

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 370/09
11 Sa 83/08
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. August 2010

URTEIL

Förster, 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 19. August 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Brückmann und Schulz für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landes-
arbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Freiburg -
vom 26. März 2009 - 11 Sa 83/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten um einen Entschädigungsanspruch des 1
schwerbehinderten Klägers, der sich bei der Beklagten um die Stelle eines
Entwicklungsingenieurs beworben hatte.

Im Dezember 2007 schrieb die Beklagte auf ihrer Homepage die Stelle 2
eines Entwicklungsingenieurs Digitale Elektroniken (m/w) aus. Arbeitsort sollte
G bei F sein, Arbeitsbeginn „ab sofort“. Gefordert wurde ein abgeschlossenes
(Fach-)Hochschulstudium, Erfahrung mit der Entwicklung digitaler Schaltungen,
Versiertheit im Umgang mit DSP, CPLD, FPGA und Kenntnisse in Echtzeit-
anwendungen, Echtzeitbetriebssystemen und DSP-Assemblerprogrammierung.

Die Beklagte prüfte nicht, ob die ausgeschriebene Stelle mit einem 3
schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit einem bei der Agentur für
Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen
besetzt werden kann. Auch hatte die Beklagte keinen Kontakt mit der Agentur
für Arbeit aufgenommen und die Schwerbehindertenvertretung nicht beteiligt.
Die Verpflichtung zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nach § 71
SGB IX erfüllt die Beklagte nicht.

Mitte Dezember 2007 bewarb sich der Zeuge P für die aus- 4
geschriebene Stelle. In seinem am 17. Dezember 2007 mit der Beklagten
abgeschlossenen Arbeitsvertrag ist seine Arbeitsaufnahme für den 1. April 2008
vorgesehen. Danach unterließ es die Beklagte, die Stellenausschreibung von
ihrer Homepage im Internet zu löschen.

Am 29. Dezember 2007 nahm der Kläger die Stellenausschreibung wahr und bewarb sich noch am selben Tage per E-Mail bei der Beklagten. In seinem Bewerbungsschreiben heißt es auszugsweise:

5

„Meine Berufserfahrung als Entwicklungsingenieur umfaßt mehrere Jahre, in denen ich sowohl Hardware digitaler Elektroniken als auch die zugehörige Firmware zum Betrieb der eingesetzten Mikrocontroller entwickelte. Zur Software-Entwicklung benutzte ich die Programmiersprache C, oder programmierte in Assembler. Die umfassende Projektbearbeitung inklusive Lastenhefterstellung und Produktionsübergabe ist mir geläufig.

Die Schwerbehinderung, die bei mir gemäß Schwerbehindertengesetz anerkannt wurde, hat bei Ausübung berufstätiger Tätigkeiten keinen Einfluss darauf.“

Darauf teilte die Beklagte dem Kläger unter dem 8. Januar 2008 ua. mit:

6

„Mit Bedauern müssen wir Ihnen mitteilen, dass nun die ausgeschriebene Position anderweitig vergeben wurde.“

Mit Schreiben vom 27. Februar 2008 äußerte der Kläger gegenüber der Beklagten die Vermutung, er sei wegen seiner Schwerbehinderung im Bewerbungsverfahren diskriminiert worden und machte Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche geltend. Diese verfolgt er mit seiner am 27. Mai 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen und am 3. Juni 2008 der Beklagten zugestellten Klage weiter.

7

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, es bestehe die Vermutung einer Diskriminierung wegen seiner Schwerbehinderung nach § 22 AGG. Diese Vermutung ergebe sich sowohl daraus, dass die Beklagte nicht geprüft habe, ob die zu besetzende Stelle mit einem schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit einem bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden könne, als auch daraus, dass die Beklagte entgegen § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX nicht frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufgenommen habe. Der Kläger meint, hätte die Beklagte die Agentur für Arbeit frühzeitig über die freie Stelle informiert, so hätte er sich vor der zwischenzeitlich erfolgten Stellenbesetzung

8

um die zu diesem Zeitpunkt noch freie Stelle bewerben können und er wäre eingestellt worden; zumindest hätte aber seine Bewerbung nicht mit dem Hinweis abgelehnt werden können, die Stelle sei bereits besetzt.

