P , den 07.11.2019

Arbeitsgericht München
Winzererstraße 106

80797 München

Aktenzeichen: 12 Ca 6331/19

In Sachen

W B

gegen

E GmbH & Co. OHG,

I. Sachverhalt

Die Verfahrenseffizienz und Prozessökonomie wurde von Seiten des Klägers bereits mit der Zusammenfassung von mehreren eigenständigen Benachteiligungen bei der Klageeinreichung als eine einheitliche Klage berücksichtigt. Die Stellenausschreibung und die Stellenanforderung (- Anlage B 2 -) als Produktionsmitarbeiter der Bewerbung vom 20.12.2018 mit Bewerbungsschluss 21.12.2018 unterscheidet sich von der Stellenausschreibung und der Stellenanforderung (- Anlage B 4 -) und einer unabhängigen Bewerbung von 13.02.2019 als Mitarbeiter Fertigung / Anlagenmechaniker. Nicht nur, dass differenzierte Anforderungen bezüglich der Ausbildung und den Erfahrungen gestellt werden, sondern auch durch das Entgeltgefüge, da es sich bei der Ausschreibung für die Bewerbung vom 20.12.2018 (- Anlage B 2 -) um eine Hilfstätigkeit nach der Entgeltgruppe (EG) 2 handelt, während es sich bei der Bewerbung vom

13.02.2019 um einen Facharbeiter nach EG 5 der Tarifverträge der bayerischen Metall- und Elektroindustrie handelt.
Diese unterschiedliche Einordnung kann bereits bei der vorgelegten Ausschreibung vom 29.10.2018 (Anlage B 1, hier Facharbeiter) gegenüber der Ausschreibung vom 11.12.2018 (Anlage B 2), die Gegenstand dieser Klage ist, beobachtet werden.
Die Beklagte hat unterschiedliche Stellen mit unterschiedlichen Anforderungen und unterschiedlicher Bezahlung zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Bereich der Produktion / Fertigung im Betrieb W ausgeschrieben.
Die Beklagte stellt selbst unstrittig, dass es sich um „gleiche" Stellen und es sich nicht um dieselbe Stelle handelt.

Aus der bereits vorgelegten – Anlage K 10 – ist ersichtlich, dass ein Fertigungsmitarbeiter im Bereich Schweißen mit der Referenznummer 10000-1166791026-S am 02.11.2018 und ein Lagermitarbeiter mit der Referenznummer 10000-1167731751-S am 11.12.2018 durch die Beklagte veröffentlich worden sind. Weitere Stellen waren zu diesem Zeitpunkt bei der Agentur für Arbeit durch die Beklagte nicht ausgeschrieben.
Die Aufgaben und Stellenanforderungen dieser Veröffentlichungen stimmen mit der vorgelegten Ausschreibung als – Anlage B 1 – nicht überein. Deshalb wird mit Nichtwissen bestritten, dass ein Vermittlungsauftrag gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, insbesondere für die Ausschreibung vom 11.12.2018 gestellt worden ist.

Beweis: Stellenausschreibung - Referenznummer 10000-1166791026-S

- Anlage K 12 -

Im Schriftsatz vom 11.10.2019 auf Seite 2 führt die Beklagte aus, „bereits am 29.10.2018 bei der Bundesagentur für Arbeit" die Stelle eingegeben zu haben und weiter wird ausgeführt, dass „Gleichzeitig wurde die Stelle intern ausgeschrieben." Die gleichzeitige interne Veröffentlichung belegt die Beklagte durch die Vorlage der – Anlage B 1 - .

Die Beklagte dokumentiert somit, dass die Verpflichtung nach § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX nicht erfüllt wurde. „Gleichzeitig" erfüllt nicht die gesetzliche Anforderung nach „frühzeitig". Der Klageantrag 4 vom 07.06.2019 wurde durch die Beklagte mit ihren Angaben bestätigt und unstrittig gestellt.

Die Beklagte teilt auf Seite 2 mit, dass der Betriebsrat einer Einstellung zu der Ausschreibung vom 29.10.2018 nicht zugestimmt hat. Die Beklagte teilt nicht mit, dass der Betriebsrat der Einstellung zu der streitgegenständlichen Ausschreibung vom 11.12.2018 nicht zugestimmt hat. Die Zustimmungsverweigerung wurde u.a. mit der Nichtunterrichtung über den Bewerbungseingang des Klägers vom 20.12.2018 begründet.

Beweis: Der Vorsitzende des Betriebsrates
Herr M E

Die gewählte Vertrauensperson der schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten – Schwerbehindertenvertretung
Herr T F - bereits benannt

- als Zeugen -

Originalunterlagen werden bei Bewerbungen nicht mitgesendet. Dies insbesondere bei Bewerbung per eMail. Es ist systembedingt nicht möglich. Im Urteil vom 26.09.2013, 8 AZR 650/12 führt das BAG in der Randnummer 30 aus:

„a) Soweit die Schwerbehinderteneigenschaft dem Arbeitgeber nicht nachweislich schon bekannt ist oder – etwa bei einem Vorstellungsgespräch – eine körperliche Behinderung offensichtlich bekannt wird, zB im Falle fehlender Gliedmaßen oder der Notwendigkeit, einen Rollstuhl zu benutzen, muss der Bewerber den Arbeitgeber über seine Schwerbehinderteneigenschaft informieren. Dies hat regelmäßig im Bewerbungsschreiben selbst unter Angabe des GdB, gegebenenfalls einer Gleichstellung zu geschehen, da der Arbeitgeber jedenfalls gehalten ist, bei jeder Bewerbung das eigentliche Bewerbungsschreiben zur Kenntnis zu nehmen (vgl. BAG 16. September 2008 – 9 AZR 791/07 – Rn. 39, BAGE 127, 367).“

Im Bewerbungsanschreiben – als Anlage K 1 bereits vorgelegt - wurde auf die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch durch den Kläger deutlich hingewiesen. Allein dieser Hinweis ist gemäß Urteil des BAG vom 16. September 2008 – 9 AZR 791/07 – Rn. 39 ausreichend, um die Eigenschaft anzuzeigen und die daran gebundenen Rechtsfolgen bei der Beklagten auszulösen. Die erfolgte Beilage einer Kopie des Schwerbehinderten-ausweises erfüllt die Anforderungen des BAG bereits überobligatorisch. Die Mitteilung der Schwerbehinderteneigenschaft wurde durch die Beklagte unstrittig gestellt, aber nicht die daran geknüpfte Beachtung der Rechtsfolgen.

Hier sei auf den Leitsatz des BAG Urteils vom 16. 9. 2008 – 9 AZR 791/07 (lexetius.com/2008,3439) hingewiesen:

„Teilt ein Bewerber im Bewerbungsschreiben seine Schwerbehinderung mit, ist der Arbeitgeber verpflichtet, das Bewerbungsschreiben bei seinem Eingang vollständig zur Kenntnis zu nehmen. Diese Pflicht beruht für Altfälle auf § 81 SGB IX in der bis 17. August 2006 geltenden Fassung (aF). Übersehen die für den Arbeitgeber handelnden Personen den Hinweis auf die Schwerbehinderteneigenschaft und verstößt der Arbeitgeber deshalb gegen seine Pflichten aus § 81 SGB IX aF, wird eine Benachteiligung wegen einer Behinderung vermutet. Die unterlassene Kenntniserlangung der in seinem Einflussbereich eingesetzten Personen wird dem Arbeitgeber als

objektive Pflichtverletzung zugerechnet. Auf ein Verschulden der handelnden Personen kommt es nicht an."

Selbstverständlich kann der Kläger dem Gericht den Schwerbehindertenausweis im Original vorlegen.

Die Organisation und die Gestaltung der internen Abläufe und Handhabungen unterliegen der unternehmerischen Freiheit. Die Erfüllung der Verpflichtungen zur Unterrichtung „**unmittelbar nach Eingang**" der betrieblichen Interessensvertretungen nach § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX hat die Beklagte sicherzustellen. Zumal die Schwerbehinderten-vertretung nach § 178 Abs. 2 Satz 4 SGB IX hierauf einen Rechtsanspruch hat. Dieser Rechtsanspruch wurde vorliegend deutlich verzögert erfüllt und bedurfte zusätzlich der Nachfrage und der eigenen Nachforschung durch die Interessensvertretungen.

Die dargestellte Personalsituation im Schriftsatz vom 11.10.2019 auf Seite 3 hat die Beklagte selbst zu verantworten. In der bereits vorgelegten - Anlage K 3 – wird neben Herr R zusätzlich auf einen Herrn F Sc als Vertretung von Frau S verwiesen.
Die Haftung der Beklagten erfasst auch Schäden, die auf eine Pflichtverletzung seiner Erfüllungsgehilfen sowohl hinsichtlich eines Tuns, als auch eines Unterlassen zurück-gehen. Der BGH führt im Urteil vom 21.04.1954 - VI ZR 55/53 aus:
„Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Verhältnissen des gegebenen Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird (Bestätigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts). Aus welchem Grunde er sich veranlaßt sieht, tätig zu werden, ist unerheblich."

