

# BUNDEARBEITSGERICHT



8 AZR 188/12  
4 Sa 1008/11  
Landesarbeitsgericht  
Köln

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
24. Januar 2013

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Brein-

linger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bloesinger und Soost für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 23. Dezember 2011 - 4 Sa 1008/11 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch des Klägers wegen einer Benachteiligung aufgrund seiner Behinderung bei einer Bewerbung. 1
- Der Kläger hat den Meisterbrief im Elektroinstallateurhandwerk erworben und ist ausgebildeter Fahrschullehrer. Er ist im Besitz eines Führerscheins für die Klassen A, B und CE und hat den Personenbeförderungsschein. Er ist ein mit einem GdB von 60 schwerbehinderter Mensch. 2
- Während seines Grundwehrdienstes hatte er Kontakt mit speziell ausgebauten Lkws für die Mess- und Nachrichtentechnik. 1989/1990 war er Berufskraftfahrer bei „V“, danach arbeitete er bis 1991 als Fahrschullehrer. Von Mitte 1999 bis Ende 2006 war er bei einem Eigenbetrieb der Stadt B beschäftigt, zunächst als Haushandwerker und Kraftwagenfahrer, später wurden ihm umfangreichere Aufgaben im Bereich der allgemeinen Haustechnik übertragen. Danach arbeitete er bis Ende 2008 als Bürosachbearbeiter und Fahrer bei einem Be Taxiunternehmen. 3
- Im Sommer 2009 veröffentlichte das Ressortministerium der Beklagten im Internet eine Stellenanzeige, mit der für ein bis zum 31. März 2012 befristete 4

tes Arbeitsverhältnis ein(e) Kraftfahrer/in bei der Bundesanstalt für Straßenwesen gesucht wurde. Die Ausschreibung enthielt dazu folgende Angaben:

**„Anforderungsprofil**

- Führen von qualifizierten Fahrzeugen, die besondere Anforderungen an spurgenaues Fahren stellen (überschwere Fahrzeuge, Messfahrzeuge)
- Sonstige Fahrtätigkeit (PKW mit Personenbeförderung)
- Kleinere Reparaturen, Wartung und Pflege

...

**Tätigkeitsprofil**

- Ausbildung als Berufskraftfahrer/in oder Berufserfahrung als Fahrer/in
- Fahrerlaubnis der Klasse CE oder Führerschein der Klasse B
- Gute Auffassungsgabe, Zuverlässigkeit
- Arbeitssorgfalt und Genauigkeit
- Möglichst Personenbeförderungsschein
- PC- und Englischgrundkenntnisse sind von Vorteil

...“

Mit Schreiben vom 22. Juli 2009 bewarb sich der damals arbeitslose Kläger auf diese Stelle, wobei er bei der Bewerbung auf seine Schwerbehinderung mit GdB 60 hinwies. 5

Bei der Beklagten gingen insgesamt 126 Bewerbungen ein, 14 Bewerber waren schwerbehindert. Zu einem Fahrtest und Vorstellungsgespräch lud die Beklagte acht Bewerber, davon zwei Schwerbehinderte ein. Diese hatte sie aus dem Kreis der schwerbehinderten Bewerber nach Abstimmung mit der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen ausgewählt, weil sie ihr nach den Bewerbungsunterlagen als am besten geeignet erschienen. Eingestellt wurde schließlich ein Bewerber, der nicht schwerbehindert ist. 6

Am 10. Dezember 2009 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass seine Bewerbung keine Berücksichtigung habe finden können. Mit Schreiben vom 7

2. Februar 2010 machte der Kläger eine Entschädigung iHv. drei Bruttomonatsgehältern geltend. Dies wies die Beklagte unter dem 1. März 2010 zurück.