Weiterhin vertritt der Kläger die Auffassung, für die Vermutung seiner Diskriminierung sprächen auch eine nicht ordnungsgemäße Begründung der Einstellungsentscheidung gemäß § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX sowie die Nichterfüllung der Verpflichtung zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nach § 71 SGB IX durch die Beklagte. 9

Schließlich ist der Kläger der Ansicht, die Vermutung resultiere ebenfalls daraus, dass die Schwerbehindertenvertretung im Bewerbungsverfahren nicht beteiligt worden sei. Daher schulde ihm die Beklagte wegen Diskriminierung eine Entschädigung, die mit mindestens drei Monatsgehältern zu jeweils 4.000,00 Euro angemessen sei. 10

Der Kläger hat beantragt, 11
die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung zu zahlen nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 8. Januar 2008.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt und dazu die Auffassung vertreten, die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle vor dem Bewerbungseingang des Klägers schließe seine Diskriminierung aus. Die fehlende Beteiligung der Agentur für Arbeit könne daher von vornherein keine Indizwirkung entfalten. Außerdem sei die Bewerbung des Klägers nicht ernst gemeint gewesen, da es ihm - wie in anderen Verfahren auch - lediglich um den Entschädigungsanspruch gehe. 12

Das Arbeitsgericht hat die Klage nach Vernehmung des Zeugen P abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt. 13

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist nicht begründet. Ihm steht der geltend gemachte Entschädigungsanspruch nicht zu. 14

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Es sei bereits fraglich, ob der Kläger überhaupt als Beschäftigter iSv. § 6 AGG angesehen werden könne, da im Zeitpunkt seiner Bewerbung am 29. Dezember 2007 wegen der am 17. Dezember 2007 erfolgten Stellenvergabe an den Zeugen P keine verfügbare Stelle mehr existiert habe. Nach Eingang der Bewerbung des Klägers habe die Beklagte keine Einstellungsentscheidung mehr zu treffen gehabt. Die Bewerbung des Klägers habe sie nicht mit anderen Bewerbungen zu vergleichen, habe niemand gegenüber dem Kläger zu bevorzugen oder den Kläger wegen seiner Behinderung zu benachteiligen gehabt. Mangels einer zu diesem Zeitpunkt vorliegenden eigenen Bewerbung sei der Kläger bei der Einstellung des Zeugen P am 17. Dezember 2007 nicht benachteiligt worden. Die nach § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX vorgesehene, jedoch von der Beklagten unterlassene Einschaltung der Agentur für Arbeit begründe auch nicht in Ansehung des dem § 15 Abs. 2 AGG innewohnenden Präventionscharakters die Vermutung, gerade der Kläger sei diskriminiert worden. Die unterlassene Anfrage bei der Agentur für Arbeit vor der Ausschreibung oder Besetzung einer Stelle wirke nicht über die konkrete Stellenbesetzung hinaus, habe insbesondere keinerlei Außenwirkung gegenüber potentiellen Bewerbern um künftig zu besetzende Stellen. Insofern unterscheide sich die Sachlage von einer angekündigten, in die Zukunft wirkenden Diskriminierung des Arbeitgebers, die schon Gegenstand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gewesen sei. 15

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Der Kläger hat keinen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG iVm. § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX. 16

- I. Streitgegenstand ist der Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Entschädigung wegen eines immateriellen Schadens. 17
1. Einen auf die Erstattung eines Vermögensschadens gerichteten Schadensersatzanspruch macht der Kläger nicht geltend. Schon der Klagebe-
gründung kann nicht entnommen werden, dass er einen konkreten Verdienst-
ausfall für einen bestimmten Zeitraum wegen der unterbliebenen Einstellung
begehrt. Dies wäre aber für die hinreichende Bestimmtheit einer Schadens-
ersatzklage erforderlich iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die von ihm geschätzte
monatliche Vergütung iHv. 4.000,00 Euro führt der Kläger ersichtlich nur an, um
eine Größenordnung für die Höhe der in das Ermessen des Gerichts gestellten
Entschädigung vorzugeben. 18
2. Der auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klageantrag ist zu-
lässig, insbesondere hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Dem steht
nicht entgegen, dass der Kläger die Höhe der von ihm beehrten Ent-
schädigung in das Ermessen des Gerichts gestellt hat. Diese Möglichkeit
eröffnet bereits der Wortlaut des § 15 Abs. 2 AGG. Den Gerichten wird damit
hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein Beurteilungsspielraum eingeräumt
(*BT-Drucks. 16/1780 S. 38*). Hängt die Bestimmung eines Betrages vom billigen
Ermessen des Gerichts ab, ist ein unbezifferter Zahlungsantrag zulässig. Der
Kläger hat auch Tatsachen benannt, die das Gericht bei der Bestimmung des
Betrages heranziehen soll und die Größenordnung der geltend gemachten
Forderung angeben (*BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 17 f., AP AGG
§ 8 Nr. 1 = EZA AGG § 8 Nr. 1; 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 18,
BAGE 127, 367 = AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EZA SGB IX § 81 Nr. 17; 24. April
2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 17, AP AGG § 33 Nr. 2 = EZA BGB 2002 § 611a
Nr. 6*). 19
- II. Der Kläger hat jedoch keinen Anspruch auf Zahlung einer Ent-
schädigung aus § 15 Abs. 2 AGG, § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX. 20
1. Nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX in der ab 18. August 2006 geltenden
Fassung dürfen Arbeitgeber schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer 21