Hinsichtlich der Unterrichtung der betrieblichen Interessensvertretungen mag die Beklagte die Information am 15.01.2019 um 15:25 Uhr (Anlage B 3) abgesendet haben. Dieser Zeitpunkt nach 25 Tagen ist nicht mehr „**unmittelbar nach Eingang**" gemäß § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX, da die Bewerbung am 20.12.2018 unbestritten in den Handlungsbereich der Beklagten gelangt ist.
Die Beklagte möge den Beweis ihrer Behauptung antreten, dass die Unterrichtung vom 15.01.2019 um 15:25 Uhr durch den Betriebsrat und durch die Schwerbehindertenver-tretung zu diesem Zeitpunkt zur Kenntnis genommen wurde und nicht erst am 16.01.2019.
Unabhängig der Kenntnisnahme der betrieblichen Interessensvertretungen am 15.01.2019 oder 16.01.2019 ist der Klageantrag 1 vom 07.06.2019 unstrittig gestellt.

Im Bestreitensfall:

Beweis: Die gewählte Vertrauensperson der schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten – Schwerbehindertenvertretung

Herr T F - bereits benannt

Der Vorsitzende des Betriebsrates
Herr M E – bereits benannt

- als Zeugen -

Dass der Eingang der Bewerbung des Klägers vom 20.12.2018 durch die Beklagte rechtzeitig bearbeitbar war, belegt die erfolgte Rückantwort der Schwerbehinderten-vertretung vom 21.12.2018. Der Kläger hat die betriebliche Interessensvertretung eigenständig über die Einreichung seiner Bewerbung bei der Beklagten informiert. Diese Information erfolgte auf Grund eines Tipps der ehemaligen Schwerbehindertenvertretung des Klägers und ersetzt nicht die geschuldete Unterrichtungsverpflichtung nach dem SGB IX durch die Beklagte selbst gegenüber den Interessensvertretungen.

Beweis: Antwortmail der Schwerbehindertenvertretung vom 21.12.2018

- Anlage K 13 -

Mindestens eine betriebliche Interessensvertretung hat, nach Kenntnis des Klägers, auf Grund der erhaltenen Informationen des Klägers gezielt nach Bewerbungseingängen von schwerbehinderten oder gleichgestellten Personen bei der Personalstelle (HR) in der ersten Januarhälfte nachgefragt.
Der Bewerbungseingang des Klägers vom 20.12.2018 wurde trotz dieser Nachfrage nicht vor dem 15.01.2019 den Interessensvertretungen durch die Beklagte mitgeteilt.

Im Bestreitensfall:

Beweis: Die gewählte Vertrauensperson der schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten – Schwerbehindertenvertretung
Herr T F - bereits benannt

Der Vorsitzende des Betriebsrates
Herr M E – bereits benannt

- als Zeugen -

Die Ausführung „Sämtliche Bewerbungsunterlagen lagen der E-Mail im Anhang bei.“ auf Seite 3 des Schriftsatzes vom 11.10.2019 ist nur teilweise korrekt. Denn wie der vorgelegten – Anlage B 3 - zu entnehmen ist, wurden nur die Bewerbungsunterlagen des Klägers weitergeleitet. Die Schwerbehindertenvertretung hat nach § 178 Abs. 2 SGB IX seit Bewerbungseingang ein Anrecht auf Sichtung der Bewerbungsunterlagen aller Mitbewerber um die ausgelobte Stelle. Mit Nichtwissen wird bestritten, dass derartige Unterlagen der Schwerbehindertenvertretung bereitgestellt worden sind.

Beweis: Die gewählte Vertrauensperson der schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten – Schwerbehindertenvertretung Herr T F - bereits benannt

- als Zeuge -

Frau S hat im Telefongespräch am 17.01.2019 ausgeführt, dass sie erst **„jetzt“** durch die Mailnachfrage des Klägers auf den Bewerbungseingang vom 20.12.2018 aufmerksam geworden sei. Frau S hat gemäß den Ausführungen im Schriftsatz vom 11.10.2019 auf Seite 3 und der vorgelegten - Anlage B 3 - aber mindestens am 15.01.2019 vor 15:25 Uhr Kenntnis gehabt. Wobei ein früherer Zeitpunkt im Rahmen der Möglichkeiten gegeben ist, zumal der Betreff: „Bewerbung Produktionsmitarbeiter“ vom 20.12.2018 eindeutig ist. Dieser erkennbare und in der Priorität zuordnungsfähiger Betreff der Bewerbung vom 20.12.2018 des Klägers kann der vorgelegten - Anlage K 2 - entnommen werden.
Bei einer üblichen chronologischen Bearbeitung der Maileingänge bei der mitgeteilten Abwesenheit seit dem 17.12.2018 wird mit Nichtwissen bestritten, dass bis zum Bewerbungseingang am 20.12.2018 „mehrere Hundert E-Mails zu bearbeiten“ vorgelegen haben.

Im Bestreitensfall:
Beweis: Frau N S - bereits benannt

- als Zeugin –

Durch die Ausführungen im Schriftsatz vom 11.10.2019 auf Seite 4 ist unstrittig gestellt, dass die Schwerbehindertenvertretung nicht über den Ort und Zeitpunkt des Bewerbungsgespräches durch die Beklagte korrekt informiert worden ist. Die Ausübung des Ehrenamtes der Schwerbehindertenvertretung wurde durch die Beklagte in den ersten 20 – 30 Minuten des Bewerbungsgespräches aktiv zu Lasten des Klägers verhindert. Eine umgehende Korrektur durch Frau S ist bei einer Zeitspanne größer 5 Minuten nicht mehr gegeben. Die im Schriftsatz angegebenen Räume befinden sich in verschiedenen Gebäuden und sind durch die Namenssystematik differenziert, was eine Verwechslung erheblich erschwert. Die Abwesenheit der Schwerbehindertenvertretung wurde durch den Kläger mehrfach angesprochen. Erstmalig zu Beginn, direkt nach der Vorstellung von Herrn W , da der Kläger den Vertreter der Schwerbehindertenvertretung vermisst hat. Denn die gewählte Vertrauensperson hat in einem Telefongespräch Interesse an der Gesprächsteilnahme gegenüber dem Kläger signalisiert.

Die idealisierte Darstellung des Gesprächsverlaufes im Schriftsatz vom 11.10.2019 auf Seite 4/5 wird mit Nichtwissen bestritten. Herr W hat selbst bei Anwesenheit der

Schwerbehindertenvertretung mehrfach Fragen zu den behinderungsbedingten Einschränkungen des Klägers gestellt. Herr T F hat intensiv währende des Bewerbungsgespräches mitgeschrieben und ist aus Sicht des Klägers bereits aufgrund der getätigten Notizen auskunftsfähig.

Im Bestreitensfall wird um die Einvernahme vorn Herrn T F gebeten, da die Beklagte keinerlei Belege bezüglich der Ladung der Schwerbehindertenvertretung vorgelegt hat.

Die im Schriftsatz vom 11.10.2019 auf Seite 4 / Klage vom 07.06.2019 Seite 5 aufgeführte Verpackungsmaschine befindet sich nicht im direkten Bereich der Produktion. Dies hat Herr T F in der Diskussion mit Herrn G W im Bewerbungsgespräch am 23.01.2019 ausgeführt. Da sich die Verpackungsmaschine außerhalb der Produktion und die Chemikalien sich nur im Fehlerfall ausbreiten könnten, wird mit Nichtwissen bestritten, dass die Fragestellung zwingend erforderlich war. Denn, dann wäre die bereits nur theoretische Möglichkeit einer Rauchentwicklung durch einen Kabelschmorbrand auch eine Grundlage zur Ausforschung von behinderungsbedingten Einschränkungen unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts.

Im Bestreitensfall:

Beweis: Die gewählte Vertrauensperson der schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten – Schwerbehindertenvertretung
Herr T F - bereits benannt

- als Zeuge -

Sollte von der besagten Verpackungsmaschine derartige gesundheitliche Gefahren ausgehen, wäre dies ein Fall des betrieblichen Gesundheitsschutzes und für den Arbeitssicherheitsausschuss. Darüber müsste der Betriebsrat informiert sein.

Beweis: Der Vorsitzende des Betriebsrates
Herr M E – bereits benannt

- als Zeuge -

Gemäß Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG besteht die Verpflichtung, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um behinderte Menschen den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen, also die hierzu im konkreten Fall geeignete und erforderliche Maßnahmen zu treffen, wenn dieses die Beklagte nicht unverhältnismäßig belastet. Mit einem allgemeinen pauschalen Hinweis kann sich die Beklagte ihrer Verantwortung nicht entziehen.

Die Beklagte möge die im Schriftsatz vom 11.10.2019 auf Seite 5 aufgestellte Behauptungen unter Beweis stellen, dass der Kläger:

- kein Arbeitseinkommen bis zum Rentenbeginn bedarf
- nicht bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend gemeldet ist.

Der Kläger belegt durch die – Anlage K 6 – sein Interesse an der ausgeschriebenen Stelle als Produktionsmitarbeiter und dass der Kläger allen Anforderungen der Beklagten gerecht werden wollte und den Aufforderungen der Beklagten nachgekommen ist. Dies ist der Situation als ein abhängig Beschäftigter und der gegebenen Machtposition als potentieller Arbeitgeber geschuldet.

Die Beklagte hat nicht dargelegt, wie eine Stellenausschreibung vom 23.01.2019 als Mitarbeiter Fertigung / Anlagenmechaniker mit abweichenden Anforderungen und Entgelt mit der Stellenausschreibung als Produktionsmitarbeiter mit Bewerbungsschuss 21.12.2018 und der Bewerbung des Klägers vom 20.12.2018 zusammenhängen.