Mit seiner am 29. April 2010 eingereichten und der Beklagten am 14. Mai 2010 zugestellten Klage verfolgt der Kläger seinen Entschädigungsanspruch weiter. 8

Der Kläger sieht sich wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt. Dies werde dadurch indiziert, dass die Beklagte ihrer Verpflichtung, ihn nach § 82 Satz 2 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, nicht nachgekommen sei. Da er die Anforderungen der Stellenausschreibung erfüllt habe, sei er für die Stelle geeignet gewesen. Von ihrer gesetzlichen Pflicht, nicht offensichtlich ungeeignete schwerbehinderte Bewerber einzuladen, sei die Beklagte weder durch die Vielzahl schwerbehinderter Bewerber noch dadurch freigestellt, dass sie bei der Vorauswahl die Schwerbehindertenvertretung beteiligt habe. 9

Der Kläger hat beantragt, 10  
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.592,00 Euro zu zahlen.

Ihren Antrag auf Klageabweisung hat die Beklagte damit begründet, 11  
dass der Kläger offensichtlich für die Stelle nicht geeignet gewesen sei. Über Erfahrungen im Umgang mit dem Führen qualifizierter Fahrzeuge, die besondere Anforderungen an spurgenaues Fahren stellen, verfüge der Kläger nicht, jedenfalls nicht in den letzten 20 Jahren. Wegen der Vielzahl der Bewerbungen sieht sich die Beklagte nicht verpflichtet, alle schwerbehinderten Bewerber einzuladen. Mit der Einladung zweier schwerbehinderter Bewerber zu den Vorstellungsgesprächen habe sie die Gruppe schwerbehinderter Menschen schon überproportional berücksichtigt. Eine Vorauswahl nach Eignung und Leistung müsse zulässig sein. Aus der Einbindung der Schwerbehindertenvertretung folge, dass sie die Rechte der Schwerbehinderten ernst nehme. Schließlich stehe die Ernsthaftigkeit der Bewerbung in Frage, da der Kläger ohne jegliche Beziehung zum Rheinland von Be nach G hätte umziehen müssen.

Das Arbeitsgericht hat den Entschädigungsanspruch iHv. zwei Bruttomonatsgehältern für begründet gehalten und der Klage teilweise iHv. 3.728,00 Euro stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 12

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung konnte die Klage nicht abgewiesen werden. 13

A. Seine Entscheidung hat das Landesarbeitsgericht im Wesentlichen wie folgt begründet: Für die vorgesehene Stelle sei der Kläger fachlich nicht offensichtlich ungeeignet gewesen. Die Beklagte habe daher gegen ihre Pflicht nach § 82 Satz 2 SGB IX verstoßen, den Kläger als schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Dies indiziere eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung. Indes habe vorliegend die Beklagte eine Vermutung einer Benachteiligung nach § 22 AGG widerlegen können. Denn die Beklagte habe bei den acht eingeladenen Bewerbern zwei schwerbehinderte Bewerber berücksichtigt. Damit seien schwerbehinderte Bewerber zu 25 %, also überproportional im Verhältnis zur Gesamtzahl der Bewerber berücksichtigt worden. Die Vorauswahl habe die Beklagte unter den schwerbehinderten Bewerbern nach Leistungsgesichtspunkten getroffen und dies mit der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen abgestimmt. Daher habe die Beklagte die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung widerlegt. 14

B. Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe die Indizwirkung für eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung des Klägers entkräftet, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Dies führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. 15

