

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 14. Juni 2023
- 8 AZR 136/22 -
ECLI:DE:BAG:2023:140623.U.8AZR136.22.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 2. September 2020
- 28 Ca 142/20 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 2. Juli 2021
- 2 Sa 58/20 -

Entscheidungsstichworte:

Diskriminierung wegen Schwerbehinderung - Darlegungslast

Leitsätze:

Ein erfolgloser schwerbehinderter Bewerber genügt in einem Schadensersatz- bzw. Entschädigungsprozess nach § 15 Abs. 1 und/oder Abs. 2 AGG seiner Darlegungslast für die Kausalität der Schwerbehinderung für die Benachteiligung regelmäßig dadurch, dass er eine Verletzung des Arbeitgebers gegen Bestimmungen rügt, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten. Er muss für die von ihm nur vermutete Tatsache eines Verstoßes des Arbeitgebers gegen die og. Vorschriften, zB dass der Betriebsrat nicht den Vorgaben des § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX entsprechend über die Bewerbung unterrichtet wurde, vor dem Hintergrund, dass es sich um tatsächliche Verhältnisse in der Sphäre des Prozessgegners handelt, in die ein Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis als Außenstehender regelmäßig keinen Einblick hat und sich auch zumutbar nicht verschaffen kann, regelmäßig keine konkreten Anhaltspunkte darlegen.

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 136/22
2 Sa 58/20
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Juni 2023

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 14. Juni 2023 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Pulz sowie die ehrenamtlichen Richter Rojahn und Schirp für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 2. Juli 2021 - 2 Sa 58/20 - im Kostenpunkt vollständig und im Übrigen teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 2. September 2020 - 28 Ca 142/20 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG iHv. 7.500,00 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18. Januar 2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 25 vH und die Beklagte 75 vH zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte dem Kläger wegen einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verpflichtet ist. 1

Der Kläger, der ein Studium der Wirtschaftswissenschaften absolviert hat, bewarb sich mit Schreiben vom 14. August 2019 auf die von der Beklagten im Internet ausgeschriebene Stelle als „Scrum Master Energy (m/w/d)“. Im Bewerbungsschreiben wies er auf seine Schwerbehinderung hin. Nachdem die Beklagte dem Kläger mit E-Mail vom 22. August 2019 eine Absage erteilt hatte, machte dieser mit Schreiben vom 19. Oktober 2019 gegenüber der Beklagten einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend. 2

Die Beklagte wies diesen Anspruch mit Schreiben vom 18. November 2019 mit der Begründung zurück, den Kläger nicht berücksichtigt zu haben, weil 3

er die Anforderungen der Stellenausschreibung nicht erfülle. So fehle ihm beispielsweise der in der Stellenausschreibung geforderte Studienabschluss in einem der Studiengänge (Wirtschafts-)Informatik, (Wirtschafts-)Mathematik oder einer vergleichbaren Fachrichtung. Auch verfüge der Kläger nicht über die geforderten guten Kenntnisse von Software-Architekturen. Darüber hinaus entspreche die vom Kläger angegebene Scrum Zertifizierung nicht den Anforderungen der Stellenausschreibung.

Mit Schreiben vom 27. November 2019 bat der Kläger die Beklagte 4
darum, ihm nachzuweisen, dass sie im Hinblick auf ihre Auswahlkriterien sämtliche Bewerber gleichbehandelt habe. Hierauf reagierte die Beklagte nicht.

Mit der am 10. Januar 2020 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der 5
Beklagten am 17. Januar 2020 zugestellten Klage hat der Kläger einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG weiterverfolgt. Er hat die Ansicht vertreten, die Beklagte habe ihn entgegen den gesetzlichen Vorgaben wegen der Schwerbehinderung benachteiligt. Die Beklagte habe verschiedene Pflichten aus § 164 Abs. 1 SGB IX, ua. ihre Pflicht aus § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX verletzt, den bei ihr eingerichteten Betriebsrat über seine Bewerbung unmittelbar nach deren Eingang zu unterrichten. Diese Verstöße begründeten - jeder für sich - die Vermutung der Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung. Insoweit sei es im Übrigen ausreichend, wenn er Verstöße der Beklagten gegen Vorschriften rüge, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthielten. Ein solches Vorbringen sei nicht als Behauptung „ins Blaue hinein“ unbeachtlich. Desungeachtet habe er auch tatsächliche Anhaltspunkte für einen Verstoß der Beklagten gegen die Verfahrensbestimmungen in § 164 Abs. 1 SGB IX dargetan. Die Beklagte habe die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung nach § 22 AGG nicht widerlegt. Letztlich sei sein Entschädigungsverlangen auch nicht dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt. Insoweit wirke sich aus, dass er auf seine Bewerbungen am Ende des Jahres 2019 einen Arbeitsplatz bei einem Mitbewerber der Beklagten gefunden und angetreten habe. Als angemessen sei eine Entschädigung iHv. mindestens zwei auf der ausgeschriebenen Stelle zu erwartenden Bruttomonatsvergütungen, dh. iHv. 10.000,00 Euro anzusehen.

