

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 839/08  
15 Sa 198/08  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
17. August 2010

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisions-  
beklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die

Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie die ehrenamtlichen Richter Lang und Preuß für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 26. Juni 2008 - 15 Sa 198/08 - aufgehoben.

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

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob der schwerbehinderte Kläger eine Entschädigung beanspruchen kann, weil ihn die Beklagte bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses wegen seiner Behinderung benachteiligte. 1

Der 1954 geborene Kläger ist seit 1987 bei der Beklagten in deren Werk in Gelsenkirchen beschäftigt. Er ist gelernter Betriebsschlosser und verfügt über einen Facharbeiterbrief. Ferner ist er ausgebildeter Steuerfachangestellter. Er war zuletzt - jedenfalls bis April 2008 - als Montierer im Bereich der Rohrfertigung mit einer Tätigkeit der Entgeltgruppe 2 des Entgeltrahmenabkommens Metall NRW (*im Folgenden: ERA*) eingesetzt. Am Standort Gelsenkirchen beschäftigt die Beklagte 162 Mitarbeiter. Im Betrieb der Beklagten besteht ein Betriebsrat und eine Schwerbehindertenvertretung. 2

Der Kläger hat einen Grad der Behinderung von 70. Dieser beruht auf einer Herzerkrankung und Epilepsie. Wegen seiner Behinderung trägt er eine Kappe mit Verstärkung, die ihn bei einem Sturz schützen soll. Außerdem ist er mit einem Signalgeber ausgestattet, der anzeigt, wenn er gefallen ist. In einem Schreiben der Arbeitsmedizinisches Zentrum GmbH & Co. KG (*AMZ*) vom 19. September 2005 an die Beklagte heißt es, der Kläger solle, wenn eben 3

möglich, an der Aushalsmaschine eingesetzt werden. Noch besser wäre angesichts seiner Vorbildung als „Steuerberatungshelfer eine Tätigkeit im Bürobereich“. Der den Kläger behandelnde Arzt bescheinigte in einem der Beklagten vorgelegten Attest am 19. Februar 2007, Tätigkeiten an gefährlichen Maschinen oder Geräten führten zu einer erhöhten Gefährdung und seien dem Kläger nicht mehr zumutbar.

Ende Februar 2007 erhielt der Personalleiter der Beklagten, Herr D., die Information, der als Materialdisponent der Produktserie „ecoTEC“ tätige Mitarbeiter verlasse zum 1. April 2007 den Betrieb. Die Beklagte schrieb deshalb unter dem 28. Februar 2007 intern und unter dem 3. März 2007 extern die frei werdende Stelle mit einer Bewerbungsfrist für die internen Bewerber bis zum 16. März 2007 aus. In der internen Stellenausschreibung waren die Anforderungen für die nach der Entgeltgruppe 11 des ERA bewertete Tätigkeit eines/einer Materialdisponent/en/in wie folgt umschrieben:

„Voraussetzung ist eine abgeschlossene Berufsausbildung, vorzugsweise Industriekaufmann/-frau oder auch Facharbeiter/in in einem Metall- oder Elektroberuf. Weitere Anforderungen sind gute Teamfähigkeit, EDV-Kenntnisse (SAP/R3 Modul Materialwirtschaft sowie Word und Excel) und Kommunikationsfähigkeit.  
Sie beherrschen die englische Sprache in Wort und Schrift.“

Der Kläger hatte sich bereits im Sommer 2006 erfolglos um dieselbe Stelle beworben. Die Beklagte schaltete zur Besetzung der freien Stelle weder die Agentur für Arbeit ein, noch beteiligte sie die Schwerbehindertenvertretung.

Mit Schreiben vom 5. März 2007 bewarb sich die Segmentleiterin Frau K., die in der Gerätemontage der Produktserie „ecoTEC“ beschäftigt war und Vergütung nach der Entgeltgruppe 9 des ERA bezog. Frau K. verfügte nicht über die geforderten guten Englischkenntnisse. Die Beklagte beantragte dennoch am 7. März 2007 beim Betriebsrat die Zustimmung zur Versetzung und Umgruppierung der Mitarbeiterin K. mit Wirkung zum 9. März 2007. Der Betriebsrat erteilte seine Zustimmung noch am 7. März 2007. Die Stelle ist seit 9. März 2007 mit Frau K. besetzt.

Innerhalb der Bewerbungsfrist bewarben sich vier weitere Betriebsangehörige, darunter der Kläger mit Schreiben vom 12. März 2007. Die Beklagte reagierte zunächst nicht auf die Bewerbung des Klägers. Erst als seine Prozessbevollmächtigte mit Schreiben vom 9. Mai 2007 die Beklagte unter Hinweis auf das ärztliche Attest vom 19. Februar 2007 und das Schreiben der AMZ vom 19. September 2005 zu einer Stellungnahme zur Besetzung der Stelle sowie zur Bewerbung des Klägers aufforderte, ließ diese durch ihren damaligen Prozessbevollmächtigten am 18. Mai 2007 mitteilen, die Stelle sei anderweitig vergeben worden, weil dem Kläger ua. der für die Stelle erforderliche Facharbeiterbrief in einem Metallberuf bzw. eine Ausbildung zum Industriekaufmann fehle. Die Beklagte bestätigte mit Schreiben vom 22. Juni 2007 noch einmal die Ablehnung. Darauf machte der Kläger mit Schreiben vom 13. Juli 2007 geltend, er sei wegen seiner Schwerbehinderung im Bewerbungsverfahren diskriminiert worden, und forderte eine Entschädigung in Höhe von 12.000,00 Euro.

