Bundesarbeitsgericht Achter Senat	Urteil vom 23. Januar 2020 - 8 AZR 484/18 - ECLI:DE:BAG:2020:230120.U.8AZR484.18.0
I. Arbeitsgericht Köln	Urteil vom 20. Dezember 2017 - 2 Ca 1016/17 -
II. Landesarbeitsgericht Köln	Urteil vom 23. August 2018 - 6 Sa 147/18 -

---

Entscheidungsstichworte:

Bewerber iSd. AGG - Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch

Leitsätze:

1. Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG ist, wer eine Bewerbung beim Arbeitgeber eingereicht hat. Eingereicht ist eine Bewerbung dann, wenn sie dem Arbeitgeber zugegangen ist iSv. § 130 BGB.

2. Verstößt der öffentliche Arbeitgeber gegen seine Verpflichtung aus § 82 Satz 2 SGB IX in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (aF), einen schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, kann dies lediglich die - vom Arbeitgeber widerlegbare - Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass der erfolglose Bewerber die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen seiner (Schwer)Behinderung erfahren hat.

BUNDESARBEITSGERICHT

8 AZR 484/18
6 Sa 147/18
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Januar 2020

URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsklagendes Land,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Januar 2020 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang und Dr. Roloff sowie die ehrenamtlichen Richter Kandler und Avenarius für Recht erkannt:

Die Revision des beklagten Landes gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 23. August 2018 - 6 Sa 147/18 - wird zurückgewiesen.

Das beklagte Land hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das beklagte Land verpflichtet ist, dem Kläger eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung zu zahlen. 1

Das beklagte Land schrieb Anfang August 2015 Stellen für „Quereinsteiger (m/w) für den Gerichtsvollzieherdienst“ in seinen Oberlandesgerichtsbezirken aus. In der Ausschreibung heißt es ua.: 2

„**Wir bieten Ihnen:**

- …
- eine spezifische Ausbildung über 26 Monate, während der Sie ein monatliches Entgelt in Höhe von rd. 2.400 € brutto erhalten; die Probezeit beträgt sechs Monate
- nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung die Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe und die Ernennung zum Gerichtsvollzieher (Besoldungsgruppe A 8)
- …

Ist Ihr Interesse geweckt?

Bewerben Sie sich **bis zum 15. August 2015** um Zulassung zur Gerichtsvollzieherausbildung, die am 01.01.2016 startet, bei folgenden Gerichten:

> …

> …

> für den Oberlandesgerichtsbezirk K

mit den Landgerichtsbezirken A, B und K

Präsident des Oberlandesgerichts
Postfach
K

Ansprechpartnerin:
B
Telefon:
E-Mail: ausbildung@olg-k

…

Die Bewerbung von Menschen mit Schwerbehinderung und Menschen mit Migrationshintergrund ist ausdrücklich erwünscht."

Der Kläger bewarb sich mit einer an die in der Ausschreibung genannte E-Mail-Adresse der Ausbildungsabteilung des Oberlandesgerichts K adressierten E-Mail vom 3. August 2015 auf eine der für den Oberlandesgerichtsbezirk Kn ausgeschriebenen Stellen. Seine der E-Mail im Anhang beigefügten Bewerbungsunterlagen waren mit einem deutlichen Hinweis darauf versehen, dass er - was unstreitig ist - mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 30 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt sei. Die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Stelle fehlte dem Kläger nicht offensichtlich. 3

Noch am 3. August 2015 erhielt der Kläger vom Oberlandesgericht K die folgende E-Mail: 4

„**Von:** R.P@olg-k

An: p@arcor.de

Gesendet: Montag, 3. August 2015 09:36

Betreff: Gelesen: Bewerbung als Gerichtsvollzieher / Quereinstieg

Stellenausschreibung

Ihre Nachricht wurde gelesen am Montag, 3. August 2015 07:35:53 UTC."

Bei P handelt es sich um den Sachgebietsleiter in der Verwaltung des Oberlandesgerichts K, der damit befasst war, in einem späteren Stadium des Bewerbungsverfahrens zu prüfen, ob ein(e) Bewerber(in) zu einem Vorstel- 5

lungsgespräch einzuladen war. Er hatte Zugang zu dem elektronischen Postfach der Ausbildungsabteilung.

Der Kläger wurde nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Er erhielt auch keine Absage. Unter dem 14. Dezember 2015 forderte er das beklagte Land auf, ihm wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot wegen der (Schwer)Behinderung eine Entschädigung iHv. 7.434,39 Euro zu zahlen. Dieser Betrag entspricht der dreifachen Monatsbesoldung nach der Besoldungsgruppe A8. 6

Nachdem der Präsident des Oberlandesgerichts K das Entschädigungsverlangen des Klägers mit Schreiben vom 22. Dezember 2015 zurückgewiesen hatte, hat der Kläger mit der am 11. März 2016 beim Verwaltungsgericht A eingegangenen und dem beklagten Land am 15. März 2016 zugestellten Klage sein Begehren auf Zahlung einer Entschädigung weiterverfolgt. Das Verwaltungsgericht A hat den Rechtsstreit mit Beschluss vom 19. Januar 2017 an das Arbeitsgericht K verwiesen. 7

Der Kläger hatte sich auch auf eine für den Oberlandesgerichtsbezirk D für den Quereinstieg in den Gerichtsvollzieherdienst ausgeschriebene Stelle beworben und, nachdem ihm eine Absage erteilt worden war, das beklagte Land ebenso gerichtlich auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG iHv. 7.434,39 Euro in Anspruch genommen. Dieses, beim Arbeitsgericht D geführte Verfahren wurde vergleichsweise durch Zahlung einer Entschädigung durch das beklagte Land iHv. 3.975,00 Euro beendet. 8

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, das beklagte Land sei ihm nach § 15 Abs. 2 AGG zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet, da es ihn wegen seiner Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen und damit wegen der (Schwer)Behinderung benachteiligt habe. Das beklagte Land habe ihn entgegen § 82 Satz 2 SGB IX in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (im Folgenden SGB IX aF) nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Aus den Darlegungen des beklagten Landes ergebe sich nicht, dass er im Stellenbesetzungsverfahren nur „aus Versehen“ nicht berücksichtigt wor- 9

den sei. Er habe eine Lesebestätigung seiner E-Mail erhalten und daher davon ausgehen können, alles gehe seinen geordneten Gang.

Der Kläger hat beantragt, 10

> das beklagte Land zu verurteilen, an ihn 7.434,39 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5. Januar 2016 zu zahlen.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat die 11
Auffassung vertreten, dem Kläger keine Entschädigung zu schulden. Man habe von der Bewerbung des Klägers keine Kenntnis nehmen können, deshalb nichts von seiner Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gewusst und ihn aus diesem Grund auch nicht wegen seiner (Schwer)Behinderung benachteiligen können. Durch ein schnell überlaufendes E-Mail-Postfach und durch ungenaue Absprachen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die mit der Bearbeitung der Bewerbungen befasst gewesen seien, sei die Bewerbung des Klägers nicht - wie eigentlich vorgesehen - ausgedruckt worden; es sei auch kein Vorgang angelegt und in den Geschäftsgang gegeben worden. Es stehe zu vermuten, dass die E-Mail mit der Bewerbung des Klägers unter den E-Mails gewesen sei, die Oberregierungsrat P geöffnet habe, um sich einen Einblick in das Bewerberfeld zu verschaffen. Da geöffnete E-Mails automatisch als „gelesen“ markiert worden seien, sei die zuständige Mitarbeiterin G wohl davon ausgegangen, die Bewerbung des Klägers sei ausgedruckt, erfasst und in den Geschäftsgang gegeben worden. Sie habe die Bewerbungs-E-Mail des Klägers dann - weisungsgemäß - in den dafür vorgesehenen Ablage-Ordner verschoben. Im Übrigen treffe den Kläger ein Mitverschulden, da er sich nicht zeitnah nach dem Absenden seiner Bewerbung nach dem Stand der Bearbeitung erkundigt, sondern vier Monate zugewartet habe, um dann eine Entschädigung zu verlangen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 12
hat der Klage teilweise stattgegeben und dem Kläger eine Entschädigung iHv. 3.717,20 Euro nebst Zinsen zugesprochen. Hiergegen wendet sich das beklagte Land mit der Revision. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des beklagten Landes ist unbegründet. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, der Berufung des Klägers teilweise stattzugeben und diesem eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG iHv. 3.717,20 Euro nebst Zinsen zuzusprechen, hält im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Die Bemessung der Höhe der Entschädigung durch das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 13

