

**Behinderte sollten sich rechtzeitig offenbaren**

Ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes ist verpflichtet, behinderte Bewerber mit einem Behinderungsgrad von mindestens „30“ zu einem Bewerbungsgespräch einzuladen. Tut er es nicht, ist er dem Bewerber nach dem AGG zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet. Dies gilt nicht, wenn er von dem behinderten Bewerber erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist auf seinen Zustand hingewiesen wird und zu diesem Zeitpunkt (wenn auch nur intern) die Auswahlentscheidung schon getroffen worden war. Das BAG: Das Stellenbesetzungsverfahren muss nicht wieder eröffnet werden.

Quelle: Wolfgang Büser

**Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit einer behinderten Person; Begriff des "Behinderten" [GdB von mindestens 30 %]; Entschädigungsanspruch wegen Benachteiligung; Kenntnis des Arbeitgebers von der Behinderung; Unterrichtung des Personalrats**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 18.11.2008

**Aktenzeichen:** 9 AZR 643/07

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2008, 32201

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Darmstadt - 29.11.2006 - AZ: 8 Ca 411/05

LAG Hessen - 27.06.2007 - AZ: 2 Sa 219/07

**Rechtsgrundlagen:**

Art. 2 RL 2000/78/EG vom 27. November 2000

Art. 5 RL 2000/78/EG vom 27. November 2000

Art. 7 RL 2000/78/EG vom 27. November 2000

Art. 10 RL 2000/78/EG vom 27. November 2000

§ 2 SGB IX

§ 68 SGB IX

§ 69 SGB IX

§ 81 Abs. 1 SGB IX

§ 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX a.F.

§ 82 SGB IX

§ 156 SGB IX

§ 34 SGB X

## **Fundstellen:**

ArbRB 2009, 225

BB 2010, 185-189

br 2009, 185-186

EzA-SD 12/2009, 12

FA 2009, 247

NZA 2009, 728-732

ZBVR online 2010, 20-21 (red. Leitsatz)

ZfPR 2010, 20-21 (red. Leitsatz)

ZTR 2009, 381-384

---

## **BAG, 18.11.2008 - 9 AZR 643/07**

### **Orientierungssatz:**

1. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF ist im öffentlichen Dienst gemeinschaftsrechtskonform auf alle Behinderten mit einem Grad von mindestens 30 anzuwenden. Anzuwenden ist auch die Beweislastregelung des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF, nicht aber § 82 Satz 2 und Satz 3 SGB IX (Einladungspflicht vorbehaltlich offensichtlich fehlender Eignung des Bewerbers).
2. Ein Entschädigungsanspruch wegen Benachteiligung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber zur Zeit seiner Auswahlentscheidung weiß oder wissen muss, dass der Bewerber mit einem Grad von mindestens 30 behindert ist.
3. Diese Kenntnis wird idR durch die Vorlage einer Gleichstellungszusicherung iSv. § 34 SGB X vermittelt.
4. Der Arbeitgeber braucht eine Behinderung, die der Arbeitnehmer erst nach Ablauf der in der Ausschreibung gesetzten Bewerbungsfrist offenlegt, nicht mehr zu berücksichtigen, wenn er seine Auswahlentscheidung zu diesem Zeitpunkt bereits (intern) getroffen hat. Das Stellenbesetzungsverfahren muss nicht wieder eröffnet werden.
5. Ob der (schwer-)behinderte Mensch in ein noch laufendes Bewerbungsverfahren einzubeziehen ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.
6. Der Senat hat offengelassen, ob an der Rechtsprechung festzuhalten ist, nach der die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung der Vertretungen iSv. § 93 SGB IX und des betroffenen Arbeitnehmers ( § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX ) nur besteht, wenn er die gesetzliche Beschäftigungsquote nicht erfüllt.
7. Die in § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX normierte Unterrichtungspflicht dient dazu, den abgelehnten Bewerbern zu ermöglichen, die Ablehnungsgründe gerichtlich überprüfen zu lassen. Die Unterrichtung kann auch mündlich erfolgen. Eine Schriftform ist nicht vorgeschrieben. Um die Vermutung der Benachteiligung zu widerlegen, kann der Arbeitgeber auch objektive Tatsachen vorbringen, die nicht Gegenstand der Unterrichtung waren.

### **Tenor:**

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 27. Juni 2007 - 2 Sa 219/07 - aufgehoben, soweit es unter Zurückweisung der Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Darmstadt vom 29. November 2006 - 8 Ca 411/05 - die Klage auf Zahlung einer