7

Mit seiner am 17. September 2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 21. September 2007 zugestellten Klage verfolgt der Kläger diesen Anspruch.

8

Der Kläger hat behauptet, er sei für die ausgeschriebene Stelle der objektiv bestqualifizierte Bewerber gewesen. Frau K. habe nicht über die geforderte Berufsausbildung verfügt. Auch die anderen Bewerber hätten im Gegensatz zu ihm nicht sämtliche drei geforderten Voraussetzungen erfüllt. Er werde nicht auf einer Stelle eingesetzt, die den Empfehlungen der AMZ und des behandelnden Arztes entspreche. Er habe sich insgesamt fünfmal auf ausgeschriebene Stellen im Bürobereich beworben. Der Beklagten sei daher bestens bekannt gewesen, dass er sich wiederum aufgrund der Stellenausschreibung bewerben werde. Er hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe ihn aufgrund seiner Schwerbehinderung in seinem beruflichen Fortkommen benachteiligt. Darauf deuteten mehrere Indizien hin. Sie habe die Schwerbehindertenvertretung nicht gemäß § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterrichtet, die Agentur für Arbeit nicht beteiligt, und es sei mit ihm erst nach der

9

Besetzung der Stelle ein Gespräch geführt worden. Indiziell bedeutsam seien auch die beschleunigte Durchführung des Auswahlverfahrens vor Ablauf der Bewerbungsfrist und der wahrheitswidrige vorgeschobene Ablehnungsgrund im Schreiben vom 18. Mai 2007. Die Beklagte habe sich durch die bis zum 16. März 2007 gesetzte Bewerbungsfrist selbst gebunden. Die voreilige Besetzung der Stelle mit einer an sich nicht geeigneten Bewerberin belege, dass es der Beklagten allein darum gegangen sei, seiner noch innerhalb der Bewerbungsfrist zu erwartenden Bewerbung zuvorzukommen. Die Beklagte habe zumindest grob fahrlässig gehandelt. Eine angemessene Entschädigung dürfe den Betrag von 12.000,00 Euro nicht unterschreiten.

Der Kläger hat beantragt,

10

die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25. Juli 2007 zu zahlen. Die Höhe der Entschädigung werde in das Ermessen des Gerichts gestellt, solle aber 12.000,00 Euro nicht unterschreiten.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat behauptet, von den am Standort Gelsenkirchen beschäftigten Arbeitnehmern seien zehn Mitarbeiter schwerbehindert. Die zum 1. April 2007 frei werdende Stelle habe kurzfristig mit einem Mitarbeiter besetzt werden müssen, der Kenntnis von den in Gelsenkirchen stattfindenden alten Dispositionsprozessen gehabt habe. Da Frau K. als ausgebildete Apothekenhelferin besonders für diese Stelle geeignet sei und man nicht davon ausgegangen sei, dass weitere bessere Bewerbungen erfolgen würden, habe man die Stelle bereits am 9. März 2007 mit dieser Bewerberin besetzt. Wegen der arbeitsbedingten Überlastung des Personalleiters sei die dem Kläger angekündigte mündliche Erörterung der Absage in Vergessenheit geraten.

11

Die Beklagte ist der Ansicht, der Kläger habe bereits deshalb nicht benachteiligt werden können, weil seine Bewerbung erst nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens und der Besetzung der Stelle eingegangen sei. Die unterbliebene Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung, die fehlende Be-

12

teiligung der Arbeitsagentur, das im Nachhinein mit dem Kläger geführte Gespräch und die Ablehnungsschreiben könnten daher von vornherein keine Indizwirkung entfalten. Eine Pflicht zur Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX habe nicht bestanden, da die Stelle bei Eingang der Bewerbung des Klägers bereits besetzt gewesen sei. Die Abkürzung der Bewerbungsfrist sei unerheblich und habe im Übrigen alle Arbeitnehmer betroffen. Da sie die Quote gemäß § 71 SGB IX bereits übererfüllt habe und ferner mit einer Werkstatt für Behinderte zusammenarbeite, sei die Vermutung einer Benachteiligung unbegründet. Dem Kläger habe bereits seit März 2007 bekannt sein müssen, dass seine Bewerbung keine Aussicht auf Erfolg habe. Deshalb sei von einer Verfristung des geltend gemachten Entschädigungsanspruchs auszugehen. Schließlich habe sich der Kläger nicht ernsthaft um die Stelle, die neun Gehaltsstufen über seiner eingenommenen Position liege, beworben. Es sei ihm nur um eine Entschädigung gegangen.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger eine Entschädigung in Höhe von 2.500,00 Euro nebst Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat es zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

13

## Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungs- 14  
urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht  
(§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Klage durfte mit der Begründung des Be-  
rufungsgerichts nicht abgewiesen werden. Der Kläger hat dem Grunde nach  
Anspruch auf eine Entschädigung (§ 81 Abs. 2 SGB IX, § 15 Abs. 2 AGG). Der  
Senat kann nicht abschließend über die Höhe des Anspruchs entscheiden.  
Insoweit fehlen tatsächliche Feststellungen, die das Landesarbeitsgericht nach-  
zuholen und innerhalb seines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums rechtlich  
zu würdigen haben wird.