Die Beklagte macht keine Angaben zu dem bereits Anfang Januar 2019 durchgeführte Mitbestimmungsverfahren nach § 99 BetrVG zu der Stellenausschreibung als Produktionsmitarbeiter mit Bewerbungsschluss 21.12.2018. Vielmehr wurden über das Stellenbesetzungsverfahren vor der Bewerbung und über ein Stellenbesetzungsverfahren als Mitarbeiter Fertigung nach der Bewerbung des Klägers am 13.02.2019 dargelegt, die in keinem direkten Bezug zum streitgegenständigen Verfahren haben.

Mit Nichtwissen wird bestritten, dass die weiteren Bewerbungsgespräche Anfang März im Zusammenhang mit der Bewerbung des Klägers vom 20.12.2018 um die ausgeschriebene Stelle als Produktionsmitarbeiter mit Bewerbungsschluss 21.12.2018 geführt worden sind.

Mit Nichtwissen wird bestritten, dass weitere Bewerbungen bis zum Bewerbungsschluss am 21.12.2018 vorgelegen haben und diese Bewerbungen um die Stelle als Produktionsmitarbeiter zu weiteren Bewerbungsgespräche Anfang März geführt haben.

Mit Nichtwissen wird bestritten, dass die weiteren Bewerbungsgespräche mit Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung in der gleichen Zusammensetzung wie das Bewerbungsgespräch des Klägers am 23.01.2019 durchgeführt worden sind.

Es wird bestritten, dass es sich, wie auf Seite 5 des Schriftsatzes vom 11.10.2019 dargestellt, um die „gleiche“ Stelle handelt, denn aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen kann es sich nur um eine ähnliche Stelle handeln.

Die als Beweis angeführte Stellenausschreibung – Anlage B 4 – belegt nur, dass die Beklagte der Meldung als allgemeine freie Stelle nach § 39 SGB III für diese

Ausschreibung nachgekommen ist. Die Bundesagentur für Arbeit wird durch diese Art der Meldung nicht nach § 187 Abs. 5 SGB IX tätig.
Die Meldung und Beauftragung der Agentur für Arbeit der streitgegenständlichen Ausschreibung mit Bewerbungsschluss 21.12.2018 wird dadurch nicht belegt und wird mit Nichtwissen bestritten.

Der Arbeitsplatz als Mitarbeiter Fertigung / Anlagenmechaniker in W war im Informationssystem der Agentur für Arbeit mit der Referenznummer: 10000-1168803662-S hinterlegt. Eine besondere Kennzeichnung als Ausschreibung für schwerbehinderte / gleichgestellte Menschen hat nicht vorgelegen. Der Kläger hat sich am 13.02.2019 auf diese Stelle beworben und diese Bewerbung ist Gegenstand des Verfahrens 5 Ca 9540/19 vor dem Arbeitsgericht München.
Um hier keine Rechtsnachteile zu erleiden, wird mit Nichtwissen bestritten, dass:

- ein Vermittlungsauftrag gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 SGB IX gegenüber der Agentur für Arbeit durch die Beklagte beauftragt worden ist
- der vakante Arbeitsplatz frühzeitig vor einer Stellenausschreibung nach § 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX der zuständigen Agentur für Arbeit gemeldet worden ist und ein Vermittlungsauftrag gestellt worden ist
- die Schwerbehindertenvertretung und der Betriebsrat an einer Prüfung entsprechend § 164 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 164 Abs. 1 Satz 6 SGB IX vor der Stellenausschreibung beteiligt worden ist
- der Kläger entsprechend § 164 Abs. 1 Satz 8 angehört worden ist
- die Schwerbehindertenvertretung und der Betriebsrat entsprechend § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unverzüglich über die Bewerbung des Klägers vom 13.02.2019 unterrichtet worden ist.

Im Weiteren wird Bezug auf die Klageschrift vom 29.08.2019 im Verfahrens 5 Ca 9540/19 vor dem Arbeitsgericht München Bezug genommen. Dies insbesondere, wenn eine Verbindung mit dem vorliegenden streitgegenständlichen Verfahren erwogen wird.

Der wiederholten Darstellung im Schriftsatz vom 11.10.2019, dass Herr D C ein „interner“ Bewerber ist, wird widersprochen. Gemäß der vorgelegten – Anlage B 7 – wurde der Betriebsrat zu einer externen Einstellung (Auswahl im Formular – Abschnitt 3) als Fertigungsmitarbeiter angehört. Eine ordentliche Unterrichtung nach § 99 BetrVG dürfte ohne die erforderlichen Informationen nicht vorliegen. Dem Betriebsrat wurde die tarifliche Eingruppierung nicht mitgeteilt. Die Beklagte betont die abgeschlossene Berufsausbildung und die Zusatzqualifikation, welche mit der „Schweißer-Prüfungsbescheinigung“ vorliegt. Dies bedingt eine Eingruppierung in EG 6. Bei der

streitgegenständlichen Bewerbung handelt es sich um die Stelle als Produktionsmitarbeiter in der EG 2. Dies führt die Beklagte auf Seite 7 des Schriftsatzes vom 11.10.2019 selbst aus.

Die gegenüber dem Kläger abgegebene Begründung und die Einstellung von Herrn C entspricht der als – Anlage K 12 – bereits vorgelegten Stellenausschreibung. Auf dieser Stelle werden die Qualifikationen von Herrn C erwartet. Diese Stelle ist als Fertigungsmitarbeiter betitelt und die Anhörung durch den Betriebsrat ist als Fertigungsmitarbeiter laut – Anlage B 7 - erfolgt.

Die Behauptung „Er war der bestgeeignete Bewerber auf die streitgegenständliche Position." auf Seite 6 des Schriftsatzes vom 11.10.2019 wird durch die Beklagte selbst in der Einleitung zur aufgestellten Behauptung ad absurdum durch „als Mitarbeiter in der Fertigung" auf der Seite 6 oben geführt. Streitgegenständlich ist die ausgeschriebene Stelle als Produktionsmitarbeiter mit Bewerbungsschluss 21.12.2018 und die Bewerbung des Klägers am 20.12.2018 auf die Stelle als Produktionsmitarbeiter.

Mit Nichtwissen wird bestritten, dass sich Herr D C auf die Stelle als Produktionsmitarbeiter mit Bewerbungsschluss 21.12.2018 beworben hat. Laut Informationen des Klägers wurden den betrieblichen Mitarbeitervertretungen ein diesbezüglicher Bewerbungseingang von Herrn C nicht avisiert.

Im Bestreitensfall:

Beweis: Die gewählte Vertrauensperson der schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten – Schwerbehindertenvertretung
Herr T F - bereits benannt

Der Vorsitzende des Betriebsrates
Herr M E – bereits benannt

- als Zeugen -

Die sozialen Ausführungen zu den Hintergründen einer beabsichtigten unbefristeten Einstellung von Herrn C auf eine nicht nachvollziehbar dargelegte Stelle, in der Herr C seine Fähigkeiten und Qualifikationen verwerten kann, mag im Interesse der Beklagten sein. Verpflichtungen zur bevorzugten Einstellung und Beschäftigung bestimmter Personenkreise nach anderen Gesetzen entbinden die Beklagte nicht von der Verpflichtung zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nach den besonderen Regelungen für schwerbehinderte Menschen.
§ 205 SGB IX räumt einen Vorrang schwerbehinderten Menschen ein.

Die Nichteinhaltung der Beschäftigungspflicht nach den Regelungen von Teil 3, Kapitel 2 SGB IX (§§ 154 ff SGB IX) war bereits Gegenstand im Gütetermin am 06.08.2019. Hier wurde bereits hingewiesen, dass die jährliche Meldung nach § 163 Abs. 2 SGB IX die Grundlage für die Erfüllung der Beschäftigungspflicht darstellt.
Eine im Schriftsatz vom 11.10.2019 (Seite 6) nun wiederholte Darstellung einer selektiven Einhaltung in bestimmten Bereichen oder Betriebsteile ist nicht geeignet die Erfüllung der Beschäftigungspflicht darzustellen.
Die Beklagte erfüllt, nach Einlassungen im Gütetermin und auch im Schriftsatz vom 11.10.2019 die Beschäftigungspflicht nach § 154 Abs. 1 SGB IX nicht.

Im Bestreitensfall:

Beweis: Die gewählte Gesamtvertrauensperson der schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten – Gesetzschwerbehindertenvertretung
Zu Benennen und zu Laden über die Beklagte

Der/Die Vorsitzende des Gesamtbetriebsrates
Zu Benennen und zu Laden über die Beklagte

- als Zeugen -

Die Benennung dieser weiteren Zeugen, anstelle der in der Klageschrift angeführten Schwerbehindertenvertretung und Betriebsrat, die trotzdem aussagefähig sind, ist dem BAG - Beschluss vom 20.03.2018 - 1 ABR 76/16 – Randnummer 19 / vergl. mit BAG-Beschluss vom 20.03.2018 - 1 ABR 11/17 geschuldet.

