BAG v. 11.08.2016 - 8 AZR 406/14

Benachteiligung wegen des Alters - Auswahlverfahren - Schadensersatz - Entschädigung - Stellenausschreibung - Vermutung der Benachteiligung - Rechtsmissbrauch

Gesetz(e):
§ 1 AGG, § 2 Abs 1 Nr 1 AGG, § 3 Abs 1 AGG, § 3 Abs 2 AGG, § 6 Abs 1 S 2 AGG, § 7 Abs 1 AGG, § 8 Abs 1 AGG, § 9 AGG, § 10 AGG, § 11 AGG, § 15 Abs 1 AGG, § 15 Abs 2 AGG, § 15 Abs 4 AGG, § 22 AGG, Art 12 Abs 1 GG, Art 1 EGRL 78/2000, Art 3 Abs 1 EGRL 78/2000, Art 4 Abs 1 EGRL 78/2000, Art 6 EGRL 78/2000, § 242 BGB, § 252 BGB, § 61b Abs 1 ArbGG, § 72 Abs 5 ArbGG, § 253 Abs 2 Nr 2 ZPO, § 551 Abs 3 S 1 Nr 2 ZPO

Instanzenzug:
8. November 2012 10. Februar 2014

Tatbestand

1 Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des AGG eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG sowie Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG zu zahlen.

2 Der 1969 geborene Kläger ist Diplom-Betriebswirt mit dem Schwerpunkt Personalmanagement. Die Beklagte ist eine international tätige Personalberatung.

3 Am 9. November 2011 veröffentlichte die Beklagte im Internet die folgende Stellenanzeige:

4 Der Kläger bewarb sich mit E-Mail vom 11. November 2011 bei der Beklagten auf diese Stelle. In seinem Anschreiben, dem weitere Bewerbungsunterlagen beigefügt waren, heißt es:

5 Mit E-Mail vom 17. November 2011 teilte die Beklagte dem Kläger mit:

6 Mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 16. Januar 2012 forderte der Kläger von der Beklagten eine Entschädigung und Schadensersatz. In diesem Schreiben heißt es:

7 Zum Zeitpunkt der Bewerbung des Klägers beschäftigte die Beklagte keinen „Senior-Consultant“. Sie besetzte die ausgeschriebene Stelle mit dem damals 28 Jahre alten Mitbewerber W.

8 Mit seiner am 12. April 2012 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 18. April 2012 zugestellten Klage hat der Kläger sein Begehren auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz des materiellen Schadens sowie auf Zahlung einer Entschädigung weiter verfolgt.

9 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Ablehnung seiner Bewerbung beruhe auf einer Benachteiligung wegen seines Alters. Mit der Stellenanzeige habe die Beklagte nach einem „Junior-Consultant“ gesucht und die Tätigkeit in einem „jungen dynamischen Team“ angeboten. Dieser Umstand begründe mangels sachlicher Rechtfertigung die Vermutung, dass er wegen seines Alters benachteiligt worden sei. Der Begriff „Junior“ könne nicht als neutrale Bezeichnung einer niedrigeren Hierarchieebene verstanden werden. Es komme hinzu, dass die Beklagte keinen „Senior-Consultant“ beschäftige. Mit dem Angebot einer Tätigkeit in einem „jungen dynamischen“ Team habe die Beklagte zum Ausdruck gebracht, dass sie sich auch die künftige Zusammensetzung des Teams so vorstelle. Dass er wegen seines Alters abgelehnt worden sei, zeige sich auch daran, dass der eingestellte 28-jährige Mitbewerber jünger sei als er.

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

10 Da er als diplomierter Betriebswirt mit dem Studienschwerpunkt „Personalmanagement“ die Idealbesetzung für die ausgeschriebene Stelle sei, hätte er diese bei benachteiligungsfreier Auswahl erhalten müssen. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, der eingestellte Mitbewerber sei wegen seiner Kenntnisse in der Branche der Personalberatung und des Headhunting sowie wegen seiner Erfahrungen im Vertrieb besser geeignet als er, da diese Anforderungen in der Stellenausschreibung nicht genannt seien. Zudem seien einige der von der Beklagten in der Stellenausschreibung aufgeführten Anforderungen als sogenannte „soft skills“ anzusehen, deren Erfüllung allenfalls im Rahmen eines Vorstellungstermins hätte überprüft werden können. Dies gelte insbesondere für die Team- und Kommunikationsfähigkeit. Jedenfalls sei er als erfahrene Lehrkraft sowohl team- als auch kommunikationsfähig.

11 Der Feststellungsantrag sei zulässig und begründet. Nachdem er Ende August 2011 seinen vorherigen Arbeitsplatz verloren habe, sei er auf der Suche nach einem neuen Arbeitsverhältnis gewesen. Ein solches habe er erst zum 10. September 2012 mit einer monatlichen Arbeitsvergütung iHv. 2.200,00 Euro brutto begründen können. Damit werde sein Arbeitsentgelt vermutlich bis zum Eintritt in den Ruhestand unterhalb des ihm der Höhe nach nicht bekannten, aber auf durchschnittlich 4.000,00 Euro geschätzten Entgelts liegen, welches er bei der Beklagten hätte erzielen können. Die von ihm beanspruchte Entschädigung solle vier Bruttomonatsgehälter nicht unterschreiten.

12 Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt:

13 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, das Verlangen des Klägers nach Entschädigung und Schadensersatz sei dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt. Der Kläger habe sich nicht subjektiv ernsthaft, sondern nur beworben, um eine Ablehnung zu provozieren und Ansprüche nach dem AGG geltend zu machen. Dies ergebe die Gesamtschau verschiedener Indizien. Der Kläger lasse sich durch einen - offenbar mit ihm verwandten - Prozessbevollmächtigten vertreten, der sich im Bereich des AGG spezialisiert habe und dafür bekannt sei, dass er entschieden für die Rechte aus dem AGG eintrete. Bereits dieser Umstand verdeutliche, dass es dem Kläger mit seiner Bewerbung nur darum gegangen sei, Ansprüche nach dem AGG einzuklagen. Zudem habe der Kläger in seinem Bewerbungsschreiben an prominenter Stelle auf sein Alter und zudem insgesamt viermal auf seinen Wohnort in R und damit sehr deutlich auf die Entfernung zwischen seinem Wohnort und der angebotenen Arbeitsstelle hingewiesen. Dies lasse nur den Schluss zu, dass der Kläger sich mit dem Ziel beworben habe, möglichst abgelehnt und schon gar nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen zu werden. Zudem ergebe sich ua. aus einem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft M, dass der Kläger auch in anderen Fällen Entschädigungsansprüche nach dem AGG verfolge und dabei systematisch vorgehe.

14 Soweit mit der Stellenanzeige ein „Junior-Consultant“ gesucht werde, liege darin kein Indiz für eine Benachteiligung des Klägers wegen des Alters. Der Begriff „Junior-Consultant“ beziehe sich lediglich auf die Stellung in der betrieblichen Hierarchie; gemeint sei die Unterstellung unter höherrangige Mitarbeiter im Team und damit verbunden ein geringerer Verantwortungsbereich sowie eine geringere Entscheidungskompetenz. Auch wenn es bei ihr nicht ausdrücklich die Position eines „Senior-Consultant“ gebe, so sei ihr Geschäftsbereichsleiter dennoch als solcher anzusehen. Auch in der lediglich unter der Rubrik „Das erwartet Sie“ verwendeten Formulierung „mit einem jungen dynamischen Team“ liege kein Indiz, das eine Benachteiligung des Klägers wegen des Alters vermuten lasse. Ein junges Team könne „jung geblieben“ oder auch ein Team sein, das noch nicht lange Zeit bestehe. Letzteres treffe hier zu, da das Team in seiner konkreten Zusammensetzung zum Zeitpunkt der Stellenanzeige erst gut ein Jahr bestanden habe.

15 Der Kläger könne bei der Auswahlentscheidung im Übrigen nicht wegen seines Alters benachteiligt worden sein. Zum einen sei er damals mit 42 Jahren noch selbst „jung“ gewesen, zum anderen

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

seien zum Zeitpunkt seiner Bewerbung in der betroffenen Abteilung Direct Search sechs Personen im Alter von 26, 28, 28, 35, 51 und 56 Jahren beschäftigt gewesen. Damit sei jeder dritte Mitarbeiter deutlich älter gewesen als der Kläger. Zudem habe sie zum 1. Juni 2012 einen weiteren Berater eingestellt, der zu diesem Zeitpunkt 49 Jahre alt gewesen sei; dieser habe im Übrigen die gleichen Tätigkeiten zu verrichten wie der Inhaber der Stelle, auf die sich der Kläger beworben habe. Eine Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters folge auch nicht daraus, dass der letztlich eingestellte Bewerber zufällig jünger als der Kläger sei.