A. Streitgegenstand ist ein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung 15  
wegen eines immateriellen Schadens (§ 15 Abs. 2 AGG) und nicht ein auf Er-  
stattung eines Vermögensschadens gerichteter Schadensersatzanspruch (§ 15  
Abs. 1 AGG). Der Klagebegründung kann nicht entnommen werden, dass der  
Kläger einen konkreten Verdienstaufschlag wegen der unterbliebenen Beförderung  
begehrt. Er benennt schon keinen Zeitraum, für den ein solcher geltend ge-  
macht werden soll. Die Verwendung des Worts Entschädigung verdeutlicht zu-  
dem, dass es ihm um die Erstattung eines immateriellen Schadens geht und er  
die - im Übrigen auch nicht substantiiert begründete - Verdienstdifferenz von  
774,00 Euro lediglich anführt, um eine Größenordnung für die Höhe der in das  
Ermessen des Gerichts gestellten Entschädigung vorzugeben.

B. Der auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klageantrag ist zu- 16  
lässig, insbesondere hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der  
Kläger durfte die Höhe der Entschädigung in das Ermessen des Gerichts  
stellen. Nach § 15 Abs. 2 AGG kann eine angemessene Entschädigung in Geld  
verlangt werden. Damit wird dem Gericht über deren Höhe ein Beurteilungs-  
spielraum eingeräumt (vgl. *BT-Drucks. 16/1780 S. 38*). Steht dem Gericht ein  
Beurteilungsspielraum zu oder hängt die Bestimmung eines Betrags vom  
billigen Ermessen des Gerichts ab, ist ein unbezifferter Zahlungsantrag zu-

lässig. Der Kläger muss lediglich Tatsachen, die das Gericht bei der Bestimmung des Betrags heranziehen soll, benennen und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angeben (*Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 18, BAGE 127, 367; BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 17 f., AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1; 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 17, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*). 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 12.000,00 Euro beziffert.

C. Die Klage ist begründet. Die Beklagte hat bei der Besetzung der Stelle eines Materialdisponenten im März 2007 gegen das Verbot verstoßen, schwerbehinderte Beschäftigte wegen ihrer Behinderung beim beruflichen Aufstieg zu benachteiligen (§ 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX). Der Kläger hat als benachteiligter schwerbehinderter Beschäftigter nach § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX, § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG Anspruch auf angemessene Entschädigung. 17

I. Das am 18. August 2006 in Kraft getretene AGG findet iVm. der seit dem 18. August 2006 geltenden Fassung des § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX auf den Streitfall Anwendung. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Benachteiligungshandlung (*Senat 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 15 mwN, AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1*). Die Entscheidungen der Beklagten, die unter dem 28. Februar 2007 und 3. März 2007 ausgeschriebene Stelle zu besetzen, ohne vorher die Arbeitsagentur einzuschalten und die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen sowie die Bewerbung des Klägers nicht zu berücksichtigen, wurden nach Inkrafttreten des AGG getroffen. 18

II. Der Anspruch ist entgegen der Meinung der Beklagten nicht „verfristet“. Der Kläger hat den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG innerhalb der Frist des § 15 Abs. 4 AGG schriftlich geltend gemacht und die Klage auf Entschädigung innerhalb der in § 61b Abs. 1 ArbGG bestimmten Frist erhoben. 19



1. Gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss ein Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, wenn keine andere tarifliche Regelung besteht. Das ist hier nicht der Fall. Nach § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG beginnt die Frist im Fall einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit Zugang der Ablehnung. 20

a) Der Lauf der Frist für die schriftliche Geltendmachung begann nicht bereits im März 2007. Unerheblich ist, ob dem Kläger schon in diesem Monat bekannt wurde, dass Frau K. die Aufgaben einer Materialdisponentin wahrnahm. Zwar bedarf die Ablehnungserklärung des Arbeitgebers nach § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG keiner Schriftform. Damit der Fristlauf beginnen kann, ist eine ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Arbeitgebers erforderlich, aus der sich für den Beschäftigten aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers eindeutig ergibt, dass seine Bewerbung erfolglos war. Überträgt der Arbeitgeber einem anderen Mitarbeiter die Aufgaben der übertragenen Stelle, bedeutet das nicht zwangsläufig eine endgültige Besetzung der ausgeschriebenen Position. Denn aus der Sicht der Mitbewerbers ist nicht hinreichend zu erkennen, ob die Übertragung nur kommissarisch/vertretungsweise oder dauerhaft erfolgte. Angesichts der eindeutigen gesetzlichen Regelung, wonach im Fall einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs die Frist erst mit dem Zugang der Ablehnung beginnt (*vgl. auch Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 74*), wird die Frist ohnehin nicht deshalb in Gang gesetzt, weil der Bewerber auf andere Weise erfährt, dass er die Stelle nicht bekommen hat (*so aber Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 54*). Da der Arbeitgeber es in der Hand hat, den Zugang für die Ablehnung zu bewirken, besteht keine Notwendigkeit für eine nicht am Wortlaut orientierte Auslegung der gesetzlichen Regelung. 21

b) Dahingestellt bleiben kann, ob die Beklagte mit Schreiben vom 18. Mai 2007 eine Ablehnung iSv. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG erklärte oder eine solche erst mit Schreiben vom 22. Juni 2007 erfolgte. Denn der Kläger forderte die Beklagte bereits mit Schreiben vom 13. Juli 2007 zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 12.000,00 Euro auf. Da die Beklagte keine Anhaltspunkte vor- 22

gebracht hat, die auf einen späteren Zugang dieses Schreibens hindeuten, als er nach dem gewöhnlichen Postlauf anzunehmen ist (*vgl. zum Zugang innerhalb der Postlaufzeit auch Senat 18. August 2009 - 9 AZR 517/08 - Rn. 25, AP TzBfG § 8 Nr. 28 = EzA TzBfG § 8 Nr. 24*), ist von einem Zugang dieses Schreibens vor dem 19. Juli 2007 (§ 187 Abs. 1 BGB) auszugehen.