Entschädigung von mindestens 9.689,45 Euro abgewiesen hat. Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Insoweit wird der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens - zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten über die Entschädigung des Klägers wegen behinderungsbezogener Benachteiligung bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen.
- 2 Der im Dezember 1961 geborene Kläger ist Diplom-Mathematiker mit dem Nebenfach Informatik; er verfügt über einen Abschluss Magister Artium im Fach Germanistik. Er war mehrere Jahre als wissenschaftlicher Mitarbeiter, Dozent und Lehrer für Informatik und Deutsch als Fremdsprache an der in Trägerschaft des beklagten Landes stehenden Technischen Universität D (TUD) tätig.
- 3 Die TUD schrieb im Frühjahr 2004 unter den Kennnummern 103, 106, 107, 108 und 109 fünf Stellen für wissenschaftliche Mitarbeiter an ihrem neu begründeten und im Aufbau befindlichen E-Learning Center aus. Nach dem Ausschreibungstext erstellt das E-Learning Center die technischen, didaktischen und administrativen Rahmenbedingungen für E-Learning an der TUD und leistet Beiträge zu einer zukunftsorientierten Gestaltung der Lehre. Im Einzelnen waren das:
  - 4 Nr. 103: Qualität des E-Learnings; Voraussetzung ua. ab-
  - 5 geschlossenes Hochschulstudium, halbtags, be-
  - 6 fristet bis Ende 2005, geeignet auch für Berufsan-
  - 7 fänger
  - 8 Nr. 106: E-Learning Autorenwerkzeuge; Voraussetzung
  - 9 abgeschlossenes Hochschulstudium in Informatik,
  - 10 Wirtschaftsinformatik oder einer verwandten Fach-
  - 11 richtung, Vorwissen in einem oder mehreren der Ge-
  - 12 biete E-Learning, Autorenwerkzeuge, Learning
  - 13 Managementsysteme, Content Managementsys-
  - 14 teme, halbtags, befristet auf zwölf Monate
  - 15 Nr. 107: Content Repositories; Voraussetzung ua. abge-
  - 16 schlossenes Hochschulstudium in Informatik, Wirt-
  - 17 schaftsinformatik oder einer verwandten Fach-
  - 18 richtung, halbtags, befristet bis Ende 2005

- 19 Nr. 108: Evaluation von E-Learning; Voraussetzung ua.
- 20 Studienabschluss in Psychologie (Dipl.-Psych.),
- 21 halbtags
- 22 Nr. 109: Didaktik des telemedialen Lernens/Lehrens; Voraus-
- 23 setzung ua. abgeschlossenes Studium der Pädä-
- 24 gogik, Schwerpunkt möglichst Medienpädagogik,
- 25 Vollzeit
- 26 Die Ausschreibungen enthielten ua. den Hinweis, bei gleicher Eignung würden Schwerbehinderte bevorzugt. Die Bewerbungsfrist lief bis zum 5. Mai 2004.
- 27 Der Kläger bewarb sich unter Beifügung eines tabellarischen Lebenslaufs und weiterer Bewerbungsunterlagen unter dem 25. April 2004 schriftlich um die ausgeschriebenen Stellen, "vorzugsweise für jene im Bereich Didaktik". Anfang Juni 2004 leitete er der TUD eine Zusicherung der Bundesagentur für Arbeit vom 2. Juni 2004 mit dem Betreff "Gleichstellung gem. § 2 Abs. 3 Sozialgesetzbuch IX (SGB IX)" zu. Dort heißt es auszugsweise:
- 28 "Sehr geehrter Herr ...
- 29 hiermit sichere ich Ihnen gem. § 34 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) die Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen nach § 2 Abs. 3 SGB IX für den Fall zu, dass im Zuge der Vermittlungsbemühungen bzw. Ihrer eigenen Bemühungen zur Erlangung eines Arbeitsplatzes der Arbeitgeber Ihre Einstellung von einer Gleichstellung abhängig macht. Hierüber bitte ich mich zu gebender Zeit schriftlich zu unterrichten."
- 30 Die TUD führte im Besetzungsverfahren der Stelle Nr. 103 am 28. Juni 2004 Vorstellungsgespräche durch, zu denen der Kläger nicht geladen war. Die Stelle wurde nach der vom Personalrat unter dem 5. Juli 2004 erteilten Zustimmung mit einer Mitbewerberin besetzt. Das Stellenbesetzungsverfahren für die Stelle Nr. 106 wurde im August 2004 offiziell abgebrochen. Für die Stelle Nr. 107 beantragte der Leiter des E-Learning Centers mit Schreiben vom 17. Mai 2004 bei dem Präsidium der TUD deren Besetzung mit einem bereits befristet beschäftigten internen Bewerber. Der von dem Präsidenten der TUD schriftlich beteiligte Personalrat erteilte am 24. Mai 2004 hierzu seine Zustimmung. Es wurden keine Vorstellungsgespräche geführt. Die Stelle wurde mit dem internen Bewerber besetzt.
- 31 Unter dem 29. Juni 2004 schrieb die Schwerbehindertenvertretung der TUD an die Personalabteilung:
- 32 "Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung zur Stellenbesetzung Kenn-Nr. : 109
- 33 Sehr geehrte Damen und Herren,
- 34 die Schwerbehindertenvertretung war ordnungsgemäß am Auswahlverfahren beteiligt. Sie schließt sich dem Einstellungsantrag des Fachbereiches an. Dem schwerbehinderten Bewerber (Herrn ...) sind die Gründe für die Nichtberücksichtigung bei der Absage schriftlich darzulegen.
- 35 Bitte übersenden Sie uns eine Kopie dieses Schreibens, damit wir ggf. bei Rückfragen des abgelehnten Bewerbers informiert sind.