16 Der Kläger sei bei der Bewerberauswahl auf die ausgeschriebene Stelle, für die insgesamt 46 Bewerbungen eingegangen seien, aus inhaltlichen Gründen nicht berücksichtigt worden. Sie habe sehr gute Englischkenntnisse, Teamorientierung und Kommunikationsfähigkeit erwartet. Aus den bisherigen Tätigkeiten des Klägers (zuletzt als Lehrkraft an einer privaten Fachoberschule, zuvor als Berater für Existenzgründer, Integrationscoach, Ausbilder für kaufmännische Berufe sowie als Dozent) sei jedoch zu ersehen, dass der Kläger durchgängig weniger im Team als eher auf sich gestellt tätig gewesen sei. Zudem habe sie einschlägige Kenntnisse in der Branche der Personalberatung und des Headhunting sowie Vertriebserfahrung positiv bewertet. Allein schon aufgrund ihrer Branchen- und Vertriebserfahrung seien von den anderen 45 Bewerbern/innen insgesamt 19 für die ausgeschriebene Stelle besser geeignet gewesen als der Kläger, dem diese Kenntnisse und Erfahrungen fehlten. Der letztlich eingestellte W verfüge über ein abgeschlossenes kaufmännisches Studium, sehr gute Englischkenntnisse, Teamorientierung, Kommunikationsfähigkeit, einschlägige Kenntnisse der Branche sowie über Vertriebserfahrung. Er sei zuvor bei der p AG und davor bei der M GmbH beschäftigt gewesen, einem Unternehmen, das eine der größten Online-Stellenbörsen unterhalte. Im Rahmen weiterer Anstellungsverhältnisse sei Herr W zudem in der Neukundenakquise tätig gewesen, sodass er auch über die notwendige Vertriebserfahrung verfüge.

17 Das Arbeitsgericht hat der Klage - unter Klageabweisung im Übrigen - teilweise stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung an den Kläger iHv. 6.000,00 Euro nebst Zinsen seit dem 31. Januar 2012 verurteilt. Hiergegen haben die Beklagte Berufung und der Kläger Anschlussberufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil auf die Berufung der Beklagten - unter Zurückweisung der Anschlussberufung des Klägers - abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Gründe

18 Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als im Ergebnis zutreffend (§ 561 ZPO). Ob und ggf. in welchem Umfang die zulässige Klage begründet ist, kann vom Senat aufgrund der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden; den Parteien ist zudem Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

19 A. Die Revision ist zulässig, insbesondere wurde sie entgegen der Auffassung der Beklagten ordnungsgemäß begründet.

20 I. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO gehört zum notwendigen Inhalt der Revisionsbegründung die Angabe der Revisionsgründe. Bei einer Sachrüge sind diejenigen Umstände bestimmt zu bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt. Die Revisionsbegründung muss den angenommenen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Das erfordert eine Auseinandersetzung mit den tragenden Gründen der angefochtenen Entscheidung und die genaue Darlegung der Ge-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

sichtspunkte, aus denen das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft sein soll (vgl. ua. BAG 17. Februar 2016 - 10 AZR 600/14 - Rn. 11; 22. Oktober 2015 - 2 AZR 569/14 - Rn. 15 mwN, BAGE 153, 111; 24. September 2014 - 4 AZR 559/12 - Rn. 11).

21 II. Diesen Anforderungen wird die Revisionsbegründung gerecht. Der Kläger wendet sich damit gegen die Auslegung der in der Stellenanzeige enthaltenen Begriffe bzw. Formulierungen „Junior-Consultant“ sowie „junges dynamisches Team“ durch das Landesarbeitsgericht, die mit § 22 AGG und dem zugrundeliegenden Unionsrecht nicht zu vereinbaren seien. Er legt dar, welche Gesichtspunkte das Landesarbeitsgericht außer Acht gelassen habe und weshalb daraus ein anderes Ergebnis folge. Im Fall ihrer Begründetheit wäre diese Sachrüge geeignet, das Berufungsurteil erfolgreich anzugreifen. Das reicht als Revisionsangriff aus.

22 B. Die Revision ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden.

23 I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe bereits dem Grunde nach gegen die Beklagte weder einen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG noch auf Ersatz eines materiellen Schadens nach § 15 Abs. 1 AGG. Die Beklagte habe den Kläger bei der Stellenbesetzung nicht wegen seines Alters benachteiligt. Es lägen schon keine Indizien vor, die eine unzulässige Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters vermuten ließen. Als Anknüpfungspunkte für die Vermutung einer Benachteiligung des Klägers wegen des Alters kämen lediglich die Formulierungen in der Stellenausschreibung in Betracht, mit denen die Beklagte einen „Junior-Consultant“ gesucht habe sowie unter „Das erwartet Sie“ ausgeführt habe, „...in einem professionellen Umfeld mit einem jungen dynamischen Team“. Damit habe die Beklagte aber weder direkt noch indirekt auf das Alter des Bewerbers abgestellt. Der Begriff „Junior“ beziehe sich im Zusammenhang mit „Consultant“ auf fehlende bzw. geringe spezifische Berufserfahrung und eine damit verbundene niedrigere Stellung in der betrieblichen Hierarchie; dass es bei der Beklagten keinen „Senior-Consultant“ gebe, ändere daran nichts. Fehlende einschlägige Berufserfahrung sei indes nicht mit einem bestimmten Alter verbunden; auch Quereinsteiger in vorgerücktem Alter könnten dieses Kriterium erfüllen. Mit der Formulierung „mit einem jungen dynamischen Team“ sei keine Angabe zum gewünschten Alter der Stellenbewerber/innen verbunden gewesen. Das Adjektiv „jung“ beziehe sich auf das Team als solches, nicht auf seine Mitglieder. Falls dennoch die Teammitglieder gemeint sein sollten, liege darin lediglich eine Beschreibung des „Ist-Zustands“, keine Erwartung an eine zukünftige Zusammensetzung des Teams mit jungen Menschen.

24 II. Mit dieser Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bewirkt die Formulierung in der Stellenausschreibung, wonach dem/der Bewerber/in eine Tätigkeit in einem professionellen Umfeld „mit einem jungen dynamischen Team“ geboten wird, eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters und ist deshalb geeignet, die Vermutung iSv. § 22 AGG zu begründen, dass der Kläger im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde.

25 1. Sowohl der Anspruch auf Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG als auch der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzen einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich des AGG eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen des Alters.

26 a) Dabei verbietet § 7 Abs. 1 AGG sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen des Alters, eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Nach § 3 Abs. 2 AGG liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grun-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

des gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

27 b) Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst allerdings nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der benachteiligenden Behandlung und einem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. Dafür ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund iSv. § 1 AGG das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist; es muss nicht - gewissermaßen als vorherrschender Beweggrund, Hauptmotiv oder „Triebfeder“ des Verhaltens - handlungsleitend oder bewusstseinsdominant gewesen sein; vielmehr ist der Kausalzusammenhang bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an einen Grund iSv. § 1 AGG anknüpft oder durch diesen motiviert ist, wobei die bloße Mitursächlichkeit genügt (vgl. etwa BAG 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 34 mwN).

28 c) § 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 nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. 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 (vgl. BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 - Rn. 33, BAGE 142, 158; 15. März 2012 - 8 AZR 37/11 - Rn. 65, BAGE 141, 48). Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist (vgl. EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociatia ACCEPT] Rn. 55 mwN; 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 32, Slg. 2008, I-5187; BAG 26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 27). Hierfür gilt jedoch das Beweismaß des sog. Vollbeweises (vgl. etwa BAG 18. September 2014 - 8 AZR 753/13 - Rn. 33). Der Arbeitgeber muss demnach 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 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 58; 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 45).

29 d) Nach § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden.

30 aa) Das AGG knüpft an einen Verstoß gegen § 11 AGG keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Der Arbeitgeber schuldet einem/einer abgelehnten Bewerber/in eine Entschädigung oder Schadensersatz auch nicht allein deshalb, weil die Stellenausschreibung Formulierungen, insb. Anforderungen enthält, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, der Arbeitgeber habe den Arbeitsplatz unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben.

31 bb) Schreibt der Arbeitgeber eine Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG aus, so kann dies allerdings die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass der/die erfolglose Bewerber/in im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde. Zwar verweist § 11 AGG nach seinem Wortlaut nur auf § 7 Abs. 1 AGG; dennoch muss die Bestimmung so ausgelegt werden, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG nicht vorliegt, wenn die mögliche mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG oder die unmittelbare Benachteiligung nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG gerechtfertigt ist. Es ist kein Grund ersichtlich, warum Stellenausschreibungen strengeren Anforderungen unterliegen sollten als dies bei allen anderen benachteiligenden Handlungen iSd. AGG der Fall ist. Dies hat zur Folge, dass bei Formulierungen, insb. Anforderungen in Stellenausschreibungen, die eine unmittelbare Benachteiligung wegen ei-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

nes in § 1 AGG genannten Grundes bewirken, ein Verstoß gegen § 11 AGG nicht vorliegt, wenn die Diskriminierung nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG zulässig ist und dass bei Formulierungen, insb. Anforderungen in Stellenausschreibungen, die eine mittelbare Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bewirken können, nach § 3 Abs. 2 AGG ein Verstoß gegen § 11 AGG dann ausscheidet, wenn die Anforderung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. Enthält eine Stellenausschreibung Formulierungen, insb. Anforderungen, die „auf den ersten Blick" den Anschein erwecken, der Arbeitgeber habe den Arbeitsplatz unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben, kann dies nach alledem die Vermutung nach § 22 AGG begründen, der/die erfolglose Bewerber/in sei im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt worden.

