

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Urteil vom 29. April 2021  
- 8 AZR 279/20 -  
ECLI:DE:BAG:2021:290421.U.8AZR279.20.0

I. Arbeitsgericht Berlin

Urteil vom 30. Juli 2019  
- 58 Ca 16060/18 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 21. Februar 2020  
- 12 Sa 1671/19 -

---

Entscheidungsstichwort:

Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung

Leitsätze:

1. Soweit sich im öffentlichen Dienst eine Stellenausschreibung insbesondere (auch) an Bewerber/innen außerhalb des öffentlichen Dienstes richtet, es also in erster Linie um eine Ersteinstellung geht, kann der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes grundsätzlich bestimmen, dass die für die ausgeschriebene Stelle erforderliche fachliche Eignung durch eine bestimmte Mindestnote eines zulässig geforderten Ausbildungsabschlusses nachzuweisen ist.

2. Erfüllen schwerbehinderte bzw. ihnen gleichgestellte behinderte Menschen nach ihren Bewerbungsunterlagen zweifelsfrei eine zulässig bestimmte und im Anforderungsprofil ausdrücklich und eindeutig bezeichnete fachliche Eignungsanforderung - wie etwa die Absolvierung eines zulässig geforderten Ausbildungsabschlusses mit einer bestimmten Mindestnote - nicht, reicht dies allein nicht aus, um den Arbeitgeber nach § 165 Satz 4 SGB IX von der in § 165 Satz 3 SGB IX bestimmten Verpflichtung zu befreien, den/die Bewerber/in zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Den Arbeitgeber, der in solch einem Fall - gestützt auf § 165 Satz 4 SGB IX - von einer Einladung absehen will, trifft nicht nur die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der/die Bewerber/in fachlich offensichtlich ungeeignet ist, dh., dass das fachliche Leistungsprofil des/der Bewerbers/Bewerberin „unzweifelhaft“ nicht dem (fachlichen) Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle entspricht. Der Arbeitgeber muss auch darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass er andere Bewerber/innen, die ebenso insoweit das Anforderungsprofil nicht erfüllten, weder zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen noch letztlich eingestellt hat.

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 279/20  
12 Sa 1671/19  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
29. April 2021

## URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. April 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang sowie die ehrenamtlichen Richter Schirp und Henniger für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 21. Februar 2020 - 12 Sa 1671/19 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

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

Der Kläger hat 1994 ein Studium der Fächer Politikwissenschaften, 2  
Philosophie und Deutsche Philologie mit der Note „befriedigend“ abgeschlossen und ist seitdem sowohl freiberuflich als auch angestellt tätig, insbesondere im Bereich Kommunikation einschließlich Onlinekommunikation und Onlinemarketing.

Die Beklagte schrieb im Jahr 2018 für eine Beschäftigung im Bundesamt 3  
für Verfassungsschutz unter dem Titel „**Referenten/Referentinnen Politik-, Geschichts- oder Verwaltungswissenschaften**“ mehrere Stellen aus. In der Ausschreibung heißt es ua.:

#### „Ihre Aufgaben

- Im höheren Dienst vertreten und unterstützen Sie Ihre Referatsleitung und sind gleichzeitig Ansprechpartner/in für die Mitarbeiter/innen.
- Außerdem beschaffen Sie Informationen und bereiten die Ergebnisse analytisch und verwertbar auf.
- Rechtliche Grundsatzfragen klären Sie im Rahmen der Aufgabenerledigung des Referates.

...

### Ihr Profil

Sie verfügen

über ein wissenschaftliches Hochschulstudium ... der Politik-, Geschichts- oder Verwaltungswissenschaften ... mit mindestens der Note ‚gut‘.

Darüber hinaus erwarten wir

- Bereitschaft und Fähigkeit, mittelfristig Aufgaben der Personalführung zu übernehmen

...

- eine gute Auffassungsgabe sowie Denk- und Urteilsfähigkeit

...“

Unter „**Gehalt und Perspektive**“ heißt es in der Stellenausschreibung 4  
ua.:

„unbefristete Einstellung in die Entgeltgruppe 13 TVöD Bund sowie Möglichkeit der späteren Verbeamtung“.

Der Kläger bewarb sich innerhalb der Bewerbungsfrist über das für das 5  
Stellenbesetzungsverfahren vorgegebene Online-Bewerbungssystem unter Angabe seiner Schwerbehinderung. Die Beklagte teilte ihm mit E-Mail vom 17. Juli 2018 mit, dass inzwischen eine Vorauswahlentscheidung getroffen worden sei und dass seine Bewerbung leider nicht in die engere Wahl habe einbezogen werden können. Mit Schreiben vom 12. September 2018, der Beklagten per Telefax am selben Tag zugegangen, machte der Kläger erfolglos die Zahlung einer Entschädigung nach dem AGG geltend.

Mit seiner Klage hat der Kläger diesen Anspruch weiterverfolgt. Er hat 6  
die Ansicht vertreten, die Beklagte sei ihm nach § 15 Abs. 2 AGG zur Zahlung einer angemessenen Entschädigung verpflichtet, weil sie ihn im Bewerbungsverfahren wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt habe. Dies ergebe sich daraus, dass die Beklagte ihn entgegen § 165 Satz 3 SGB IX nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen habe, obwohl er mit seiner Bewerbung über seine Schwerbehinderung informiert habe und fachlich für die ausgeschriebenen Stellen geeignet gewesen sei. Die in § 165 Satz 4 SGB IX zugelassene Ausnahme

von der Einladungspflicht gegenüber schwerbehinderten Stellenbewerbern sei eng auszulegen, auch im Hinblick auf unions- und völkerrechtliche Verpflichtungen. Schon deshalb sei es mit § 165 Satz 4 SGB IX nicht vereinbar, die Abschlussnote des Studiums als Ausschlusskriterium anzusehen. Die Beklagte habe dieses Kriterium im Übrigen auch nicht während des gesamten Auswahlverfahrens beachtet.