Der Kläger hat sinngemäß beantragt,

6

die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, jedoch mindestens 10.000,00 Euro, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, dem Kläger nicht zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verpflichtet zu sein. Der Kläger habe schon keine Indizien iSv. § 22 AGG dargelegt, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. der Schwerbehinderung vermuten ließen. Selbst für den Fall, dass dem Kläger mangels hinreichender Erkenntnismöglichkeiten Erleichterungen bei der Darlegungslast zugutekommen müssten, sei sein Vorbringen nicht ausreichend. Der Vortrag von Vermutungen sei nur dann ausreichend, wenn sich diese auf greifbare Anknüpfungstatsachen gründeten. Solche Anknüpfungstatsachen habe der Kläger nicht dargetan. Nach alledem habe der Kläger nur unbeachtliche Behauptungen „ins Blaue hinein“ aufgestellt, auf die sie nicht erwidern müsse und dies auch nicht tue. Desungeachtet sei eine etwaige Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen der Schwerbehinderung auch widerlegt, da der Kläger mehrere in der Stellenausschreibung genannte unverzichtbare Voraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit nicht erfülle. Im Übrigen handele der Kläger rechtsmissbräuchlich. Es sei zu vermuten, dass er sich auf die Stelle allein deshalb beworben habe, um in Reaktion auf die zu erwartende Absage eine Entschädigung geltend zu machen. Der Kläger habe in mehreren parallel geführten Verfahren Entschädigungsansprüche wegen angeblich diskriminierender Stellenabsagen verfolgt. Dabei habe er nahezu identische Bewerbungsschreiben verwendet. Auch die professionellen Geltendmachungsschreiben seien nahezu wortlautidentisch und belegten das systematische Vorgehen des Klägers. Bei dem Arbeitsplatz, den der Kläger bei einem Mitbewerber angetreten habe, habe es sich um eine anders geartete Stelle gehandelt.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Klä-

8

ger sein Zahlungsbegehren weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

- Die zulässige Revision des Klägers ist teilweise begründet. Das Landes- 9
arbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende
Urteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht vollumfänglich zurückgewiesen. Die zuläs-
sige Klage ist teilweise begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen An-
spruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG iHv.
7.500,00 Euro.
- A. Die Klage ist zulässig, insbesondere ist der Klageantrag hinreichend be- 10
stimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger durfte die Höhe der von ihm be-
gehrten Entschädigung in das Ermessen des Gerichts stellen (*st. Rspr., vgl. BAG*
25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 13, BAGE 176, 226).
- B. Die Klage ist teilweise begründet. Entgegen der Annahme des Landes- 11
arbeitsgerichts hat der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung
einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Der Senat hält unter Berücksichti-
gung aller Umstände des Einzelfalls eine Entschädigung iHv. 7.500,00 Euro für
angemessen.
- I. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Der Kläger 12
fällt nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG als Bewerber für ein Beschäftigungsver-
hältnis unter den persönlichen Anwendungsbereich des AGG. Die Beklagte ist
Arbeitgeberin iSv. § 6 Abs. 2 AGG.
- II. Der Kläger hat den Entschädigungsanspruch auch frist- und formgerecht 13
geltend gemacht und eingeklagt (§ 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG). Dar-
über streiten die Parteien auch nicht.