2. Die Klagefrist nach § 61b Abs. 1 ArbGG von drei Monaten nach schriftlicher Geltendmachung des Anspruchs mit Schreiben vom 13. Juli 2007 ist gewahrt. Die Klage ist am 17. September 2007 beim Arbeitsgericht eingegangen und der Beklagten am 21. September 2007 zugestellt worden (§ 253 Abs. 1 ZPO). 23

III. Die Voraussetzungen für eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG iVm. § 81 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB IX sind entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts erfüllt. 24

Der Entschädigungsanspruch setzt einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot voraus. Dies stellt § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG zwar nicht ausdrücklich klar, ergibt sich aber aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen in § 15 AGG (*BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 28, AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). Die Beklagte benachteiligte den schwerbehinderten Kläger wegen seiner Behinderung und verstieß damit gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. 25

1. Die Beklagte ist Arbeitgeberin iSv. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX, § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG. Der Kläger ist schwerbehinderter Beschäftigter iSv. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Er ist Arbeitnehmer der Beklagten und hat einen Grad der Behinderung von wenigstens 50 (§ 2 Abs. 2 SGB IX). 26

2. Die Beklagte benachteiligte den schwerbehinderten Kläger wegen seiner Behinderung. Die vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen lassen dies vermuten. Die Beklagte hat diese Vermutung nicht widerlegt. 27

a) Die Beklagte benachteiligte den Kläger unmittelbar wegen seiner Behinderung. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG iVm. § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX liegt 28

eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn ein schwerbehinderter Beschäftigter wegen seiner Behinderung eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Der Kläger erfuhr im Bewerbungsverfahren um die ausgeschriebene Stelle eine weniger günstige Behandlung als die Mitarbeiterin K. Ein Nachteil im Rahmen einer Auswahlentscheidung, insbesondere bei einer Einstellung und Beförderung, liegt bereits vor, wenn der Beschäftigte nicht in die Auswahl einbezogen wird. Die Benachteiligung liegt in der Versagung der Chance (*vgl. auch Senat 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 22, AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1; BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 31, AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 3 Rn. 24*). Dies wird durch § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG bestätigt. Danach wird für den Fall, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, nicht der Anspruch ausgeschlossen, sondern lediglich die Entschädigungshöhe begrenzt. Der Kläger und Frau K. befanden sich in einer vergleichbaren Situation, da sie sich beide um die intern ausgeschriebene Stelle innerhalb der von der Beklagten vorgegebenen Bewerbungsfrist beworben hatten. Während die Beklagte die Bewerbung von Frau K. inhaltlich prüfte, verwies sie den Kläger lediglich auf die bereits erfolgte Stellenbesetzung. Ihm wurde damit anders als Frau K. keine Bewerbungschance eingeräumt.

29

b) Die Beklagte behandelte den Kläger wegen seiner Behinderung weniger günstig.

30

Der Kausalzusammenhang zwischen nachteiliger Behandlung und Behinderung ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an die Behinderung anknüpft oder durch sie motiviert ist (*vgl. BT-Drucks. 16/1780 S. 32*). Ausreichend ist, dass die Behinderung Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat (*Senat 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 38, 40, AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1; vgl. auch Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 3 Rn. 11; Meinel/Heyn/Herms AGG § 3 Rn. 7;*

31

*Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert AGG 2. Aufl. § 3 Rn. 37*). Es genügt, wenn vom Arbeitgeber unterlassene Maßnahmen objektiv geeignet sind, schwerbehinderten Menschen keine oder schlechtere Chancen einzuräumen (*vgl. Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 30, BAGE 127, 367; 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 44, BAGE 119, 262, jeweils zu § 81 Abs. 2 SGB IX aF*). Ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht ist nicht erforderlich (*Bauer/Göpfert/Krieger § 3 Rn. 10; Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert § 3 Rn. 38; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 3 Rn. 12; vgl. Kamanabrou RdA 2006, 321, 325; aA Adomeit/Mohr NZA 2007, 179, 180 ff.*).

aa) Nach der allgemeinen Darlegungs- und Beweislastregel muss grundsätzlich derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen (*vgl. Zöller/Greger ZPO 28. Aufl. Vor § 284 Rn. 17a; Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt § 22 Rn. 21*). Zu den anspruchsbegründenden Tatsachen gehört auch die Kausalität zwischen Nachteil und Behinderung. Der Beschäftigte genügt gemäß § 22 AGG seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen. Dies ist der Fall, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht nach allgemeiner Lebenserfahrung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen der Behinderung erfolgte (*vgl. BAG 17. Dezember 2009 - 8 AZR 670/08 - Rn. 19, EzA AGG § 15 Nr. 6; vgl. zu § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 idF vom 23. April 2004 Senat 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 18, BAGE 119, 262*). Liegt eine Vermutung für die Benachteiligung vor, trägt nach § 22 AGG die andere Seite die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat.