Der Kläger hat beantragt,

7

die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine angemessene Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch 11.480,00 Euro nicht unterschreiten sollte nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13. September 2018.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und die Ansicht vertreten, den Kläger nicht wegen seiner (Schwer-)Behinderung benachteiligt zu haben. Ein Verstoß gegen § 165 Satz 3 SGB IX liege nicht vor. Der Kläger erfülle die zwingend festgesetzte Anforderung der Mindestabschlussnote „gut“ nicht. Diese Anforderung sei rechtlich nicht zu beanstanden, insbesondere genüge der öffentliche Arbeitgeber hiermit dem Prinzip der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG. Die Anforderung der Mindestabschlussnote „gut“ folge aus den Aufgaben, die den Referentinnen und Referenten übertragen werden sollten. Vor diesem Hintergrund sei sie nach § 165 Satz 4 SGB IX nicht verpflichtet gewesen, den Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Sie habe das Auswahlkriterium der Mindestabschlussnote „gut“ auch während des gesamten Auswahlverfahrens beachtet.

8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren auf Zahlung einer Entschädigung weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

9

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte die Klage nicht mit der von ihm gegebenen Begründung abweisen. Aufgrund der vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann der Senat allerdings nicht abschließend beurteilen, ob die Klage begründet ist. Zudem ist den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vorbringen zu geben. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 10

A. Die auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG gerichtete Klage ist zulässig, insbesondere ist der Klageantrag hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger durfte die Höhe der von ihm begehrten Entschädigung in das Ermessen des Gerichts stellen. 11

§ 15 Abs. 2 AGG räumt dem Gericht bei der Bestimmung der Höhe der Entschädigung einen Ermessensspielraum ein (vgl. BAG 28. Mai 2020 - 8 AZR 170/19 - Rn. 27, BAGE 170, 340), weshalb eine Bezifferung des Zahlungsantrags nicht notwendig ist. Der Kläger hat auch Tatsachen benannt, die das Gericht dabei heranziehen soll und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angegeben (zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags: vgl. etwa BAG 14. November 2013 - 8 AZR 997/12 - Rn. 16; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 16). Der Kläger hat als aus seiner Sicht nicht zu unterschreitenden Mindestbetrag 11.480,00 Euro angegeben und zur Berechnung vorgetragen, das auf den ausgeschriebenen Stellen erzielbare Bruttomonatsgehalt betrage ca. 3.827,00 Euro. 12

B. Zwar durfte das Landesarbeitsgericht die Klage nicht mit der von ihm gegebenen Begründung (als unbegründet) abweisen. Ob die Klage begründet ist, kann der Senat aufgrund der vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen jedoch nicht abschließend beurteilen. 13

- I. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der persönliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet ist (*vgl. näher ua. BAG 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 62, BAGE 155, 149*) und dass der Kläger den Entschädigungsanspruch frist- und formgerecht geltend gemacht und eingeklagt hat (§ 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG). Darüber streiten die Parteien auch nicht. 14
- II. Ebenso zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass der Kläger eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG erfahren hat. 15
1. Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus, wobei § 7 Abs. 1 AGG sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG) verbietet. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich dieses Gesetzes eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen einer Behinderung. Zudem dürfen Arbeitgeber nach § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Einzelnen gelten hierzu nach § 164 Abs. 2 Satz 2 SGB IX die Regelungen des AGG. 16
2. Der Kläger, der der Beklagten seine Schwerbehinderung in dem für die Bewerbung bereitgestellten Online-Bewerbungsformular ordnungsgemäß mitgeteilt hatte, wurde dadurch, dass er von der Beklagten im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren für die ausgeschriebenen Stellen als Referent im Bundesamt für Verfassungsschutz nicht berücksichtigt wurde, unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt, denn er hat eine weniger günstige Behandlung erfahren als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Darauf, ob es überhaupt andere Bewerber/innen gegeben hat und ob von der Beklagten ausgewählte Bewerber/innen eine oder mehrere der Stellen angetreten haben, kommt es nicht an (*vgl. näher BAG 19. Dezember 2019 - 8 AZR 2/19 - Rn. 28 ff., BAGE 169, 217*). 17

III. Das Landesarbeitsgericht durfte die Klage allerdings nicht mit der von ihm gegebenen Begründung abweisen, der Kläger habe die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG nicht wegen seiner Schwerbehinderung erfahren. Insoweit hat es zu Unrecht angenommen, die Beklagte sei nach § 165 Satz 4 SGB IX von ihrer Verpflichtung aus § 165 Satz 3 SGB IX befreit gewesen, den Kläger, der sich zur Begründung des erforderlichen Kausalzusammenhangs zwischen der erfahrenen unmittelbaren Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG und seiner Schwerbehinderung ausschließlich auf einen Verstoß der Beklagten gegen § 165 Satz 3 SGB IX berufen hatte, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. 18

1. Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. Dasselbe gilt für das besondere Benachteiligungsverbot in § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Auch hier muss zwischen der Benachteiligung und dem Grund - hier der Schwerbehinderung - ein Kausalzusammenhang bestehen. 19

a) Soweit es - wie hier - um eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG geht, ist hierfür nicht erforderlich, dass der betreffende Grund iSv. § 1 AGG 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 einen Grund iSv. § 1 AGG bzw. die (Schwer-)Behinderung anknüpft oder durch diese/n motiviert ist, wobei die bloße Mitursächlichkeit genügt (*vgl. BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 20 mwN*). 20

b) § 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 21



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*).

aa) 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*). 22

bb) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats begründet der Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, mithin auch der Verstoß des Arbeitgebers des öffentlichen Dienstes gegen die in § 165 Satz 3 SGB IX geregelte Pflicht, eine/n schwerbehinderte/n Bewerber/in zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer-)Behinderung. Diese Pflichtverletzungen sind nämlich grundsätzlich geeignet, den Anschein zu erwecken, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein (*vgl. etwa BAG 27. August 2020 - 8 AZR 45/19 - Rn. 29; 23. Januar 2020 - 8 AZR 484/18 - Rn. 37, BAGE 169, 302; 16. Mai 2019 - 8 AZR 315/18 - Rn. 22 mwN, BAGE 167, 1; 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 25, BAGE 156, 107; 22. Oktober 2015 - 8 AZR 384/14 - Rn. 35; 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 45 mwN*). 23

cc) Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gilt allerdings 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 23. Januar 2020 - 8 AZR 484/18 - Rn. 36 mwN, BAGE 169, 302; 26. Januar 2017 - 8 AZR 73/16 - Rn. 26 mwN*). 24

