langjährige Berufserfahrung angemessen gewürdigt noch berücksichtigt, dass sie als Überhangpersonal einer anderen Bundesbehörde vorrangig Berücksichtigung hätte finden müssen.

9

Die Klägerin beantragt,

10

die Beklagte zu verurteilen, an sie eine angemessene Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens aber 7.500,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25. Oktober 2010, zu zahlen.

Zur Begründung ihres Antrags auf Klageabweisung hat die Beklagte in 11
Abrede gestellt, dass die Bewerbung der Klägerin wegen ihrer Schwerbehinde-
rung ohne Erfolg geblieben sei. Die Beklagte habe die Stelle der Agentur für
Arbeit gemeldet, geprüft, ob sie sich für eine schwerbehinderte Person eigne
und schließlich die Klägerin zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Bei
diesem habe die Klägerin keinen überzeugenden Eindruck gemacht und auf die
Fragen, was sie sich unter der Tätigkeit einer Sekretärin im Büro der Vizepräsi-
dentin oder unter den Aufgaben einer Vizepräsidentin des Deutschen Bundes-
tages vorstelle, unvorbereitet gewirkt. Dagegen habe die erfolgreiche Bewerbe-
rin einen guten Eindruck hinterlassen und nicht nervös gewirkt. Sie habe in den
Zeugnissen der Schule und der Berufsausbildung auch die besseren Noten
vorweisen können und die Prüfung zur Facharbeiterin für Schreibtechnik mit
„sehr gut“ bestanden.

Beim Vorstellungsgespräch seien keine unzulässigen Fragen gestellt 12
worden. Die Klägerin habe bei ihrer Bewerbung ausdrücklich auf ihre Schwer-
behinderung hingewiesen, weswegen der Arbeitgeber fragen durfte, ob und
unter welchen Umständen der Bewerber in der Lage sei, die Arbeit zu erbrin-
gen. Zudem sei die Frage von der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten
gestellt worden und ihr als Arbeitgeberin nicht zurechenbar.

Die Beklagte erfülle die Pflichtbeschäftigungsquote nach § 71 SGB IX. 13
Zur Zeit der Bewerbung seien im Deutschen Bundestag 2.765 Mitarbeiter
beschäftigt worden, davon 218 anerkannte (oder gleichgestellte) Schwerbehin-
derte. Das entspreche einem Anteil von 7,8 %. Eine Begründungspflicht für die
Absage gegenüber der Klägerin habe daher nicht bestanden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 14
hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsge-
richt zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die Klägerin hat keine Indizien dargelegt, die für eine Benachteiligung wegen eines durch das AGG verbotenen Merkmals, insbesondere nicht wegen ihrer Schwerbehinderung, sprechen. 15

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Ein Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG scheitert daran, dass die Klägerin nicht substantiiert Indizien vorgetragen habe, die eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung nahe legen. Zwar habe die Beklagte die Klägerin nicht unverzüglich über die Gründe für die ablehnende Entscheidung über ihre Bewerbung unterrichtet, jedoch bestehe eine Verpflichtung dazu nur für Arbeitgeber, die die Beschäftigungsquote des § 71 SGB IX nicht erfüllten. Dass dieses auf den Deutschen Bundestag nicht zutreffe, habe die Klägerin ebenfalls nicht substantiiert dargelegt. Es reiche nicht aus, wenn sie lediglich die von der Beklagten vorgebrachten Zahlen bestreite. Als Anspruchstellerin müsse sie Tatsachen vortragen, die eine Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung indizierten. Auch die von der Schwerbehindertenvertretung beim Vorstellungsgespräch gestellten Fragen seien kein solches Indiz. Fragen nach Hilfsmitteln oder der Fähigkeit, Überstunden abzuleisten, dienen der sachlich zulässigen Prüfung, ob der Bewerber überhaupt in der Lage sei, die Arbeit zu erbringen. Schließlich löse auch die Tatsache, dass die erfolgreiche Bewerberin wesentlich jünger als die Klägerin sei, keine Vermutungswirkung für eine Benachteiligung wegen des Alters aus. Auf das Schreiben des Bundespräsidialamtes komme es schon deshalb nicht an, weil dieses anonymisiert gewesen sei und den Namen der Klägerin nicht enthalten habe. 16

