

Bundesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Art. 12, 33 GG, §§ 1, 8, 15 AGG, §§ 81 82 SGB IX

- 1. Öffentliche Arbeitgeber haben einen schwerbehinderten Bewerber nach § 82 S. 2 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Diese Pflicht besteht nach § 82 S. 3 SGB IX nur dann nicht, wenn dem schwerbehinderten Menschen die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Ein schwerbehinderter Bewerber muss bei einem öffentlichen Arbeitgeber die Chance eines Vorstellungsgesprächs bekommen, wenn seine fachliche Eignung zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Er soll den Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch von seiner Eignung überzeugen können.**
- 2. Ein Arbeitgeber bleibt für die Dauer des Auswahlverfahrens an das in der veröffentlichten Stellenbeschreibung bekannt gegebene Anforderungsprofil gebunden.**
- 3. Beweist ein schwerbehinderter Beschäftigter oder Bewerber Indizien, die eine Benachteiligung wegen seiner Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorliegt. Ein Indiz für eine Benachteiligung ist bei einem öffentlichen Arbeitgeber die unterbliebene Einladung des schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch.**
- 4. Der Entschädigungsanspruch aus § 15 II AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 81 II 1 SGB IX geregelte Verbot der Benachteiligung schwerbehinderter Beschäftigter voraus. Danach darf der Schwerbehinderte nicht „wegen seiner Behinderung“ benachteiligt werden. Die Schwerbehinderung ist nicht (mit-) ursächlich für die Benachteiligung, wenn der Arbeitgeber beweist, dass für sein Handeln ausschließlich andere Gründe als die Schwerbehinderung maßgebend waren.**
- 5. Der Entschädigungsanspruch aus §§ 81 II 1, 82 S. 2 SGB IX i.V. mit § 15 II AGG schützt das Recht des Bewerbers auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren.**

BAG, Urteil vom 21.07.2009, Az.: 9 AZR 431/08

Tenor:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 24. April 2008 - 4 Sa 1077/07 - aufgehoben.

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

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten darüber, ob der beklagte Landkreis eine Entschädigung zu zahlen hat, weil er den schwerbehinderten Kläger bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses wegen seiner Behinderung benachteiligte.

2

Der Kläger hat einen Grad der Behinderung von 50. Er hat die beiden juristischen Staatsexamina mit „ausreichend“ - 5,59 Punkte in der Ersten und 4,60 Punkte in der Zweiten juristischen Staatsprüfung - bestanden. Der Kläger war in den Jahren 1997 bis 2001 aufgrund mehrerer befristeter Arbeitsverträge als Volljurist im Rechtsamt der Stadt O beschäftigt. Danach war er von Januar 2002 bis Dezember 2003 als Leiter der Rechtsschutzabteilung O des S e. V. tätig. Er arbeitet seit Ende des Jahres 2004 als selbständiger Rechtsanwalt mit den Tätigkeitsschwerpunkten Sozial-, Arbeits-, Miet-, Haftungs- und Verwaltungsrecht.

3

Der Beklagte schrieb am 19. September 2006 auf der Internetseite der Bundesagentur für Arbeit eine auf zwei Jahre befristete Teilzeitstelle in Entgeltgruppe 13, Stufe 2 TVöD aus. Die Arbeitszeit sollte 50 % einer Vollzeitbeschäftigung betragen. Die Stellenausschreibung lautete auszugsweise:

„Stellenbeschreibung

Ihre Aufgabe: Rechtsberatung einschließlich Prozessführung für die gesamte Kreisverwaltung.

Wir erwarten ein abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften, I. oder II. Staatsexamen. Gewünscht werden besondere Kenntnisse im allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht.

Schwerbehinderte werden bei gleicher Eignung bevorzugt berücksichtigt.

...

Berufs-/Ausbildungsbezeichnung

Jurist/in (Uni) (I. oder II. Staatsexamen)

Kenntnisse und Fertigkeiten

Beratung: vorhanden

Kommunalrecht: vorhanden

Verwaltungsrecht: gut“

4

Der Beklagte hatte der Stellenbeschreibung nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ein Anforderungsprofil vom 24. August 2006 zugrunde gelegt. Danach verlangte er die Erste und die Zweite juristische Staatsprüfung. Neben besonderen Kenntnissen im allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht setzte er

ausgezeichnete Rechtskenntnisse voraus, insbesondere auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Diese Kenntnisse sollten nach den Ausführungen im Berufungsurteil durch entsprechende Examensnoten dokumentiert sein.

