

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 23. November 2017
- 8 AZR 372/16 -
ECLI:DE:BAG:2017:231117.U.8AZR372.16.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 7. Mai 2014
- 4 Ca 250/13 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 18. März 2015
- 6 Sa 39/14 -

Entscheidungsstichworte:

Entschädigung - Benachteiligung iSd. AGG - Alter - ethnische Herkunft -
Geschlecht - Auswahlverfahren - Kausalitätsvermutung - Stellenaus-
schreibung - Sprachkenntnisse - Verletzung des allgemeinen Persönlich-
keitsrechts

BUNDESGERICHTSHOF



8 AZR 372/16
6 Sa 39/14
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. November 2017

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. November 2017 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang sowie die ehrenamtlichen Richter Avenarius und Dr. Pauli für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 18. März 2015 - 6 Sa 39/14 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, an die 1
Klägerin eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des AGG zu zahlen, sowie ua. darüber, ob die Beklagte der Klägerin wegen einer Verletzung deren allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Zahlung einer Entschädigung schuldet.

Die 1961 geborene Klägerin ist russischer Herkunft. Sie ist Inhaberin 2
eines russischen Diploms als Systemtechnik-Ingenieurin, dessen Gleichwertigkeit mit einem an einer Fachhochschule in der Bundesrepublik Deutschland durch Diplomprüfung abgeschlossenen Studium der Fachrichtung Informatik anerkannt ist.

Mit E-Mail vom 4. Juni 2013 bewarb sich die Klägerin auf die folgende, 3
von der Beklagten veröffentlichte Stellenausschreibung:

„Softwareentwickler/in (Teilzeit)

...

Wir gehören zu den führenden Anbietern von Flottenmanagement-Softwarelösungen für die See- und Binnenschifffahrt.

Zu unseren Kunden gehören namhafte Reedereien und Transportunternehmen aus aller Welt. Zum Ausbau unseres Teams suchen wir ab August 2013 oder später eine/n Mitarbeiter/in in der Softwareentwicklung am Standort H.

Softwareentwickler/in (Teilzeit)

Entwickeln Sie Software für die Schifffahrt!

Sie unterstützen unsere internationalen Kunden bei dem Einsatz unserer Internetdienste Fleettracker und Towtracker und tragen aktiv zur Pflege und Weiterentwicklung unserer Produkte bei. Sie arbeiten eng mit unserem Support zusammen und helfen mit, die hohe Qualität unserer Dienstleistungen sicherzustellen.

Für die Position sollten Sie ein Studium der Ingenieurwissenschaften oder technischen Informatik abgeschlossen haben oder kurz vor Ihrem Abschluss stehen. Wir erwarten gute Kenntnisse in Javascript, PHP und SQL. Der Umgang mit Windows und LINUX ist Ihnen vertraut. Außerdem besitzen sie fundierte Kenntnisse in einer objektorientierten Programmiersprache (C++/JAVA/C#).

Eine konzeptionelle Denkweise, gute kommunikative Fähigkeiten, ein offener Umgang mit Menschen und ein eigenständiger, zielorientierter Arbeitsstil runden Ihr Profil ab. Sehr gute Deutsch- und gute Englischkenntnisse in Wort und Schrift setzen wir voraus. Wir bieten Ihnen anspruchsvolle Aufgabenstellungen, viel Verantwortung, überdurchschnittliche Freiräume bei der Gestaltung Ihrer Arbeit und ein unkompliziertes, professionelles Umfeld.

Es handelt sich um eine Teilzeitstelle (20 Stunden pro Woche).

...“

Nachdem die Beklagte der Klägerin mit E-Mail vom 21. Juni 2013 eine Absage erteilt hatte, machte die Klägerin gegenüber der Beklagten mit E-Mail vom 27. Juli 2013 Ansprüche nach dem AGG geltend.

Mit ihrer am 24. Oktober 2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 4. November 2013 zugestellten Klage hat die Klägerin ihr Begehren nach Zahlung einer Entschädigung iHv. 5.000,00 Euro weiter verfolgt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe sie entgegen den Vorgaben des AGG und des Unionsrechts einschließlich Art. 21 und 22 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union wegen ihres Alters, ihrer ethnischen Herkunft sowie ihres Geschlechts benachteiligt. Sowohl die in der Stellenanzeige enthaltene Formulierung „Für diese Position sollten Sie ein Stu-

dium der Ingenieur-Wissenschaften oder technischen Informatik abgeschlossen haben oder kurz vor Ihrem Abschluss stehen“ als auch die Ausschreibung der Stelle als Teilzeitstelle seien Indizien für eine Diskriminierung wegen des Alters, da durch beide Anforderungen eher jüngere Menschen angesprochen würden. Im Hinblick auf ihren Studienabschluss vor 29 Jahren sei sie damit wegen ihres Alters ausgeschlossen worden. Die Anforderung sehr guter Deutschkenntnisse indiziere eine Diskriminierung wegen einer nicht-deutschen Herkunft. Aus dieser Anforderung ergebe sich, dass die Beklagte Bewerber/innen mit deutscher Muttersprache bevorzuge, ohne dass dies gerechtfertigt wäre. Für eine Tätigkeit in der Softwareentwicklung und für die ausgeschriebene Stelle seien sehr gute Deutschkenntnisse nicht erforderlich. Zudem könnten zugewanderte Menschen diese Anforderung kaum erfüllen. Die Beklagte habe sie darüber hinaus wegen ihres Geschlechts diskriminiert. Dies folge daraus, dass Frauen in der IT-Branche diskriminiert würden. Unter den Datenverarbeitungsfachleuten seien Frauen in Deutschland mit einem Anteil von nur 18,5 % stark unterrepräsentiert. Es sei nicht anzunehmen, dass die Einstellungspolitik der Beklagten für ihren IT-Bereich insoweit eine Ausnahme bilde. Zu berücksichtigen sei auch, dass in ihrer Person die drei häufigsten Diskriminierungsmerkmale vereint seien und ein Zusammenspiel dieser Faktoren und eine Mehrfachdiskriminierung vorliege; diese führe auch zu einem höheren Entschädigungsanspruch. Ein weiteres Indiz für eine Benachteiligung sei, dass die Beklagte ihr keine Auskünfte, insbesondere über die Qualifikation der eingestellten Person unter Vorlage von deren Bewerbungsunterlagen erteilt habe. Ferner wirke sich aus, dass die Beklagte im Verlaufe des Prozesses beleidigende Äußerungen über ihre russische Herkunft gemacht, ihr ihre Arbeitslosigkeit vorgehalten und ihre Qualifikation und Ernsthaftigkeit der Bewerbung in Zweifel gezogen habe.