- I. Nach § 15 Abs. 2 AGG iVm. § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX hat der Kläger dem Grunde nach einen Anspruch auf Entschädigung. 16
1. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Der Kläger ist als Bewerber „Beschäftigter“ iSd. AGG. Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Für den Bewerberbegriff kommt es dabei nicht auf die objektive Eignung (*BAG 19. August 2010 - 8 AZR 466/09 - AP AGG § 3 Nr. 5 = EzA AGG § 15 Nr. 12*) an. Die objektive Eignung eines Bewerbers spielt vielmehr bei der Frage eine Rolle, ob eine „vergleichbare Situation“ iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vorliegt (*BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - AP AGG § 15 Nr. 6 = EzA AGG § 15 Nr. 13*). Eine fehlende subjektive Ernsthaftigkeit könnte nur zum Einwand treuwidrigen Verhaltens des Bewerbers führen (*BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - EzA AGG § 15 Nr. 16*). Unabhängig davon bestehen an der subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers keine Zweifel. Die Mutmaßung der Beklagten, der Kläger beabsichtigte gar nicht, für die angestrebte Stelle von Be nach G umzuziehen, bewegt sich im Bereich des Spekultativen. 17
2. Die Beklagte ist als „Arbeitgeberin“ passiv legitimiert. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG ist Arbeitgeber iSd. Gesetzes, wer „Personen nach Absatz 1“ des § 6 AGG „beschäftigt“. Arbeitgeber ist also derjenige, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis bittet (*BAG 19. August 2010 - 8 AZR 370/09 - AP SGB IX § 81 Nr. 19 = EzA AGG § 15 Nr. 11*). Dies trifft auf die Beklagte aufgrund der Stellenausschreibung zu. 18
3. Der Kläger hat seinen Anspruch innerhalb der Fristen des § 15 Abs. 4 AGG geltend gemacht. 19
- a) Die Ablehnung der Bewerbung wurde dem Kläger mittels Schreibens der Beklagten vom 10. Dezember 2009 mitgeteilt. Mit seinem Brief vom 2. Februar 2010 machte der Kläger Entschädigungs- bzw. Schadensersatzansprüche geltend. Damit hat er die Zwei-Monats-Frist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG gewahrt. Nicht erforderlich war, dass der Kläger die Entschädigungsforde- 20

zung bezifferte (*BAG 19. August 2010 - 8 AZR 466/09 - AP AGG § 3 Nr. 5 = EzA AGG § 15 Nr. 12*).

b) Die am 29. April 2010 beim Arbeitsgericht Köln eingegangene Klage, die der Beklagten am 14. Mai 2010 zugestellt wurde, hat die Frist des § 61b Abs. 1 ArbGG gewahrt. Sie wurde innerhalb von drei Monaten nach der schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs erhoben. Für die Fristwahrung genügte nach § 167 ZPO der Eingang der Klage beim Arbeitsgericht, weil deren Zustellung demnächst erfolgte (*BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 - EzA AGG § 22 Nr. 6; 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*). Dass die Klage zunächst gegen die „Bundesanstalt für Straßenwesen“ erhoben wurde, ist unschädlich. Zwar tritt die Beklagte unter diesem Namen auf, jedoch handelt es sich bei der Bundesanstalt um ein Forschungsinstitut und nicht um eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht haben die Parteien am 20. Juli 2011 das Beklagtenrubrum einvernehmlich berichtigt. 21

4. Die vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen lassen einen Verstoß der Beklagten gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG iVm. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX vermuten. 22

a) Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG. § 15 Abs. 2 AGG enthält nur eine Rechtsfolgenregelung, jedoch ist für die Voraussetzungen des Anspruchs auf § 15 Abs. 1 AGG zurückzugreifen. Dies ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang (*vgl. BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - BVerwGE 139, 135; BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - AP AGG § 15 Nr. 4 = EzA SGB IX § 81 Nr. 21*). 23

b) Der Kläger ist von der Beklagten auch unmittelbar benachteiligt worden. Dies ist nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG gegeben, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Zum einen erfuhr der Kläger eine weniger günstige Behandlung als der eingestellte Bewerber. Zum 24

anderen war auch die Behandlung des Klägers im Vergleich mit den zu Vorstellungsgesprächen eingeladenen Bewerbern weniger günstig. Ein Nachteil im Rahmen einer Auswahlentscheidung, insbesondere bei einer Einstellung und Beförderung, liegt bereits vor, wenn der Beschäftigte - wie hier der Kläger - nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorab ausgenommen wird. Die Benachteiligung liegt in der Versagung einer Chance (*BAG 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - DB 2012, 2811; 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - EzA AGG § 15 Nr. 17; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - EzA AGG § 15 Nr. 16; 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - AP AGG § 15 Nr. 4 = EzA SGB IX § 81 Nr. 21*).