- III. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. 14
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, das einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz der aus den Antidiskriminierungsrichtlinien des Unionsrechts hergeleiteten Rechte - hier die der Richtlinie 2000/78/EG - zu gewährleisten hat, untersagt im Anwendungsbereich des AGG 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 (*st. Rspr., zB BAG 19. Januar 2023 - 8 AZR 437/21 - Rn. 28 mwN*). 15
2. Der Kläger wurde dadurch unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt, dass er von der Beklagten im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren für die ausgeschriebene Stelle nicht berücksichtigt wurde, 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, ob deren Bewerbungen Erfolg hatten und ob ein/e von der Beklagten ausgewählte/r Bewerber/in die Stelle angetreten hat, kommt es nicht an (*vgl. BAG 31. März 2022 - 8 AZR 238/21 - Rn. 15; 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 20, BAGE 176, 226; 1. Juli 2021 - 8 AZR 297/20 - Rn. 15, BAGE 175, 228*). 16
3. Anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat, hat der Kläger die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen seiner Schwerbehinderung erfahren. 17
- a) Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 18

AGG genannten Grundes. Das spezielle Benachteiligungsverbot des § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verbietet eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung. Zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund bzw. zwischen der Benachteiligung und der Schwerbehinderung muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen (*st. Rspr., zB BAG 19. Januar 2023 - 8 AZR 437/21 - Rn. 29 mwN*).

aa) Soweit es - wie hier - um eine 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 einen Grund iSv. § 1 AGG bzw. die Schwerbehinderung anknüpft oder durch diese/n motiviert ist, wobei die bloße Mitursächlichkeit genügt (*st. Rspr., zB BAG 19. Januar 2023 - 8 AZR 437/21 - Rn. 30; 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 23, BAGE 176, 226, jeweils mwN*).

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 (*st. Rspr., zB BAG 19. Januar 2023 - 8 AZR 437/21 - Rn. 31; 2. Juni 2022 - 8 AZR 191/21 - Rn. 28, jeweils mwN*).

(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 (*st. Rspr., zB BAG 19. Januar 2023 - 8 AZR 437/21 - Rn. 32; 2. Juni 2022 - 8 AZR 191/21 - Rn. 29, jeweils mwN*).

- (2) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats begründet der Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, 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 (*st. Rspr., zB BAG 19. Januar 2023 - 8 AZR 437/21 - Rn. 33; 2. Juni 2022 - 8 AZR 191/21 - Rn. 30, jeweils mwN*). 22
- (3) 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 (*st. Rspr., zB BAG 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 27, BAGE 176, 226; 23. Januar 2020 - 8 AZR 484/18 - Rn. 36, BAGE 169, 302, jeweils mwN*). 23
- b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Kläger die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen der Schwerbehinderung erfahren. Die Beklagte hat den bei ihr eingerichteten Betriebsrat entgegen den Vorgaben des § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX über die Bewerbung des Klägers nicht unmittelbar nach deren Eingang unterrichtet. Dieser Umstand begründet die Vermutung, dass die Schwerbehinderung des Klägers kausal für die Benachteiligung war. Die Beklagte hat die Kausalitätsvermutung nicht widerlegt. 24
- aa) Die Beklagte hat den bei ihr eingerichteten Betriebsrat entgegen den Vorgaben des § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX über die Bewerbung des Klägers nicht unmittelbar nach deren Eingang unterrichtet. 25
- (1) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts war die Behauptung des nach § 22 AGG für das Indiz primär darlegungspflichtigen Klägers, die Beklagte habe den bei ihr eingerichteten Betriebsrat den Vorgaben des § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX zuwider über seine Bewerbung nicht unmittelbar nach deren Ein- 26

gang unterrichtet, nicht als Behauptung „ins Blaue hinein“ unbeachtlich. Vielmehr hat das Landesarbeitsgericht mit dieser Annahme die Anforderungen an die Substantiierung des klägerischen Vorbringens überspannt.

(a) An die Substantiierungslast der primär darlegungspflichtigen Partei dürfen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. 27

Die Partei ist nicht verpflichtet, den streitigen Lebenssachverhalt in allen Einzelheiten darzustellen (*BAG 3. August 2005 - 10 AZR 585/04 - zu II b der Gründe; BGH 24. Mai 2007 - III ZR 176/06 - Rn. 15*). Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen (*BAG 14. Dezember 2011 - 10 AZR 517/10 - Rn. 13; BGH 10. Januar 2023 - VIII ZR 9/21 - Rn. 14; 5. Oktober 2022 - VIII ZR 88/21 - Rn. 20; 29. Januar 2020 - VIII ZR 80/18 - Rn. 55, BGHZ 224, 302*). Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (*BGH 10. Januar 2023 - VIII ZR 9/21 - aaO; 5. Oktober 2022 - VIII ZR 88/21 - aaO; 29. Januar 2020 - VIII ZR 80/18 - aaO*). 28