Die Beklagte schulde ihr die geltend gemachte Entschädigung deshalb auch aus §§ 823 bis 826 BGB.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie eine Entschädigung iHv. 5.000,00 Euro zu zahlen zzgl. Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz ab Rechtshängigkeit.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, die Klägerin habe bereits keine Indizien für eine AGG-widrige Benachteiligung dargelegt. Eine solche Benachteiligung sei zudem nicht gegeben. Im Übrigen fehle der Klägerin die objektive Eignung für die ausgeschriebene Stelle. Schließlich sei das Vorgehen der Klägerin rechtsmissbräuchlich. Sie bewerbe sich nur auf aus ihrer Sicht diskriminierende Ausschreibungen, um später Entschädigungszahlungen geltend zu machen. 9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. 10

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Zwar durfte das Landesarbeitsgericht die Berufung der Klägerin nicht mit der Begründung zurückweisen, die Klägerin sei für die zu besetzende Stelle von vornherein objektiv nicht geeignet gewesen, weshalb ein Entschädigungsanspruch wegen einer etwaigen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung ausscheide. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klage sei unbegründet, stellt sich allerdings aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die Klägerin hat schon keine Indizien iSv. § 22 AGG für eine AGG-widrige Benachteiligung wegen ihres Alters, ihrer ethnischen Herkunft und/oder ihres Ge- 11

schlechts dargetan. Die Beklagte ist der Klägerin auch nicht aus §§ 823 bis 826 BGB zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet.

A. Das Landesarbeitsgericht durfte die Berufung nicht mit der Begründung zurückweisen, der Klägerin fehle bereits die „objektive Eignung“ für die ausgeschriebene Stelle. Die objektive Eignung ist keine Voraussetzung für einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG sowie auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. 12

Der Senat hat mit Urteilen vom 19. Mai 2016 (- 8 AZR 470/14 - Rn. 22 ff., BAGE 155, 149; - 8 AZR 477/14 - Rn. 58 ff.; - 8 AZR 583/14 - Rn. 55 ff.), auf deren Begründung Bezug genommen wird, seine frühere Rechtsprechung aufgegeben, nach der sich eine Person nur dann in einer vergleichbaren Situation bzw. vergleichbaren Lage iSv. § 3 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AGG befand, wenn sie für die ausgeschriebene Stelle „objektiv geeignet“ war (vgl. zur früheren Rechtsprechung etwa BAG 23. Januar 2014 - 8 AZR 118/13 - Rn. 18; 21. Februar 2013 - 8 AZR 180/12 - Rn. 28, BAGE 144, 275; 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 37; ausdrücklich offengelassen 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). Mit Urteilen vom 11. August 2016 (- 8 AZR 406/14 - Rn. 88 ff.; - 8 AZR 809/14 - Rn. 63 ff.; - 8 AZR 4/15 - Rn. 26 ff. BAGE 156, 71), auf deren Begründung ebenfalls Bezug genommen wird, hat der Senat die Aufgabe der früheren Rechtsprechung bestätigt. Hieran hält der Senat fest. Das Vorbringen der Beklagten gebietet keine andere Beurteilung. 13

Der Geltungsbereich der Antidiskriminierungsrichtlinien des Unionsrechts darf in Anbetracht ihres Gegenstands, der Natur der Rechte, die sie schützen sollen, sowie des Umstands, dass sie in dem jeweiligen Bereich nur dem Gleichbehandlungsgrundsatz Ausdruck geben, der einer der tragenden Grundsätze des Unionsrechts und in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt ist, nicht eng definiert werden (vgl. EuGH 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 42, 66; 12. Mai 2011 - C-391/09 - [Runevič-Vardyn und Wardyn] Rn. 43, jeweils zur Richtlinie 14

2000/43/EG; vgl. auch 27. April 2006 - C-423/04 - [Richards] Rn. 22 ff. zur Richtlinie 79/7/EWG; 30. April 1996 - C-13/94 - [P./S.] Rn. 20 ff. zur Richtlinie 76/207/EWG). Diesen Vorgaben würde eine Rechtsprechung nicht gerecht werden, nach der ein in den unionsrechtlichen Vorgaben so nicht vorgesehenes Erfordernis der „objektiven Eignung“ des Anspruchstellers regelmäßiges Kriterium der vergleichbaren Situation bzw. der vergleichbaren Lage iSv. § 3 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AGG wäre. Eine solche Rechtsprechung würde 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 machen, jedenfalls aber übermäßig erschweren (vgl. ua. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 92 ff.; - 8 AZR 809/14 - Rn. 67 ff.; - 8 AZR 4/15 - Rn. 30 ff.).

Aus der 17. Begründungserwägung der Richtlinie 2000/78/EG, die das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung betrifft, ergibt sich nichts anderes. Im Gegenteil, danach folgt aus der Richtlinie - unbeschadet der Verpflichtung, für Menschen mit Behinderung angemessene Vorkehrungen zu treffen - nur keine Verpflichtung zur Einstellung, zum beruflichen Aufstieg oder zur Weiterbeschäftigung einer Person, die für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist (vgl. dazu EuGH 11. Juli 2006 - C-13/05 - [Chacón Navas] Rn. 49, 51). Eine Verpflichtung zum Schadensersatz oder zu einer Entschädigung wird hierdurch nicht ausgeschlossen.

