

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Urteil vom 16. Mai 2019  
- 8 AZR 315/18 -  
ECLI:DE:BAG:2019:160519.U.8AZR315.18.0

I. Arbeitsgericht München

Endurteil vom 21. September 2017  
- 32 Ca 308/17 -

II. Landesarbeitsgericht München

Urteil vom 11. April 2018  
- 10 Sa 820/17 -

---

Entscheidungsstichworte:

Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung - Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch

Leitsatz:

Die besondere Pflicht nach § 82 Satz 2 SGB IX in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (aF), schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, trifft nur öffentliche Arbeitgeber iSv. § 71 Abs. 3 SGB IX aF. Hierzu zählt nach § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF auch jede sonstige Körperschaft, Anstalt und Stiftung des öffentlichen Rechts. Die besondere rechtliche Stellung der Körperschaft des öffentlichen Rechts iSv. § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF setzt einen entsprechenden staatlichen Hoheitsakt, nämlich die Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts voraus.

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 315/18  
10 Sa 820/17  
Landesarbeitsgericht  
München

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
16. Mai 2019

## URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Mai 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang sowie die ehrenamtliche Richterin Leitz und den ehrenamtlichen Richter Wein für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 11. April 2018 - 10 Sa 820/17 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung zu zahlen. 1

Die Beklagte ist eine Fraktion des Bayerischen Landtags. Im November 2016 stellte sie in das Stellenportal des öffentlichen Dienstes (Interamt.de) zwei Stellenangebote ein. Mit einem dieser Stellenangebote suchte sie eine/n wissenschaftliche/n Mitarbeiter/in für die Fachgebiete Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Baurecht. Mit dem weiteren Stellenangebot suchte sie eine/n wissenschaftliche/n Mitarbeiter/in für die Fachgebiete Schulische und Berufliche Bildung sowie Sport. Die Beklagte hatte wegen der zu besetzenden Stellen mit der Bundesagentur für Arbeit Verbindung aufgenommen und die Stellenausschreibungen auch bei dieser veröffentlicht. 2

Der Kläger, der zunächst eine Ausbildung zum Industriekaufmann sowie später ein Studium der Rechtswissenschaft mit Erfolg abgeschlossen und den Hochschulgrad „Diplomjurist“ erworben hatte, bewarb sich mit zwei Schreiben vom 13. November 2016 auf die beiden Stellenangebote der Beklagten. In jeweils letzten Satz seiner Bewerbungsschreiben wies er darauf hin, dass er mit einem Grad der Behinderung von 50 schwerbehindert sei und einen entsprechenden Schwerbehindertenausweis habe. 3

Mit E-Mails vom 28. November 2016 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie sich wegen der im Fachgebiet Kommunale Fragen, Innere Sicherheit und Baurecht zu besetzenden Stelle für einen anderen Bewerber entschieden habe. Nachdem der Kläger die Beklagte unter dem 6. Dezember 2016 darüber informiert hatte, dass er am 5. Dezember 2016 das 2. Juristische Staatsexamen bestanden hatte, teilte die Beklagte ihm mit E-Mail vom 19. Dezember 2016 mit, dass auch die Stelle eines wissenschaftlichen Mitarbeiters für die Fachgebiete Schulische und Berufliche Bildung sowie Sport mit einem anderen Bewerber besetzt worden sei. 4

Die Beklagte erfüllte zum damaligen Zeitpunkt die in § 71 Abs. 1 SGB IX in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (im Folgenden SGB IX aF) bestimmte Beschäftigungspflichtquote nicht, sondern leistete Ausgleichszahlungen nach § 77 SGB IX aF. 5

Nachdem der Kläger mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 gegenüber der Beklagten erfolglos „einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG wegen Diskriminierung als Schwerbehinderter“ geltend gemacht hatte, hat er mit seiner am 10. Januar 2017 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage sein Begehren auf Zahlung einer Entschädigung weiterverfolgt. 6