- 36 ..."
- 37 Die TUD lehnte die Bewerbungen des Klägers mit Schreiben vom 23. Juli 2004 ab. Dort heißt es:
- 38 "...
- 39 vielen Dank für Ihr Interesse an einer Stelle am E-Learning Center der TU D.
- 40 Wir bedauern, Ihnen mitteilen zu müssen, dass wir uns bei der Vielzahl der eingegangenen Bewerbungen für eine/n andere/n Bewerber/in entschieden haben. Trotz Ihrer vorhandenen Qualifikation haben wir eine/n den gewünschten Kriterien noch besser entsprechende/n Bewerber/in ausgewählt.
- 41 ..."
- 42 Der Kläger machte mit Anwaltsschreiben vom 21. September 2004 gegenüber dem beklagten Land - bezogen auf alle fünf ausgeschriebenen Stellen - einen Entschädigungsanspruch geltend, weil die TUD ihn trotz seiner Behinderung zu keinem Vorstellungsgespräch eingeladen habe. Die genaue Berechnung des Anspruchs behielt er sich vor. Das beklagte Land lehnte eine Entschädigung ab. Die TUD habe im Einvernehmen mit der örtlichen Schwerbehindertenvertretung von einer Einladung zum Vorstellungsgespräch abgesehen, da dem Kläger die fachliche Eignung für die jeweiligen Beschäftigungen offensichtlich fehle. Die Vergütung auf der Basis einer Vollzeitstätigkeit auf den fünf ausgeschriebenen Stellen hätte für den Kläger für die Zeit bis November 2004 monatlich 3.875,78 Euro und anschließend 3.987,81 Euro brutto betragen.
- 43 Unter dem 18. April 2006 wurde der Kläger rückwirkend zum 1. Februar 2004 als schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 60 anerkannt.
- 44 Mit seiner im März 2005 bei dem Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger zunächst Entschädigung wegen einer auf alle fünf Besetzungsverfahren bezogenen Benachteiligung verlangt, jeweils drei Monatsverdienste. Er hat die Klage sodann auf die Besetzung der Stellen Nr. 103, 106 und 107 beschränkt.
- 45 Der Kläger hat beantragt,
- 46 das beklagte Land zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung, welche in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch mindestens 14.534,18 Euro betragen sollte, zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 47 Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen.
- 48 Das Arbeitsgericht hat der Klage iHv. 996,95 Euro stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Es hat eine Benachteiligung bei der Besetzung der Stelle Nr. 103 bejaht. Die Benachteiligung sei mit einem halben Monatsbruttoverdienst angemessen entschädigt. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Anschlussberufung des beklagten Landes unter Zurückweisung der Berufung des Klägers das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen.
- 49 Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger weiterhin seine Ansprüche. Das beklagte Land beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

- 50** Die zulässige Revision hat teilweise Erfolg.
- 51** A. Die Klage ist zulässig; sie ist insbesondere hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die (verdeckte) Klagehäufung betrifft Entschädigungsleistungen des beklagten Landes wegen behinderungsbezogener Benachteiligung bei der Besetzung der für das E-Learning Center der TUD ausgeschriebenen Stellen Nr. 103, 106 und 107. Der Kläger war nicht gehalten, die Höhe der verlangten Entschädigung zu beziffern. Er konnte dies offenlassen, weil der Betrag gem. § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 1. Halbs. SGB IX aF nach billigem Ermessen des Gerichts zu bestimmen ist. Der Kläger hat die Tatsachen, die das Gericht bei seiner Ermessensausübung heranziehen soll, benannt und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angegeben (vgl. ausführlich Senat 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 12, BAGE 119, 262).
- 52** B. Die Revision ist unbegründet, soweit der Kläger im Zusammenhang mit der Besetzung der Stelle Nr. 107 eine Entschädigung beansprucht. Im Übrigen ist sie begründet. Entschädigungsansprüche sind hinsichtlich der Stellen Nr. 103 und 106 nicht ausgeschlossen. Insoweit führt die Revision zur Aufhebung der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Der Senat kann mangels Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht selbst in der Sache entscheiden.
- 53** I. Auf den Streitfall ist noch nicht das am 18. August 2006 in Kraft getretene AGG anzuwenden (vgl. Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 22, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17). Der Kläger stützt seine Ansprüche auf einen bereits im Jahr 2004 abgeschlossenen Sachverhalt, nämlich seine Bewerbungen vom 25. April 2004 und deren Ablehnung durch das beklagte Land, dokumentiert durch das Ablehnungsschreiben der TUD vom 23. Juli 2004. Heranzuziehen ist deshalb der als Anspruchsgrundlage allein in Betracht kommende § 81 Abs. 2 SGB IX in der bis 17. August 2006 geltenden Fassung (aF).
- 54** II. Das beklagte Land ist nicht verpflichtet, den Kläger wegen der Ablehnung seiner Bewerbung um die Stelle Nr. 107 zu entschädigen. Ein Anspruch des Klägers ergibt sich nicht aus § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX aF.
- 55** 1. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF verbietet dem Arbeitgeber, einen schwerbehinderten Beschäftigten wegen seiner Behinderung zu benachteiligen. Eingeschlossen ist nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX aF insbesondere die Benachteiligung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Die Verletzung des Benachteiligungsverbots begründet einen Anspruch des schwerbehinderten auf angemessene Entschädigung in Geld ( § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX aF), auch dann, wenn der Bewerber bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.
- 56** a) Schwerbehindert iSd. Vorschrift sind nach § 68 Abs. 3 SGB IX Menschen mit einem GdB von mindestens 50 ( § 2 Abs. 2 SGB IX ) und ihnen nach § 68 Abs. 2 SGB IX Gleichgestellte. Die Gleichstellung setzt nach § 2 Abs. 3 SGB IX einen GdB von mindestens 30 voraus. Sie erfolgt auf Antrag des Behinderten durch rechtsbegründenden Verwaltungsakt der Bundesagentur für Arbeit und wirkt konstitutiv (BAG 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). Dagegen hat die behördliche Feststellung über die Anerkennung als schwerbehinderter Mensch iSv. § 2 Abs. 2 SGB IX lediglich feststellenden Charakter (vgl. BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 864/06 - Rn. 16, AP SGB IX § 85 Nr. 5 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 83). Der behinderte Mensch wird mit dem hierüber ausgestellten Ausweis (§ 69 Abs. 5 SGB IX) in die Lage versetzt, seine kraft Gesetzes vorhandene Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nachzuweisen.
- 57** Der Kläger gehört danach zu den schwerbehinderten Menschen iSv. § 81 SGB IX . Das Versorgungsamt hat seine Behinderung im April 2006 rückwirkend zum 1. Februar 2004 mit einem Grad von 60 anerkannt.

