

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Urteil vom 11. August 2016  
- 8 AZR 4/15 -  
ECLI:DE:BAG:2016:110816.U.8AZR4.15.0

I. Arbeitsgericht Karlsruhe

Urteil vom 5. Februar 2014  
- 9 Ca 353/13 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg  
Kammern Mannheim

Urteil vom 29. August 2014  
- 12 Sa 15/14 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Benachteiligung - Entschädigung - Rechtsmissbrauch

Bestimmungen:

AGG §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 und Abs. 2, § 6 Abs. 1 Satz 2, § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 1, §§ 9, 10, 11, 15 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4, § 22; GG Art. 12 Abs. 1; Richtlinie 2000/78/EG Art. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 6; BGB § 242; ArbGG § 61b Abs. 1

Leitsatz:

Das Entschädigungsverlangen nach § 15 Abs. 2 AGG kann dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt sein. Dies ist der Fall, sofern der Kläger/die Klägerin sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm/ihr darum gegangen ist, 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.

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache vom 19. Mai 2016  
- 8 AZR 470/14 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 4/15

12 Sa 15/14

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
11. August 2016

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. August 2016 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Roloff sowie die ehrenamtlichen Richter Wroblewski und Wein für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 29. August 2014 - 12 Sa 15/14 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

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

Der 1953 geborene Kläger ist seit 1988 als Einzelanwalt in R tätig. In den Jahren 1979 und 1983 absolvierte er die beiden juristischen Staatsprüfungen in Baden-Württemberg jeweils mit der Note befriedigend (7 Punkte). Im Jahr 1982 promovierte er zum Doktor beider Rechte und erzielte dabei die Note „cum laude“. Der Kläger nahm mit Erfolg am Fachanwaltslehrgang Medizinrecht teil. Den Fachanwaltstitel darf er nicht führen, da es ihm an der nötigen Anzahl in der Praxis bearbeiteter Fälle fehlt. Von April bis Dezember 1983 war der Kläger als Rechtsanwalt in F tätig. Von Januar 1984 bis Ende Februar 1988 war er Assistent der Geschäftsführung und Justiziar der S. 2

Die Beklagte ist eine Anwaltssozietät in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Ihre beiden Gesellschafter sind beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwälte. 3

Im Juni 2013 veröffentlichte die Beklagte in der Neuen Juristischen Wochenschrift die folgende Stellenanzeige: 4

„Als **Rechtsanwaltskanzlei beim Bundesgerichtshof** in Karlsruhe beraten und vertreten wir unsere namhaften Mandanten vor dem Bundesgerichtshof in gleichermaßen

rechtlich anspruchsvollen wie wirtschaftlich bedeutenden Verfahren auf allen Gebieten des Zivil- und Wirtschaftsrechts. Zur Verstärkung unseres Teams suchen wir einen

### **Rechtsanwalt (m/w)**

mit erster Berufserfahrung oder auch als  
Berufsanfänger

Unsere Tätigkeit erfordert hervorragende Rechtskenntnisse, eine wissenschaftlich vertiefte Vorgehensweise und die Fähigkeit, die Position unserer Mandanten schriftlich prägnant und überzeugend zu vertreten.

Wir bieten Ihnen die Möglichkeit, in einem angenehmen und kollegialen Betriebsklima auf höchstem Niveau an der Lösung rechtlicher Grundsatzfragen und der Fortbildung des Rechts mitzuarbeiten. Dazu stehen eine hervorragend ausgestattete Bibliothek sowie moderne IT-Arbeitsmittel zur Verfügung. Eine Fünf-Tage-Woche, die für uns seit jeher gelebte Selbstverständlichkeit ist, lässt persönliche Freiräume. Ihre Vergütung wird den gestellten hohen Anforderungen entsprechen.

Bewerbungen erbeten mit den üblichen Unterlagen im pdf-Format unter RABGH@“

Der Kläger bewarb sich mit E-Mail vom 13. Juni 2013 bei der Beklagten auf diese Stelle. In seinem Anschreiben, dem weitere Bewerbungsunterlagen beigefügt waren, heißt es:

5

„...“

ich bewerbe mich auf Ihre Stellenanzeige. Ich bin seit 1988 hier in R als Rechtsanwalt tätig, jedoch im Prinzip örtlich ungebunden. Ich habe, wie aus den beigefügten Bewerbungsunterlagen ersichtlich, zwei baden-württembergische Prädikatsexamen und bin darüber hinaus promoviert, was eine wissenschaftlich vertiefte Vorgehensweise belegt. Daraus und aus meiner langjährigen beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt folgen die geforderten hervorragenden Rechtskenntnisse und die gewünschte prägnante und überzeugende schriftliche Ausdrucksweise.

Sehr gute Englisch- und MSOffice-Kenntnisse sind selbstverständlich.

Ich freue mich, demnächst von Ihnen zu hören und bleibe mit freundlichen kollegialen Grüßen

...“

Mit Schreiben vom 18. Juni 2013 teilte die Beklagte dem Kläger mit:

6

„...“

verbindlichen Dank für Ihr Interesse an der von uns ausgeschrieben Stelle und Ihre freundliche Bewerbung, die in der vergangenen Woche per E-Mail hier eingegangen ist. Zu unserem Bedauern müssen wir Ihnen mitteilen, daß wir uns entschieden haben, einer anderen Bewerbung den Vorzug zu geben. Für Ihre berufliche Zukunft dürfen wir Ihnen gleichwohl alles Gute wünschen.

...“

Mit Schreiben vom 5. Juli 2013 forderte der Kläger von der Beklagten eine Entschädigung und Schadensersatz. In diesem Schreiben heißt es:

7

„...“

ich hatte mich mit Schreiben vom 13. Juni 2013 unter Beifügung von Bewerbungsunterlagen auf die von Ihnen in der NJW ausgeschriebene Stelle als Rechtsanwalt beworben. Mit Schreiben vom 18. Juni 2013 haben Sie die Bewerbungsunterlagen an mich zurückgesendet und mitgeteilt, daß man einer anderen Bewerbung den Vorzug gegeben habe.

Die Behandlung meiner Bewerbung erfolgte ganz offensichtlich unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 AGG. Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen ihres Alters oder wegen eines anderen in § 1 genannten Grundes benachteiligen. Das gilt auch für Stellenbewerber (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG). Daß Sie gegen diese Vorschrift verstoßen haben, belegt bereits ein Blick in die Stellenanzeige, wo ganz offen gesagt wird, man suche Kollegen ‚mit erster Berufserfahrung oder auch als Berufsanfänger‘, mithin jünger als ich.