15

B. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klage sei unbegründet, stellt sich allerdings aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klage ist unbegründet.

16

I. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung aus § 15 Abs. 2 AGG aufgrund einer Benachteiligung wegen ihres Alters, ihrer ethnischen Herkunft und/oder ihres Geschlechts, da sie

17

- obgleich sie insoweit die Darlegungslast trifft - schon keine Indizien iSv. § 22 AGG für eine solche Diskriminierung dargetan hat.

Die Klägerin wurde zwar dadurch, dass sie von der Beklagten nicht eingestellt wurde, unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt, denn sie hat eine ungünstigere Behandlung erfahren als die letztlich eingestellte Person. Die Klägerin hat jedoch nicht dargetan, dass sie die unmittelbare Benachteiligung wegen ihres Alters, ihrer ethnischen Herkunft und/oder ihres Geschlechts erfahren hat. Sie hat keine Indizien iSv. § 22 AGG vorgetragen, 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 der nach § 7 Abs. 1 AGG erforderliche Kausalzusammenhang bestand. Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin ist die Stellenausschreibung der Beklagten nicht geeignet, die Vermutung iSv. § 22 AGG zu begründen, dass die Klägerin wegen ihres Alters, ihrer ethnischen Herkunft und/oder ihres Geschlechts diskriminiert wurde. Auch die weiteren von der Klägerin als Indizien iSv. § 22 AGG vorgetragenen Umstände führen zu keiner anderen Bewertung.

18

1. 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 verbietet. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Demgegenüber liegt nach § 3 Abs. 2 AGG eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes - was auch eine Benachteiligung wegen mehrerer der in § 1 AGG genannten Gründe einschließt - gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel

19

sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

a) 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 Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. Soweit es 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 15. Dezember 2016 - 8 AZR 454/15 - Rn. 20 mwN, BAGE 157, 296*). Geht es hingegen um eine mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG, ist der Kausalzusammenhang dann gegeben, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG erfüllt sind, ohne dass es einer direkten Anknüpfung an einen Grund iSv. § 1 AGG oder eines darauf bezogenen Motivs bedarf. 20

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. 21

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 (*EuGH 25. April* 22

2013 - C-81/12 - [Asociația ACCEPT] Rn. 50; vgl. auch EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 42, 44 f.; BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 73/16 - Rn. 25 mwN).

c) Schreibt der Arbeitgeber eine Stelle entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG aus, kann dies 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, allerdings muss die Bestimmung so ausgelegt werden, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG und damit ein Verstoß gegen § 11 AGG nicht vorliegt, wenn eine mögliche mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG nach § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG gerechtfertigt oder eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG zulässig ist (näher etwa BAG 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 55, BAGE 155, 149). 23

2. Danach hat die Klägerin keine Indizien iSv. § 22 AGG vorgetragen, die für sich allein betrachtet oder in der Gesamtschau aller Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass zwischen der benachteiligenden Behandlung und ihrem Alter, ihrer ethnischen Herkunft und/oder ihrem Geschlecht der nach § 7 Abs. 1 AGG erforderliche Kausalzusammenhang bestand. Die Beklagte hat die Stelle nicht entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG ausgeschrieben, weshalb ihre Stellenausschreibung nicht geeignet ist, die Vermutung iSv. § 22 AGG zu begründen, dass die Klägerin im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines solchen Grundes benachteiligt wurde. Eine solche Vermutung ergibt sich auch nicht aus den weiteren von der Klägerin vorgetragenen Umständen. 24

a) Die Beklagte hat die Stelle nicht entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben. 25

aa) Unter einer Ausschreibung iSv. § 11 AGG ist die an eine unbekannte Vielzahl von Personen gerichtete Aufforderung eines Arbeitgebers zu 26

verstehen, sich auf die ausgeschriebene Stelle zu bewerben. Stellenanzeigen sind deshalb - wie typische Willenserklärungen bzw. Allgemeine Geschäftsbedingungen - 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 26. Januar 2017 - 8 AZR 73/16 - Rn. 29 mwN; 16. Dezember 2015 - 5 AZR 567/14 - Rn. 12).

bb) Die Beklagte hat die Stelle nicht entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, der ethnischen Herkunft und/oder des Geschlechts ausgeschrieben. Die Stellenanzeige ist deshalb nicht geeignet, die Vermutung iSv. § 22 AGG zu begründen, dass die Klägerin im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines oder mehrerer dieser Gründe benachteiligt wurde. 27

(1) Die Stellenausschreibung der Beklagten bewirkt weder eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters noch insoweit eine mittelbare Benachteiligung. 28

(a) Dies gilt entgegen der Auffassung der Klägerin zunächst im Hinblick auf die Anforderung „Für die Position sollten Sie ein Studium der Ingenieurwissenschaften oder technischen Informatik abgeschlossen haben oder kurz vor Ihrem Abschluss stehen“. 29

Diese Anforderung enthält keine unmittelbare Altersangabe. Sie ist auch nicht als „untrennbar“ mit einem bestimmten Alter verbunden anzusehen (zum Kriterium einer „untrennbaren“ Verbindung bei unmittelbarer Diskriminierung etwa EuGH 6. April 2017 - C-668/15 - [Jyske Finans] Rn. 16 [ethnische Herkunft]; 9. März 2017 - C-406/15 - [Milkova] Rn. 42 [Behinderung]; 21. Dezember 2016 - C-539/15 - [Bowman] Rn. 28 [Alter]; 26. Februar 2015 - C-515/13 - [Ingeniørforeningen i Danmark] Rn. 15 mwN [Alter]; 11. April 2013 - C-335/11 und C-337/11 - [HK Danmark, auch genannt „Ring, Skouboe Werge“] Rn. 74 [Behinderung]; 8. November 1990 - C-177/88 - [Dekker] Rn. 2 30

[Geschlecht]). Weder erfolgte noch bevorstehende Studienabschlüsse sind untrennbar an ein bestimmtes Alter gebunden.