(b) In der Rechtsprechung sowohl des Bundesarbeitsgerichts als auch des Bundesgerichtshofs ist zudem anerkannt, dass eine Partei Tatsachen behaupten kann, über die sie mangels entsprechender Erkenntnisquellen oder Sachkunde kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich oder jedenfalls für möglich hält, dh. die sie nur vermutet. Die Grenze zum unzulässigen und damit unbeachtlichen Sachvortrag ist grundsätzlich erst erreicht, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen (*BAG 27. März 2019 - 10 AZR 318/17 - Rn. 19; 10. September 2014 - 10 AZR 959/13 - Rn. 29, BAGE 149, 84; BGH 10. Januar 2023 - VIII ZR 9/21 - Rn. 15; 31. Oktober 2019*) 29

- 1 StR 219/17 - Rn. 60; 24. Mai 2007 - III ZR 176/06 - Rn. 15; 25. April 1995 - VI ZR 178/94 - zu II 2 der Gründe).

(c) Danach hat der Kläger entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts - unter Berücksichtigung der hier gegebenen besonderen Umstände - seiner primären Darlegungslast genügt, indem er behauptet hat, die Beklagte habe den bei ihr eingerichteten Betriebsrat nicht entsprechend den Vorgaben des § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterrichtet. 30

(aa) Vor dem Hintergrund, dass - wie unter Rn. 22 ausgeführt - ein Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung begründet, hat der Kläger mit seinem Vorbringen, die Beklagte habe den Betriebsrat entgegen § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX nicht unmittelbar nach Eingang über seine Bewerbung unterrichtet, Tatsachen behauptet, die in Verbindung mit dem vorstehenden Rechtssatz geeignet sind, die Vermutung zu begründen, dass der Kläger wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt wurde. 31

(bb) Der Kläger durfte die Behauptung, die Beklagte habe den Betriebsrat nicht entsprechend § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterrichtet, auch in den Rechtsstreit einführen, obwohl er dies nur vermutete. Er durfte diese von ihm nur vermutete Tatsache behaupten, weil er mangels eigener Erkenntnisquellen keine sichere Kenntnis von einer fehlenden ordnungsgemäßen Unterrichtung des Betriebsrats hatte und auch nicht erlangen konnte (*vgl. BAG 1. Juli 2021 - 8 AZR 297/20 - Rn. 35, BAGE 175, 228*). Insoweit handelt es sich nämlich um tatsächliche Verhältnisse in der Sphäre der Beklagten, in die der Kläger keinen Einblick hatte und sich zumutbar auch keinen Einblick verschaffen konnte. 32

Entgegen der Annahme der Beklagten war der Kläger nicht gehalten, den damaligen Betriebsratsvorsitzenden der Beklagten, dessen Name dem Kläger bekannt gewesen sei, zu kontaktieren und um Auskunft über eine etwaige Beteiligung des Betriebsrats nach § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX zu ersuchen. Insoweit ist es bereits nicht erkennbar, woraus sich eine Verpflichtung des Betriebsrats 33

ergeben sollte, externe Bewerber über derartige interne Vorgänge im Zusammenhang mit der Beteiligung des Betriebsrats zu informieren.

Anders als die Beklagte meint, traf den Kläger auch nicht die Obliegenheit, die Beklagte - ggf. gestützt auf § 242 BGB - auf Erteilung einer Auskunft über eine etwaige Unterrichtung des Betriebsrats nach § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX in Anspruch zu nehmen. Es ist schon zweifelhaft, ob ein solches Vorgehen dem Kläger angesichts des Fristenregimes aus § 15 Abs. 4 AGG und § 61b ArbGG zumutbar wäre. Ein vorgeschaltetes Auskunftserteilungsverfahren würde jedenfalls dazu führen, dass dem Kläger die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung - hier die Richtlinie 2000/78/EG - verliehenen Rechte entgegen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union - wenn auch nicht praktisch unmöglich gemacht, so doch aber - übermäßig erschwert würde (*vgl. EuGH 16. Januar 2014 - C-429/12 - [Pohl] Rn. 23*). 34