Er hat die Auffassung vertreten, die Beklagte sei ihm zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verpflichtet, da sie ihn im Auswahl-/ Stellenbesetzungsverfahren wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt habe. Letzteres ergebe sich aus den folgenden Umständen: Die Beklagte habe die Schwerbehindertenvertretung und den Personalrat entgegen § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX aF nicht über seine Bewerbungen unterrichtet. Sie habe zudem die Schwerbehindertenvertretung bei der Prüfung gemäß § 81 Abs. 1 Satz 1 und Satz 6 SGB IX aF, ob der Arbeitsplatz für Schwerbehinderte geeignet sei, nicht beteiligt und seine Bewerbungen auch nicht an die Schwerbehindertenvertretung weitergeleitet. Dass bei der Beklagten weder ein Personal- oder Betriebsrat noch eine Schwerbehindertenvertretung eingerichtet seien, bestreite er. Insoweit sei die Beklagte beweispflichtig. Ein weiteres Indiz für seine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung sei der Umstand, dass die Be- 7

klagte ihn entgegen § 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX aF nicht angehört habe. Darüber hinaus habe die Beklagte ihn den Vorgaben von § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX aF zuwider nicht unverzüglich über ihre Entscheidung unterrichtet und die Gründe dafür in ihren Absageschreiben nicht dargelegt. Zudem wirke sich aus, dass er entgegen § 82 Satz 2 SGB IX aF nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei. Die Beklagte sei als Landtagsfraktion Teil des Landtags und damit ein öffentlicher Arbeitgeber iSd. § 82 iVm. § 71 Abs. 3 Nr. 2 oder Nr. 4 SGB IX aF. Eine genaue Zuordnung zu den in § 71 Abs. 3 SGB IX aF unter den Nummern 1 bis 4 aufgeführten öffentlichen Arbeitgebern sei nicht erforderlich, da der Gesetzgeber mit § 71 Abs. 3 SGB IX aF alle öffentlichen Arbeitgeber erfasst habe. Letztlich sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Beschäftigungspflichtquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX aF nicht erfülle, sondern Ausgleichszahlungen nach § 77 SGB IX aF leiste. Auch hierdurch habe sie zum Ausdruck gebracht, an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nicht interessiert zu sein. Vor dem Hintergrund, dass er in zwei Bewerbungsverfahren wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert worden sei, schulde ihm die Beklagte für jeden Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des AGG die Zahlung einer Entschädigung iHv. mindestens einem halben, auf der jeweiligen Stelle erzielbaren Bruttomonatsverdienst.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

8

die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung, jedoch mindestens 3.663,91 Euro zuzüglich Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4. Januar 2017 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

9

Sie hat die Auffassung vertreten, den Kläger nicht wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert zu haben. Ein Verstoß gegen § 81 Abs. 1 Satz 4 bis Satz 6 SGB IX aF scheide schon deshalb aus, da bei ihr weder eine Schwerbehindertenvertretung noch ein Personalrat oder ein Betriebsrat gebildet worden seien. Sie habe auch nicht gegen § 81 Abs. 1 Satz 7 und Satz 8 SGB IX aF verstoßen, da eine Erörterungs- und Anhörungspflicht ebenfalls nur

10

dann bestünde, wenn eine Schwerbehindertenvertretung oder sonstige relevante Vertretung existiere. Auch eine Unterrichts- und Begründungspflicht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX aF komme nur in Betracht, wenn zuvor eine Erörterung mit einer bestehenden Schwerbehindertenvertretung habe erfolgen können. Der Umstand, dass sie den Kläger nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen habe, sei kein Indiz iSv. § 22 AGG für eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Schwerbehinderung. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, den Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, da sie kein öffentlicher Arbeitgeber iSv. § 71 Abs. 3 SGB IX aF sei. Insbesondere sei sie kein öffentlicher Arbeitgeber iSv. § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF. Diese Vorschrift erfasse nur diejenigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, denen hoheitliche Befugnisse übertragen worden seien und die öffentliche Aufgaben erfüllten. Dies sei bei ihr nicht der Fall.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

11

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG.