- 58 b) § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF verbietet die Benachteiligung "wegen" der Behinderung. Das Merkmal erfordert zwar weder eine Benachteiligungsabsicht noch ein Verschulden des Arbeitgebers oder der für ihn handelnden Personen (Senat 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 22, 44, BAGE 119, 262). Das unzulässige Unterscheidungsmerkmal "Behinderung" muss aber für die benachteiligende Entscheidung des Arbeitgebers (mit-)ursächlich sein. Das kommt nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehinderung des Stellenbewerbers zur Zeit der benachteiligenden Maßnahme kennt oder kennen muss. Andernfalls ist ihm ein Verstoß gegen die bei der Bewerbung schwerbehinderter Menschen nach §§ 81 f. SGB IX auferlegten Handlungs- und Unterlassungspflichten objektiv nicht zurechenbar (vgl. Senat 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 28 ff., AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17). Die Ausgestaltung des Sonderkündigungsschutzes Schwerbehinderter rechtfertigt entgegen der Revision nicht die Annahme, es komme für die Anwendung des § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF allein auf das objektive Bestehen der Schwerbehinderung iSv. § 2 Abs. 2 SGB IX an. Das Kündigungsverbot nach §§ 85 , 90 SGB IX gilt für jeden Kündigungsgrund. Die Schwerbehinderung braucht nicht ursächlich für die Kündigung zu sein.
- 59 Zwischen der Entscheidung der TUD, die Stelle Nr. 107 mit dem internen Bewerber zu besetzen, und der Schwerbehinderung des Klägers besteht kein Kausalzusammenhang. Das gilt auch, wenn § 81 Abs. 2 SGB IX aF zugunsten des Klägers auf Behinderte mit einem Grad von 30 angewendet wird. In seinem Bewerbungsschreiben vom 25. April 2004 hat er seine damals mit einem Grad von 30 anerkannte Behinderung noch nicht mitgeteilt. Als er die Gleichstellungszusicherung der Bundesagentur für Arbeit vom 2. Juni 2004 der TUD Anfang Juni 2004 zuleitete, war das Besetzungsverfahren bereits abgeschlossen. Der interne Bewerber war ausgewählt, nachdem der Personalrat dem Besetzungsvorschlag des Präsidenten der TUD bereits am 24. Mai 2004 zugestimmt hatte. Ob der (schriftliche) Arbeitsvertrag mit dem ausgewählten Bewerber bereits zum 1. Juni 2004 vorlag, wie das beklagte Land behauptet und vom Kläger bestritten wird, ist nicht entscheidend.
- 60 2. Ein Anspruch lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass die TUD nach dem Zugang der Gleichstellungszusicherung das Stellenbesetzungsverfahren nicht wieder eröffnet hat. Eine solche Verpflichtung bestand unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt.
- 61 III. Ansprüche des Klägers, bezogen auf die Stellen Nr. 103 und 106, sind nicht ausgeschlossen.
- 62 1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, spätestens bei Ablauf der Bewerbungsfrist müsse für den Arbeitgeber feststehen, ob ein Bewerber den Schutz des Behindertenrechts beanspruche. Der Arbeitnehmer müsse als schwerbehinderter Mensch iSv. § 69 Abs. 1 SGB IX anerkannt oder nach § 68 Abs. 2 SGB IX gleichgestellt sein. Spätere Feststellungen der zuständigen Behörde verpflichteten den Arbeitgeber nicht, das Stellenbesetzungsverfahren im Hinblick auf die sich aus §§ 81 f. SGB IX ergebenden Pflichten neu auszurichten.
- 63 2. Mit dieser Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden.
- 64 a) Die Ausschreibung und das Setzen einer Bewerbungsfrist im öffentlichen Dienst sind kein Selbstzweck. Als Hilfsmittel der Personalgewinnung strukturieren sie das Stellenbesetzungsverfahren und sollen zu einer möglichst raschen Besetzung der ausgeschriebenen Stellen beitragen. Bewerbungsfristen sind daher keine Ausschlussfristen, die den Verfall von Ansprüchen bewirken. Ihnen kommt ausschließlich eine Ordnungsfunktion zu. Der Bewerberkreis soll zum Stichtag abschließend feststehen, damit der öffentliche Arbeitgeber unter Beachtung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretung und in Wahrung des Prinzips der sog. Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG seine Auswahl treffen kann. Der öffentliche Arbeitgeber ist deshalb berechtigt, nachträgliche Bewerbungen zurückzuweisen, wenn das Bewerbungsverfahren schon weit fortgeschritten ist oder die Auswahlentscheidung (intern) getroffen ist (vgl. Senat 17. Januar 2006 - 9 AZR 226/05 - Rn. 53, AP BAT-O § 24 Nr. 6 ).