A. Der Kläger hat - wie das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat - einen Anspruch gegen das beklagte Land auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Das beklagte Land hat den Kläger entgegen den Vorgaben des AGG sowie des § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF iVm. § 68 Abs. 1 SG IX aF wegen seiner (Schwer)Behinderung benachteiligt. 14

I. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. 15

1. Für den Kläger ergibt sich dies aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG. Diese Bestimmung enthält einen formalen Bewerberbegriff, wonach derjenige Bewerber ist, der eine Bewerbung eingereicht hat *(zum formalen Bewerberbegriff vgl. etwa: BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 32, BAGE 156, 107; 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 62, BAGE 155, 149)*. 16

a) Danach ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Bewerbung dem Arbeitgeber entsprechend § 130 BGB zugegangen ist. 17

aa) Zugegangen iSv. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine Willenserklärung, sobald sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören von ihm vorgehaltene Empfangseinrichtungen. Ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist nach den „gewöhnlichen Verhältnissen“ und den 18

„Gepflogenheiten des Verkehrs“ zu beurteilen. Dabei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist vielmehr eine generalisierende Betrachtung geboten. Wenn für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist es unerheblich, ob er daran durch Krankheit, zeitweilige Abwesenheit oder andere besondere Umstände einige Zeit gehindert war. Ihn trifft die Obliegenheit, die nötigen Vorkehrungen für eine tatsächliche Kenntnisnahme zu treffen. Unterlässt er dies, wird der Zugang durch solche - allein in seiner Person liegenden - Gründe nicht ausgeschlossen *(st. Rspr., vgl. BAG 22. August 2019 - 2 AZR 111/19 - Rn. 12 mwN)*.

bb) Um den Bewerberbegriff des § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG zu erfüllen, ist es hingegen nicht notwendig, dass der Arbeitgeber bzw. die bei diesem über die Bewerbung entscheidenden Personen tatsächlich Kenntnis von einer zugegangenen Bewerbung nehmen. Eine solche Voraussetzung ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Bestimmung, dem durch ihn vermittelten Wortsinn noch aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung oder ihrem Sinn und Zweck. Vielmehr liefe eine solche Anforderung dem Zweck ua. der Richtlinie 2000/78/EG und dem des AGG, Diskriminierungen nicht nur im laufenden Arbeitsverhältnis, sondern ua. auch im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren zu verhindern, zuwider. Ein effektiver Schutz vor Diskriminierungen von Bewerbern würde nicht erreicht, wenn der Arbeitgeber sich nach Zugang einer Bewerbung darauf berufen könnte, er bzw. die im Einzelfall mit der Personalauswahl betrauten Mitarbeiter hätten eine zugegangene Bewerbung nicht zur Kenntnis genommen *(zum Gebot der vollen und praktischen Wirksamkeit, das dem Unionsrecht innewohnt vgl. etwa EuGH 24. Oktober 2018 - C-234/17 - [XC ua.] Rn. 36 bis 44)*. 19

b) Die Bewerbung des Klägers ist dem beklagten Land zugegangen. 20

Der Kläger hatte sich mit E-Mail vom 3. August 2015 unter Verwendung der vom beklagten Land angegebenen E-Mail-Adresse der Ausbildungsabteilung beim Oberlandesgericht K beworben. Diese E-Mail ist dem beklagten Land am 3. August 2015 zugegangen. Hierüber streiten die Parteien auch nicht. Im 21

Übrigen belegt der Umstand, dass dem Kläger am selben Tag per E-Mail eine „Lesebestätigung“ erteilt wurde, dass seine Bewerbungs-E-Mail am 3. August 2015 jedenfalls in dem vom beklagten Land dafür vorgesehenen Postfach abrufbar gespeichert war, sie mithin am 3. August 2015 so in den Machtbereich des beklagten Landes gelangt war, dass dieses unter gewöhnlichen Verhältnissen davon Kenntnis nehmen konnte.

c) Darauf, ob die Bewerbung des Klägers - wie das beklagte Land vorgetragen hat - durch ein schnell überlaufendes E-Mail-Postfach und durch ungenaue Absprachen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die mit der Bearbeitung der Bewerbungen befasst waren, entgegen den bestehenden Weisungen weder ausgedruckt noch erfasst und demnach auch nicht in den Geschäftsgang gegeben wurde, kommt es nach alledem für die Frage, ob der Kläger Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG ist, nicht an. 22

Davon zu unterscheiden ist allerdings die Frage, ob das beklagte Land eine ggf. nach § 22 AGG durch Indizien begründete Vermutung einer Benachteiligung des Klägers wegen seiner (Schwer)Behinderung im Einzelfall mit der Begründung widerlegen könnte, es sei aus nicht in seiner Person liegenden Gründen gehindert gewesen, die zugegangene Bewerbung tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen. 23

2. Für das beklagte Land ist der persönliche Anwendungsbereich des AGG durch § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG eröffnet. 24

II. Der Kläger hat seinen Entschädigungsanspruch den Vorgaben von § 15 Abs. 4 AGG sowie § 61b Abs. 1 ArbGG entsprechend geltend gemacht und eingeklagt. 25

1. Der Kläger hat den Entschädigungsanspruch mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 formgerecht geltend gemacht. Die in § 15 Abs. 4 AGG bestimmte Frist zur Geltendmachung von zwei Monaten hatte im Fall des Klägers nicht zu laufen begonnen. Das beklagte Land hatte dem Kläger auf seine Bewerbung hin keine Absage erteilt. Ein Schweigen oder Untätigbleiben des Arbeitgebers reicht aber grundsätzlich nicht aus, um die Frist des § 15 Abs. 4 26

AGG in Lauf zu setzen *(vgl. BAG 29. Juni 2017 - 8 AZR 402/15 - Rn. 20, BAGE 159, 334)*. Besondere Umstände, weshalb die Ablehnung im vorliegenden Fall ausnahmsweise entbehrlich gewesen wäre, sind nicht ersichtlich. Entgegen der Rechtsauffassung des beklagten Landes traf den Kläger auch keine Verpflichtung, sich vor der Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs beim beklagten Land nach dem Stand der Bearbeitung seiner Bewerbung zu erkundigen. Eine solche Pflicht kennt § 15 Abs. 4 AGG nicht.

2. Mit der am 11. März 2016 beim Verwaltungsgericht eingegangenen und dem beklagten Land am 15. März 2016 zugestellten Klage hat der Kläger auch die dreimonatige Klagefrist des § 61b Abs. 1 ArbGG gewahrt. 27

Nach § 61b Abs. 1 ArbGG muss eine Klage auf Entschädigung innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden. Das Geltendmachungsschreiben des Klägers datiert vom 14. Dezember 2015. Dass dieses vor dem 15. Dezember 2015 beim beklagten Land eingegangen war, haben weder das beklagte Land noch der Kläger behauptet. Im Übrigen folgt aus § 167 ZPO, dass, sofern durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden soll, diese Wirkung bereits mit Eingang des Antrags eintritt, wenn - wie hier - die Zustellung demnächst erfolgt. Damit ist die Frist des § 61b Abs. 1 ArbGG gewahrt. Der Umstand, dass die Entschädigungsklage beim Verwaltungsgericht und nicht beim Arbeitsgericht eingereicht und durch das Verwaltungsgericht erst mit Beschluss vom 19. Januar 2017 an das zuständige Arbeitsgericht verwiesen wurde, steht der Wahrung der Klagefrist nach § 61b Abs. 1 ArbGG nicht entgegen. Dies folgt aus § 17b Abs. 1 Satz 2 GVG, wonach bei einer Verweisung die Wirkungen der Rechtshängigkeit bestehen bleiben. § 17b GVG findet nach der in § 48 Abs. 1 ArbGG getroffenen Regelung auch auf die Klage wegen Benachteiligung nach § 61b ArbGG Anwendung. 28

III. Der Kläger hat - wie das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat - einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Das beklagte Land hat den Kläger entgegen den Vorgaben des § 7 AGG sowie des § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF wegen seiner 29

(Schwer)Behinderung benachteiligt. Die Benachteiligung war auch nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig.

1. Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus und ist verschuldensunabhängig. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich des Gesetzes eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen einer Behinderung. Zudem dürfen Arbeitgeber nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Diese Bestimmung findet - ebenso wie alle anderen Bestimmungen des Teils 2 des SGB IX aF - nach § 68 Abs. 1 SGB IX aF auch auf gleichgestellte behinderte Menschen Anwendung. Im Einzelnen gelten im Hinblick auf das Verbot der Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung nach § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX aF die Regelungen des AGG *(vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 16 - 18, BAGE 156, 107)*. 30

2. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts folgt ein Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG allerdings nicht unmittelbar aus dem Umstand, dass das beklagte Land den Kläger nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hat. Zwar hätte das beklagte Land als öffentlicher Arbeitgeber den Kläger, der einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt war und dem die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Stelle nicht offensichtlich fehlte *(§ 82 Satz 3 SGB IX aF)*, nach § 82 Satz 2 SGB IX aF zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen. Allein in dem Verstoß des beklagten Landes gegen die in § 82 Satz 2 SGB IX aF getroffene Regelung liegt allerdings keine einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG auslösende Benachteiligung des Klägers wegen seiner (Schwer)Behinderung iSv. § 7 AGG und iSv. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF. Vielmehr stellt die in § 82 Satz 2 SGB IX aF normierte Verpflichtung, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, eine Verfahrenspflicht öffentlicher Arbeitgeber zugunsten schwerbehinderter Men- 31

schen dar, die lediglich eine - von diesen widerlegbare - Vermutung iSv. § 22 AGG einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung begründen kann.

a) Das Benachteiligungsverbot nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF erfasst - ebenso wie das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG - nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines speziellen Grundes. Zwischen der Benachteiligung und dem Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. 32

aa) Soweit es um eine - hier allein in Betracht kommende - unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG geht, ist hierfür nicht erforderlich, dass der betreffende Grund das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist; vielmehr ist der Kausalzusammenhang bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG an den Grund anknüpft oder durch diesen motiviert ist, wobei die bloße Mitursächlichkeit genügt *(BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 20 mwN)*. 33

bb) § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat *(BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14 - Rn. 51, BAGE 164, 117)*. 34

(1) Danach genügt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen *(BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14 - Rn. 52 mwN, BAGE 164, 117)*. 35

(2) Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist *(vgl. EuGH 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 85; 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociaţia Accept] Rn. 55 mwN; 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 32; BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 24 mwN, BAGE 156, 107; 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 54 mwN, BAGE 155, 149)*. Hierfür gilt jedoch das Beweismaß des sog. Vollbeweises. Der Arbeitgeber muss Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben *(vgl. etwa BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 73/16 - Rn. 26 mwN)*. 36

b) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen aufstellen, grundsätzlich „nur“ die - vom Arbeitgeber widerlegbare - Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass der erfolglose schwerbehinderte Bewerber die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG - nur eine solche kommt in derartigen Fällen in Betracht - wegen der (Schwer)Behinderung erfahren hat *(st. Rspr., vgl. etwa BAG 16. Mai 2019 - 8 AZR 315/18 - Rn. 22; 28. September 2017 - 8 AZR 492/16 - Rn. 26 mwN)*. Dies gilt beispielsweise nicht nur in dem Fall, dass der Arbeitgeber es entgegen § 81 Abs. 1, § 95 Abs. 2 SGB IX aF unterlässt, die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen *(vgl. etwa BAG 20. Januar 2016 - 8 AZR 194/14 - Rn. 40 mwN)*, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber - wie hier - seiner Verpflichtung aus § 82 Satz 2 SGB IX aF nicht nachkommt, den schwerbehinderten oder diesem gleichgestellten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen *(vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 25 mwN, BAGE 156, 107)*. An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. 37

aa) Dass allein ein Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen die in § 82 Satz 2 SGB IX aF normierte Verpflichtung keine einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG auslösende Benachteiligung iSv. § 7 AGG und § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF darstellt, sondern lediglich eine - vom Arbeitgeber wi- 38

derlegbare - Vermutung iSv. § 22 AGG einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung begründen kann, entspricht dem gesetzgeberischen Willen, wie er insbesondere in der Entstehungsgeschichte des § 82 Satz 2 SGB IX aF zum Ausdruck gekommen ist.

(1) Die Verpflichtung des Arbeitgebers, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, wurde zum 1. Oktober 2000 als weitere Pflicht für Bundesbehörden in § 14a SchwbG *(BGBl. I S. 1394)* eingeführt. Einen Entschädigungsanspruch kannte das SchwbG nicht. In der Gesetzesbegründung heißt es lediglich, dass die öffentlichen Arbeitgeber des Bundes in Erweiterung der allgemeinen Arbeitgeberpflichten in § 13 und § 14 SchwbG den Arbeitsämtern frühzeitig freiwerdende oder neue Arbeitsplätze zu melden hätten; darüber hinaus seien die schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, wenn sie nicht offensichtlich für die zu besetzende Stelle fachlich ungeeignet seien *(BT-Drs. 14/3372 S. 18)*. 39

(2) Bei der Schaffung des SGB IX *(im Folgenden SGB IX 2001)* hat der Gesetzgeber zwar in § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX 2001 das Verbot der Benachteiligung wegen der Behinderung, in § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX 2001 eine „Beweislastregel“ und in § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX 2001 eine Entschädigungspflicht geregelt. Allerdings besteht die Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Entschädigung nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX 2001 nur bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX 2001. Demgegenüber hat der Gesetzgeber Verfahrens- bzw. Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen nicht im Rahmen der Bestimmung über das Benachteiligungsverbot in § 81 Abs. 2 SGB IX 2001, sondern in eigenständigen Bestimmungen geregelt. So finden sich bestimmte Pflichten beispielsweise in § 81 Abs. 1 SGB IX 2001. Die zuvor in § 14a SchwbG enthaltene Pflicht der öffentlichen Arbeitgeber des Bundes, schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, wurde - nunmehr auf alle öffentlichen Arbeitgeber erweitert - in § 82 Satz 2 SGB IX 2001 normiert. Dies lässt nur den Schluss zu, dass der Gesetzgeber in dem Verstoß des Arbeitgebers gegen zugunsten schwerbehinderter Menschen 40

bestehende Verfahrens- und/oder Förderpflichten - für sich betrachtet - keine entschädigungspflichtige Benachteiligung gesehen hat. Dass derartige Verstöße schon damals grundsätzlich „nur“ die - vom Arbeitgeber widerlegbare - Vermutung iSv. § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX 2001 begründen konnten, dass der erfolglose schwerbehinderte Bewerber die Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung erfahren hatte, legt auch die Entstehungsgeschichte von § 81 SGB IX 2001 nahe. So ist in der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 81 SGB IX 2001 ausgeführt, dass die Regelung inhaltsgleich den bisherigen § 14 SchwbG übertrage. Ergänzend hierzu enthalte Abs. 2 die notwendigen Regelungen, um die Benachteiligung schwerbehinderter Menschen im Arbeitsverhältnis zu verhindern, sowie - entsprechend § 611a BGB - ggf. eine Entschädigung bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot zu erhalten *(BT-Drs. 14/5074 S. 113)*. Zu § 611a BGB war indes stets anerkannt, dass eine geschlechtsdiskriminierende Stellenausschreibung für sich betrachtet keinen Entschädigungsanspruch auslösen, sondern nur die Vermutung begründen konnte, dass der erfolglose Bewerber die Benachteiligung wegen seines Geschlechts erfahren hatte *(vgl. zur alten Rechtslage: etwa BAG 14. März 1989 - 8 AZR 351/86 - zu A I 1 und 2 der Gründe, BAGE 61, 219; 14. März 1989 - 8 AZR 447/87 - zu A I 1 und 2 der Gründe, BAGE 61, 209; BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - zu C I 2 b der Gründe, BVerfGE 89, 276; ErfK/Schlachter 4. Aufl. § 611b BGB Rn. 4)*.

