

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 580/09  
3 Sa 499/09  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
27. Januar 2011

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und

Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hermann und Dr. Pauli für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 2. Juni 2009 - 3 Sa 499/09 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch der Klägerin wegen einer Benachteiligung bei einer Bewerbung aufgrund ihrer Behinderung. 1

1987 hatte die Klägerin eine Ausbildung zur Industriekauffrau abgeschlossen. 1997/1998 hat sie erfolgreich an einer Ausbildung zur Fachkraft „Sekretariat - Allroundausbildung mit Englisch“ teilgenommen. Schließlich ließ sie sich von September 2004 bis Juni 2006 zur Kauffrau im Gesundheitswesen ausbilden. Danach war sie nicht berufstätig. 2

Ausweislich eines Bescheides des Landesamtes für Gesundheit und Soziales Berlin - Versorgungsamt - vom 10. Dezember 2002 wurde bei der Klägerin ein Grad der Behinderung (GdB) von 40 festgestellt. Auf einen Gleichstellungsantrag wurde ihr mit Bescheid vom 28. Juni 2007 von der Bundesagentur für Arbeit Berlin Süd die Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen für den Fall zugesichert, dass im Zuge der Vermittlungsbemühungen oder eigener Bemühungen zur Erlangung eines geeigneten Arbeitsplatzes der künftige Arbeitgeber die Einstellung der Klägerin von einer vorherigen Gleichstellung abhängig machen sollte. 3

In der Berliner Morgenpost vom 13. Januar 2008 schaltete die Beklagte, deren Gesellschaftsanteile vollständig vom Land Berlin gehalten werden, eine 4

Anzeige, deren Inhalt auszugsweise lautet:

„...“

Für das Zentrum für Brustkrankungen im V suchen wir zum 1. März 2008 eine/einen

Sekretärin/Sekretär des Chefarztes

befristet für die Dauer von voraussichtlich zwei Jahren.

...

Ihre Aufgaben:

- Sie führen das Chefarztsekretariat
- Sie erledigen alle anfallenden Tätigkeiten sowie Korrespondenzen selbständig
- Sie schreiben nach Stichworten, Diktat oder eigener Verantwortung
- Sie planen die Termine für den Chefarzt in Outlook
- Sie organisieren, bereiten vor und koordinieren Dienstreisen, Konferenzen und Mitarbeiterbesprechungen
- Sie erstellen Organigramme und Prozessabläufe
- Sie sind für die organisatorische Abwicklung und Koordination der Ambulanz verantwortlich
- Sie planen und organisieren interne Veranstaltungen
- Sie betreuen Studien und Studienpatienten mit

Ihr Profil:

- Sie verfügen über eine abgeschlossene Ausbildung als Sekretär/in im Gesundheitswesen
- Sie beherrschen die fachspezifische medizinische Nomenklatur
- Sie besitzen hohe kommunikative Kompetenz und Organisationstalent
- Sie verfügen über ein freundliches und kompetentes Auftreten
- Sie besitzen die Bereitschaft zu konstruktiver Teamarbeit
- Sie besitzen sehr gute Kenntnisse in MS Office Anwendungen (Word, Excel, Power Point), ORBIS, E-Mail- und Internetkenntnisse (Outlook) sowie Englischkenntnisse in Schrift und Sprache

Ihre Perspektiven:

- Eine Vergütung, die sich grundsätzlich nach dem BAT richtet.

...“

In ihrem Bewerbungsschreiben um die mit ca. 2.200,00 EUR brutto pro Monat vergütete Stelle vom 15. Januar 2008 führte die Klägerin ua. aus:

5

„ ...

ich bewerbe mich bei Ihnen als Gesundheitskauffrau um Ihre Stelle als Sekretärin für den Chefarzt für das Zentrum für Brustkrankungen.