Auch eine mittelbare Benachteiligung liegt insoweit nicht vor. Die Auslegung der Stellenanzeige der Beklagten ergibt, dass mit der Anforderung „Für die Position sollten Sie ein Studium der Ingenieur-Wissenschaften oder technischen Informatik abgeschlossen haben oder kurz vor Ihrem Abschluss stehen“ nicht lediglich und auch nicht insbesondere junge Bewerber/innen angesprochen werden und zugleich ältere Personen ernsthaft davon abgehalten würden, ihre Bewerbung einzureichen. Vielmehr richtet sich diese Passage der Stellenanzeige an Bewerber/innen jeden Alters.

31

Die genannte Passage bezieht sich - auch unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Stellenanzeige - zunächst auf Bewerber/innen, die ein Studium bereits abgeschlossen haben, ohne dass insoweit eine Einschränkung dahin bestünde, dass das Studium erst kürzlich abgeschlossen wurde. Zudem bezieht sich die Stellenanzeige auf Bewerber/innen, die kurz vor dem Studienabschluss stehen. Damit wird nicht mittelbar auf lediglich jüngere Bewerber/innen abgestellt. Zwar sind Bewerber/innen, die kurz vor dem Studienabschluss stehen, typischerweise junge Menschen (*vgl. etwa zu einem „Hochschulabschluss, der ,nicht länger als 1 Jahr zurück liegt oder innerhalb der nächsten Monate erfolgt“ BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 64 ff. mwN*); allerdings wird die zunächst angesprochene alters-heterogene Gruppe der Personen mit abgeschlossenem Studium der Ingenieur-Wissenschaften und technischen Informatik - zu dem auch Bewerber/innen wie die Klägerin mit einem vor 29 oder mehr Jahren abgeschlossenen Studium gehören - um Bewerber/innen erweitert, die kurz vor dem Studienabschluss stehen. Im Ergebnis werden damit alle Altersgruppen, soweit sie über den relevanten Studienabschluss bereits oder demnächst verfügen, gleichermaßen angesprochen. Damit der Anforderung „Für die Position sollten Sie ein Studium der Ingenieur-Wissenschaften oder technischen Informatik abgeschlossen haben oder kurz vor Ihrem Abschluss stehen“ demnach nicht signalisiert wird, lediglich Interesse an der Gewinnung jüngerer Mitarbeiter/innen zu haben, ist die Stellenaus-

32

schreibung insoweit nicht geeignet, ältere gegenüber jüngeren Personen wegen des Alters in besonderer Weise zu benachteiligen.

(b) Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin bewirkt auch die Ausschreibung der Stelle als Teilzeitstelle weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters. Mit der Ausschreibung der Stelle als Teilzeitstelle bringt der Arbeitgeber insoweit nur zum Ausdruck, in welchem zeitlichen Umfang er Bedarf an einer weiteren Arbeitskraft hat. Schon deshalb ist es fernliegend, eine Ausschreibung für eine Tätigkeit in Teilzeit als Indiz für eine Benachteiligung wegen des Alters anzusehen. Die Klägerin hat auch nichts vorgetragen, was im konkreten Fall ausnahmsweise eine andere Sichtweise gebieten würde. 33

(2) Die Stellenausschreibung der Beklagten bewirkt durch die Anforderung sehr guter Deutsch- und guter Englischkenntnisse in Wort und Schrift auch weder eine unmittelbare Diskriminierung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen der ethnischen Herkunft, noch insoweit eine mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG. Da die diesbezüglichen unionsrechtlichen Vorgaben durch die im Folgenden dargestellte und zitierte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt sind, bedurfte es - anders als die Klägerin meint - keines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV. 34

(a) Nach § 1 AGG ist es ua. Ziel des Gesetzes, Benachteiligungen aus Gründen bzw. wegen der ethnischen Herkunft zu verhindern oder zu beseitigen. 35

(aa) Der Begriff „ethnische Herkunft“ beruht auf dem Gedanken, dass gesellschaftliche Gruppen insbesondere durch eine Gemeinsamkeit der Staatsangehörigkeit, Religion, Sprache, kulturellen und traditionellen Herkunft und Lebensumgebung gekennzeichnet sind (*EuGH 6. April 2017 - C-668/15 - [Jyske Finans] Rn. 17; 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 46 mwN, 56; vgl. auch BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 418/15 - Rn. 37*), wobei diese Aufzählung der Kriterien nicht abschließend ist und kein Kriterium als alleinentscheidend angesehen werden kann (*EuGH 6. April 2017 - C-668/15 - [Jyske Finans] Rn. 18*). Die ethnische Herkunft kann nämlich grundsätzlich nicht 36

auf der Grundlage eines einzigen Kriteriums festgestellt werden, sondern muss vielmehr auf einem Bündel von Indizien beruhen, von denen einige objektiv und andere subjektiv sind, es sei denn, ein Kriterium kann die oben genannten insgesamt allgemein und absolut ersetzen (*EuGH 6. April 2017 - C-668/15 - [Jyske Finans] Rn. 19*). Der Begriff der ethnischen Herkunft hat dabei - wie auch der Begriff der Rasse - auch für Personen zu gelten, die zwar nicht selbst der betreffenden Ethnie angehören, aber gleichwohl aus einem dieser Gründe - Rasse oder ethnische Herkunft - weniger günstig behandelt oder in besonderer Weise benachteiligt werden (*EuGH 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 56 mwN; vgl. auch BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 418/15 - aaO*).