12

A. Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus, wobei § 7 Abs. 1 AGG sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG) verbietet. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich dieses Gesetzes eine Be-

13

nachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen einer Behinderung. Zudem dürfen Arbeitgeber nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Einzelnen gelten hierzu nach § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX aF die Regelungen des AGG.

B. Die Beklagte hat den Kläger - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - nicht wegen seiner (Schwer)Behinderung benachteiligt. 14

I. Zwar wurde der Kläger dadurch, dass er von der Beklagten nicht eingestellt wurde, unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt, denn er hat eine ungünstigere Behandlung erfahren als die letztlich eingestellten Personen. 15

II. Der Kläger hat diese unmittelbare Benachteiligung jedoch nicht wegen seiner (Schwer)Behinderung erfahren. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass keine Indizien iSv. § 22 AGG vorliegen, die für sich allein betrachtet oder in der Gesamtschau aller Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass zwischen der benachteiligenden Behandlung und einem Grund iSv. § 1 AGG, hier der (Schwer)Behinderung, der nach § 7 Abs. 1 AGG erforderliche Kausalzusammenhang bestand. 16

1. Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. 17

a) Soweit es - wie hier - um eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG geht, ist hierfür nicht erforderlich, dass der betreffende Grund iSv. § 1 AGG das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist; vielmehr ist der Kausalzusammenhang bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG an einen Grund iSv. § 1 AGG anknüpft oder durch diesen motiviert ist, wobei die bloße Mitursächlichkeit genügt (*BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 20 mwN*). 18

b) § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat (*BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14 - Rn. 51*). 19

aa) Danach genügt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (*BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 501/14 - Rn. 52 mwN*). 20

bb) Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist (*vgl. EuGH 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 85; 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociația Accept] Rn. 55 mwN; 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 32; BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 24 mwN, BAGE 156, 107; 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 54 mwN, BAGE 155, 149*). Hierfür gilt jedoch das Beweismaß des sog. Vollbeweises. Der Arbeitgeber muss Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben (*vgl. etwa BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 73/16 - Rn. 26 mwN*). 21

2. Danach hat der Kläger die unmittelbare Benachteiligung nicht wegen seiner (Schwer)Behinderung erfahren. Es liegen keine Indizien iSv. § 22 AGG vor, die für sich allein betrachtet oder in der Gesamtschau aller Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass zwischen der benachteiligenden Behandlung und der (Schwer)Behinderung des Klägers der 22



erforderliche Kausalzusammenhang bestand. Zwar kann aus einem Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, grundsätzlich die Vermutung iSv. § 22 AGG einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung abgeleitet werden (*BAG 28. September 2017 - 8 AZR 492/16 - Rn. 26 mwN*). Die Beklagte hat jedoch - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - nicht gegen derartige, zugunsten schwerbehinderter Menschen bestehende Bestimmungen verstoßen.

a) Die Beklagte hat weder gegen die in § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX aF bestimmte Verpflichtung verstoßen, wonach die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und die in § 93 SGB IX aF genannten Vertretungen über Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen unmittelbar nach Eingang zu unterrichten haben, noch liegt ein Verstoß der Beklagten gegen § 81 Abs. 1 Satz 6 SGB IX aF vor, wonach die Arbeitgeber bei der Prüfung nach § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX aF die Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Abs. 2 SGB IX aF zu beteiligen und die in § 93 SGB IX aF genannten Vertretungen anzuhören haben. Die Beklagte hat auch nicht gegen die sich aus § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX aF ergebende Verpflichtung verstoßen, wonach der Arbeitgeber, der seine Beschäftigungspflicht nicht erfüllt, seine beabsichtigte Entscheidung unter Darlegung der Gründe mit der Schwerbehindertenvertretung und einer in § 93 SGB IX aF genannten Vertretung zu erörtern hat, wenn die Schwerbehindertenvertretung oder eine in § 93 SGB IX aF genannte Vertretung mit der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden ist. Die Verpflichtungen aus § 81 Abs. 1 Satz 4, Satz 6 und Satz 7 SGB IX aF hätten die Beklagte nur getroffen, wenn bei ihr eine Schwerbehindertenvertretung und/oder eine der in § 93 SGB IX aF genannten Vertretungen bestanden hätte(n). Das Landesarbeitsgericht hat allerdings das Bestehen einer solchen Vertretung nicht feststellen können. Zwar liegt - anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat - in dem klägerseitigen Bestreiten des Vorbringens der Beklagten, bei ihr sei weder eine Schwerbehindertenvertretung noch eine Vertretung nach § 93 SGB IX aF gebildet, zugleich die Behauptung des Klägers, dass bei der Beklagten sowohl eine Schwerbehindertenvertretung als auch eine Vertretung