(3) Der Gesetzgeber hat schließlich mit dem Bundesteilhabegesetz *(BTHG)* 2016 in Kenntnis der unter Rn. 37 dargestellten ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die zuvor in § 82 Satz 2 SGB IX aF enthaltene Verpflichtung öffentlicher Arbeitgeber, schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, ohne jede Änderung in § 165 Satz 3 SGB IX überführt. Auch dies belegt, dass der Gesetzgeber allein in einem Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflicht aus § 165 Satz 3 SGB IX nach wie vor keine entschädigungspflichtige Benachteiligung sieht. 41

bb) Dafür, dass ein Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen § 82 Satz 2 SGB IX aF nur die - von diesem widerlegbare - Vermutung iSv. § 22 42

AGG begründen kann, dass der schwerbehinderte Bewerber wegen seiner (Schwer)Behinderung benachteiligt wurde, spricht auch der Umstand, dass der Gesetzgeber an einen Verstoß gegen § 11 AGG, mit dem ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren sichergestellt werden soll, nicht die Zahlung einer Entschädigung geknüpft hat.

Nach § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden. Hierdurch soll einer ungerechtfertigten Benachteiligung bestimmter Arbeitnehmergruppen vorgebeugt bzw. entgegengewirkt werden *(vgl. etwa BAG 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 33 f.)*. Allerdings schuldet der Arbeitgeber einem abgelehnten Bewerber eine Entschädigung nicht bereits deshalb, weil die Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurde. Das Gesetz knüpft an einen Verstoß gegen § 11 AGG keine unmittelbaren Rechtsfolgen *(vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 30; 19. Mai 2016 - 8 AZR 477/14 - Rn. 41; 19. Mai 2016 - 8 AZR 583/14 - Rn. 38)*. Schreibt der Arbeitgeber eine Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG aus, so kann dies nach ständiger Rechtsprechung des Senats nur die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass der erfolglose Bewerber im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde *(vgl. etwa BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 61; 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 64, BAGE 156, 71; 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 31)*. 43

cc) § 15 Abs. 2 AGG iVm. § 7 AGG sowie iVm. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF ist auch nicht mit Blick auf Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG sowie Art. 5 Abs. 3 UN-BRK und Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a) UN-BRK unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass der Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen § 82 Satz 2 SGB IX aF für sich betrachtet eine Entschädigungspflicht auslöst. 44

(1) Nach Art. 5 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG haben die Mitgliedstaaten angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen mit Behinderung zu gewährleisten, was nach Art. 5 Satz 2 der Richtlinie 2000/78/EG bedeutet, dass der Arbeitgeber die ge- 45

eigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen hat, um Menschen mit Behinderung ua. den Zugang zur Beschäftigung zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten *(dazu, dass Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG im AGG keine wortgleiche Umsetzung erfahren hat: vgl. EuGH 17. Juli 2008 - C-303/06 - [Coleman] Rn. 39; BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - Rn. 42, BAGE 148, 158)*.

46 Art. 5 Abs. 3 UN-BRK bestimmt, dass die Vertragsstaaten zur Förderung der Gleichberechtigung und zur Beseitigung von Diskriminierungen alle geeigneten Schritte unternehmen, um die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen zu gewährleisten. Nach Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a) UN-BRK sichern und fördern die Vertragsstaaten die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit durch geeignete Schritte, einschließlich des Erlasses von Rechtsvorschriften, um ua. „Diskriminierung aufgrund von Behinderung in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit einer Beschäftigung gleich welcher Art, einschließlich der Auswahl-, Einstellungs- und Beschäftigungsbedingungen, der Weiterbeschäftigung, des beruflichen Aufstiegs sowie sicherer und gesunder Arbeitsbedingungen, zu verbieten“. Zudem bestimmt Art. 2 Unterabs. 3 UN-BRK, dass von der „Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ alle Formen der Diskriminierung erfasst sind, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen, wobei nach der Legaldefinition in Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK „angemessene Vorkehrungen“ notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen sind, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können. Die Bestimmungen der UN-BRK sind Bestandteil der Unionsrechtsordnung *(vgl. EuGH 11. April 2013 - C-335/11 ua. - [HK Danmark, auch genannt „Ring, Skouboe Werge“] Rn. 28 ff.)* und damit zugleich Bestandteil des - unionsrechtskonform auszulegenden - deutschen Rechts *(BAG 4. November 2015 - 7 ABR 62/13 - Rn. 27, BAGE 153, 187; 19. Dezember 2013 - 6 AZR 190/12 - Rn. 53, BAGE 147, 60)*. Der Umstand, dass die UN-BRK seit ihrem Inkrafttreten integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung ist, führt dar-

über hinaus dazu, dass auch die Richtlinie 2000/78/EG ihrerseits nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen auszulegen ist *(vgl. EuGH 11. April 2013 - C-335/11 ua. - [HK Danmark, auch genannt „Ring, Skouboe Werge“] Rn. 28 bis 32)*.

(2) Danach ist eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 15 Abs. 2 AGG iVm. § 7 AGG sowie iVm. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF dahin, dass bereits der Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen § 82 Satz 2 SGB IX aF für sich betrachtet eine entschädigungspflichtige Diskriminierung darstellt, nicht geboten. 47

Der Gesetzgeber ist seiner Verpflichtung, Diskriminierungen aufgrund der Behinderung beim Zugang zur Beschäftigung zu verbieten, mit der in § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG zum Anwendungsbereich getroffenen Regelung iVm. dem in § 7 AGG bestimmten Verbot der Diskriminierung wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG, darunter die Behinderung sowie iVm. dem Verbot der Diskriminierung wegen der (Schwer)Behinderung in § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF nachgekommen. Er hat zudem ua. mit der Regelung in § 82 Satz 2 SGB IX aF, wonach der öffentliche Arbeitgeber schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen hat, eine Bestimmung getroffen, die den schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Menschen eine besondere Chance einräumt, Zugang zu einer Beschäftigung zu finden. Dabei muss ein schwerbehinderter Bewerber diese Chance schon dann bekommen, wenn seine fachliche Eignung zwar zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Der schwerbehinderte Bewerber soll den öffentlichen Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch von seiner Eignung überzeugen können *(vgl. etwa BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 22 mwN, BAGE 131, 232)*. Insoweit ist der schwerbehinderte bzw. diesem gleichgestellte Bewerber im Bewerbungsverfahren besser gestellt als nicht schwerbehinderte Konkurrenten *(vgl. etwa BAG 20. Januar 2016 - 8 AZR 194/14 - Rn. 32)*. 48

Der Verstoß des Arbeitgebers gegen § 82 Satz 2 SGB IX aF bleibt auch nicht sanktionslos. Lädt der öffentliche Arbeitgeber den schwerbehinderten Bewerber entgegen § 82 Satz 2 SGB IX aF nicht zu einem Vorstellungsgespräch 49

ein, so begründet dies - wie unter Rn. 37 dargelegt - die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass der erfolglose Bewerber wegen seiner (Schwer)Behinderung benachteiligt wurde. Kann der Arbeitgeber diese Vermutung nicht widerlegen, und ist die Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung auch nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig, kann der erfolglose Bewerber vom Arbeitgeber die Zahlung einer angemessenen Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen.