Sie schulden demnach eine Entschädigung und Schadensersatz nach § 15 AGG. Mangels genauer Kenntnis der näheren Umstände und der von Ihnen gezahlten Gehälter etc. können diese Forderungen derzeit nur geschätzt werden. Insoweit fordere ich eine angemessene Entschädigung bzw. Schadensersatz in Höhe eines

durchschnittlichen Jahreseinkommens von

**60.000,00 EUR.**

Ich fordere Zahlung dieses Betrags bis spätestens

**Freitag, den 19. Juli 2013**

auf mein Konto bei der Sparkasse R Nr. (BLZ:) widrigenfalls ich ohne Weiteres Klage erheben werde.

Sollte der oben genannte Betrag pünktlich gezahlt werden, werde ich keine weiteren Forderungen mehr geltend machen, was hiermit ausdrücklich versichert wird.

Für den Fall der Fristversäumung fordere ich Sie bereits jetzt auf, Auskunft über die eingestellten Bewerber und deren Qualifikation sowie deren Bezahlung zu erteilen.

...“

Die Beklagte erwiderte hierauf mit Schreiben vom 19. Juli 2013:

8

»...“

auf Ihr Anspruchsschreiben vom 05.07.2013 teile ich Ihnen im Auftrag des Kollegen Dr. B mit, daß eine Diskriminierung aus Altersgründen nicht vorliegt. Ausschlaggebend für die Ablehnung Ihrer Bewerbung waren vielmehr allein Ihre unzureichende fachliche Qualifikation und fehlende Eignung für die ausgeschriebene Stelle. Ihre - im übrigen auch der Höhe nach völlig unrealistische - Forderung entbehrt deshalb jeder Grundlage.

...“

Im Schreiben des Klägers vom 26. Juli 2013 heißt es:

9

»...“

meine Ihrer Ansicht nach bedauerliche ‚unzureichende fachliche Qualifikation‘ schließt die Vermutung einer Altersdiskriminierung nicht aus ... . Über die Höhe meines Anspruchs bin ich bereit zu verhandeln. Sofern allerdings insoweit bis

**Freitag, den 2. August 2013**

keine verbindliche Einigung zustande kommt und Zahlung erfolgt, sehe ich mich verpflichtet, Klage zu erheben.

...“

Die Beklagte hat ua. eine 37-jährige Bewerberin mit siebenjähriger Berufserfahrung und einen 42-jährigen Bewerber mit vierzehnjähriger Berufserfahrung zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und Letzteren eingestellt. 10

Mit seiner am 5. August 2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 10. August 2013 zugestellten Klage hat der Kläger sein Begehren nach Zahlung einer Entschädigung iHv. mindestens drei geschätzten Bruttomonatsverdiensten à 5.000,00 Euro weiter verfolgt. 11

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe ihn entgegen den Vorgaben von § 7 Abs. 1 AGG wegen seines Alters benachteiligt. Die Beklagte habe mit der Stellenanzeige einen Rechtsanwalt „mit erster Berufserfahrung oder auch als Berufsanfänger“ gesucht. Dieser Umstand begründe mangels sachlicher Rechtfertigung die Vermutung, dass er im Stellenbesetzungs-/Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt worden sei. Seine Qualifikation entspreche dem Anforderungsprofil der Stellenanzeige, an das die Beklagte für die Dauer des Auswahlverfahrens gebunden sei. Seine Rechtskenntnisse seien wegen seiner zwei Prädikatsexamina, seiner Promotion und seiner nahezu 30-jährigen Berufserfahrung hervorragend iSd. Stellenanzeige. In der Stellenanzeige sei auch keine Mindestnote genannt worden, eine solche könne deshalb auch nicht nachträglich gefordert werden. Bei diskriminierungsfreier Auswahl hätte er die Stelle erhalten müssen. Seinem Entschädigungsanspruch stehe auch nicht der durchgreifende Rechtsmissbrauchseinwand entgegen. Die Vielzahl seiner Bewerbungen und Entschädigungsklagen lasse nicht den Schluss auf die fehlende Ernsthaftigkeit seiner Bewerbung zu. 12

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 13  
die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die jedoch den Betrag von 15.000,00 Euro nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei schon kein Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG, da 14

er sich nicht ernsthaft auf die ausgeschriebene Stelle beworben habe. Jedenfalls sei das Entschädigungsverlangen des Klägers rechtsmissbräuchlich. Der Kläger habe sich auf die bei ihr ausgeschriebene Stelle - wie auch auf eine Vielzahl weiterer Stellenanzeigen, mit denen Bewerber/innen mit erster Berufserfahrung oder als Berufsanfänger gesucht wurden - von vornherein ausschließlich in der Absicht beworben, eine Ablehnung zu provozieren, um Entschädigungsansprüche geltend zu machen. Ausweislich eines in der Zeitschrift J erschienenen Berichts habe der Kläger sich in 15 weiteren Fällen auf ihm diskriminierend erscheinende Stellenanzeigen beworben und anschließend Entschädigung und Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG eingeklagt. Auch dort habe sich der Kläger unabhängig von der jeweils vorausgesetzten speziellen Qualifikation und Kanzleiausrichtung beworben, wobei ihm die für die jeweilige Stelle erforderliche Qualifikation offensichtlich gefehlt habe. Zudem sei er in seinen Bewerbungsschreiben auf die in der jeweiligen Stellenanzeige genannten Anforderungen nicht konkret eingegangen, sondern habe lediglich pauschale Behauptungen zu seinen Qualifikationen aufgestellt oder auf jahrzehntealte Zeugnisse Bezug genommen sowie standardisierte, gleichlautende Geltendmachungsschreiben und Klageschriften verwendet, wobei er stets 60.000,00 Euro Entschädigung und Schadensersatz geltend gemacht und 15.000,00 Euro eingeklagt habe. Im Übrigen sei der Kläger für die ausgeschriebene Stelle auch objektiv nicht geeignet gewesen.

Soweit mit der Stellenanzeige auch Rechtsanwälte/innen „mit 15  
erster Berufserfahrung oder auch als Berufsanfänger“ angesprochen worden seien, liege darin kein Indiz, das eine Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters iSv. § 22 AGG vermuten lasse. Das Kriterium der „Berufserfahrung“ sei altersunabhängig und schließe nicht etwa mittelbar bestimmte Altersgruppen aus. Angesichts unterschiedlicher beruflicher Lebensläufe könne nicht einmal typisierend davon ausgegangen werden, dass nur bestimmte Altersgruppen erste Berufserfahrung hätten. Mit der Formulierung in der Stellenausschreibung werde nur verdeutlicht, dass langjährige Berufserfahrung keine Bedingung für eine Einstellung sei.