B. Das vom Landesarbeitsgericht gefundene Ergebnis ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 17

- I. Der Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Als Bewerberin ist die Klägerin „Beschäftigte“ iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG. Für den Bewerberbegriff kommt es weder auf die objektive Eignung noch auf die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung an (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 24, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17*). Als „Arbeitgeberin“ ist die Beklagte nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG passiv legitimiert (*BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 188/11 - Rn. 18, AP AGG § 15 Nr. 12 = EzA AGG § 15 Nr. 20*). 18
- II. Einen etwaigen Entschädigungsanspruch hat die Klägerin innerhalb der gesetzlichen Fristen geltend gemacht. 19
1. 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. Im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs beginnt die Frist mit dem Zugang der Ablehnung (§ 15 Abs. 4 Satz 2 AGG). Mit Schreiben vom 1. September 2010 erteilte die Beklagte der Klägerin eine Absage. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2010 machte die Klägerin einen Entschädigungsanspruch außergerichtlich geltend. 20
2. Die Klägerin hat auch die dreimonatige Klageerhebungsfrist des § 61b Abs. 1 ArbGG gewahrt. Bereits am 16. Dezember 2010 hat sie ihren Entschädigungsanspruch durch Klageerhebung bei dem Arbeitsgericht geltend gemacht. 21
- III. Die Beklagte hat die Klägerin nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG unmittelbar benachteiligt. 22
1. Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG. Für die Anspruchsvoraussetzungen eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG ist auf § 15 Abs. 1 AGG zurückzugreifen (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 30, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17*). 23
2. Die Klägerin, die einen Grad der Behinderung von 50 aufweist, unterfällt dem Behindertenbegriff des § 1 AGG (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 32, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17*). 24

3. Die Klägerin wurde auch unmittelbar iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG benachteiligt, weil sie eine weniger günstige Behandlung erfuhr, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. 25
- a) Die Klägerin erfuhr eine weniger günstige Behandlung als die erfolgreiche Bewerberin, weil sie nicht berücksichtigt wurde. Dabei kann die Benachteiligung schon in der Versagung einer Chance liegen (*BAG 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 22, AP AGG § 3 Nr. 9 = EzA AGG § 7 Nr. 2; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 24, AP AGG § 15 Nr. 9 = EzA AGG § 15 Nr. 16*). 26
- b) Im Verhältnis zur erfolgreichen Bewerberin N befand sich die Klägerin in einer vergleichbaren Situation (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AGG). 27
- aa) Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt voraus, dass der Anspruchsteller objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet war, denn vergleichbar (*nicht: gleich*) ist die Auswahl-situation nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 35, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 26, AP AGG § 15 Nr. 9 = EzA AGG § 15 Nr. 16*). Die objektive Eignung ist keine ungeschriebene Voraussetzung der Bewerbereignenschaft, sondern Kriterium der „vergleichbaren Situation“ iSd. § 3 Abs. 1 AGG (*BAG 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 26, AP AGG § 3 Nr. 9 = EzA AGG § 7 Nr. 2*). 28
- Grundsätzlich ist für die objektive Eignung nicht auf das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, abzustellen, sondern auf die Anforderungen, die der Arbeitgeber an einen Stellenbewerber stellen durfte. Der Arbeitgeber darf die Vergleichbarkeit der Situation nicht willkürlich gestalten, indem er nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung Erfordernisse für die wahrzunehmenden Aufgaben formuliert, die von keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt sind, da er dadurch den Schutz des AGG de facto beseitigt (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 36, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17*). 29