c) Der Kläger befand sich auch in einer vergleichbaren Situation mit den eingeladenen Bewerbern (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AGG). 25

aa) Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt voraus, dass der Kläger 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 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - AP AGG § 15 Nr. 6 = EzA AGG § 15 Nr. 13*). Für das Vorliegen einer Benachteiligung ist es erforderlich, dass eine Person, die an sich für die Tätigkeit geeignet wäre, nicht ausgewählt oder schon nicht in Betracht gezogen wurde. Könnte auch ein objektiv ungeeigneter Bewerber immaterielle Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen, stünde dies nicht im Einklang mit dem Schutzzweck des AGG. Das AGG will vor ungerechtfertigter Benachteiligung schützen, nicht eine unredliche Gesinnung des (*potentiellen*) Arbeitgebers sanktionieren. Die objektive Eignung ist also keine ungeschriebene Voraussetzung der Bewerbereigenschaft, sondern Kriterium der „vergleichbaren Situation“ iSd. § 3 Abs. 1 AGG (*BAG 19. August 2010 - 8 AZR 466/09 - AP AGG § 3 Nr. 5 = EzA AGG § 15 Nr. 12*).

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. Zunächst ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber über den der Stelle 27

zugeordneten Aufgabenbereich und die dafür geforderten Qualifikationen des Stelleninhabers frei entscheiden darf. Durch das Stellen von Anforderungen an den Bewerber, die nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung durch die Erfordernisse der wahrzunehmenden Aufgaben unter keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt sind, darf er allerdings die Vergleichbarkeit der Situation nicht willkürlich gestalten und dadurch den Schutz des AGG de facto beseitigen (*BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - AP AGG § 15 Nr. 6 = EzA AGG § 15 Nr. 13*).

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; BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - AP AGG § 15 Nr. 6 = EzA AGG § 15 Nr. 13*).

28

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, welches als Funktionsbe-

29

schreibung des Dienstpostens objektiv die Kriterien bestimmt, die der künftige Stelleninhaber erfüllen muss. 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 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 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - AP AGG § 15 Nr. 6 = EzA AGG § 15 Nr. 13*).

Mit der Bestimmung eines Anforderungsprofils für die zu vergebende Stelle legt der Dienstherr die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest; an ihm werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerber gemessen (*vgl. BVerfG 8. Oktober 2007 - 2 BvR 1846/07 - BVerfGK 12, 284*). Der öffentliche Arbeitgeber hat im Anforderungsprofil 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 (*BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - BVerwGE 139, 135*). Aufgrund des Anforderungsprofils sollen einerseits geeignete Bewerber gefunden, andererseits ungeeignete Bewerber schon im Vorfeld der eigentlichen Auswahlentscheidung aus dem Kreis der in das engere Auswahlverfahren einzubeziehenden Bewerber ausgeschlossen werden. Mit der Festlegung des Anforderungsprofils wird ein wesentlicher Teil der Auswahlentscheidung vorgezogen. Zugleich bestimmt der öffentliche Arbeitgeber mit dem Anforderungsprofil den Umfang seiner der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelegten verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach § 82 Satz 2 und Satz 3 SGB IX (*BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - aaO*).

30

Für die Dauer des Auswahlverfahrens bleibt der Arbeitgeber an das in der veröffentlichten Stellenbeschreibung bekanntgegebene Anforderungsprofil gebunden (*vgl. BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - BAGE 131, 232 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1*).

31

- bb) Unter Beachtung dieser Grundsätze bestehen unter Zugrundelegung des Anforderungsprofils in der Stellenausschreibung vom Sommer 2009 an der objektiven Eignung des Klägers für die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle keine Zweifel. Die sachlichen Anforderungen, die die Beklagte stellte, ergeben sich aus dem - irreführend überschriebenen - „Tätigkeitsprofil“ der Stellenanzeige. Der Kläger verfügt über die Fahrerlaubnis der Klasse CE sowie über einen Personenbeförderungsschein. Er kann Berufserfahrung als Fahrer vorweisen, denn er arbeitete 1989/1990 als Berufskraftfahrer bei „V“, 1990/1991 als Fahrschullehrer, von Mitte 1999 bis Ende 2006 ua. als Fahrer bei S und von Februar 2007 bis Dezember 2008 auch als Taxifahrer. Das Führen von qualifizierten Fahrzeugen, die besondere Anforderungen an spurgenaues Fahren stellen (*überschwere Fahrzeuge, Messfahrzeuge*) war der Sache nach Teil des Tätigkeitsprofils und nicht des - wiederum falsch bezeichneten - „Anforderungsprofils“ der Stellenausschreibung. Von den Anforderungen her ließ die Beklagte auch den Pkw-Führerschein der Klasse B genügen („oder“). Zudem verfügte der Kläger tatsächlich über Erfahrungen mit dem spurgenaunen Fahren besonderer Fahrzeuge, da er während des Wehrdienstes speziell umgebaute und mit Mess- und Nachrichtentechnik ausgestattete Lkws gefahren hat. Die Beklagte kann dabei nicht darauf verweisen, der Kläger verfüge insoweit nicht über Erfahrungen aus jüngerer Zeit, da sie derartiges im Anforderungsprofil der Ausschreibung nicht verlangt hatte. 32
- d) Die Beklagte behandelte den Kläger wegen seiner Behinderung weniger günstig. 33
- aa) Der schwerbehinderte Kläger, der einen Grad der Behinderung von 60 aufweist, unterfällt dem Behindertenbegriff des § 1 AGG (*vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - EzA AGG § 15 Nr. 17*). 34
- bb) 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 35