65

Diese Rechtssätze sind auch auf die nachträgliche Offenlegung einer (Schwer-)Behinderung anzuwenden. Der Ablauf der Bewerbungsfrist bildet nicht die vom Landesarbeitsgericht angenommene strikte zeitliche Zäsur. Ob der Bewerber in ein noch laufendes Stellenbesetzungsverfahren einzubeziehen ist, richtet sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalls.

- 66** b) Die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erlauben dem Senat keine abschließende Sachentscheidung. Fest steht lediglich, dass die TUD für die Stelle Nr. 103 am 28. Juni 2004 Vorstellungsgespräche geführt hat und dass das Verfahren zur Besetzung der Stelle Nr. 106 im August 2004 abgebrochen worden ist.
- 67** IV. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar ( § 561 ZPO ).
- 68** 1. Ansprüche auf Entschädigung im Zusammenhang mit den Besetzungsverfahren der Stellen 103 und 106 können sich aus § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX aF iVm. § 81 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB IX aF ergeben.
- 69** a) Dem steht nicht bereits entgegen, dass das beklagte Land zur Zeit der Bewerbungen des Klägers und während der Besetzungsverfahren keine Kenntnis von seiner objektiv bestehenden Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch hatte. Unerheblich ist weiter, dass der Kläger zu dieser Zeit nicht einem schwerbehinderten Menschen durch einen Bescheid nach § 68 Abs. 2 SGB IX gleichgestellt war, sondern ihm die Bundesagentur für Arbeit lediglich die Gleichstellung iSv. § 2 Abs. 3 SGB IX nach § 34 SGB X zugesichert hatte. Die schriftliche Zusage der zuständigen Behörde, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen ( § 34 Abs. 1 SGB X ), verpflichtet die Behörde zwar grundsätzlich zum entsprechenden Verwaltungshandeln. Sie ersetzt aber nicht den zugesicherten Verwaltungsakt.
- 70** b) Der nach dem normierten Wortlaut nur für schwerbehinderte Menschen iSv. § 2 Abs. 2 SGB IX und ihnen nach § 68 Abs. 2 SGB IX Gleichgestellte geltende § 81 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 2 SGB IX aF ist gemeinschaftsrechtskonform ( Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf) auch auf Bewerber mit einem Behinderungsgrad von mindestens 30 anzuwenden (vgl. Senat 3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - Rn. 21 ff., BAGE 122, 54 [BAG 15.09.2004 - 4 AZR 9/04] ). Ein öffentlicher Arbeitgeber durfte einen Bewerber um eine Stelle im öffentlichen Dienst mit einem Behinderungsgrad von mindestens 30 schon vor Inkrafttreten des AGG nicht wegen seiner Behinderung benachteiligen. Er hatte den Bewerber bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots angemessen zu entschädigen.
- 71** Die Entscheidung ist überwiegend auf Zustimmung gestoßen (Busch AiB 2008, 119; Gagel jurisPR-ArbR 40/2007 Anm. 1; im Ergebnis auch Schlachter RdA 2008, 179; zT aA Mohr NJW 2007, 3518). An ihr ist festzuhalten. Der deutsche Gesetzgeber hatte die Richtlinie 2000/78/EG, die ua. die Gleichbehandlung der Behinderten bezweckt, bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist (2. Dezember 2003) planwidrig nur unzureichend umgesetzt. Die in § 81 SGB IX festgelegte Beschränkung des vor Benachteiligung geschützten Personenkreises auf schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Menschen widersprach den Vorgaben der Richtlinie (Art. 2, 5 und 7). Sie ist nicht anzuwenden.
- 72** Ein Entschädigungsanspruch kommt entgegen der Auffassung des beklagten Landes nicht nur dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber den behinderten Bewerber wie in dem vom Senat entschiedenen Sachverhalt (3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - BAGE 122, 54 [BAG 15.09.2004 - 4 AZR 9/04] ) "unstreitig" benachteiligt hat. Das Bestehen des Anspruchs richtet sich vielmehr, wie stets, danach, ob die zur Erfüllung des Tatbestands "Benachteiligung wegen Behinderung" erforderlichen Tatsachen festgestellt und vom Tatsachengericht entsprechend gewürdigt werden.