23

nach § 93 SGB IX aF bestanden habe, weshalb das Landesarbeitsgericht einen Verstoß der Beklagten gegen die in § 81 Abs. 1 Satz 4, Satz 6 und Satz 7 SGB IX aF bestimmten Verpflichtungen nicht mit der Begründung verneinen durfte, der Kläger habe die Existenz einer solchen Vertretung nicht (substantiiert) dargetan. Allerdings hat der Kläger - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - das Bestehen einer Schwerbehindertenvertretung und/oder einer in § 93 SGB IX aF genannten Vertretung nicht bewiesen. Der insoweit beweispflichtige Kläger hatte, obgleich ihm dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre, keinen Beweis für seine Behauptung angetreten, dass bei der Beklagten eine Schwerbehindertenvertretung und/oder ein Personalrat bestanden.

aa) Entgegen der Auffassung des Klägers traf diesen die Beweislast für die Existenz einer Schwerbehindertenvertretung und/oder einer der in § 93 SGB IX aF genannten Vertretungen. 24

(1) Nach den im deutschen Zivilprozessrecht geltenden Grundsätzen, die auch im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren nach dem ArbGG Anwendung finden, trifft denjenigen, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen. Zu diesen anspruchsbegründenden Tatsachen gehören im Fall der Geltendmachung eines Anspruchs auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG auch die tatsächlichen Umstände, die die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen sollen, dass die klagende Partei die ungünstigere Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfahren hat. Ob die tatsächlichen Umstände die Vermutung einer Benachteiligung wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG begründen, ist dann eine Frage der richterlichen Würdigung (vgl. BAG 25. April 2013 - 8 AZR 287/08 - Rn. 35). 25

(2) Aus § 22 AGG ergibt sich insoweit nichts Abweichendes. § 22 AGG sieht in Übereinstimmung mit Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. EuGH 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 85; 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociația Accept] Rn. 55 mwN; 10. Juli 2008 26

- C-54/07 - [Feryn] Rn. 30 f.) eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast - wie unter Rn. 21 ausgeführt - erst für den Fall vor, dass die Vermutung einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes besteht.

(3) Da die in § 81 Abs. 1 Satz 4, Satz 6 und Satz 7 SGB IX aF bestimmten Verpflichtungen den Arbeitgeber nur dann treffen können, wenn bei ihm eine Schwerbehindertenvertretung und/oder eine Vertretung nach § 93 SGB IX aF eingerichtet ist, gehört das Bestehen solcher Vertretungen zu den den Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG begründenden Tatsachen, für die den Kläger die Darlegungs- und Beweislast traf. 27

bb) Der Kläger hat - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - die Existenz einer Schwerbehindertenvertretung und/oder einer in § 93 SGB IX aF genannten Vertretung bei der Beklagten nicht bewiesen. Der insoweit beweispflichtige Kläger ist beweisfällig geblieben. Er hat für seine Behauptung, bei der Beklagten sei eine Schwerbehindertenvertretung und/oder ein Personalrat eingerichtet, keinen Beweis angeboten, obgleich ihm ein entsprechender Beweisantritt ohne Weiteres möglich gewesen wäre. 28