verpönte Merkmal Bestandteil eines Motivbündels ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat (*st. Rspr., BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 - Rn. 32, EzA AGG § 22 Nr. 6; 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 42, 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*).

Hinsichtlich der Kausalität zwischen Nachteil und dem verpönten Merkmal ist in § 22 AGG eine Beweislastregelung getroffen, die sich auch auf die Darlegungslast auswirkt. Der Beschäftigte genügt danach seiner Darlegungslast, wenn er Indizien vorträgt, die seine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen. Dies ist der Fall, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen dieses Merkmals erfolgt ist. Durch die Verwendung der Wörter „Indizien“ und „vermuten“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass es hinsichtlich der Kausalität zwischen einem der in § 1 AGG genannten Gründe und einer ungünstigeren Behandlung genügt, Hilfstatsachen vorzutragen, die zwar nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität erfordern, die aber die Annahme rechtfertigen, dass Kausalität gegeben ist (*BAG 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 32, DB 2012, 2811; 27. Januar 2011 - 8 AZR 580/09 - Rn. 29, EzA AGG § 22 Nr. 3*). Liegt eine Vermutung für die Benachteiligung vor, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 43, EzA AGG § 15 Nr. 17*).

36

Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob die von einem Bewerber vorgetragenen oder unstreitigen Tatsachen eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, ist nur beschränkt revisibel. Die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO gewonnene Überzeugung bzw. Nichtüberzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen einer Behinderung und einem Nachteil kann revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob sie möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt (*BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR*

37

364/11 - Rn. 34, EzA AGG § 22 Nr. 6; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 36, EzA AGG § 15 Nr. 16).

cc) Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht angenommen, der Kläger habe Indizien vorgebracht, die für eine Benachteiligung sprechen. 38

Unterlässt es der öffentliche Arbeitgeber - wie hier - entgegen § 82 Satz 2 SGB IX, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, so ist dies nach st. Rspr. eine geeignete Hilfstatsache nach § 22 AGG, die für das Vorliegen einer Benachteiligung spricht (vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 46, 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; 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 27 f., BVerwGE 139, 135). 39

dd) Die durch die Hilfstatsache ausgelöste Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen der Schwerbehinderung hat entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts die Beklagte jedoch nicht erschüttert. 40

(1) Wenn die festgestellten Tatsachen eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass eine solche Benachteiligung nicht vorlag. Der Arbeitgeber muss das Gericht davon überzeugen, dass die Benachteiligung nicht (*auch*) auf der Behinderung beruht. Damit muss er Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als die Behinderung, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben, und in seinem Motivbündel weder die Behinderung als negatives noch die fehlende Behinderung als positives Kriterium enthalten war (BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 58, EzA AGG § 15 Nr. 17). 41