32

bb) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Nichteinschaltung der Schwerbehindertenvertretung begründe schon deshalb keine Vermutung für die Benachteiligung wegen der Behinderung, weil bei Besetzung der Stelle mit der Mitbewerberin noch keine Bewerbung des Klägers vorgelegen habe. Die

33

Nichteinschaltung der Agentur für Arbeit sei bedeutungslos, da der Kläger nicht arbeitslos gewesen sei. Das hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

(1) Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob Tatsachen eine Benachteiligung wegen der 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 (*vgl. zu § 81 Abs. 2 SGB IX aF Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 41, BAGE 127, 367; vgl. zu § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF wegen geschlechtsbezogener Benachteiligungen auch BAG 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 27, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*). 34

(2) Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält die angefochtene Entscheidung nicht stand. Sie ist fehlerhaft. Die vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen lassen eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung vermuten. Als Vermutungstatsachen für einen Zusammenhang mit der Behinderung kommen alle Pflichtverletzungen in Betracht, die der Arbeitgeber begeht, indem er Vorschriften nicht befolgt, die zur Förderung der Chancen der schwerbehinderten Menschen geschaffen wurden (*Düwell in LPK-SGB IX 2. Aufl. § 81 Rn. 50*). 35

(3) Die Beklagte prüfte entgegen der ihr gemäß § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX obliegenden Pflicht vor der Besetzung der Stelle nicht, ob der freie Arbeitsplatz mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden konnte. Sie nahm insoweit weder eine interne Prüfung vor, noch schaltete sie die Agentur für Arbeit ein. Sie beteiligte ferner entgegen ihrer Verpflichtung nach § 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX nicht die Schwerbehindertenvertretung. 36

(a) Die Verpflichtung aus § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX trifft den Arbeitgeber entgegen der Auffassung der Beklagten unabhängig davon, ob er die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllt hat. Damit ist zwar weder ein 37

Einstellungs- noch ein Beförderungsanspruch verbunden. Es soll aber erreicht werden, dass die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gefördert wird (*Düwell in LPK-SGB IX § 81 Rn. 71, 73; vgl. Kossens/von der Heide/Maaß SGB IX 3. Aufl. § 81 Rn. 1*).

(b) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts beschränkt sich diese Pflicht nicht auf bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldete Menschen. Das folgt schon aus dem Gesetzeswortlaut. Danach hat der Arbeitgeber zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze „insbesondere“ mit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Die Hervorhebung dieser Personengruppe weist darauf hin, dass die Pflicht auch gegenüber anderen nicht arbeitslosen oder arbeitssuchenden schwerbehinderten Menschen bestehen soll. Damit ist der Arbeitgeber auch verpflichtet zu prüfen, ob der freie Arbeitsplatz mit einem bereits bei ihm beschäftigten schwerbehinderten Arbeitnehmer besetzt werden kann (*vgl. auch Deinert/Neumann Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen 2. Aufl. § 17 Rn. 82; Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 11. Aufl. § 81 Rn. 2; Großmann GK-SGB IX Stand Februar 2010 § 81 Rn. 146*). 38

(c) Auch bei dieser Prüfung ist die Schwerbehindertenvertretung gemäß § 81 Abs. 1 Satz 6 iVm. § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zu beteiligen. Das entspricht dem Regelungszweck der weiteren Bestimmungen in § 81 SGB IX. In § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX wird nicht unterschieden, ob es sich um einen externen oder internen Bewerber handelt. Aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 SGB IX wird deutlich, dass der Arbeitgeber auch zu einer besonderen Förderung des beruflichen Weiterkommens des schwerbehinderten Menschen verpflichtet ist (*Senat 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 - zu B IV der Gründe, BAGE 114, 299*). Der Arbeitgeber hat daher unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung zu prüfen, ob auch für einen bereits bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer der freie Arbeitsplatz in Betracht kommt. 39

(d) Diesen ihr aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 6 SGB IX obliegenden Verpflichtungen kam die Beklagte nicht nach. Sie prüfte weder, ob der freie 40

Arbeitsplatz mit bei der Agentur für Arbeit als arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann, noch prüfte sie unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung, ob der freie Arbeitsplatz mit einem bereits bei ihr beschäftigten schwerbehinderten Arbeitnehmer besetzt werden kann. Das begründet die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung.

(e) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts steht der Vermutung nicht entgegen, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der Stellenbesetzung keine Kenntnis von der Bewerbung schwerbehinderter Menschen hatte. Denn sie besetzte die Stelle bereits vor Ablauf der von ihr selbst gesetzten und bekannt gegebenen Bewerbungsfrist. 41

(aa) Der Umstand, dass eine ausgeschriebene Stelle bereits vor Eingang einer Bewerbung besetzt wurde, schließt nicht generell eine Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG aus (*aA wohl LAG Baden-Württemberg 26. März 2009 - 11 Sa 83/08 - Rn. 29; zustimmend hierzu Bissels jurisPR-ArbR 32/2009 Anm. 4*). Denn die Chance auf Einstellung oder Beförderung kann dem Bewerber oder Beschäftigten auch durch eine diskriminierende Gestaltung des Bewerbungsverfahrens genommen werden, zB weil ein Arbeitgeber die ausgeschriebene Stelle vor Ablauf einer von ihm gesetzten Bewerbungsfrist besetzt, er das Verfahren nach § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX vermeiden will oder ein diskriminierendes Verhalten des Arbeitgebers den Bewerber von einer früheren Bewerbung abhielt (*vgl. auch EuGH 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Slg. 2008, I-5187*). 42

(bb) So ist es hier. Die Beklagte verhinderte, dass alle schwerbehinderten Arbeitnehmer eine noch berücksichtigungsfähige Bewerbung abgeben konnten. Denn die schwerbehinderten Arbeitnehmer durften sich, solange die Beklagte nicht selbst die Abkürzung der Bewerbungsfrist betriebsintern bekannt gab, darauf einstellen, dass bis zum Fristablauf eingehende Bewerbungen noch bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt wurden. Die Beklagte kam damit nicht nur ihrer Prüfpflicht nicht nach. Sie verhinderte auch durch die vorzeitige Be- 43

setzung der Stelle, dass die Schwerbehindertenvertretung über Bewerbungen von schwerbehinderten Arbeitnehmern noch sinnvoll gemäß § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterrichtet werden konnte. Damit zeigte die Beklagte ein Verhalten, das objektiv geeignet war, schwerbehinderten Beschäftigten keine oder schlechtere Chancen als die ihnen gesetzlich zustehenden einzuräumen.