- c) Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob die von einem Bewerber/einer Bewerberin vorgetragene(n) und unstreitigen oder bewiesenen Tatsachen eine Benachteiligung wegen der (Schwer-)Behinderung vermuten lassen, ist nur eingeschränkt revisibel. Die revisionsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob die Würdigung der Tatsachengerichte möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (*vgl. BAG 23. Januar 2020 - 8 AZR 484/18 - Rn. 67, BAGE 169, 302; 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 48 mwN, BAGE 156, 107*). 25
2. Das Landesarbeitsgericht durfte nicht mit der von ihm gegebenen Begründung annehmen, der Kläger habe die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG nicht wegen seiner Schwerbehinderung erfahren, weil die Beklagte aufgrund der Regelung in § 165 Satz 4 SGB IX von ihrer Verpflichtung aus § 165 Satz 3 SGB IX, den Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, befreit gewesen sei. 26
- a) Nach § 165 Satz 1 SGB IX melden die Dienststellen der öffentlichen Arbeitgeber den Agenturen für Arbeit frühzeitig frei werdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze. Haben schwerbehinderte Menschen sich um einen solchen Arbeitsplatz beworben oder sind sie von der Bundesagentur für Arbeit oder von einem von dieser beauftragten Integrationsfachdienst vorgeschlagen worden, werden sie zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, § 165 Satz 3 SGB IX. Nach § 165 Satz 4 SGB IX ist eine Einladung entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich, dh. unzweifelhaft fehlt. Damit muss der öffentliche Arbeitgeber einem sich bewerbenden schwerbehinderten Menschen die Chance eines Vorstellungsgesprächs auch dann gewähren, wenn dessen fachliche Eignung zwar zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (*st. Rspr. des BAG, vgl. etwa BAG 23. Januar 2020 - 8 AZR 484/18 - Rn. 48, BAGE 169, 302; 22. Oktober 2015 - 8 AZR 384/14 - Rn. 27 mwN*). 27
- aa) Maßstab für die fachliche Eignung eines Bewerbers bzw. einer Bewerberin ist der Aufgabenbereich des zu besetzenden Arbeitsplatzes. Ob ein schwerbehinderter Mensch für eine zu besetzende Stelle fachlich ungeeignet ist iSv. 28

§ 165 Satz 4 SGB IX, ist demnach anhand eines Vergleichs zwischen dem (fachlichen) Anforderungsprofil des zu besetzenden Arbeitsplatzes und dem (fachlichen) Leistungsprofil des Bewerbers oder der Bewerberin zu ermitteln (vgl. BAG 27. August 2020 - 8 AZR 45/19 - Rn. 36; 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 37, BAGE 156, 107; BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 20, BVerwGE 139, 135).

(1) Mit der Bestimmung eines Anforderungsprofils für die zu vergebende Stelle legt der Dienstherr die formalen Voraussetzungen, fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie außerfachlichen Kompetenzen fest, die ein/e Bewerber/in für eine erfolgreiche Bewältigung der künftigen Tätigkeit benötigt und die dementsprechend der Auswahl zugrunde zu legen sind (vgl. BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 21, BVerwGE 139, 135). Damit nimmt er allerdings nicht nur einen wesentlichen Teil der Auswahlentscheidung vorweg (vgl. BVerfG 20. September 2007 - 2 BvR 1972/07 - Rn. 15 mwN; BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 38; BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 22 mwN, aaO). Vielmehr beeinflusst der öffentliche Arbeitgeber mit dem Anforderungsprofil zugleich den Umfang seiner - der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelagerten - verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach § 165 Satz 3 und Satz 4 SGB IX. Denn schwerbehinderte Menschen und die ihnen gleichgestellten behinderten Menschen, die nach ihren Bewerbungsunterlagen eine ihrerseits diskriminierungsfrei und auch im Übrigen zulässig bestimmte fachliche Eignungsvoraussetzung nicht erfüllen, die im Anforderungsprofil ausdrücklich und eindeutig bezeichnet ist, müssen ggf. nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden (vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 38; BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 22 mwN, aaO; vgl. auch BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 24 ff., BAGE 131, 232).

(2) Im Hinblick auf das fachliche Anforderungsprofil des zu besetzenden Arbeitsplatzes ist das in der Ausschreibung mitgeteilte Anforderungsprofil maßgebend, sofern es den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG hinreichend Rechnung trägt (vgl. etwa BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 29 ff.) und auch im Übrigen rechtlich nicht zu beanstanden ist.

(a) Zwar entscheidet der öffentliche Arbeitgeber aufgrund der ihm zukommenden Organisationsgewalt nach seinen Bedürfnissen, wie er seine Stellen zuschneidet, welche Zuständigkeiten er diesen zuweist und welche Fachkenntnisse er zur Erfüllung der daraus im Einzelnen resultierenden Aufgaben für erforderlich ansieht. Dies fällt in sein Organisationsermessen, das gerichtlich nur auf sachfremde Erwägungen überprüfbar ist (vgl. etwa BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 30; 10. Februar 2015 - 9 AZR 554/13 - Rn. 16 mwN; BVerwG 26. November 2020 - 1 WB 8.20 - Rn. 23; 23. Januar 2020 - 2 VR 2.19 - Rn. 25 mwN; vgl. auch BVerfG 20. September 2007 - 2 BvR 1972/07 - Rn. 13 mwN). 31

(b) Allerdings gilt für die Stellenvergabe im öffentlichen Dienst das verfassungsrechtlich garantierte Prinzip der Bestenauslese, dh. der Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG, wonach jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat. Danach hat nur die für die zu besetzende Stelle am besten geeignete Bewerberin oder der am besten geeignete Bewerber einen Anspruch auf Einstellung oder Beförderung, sobald und solange sich der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes im Rahmen seiner Organisationsgewalt dafür entschieden hat, verfügbare Stellen im Wege der Bewerberauswahl zu besetzen (vgl. BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 20, BVerwGE 139, 135). Daraus folgt angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in Art. 33 Abs. 2 GG ein subjektives Recht jeder sich bewerbenden Person auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (vgl. etwa BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 27; 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 33, BAGE 161, 157). Öffentliche Ämter im Sinne dieser Vorschrift sind dabei nicht nur Beamtenstellen, sondern auch - wie im Streitfall - solche Stellen, die ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes - wie die Beklagte - mit Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmerinnen zu besetzen beabsichtigt (vgl. etwa BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 26; 17. Oktober 2017 - 9 AZR 192/17 - Rn. 20, BAGE 160, 280). 32