Die Bewerbung des Klägers auf die von ihr ausgeschriebene Stelle sei im Übrigen nicht wegen seines Lebensalters, sondern ausschließlich wegen seiner fehlenden Qualifikation erfolglos geblieben. Der Kläger habe nicht im Ansatz belegt, über die geforderten hervorragenden Rechtskenntnisse - auf allen Gebieten des Zivil- und Wirtschaftsrechts - und über eine wissenschaftlich vertiefte Vorgehensweise zu verfügen. Zudem habe sie von vornherein nur Bewerber in die engere Wahl gezogen und zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, die über mindestens ein vollbefriedigendes Examen verfügten. Darüber hinaus sei ihr die für ihre Kanzlei nicht genügende Arbeitsweise des Klägers aus der Vergangenheit bekannt gewesen. Ihr liege aus einem früheren Revisionsverfahren eine Revisionsbegründung vor, die der Kläger selbst gefertigt habe und die sowohl in fachlich-rechtlicher als auch in sprachlicher Hinsicht den Anforderungen an eine Revisionsbegründungsschrift nicht ansatzweise entsprochen habe. 16

Letztlich sei eine etwaige Benachteiligung des Klägers wegen seines Lebensalters nach § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG gerechtfertigt. Der Kläger würde im Fall einer Einstellung zunächst etwa ein Jahr für die Abwicklung seiner bestehenden Kanzlei benötigen; hinzu kämen weitere drei Jahre der Einarbeitung in die Arbeitsweise ihrer auf Revisionsverfahren beim Bundesgerichtshof spezialisierten Kanzlei. Vor dem Hintergrund, dass der Kläger zum Zeitpunkt seiner Bewerbung das 60. Lebensjahr bereits vollendet hatte, wäre er erst kurz vor Eintritt in den Ruhestand uneingeschränkt produktiv einsetzbar gewesen. 17

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. 18

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Berufung des Klägers nicht zurückgewiesen 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. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. 20

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG, da er für die zu besetzende Stelle von vornherein objektiv nicht geeignet gewesen sei und sich deshalb unabhängig von seinem Alter nicht in einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG mit den eingeladenen Mitbewerber/innen befunden habe. Aus der Stellenanzeige der Beklagten ergäbe sich unmittelbar die - im Übrigen nicht überzogene - Anforderung hervorragender Rechtskenntnisse auf den Gebieten des Zivil- und Wirtschaftsrechts. Weder den Bewerbungsunterlagen noch dem Vortrag des Klägers lasse sich jedoch entnehmen, dass diese Anforderung erfüllt werde. Aus denselben Gründen scheidet auch eine mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG aus. 21

II. Das Landesarbeitsgericht durfte die Berufung des Klägers nicht mit der Begründung zurückweisen, der Kläger sei für die ausgeschriebene Stelle objektiv nicht geeignet, weshalb es an dem Erfordernis der „vergleichbaren Situation“ iSv. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG fehle. Soweit es um eine - insbesondere bei 22

einer Einstellung und Beförderung - zu treffende Auswahlentscheidung des Arbeitgebers geht, befinden sich Personen grundsätzlich bereits dann in einer vergleichbaren Situation, wenn sie sich für dieselbe Stelle beworben haben (*vgl. auch BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 29*).

1. Zwar ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass das Vorliegen einer „vergleichbaren Situation“ bzw. „vergleichbaren Lage“ nicht nur im Rahmen von § 3 Abs. 1 AGG, der die unmittelbare Benachteiligung zum Gegenstand hat, sondern auch im Rahmen von § 3 Abs. 2 AGG, der die mittelbare Benachteiligung definiert, von Bedeutung ist. 23

a) 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. 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 Grundes 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. 24

b) § 3 Abs. 2 AGG enthält nach seinem Wortlaut - anders als dies bei § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG der Fall ist - nicht ausdrücklich das Erfordernis „in einer vergleichbaren Situation“. Da allerdings das Diskriminierungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG der spezifische Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes ist und die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung generell verlangen, dass gleiche Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine derartige Behandlung objektiv gerechtfertigt ist (*vgl. ua. EuGH 20. September 2007*) 25

- C-116/06 - [Kiiski] Rn. 54, Slg. 2007, I-7643; 26. Juni 2001 - C-381/99 - [Brunnhöfer] Rn. 28, Slg. 2001, I-4961), ist auch bei einer mittelbaren Diskriminierung die Frage nach einer „vergleichbaren Situation“ bzw. einer „vergleichbaren Lage“ von Bedeutung (vgl. ua. EuGH 28. Juni 2012 - C-172/11 - [Erny] Rn. 39 - 41; 16. Juli 2009 - C-537/07 - [Gómez-Limón] Rn. 54 - 56, Slg. 2009, I-6525; 12. Oktober 2004 - C-313/02 - [Wippel] Rn. 56 f., Slg. 2004, I-9483).

2. Soweit das Landesarbeitsgericht allerdings angenommen hat, vergleichbar sei die Auswahl-situation nur für Bewerber/innen, die gleichermaßen für die zu besetzende Stelle objektiv geeignet seien, was beim Kläger nicht der Fall sei, da dieser nach seinen Bewerbungsunterlagen das Anforderungsmerkmal der Stellenausschreibung „hervorragende Rechtskenntnisse“ nicht erfülle, hält dies einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 26

a) Zwar befindet sich eine Person nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats nur dann in einer vergleichbaren Situation, 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. 27

b) An dieser Rechtsprechung hält der Senat allerdings nicht fest. 28

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“ schon 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. 29

bb) Könnte nur ein „objektiv geeigneter“ Bewerber eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG beanspruchen, würde dies auch dazu führen, dass ihm 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. 30

(1) Das Erfordernis der „objektiven Eignung“ des Anspruchstellers als Kriterium der vergleichbaren Situation bzw. vergleichbaren Lage iSv. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG würde den Entschädigungsprozess 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. 31

Insoweit hat der Senat in seiner Rechtsprechung stets ausgeführt, dass sich die objektive Eignung nicht ohne Weiteres durch einen Abgleich mit dem vom Arbeitgeber erstellten formellen Anforderungsprofil bestimmt, 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* 32

- 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 Benachteiligung 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 die Vergleichbarkeit der Situation selbst gestalten und den Schutz des AGG de facto beseitigen könne. Denn auch Bewerber, 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).

(2) Das Erfordernis der „objektiven Eignung“ des Anspruchstellers als Kriterium der vergleichbaren Situation bzw. vergleichbaren Lage iSv. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG würde die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs aus § 15 Abs. 2 AGG aber auch aus einem anderen Grund übermäßig erschweren. 33

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“ bzw. eine „vergleichbare Lage“ iSv. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 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 „ob- 34

jektiven Eignung“ des Bewerbers würde mithin zu einer Verengung des Vergleichsmaßstabs führen. Hierdurch würde die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs aus § 15 Abs. 2 AGG übermäßig erschwert. Dies gilt zunächst, soweit den/die Bewerber/in für das Vorliegen einer vergleichbaren Situation oder vergleichbaren Lage iSv. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 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]*), 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 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*).