Als Industriekauffrau seit 1987 mit Abitur und Sekretariatsassistentin mit Englisch seit 1998, sowie Gesundheitskauffrau seit dem 19.06.2006 denke ich Ihren Anforderungen voll zu entsprechen. Als mehrfache Kauffrau kann ich gut organisieren, planen, protokollieren, rechnen und diverse EDV-Programme bedienen.

Ich arbeite gewissenhaft, ich bin rechtschreibsicher und schreibe ca. 250 A/Min. Ich verfasse gerne Schreiben selbständig, nur nach Anweisungen oder Stichpunkten, auch Phondiktat ist mir gut bekannt. In Qualitätsmanagement und in medizinischer Terminologie hatte ich ein ‚gut‘ im Zeugnis. Organisationstalent und sehr gute Englischkenntnisse in Wort und Schrift bringe ich mit.

Ich verfüge diverse Sekretariatserfahrungen, konnte im Gesundheitswesen erste Erfahrungen machen. Meine Praktika zur Gesundheitsausbildung absolvierte ich in der Diakonie und bei der AOK.

Ich verfüge eine ‚Zusicherung der Gleichstellung‘ bei einem GdB von 40 durch die Arbeitsagentur, bin insofern besonders förderungswürdig, auch aufgrund einer Arbeitslosigkeit über 1 Jahr.

Eine Einladung zu einem persönlichen Gespräch wäre lt. AGG zu befolgen und vorteilhaft.

Dann könnten wir Details Ihrer Anforderungen und meiner Kenntnisse im medizinischen Bereich besprechen. Ich danke Ihnen im voraus für Ihre freundliche Bearbeitung.

...“

Nachdem der zuständige Chefarzt, für dessen Sekretariat die Stelle  
ausgeschrieben worden war, sich für eine andere Bewerbung entschieden  
hatte, teilte die Beklagte mit Schreiben vom 6. Februar 2008 der Klägerin mit,  
dass einer anderen Bewerberin der Vorrang gegeben worden sei. 6

Mit Telefax vom 19. Februar 2008 machte die Klägerin gegenüber der  
Beklagten eine Benachteiligung wegen ihrer Behinderung geltend. Sie forderte  
die Beklagte auf, ihr entweder eine gleichwertige Stelle zu beschaffen oder ihr  
eine Entschädigung iHv. zwei Gehältern der ausgeschriebenen Stelle zu  
zahlen. Andernfalls werde sie auf Zahlung von drei Bruttomonatsgehältern  
klagen. Im Antwortschreiben vom 21. Februar 2008 verwies die Beklagte  
darauf, dass die von der Klägerin eingereichten Bewerbungsunterlagen die  
geforderte Qualifikation nicht ausreichend hatten erkennen lassen. 7

Mit ihrer am 9. Mai 2008 rechtshängig gewordenen Klage verfolgt die  
Klägerin ihren Anspruch auf Entschädigung weiter. 8

Sie ist der Auffassung, die Vermutung einer Diskriminierung wegen  
ihrer Behinderung lasse sich aus verschiedenen Verstößen der Beklagten  
gegen Bestimmungen des SGB IX ableiten. Sie hält die Beklagte für einen  
öffentlichen Arbeitgeber, da ihre Gesellschaftsanteile vollständig vom Land  
Berlin gehalten würden und sie sich selbst in der Stellenanzeige als  
kommunaler Klinikkonzern bezeichnet habe. Weil der Schutzbereich des AGG  
nicht nur schwerbehinderte Menschen und diesen gleichgestellte Menschen,  
sondern auch behinderte Menschen erfasse, wäre die Beklagte verpflichtet  
gewesen, die Klägerin zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Dies um so  
mehr, als ihr von der Agentur für Arbeit die Gleichstellung mit  
schwerbehinderten Menschen zugesichert worden sei. Zudem gebiete die  
Rahmenrichtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 einen um-  
fassenden Schutz wegen Behinderung. Auch nach Einführung des AGG und  
der Neufassung des § 81 SGB IX bestehe ein Umsetzungsdefizit, das bei  
richtlinienkonformer Auslegung des § 81 SGB IX gebiete, diese Norm auch auf  
(einfach-)behinderte Menschen anzuwenden. Daher spreche für die Vermutung  
einer Diskriminierung, dass die Beklagte ihre Schwerbehindertenvertretung 9

