

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 27. März 2025
- 8 AZR 123/24 -
ECLI:DE:BAG:2025:270325.U.8AZR123.24.0

I. Arbeitsgericht Essen

Urteil vom 26. Juli 2022
- 2 Ca 241/22 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 23. April 2024
- 3 Sa 556/22 -

Entscheidungsstichworte:

Stellenbesetzung - Verbindung mit Agentur für Arbeit

Leitsatz:

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, mit der Agentur für Arbeit nach § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX Verbindung aufzunehmen, erfordert die Erteilung eines Vermittlungsauftrags.

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 123/24
3 Sa 556/22
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. März 2025

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 27. März 2025 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Spinner, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel und Dr. Pulz sowie den ehrenamtlichen Richter Avenarius und die ehrenamtliche Richterin Förster für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 23. April 2024 - 3 Sa 556/22 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung im Rahmen eines erfolglosen Bewerbungsverfahrens. 1

Die Beklagte bietet Dienstleistungen im Bereich der IT-Sicherheit an und schrieb im Internet eine Stelle als „Scrum Master / Agile Coach“ aus. Der Kläger bewarb sich mit Schreiben vom 23. August 2021 auf diese Stelle und wies dabei auf seine Schwerbehinderung hin. Die Bewerbung ging am 24. August 2021 bei der Beklagten in elektronischer Form ein. Eine automatisierte Eingangsbestätigung wurde dem Kläger am 24. August 2021 um 12:30 Uhr übermittelt. 2

Die Beklagte, bei der weder ein Betriebsrat noch eine Schwerbehinderertenvertretung gebildet waren, entschied sich für einen Mitbewerber und ließ diesem per E-Mail vom 24. August 2021 um 15:39 Uhr den Entwurf eines Arbeitsvertrags zukommen. Das Original des Vertrags sollte im Lauf der Woche unterzeichnet und dann per Post übersandt werden. Der Mitbewerber bestätigte den Eingang am 24. August 2021 um 16:01 Uhr und erklärte sich mit dem Vertragsinhalt mittels E-Mail vom 26. August 2021 um 10:03 Uhr einverstanden. Der von beiden Parteien unterzeichnete Arbeitsvertrag ging der Beklagten nach Rücksendung durch den Mitbewerber frühestens am 3. September 2021 zu. Bis zu diesem Tag war die Stellenausschreibung im Internet veröffentlicht. Ebenfalls an diesem Tag wurde dem Kläger mitgeteilt, dass seine Bewerbung keine Berücksichtigung gefunden habe. 3

Mit Schreiben vom 6. Oktober 2021 machte der Kläger wegen einer von ihm angenommenen Diskriminierung aufgrund seiner Schwerbehinderung eine Entschädigung iHv. 1,5 Monatsgehältern geltend. Die Beklagte wies diesen Anspruch dem Grund und der Höhe nach mit Schreiben vom 13. Oktober 2021 zurück.

Mit seiner Klage vom 31. Dezember 2021 hat der Kläger seine Entschädigungsforderung aufrechterhalten. Er sei wegen seiner Schwerbehinderung im Auswahlverfahren diskriminiert worden. Hierauf deute hin, dass die Beklagte entgegen § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX nicht frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufgenommen habe. Die Stelle sei nur in unterschiedliche Stellenportale einschließlich der Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit eingespeist worden. Ein Vermittlungsauftrag sei der Agentur für Arbeit aber nicht erteilt worden. Die daraus folgende Indizwirkung sei durch die Beklagte nicht widerlegt worden, insbesondere sei die Stelle bei Eingang seiner Bewerbung noch nicht mit dem Mitbewerber besetzt gewesen. Dies sei erst mit Abschluss des entsprechenden Arbeitsvertrags, dh. frühestens am 3. September 2021, der Fall gewesen. Dementsprechend sei die Stelle wegen des noch offenen Bewerbungsverfahrens bis zum 3. September 2021 im Internet ausgeschrieben gewesen und er selbst habe auch erst mit Schreiben vom 3. September 2021 eine Absage erhalten. Dessen ungeachtet habe er sich auch ausdrücklich „initiativ für andere vakante Stellen“ beworben.

Die Beklagte sei daher ausgehend von einem auf der fraglichen Stelle erzielbaren Monatseinkommen von 5.835,00 Euro brutto zur Zahlung einer Entschädigung iHv. mindestens 8.752,50 Euro verpflichtet.