5

Der Kläger bewarb sich mit Schreiben vom 22. September 2006 um die auf der Homepage der Bundesagentur für Arbeit ausgeschriebene Stelle. Insgesamt bewarben sich 180 Personen. Der Beklagte berücksichtigte Bewerbungen mit zwei ausreichenden Staatsexamina - ua. die des Klägers - von vornherein nicht. In einer zweiten Stufe schieden alle Bewerber mit zwei befriedigenden Examina aus dem Auswahlverfahren aus. In die engere Auswahl kamen 25 Bewerber mit einem mindestens vollbefriedigenden und einem befriedigenden Staatsexamen. Der Beklagte lud acht Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch ein. Der Kläger wurde nicht eingeladen.

6

Der Beklagte lehnte die Bewerbung des Klägers mit Schreiben vom 13. Dezember 2006 mit dem Hinweis ab, dass er sich für einen Mitbewerber entschieden habe. Das Ablehnungsschreiben ging dem Kläger am 19. Dezember 2006 zu. Der Kläger machte gegenüber dem Beklagten unter dem 6. Februar 2007 ua. wegen des Verstoßes gegen die Einladungspflicht aus § 82 Satz 2 SGB IX eine Entschädigung von drei Monatsvergütungen in der Gesamthöhe von 4.929,75 Euro geltend. Das Schreiben ging dem Beklagten am 8. Februar 2007 zu.

7

Der Kläger stützt seine am 14. März 2007 beim Arbeitsgericht eingegangene und dem Beklagten am 21. März 2007 zugestellte Entschädigungsklage darauf, dass der Beklagte ihn nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und damit gegen § 82 Satz 2 SGB IX verstoßen habe. Der Beklagte habe außerdem die Schwerbehindertenvertretung entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX nicht oder nicht ordnungsgemäß über den Eingang seiner Bewerbung informiert und die Pflicht zur Unterrichtung des Klägers über die Gründe der Ablehnung aus § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX verletzt.

8

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 4.929,75 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 21. Februar 2007 zu zahlen.

9

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er meint, eine Verletzung der Einladungspflicht aus § 82 Satz 2 SGB IX scheide im Hinblick auf das Anforderungsprofil aus. Der Beklagte hätte in einer Konkurrentenklage nicht darlegen können, weshalb der Kläger seinen Mitbewerbern mit besseren Examensnoten hätte vorgezogen werden sollen. Die vom Gesetz beabsichtigte Besserstellung des schwerbehinderten gegenüber dem nicht behinderten Bewerber durch ein Vorstellungsgespräch könne hier nicht erreicht werden. Dem Kläger fehle offensichtlich die fachliche Eignung. Jedenfalls habe der Beklagte die Vermutung einer Benachteiligung widerlegt. Die Bewerbung des Klägers sei zudem nicht ernsthaft gewesen, wie die Vielzahl seiner Entschädigungsklagen zeige.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht

zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Klage durfte mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht abgewiesen werden. Der Kläger hat dem Grunde nach Anspruch auf eine Entschädigung. Der Senat kann nicht abschließend über die Höhe des Anspruchs entscheiden. Insoweit fehlen tatsächliche Feststellungen, die das Landesarbeitsgericht innerhalb seines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums rechtlich zu würdigen haben wird.

12

A. Das Berufungsurteil ist aufzuheben. Dem Kläger steht entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts aus § 81 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 82 Satz 2 und 3 SGB IX iVm. §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Satz 1, § 6 Abs. 1 Satz 2, § 15 Abs. 2, § 22 AGG eine der Höhe nach noch festzusetzende Entschädigung zu.

13

I. Nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX dürfen Arbeitgeber schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots schuldet der Arbeitgeber nach § 15 Abs. 2 Satz 1 und 2 AGG eine angemessene Entschädigung in Geld, die drei Monatsvergütungen nicht übersteigen darf, wenn der Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Als Beschäftigte gelten auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG).

14

II. Die Rechtsfolgen der Benachteiligungshandlung des Beklagten bestimmen sich bereits nach dem am 18. August 2006 in Kraft getretenen AGG.