- (c) Über die Vorgaben von Art. 33 Abs. 2 GG hinaus ist der öffentliche Arbeitgeber bei der Erstellung des Anforderungsprofils auch an (weitere) gesetzliche und ggf. tarifvertragliche Vorgaben gebunden. Er hat das Anforderungsprofil zudem ausschließlich nach objektiven Kriterien zu bestimmen. Eine Einengung des Kreises der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu vergleichenden Bewerberinnen und Bewerber um ein öffentliches Amt darf nur aufgrund sachlicher Erwägungen erfolgen (*vgl. BVerfG 20. September 2007 - 2 BvR 1972/07 - Rn. 14 mwN; BVerwG 26. November 2020 - 1 WB 8.20 - Rn. 41; 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 22 mwN, BVerwGE 139, 135*). 33
- (d) Als Grundlage der leistungsbezogenen Auswahl muss das Anforderungsprofil zwingend vor Beginn der Auswahlentscheidung festgelegt werden (*vgl. BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 30; 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 32, BAGE 119, 262*). Es bleibt für den öffentlichen Arbeitgeber zudem während des gesamten Auswahlverfahrens verbindlich (*vgl. BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 30; BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 23 mwN, BVerwGE 139, 135*). Ob der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung an dem Anforderungsprofil ausgerichtet hat, ist gerichtlich in vollem Umfang überprüfbar (*vgl. etwa BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 30 mwN; BVerwG 26. November 2020 - 1 WB 8.20 - Rn. 23; 19. Juli 2018 - 1 WB 3.18 - Rn. 31*). 34
- bb) Erfüllen schwerbehinderte bzw. ihnen gleichgestellte behinderte Menschen nach ihren Bewerbungsunterlagen zweifelsfrei eine ihrerseits diskriminierungsfrei und auch im Übrigen zulässig bestimmte fachliche Eignungsanforderung nicht, die im Anforderungsprofil ausdrücklich und eindeutig bezeichnet ist, reicht dies allein allerdings nicht aus, um den Arbeitgeber nach § 165 Satz 4 SGB IX von der in § 165 Satz 3 SGB IX bestimmten Verpflichtung zur Einladung zu einem Vorstellungsgespräch zu befreien. Der Arbeitgeber, der - gestützt auf § 165 Satz 4 SGB IX - von einer Einladung eines schwerbehinderten oder diesem gleichgestellten behinderten Bewerbers absehen will, muss, da ihn die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass er von der Einladungsverpflichtung befreit ist (*vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 38, BAGE 156, 107*), demnach nicht nur darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass das fachliche 35

Leistungsprofil des Bewerbers „unzweifelhaft“ nicht dem (fachlichen) Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle entspricht. Der Arbeitgeber muss zudem darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass er andere Bewerber/innen, die ebenso insoweit das Anforderungsprofil nicht erfüllten, weder zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen noch letztlich eingestellt hat. Diese Anforderung folgt nicht nur aus dem Umstand, dass das vom öffentlichen Arbeitgeber formulierte Anforderungsprofil - wie unter Rn. 34 ausgeführt - für diesen während des gesamten Auswahlverfahrens verbindlich bleibt und es mit den Prinzipien von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbar wäre, wenn der Arbeitgeber sich auf das Anforderungsprofil berufen könnte, obgleich er dieses nicht konsequent gegenüber allen Bewerbern/Bewerberinnen anwendet. Ein solches Verständnis von § 165 Satz 4 SGB IX ist auch geboten, um dem Anliegen der in Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG sowie in Art. 5 Abs. 3, Art. 27 Abs. 1 und Art. 2 Unterabs. 3 der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden Charta) getroffenen Bestimmungen hinreichend Rechnung zu tragen.

(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 geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen hat, um Menschen mit Behinderung ua. nicht nur den Zugang zur Beschäftigung, sondern auch den beruflichen Aufstieg zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten (vgl. *EuGH 17. Juli 2008 - C-303/06 - [Coleman] Rn. 39; dazu, dass Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG im AGG keine wortgleiche Umsetzung erfahren hat, BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - Rn. 42, BAGE 148, 158*). 36

(2) 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 37

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. Die Bestimmungen der UN-BRK sind Bestandteil der Unionsrechtsordnung (vgl. *EuGH 11. September 2019 - C-397/18 - [Nobel Plastiques Ibérica] Rn. 39; 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; vgl. auch BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - Rn. 42, BAGE 148, 158*). Der Umstand, dass die UN-BRK seit ihrem Inkrafttreten integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung ist, führt darüber hinaus dazu, dass auch die Richtlinie 2000/78/EG ihrerseits nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen auszulegen ist (vgl. *EuGH 11. September 2019 - C-397/18 - [Nobel Plastiques Ibérica] Rn. 40; 11. April 2013 - C-335/11 ua. - [HK Danmark, auch genannt „Ring, Skouboe Werge“] Rn. 28 bis 32*).

(3) Schließlich anerkennt und achtet die Europäische Union nach Art. 26 der Charta den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf ua. Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer beruflichen Eingliederung und in Art. 21 der Charta ist festgelegt, dass niemand wegen einer Behinderung diskriminiert werden darf. 38

b) Danach hat das Landesarbeitsgericht mit unzutreffender Begründung angenommen, dass die Beklagte nach § 165 Satz 4 SGB IX von der Verpflichtung aus § 165 Satz 3 SGB IX zur Einladung des Klägers zu einem Vorstellungsgespräch befreit war. 39

- aa) Allerdings hat das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen, dass die Beklagte berechtigt war, in ihrem in der Stellenausschreibung formulierten Anforderungsprofil für die von ihr alternativ geforderten Hochschulabschlüsse die Mindestnote „gut“ als zwingendes Auswahlkriterium zu bestimmen, und dass dem Kläger, der sein Studium der Politikwissenschaften, Philosophie und Deutsche Philologie mit der Note „befriedigend“ abgeschlossen hatte, infolgedessen die fachliche Eignung iSv. § 165 Satz 4 SGB IX offensichtlich fehlte. 40
- (1) Entgegen der Rechtsansicht des Klägers hatte die Beklagte in ihrem in der Stellenausschreibung formulierten Anforderungsprofil für die von ihr alternativ geforderten Hochschulabschlüsse die Mindestnote „gut“ als zwingendes Auswahlkriterium bestimmt. Dies ergibt die Auslegung der Stellenausschreibung der Beklagten aus dem Jahr 2018 nach den für typische Willenserklärungen bzw. Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Grundsätzen. 41
- (a) Stellenanzeigen sind wie typische Willenserklärungen bzw. Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen potentiellen Bewerbern bzw. Bewerberinnen unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Bewerbers bzw. der durchschnittlichen Bewerberin zugrunde zu legen sind (*vgl. etwa BAG 23. November 2017 - 8 AZR 604/16 - Rn. 27; 26. Januar 2017 - 8 AZR 73/16 - Rn. 29; 16. Dezember 2015 - 5 AZR 567/14 - Rn. 12, BAGE 154, 8; vgl. auch BVerwG 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - Rn. 32, BVerwGE 147, 20 zur entsprechend § 133 BGB am objektiven Empfängerhorizont potentieller Bewerber orientierten Auslegung von Stellenausschreibungen*). 42
- (b) Die Auslegung der Stellenausschreibung der Beklagten nach diesen Grundsätzen ergibt, dass die Beklagte die geforderte Note als zwingendes Auswahlkriterium bestimmt hat. 43