über die Bewerbung nach § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX nicht unterrichtet habe und auch nicht entsprechend § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX am Bewerbungsverfahren beteiligt habe. Ebenso wenig sei die Schwerbehindertenvertretung nach § 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX an der Prüfung beteiligt worden, ob der freie Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden könne. Auch die Bundesagentur für Arbeit sei über die zu besetzende Stelle nicht informiert worden.

Die Klägerin hat beantragt,

10

die Beklagte zu verurteilen, an sie 4.400,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Ihren Antrag auf Klageabweisung hat die Beklagte mit der Auffassung begründet, die Schwerbehindertenvertretung ausreichend informiert zu haben. Mit Betriebsrat, Frauenvertreterin und Vertrauensperson der Schwerbehinderten sei vereinbart gewesen, dass diesen die Bewerberunterlagen im Bereich des Personalservice zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt werden. Dem Betriebsrat sei am 28. Januar 2008 das Formblatt „Personalwirtschaftliche Maßnahme“ übersandt worden. Per Fax sei dieses auch der Frauenvertreterin bekannt gemacht worden, die gleichzeitig gewählte Vertrauensperson der Schwerbehinderten sei. Ausschlaggebend für die Nichtberücksichtigung der Klägerin sei gewesen, dass diese - anders als die ausgewählte Bewerberin - keine Kenntnis des Patienten-EDV-Systems ORBIS nachgewiesen habe, ihre berufliche Biographie Lücken aufweise und die Erfahrung zugrunde gelegt worden sei, dass die geforderte Kenntnis der medizinischen Nomenklatur nur bei ständiger praktischer Übung das erforderliche Niveau erreiche.

11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Klägerin blieb vor dem Landesarbeitsgericht ohne Erfolg. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

12

## Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Klägerin hat keine Tatsachen vorgetragen, die eine Benachteiligung wegen ihrer Behinderung vermuten lassen. 13

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: 14

Im Zeitpunkt ihrer Bewerbung sei die Klägerin kein gleichgestellter behinderter Mensch iSd. § 2 Abs. 3 SGB IX gewesen, da ein entsprechender Feststellungsbescheid zwar für den Eintritt bestimmter Voraussetzungen zugesichert worden, aber bis dahin nicht ergangen sei. Jedoch sei die Klägerin behindert iSv. §§ 1, 7 AGG. Die §§ 81, 82 SGB IX seien auch bei einfachbehinderten Menschen zu beachten, die nicht schwerbehindert und nicht gleichgestellt seien. Bei der Behandlung der Bewerbung der Klägerin habe die Beklagte mehrfach gegen § 81 Abs. 1 SGB IX verstoßen. Zwar sei die Schwerbehindertenvertretung nicht zu beteiligen gewesen, da diese nur für Schwerbehinderte und diesen gleichgestellte Menschen iSd. SGB IX zuständig sei. Jedoch hätte die Beklagte den Betriebsrat als ein Gremium iSd. § 93 SGB IX über die Bewerbung der Klägerin informieren müssen, da dieser darauf zu achten habe, dass der Arbeitgeber die nach dem SGB IX obliegenden Verpflichtungen erfülle. Ebenso habe die Beklagte gegen die ihr obliegende Prüfungs- und Meldepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit verstoßen und in diesem Zusammenhang den Betriebsrat wiederum nicht beteiligt, § 81 Abs. 1 Satz 1, 2 und 6 SGB IX. Diese Verstöße ließen darauf schließen, dass die Klägerin den Nachteil eines nicht diskriminierungsfreien Bewerbungsverfahrens erlitten habe. 15

Diese Vermutung habe die Beklagte jedoch widerlegen können. Zutreffend habe sie die Nichtberücksichtigung der Klägerin auf den Sachgrund gestützt, diese beherrsche die medizinische Nomenklatur nicht hinreichend. Dies sei dadurch belegt, dass die Klägerin zwischen dem Abschluss ihrer Ausbildung im Juni 2006 bis zur Bewerbung keinerlei einschlägige Berufs- 16

erfahrung gesammelt und die erforderlichen Kenntnisse nicht durch ständige praktische Übung habe erhalten können.