**73**



c) Dem beklagten Land war seit Anfang Juni 2004 bekannt, dass der Kläger mit einem Grad von mindestens 30 behindert war. Dies war der Gleichstellungszusicherung zu entnehmen. Eine Gleichstellung kann nur zugesagt werden, wenn der Betroffene zu den Behinderten iSv. § 2 Abs. 3 SGB IX gehört. Die TUD hat dies ersichtlich nicht anders verstanden. Sie hat zumindest im Besetzungsverfahren der vom Kläger als "vorzugsweise" bezeichneten Stelle Nr. 109 die Schwerbehindertenvertretung beteiligt.

- 74** 2. Das Landesarbeitsgericht hat entsprechend seiner Rechtsauffassung keine Feststellungen zu den tatsächlichen Voraussetzungen getroffen, die zur Beurteilung der Entschädigungsansprüche erforderlich sind. Der Rechtsstreit ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.
- 75** V. Das Landesarbeitsgericht wird bei seiner neuen Verhandlung und Entscheidung Folgendes zu berücksichtigen haben:
- 76** 1. Die Einhaltung der gesetzlichen Ausschlussfrist des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX aF ist aufzuklären. Nach dieser Vorschrift sind Entschädigungsansprüche innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Ablehnung schriftlich geltend zu machen. Ob der Kläger die Frist gewahrt hat, lässt sich den bisher allein festgestellten Fertigungsdaten von Ablehnungs- und Geltendmachungsschreiben (23. Juli 2004/21. September 2004) nicht entnehmen. Maßgeblich sind die Tage des Zugangs (§ 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 1. Alt. BGB ).
- 77** 2. Unschädlich ist das Fehlen eines bezifferten Entschädigungsanspruchs im Geltendmachungsschreiben. Der Anspruchsteller muss dem Arbeitgeber lediglich verdeutlichen, er verlange für die erlittene Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung eine (finanzielle) Entschädigung (Senat 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 16, BAGE 119, 262).
- 78** 3. Ansprüche wegen der Stelle Nr. 106 sind nicht bereits wegen des Abbruchs des Stellenbesetzungsverfahrens ausgeschlossen. Der Behinderte hat Anspruch auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren (vgl. BVerfG zum Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - zu C I 2 c der Gründe, BVerfGE 89, 276 [BVerfG 16.11.1993 - 1 BvR 258/86] ). Dieser Anspruch besteht unabhängig vom Ausgang des Verfahrens. Eine bereits erfolgte Benachteiligung wird durch die (spätere) Nichtbesetzung des Arbeitsplatzes nicht berührt (vgl. Thüsing Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz Rn. 531).
- 79** 4. Es gilt die Beweiserleichterung des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF.
- 80** a) Macht der schwerbehinderte Beschäftigte Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für diese Tätigkeit ist. Diese Regelung setzt Art. 10 der RL 2000/78/EG um und kommt deshalb bei einer richtlinienkonformen Anwendung von § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF auch dem Bewerber zugute, der einen GdB von mindestens 30 hat und nicht gleichgestellt ist.
- 81** b) Der Schwerbehinderte hat gemäß § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF Tatsachen glaubhaft zu machen, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen. Die gesetzliche Regelung betrifft allein das Beweismaß (Senat 15. Februar 2005 - 9 AZR 635/03 - zu B IV 1 b bb (1) der Gründe, BAGE 113, 361; vgl. 5. Februar 2004 - 8 AZR 112/03 - BAGE 109, 265 [BAG 05.02.2004 - 8 AZR 112/03] ). Das Gericht muss die Überzeugung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Schwerbehinderteneigenschaft und Nachteil gewinnen. Der klagende Bewerber kann somit die Beweislast des Arbeitgebers dadurch herbeiführen, dass er Hilfstatsachen darlegt, die eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderteneigenschaft vermuten lassen (Senat 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 18, BAGE 119, 262).