Gleiches gilt, soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, der Kläger hätte - ungeachtet etwaiger Erfolgsaussichten - in jedem Fall einen Versuch unternemen müssen, von dem Betriebsrat oder der Beklagten eine entsprechende Auskunft zu erlangen. Eine solche Anforderung würde eine bloße Förmerei darstellen. 35

(cc) Der Kläger war auch nicht gehalten, für seine Vermutung, die Beklagte habe gegen § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX verstoßen, tatsächliche Anhaltspunkte darzutun und im Bestreitensfall zu beweisen. Der Kläger hat seine Behauptung, die Beklagte habe den Betriebsrat über seine Bewerbung nicht unmittelbar nach deren Eingang unterrichtet, gerade nicht willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt; ihm kann - bei wertender Betrachtung - Willkür, bei deren Annahme nach ständiger Rechtsprechung Zurückhaltung geboten ist (*vgl. oben Rn. 29*), nicht vorgehalten werden. 36

Der Kläger als Bewerber konnte - wie unter Rn. 32 ausgeführt - in einer Situation wie hier aus eigener Kenntnis keine Angaben dazu machen, ob die Beklagte den bei ihr eingerichteten Betriebsrat entsprechend den Vorgaben des § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterrichtet hatte. Insoweit handelt es sich nämlich um tatsächliche Verhältnisse in der Sphäre der Beklagten, in die der Kläger kei- 37

nen Einblick hatte. Er konnte sich - wie ebenfalls unter Rn. 32 f. ausgeführt - auch zumutbar keine näheren Erkenntnisse verschaffen. Dies gilt auch, soweit es um das Vorliegen etwaiger Anhaltspunkte für eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrats durch die Beklagte geht. Entscheidend kommt hinzu, dass - wie unter Rn. 22 ausgeführt - nach ständiger Rechtsprechung des Senats der Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, wie hier § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX, regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung begründet und dass es die Beklagte als Arbeitgeberin war, die die zur Förderung der Eingliederung schwerbehinderter Menschen aus § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX folgende Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Unterrichtung des Betriebsrats traf. Die Beklagte kannte insoweit auch alle wesentlichen Tatsachen, weshalb es ihr unschwer möglich war, hierzu nähere Angaben zu machen. Vor diesem Hintergrund konnte von dem insoweit außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs stehenden Kläger der Vortrag greifbarer Anhaltspunkte für seine Vermutung nicht verlangt werden. Dies steht auch in Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben, wonach die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung - hier die Richtlinie 2000/78/EG - verliehenen Rechte weder praktisch unmöglich gemacht noch übermäßig erschwert werden darf (vgl. *EuGH 16. Januar 2014 - C-429/12 - [Pohl] Rn. 23*) und wonach im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, von den nationalen Gerichten sicherzustellen ist, dass eine Verweigerung von Informationen durch die beklagte Partei nicht die Verwirklichung der mit den Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2006/54/EG verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht (vgl. *EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 40*).

(dd) Nach alledem hat der Kläger schlüssig einen Verstoß der Beklagten gegen ihre Verpflichtung aus § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX, den Betriebsrat über seine Bewerbung unmittelbar nach deren Eingang zu unterrichten, dargetan. 38

(2) Die Beklagte, die im Hinblick auf den vom Kläger behaupteten Verstoß gegen die Verpflichtung aus § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX nach § 138 Abs. 2 ZPO 39

die sekundäre Darlegungslast traf (*zu den Voraussetzungen der sekundären Darlegungslast vgl. BAG 1. Juli 2021 - 8 AZR 297/20 - Rn. 35 mwN, BAGE 175, 228*), konnte sich demzufolge nicht auf ein einfaches Bestreiten beschränken, vielmehr konnte von ihr das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (*vgl. etwa BAG 4. Mai 2022 - 5 AZR 359/21 - Rn. 29; 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 31, BAGE 152, 1*). Die Beklagte hat die Behauptung des Klägers allerdings weder substantiiert noch einfach bestritten, sondern ausdrücklich darauf hingewiesen, aus prinzipiellen Erwägungen von einer Erwiderng abzusehen. Damit gilt der Vortrag des Klägers, wonach die Beklagte den bei ihr eingerichteten Betriebsrat nicht den Vorgaben des § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX entsprechend unterrichtet hat, nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

bb) Da § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX zu den Vorschriften gehört, die Verfahrenspflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, begründet der Verstoß der Beklagten gegen § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass der Kläger die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen der Schwerbehinderung erfahren hat. 40

cc) Die Beklagte hat diese Vermutung nicht widerlegt. 41

(1) Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt - wie unter Rn. 23 ausgeführt - die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. 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 - bzw. hier die Schwerbehinderung - zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben (*vgl. etwa BAG 27. August 2020 - 8 AZR 45/19 - Rn. 30, BAGE 172, 78; 23. Januar 2020 - 8 AZR 484/18 - Rn. 36, BAGE 169, 302*). 42