Behinderung benachteiligen. Nach § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX gelten hierzu die Regelungen des ebenfalls am 18. August 2006 in Kraft getretenen AGG. Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begründet nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG iVm. § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung in Geld wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist.

2. Es ist bereits zweifelhaft, ob der Kläger als „Beschäftigter“ iSd. AGG unter den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes fällt. 22

Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG ist Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes, wer „Personen nach Abs. 1“ des § 6 AGG „beschäftigt“. Arbeitgeber ist also jedenfalls derjenige, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis bittet. 23

a) Die Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers steht nicht in Frage. Eine offensichtliche Über- oder Nichtqualifikation liegt ebenso wenig vor, wie aus der Tatsache, dass der Kläger Mehrfachbewerber ist und bei gescheiterten Bewerbungen auch schon mehrmals Prozesse geführt hat, geschlossen werden kann, dass der Kläger in Wirklichkeit nur eine Entschädigung anstrebte (*vgl. BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 49 f. mwN, AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1*). Im Übrigen kommt es für den Status als Bewerber nicht darauf an, ob der Kläger für die von der Beklagten ausgeschriebene Tätigkeit objektiv geeignet war, sofern nicht ein krasses Missverhältnis zwischen Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle und Qualifikation des Bewerbers die Ernsthaftigkeit seiner Bewerbung in Frage stehen lässt. Die objektive Geeignetheit eines abgelehnten Bewerbers ist vielmehr für die Frage von Bedeutung, ob er eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person „in einer vergleichbaren Situation“ erfahren hat, § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG (*BAG 18. März 2010 - 8 AZR 1044/08 - Rn. 23, NZA 2010, 1129; - 8 AZR 77/09 - Rn. 16, AP AGG § 8 Nr. 2 = EzA AGG § 8 Nr. 2*). 24

- b) Fraglich ist jedoch, ob der Kläger aufgrund seiner Bewerbung vom 29. Dezember 2007 in Anbetracht der schon am 17. Dezember 2007 erfolgten Stellenbesetzung noch als Bewerber „für ein Beschäftigungsverhältnis“ gelten kann. Nach der erfolgten Stellenbesetzung suchte die Beklagte keine weiteren Bewerber, sie versäumte lediglich, die Stellenausschreibung von ihrer Homepage zu löschen. Der Senat kann aber die Frage, ob Bewerber iSd. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG auch derjenige ist, der sich für ein versehentlich (noch) ausgeschriebenes Beschäftigungsverhältnis bewirbt, dahinstehen lassen. Denn selbst wenn der Kläger aufgrund seiner Bewerbung vom 29. Dezember 2007 als Bewerber unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 AGG fällt, hat die Klage keinen Erfolg. 25
3. Der Kläger hat allerdings den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG innerhalb der Frist des § 15 Abs. 4 AGG schriftlich geltend gemacht und die Klagefrist des § 61b Abs. 1 ArbGG eingehalten. 26
- a) Die Ablehnung seiner Bewerbung erhielt der Kläger durch die E-Mail vom 8. Januar 2008. Mit Anwaltsschreiben vom 27. Februar 2008 ließ er Ansprüche nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG geltend machen. Damit hatte er die Zweimonatsfrist für die schriftliche Geltendmachung nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG gewahrt. Einen bezifferten Entschädigungsbetrag musste er nicht geltend machen (*BAG 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 43, AP SGB IX § 81 Nr. 16 = EzA SGB IX § 81 Nr. 19; 15. Februar 2005 - 9 AZR 635/03 - BAGE 113, 361 = AP SGB IX § 81 Nr. 7 = EzA SGB IX § 81 Nr. 6*). 27
- b) Die am 27. Mai 2008 durch Fax beim Arbeitsgericht eingegangene Klage, die der Beklagten am 3. Juni 2008 zugestellt wurde, wahrte die Dreimonatsfrist des § 61b Abs. 1 ArbGG (§ 253 Abs. 1 ZPO). 28
4. Die Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG iVm. § 81 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 SGB IX auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung liegen indes nicht vor. Ein solcher Anspruch setzte einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot voraus (*BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 28, BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). 29