- 82** Ob der Sachvortrag des Klägers eine Benachteiligung wegen seiner Behinderung vermuten lässt, hat das Landesarbeitsgericht zu beurteilen. Dabei wird es zu berücksichtigen haben, dass die unterlassene Meldung freier Stellen bei der Bundesagentur für Arbeit idR geeignet ist, die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung iSv. § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF zu begründen (BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 22, BAGE 119, 262). Hat das beklagte Land die Schwerbehindertenvertretung ausschließlich bei der Besetzung der Stelle Nr. 109 beteiligt, so ist auch dies zu würdigen. Berücksichtigungsfähig kann ferner der Umstand sein, dass die TUD den Kläger zu keinem Vorstellungsgespräch eingeladen hat. Dabei hat das Landesarbeitsgericht allerdings zu beachten, dass das beklagte Land grundsätzlich nicht verpflichtet war, die besonderen Pflichten der öffentlichen Arbeitgeber nach § 82 Satz 2 SGB IX gegenüber dem (unbekannt) schwerbehinderten und nicht gleichgestellten Kläger zu erfüllen. Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG verlangt zwar von den Mitgliedstaaten, angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen zu treffen, um den Zugang zur Beschäftigung zu ermöglichen; Art. 7 der Richtlinie gestattet positive Maßnahmen, die das Ziel haben, die Chancen des Behinderten auf Teilhabe am Arbeitsleben im Vergleich zu Nichtbehinderten zu erhöhen. Welche Maßnahmen und Vorkehrungen der Mitgliedstaat zu treffen hat, ist jedoch nicht vorgegeben.
- 83** 5. Kommt das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, dass eine Benachteiligung zu vermuten ist, wird es zu klären haben, ob das Vorbringen des beklagten Landes den Schluss rechtfertigt, dass die Behinderung des Klägers in dem Motivbündel, das die Entscheidung der TUD beeinflusst hat, nicht als negatives Merkmal enthalten ist (vgl. zu § 611a BGB BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - zu C 2 d der Gründe, BVerfGE 89, 276 [BVerfG 16.11.1993 - 1 BvR 258/86] ; BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 43, BAGE 119, 262). Dabei ist das beklagte Land grundsätzlich nicht gehindert, objektive Tatsachen vorzutragen, die geeignet sind, die Vermutung der Benachteiligung zu widerlegen. Allerdings sind hier die Besonderheiten des Bewerbungsverfahrens für ein öffentliches Amt iSv. Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten (zur Dokumentationspflicht vgl. BVerfG 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Rn. 20, ZTR 2007, 707; Senat 21. Januar 2003 - 9 AZR 72/02 - zu A II 2 b bb der Gründe, BAGE 104, 295 [BAG 21.01.2003 - 9 AZR 72/02] ).
- 84** a) § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX verpflichtet den Arbeitgeber, wenn sich ein schwerbehinderter Mensch bewirbt, "alle Beteiligten" unverzüglich über seine ablehnende Entscheidung unter Darlegung der Gründe zu unterrichten. Beteiligte in diesem Sinn sind der betroffene Bewerber, die Schwerbehindertenvertretung und die in § 93 SGB IX genannten Vertretungen, ua. Betriebs- und Personalrat. Ihnen sind die "Gründe" darzulegen, also die Tatsachen mitzuteilen, die den Arbeitgeber zu seiner Auswahlentscheidung bestimmt haben. Es ist zu verdeutlichen, weshalb die Bewerbung aus Sicht des Arbeitgebers keinen Erfolg hatte. Dem schwerbehinderten Bewerber soll ermöglicht werden, die Entscheidungsgründe des Arbeitgebers gerichtlich nachprüfen zu lassen (BT-Drucks. 14/3372 S. 15 und 18 zur Einfügung der Vorgängervorschrift § 14 SchwbG).
- 85** Den Schutzzwecken Transparenz und Überprüfbarkeit wird teils entnommen, der Arbeitgeber könne die Vermutung einer Benachteiligung nicht mit Gründen widerlegen, die er dem betroffenen Bewerber im Rahmen seiner Unterrichtung nicht mitgeteilt habe. Ein Nachschieben nicht mitgeteilter Gründe komme grundsätzlich nicht in Betracht. Der Arbeitgeber könne sonst das Benachteiligungsverbot "unter Missachtung der Formvorschriften" umgehen.
- 86** Anderes gelte ausnahmsweise, wenn der Arbeitgeber sie vorher nicht habe geltend machen können, weil sie ihm beispielsweise nicht bekannt gewesen seien (vgl. Hessisches LAG 22. März 2006 - 2 Sa 1686/05 - juris Rn. 26, ARBlattei ES 1440 Nr. 146; 7. November 2005 - 7 Sa 473/05 - juris Rn. 20, NZARR 2006, 312). Das Arbeitsgericht ist dieser Rechtsprechung gefolgt und hat deshalb die vom beklagten Land vorgetragene Gründe, weshalb der Kläger für die Stelle Nr. 103 offensichtlich nicht geeignet gewesen sei, nicht gewürdigt.
- 87** b) Der Annahme einer Präklusion ist nicht zuzustimmen. Dabei kann offenbleiben, ob die Vorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX überhaupt auf die Bewerbung des Klägers als eines nur einfach behinderten Bewerbers anwendbar war.

