

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 37/11

7 Sa 916/10

Landesarbeitsgericht

Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

15. März 2012

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 15. März 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-

arbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Schulz und Henniger für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 13. Oktober 2010 - 7 Sa 916/10 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch des Klägers aufgrund eines Verstoßes des beklagten Landes gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung. 1

Der 1950 geborene Kläger ist schwerbehindert. Er verfügt über Ausbildungen zum Lehrer für Grund- und Hauptschulen sowie zum Dipl.-Pädagogen. Der Kläger ist Mitglied der GEW. 2

Das beklagte Land ließ im Juni 2008 über die Bundesagentur für Arbeit eine Stelle als „Lehrer/in an der Justizvollzugsanstalt R (Lehrer/in - Hauptschulen (Sekundarstufe I))“ ausschreiben. In dieser Ausschreibung heißt es ua.: 3

**„WIR BIETEN
Tätigkeit**

Arbeitsplatz: Lehrer/in an der Justizvollzugsanstalt R (Lehrer/in - Hauptschulen (Sekundarstufe I)) (alternativ: Lehrer/in - Gymnasien (Sekundarstufe I und II), Lehrer/in - Grundschulen (Primarstufe)); ein offenes von ursprünglich einem gemeldeten Angebot; Nicht sozialversicherungspflichtige Beschäftigung

Stellenbeschreibung

A. Stellenbeschreibung

I. Funktionsbezeichnung

Lehrerin oder Lehrer an der Justizvollzugsanstalt R als Vollzeitkraft mit 41 Wochenstunden und Präsenzpflcht nach

Maßgabe der institutionellen Regelungen. Die Beschäftigung erfolgt bei Vorliegen der laufbahn- und beamtenrechtlichen Voraussetzungen im Beamtenverhältnis (Besoldungsgruppe A 13 - gehobener Dienst - Bundesbesoldungsordnung).

...

B. Aufgaben

Die Lehrerin oder der Lehrer an der Justizvollzugsanstalt R
- erteilt erwachsenen Strafgefangenen Unterricht in den Fächern Mathematik, Deutsch und Nebenfächern verschiedener Art entsprechend den auch gegenwärtigen fachwissenschaftlichen Erkenntnissen der Pädagogik,

...

C. Anforderungsprofil

I. Fachkompetenz

Die Lehrerin oder der Lehrer an der Justizvollzugsanstalt R
- hat die Befähigung zum Lehramt an öffentlichen Schulen für die Primarstufe oder für die Sekundarstufe I oder für das Lehramt für Sonderpädagogik oder für die Sekundarstufe II,

...

II. Persönliche Anforderungen, soziale Kompetenz

Die Lehrerin oder der Lehrer an der Justizvollzugsanstalt R
- besitzt Team-, Kommunikations-, Konflikt- und Vermittlungsfähigkeit,
- verfügt über Kenntnisse und Fähigkeiten im Bereich der Erwachsenenbildung,

...

WIR SUCHEN

Bildungsabschluss

Wissenschaftliche Hochschule/Universität

Mobilität

Reisebereitschaft: nicht erforderlich

Frühester Eintrittstermin

01.07.2008

Berufs- /Ausbildungsbezeichnung

Lehrer/in - Grundschulen (Primarstufe); Lehrer/in - Gymnasien (Sekundarstufe I und II); Lehrer/in - Hauptschulen (Sekundarstufe I)

Kenntnisse und Fertigkeiten

Bildungsberatung: vorhanden Deutsch (Unterrichtsfach):
vorhanden

Erziehungswissenschaft,
Pädagogik: vorhanden Mathematik: vorhanden“

Der Kläger, der noch nie Mathematik unterrichtet hatte, bewarb sich mit Schreiben vom 15. Juni 2008 und - nachdem ihm dieses zurückgesandt worden war - nochmals mit Schreiben vom 26. Juli 2008 um diese Stelle. Sein zweites Bewerbungsschreiben enthielt folgenden Hinweis:

„Ich bin zwar schwerbehindert (60 %), dies beeinträchtigt meine Leistungsfähigkeit aber nicht.“

Unter dem 12. September 2008 teilte die Leiterin der Justizvollzugsanstalt R dem Kläger schriftlich mit:

„Bewerbung um eine Stelle für eine Lehrerin oder einen Lehrer an der Justizvollzugsanstalt R

Anlage

Bewerbungsunterlagen

Sehr geehrter Herr G,

die Stelle für eine Lehrerin oder einen Lehrer an der Justizvollzugsanstalt R wurde zwischenzeitlich an eine Mitbewerberin vergeben.

Zu meiner Entlastung sende ich die von ihnen eingereichten Bewerbungsunterlagen an Sie zurück.

Ich bedanke mich für Ihr Interesse an einer Tätigkeit an der Justizvollzugsanstalt R.“

Das Schreiben ging dem Kläger am 17. September 2008 zu. Dieser verlangte mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 Auskunft über die Höhe eines Monatsgehalts für die ausgeschriebene Stelle und meldete Schadensersatz-/Entschädigungsansprüche an.

Die Leiterin der Justizvollzugsanstalt R schrieb ihm daraufhin am 15. Dezember 2008:

„Stellenausschreibung

Ihr Schreiben vom 05.12.2008

Sehr geehrter Herr G,

den Inhalt Ihres Schreibens vom 05.12.2008 habe ich zur

Kenntnis genommen.

Aus Ihrem Vorbringen vermag ich keine Schadensersatzpflicht der hiesigen Behörde abzuleiten.“

Der Kläger meint, das beklagte Land habe ihn unter Verstoß gegen § 82 Satz 2 SGB IX nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Auch habe es ihm keine Gründe für die Ablehnung seiner Bewerbung mitgeteilt und seine weiteren Verpflichtungen aus § 81 und § 82 SGB IX nicht erfüllt. Daraus und aus anderen Gesichtspunkten ergebe sich die Vermutung, dass er wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt worden sei. Da nach dem für die in Aussicht genommene Stelle geltenden Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes (TV-L) für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis eine sechsmonatige Ausschlussfrist gelte (§ 37 TV-L) und weil die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG gegen Europarecht verstoße, habe er seine Ansprüche rechtzeitig geltend gemacht. 8

Die Entschädigung müsse mindestens 6.800,00 Euro betragen. 9

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 10

das beklagte Land wird verurteilt, dem Kläger Schadensersatz, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt. 11

Es beruft sich zunächst darauf, ein etwaiger Anspruch des Klägers sei nicht innerhalb der zweimonatigen Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG schriftlich geltend gemacht worden. Die längeren Ausschlussfristen im TVöD beträfen lediglich Ansprüche aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis. Außerdem sei der Kläger auch nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt worden. Eine Berücksichtigung seiner Bewerbung sei bereits deshalb nicht in Frage gekommen, weil ein Lehrer für die Fächer Deutsch und Mathematik gesucht worden sei und der Kläger keine Befähigungsnachweise für das Unterrichtsfach Mathematik vorgelegt habe. 12

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter, während das beklagte Land die Zurückweisung der Revision beantragt. 13

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Ein ihm möglicherweise zustehender Entschädigungsanspruch ist verfallen. 14

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Ein etwaiger Entschädigungsanspruch des Klägers wäre nach § 15 Abs. 4 AGG verfallen, weil er diesen erst mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 und damit nicht innerhalb von zwei Monaten nach Kenntniserlangung von seiner Benachteiligung schriftlich geltend gemacht habe. Die Ausschlussfrist habe mit dem Zugang der Ablehnung begonnen. Es könne dabei dahinstehen, ob die vom Kläger angeführten Vermutungstatbestände, nämlich die Nichtbenachrichtigung der Arbeitsagentur über eine freie Stelle oder die Nichtinformation der Schwerbehindertenvertretung über seine Bewerbung, erfüllt seien und ob der Kläger davon Kenntnis besessen habe. Ihm sei nämlich mit Zugang des Ablehnungsschreibens zwangsläufig bekannt geworden, dass das beklagte Land ihn nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen habe. Diese Tatsache sei nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geeignet, die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung zu begründen. Damit habe eine ausreichende Kenntnis iSd. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG beim Kläger mit Zugang des Ablehnungsschreibens vorgelegen. Es sei nicht erforderlich, dass er sämtliche in Betracht kommenden Tatsachen, welche die Vermutung einer Benachteiligung begründen könnten, kenne. Im Übrigen verstoße die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG nicht gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht. 15