(2) Danach hat die Beklagte die Vermutung, dass der Kläger die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen der Schwerbehinderung erfahren hat, nicht widerlegt. Die Beklagte hat schon keine Tatsachen vorgetragen, 43

aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere Gründe als die Schwerbehinderung zu der ungünstigeren Behandlung des Klägers geführt haben.

(a) Zwar kann der Arbeitgeber nach ständiger Rechtsprechung des Senats die Vermutung, er habe die klagende Partei wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. wegen der Schwerbehinderung benachteiligt, grundsätzlich dadurch widerlegen, dass er substantiiert dazu vorträgt und im Bestreitensfall beweist, dass er bei der Behandlung aller Bewerbungen nach einem bestimmten Verfahren vorgegangen ist, das eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. der Schwerbehinderung ausschließt (*zu den Anforderungen im Einzelnen: vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 83; 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 89, BAGE 155, 149; 19. Mai 2016 - 8 AZR 583/14 - Rn. 81*). Diese Voraussetzungen erfüllt der Vortrag der Beklagten, die sich lediglich darauf berufen hat, dass der Kläger verschiedene Anforderungen der Stellenausschreibung nicht erfülle, offensichtlich nicht. 44

(b) Ferner kann nach der Rechtsprechung des Senats die Kausalitätsvermutung im Einzelfall nach § 22 AGG widerlegt sein, wenn der Arbeitgeber darlegt und im Bestreitensfall beweist, dass der/die erfolglose Bewerber/in eine formale Qualifikation nicht aufweist oder eine formale Anforderung nicht erfüllt, die unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit/den Beruf an sich ist. Ist dies der Fall, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass die Bewerbung ausschließlich aus diesem Grund ohne Erfolg blieb; mit einer solchen Bewerbung muss der Arbeitgeber sich regelmäßig nicht weiter beschäftigen. In einem solchen Fall besteht demzufolge regelmäßig kein Kausalzusammenhang zwischen der benachteiligenden Behandlung und einem in § 1 AGG genannten Grund (*BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 85*). 45

Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich jedoch nicht, dass der Kläger eine formale Qualifikation nicht aufweist oder eine formale Anforderung nicht erfüllt, die unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der ausgeschriebenen Tätigkeit wäre. Die in der Stellenausschreibung der Beklagten geforderten Qualifikationen sind - anders als dies beispielsweise bei den Voraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit eines Arztes/einer Ärztin nach der Bundesärzte- 46

ordnung (BÄO), der Tätigkeit eines Rechtsanwalts/einer Rechtsanwältin nach der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) oder der Tätigkeit einer Notfallsanitäterin bzw. eines Notfallsanitäters nach dem Gesetz über den Beruf der Notfallsanitäterin und des Notfallsanitäters (Notfallsanitätergesetz) der Fall ist - keine formalen Anforderungen, die unverzichtbare Voraussetzungen für die Ausübung der Tätigkeit eines „Srum Master Energy“ sind. Für die Tätigkeit eines „Srum Master Energy“ gibt es schlechterdings derartige Anforderungen nicht. Dass die Beklagte bestimmte formale Anforderungen, so die geforderten Studienabschlüsse, für unverzichtbar hält, reicht insoweit nicht aus.