(1) Zwar handelt es sich bei der Frage, ob bei dem Arbeitgeber eine Schwerbehindertenvertretung und/oder eine Vertretung nach § 93 SGB IX aF besteht, um tatsächliche Verhältnisse in der Sphäre des Prozessgegners, in die ein externer Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis als Außenstehender regelmäßig keinen Einblick hat. Es kann dahinstehen, ob und ggf. unter welchen weitergehenden Voraussetzungen aus diesem Umstand eine Verpflichtung des Arbeitgebers folgen kann, den Bewerber in die Lage zu versetzen, insoweit Beweis anzubieten, etwa indem er diesem im Prozess die Personen benennt, die über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Schwerbehindertenvertretung und/oder einer Vertretung nach § 93 SGB IX aF Auskunft geben können. Für eine derartige Auskunftspflicht könnte sprechen, dass nach den unionsrechtlichen Vorgaben im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, sicherzustellen ist, dass eine Verweigerung von Informationen durch die beklagte Partei nicht die Verwirklichung der mit den Richtlinien 2000/43/EG, 29

2000/78/EG und 2006/54/EG verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht (vgl. *EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 40*).

(2) Dem Kläger waren hinreichend Personen bekannt, die zu der Frage, ob bei der Beklagten eine Schwerbehindertenvertretung und/oder eine andere Vertretung bestand, etwas aussagen konnten. Der Kläger kannte die Namen der mit den Aufgaben im Zusammenhang mit der Stellenausschreibung von der Beklagten betrauten Personen. So war die Mitarbeiterin der Fraktionsgeschäftsstelle, Frau N in den Stellenausschreibungen als Ansprechpartnerin benannt, diese hatte auch die an den Kläger gerichteten E-Mails verfasst. Zudem hatte sich der Kläger mit seinem Schreiben vom 20. Dezember 2016 unmittelbar an den Fraktionsvorsitzenden sowie an die Fraktionsgeschäftsführerin R gewandt, die daraufhin unter dem 9. Januar 2017 ein Antwortschreiben an den Kläger gerichtet hatte. Sowohl Frau R als auch Frau N waren darüber hinaus von der Beklagten im vorliegenden Verfahren mit Schriftsatz vom 12. Mai 2017 unter Angabe der ladungsfähigen Anschrift als Zeuginnen benannt. Danach wäre es dem Kläger ohne Weiteres möglich gewesen, für seine Behauptung, bei der Beklagten bestehe eine Schwerbehindertenvertretung und/oder eine Vertretung nach § 93 SGB IX aF Beweis anzutreten. 30

b) Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers ergibt sich ein Indiz iSv. § 22 AGG für eine Benachteiligung des Klägers wegen der (Schwer)Behinderung auch nicht aus einem Verstoß der Beklagten gegen die in § 81 Abs. 1 Satz 8 und Satz 9 SGB IX aF bestimmten Verpflichtungen. Die Beklagte war weder nach § 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX aF verpflichtet, den Kläger anzuhören, noch traf sie nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX aF die Pflicht, diesen unverzüglich unter Darlegung der Gründe über die von ihr über die Besetzung der ausgeschriebenen Stellen getroffene Entscheidung zu unterrichten. 31

aa) Die Verpflichtungen aus § 81 Abs. 1 Satz 8 und Satz 9 SGB IX aF treffen den Arbeitgeber nur dann, wenn er nach § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX aF verpflichtet ist, seine beabsichtigte Entscheidung mit der Schwerbehindertenvertretung und/oder einer in § 93 SGB IX aF genannten Vertretung unter Darlegung der Gründe zu erörtern. Die Auslegung der in § 81 Abs. 1 Satz 7 bis Satz 9 32

SGB IX aF getroffenen Bestimmungen nach ihrem Wortlaut und ihrer inneren Systematik ergibt, dass diese ein in sich geschlossenes Erörterungsverfahren vorsehen. Dies hat zur Folge, dass eine Verpflichtung nach § 81 Abs. 1 Satz 8 und Satz 9 SGB IX aF dann nicht besteht, wenn den Arbeitgeber keine Pflicht nach § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX aF trifft. Dies hat der Senat bereits mit Urteil vom 28. September 2017 (- 8 AZR 492/16 - Rn. 29 ff. mwN) entschieden und ausführlich begründet. Hieran hält der Senat fest.