- B. Dem folgt der Senat nur im Ergebnis. 17
- I. Das AGG findet auf den Streitfall Anwendung, da die Bewerberauswahl durch die Beklagte Anfang 2008 nach dem Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 stattfand (*Senat 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 28, NZA 2010, 1412; BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 15 mwN, AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1*). 18
- II. Die Parteien fallen in den persönlichen Anwendungsbereich des AGG. Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen einer Behinderung oder wegen eines anderen in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligen. 19
1. Auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis gelten als Beschäftigte, § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG. Die Klägerin hat sich für eine von der Beklagten ausgeschriebene Stelle beworben. Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung Tatbestandsvoraussetzung für Ansprüche nach § 15 AGG ist, da aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und nach dem beiderseitigen Parteivorbringen keine Anhaltspunkte erkennbar sind, die gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung der Klägerin sprechen (*Senat 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 32, NZA 2010, 1412; 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 - Rn. 16, AP AGG § 8 Nr. 2 = EzA AGG § 8 Nr. 2*). 20
2. Die Beklagte ist Arbeitgeberin nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG, da sie als juristische Person um Bewerbungen gebeten hat und somit Personen nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG „beschäftigt“. 21
- III. Die Klägerin hat den Entschädigungsanspruch frist- und formgerecht geltend gemacht und eingeklagt. 22



1. Ein Anspruch nach § 15 Abs. 1 oder 2 AGG muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten, beginnend mit dem Zugang der Ablehnung, schriftlich geltend gemacht werden (§ 15 Abs. 4 AGG). Die Klägerin hat ihre Ansprüche mit Telefax vom 19. Februar 2008, der Beklagten spätestens am 21. Februar 2008 zugegangen, geltend gemacht und somit fristgerecht nach der Ablehnungsmitteilung der Beklagten vom 6. Februar 2008. Mit dem Schreiben hat sie einen finanziellen Ausgleich gefordert, der zumindest zwei Bruttomonatsgehälter der ausgeschriebenen Stelle betragen sollte. Damit hat sie ihren Entschädigungsanspruch nach dem Lebenssachverhalt individualisiert und der ungefähren Höhe nach angegeben, was ausreicht (*Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 3. Aufl. § 15 Rn. 77; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 15 Rn. 56*). 23
2. Die Geltendmachung erfolgte auch formgerecht. Das Schriftformgebot des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG verlangt nicht die gesetzliche Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB, ausreichend ist vielmehr die Textform nach § 126b BGB (*Senat 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 42 ff. mwN, NZA 2010, 1412*). Das Telefax der Klägerin vom 19. Februar 2008 genügte den Erfordernissen des § 126b BGB, weil es der Beklagten unstreitig zugegangen ist und ihr damit in Form eines Ausdruckes vorgelegen hat (*BGH 3. Juni 1987 - IVa ZR 292/85 - BGHZ 101, 276*). 24
3. Die am 2. Mai 2008 beim Arbeitsgericht eingegangene und am 9. Mai 2008 der Beklagten zugestellte Klage wahrte die Frist des § 61b Abs. 1 ArbGG, da sie innerhalb von drei Monaten nach schriftlicher Geltendmachung des Anspruchs erhoben worden ist, § 253 Abs. 1 ZPO. 25
- IV. Die Klägerin ist auch benachteiligt worden, da sie im Bewerbungsverfahren um die ausgeschriebene Stelle eine weniger günstige Behandlung erfahren hat als die später eingestellte Bewerberin. Die Situation beider war vergleichbar, da die Klägerin nach den Ausschreibungskriterien nicht als objektiv ungeeignet anzusehen war und eine Benachteiligung auch in der Versagung einer Chance liegen kann (*Senat 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 -* 26