bb) Diese Grundsätze gelten allerdings bei der Besetzung von Stellen öffentlicher Arbeitgeber nur eingeschränkt. Während der private Arbeitgeber im Rahmen der oben dargelegten Grundsätze frei ist, welche Anforderungen er in seiner Stellenausschreibung an Bewerber stellt und ob er dann bei seiner Auswahlentscheidung von einzelnen dieser geforderten Qualifikationen abweicht, hat der öffentliche Arbeitgeber Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten. Hiernach besteht nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung Anspruch auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter in diesem Sinne sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch Stellen, die mit Arbeitern und Angestellten besetzt werden. Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen (*sog. Bestenauslese*), zum anderen trägt er dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung. Art. 33 Abs. 2 GG begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in der Regelung - hier der Stellenausschreibung - genannten Auswahlkriterien (*sog. Bewerbungsverfahrensanspruch, vgl. BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 40, AP AGG § 15 Nr. 6 = EzA AGG § 15 Nr. 13*).

30

Die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Gesichtspunkte der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung sind die allein maßgeblichen Kriterien für die Bewerberauswahl; andere Kriterien sind nicht zulässig. Allerdings bestimmt Art. 33 Abs. 2 GG nicht, auf welchen Bezugspunkt sich diese Kriterien beziehen. Dies folgt erst aus dem Anforderungsprofil. Der öffentliche Arbeitgeber hat in diesem die formalen Voraussetzungen, fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie außerfachlichen Kompetenzen zu beschreiben, die ein Bewerber für eine erfolgreiche Bewältigung der künftigen Tätigkeit benötigt und die dementsprechend der leistungsbezogenen Auswahl zugrunde zu legen sind (*vgl. BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 21, BVerwGE 139, 135*). Über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet grundsätzlich der Dienstherr nach seinen organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten. Es obliegt daher auch seinem organisatorischen Ermessen, wie er einen

31

Dienstposten zuschneiden will und welche Anforderungen demgemäß der Bewerberauswahl zugrunde zu legen sind. Erst aus diesem Zuschnitt des zu vergebenden Amtes oder Dienstpostens werden daher die Anforderungen bestimmt, an denen konkurrierende Bewerber zu messen sind (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 37, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17; 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 43, AP AGG § 15 Nr. 6 = EzA AGG § 15 Nr. 13*).

Mit der Festlegung des Anforderungsprofils wird ein wesentlicher Teil der Auswahlentscheidung vorweggenommen. Zugleich bestimmt der öffentliche Arbeitgeber mit dem Anforderungsprofil den Umfang seiner der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelagerten verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach § 82 Satz 2 und Satz 3 SGB IX (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 38, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17*). Für die Dauer des Auswahlverfahrens bleibt der Arbeitgeber an das in der veröffentlichten Stellenbeschreibung bekannt gegebene Anforderungsprofil gebunden (*vgl. BVerfG 28. Februar 2007 - 2 BvR 2494/06 - Rn. 6 f., BVerfGK 10, 355; BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 30, BAGE 131, 232 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1*).

32

cc) Nach diesen Grundsätzen befand sich die Klägerin mit Frau N in einer vergleichbaren Situation. Die Klägerin ist ausgebildete Facharbeiterin für Schreibtechnik. Hierbei handelt es sich um einen mit der im Anforderungsprofil geforderten Berufsausbildung zur Verwaltungsfachangestellten oder zur Kauffrau/Fachangestellten für Bürokommunikation vergleichbaren Ausbildungsgang, was schon daraus ersichtlich ist, dass die letztlich erfolgreiche Bewerberin Frau N über den gleichen Berufsabschluss verfügt. Aufgrund ihrer Tätigkeit als Büro- und Schreibkraft im Bundespräsidialamt seit 1996 konnte die Klägerin Erfahrungen als Schreibkraft bei einer obersten Bundesbehörde vorweisen. Sie erfüllte damit im Wesentlichen die Kriterien des veröffentlichten Anforderungsprofils. Die Beklagte hat im Prozess auch nicht in Abrede gestellt, dass die Klägerin für die ausgeschriebene Stelle im Grundsatz geeignet gewesen sei.