bb) Danach musste die Beklagte den Kläger nicht nach § 81 Abs. 1 Satz 8 SGB IX aF anhören und ihn auch nicht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX aF über die von ihr getroffene Entscheidung, die im November 2016 ausgeschriebenen Stellen eines wissenschaftlichen Mitarbeiters/einer wissenschaftlichen Mitarbeiterin mit einem anderen Bewerber zu besetzen, unter Darlegung der Gründe unverzüglich unterrichten. Die Voraussetzungen des § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX aF sind nicht erfüllt. Dies folgt im vorliegenden Verfahren bereits daraus, dass der Kläger - wie unter Rn. 28 ff. ausgeführt - für das Bestehen einer der in dieser Bestimmung genannten Vertretungen beweisfällig geblieben ist. 33

c) Ein Indiz nach § 22 AGG für eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner (Schwer)Behinderung folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Beklagte den Kläger nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hatte. Die Beklagte war zu einer solchen Einladung nicht nach § 82 Satz 2 SGB IX aF verpflichtet. Die besondere Pflicht nach § 82 Satz 2 SGB IX aF, schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, trifft nur öffentliche Arbeitgeber iSv. § 71 Abs. 3 SGB IX aF. Die Beklagte ist indes - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - kein öffentlicher Arbeitgeber nach dieser Bestimmung. 34

aa) § 71 Abs. 3 SGB IX aF enthält mit seinen Nummern 1 bis 4 eine abschließende Aufzählung der Einheiten, die als öffentliche Arbeitgeber iSd. Teils 2 des SGB IX aF gelten. Nur diese trifft die besondere Verpflichtung nach § 82 Satz 2 SGB IX aF, schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Darauf, ob Arbeitgeber ggf. nach anderen Regelungen öffentliche Arbeitgeber sind oder als solche gelten, kommt es demnach nicht an. 35

- bb) Die Beklagte gehört nicht zu den Stellen, die durch § 71 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 4 SGB IX aF als öffentliche Arbeitgeber bestimmt sind. 36
- (1) Da § 71 Abs. 3 Nr. 1 SGB IX aF ausschließlich Einheiten auf Bundesebene betrifft, scheidet die Eigenschaft der Beklagten als öffentlicher Arbeitgeber nach dieser Bestimmung von vornherein aus. 37
- (2) Die Beklagte ist - entgegen der Rechtsauffassung des Klägers - auch nicht öffentlicher Arbeitgeber nach § 71 Abs. 3 Nr. 2 SGB IX aF. Sie fällt nicht unter die dort aufgezählten Einheiten, insbesondere gehört sie nicht zur Verwaltung des Landtags und ist auch keine „sonstige Landesbehörde“. Unter einer „Behörde“ wird allgemein eine Stelle verstanden, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt (*vgl. auch § 1 Abs. 2 SGB X und § 1 Abs. 4 VwVfG*). Derartige Aufgaben hat die Beklagte indes nicht wahrgenommen. Im Gegenteil, in Art. 1 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes zur Rechtsstellung und Finanzierung der Fraktionen im Bayerischen Landtag (im Folgenden BayFraktG) ist ausdrücklich bestimmt, dass die Fraktionen des Bayerischen Landtags nicht Teil der öffentlichen Verwaltung sind und keine öffentliche Gewalt ausüben (*zur Frage, ob eine Bundestagsfraktion öffentlicher Arbeitgeber iSv. § 71 Abs. 3 SGB IX aF ist vgl. LSG Berlin-Brandenburg 22. Mai 2014 - L 8 AL 62/13 - Rn. 25*). 38
- (3) Da es sich bei der Beklagten nicht um eine Gebietskörperschaft bzw. einen Verband von Gebietskörperschaften nach § 71 Abs. 3 Nr. 3 SGB IX aF handelt, und sie auch keine Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts nach § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF ist, könnte sie die besondere Pflicht zur Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch nach § 82 Satz 2 SGB IX aF nur treffen, wenn sie eine sonstige Körperschaft des öffentlichen Rechts nach § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF oder in analoger Anwendung dieser Bestimmung wäre. Beides ist jedoch - wie das Landesarbeitsgericht ebenfalls zutreffend angenommen hat - nicht der Fall. 39
- (a) Die Beklagte ist keine Körperschaft des öffentlichen Rechts nach § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF. 40