32 2. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe dem Grunde nach gegen die Beklagte weder einen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG noch auf Ersatz eines materiellen Schadens nach § 15 Abs. 1 AGG, weil schon keine Indizien vorlägen, die eine unzulässige Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters vermuten ließen, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts bewirkt die Passage in der Stellenausschreibung, in der dem/der Bewerber/in eine Tätigkeit in einem professionellen Umfeld „mit einem jungen dynamischen Team" geboten wird, eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters und ist deshalb geeignet, die Vermutung iSv. § 22 AGG zu begründen, dass der Kläger im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde. Soweit das Landesarbeitsgericht die Stellenausschreibung dahin ausgelegt hat, der Begriff „Junior-Consultant" beziehe sich auf fehlende bzw. geringe Berufserfahrung, hat es im Übrigen zu Unrecht eine mittelbare Verknüpfung iSv. § 3 Abs. 2 AGG mit dem in § 1 AGG genannten Grund „Alter" verneint.

33 a) Die Auslegung des Textes veröffentlichter Stellenanzeigen durch das Landesarbeitsgericht unterliegt - wie die Auslegung typischer Willenserklärungen bzw. Allgemeiner Geschäftsbedingungen - der vollen revisionsrechtlichen Nachprüfung. Unter einer Ausschreibung iSv. § 11 AGG ist die an eine unbekannte Vielzahl von Personen gerichtete Aufforderung eines Arbeitgebers zu verstehen, sich auf die ausgeschriebene Stelle zu bewerben (vgl. Suckow in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 4. Aufl. § 11 Rn. 13; Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 11 Rn. 10). Danach ist die Stellenausschreibung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen potentiellen Bewerbern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Bewerbers zugrunde zu legen sind (vgl. etwa BAG 16. Dezember 2015 - 5 AZR 567/14 - Rn. 12).

34 b) Die Passage in der Stellenausschreibung, in der dem/der Bewerber/in eine Tätigkeit in einem professionellen Umfeld „mit einem jungen dynamischen Team" geboten wird, bewirkt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters iSv. § 3 Abs. 1 AGG.

35 Mit dem Begriff „jung" wird unmittelbar an das Lebensalter angeknüpft. Verstärkt wird diese Bezugnahme auf das Lebensalter durch die Verbindung mit dem Begriff „dynamisch", der eine Eigenschaft beschreibt, die im Allgemeinen eher jüngeren als älteren Menschen zugeschrieben wird. Wird in einer Stellenausschreibung - wie hier - darauf hingewiesen, dass eine Tätigkeit mit einem „jungen dynamischen Team" geboten wird, enthält dieser Hinweis regelmäßig nicht nur die Botschaft an potentielle Stellenbewerber/innen, dass die Mitglieder des Teams jung und deshalb dynamisch sind. Eine solche Angabe in einer Stellenanzeige kann aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers zudem regelmäßig nur so verstanden werden, dass damit nicht nur - wie das Landesarbeitsgericht meint - ein „Istzustand" beschrieben werden soll, sondern dass der Arbeitgeber zum Ausdruck bringt, dass er einen Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin sucht, der/die in das Team passt, weil er/sie ebenso jung und dynamisch ist wie die Mitglieder des vorhandenen Teams.

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

Andernfalls wäre die so formulierte Passage der Stellenausschreibung ohne Aussagegehalt und damit überflüssig.

36 c) Es kann vorliegend zwar dahinstehen, ob die in der Stellenausschreibung enthaltene Passage, mit der ein „Junior-Consultant“ gesucht wird, Personen wegen des in § 1 AGG genannten Grundes „Alter“ gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen kann iSv. § 3 Abs. 2 AGG. Soweit das Landesarbeitsgericht die Stellenausschreibung allerdings dahin ausgelegt hat, der Begriff „Junior-Consultant“ beziehe sich auf fehlende bzw. geringe Berufserfahrung, hat es zu Unrecht eine mittelbare Verknüpfung iSv. § 3 Abs. 2 AGG mit dem in § 1 AGG genannten Grund „Alter“ verneint. Bei der Berufserfahrung handelt es sich um ein Kriterium, das dem Anschein nach neutral ist iSv. § 3 Abs. 2 AGG. Unmittelbar wird damit nicht auf ein bestimmtes Alter Bezug genommen. Jedoch ist das Kriterium der Berufserfahrung mittelbar mit dem in § 1 AGG genannten Grund „Alter“ verknüpft. Bewerber/innen mit einer längeren Berufserfahrung weisen gegenüber Berufsanfängern/innen und gegenüber Bewerbern/innen mit erster oder kurzer Berufserfahrung typischerweise ein höheres Lebensalter auf (vgl. nur BAG 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 - Rn. 33, BAGE 131, 342). Daran ändert es nichts, dass es gelegentlich - und eben nicht typischerweise - Quereinsteiger gibt.

37 C. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die zulässige Klage sei unbegründet, stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

38 I. Die Klage ist zulässig.

39 1. Für den auf § 15 Abs. 1 AGG gestützten, auf Feststellung gerichteten Klageantrag zu 1. ist das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. Dies gilt sowohl, soweit der Kläger die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz künftiger als auch bereits entstandener Schäden begehrt.

40 Wird Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz künftiger Schäden erhoben, liegt ein Feststellungsinteresse vor, wenn der Schadenseintritt möglich ist, auch wenn Art und Umfang sowie Zeitpunkt des Eintritts noch ungewiss sind. Es muss lediglich eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bestehen (BAG 17. März 2016 - 8 AZR 677/14 - Rn. 20; 12. April 2011 - 9 AZR 229/10 - Rn. 36; 19. August 2010 - 8 AZR 315/09 - Rn. 29; offenlassend, ob „die bloße Möglichkeit“ genügt: BGH 2. April 2014 - VIII ZR 19/13 - Rn. 18). Dies ist vorliegend der Fall.

41 Soweit der Kläger die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz bereits entstandener Schäden begehrt, steht der grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage der Zulässigkeit des Feststellungsantrags auch dann nicht entgegen, wenn der Kläger die Klage wegen eines Teils des sich entwickelnden Schadens schon bei Klageerhebung hätte beziffern können. Eine Partei ist nicht gehalten, ihre Klage in eine Leistungs- und eine Feststellungsklage aufzuspalten, wenn ein Teil des Schadens schon entstanden ist und - wie hier - mit der Entstehung eines weiteren Schadens nach ihrem Vortrag noch zu rechnen ist (BAG 17. März 2016 - 8 AZR 677/14 - Rn. 20; vgl. auch BGH 6. März 2012 - VI ZR 167/11 - Rn. 3; 8. Juli 2003 - VI ZR 304/02 - zu II 1 der Gründe).

42 2. Der auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG gerichtete Klageantrag zu 2. ist ebenfalls zulässig, insbesondere ist er hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger durfte die Höhe der begehrten Entschädigung in das Ermessen des Gerichts stellen. § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG räumt dem Gericht bei der Höhe der Entschädigung einen Beurteilungsspielraum ein, weshalb eine Bezifferung des Zahlungsantrags nicht notwendig ist. Der Kläger hat auch Tatsachen benannt, die das Gericht bei der Bestimmung des Betrags heranziehen soll und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung, die er mit nicht unter 16.000,00 Euro bestimmt hat, angegeben (zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags: vgl. etwa BAG 14. November 2013 - 8 AZR 997/12 - Rn. 16; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 16).

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

43 II. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Für den Kläger ergibt sich dies aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG.

44 Der Kläger ist als Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis Beschäftigter iSd. AGG (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG). Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass er eine Bewerbung eingereicht hat. Entgegen der Auffassung der Beklagten enthält § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG einen formalen Bewerberbegriff. Soweit teilweise in der Rechtsprechung des Senats zusätzlich die „subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung" gefordert wurde (ua. BAG 18. Juni 2015 - 8 AZR 848/13 (A) - Rn. 24; 19. August 2010 - 8 AZR 466/09 - Rn. 28; 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 50, BAGE 131, 232; vgl. jedoch offenlassend oder entgegengesetzt ua.: BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 24; 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 18; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 51 bis 56; 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 32), hält der Senat hieran nicht fest. Eine solche Voraussetzung ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Bestimmung und dem durch ihn vermittelten Wortsinn noch aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung oder ihrem Sinn und Zweck. Die Frage, ob eine Bewerbung „nicht ernsthaft" war, weil eine Person sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern um eine Entschädigung geltend zu machen, betrifft vielmehr die Frage, ob diese sich unter Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) den formalen Status als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG verschafft und damit für sich den persönlichen Anwendungsbereich des AGG treuwidrig eröffnet hat, weshalb der Ausnutzung dieser Rechtsposition der durchgreifende Rechtsmissbrauchseinwand entgegenstehen könnte (vgl. auch BAG 24. Januar 2013 - 8 AZR 429/11 - Rn. 25; 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 18; 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 24).

45 III. Der Kläger wurde dadurch, dass er von der Beklagten nicht eingestellt wurde, auch unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt. Er hat eine ungünstigere Behandlung erfahren, als der letztlich von der Beklagten eingestellte Bewerber.

46 IV. Der Kläger hat den Schadensersatz- und Entschädigungsanspruch auch frist- und formgerecht geltend gemacht (§ 15 Abs. 4 AGG) sowie den Entschädigungsanspruch fristgerecht eingeklagt (§ 61b Abs. 1 ArbGG).