33

- IV. Die Klägerin ist aber nicht „wegen“ ihrer Behinderung benachteiligt worden. 34
1. Der Kausalzusammenhang zwischen benachteiligender Behandlung und dem Merkmal der Behinderung ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an die Behinderung anknüpft oder durch diese motiviert ist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund das ausschließliche Motiv für das Handeln des Benachteiligten ist. Ausreichend ist vielmehr, dass das verpönte Merkmal Bestandteil eines Motivbündels ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat (*st. Rspr., vgl. BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 - Rn. 32, AP AGG § 22 Nr. 5 = EzA AGG § 22 Nr. 6; 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 42, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17*). Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - aaO*). 35
2. Rechtsfehlerfrei hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass die Klägerin Indizien, die für eine Benachteiligung wegen ihrer Behinderung sprechen, nicht vorgetragen hat. Dies gilt insbesondere für den Vorwurf der Klägerin, die Beklagte habe ihre aus § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX abzuleitende Pflicht, die getroffene Entscheidung unverzüglich mit allen Beteiligten zu erörtern, verletzt. 36
- a) Aus einer Verletzung von § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX kann grundsätzlich eine Indizwirkung, dass der Arbeitgeber den Bewerber wegen seiner Schwerbehinderung nicht berücksichtigt habe, abgeleitet werden. Das Bundesarbeitsgericht nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass Verstöße gegen gesetzliche Verfahrensregelungen, die zur Förderung der Chancen der schwerbehinderten Menschen geschaffen wurden, eine Indizwirkung begründen können (*vgl. BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 35, AP AGG § 15 Nr. 4 = EzA SGB IX § 81 Nr. 21*). Es handelt sich hierbei um bestimmte Förderpflichten iSv. § 5 AGG und Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000. Dies gilt zB für die Anzeige einer freien Stelle gegenüber der Agentur für Arbeit (*BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 22, BAGE 119, 262 = AP SGB IX § 81 Nr. 13 = EzA SGB IX § 81 Nr. 14*), die unterbliebene Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung (*BAG 15. Februar 2005 - 9 AZR* 37

635/03 - zu B IV 1 b der Gründe, BAGE 113, 361 = AP SGB IX § 81 Nr. 7 = EzA SGB IX § 81 Nr. 6) sowie die unterbliebene Einladung des Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch nach § 82 Satz 2 SGB IX (vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 46, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17; 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 21, BAGE 131, 232 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1; BVerwG 15. Dezember 2011 - 2 A 13.10 - Rn. 17, EzA SGB IX § 82 Nr. 2). Für das gesetzlich vorgesehene Erfordernis der Darlegung der Gründe der getroffenen Entscheidung kann nichts anderes gelten (Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 22 Rn. 23; vgl. verallgemeinernd bei jeglicher Verletzung der Pflichten aus § 81 Abs. 1 SGB IX auch Düwell in LPK-SGB IX 3. Aufl. § 81 Rn. 56; MüKoBGB/Thüsing 6. Aufl. § 22 AGG Rn. 12; Roloff in BeckOK Arbeitsrecht AGG Stand 1. Dezember 2012 § 22 Rn. 8).

b) Das Absageschreiben der Beklagten vom 1. September 2010 enthielt keine Begründung für die der Klägerin ungünstige Entscheidung. Nachdem durch anwaltliches Schreiben vom 25. Oktober 2010 die Beklagte mit Fristsetzung zum 11. November 2010 aufgefordert wurde, die Gründe für die negative Auswahlentscheidung mitzuteilen, antwortete sie erst mit Schreiben vom 10. Dezember 2010. Damit erfolgte eine Begründung jedenfalls nicht mehr „unverzüglich“, wie durch § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX von Gesetzes wegen vorgeschrieben. Die Mitteilung muss ohne schuldhaftes Zögern erfolgen (vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das schließt zwar eine gewisse Bedenkzeit - auch um ggf. rechtlichen Rat einzuholen - nicht aus, jedoch ist die Unverzüglichkeit nicht mehr gewahrt, wenn bis zur Antwort mehr als zwei Wochen vergangen sind (Palandt/Ellenberger 72. Aufl. § 121 BGB Rn. 3; MüKoBGB/Armbrüster 6. Aufl. § 121 Rn. 7 mwN). Daher spielt es keine Rolle, dass während des Prozesses die Beklagte mit Schriftsatz vom 25. Februar 2011 ausführlich die Gründe für ihre Auswahlentscheidung dargelegt hat.