- B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 16
- Ein etwaiger Entschädigungsanspruch des Klägers nach § 15 Abs. 2 AGG wäre wegen verspäteter Geltendmachung verfallen (§ 15 Abs. 4 AGG). 17
- I. Streitgegenstand ist ein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung wegen eines immateriellen Schadens (§ 15 Abs. 2 AGG), nicht ein auf Ersatz eines Vermögensschadens gerichteter Schadensersatzanspruch (§ 15 Abs. 1 AGG). Zwar verwendet der Kläger in seinem Revisionsantrag das Wort „Schadensersatz“, jedoch macht er ausweislich der von ihm gegebenen Begründung keinen Schadensersatzanspruch geltend. Insbesondere verlangt der Kläger ausdrücklich eine der Höhe nach ins Ermessen des Gerichts gestellte „Entschädigung“ und keinen konkreten Verdienstausfall für einen bestimmten Zeitraum. 18
- II. Der auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klageantrag ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der Kläger durfte die Höhe der von ihm begehrten Entschädigung in das Ermessen des Gerichts stellen. Grundlage hierfür ist § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG, der für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld vorsieht. Dem Gericht wird bei der Bestimmung der Höhe der Entschädigung ein Beurteilungsspielraum eingeräumt (vgl. *BT-Drucks. 16/1780 S. 38*), weshalb eine Bezifferung des Zahlungsantrags nicht notwendig ist. Erforderlich ist allein, dass der Kläger Tatsachen, die das Gericht bei der Bestimmung des Betrags heranziehen soll, benennt und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angibt (vgl. *BAG 19. August 2010 - 8 AZR 370/09 - AP SGB IX § 81 Nr. 19 = EzA AGG § 15 Nr. 11*). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Kläger hat einen Sachverhalt dargelegt, der dem Gericht grundsätzlich die Bestimmung einer Entschädigung ermöglicht, und den Mindestbetrag der angemessenen Entschädigung mit 6.800,00 Euro beziffert. 19

- III. Die Klage ist unbegründet. Ein dem Kläger aus § 15 Abs. 2 AGG oder aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG eventuell zustehender Anspruch auf Entschädigung wäre verfallen. 20
1. Der Kläger hat nach § 81 Abs. 2 SGB IX, § 15 Abs. 2 AGG allein deshalb keinen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld, weil er den von ihm behaupteten Anspruch nicht innerhalb der in § 15 Abs. 4 AGG bestimmten Frist geltend gemacht hat. 21
- a) Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Der Kläger ist als Bewerber „Beschäftigter“ im Sinne des AGG. Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Für den Bewerberbegriff kommt es dabei weder auf die objektive Eignung (*vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 466/09 - AP AGG § 3 Nr. 5 = EzA AGG § 15 Nr. 12*) noch auf die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung an. Deren Fehlen kann allenfalls einen Rechtsmissbrauchseinwand nach § 242 BGB begründen, für den der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast trägt (*vgl. BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 -*). 22
- b) Das beklagte Land ist als „Arbeitgeber“ passiv legitimiert. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG ist Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes, wer „Personen nach Absatz 1“ des § 6 AGG „beschäftigt“. Arbeitgeber ist also derjenige, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis bittet (*vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 370/09 - AP SGB IX § 81 Nr. 19 = EzA AGG § 15 Nr. 11*). 23
- c) Der Kläger hat die nach § 15 Abs. 4 AGG für die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 15 Abs. 2 AGG einzuhaltende Frist von zwei Monaten nicht gewahrt. Bei dieser Frist handelt es sich um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist (*vgl. Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 91; v. Roetteken AGG Stand März 2012 § 15 Rn. 101; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 99; KR-Treber 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 50; Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 15 Rn. 66*), deren Einhaltung - wie bei tarifvertraglichen Ausschlussfristen - von Amts wegen zu beachten ist (*vgl. GMP/Germelmann ArbGG 7. Aufl.*) 24

§ 61b Rn. 10; Palandt/Weidenkaff 71. Aufl. § 15 AGG Rn. 8; ErfK/Preis 12. Aufl. §§ 194 - 218 BGB Rn. 33).

d) Anstelle der nach § 15 Abs. 4 AGG geltenden zweimonatigen Frist ist nicht die längere Frist des § 37 TV-L einschlägig. § 37 Abs. 1 TV-L sieht für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis eine Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit vor. Diese tarifliche Ausschlussfrist ist aber nicht auf einen Entschädigungsanspruch eines Stellenbewerbers nach § 15 Abs. 2 AGG anzuwenden. 25

Im Falle eines behaupteten Entschädigungsanspruchs eines erfolglosen Bewerbers kommt es für die Ausschlussfrist nicht auf die für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im angestrebten Arbeitsverhältnis, dh. auf die Frist für Schadensersatzansprüche bei unterstelltem Vertragsabschluss, an. § 611a Abs. 4 Satz 2 BGB in der vom 1. Januar 2002 bis 17. August 2006 geltenden Fassung sah vor, dass sich die Länge der Frist nach einer für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im angestrebten Arbeitsverhältnis vorgesehenen Ausschlussfrist bemisst, mindestens aber zwei Monate beträgt. Diese Regelung hat der Gesetzgeber nicht in § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG übernommen. Es ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der Regelung des § 611a Abs. 4 Satz 2 BGB idF vom 2. Januar 2002 trotz abweichenden Wortlauts des § 15 Abs. 4 AGG an der Rechtslage nichts ändern wollte (vgl. *BT-Drucks. 16/1780 S. 38*). Der Gesetzgeber hat mit der Regelung in § 15 Abs. 4 AGG weder die Regelungen in § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX in der bis 17. August 2006 geltenden Fassung (*keine Bezugnahme auf Ausschlussfristen, die für das angestrebte Arbeitsverhältnis gelten*) noch eine der früheren Fassungen des § 611a BGB bezüglich der Ausschlussfrist übernommen. Dies spricht dafür, dass mit § 15 Abs. 4 AGG eine inhaltliche Änderung bzgl. der Ausschlussfrist beabsichtigt war. 26

Voraussetzung dafür, dass nach der in § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG zugelassenen abweichenden Regelung eines Tarifvertrags die tarifvertragliche Ausschlussfrist zur Anwendung kommt, ist, dass der Tarifvertrag durch beider- 27

seitige Tarifgebundenheit Geltung entfaltet und die tarifvertragliche Ausschlussfrist den Anspruch erfasst. Die normative und zwingende Wirkung eines Tarifvertrags erfordert nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG neben der Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien, dass das Arbeitsverhältnis unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt.

In § 1 TV-L haben die Tarifvertragsparteien den persönlichen Geltungsbereich des TV-L geregelt. Danach gilt der TV-L für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber stehen, der Mitglied der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (*TdL*) oder eines Mitgliedverbandes der TdL ist. Damit haben die Tarifvertragsparteien den persönlichen Geltungsbereich auf bestehende Arbeitsverhältnisse festgelegt. Kommt es mangels Vertragsabschlusses nicht zu einem Arbeitsverhältnis, findet der TV-L keine Anwendung. 28

e) Die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG verstößt nicht gegen Europarecht. 29

aa) Ausdrücklich lassen Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft und Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen einzelstaatliche Regelungen über Fristen für die Rechtsverfolgung betreffend den Gleichbehandlungsgrundsatz unberührt. 30

bb) Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, zu bestimmen. Dabei 31

dürfen diese Verfahren nicht weniger günstig gestaltet sein als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (*Grundsatz der Äquivalenz*), und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (*Grundsatz der Effektivität*; vgl. *EuGH 8. Juli 2010 - C-246/09 - [Bulicke] Slg. 2010, I-7003 = AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 16 = EzA AGG § 15 Nr. 8*).

cc) § 15 Abs. 4 AGG verstößt nicht gegen den Grundsatz der Gleichwertigkeit (*Äquivalenz*). Nach deutschem Recht besteht keine, einer Klage auf Entschädigung infolge einer Diskriminierung nach § 15 Abs. 2 AGG vergleichbare, nach ihren Verfahrensmodalitäten günstigere Klageart (vgl. *Kolbe EuZA 2011, 65, 68; Wagner/Potsch JZ 2006, 1085, 1092; Jacobs RdA 2009, 193, 200; im Ergebnis auch: Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 102; KR-Treber 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 51; Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 101; MüKoBGB/Thüsing 6. Aufl. § 15 AGG Rn. 46; Schaub/Linck ArbR-Hdb. 14. Aufl. § 36 Rn. 101a; aA Rust/Eggert-Weyand ZESAR 2011, 186, 189 f.; Fischinger NZA 2010, 1048, 1051; v. Roetteken AGG Stand März 2012 § 15 Rn. 104a; ders. jurisPR-ArbR 1/2011 Anm. 1; Schiek/Kocher AGG § 15 Rn. 56*).