(3) Es kommt hinzu, dass das Erfordernis der „objektiven Eignung“ der/des Bewerberin/Bewerbers als Kriterium der vergleichbaren Situation bzw. vergleichbaren Lage iSv. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs aus § 15 Abs. 2 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 an-

35

kommen, deren objektive Eignung oder Nichteignung sich nicht feststellen ließe.

B. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klage sei unbegründet, stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). 36

I. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Für den Kläger ergibt sich dies aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG. 37

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. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG enthält 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). 38



- II. 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. 39
- III. Der Kläger hat den Entschädigungsanspruch auch frist- und formgerecht geltend gemacht und eingeklagt (§ 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG). 40
- C. Aufgrund der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob und ggf. in welcher Höhe die zulässige Klage 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). 41
- I. Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - nicht geprüft, ob das Entschädigungsverlangen des Klägers dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt ist und hierzu keine Feststellungen getroffen. Dies wird das Landesarbeitsgericht nachzuholen haben. 42
1. Dabei wird das Landesarbeitsgericht zunächst zu beachten haben, dass das Entschädigungsverlangen des Klägers - entgegen dessen Rechtsauffassung - dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt wäre, sofern dieser 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. 43
- 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 44) 44

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 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).

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). 45

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). 46

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 47

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.

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.

48

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.*).

49

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*).

50

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. 51

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*). 52

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 53

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*).

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.*) 54

2. Das Landesarbeitsgericht wird ferner zu beachten haben, dass die von der Beklagten bislang vorgetragene Umstände weder für sich betrachtet noch in der Gesamtschau den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers zulassen. 55

a) Entgegen der Auffassung der Beklagten lassen sich dem Bewerbungsschreiben des Klägers und den beigefügten Bewerbungsunterlagen bereits keine objektiven Umstände entnehmen, die den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers erlauben würden. Soweit die Beklagte ausführt, das Bewerbungsschreiben weise insoweit Mängel auf, als es auffällig inhaltslos und floskelhaft formuliert sei, zudem sei das Schreiben insgesamt knapp gehalten und lasse nicht erkennen, was den Kläger in besonderer Weise für die ausgeschriebene Stelle qualifiziere und woraus sich sein besonderes Interesse für die Stelle ergebe, legt sie ihren Ausführungen nur ihre Vorstellungen darüber zugrunde, wodurch sich ein gutes, ansprechendes und erfolgversprechendes Bewerbungsschreiben auszeichnet. Wie viel „Mühe“ ein Bewerber sich mit sei- 56

nem Bewerbungsschreiben und den weiteren Bewerbungsunterlagen gegeben hat, wie ansprechend seine Präsentation ist und wie eindringlich und überzeugend er ein Interesse an der ausgeschriebenen Stelle bekundet hat, mag zwar ein Umstand sein, der für die konkrete Auswahlentscheidung des Arbeitgebers den Ausschlag geben kann. Es existiert hingegen weder ein Erfahrungssatz des Inhalts, dass nur derjenige, der ein solches Bewerbungsschreiben verfasst, an der Stelle interessiert ist, noch der gegenteilige Erfahrungssatz, dass derjenige, dessen Bewerbungsschreiben diesen Vorgaben nicht entspricht, sich nur mit dem Ziel bewirbt, die formale Position des Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen zu können.

b) Die Beklagte kann den Rechtsmissbrauchseinwand auch nicht mit Erfolg darauf stützen, der Kläger sei für die ausgeschriebene Stelle offensichtlich ungeeignet, weshalb davon auszugehen sei, dass er die Ablehnung seiner Bewerbung provoziert habe. Der Umstand, dass ein/e Bewerber/in nicht alle in der Stellenausschreibung genannten Anforderungen erfüllt, mag zwar ebenfalls die Erfolgsaussichten der Bewerbung mindern, er lässt aber noch nicht den Schluss zu, die betreffende Person habe nur die formale Position eines Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG erlangen wollen mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend zu machen. Insoweit kommt zum Tragen, dass Bewerber/innen, welche die auf der zu besetzenden Stelle auszuübenden Tätigkeiten grundsätzlich verrichten können, ohne aber jede Voraussetzung des Anforderungsprofils zu erfüllen, grundsätzlich des Schutzes vor Diskriminierung bedürfen, weil gerade Anforderungsprofile in Stellenanzeigen häufig Qualifikationen benennen, deren Vorhandensein der Arbeitgeber sich für den Idealfall zwar wünscht, die aber keinesfalls zwingende Voraussetzung einer erfolgreichen Bewerbung sind (*vgl. BAG 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 27 mwN*). Es ist nicht ungewöhnlich, dass sich ein Arbeitgeber aufgrund der konkreten Bewerberlage letztlich für eine Bewerberin/einen Bewerber entscheidet, die/der die in der Stellenausschreibung festgelegten Anforderungen nicht vollständig erfüllt. Es kann dahinstehen, ob und ggf. unter welchen weiteren Voraussetzungen eine andere Bewertung geboten sein kann, wenn der/die Be-

57

werber/in das Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle offensichtlich völlig verfehlt. Derartige Umstände hat die Beklagte nicht dargetan.

c) Die Beklagte kann sich bislang auch nicht mit Erfolg darauf berufen, der Kläger habe sich in 15 weiteren Fällen - unabhängig von der jeweils vorausgesetzten speziellen Qualifikation und Kanzleiausrichtung - auf ihm diskriminierend erscheinende Stellenanzeigen beworben, ohne die geforderte Qualifikation aufzuweisen und anschließend Entschädigung und Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG eingeklagt, zudem habe er auch in diesen Fällen standardisierte, gleichlautende Geltendmachungsschreiben sowie Klageschriften verwendet, wobei er stets 60.000,00 Euro Entschädigung und Schadensersatz geltend gemacht und letztlich eine Entschädigung iHv. 15.000,00 Euro eingeklagt habe. Die von der Beklagten bislang vorgetragene Umstände lassen weder für sich betrachtet noch in einer Gesamtschau den Schluss auf ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen des Klägers zu, das auf der Annahme beruht, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise werde letztlich ein auskömmlicher „Gewinn“ verbleiben, weil die Beklagte - sei es bereits unter dem Druck des Geltendmachungsschreibens oder im Verlauf des Entschädigungsprozesses - freiwillig die Forderung erfüllt oder sich vergleichsweise auf eine Entschädigungszahlung einlässt.

aa) Auf Rechtsmissbrauch kann nicht bereits daraus geschlossen werden, dass eine Person eine Vielzahl erfolgloser Bewerbungen versandt und 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.