cc) Die Beklagte hat die Vermutung der Benachteiligung des Klägers nicht widerlegt. Ihr bisheriges Vorbringen rechtfertigt nicht den Schluss, dass die Behinderung des Klägers in dem Motivbündel, das die Beklagte bei der Nichteinhaltung der Prüfpflicht und der Verkürzung der Bewerbungsfrist beeinflusste, nicht enthalten war. 44

(1) Wenn die festgestellten Tatsachen eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass eine solche Benachteiligung nicht vorlag. Der Arbeitgeber muss das Gericht davon überzeugen, dass die Benachteiligung nicht - auch - auf der Schwerbehinderung beruht. Damit muss er Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als die Behinderung, die zu der weniger günstigen Behandlung führten (*vgl. Senat 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 33, 37 f., AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1; 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 24, 49, AP SGB IX § 81 Nr. 16 = EzA SGB IX § 81 Nr. 19*), und in seinem Motivbündel weder die Behinderung als negatives noch die fehlende Behinderung als positives Kriterium enthalten war. 45

(2) Die Beklagte ist zur Widerlegung der Benachteiligungsvermutung nicht auf die Gründe beschränkt, die sie in den Schreiben vom 18. Mai 2007 und 22. Juni 2007 anführte. Die Parteien eines arbeitsgerichtlichen Rechtsstreits können materiellrechtlich regelmäßig alle Tatsachen vortragen, aus denen sich das Bestehen des erhobenen Anspruchs oder sein Nichtbestehen ergeben soll. Das Verbot des Nachschiebens bestimmter Tatsachen kann über den Erfolg des Rechtsstreits entscheiden. Diese einschneidende Rechtsfolge kann deshalb nur angenommen werden, wenn sie sich aus dem materiellen Recht un- 46



zweifelhaft herleiten lässt. An einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung fehlt es. Sie ergibt sich auch nicht aus § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX. Denn dort ist nicht geregelt, dass der Arbeitgeber mit einem solchen Vorbringen prozessual ausgeschlossen wird, das nicht in der Begründung der Ablehnung benannt war (vgl. Senat 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 - Rn. 52 ff., AP SGB IX § 81 Nr. 16 = EzA SGB IX § 81 Nr. 19).

(3) Die Beklagte beruft sich zur Widerlegung der Benachteiligungsvermutung ohne Erfolg darauf, die Mitbewerberin sei optimal für die Stelle geeignet. Mit besseren Bewerbern habe nicht gerechnet werden können. 47

Die bessere Eignung von Mitbewerbern schließt eine Benachteiligung nicht aus. Das folgt schon aus dem eindeutigen Wortlaut des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG. Danach ist selbst dann eine Entschädigung zu leisten, wenn der schwerbehinderte Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Daran zeigt sich, dass die Bestimmungen in § 81 Abs. 2 SGB IX iVm. § 15 Abs. 2 AGG das Recht der schwerbehinderten Menschen auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren schützen (Senat 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 42, AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1; vgl. 3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - Rn. 33, BAGE 122, 54). 48

(4) Die Beklagte hat auch keine substantiierten Tatsachen dafür vortragen, dass der Kläger objektiv nicht für die Besetzung der Stelle geeignet gewesen wäre. Sie beschränkt sich auf den Vortrag, der Kläger habe sich im Sommer 2006 auf dieselbe Stellenausschreibung „Materialdisponent“ beworben und sei nicht berücksichtigt worden, da er nach ihrer Auffassung für diese Aufgaben und die damit verbundenen Belastungen völlig ungeeignet sei. Angesichts der vom Kläger absolvierten Ausbildungen und seines Vortrags zu seinen EDV-Kenntnissen sowie seinem bisherigen beruflichen Einsatz ua. als Einsteller und Vertreter des Segmentleiters (*Vorarbeiter*) hätte die Beklagte näher begründen müssen, weshalb der Kläger nach einer kurzen Einarbeitungszeit, die ja auch Frau K. gewährt wurde, nicht in der Lage gewesen sein soll, die Aufgaben der ausgeschriebenen Stelle wahrzunehmen. Zudem hat der Kläger 49

vorgetragen, dass er nach wenigen Tagen Einarbeitung mit dem aktuellen SAP-Programm umgehen könne. Dabei ist ferner zu berücksichtigen, dass auch Frau K. das ausgeschriebene Anforderungsprofil nicht vollständig erfüllte. Sie verfügte zB nicht über die in der Ausschreibung geforderten guten Englischkenntnisse.

(5) Unerheblich ist, ob die Beklagte, wie sie behauptet, in ihren Betrieben die Mindestbeschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllt. Denn deren Erfüllung kann nicht ausschließen, dass beim beruflichen Aufstieg diskriminiert wird. Im Übrigen beschränkt § 81 SGB IX mit Ausnahme des Erörterungsverfahrens in § 81 Abs. 1 Satz 7 bis 9 SGB IX die Förderungspflichten nicht auf Arbeitgeber, die ihre Quote nicht erfüllt haben. Die Erfüllung der Quote entbindet den Arbeitgeber deshalb nicht von seinen Förderungspflichten. Sie befreit ihn lediglich von der Zahlung der Ausgleichsabgabe nach § 77 SGB IX. 50