*Rn. 51, NZA 2010, 1412; 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 31, AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1).*

V. Nach den vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen ist jedoch eine Benachteiligung der Klägerin wegen ihrer Behinderung nicht zu vermuten. 27

1. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung dann vor, wenn ein Beschäftigter wegen eines in § 1 genannten Grundes, also auch wegen einer Behinderung, eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Da die weniger günstige Behandlung wegen der Behinderung erfolgen muss, ist ein Kausalzusammenhang erforderlich. Dieser ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an die Behinderung anknüpft oder durch sie motiviert ist (*BT-Drucks. 16/1780 S. 32 zu § 3 Abs. 1 AGG*). Ausreichend ist, dass die Behinderung Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat (*BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 31, NZA 2011, 153; 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 38, 40, AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1*). Es genügt, wenn vom Arbeitgeber unterlassene Maßnahmen objektiv geeignet sind, behinderten Menschen keine oder schlechtere Chancen einzuräumen (*BAG 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 30, BAGE 127, 367 = AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17; 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 44, BAGE 119, 262 = AP SGB IX § 81 Nr. 13 = EzA SGB IX § 81 Nr. 14 jeweils zu § 81 Abs. 2 SGB IX aF*). Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (*Senat 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 54, NZA 2010, 1412; BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 31, aaO*). 28

2. Hinsichtlich der Kausalität zwischen Nachteil und dem verpönten Merkmal ist in § 22 AGG eine Beweislastregelung getroffen, die sich auch auf die Darlegungslast auswirkt. Der Beschäftigte genügt danach seiner Darlegungslast, wenn er Indizien vorträgt, die seine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen. Dies ist der Fall, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen dieses Merkmals erfolgt ist. Durch die Verwendung der Wörter „Indizien“ und „vermuten“ bringt 29

das Gesetz zum Ausdruck, dass es hinsichtlich der Kausalität zwischen einem der in § 1 AGG genannten Gründe und einer ungünstigeren Behandlung genügt, Hilfstatsachen vorzutragen, die zwar nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität zulassen, die aber die Annahme rechtfertigen, dass die Kausalität gegeben ist (*Senat 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) - AP AGG § 22 Nr. 1 = EzA AGG § 22 Nr. 1*). Liegt eine Vermutung für die Benachteiligung vor, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

3. Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob die von einem Bewerber vorgetragene oder unstreitige Tatsache eine Benachteiligung wegen seiner Behinderung vermuten lassen, ist nur beschränkt revisibel. Die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO gewonnene Überzeugung bzw. Nichtüberzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen einer Behinderung und einem Nachteil kann revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob sie möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt (*Senat 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 56, NZA 2010, 1412; BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 34, NZA 2011, 153; Senat 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 28, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6 zu § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF bzgl. einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung*). 30

4. Das Landesarbeitsgericht hat nicht ohne Rechtsfehler angenommen, die Klägerin sei ihrer Darlegungslast nach § 22 AGG nachgekommen. Zwar ist es zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte gegen verschiedene Bestimmungen des § 81 Abs. 1 SGB IX verstoßen hat, es hat aber verkannt, dass diese Bestimmungen des SGB IX auf die Klägerin nicht anzuwenden sind. 31

a) Die Klägerin unterliegt nicht dem unmittelbaren Anwendungsbereich des SGB IX. Die Regelungen des zweiten Teils des SGB IX, §§ 68 - 160, gelten nach § 68 Abs. 1 SGB IX für Schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen. Schwerbehindert sind Menschen, bei denen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt (§ 2 Abs. 2 SGB IX). Ihnen sollen solche behinderten Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 32