Diese Sanktion ist auch ausreichend, insbesondere ist es zur Förderung des Zugangs schwerbehinderter Menschen zur Beschäftigung nicht erforderlich, die Entschädigungspflicht bereits unmittelbar an den Verstoß des Arbeitgebers gegen § 82 Satz 2 SGB IX aF zu knüpfen. Hierdurch würde dieser Verstoß vielmehr unangemessen sanktioniert. Es würde nicht berücksichtigt, dass die mit einer Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch verbundene Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Bewerbers in der Regel in der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts aufgeht, die der erfolglose Bewerber durch die Ablehnung bzw. Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung erfährt. Im letzteren Fall hätte der Arbeitgeber allerdings nach § 22 AGG die Möglichkeit, eine durch Indizien begründete Vermutung einer Benachteiligung wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG - darunter auch die Behinderung - und damit auch eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Bewerbers zu widerlegen. 50

dd) Aus vorangegangenen Entscheidungen des erkennenden Senats sowie des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts folgt ebenfalls nichts Abweichendes. 51

(1) Zwar hat der erkennende Senat beispielsweise in seinem Urteil vom 20. Januar 2016 *(- 8 AZR 194/14 - Rn. 23 mwN)* ausgeführt, dass eine Benachteiligung im Rahmen einer Auswahlentscheidung, insbesondere bei einer Einstellung oder Beförderung, bereits dann vorliege, wenn der Beschäftigte nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorab ausgeschieden werde. Insoweit liege die Benachteiligung in der Versagung einer Chance. Bewerber hätten Anspruch auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungs-/Stellenbesetzungsverfahren. Seien bereits die Chancen eines Bewerbers durch ein diskriminierendes Verfahren 52

beeinträchtigt worden, komme es regelmäßig nicht mehr darauf an, ob eine nach § 1 AGG verbotene Anknüpfung bei der sich an das Auswahlverfahren anschließenden Einstellungsentscheidung noch eine nachweisbare Rolle gespielt habe.

(2) Auch hat der erkennende Senat beispielsweise in seiner Entscheidung vom 16. Februar 2012 *(- 8 AZR 697/10 - Rn. 48)* darauf hingewiesen, dass ein schwerbehinderter Bewerber nach der Regelung in § 82 Satz 2 SGB IX aF bei einem öffentlichen Arbeitgeber die Chance eines Vorstellungsgesprächs bekommen müsse, wenn seine fachliche Eignung zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen sei. Der schwerbehinderte Bewerber solle den öffentlichen Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch von seiner Eignung überzeugen können. Werde ihm diese Möglichkeit genommen, liege darin eine weniger günstige Behandlung als sie das Gesetz zur Herstellung gleicher Bewerbungschancen gegenüber anderen Bewerbern für erforderlich halte. 53

(3) Es kann dahinstehen, ob an dieser Rechtsprechung überhaupt festzuhalten ist. Insoweit spricht aus Sicht des Senats einiges dafür, die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG des erfolglosen schwerbehinderten Bewerbers, der entgegen § 82 Satz 2 SGB IX aF nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde - ebenso wie die unmittelbare Benachteiligung eines nicht schwerbehinderten erfolglosen Bewerbers - ausschließlich in dem Umstand zu sehen, dass dieser nicht eingestellt wurde. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung nämlich vor, wenn eine Person (wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes) eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Wie der Begriff „erfahren würde“ verdeutlicht, muss nach dieser Bestimmung die Vergleichsperson nicht eine reale, sondern kann auch eine fiktive bzw. hypothetische sein. Allein aus diesem Grund kommt es weder darauf an, ob der letztlich erfolglose Bewerber bereits vorab aus dem Stellenbesetzungs-/Auswahlverfahren ausgeschieden wurde, noch, ob es andere Bewerber für die Stelle gab und eine andere Bewerbung Erfolg hatte, und ob die ausgeschriebene Stelle überhaupt besetzt wurde. 54

(4) Zwar mag der Senat in vorangegangenen Entscheidungen angenommen haben, dass der Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen seine Verpflichtung nach § 82 Satz 2 SGB IX aF, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, eine unmittelbare Benachteiligung des Bewerbers iSv. § 3 Abs. 1 AGG bewirkt; allerdings hat er in keiner seiner früheren Entscheidungen angenommen, dass allein dieser Verstoß eine entschädigungspflichtige Benachteiligung iSv. § 15 Abs. 2 AGG iVm. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF bzw. iVm. § 7 AGG darstellen könne. Vielmehr war dieser Verstoß stets nur ein Indiz, das die Vermutung begründen konnte, dass der erfolglose Bewerber wegen seiner (Schwer)Behinderung benachteiligt worden war. 55

So hat der erkennende Senat etwa in seinem Urteil vom 16. Februar 2012 *(- 8 AZR 697/10 - Rn. 45 f.)* ausdrücklich betont, das Landesarbeitsgericht habe rechtsfehlerfrei angenommen, dass sich die unterlassene Einladung zum Vorstellungsgespräch als ein Indiz für einen Kausalzusammenhang darstelle. Unterlasse es der öffentliche Arbeitgeber entgegen § 82 Satz 2 SGB IX aF, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, so sei dies eine geeignete Hilfstatsache nach § 22 AGG. Und in seinem Urteil vom 20. Januar 2016 *(- 8 AZR 194/14 - Rn. 34 mwN)* heißt es unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 26. Juni 2014 *(- 8 AZR 547/13 - Rn. 45 mwN)*: „Die Verletzung der in § 82 Satz 2 SGB IX geregelten Verpflichtung eines öffentlichen Arbeitgebers, eine/n schwerbehinderten Bewerber/in zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, begründet grundsätzlich die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung. Diese Pflichtverletzung ist nämlich grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein“. 56

(5) Auch der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts ist sowohl in seinem Urteil vom 21. Juli 2009 *(- 9 AZR 431/08 - Rn. 21, BAGE 131, 232)*, als auch beispielsweise in seiner Entscheidung vom 12. September 2006 *(- 9 AZR 807/05 - Rn. 27 f., BAGE 119, 262)* davon ausgegangen, dass eine Verletzung der Pflichten eines öffentlichen Arbeitgebers nach § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX aF und § 82 SGB IX aF lediglich die - vom Arbeitgeber widerlegba- 57

re - Vermutung begründen könne, der Arbeitgeber benachteilige schwerbehinderte Beschäftigte wegen ihrer Behinderung iSv. § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX 2001.

ee) Auch aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. März 2011 *(- 5 C 16.10 - BVerwGE 139, 135)* ergibt sich nicht, dass bereits allein der Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen § 82 Satz 2 SGB IX aF einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG auslöst. 58

(1) Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht in dieser Entscheidung angenommen, dass eine unmittelbare Benachteiligung durch Unterlassen insbesondere dann gegeben sei, wenn ein (künftiger) Arbeitgeber einer gesetzlich auferlegten Handlungspflicht nicht nachkomme, durch die iSv. § 5 AGG eine bisher in Beschäftigung und Beruf benachteiligte Gruppe gezielt gefördert werden solle. Die Benachteiligung liege dabei in der Vorenthaltung eines gesetzlich eingeräumten Vorteils, dessen Ziel es sei, bestehende Nachteile zu beseitigen oder zu verhindern. Die betreffende Person werde weniger günstig behandelt, als es das Gesetz zur Herstellung gleicher Chancen für erforderlich halte. Eine positive Maßnahme iSv. § 5 AGG sei angesichts ihres drittschützenden Charakters nicht neutral, so dass die in den Schutzbereich der betreffenden Vorschrift fallenden Personen im Falle ihres Unterlassens unmittelbar benachteiligt würden *(BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 17 f., BVerwGE 139, 135)*. 59

(2) Allerdings heißt es an anderer Stelle der Entscheidung, dass die Vorenthaltung des gesetzlich eingeräumten Chancenvorteils eine doppelte Bedeutung habe. In ihr liege einerseits die weniger günstige Behandlung *(iSv. § 3 Abs. 1 AGG)*, andererseits sei sie Vermutungstatsache für die Kausalität. Dabei ergebe sich die Indizwirkung daraus, dass der in Bezug auf das Bewerbungsverfahren gesetzlich eingeräumte Chancenvorteil seine entscheidende Rechtfertigung in der Schwerbehinderung oder einer ihr gleichgestellten Behinderung finde. Werde der oder dem Beschäftigten die gerade wegen einer Behinderung zu gewährende verfahrensrechtliche Besserstellung pflichtwidrig vorenthalten, spreche zumindest der erste Anschein dafür, dass dieses Verhalten des öffentlichen Arbeitgebers gleichfalls seinen Grund in der Behinderung habe. Andern- 60

falls würde der durch besondere verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu gewährende Schutz vor einer Benachteiligung weitgehend leerlaufen.