In der Stellenausschreibung heißt es unter der Überschrift „Ihr Profil“ insoweit ausschließlich: „Sie verfügen über ein wissenschaftliches Hochschulstudium (Master, Magister, Diplom univ.) der Politik-, Geschichts- oder Verwaltungswissenschaften (insb. Master of Public Administration) mit mindestens der Note ‚gut‘.“ Mit dieser Formulierung hat die Beklagte das geforderte Hochschulstudium untrennbar mit einer bestimmten Note verknüpft. Diese Verknüpfung konnte von verständigen und redlichen potentiellen Bewerbern bzw. Bewerberinnen unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise nur dahin verstanden werden, dass die Beklagte sich bewerbende Personen nur dann in die nähere Auswahl einbeziehen würde, wenn diese das geforderte wissenschaftliche Hochschulstudium - zwingend - mit mindestens der Note „gut“ abgeschlossen hatten. Soweit der Kläger demgegenüber anführt, die Mindestabschlussnote sei als „weich“ formuliertes Kriterium zu verstehen, das die Beklagte lediglich als „wünschenswert“ angesehen habe, enthält die Stellenausschreibung dafür keinen Anhaltspunkt. Ein solcher lässt sich entgegen der Auffassung des Klägers auch weder aus einer „großen Bandbreite“ vorausgesetzter Studienfächer noch daraus ablesen, dass die Mindestabschlussnote in der Stellenausschreibung nicht unter der Überschrift „Darüber hinaus erwarten wir“ eingeordnet war. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall. Mit der Wendung „darüber hinaus erwarten wir“ wird nur zum Ausdruck gebracht, dass über die Anforderung, ein bestimmtes wissenschaftliches Hochschulstudium mit einer bestimmten Mindestnote absolviert zu haben, hinaus weitere Anforderungen an die Bewerber/innen gestellt werden.

44

(2) Entgegen der Rechtsansicht des Klägers war die Beklagte auch berechtigt, in ihrem in der Stellenausschreibung für eine Beschäftigung als Referent/Referentin im Bundesamt für Verfassungsschutz formulierten Anforderungsprofil für die von ihr alternativ geforderten Hochschulabschlüsse die Mindestnote „gut“ als zwingendes Auswahlkriterium zu bestimmen. Hierin liegt unter den gegebenen Umständen weder eine unzulässige Vorwegnahme der nach Art. 33 Abs. 2 GG erforderlichen Bestenauslese noch eine unzulässige Einschränkung des Bewerberfelds, sondern vielmehr eine nicht zu beanstandende Festlegung eines maßgeblichen Auswahlgesichtspunkts.

45

(a) Art. 33 Abs. 2 GG macht den Zugang zu einem öffentlichen Amt davon abhängig, dass der/die betreffende Bewerber/in über die erforderliche Qualifikation (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) verfügt, und beschränkt damit den Zugang zu öffentlichen Ämtern in Abhängigkeit von diesen drei Merkmalen (vgl. *OVG NW 16. Juli 2020 - 1 A 438/18 - Rn. 18*). Dabei erfasst „Eignung“ im engeren Sinne insbesondere Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften, die für ein bestimmtes Amt bzw. eine bestimmte Tätigkeit im öffentlichen Dienst von Bedeutung sind. Die „Befähigung“ zielt auf allgemein der Tätigkeit zugutekommende Fähigkeiten wie Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und allgemeine Ausbildung. „Fachliche Leistung“ bedeutet Fachwissen, Fachkönnen und Bewährung im Fach (vgl. *BVerfG 23. Juni 2015 - 2 BvR 161/15 - Rn. 28 mwN; 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12 ua. - Rn. 59 mwN, BVerfGE 139, 19; 27. Mai 2013 - 2 BvR 462/13 - Rn. 14*).

(b) Mit der Festlegung einer Mindestnote für einen geforderten Abschluss im Anforderungsprofil übt der Dienstherr bzw. Arbeitgeber den ihm offenstehenden Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Eignung der Bewerber/innen regelmäßig in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG in typisierender Weise aus. Dieser Festlegung liegt nämlich die grundsätzlich nicht zu beanstandende Annahme zugrunde, dass eine Benotung eines geforderten Abschlusses mit einer bestimmten Mindestnote in der Regel auf eine bessere Qualifikation hindeutet als eine Benotung, die diese Grenze nicht überschreitet, weil die erzielte Abschlussnote für die im Rahmen der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG erforderliche prognostische Beurteilung der fachlichen und persönlichen Eignung der Bewerber/innen besonders aussagekräftig ist (vgl. *OVG NW 16. Juli 2020 - 1 A 438/18 - Rn. 25; 12. November 2019 - 1 A 1112/17 - Rn. 12*). Die Festlegung einer Mindestabschlussnote ist im Übrigen - unabhängig von der konkreten Note bzw. einem konkreten Punktwert - immer leistungsbezogen und wird insoweit den Anforderungen von Art. 33 Abs. 2 GG gerecht.