32

Die Wahrung des Grundsatzes der Äquivalenz setzt voraus, dass die streitige Regelung in gleicher Weise für Klagen gilt, die auf die Verletzung des Unionsrechts gestützt sind, wie für solche, die auf die Verletzung des innerstaatlichen Rechts gestützt sind, sofern diese Klagen einen ähnlichen Gegenstand und Rechtsgrund haben (vgl. *EuGH 8. Juli 2010 - C-246/09 - [Bulicke] Slg. 2010, I-7003 = AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 16 = EzA AGG § 15 Nr. 8*). Daraus folgt aber nach der Rechtsprechung des EuGH nicht, dass der nationale Gesetzgeber verpflichtet wäre, die günstigste innerstaatliche Regelung auf alle Klagen zu erstrecken, die im Bereich des Arbeitsrechts erhoben werden (vgl. *EuGH 8. Juli 2010 - C-246/09 - [Bulicke] aaO*). Das nationale Gericht hat vielmehr objektiv und abstrakt unter Berücksichtigung der Stellung der Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen, ob eine nach Gegenstand, Rechtsgrund und den wesentlichen Merkmalen vergleichba-

33

re, nach den Verfahrensmodalitäten günstigere Klage besteht (*vgl. EuGH 8. Juli 2010 - C-246/09 - [Bulicke] aaO*).

Nach diesen Maßstäben ist die Klage eines erfolglosen Stellenbewerbers auf eine angemessene Entschädigung, dh. auf Ersatz eines Nichtvermögensschadens, infolge einer Diskriminierung weder vergleichbar mit Bestandschutzklagen nach dem Kündigungsschutzgesetz oder dem Teilzeit- und Befristungsgesetz noch mit Klagen nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen oder mit Klagen nach § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG auf eine Geldentschädigung wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Nach nationalem Recht bestand kein dem Entschädigungsanspruch des AGG vergleichbarer Anspruch eines erfolglosen Stellenbewerbers bei Verletzung des Inklusionsinteresses in Bezug auf die Merkmale des § 1 AGG oder vergleichbare Merkmale. Daher war der deutsche Gesetzgeber nicht nach dem Grundsatz der Gleichwertigkeit daran gehindert, vom Verjährungsrecht abweichende Ausschlussfristen einzuführen.

34

Bereits mit Urteil vom 24. September 2009 (- 8 AZR 705/08 - AP AGG § 3 Nr. 2 = EzA AGG § 3 Nr. 1) hat der Senat die Vereinbarkeit von § 15 Abs. 4 AGG für Entschädigungsansprüche aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis mit dem Grundsatz der Gleichwertigkeit bestätigt und zum Vergleich die § 4 Satz 1, § 12 Satz 1 KSchG, § 17 Satz 1 TzBfG, § 626 Abs. 2 BGB, § 22 Abs. 4 BBiG und § 9 Abs. 1 MuSchG herangezogen. Besteht mangels Vertragsabschlusses jedoch kein Arbeitsverhältnis, sind die zur Verwirklichung des Bestandsschutzes vorgesehenen Feststellungsklagen des deutschen Arbeitsrechts (§§ 4, 9 KSchG, § 17 TzBfG, § 256 ZPO) mit einer Entschädigungsklage nach § 15 Abs. 2 AGG zum Ausgleich des Nichtvermögensschadens wegen einer Diskriminierung im Stellenbesetzungsverfahren nicht vergleichbar (*vgl. Fischinger NZA 2010, 1048, 1050; Rust/Eggert-Weyand ZESAR 2011, 186, 190; v. Roetteken jurisPR-ArbR 1/2011 Anm. 1*).

35

Soweit in der Literatur Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB,

36

welche regelmäßig in drei Jahren verjähren (§ 195 BGB), als mit § 15 Abs. 2 AGG vergleichbare, günstigere Ansprüche betrachtet werden (vgl. *Gotthardt ZTR 2000, 448, 450 zu § 611a Abs. 4 BGB aF; Rust/Eggert-Weyand ZESAR 2011, 186, 190*), ist dem nicht zu folgen.

Bei der Haftung nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen handelt es sich um keinen typisch arbeitsrechtlichen Anspruch, sondern um die Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgedankens. Mit § 311 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung die culpa-in-contrahendo-Haftung normiert, die als Haftung für in Anspruch genommenes, enttäushtes Vertrauen seit Langem anerkannt war. Die Fallgruppen der Haftung nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB sind im Hinblick auf eine Vielzahl von Schutzpflichten sehr vielgestaltig und reichen bspw. von dem Abbruch von Vertragsverhandlungen (vgl. *BGH 29. März 1996 - VZR 332/94 - NJW 1996, 1884*), der Verletzung von Aufklärungspflichten, wie bspw. der unrichtigen Information über wertbildende Merkmale beim Kauf von GmbH-Geschäftsanteilen (vgl. *BGH 4. April 2001 - VIII ZR 32/00 - NJW 2001, 2163*) oder der unterlassenen Aufklärung in Arbeitsvertragsverhandlungen über einen konkret ins Auge gefassten bevorstehenden Personalabbau (vgl. *BAG 14. Juli 2005 - 8 AZR 300/04 - AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 41 = EzA BGB 2002 § 242 Nr. 1*), bis hin zur Haftung wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten (vgl. *MüKoBGB/Emmerich 6. Aufl. § 311 BGB Rn. 63 ff.*). Im Hinblick auf den in § 311 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden allgemeinen Rechtsgedanken und die vielfältigen Fallgestaltungen der Haftung nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB fehlt auch eine von der allgemeinen Verjährungsvorschrift abweichende Regelung; es gilt im Grundsatz die Regelverjährung des § 195 BGB (vgl. *Palandt/Ellenberger 71. Aufl. § 195 BGB Rn. 4*).

37

§ 15 Abs. 2 AGG vermittelt dem erfolglosen Stellenbewerber demgegenüber einen Entschädigungsanspruch, wenn der Arbeitgeber im Stellenbesetzungsverfahren gegen das Benachteiligungsverbot (§ 7 Abs. 1 AGG) verstoßen hat. Nach § 7 Abs. 3 AGG ist eine Benachteiligung nach § 7 Abs. 1 AGG durch Arbeitgeber oder Beschäftigte eine Verletzung (vor-)vertraglicher Pflich-

38

ten. Hiermit am ehesten vergleichbar ist eine culpa-in-contrahendo-Haftung des Arbeitgebers (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB) bei Abbruch der Vertragsverhandlungen, da beide Ansprüche an Pflichtverletzungen im Vorfeld der Begründung eines Arbeitsverhältnisses anknüpfen (*hierauf abstellend: Gotthardt ZTR 2000, 448, 450*) und es zu keinem Vertragsabschluss kommt. Insoweit besteht ein vergleichbarer Rechtsgrund der Ansprüche.