38

c) Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, aus der fehlenden Unterrichtung über die Gründe für die Auswahlentscheidung könne schon deswegen nicht der Anschein einer Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung abgeleitet werden, weil sich der seine Beschäftigungsquote erfüllende

39

Arbeitgeber lediglich an die höchstrichterliche Rechtsprechung (BAG 15. Februar 2005 - 9 AZR 635/03 - zu B IV 1 b bb (2) der Gründe, BAGE 113, 361 = AP SGB IX § 81 Nr. 7 = EzA SGB IX § 81 Nr. 6) habe halten wollen, folgt dem der Senat nicht. Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist verschuldensunabhängig ausgestaltet. Eine besondere Diskriminierungsabsicht ist nicht erforderlich (BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 42, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17; 28. April 2011 - 8 AZR 515/10 - Rn. 33, AP AGG § 15 Nr. 7 = EzA AGG § 22 Nr. 4). Es kommt nicht darauf an, dass sich der Arbeitgeber möglicherweise vorgestellt hat, sein Handeln sei von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gedeckt. Die Vorstellung eines „Rechtfertigungsgrundes“ schließt nicht aus, dass die Schwerbehinderung noch Teil des Motivbündels bei der Ablehnungsentscheidung gewesen ist.

d) Die Beklagte war jedoch nicht verpflichtet, die Beteiligten unverzüglich iSd. § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX über die Gründe für ihre Auswahlentscheidung zu unterrichten, da sie die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllte. 40

aa) In der Literatur und der Instanzrechtsprechung ist die Frage, ob die Unterrichtungspflicht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX nur Arbeitgeber trifft, die die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX nicht erfüllen, umstritten. 41

Die eine Meinung stellt auf den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck des angestrebten umfassenden Schwerbehindertenschutzes durch Verfahren besonders ab, nach dem es nicht darauf ankomme, ob der Arbeitgeber die Beschäftigungsquote bereits erfülle (*Düwell in LPK-SGB IX 3. Aufl. § 81 Rn. 104; Knittel SGB IX Kommentar 6. Aufl. § 81 Rn. 73; Deinert in Deinert/Neumann Handbuch SGB IX 2. Aufl. § 17 Rn. 89 f.; Großmann GK-SGB IX Stand Dezember 2012 § 81 Rn. 178; Gutzeit in BeckOK Sozialrecht SGB IX Stand 1. Dezember 2012 § 81 Rn. 7; iE auch LAG München 25. Juni 2012 - 7 Sa 1247/10 - BeckRS 2012, 75317; LAG Hessen 7. November 2005 - 7 Sa 473/05 - NZA-RR 2006, 312*). Die Gegenmeinung stellt stärker auf den Wortlaut des Gesetzes und die Gesetzessystematik ab (*Diller NZA 2007, 1321, 1323; Fabricius in jurisPK-SGB IX Stand 16. Juli 2012 § 81 Rn. 17 f.; FKS-SGB* 42

IX/Faber 2. Aufl. § 81 Rn. 23; Müller-Wenner in Müller-Wenner/Winkler SGB IX Teil 2 2. Aufl. § 81 Rn. 24; LAG Hessen 28. August 2009 - 19/3 Sa 340/08 - Rn. 55, DÖD 2010, 79; wohl auch Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 81 Rn. 8 f.).