Der Kläger hat folglich zuletzt beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch den Mindestbetrag von 8.752,50 Euro nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger sei nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt worden. Er habe diesbezüglich schon

kein entsprechendes Indiz aufgezeigt. Ein privater Arbeitgeber sei nicht verpflichtet, der Bundesagentur für Arbeit einen Vermittlungsauftrag für die Besetzung freier Stellen zu erteilen. Dessen ungeachtet könne eine Diskriminierung des Klägers schon deshalb nicht vorliegen, weil der entscheidungsberechtigte Divisionsleiter bereits um 11:09 Uhr am 24. August 2021 per E-Mail die Einstellung des Mitbewerbers genehmigt habe. Damit sei das Auswahlverfahren vor Eingang der Bewerbung des Klägers beendet worden. Die folgende Benachrichtigung des Mitbewerbers und der Abschluss des Arbeitsvertrags hätten den Einstellungsprozess nur formal abgeschlossen.

Aufgrund Säumnis des Klägers im Güetermin hat das Arbeitsgericht die 9
Klage durch Versäumnisurteil abgewiesen. Auf den Einspruch des Klägers hat das Arbeitsgericht das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Die Klage auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG ist nicht begründet. Die 10
Beklagte hat den Kläger nicht wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt.

I. Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Entschädigung nach § 15 11
Abs. 2 AGG sind nicht erfüllt.

1. Der persönliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehand- 12
lungsgesetzes ist jedoch eröffnet. Der Kläger ist formal Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG, weil er eine Bewerbung eingereicht hat (*BAG 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 16, BAGE 176, 226*). Die Beklagte ist Arbeitgeberin iSv. § 6 Abs. 2 AGG.

2. Die nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG und § 61b Abs. 1 ArbGG zu wahren- 13
den Fristen wurden eingehalten (*vgl. hierzu BAG 25. Juli 2024 - 8 AZR 21/23 -*

Rn. 25 ff.). Der Kläger hat ausgehend vom frühestmöglichen Zeitpunkt, dh. dem Zugang der Ablehnung am 3. September 2021, den Anspruch auf Entschädigung mit Schreiben vom 6. Oktober 2021 unstreitig innerhalb der Frist von zwei Monaten nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG schriftlich geltend gemacht. Anschließend hat er mit seiner Klage vom 31. Dezember 2021 gemäß § 61b Abs. 1 ArbGG innerhalb von drei Monaten nach der Geltendmachung die Klage auf Entschädigung erhoben. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerfrei entschieden, dass die Klage am 31. Dezember 2021 formwirksam gemäß § 46c Abs. 4 Nr. 1 ArbGG per De-Mail eingereicht wurde. Dies stellt die Beklagte im Revisionsverfahren auch nicht in Abrede.

3. Der Kläger hat jedoch mangels Benachteiligung wegen der Behinderung keinen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG. 14

a) Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes 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 Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. 15

b) Der Kläger wurde dadurch unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt, dass er von der Beklagten 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 Bewerberinnen und Bewerber gegeben hat, ob deren Bewerbungen Erfolg hatten und ob sie die Stelle angetreten haben, kommt es nicht an (*vgl. BAG 23. November 2023 - 8 AZR 212/22 - Rn. 23, BAGE 182, 196; 14. Juni 2023 - 8 AZR 136/22 - Rn. 16, BAGE 181, 206*). 16

- c) Der Kläger hat ein hinreichendes Indiz iSv. § 22 AGG vorgetragen, das eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung vermuten lässt. Die Beklagte hat mit der Agentur für Arbeit nicht ordnungsgemäß iSv. § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX Verbindung aufgenommen. Es fehlt an der Erteilung eines Vermittlungsauftrags. 17
- aa) Das spezielle Benachteiligungsverbot des § 164 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verbietet eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung. Zwischen der Benachteiligung und der Schwerbehinderung muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen (*st. Rspr., vgl. BAG 25. April 2024 - 8 AZR 143/23 - Rn. 25*). 18
- bb) Grundsätzlich trägt die Person, die einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend macht, die Darlegungslast für das Vorliegen seiner Voraussetzungen. § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang jedoch 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 bzw. der Schwerbehinderung vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Es bedarf des Vortrags von Indizien, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bzw. der Schwerbehinderung erfolgt ist. Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (*BAG 25. Januar 2024 - 8 AZR 318/22 - Rn. 10, BAGE 182, 354*). 19
- cc) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, es liege ein Verstoß gegen § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX mit der Folge vor, dass die Vermutungswirkung nach § 22 AGG eingreift. 20
- (1) Arbeitgeber sind nach § 164 Abs. 1 Satz 1 SGB IX verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Sie nehmen nach § 164 Abs. 1 Satz 2 21