15

1. Für das anzuwendende Recht kommt es auf den Zeitpunkt der Benachteiligungshandlung an. IdR ist die zugrunde liegende Entscheidung des Arbeitgebers maßgeblich, etwa die Entscheidung, einen Bewerber nicht einzustellen (Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 22, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17).

16

2. Der Beklagte lehnte die Bewerbung mit Schreiben vom 13. Dezember 2006 ab, das dem Kläger am 19. Dezember 2006 zugeing. Der Beklagte traf seine Entscheidung damit erst nach Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006.

17

III. Die Klagefrist ist gewahrt.

18

1. Nach § 61b Abs. 1 ArbGG muss eine Klage auf Entschädigung nach § 15 AGG innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden.

19

2. Das Geltendmachungsschreiben des Klägers vom 6. Februar 2007 ging dem Beklagten am 8. Februar 2007 zu. Die Klage ist am 14. März 2007 anhängig und am 21. März 2007 rechtshängig geworden (§ 253 Abs. 1, § 167 ZPO).

20

IV. Die vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen lassen eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung vermuten. Der Kläger wurde zu Unrecht nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Die daraus folgende Vermutung hat der Beklagte nicht widerlegt. Die rechtliche Würdigung der festgestellten Tatsachen trägt die vom Berufungsgericht angenommene Widerlegung der Benachteiligungsvermutung und damit die Klageabweisung nicht.

21

1. Der Beklagte benachteiligte den Kläger im Rahmen der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle eines Juristen wegen seiner Behinderung. Das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, die unterbliebene Einladung zu einem Vorstellungsgespräch sei geeignet, eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung des Klägers vermuten zu lassen.

22

a) Der öffentliche Arbeitgeber hat den schwerbehinderten Bewerber nach § 82 Satz 2 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Diese Pflicht besteht nach § 82 Satz 3 SGB IX nur dann nicht, wenn dem schwerbehinderten Menschen die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Ein schwerbehinderter Bewerber muss bei einem öffentlichen Arbeitgeber die Chance eines Vorstellungsgesprächs bekommen, wenn seine fachliche Eignung zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Selbst wenn sich der öffentliche Arbeitgeber aufgrund der Bewerbungsunterlagen schon die Meinung gebildet hat, ein oder mehrere andere Bewerber seien so gut geeignet, dass der schwerbehinderte Bewerber nicht mehr in die nähere Auswahl komme, muss er den schwerbehinderten Bewerber nach dem Gesetzesziel einladen. Der schwerbehinderte Bewerber soll den öffentlichen Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch von seiner Eignung überzeugen können. Wird ihm diese Möglichkeit genommen, liegt darin eine weniger günstige Behandlung, als sie das Gesetz zur Herstellung gleicher Bewerbungschancen gegenüber anderen Bewerbern für erforderlich hält. Der Ausschluss aus dem weiteren Bewerbungsverfahren ist eine Benachteiligung, die in einem ursächlichen Zusammenhang mit der Behinderung steht (Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 44, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17; 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 24, BAGE 119, 262). Der Ausschluss benachteiligt den schwerbehinderten Menschen unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG.

23

b) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, wonach dem Kläger für die ausgeschriebene Stelle nicht offensichtlich die fachliche Eignung iSv. § 82 Satz 3 SGB IX fehlte, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

24

aa) Ob ein Bewerber offensichtlich nicht die notwendige fachliche Eignung hat, beurteilt sich nach den Ausbildungs- oder Prüfungsvoraussetzungen für die zu besetzende Stelle und den einzelnen Aufgabengebieten (Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 45 und 48, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17; 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 25, BAGE 119, 262). Diese Erfordernisse werden von den in der Stellenausschreibung geforderten Qualifikationsmerkmalen konkretisiert. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Durch die Bestimmung des Anforderungsprofils für einen Dienstposten legt der Dienstherr die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest (vgl. Senat 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 32 f., aaO). Das Anforderungsprofil muss die objektiven Anforderungen der Stelle abbilden. Die Ausschreibung dient der Absicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs potenzieller Bewerber. Für das Auswahlverfahren

bleibt die Dienstpostenbeschreibung verbindlich. Die Funktionsbeschreibung des Dienstpostens bestimmt objektiv die Kriterien, die der Inhaber erfüllen muss (Senat 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - zu III 2 b aa der Gründe, BAGE 114, 80).