Für die Frage, welche Tatsachen geeignet sind, die Vermutung der Benachteiligung zu widerlegen, sind die Besonderheiten des Bewerbungsverfahrens für ein öffentliches Amt iSv. Art. 33 Abs. 2 GG und die gesetzlichen Regelungen des SGB IX zu beachten. Für den nach § 22 AGG möglichen Nachweis, dass für die Nichteinladung eines Bewerbers entgegen § 82 Satz 2 SGB IX 42

ausschließlich andere Gründe als die Behinderung erheblich waren, können nur solche Gründe herangezogen werden, die nicht die fachliche Eignung betreffen (*BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 29, BVerwGE 139, 135*). Hierfür enthält die in § 82 Satz 3 SGB IX geregelte Ausnahme mit dem Erfordernis der „offensichtlichen“ Nichteignung eine abschließende Regelung. Sie prägt auch die Anforderungen, die bei Verstößen im Bewerbungsverfahren bei auf die fachliche Eignung bezogenen Erwägungen für den Gegenbeweis zugrunde zu legen wären (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 59, EzA AGG § 15 Nr. 17*). Die Widerlegung der infolge der Verletzung des § 82 Satz 2 SGB IX vermuteten Kausalität setzt daher den Nachweis voraus, dass die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch aufgrund von Umständen unterblieben ist, die weder einen Bezug zur Behinderung aufweisen noch die fachliche Eignung des Bewerbers berühren.

Dem Berufungsgericht ist zwar nicht nur ein Ermessensspielraum ein-  
zuräumen, soweit es um die Frage geht, ob die von dem Bewerber vorgetrage-  
nen Hilfstatsachen den Schluss darauf zulassen, er sei wegen eines in § 1 AGG  
genannten Merkmals abgelehnt worden. Der Grundsatz der freien Beweiswür-  
digung nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO gilt ebenso für die Frage, ob die von dem  
Arbeitgeber vorgebrachten Hilfstatsachen den Schluss darauf zulassen, dass  
kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen  
vorgelegen hat (§ 22 AGG). Auch hier beschränkt sich die revisionsrechtliche  
Kontrolle darauf, ob die Würdigung des Tatsachengerichts möglich und in sich  
widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder  
andere Rechtssätze verstößt.

43

(2) Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die Begründung  
des Landesarbeitsgerichts dafür, dass die Beklagte die Vermutungswirkung  
einer diskriminierenden Benachteiligung erschüttert habe, nicht stand.

44

Die Beklagte kann sich zur Widerlegung der aus der unterbliebenen  
Einladung folgenden Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbe-  
hinderung nicht mit Erfolg darauf berufen, der Kläger sei fachlich gegenüber  
den zu einem Vorstellungsgespräch eingeladenen Bewerbern schlechter

45

qualifiziert. Es schadet mithin nicht, dass der Kläger im Gegensatz zu seinen Mitbewerbern nicht in jüngerer Zeit erworbene praktische Erfahrung mit dem Führen von überschweren Fahrzeugen (*Bussen und schweren Lkws*) aufweisen konnte.

Auch aus dem Umstand, dass behinderte Bewerber bei den zu einem Vorstellungsgespräch eingeladenen Bewerbern gemessen an der Gesamtzahl der Bewerbungen überproportional vertreten waren, kann nicht geschlossen werden, dass die unterbliebene Einladung des Klägers nicht wegen seiner Behinderung erfolgte. Im besonderen Fall der Behinderung kann eine Benachteiligung des einzelnen Bewerbers wegen eines unterbliebenen Vorstellungsgesprächs nicht dadurch widerlegt werden, dass in Bewerbungsverfahren die Gruppe der Schwerbehinderten nicht nachteilig behandelt wurde. § 82 Satz 2 SGB IX gibt dem einzelnen schwerbehinderten Bewerber einen Individualanspruch auf Einladung zu einem Vorstellungsgespräch. Die Indizwirkung wird durch die Schlechterstellung des Einzelnen ausgelöst und nicht dadurch aufgehoben, dass ansonsten im Bewerbungsverfahren schwerbehinderte Bewerber als Gruppe nicht nachteilig behandelt wurden. Der Anspruch nach § 82 Satz 2 SGB IX ist vom Gesetzgeber zwingend ausgestaltet worden, es handelt sich um eine gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers. Er hat insoweit kein Ermessen, weshalb ihm weder eine „freundliche“ noch eine „feindliche“ Einstellung zu Behinderten unterstellt werden kann. Sinn des § 82 Satz 2 SGB IX ist es, den einzelnen schwerbehinderten Bewerbern die Möglichkeit zu geben, den Arbeitgeber in einem persönlichen Vorstellungsgespräch von ihrer Eignung zu überzeugen. Die Beklagte hätte nicht nur zwei, sondern alle nicht offensichtlich ungeeigneten behinderten Bewerber, jedenfalls auch den Kläger, zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen. Im Falle behinderter Bewerber soll der persönliche Eindruck entscheidend sein und nicht die „Papierform“ (vgl. BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - BAGE 131, 232 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1). Mit diesem Gesetzeszweck lässt sich eine Vorabauswahl nach Leistungsgesichtspunkten nicht vereinbaren. Ebenso wenig kann aus Praktikabilitätsabwägungen von der eindeutigen Verfahrensvorschrift abgewichen werden. Auf das öffentliche Interesse an einer effizienten Verwaltung kann