bb) Der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Förderpflichten des § 81 SGB IX grundsätzlich als an alle Arbeitgeber gerichtet verstanden, also nicht nur an diejenigen, die die Beschäftigungsquote nicht erfüllt haben. Davon hat er aber ausdrücklich das Erörterungsverfahren, wie durch § 81 Abs. 1 Satz 7 bis Satz 9 SGB IX vorgeschrieben, ausgenommen (*BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 50, AP AGG § 15 Rn. 4 = EzA SGB IX § 81 Nr. 21*). 43

cc) Dieser Auffassung folgt der Senat. Für sie sprechen der Wortlaut der Norm sowie systematische Erwägungen. Auch wenn der Gesetzgeber dies nicht durch die Stellung in einem gesonderten Absatz klargestellt hat, stehen die Regelungen in § 81 Abs. 1 Satz 7 bis Satz 9 SGB IX in einem inneren Zusammenhang. Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder eine der in § 93 SGB IX genannten Vertretungen mit der beabsichtigten Entscheidung nicht einverstanden, so ist diese gemäß § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX zunächst unter Darlegung der Gründe mit ihnen zu erörtern. Der Gesetzgeber sieht demnach dann, wenn der Arbeitgeber seine gesetzliche Beschäftigungspflicht nicht erfüllt, eine weitergehende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebsrats etc. vor. Auf den Abschluss dieses besonderen Erörterungsverfahrens bezieht sich § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX. Dies wird daran deutlich, dass dort von der „getroffenen Entscheidung“ gesprochen wird, während in § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX von der „beabsichtigten Entscheidung“ die Rede ist. Systematisch wäre es auch unstimmtig, auf der einen Seite generell nur eine Unterrichtungspflicht gegenüber der Schwerbehindertenvertretung und dem Betriebsrat anzunehmen (*vgl. § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX*), auf der anderen Seite aber stets eine Pflicht zur Darlegung der Gründe der getroffenen Entscheidung ihnen gegenüber zu postulieren, obwohl die Entscheidung zuvor mit ihnen nicht erörtert werden musste (*vgl.* 44

§ 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX) und die Schwerbehindertenvertretung oder der Betriebsrat auch nicht notwendig gegen die beabsichtigte Entscheidung gestimmt haben müssen (vgl. auch Diller NZA 2007, 1321, 1323 Fn. 14).

e) Der Deutsche Bundestag hat auch die Beschäftigungspflicht gemäß § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllt. Dies hat die Klägerin zwar mit Nichtwissen bestritten. Ein solches Bestreiten ist aber, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, an dieser Stelle nicht ausreichend. 45

Nach § 22 AGG hat zunächst die anspruchstellende Partei Indizien darzulegen und zu beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Nach dem deutschen Zivilprozessrecht einschließlich des arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahrens trägt derjenige, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Die Darlegungslast entspricht dabei grundsätzlich der Beweislast, dh. derjenige, dem die Beweislast obliegt, muss zunächst die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen. Zu diesen gehört bei der Geltendmachung eines Anspruchs auf Zahlung einer Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot auch die Tatsache, dass die ungünstigere Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Der im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren geltende Beibringungsgrundsatz verlangt einen schlüssigen Tatsachenvortrag der Parteien (BAG 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) - Rn. 15, AP AGG § 22 Nr. 1 = EzA AGG § 22 Nr. 1). Beruft sich die klagende Partei wie hier darauf, dass es der Arbeitgeber entgegen seiner Verpflichtung aus § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX versäumt habe, den abgelehnten Bewerber unverzüglich über die Gründe der getroffenen Entscheidung zu informieren, so gehört zu einem schlüssigen Vortrag die Darlegung, dass die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX nicht erfüllt wurde, weil nur in diesem Fall eine Unterrichtungspflicht besteht. Die Klägerin hätte sich daher konkret zu der Quote äußern müssen und hätte sich nicht bloß darauf beschränken dürfen, die Angaben der Beklagten mit Nichtwissen zu bestreiten. 46

Dabei wird nicht verkannt, dass es der Klägerin im vorliegenden Fall schwerfallen dürfte, die entsprechenden Informationen über die Erfüllung der 47