(bb) Das Verbot der Diskriminierung „aus Gründen“ bzw. „wegen“ der ethnischen Herkunft ist von dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (*vgl. hierzu Art. 18 AEUV*) und dem Verbot einer auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung (*vgl. hierzu Art. 45 AEUV*) zu unterscheiden (*vgl. auch EuGH 6. April 2017 - C-668/15 - [Jyske Finans] Rn. 24*). Zwar kann die Staatsangehörigkeit gemeinsam mit anderen Indizien, wozu nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union insbesondere die gemeinsame Religion, die gemeinsame Sprache, die gemeinsame kulturelle und traditionelle Herkunft sowie die gemeinsame Lebensumgebung zählen (*EuGH 6. April 2017 - C-668/15 - [Jyske Finans] Rn. 17; 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 46*), die Vermutung einer Diskriminierung „wegen“ der Rasse und/oder der ethnischen Herkunft begründen, jedoch nicht allein. Unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit werden als solche weder von der Richtlinie 2000/43/EG erfasst (*vgl. EuGH 24. April 2012 - C-571/10 - [Kamberaj] Rn. 49 f.*), wie aus ihrem 13. Erwägungsgrund und Art. 3 Abs. 2 hervorgeht, noch von den weiteren mit dem AGG umzusetzenden Richtlinien des Unionsrechts oder vom AGG. Sowohl die Richtlinie 2000/43/EG als auch das AGG sind zur Bekämpfung bestimmter Arten von Diskriminierungen geschaffen worden und bieten keinen Schutz in Fällen einer Diskriminierung, die nicht auf den in Art. 1 der Richtlinie bzw. § 1 AGG aufgeführten persönlichen Merkmalen be-

37

ruht (im Hinblick auf die Richtlinie vgl. EuGH 7. Juli 2011 - C-310/10 - [Agafitei ua.] Rn. 32 ff.).

(cc) Allerdings darf nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union der Geltungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG in Anbetracht ihres Gegenstands und der Natur der Rechte, die sie schützen soll, nicht eng definiert werden (EuGH 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 42 mwN und Rn. 56). Zudem ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass teilweise nicht eindeutig und/oder im Verlauf der Zeit nicht abschließend beantwortet werden kann, ob ein soziales Kollektiv sich als ethnische Gemeinschaft begreift bzw. von außen so gesehen wird. 38

(b) Nach diesen Vorgaben bewirkt die Stellenausschreibung der Beklagten keine unmittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft. Die Stellenausschreibung knüpft mit der Anforderung sehr guter Deutsch- und guter Englischkenntnisse in Wort und Schrift nicht unmittelbar an eine ethnische Herkunft an. Sehr gute Deutsch- und gute Englischkenntnisse sind auch nicht als „untrennbar“ mit einer ethnischen Herkunft verbunden anzusehen. 39

(aa) In der Stellenanzeige der Beklagten ist die Anforderung sehr guter Deutsch- und guter Englischkenntnisse in Wort und Schrift nicht mit einer ethnischen Herkunft verknüpft worden; die Anforderung hat ihren Grund vielmehr darin, dass die Beklagte ein bestimmtes Niveau der Beherrschung der deutschen und der englischen Sprache für die Tätigkeit für erforderlich hält. Dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Welche Anforderungen ein Arbeitsplatz stellt, ua. an die Sprachkenntnisse, ist Gegenstand unternehmerischer Freiheit und Entscheidung, die sowohl nach nationalem als auch nach Unionsrecht grundrechtlich geschützt ist (Art. 12 GG; Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union). Der Arbeitgeber hat das Recht, seiner unternehmerischen Tätigkeit so nachzugehen, dass er damit am Markt bestehen kann. Er darf auch die sich daraus ergebenden beruflichen Anforderungen an seine Mitarbeiter stellen (vgl. etwa BAG 28. Januar 2010 - 2 AZR 764/08 - Rn. 21, BAGE 133, 141). Die Stellenanzeige der Beklagten enthält auch keinen An- 40

haltspunkt dafür, dass die Anforderung guter bzw. sehr guter Sprachkenntnisse in diesen beiden Sprachen nur vorgeschoben wäre.

(bb) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Anforderung sehr guter Deutschkenntnisse in Wort und Schrift auch nicht untrennbar als mit einer bestimmten ethnischen Herkunft verbunden anzusehen und kann deshalb keine entsprechende allgemeine Vermutung begründen. 41

Unabhängig davon, ob die deutsche Sprache, die ua. auch in Österreich gesprochen wird, überhaupt (nur) einer bestimmten Ethnie zugeordnet werden kann, besteht jedenfalls keine „untrennbare“ Verbindung. Hinzu kommt, dass die Stellenanzeige der Beklagten im Bereich der Sprachkenntnisse nicht nur auf eine, sondern auf zwei Sprachen - Deutsch und Englisch - nebeneinander abstellt, in denen jeweils gute bzw. sehr gute Sprachkenntnisse vorhanden sein sollen, was gegen eine untrennbare Verbindung mit einer bestimmten Ethnie spricht. 42

(cc) Soweit die Klägerin vorträgt, mit der Anforderung sehr guter Deutschkenntnisse sei ein Bezug zur „Muttersprache“ im Sinne einer Herkunftssprache verbunden, ist dafür ein Anhaltspunkt weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. 43

Zwar kann die Formulierung in einer Stellenausschreibung, mit der eine Person gesucht wird, die „Deutsch als Muttersprache“ beherrscht, mangels einer Rechtfertigung Personen wegen der ethnischen Herkunft mittelbar benachteiligen iSv. § 3 Abs. 2 AGG und deshalb die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass ein/e Bewerber/in entgegen §§ 1, 7 Abs. 1 AGG wegen seiner/ihrer ethnischen Herkunft abgelehnt wurde und damit eine ungünstigere Behandlung iSv. § 3 Abs. 1 AGG erfahren hat. Die erworbene Muttersprache ist nämlich typischerweise mit der Herkunft und damit auch mit dem in § 1 AGG genannten Grund „ethnische Herkunft“ verknüpft. Der Begriff „Muttersprache“ betrifft den primären Spracherwerb. „Muttersprache“ ist die Sprache, die man von Kind auf oder als Kind - typischerweise von den Eltern - gelernt hat. Dabei ist nicht entscheidend, ob der Begriff der muttersprachlichen Kenntnisse den Rückschluss auf eine „bestimmte“ Ethnie zulässt (*vgl. BAG 15. Dezember 2016*) 44

- 8 AZR 418/15 - Rn. 39 mwN). Die Muttersprache betrifft mithin in besonderer Weise den Sprachraum und damit die ethnische Herkunft eines Menschen.