(6) Auch die von der Beklagten behauptete Zusammenarbeit mit einer Behinderteneinrichtung/Behindertenwerkstatt ist nicht geeignet, die bestehende Vermutung zu widerlegen. Arbeitgeber, die Aufträge an anerkannte Werkstätten erteilen, haben nach § 140 SGB IX das Recht, ihre Ausgleichsabgabenschuld zu verringern, indem sie 50 vom Hundert des auf diese Arbeitsleistung entfallenden Rechnungsbetrags anrechnen dürfen. Diese Anrechnungsbefugnis steht mit den Förderungspflichten des Arbeitgebers aus § 81 SGB IX in keinem Zusammenhang. 51

3. Anhaltspunkte für einen Rechtfertigungsgrund gemäß § 8 AGG sind nicht ersichtlich. 52

4. Die Bewerbungsabsicht des Klägers war entgegen der Auffassung der Beklagten auch ernsthaft. Die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat keine Tatsachen für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers vorgetragen. Aus diesem Grund erweist sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ebenfalls nicht im Ergebnis als richtig (§ 561 ZPO). 53

- a) Im Stellenbesetzungsverfahren kann zwar nur benachteiligt werden, wer sich subjektiv ernsthaft beworben hat. Das ist nicht der Fall, wenn der Beschäftigte/Bewerber nicht ernsthaft an der Stelle interessiert war, sondern in Wirklichkeit nur eine Entschädigung anstrebte (*vgl. Senat 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 49 f. mwN, AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1*) und sich damit rechtsmissbräuchlich verhielt. 54
- b) Zweifel an der Ernsthaftigkeit können bereits dann bestehen, wenn der Bewerber, auch für ihn erkennbar, objektiv für die Stelle nicht in Betracht kam (*BAG 17. Dezember 2009 - 8 AZR 670/08 - Rn. 16, EzA AGG § 15 Nr. 6*). Allein der Umstand, dass die hier ausgeschriebene Stelle mit der Entgeltgruppe 11 ERA bewertet wird und damit neun Entgeltstufen höher liegt als die Entgeltstufe, die der bisherigen Tätigkeit des Klägers entspricht, lässt keinen Rückschluss auf eine nicht ernsthafte Bewerbung zu. Denn die bisherige Entgeltgruppe des Klägers besagt nichts über dessen berufliche Qualifikation und Fähigkeiten, sondern bewertet nur die vom Kläger tatsächlich vertraglich geschuldete Tätigkeit. 55
- c) Der Inhalt des Bewerbungsschreibens lässt ebenfalls nicht auf eine nicht ernsthafte Bewerbung schließen. Da der Kläger bereits bei der Beklagten beschäftigt war und er daher davon ausgehen konnte, dass der Beklagten seine bisherigen Tätigkeiten für sie und seine Ausbildungen bekannt waren, ist die Kürze des Bewerbungsschreibens nachvollziehbar. Im Übrigen gaben auch die übrigen Bewerber, einschließlich Frau K., in den Bewerbungsschreiben keine ausführlichen Begründungen hinsichtlich ihrer Eignung für die ausgeschriebene Stelle. 56
- d) Die mehrmaligen Bewerbungen des Klägers um einen Arbeitsplatz im Bürobereich signalisieren gerade sein ernsthaftes Interesse an der ausgeschriebenen Stelle. Hierbei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Kläger aufgrund seines Gesundheitszustands nicht mehr in der Lage ist, im Akkord zu arbeiten, und ihm im Jahr 2005 aus arbeitsmedizinischer Sicht ein Büroarbeitsplatz empfohlen wurde. Aus der erfolglosen Bewerbung um diese Stelle bereits 57

im Jahr 2006 lässt sich ebenso wenig ein fehlendes ernsthaftes Interesse des Klägers herleiten. Die Chancen, eine Stelle zu erhalten, hängen regelmäßig von der jeweiligen Konkurrenzsituation ab. Es ist deshalb völlig üblich, sich mehrmals um gleiche Stellen zu bewerben, in der Hoffnung auf eine - zumindest in einem Verfahren - günstigere Konkurrenzsituation.

IV. Dem Kläger steht gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG eine angemessene Entschädigung zu. Der Senat kann hierüber nicht abschließend entscheiden. Hierzu bedarf es weiterer Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. 58

1. § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG räumt dem Gericht einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein, um bei der Prüfung der Angemessenheit der Entschädigung die Besonderheiten jedes einzelnen Falls berücksichtigen zu können. Hängt die Höhe des Entschädigungsanspruchs von einem Beurteilungsspielraum ab, ist die Bemessung des Entschädigungsanspruchs grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters (*BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 80 mwN, AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). 59

2. Das Landesarbeitsgericht wird zu prüfen haben, welche Höhe angemessen ist und ob die Entschädigung in der Höhe auf drei Monatsgehälter begrenzt werden muss. Dabei hat es folgende Grundsätze zu berücksichtigen. 60

a) Nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG darf die Entschädigung bei einer Neueinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 SGB IX aF galt die summenmäßige Beschränkung kraft Verweisung auf § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB IX aF auch für den beruflichen Aufstieg. Eine entsprechende Regelung fehlt in § 15 AGG. Dies wird zum Teil für ein Redaktionsversehen gehalten (*so Walker NZA 2009, 5, 7 mwN*). Für eine Beschränkung der Entschädigungszahlung auf drei Monatsgehälter in den Fällen, in denen ein bereits beschäftigter Arbeitnehmer auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht die Beförderungsstelle erhalten hätte, spricht der sogenannte Erst-Recht-Schluss (*vgl. auch Däubler/Bertzbach-Deinert § 15 Rn. 65; Meinel/Heyn/Herms § 15 Rn. 52; aA Schiek/Kocher AGG*) 61