25

bb) Der Kläger hat mit Bestehen der beiden Staatsexamina die Befähigung zum Richteramt, dh. die Qualifikation eines sog. Volljuristen erlangt. Entgegen der Auffassung des Beklagten fehlte ihm auch nicht deshalb offensichtlich die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Stelle iSv. § 82 Satz 3 SGB IX, weil er beide Staatsprüfungen nur mit der Note „ausreichend“ ablegte.

26

(1) Nach der von der Bundesagentur für Arbeit am 19. September 2006 im Internet veröffentlichten Stellenausschreibung verlangte der Beklagte nur eines der beiden Staatsexamina, besondere Kenntnisse im allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht, gute Kenntnisse und Fertigkeiten im Verwaltungsrecht sowie vorhandene Kenntnisse und Fertigkeiten im Kommunalrecht. Bestimmte Mindestexamensnoten forderte er nicht. Diese Voraussetzungen erfüllte der Kläger. Er bestand beide Staatsprüfungen. Darüber hinaus sammelte er von 1997 bis 2001 im Rechtsamt einer Gemeinde, der Stadt O, praktische Erfahrungen im Verwaltungs- und Kommunalrecht und ist seit Ende 2004 als Rechtsanwalt ua. auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts tätig. Er war damit für die zu besetzende Stelle geeignet.

27

(2) Der Beklagte kann sich für eine offensichtlich fehlende fachliche Eignung des Klägers nicht mit Erfolg darauf berufen, er habe aufgrund des schon im August 2006 festgelegten Anforderungsprofils eine Vorauswahl vorgenommen und Bewerber mit nur ausreichenden Examensnoten nicht in die engere Auswahl einbezogen.

28

(a) Auch das Anforderungsprofil von August 2006 nennt keine konkreten Mindestnoten, sondern verlangt ausgezeichnete, nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts durch entsprechende Examensnoten zu dokumentierende Rechtskenntnisse insbesondere auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Der Beklagte änderte mit der Vorauswahl daher nicht nachträglich das Anforderungsprofil der Stelle. Er traf vielmehr eine schematische negative Auswahl anhand der Examensergebnisse. Der Kläger blieb im Hinblick auf § 82 Satz 2 SGB IX für die Stelle weiter geeignet. Der Ausschlussstatbestand des § 82 Satz 3 SGB IX setzt eine offensichtlich fehlende Eignung voraus. Die Regelung lässt die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers zur Einladung zum Vorstellungsgespräch nicht schon dann entfallen, wenn der schwerbehinderte Mensch mutmaßlich schlechter geeignet ist als ein oder mehrere Mitbewerber. Der schwerbehinderte Bewerber soll durch die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch die Chance bekommen, den öffentlichen Arbeitgeber trotz der schlechteren „Papierform“ von seiner Eignung zu überzeugen.

29

(b) Selbst wenn zugunsten des Beklagten unterstellt wird, dass die im Anforderungsprofil verlangten „ausgezeichneten Rechtskenntnisse“ zumindest ein vollbefriedigendes Prüfungsergebnis voraussetzten, darf dieses Erfordernis nicht berücksichtigt werden.

30

(aa) Der Arbeitgeber bleibt für die Dauer des Auswahlverfahrens an das in der veröffentlichten Stellenbeschreibung bekannt gegebene Anforderungsprofil gebunden (vgl. BVerfG 28. Februar 2007 - 2 BvR 2494/06 - Rn. 6 f., ZTR 2007, 586; BVerwG 25. April 2007 - 1 WB 31.06 - Rn. 55, BVerwGE 128, 329; Klarstellung von Senat 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 32 f., AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 69 = EzA GG Art.

33 Nr. 34 mit insoweit kritischer Anm. von Roetteken jurisPR-ArbR 36/2008 Anm. 1 zu C).

31

(bb) Das bekannt gemachte Anforderungsprofil war hier in der Stellenbeschreibung enthalten, die am 19. September 2006 auf der Homepage der Bundesagentur für Arbeit veröffentlicht worden war. Es verlangte lediglich besondere Kenntnisse im allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht, gute Kenntnisse und Fertigkeiten im Verwaltungsrecht sowie vorhandene Kenntnisse und Fertigkeiten im Kommunalrecht, keine Mindestnoten.