(c) Danach ist - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - auch im vorliegenden Verfahren die Bestimmung der Mindestabschlussnote

„gut“ als zwingendes Auswahlkriterium durch die Beklagte nicht zu beanstanden, insbesondere ergibt sich Abweichendes weder aus der Anforderung, dass die Bedeutung dienstlicher Beurteilungen als Auswahlinstrument im Rahmen der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht durch die Vorschaltung eines derartigen Anforderungsmerkmals entwertet werden darf, noch aus dem Umstand, dass das Anforderungskriterium der Mindestabschlussnote „gut“ unabhängig davon gilt, wie lange die geforderte Hochschulprüfung zurückliegt und wie umfangreich die praktischen Erfahrungen sind, die einzelne Bewerber/innen ggf. mitbringen (*zu diesen Gesichtspunkten vgl. auch OVG NW 26. Januar 2021 - 6 B 922/20 - Rn. 28*). Auch der Umstand, dass es sich beim Kläger um einen schwerbehinderten Menschen handelt, führt zu keiner anderen rechtlichen Bewertung.

(aa) Die Beklagte wollte - wie sich aus ihrer Stellenausschreibung aus dem Jahr 2018 und ihrem weiteren Vorbringen ergibt - mit der Stellenausschreibung insbesondere (auch) Bewerber/innen erreichen, die bisher noch nicht im öffentlichen Dienst tätig sind oder waren und die deshalb dienstliche Beurteilungen eines öffentlichen Arbeitgebers, die über ihre fachlichen Leistungen hätten Auskunft geben können, nicht aufzuweisen hatten. Soweit - wie hier für eine Ersteinstellung im öffentlichen Dienst - dienstliche Beurteilungen von fachlichen Leistungen nicht vorliegen können, ist indes anerkannt, dass der öffentliche Arbeitgeber grundsätzlich bestimmen kann, dass die für die konkrete Stelle erforderliche fachliche Eignung etwa durch eine bestimmte Mindestnote des geforderten Ausbildungsabschlusses, beispielsweise - wie hier - eine Mindestabschlussnote des geforderten wissenschaftlichen Hochschulstudiums, nachzuweisen ist (*vgl. BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 22 mwN, BVerwGE 139, 135; 1. Februar 2006 - 2 PKH 3.05 - Rn. 11; vgl. auch BAG 24. Januar 2013 - 8 AZR 429/11 - Rn. 36; 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 47 f.; auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinem die Richterbesoldung betreffenden Urteil vom 5. Mai 2015 - 2 BvL 17/09 ua. - die Praxis der Justizverwaltungen, für die Einstellung in den höheren Justizdienst das Erreichen einer Mindestnote in der ersten Prüfung und in der zweiten juristischen Staatsprüfung vorauszusetzen, erwähnt, ohne diese in Frage zu stellen, vgl. insbesondere Rn. 150 ff., BVerfGE 139, 64*). Eine solche Mindestabschlussnote trägt der Bestenauslese in besonderer Weise Rechnung.

49

Es begegnet grundsätzlich keinen Bedenken, wenn ein öffentlicher Arbeitgeber für zu besetzende Stellen von vornherein nur solche Bewerber/innen in den Blick nehmen will, die aufgrund ihrer dokumentierten Ausbildungsergebnisse in besonderem Maße befähigt erscheinen (*BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 47*). Auszuwählen ist die Bewerberin bzw. der Bewerber, von der/dem der Dienstherr im Rahmen einer Prognose erwarten darf, dass sie/er in der Zukunft den Anforderungen des konkret zu besetzenden Amtes bzw. der konkreten Tätigkeit am besten entspricht. Der dabei in Ausfüllung der Begriffe „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ dem Dienstherrn eröffnete Beurteilungsspielraum (*vgl. Rn. 31 und 47*) unterliegt schon von Verfassungs wegen einer nur begrenzten gerichtlichen Kontrolle (*vgl. BVerfG 9. August 2016 - 2 BvR 1287/16 - Rn. 77; 27. Mai 2013 - 2 BvR 462/13 - Rn. 14 mwN; 11. Mai 2011 - 2 BvR 764/11 - Rn. 10 mwN; vgl. auch BAG 17. Januar 2006 - 9 AZR 226/05 - Rn. 62*).

(bb) Es begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken, dass die Beklagte von den Bewerberinnen und Bewerbern auf die ausgeschriebenen Stellen, auf denen Informationen zu beschaffen und Ergebnisse analytisch und verwertbar aufzubereiten sowie rechtliche Grundsatzfragen im Rahmen der Aufgabenerledigung des Referats zu klären sind, verlangt, dass diese das geforderte wissenschaftliche Hochschulstudium mit der Mindestnote „gut“ abgeschlossen haben. Mit der Abschlussnote wird nämlich, wie auch das Landesarbeitsgericht angenommen hat, der Erfolg dokumentiert, mit dem die Fähigkeiten und Kenntnisse im Studium erworben wurden. Auch erscheint, wie das Landesarbeitsgericht zudem ausgeführt hat, der Schluss von einem guten Erfolg beim Abschluss dieser Studiengänge auf eine besondere Befähigung zur Erledigung der auf den ausgeschriebenen Stellen anfallenden Aufgaben sachlich nachvollziehbar. Der in Ausfüllung der Begriffe „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ dem Dienstherrn eröffnete Beurteilungsspielraum, der nur begrenzter gerichtlicher Kontrolle unterliegt (*vgl. Rn. 31 und 49*), ist damit jedenfalls nicht überschritten worden.

50

(cc) Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers folgt - wie das Landesarbeitsgericht darüber hinaus zutreffend angenommen hat - Abweichendes nicht

51

aus der Unterschiedlichkeit der in der Stellenausschreibung aufgeführten Studiengänge. Hieraus kann nicht auf eine nachgeordnete Bedeutung des Studienerfolgs für die Aufgabenerfüllung geschlossen werden. Die verlangten fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten für eine Informationsbeschaffung und -aufbereitung werden vorliegend unabhängig von den jeweils unterschiedlichen konkreten Gegenständen in allen der in der Ausschreibung genannten Studiengängen vermittelt und eingeübt.