bb) Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Person sich häufig auf solche Stellenausschreibungen beworben hat, die Formulierungen, insb. Anforderungen enthalten, die mittelbar oder unmittelbar an einen der in § 1 AGG genannten Gründe anknüpfen und deshalb „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, der Arbeitgeber habe die Stelle entgegen § 11 AGG, wonach ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden darf, ausgeschrieben. Dies folgt bereits daraus, dass der/die Bewerber/in auch in einem solchen Fall mit einer Entschädigungsklage grundsätzlich ein nicht unerhebliches Risiko eingeht, den Prozess zu verlieren und damit nicht nur keine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zu erlangen, sondern auch mit den Kosten des Rechtsstreits belastet zu werden. 60

(1) Der Arbeitgeber schuldet einem/einer abgelehnten Bewerber/in eine Entschädigung nicht bereits deshalb, weil die Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurde und damit erst recht 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. Das Gesetz knüpft an einen Verstoß gegen § 11 AGG keine unmittelbaren Rechtsfolgen. 61

(2) Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist vielmehr, dass der/die abgelehnte Bewerber/in entgegen § 7 Abs. 1 AGG wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt wurde. 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*). Zudem darf die mit einer negativen Aus- 62



wahlentscheidung des Arbeitgebers verbundene unmittelbare Benachteiligung des/der Bewerbers/Bewerberin iSv. § 3 Abs. 1 AGG nicht nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG zulässig sein. Obgleich nicht zu verkennen ist, dass eine erfolglose Bewerbung auf eine Stellenausschreibung, die Formulierungen, insb. Anforderungen enthält, die mittelbar oder unmittelbar an einen der in § 1 AGG genannten Gründe anknüpfen und deshalb „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, der Arbeitgeber habe den Arbeitsplatz unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben, die Erfolgsaussichten einer späteren Entschädigungsklage erhöht, ist es keinesfalls ausgeschlossen, dass die Klage abgewiesen wird, weil der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen dem Grund iSv. § 1 AGG und der benachteiligenden Handlung nicht gegeben ist oder weil sich die mit der Ablehnung der Bewerbung verbundene unmittelbare Benachteiligung des Bewerbers/der Bewerberin iSv. § 3 Abs. 1 AGG nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG als zulässig erweist.

(a) § 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*

63

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).

(b) Auch wenn eine Stellenausschreibung Formulierungen, insb. Anforderungen enthält, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, der Arbeitgeber habe den Arbeitsplatz unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben, begründet dies nicht ohne Weiteres die Vermutung, der/die Bewerber/in sei im Auswahl- und Stellenbesetzungsverfahren wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt worden. Eine solche Vermutung kann vielmehr nur dann bestehen, wenn die Stellenausschreibung gegen § 11 AGG verstößt. Dies ist indes selbst bei Formulierungen, insb. Anforderungen in Stellenausschreibungen, die eine unmittelbare Benachteiligung wegen eines § 1 AGG genannten Grundes bewirken, dann nicht der Fall, wenn die Diskriminierung nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG zulässig ist. Und bei Formulierungen, insb. Anforderungen in Stellenausschreibungen, die eine mittelbare Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bewirken können, scheidet nach § 3 Abs. 2 AGG ein Verstoß gegen § 11 AGG dann aus, wenn die Anforderung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. Obwohl § 11 AGG nach seinem Wortlaut nur auf § 7 Abs. 1 AGG verweist, muss die Bestimmung so ausgelegt werden, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG nicht vorliegt, wenn die mögliche mittelbare oder die unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG oder §§ 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.

64

(c) Aber auch dann, wenn die Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurde und die Vermutung besteht, dass der/die erfolglose Bewerber/in wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt wurde, genügt dies nicht ohne Weiteres für eine erfolgreiche Geltendmachung eines Entschä-

65

digungsanspruchs. Dem Arbeitgeber bleibt es nämlich unbenommen, Tatsachen vorzutragen und ggf. zu beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben.

(d) Zudem ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass sich die mit der Ablehnung der Bewerbung verbundene unmittelbare Benachteiligung des/der Bewerbers/Bewerberin im Einzelfall nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG als zulässig erweist. 66

cc) Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Umstands, dass selbst dann, wenn die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen aufgrund anderer erfolgloser Bewerbungen rechtsmissbräuchlich (gewesen) sein sollte, dies nicht ohne Weiteres auch für die jeweils Streitgegenständliche gelten muss, sind an die Annahme des durchgreifenden Rechtsmissbrauchs einwands insoweit hohe Anforderungen zu stellen. Es müssen im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die ausnahmsweise den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten rechtfertigen. Dies kann in diesem Zusammenhang nur angenommen werden, wenn sich ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen der Person feststellen lässt, das auf der Erwägung beruht, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise werde letztlich ein auskömmlicher „Gewinn“ verbleiben, weil der Arbeitgeber - sei es bereits unter dem Druck einer angekündigten Entschädigungsklage oder im Verlaufe eines Entschädigungsprozesses - freiwillig die Forderung erfüllt oder sich vergleichsweise auf eine Entschädigungszahlung einlässt. 67

dd) Es kann dahinstehen, ob das Entschädigungsverlangen des Klägers in den anderen von der Beklagten angeführten 15 Verfahren dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt wäre; die bislang von der Beklagten vorgetragene Umstände rechtfertigen jedenfalls nicht den Schluss, auch die Bewerbung des Klägers auf die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle und die sich an die Ablehnung anschließende Entschädigungsklage seien Teil eines systematischen und zielgerichteten Vorgehens des Klägers im Rahmen des unter Rn. 67 dargestellten „Geschäftsmodells“. Vielmehr verbleibt die „gute 68

Möglichkeit“, dass der Kläger ein ernsthaftes Interesse an dem Erhalt der Stelle hatte, und dass er mit der Erhebung der Entschädigungsklage zulässigerweise seine Rechte nach dem AGG wahrgenommen hat.