„bb) Die für das betreffende Unternehmen in § 163 Abs. 2 Satz 3 SGB IX geregelte und im Übrigen voraussetzungslose Vorlageverpflichtung an die jeweilige Interessenvertretung richtet sich an den Gesamtbetriebsrat, wenn in diesem mehrere Betriebe bestehen. Der Gesamtbetriebsrat ist - nicht zuletzt aufgrund seiner Zusammensetzung nach § 42 Abs. 2 Satz 1 BetrVG - in der Lage, die vorstehend dargestellten Angaben zur unternehmensbezogen ausgestalteten Beschäftigungspflicht auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und ggf. beim Arbeitgeber auf eine Berichtigung hinzuwirken. Über seine Mitglieder kann er sich erforderliche Kenntnisse über den jeweiligen Betrieb verschaffen. Aufgrund der seit dem Inkrafttreten des SGB IX am 1. Juli 2001 nicht mehr wie in der Vorgängerregelung des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SchwbG (in der bis zum 30. Juni 2001 geltenden Fassung) „gesondert für jeden Betrieb“ zu erstellenden Anzeige ist dem jeweiligen Betriebsrat eine Aufschlüsselung der in der Anzeige unternehmensweit aufgeführten Daten mangels notwendiger Kenntnisse über die Beschäftigten und die Arbeitsplätze in den anderen Betrieben zumindest erschwert, wenn nicht unmöglich (Dau in LPK-SGB IX 4. Aufl. § 80 Rn. 10). Im anderen Fall käme es auch zu einer der gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung entgegenstehenden Information der örtlichen Betriebsräte, wenn ihnen die jeweiligen Verzeichnisse iSd. § 163 Abs. 1 SGB IX über alle anderen Betriebe übermittelt würden.“

Mit Nichtwissen wird bestritten, dass Frau S mit dem Vorsitzenden des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung über die streitgegenständliche Bewerbung vom 20.12.2018 erörtert hat. Ein einseitiger Vortrag oder Kundtun der Absicht stellt keine „Erörterung“ im Sinne des § 164 Abs. 1 Satz 7 SGB IX dar. Insbesondere würde der Kläger an der vorgetragenen „Erörterung“ nicht nach § 164 Abs. 1 Satz 8 SGB IX eingebunden. Der Gesetzestext ist mit „Dabei wird der betroffene schwerbehinderte Mensch angehört.“ eindeutig.

Der von dieser Vorschrift erfasste Arbeitgeber muss dann die beabsichtigte Einstellungsentscheidung mit der Schwerbehindertenvertretung und der betrieblichen Interessenvertretung in einem Gespräch erörtern und im Einzelnen begründen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch heißt „erörtern“: „Ausführlich und oft ins Einzelne gehend über einen noch nicht geklärten Sachverhalt sprechen, diskutieren“ und „eingehend besprechen, diskutieren, debattieren über“.
(LAG Rheinland-Pfalz Beschluss vom 12. Februar 2015 – 5 TaBV 6/14, Rn. 68 = ZTR 2015, 336 [LAG Rheinland-Pfalz 12.02.2015 - 5 TaBV 6/14])

Nach dem Sprachgebrauch setzt „erörtern“ daher ein Gespräch zwischen den Beteiligten voraus (vgl. ausführlich BAG Urteil vom 15. August 2006 – 9 AZR 571/05, Rn. 34 ff = BAGE 119, 181 = NZA 2007, 1310). In einer einseitigen schriftlichen Unterrichtung oder auch in einer bloßen Anhörung ist nicht bereits eine „Erörterung“ zu sehen. Mindestbestandteil einer „Erörterung“ ist, dass es zu einem Informations- und/oder Gedankenaustausch kommen kann.
(BVerwG Beschluss vom 27. Januar 1995 – 6 P 22/92, Rn. 21 = BVerwGE 97, 349).

Allein der Austausch gegensätzlicher schriftlicher Stellungnahmen genügt dem nicht (BAG Urteil vom 15. August 2006 a.a.O. Rn. 34). „Erörtern“ bedeutet den Austausch der Argumente und Meinungen mit dem Ziel, zu einer Verständigung zu gelangen (GK-SGB XI/Spiolek Rn. 112 und die Führung eines persönlichen oder telefonischen Gesprächs, in dem die „vorgetragenen Einwände erörtert werden“ (M-W/W/Müller-Wenner Rn. 20; Diller NZA 2007, 1321 [1323]). Hierbei ist insbesondere darzulegen, weshalb die Einstellung des schwerbehinderten Bewerbers trotz Nichterfüllung der Beschäftigungspflicht abgelehnt werden soll.

Unter den Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 Satz 7 SGB IX muss der Arbeitgeber außerdem alle von der beabsichtigten Entscheidung betroffenen schwerbehinderten Bewerber anhören (§ 164 Abs. 1 Satz 8 SGB IX). Das ist sowohl im Rahmen der Erörterungen mit der Schwerbehindertenvertretung und dem Betriebsrat als auch in einem eigenen Gesprächstermin möglich. Bei diesem sind Schwerbehindertenvertretung und

betriebliche Interessenvertretungen teilnahmeberechtigt (Hauck/Noftz/Schröder Rn. 10). Zumindest aber muss der Arbeitgeber dem Bewerber die Gründe für die geplante Nichtberücksichtigung mitteilen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Diese ist ggf. wiederum der widersprechenden Interessenvertretung zuzuleiten und mit ihr durch den Arbeitgeber nochmals zu erörtern.
Die Anhörungspflicht besteht gegenüber allen abgelehnten schwerbehinderten Bewerbern. Der Arbeitgeber darf nach dem Gesetzeswortlaut nicht etwa einzelne Bewerbungen im Wege einer Vorauswahl von der Anhörung oder Erörterung ausschließen (M-W/W/Müller-Wenner Rn. 22; a. A. HK-SGB IX/Trenk-Hinterberger Rn. 21). Unerheblich ist auch, ob es sich um externe oder betriebsinterne Bewerbungen handelt (M-W/W/ Müller-Wenner a. a. O. m.w.Nachw.). Im Fall einer persönlichen Anhörung sind dem jeweiligen Bewerber ggf. Reisekosten zu erstatten (LPK-SGB IX/ Düwell Rn. 155).

Mit Nichtwissen wird die ordnungsgemäße Unterrichtung des Betriebsrates bestritten. Die vorgelegte – Anlage B 7 – belegt, dass nur Lebenslauf, Lichtbild und Zeugnisse von Herrn C durch die Beklagte dem Betriebsrat vorgelegt worden sind. Es fehlen jegliche Angaben zur Eingruppierung und zur Einordnung des Arbeitsplatzes. Insbesondere wird die Informationsweitergabe der Stellungnahme der Schwerbehindertenvertretung an den Betriebsrat bezweifelt.

Zu den nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorzulegenden Bewerbungsunterlagen gehören Unterlagen, die der Arbeitgeber allein oder zusammen mit dem jeweiligen Bewerber anlässlich einer Bewerbung erstellt hat, wie etwa Personalfragebögen, standardisierte Interview- oder Prüfungsergebnisse oder schriftliche Protokolle über Bewerbungsgespräche.
(BAG Beschluss vom 17. Juni 2008 – 1 ABR 20/07, Rn. 15 = BAGE 127, 51 = BehindertenR 2008, 204).

Beruht die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers für einen von mehreren Stellenbewerbern maßgeblich auf zuvor geführten Vorstellungsgesprächen, so gehört zur Auskunft über die Person der Beteiligten nach § 99 Abs 1 Satz 1 BetrVG, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über den für seine Entscheidung bedeutsamen Inhalt dieser Gespräche unterrichtet.
(BAG Beschluss vom 28. Juni 2005 – 1 ABR 26/04 = BAGE 115, 173 = NZA 2006, 111)

Die Echtheit der – Anlage B 7 – wird wegen dem falschen Datum und der Unterschrift, die nicht dem Vorsitzende zugeordnet werden kann, bezweifelt.

Aus der - Anlage B 7 - ist nicht erkennbar auf welche Grundlage einer Ausschreibung die zur Mitbestimmung vorgelegte Maßnahme zur externen Einstellung bezogen ist. Mit Nichtwissen wird bestritten, dass es sich bei der Mitbestimmung - Anlage B 7 – sich um eine Einstellung aus der Stellenausschreibung als Produktionsmitarbeiter mit Bewerbungsschluss 21.12.2018 gehandelt hat. Die Mitbestimmungsmaßnahme aus der Stellenausschreibung Produktionsmitarbeiter mit Bewerbungsschluss 21.12.2018 wurde dem Betriebsrat bereits zu einem früheren Zeitpunkt im Januar vorgelegt.

Mit Nichtwissen wird bestritten, dass der Betriebsrat ohne Vorbehalte im März zugestimmt hat. Es wird auf den Hinweis „siehe Anlage“ auf der vorgelegten - Anlage B 7 – hingewiesen. Die Anlage des Betriebsrates wurde nicht vorgelegt. Die – Anlage B 7 – erfolgte ohne Kennzeichnung der auszugsweisen Darstellung und ist somit unvollständig.

Durch die Aussage „Die getroffene Entscheidung wurde dem Kläger mit E-Mail vom 04.04.2019 durch Frau N S unter Darlegung der Gründe mitgeteilt“ ist belegt, dass die Beklagte nicht nach § 164 Abs. 1 Satz 9 SGB IX gehandelt hat. Die Beklagte hat bereits nach eigenen Ausführungen eine Entscheidung am 11.03.2019 getroffen. Damit liegt hier keine „unverzügliche“ Unterrichtung nach § 164 Abs. 1 Satz 9 SGB IX vor. Der Klageantrag 3 vom 07.06.2019 wird unstrittig gestellt.