47 V. Der Entschädigungsanspruch des Klägers ist nicht dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt. Die von der Beklagten insoweit vorgetragenen Umstände lassen weder für sich betrachtet noch in einer Gesamtschau den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers zu.

48 1. Sowohl ein Entschädigungsverlangen eines/einer erfolglosen Bewerbers/Bewerberin nach § 15 Abs. 2 AGG als auch sein/ihr Verlangen nach Ersatz des materiellen Schadens nach § 15 Abs. 1 AGG können dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt sein. Rechtsmissbrauch wäre anzunehmen, sofern ein/e Kläger/in sich nicht beworben haben sollte, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm/ihr darum gegangen sein sollte, nur den formalen Status als Bewerber/in iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen.

49 a) Nach § 242 BGB sind durch unredliches Verhalten begründete oder erworbene Rechte oder Rechtsstellungen grundsätzlich nicht schutzwürdig. Der Ausnutzung einer rechtsmissbräuchlich erworbenen Rechtsposition kann demnach der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen (vgl. etwa BAG 17. März 2016 - 8 AZR 677/14 - Rn. 44; 21. Oktober 2014 - 3 AZR 866/12 - Rn. 48; 23. November 2006 - 8 AZR 349/06 - Rn. 33; BGH 6. Februar 2002 - X ZR 215/00 - zu I 2 c der Gründe; 6. Oktober 1971 - VIII ZR 165/69 - zu I der Gründe, BGHZ 57, 108). Allerdings führt nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung. Hat der Anspruchsteller sich die

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

günstige Rechtsposition aber gerade durch ein treuwidriges Verhalten verschafft, liegt eine unzulässige Rechtsausübung iSv. § 242 BGB vor (etwa BGH 28. Oktober 2009 - IV ZR 140/08 - Rn. 21).

50 Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen, die den - rechtshindernden - Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen, trägt nach den allgemeinen Regeln der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast derjenige, der diesen Einwand geltend macht (vgl. ua. BAG 18. Juni 2015 - 8 AZR 848/13 (A) - Rn. 26; 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 37; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 54).

51 b) Danach hätte der Kläger die Rechtsstellung als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG treuwidrig erworben mit der Folge, dass die Ausnutzung dieser Rechtsposition rechtsmissbräuchlich wäre, wenn er sich nicht beworben haben sollte, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm darum gegangen sein sollte, nur den formalen Status als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen (vgl. etwa BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 53 mwN; vgl. auch BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 33, BVerwGE 139, 135).

52 Nach § 1 AGG ist es das Ziel des AGG, in seinem Anwendungsbereich Benachteiligungen aus den in dieser Bestimmung genannten Gründen zu verhindern oder zu beseitigen. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG wird auch der Zugang zur Beschäftigung vom sachlichen Anwendungsbereich des AGG erfasst. Nach dieser Bestimmung sind Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund nach Maßgabe des Gesetzes ua. unzulässig in Bezug auf die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit. Aus diesem Grund fallen nicht nur Beschäftigte iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 AGG, sondern auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG unter den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes, sie gelten danach als Beschäftigte iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 AGG.

53 Bereits mit diesen Bestimmungen hat der nationale Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass nur derjenige den Schutz des AGG vor Diskriminierung einschließlich der in § 15 AGG geregelten Ersatzleistungen für sich beanspruchen kann, der auch tatsächlich Schutz vor Diskriminierung beim Zugang zur Erwerbstätigkeit sucht und dass hingegen eine Person, die mit ihrer Bewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur die formale Position eines Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG erlangen will mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend zu machen, sich nicht auf den durch das AGG vermittelten Schutz berufen kann; sie kann nicht Opfer einer verbotenen Diskriminierung sein mit der Folge, dass ihr die in § 15 AGG vorgesehenen Sanktionen mit abschreckender Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber (vgl. etwa EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociatia ACCEPT] Rn. 63) zugutekommen müssten. Eine Person, die ihre Position als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG treuwidrig herbeiführt, missbraucht vielmehr den vom AGG gewährten Schutz vor Diskriminierung.

54 c) Unter diesen engen Voraussetzungen begegnet der Rechtsmissbrauchseinwand nach § 242 BGB auch keinen unionsrechtlichen Bedenken (vgl. EuGH 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 35 ff.).

55 aa) Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist ein anerkannter Grundsatz des Unionsrechts (vgl. ua. EuGH 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 37; 28. Januar 2016 - C-50/14 - [CASTA ua.] Rn. 65). Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist eine betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf das Unionsrecht nicht gestattet (etwa EuGH 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 55 mwN; 9. März 1999 - C-212/97 - [Centros] Rn. 24, Slg. 1999, I-1459; 2. Mai 1996 - C-206/94 - [Paletta] Rn. 24, Slg. 1996, I-2357).

56 bb) Dabei ergeben sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den Voraussetzungen, unter denen Rechtsmissbrauch angenommen werden kann, vergleichbar strenge Anforderungen wie nach deutschem Recht.

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

57 Die Feststellung einer missbräuchlichen Praxis verlangt das Vorliegen eines objektiven und eines subjektiven Elements. Hinsichtlich des objektiven Elements muss sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben, dass trotz formaler Einhaltung der in der betreffenden Unionsregelung vorgesehenen Bedingungen das Ziel dieser Regelung nicht erreicht wurde. In Bezug auf das subjektive Element muss aus einer Reihe objektiver Anhaltspunkte (ua. EuGH 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 40; 17. Dezember 2015 - C-419/14 - [WebMindLicenses] Rn. 36 mwN) die Absicht ersichtlich sein, sich einen ungerechtfertigten Vorteil aus der Unionsregelung dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden (zu der hier einschlägigen Richtlinie 2000/78/EG vgl. EuGH 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 56 mwN; vgl. iÜ etwa EuGH 13. März 2014 - C-155/13 - [SICES ua.] Rn. 31 ff.; 16. Oktober 2012 - C-364/10 - [Ungarn/Slowakei] Rn. 58; 21. Februar 2006 - C-255/02 - [Halifax ua.] Rn. 74 ff., Slg. 2006, I-1609; 21. Juli 2005 - C-515/03 - [Eichsfelder Schlachtbetrieb] Rn. 39, Slg. 2005, I-7355; 14. Dezember 2000 - C-110/99 - [Emsland-Stärke] Rn. 52 und 53, Slg. 2000, I-11569). Das Missbrauchsverbot ist allerdings nicht relevant, wenn das fragliche Verhalten eine andere Erklärung haben kann als nur die Erlangung eines Vorteils (etwa EuGH 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 40; 13. März 2014 - C-155/13 - [SICES ua.] Rn. 33; 21. Februar 2006 - C-255/02 - [Halifax ua.] Rn. 75, aaO). Die Prüfung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer missbräuchlichen Praxis erfüllt sind, hat gemäß den Beweisregeln des nationalen Rechts zu erfolgen. Diese Regeln dürfen jedoch die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen (ua. EuGH 17. Dezember 2015 - C-419/14 - [WebMindLicenses] Rn. 65 mwN).

58 cc) Sowohl aus dem Titel, als auch aus den Erwägungsgründen und dem Inhalt und der Zielsetzung der Richtlinie 2000/78/EG folgt, dass diese einen allgemeinen Rahmen schaffen soll, der gewährleistet, dass jeder „in Beschäftigung und Beruf“ gleichbehandelt wird, indem dem Betroffenen ein wirksamer Schutz vor Diskriminierungen aus einem der in ihrem Art. 1 genannten Gründe - darunter das Alter - geboten wird (ua. EuGH 26. September 2013 - C-546/11 - [Dansk Jurist- og Økonomforbund] Rn. 23; 8. September 2011 - C-297/10 und C-298/10 - [Hennigs und Mai] Rn. 49, Slg. 2011, I-7965). Ferner ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2000/78/EG - ebenso wie aus Art. 1 Satz 2 Buchst. a und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2006/54/EG -, dass diese Richtlinie für eine Person gilt, die eine Beschäftigung sucht und dies auch in Bezug auf die Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für diese Beschäftigung (vgl. EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 33).

59 Damit handelt eine Person, die mit ihrer Bewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur die formale Position eines Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG erlangen will mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend zu machen, auch nach Unionsrecht rechtsmissbräuchlich (vgl. EuGH 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 35 ff.).

60 2. Die von der Beklagten bislang vorgetragenen Umstände lassen weder für sich betrachtet noch in der Gesamtschau den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers zu.

61 a) Die Beklagte kann den Rechtsmissbrauchseinwand nicht mit Erfolg darauf stützen, der Kläger lasse sich durch einen - offenbar mit ihm verwandten - Prozessbevollmächtigten vertreten, der sich im Bereich des AGG spezialisiert habe und dafür bekannt sei, dass er entschieden für die Rechte aus dem AGG eintrete und dass bereits dieser Umstand verdeutliche, dass es dem Kläger mit seiner Bewerbung nur darum gegangen sei, Ansprüche nach dem AGG einzuklagen. Es ist abwegig, Umstände, wie ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen einem Prozessbevollmächtigten und seinem Mandanten, eine Spezialisierung des Prozessbevollmächtigten in einem bestimmten rechtlichen Bereich oder einen entschiedenen Einsatz des Prozessbevollmächtigten für die Rechte seiner Mandanten mit dem Rechtsmissbrauchseinwand zu verknüpfen.