32

2. Der Beklagte hat die Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen seiner Schwerbehinderung entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts nicht widerlegt.

33

a) Beweist ein schwerbehinderter Beschäftigter oder Bewerber Indizien, die eine Benachteiligung wegen seiner Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorliegt. Entsprechendes gilt für unstrittige Hilfstatsachen wie hier die unterbliebene Einladung des Klägers zum Vorstellungsgespräch. Die Vermutung eines Verstoßes gegen das Verbot der Benachteiligung schwerbehinderter Menschen aus § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX leitet sich aus der Hilfstatsache der unterbliebenen Einladung zum Vorstellungsgespräch entgegen § 82 Satz 2 SGB IX ab.

34

b) Nach § 8 Abs. 1 AGG ist dagegen schon eine Verletzung des Benachteiligungsverbots nicht gegeben, sondern eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Auf Tatsachen, die diese Rechtsbegriffe ausfüllen und eine unterschiedliche Behandlung zulassen, beruft sich der Beklagte selbst nicht.

35

c) Der Beklagte stützt sich im Rahmen der angestrebten Widerlegung der Benachteiligungsvermutung ohne Erfolg darauf, er habe den Kläger ohne Benachteiligung von den Vorstellungsgesprächen ausschließen dürfen, weil er anhand der Examensnoten eine objektive Vorauswahl getroffen habe. Es beruhe nicht auf der Behinderung, Bewerber mit der Note „ausreichend“ von vornherein nicht in die engere Auswahl einzubeziehen und sie nicht zum Vorstellungsgespräch einzuladen.

36

aa) Der Senat hat für das frühere Recht angenommen, der Arbeitgeber trage nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF die Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung (objektiv) rechtfertigten. Erbringe er diesen Beweis, habe er die Vermutung der Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF widerlegt (vgl. Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 30, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17; 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 29, BAGE 119, 262).

37

bb) Um die Benachteiligungsvermutung zu widerlegen, muss der Arbeitgeber das Gericht auch nach neuem Recht davon überzeugen, dass die Benachteiligung nicht auf der Schwerbehinderung beruht.

38

(1) Der Entschädigungsanspruch setzt einen Verstoß gegen das in § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX geregelte Verbot der Benachteiligung schwerbehinderter Beschäftigter voraus. Danach darf der Schwerbehinderte nicht „wegen seiner Behinderung“ benachteiligt werden. Die Behinderung muss (mit-)ursächlich für die benachteiligende Handlung gewesen sein. Das ist immer dann ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber beweist, dass ausschließlich andere Gründe erheblich waren (vgl. Senat 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 24, NZA 2009, 728; 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 36, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17; zu geschlechtsbezogenen Benachteiligungen BAG 5. Februar 2004 - 8 AZR 112/03 - zu II 2 b cc der Gründe, BAGE 109, 265). Diesen Beweis kann er auch mit solchen Gründen führen, die die Benachteiligung nicht ohne weiteres objektiv sachlich rechtfertigen (von Medem NZA 2007, 545, 547).

39

(2) Bei der Überzeugungsbildung des Gerichts ist der sachliche Gehalt der vorgetragenen Motive schon deswegen nicht entscheidend, weil § 22 AGG sonst regelmäßig „leerlief“. Eine unterschiedliche Behandlung ist nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig, dh. eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist bereits nicht gegeben, wenn für die unterschiedliche Behandlung die in § 8 Abs. 1 AGG genannten Gründe vorliegen.

40

(3) Ein Entschädigungsanspruch besteht jedoch schon dann, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass in dem Motivbündel, das die Entscheidung des Arbeitgebers beeinflusst hat, die Schwerbehinderung als negatives Kriterium enthalten ist. Die Behinderung darf bei der Einstellungsentscheidung überhaupt nicht zulasten des schwerbehinderten Bewerbers berücksichtigt werden (vgl. zu geschlechtsbezogenen Benachteiligungen BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - zu C I 2 d der Gründe, BVerfGE 89, 276). Für die Annahme einer Benachteiligung wegen einer Behinderung reicht es aus, dass dieser Benachteiligungsgrund mitursächlich war (Senat 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 24, NZA 2009, 728; 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 43, BAGE 119, 262).