§ 15 Rn. 47; Stein in Wendeling-Schröder/Stein § 15 Rn. 48). Auch der Wortsinne lässt diese Auslegung zu. Denn als Einstellung kann im weitläufigen Sinn auch die Übertragung einer anderen Arbeitsaufgabe im Rahmen einer Vertragsänderung bezeichnet werden. Der Gesetzeswortlaut lässt es aber nicht zu, die Entschädigungssumme im Fall des beruflichen Aufstiegs von vornherein nur auf die dreifache Vergütungsdifferenz zu beschränken, wenn der Beschäftigte die Stelle auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte (so aber zu § 81 SGB IX aF Düwell in LPK-SGB IX 1. Aufl. § 81 Rn. 10; wie hier Däubler/Bertzbach-Deinert § 15 Rn. 65; Meinel/Heyn/Herms aaO; Knittel SGB IX 4. Aufl. § 81 Rn. 124). Auch vom Gesetzeszweck lässt sich diese Auslegung nicht begründen. Die Entschädigung erfolgt allein wegen des immateriellen Schadens. Die Persönlichkeitsverletzung muss im Fall der Auswahl bei Aufstiegsentscheidungen keine geringere sein als bei einer nicht erfolgten erstmaligen Einstellung (vgl. Däubler/Bertzbach-Deinert aaO). Denn auch die Schwere der Verstöße ist bei der Höhe der Entschädigung zu berücksichtigen.

b) Der Arbeitgeber hat zu beweisen, dass der Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre und damit die in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG geregelte Höchstgrenze für die Entschädigungshöhe zum Tragen kommt (HWK/Annuß/Rupp 3. Aufl. § 15 AGG Rn. 9; Knittel § 81 Rn. 121; Meinel/Heyn/Herms § 15 Rn. 51; Schiek/Kocher § 15 Rn. 48; vgl. auch EuGH 22. April 1997 - C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 36, Slg. 1997, I-2195). Das ergibt sich bereits aus der Gesetzesformulierung und Systematik, weil durch § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG von dem in § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG aufgestellten Grundsatz der nur durch das Kriterium der Angemessenheit begrenzten Entschädigungshöhe eine Ausnahme zugunsten des Arbeitgebers geschaffen wird. Diese Verteilung der Beweislast schließt allerdings nicht aus, dass der Beschäftigte im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast geltend machen muss, dass er bei einer benachteiligungsfreien Auswahl eingestellt worden wäre. Als Monatsverdienst iSv. § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG ist der Bruttoverdienst anzusehen, den der Beschäftigte erzielt hätte, wenn er eingestellt

62

worden wäre (*Däubler/Bertzbach-Deinert § 15 Rn. 61; Meinel/Heyn/Herms § 15 Rn. 45; Stein in Wendeling-Schröder/Stein § 15 Rn. 45*).

c) Selbst wenn der Beschäftigte bei benachteiligungsfreier Auswahl die Stelle, um die er sich beworben hat, erhalten hätte, folgt aus § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG nicht, dass die angemessene Entschädigung drei Monatsverdienste oder darüber hinaus betragen muss, da § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG lediglich eine Begrenzung der Entschädigungshöhe normiert. Vielmehr ist die Entschädigung durch das Tatgericht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls festzusetzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es bei § 15 Abs. 2 AGG um den Ersatz des immateriellen Schadens geht und nicht um den Ersatz von Vermögensschäden.

63

d) Nach § 563 Abs. 3 ZPO kann das Revisionsgericht in der Sache selbst entscheiden, wenn das Urteil des Berufungsgerichts nur wegen eines Mangels in der Gesetzesanwendung aufzuheben und der Rechtsstreit entscheidungsreif ist (*Senat 12. August 2008 - 9 AZR 632/07 - Rn. 24, BAGE 127, 232*). Das ist hier nicht der Fall. Das Landesarbeitsgericht hat keinerlei Feststellungen zu der angemessenen Höhe der Entschädigung getroffen. Die maßgeblichen Tatsachen sind nicht festgestellt worden. Bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung durch das Tatgericht sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, wie etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, die Folgen für den Kläger hinsichtlich seines Persönlichkeitsrechts, der Grad der Verantwortlichkeit der Beklagten, der Anlass und Beweggrund des Handelns der Beklagten, der Sanktionszweck und die damit verbundene abschreckende Wirkung (*BAG 17. Dezember 2009 - 8 AZR 670/08 - Rn. 38, EzA AGG § 15 Nr. 6; 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 82 mwN, AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). Das Landesarbeitsgericht wird in diesem Zusammenhang auch aufzuklären haben, ob eine Entschädigung angemessen ist, die den dreifachen Bruttomonatsverdienst übersteigt. Eine derartige Höhe kommt in Betracht, wenn der ausgeschriebene Arbeitsplatz bei benachteiligungsfreier Auswahl mit dem Kläger als dem am besten geeigneten Bewerber hätte besetzt

64

werden müssen. Dazu muss das Landesarbeitsgericht noch Feststellungen zur Bestenauslese treffen. Gelangt das Landesarbeitsgericht zu der Überzeugung, dass der Kläger auch bei benachteiligungsfreier Auswahl die Stelle nicht erhalten hätte, greift nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG die „Deckelung“ der Entschädigung auf drei Bruttomonatsentgelte ein. Insbesondere wird das Berufungsgericht auch aufzuklären haben, welche Auswirkungen die Benachteiligung auf den Kläger hat. Die Sache ist deshalb gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

Düwell

Gallner

Krasshöfer

B. Lang

Preuß