50 aber mindestens 30 gleichgestellt werden, bei denen die übrigen Voraussetzungen nach § 2 Abs. 2 SGB IX vorliegen und die infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen oder nicht behalten können, § 2 Abs. 3 SGB IX. Die Gleichstellung erfolgt aufgrund einer Feststellung nach § 69 SGB IX auf Antrag des behinderten Menschen durch die Bundesagentur für Arbeit. Dabei wirkt die Entscheidung konstitutiv (*BAG 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 22, AP SGB IX § 81 Nr. 16 = EzA SGB IX § 81 Nr. 19; 24. November 2005 - 2 AZR 514/04 - zu B II 1 a der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 43 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 51*).

Für eine Gleichstellung fehlt es im Falle der Klägerin an diesem konstitutiven Akt, obwohl sie mit 40 einen für eine Gleichstellung ausreichenden Grad der Behinderung aufweist. Die konstitutive Feststellung wird auch nicht durch die Zusicherung nach § 34 SGB X ersetzt. Die schriftliche Zusicherung der zuständigen Behörde, einen bestimmten Verwaltungsakt, hier die Gleichstellung, später zu erlassen, verpflichtet die Behörde zwar grundsätzlich zu einem entsprechenden Verwaltungshandeln, ersetzt aber den zugesicherten Verwaltungsakt als solchen gerade nicht, § 34 Abs. 3 SGB X (*BAG 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 35, AP SGB IX § 81 Nr. 16 = EzA SGB IX § 81 Nr. 19*).

33

b) Auf die Klägerin finden die §§ 81 ff. SGB IX in der Fassung ab 18. August 2006 auch keine entsprechende Anwendung.

34

aa) Art. 1 der Richtlinie des Rates 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27. November 2000 stellt einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung auch wegen Behinderung im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedsstaaten dar. In solchen Fällen darf es keine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe geben, Art. 2 RL 2000/78/EG. Nach Art. 5 der Richtlinie sind angemessene Vorkehrungen zu treffen, die Anwendung dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Menschen

35

mit Behinderung zu gewährleisten. Nach Art. 17 RL 2000/78/EG müssen die Mitgliedsstaaten Sanktionen festlegen, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung der Richtlinie zu verhängen sind. Weiter müssen sie alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um die Durchführung der Vorschriften zu gewährleisten. Die Sanktionen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, abschreckend und verhältnismäßig sein. Der Umsetzung dieser Vorgaben der RL 2000/78/EG sollte zunächst § 81 Abs. 2 SGB IX in der bis zum 17. August 2006 geltenden Fassung (*aF*) dienen. In § 81 Abs. 2 SGB IX *aF* war ein Benachteiligungsverbot schwerbehinderter und diesen gleichgestellter Menschen geregelt sowie ein Entschädigungsanspruch für den Fall des Verstoßes. Jedoch gab es daneben keine weiteren gesetzlichen Regelungen, um Benachteiligung wegen einer Behinderung zu verhindern oder zu sanktionieren. Im Februar 2006 hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen habe, die notwendig seien, um der RL 2000/78/EG Geltung zu verschaffen (*EuGH 23. Februar 2006 - C-43/05 - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 2*).

bb) In der Folgezeit hat das Bundesarbeitsgericht die Bestimmung des § 81 Abs. 2 SGB IX *aF* als nicht gemeinschaftskonform angesehen, da der in der Richtlinie verwendete Begriff der Behinderung nicht auf die im SGB IX geregelten Anwendungsfälle der Schwerbehinderung und der Gleichstellung beschränkt sei, sondern auch einfach Behinderte umfasse. Die Bestimmung sei daher gemeinschaftskonform auf alle Bewerber mit einer Behinderung im Sinne der Richtlinie anzuwenden (*BAG 3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - Rn. 18 ff., BAGE 122, 54 = AP SGB IX § 81 Nr. 14 = EzA SGB IX § 81 Nr. 15; 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 36 f., AP SGB IX § 81 Nr. 16 = EzA SGB IX § 81 Nr. 19*). Da die durch Art. 18 RL 2000/78/EG gesetzte Frist zur Richtlinienumsetzung am 2. Dezember 2003 abgelaufen war, musste der Anwendungsbereich von § 81 Abs. 2 SGB IX *aF* zwingend europarechtskonform erweitert werden, da es bis zur Einführung des AGG keine Vorschriften zum Schutz einfach-behinderter Menschen vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung und keine Sanktionen zur Durchsetzung dieser Vorschriften gab.