Quote nach § 71 Abs. 1 SGB IX zu erlangen, während diese Informationen die Beklagte ohne weiteres besitzt. Es gibt keinen Grundsatz, wonach diejenige Partei die Darlegungs- und Beweislast trägt, die über die maßgeblichen Informationen verfügt. Die Beweislastverteilung bedarf grundsätzlich einer normativen Regelung. § 22 AGG trägt bereits der Situation Rechnung, dass dem Anspruchsteller im Regelfalle die vollständige Beweisführung, dass das Motiv für die ungünstigere Behandlung ein in § 1 AGG genannter Grund ist, nicht möglich ist und er damit regelmäßig keine Tatsachen vortragen kann, die dazu führen, dass das Gericht das Vorliegen des Benachteiligungsgrundes als wahr erachtet (*BAG 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) - Rn. 19, AP AGG § 22 Nr. 1 = EzA AGG § 22 Nr. 1*). Ein abgelehnter Stellenbewerber, der meint, unter Verstoß gegen § 7 AGG diskriminiert worden zu sein, genügt seiner Darlegungslast bzgl. der behaupteten Benachteiligung deshalb nicht dadurch, dass er lediglich vorträgt, er habe sich beworben, sei unberücksichtigt geblieben und erfülle das in der Ausschreibung geforderte Anforderungsprofil sowie zumindest eines der in § 1 AGG genannten Merkmale. Allein ein solcher Sachvortrag verpflichtet den Arbeitgeber nicht zur Darlegung, welche Personalentscheidung er letztlich getroffen hat und aus welchen Gründen (*BAG 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) - Rn. 18, aaO*).

Auch aus dem Unionsrecht kann keine über die gesetzlich normierte Regelung in § 22 AGG hinausgehende Beweiserleichterung abgeleitet werden. Insbesondere steht dem abgelehnten Bewerber grundsätzlich kein Auskunftsanspruch über die Einzelheiten des Auswahlverfahrens zu (*vgl. EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 46, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 24 = EzA AGG § 22 Nr. 5; zuvor bereits EuGH 21. Juli 2011 - C-104/10 - [Kelly] Rn. 39, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 97/80 Nr. 1*).

3. Die Fragen der Vertrauensfrau der Schwerbehinderten nach den Auswirkungen der Schwerbehinderung der Klägerin für die vorgesehene Tätigkeit im Vorstellungsgespräch am 20. August 2010 begründen keine Indizwirkung iSd. § 22 AGG.

- a) Es kann dahinstehen, ob der Arbeitgeber (oder die von ihm zur Leitung des Vorstellungsgesprächs bestellte Person als Erfüllungsgehilfe iSd. § 278 BGB) verpflichtet ist, bei einer während des Vorstellungsgesprächs nach dem AGG unzulässig gestellten Frage einzugreifen und sie zu unterbinden. Nach § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX hat die Schwerbehindertenvertretung bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen das Recht auf Teilnahme an Vorstellungsgesprächen. Auch bei diesem Teil ihrer Arbeit besitzen die Vertrauenspersonen gegenüber dem Arbeitgeber die gleiche persönliche Rechtsstellung wie ein Mitglied der betrieblichen Interessenvertretung, § 96 Abs. 3 Satz 1 SGB IX. Grundsätzlich tritt daher die Schwerbehindertenvertretung auch bei Vorstellungsgesprächen unabhängig vom Arbeitgeber auf, ein Weisungsrecht besteht nicht. 50
- b) Vorliegend hat allerdings die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten im Vorstellungsgespräch vom 20. August 2010 keine unzulässigen oder eine Indizwirkung iSv. § 22 AGG auslösenden Fragen gestellt. 51
- aa) Die Klägerin wurde nicht unmittelbar nach ihrer Schwerbehinderung gefragt. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Vertrauensfrau der Schwerbehinderten Frau L in dem Gespräch die Klägerin fragte, ob sie spezielle Hilfsmittel bei der Ausübung der angestrebten Tätigkeit benötige und ob sie in der Lage sei, Überstunden zu leisten. Das Revisionsgericht ist an diese Feststellung gebunden, die Beklagte hat diesbezüglich auch keine Verfahrensrügen erhoben (§ 559 Abs. 2 ZPO). Damit steht fest, dass die Klägerin nicht nach der der Behinderung zugrunde liegenden Ursache gefragt wurde und auch nicht unmittelbar nach der Schwerbehinderung. Es besteht daher keine Veranlassung, der Frage nachzugehen, ob nach dem AGG die Frage nach der Schwerbehinderung generell unzulässig ist (*offengelassen auch von BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 396/10 - Rn. 17, AP BGB § 123 Nr. 70 = EzA BGB 2002 § 123 Nr. 11; verneinend für den Fall des mindestens sechs Monate bestehenden Arbeitsverhältnisses jüngst BAG 16. Februar 2012 - 6 AZR 553/10 - Rn. 14, AP SGB IX § 85 Nr. 9 = EzA AGG § 3 Nr. 7*). Im Übrigen war der Beklagten 52