(1) Selbst wenn der Kläger sich häufig oder stets auf Stellen mit sehr unterschiedlichen Schwerpunkten beworben hat und bewirbt, rechtfertigt dies - für sich betrachtet - nicht den Schluss auf ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen des Klägers im oben beschriebenen Sinne. Ein solches Verhalten - für sich betrachtet - kann ebenso dafür sprechen, dass es dem Kläger mit seiner Bewerbung bei der Beklagten ernst war, weil er beispielsweise aus seiner bisherigen Tätigkeit als Einzelanwalt keine hinreichenden Einkünfte erzielen konnte und deshalb eine berufliche Veränderung anstrebte. 69

(2) Auch allein der Umstand, dass der Kläger ggf. auch in anderen Fällen nach Ablehnung seiner Bewerbung stets Schadensersatz und Entschädigung iHv. 60.000,00 Euro geltend gemacht und später eine Entschädigung iHv. 15.000,00 Euro eingeklagt hat, stellt die Ernsthaftigkeit seiner Bewerbung bei der Beklagten nicht infrage. Zum einen ist die Annahme, der Kläger habe darauf spekuliert, die Beklagte sei nicht in der Lage, die Risiken eines Prozesses einzuschätzen und werde sich deshalb bereits durch das Geltendmachungsschreiben so sehr beeindrucken lassen, dass sie allein zur Vermeidung weiterer Kosten frühzeitig „klein beigt“, in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem potentieller Arbeitgeber eine Rechtsanwaltskanzlei ist, fernliegend. Zum anderen hält sich eine Entschädigungsforderung iHv. drei geschätzten Bruttomonatsverdiensten vor dem Hintergrund der in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG getroffenen Regelung, wonach die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, im üblichen Rahmen. 70

(3) Umstände, die im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung ggf. eine andere Beurteilung gebieten könnten, hat die Beklagte bislang nicht hinreichend substantiiert vorgetragen. 71

Zwar kann der Umstand, dass eine Person sich lediglich oder fast ausschließlich auf Stellenausschreibungen bewirbt, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, die Stelle sei unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden, ein Indiz (Hilfstatsache) sein, das im jeweiligen Streitfall den Schluss darauf erlaubt, die Person habe mit ihrer Bewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten wollen, sondern nur die formale Position eines Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG angestrebt mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend zu machen. Bewirbt sich eine Person lediglich oder fast ausschließlich auf derartige Stellenausschreibungen, kann die Annahme gerechtfertigt sein, ihr sei es nur darum gegangen, die Erfolgsaussichten eines Entschädigungsprozesses zu erhöhen. In einem solchen Fall könnte die Person ihrer Darlegungslast im Hinblick auf die Kausalität des Grundes iSv. § 1 AGG für die Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG allein mit dem Hinweis auf den Inhalt der Ausschreibung genügen, sodass es nun Sache des Arbeitgebers wäre, entweder darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die Stelle nicht unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurde oder den Anforderungen des § 22 AGG entsprechend die Vermutung der Kausalität zu widerlegen oder die unmittelbare Benachteiligung, die die Person durch die Ablehnung ihrer Bewerbung erfahren hat, zu rechtfertigen. Allerdings hängt die Annahme, der Person sei es im konkreten Streitfall nur darum gegangen, die Voraussetzungen für einen möglichst erfolgversprechenden Entschädigungsprozess zu schaffen, nicht nur davon ab, auf wie viele Stellenausschreibungen, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, die Stelle sei unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden, die Person sich im Übrigen beworben hat, sondern auch und insb. davon, ob sich das Vorgehen (auch) im Streitfall als Teil eines systematischen und zielgerichteten Vorgehens im Rahmen des unter Rn. 67 erläuterten Geschäftsmodells darstellt. Dies kann regelmäßig nur angenommen werden, wenn über die im Streitfall vom Arbeitgeber konkret ausgeschriebene Stelle hinaus in demselben Medium weitere Stellen ausgeschrieben waren, deren Inhalt keinen Anlass für die Annahme einer Diskriminierung wegen des von der Person geltend gemachten Grundes bot und auf die die Person sich ohne Weiteres hätte bewerben können, dies aber unter-

lassen hat. Vor diesem Hintergrund reicht es nicht aus, wenn der Arbeitgeber - wie hier die Beklagte - nur behauptet, der Kläger habe sich - auch im Übrigen - lediglich oder fast ausschließlich auf Stellenausschreibungen beworben, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, die Stelle sei unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden; sie hätte zumindest auch substantiiert darlegen müssen, dass in der Ausgabe der Neuen Juristischen Wochenschrift, in der die bei ihr zu besetzende Stelle ausgeschrieben war, weitere Stellen ausgeschrieben waren, deren Inhalt keinen Anlass für die Annahme einer Diskriminierung wegen des Alters bot und dass der Kläger sich auf diese Stellen hätte bewerben können.

Sollte die Beklagte ihr Vorbringen entsprechend ergänzen, wird es Sache des Klägers sein darzutun, dass sein Verhalten eine andere Erklärung hat als nur die Erlangung einer Entschädigung (*vgl. 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*). Insoweit könnte auch von Bedeutung sein, ob und wann der Kläger sich - im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Bewerbung und auch im Übrigen - auf welche Stellenausschreibungen, die keinen Anlass für die Annahme einer Diskriminierung wegen des Alters boten, beworben hat.

73

3. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht in der angefochtenen Entscheidung schließlich auch nicht mit Bindungswirkung für den Senat festgestellt, dass die Bewerbung des Klägers darauf ausgerichtet war, abgelehnt zu werden.

74

a) Hat das Berufungsgericht festgestellt, dass eine tatsächliche Behauptung einer Partei wahr oder nicht wahr ist, so ist diese Feststellung für das Revisionsgericht nach § 559 Abs. 2 ZPO bindend, es sei denn, dass in Bezug auf die Feststellung ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist. Dies gilt nach der Rechtsprechung nicht nur für tatsächliche Umstände (§ 138 Abs. 1 ZPO), sondern auch für Tatsachen in ihrer juristischen Einkleidung, wenn dies durch einen einfachen Rechtsbegriff geschieht, der jedem Teilnehmer des Rechtsverkehrs geläufig ist (*vgl. etwa BAG 23. Februar 2016 - 3 AZR*

75

44/14 - Rn. 38 mwN; 31. Juli 2014 - 2 AZR 422/13 - Rn. 22, BAGE 149, 18; 16. Dezember 2010 - 6 AZR 487/09 - Rn. 36 mwN, BAGE 136, 340; BGH 19. März 2004 - VZR 104/03 - zu II 1 a aa der Gründe mwN, BGHZ 158, 295; 13. März 1998 - VZR 190/97 - zu II 2 b der Gründe). Zu prüfen ist allerdings, ob der jeweilige Begriff eine solche Einfachheit für sich beanspruchen kann. Darauf, ob die Feststellung seiner Voraussetzungen rechtlich und tatsächlich schwierig sein kann, kommt es hingegen nicht an (BAG 14. November 2007 - 4 AZR 861/06 - Rn. 28 mwN; BGH 13. März 1998 - VZR 190/97 - zu II 2 b der Gründe).

b) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger sei Bewerber um eine Arbeitsstelle iSv. § 6 Abs. 1 AGG. Zwar könne nicht festgestellt werden, dass er sich ernsthaft um die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle beworben habe; seine Bewerbung sei darauf ausgerichtet gewesen, abgelehnt zu werden. Der Kläger habe seinem Bewerbungsschreiben bewusst nichts hinzugefügt, was ihn für die ausgeschriebene Stelle empfahl. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts komme es aber für die Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nicht darauf an, ob eine Bewerbung ernsthaft erfolgt sei.