62 b) Entgegen der Auffassung der Beklagten lassen die Angaben des Klägers in seinem Bewerbungsschreiben zu seinem Alter und zu seinem derzeitigen Wohnort ebenfalls keinen Schluss auf ein

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

rechtsmissbräuchliches Verhalten zu, zumal der Kläger in seinem Bewerbungsschreiben ausdrücklich ausgeführt hat, ortsungebunden zu sein.

63 c) Die Beklagte kann sich letztlich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, der vom Kläger geltend gemachte Entschädigungs- und Schadensersatzanspruch sei auch deshalb dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt, weil der Kläger - wie sich aus einem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft M ergebe - auch in anderen Fällen Entschädigungsansprüche nach dem AGG verfolge und dabei systematisch vorgehe. Insoweit hat sie schon keine konkreten objektiven Umstände dargetan, die im Streitfall den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zulassen könnten.

64 Zum einen kann auf Rechtsmissbrauch nicht bereits daraus geschlossen werden, dass eine Person mehrere Entschädigungsprozesse geführt hat oder führt (vgl. etwa BAG 18. Juni 2015 - 8 AZR 848/13 (A) - Rn. 24; 24. Januar 2013 - 8 AZR 429/11 - Rn. 63; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 56 mwN; 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 52, BAGE 131, 232). Ein solches Verhalten für sich betrachtet lässt sich ebenso damit erklären, dass ein ernsthaftes Interesse an dem Erhalt der jeweiligen Stelle bestand und dass der/die Bewerber/in, weil er/sie sich entgegen den Vorgaben des AGG bei der Auswahl- und Besetzungsentscheidung diskriminiert sieht, mit der Entschädigungsklage zulässigerweise seine/ihre Rechte nach dem AGG wahrnimmt. Soweit die Beklagte geltend macht, der Kläger gehe hierbei „systematisch“ vor, bleibt völlig offen, was sie hierunter verstehen möchte. Die Beklagte hat insoweit ihre Bewertung des Vorgehens des Klägers nicht im Ansatz durch substantiierten Tatsachenvortrag unterlegt.

65 D. Aufgrund der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob dem Kläger dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG sowie ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG zusteht und in welcher Höhe ggf. der auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klageantrag zu 2. begründet ist. Zudem ist den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vorbringen zu geben. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

66 I. Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - nicht weitergehend geprüft, ob der Kläger entgegen den Bestimmungen des AGG im Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde und hierzu keine Feststellungen getroffen. Dies wird das Landesarbeitsgericht nachzuholen haben.

67 1. Das Landesarbeitsgericht wird insoweit zunächst zu beachten haben, dass die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass der Kläger im späteren Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde, dann bestünde, wenn die Beklagte die Stelle, auf die sich der Kläger bei dieser beworben hat, entgegen den Vorgaben von § 11 AGG unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (§ 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG) ausgeschrieben hat.

68 a) Dabei wird das Landesarbeitsgericht zu berücksichtigen haben, dass - wie unter Rn. 34 f. ausgeführt - die Passage in der Stellenausschreibung, in der dem/der Bewerber/in ein Tätigwerden in einem professionellen Umfeld mit einem „jungen dynamischen Team“ geboten wird, eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters iSv. § 3 Abs. 1 AGG bewirkt, sodass es im Hinblick auf die Frage, ob die Stelle entgegen den Anforderungen des § 11 AGG ausgeschrieben wurde und deshalb die Vermutung besteht, dass der Kläger im späteren Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde, nur noch darauf ankommt, ob die unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters nach § 8 Abs. 1 oder § 10 AGG zulässig ist. Sollte dies der Fall sein, wäre auch eine etwaige mittelbare Diskriminierung gerechtfertigt, da die Anforderungen an die Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung nicht höher als diejenigen an die Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung sind (vgl. EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 62, 65, 66, Slg. 2009, I-1569; BAG 11. August 2009 - 3 AZR 23/08 - Rn. 35 mwN, BAGE 131, 298). Vor diesem Hin-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

tergrund kann dahinstehen, ob mit dem Begriff „Junior-Consultant“ in der Stellenausschreibung eine mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG verbunden ist.

69 b) Das Landesarbeitsgericht wird ferner - auf ein entsprechendes Vorbringen der Beklagten, das von dieser im Bestreitensfall zu beweisen wäre - zu prüfen haben, ob die mit der Formulierung in der Stellenausschreibung, mit der dem/der Bewerber/in ein Tätigwerden in einem professionellen Umfeld mit einem „jungen dynamischen Team“ geboten wird, bewirkte unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters iSv. § 3 Abs. 1 AGG nach § 8 AGG oder nach § 10 AGG zulässig ist.

70 aa) Sowohl § 8 AGG als auch § 10 AGG stellen sich als für den Arbeitgeber günstige Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Diskriminierung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, hier des Alters, dar (vgl. hierzu etwa EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 72 und 81, Slg. 2011, I-8003; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 46, Slg. 2009, I-1569), weshalb den Arbeitgeber - hier die Beklagte - bereits nach den allgemeinen Regeln des nationalen Rechts die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der in den Bestimmungen enthaltenen Voraussetzungen trifft (zur Darlegungs- und Beweislast nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG vgl. etwa EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 83, Slg. 2011, I-6919).

71 bb) Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

72 § 8 Abs. 1 AGG dient der Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht. § 8 Abs. 1 AGG ist unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eng auszulegen. Eine Ungleichbehandlung wegen des Alters ist nach § 8 Abs. 1 AGG nur gerechtfertigt, wenn sämtliche in der Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Stellt ein Merkmal, das insbesondere mit dem Alter zusammenhängt, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar, kann eine unterschiedliche Behandlung zudem nur unter sehr begrenzten Bedingungen gerechtfertigt sein (EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 71, Slg. 2011, I-8003).

73 Das Landesarbeitsgericht wird bei der Anwendung von § 8 Abs. 1 AGG zudem zu beachten haben, dass nicht der Grund, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist, sondern nur ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen kann und dass ein solches Merkmal - oder sein Fehlen - nur dann eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung iSd. § 8 Abs. 1 AGG ist, wenn davon die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit abhängt (vgl. etwa EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 66, Slg. 2011, I-8003; 12. Januar 2010 - C-229/08 - [Wolf] Rn. 35, Slg. 2010, I-1; BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - Rn. 34, BAGE 148, 158).

74 cc) Nach § 10 Satz 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Nach § 10 Satz 2 AGG müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. § 10 Satz 3 AGG enthält eine nicht abschließende Aufzählung von Tatbeständen, nach denen unterschiedliche Behandlungen wegen des Alters iSv. § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG insbesondere gerechtfertigt sein können (vgl. etwa BAG 24. Januar 2013 - 8 AZR 429/11 - Rn. 45; 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08 - Rn. 35, BAGE 133, 265; 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 40, BAGE 129, 181).

75 Bei der Anwendung von § 10 AGG wird das Landesarbeitsgericht Folgendes zu beachten haben:

76 (1) § 10 AGG dient der Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht (dazu auch BAG 18. März 2014 - 3 AZR 69/12 - Rn. 21, BAGE 147, 279), wobei die Richtlinie ihrerseits das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als allgemeiner Grundsatz des

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

Unionsrechts (EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 75, Slg. 2005, I-9981; BVerfG 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - Rn. 63, BVerfGE 139, 19) sowie das in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters konkretisiert (EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 38, Slg. 2011, I-8003; BVerfG 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - aaO). § 10 AGG ist unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auszulegen (dazu auch BAG 21. Oktober 2014 - 9 AZR 956/12 - Rn. 17, BAGE 149, 315; 12. Juni 2013 - 7 AZR 917/11 - Rn. 32; 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 40).

77 (2) § 10 Satz 1 AGG definiert nicht, was unter einem legitimen Ziel zu verstehen ist. Für die Konkretisierung des Begriffs des legitimen Ziels ist deshalb auf Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG zurückzugreifen. Legitime Ziele iSv. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, dh. Ziele, die als geeignet angesehen werden können, eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Alters zu rechtfertigen, sind - obgleich die in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG enthaltene Aufzählung nicht erschöpfend ist (EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 80, Slg. 2011, I-8003) - wegen der als Beispiele genannten Bereiche Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung nur solche, die mit der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung im Zusammenhang stehen, und damit nur rechtmäßige Ziele aus dem Bereich „Sozialpolitik“ (vgl. EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 81, aaO; dazu auch BAG 23. Juli 2015 - 6 AZR 457/14 - Rn. 36, BAGE 152, 134; 19. Dezember 2013 - 6 AZR 790/12 - Rn. 26 mwN, BAGE 147, 89). Ziele, die als legitim iSd. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG angesehen werden können, stehen als „sozialpolitische Ziele“ im Allgemeininteresse. Dadurch unterscheiden sie sich von Zielen, die im Eigeninteresse des Arbeitgebers liegen, wie Kostenreduzierung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit. Dabei ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass eine nationale Vorschrift den Arbeitgebern bei der Verfolgung der sozialpolitischen Ziele einen gewissen Grad an Flexibilität einräumt (EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 52, Slg. 2011, I-6919; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 46, Slg. 2009, I-1569). Ein unabhängig von Allgemeininteressen verfolgtes Ziel eines Arbeitgebers kann eine Ungleichbehandlung jedoch nicht rechtfertigen (vgl. BAG 23. Juli 2015 - 6 AZR 457/14 - aaO).