41

cc) Der Beklagte beruft sich ohne Erfolg darauf, dass die zu Vorstellungsgesprächen eingeladenen acht Mitbewerber besser als der Kläger qualifiziert gewesen seien.

42

(1) Die bessere Eignung von Mitbewerbern schließt eine Benachteiligung nicht aus. Das folgt schon aus § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG. Danach ist selbst dann eine Entschädigung zu leisten, wenn der schwerbehinderte Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Daran zeigt sich, dass die Bestimmungen in § 81 Abs. 2 Satz 1, § 82 Satz 2 SGB IX iVm. § 15 Abs. 2 AGG das Recht des Bewerbers auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren schützen (vgl. Senat 3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - Rn. 33, BAGE 122, 54). Unter das Benachteiligungsverbot fallen auch Verfahrenshandlungen. Sind die Chancen eines Bewerbers bereits durch ein diskriminierendes Verfahren beeinträchtigt worden, kommt es nicht mehr darauf an, ob die (Schwer-)Behinderung bei der abschließenden Einstellungsentscheidung noch eine nachweisbare Rolle gespielt hat (vgl. zu geschlechtsbezogenen Benachteiligungen BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - zu C I 2 c der Gründe, BVerfGE 89, 276). Für den

Bewerbungsverfahrensanspruch gelten deshalb andere Kriterien als für die Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG.

43

(2) Es genügt also nicht, dass die Examensnoten als Auswahlkriterium nicht an die Schwerbehinderteneigenschaft anknüpfen. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass die Behinderung im Motivbündel des Beklagten nicht doch enthalten war.

44

(a) Der Arbeitgeber muss beweisen, dass in seinem Motivbündel weder die Behinderung als negatives noch die fehlende Behinderung als positives Kriterium enthalten ist (vgl. BAG 5. Februar 2004 - 8 AZR 112/03 - zu II 2 b cc der Gründe, BAGE 109, 265). Für die Berücksichtigung einer fehlenden Behinderung als positives Kriterium reicht es aus, dass vom Arbeitgeber unterlassene Maßnahmen - etwa die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch - objektiv geeignet sind, schwerbehinderten Bewerbern keine oder weniger günstige Chancen einzuräumen, als sie nach dem Gesetz zu gewähren sind (vgl. Senat 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 44, BAGE 119, 262).

45

(b) Der Beklagte hat die von § 82 Satz 2 SGB IX gebotene Besserstellung des Klägers gegenüber nicht schwerbehinderten Bewerbern durch die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch unterlassen.

46

(aa) Dieser Umstand war objektiv geeignet, die Chancen des Klägers im Bewerbungsverfahren zu verschlechtern. Der Kläger hatte nicht die Möglichkeit, den Beklagten in einem Vorstellungsgespräch von seiner Eignung zu überzeugen.

47

(bb) Auf die Einbeziehung der Schwerbehinderung in das Motivbündel des Beklagten deutet außerdem hin, dass die Ausschreibung auf der Homepage der Bundesagentur für Arbeit nicht nur ein bestandenes Staatsexamen, sondern auch gute Kenntnisse und Fertigkeiten im Verwaltungsrecht sowie vorhandene Kenntnisse und Fertigkeiten im Kommunalrecht verlangte. Bei einer Vorauswahl nach diesen Kriterien hätte der Kläger im Hinblick auf seine in den vorgelegten Zeugnissen gut bewerteten Leistungen im Rechtsamt der Stadt O von 1997 bis 2001 in den engeren Bewerberkreis einbezogen werden müssen. Der Beklagte hat die Vermutung der Benachteiligung des Klägers daher nicht widerlegt.

48

(cc) Dem Arbeitgeber wird es nach diesen Grundsätzen nicht unmöglich gemacht, die Benachteiligungsvermutung im Fall eines Anforderungsprofils, das - im Unterschied zum Streitfall - Mindestnoten verlangt, zu widerlegen. Gegen eine positive Berücksichtigung der fehlenden Behinderung anderer Bewerber spricht es zB, wenn der Arbeitgeber schwerbehinderte Bewerber einlädt, die die in der Stellenausschreibung geforderte Mindestnote erreicht haben, während er schwerbehinderte Bewerber unterhalb dieser Notengrenze nicht zu Vorstellungsgesprächen bittet.