SGB IX frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit auf. Die Bundesagentur für Arbeit oder ein Integrationsfachdienst schlägt den Arbeitgebern geeignete schwerbehinderte Menschen vor (§ 164 Abs. 1 Satz 3 SGB IX).

(2) Ein Verstoß gegen § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX kann die Vermutung einer Benachteiligung wegen Schwerbehinderung iSv. § 22 AGG begründen (so bereits zu § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX aF BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 45; ebenso bzgl. § 165 Satz 1 SGB IX BAG 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 41, BAGE 176, 226). Dies entspricht dem Grundsatz, wonach bei schwerbehinderten Menschen und diesen gleichgestellten behinderten Menschen der Verstoß des Arbeitgebers gegen Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung iSv. § 22 AGG begründet (st. Rspr., vgl. BAG 23. November 2023 - 8 AZR 212/22 - Rn. 26 mwN, BAGE 182, 196). 22

(3) Die Beklagte hat gegen § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verstoßen. 23

(a) Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die frühzeitige Verbindungsaufnahme gemäß § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX die ausdrückliche Erteilung eines Vermittlungsauftrags gegenüber der bei der Bundesagentur für Arbeit nach § 187 Abs. 4 SGB IX vorgesehenen Stelle auf einem von der Bundesagentur dafür vorgesehenen Kommunikationsweg umfassen muss. Dies beinhaltet die Angabe der für eine Vermittlung erforderlichen Daten. Erst dadurch wird die in § 164 Abs. 1 Satz 3 SGB IX vorgesehene Unterbreitung von Vermittlungsvorschlägen durch die Bundesagentur für Arbeit ermöglicht und dem Gesetzeszweck entsprochen. Dieser ergibt sich aus der Gesetzeshistorie. Die in § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX begründete Verpflichtung zur frühzeitigen Verbindungsaufnahme mit der Agentur für Arbeit geht auf die Neufassung von § 14 SchwbG zum 1. Oktober 2000 (BGBl. I S. 1394) zurück. Der Gesetzgeber bezweckte die Ermöglichung von Vermittlungsvorschlägen des damaligen Arbeitsamts um die Arbeitslosigkeit schwerbehinderter Menschen zu bekämpfen (vgl. BT-Drs. 14/3372 S. 18). Daran hat sich im Rahmen der folgenden Gesetzesänderungen inhaltlich nichts geändert. Sowohl § 81 Abs. 1 SGB IX aF als auch der 24

seit dem 1. Januar 2018 geltende § 164 Abs. 1 SGB IX sehen die Verbindungsaufnahme und das Unterbreiten von Vermittlungsvorschlägen durch das Arbeitsamt bzw. die Agentur für Arbeit vor. Das bloße Einstellen einer Suchanzeige auf dem Vermittlungsportal der Bundesagentur für Arbeit (Jobbörse) ist daher nicht ausreichend (*ebenso: LAG Berlin-Brandenburg 12. Dezember 2013 - 26 TaBV 1164/13 - zu II 2 c bb der Gründe zu § 81 SGB IX aF; LAG Köln 30. Juni 2021 - 11 Sa 1172/20 - zu II 4 b der Gründe; LPK-SGB IX/Franz Josef Düwell 6. Aufl. SGB IX § 164 Rn. 138; BeckOK SozR/Brose Stand 1. März 2025 SGB IX § 164 Rn. 9; ErfK/Rolfs 25. Aufl. SGB IX § 164 Rn. 2; Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens 5. Aufl. SGB IX § 164 Rn. 9; Knickrehm/Roßbach/Waltermann/Kohte 8. Aufl. SGB IX §§ 164, 165 Rn. 5; Thies in Henssler/Willemsen/Kalb Arbeitsrecht Kommentar 11. Aufl. § 164 SGB IX Rn. 5).*