Jedoch enthält die Stellenanzeige der Beklagten keine Anknüpfung an eine Muttersprache. Soweit die Klägerin vorträgt, sehr gute Sprachkenntnisse im Deutschen könne nur aufweisen, wer Deutsch als Muttersprache erlernt habe, lässt sich diese Annahme schon nicht mit dem Umstand vereinbaren, dass Sprachen erlernbar sind und dass Sprachzertifikate - wie das Deutsche Sprachdiplom der Kulturministerkonferenz oder das Deutschzertifikat des Goethe Instituts - generell auch die Bescheinigung sehr guter Sprachkenntnisse vorsehen, beispielsweise in den Niveaustufen C1 und C2 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen. Hinzu kommt, dass in der Stellenanzeige der Beklagten „gut“ bzw. „sehr gut“ nicht näher definiert sind und es somit an jeder sich bewerbenden Person liegt, die eigenen Sprachkenntnisse einzuschätzen.

45

(c) Die Stellenausschreibung der Beklagten bewirkt auch keine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft. Die Stellenanzeige selbst enthält keine Anhaltspunkte für eine solche Diskriminierung. Die Klägerin hat insoweit auch keine weitergehenden hinreichenden Indizien vorgetragen.

46

(aa) Eine mittelbare Diskriminierung iSv. § 3 Abs. 2 AGG - wie iSv. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/43/EG - würde voraussetzen, dass die Anforderung sehr guter Deutschkenntnisse in einer Stellenanzeige, auch wenn sie neutral formuliert ist, Personen, die einer bestimmten ethnischen Gruppe angehören, im Vergleich zu anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen kann. Der Ausdruck „in besonderer Weise benachteiligen“, der in § 3 Abs. 2 AGG verwendet wird, ist in dem Sinne zu verstehen, dass es insbesondere Personen einer bestimmten ethnischen Herkunft sind, die durch die fragliche Maßnahme benachteiligt werden können (*EuGH 6. April 2017 - C-668/15 - [Jyske Finans] Rn. 26 f.; 16. Juli 2015 - C-83/14 - [CHEZ Razpredelenie Bulgaria] Rn. 100*).

47

(bb) Die Sprache einer Person mag zwar ein wesentlicher Umstand bei der Prüfung sein, ob eine Person einer ethnischen Gruppe angehört. Eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft lässt sich jedoch in der Regel nicht allein mit dem Hinweis auf die Sprache einer Person oder - wie hier - auf bestimmte Anforderungen an die Beherrschung einer Sprache begründen. Etwas anderes kann zwar gelten, wenn ausdrücklich auf eine „Muttersprache“ abgestellt wird (*vgl. hierzu Ausführungen unter Rn. 44*). Ist dies jedoch - wie hier - nicht der Fall, müssen grundsätzlich weitere Indizien hinzukommen, die auf eine Benachteiligung „wegen“ der ethnischen Herkunft schließen lassen (*vgl. oben Rn. 36*).

48

Unabhängig davon, wie der Begriff der Ethnie im Einzelnen abgegrenzt wird, welche Ethnien danach zu verzeichnen sind und ob aus wissenschaftlicher Sicht eine „deutsche Ethnie“ oder „russische Ethnie“ darunter ist, reicht allein die Anforderung sehr guter Deutschkenntnisse in Wort und Schrift nicht aus, um damit eine Bevorzugung einer Ethnie bzw. die Benachteiligung anderer Ethnien wegen dieses Grundes zu bewirken. Es müssen vielmehr andere Indizien hinzukommen, die auf eine Benachteiligung „wegen“ der ethnischen Herkunft schließen lassen. Solche ergeben sich jedoch nicht aus der Stellenanzeige der Beklagten. Hinzu kommt auch hier, dass diese Stellenanzeige im Bereich der Sprachkenntnisse nicht nur auf eine, sondern auf zwei Sprachen - Deutsch und Englisch - nebeneinander abstellt, in denen jeweils gute bzw. sehr gute Sprachkenntnisse gefordert werden, was ebenfalls gegen eine mittelbare Verknüpfung mit einer bestimmten Ethnie spricht. Soweit die Klägerin als Indiz für eine Diskriminierung anführt, dass die zu besetzende Position aus ihrer Sicht kein sehr gutes Niveau an Deutschkenntnissen erfordere, ergibt sich daraus nichts anderes. Darin liegt nicht der Vortrag eines Indizes iSv. § 22 AGG.

49

(cc) Soweit die Klägerin sich im Hinblick auf die Anforderung sehr guter Deutschkenntnisse zudem auf Art. 21 und 22 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden Charta) beruft, folgt daraus für den hier geltend gemachten Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG nichts anderes.

50

Zwar ist nach Art. 21 der Charta eine Diskriminierung ua. „wegen der Sprache“ verboten; auch achtet die Union nach Art. 22 der Charta die Vielfalt ua. der Sprachen. Die Sprache als solche ist jedoch nicht in den für einen Entschädigungsanspruch nach dem AGG relevanten Richtlinien des Unionsrechts - hier: den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG - als Diskriminierungsgrund aufgeführt (vgl. *ähnlich zu „Adipositas“ bzw. „Krankheit“* EuGH 18. Dezember 2014 - C-354/13 - [FOA] Rn. 35; 11. Juli 2006 - C-13/05 - [Chacón Navas] Rn. 44, 46). Der Geltungsbereich dieser Richtlinien darf auch nicht in entsprechender Anwendung über die Diskriminierungen wegen der im jeweiligen Art. 1 dieser Richtlinien abschließend aufgezählten Gründe hinaus ausgedehnt werden (vgl. zur Richtlinie 2000/78/EG EuGH 18. Dezember 2014 - C-354/13 - [FOA] Rn. 36; 17. Juli 2008 - C-303/06 - [Coleman] Rn. 46; 11. Juli 2006 - C-13/05 - [Chacón Navas] Rn. 56).