78 (3) Nach § 10 Satz 1 AGG reicht es - ebenso wie nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG - für die Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters nicht aus, dass der Arbeitgeber mit der unterschiedlichen Behandlung ein legitimes Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG verfolgt; hinzukommen muss nach § 10 Satz 2 AGG, dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Beides ist im Hinblick auf das konkret angestrebte Ziel zu beurteilen (vgl. etwa EuGH 9. September 2015 - C-20/13 - [Unland] Rn. 43; 26. September 2013 - C-546/11 - [Dansk Jurist- og Økonomforbund] Rn. 55 f.). Dabei sind in unionsrechtskonformer Auslegung von § 10 Satz 2 AGG die Mittel nur dann angemessen und erforderlich, wenn sie es erlauben, das mit der unterschiedlichen Behandlung verfolgte Ziel zu erreichen, ohne zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen derjenigen Personen zu führen, die wegen ihres Alters benachteiligt werden (vgl. etwa EuGH 9. September 2015 - C-20/13 - [Unland] aaO; 26. Februar 2015 - C-515/13 - [Ingeniørforeningen i Danmark] Rn. 25; 26. September 2013 - C-546/11 - [Dansk Jurist- og Økonomforbund] Rn. 56) und die Maßnahme nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist (vgl. EuGH 9. September 2015 - C-20/13 - [Unland] aaO; 26. September 2013 - C-546/11 - [Dansk Jurist- og Økonomforbund] Rn. 59; 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 65 mwN, Slg. 2005, I-9981).

79 (4) Um darzutun, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nach § 10 AGG gerechtfertigt ist, reicht es nicht aus, wenn der Arbeitgeber allgemein behauptet, dass die die unterschiedliche Behandlung bewirkende Maßnahme oder Regelung geeignet sei, der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung zu dienen. Derartige allgemeine Behaup-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

tungen lassen nämlich nicht den Schluss zu, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (vgl. EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 77, Slg. 2011, I-6919; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 51, Slg. 2009, I-1569; 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 65, Slg. 2005, I-9981; vgl. auch BAG 26. Mai 2009 - 1 AZR 198/08 - Rn. 35, BAGE 131, 61). Der Arbeitgeber hat hierzu vielmehr substantiierten Sachvortrag zu leisten (vgl. EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 82, aaO).

80 2. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass die Stelle, auf die der Kläger sich beworben hat, von der Beklagten unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurde und deshalb die Vermutung iSv. § 22 AGG besteht, dass der Kläger im späteren Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde, wird es zu prüfen haben, ob die Beklagte Tatsachen vorgetragen und im Bestreitensfall bewiesen hat, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe, hier: das Alter, zu einer ungünstigeren Behandlung des Klägers geführt haben.

81 a) Solche Gründe können zwar in der Regel nicht darin liegen, dass der Arbeitgeber später von einer Einstellung oder Beschäftigung eines anderen Bewerbers absieht, die Stelle also nach Beginn der eigentlichen Bewerberauswahl unbesetzt bleibt (vgl. im Einzelnen BAG 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 23 mwN). Die Auslegung und Anwendung von § 22 AGG darf nicht dazu führen, dass es der Arbeitgeber in der Hand hat, durch eine geeignete Verfahrensgestaltung die Chancen von Bewerbern und Bewerberinnen wegen der in § 1 AGG genannten Gründe so zu mindern, dass seine Entscheidung praktisch unangreifbar wird (vgl. BVerfG 21. September 2006 - 1 BvR 308/03 - Rn. 13 mwN, BVerfGK 9, 218). Eine andere Bewertung ist aber dann geboten, wenn der Arbeitgeber substantiiert vorträgt und ggf. beweist, dass das Auswahlverfahren aus sachlichen und nachvollziehbaren Gründen, zB weil zwischenzeitlich das Erfordernis, die Stelle überhaupt (neu) zu besetzen, entfallen ist, abgebrochen wurde, bevor die Bewerbung der klagenden Partei bei ihm eingegangen ist. In einem solchen Fall hat es kein Auswahlverfahren mehr gegeben, in dessen Verlauf die klagende Partei hätte diskriminiert werden können.

82 b) Entsprechendes kann gelten, sofern der Arbeitgeber substantiiert vorträgt und ggf. beweist, dass das Auswahlverfahren bereits abgeschlossen war, bevor die Bewerbung der klagenden Partei bei ihm eingegangen ist. Allerdings schließt der Umstand, dass eine ausgeschriebene Stelle bereits vor Eingang der Bewerbung der klagenden Partei besetzt wurde, nicht generell deren Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG aus (BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 42). Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an, beispielsweise darauf, ob ggf. eine vom Arbeitgeber gesetzte Bewerbungsfrist unterlaufen wird und/oder ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine bereits vor Eingang einer Bewerbung erfolgte Stellenbesetzung gleichwohl zu einer Benachteiligung des nicht berücksichtigten Bewerbers führt (vgl. dazu BAG 19. August 2010 - 8 AZR 370/09 - Rn. 30; 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - aaO).

83 c) Der Arbeitgeber kann die Vermutung, er habe die klagende Partei wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt, aber auch dadurch widerlegen, dass er substantiiert dazu vorträgt und im Bestreitensfall beweist, dass er bei der Behandlung aller Bewerbungen nach einem bestimmten Verfahren vorgegangen ist, das eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes ausschließt. Dies kann zum Beispiel anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber ausnahmslos alle Bewerbungen in einem ersten Schritt darauf hin sichtet, ob die Bewerber/innen eine zulässigerweise gestellte Anforderung erfüllen und er all die Bewerbungen von vornherein aus dem weiteren Auswahlverfahren ausscheidet, bei denen dies nicht der Fall ist. Der Arbeitgeber, der sich hierauf beruft, muss dann allerdings nicht nur darlegen und ggf. beweisen, dass ein solches Verfahren praktiziert wurde, sondern auch, dass er das Verfahren konsequent zu Ende geführt hat. Deshalb muss er auch substantiiert dartun und im Bestreitensfall beweisen, wie viele Bewerbungen eingegangen sind, welche Bewerber/innen aus demselben Grund ebenso aus dem Auswahl-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

verfahren ausgenommen wurden, welche Bewerber/innen, weil sie die Anforderung erfüllten, im weiteren Auswahlverfahren verblieben sind und dass der/die letztlich ausgewählte Bewerber/in die Anforderung, wegen deren Fehlens die klagende Partei aus dem weiteren Auswahlverfahren vorab ausgenommen wurde, erfüllt.

84 Dabei muss sich die Anforderung, wegen deren Nichterfüllung die klagende Partei und ggf. andere Bewerber/innen aus dem weiteren Auswahlverfahren vorab ausgenommen werden, nicht ausdrücklich aus der Stellenausschreibung ergeben. Insoweit reicht es in jedem Fall aus, wenn die Anforderung in der Stellenausschreibung „Anklang“ gefunden hat oder sich aus dem in der Stellenausschreibung formulierten Anforderungsprofil ableiten lässt. Wird beispielsweise mit einer Stellenausschreibung eine Person gesucht, die über eine „herausragende“, „hervorragende“ oder „erstklassige“ Qualifikation verfügt, ist es jedenfalls dem privaten Arbeitgeber unbenommen, all die Bewerber/innen, die eine bestimmte Studien-/Ausbildungsabschlussnote nicht erzielt haben, aus dem weiteren Auswahlverfahren auszunehmen. Jede/r Bewerber/in muss in einem solchen Fall bereits aufgrund der Stellenausschreibung damit rechnen, dass in einem Stellenbesetzungsverfahren, insbesondere wenn viele Bewerbungen eingehen, womöglich nur die Bewerbungen mit bestimmten Abschlussnoten eine Vorsichtung erfolgreich durchlaufen. Gleiches würde gelten, wenn für eine Tätigkeit in der Personalberatung in einer ersten Sichtung ausnahmslos Bewerber/innen mit Vorkenntnissen in den Bereichen Personalberatung und Headhunting vorausgesucht und all die Bewerber/innen ohne solche Vorkenntnisse von vornherein aus dem weiteren Auswahlverfahren ausgenommen wurden, da sich insofern der erforderliche „Anklang“ ohne Weiteres aus der angebotenen auszuübenden Tätigkeit ergibt. Allerdings ist zu beachten, dass Anforderungen, die in der Stellenausschreibung keinen „Anklang“ gefunden haben und sich auch nicht aus dem in der Stellenausschreibung formulierten Anforderungsprofil ableiten lassen, vom Arbeitgeber - soweit es um die Widerlegung der Vermutung geht - seiner Vorauswahl nicht ohne Weiteres zugrunde gelegt werden können. Insoweit muss der Arbeitgeber dartun und im Bestreitensfall beweisen, dass diese Anforderungen nicht nur vorgeschoben wurden (BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 43 mwN, BAGE 131, 86).