76

c) Abgesehen davon, dass das Landesarbeitsgericht insoweit nicht geprüft hat, ob das Entschädigungsverlangen des Klägers dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt ist, sondern die Frage nach der Ernsthaftigkeit der Bewerbung und nach einer etwaigen Provokation einer Ablehnung im Zusammenhang mit der Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereichs nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG aufgeworfen hat und dabei wohl davon ausgegangen ist, dass den Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die Ernsthaftigkeit seiner Bewerbung traf, hat es weder tatsächliche Umstände noch einen Tatsachen einkleidenden einfachen Rechtsbegriff festgestellt, der jedem Teilnehmer des Rechtsverkehrs geläufig ist. Seine Annahme, die Bewerbung des Klägers sei darauf ausgerichtet gewesen, abgelehnt zu werden, ist vielmehr Ergebnis einer Bewertung des Verhaltens des Klägers im Zusammenhang mit seiner Bewerbung. Im Übrigen entbehrt die Annahme des

77

Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe seinem Bewerbungsschreiben „bewusst“ nichts hinzugefügt, was ihn für die ausgeschriebene Stelle empfahl, jeglicher Grundlage, denn der Kläger hatte seiner Bewerbung weitere Bewerbungsunterlagen beigelegt.

II. Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - ebenfalls nicht 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 ggf. nachzuholen haben. 78

1. Das Landesarbeitsgericht wird 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. 79

a) Dabei wird das Landesarbeitsgericht zu berücksichtigen haben, dass das in der Stellenausschreibung enthaltene Anforderungskriterium, mit dem ein Rechtsanwalt (m/w) „mit erster Berufserfahrung oder auch als Berufsanfänger“ gesucht wird, Personen wegen des in § 1 AGG genannten Grundes „Alter“ gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen kann iSv. § 3 Abs. 2 AGG. 80

Sowohl bei dem Begriff „Berufsanfänger/in“ als auch bei der Wendung „mit erster Berufserfahrung“ handelt es sich um Begriffe, die dem Anschein nach neutral sind iSv. § 3 Abs. 2 AGG. Unmittelbar wird damit nicht auf ein bestimmtes Alter Bezug genommen. Jedoch sind beide Begriffe mittelbar mit dem in § 1 AGG genannten Grund „Alter“ verknüpft. Bewerber/innen mit einer längeren Berufserfahrung weisen gegenüber Bewerber/innen mit erster Berufserfahrung und gegenüber Berufsanfänger/innen typischerweise ein höheres Lebensalter auf (vgl. nur BAG 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 - Rn. 33, BAGE 131, 342). Da die Beklagte mit der in der Stellenausschreibung enthaltenen Anforderung 81



rung „mit erster Berufserfahrung oder auch als Berufsanfänger“ signalisiert, lediglich Interesse an der Gewinnung jüngerer Mitarbeiter/innen zu haben, ist diese Anforderung geeignet, ältere gegenüber jüngeren Personen wegen des Alters in besonderer Weise zu benachteiligen. Typischerweise werden ältere Personen allein wegen dieser Anforderung häufig von vornherein von einer Bewerbung absehen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass berufliche Lebensläufe heutzutage vielfältiger sind als früher und ein Wechsel von einer juristischen Tätigkeit in eine andere juristische Tätigkeit auch nach längeren Berufsjahren, ggf. auch erst nach dem Erreichen des regulären Pensionsalters erfolgen kann. Der Befund, dass Berufsanfänger/innen und Menschen mit „erster Berufserfahrung“ im anwaltlichen Beruf typischerweise junge Menschen sind, besteht jedoch nach wie vor.

b) Zwar kann - wie unter Rn. 80 f. ausgeführt - das in der Stellenausschreibung enthaltene Anforderungskriterium, mit dem ein Rechtsanwalt (m/w) „mit erster Berufserfahrung oder auch als Berufsanfänger“ gesucht wird, Personen wegen des in § 1 AGG genannten Grundes „Alter“ gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen iSv. § 3 Abs. 2 AGG und ist damit grundsätzlich geeignet, die Vermutung zu begründen, dass der Kläger im späteren Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde. Das Landesarbeitsgericht wird insoweit allerdings zu beachten haben, dass die Vermutung iSv. § 22 AGG dann nicht bestünde, wenn die Beklagte substantiiert dazu vortragen und im Bestreitensfall beweisen sollte, dass das og. Anforderungskriterium durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sowie zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. In diesem Fall würde bereits der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung nach § 3 Abs. 2 AGG entfallen.

82

aa) § 3 Abs. 2 AGG dient der Umsetzung von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht. § 3 Abs. 2 AGG ist unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auszulegen.

83

Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG unterscheidet zwischen Diskriminierungen, die unmittelbar auf den in Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG angeführten Merkmalen beruhen, und den mittelbaren Diskriminierungen. Während eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters nur nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 1 und - des hier nicht einschlägigen Abs. 2 - der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt werden kann, können diejenigen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die mittelbare Diskriminierungen bewirken können, nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG schon der Qualifikation als Diskriminierung entgehen, sofern sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (*EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 59, Slg. 2009, I-1569; vgl. etwa BAG 16. Oktober 2014 - 6 AZR 661/12 - Rn. 41, BAGE 149, 297; 18. Februar 2014 - 3 AZR 833/12 - Rn. 42; 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 - Rn. 31, BAGE 131, 342*).

84

Das von dem neutralen Kriterium verfolgte „rechtmäßige“ Ziel, das über das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung entscheidet, muss deshalb zwar kein „legitimes“ Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG sowie von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung sein, sondern schließt andere von der Rechtsordnung anerkannte Gründe für die Verwendung des neutralen Kriteriums ein. Es muss sich aber um ein objektives Ziel handeln, das selbst nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des verbotenen Anknüpfungsgrundes nach § 1 AGG zu tun hat (*vgl. etwa EuGH 20. März 2003 - C-187/00 - [Kutz-Bauer] Rn. 50 mwN, Slg. 2003, I-2741; 17. Juni 1998 - C-243/95 - [Hill und Stapleton] Rn. 34 mwN, Slg. 1998, I-3739*). Zudem muss das differenzierende Kriterium zur Erreichung des rechtmäßigen Ziels erforderlich und angemessen sein.

85

bb) Die Darlegungs- und Beweislast für die die Rechtfertigung iSv. § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG begründenden Tatsachen trägt der Arbeitgeber.