(3) Damit hat aber auch das Bundesverwaltungsgericht einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG nicht unmittelbar an den Verstoß des öffentlichen Arbeitgebers gegen § 82 Satz 2 SGB IX aF geknüpft. 61

3. Das Landesarbeitsgericht hat allerdings im Ergebnis zutreffend angenommen, dass der Kläger gegen das beklagte Land einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG hat, weil er im Stellenbesetzungsverfahren wegen seiner (Schwer)Behinderung nicht berücksichtigt wurde und die Benachteiligung nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig war. 62

a) Der Kläger hat dadurch, dass er nicht eingestellt wurde, eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG erfahren. Wie unter Rn. 54 ausgeführt, erfährt der erfolglose Bewerber stets eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG, wobei unerheblich ist, ob er bereits vorab aus dem Stellenbesetzungs-/Auswahlverfahren ausgeschieden wurde, ob es andere Bewerber für die Stelle gab und eine andere Bewerbung Erfolg hatte. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob die ausgeschriebene Stelle überhaupt besetzt wurde. Die Vergleichsperson nach § 3 Abs. 1 AGG muss - wie der Begriff „erfahren würde“ verdeutlicht - nicht eine reale, sondern kann auch eine fiktive bzw. hypothetische sein. 63

b) Der Kläger hat die Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG auch wegen seiner (Schwer)Behinderung erfahren. Der Umstand, dass das beklagte Land ihn entgegen den Vorgaben des § 82 Satz 2 SGB IX aF nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hat, begründet die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass der Kläger wegen seiner Behinderung benachteiligt wurde. Dies gilt unabhängig davon, ob die für das beklagte Land handelnden Personen - wie dieses geltend macht - von der zugegangenen Bewerbung des Klägers tatsächlich keine Kenntnis nehmen konnten. Ein fehlendes Bewusstsein, den Kläger wegen seiner Behinderung zu benachteiligen, stünde nach der Konzeption des § 22 AGG 64

unter Beachtung der Vorgaben der Richtlinien, wonach der Bewerber lediglich den „Anschein einer Diskriminierung“ beweisen muss *(vgl. etwa Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 2000/43/EG, Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2000/78/EG und Erwägungsgrund 30 der Richtlinie 2006/54/EG)* der Annahme des erforderlichen Kausalzusammenhangs zwischen der Benachteiligung und dem Grund nicht entgegen.

c) Das beklagte Land hat - wie das Landesarbeitsgericht zwar nicht in der Begründung, aber im Ergebnis zutreffend angenommen hat - diese Vermutung nicht widerlegt. 65

aa) Das Landesarbeitsgericht hat seine Annahme wie folgt begründet: Zur Auslegung von § 22 AGG seien insoweit die Formulierungen der Vorgängernormen, mithin von § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF sowie von § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX 2001 heranzuziehen. Ausweislich der Gesetzesbegründung sei mit der Neufassung des Wortlauts in § 22 AGG lediglich eine Klarstellung, nicht aber eine inhaltliche Änderung beabsichtigt gewesen. Danach hätte das beklagte Land beweisen müssen, dass bei der Nichtberücksichtigung des Klägers ausschließlich nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe vorgelegen hätten. Dies sei dem beklagten Land nicht gelungen. Das Übersehen oder Verlieren einer Bewerbungsmappe oder einer Bewerbungs-E-Mail sei kein sachlicher Grund. Ein sachlicher Grund könne nur bewerber- und verfahrensbezogen sein, andernfalls habe er nicht mit „der Sache“ zu tun. Der sachliche Grund müsse einen Bezug zum Abwägungsvorgang bei der Auswahlentscheidung haben. Das alles treffe auf das versehentliche oder gar völlig schuldlose Nichtbeachten einer Bewerbung nicht zu. Hinsichtlich der Behandlung der Bewerbung des Klägers habe es gar kein „Motivbündel“ und damit auch keinen Teil desselben gegeben, der diskriminierend oder nicht diskriminierend hätte sein können. 66

(1) Zwar ist nicht nur die Würdigung der Tatsachengerichte, ob die von einem Bewerber vorgetragenen und unstreitigen oder bewiesenen Tatsachen eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, sondern auch die Würdigung, ob die von dem Arbeitgeber vorgebrachten Tatsachen den 67

Schluss darauf zulassen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat, nur eingeschränkt revisibel. In beiden Fällen beschränkt sich die revisionsgerichtliche Kontrolle darauf, ob die Würdigung der Tatsachengerichte möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt *(vgl. zu den Überprüfungsgrundsätzen BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 48 mwN, BAGE 156, 107)*.

(2) Die Würdigung des Berufungsgerichts hält indes selbst einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolle nicht stand. Zum einen legt das Landesarbeitsgericht seiner Würdigung die falschen rechtlichen Vorgaben zugrunde, zum anderen ist seine Würdigung auch nach seiner eigenen Argumentationslinie nicht in sich widerspruchsfrei. 68

(a) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts muss das beklagte Land nach § 22 AGG zur Widerlegung der Vermutung einer Benachteiligung des Klägers wegen seiner (Schwer)Behinderung nicht beweisen, dass bei dessen Nichtberücksichtigung ausschließlich nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe vorgelegen haben, sondern es muss - wie unter Rn. 36 ausgeführt - Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe - hier - die (Schwer)Behinderung - zu einer ungünstigeren Behandlung des Klägers geführt haben *(vgl. etwa BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 73/16 - Rn. 26 mwN)*. Darüber hinaus dürfen diese Gründe nicht die fehlende fachliche Eignung des Bewerbers berühren. Diese zusätzliche Anforderung folgt aus der in § 82 Satz 3 SGB IX aF getroffenen Bestimmung, wonach eine Einladung des schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch nur dann entbehrlich ist, wenn diesem die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. § 82 Satz 3 SGB IX aF enthält insoweit eine abschließende Regelung, die bewirkt, dass sich der (potentielle) Arbeitgeber zur Widerlegung der infolge der Verletzung des § 82 Satz 2 SGB IX aF vermuteten Kausalität nicht auf Umstände berufen kann, die die fehlende fachliche Eignung des Bewerbers berühren. Die Widerlegung dieser Vermutung setzt daher den Nachweis voraus, dass die Einladung zu einem 69

Vorstellungsgespräch aufgrund von Umständen unterblieben ist, die weder einen Bezug zur Behinderung aufweisen noch die fehlende fachliche Eignung des Bewerbers berühren *(vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 50 mwN, BAGE 156,107)*.