85 d) Soweit der Arbeitgeber darlegt und im Bestreitensfall beweist, dass die klagende Partei eine formale Qualifikation nicht aufweist oder eine formale Anforderung nicht erfüllt, die unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit/des Berufs an sich ist, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass die Bewerbung ausschließlich aus diesem Grund ohne Erfolg blieb; in einem solchen Fall besteht demzufolge in der Regel kein Kausalzusammenhang zwischen der benachteiligenden Behandlung und einem in § 1 AGG genannten Grund.

86 e) Beruft sich der Arbeitgeber - wie hier die Beklagte - darauf, er habe bei einer weiteren, späteren Einstellung einen älteren Bewerber berücksichtigt, im Übrigen seien in dem fraglichen Tätigkeitsbereich (auch) ältere Personen tätig, so ist dieses Vorbringen allerdings von vornherein nicht geeignet, die Vermutung einer Benachteiligung wegen des Alters iSv. § 22 AGG zu widerlegen. Beide Umstände sagen nichts über das den konkreten Rechtsstreit betreffende Auswahlverfahren aus. Andererseits sagt - entgegen der Rechtsauffassung des Klägers - auch allein der Umstand, dass die letztlich eingestellte Person jünger als der Kläger ist, für sich betrachtet nichts darüber aus, ob der Kläger wegen seines Alters benachteiligt worden ist.

87 3. Sollte sich ergeben, dass nicht ausschließlich andere Gründe als das Alter zu einer ungünstigeren Behandlung des Klägers geführt haben, wird das Landesarbeitsgericht auf ein entsprechendes Vorbringen der Beklagten, das im Bestreitensfall zu beweisen wäre, auch der Frage nachzugehen haben, ob die unmittelbare Benachteiligung, die der Kläger durch seine Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren wegen seines Alters erfahren hat, ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 oder § 10 AGG zulässig ist. Wegen der insoweit maßgebenden Vorgaben von § 8 Abs. 1 und § 10 AGG wird auf die Ausführungen unter Rn. 69 ff. Bezug genommen.

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

88 4. Im Übrigen hält der Senat den Hinweis für geboten, dass sich die Beklagte gegenüber den vom Kläger geltend gemachten Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG nicht mit Erfolg darauf berufen könnte, der Kläger sei für die ausgeschriebene Stelle objektiv nicht geeignet.

89 a) Zwar befindet sich eine Person nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats nur dann in einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG, wenn sie für die ausgeschriebene Stelle „objektiv geeignet“ ist (vgl. etwa BAG 23. Januar 2014 - 8 AZR 118/13 - Rn. 18; 14. November 2013 - 8 AZR 997/12 - Rn. 29; 26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 20 ff.; 21. Februar 2013 - 8 AZR 180/12 - Rn. 28, BAGE 144, 275; 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 35; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 26; 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 37; ausdrücklich offengelassen neuerdings von BAG 20. Januar 2016 - 8 AZR 194/14 - Rn. 19 ff.; 22. Oktober 2015 - 8 AZR 384/14 - Rn. 21; 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 29). Dies hat der Senat im Wesentlichen damit begründet, dass eine Benachteiligung nur angenommen werden könne, wenn eine Person, die an sich für die Tätigkeit geeignet sei, nicht ausgewählt oder nicht in Betracht gezogen worden sei. Könne hingegen auch ein objektiv ungeeigneter Bewerber immaterielle Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen, stehe dies nicht im Einklang mit dem Schutzzweck des AGG, das nur vor ungerechtfertigter Benachteiligung schützen, nicht aber eine unredliche Gesinnung des (potentiellen) Arbeitgebers sanktionieren wolle.

90 b) An dieser Rechtsprechung hält der Senat allerdings nicht fest.

91 aa) Wie der Senat bereits in seinen Urteilen vom 20. Januar 2016 (- 8 AZR 194/14 - Rn. 19 ff.) sowie vom 22. Oktober 2015 (- 8 AZR 384/14 - Rn. 21 ff.) ausgeführt hat, spricht gegen das Erfordernis der „objektiven Eignung“ bereits der Umstand, dass § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG den Entschädigungsanspruch für Personen, die „bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden“ wären, nicht ausschließt, sondern lediglich der Höhe nach begrenzt. Denn auch bei „benachteiligungsfreier Auswahl“ würden die Bewerber nicht eingestellt, denen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle fehlt.

92 bb) Könnte nur ein „objektiv geeigneter“ Bewerber eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG oder materiellen Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG beanspruchen, würde dies auch dazu führen, dass die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung - hier: durch die Richtlinie 2000/78/EG - verliehenen Rechte entgegen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (ua. EuGH 16. Januar 2014 - C-429/12 - [Pohl] Rn. 23; vgl. auch BAG 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 28) durch einen zu eng gefassten Vergleichsmaßstab praktisch unmöglich gemacht, jedenfalls aber übermäßig erschwert würde.

93 (1) Das Erfordernis der „objektiven Eignung“ des Anspruchstellers als Kriterium der vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG würde den Entschädigungs- und Schadensersatzprozess mit der schwierigen Abgrenzung der „objektiven Eignung“ von der „individuellen fachlichen und persönlichen Qualifikation“ belasten und dadurch die Wahrnehmung der durch das AGG und die Richtlinie 2000/78/EG verliehenen Rechte erschweren.

94 Insoweit hat der Senat in seiner Rechtsprechung stets ausgeführt, dass maßgeblich für die objektive Eignung nicht allein das formelle Anforderungsprofil sei, welches der Arbeitgeber erstellt habe, sondern dass es insoweit auf die Anforderungen ankomme, die der Arbeitgeber an einen Stellenbewerber zulässigerweise stellen dürfe. Der Arbeitgeber dürfe an den/die Bewerber/in keine Anforderungen stellen, die nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung durch die Erfordernisse der wahrzunehmenden Aufgaben unter keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt seien (vgl. etwa BAG 26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 21 mwN; 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 38; 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - Rn. 55). Die objektive Eignung sei allerdings zu unterscheiden von der individuellen fachlichen und persönlichen Qualifikation des Bewerbers, die nur als Kriterium der Auswahlentscheidung auf der Ebene der Kausalität zwischen Benachteili-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

gung und Grund iSv. § 1 AGG eine Rolle spiele. Damit werde gewährleistet, dass der Arbeitgeber über den der Stelle zugeordneten Aufgabenbereich frei entscheiden könne, wie Art. 12 Abs. 1 GG es gebiete, aber nicht durch das Stellen hierfür nicht erforderlicher Anforderungen an Bewerber/innen die Vergleichbarkeit der Situation selbst gestalten und den Schutz des AGG de facto beseitigen könne. Denn auch Bewerber/innen, welche die auf der zu besetzenden Stelle auszuübenden Tätigkeiten grundsätzlich verrichten könnten, ohne aber jede Voraussetzung des Anforderungsprofils zu erfüllen, bedürften des Schutzes vor Diskriminierung, weil gerade Anforderungsprofile in Stellenanzeigen häufig Qualifikationen benennen, deren Vorhandensein der Arbeitgeber sich für den Idealfall zwar wünsche, die aber keinesfalls zwingende Voraussetzung einer erfolgreichen Bewerbung seien (vgl. etwa BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 39; 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - Rn. 55).

95 (2) Das Erfordernis der „objektiven Eignung“ des Anspruchstellers als Kriterium der vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG würde aber auch aus einem anderen Grund sowohl die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG sowie die eines Schadensersatzanspruchs nach § 15 Abs. 1 AGG übermäßig erschweren.

96 Wie der Senat in seinen Urteilen vom 20. Januar 2016 (- 8 AZR 194/14 - Rn. 19 ff.) sowie vom 22. Oktober 2015 (- 8 AZR 384/14 - Rn. 21 ff.) ebenfalls ausgeführt hat, kann die Frage, ob eine vergleichbare Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG vorliegt, nicht ohne Vergleichsbetrachtung beantwortet werden. Denn an einer vergleichbaren Situation oder vergleichbaren Lage würde es - soweit es um die „objektive Eignung“ der/des Bewerberin/Bewerbers geht - nur dann fehlen, wenn diese/r die geforderte „objektive Eignung“ nicht aufweist, während andere Bewerber/innen, jedenfalls aber der/die ausgewählte Bewerber/in objektiv geeignet sind. Das aus dem Merkmal der vergleichbaren Situation abgeleitete Erfordernis der „objektiven Eignung“ des Bewerbers würde mithin zu einer Verengung des Vergleichsmaßstabs führen. Hierdurch würde die Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen nach § 15 Abs. 2 und Abs. 1 AGG übermäßig erschwert. Dies gilt zunächst, soweit den/die Bewerber/in für das Vorliegen einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG die volle Darlegungs- und Beweislast treffen sollte. Dies gilt aber auch dann, wenn vor dem Hintergrund, dass dem/der Bewerber/in in der Regel nicht bekannt ist, wer sich außer ihm/ihr mit welcher Qualifikation/Eignung auf die ausgeschriebene Stelle beworben hat und für welchen Bewerber/welche Bewerberin der potentielle Arbeitgeber sich entschieden hat und er/sie gegen diesen auch keinen dahingehenden Auskunftsanspruch hat (vgl. BAG 25. April 2013 - 8 AZR 287/08 - Rn. 56 unter Hinweis auf EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 46 f.), von einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast auszugehen wäre, wonach es ausreichen würde, wenn der/die Bewerber/in die objektive Eignung anderer Bewerber/innen oder des/der letztlich eingestellten Bewerbers/Bewerberin bestreitet mit der Folge, dass der Arbeitgeber dann jedenfalls zur objektiven Eignung dieser Personen substantiiert vorzutragen hätte. In diesem Fall würde der Prozess bereits im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Situation in der Regel mit einer aufwändigen Tatsachenfeststellung und Klärung der Eignung oder Nichteignung der anderen Bewerber/innen, jedenfalls aber des/der ausgewählten Bewerbers/Bewerberin belastet, ohne dass sich in den Bestimmungen des AGG und den unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere in denen der Richtlinie 2000/78/EG für die Zulässigkeit einer solchen Verengung des Vergleichsmaßstabs hinreichende Anhaltspunkte finden (vgl. BAG 20. Januar 2016 - 8 AZR 194/14 - Rn. 21; 22. Oktober 2015 - 8 AZR 384/14 - Rn. 23).