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG iVm. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX läge eine unmittelbare Benachteiligung des Klägers vor, wenn er als schwerbehinderter Bewerber („Beschäftigter“) wegen seiner Behinderung eine weniger günstige Behandlung erfahren hätte als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation.

a) Der Kläger hat bei der Bewerbung um die ausgeschriebene Stelle eines Entwicklungsingenieurs keine weniger günstige Behandlung erfahren als der Bewerber P. Jener ist zwar eingestellt worden, der Kläger nicht. Gleichwohl war beider Situation nicht vergleichbar iSd. § 3 Abs. 1 AGG. Der Zeuge P hatte sich auf eine ausgeschriebene, noch offene Stelle beworben. Der Kläger hatte sich auf eine noch ausgeschriebene, aber nicht mehr offene, sondern bereits besetzte Stelle beworben. Selbst wenn man also dem Kläger aufgrund der im Internet belassenen Stellenausschreibung Bewerber- und damit Beschäftigtenstatus zubilligen will, hat die Beklagte den Kläger deswegen nicht in die Auswahl bei der Stellenbesetzung einbezogen, weil sie ihn in Ermangelung einer im Zeitpunkt der Besetzung vorliegenden Bewerbung weder einbeziehen konnte noch einbeziehen musste. Dies hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei erkannt. Es liegt auch kein Fall vor, dass eine bereits vor Eingang einer Bewerbung erfolgte Stellenbesetzung gleichwohl zu einer Benachteiligung des nicht berücksichtigten Bewerbers führt. Anhaltspunkte für eine diskriminierende Gestaltung des Bewerbungsverfahrens sind weder den Feststellungen der Vorinstanzen noch dem Akteninhalt zu entnehmen. Die Beklagte hat die Stelle zum Beispiel nicht vor Ablauf einer von ihr selbst gesetzten Bewerbungsfrist mit dem Bewerber P besetzt (*vgl. dazu BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 27 ff.*).

b) Die Beklagte ist ihren gesetzlichen Verpflichtungen bei der Förderung schwerbehinderter Menschen (§ 5 AGG) nicht nachgekommen. Vor oder bei der Einleitung des Besetzungsverfahrens hat sie die Bundesagentur für Arbeit nicht eingeschaltet, wie es nach § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX geschehen soll. Auch hat sie nichts dafür vorgetragen, dass sie ihrer Verpflichtung nachgekommen ist, zu prüfen, ob der freie Arbeitsplatz mit schwerbehinderten

Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann (§ 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX). Als die Beklagte jedoch ihre diesbezüglichen Pflichten verletzte, also bis einschl. 17. Dezember 2007, als sie den Zeugen P einstellte, fiel der Kläger noch nicht unter den persönlichen Anwendungsbereich des AGG, weil er zu diesem Zeitpunkt noch nicht Beschäftigter iSv. § 6 Abs. 1 AGG war; er hat sich erst am 29. Dezember 2007 beworben. Mit anderen Worten: Als der Kläger als schwerbehinderter Mensch von der Beklagten benachteiligt wurde, weil sie ihren Pflichten nach dem SGB IX nicht nachkam, war er noch nicht Beschäftigter. Nachdem er aufgrund seiner Bewerbung Beschäftigtenstatus erlangt haben mag, fand eine Benachteiligung nicht (mehr) statt. Damit fehlt es nach § 15 Abs. 2 AGG an der Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch. Als Beschäftigter hat der Kläger mangels einer Besetzungsentscheidung keine Benachteiligung erfahren.

5. Auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes vor Diskriminierung ohne konkrete eigene Benachteiligung steht dem Kläger ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG nicht zu. 32

a) Die europäischen Richtlinien zur Durchsetzung der Gleichbehandlung, die in Deutschland durch das AGG umgesetzt wurden, verlangen, dass in den Mitgliedstaaten alle Personen, die sich durch Ungleichbehandlung aufgrund eines verpönten Merkmals für in ihren Rechten verletzt halten, den Gerichtsweg beschreiten können (*Art. 7 Abs. 1 RL 2000/43/EG und Art. 9 Abs. 1 RL 2000/78/EG*). Die Richtlinien verlangen darüber hinaus, dass Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, die nach nationalem Recht für die Einhaltung der Bestimmungen der Richtlinien zu sorgen haben, sich entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung am Gerichtsverfahren beteiligen können. Diese Mindestanforderungen (*Art. 6 Abs. 1 RL 2000/43/EG und Art. 8 Abs. 1 RL 2000/78/EG*) erfüllt das nationale Recht in Deutschland. Zwar ist bei den durch Gesetz vorgeschriebenen institutionellen Vorkehrungen zur Unterstützung der Integration behinderter Menschen (Schwerbehindertenvertretung, Integrationsamt, Integrationsfach-