4. Das Entschädigungsverlangen des Klägers ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht dem durchgreifenden Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) ausgesetzt. 47

a) Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, sofern eine Person sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihr darum ging, nur den formalen Status als Bewerber/in iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, Ansprüche auf Entschädigung und/oder Schadensersatz geltend zu machen (*BAG 19. Januar 2023 - 8 AZR 437/21 - Rn. 43; grundlegend BAG 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 32 ff., BAGE 155, 149*). 48

b) Danach ist das Entschädigungsverlangen des Klägers nicht dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt. Eine Würdigung sämtlicher Umstände ergibt, dass der Kläger mit seiner Bewerbung nicht nur die formale Position eines Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG erlangen wollte mit dem alleinigen Ziel, Ansprüche auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen zu können. Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der Kläger habe in mehreren parallel geführten Verfahren Entschädigungsansprüche wegen angeblich diskriminierender Stellenabsagen verfolgt. 49

aa) Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann in diesem Zusammenhang nur angenommen werden, wenn sich ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen der Person feststellen lässt, das auf der Erwägung beruht, bei wirtschaft- 50

licher Betrachtungsweise werde letztlich ein auskömmlicher „Gewinn“ verbleiben (vgl. BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 - Rn. 55; 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 67, BAGE 156, 71).

bb) Die von der Beklagten vorgetragenen Umstände rechtfertigen nicht den Schluss, die Bewerbung des Klägers auf die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle und die sich an die Ablehnung anschließende Entschädigungsklage seien Teil eines systematischen und zielgerichteten Vorgehens des Klägers im Rahmen eines „Geschäftsmodells“. Vielmehr verbleibt die „gute Möglichkeit“, dass der Kläger ein ernsthaftes Interesse an dem Erhalt der Stelle hatte, und dass er mit der Erhebung der Entschädigungsklage zulässigerweise seine Rechte nach dem AGG wahrgenommen hat. 51

(1) Soweit die Beklagte geltend macht, der Kläger habe zahlreiche Bewerbungen versandt, kann sie allein hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ein solcher Umstand - für sich betrachtet - erlaubt nicht den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers. Ein solches Vorgehen kann ebenso dafür sprechen, dass der Kläger eine neue berufliche Herausforderung und finanzielle Absicherung suchte und es ihm deshalb mit seiner Bewerbung bei der Beklagten ernst war (vgl. BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 143). 52

(2) Dass der Kläger nach dem Vortrag der Beklagten bei mehreren Bewerbungen nahezu identische Bewerbungsschreiben verwendet hat, ist für sich betrachtet ebenfalls nicht geeignet, den Einwand des Rechtsmissbrauchs zu begründen. Denn wie viel „Mühe“ ein Bewerber sich mit seinem Bewerbungsschreiben und den weiteren Bewerbungsunterlagen gegeben hat, wie ansprechend seine Präsentation ist und wie eindringlich und überzeugend er ein Interesse an der ausgeschriebenen Stelle bekundet hat, mag zwar ein Umstand sein, der für die konkrete Auswahlentscheidung des Arbeitgebers den Ausschlag geben kann. Es existiert hingegen weder ein Erfahrungssatz des Inhalts, dass nur derjenige, der ein solches Bewerbungsschreiben verfasst, an der Stelle interessiert ist, noch der gegenteilige Erfahrungssatz, dass derjenige, dessen Bewerbungsschreiben diesen Vorgaben nicht entspricht, sich nur mit dem Ziel bewirbt, die formale Position des Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem aus- 53

schließlichen Ziel, Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen zu können (vgl. etwa BAG 31. März 2022 - 8 AZR 238/21 - Rn. 47; 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 136 mwN).

(3) Aus den Umständen, dass der Kläger „professionelle Geltendmachungsschreiben“ verwendet, Vergleichsvorschläge unterbreitet und für den Fall einer Nichtannahme unmittelbar mit einer Klage gedroht hat, lässt sich ebenfalls nicht ableiten, dass der Kläger rechtsmissbräuchlich handelt. Ein solches Verhalten - für sich betrachtet - lässt sich ebenso damit erklären, dass ein ernsthaftes Interesse an dem Erhalt der jeweiligen Stelle bestand, und dass der/die Bewerber/in, weil er/sie sich entgegen den Vorgaben des AGG bei der Auswahl- und Besetzungsentscheidung diskriminiert sieht, mit der Entschädigungsklage zulässigerweise seine/ihre Rechte nach dem AGG wahrnimmt (BAG 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 50, BAGE 155, 149). 54

(4) Auch eine Gesamtschau sämtlicher aus Sicht der Beklagten für einen Rechtsmissbrauch sprechenden Umstände ist nicht geeignet, das Entschädigungsverlangen des Klägers als rechtsmissbräuchlich einzuordnen. Es kann nicht angenommen werden, dass er nicht jedenfalls auch daran interessiert war, einen passenden Arbeitsplatz zu finden. Dafür spricht letztlich auch, dass er auf seine Bewerbungen hin am Ende des Jahres 2019 einen Arbeitsplatz bei einem Mitbewerber der Beklagten gefunden und die Stelle auch angetreten hat, auch wenn es sich dabei um eine anders geartete Tätigkeit als die von der Beklagten ausgeschriebene gehandelt haben mag. 55