(b) Entgegen der Auffassung der Beklagten steht dies nicht im Widerspruch zu den besonderen Pflichten der öffentlichen Arbeitgeber nach § 165 SGB IX. 25

(aa) Nach § 165 Satz 1 SGB IX melden die Dienststellen der öffentlichen Arbeitgeber den Agenturen für Arbeit ua. frühzeitig frei werdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze. Diesbezüglich ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannt, dass eine ordnungsgemäße Meldung die Erteilung eines Vermittlungsauftrags an die bei der Bundesagentur für Arbeit eingerichteten besonderen Stellen (§ 187 Abs. 4 SGB IX) voraussetzt und die bloße Veröffentlichung eines Stellenangebots über die Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit nicht ausreicht, weil dies nicht deren Vermittlungsservice auslöst (*BAG 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 38, BAGE 176, 226*). Diese Rechtsprechung ist auf § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX zu übertragen, auch wenn der Gesetzgeber nur den öffentlichen Arbeitgebern mit § 165 SGB IX eine besondere Verantwortung und eine Vorbildfunktion übertragen hat (*vgl. BAG 25. Januar 2024 - 8 AZR 318/22 - Rn. 23, BAGE 182, 354*). Hinsichtlich des Zwecks der Einschaltung der Bundesagentur für Arbeit besteht zwischen § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX und § 165 Satz 1 SGB IX kein Unterschied. Beide Normen dienen der Verbesserung der Arbeitsmarktchancen schwerbehinderter Menschen und damit auch der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, denn es handelt sich jeweils um „Vorkeh-

26

rungen“ iSv. Art. 5 dieser Richtlinie (vgl. BAG 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 36, aaO; zu § 81 SGB IX aF BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 21, BAGE 119, 262).

(bb) Dessen ungeachtet verbleibt es bei einer Erweiterung der Arbeitgeberpflichten durch § 165 Satz 1 SGB IX. Im Gegensatz zu privaten Arbeitgebern haben öffentliche Arbeitgeber nach dem Gesetzeswortlaut nicht nur „freie Arbeitsplätze“, sondern auch „frei werdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze“ zu melden, wenn eine Prüfung zur internen Besetzung erfolglos blieb. Sie müssen damit auch ihren voraussichtlichen Personalbedarf mitteilen (*NK-ArbR/Euler 2. Aufl. SGB IX Anh. § 165 Rn. 3*). Auch wenn die Rechtsprechung die auf „freie Arbeitsplätze“ bezogene Prüfpflicht weit versteht und ebenfalls auf „frei werdende oder neu geschaffene Arbeitsplätze“ erstreckt (so zu § 81 SGB IX aF BAG 23. Juni 2010 - 7 ABR 3/09 - Rn. 28, BAGE 135, 57), sieht § 165 Satz 1 SGB IX eine „noch frühzeitigere“ Einschaltung der Bundesagentur für Arbeit vor (vgl. *Neumann/Pahlen/Greiner/Winkler/Westphal/Krohne/Greiner 15. Aufl. SGB IX § 165 Rn. 6*). Zudem lässt das Erfordernis der „Meldung“ darauf schließen, dass der vollständige Text der Ausschreibung frühzeitig zu übermitteln ist und nicht nur „Verbindung“ aufgenommen werden soll (vgl. *Fuchs/Ritz/Rosenow/Ritz 7. Aufl. SGB IX § 165 Rn. 5; zum Inhalt der Meldung vgl. Kossens/von der Heide/Maaß/Kossens 5. Aufl. SGB IX § 165 Rn. 5*). Die erhöhten Anforderungen an die Meldung lassen sich auch § 165 Satz 2 SGB IX entnehmen, wonach bereits mit der Meldung die Zustimmung zur Veröffentlichung der Stellenangebote als erteilt gilt.

(c) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, die Beklagte habe gegen § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verstoßen. Dies ergibt sich schon aus dem Vortrag der Beklagten. Demnach hat sie keinen Vermittlungsauftrag erteilt, sondern nur eine automatisierte Einstellung der Suchanzeige in die Jobbörse der Bundesagentur für Arbeit veranlasst.

d) Die Beklagte hat die daraus folgende Vermutung einer Benachteiligung des Klägers wegen seiner Schwerbehinderung jedoch widerlegt.