- 88 aa) 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 Gewinn oder Verlust des Rechtsstreits entscheiden. Diese einschneidende Rechtsfolge kann deshalb nur angenommen werden, wenn sie sich aus dem materiellen Recht unzweifelhaft herleiten lässt. Daran fehlt es.
- 89 bb) Dem Wortlaut der Vorschrift ist die angenommene Präklusion nicht zu entnehmen. Die Rechtsfolgen, die sich aus einer Verletzung der Unterrichtungspflicht für einen Rechtsstreit über einen Entschädigungsanspruch wegen einer behinderungsbezogenen Benachteiligung ergeben, sind nicht geregelt. Nach § 156 Abs. 1 Nr. 7 SGB IX wird die schuldhafte Verletzung der Unterrichtungspflicht als Ordnungswidrigkeit verfolgt. Die staatliche Sanktion zeigt, dass der Gesetzgeber der Unterrichtungspflicht zur Verbesserung der Chancen schwerbehinderter Menschen erhebliches Gewicht beimisst.
- 90 cc) Die Ausgestaltung der Norm spricht gleichwohl gegen ein umfassendes Verbot des Nachschiebens. Denn die Unterrichtungspflicht ist lediglich zeitlich gebunden. Sie muss "unverzüglich" erfolgen, also ohne schuldhaftes Zögern ( § 121 BGB ).
- 91 dd) Dagegen ist dem Arbeitgeber überlassen, in welcher Form er die Beteiligten unterrichtet. Er ist nicht verpflichtet, seine Auswahlentscheidung schriftlich zu begründen. Die Beteiligten können auch in persönlichen Gesprächen oder fernmündlich unterrichtet werden. Eine formal einheitliche Unterrichtung ist nicht vorgeschrieben. Deshalb kann zur Begründung des Verbots des Nachschiebens nicht mitgeteilter Gründe auch nicht allein auf den Schutzzweck der Norm abgestellt werden. Bei einer nur mündlichen Erläuterung müsste zunächst im Wege der Beweisaufnahme geklärt werden, welche Tatsachen der Arbeitgeber dem betroffenen Arbeitnehmer und den anderen Beteiligten mitgeteilt hat, um anschließend je nach dem Ergebnis weiteren Sachvortrag zuzulassen oder nicht. Das ist nicht sinnvoll.
- 92 Vor diesem Hintergrund wird im Schrifttum eine schriftliche Begründungspflicht angenommen (so Großmann in GK-SGB IX Stand September 2008 § 81 Rn. 176). Die gerichtliche Überprüfung würde durch eine schriftliche Begründung sicherlich erleichtert. Das gilt insbesondere hinsichtlich des Laufs der Geltendmachungsfrist von zwei Monaten, die mit dem Zugang der Ablehnung der Bewerbung beginnt ( § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX aF). Zweckmäßigkeitserwägungen rechtfertigen jedoch noch nicht die Annahme einer zwingenden Schriftform.
- 93 c) Das Landesarbeitsgericht wird zu beurteilen haben ( § 286 ZPO ), ob die von dem beklagten Land im Rechtsstreit vorgebrachten Ablehnungsgründe zur Zeit der Auswahlentscheidung tatsächlich bestanden oder nur vorgeschoben sind. Dabei wird es folgende rechtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen haben: Beim beklagten Land gilt zwar eine Dokumentationspflicht für die subjektiv zugrunde gelegten Auswahlgründe (vgl. BVerfG 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Rn. 20, ZTR 2007, 707; Senat 21. Januar 2003 - 9 AZR 72/02 - zu A II 2 b bb der Gründe, BAGE 104, 295 [BAG 21.01.2003 - 9 AZR 72/02] ). Das beklagte Land kann sich aber auf alle geeigneten objektiven Tatsachen berufen, um eine Benachteiligungsvermutung zu widerlegen.
- 94 6. Das Landesarbeitsgericht braucht nicht zu prüfen, ob die TUD ihre Beschäftigungspflicht ( §§ 71 ff. SGB IX ) erfüllt. Der Senat hat zwar entschieden, § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX sei nur auf Arbeitgeber anzuwenden, die die gesetzliche Beschäftigungsquote nicht erfüllten und daher nach Satz 7 zu einem Erörterungsgespräch verpflichtet seien (Senat 15. Februar 2005 - 9 AZR 635/03 - zu B IV 1 b bb (2) der Gründe, BAGE 113, 361). Mangels einer für die Unterrichtungspflicht geltenden Schriftform kommt es darauf aber nicht an. Ob der Senat an seiner Rechtsprechung zum Geltungsbereich der Unterrichtungspflicht angesichts der in § 81 Abs. 1 SGB IX vorgegebenen Handlungspflichten des Arbeitgebers, die auf eine umfassende Gewährleistung des Schwerbehindertenschutzes durch das Verfahren zielen, festhalten kann, ist zweifelhaft.

95

7. Kommt das Landesarbeitsgericht bei seiner Würdigung ( § 286 ZPO ) zu einer von dem beklagten Land nicht widerlegten vermuteten Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung, so hat es über die Höhe der Entschädigung zu befinden. Sie muss nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB IX aF angemessen sein. Das bestimmt sich nach der Art und Schwere des Verstoßes sowie den Folgen für den schwerbehinderten Bewerber (Senat 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 47, BAGE 119, 262). Von weiteren Hinweisen sieht der Senat insoweit ab.

---

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.