Es sei hingewiesen, dass die Beklagte den Kläger nicht nach § 164 Abs. 1 Satz 8 SGB IX vor der Mitteilung einer getroffenen Entscheidung durch Frau N S am 04.04.2019 angehört hat. Der Klageantrag 2 vom 07.06.2019 ist dadurch unstrittig gestellt.

Die Darstellung nur des tariflichen Grundentgeltes ist unvollständig und berücksichtigt nicht die zur Anwendung kommenden weiteren tarifliche Regelungen. Diese Tarifregelungen müssten dem Bayerischen Unternehmensverband Metall und Elektro e.V. als eine der Tarifparteien bekannt sein. Bei der Höhe der Entschädigung ist auf die Höhe der zu erzielenden Vergütung des Klägers abzustellen, der dieser bei einer erfolgreichen Einstellung erhalten hätte.
Hier sind zu berücksichtigen:

- Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer der bayerischen Metall- und Elektroindustrie vom 01.04.2018
- Tarifvertrag über die Absicherung eines Teils eines 13. Monatseinkommen vom 12.12.1996
- Entgeltrahmentarifvertrag (ERA-TV) - Grundentgelt und leistungsabhängiges Entgelt

- Tarifvertrag Tarifliches Zusatzgeld (TV T-ZUG) für die bayerische Metall- und Elektroindustrie vom 08.02.2018
- Sonderzahlung nach TV T-ZUG (Teil-B) von 400,- € für 2019

Diese einschlägigen tariflichen Regelungen werden durch den verwendeten Tarifrechner der Gewerkschaft, vorgelegt als - Anlage K 11 -, berücksichtigt.
Der Kläger hat als Mitglied der Gewerkschaft einen Rechtsanspruch auf eine tarifkonforme Bezahlung. Der Nachteilsausgleich nach § 208 SGB IX als Schwerbehinderter ist zu berücksichtigen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz bezüglich der Höhe der Gewährung von Urlaubsgeld (100 %) und Zulagen ist zu beachten.

Beweis: ERA-Tariftabellen Bayerische Metall- und Elektroindustrie

- Anlage K 14 –

Zuordnung der Entgeltgruppe / Qualifikation

- Anlage K 15 –

Die Beklagte möge ihre Behauptung „Die Verpflichtungen nach § 164 SGB IX wurden mithin sämtlich erfüllt.“ unter Beweis stellen.
Die Beklagte möge unter Nennung von Zeitpunkt / Ort den Beweis erbringen, wann der Kläger entsprechend § 164 Abs.1 Satz 8 SGB IX angehört worden ist.
Die Beklagte möge die pauschalierte Behauptung, eine wie auch immer geartete Erfüllung der Verpflichtungen der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretungen und Betriebsräte gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 164 Abs. 1 Satz 6 SGB IX vor einer internen und/oder externen Stellausschreibung unter Beweis stellen.

II. Rechtliche Begründung

Der Kläger hat mehrfach Tatsachen vorgetragen, die eine Vermutung für eine Benachteiligung gemäß § 22 AGG darlegen. Es bedarf keines zusätzlichen Auskunftsanspruchs, denn die Rechte sind aus dem AGG unmittelbar geltend gemacht.
Die Beklagte kann wählen, ob sie in einem Gerichtsverfahren die näheren Umstände offenlegt, um eine Vermutung zu entkräften und ggf. einen Gegenbeweis zu führen oder ob sie die nur ihr bekannten Tatsachen für sich behält und damit ihr Unterliegen in Kauf nimmt.
Die Beklagte hat z.B. zur Beschäftigungspflicht / Ausgleichsabgabe keine Zahlen vorgetragen, noch Dokumente z.B. vom Betriebsrat als Nachweis vorgelegt.
Es wird auf die gerichtlichen Hinweise im Sitzungsprotokoll vom 06.08.2019 hingewiesen.

Zur Gewährleistung eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes muss die hierfür zu zahlende Entschädigung nach EU-Recht (vgl. EuGH vom 22.4.97 – C 180/95, Draehmpahl) geeignet sein, eine wirkliche abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu haben.

Die nachfolgenden Auszüge ergänzen den Vortrag unter I. Die Auszüge beziehen sich auf das SGB IX a.F. vor den Änderungen der Nummerierung durch das BTHG.

LAG Hessen, 17.03.2016 - 9 TaBV 128/15 - Leitsatz:

„1. Die Schwerbehindertenvertretung hat das Recht zur Teilnahme an sämtlichen Bewerbungsgesprächen, wenn sich ein schwerbehinderter Mensch/gleichgestellt behinderter Mensch innerhalb der Bewerbungsfrist bewirbt. Dies steht in der Regel erst nach Ablauf der Ausschreibungsfrist fest, da diese bis zum letzten Tag ausgenutzt werden kann. Die genaue Art und Weise zur Sicherstellung der Teilnahme der Schwerbehindertenvertretung an sämtlichen Bewerbungsgesprächen bei Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen/gleichgestellt behinderten Menschen bleibt der Arbeitgeberin überlassen. Dieser Verpflichtung kann sich die Arbeitgeberin nicht dadurch entziehen, dass sie Vorstellungsgespräche "vorzieht", ohne dass hieran die Schwerbehindertenvertretung teilnimmt. Damit nimmt sie der Schwerbehindertenvertretung die Vergleichsmöglichkeiten, die erforderlich sind, damit die Schwerbehindertenvertretung ihren Auftrag erfüllen kann, für Chancengerechtigkeit der schwerbehinderten Bewerber zu sorgen.

2. Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, bei der Bewerbung auch eines schwerbehinderten Menschen / gleichgestellt behinderten Menschen die Schwerbehindertenvertretung vor einer Entscheidung für eine Bewerberin/einen Bewerber anzuhören. Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung vor der endgültigen Auswahlentscheidung und Verlautbarung dieser Auswahlentscheidung gegenüber dem Konkurrenten entspricht dem Sinn und Zweck der Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung am Bewerbungsverfahren.“

BAG 8 AZR 180/12 21.02.2013 - Randnummer 40 - 44

„d) Die Beklagte war jedoch nicht verpflichtet, die Beteiligten unverzüglich iSd. § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX über die Gründe für ihre Auswahlentscheidung zu unterrichten, da sie die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllte.

aa) In der Literatur und der Instanzrechtsprechung ist die Frage, ob die Unterrichtungspflicht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX nur Arbeitgeber trifft, die die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX nicht erfüllen, umstritten.

Die eine Meinung stellt auf den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck des angestrebten umfassenden Schwerbehindertenschutzes durch Verfahren besonders ab, nach dem es nicht darauf ankomme, ob der Arbeitgeber die Beschäftigungsquote bereits erfülle (Düwell in LPK-SGB IX 3. Aufl. § 81 Rn. 104; Knittel SGB IX Kommentar 6. Aufl. § 81 Rn. 73; Deinert in Deinert / Neumann Handbuch SGB IX 2. Aufl. § 17 Rn. 89 f.; Großmann GK-SGB IX Stand Dezember 2012 § 81 Rn. 178; Gutzeit in BeckOK Sozialrecht SGB IX Stand 1. Dezember 2012 § 81 Rn. 7; iE auch LAG München 25. Juni 2012 - 7 Sa 1247/10 - BeckRS 2012, 75317; LAG Hessen 7. November 2005 - 7 Sa 473/05 - NZA-RR 2006, 312).
Die Gegenmeinung stellt stärker auf den Wortlaut des Gesetzes und die Gesetzessystematik ab (Diller NZA 2007, 1321, 1323; Fabricius in jurisPK-SGB IX Stand 16. Juli 2012 § 81 Rn. 17 f.; FKS-SGB IX/Faber 2. Aufl. § 81 Rn. 23; Müller-Wenner in Müller-Wenner/Winkler SGB IX Teil 2 2. Aufl.