Allerdings sind Ansprüche aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB und solche aus § 15 Abs. 2, § 7 Abs. 1 AGG schon hinsichtlich ihres Gegenstandes nicht vergleichbar. 39

Bei der Verletzung vorvertraglicher Pflichten ist nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 249 Abs. 1 BGB der Geschädigte grundsätzlich so zu stellen, wie er ohne das schädigende Verhalten des anderen Teils gestanden hätte. Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen, § 251 Abs. 1 BGB. Dem bei Vertragsverhandlungen Geschädigten steht ein Anspruch auf materiellen Schadensersatz zu. In der Fallgruppe des Abbruchs von Vertragsverhandlungen umfasst dieser grundsätzlich nur das negative Interesse, nicht aber das positive Interesse, da dies auf einen Kontrahierungszwang aus culpa-in-contrahendo hinausliefere (*vgl. BGH 18. Juli 2001 - XII ZR 183/98 - NJW-RR 2001, 1524; MüKoBGB/Emmerich 5. Aufl. § 311 BGB Rn. 225; Bamberger/Roth/Unberath BGB 2. Aufl. Bd. 1 § 280 Rn. 60*). Der Schaden besteht daher in den nutzlosen Aufwendungen (*vgl. Palandt/Grüneberg 71. Aufl. § 311 BGB Rn. 55*), wie sie der BGH bspw. in Um- und Rückbaukosten erkannt hat (*vgl. BGH 22. Februar 2006 - XII ZR 48/03 - NJW 2006, 1963*). Nur bei Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung kann wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden, § 253 Abs. 2 BGB. § 253 Abs. 2 BGB gewährt keinen Ausgleichsanspruch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dies entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers (*vgl. BT-Drucks. 14/7752 S. 24, 25; MüKoBGB/Oetker 6. Aufl. § 253 BGB Rn. 27*). Ein Anspruch bei Verletzung des 40

Persönlichkeitsrechts kann sich daher nur aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG ergeben (vgl. *Palandt/Grüneberg 71. Aufl. § 253 BGB Rn. 10*).

Nach § 15 Abs. 2 AGG hat der Arbeitgeber dem Bewerber immaterielle Schäden zu ersetzen, wenn er diesen im Stellenbesetzungsverfahren wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt. Die Entschädigung wird ausschließlich für immaterielle Schäden gewährt, die regelmäßig bei einer ungerechtfertigten Benachteiligung aus den in § 1 AGG genannten Gründen vorliegen, wobei § 15 Abs. 2 AGG die im Verhältnis zu § 253 Abs. 1 BGB speziellere Norm ist (vgl. *BT-Drucks. 16/1780 S. 38; BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). Darauf, dass das Persönlichkeitsrecht verletzt ist, kommt es für die Ausgleichspflicht nicht an. Vielmehr ordnet der Gesetzgeber in § 15 Abs. 2 AGG stets einen Ausgleich bei Beeinträchtigung des Inklusionsinteresses in Bezug auf die Merkmale des § 1 AGG an (vgl. *BAG 18. März 2010 - 8 AZR 1044/08 - AP AGG § 15 Nr. 3 = EzA AGG § 15 Nr. 7; Schiek/Kocher AGG § 15 Rn. 33*). Das Vorhandensein eines immateriellen Schadens wird bei einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermutet (vgl. *ErfK/Schlachter 12. Aufl. § 15 AGG Rn. 7*). Mit der Regelung in § 15 Abs. 2 AGG hat sich der Gesetzgeber für Ersatzleistungen an das Diskriminierungsopfer als Rechtsfolge entschieden und verfolgt das Ziel, mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des EuGH (vgl. *insb. EuGH 22. April 1997 - C-180/95 - [Draehmpaehl] Slg. 1997, I-2195 = AP BGB § 611a Nr. 13 = EzA BGB § 611a Nr. 12*), eine wirksame und verschuldensunabhängige Sanktion bei Verletzung des Benachteiligungsverbots durch den Arbeitgeber vorzusehen (vgl. *BT-Drucks. 16/1780 S. 38*). Bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, zu denen Art und Schwere der Benachteiligung, die Dauer und ihre Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalls gehören. Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen, sodass die Höhe auch danach zu bemessen ist, was zur Erzielung einer abschreckenden Wirkung erforderlich ist. Die Entschädigung

41

muss geeignet sein, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu haben und muss in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen (vgl. BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - mwN, aaO).

Danach unterscheidet sich der Gegenstand einer Klage zur Erlangung eines materiellen Schadensersatzanspruchs nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 BGB, der bei Abbruch von Vertragsverhandlungen auf das negative Interesse begrenzt ist, und der in § 15 Abs. 2 AGG vorgesehene Entschädigungsanspruch grundlegend.

42

Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG zur Verwirklichung des Diskriminierungsschutzes ist qualitativ etwas anderes als ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB. Ein mit dem AGG vergleichbarer, umfassender Diskriminierungsschutz bestand vor Schaffung des Gesetzes bzw. in Bezug auf die Merkmale Geschlecht bzw. Behinderung vor Schaffung von § 611a BGB aF bzw. § 81 Abs. 2 SGB IX im deutschen Recht nicht. Vielmehr ist das nationale Arbeitsrecht in Deutschland vom Grundsatz der Privatautonomie geprägt, von dem sich das europäische Antidiskriminierungsrecht fundamental unterscheidet (vgl. *Richardi NZA 2006, 881 f.*; *Reichold/Hahn/Heinrich NZA 2005, 1270, 1272*; *Thüsing NZA 2001, 1061*). Aufgaben, die in anderen Rechtsordnungen dem Diskriminierungsschutz zukommen, übernahm in der Vergangenheit in der deutschen Rechtsordnung für bestehende Arbeitsverhältnisse zum Teil der allgemeine Kündigungsschutz als funktionelles Äquivalent (vgl. *MüKoBGB/Thüsing 6. Aufl. Einl. AGG Rn. 7*; *ders. NZA 2001, 1061*), vor allem im Rahmen der Interessenabwägung (vgl. BAG 10. Oktober 2002 - 2 AZR 472/01 - BAGE 103, 111 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 44 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 58). Bei der Gewährung von Leistungen durch den Arbeitgeber übernahm dies der Gleichbehandlungsgrundsatz.

43

Zur Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG durch das AGG konnte der deutsche Gesetzgeber daher nicht an einen bereits im nationalen Recht bestehenden allgemeinen Diskrimi-

44

nierungsschutz wegen der Merkmale des § 1 AGG anknüpfen (vgl. *Wagner/Potsch JZ 2006, 1085, 1092; Kolbe EuZA 2011, 65, 68*), sondern nur an die Diskriminierungsverbote des § 611a BGB aF und § 81 Abs. 2 SGB IX aF, die ihrerseits der Richtlinienumsetzung dienten und deshalb keine taugliche Vergleichsgrundlage für die Einhaltung der Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität bilden. Der Gesetzgeber hat sich zur Normierung des Entschädigungsanspruchs in § 15 Abs. 2 AGG ausdrücklich darauf berufen, dass der aus § 611a BGB aF bekannte Grundgedanke in § 15 Abs. 2 AGG auf alle Tatbestände (des § 1 AGG) einer Benachteiligung übertragen werden solle (vgl. *BT-Drucks. 16/1780 S. 38*). Mit dem Inkrafttreten des AGG besteht erstmals ein umfassender Diskriminierungsschutz in Bezug auf die Merkmale des § 1 AGG. Dabei hat sich der Gesetzgeber für zivilrechtliche Sanktionen entschieden, die er aber bezüglich der Fristen für die Rechtsverfolgung nicht ebenso wie Ansprüche nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB ausgestalten musste.

Auch Klagen nach § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG zur Erlangung einer Geldentschädigung wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts sind nicht mit Entschädigungsklagen nach § 15 Abs. 2 AGG vergleichbar (*aA v. Roetteken AGG Stand März 2012 § 15 Rn. 104a ff.; ders. jurisPR-ArbR 1/2011 Anm. 1; Fischinger NZA 2010, 1048, 1050*). Der Gesetzgeber hat mit § 15 Abs. 4 AGG keine (ausschließlich) zulasten der Diskriminierungsopfer wirkende Sonderregelung getroffen (*so aber v. Roetteken aaO Rn. 106a*). Denn mit der Entschädigungsklage nach § 15 Abs. 2 AGG wurde erstmals ein umfassender Diskriminierungsschutz zugunsten Beschäftigter geschaffen, der in seinen Merkmalen vom bisherigen nationalen Recht wesentlich abweicht.