bereits durch die Bewerbung bekannt, dass die Klägerin mit einem Grad der Behinderung von 50 schwerbehindert ist.

bb) Die Frage, ob die Klägerin in der Lage sei, Überstunden zu leisten, stellt kein Indiz für eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung dar. Die Frage knüpft auch bei einer Betrachtung nach dem Empfängerhorizont weder unmittelbar noch mittelbar an die Schwerbehinderung der Klägerin an. Sie zielt darauf ab, dass sich der Arbeitgeber allgemein ein Bild über die Einsatzfähigkeit in Bezug auf die geplante Stellenbesetzung machen kann. Das Ableisten von Überstunden ist nicht nur bei Schwerbehinderten uU problematisch, sondern auch bei Müttern oder Vätern in Bezug auf die Kinderbetreuung oder bei einem Bewerber mit einem von der Arbeitsstelle weit entfernten Wohnsitz. 53

Ob die Frage gegenüber einem dem Arbeitgeber bekannt schwerbehinderten Bewerber nach dem Bedarf nach Hilfsmitteln ein Indiz für eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung sein kann, ist von der Würdigung der Umstände im Einzelfall abhängig. Die Frage zielt aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers in erster Linie darauf ab, in Erfahrung zu bringen, wie der Arbeitsplatz im Falle einer positiven Entscheidung für den Bewerber einzurichten ist. Nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 SGB IX ist der Arbeitsplatz eines Schwerbehinderten mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen auszustatten. Der Arbeitgeber will erkennbar die Pflichten aus dem SGB IX erfüllen, wenn er nach eventuell benötigten Hilfsmitteln fragt. 54

4. Für eine Zurücksetzung der Klägerin wegen ihrer Schwerbehinderung spricht auch nicht das Schreiben des Bundespräsidialamtes vom 8. Dezember 2009 an den Deutschen Bundestag, da dieses Schreiben anonym gehalten war, sodass eine Zuordnung zu der Klägerin nicht erfolgen konnte. Das Landesarbeitsgericht hat dem Schreiben demnach zu Recht keinerlei Indizwert zuerkannt. 55

5. Die Klägerin hat auch keine Indizien vorgebracht, die für eine Benachteiligung wegen ihres Alters sprechen. 56

Ein abgelehnter Stellenbewerber genügt seiner Darlegungslast bzgl. der behaupteten Benachteiligung nicht allein dadurch, dass er vorträgt, er habe sich beworben, sei unberücksichtigt geblieben und erfülle das in der Ausschreibung geforderte Anforderungsprofil sowie zumindest eines der in § 1 AGG genannten Merkmale (*BAG 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) - Rn. 18, AP AGG § 22 Nr. 1 = EzA AGG § 22 Nr. 1*). Allein das Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals iSd. § 1 AGG in der Person des angeblich Benachteiligten reicht für die Annahme des Kausalzusammenhangs mit der Ablehnung nicht aus (*BAG 28. April 2011 - 8 AZR 515/10 - Rn. 35, AP AGG § 15 Nr. 7 = EzA AGG § 22 Nr. 4*). Es ist deshalb ungenügend, wenn die Klägerin ihre weniger günstige Behandlung allein in dem Altersunterschied in Bezug auf die letztlich erfolgreiche Bewerberin Frau N sieht. Entsprechendes gilt, soweit die Klägerin sich auf eine Benachteiligung wegen ihrer Weltanschauung berufen will.

57

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

58

Hauck

Böck

Breinlinger

Eimer

Wankel