§ 81 Rn. 24; LAG Hessen 28. August 2009 - 19/3 Sa 340/08 - Rn. 55, DÖD 2010, 79; wohl auch Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 81 Rn. 8 f.).

bb) Der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Förderpflichten des § 81 SGB IX grundsätzlich als an alle Arbeitgeber gerichtet verstanden, also nicht nur an diejenigen, die die Beschäftigungsquote nicht erfüllt haben. Davon hat er aber ausdrücklich das Erörterungsverfahren, wie durch § 81 Abs. 1 Satz 7 bis Satz 9 SGB IX vorgeschrieben, ausgenommen (BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 50, AP AGG § 15 Rn. 4 = EzA SGB IX § 81 Nr. 21).

cc) Dieser Auffassung folgt der Senat. Für sie sprechen der Wortlaut der Norm sowie systematische Erwägungen. Auch wenn der Gesetzgeber dies nicht durch die Stellung in einem gesonderten Absatz klargestellt hat, stehen die Regelungen in § 81 Abs. 1 Satz 7 bis Satz 9 SGB IX in einem inneren Zusammenhang. Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder eine der in § 93 SGB IX genannten Vertretungen mit der beabsichtigten Entscheidung nicht einverstanden, so ist diese gemäß § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX zunächst unter Darlegung der Gründe mit ihnen zu erörtern. Der Gesetzgeber sieht demnach dann, wenn der Arbeitgeber seine gesetzliche Beschäftigungspflicht nicht erfüllt, eine weitergehende Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebsrats etc. vor. Auf den Abschluss dieses besonderen Erörterungsverfahrens bezieht sich § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX. Dies wird daran deutlich, dass dort von der „getroffenen Entscheidung“ gesprochen wird, während in § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX von der „beabsichtigten Entscheidung“ die Rede ist. Systematisch wäre es auch unstimmig, auf der einen Seite generell nur eine Unterrichtungspflicht gegenüber der Schwerbehindertenvertretung und dem Betriebsrat anzunehmen (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX), auf der anderen Seite aber stets eine Pflicht zur Darlegung der Gründe der getroffenen Entscheidung ihnen gegenüber zu postulieren, obwohl die Entscheidung zuvor mit ihnen nicht erörtert werden musste (vgl. § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX) und die Schwerbehindertenvertretung oder der Betriebsrat auch nicht notwendig gegen die beabsichtigte Entscheidung gestimmt haben müssen (vgl. auch Diller NZA 2007, 1321, 1323 Fn. 14).“

BAG 8 AZR 608/10 13.10.2011 - Randnummer 44 - 48

„e) Der Kläger hat aber ein Indiz iSd. § 22 AGG dadurch dargelegt, dass er darauf verwiesen hat, die Beklagte habe ihre Prüf- und Meldepflichten nach § 81 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 SGB IX verletzt.

aa) Nach § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ist ein Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Weiter ist nach § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX jeder Arbeitgeber verpflichtet, vor der Besetzung einer freien Stelle frühzeitig mit der Agentur für Arbeit Verbindung aufzunehmen. Die Verletzung dieser Pflicht ist als Vermutungstatsache für einen Zusammenhang zwischen Benachteiligung und Behinderung geeignet (vgl. BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - AP AGG § 15 Nr. 4 = EzA SGB IX § 81 Nr. 21).

Nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts prüfte die Beklagte entgegen der sich aus § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ergebenden Pflicht vor der Besetzung der Stelle nicht, ob der freie Arbeitsplatz mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Auch die Agentur für Arbeit wurde nicht eingeschaltet, § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX. Daher wurde auch der frei werdende und neu zu besetzende Arbeitsplatz der Agentur für Arbeit nichtgemeldet (§ 82 Satz 1 SGB IX).

Der Senat teilt die Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht, die Kausalität zwischen dem Merkmal der Behinderung und der benachteiligenden Behandlung entfalle, weil der Kläger der

Beklagten nur eine „Behinderung“ mitgeteilt habe. Als schwerbehinderter Mensch (GdB von 60) kann sich der Kläger auf Verstöße gegen § 81 SGB IX berufen (vgl. BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 580/09 - EzA AGG § 22 Nr. 3). Der zurechenbare Pflichtverstoß der Beklagten begründet eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die dem Kläger zuteil gewordene benachteiligende Behandlung auf dem Merkmal der Behinderung beruht. Mit ihrem Verhalten erweckt die Beklagte den Anschein, nicht nur an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein, sondern auch möglichen Vermittlungsvorschlägen und Bewerbungen von arbeitsuchenden schwerbehinderten Menschen aus dem Weg gehen zu wollen (Düwell in: LPK-SGB IX 3. Aufl. § 81 Rn. 57). Der Verstoß gegen die Pflichten nach § 81 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 SGB IX deutet darauf hin, dass das Merkmal der Behinderung Teil des Motivbündels der Beklagten bei der benachteiligenden Behandlung von Schwerbehinderten und damit auch des schwerbehinderten Klägers war. Andernfalls würde der durch besondere verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu gewährende Schutz vor einer Benachteiligung weitgehend leerlaufen (BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16/10 - Rn. 27, BVerwGE 139, 135). Ob sich ein solcher Verfahrensverstoß in der Auswahlentscheidung konkret ausgewirkt hat, ist unerheblich, da § 15 Abs. 2 AGG auch bei der besseren Eignung von Mitbewerbern eine Entschädigung gewährt. Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass § 15 Abs. 2 AGG in Verb. mit § 81 Abs. 2 Satz 1, § 82 Satz 2 SGB IX bereits vor einem diskriminierenden Verfahren schützt (BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 42, BAGE 131, 232 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1).

7. Die Beklagte hat die Vermutung der Benachteiligung wegen der Behinderung des Klägers nicht widerlegt. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts rechtfertigt ihr Vorbringen nicht den Schluss, dass die Behinderung des Klägers in dem Motivbündel nicht enthalten war, das die Beklagte beim Ausschluss des Klägers aus dem Auswahlverfahren beeinflusste.“

LAG Berlin – Brandenburg 10 TaBV 671/14 2108.2014 - Randnummer 66 - 76

„3.1 Wie die Kammer 26 des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg im Beschluss vom 12. Dezember 2013 festgestellt hat, verlangt der Schutzzweck des § 81 SGB IX ein aktives Zugehen der Arbeitgeberin auf die Bundesagentur für Arbeit. Dazu hatte die Kammer 26 ausgeführt:

„Nach § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX sind die Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit solchen, die bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldet sind, besetzt werden können.

Zweck der Prüfungspflicht ist es, die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen zu fördern. Die Prüfungspflicht wird konkretisiert durch die in § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX normierte Verpflichtung des Arbeitgebers, frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen. Dadurch wird der Bundesagentur für Arbeit oder einem Integrationsfachdienst die Möglichkeit eröffnet, dem Arbeitgeber geeignete schwerbehinderte Menschen vorzuschlagen. Ein Arbeitgeber verstößt gegen seine Pflichten, wenn er auf einen freien Arbeitsplatz einen nicht schwerbehinderten Arbeitnehmer einstellt, ohne geprüft zu haben, ob der Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden könnte (vgl. BAG 23. Juni 2010 - 7 ABR 3/09 - AP Nr. 17 zu § 81 SGB IX = NZA 2010, 1361 = EzA § 99 BetrVG 2001 Einstellung Nr. 14, Rn. 25).

Die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers verstößt gegen eine gesetzliche Vorschrift iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, wenn der Arbeitgeber vor der Einstellung nicht ausreichend geprüft hat, ob der freie Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten - arbeitslosen - Arbeitnehmer besetzt werden kann. Zwar verstößt die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers als solche nicht gegen ein Beschäftigungsverbot. Der mit § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX vom Gesetzgeber verfolgte Zweck kann aber nur dadurch erreicht werden, dass die endgültige Einstellung des nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers jedenfalls zunächst unterbleibt.

Durch die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers verwirklichen sich für die Gruppe der schwerbehinderten Menschen in typischer Weise die mit ihrer Schwerbehinderung verbundenen erhöhten Schwierigkeiten bei der Arbeitsplatzsuche, die durch die in § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX normierte Prüf- und Konsultationspflicht gemindert werden sollen. Die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitslosen stellt sich als potentielle Benachteiligung der Gruppe arbeitsloser schwerbehinderter Menschen und kann damit das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG iVm. § 1 AGG verletzen. Die Nichteinschaltung oder nicht genügende Einschaltung der Agentur für Arbeit ist geeignet, die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung zu begründen. Auch wird dem Arbeitsmarkt durch die Einstellung des nicht schwerbehinderten Menschen ein zur Verfügung stehender Arbeitsplatz zu Lasten der Gruppe der schwerbehinderten Menschen "entzogen", deren Beschäftigungsinteressen § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX dienen (vgl. BAG 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 - AP Nr. 46 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung = NZA 2008, 1139 = EzA § 81 SGB IX Nr. 16, Rn. 25).

Diese Pflicht ist nicht auf bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldete Menschen beschränkt. 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. BAG 17. August 2010 – 9 AZR 839/08 – AP Nr. 4 zu § 15 AGG = NZA 2011, 153 = EzA § 81 SGB IX Nr. 21, Rn. 38; auch Deinert/Neumann Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen 2. Aufl. § 17 Rn. 82; Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 81 Rn. 2).

Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, einen freien Arbeitsplatz nicht mit einem eigenen Vertragsarbeitnehmer, sondern mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen (vgl. BAG 23. Juni 2010 - 7 ABR 3/09 - AP Nr. 17 zu § 81 SGB IX = NZA 2010, 1361 = EzA § 99 BetrVG 2001 Einstellung Nr. 14, Rn. 28).

Die Verpflichtung aus § 81 Abs. 1 SGB IX trifft den Arbeitgeber auch unabhängig davon, ob er die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllt hat. Damit ist zwar weder ein Einstellungs- noch ein Beförderungsanspruch verbunden. Es soll aber erreicht werden, dass die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gefördert wird (vgl. BAG 17. August 2010 – 9 AZR 839/08 – AP Nr. 4 zu § 15 AGG = NZA 2011, 153 = EzA § 81 SGB IX Nr. 21, Rn. 37).

Die Einstellung einer Stelle in die Online-Jobbörse der BA genügt den Anforderungen des § 81 Abs. 1 SGB IX nicht, solange damit nicht zugleich ein betreuter Vermittlungsauftrag auf den Weg gebracht wird.