97 (3) Es kommt hinzu, dass das Erfordernis der „objektiven Eignung“ der/des Bewerberin/Bewerbers als Kriterium der vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nach § 15 Abs. 2 und Abs. 1 AGG dann nahezu praktisch unmöglich machen würde, wenn diese/r die/der einzige Bewerber/in um die Stelle war. In diesem Fall existiert nämlich keine konkrete Vergleichsperson; vielmehr würde es nach § 3 Abs. 1 AGG auf eine hypothetische Vergleichsperson ankommen, deren objektive Eignung oder Nichteignung sich nicht feststellen ließe.

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

98 II. Sofern das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen sollte, das Benachteiligungsverbot des AGG sei verletzt, wird es Folgendes zu beachten haben:

99 1. Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen, § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG. Nach § 15 Abs. 2 AGG kann der oder die Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs dient § 15 Abs. 2 AGG dazu, die „Forderungen der Richtlinien" (hier insbesondere: Richtlinie 2000/78/EG) sowie der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (ua. EuGH 22. April 1997 - C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 24, 39 f., Slg. 1997, I-2195) nach einer wirksamen und verschuldensunabhängig ausgestalteten Sanktion bei Verletzung des Benachteiligungsverbotes durch den Arbeitgeber umzusetzen (BT-Drs. 16/1780 S. 38; vgl. auch BAG 22. Oktober 2015 - 8 AZR 384/14 - Rn. 16; 18. September 2014 - 8 AZR 759/13 - Rn. 26 mwN; 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 33 mwN, BAGE 127, 367).

100 2. Im Hinblick auf den auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG gerichteten Klageantrag zu 2. wird das Landesarbeitsgericht bei der Bestimmung der Höhe einer Entschädigung Folgendes zu beachten haben:

101 a) Auch bei der Beurteilung der angemessenen Höhe der festzusetzenden Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG sind alle Umstände des Einzelfalls, wie etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns und der Sanktionszweck der Entschädigungsnorm zu berücksichtigen (vgl. ua. BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - Rn. 44, BAGE 148, 158; 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 38; 17. Dezember 2009 - 8 AZR 670/08 - Rn. 38; 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 82 mwN, BAGE 129, 181). Die Entschädigung muss einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz gewährleisten (vgl. EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociatia ACCEPT] Rn. 63; 22. April 1997 - C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 24, 39 f., Slg. 1997, I-2195; BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - aaO). Die Härte der Sanktionen muss der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt (EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociatia ACCEPT] Rn. 63 mwN; BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - aaO). Dass nach dem AGG neben der Entschädigung für Nichtvermögensschäden (§ 15 Abs. 2 AGG) auch der Ersatz materieller Schäden (§ 15 Abs. 1 AGG) verlangt werden kann, führt nicht zu einer Kürzung der Entschädigung für den Nichtvermögensschaden (vgl. BGH 23. April 2012 - II ZR 163/10 - Rn. 73, BGHZ 193, 110).

102 b) Soweit der Kläger einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG über die in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG angegebene Höhe hinaus geltend macht - der Kläger fordert vorliegend eine Entschädigung iHv. vier Bruttomonatsgehältern à 4.000,00 Euro -, obliegt es der Beklagten, sofern sie sich auf die Höchstgrenze des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG berufen möchte, im Einzelnen darzulegen und ggf. zu beweisen, dass der wegen eines Grundes nach § 1 AGG benachteiligte Kläger auch bei diskriminierungsfreier Auswahl die ausgeschriebene Stelle nicht erhalten hätte (vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 78; 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 62 mwN). Insoweit hätte die Beklagte, die über sämtliche eingereichten Bewerbungsunterlagen verfügt, zu beweisen, dass der Kläger die zu besetzende Position auch dann nicht erhalten hätte, wenn keine Diskriminierung stattgefunden hätte (EuGH 22. April 1997 - C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 36, Slg. 1997, I-2195). Dabei kommt es, da die ausgeschriebene Stelle tatsächlich mit einem Mitbewerber besetzt wurde, im Hinblick auf die Frage der „Besteignung" nicht allein auf eine Vergleichsbetrachtung mit den Anforderungen der Stellenausschreibung an, sondern insbesondere auf eine Vergleichsbetrach-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

tung mit dem/der tatsächlich eingestellten Bewerber/in (ebenso im Ergebnis ErfK/Schlachter 16. Aufl. § 15 AGG Rn. 4 im Hinblick auf § 15 Abs. 1 AGG).

103 3. Im Hinblick auf den auf § 15 Abs. 1 AGG gestützten Klageantrag zu 1. (Feststellungsantrag) wird das Landesarbeitsgericht Folgendes zu beachten haben:

104 a) Nach § 252 BGB gehört zu dem nach § 15 Abs. 1 AGG zu ersetzenden Vermögensschaden auch entgangenes Arbeitsentgelt (vgl. BAG 20. Juni 2013 - 8 AZR 482/12 - Rn. 25; 21. September 2011 - 7 AZR 150/10 - Rn. 26; 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 75; BGH 23. April 2012 - II ZR 163/10 - Rn. 63, BGHZ 193, 110).

105 b) Streiten die Parteien - wie hier - darüber, ob der Arbeitgeber nach § 15 Abs. 1 AGG zum Ersatz eines Vermögensschadens in Form entgangenen Arbeitsentgelts verpflichtet ist, hat der/die Anspruchsteller/in die Darlegungs- und Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität. Er/Sie muss demnach darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass die Benachteiligung für die Ablehnung der entsprechenden Bewerbung ursächlich geworden ist, er/sie also die Stelle bei benachteiligungsfreier Auswahl erhalten hätte (ua. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 76; BGH 23. April 2012 - II ZR 163/10 - Rn. 63, BGHZ 193, 110). Dabei können dem/der Anspruchsteller/in allerdings Beweiserleichterungen nach den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen und Vorschriften zugutekommen.

106 c) Entgegen der Rechtsauffassung des Klägers führt der Umstand, dass er als Anspruchsteller im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG die Darlegungs- und Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität hat, auch nicht zu einem Wertungswiderspruch innerhalb des Gesetzes im Hinblick auf die in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG zum Entschädigungsanspruch getroffene Bestimmung (vgl. hierzu Ausführungen unter Rn. 102). § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG macht nur für den Entschädigungsanspruch eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen hat, während der Anspruchsgegner die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale darlegen und ggf. beweisen muss. Diese Regelung kann nicht auf den Fall des Ersatzes von Vermögensschäden nach § 15 Abs. 1 AGG übertragen werden (vgl. etwa BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 77 ff.). Für eine derartige Übertragung ist weder im nationalen Recht eine Rechtsgrundlage noch im Unionsrecht eine entsprechende Verpflichtung enthalten (vgl. im Ergebnis auch BGH 23. April 2012 - II ZR 163/10 - Rn. 63, BGHZ 193, 110).

Auf diese Entscheidung wird Bezug genommen in folgenden Gerichtsentscheidungen:
BAG 28.5.2020 - 8 AZR 170/19
LAG Nürnberg 27.5.2020 - 2 Sa 1/20
BAG 28.1.2020 - 9 AZR 91/19
BAG 23.1.2020 - 8 AZR 484/18
BAG 19.12.2019 - 8 AZR 2/19
BAG 27.3.2019 - 5 AZR 71/18
BAG 28.2.2019 - 8 AZR 202/18
BAG 28.2.2019 - 8 AZR 230/18
BAG 28.2.2019 - 8 AZR 208/18
BAG 28.2.2019 - 8 AZR 203/18
BAG 28.2.2019 - 8 AZR 228/18
BAG 28.2.2019 - 8 AZR 201/18
BAG 28.2.2019 - 8 AZR 229/18
BAG 25.10.2018 - 8 AZR 501/14
LAG Niedersachsen 1.8.2018 - 17 Sa 1302/17
BAG 21.12.2017 - 8 AZR 853/16
BAG 23.11.2017 - 8 AZR 604/16

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

BAG 23.11.2017 - 8 AZR 372/16
BAG 19.10.2017 - 8 AZR 63/16
BAG 18.5.2017 - 8 AZR 74/16
BAG 26.1.2017 - 8 AZR 848/13
BAG 26.1.2017 - 8 AZR 736/15

Fundstelle(n):
BB 2017 S. 371 Nr. 7
BB 2017 S. 506 Nr. 9
DStR 2017 S. 14 Nr. 10
NWB QAAAF-90738

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.