(aa) § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF knüpft - mangels abweichender Anhaltspunkte - mit den Begriffen „Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts“ an das allgemeine verwaltungsrechtliche Begriffsverständnis an. Danach sind Körperschaften des öffentlichen Rechts durch staatlichen Hoheitsakt geschaffene, rechtsfähige, mitgliedschaftlich verfasste Organisationen des öffentlichen Rechts, die regelmäßig staatliche Aufgaben mit idR hoheitlichen Mitteln unter staatlicher Aufsicht wahrnehmen (*Maurer/Waldhoff Allgemeines Verwaltungsrecht 19. Aufl. § 23 Rn. 43; Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. I Allgemeiner Teil 10. Aufl. S. 491; vgl. auch BayVGh 9. März 1988 - 4 B 86.03226 - zu 3 a der Gründe*). Es kann vorliegend dahinstehen, was unter „staatlichen Aufgaben“ im Einzelfall zu verstehen ist; jedenfalls setzt die besondere rechtliche Stellung als Körperschaft des öffentlichen Rechts einen entsprechenden staatlichen Hoheitsakt, die Verleihung des Körperschaftsstatus, voraus. Dadurch wird nach außen hin für jedermann erkennbar dokumentiert, welchen Einheiten ein solcher Status zukommt. Dies ist bei der Prüfung, ob ein Arbeitgeber ein öffentlicher Arbeitgeber nach § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF ist, von besonderer Bedeutung. Sowohl der Arbeitgeber als auch der Beschäftigte bzw. Bewerber müssen ohne Schwierigkeiten erkennen können, ob den Arbeitgeber die besonderen Pflichten eines öffentlichen Arbeitgebers nach § 82 Satz 2 SGB IX aF treffen.

41

(bb) Danach handelt es sich bei der Beklagten nicht um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts nach § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF. Zwar können Fraktionen nach Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BayFraktG am allgemeinen Rechtsverkehr teilnehmen und unter ihrem Namen klagen und verklagt werden. Ihnen wurde allerdings nicht durch Hoheitsakt der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verliehen. Im Hinblick auf den Status von Fraktionen bestimmt Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayFraktG vielmehr lediglich, dass diese mit eigenen Rechten und Pflichten ausgestattete Vereinigungen im Bayerischen Landtag sind, zu denen sich Mitglieder des Bayerischen Landtags zusammengeschlossen haben, wobei Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BayFraktG - wie unter Rn. 38 ausgeführt - zudem negativ hervorhebt, dass die Fraktionen des Bayerischen Landtags gerade

42

nicht Teil der öffentlichen Verwaltung sind und keine öffentliche Gewalt ausüben.

(b) § 71 Abs. 3 Nr. 4 SGB IX aF ist auf die Beklagte als Fraktion des bayerischen Landtags auch nicht analog anwendbar. 43

(aa) Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält. Die Lücke muss sich demnach aus dem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem, dem konkreten Gesetzgebungsverfahren zugrunde liegenden Regelungsplan ergeben. Dabei muss die Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden können. Andernfalls könnte jedes Schweigen des Gesetzgebers als planwidrige Lücke aufgefasst und diese im Wege der Analogie von den Gerichten ausgefüllt werden. Darüber hinaus muss der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar sein, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie beim Erlass der herangezogenen Norm, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen (*vgl. etwa BAG 25. Januar 2018 - 8 AZR 309/16 - Rn. 64 mwN, BAGE 161, 378*). 44