36

Mit der Einführung des AGG sind diese Vorschriften jedoch nunmehr vorhanden.

cc) Soweit das Landesarbeitsgericht die Auffassung vertreten hat, die Bestimmungen des § 81 Abs. 1 SGB IX seien auch (*weiterhin*) bei behinderten Menschen iSd. §§ 1, 7 AGG anzuwenden, die nicht unter den Anwendungsbereich des SGB IX fallen, folgt dem der Senat nicht. Zum einen wird damit die Reichweite der Übergangsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Zwecke der Richtlinienumsetzung bis zum Inkrafttreten des AGG verkannt. Das Bundesarbeitsgericht hat § 81 Abs. 2 SGB IX aF auf einfach-behinderte Menschen angewendet, um für diese im Grundsatz den europarechtlich gebotenen Entschädigungsanspruch annehmen zu können. Auf die Frage, ob Verstöße gegen das SGB IX eine „Vermutungstatsache“ darstellen können, kam es bei der einen Entscheidung schon deswegen nicht an, da die Behinderung ausdrücklich zum Gegenstand der Ablehnung gemacht worden war (*BAG 3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - BAGE 122, 54 = AP SGB IX § 81 Nr. 14 = EzA SGB IX § 81 Nr. 15*). Im weiteren vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall hat das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der öffentliche Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet sei, seine besonderen Pflichten nach § 82 Satz 2 SGB IX gegenüber nicht oder nicht bekannt schwerbehinderten Bewerbern zu erfüllen (*BAG 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 48, AP SGB IX § 81 Nr. 16 = EzA SGB IX § 81 Nr. 19*). Zum anderen wird verkannt, dass nunmehr der Begriff der Behinderung im AGG weiterreichend ist als der Behindertenbegriff im SGB IX. Das AGG schützt auch die einfach-behinderten Menschen vor Diskriminierung, also diejenigen, deren Grad der Behinderung unter 50 liegt und die nicht gleichgestellt wurden. Mit der Einführung des AGG wurde das bestehende Umsetzungsdefizit beseitigt (*Düwell in LPK-SGB IX 3. Aufl. § 81 Rn. 8, 19; Fabricius in: jurisPK-SGB IX § 81 Rn. 24; Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 81 Rn. 11; Knittel SGB IX Kommentar 5. Aufl. § 81 Rn. 24*).

37

c) Findet somit das SGB IX auf die nicht schwerbehinderte und nicht gleichgestellte Klägerin im Zeitpunkt der Bewerbungsentscheidung keine

38

Anwendung, so kann sich die Klägerin nicht im Sinne von Vermutungstatsachen darauf berufen, die Beklagte habe bei der Behandlung ihrer Bewerbung gegen Vorschriften der §§ 81, 82 SGB IX verstoßen. Andere Tatsachen außerhalb der Regelungen des SGB IX, die ihre Benachteiligung wegen ihrer Behinderung indizierten, hat die Klägerin nicht angeführt. Infolgedessen kann auf eine Kausalität zwischen der Ablehnung der Bewerbung der Klägerin und ihrer Behinderung nicht geschlossen werden. Daher kommt es auf die weitere Überlegung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe die Vermutung einer Benachteiligung der Klägerin zu widerlegen vermocht, nicht an.

C. Die Klägerin hat nach § 97 ZPO die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen.

39

Hauck

Böck

Breinlinger

Hermann

Pauli