(dd) Anders als der Kläger meint, begegnet es ferner keinen rechtlichen Bedenken, dass die von der Beklagten bestimmte Mindestabschlussnote „gut“ unabhängig davon maßgeblich ist, wie lange der geforderte wissenschaftliche Hochschulabschluss zurückliegt und in welchem Umfang Bewerber/innen nach Abschluss der von der Beklagten im Anforderungsprofil geforderten wissenschaftlichen Hochschulstudien ggf. einschlägige praktische Berufserfahrungen gesammelt haben. Zum einen ändert der Umstand, dass das geforderte Studium einige und ggf. auch längere Zeit zurückliegt, bei typisierender Betrachtungsweise nichts daran, dass die Benotung des geforderten Abschlusses mit der Mindestnote „gut“ auf eine bessere Qualifikation hindeutet als eine Benotung, die diese Grenze nicht überschreitet. Zum anderen hätte darüber, ob und ggf. in welchem Umfang Bewerber/innen, die nicht die von der Beklagten geforderte Mindestabschlussnote „gut“ aufweisen konnten, aufgrund praktischer Berufserfahrungen zumindest gleich oder besser geeignet waren iSv. Art. 33 Abs. 2 GG als Bewerber/innen, die die geforderte Ausbildung mit der Mindestnote „gut“ abgeschlossen haben und ggf. zudem noch einschlägige praktische Berufserfahrung gesammelt hatten, allenfalls auf der Grundlage einer dienstlichen Beurteilung eines öffentlichen Arbeitgebers entschieden werden können. Insoweit war es zwar nicht völlig ausgeschlossen, dass einige wenige Bewerber/innen über eine solche dienstliche Beurteilung verfügten. Da sich die Stellenausschreibung der Beklagten - wie unter Rn. 49 ausgeführt - insbesondere (auch) an Bewerber/innen außerhalb des öffentlichen Dienstes richtete, lag es jedoch auf der Hand, dass diese Bewerber/innen nicht über dienstliche Beurteilungen verfügten, die über ihre Eignung für den zu besetzenden Arbeitsplatz hätten Auskunft geben können. Da die Anforderung, dass das verlangte wissenschaftliche Hochschulstudium mit

52

der Mindestnote „gut“ abgeschlossen wurde, unabhängig davon eingreift, wann das erforderliche Studium abgeschlossen wurde und es auch sonst keine Bezüge zum Alter aufweist, bewirkt es - entgegen der Auffassung des Klägers - auch keine Ungleichbehandlung wegen des Alters.

(ee) Schließlich ist auch nicht deshalb eine andere Bewertung veranlasst, weil es sich beim Kläger um einen schwerbehinderten Menschen handelt. 53

Dem Prinzip der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG sind auch die durch das SGB IX sowie die durch das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG geschützten Personengruppen unterworfen. Fehlen einer Bewerberin oder einem Bewerber die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen, eröffnet ihnen weder das Benachteiligungsverbot des AGG noch § 165 SGB IX einen Anspruch darauf, von bestimmten Qualifikationsmerkmalen befreit zu werden (*vgl. auch BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 20, BVerwGE 139, 135*). 54

Aus den vom Kläger angeführten unions- und völkerrechtlichen Vorgaben folgt - entgegen dessen Auffassung - nichts Abweichendes. Zwar sind diese Vorgaben - wie unter Rn. 35 ff. ausgeführt - bei der Auslegung der insoweit einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts zu berücksichtigen. Allerdings wirkt sich aus, dass mit der Richtlinie 2000/78/EG - ausweislich ihres 17. Erwägungsgrundes - unbeschadet der Verpflichtung, für Menschen mit Behinderung angemessene Vorkehrungen zu treffen, nicht die Einstellung oder ua. der berufliche Aufstieg einer Person vorgeschrieben wird, wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist. Demnach besteht kein Anspruch darauf, wegen des Benachteiligungsverbots des AGG bzw. des der Richtlinie 2000/78/EG oder wegen der Bestimmung in § 165 SGB IX von bestimmten Qualifikationsmerkmalen befreit zu werden, in denen die für die betreffende Stelle erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen Ausdruck finden. Auch Art. 26 der Charta oder die Bestimmungen der UN-BRK verlangen nicht, davon entbunden zu werden, die wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes zu erfüllen. So hat der Anspruch auf „angemessene Vorkehrungen“ nach Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK seine Grenze 55

dort, wo die Vorkehrungen eine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen. Art. 26 der Charta verlangt zwar, dass die Union den Anspruch von Menschen mit Behinderung auf Maßnahmen zur Integration anerkennt und achtet, allerdings muss dieser Artikel, damit er seine volle Wirksamkeit entfaltet, durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden. Er kann für sich allein dem Einzelnen kein subjektives Recht verleihen, das als solches geltend gemacht werden kann (*EuGH 22. Mai 2014 - C-356/12 - [Glatzel] Rn. 78*).

(3) Das Landesarbeitsgericht hat ferner zu Recht angenommen, dass dem Kläger die fachliche Eignung iSv. § 165 Satz 4 SGB IX für die ausgeschriebenen Stellen offensichtlich fehlte. 56

(a) Zur Beurteilung der fachlichen Eignung des/der Bewerbers/Bewerberin iSv. § 165 Satz 3 und Satz 4 SGB IX ist auf das in der veröffentlichten Stellenausschreibung enthaltene Anforderungsprofil abzustellen (*vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 35 mwN, BAGE 156, 107*). „Offensichtlich“ fachlich nicht geeignet iSv. § 165 Satz 4 SGB IX ist, wer „unzweifelhaft“ insoweit nicht dem (fachlichen) Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle entspricht. Bloße Zweifel an der fachlichen Eignung rechtfertigen es nicht, von einer Einladung abzusehen, weil sich Zweifel im Vorstellungsgespräch ausräumen lassen können. Der schwerbehinderte Mensch soll nach § 165 Satz 3 SGB IX die Chance haben, sich in einem Vorstellungsgespräch zu präsentieren und den öffentlichen Arbeitgeber von seiner Eignung zu überzeugen (*vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 36 mwN, aaO*). Lassen allerdings bereits die Bewerbungsunterlagen zweifelsfrei erkennen, dass die durch das Anforderungsprofil zulässig vorgegebenen fachlichen Kriterien nicht erfüllt werden, besteht für den öffentlichen Arbeitgeber nach § 165 Satz 4 SGB IX grundsätzlich keine Verpflichtung, den schwerbehinderten Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen (*vgl. BAG 27. August 2020 - 8 AZR 45/19 - Rn. 37; 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 37 mwN, aaO*). Bei § 165 Satz 4 SGB IX handelt es sich um einen Ausnahmetatbestand (*vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 38 mwN, aaO*), der als solcher eng aufzufassen ist. Den 57

öffentlichen Arbeitgeber trifft in einem Prozess die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der/die schwerbehinderte Bewerber/in offensichtlich fachlich ungeeignet ist (*vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 38 mwN, aaO; vgl. auch bereits Rn. 35*).