51

Im Übrigen gilt die Charta nach ihrem Art. 51 Abs. 1 für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Art. 6 Abs. 1 EUV und Art. 51 Abs. 2 der Charta stellen klar, dass durch die Bestimmungen der Charta der Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union hinaus ausgedehnt wird (EuGH 1. Dezember 2016 - C-395/15 - [Daouidi] Rn. 62). Danach kommt es auch im Hinblick auf die Durchsetzungskraft von Diskriminierungsverboten der Charta darauf an, ob die betroffene Situation auch von einer anderen unionsrechtlichen Bestimmung als nur denjenigen der Charta erfasst ist (vgl. EuGH 1. Dezember 2016 - C-395/15 - [Daouidi] Rn. 64).

52

(3) Die Stellenausschreibung der Beklagten bewirkt auch weder eine unmittelbare Diskriminierung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen des Geschlechts, noch insoweit eine mittelbare iSv. § 3 Abs. 2 AGG. Im Text der Stellenanzeige ist hierfür nichts ersichtlich. Die Stellenausschreibung der Beklagten weist durch die fett gedruckte Tätigkeitsbeschreibung „**Softwareentwickler/in**“ vielmehr deutlich aus, dass Frauen wie auch Männer für diese Tätigkeit gesucht werden.

53

cc) Soweit die Klägerin sich im Hinblick auf eine Diskriminierung iSv. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG wegen des Geschlechts darauf beruft, dass sowohl generell im IT-Bereich als auch im IT-Bereich der Beklagten überwiegend Männer tätig seien, vermag dies allein nicht die Vermutung iSv. § 22 AGG zu begründen, dass die Klägerin im konkreten Stellenbesetzungsverfahren wegen ihres Geschlechts benachteiligt wurde. Es kann dahinstehen, ob die Annahmen der Klägerin zur generellen Verteilung der Geschlechter im IT-Bereich überhaupt zutreffen. Jedenfalls fehlt es für das konkrete Stellenbesetzungsverfahren an der Darlegung eines Kausalzusammenhangs zwischen der benachteiligenden Behandlung und dem in § 1 AGG genannten Grund „Geschlecht“.

54

dd) Aus dem von der Klägerin genannten Urteil Feryn des Gerichtshofs der Europäischen Union (*EuGH 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn]*) ergibt sich nichts anderes. Soweit darin ausgeführt wird, eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung iSd. Richtlinie 2000/43/EG setze nicht voraus, dass eine beschwerte Person, die behauptet, Opfer einer derartigen Diskriminierung geworden zu sein, identifizierbar ist (*EuGH 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 25; vgl. auch 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociația ACCEPT] Rn. 36*), kann die Klägerin daraus keine weitere Absenkung des Maßes ihrer Darlegungs- und Beweislast ableiten. Insofern waren nämlich nicht die Mindestanforderungen des Art. 7 der Richtlinie 2000/43/EG betroffen, sondern weitergehende nationale Bestimmungen der Ausgangsverfahren, die im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstigere Rechtsvorschriften - zB zur Verbandsklage, ggf. auch ohne konkret beschwerte Person - enthielten (*EuGH 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 27; vgl. auch 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociația ACCEPT] Rn. 37 f., 62*).

55

b) Der Umstand, dass die Beklagte der Klägerin vorgerichtlich keine nähere Auskunft über die letztlich eingestellte Person erteilt hat, begründet - entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin - nicht die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass die Klägerin wegen ihres Geschlechts, ihrer ethnischen Herkunft und/oder ihres Alters benachteiligt wurde. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Verweigerung jeden Zugangs zu Informationen durch einen Beklagten ein

56

Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, ausnahmsweise heranzuziehen ist (*EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 47; BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 418/15 - Rn. 48*). Vorliegend fehlt es jedoch an jeglichem Vorbringen der Klägerin dazu, warum sie zur Geltendmachung ihrer Ansprüche auf eine entsprechende Auskunft durch die Beklagte angewiesen war oder aus welchen Gründen gerade die Verweigerung der Auskunft für sich allein betrachtet oder in der Gesamtschau aller Umstände die Vermutung einer Benachteiligung wegen eines oder mehrerer Gründe iSv. § 1 AGG begründet. Soweit die Klägerin sich dafür auf die Frage ihrer „objektiven Eignung“ im Verhältnis zur eingestellten Person bezogen hat, kommt es hierauf nicht an (*vgl. oben Rn. 12 ff.*).