(bb) Daran gemessen kommt eine analoge Anwendung von § 71 Abs. 3 SGB IX aF auf Landtagsfraktionen wie die Beklagte nicht in Betracht. Hierfür fehlt es bereits an der erforderlichen, positiv festzustellenden planwidrigen Regelungslücke. Die Aufzählung in § 71 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 4 SGB IX aF ist abschließend. Das Gesetz enthält keine Formulierung wie „insbesondere“, „beispielsweise“ oder „etwa“, die auf eine nur beispielhafte und damit nicht abschließende Aufzählung hinweisen würde. Der Gesetzgeber hat mit dieser Bestimmung vielmehr neben der Zusammenfassung von Dienststellen erkennbar konkret regeln wollen, welche Arbeitgeber von Teil 2 des SGB IX aF erfasst werden sollen; er hat keine generalisierende Regelung unter Verwendung von Oberbegriffen getroffen und ist auch nicht von einem allgemeinen Begriffsverständnis des öffentlichen Arbeitgebers ausgegangen, sondern hat ganz be- 45



stimmte Einheiten - hiervon unabhängig - ausdrücklich als öffentliche Arbeitgeber iSd. Teils 2 des SGB IX aF bestimmt.

d) Entgegen der Auffassung des Klägers folgt ein Indiz iSv. § 22 AGG für eine Benachteiligung wegen seiner (Schwer)Behinderung auch nicht daraus, dass die Beklagte nicht die nach § 71 Abs. 1 SGB IX aF vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen beschäftigt. Dieser Umstand stellt für sich genommen kein Indiz für eine Benachteiligung wegen der (Schwer)Behinderung dar. Zwar kann - wie unter Rn. 22 ausgeführt - aus einem Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften, die Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen enthalten, grundsätzlich die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung abgeleitet werden. § 71 Abs. 1 SGB IX aF bestimmt jedoch keine Verfahrens- und/oder Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen in diesem Sinne. Rechtsfolge der Nichterfüllung der Beschäftigungspflichtquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX aF ist lediglich die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung einer Ausgleichsabgabe gemäß § 77 SGB IX aF, die von der Beklagten unstreitig erfüllt wird. Bei der Verpflichtung nach § 71 Abs. 1 SGB IX aF handelt es sich nur um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Staat mit dem Inhalt, im Rahmen der festgelegten Pflichtzahl Schwerbehinderte auf einem entsprechenden Arbeitsplatz einzustellen und zu beschäftigen. Diese Verpflichtung besteht hingegen nicht den einzelnen Schwerbehinderten gegenüber (*vgl. BAG 1. August 1985 - 2 AZR 101/83 - zu II 3 c der Gründe, BAGE 49, 214 zur Vorgängerregelung des § 5 SchwbG*). Darüber hinaus kann das Nichterfüllen der Quote auf den unterschiedlichsten Gründen beruhen, darunter auch auf solchen, auf die der Arbeitgeber keinen Einfluss hatte und die daher keinen Rückschluss auf eine etwaige ablehnende Haltung des Arbeitgebers gegenüber der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen zulassen. So kann der Umstand, dass der Arbeitgeber die Beschäftigungspflichtquote nicht erfüllt, beispielsweise darauf zurückzuführen sein, dass sich auf vorhandene Stellen keine schwerbehinderten Menschen beworben haben oder dass bisher beschäftigte schwerbehinderte Menschen die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses erklärt haben oder in den Ruhestand getreten sind. Soweit das Gesetz an anderer

46

Stelle - wie beispielsweise in § 81 Abs. 1 Satz 7 bis Satz 9 SGB IX aF - an das Nichterfüllen der Beschäftigungspflichtquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX aF besondere arbeitsrechtliche Pflichten des Arbeitgebers knüpft, führt dies zu keiner anderen Bewertung. Erst wenn der Arbeitgeber gegen diese Verpflichtungen verstößt, kann sich hieraus ein Indiz iSv. § 22 AGG für eine Benachteiligung des Bewerbers wegen seiner (Schwer)Behinderung ergeben.

Schlewing

Winter

Der Richter am  
Bundesarbeitsge-  
richt Dr. Vogel-  
sang ist wegen  
Urlaubs an der  
Unterschriftslei-  
stung verhindert.  
Schlewing

Wein

Leitz