(b) Danach fehlte dem Kläger offensichtlich die fachliche Eignung iSv. § 165 Satz 4 SGB IX. 58

(aa) Die Bewerbungsunterlagen des Klägers lassen zweifelsfrei erkennen, dass das durch das Anforderungsprofil zulässig vorgegebene fachliche Kriterium der Mindestnote „gut“ des erforderlichen Studienabschlusses nicht erfüllt wird. Der Kläger hat sein Studium der Fächer Politikwissenschaften, Philosophie und Deutsche Philologie mit der Note „befriedigend“ abgeschlossen. 59

(bb) Hiergegen kann der Kläger nicht mit Erfolg einwenden, es müsse Berücksichtigung finden, dass für Studierende mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen im Studium erhebliche Barrieren bestünden. Das Vorbringen des Klägers rechtfertigt weder den Schluss, Menschen mit einer Schwerbehinderung hätten typischerweise schlechtere Noten bei ihren Studienabschlüssen als Menschen ohne eine Schwerbehinderung, weshalb ihnen im Rahmen eines Bewerbungs- bzw. Auswahlverfahrens im öffentlichen Dienst ein „Notenabschlag“ zugutekommen müsse, noch hat der Kläger hiermit aufgezeigt, dass er selbst wegen seiner Schwerbehinderung gehindert war, anstelle der Note „befriedigend“ die Note „gut“ zu erzielen. Im Übrigen wäre es Sache des Klägers gewesen, im Prüfungsverfahren eine etwaige Behinderung durch Barrieren geltend zu machen (*vgl. auch BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 50*). 60

bb) Zwar hat das Landesarbeitsgericht nach alledem zutreffend angenommen, dass dem Kläger wegen Unterschreitung der von der Beklagten im Anforderungsprofil zulässig geforderten Mindestabschlussnote „gut“ offensichtlich die fachliche Eignung iSv. § 165 Satz 4 SGB IX für die ausgeschriebenen Stellen fehlte; hieraus durfte das Landesarbeitsgericht aber nicht den Schluss ziehen, dass die Beklagte von der Verpflichtung nach § 165 Satz 3 SGB IX, den Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, nach § 165 Satz 4 SGB IX befreit 61



war. Dieser Schluss wäre im vorliegenden Verfahren nur dann gerechtfertigt gewesen, wenn die Beklagte auf die entsprechende Rüge des Klägers dargelegt und bewiesen hätte, dass sie ohne Ausnahme auch die anderen Bewerber/innen, die das Anforderungsprofil in diesem Punkt nicht erfüllten, nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und/oder auch nicht eingestellt hat. Diese Prüfung hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft unterlassen.

Wie unter Rn. 35 ff. ausgeführt, reicht es für eine auf § 165 Satz 4 SGB IX gestützte Befreiung des Arbeitgebers von seiner Verpflichtung aus § 165 Satz 3 SGB IX, schwerbehinderte Bewerber/innen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, nicht aus, dass die schwerbehinderten Bewerber/innen nach ihren Bewerbungsunterlagen zweifelsfrei eine im Anforderungsprofil ausdrücklich und eindeutig bezeichnete sowie diskriminierungsfrei und auch im Übrigen zulässig bestimmte fachliche Eignungsanforderung nicht erfüllen und sich damit als offensichtlich fachlich ungeeignet erweisen. Der Arbeitgeber, der - gestützt auf § 165 Satz 4 SGB IX - von einer Einladung eines schwerbehinderten oder diesem gleichgestellten behinderten Bewerbers absehen will, muss, da ihn die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass er von der Einladungsverpflichtung befreit ist (*vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 38, BAGE 156, 107*), demnach nicht nur darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass der Bewerber „unzweifelhaft“ nicht dem (fachlichen) Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle entspricht, also offensichtlich fachlich ungeeignet ist. Er muss zudem darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass er andere Bewerber/innen, die insoweit ebenso das Anforderungsprofil nicht erfüllten, weder zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen noch letztlich eingestellt hat.

62

IV. Aufgrund der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen konnte der Senat nicht entscheiden, ob die Klage begründet ist. Zudem ist den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vorbringen zu geben. Dies betrifft insbesondere die Beklagte, die Gelegenheit erhalten muss, ihr Vorbringen, das Anforderungsprofil gegenüber allen Bewerbern/Bewerberinnen im Hinblick auf das Erreichen der Mindestabschlussnote „gut“ konsequent angewandt und keine/n

63

Bewerber/in, der/die diese Anforderung nicht erfüllte, zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen oder letztlich eingestellt zu haben, zu substantiieren und entsprechenden Beweis anzutreten. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

C. Für das fortgesetzte Berufungsverfahren weist der Senat auf Folgendes hin: 64

Sollte das Landesarbeitsgericht - ggf. nach entsprechender Beweisaufnahme - zu der Überzeugung gelangen, dass die Beklagte nicht nach § 165 Satz 4 SGB IX von ihrer Verpflichtung aus § 165 Satz 3 SGB IX, den Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, befreit war, weil sie das Anforderungsprofil im Hinblick auf das Erfordernis der Mindestabschlussnote „gut“ nicht konsequent angewendet hatte, würde dies die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass der Kläger die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen der Schwerbehinderung erfahren hat. Die Beklagte hätte dann die Möglichkeit, die durch den Verstoß gegen § 165 Satz 3 SGB IX begründete Vermutung zu widerlegen. Hierzu müsste sie - wie unter Rn. 24 ausgeführt - allerdings dartun und im Bestreitensfall beweisen, dass der Kläger nicht wegen seiner (Schwer-)Behinderung benachteiligt wurde. Insofern würde es der Beklagten obliegen, vorzutragen und ggf. zu beweisen, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben. Dabei muss hinzukommen, dass die Gründe nicht die fehlende fachliche Eignung des Klägers betreffen. Diese zusätzliche Anforderung folgt aus der in § 165 Satz 4 SGB IX getroffenen Bestimmung, wonach eine Einladung des schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch nur dann entbehrlich ist, wenn diesem die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Die Widerlegung der aus einem Verstoß gegen § 165 Satz 3 SGB IX folgenden Vermutung 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 fehlende fachliche Eignung des Bewerbers bzw. der Bewerberin berühren (vgl. 65

*etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 50, BAGE 156, 107; 20. Januar 2016 - 8 AZR 194/14 - Rn. 45).*

Schlewing

Winter

Vogelsang

Schirp

Andreas Henniger