45

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist in der Rechtsprechung als ein durch Art. 1 und Art. 2 GG verfassungsmäßig garantiertes Grundrecht und zugleich zivilrechtlich nach § 823 Abs. 1 BGB geschütztes „sonstiges Recht“ anerkannt (vgl. *BGH 1. Dezember 1999 - IZR 49/97 - BGHZ 143, 214*). § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG gewähren im deutschen Recht einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dies gilt auch im Arbeitsrecht. Voraus-

46

setzung ist, dass der Arbeitgeber das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwerwiegend verletzt hat oder dem Arbeitgeber ein schwerwiegender Verschuldensvorwurf zu machen ist; geringfügige Eingriffe lösen keine Entschädigungsansprüche aus (vgl. BAG 24. September 2009 - 8 AZR 636/08 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 41 = EzA AGG § 15 Nr. 3). Weitere Voraussetzung ist, dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann (vgl. BGH 1. Dezember 1999 - IZR 49/97 - aaO). Ein Anspruch kommt nur bei einem Verschulden (§ 276 BGB) in Betracht. Nach allgemeinen Regeln hat der Geschädigte sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und ggf. zu beweisen (vgl. BAG 14. November 1991 - 8 AZR 145/91 -).

Demgegenüber hat das AGG erstmals einen umfassenden Diskriminierungsschutz geschaffen, für dessen Entschädigungsanspruch es nicht auf die Verletzung des Persönlichkeitsrechts ankommt. Eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Weise einer „Herabwürdigung“ des Beschäftigten voraus, soweit nicht das entsprechende Merkmal in § 3 Abs. 3 oder Abs. 4 AGG zur Anwendung kommen soll, noch bedarf es neben der Feststellung eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot jeweils einer gesonderten Feststellung eines immateriellen Schadens (vgl. BAG 18. März 2010 - 8 AZR 1044/08 - AP AGG § 15 Nr. 3 = EzA AGG § 15 Nr. 7). § 15 Abs. 2 AGG gewährt vielmehr bereits dann einen Entschädigungsanspruch, wenn gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, also das Inklusionsinteresse des Bewerbers beeinträchtigt ist (vgl. Schiek/Kocher AGG § 15 Rn. 33). Richtig ist zwar, dass die Rechtsprechung besonders bei geschlechtsspezifischen Benachteiligungen eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts und einen Entschädigungsanspruch angenommen hat (vgl. BAG 14. März 1989 - 8 AZR 447/87 - BAGE 61, 209 = AP BGB § 611a Nr. 5 = EzA BGB § 611a Nr. 4; 14. März 1989 - 8 AZR 351/86 - BAGE 61, 219 = AP BGB § 611a Nr. 6 = EzA BGB § 611a Nr. 5). Zu berücksichtigen ist jedoch, dass § 611a BGB in der damaligen Fassung nur einen materiellen Schadensersatz begrenzt auf das negative Interesse vorsah und der Senat sich zur Begründung eines Entschädigungsanspruchs auf die Richtlinie 76/207/EWG

47

und eine richtlinienkonforme Auslegung zur Gewährleistung einer ausreichenden Sanktion, die in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden steht und über einen rein symbolischen Schadensersatz hinausgeht, gestützt hat (vgl. BAG 14. März 1989 - 8 AZR 447/97 - aaO; 14. März 1989 - 8 AZR 351/86 - zu B 3 b der Gründe, aaO). Damit hat der Senat die Grundlage für einen Entschädigungsanspruch des Stellenbewerbers bei einer nicht geschlechtsneutralen Stellenausschreibung schon damals nicht allein im nationalen Recht, sondern auch im Gemeinschaftsrecht erkannt. Ein Entschädigungsanspruch eines Stellenbewerbers scheiterte auch nach dieser Rechtsprechung dann, wenn es am Verschulden fehlte (vgl. BAG 5. März 1996 - 1 AZR 590/92 - BAGE 82, 211 = AP GG Art. 3 Nr. 226 = EzA GG Art. 3 Nr. 52), oder das Verschulden geringfügig war (vgl. BAG 14. März 1989 - 8 AZR 351/86 - aaO).

Mit Inkrafttreten des AGG kommt es für den Entschädigungsanspruch allein auf einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot und grundsätzlich nicht auf ein Verschulden an (vgl. BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1). Insbesondere erweitert das AGG den Schutz auch insoweit in ganz erheblicher Weise, als eine Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG auch bei einer mittelbaren Benachteiligung vorliegt. Bei solchen mittelbaren Benachteiligungen wird es regelmäßig an einer schwerwiegenden Verletzung des Persönlichkeitsrechts als Voraussetzung für die Gewährung eines Entschädigungsanspruchs nach § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG fehlen. § 15 Abs. 2 AGG gewährleistet auch einen umfassenden Schutz des Inklusionsinteresses im vorvertraglichen Bereich in Bezug auf die Merkmale des § 1 AGG. Vor allem ist auch im Vergleich mit Ansprüchen wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu beachten, dass § 22 AGG mit seiner Beweislastverteilung eine wesentliche Vorschrift enthält, die bei einem Vergleich der verschiedenen Klagen nicht unberücksichtigt bleiben darf. Mit dem AGG hat der Gesetzgeber erstmals ein umfassendes Antidiskriminierungsrecht geschaffen, welches in seinen wesentlichen Merkmalen nicht mit Ansprüchen nach § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG vergleichbar ist.

48

dd) § 15 Abs. 4 AGG verstößt auch nicht gegen den Effektivitätsgrundsatz. 49

Was den Effektivitätsgrundsatz betrifft, sind nach der Rechtsprechung des EuGH alle Fälle, in denen sich die Frage stellt, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Ausübung der den Bürgern durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen. Dabei sind gegebenenfalls die Grundsätze zu berücksichtigen, die dem nationalen Rechtssystem zugrunde liegen, wie zB der Schutz der Verteidigungsrechte, der Grundsatz der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäße Ablauf des Verfahrens (*EuGH 29. Oktober 2009 - C-63/08 - [Pontin] Slg. 2009, I-10467 = AP EWG-Richtlinie Nr. 92/85 Nr. 10 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 92/85 Nr. 4*). 50

Unter Berücksichtigung dessen sind nach der Rechtsprechung des EuGH angemessene Ausschlussfristen grundsätzlich mit dem Erfordernis der Effektivität vereinbar, weil die Normierung solcher Ausschlussfristen einen Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit darstellt (*vgl. EuGH 8. Juli 2010 - C-246/09 - [Bulicke] Slg. 2010, I-7003 = AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 16 = EzA AGG § 15 Nr. 8*). Angemessene Ausschlussfristen sind nicht geeignet, die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren. Es ist daher Sache der Mitgliedstaaten, für nationale Regelungen, die in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, Fristen festzulegen, die insbesondere der Bedeutung der zu treffenden Entscheidung für den Betroffenen, der Komplexität der Verfahren und der anzuwendenden Rechtsvorschriften, der Zahl der potenziell Betroffenen und den anderen zu berücksichtigenden öffentlichen oder privaten Belangen entsprechen (*vgl. EuGH 29. Oktober 2009 - C-63/08 - [Pontin] Slg. 2009, I-10467 = AP EWG-Richtlinie Nr. 92/85 Nr. 10 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 92/85 Nr. 4*). 51

Nach § 15 Abs. 4 AGG sind Entschädigungsansprüche binnen einer Frist von zwei Monaten gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich geltend zu 52

machen. Dem Arbeitgeber soll angesichts der Regelung in § 22 AGG nicht zugemutet werden, Dokumentationen über Einstellungsverfahren bis zum Ablauf der allgemeinen Verjährungsfrist von drei Jahren aufbewahren zu müssen (vgl. *BT-Drucks. 16/1780 S. 38*). Der Arbeitgeber wird sich im Hinblick auf die in § 22 AGG getroffene Beweislastverteilung in der Regel nur dann entlasten können, wenn er die Kriterien und Grundlagen der Einstellungsentscheidung dokumentiert hat. Der Arbeitgeber soll sich darauf verlassen können, dass nach Fristablauf solche Ansprüche nicht mehr gegen ihn erhoben werden (vgl. *BAG 19. Februar 2002 - 1 AZR 342/01 - EzA TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 149*). Damit dient die Ausschlussfrist der Rechtssicherheit, dem Rechtsfrieden und der Rechtsklarheit. Ohne Belang ist in diesem Zusammenhang, ob das Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit umfassend erreicht wird, weil § 15 Abs. 2 AGG Ansprüche, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt lässt (§ 15 Abs. 5 AGG). Entscheidend ist allein, dass der Gesetzgeber mit Hilfe der Ausschlussfrist die Schaffung von Rechtsfrieden bezüglich einzelner Ansprüche (*hier der Ansprüche nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG*) beabsichtigt. Es ist nämlich nicht ungewöhnlich, dass Ausschlussfristen nur bestimmte Ansprüche erfassen.