§ 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX aF verweist ausdrücklich auf das AGG und damit auch auf § 22 AGG. Für die Auslegung dieser Bestimmung sind - anders als das Landesarbeitsgericht meint - allerdings nicht die Formulierungen der „Vorgängernormen“, dh. von § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF sowie insbesondere von § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX 2001 heranzuziehen, wonach der Arbeitgeber die Beweislast dafür trägt, 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. Dies folgt bereits daraus, dass § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX (in seinen bis zum 17. August 2006 geltenden Fassungen) die Unterscheidung zwischen der Widerlegung der Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung und der Rechtfertigung bzw. ausnahmsweisen Zulässigkeit einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung, wie sie nunmehr für die mittelbare Benachteiligung in § 3 Abs. 2 AGG und für die unmittelbare Benachteiligung in § 8 Abs. 1 AGG geregelt sind, nicht kannte *(vgl. hierzu etwa BAG 20. Januar 2016 - 8 AZR 194/14 - Rn. 50 mwN)*. Im Übrigen geht der Hinweis des Berufungsgerichts auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses zu § 22 AGG *(vgl. BT-Drs. 16/2022 S. 13)* fehl, da dieser sich insoweit allein zum Begriff der Vermutung iSv. § 22 AGG in der Entwurfsfassung bzw. zur Glaubhaftmachung - auch iSd. Richtlinie 2000/78/EG - verhält, nicht aber zum Verhältnis von § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX 2001 zur später Gesetz gewordenen Fassung des § 22 AGG. 70

(b) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, das beklagte Land habe die Vermutung einer Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung nicht widerlegt, ist auch - nach seiner eigenen Argumentationslinie - nicht in sich widerspruchsfrei. Hat der öffentliche Arbeitgeber die - ihm entsprechend § 130 71

BGB zugegangene - Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen nicht tatsächlich zur Kenntnis nehmen können, kann es - wie das Landesarbeitsgericht selbst ausführt - bei der Behandlung der Bewerbung gar kein „Motivbündel“ und damit auch keinen Teil desselben gegeben haben, der diskriminierend oder nicht diskriminierend hätte sein können. Dann ist es aber widersprüchlich, wenn das Landesarbeitsgericht auf der anderen Seite annimmt, dem beklagten Land sei es nicht gelungen, die Vermutung zu widerlegen, dass der Kläger wegen seiner Behinderung benachteiligt wurde.

bb) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, das beklagte Land habe die Vermutung, dass der Kläger wegen seiner (Schwer)Behinderung benachteiligt worden sei, nicht widerlegt, erweist sich jedoch im Ergebnis als zutreffend. Das beklagte Land, das - wie unter Rn. 36 ausgeführt - insoweit die Darlegungs- und Beweislast traf, hat schon keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere Gründe als solche iSv. § 1 AGG sowie iSv. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF zu einer ungünstigeren Behandlung des Klägers geführt haben. 72

(1) Das beklagte Land kann sich zur Widerlegung der Vermutung iSv. § 22 AGG, dass es den Kläger wegen seiner (Schwer)Behinderung benachteiligt hat, nicht mit Erfolg darauf berufen, die bei ihm über die Bewerbung entscheidenden Personen hätten keine Kenntnis von der Bewerbung des Klägers nehmen können, da diese nicht ausgedruckt und kein Vorgang angelegt worden sei, weshalb diese Bewerbung nicht in den Geschäftsgang gelangt sei. 73

(a) Zwar kann der Arbeitgeber die Vermutung, er habe die klagende Partei wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt, dadurch widerlegen, dass er substantiiert vorträgt und im Bestreitensfall beweist, dass er - bzw. die bei ihm über die Einstellung entscheidenden Personen - aufgrund besonderer, ihm nicht zurechenbarer Umstände des Einzelfalls nicht die Möglichkeit hatte(n), eine entsprechend § 130 BGB zugegangene Bewerbung tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen. In einem solchen Fall ist es nämlich ausgeschlossen, dass ein Grund iSv. § 1 AGG und damit auch die Behinderung iSv. § 81 Abs. 2 74

SGB IX aF in einem Motivbündel des Arbeitgebers - positiv oder negativ - eine Rolle gespielt haben.

(b) Allerdings hat das beklagte Land einen solchen Vortrag nicht geleistet. 75

Zum einen war es nach dem eigenen Vorbringen des beklagten Landes nicht ausgeschlossen, dass sich die Bewerbung des Klägers unter den Bewerbungen befand, die Oberregierungsrat P geöffnet hatte, um sich einen Überblick über die Bewerberlage zu verschaffen. Damit hatte für Oberregierungsrat P, der den Zugriff auf das elektronische Postfach der Ausbildungsabteilung hatte, die Möglichkeit bestanden, von der Bewerbung Kenntnis zu nehmen. Dass er die Bewerbung des Klägers ggf. nur überflogen hat und ihm deshalb dessen Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen ggf. nicht aufgefallen ist, ändert daran nichts. Mit dem Argument, die Bewerbung nicht vollständig zur Kenntnis genommen zu haben, kann der Arbeitgeber die Vermutung iSv. § 22 AGG einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. wegen der Behinderung iSv. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF nicht widerlegen. Zum anderen wurden nach dem Vorbringen des beklagten Landes die als „gelesen“ markierten Bewerbungs-E-Mails - und damit auch die Bewerbungs-E-Mail des Klägers - von der zuständigen Mitarbeiterin weisungsgemäß in den dafür vorgesehenen Ablage-Ordner verschoben. Dort konnten sie jederzeit aufgefunden und zur Kenntnis genommen werden. Dass die Bewerbung des Klägers nicht ausgedruckt wurde und demzufolge nicht als Vorgang in den üblichen Geschäftsgang gelangt ist, ist deshalb unerheblich. Im Übrigen hätte das beklagte Land es unschwer in der Hand gehabt, durch eine bessere Organisation des Bewerbungsverfahrens auch die Bewerbung des Klägers in den Geschäftsgang zu bringen. Den Verantwortlichen des beklagten Landes war bewusst, dass es bei der Bearbeitung der in großer Zahl im E-Mail-Postfach der Ausbildungsabteilung eingegangenen Bewerbungs-E-Mails zu Problemen gekommen war. Vor diesem Hintergrund hätte das beklagte Land, um etwaige Diskrepanzen zu ermitteln, einen Abgleich der ausgedruckten und in den regulären Geschäftsgang gelangten Bewerbungen und der im Ablage-Ordner befindlichen Bewerbungs-E-Mails veranlassen müssen.

(2) Weitere Umstände, mit denen es die Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung hätte widerlegen können, hat das beklagte Land nicht dargetan. Insbesondere hat es weder vorgetragen, dass das Auswahlverfahren aus sachlichen und nachvollziehbaren Gründen abgebrochen wurde, bevor die Bewerbung des Klägers bei ihm eingegangen ist *(zu dieser Möglichkeit der Widerlegung der Kausalitätsvermutung und ihren Voraussetzungen im Einzelnen vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 89, BAGE 156, 71)*, noch hat es sich darauf berufen, das Auswahlverfahren sei bereits abgeschlossen gewesen, bevor die Bewerbung des Klägers bei ihm eingegangen ist *(zu dieser Möglichkeit der Widerlegung der Kausalitätsvermutung und ihren Voraussetzungen im Einzelnen vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 90, aaO)*. Ebenso wenig hat es dargelegt, dass es bei der Behandlung aller Bewerbungen nach einem bestimmten Verfahren vorgegangen ist, das eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, hier der (Schwer)Behinderung ausschließt *(zu dieser Möglichkeit der Widerlegung der Kausalitätsvermutung und ihren Voraussetzungen im Einzelnen vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 92, aaO)*. 77

d) Die Benachteiligung des Klägers wegen seiner (Schwer)Behinderung war auch nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Dies macht das beklagte Land, das insoweit die Darlegungs- und Beweislast trifft, auch nicht geltend. 78

B. Der Kläger kann vom beklagten Land die Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in der vom Berufungsgericht ausgeurteilten Höhe von 3.717,20 Euro nebst Zinsen verlangen. Die Bemessung der Höhe der Entschädigung durch das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 79

I. Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG kann der oder die Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG darf die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der 80

oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

II. Die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG muss einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz gewährleisten. Die Härte der Sanktionen muss der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt *(vgl. etwa EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociaţia Accept] Rn. 63 mwN; BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 161)*. Sie muss auf jeden Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen. Eine rein symbolische Entschädigung wird den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie nicht gerecht *(EuGH 22. April 1997 - C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 25; 10. April 1984 - 14/83 - [von Colson und Kamann] Rn. 23 f.; BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14 - Rn. 111, BAGE 164, 117)*. 81

III. Geeigneter Anknüpfungspunkt für die Bemessung der Entschädigung ist der Bruttomonatsverdienst, den der erfolglose Bewerber - ungefähr - erzielt hätte, wenn er die ausgeschriebene Stelle erhalten hätte. Dies folgt aus § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG, wonach die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, was vom Arbeitgeber darzulegen und ggf. zu beweisen wäre *(vgl. zur Darlegungs- und Beweislast BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 102)*. 82

1. Bei der in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG bestimmten Grenze von drei Bruttomonatsverdiensten handelt es sich allerdings nicht um eine Obergrenze in dem Sinne, dass sich die geschuldete Entschädigung - sofern der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre - von vornherein nur innerhalb eines Rahmens von „null“ und „drei“ auf der ausgeschriebenen Stelle ungefähr erzielbaren Bruttomonatsverdiensten bewegen dürfte. § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG gibt keinen Rahmen für die Bemessung der Entschädigung vor, vielmehr handelt es sich bei der Grenze in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG um eine Kappungsgrenze *(vgl. BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR* 83

501/14 - Rn. 110, BAGE 164, 117; 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 66 mwN). Das bedeutet, dass zunächst - ohne Rücksicht auf irgendeine Begrenzung - die Höhe der angemessenen Entschädigung zu ermitteln und diese sodann, wenn sie drei Bruttomonatsverdienste übersteigen sollte, zu kappen ist.

2. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die auf der ausgeschriebenen Stelle ungefähr erzielbare Bruttomonatsvergütung Einfluss auf die Höhe des immateriellen Schadens hat, den der erfolglose Bewerber durch die verbotene Benachteiligung erleidet. Soweit es um den Zugang zur Beschäftigung geht, ist die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG nämlich nicht nur eine Sanktion dafür, dass der Beschäftigte insoweit in seinem Persönlichkeitsrecht betroffen wird, als er an der Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit durch Beschäftigung gehindert wird, sondern auch dafür, dass er insoweit in seinem Persönlichkeitsrecht betroffen wird, als er seine wirtschaftliche Existenzgrundlage nicht durch Arbeitseinkommen sicherstellen kann. Die Anknüpfung an die auf der ausgeschriebenen Stelle erzielbare Bruttomonatsvergütung steht auch mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil vom 22. April 1997 *(- C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 35)* diese Anknüpfung grundsätzlich gebilligt. 84

IV. Bei der Bemessung der angemessenen Entschädigung iSv. § 15 Abs. 2 AGG steht den Tatsachengerichten ein Beurteilungsspielraum zu, innerhalb dessen sie die Besonderheiten jedes einzelnen Falles zu berücksichtigen haben. § 15 Abs. 2 AGG entspricht insoweit der Regelung zur billigen Entschädigung in § 253 BGB. Hängt die Höhe des Entschädigungsanspruchs von einem Beurteilungsspielraum ab, dann ist die Bemessung des Anspruchs grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters. Die Festsetzung der angemessenen Entschädigung unterliegt deshalb nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Das Berufungsurteil muss das Bemühen um eine angemessene Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände erkennen lassen und darf nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen haben *(vgl. etwa BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 69; 18. März 2010 - 8 AZR 1044/08 - Rn. 39).* 85

V. Die Bemessung der Höhe der Entschädigung durch das Landesarbeitsgericht ist jedenfalls im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 86

1. Das Berufungsgericht ist bei der Bemessung der Entschädigung allerdings rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass es sich bei der in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG genannten Grenze um einen Höchstbetrag handelt, und hat deshalb rechtsfehlerhaft angenommen, dass es eine Entschädigung von vornherein nur in einem Rahmen von bis zu drei Monatsgehältern festsetzen dürfe. Es hat verkannt, dass es sich bei der Grenze in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG um eine Kappungsgrenze handelt, weshalb - wie unter Rn. 83 ausgeführt - zunächst die Höhe der angemessenen Entschädigung zu ermitteln und diese erst dann, wenn sie drei Bruttomonatsverdienste übersteigen sollte, zu kappen wäre. Es könnte zudem einiges dafür sprechen, dass das Landesarbeitsgericht darüber hinaus verkannt hat, dass der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für das Eingreifen der Kappungsgrenze hat. 87

2. Zudem hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht zulasten des beklagten Landes berücksichtigt, dass der Kläger bei diesem auch mit einer Bewerbung auf eine Stelle für „Quereinsteiger (w/m) für den Gerichtsvollzieherdienst“ für den Bezirk des Oberlandesgerichts D gescheitert war. Insoweit lässt das Urteil des Landesarbeitsgerichts zum einen schon nicht erkennen, ob der Kläger durch diese ablehnende Entscheidung überhaupt wegen seiner Behinderung bzw. eines anderen Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde. Zum anderen hat das Berufungsgericht nicht beachtet, dass das vor dem Arbeitsgericht D über eine Entschädigung geführte Verfahren vergleichsweise durch Zahlung eines Betrages iHv. 3.975,00 Euro durch das beklagte Land beendet worden war, der Kläger mithin insoweit Genugtuung erfahren hatte. Schließlich ist die vom Berufungsgericht bemühte „Vorbildfunktion“ des öffentlichen Arbeitgebers kein die Entschädigungshöhe beeinflussender Umstand. Nur den öffentlichen Arbeitgeber trifft die Pflicht nach § 82 Satz 2 SGB IX aF, einen schwerbehinderten Bewerber, der nicht offensichtlich fachlich ungeeignet ist, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Verstößt der öffentliche Arbeitgeber gegen diese Pflicht, begründet dies die Vermutung für dessen Benachteiligung wegen seiner 88

(Schwer)Behinderung. Gelingt es dem öffentlichen Arbeitgeber nicht, diese Vermutung zu widerlegen, und ist die unmittelbare Benachteiligung nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig, so löst dies eine Entschädigungspflicht aus. Dafür, dass diese Entschädigung wegen einer Vorbildfunktion des öffentlichen Arbeitgebers von vornherein höher zu bemessen wäre, bietet das Gesetz - auch unter Berücksichtigung der Vorgaben der UN-BRK *(vgl. Ausführungen unter Rn. 46)* - keinerlei Anhaltspunkt.

3. Der Senat hält unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine Entschädigung iHv. 3.717,20 Euro - wie vom Landesarbeitsgericht zugesprochen - für angemessen. Mit diesem Betrag wird der Kläger angemessen für den durch die unzulässige Diskriminierung wegen der Behinderung erlittenen immateriellen Schaden entschädigt; dieser Betrag ist zugleich erforderlich, aber auch ausreichend, um die notwendige abschreckende Wirkung zu erzielen. 89

4. Der Entschädigungsanspruch ist - anders als das beklagte Land meint - auch nicht durch ein Mitverschulden des Klägers nach § 254 Abs. 1 BGB gemindert. Dies folgt - unabhängig von der Frage, ob ein Mitverschulden bei der Festsetzung der Entschädigung überhaupt berücksichtigt werden dürfte, was zweifelhaft ist - bereits daraus, dass den Kläger kein Mitverschulden trifft, denn er war, schon weil er am 3. August 2015 eine Lesebestätigung erhalten hatte, nicht gehalten, sich nach dem Stand der Bearbeitung seiner Bewerbung zu erkundigen. 90

Schlewing Vogelsang Roloff

R. Kandler F. Avenarius

ECLI:DE:BAG:2020:230120.U.8AZR484.18.0