- aa) Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Hierfür gilt 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 oder die Schwerbehinderung zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben (*BAG 1. Juli 2021 - 8 AZR 297/20 - Rn. 22, BAGE 175, 228*). 30
- bb) Das Landesarbeitsgericht hat innerhalb seines Beurteilungsspielraums ohne revisiblen Rechtsfehler erkannt, dass das Auswahlverfahren bereits abgeschlossen war, als die Bewerbung des Klägers eingegangen ist, und dies eine Diskriminierung des Klägers ausschließt. 31
- (1) Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob die von dem Arbeitgeber vorgebrachten Tatsachen den Schluss darauf zulassen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat, ist nur eingeschränkt revisibel. Die revisionsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf zu prüfen, ob die Würdigung der Tatsachengerichte rechtlich möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (*BAG 23. Januar 2020 - 8 AZR 484/18 - Rn. 67, BAGE 169, 302; vgl. BAG 16. Februar 2023 - 8 AZR 450/21 - Rn. 47, BAGE 180, 194*). 32
- (2) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die nach § 22 AGG begründete Vermutung widerlegt sein kann, sofern der Arbeitgeber substantiiert vorträgt und ggf. beweist, dass das Auswahlverfahren bereits abgeschlossen war, bevor die Bewerbung der klagenden Partei bei ihm eingegangen ist. Deren Schwerbehinderung kann dann im Regelfall nicht „Bestandteil eines Motivbündels“ gewesen sein, das die Entscheidung des Arbeitgebers (mit)beeinflusst hat (*vgl. hierzu BAG 2. Juni 2022 - 8 AZR 191/21 - Rn. 45 mwN, BAGE 178, 189*). Allerdings schließt der Umstand, dass eine ausgeschriebene Stelle bereits vor Eingang der Bewerbung der klagenden Partei besetzt wurde, nicht generell deren Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG aus (*BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 42*). Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an, beispielsweise darauf, ob ggf. eine vom Arbeitgeber gesetzte Bewerber-

bungsfrist unterlaufen wurde und/oder ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine bereits vor Eingang einer Bewerbung erfolgte Stellenbesetzung gleichwohl zu einer Benachteiligung des nicht berücksichtigten Bewerbers führte (*BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 90, BAGE 156, 71; 19. August 2010 - 8 AZR 370/09 - Rn. 30; zu nachträglichen Bewerbungen im öffentlichen Dienst BAG 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 30*).

(3) Dementsprechend muss auch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entschieden werden, zu welchem Zeitpunkt das Auswahlverfahren bezogen auf die Besetzung einer bestimmten Stelle abgeschlossen war. Dies ist zwar spätestens dann der Fall, wenn der Arbeitsvertrag mit dem erfolgreichen Bewerber abgeschlossen wurde (*vgl. LAG Berlin-Brandenburg 11. Oktober 2018 - 26 Sa 681/18 - zu II 2 b bb der Gründe*). Der für die Beurteilung einer Benachteiligung maßgebliche Zeitpunkt kann jedoch schon vorher gegeben sein, denn die Benachteiligung liegt nicht im Erfolg eines Mitbewerbers, sondern in der Ablehnung des erfolglosen Bewerbers (*vgl. oben Rn. 16*). Diese kann auch dann eine Diskriminierung darstellen, wenn kein anderer Bewerber einen Arbeitsvertrag angeboten bekommt und folglich kein Zeitpunkt eines Vertragsschlusses gegeben ist. Entscheidend für die Prüfung eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG ist daher der Zeitpunkt der Entscheidung, die Stelle nicht mit dem Bewerber zu besetzen, der den Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend macht. Diese Entscheidung kann im Sinne einer positiven Entscheidung für einen anderen Bewerber oder im Sinne einer nur negativen Entscheidung gegen den abgelehnten Bewerber getroffen werden. So kann ein Bewerber zB bereits im Rahmen einer Vorauswahl aus diskriminierenden Gründen abgelehnt werden (*vgl. bereits BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 24*). Es ist dann für seinen Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ohne Bedeutung, ob und wann später ein Vertrag mit einem Mitbewerber geschlossen wurde. Gleiches gilt für die Frage, wann der abgelehnte Bewerber von den die Diskriminierung begründenden Umständen erfahren hat. Dies hat nur Bedeutung für den Beginn der Geltendmachungsfrist nach § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG.