So hat auch der EuGH entschieden (*EuGH 8. Juli 2010 - C-246/09 - [Bulicke] Slg. 2010, I-7003 = AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 16 = EzA AGG § 15 Nr. 8*), es sei nicht ersichtlich, dass die Frist des § 15 Abs. 4 AGG die Ausübung der vom Unionsrecht verliehenen Rechte unmöglich macht oder übermäßig erschweren könnte. Insbesondere auch unter Berücksichtigung der niedrighwelligen Anforderungen an die Geltendmachung (*Schriftform*) begegnet die Länge der Frist des § 15 Abs. 4 AGG keinen Bedenken (vgl. *KR-Treber 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 51; Palandt/Weidenkaff 71. Aufl. § 15 AGG Rn. 8; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 102; Schaub/Linck ArbR-Hdb. 14. Aufl. § 36 Rn. 101a; Jacobs RdA 2009, 193, 200; Wagner/Potsch JZ 2006, 1085, 1093*).

53

ee) Schließlich verstößt auch der in § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG geregelte Fristbeginn im Falle einer Bewerbung oder beruflichen Aufstiegs nicht gegen den Effektivitätsgrundsatz. 54

Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG beginnt die Frist im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung mit dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Ein bloßes Abstellen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Ablehnung könnte die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, da der Beschäftigte mit der Ablehnung nicht notwendigerweise auch Kenntnis von einer Benachteiligung und dem Bestehen eines Anspruchs nach dem AGG hat (vgl. *KR-Treber 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 58; Walker NZA 2009, 5, 10; Kamanabrou RdA 2006, 321, 338*). 55

Ein Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG setzt voraus, dass die Benachteiligung wegen eines Merkmals nach § 1 AGG erfolgt ist. Hierüber gibt die Ablehnung des Arbeitgebers nicht zwingend Auskunft. Allerdings kann § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG unionsrechtskonform dahin gehend ausgelegt werden, dass die Frist nicht vor dem Zeitpunkt beginnt, zu dem der Beschäftigte Kenntnis von der Benachteiligung erlangt (vgl. *MüKoBGB/Thüsing 6. Aufl. § 15 AGG Rn. 46; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 15 Rn. 53; Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 15 Rn. 74; Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 102; KR-Treber 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 60; Kock NJW 2010, 2713, 2716; Kolbe EuZA 2011, 65, 70; Fischinger NZA 2010, 1048, 1052; Jacobs RdA 2009, 193, 201; Walker NZA 2009, 5, 10; Kamanabrou RdA 2006, 321, 338*). 56

Eine solche unionsrechtskonforme Auslegung scheidet nicht am Wortlaut und dem Willen des nationalen Gesetzgebers (aA *Roloff in BeckOK AGG § 15 Rn. 13*). 57

Eine unionsrechtskonforme Auslegung ist dann nicht zulässig, wenn sie mit dem eindeutigen Wortlaut und dem klaren Willen des nationalen Gesetzgebers nicht mehr vereinbar wäre, also contra legem erfolgen würde (vgl. *EuGH*). 58

15. April 2008 - C-268/06 - [Impact] mwN, Slg. 2008, I-2483; 4. Juli 2006 - C-212/04 - [Adeneler] Slg. 2006, I-6057 = AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 1 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 99/70 Nr. 1). Der Wortlaut des § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG steht einer Auslegung nicht entgegen, die im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs neben dem Zugang der Ablehnung zusätzlich auf die Kenntniserlangung von der Benachteiligung abstellt. Aus dem Wortlaut ergibt sich nicht, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, bei einer Bewerbung oder einem beruflichen Aufstieg komme es auf die Kenntnis von der Benachteiligung nicht an. Der Wortlaut legt nahe, dass der Gesetzgeber die Kenntnis von der Benachteiligung mit dem Zugang der Ablehnung unterstellt hat. Tatsächlich hat auch der Gesetzgeber angenommen, dass die Ausschlussfrist erst mit der Kenntnis von der Benachteiligung zu laufen beginnt. Im Gesetzesentwurf heißt es nämlich: „Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, an dem der oder die Benachteiligte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Im Fall einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs ist das der Zeitpunkt der Ablehnung durch den Arbeitgeber“ (vgl. BT-Drucks. 16/1780 S. 38). Auch die Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzesentwurf gehen hiervon aus. Dort heißt es, dass die Verkürzung der Frist auf zwei Monate für Arbeitnehmer hinnehmbar sei, weil die Frist ohnehin erst mit der Kenntnis von dem Verstoß beginne (vgl. BT-Drucks. 16/2022 S. 12). Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber für den Fristbeginn auf die Kenntnis von der Benachteiligung abstellen wollte. Ein der unionsrechtskonformen Auslegung entgegenstehender gesetzgeberischer Wille lässt sich somit nicht feststellen (vgl. Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 102; Fischinger NZA 2010, 1048, 1052; Walker NZA 2009, 5, 10).

Damit ist für den Fall einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs § 15 Abs. 4 AGG dahin auszulegen, dass die Ausschlussfrist mit dem Zeitpunkt beginnt, zu dem dem Beschäftigten die Ablehnung zugegangen ist und er zusätzlich Kenntnis von der Benachteiligung erlangt hat. Der Zeitpunkt des Zugangs der Ablehnung stellt damit den frühestmöglichen Zeitpunkt des Fristbeginns dar (vgl. Kolbe EuZA 2011, 65, 70; Fischinger NZA 2010, 1048, 1052; Jacobs RdA 2009, 193, 201).

59

2. Die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach § 15 Abs. 2 AGG durch den Kläger mit Schreiben vom 5. Dezember 2008 hat die Frist des § 15 Abs. 4 AGG nicht gewahrt. 60
- a) Das Ablehnungsschreiben vom 12. September 2008 war dem Kläger am 17. September 2008 zugegangen. Zwar beginnt in unionsrechtskonformer Auslegung die Frist des § 15 Abs. 4 AGG erst mit der Kenntniserlangung von der Benachteiligung, frühestens mit dem Zugang der Ablehnung. Vorliegend hatte der Kläger mit dem Zugang des Ablehnungsschreibens auch die Kenntnis von der geltend gemachten Benachteiligung. Deshalb begann die Zweimonatsfrist des § 15 Abs. 4 AGG am 18. September 2008 (§ 187 Abs. 1 BGB) und endete am 18. November 2008 (§ 188 Abs. 2, § 193 BGB). Das Geltendmachungsschreiben des Klägers vom 5. Dezember 2008 wahrte deshalb nicht die Frist des § 15 Abs. 4 AGG. 61
- b) Hinsichtlich der Frage, wann Kenntniserlangung von der Benachteiligung vorliegt, kann auf die Maßstäbe des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB mit der Maßgabe zurückgegriffen werden, dass wegen des Wortlauts von § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG eine grob fahrlässige Unkenntnis nicht genügt (vgl. *Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 15 Rn. 75; Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 111; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 15 Rn. 51; KR-Treber 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 57; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 107; Schiek/Kocher AGG § 15 Rn. 59; Jacobs RdA 2009, 193, 201; aA MüKoBGB/Thüsing 6. Aufl. § 15 AGG Rn. 47*). Kenntnis von der Benachteiligung hat der Beschäftigte daher dann, wenn er Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen hat (vgl. *BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). 62
- c) Für Schadensersatzansprüche ist anerkannt, dass es für den Beginn der Verjährungsfrist darauf ankommt, ob der Geschädigte aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person eine Schadensersatzklage - sei es auch nur in der Form einer Feststellungsklage - erheben kann, die bei verständiger Würdigung der ihm bekannten Tatsachen soviel Aussicht auf Erfolg bietet, dass sie für ihn zumutbar ist (*BAG 24. Oktober 2001 - 5 AZR* 63

32/00 - AP BGB § 823 Schutzgesetz Nr. 27 = EzA BGB § 852 Nr. 1). Diese Grundsätze können im Wesentlichen auf den Fristbeginn nach § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG bzgl. eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 AGG übertragen werden.