46

die Beklagte sich nicht berufen. Die in Bezug genommene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (*BAG 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - BAGE 101, 153 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 56 = EzA GG Art. 33 Nr. 23*) erging zu einem Konkurrentenstreit und verhielt sich nicht zu der Frage, welche Verfahrensvorschriften im Bewerbungsverfahren verbindlich zu beachten sind.

Die Indizwirkung des Verfahrensfehlers wird auch nicht dadurch aufgehoben, dass die Beklagte bei der Vorabauswahl die Schwerbehindertenvertretung beteiligt hat. Auch insoweit ist die Beklagte als Arbeitgeber ihrer Pflicht, die Schwerbehindertenvertretung bei der Bewerbung von Schwerbehinderten umfassend zu beteiligen, zwar nachgekommen, § 81 Abs. 1 Satz 4 bis Satz 9, § 95 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 SGB IX. § 82 SGB IX ist jedoch zwingendes Gesetzesrecht und auch gegenüber einer Vereinbarung mit der Schwerbehindertenvertretung nicht dispositiv. Anders als bei einer Integrationsvereinbarung, § 83 SGB IX, besteht insoweit keine Vereinbarungsbefugnis von Arbeitgeber und Schwerbehindertenvertretung. Für den Gesetzesverstoß ist es aber unerheblich, wenn sich der Arbeitgeber im Übrigen gesetzeskonform verhalten hat, zB die gesetzlich vorgesehene Mindestbeschäftigungsquote schwerbehinderter Arbeitnehmer eingehalten hat (*vgl. BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - AP AGG § 15 Nr. 4 = EzA SGB IX § 81 Nr. 21*). Ein Fall des § 81 Abs. 1 Satz 7 bis Satz 9 SGB IX liegt nicht vor.

47

II. Über die Höhe der dem Kläger nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG zuzusprechenden angemessenen Entschädigung kann der Senat nicht selbst entscheiden, weshalb der Rechtsstreit nach § 563 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

48

§ 15 Abs. 2 Satz 1 AGG räumt dem Gericht einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein, um bei der Prüfung der Angemessenheit der Entschädigung die Besonderheiten jedes einzelnen Falls berücksichtigen zu können. Hängt die Höhe des Entschädigungsanspruchs von einem Beurteilungsspielraum ab, ist die Bemessung des Entschädigungsanspruchs grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters (*vgl. BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 58, EzA AGG § 15 Nr. 16; 17. August 2010 - 9 AZR*

49

839/08 - Rn. 64, AP AGG § 15 Nr. 4 = EzA SGB IX § 81 Nr. 21). Für die Höhe der festzusetzenden Entschädigung sind Art und Schwere der Verstöße sowie die Folgen für den schwerbehinderten Kläger von Bedeutung (BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 59, aaO). Dabei mag auch von Bedeutung sein, dass die Beklagte die Rechte der schwerbehinderten Bewerber zumindest insoweit achtete, als sie zwei von 14 schwerbehinderten Bewerbern zu einem Vorstellungsgespräch einlud und die Schwerbehindertenvertretung beteiligte.

Das Landesarbeitsgericht wird zu prüfen haben, ob auf die Berufung der Beklagten der vom Arbeitsgericht festgesetzte Entschädigungsbetrag zu bestätigen oder herabzusetzen ist.

50

Hauck

Böck

Breinlinger

Bloesinger

St. Soost