Die durch § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verlangte frühzeitige Kontaktaufnahme soll die Arbeitsagentur oder den Integrationsfachdienst in die Lage versetzen, einen Vermittlungsvorschlag zu erstellen (Schröder in Hauck/Noftz/Schröder SGB IX § 81 Rn. 6). Gemeint ist Vermittlung iSd. § 35 SGB III. Die Erstellung eines Vermittlungsvorschlags setzt voraus, dass die Arbeitgeber bestimmte formelle Wege einhalten. Sie können entweder ihre konkrete Betreuungsperson bei der BA anrufen oder schriftlich informieren oder das Online-Portal nutzen. Eine mündliche Information wird dabei regelmäßig im Zusammenhang mit der Übersendung der Stellenbeschreibung und des Stellenprofils stehen, da eine sinnvolle Suche durch die BA ohne Kenntnis der konkreten Anforderungen an die Stelle regelmäßig nicht möglich ist. Nicht ausreichend sind nur pauschale Angaben am Telefon (zu den Anforderungen an eine Kontaktaufnahme vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz 10. September 2010 – 6 TaBV 10/10 – BB 2011, 704; Düwell in Dau/Düwell/Joussen § 81 SGB IX Rn. 139).

Im Fall der Online-Suche muss sich die Arbeitgeberin so verhalten, dass überhaupt ein Vermittlungsauftrag ausgelöst wird. Nur dann wird die BA tätig und erstellt einen Vermittlungsvorschlag. Wird hingegen eine Stelle nur in die Online-Jobbörse eingestellt, ohne dass zugleich ein Vermittlungsauftrag ausgelöst wird, führt dieses Vorgehen nach den Auskünften der durch die Kammer angehörten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der BA sowie der eingeholten Stellungnahme der BA nicht dazu, dass ein Vermittlungsvorschlag seitens der Arbeitgeberbetreuer der BA erstellt bzw. veranlasst wird. Ein Arbeitgeber, der keinen Vermittlungsauftrag auslöst, bewirkt durch das Einstellen des Arbeitsplatzes nur, dass Arbeitnehmervermittler, die zufällig beim Durchsuchen der Stellenbörse auf diesen Arbeitsplatz stoßen, tätig werden können. Ein strukturiertes Vorgehen ist damit nicht verbunden. Nur die durch die BA besonders zur Verfügung gestellten Wege zur Einhaltung der Anforderungen des § 81 Abs. 1 SGB IX führen zu einer strukturierten Suche nach für die Stelle in Betracht kommenden schwerbehinderten Menschen. Nur dadurch wird dann auch die systematische Einbeziehung der nach § 104 Abs. 4 SGB IX eingerichteten Vermittlungsstelle oder des durch die BA beauftragte Integrationsfachdienst iSd. § 109 SGB IX ermöglicht. Angesichts der sehr geringen Anforderungen und der komfortablen Angebote der BA ist der Arbeitgeberin ein solches Vorgehen auch zumutbar. Die - zT. auch durch andere Kammern des Landesarbeitsgerichts festgestellte – Ergebnislosigkeit bei einem einfachen Einstellen der Stelle in die Online-Jobbörse ist jedenfalls inzwischen also nicht mehr darauf zurückzuführen, dass die Arbeitgeberin damit alles getan hätte, was man von ihr verlangen kann, und die Verantwortung allein bei der BA läge. Die Arbeitgeberin hat es vielmehr in der Hand, den Weg einzuschlagen, der dazu führt, dass ihr ein Vermittlungsvorschlag durch die BA unterbreitet wird, oder die Stelle nur in die Jobbörse einzustellen, wissend, dass ein Vermittlungsauftrag dadurch nicht ausgelöst wird, und zudem Entschädigungsansprüche zu riskieren (vgl. dazu BAG 17. August 2010 – 9 AZR 839/08 – AP Nr. 4 zu § 15 AGG = NZA 2011, 153 = EzA § 81 SGB IX Nr. 21).“

Diesen Ausführungen schließt sich die erkennende Kammer in diesem Verfahren ausdrücklich an. Da die Arbeitgeberin hier lediglich die Stellen im Portal der Arbeitsagentur angebracht hat, ohne einen Vermittlungsvorschlag zu veranlassen, hat sie ihrer gesetzlichen Pflicht aus § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX nicht entsprochen.“

LAG Rheinland-Pfalz 6 TaBV 10/10 10.09.2010 - Randnummer: 34

„1. Nach Auffassung der Beschwerdekammer hat der Betriebsrat zur Zustimmung zur Einstellung der Arbeitnehmerin K zu Recht verweigert, weil nach der gegebenen Sachlage mit der personellen Maßnahme des Arbeitgebers gegen ein Gesetz verstoßen wurde (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG). Der Betriebsrat hat seine Zustimmungsverweigerung u. a. auf einen Verstoß gegen die Prüfpflicht nach § 81 SGB IX gestützt. Danach sind Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Welche Maßnahmen der Arbeitgeber ergreifen muss, um zu "prüfen" ist nicht besonders geregelt (vgl. BAG Beschluss vom 10. November 1992 – 1 ABR 21/92). Nach dem Stand der für zutreffend gehaltenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Beschluss vom 10. November 1992 a. a. O.) muss eine solche Prüfung wegen der Verschiedenartigkeit der Behinderung und der unterschiedlichen Anforderungen der Arbeitsplätze konkret erfolgen. Um der gesetzlichen Prüfpflicht zu genügen, ist damit erforderlich, dass der Agentur für Arbeit ausreichend Zeit zur Prüfung eingeräumt wird, ob ein konkret ausgeschriebener Arbeitsplatz mit einem arbeitssuchendem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Nach der in der Anhörung vor der Beschwerdekammer vorgelegten E-Mail-Antwort der Arbeitsagentur zur Anfrage des Betriebsrats hinsichtlich der Prüfung der Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen im Rahmen des Vermittlungsprozesses wird das Zeitfenster hierfür mit "in der Regel 1 bis 3 Wochen"

beschrieben; ferner wird ausgeführt, dass dem Arbeitgeber eine schriftliche Stellungnahme per Post oder per E-Mail zugeht und schließlich, dass der Vorgang im System der Arbeitsagenturregistriert und vermerkt wird. Im vorliegenden Fall ist der erstinstanzlich durchgeführten Einvernahme des Zeugen H zu entnehmen, dass das von der Arbeitsagentur beschriebene Verfahren gerade nicht eingehalten wurde. Der Zeuge hat ausgesagt, er habe mit der Arbeitsagentur M telefoniert, hierbei die "Stellenbeschreibung" Senior-Manager Employee Relations zusammengefasst und nachgefragt, ob sie da jemandem "mit Behinderung" hätten (vgl. Sitzungsprotokoll vom 18.01.2010 Bl. 53 d. A.). Entgegen der Vorinstanz und mit der Ansicht der Beschwerde ist von keiner die Prüfpflicht der Arbeitsagentur ermöglichenden Vorgehensweise des Arbeitgebers auszugehen. (vgl. Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, Sozialgesetzbuch IX 11 Aufl., § 81 Rz. 3). Der Arbeitsagentur wurde nämlich keine konkrete Stellenbeschreibung übersandt, sondern eine - wie auch immer geartete - telefonische Zusammenfassung vorgetragen. Es bleibt damit - und hier unterliegt der Vortrag der Arbeitgeberseite auch im Beschlussverfahren einer Feststellungslast - nicht feststellbar, dass die eineinhalb Seiten umfassende und komplexe Stellenausschreibung (Bl. 9 d. A.) so dargestellt wurde, dass der Arbeitsagentur eine ad hoc-Prüfung ermöglicht wurde. Da sich die Prüfung auch bundesweit zu vollziehen hat, ist es verständlich, dass ein gewisser Zeitraum hierfür zu veranschlagen ist und damit eine telefonische Abklärung einer ordnungsgemäßen Prüfpflicht widerspräche. Das - unterstellte - Fehlen einer Eintragung im Vermittlungssystem der Arbeitsagentur spielt sich zwar in der Sphäre der Arbeitsagentur ab, wäre aber nach Meinung der Beschwerdekammer durchaus ein Indiz dafür, dass ein den Zielen des § 81 SGB IX genügendes Prüfverfahren gerade nicht stattgefunden hat.“

VGH Baden-Württemberg 4 S 547/12 10.09.2013 - Randnummer 25 - 30

„Benachteiligung im Sinne des Benachteiligungsverbots des § 7 Abs. 1 AGG ist jede unterschiedliche Behandlung, die mit einem Nachteil verbunden ist; nicht erforderlich ist, dass in Benachteiligungsabsicht gehandelt oder die Benachteiligung sonst schuldhaft bewirkt worden ist. Nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die unmittelbare Benachteiligung kann auch in einem Unterlassen liegen. Eine solche ist insbesondere gegeben, wenn ein Arbeitgeber einer gesetzlich auferlegten Handlungspflicht nicht nachkommt, durch die im Sinne des § 5 AGG eine bisher in Beschäftigung und Beruf benachteiligte Gruppe gezielt gefördert werden soll. Die Benachteiligung liegt dabei in der Vorenthaltung eines gesetzlich eingeräumten Vorteils, dessen Ziel es ist, bestehende Nachteile zu beseitigen oder zu verhindern. Die betreffende Person wird weniger günstig behandelt, als es das Gesetz zur Herstellung gleicher Chancen für erforderlich hält. Eine gesetzliche positive Maßnahme im Sinne von § 5 AGG ist angesichts ihres drittschützenden Charakters nicht neutral, sodass die in den Schutzbereich der betreffenden Vorschrift fallenden Personen im Falle ihres Unterlassens unmittelbar benachteiligt werden. Für die gegenüber anderen weniger günstige Behandlung als solche trägt der oder die Beschäftigte mangels einer abweichenden Regelung nach den allgemeinen Grundsätzen die Beweislast. § 22 AGG greift insoweit nicht ein (BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, a.a.O.).