Der Entschädigungsanspruch ist auf den Ersatz des Nichtvermögensschadens gerichtet und muss nicht beziffert werden. Neben der Kenntnis des Anspruchsgegners, dh. des Arbeitgebers, ist Voraussetzung eines Entschädigungsanspruchs, dass der Benachteiligte auch Kenntnis von der Benachteiligung hat. Ein Entschädigungsanspruch besteht aber nur dann, wenn die Benachteiligung wegen eines Grundes im Sinne von § 1 AGG erfolgt ist, § 7 Abs. 1 AGG. Ob das Motiv für die Benachteiligung von der Kenntnis umfasst sein muss, hat der Senat bislang offengelassen (*BAG 24. September 2009 - 8 AZR 705/08 - AP AGG § 3 Nr. 2 = EzA AGG § 3 Nr. 1*).

64

Grundsätzlich setzt der Beginn der Ausschlussfrist nicht voraus, dass der Beschäftigte von den Motiven des Benachteiligenden positive Kenntnis haben muss. Der Gesetzgeber hat zugunsten des Arbeitnehmers in § 22 AGG eine Beweislastregelung getroffen, die es genügen lässt, dass der Beschäftigte Tatsachen (*Indizien*) vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen eines Merkmals nach § 1 AGG erfolgt ist. Hinsichtlich dieser Vermutungstatsachen sind die Anforderungen an das Beweismaß abgesenkt. Ausreichend ist es, dass Tatsachen dargelegt und ggf. bewiesen werden, die eine Benachteiligung wegen eines Merkmals nach § 1 AGG vermuten lassen (*vgl. BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - BAGE 119, 262 = AP SGB IX § 81 Nr. 13 = EzA SGB IX § 81 Nr. 14*). Zwar kann der Beschäftigte auch den Vollbeweis führen und nachweisen, dass die Benachteiligung wegen eines Merkmals nach § 1 AGG erfolgt ist, jedoch wird ihm dies nach § 22 AGG zur Durchsetzung eines Entschädigungsanspruchs nicht abverlangt.

65

Kennt der Beschäftigte solche Indizien, die zur Beweislastumkehr führen, kann er initiativ werden. Er kennt dann die Tatsachen, die die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllen, was den Fristbeginn nach

66

§ 15 Abs. 4 AGG auslöst (vgl. *Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 112; Schiek/Kocher AGG § 15 Rn. 59; Roloff in BeckOK AGG § 15 Rn. 13; Kolbe EuZA 2011, 65, 71; Kock NJW 2010, 2713, 2716*). Auch der Bundesgerichtshof geht bei Ansprüchen, die das Vorliegen bestimmter innerer Tatsachen voraussetzen, davon aus, dass es für den Beginn der Verjährungsfrist auf die Kenntnis der äußeren Umstände ankommt, aus denen auf die innere Tatsache geschlossen werden kann (vgl. *BGH 27. November 1963 - Ib ZR 49/62 - NJW 1964, 493*). Dem entspricht es, bei Ansprüchen nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 AGG für den Fristbeginn auf die Kenntnis des Beschäftigten von Hilfstatsachen abzustellen, die auf eine anspruchsauslösende Motivlage des Arbeitgebers schließen lassen. Dadurch wird dem Beschäftigten auch nicht unzumutbar das Risiko eines Anspruchsverlustes aufgebürdet, wenn er nicht erkannt hat, dass die Tatsachen bereits für eine Benachteiligung wegen eines verpönten Merkmals sprechen (*so aber: Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 15 Rn. 75*), denn entscheidend ist die Tatsachenkenntnis, nicht aber eine juristisch zutreffende Bewertung dahin gehend, dass die Tatsache taugliches Indiz im Sinne von § 22 AGG ist (vgl. *Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 105*). Dies entspricht der Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn bei Schadensersatzansprüchen (vgl. *BGH 3. März 2005 - III ZR 353/04 - NJW-RR 2005, 1148*). Daraus folgt aber auch, dass die Frist des § 15 Abs. 4 AGG nicht beginnen kann, bevor dem Beschäftigten Tatsachen positiv bekannt geworden sind, die tatsächlich geeignet sind, die Beweislastumkehr nach § 22 AGG zu bewirken. Notwendig, aber auch ausreichend ist, dass der Beschäftigte aufgrund seiner Tatsachenkenntnis eine hinreichend aussichtsreiche, wenn auch nicht risikolose (*nicht notwendig zu beziffernde*) Entschädigungsklage erheben kann. Deshalb beginnt die Frist mit der Kenntniserlangung von solchen Hilfstatsachen, die einen Prozess hinreichend aussichtsreich erscheinen lassen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der jeweilige Umstand oder Verfahrensmangel für sich allein die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer merkmalsbedingten Benachteiligung begründet. Bei Verstößen gegen Normen, die der besonderen verfahrensmäßigen Absicherung vor Diskriminierungen wegen verpönter Merkmale dienen, wird dies regelmäßig der Fall sein. Liegt demgegenüber eine Situation vor, bei der Einzel-

tatsachen keinen Rückschluss auf das Bestehen einer verpönten Motivlage zulassen, jedoch eine Gesamtschau mehrerer Einzeltatsachen die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Kausalbeziehung zu dem verpönten Merkmal begründet, so beginnt die Frist erst mit Kenntniserlangung der letzten, die Gesamtschau iSv. § 22 AGG ermöglichenden Einzeltatsachen.

Im Übrigen kann der Beschäftigte auch noch weitere Indizien, die ihm später bekannt geworden sind, in den Prozess einführen, insbesondere kann er sich auch auf Indizien berufen, die ein weiteres Merkmal im Sinne von § 1 AGG betreffen. Auch dann, wenn die Benachteiligung auf einem Bündel unterschiedlicher Motive iSd. § 1 AGG beruht, liegt nur eine Benachteiligung im Sinne von § 3 AGG vor. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 4 AGG, der von einer unterschiedlichen Behandlung wegen mehrerer in § 1 AGG genannter Gründe spricht (*vgl. HWK/Rupp 5. Aufl. § 4 AGG Rn. 1; AnwK-ArbR/v. Steinau-Steinrück/Schneider 2. Aufl. § 4 AGG Rn. 4; aA v. Roetteken AGG Stand März 2012 § 15 Rn. 59a*).

67

d) Mit dem Zugang des Ablehnungsschreibens am 17. September 2008 hatte der Kläger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen.

68

Er wusste, dass das Auswahlverfahren abgeschlossen war, ohne dass er Berücksichtigung im Auswahlverfahren gefunden hatte. Ein Nachteil im Sinne einer unmittelbaren Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt im Falle einer Auswahlentscheidung bereits dann vor, wenn der Beschäftigte nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorab ausgeschieden wird. Die Benachteiligung liegt in der Versagung einer Chance (*vgl. BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - AP AGG § 15 Nr. 4 = EzA SGB IX § 81 Nr. 21*). Damit lag im Streitfalle die benachteiligende Handlung in der im Vorfeld der eigentlichen Besetzungsentscheidung stattfindenden Verfahrenshandlung, dem Ausscheiden aus dem Bewerbungsverfahren bzw. in der Versagung einer Chance, nicht aber in jedem einzelnen vom Kläger vorgetragenen Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift. Deshalb lief auch nicht für jeden einzelnen Verstoß gesondert eine Frist nach § 15 Abs. 4 AGG und war auch nicht jeder Verstoß gesondert zu entschädigen. Die einzelnen Verstöße gegen Verfahrensvorschriften, die zur Förderung der

69

Chancen schwerbehinderter Menschen in konkreten Stellenbesetzungsverfahren geschaffen wurden, bilden vielmehr Indizien im Sinne von § 22 AGG (vgl. BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - aaO) und gewinnen bei der Bemessung der Entschädigungshöhe Bedeutung (vgl. BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - BAGE 131, 232 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1).

Nach § 82 Satz 2 SGB IX hat der öffentliche Arbeitgeber den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Diese Pflicht besteht nach § 82 Satz 3 SGB IX nur dann nicht, wenn dem schwerbehinderten Bewerber die fachliche Eignung offensichtlich fehlt.