49

V. Die Bewerbungsabsicht des Klägers war entgegen der Ansicht des Beklagten ernsthaft.

50

1. Im Stellenbesetzungsverfahren kann nur benachteiligt werden, wer sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt.

Eine Vielzahl erfolgloser Bewerbungen allein lässt nicht darauf schließen, der Bewerber sei nicht ernsthaft interessiert. Von einem solchen Ausnahmefall ist nur auszugehen, wenn von vornherein der Wille fehlt, die ausgeschriebene Stelle tatsächlich einzunehmen, also in Wirklichkeit nur eine Entschädigung angestrebt wird (Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 57, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17).

51

2. Die Ausübung der Tätigkeit als Rechtsanwalt rechtfertigt nicht die Annahme, dass die Bewerbung des Klägers subjektiv nicht ernsthaft gewollt war. Der Kläger hat mit der Bewerbung von seinem Recht, den Arbeitsplatz frei zu wählen (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG), Gebrauch gemacht. Er hätte die selbständige Tätigkeit im Fall des Erfolgs seiner Bewerbung ohne weiteres aufgeben können.

52

3. Selbst wenn der Kläger tatsächlich eine Vielzahl von Entschädigungsklagen gegen öffentliche Arbeitgeber angestrengt haben sollte, steht dieser Umstand seinem Entschädigungsanspruch nicht entgegen. Darin liegt für sich betrachtet kein ausreichendes Indiz für eine nicht ernsthafte Bewerbung (aA Dahl jurisPR-ArbR 4/2009 Anm. 1 zu D, der Serienklagen als „AGG-Hopping“ ausreichen lassen will). Ein Bewerber ist nicht daran gehindert, aus seiner Sicht bestehende Rechte auszuüben.

53

VI. Der entstandene Entschädigungsanspruch ist nicht untergegangen. Der Anspruch wurde innerhalb der gesetzlichen Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 Satz 1 1. Alt., Satz 2 AGG schriftlich geltend gemacht. Das Ablehnungsschreiben des Beklagten vom 13. Dezember 2006 ging dem Kläger am 19. Dezember 2006 zu. Der Zugang des Geltendmachungsschreibens des Klägers vom 6. Februar 2007 beim Beklagten wurde am 8. Februar 2007 bewirkt.

54

B. Dem Kläger steht nach § 15 Abs. 2 Satz 1 und 2 AGG eine angemessene Entschädigung von höchstens drei Monatsvergütungen zu. Das Landesarbeitsgericht hat - nach seinem Lösungsweg konsequent - keine Feststellungen zu der angemessenen Höhe der Entschädigung getroffen. Der Senat muss die Sache wegen fehlender Feststellungen zu anderen möglichen Verletzungen von Förderungspflichten zurückverweisen. Dem Landesarbeitsgericht ist bei der Würdigung der festzustellenden Tatsachen zudem ein tatrichterlicher Beurteilungsspielraum eingeräumt.

55

I. Für die Höhe der festzusetzenden Entschädigung sind Art und Schwere der Verstöße sowie die Folgen für den schwerbehinderten Kläger von Bedeutung (zu den Kriterien der Entschädigungshöhe zB Senat 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 60, NZA 2009, 728; 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 47, BAGE 119, 262).

56

II. Das Landesarbeitsgericht wird hinsichtlich der Art und Schwere der Verstöße aufzuklären haben, ob der Beklagte neben der unterlassenen Einladung zum Vorstellungsgespräch und der dem Kläger damit verwehrten Chance der Präsentation weitere Pflichten zur Förderung schwerbehinderter Bewerber verletzte. Je häufiger und gewichtiger der Arbeitgeber gegen Förderungspflichten verstößt, desto eher ist es gerechtfertigt, den von § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG vorgegebenen Höchststrahmen von drei Monatsvergütungen auszuschöpfen. Der Kläger hat sich darauf berufen, der Beklagte habe gegen die Pflicht zur Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung

aus § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX und die Begründungspflicht des § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX verstoßen.

57

III. Das Landesarbeitsgericht wird für die Auswirkungen der Benachteiligungshandlung auf den Kläger zu berücksichtigen haben, dass er einer zumindest teilweise existenzsichernden beruflichen Tätigkeit nachgeht und die angestrebte Stelle nur auf zwei Jahre befristet besetzt werden sollte (vgl. Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 63, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17).