Eine Benachteiligung der Klägerin im vorbezeichneten Sinn liegt hier darin, dass es das Regierungspräsidium entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unterlassen hat, die Schwerbehindertenvertretung über die Bewerbung der Klägerin unmittelbar nach Eingang zu unterrichten. Damit hat es ihr einen - außerhalb des originären Anwendungsbereichs von § 5 AGG - gesetzlich eingeräumten Vorteil vorenthalten, nämlich die mögliche Begleitung und Überwachung des Auswahlverfahrens - insbesondere des Überprüfungsverfahrens - durch die Schwerbehindertenvertretung im Rahmen ihrer Aufgaben und Befugnisse (§ 95 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1, Abs. 2 Satz 3 SGB IX) zur Sicherung einer benachteiligungsfreien Stellenbesetzung

(vgl. BAG, Urteil vom 15.02.2005 - 9 AZR 635/03 -, BAGE 113, 361). Hierzu gehört vor allem das Recht, in die Bewerbungsunterlagen auch der nicht behinderten Bewerber Einblick zu nehmen und an den Vorstellungsgesprächen aller Bewerber teilzunehmen. Damit soll die Schwerbehindertenvertretung die Möglichkeit haben, durch einen Vergleich der Qualifikation die benachteiligungsfreie Stellenbesetzung zu überprüfen. Mithin hat die Klägerin eine weniger günstige Behandlung erfahren als eine - formal ordnungsgemäß behandelte - hypothetische (schwerbehinderte) Vergleichsperson in gleicher Lage.

Dass die Vertrauensperson der Schwerbehinderten ausweislich eines diesbezüglichen Aktenvermerks vom 16.12.2009 den Verfahrensfehler als geheilt angesehen und dem Besetzungsvorschlag zugunsten des Mitbewerbers zugestimmt hat, mag u.U. die (formelle) Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Auswahlentscheidung bewirken können (vgl. § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX), lässt aber die zuvor erfolgte Benachteiligung der Klägerin nicht nachträglich entfallen. Entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten und des Verwaltungsgerichts ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung, dass das Gesetz insoweit allein der Schwerbehindertenvertretung Rechte einräumt und deren defizitäre Beteiligung folglich die Klägerin nicht in subjektiven Rechten verletzen kann. Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG setzt keine Rechtsverletzung, sondern eine Benachteiligung voraus, die - wie dargelegt - in § 3 Abs. 1 AGG als weniger günstige Behandlung (legal) definiert wird. Damit kann auch die Vorenthaltung von Chancen oder Rechtsreflexen auf eine Benachteiligung führen (zur Beeinträchtigung von Bewerbungschancen durch Verfahrensgestaltung vgl. bereits BVerfG, Beschluss vom 16.11.1993 - 1 BvR 258/86 -, BVerfGE 89, 276; BAG, Urteil vom 12.09.2006 - 9 AZR 807/05 -, BAGE 119, 262). Denn das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz will bereits (an verpönte Merkmale anknüpfende und ungerechtfertigte) unterschiedliche Behandlungen - ggf. auch unterhalb der Schwelle gesonderter Rechtsverletzungen - verhindern bzw. sanktionieren und damit das Recht (schwer-)behinderter Menschen auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren schützen (vgl. BAG, Urteil vom 17.08.2010 - 9 AZR 839/08 -, NJW 2011, 550). Unerheblich ist daher, dass die Schwerbehindertenvertretung - wie vom Beklagten-Vertreter in der Senatsverhandlung betont - eine im Vergleich etwa zum mitbestimmungsberechtigten Personalrat schwächer ausgeprägte Position im Verfahren einnimmt und ihr - bei autonomem und weisungsunabhängigem Handeln - lediglich vergleichsweise beschränkte (mittelbare) Einflussmöglichkeiten auf die zu treffende Sachentscheidung zustehen.

Die nachträgliche Beteiligung der Vertrauensperson der Schwerbehinderten war auch nicht geeignet, den entstandenen Nachteil in tatsächlicher Hinsicht zu kompensieren. Trotz der im Nachhinein erteilten (mit der Bitte „um zukünftige Einhaltung der gesetzlichen Regelungen“ verbundenen) Zustimmung der Vertrauensperson zum Besetzungsvorschlag lässt sich nicht sicher hypothetisch feststellen, ob und in welchem Umfang diese womöglich auch im Fall einer rechtzeitigen Unterrichtung über die Bewerbung der Klägerin von ihren Rechten während des Auswahlverfahrens - etwa auf Teilnahme an den Vorstellungsgesprächen (§ 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX; Nrn. 1.3 und 2.1.1 der Gemeinsamen Verwaltungsvorschrift aller Ministerien und des Rechnungshofs über die Beschäftigung schwerbehinderter Menschen in der Landesverwaltung - SchwbVwV - in der Fassung vom 27.01.2005, GABl. S. 324) - keinen Gebrauch gemacht hätte (vgl. dazu - in anderem Zusammenhang - OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 15.03.2010 - 6 A 4435/06 -, Schütz, BeamtR ES/A II 5.1 Nr. 98; Hessisches LAG, Urteil vom 28.08.2009 - 19/3 Sa 340/08 -, DÖD 2010, 79). Mithin kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass das Überprüfungsverfahren (mit Bewerbergesprächen) ggf. einen für die Klägerin günstigeren Verlauf genommen hätte, wenn es unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung durchgeführt worden wäre. Deren nachträgliche Information über das Verfahren und die Bewerbergespräche hat nicht die gleiche Wertigkeit wie eine bei rechtzeitiger Unterrichtung mögliche unmittelbare Teilnahme.

Zwischen der Behinderung der Klägerin und ihrer Benachteiligung im Bewerbungsverfahren besteht auch ein Kausalzusammenhang. Der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG erfordert, dass die Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes - hier der Behinderung - erfolgt ist. Mitursächlichkeit reicht aus. Gemäß § 22 AGG muss die Beschäftigte oder der Beschäftigte Indizien (sog. Vermutungstatsachen) vortragen und beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. § 22 AGG senkt das Beweismaß. Es genügt die Überzeugung des Gerichts von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Grund und Nachteil (BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, a.a.O.).

Die - hier festgestellte - Vorenthaltung eines Chancenvorteils in Gestalt einer möglichen Verfahrensabsicherung durch die Schwerbehindertenvertretung hat dabei eine doppelte Bedeutung. In ihr liegt einerseits die weniger günstige Behandlung (Benachteiligung), andererseits ist sie zugleich Vermutungstatsache für die Kausalität. Die Indizwirkung ergibt sich daraus, dass der in Bezug auf das Bewerbungsverfahren gesetzlich eingeräumte Chancenvorteil - hier die (gerade) zur Vermeidung von Benachteiligungen vorgesehene Verfahrensgestaltung durch mögliche Beteiligung der zu unterrichtenden Schwerbehindertenvertretung - seine entscheidende Rechtfertigung in der Schwerbehinderung oder einer ihr gleichgestellten Behinderung findet. Wird der oder dem Beschäftigten die gerade wegen einer Behinderung zu gewährende verfahrensrechtliche Besserstellung oder Absicherung pflichtwidrig vorenthalten, spricht zumindest der erste Anschein dafür, dass dieses Verhalten des öffentlichen Arbeitgebers gleichfalls seinen Grund in der Behinderung hat. Andernfalls würde der durch besondere verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu gewährende Schutz vor einer Benachteiligung weitgehend leerlaufen."

BAG, Urteil v. 28.9.2017 – 8 AZR 492/16 – ZfPR *online* 12/2018, S. 36
Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers bei Verstoß gegen Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen - (§ 164 SGB IX, § 22 AGG)

„Verstößt der Arbeitgeber gegen Verfahrens- und/oder Förderpflichten zu Gunsten schwerbehinderter Menschen, liegt darin grundsätzlich ein Indiz i. S. v. § 22 AGG, das mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lässt, dass der/die schwerbehinderte Arbeitnehmer/in wegen seiner/ihrer Schwerbehinderung benachteiligt wurde. Ein Verstoß gegen die in § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX vorgesehene Pflicht zur unverzüglichen Unterrichtung u. a. des abgelehnten Bewerbers kann die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung begründen.

Die Unterrichtungspflicht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX ist der Abschluss des besonderen Erörterungsverfahrens nach § 81 Abs. 1 Satz 7 bis 9 SGB IX. Diese Pflicht zur unverzüglichen Unterrichtung u. a. des abgelehnten Bewerbers besteht nur, wenn sämtliche Voraussetzungen des § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX vorliegen, also gegen die gesetzliche Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen (§§ 71 ff, § 159 Abs. 1 SGB IX) verstoßen wird und die Schwerbehindertenvertretung oder eine in § 93 SGB IX genannte Vertretung mit der beabsichtigten Einstellungsentscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden ist."

Unterschrift