34

(4) Demnach hat das Landesarbeitsgericht hier zu Recht nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nach §§ 145 ff. BGB mit dem erfolgreichen Bewerber oder dessen vorherige Äußerungen abgestellt, sondern auf die durch den zuständigen Divisionsleiter getroffene Einstellungsentscheidung zu dessen Gunsten. Mit dieser war nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Landesarbeitsgerichts das Auswahlverfahren beendet, denn damit wurde nach dem von der Beklagten bestimmten Auswahlprozess abschließend über die Besetzung der fraglichen Stelle entschieden. Der Divisionsleiter hat dies ebenso wie die Personalleiterin und deren Mitarbeiterin in der Beweisaufnahme bestätigt. Diese hat zur Überzeugung des Landesarbeitsgerichts weiter ergeben, dass vorliegend der Divisionsleiter am 24. August 2021 bereits um 11:09 Uhr die endgültige Besetzungsentscheidung getroffen hatte, die Bewerbung des Klägers an diesem Tag aber erst um 12:30 Uhr eingegangen war. Die Revision erhebt diesbezüglich keine Rügen, ein Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts ist auch nicht erkennbar. 35

(5) Damit steht entgegen der Auffassung der Revision fest, dass der Kläger sich erst nach Abschluss des Auswahlverfahrens beworben hat und folglich durch die Auswahlentscheidung nicht wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt wurde. Der Umstand, dass die Stelle noch bis zum 3. September 2021 im Internet ausgeschrieben war und dem Kläger erst an diesem Tag die Absage mitgeteilt wurde, ist entsprechend der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ohne Belang. Der Kläger hat sich dessen ungeachtet auf eine nicht mehr offene, sondern bereits besetzte Stelle beworben. Die weitere Annoncierung ändert nichts daran, dass die Beklagte den Kläger deswegen nicht in die Auswahl bei der Stellenbesetzung einbezogen hat, weil sie ihn in Ermangelung einer im Zeitpunkt der Besetzungsentscheidung vorliegenden Bewerbung nicht einbeziehen konnte (*vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 370/09 - Rn. 30*). Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angeführt, dass durch die weitere Ausschreibung das Bewerbungsverfahren nicht verlängert wurde. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass nach der Einstellungsentscheidung die Stellenanzeige generell online bleibe, die eingehenden Bewerbungen aber nicht mehr ausgewertet würden („Freeze“). Diese Vorgehensweise ist nicht zu beanstanden. Geht ein Arbeitgeber davon aus, dass 36

erst der schriftliche Abschluss eines Vertrags mit dem ausgewählten Bewerber rechtsverbindlich ist, kann er sich bis zur Übermittlung des gegengezeichneten Vertrags nicht sicher sein, ob der ausgewählte Bewerber das Vertragsangebot annimmt. Es bleibt dem Arbeitgeber daher unbenommen, die Ausschreibung bis zum Vertragsschluss noch offenzuhalten, um bessere Voraussetzungen für eine etwaige Neueröffnung des Verfahrens zu schaffen. Aus dem gleichen Grund ist er nicht gehindert, allen anderen Bewerbern erst nach Abschluss des Vertrags mit dem ausgewählten Bewerber abzusagen. Dies gilt auch für solche Bewerber, die sich unwissentlich erst nach der Auswahlentscheidung beworben oder unabhängig von einer konkreten Ausschreibung eine Initiativbewerbung vorgenommen haben. Soweit die Revision behauptet, die Beklagte habe das Bewerbungsverfahren bis zum Eingang des vom Mitbewerber unterschriebenen Arbeitsvertrags offenlassen wollen, entbehrt dies jeder Grundlage. Dies hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei erkannt. Nicht nur die Beweisaufnahme, sondern auch der mit dem Mitbewerber ab dem 24. August 2021 geführte E-Mail-Verkehr belegen, dass es bei der Übersendung und Rücksendung des schriftlichen Arbeitsvertrags aus Sicht der Beklagten nur um die formale Umsetzung der am 24. August 2021 getroffenen Einstellungsentscheidung ging. Dem hätten im Übrigen auch Änderungen am Vertragstext nicht entgegengestanden.

cc) Hinsichtlich der Initiativbewerbung des Klägers auf andere vakante Stellen führt die Revision nicht an, welche anderen Besetzungsverfahren das Landesarbeitsgericht hätte prüfen müssen. Solche sind auch nicht ersichtlich. 37

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 38

Spinner

Pulz

Krumbiegel

F. Avenarius

Förster