IV. Der Senat, der abschließend über die Höhe der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG entscheiden kann, hält unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine Entschädigung iHv. 1,5 auf der ausgeschriebenen Stelle erzielbaren Bruttomonatsverdiensten von 5.000,00 Euro, mithin eine Entschädigung iHv. 7.500,00 Euro für angemessen. 56

1. Im Fall einer Nichteinstellung ist für die Bemessung der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG an das Bruttomonatsentgelt anzuknüpfen, das der/die erfolglose Bewerber/in erzielt bzw. ungefähr erzielt hätte, wenn er/sie die ausge- 57

schriebene Stelle erhalten hätte. Dies folgt aus der in § 15 Abs. 2 AGG getroffenen Bestimmung, wonach die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre (*vgl. etwa BAG 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 44, BAGE 176, 226; 28. Mai 2020 - 8 AZR 170/19 - Rn. 24, BAGE 170, 340*).

2. Durch eine Entschädigung iHv. 1,5 auf der Stelle erzielbaren Bruttomonatsverdiensten wird der Kläger angemessen für den durch die unzulässige Diskriminierung - ausschließlich - wegen der (Schwer)Behinderung erlittenen immateriellen Schaden entschädigt; dieser Betrag ist zudem erforderlich, aber auch ausreichend, um die notwendige abschreckende Wirkung zu erzielen. Da es auf ein Verschulden nicht ankommt, können Gesichtspunkte, die mit einer etwaigen Abwesenheit oder einem geringen Grad von Verschulden zusammenhängen, nicht mindernd bei der Bemessung der Entschädigung berücksichtigt werden (*vgl. etwa BAG 28. Mai 2020 - 8 AZR 170/19 - Rn. 20 f., BAGE 170, 340*). Auf der anderen Seite sind im vorliegenden Verfahren aber auch keine Umstände erkennbar, die einen höheren Grad von Verschulden der Beklagten belegen, weshalb auch keine Veranlassung besteht, die Entschädigung höher festzusetzen. Auf die Frage, ob die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG die Kapazitätsgrenze von drei Monatsgehältern nicht übersteigen durfte, weil der Kläger auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, kommt es danach nicht an (*vgl. BAG 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 45, BAGE 176, 226*).

3. Aus dem Umstand, dass es sich bei der Beklagten um eine private Arbeitgeberin handelt, folgt entgegen der Auffassung des Klägers nicht, dass eine höhere Entschädigung als 1,5 auf der Stelle erzielbare Bruttomonatsentgelte angemessen wäre. Der Kläger hat insoweit geltend gemacht, die Entschädigung sei auch eine Sanktion dafür, dass der/die Bewerber/in nicht die Chance erhalte, ein Arbeitseinkommen zu erzielen und dadurch in seinem/ihrer Geltungs- bzw. Achtungsanspruch berührt sei (*vgl. BAG 28. Mai 2020 - 8 AZR 170/19 - Rn. 25, BAGE 170, 340*). Es ist jedoch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Sank-

tion für die entgangene Chance, ein Arbeitseinkommen zu erzielen, bei einem privaten Arbeitgeber höher zu bemessen sein sollte als bei einem öffentlichen Arbeitgeber.

4. Ein höherer Entschädigungsanspruch lässt sich auch nicht mit dem Argument des Klägers begründen, dass er bereits das 50. Lebensjahr vollendet habe, und dass diese Gruppe älterer schwerbehinderter Menschen nach § 155 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX im Rahmen der Erfüllung der Beschäftigungspflicht in angemessenem Umfang zu berücksichtigen ist. Der Kläger macht selbst ausschließlich eine Benachteiligung wegen seiner (Schwer)Behinderung, nicht dagegen eine Benachteiligung auch wegen des Alters geltend. Danach besteht kein Anlass von der bei einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes regelmäßig als angemessen anzusehenden Entschädigungshöhe von 1,5 Bruttomonatsentgelten abzuweichen.

60

Schlewing

Berger

Pulz

F. Rojahn

Schirp