 33

dienste, vgl. Kap. 5 bis 7 SGB IX) ein allgemeines Klagerecht nicht vorgesehen, jedoch können Antidiskriminierungsverbände nach § 23 Abs. 2 AGG im gerichtlichen Verfahren als Beistände Benachteiligter auftreten. Die Popularklage einzelner Betroffener ist dem deutschen Recht dagegen grundsätzlich fremd.

b) Mit Urteil vom 10. Juli 2008 (- C-54/07 - [Feryn] Slg. 2008, I-5187) hat der Gerichtshof der Europäischen Union den Diskriminierungsschutz von einer individualisierbaren Person, die konkret benachteiligt wird oder sich benachteiligt fühlt, gelöst und bereits die abstrakte Diskriminierung durch eine öffentliche Äußerung als Richtlinienverstoß qualifiziert (vgl. Lindner RdA 2009, 45, 46). Aus dem Fehlen einer identifizierbaren beschwerten Person könne nicht auf das Fehlen einer unmittelbaren Diskriminierung geschlossen werden (EuGH 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 22, aaO), denn das Ziel der Richtlinie, günstigere Bedingungen für die Entstehung eines Arbeitsmarkts zu schaffen, der die soziale Integration fördere, würde schwerlich erreicht, wenn der Anwendungsbereich der Richtlinie auf Fälle beschränkt wäre, in denen sich ein konkreter Bewerber diskriminiert fühle. Derartige öffentliche Äußerungen eines Arbeitgebers könnten bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten, ihre Bewerbung einzureichen (EuGH 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 25, 28, aaO; vgl. den 8. Erwägungsgrund der RL 2000/43/EG). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat weiter klargestellt, dass auch dann, wenn es kein identifizierbares Opfer gibt, die Sanktionen, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie zu verhängen sind, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen (EuGH 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 40, aaO). Die vom Gerichtshof der Europäischen Union in Bezug auf den Sachverhalt seines Ausgangsverfahrens erwogenen Sanktionen (10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 39, aaO) sehen jedoch zur Verhinderung abstrakter Benachteiligungen keine Entschädigung für konkrete Personen vor. Bei identifizierbaren beschwerten Personen wird dagegen ein effektiver Schutz durch die Regelung der Beweislastumkehr, wie sie die Richtlinien vorsehen, gewährleistet.

34

c) Auch unter dem Gesichtspunkt der Generalprävention ergibt sich daher
kein Entschädigungsanspruch des Klägers. 35

Es kann offenbleiben, ob Regelungen wie die des § 81 SGB IX, die vor-
liegend die Beklagte nicht eingehalten hat, überhaupt durch das europäische 36
Recht geboten sind oder ob sie nicht nationale Rechtsverstärkungen darstellen,
die über die europäischen Mindestanforderungen hinausgehen, um den Grund-
satz der Gleichbehandlung behinderter Menschen günstiger zu gestalten als es
das europäische Recht vorschreibt. Denn selbst wenn § 81 SGB IX die Um-
setzung von Vorgaben europäischer Richtlinien darstellte, ist seine Nichtein-
haltung nicht sanktionslos ausgestaltet. Die fehlende Benachteiligung der
Schwerbehindertenvertretung ist nach deutschem Recht eine Ordnungswidrig-
keit, § 156 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 8 SGB IX. Nach § 27 Abs. 3 AGG ist die Anti-
diskriminierungsstelle des Bundes berufen, auch unabhängig von einer
konkreten Benachteiligung, Maßnahmen zur Verhinderung von Be-
nachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen zu ergreifen. Liegt,
anders als im Falle des Klägers, eine konkrete Benachteiligung bei einer Ein-
stellungsentscheidung vor, so stellte die Nichtbeteiligung der Agentur für Arbeit
ein Indiz iSd. § 22 AGG dar, die zu einer Beweislastumkehr führte. Der nicht
durch eine Besetzungsentscheidung beschwerte Kläger kann dagegen weder
nach nationalem noch nach europäischem Recht eine Entschädigungszahlung
für sich beanspruchen (*EuGH 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 28, aaO*).

C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen
Revision zu tragen. 37

Hauck

Böck

Breinlinger

Brückmann

E. Schulz