- c) Aus den weiteren von der Klägerin vorgetragenen Umständen, ua., dass die Beklagte im Verlaufe des Prozesses beleidigende Äußerungen über ihre russische Herkunft gemacht, ihr ihre Arbeitslosigkeit vorgehalten und ihre Qualifikation und die Ernsthaftigkeit ihrer Bewerbung in Zweifel gezogen habe, ergibt sich nichts anderes. 57
- d) Auch eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Rechtsstreits führt nicht zur Annahme der Vermutung, dass die Klägerin wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt wurde. Zwar sind im Hinblick auf den Kausalzusammenhang alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (*vgl. hierzu Rn. 22*); allerdings müssen die Umstände in der Gesamtschau den Schluss darauf zulassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Hieran fehlt es. 58
- e) Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass allein aufgrund des Zusammenspiels der Gründe „Alter“, „Geschlecht“ und „ethnische Herkunft“ in ihrer Person von einer nach dem AGG verbotenen Mehrfachdiskriminierung auszugehen sei. 59

Nach der Systematik des AGG ist jede Benachteiligung im Hinblick auf jeden in § 1 AGG aufgeführten einzelnen Grund gesondert zu überprüfen. Dies findet seine Bestätigung in § 4 AGG, der die unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe iSv. § 1 AGG regelt, dabei allerdings keine neue, aus der Kombination mehrerer dieser Gründe resultierende Diskriminierungskategorie schafft, die sich dann feststellen ließe, wenn eine Diskriminierung wegen dieser Gründe - einzeln betrachtet - nicht nachgewiesen ist. In dieser Auslegung entspricht § 4 AGG den unionsrechtlichen Vorgaben (*vgl. EuGH 24. November 2016 - C-443/15 - [Parris] Rn. 79 ff.; BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 36*). 60

II. Die Beklagte schuldet der Klägerin die begehrte Entschädigung auch nicht wegen einer Verletzung deren allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG. 61

1. § 823 Abs. 1 BGB verbietet nicht nur eine widerrechtliche Verletzung der in dieser Bestimmung ausdrücklich aufgeführten, besonders geschützten Rechtsgüter, ua. der Gesundheit. Auch das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als „sonstiges Recht“ iSv. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Seine widerrechtliche Verletzung kann demnach Schadensersatzansprüche auslösen. Allerdings ist zu beachten, dass die Reichweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wegen seiner Eigenart als Rahmenrecht nicht absolut festliegt, sondern grundsätzlich erst durch eine Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange bestimmt werden muss. Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist deshalb nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt (*vgl. etwa BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 33 mwN*). 62

Ist - wie hier - nicht der vermögenswerte, sondern der ideelle Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen, setzt der Anspruch auf Entschädigung zusätzlich voraus, dass es sich um einen schwerwiegenden 63

Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht handelt und dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend aufgefangen werden kann. Ob eine so schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt, dass die Zahlung einer Geldentschädigung erforderlich ist, kann nur aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Hierbei sind insbesondere die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie der Grad seines Verschuldens zu berücksichtigen (*vgl. etwa BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 35 mwN*).

Stützt der Arbeitnehmer seinen Anspruch darauf, der Arbeitgeber habe ihn widerrechtlich in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt, so kann er zwar ebenfalls eine billige Entschädigung in Geld fordern. Dieser Anspruch folgt aber nicht aus § 253 Abs. 2 BGB, weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht in dieser Bestimmung nicht aufgeführt ist, sondern unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG (*vgl. etwa BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 35 mwN*).

64

2. Danach schuldet die Beklagte der Klägerin keine Entschädigung wegen einer Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Klägerin hat keine hinreichenden, einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG begründenden Tatsachen dargelegt. Die Beklagte hat die Klägerin im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren nicht entgegen den Vorgaben des AGG benachteiligt. Weitere Umstände, die eine - zudem - schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung belegen könnten, hat die insoweit uneingeschränkt darlegungs- und beweispflichtige Klägerin nicht vorgetragen. Insbesondere fehlt es an jeglichem Vorbringen zum Verschulden der Beklagten.

65

III. Entschädigungsansprüche aus den von der Klägerin angeführten §§ 824 bis 826 BGB scheiden offensichtlich aus.

66

C. Auf den Inhalt der von der Klägerin angeführten Akten des Arbeitsgerichts Hamburg und Landesarbeitsgerichts Hamburg in anderen Verfahren (- 29 Ca 63/16 -, - 6 Sa 13/15 -, - 8 Sa 80/13 - und - 7 Sa 56/16 -) und darin be-

67

findliche, von der Klägerin benannte Schreiben kam es für die Entscheidung dieses Rechtsstreits nicht an.

D. Entgegen ihrem Antrag war der Klägerin auch kein Schriftsatznachlass zu gewähren. Neue Tatsachen sind nicht vorgetragen worden und wären im Übrigen in der Revisionsinstanz unbeachtlich. Sämtliche rechtlichen Aspekte, auf die es für die Entscheidung ankam, sind bereits schriftsätzlich und auch im Rahmen der mündlichen Verhandlungen zwischen den Parteien erörtert worden. 68

E. Die (Vor- bzw. Zwischenfeststellungs-)Anträge der Klägerin aus deren Schreiben vom 15./10. November 2017 sind, soweit sie in der gebotenen Auslegung über die Anträge der Klägerin aus der Revisionsbegründungsschrift hinausgehen, nach § 256 Abs. 1 ZPO unzulässig. 69

I. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann ua. auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden. Gegenstand einer Feststellungsklage können demnach nur Rechtsverhältnisse sein. Das gilt auch für die Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO, wobei das Rechtsverhältnis hier vorgreiflich sein muss. Eine Feststellungsklage muss sich zwar nicht notwendig auf ein Rechtsverhältnis insgesamt erstrecken. Sie kann sich auch auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken. Allerdings können bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses nicht Gegenstand der Feststellungsklage sein (*vgl. etwa BAG 21. März 2017 - 7 AZR 222/15 - Rn. 15*). 70

II. Die (Vor- bzw. Zwischenfeststellungs-)Anträge der Klägerin betreffen kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Sie haben vielmehr lediglich einzelne Gesichtspunkte und Elemente der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des AGG und der damit in nationales Recht umgesetzten Bestimmungen des Unionsrechts, einzelne Elemente der Sachverhaltswürdigung sowie für die Entscheidung in diesem Rechtsstreit unerhebliche Gesichtspunkte im Hinblick 71

auf in anderen Gerichtsverfahren angesprochene Zweifel an der Prozessfähigkeit der Klägerin zum Gegenstand.

Schlewing

Die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter ist wegen Krankheit an der Unterschriftsleistung verhindert.

Vogelsang

Schlewing

Pauli

F. Avenarius