70

Unterlässt es der öffentliche Arbeitgeber entgegen § 82 Satz 2 SGB IX, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, so ist dies eine geeignete Hilfstatsache nach § 22 AGG (vgl. BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16/10 - BVerwGE 139, 135; BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - BAGE 131, 232 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1). Unterstellt man zugunsten des Klägers, dass das beklagte Land verpflichtet gewesen wäre, ihn zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, so hätte er mit dem Zugang des Ablehnungsschreibens am 17. September 2008 Kenntnis von den Tatsachen gehabt, die ein Indiz im Sinne von § 22 AGG begründen. Durch die Mitteilung des Abschlusses des Auswahlverfahrens und die damit verbundene Rücksendung der Bewerbungsunterlagen wusste der Kläger, dass er zu einem Vorstellungsgespräch nicht eingeladen worden und das Besetzungsverfahren abgeschlossen war.

71

Für eine hinreichend aussichtsreiche Entschädigungsklage und damit den Fristbeginn war es nicht notwendig, dass der Kläger Kenntnis weiterer Einzelheiten bzw. Hilfstatsachen hatte. Er musste nicht zusätzlich zu der ihm bereits bekannten Tatsache der unterlassenen Einladung zum Vorstellungsgespräch wissen, dass das beklagte Land möglicherweise gegen die Pflicht verstoßen hatte, der Agentur für Arbeit frühzeitig frei werdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze zu melden (§ 82 Satz 1 SGB IX).

72

§ 15 Abs. 4 AGG senkt das in der Bundesrepublik Deutschland bereits garantierte Schutzniveau in Bezug auf Diskriminierungen wegen einer Behinde-

73

nung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG nicht ab. Ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie liegt deshalb nicht vor. Vor Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX aF, der seinerseits der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG diente (vgl. *BT-Drucks. 14/5074 S. 113*), gab es kein Benachteiligungsverbot zur Bekämpfung der Diskriminierung behinderter Menschen. In Übereinstimmung mit § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX aF sieht § 15 Abs. 4 AGG eine Ausschlussfrist zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen von zwei Monaten vor.

3. Der Kläger hat gegen das beklagte Land auch keinen Anspruch auf Ersatz des Nichtvermögensschadens wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG. 74

a) Dabei kann vorliegend dahinstehen, ob ein etwaiger Anspruch wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts schon deshalb scheitern muss, weil er ebenso wie der Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG nach § 15 Abs. 4 AGG verfallen ist. Die umstrittene Frage, ob § 15 Abs. 4 AGG auch Ansprüche aus § 823 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG erfasst (*dafür: Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 15 Rn. 67; Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 135; Schleuse-ner/Suckow/Voigt AGG 3. Aufl. § 15 Rn. 70; dagegen: Schiek/Kocher AGG § 15 Rn. 63; HWK/Rupp 5. Aufl. § 15 AGG Rn. 14; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 97; ErfK/Schlachter 12. Aufl. § 15 AGG Rn. 18; KR-Treber 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 52; Palandt/Weidenkaff 71. Aufl. § 15 AGG Rn. 10; Jacobs RdA 2009, 193, 195*), ist nicht entscheidungserheblich, da der Kläger einen Anspruch aus § 823 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG nicht schlüssig dargelegt hat. 75

b) Voraussetzung eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG ist, dass der Arbeitgeber das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwerwiegend verletzt hat oder dem Arbeitgeber ein schwerwiegender Verschuldensvorwurf zu machen ist; geringfügige Eingriffe lösen keine Entschädigungsansprüche aus (vgl. *BAG 24. September 2009 - 8 AZR 636/08 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 41 = EzA AGG § 15 Nr. 3*). 76

Weitere Voraussetzung ist, dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann (vgl. *BGH 1. Dezember 1999 - IZR 49/97 - BGHZ 143, 214*). Ob eine schwerwiegende Verletzung vorliegt, hängt von Art, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie dem Grad seines Verschuldens ab, wobei zu berücksichtigen ist, in welche geschützten Bereiche eingegriffen wurde (vgl. *BAG 24. September 2009 - 8 AZR 636/08 - aaO*). Eine Haftung kommt insbesondere nur bei einem Verschulden (§ 276 BGB) in Betracht.

Nach den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregeln hat der Geschädigte sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und ggf. zu beweisen. § 22 AGG bietet für die Geltendmachung eines Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts keine Erleichterungen (vgl. *Windel RdA 2011, 193, 198; ErfK/Schlachter 12. Aufl. § 22 AGG Rn. 11; aA Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 22 Rn. 22e; vgl. zum Streitstand: Grobys NZA 2006, 898, 899*).

77

Soweit es in § 22 AGG heißt, „...im Streitfall...“, ist der Wortlaut für die Frage unergiebig, auf welche Streitigkeiten sich die Norm bezieht. Allerdings ergibt sich aus dem Wortlaut weiter, dass „im Streitfall“ iSv. § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür trägt, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat, wenn Indizien bewiesen werden, die eine Benachteiligung „wegen eines in § 1 genannten Grundes“ vermuten lassen. Folglich bezieht sich § 22 AGG schon seinem Wortlaut nach (*nur*) auf solche Streitigkeiten, in denen das Vorliegen einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes streitig ist (vgl. *Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 22 Rn. 22a; MüKoBGB/Thüsing 6. Aufl. § 22 AGG Rn. 6; KR-Treber 9. Aufl. § 22 AGG Rn. 5*).

78

Die Beweislastregel des § 22 AGG gilt deshalb zunächst für die spezifischen, sich aus dem AGG ergebenden Ansprüche, also insbesondere für Prozesse um Schadensersatz und Entschädigung nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG. Nach § 15 Abs. 5 AGG bleiben hingegen Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt. Insoweit

79

kommt ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht, weil dieser nicht an eine Benachteiligung wegen eines Grundes iSd. § 1 AGG anknüpft. Für einen solchen Anspruch gilt § 22 AGG nicht, da dieser zwar parallel zu einem spezifischen Anspruch des AGG gegeben sein kann, nicht aber von einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot abhängt. Hierfür spricht auch, dass § 16 Abs. 3 AGG die Geltung der Beweislastverteilung des § 22 AGG ausdrücklich für den Verstoß gegen das Maßregelungsverbot wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG für anwendbar erklärt. Einer solchen Regelung hätte es nicht bedurft, wenn § 22 AGG auch auf Ansprüche Anwendung fände, die keine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes voraussetzen (*vgl. Grobys NZA 2006, 898*).

§ 22 AGG ist auch nicht entsprechend auf Ansprüche aus § 823 BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzuwenden. Es fehlt schon an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat in § 15 Abs. 5 AGG und § 32 AGG ausdrücklich angeordnet, dass es bei den allgemeinen Bestimmungen verbleibt, soweit das AGG nichts Abweichendes bestimmt. 80

Auch erfordern es Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG nicht, die Beweisregelungen auf Ansprüche zu erstrecken, die keine Benachteiligung aufgrund eines in der jeweiligen Richtlinie geregelten Merkmals zur Voraussetzung haben. Dies folgt bereits aus Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG, aus denen sich jeweils ergibt, dass sich die sicherzustellenden Rechtsschutzmöglichkeiten und damit auch die Beweisregelung nur jeweils auf die Ansprüche aus der Richtlinie bezieht (*vgl. ErfK/Schlachter 12. Aufl. § 22 AGG Rn. 11*). 81

c) Weder aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch aus den Behauptungen des Klägers ergibt sich eine schwerwiegende Verletzung seines Persönlichkeitsrechts oder ein schwerwiegender Verschuldensvorwurf, der dem 82

beklagten Land zu machen wäre. Auch wenn dieses gegen Verfahrensvorschriften zur Förderung schwerbehinderter Menschen (§ 81 Abs. 1, § 82 SGB IX) verstoßen haben sollte, genügte das nicht, um eine Entschädigungspflicht nach § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG auszulösen, wie es bei einer „Herabwürdigung“ (vgl. BAG 24. September 2009 - 8 AZR 636/08 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 41 = EzA AGG § 15 Nr. 3) ggf. anzunehmen wäre. Insbesondere ergibt sich eine Herabwürdigung nicht aus Form oder Inhalt des Ablehnungsschreibens vom 12. September 2008. Auch der Kläger behauptet nichts Gegenteiliges.

C. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 83

Hauck

Böck

Breinlinger

Schulz

Andreas Henniger