86

Für eine solche Auslegung von § 3 Abs. 2 AGG spricht nicht nur die inhaltsgleiche Formulierung in Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG „es sei denn“, sondern auch der Umstand, dass der Tatbestand einer mittelba-

87

ren Diskriminierung nicht erfüllt ist, wenn ua. das neutrale Kriterium durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sowie zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. Bei § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG handelt es sich demnach um eine für den Arbeitgeber günstige Ausnahmebestimmung. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Entstehungsgeschichte von § 3 Abs. 2 AGG. Zwar ist der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung davon ausgegangen, dass der sehr weite Anwendungsbereich, der von § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG eröffnet werde, nach § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG einer Einschränkung bedürfe, für die der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast trage (*BT-Drs. 16/1780 S. 33*). Diese Vorstellung des nationalen Gesetzgebers ist jedoch unbeachtlich. Eine Auslegung von § 3 Abs. 2 AGG dahin, dass der Arbeitnehmer, der den Grund für die neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren iSv. § 3 Abs. 2 AGG regelmäßig nicht kennt, darzulegen und zu beweisen hätte, dass die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nicht vorliegen, wäre unvereinbar mit den Vorgaben des Unionsrechts, wonach dem Arbeitnehmer die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung - hier: die Richtlinie 2000/78/EG - verliehenen Rechte nicht übermäßig erschwert werden darf (*vgl. etwa EuGH 16. Januar 2014 - C-429/12 - [Pohl] Rn. 23*).

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.

88

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

89

führen, dass der Arbeitgeber es 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, im Rahmen dessen die klagende Partei hätte diskriminiert werden können.

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*).

90

c) 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.

91

d) 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. 92

aa) 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 Auswahlverfahren 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. 93

Dabei muss sich die Anforderung, wegen deren Nichterfüllung die klagende Partei und ggf. andere Bewerber/innen aus dem weiteren Auswahlverfahren vorab ausgenommen werden, - entgegen der Auffassung des Klägers - 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“ (hier: juristische) Qualifikation verfügt, ist es jedenfalls dem privaten Arbeitgeber unbenommen, all die Bewerber/innen, die eine bestimmte Abschluss- oder Examensnote nicht erzielt haben, aus dem weiteren Auswahl- 94

verfahren 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 Abschluss- oder Examensnoten eine Vorsichtung erfolgreich durchlaufen. 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 seiner Vorauswahl nicht ohne Weiteres zugrunde gelegt werden dürfen. Insoweit muss der Arbeitgeber dartun und im Bestreitensfall beweisen, dass diese Anforderungen nicht nur vorgehoben wurden (*BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 43 mwN, BAGE 131, 86*).

bb) Vorliegend hat die Beklagte zwar Vortrag zur Widerlegung einer etwaigen Vermutung geleistet, der Kläger sei von ihr wegen seines Alters benachteiligt worden. Insoweit hat sie nicht nur behauptet, Rechtsanwalt T, der zum damaligen Zeitpunkt angestellter Rechtsanwalt bei der Beklagten war, habe ausnahmslos alle Bewerbungen in einem ersten Schritt darauf hin gesichtet, ob die Bewerber/innen mindestens ein Staatsexamen mit der Note „vollbefriedigend“ absolviert hatten und habe all die Bewerbungen von vornherein aus dem weiteren Auswahlverfahren ausgeschieden, bei denen dies - wie auch im Fall des Klägers - nicht der Fall gewesen sei. Sie hat auch - anonymisiert - unter Angabe der Examensnoten mitgeteilt, welche Bewerber/innen, weil sie die Anforderung, wegen deren Fehlens der Kläger aus dem weiteren Auswahlverfahren vorab ausgenommen wurde, erfüllten, zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurden und welcher Bewerber aus diesem Kreis schließlich eingestellt wurde. Auch ist die von der Beklagten nach ihrem Vorbringen der Vorauswahl zugrunde gelegte Anforderung, dass die Bewerber/innen mindestens ein Staatsexamen mit der Note „vollbefriedigend“ absolviert haben mussten, nicht zu beanstanden. Diese Anforderung lässt sich ohne Weiteres aus dem in der Stellenausschreibung formulierten Anforderungsprofil, wonach die Tätigkeit „hervorragende Rechtskenntnisse“ erfordert, ableiten. Hiergegen kann der Kläger auch nicht mit Erfolg einwenden, die Note „befriedigend“, mit der er seine beiden

95

Staatsexamina in Baden-Württemberg in den Jahren 1979/1983 abgelegt hatte, müsste im Ergebnis jeweils wie ein „vollbefriedigend“ bewertet werden. Es war der Beklagten unbenommen, sich im Rahmen des von ihr dargelegten Verfahrens der Vorauswahl an den in den Examenszeugnissen attestierten Noten und damit an der „Papierform“ zu orientieren. Mit der Darlegung eines Verfahrens, dem ein solches Kriterium zugrunde liegt, hätte die Beklagte ausreichend dargetan, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe, hier: das Alter, zu einer ungünstigeren Behandlung des Klägers geführt haben.

cc) Allerdings hat die Beklagte noch nicht dazu vorgetragen, wie viele Bewerbungen insgesamt bei ihr eingegangen waren. Ebenso fehlt es an einem substantiierten Vorbringen der Beklagten dazu, dass die übrigen Bewerber/innen, die nicht zu einem Vorstellungsgespräch geladen wurden, ebenso nicht über mindestens ein mit der Note „vollbefriedigend“ abgeschlossenes Staatsexamen verfügten. Zudem hatte der Kläger - entgegen der Auffassung der Beklagten - deren Vorbringen zum Verfahren der Vorauswahl zulässigerweise mit Nichtwissen bestritten, § 138 Abs. 4 ZPO. Insoweit hat er jedenfalls in der Berufungsbegründung „klargestellt und wiederholt, daß sämtlicher Sachvortrag der Beklagten zu den dortigen Interna des Bewerbungsverfahrens (Einladung anderer Bewerber, Alter der anderen Bewerber, Anzahl und Gründe der Ablehnungen, Gründe der Nichtberücksichtigung des Klägers etc. pp.) und überhaupt aus dem internen Bereich der Beklagten“ mit Nichtwissen bestritten wird.

96

dd) Sollte die Beklagte ihr Vorbringen zur Vorauswahl um die noch erforderlichen Angaben ergänzen, wird das Landesarbeitsgericht deshalb ggf. dem Beweistritt der Beklagten auf Vernehmung von Rechtsanwalt T als Partei nachzugehen haben. Dabei wird es zu beachten haben, dass eine Vernehmung von Rechtsanwalt T als Partei nach § 447 ZPO ausscheidet, da es an dem erforderlichen Einverständnis des Klägers fehlt. Dieser ist im Gegenteil einer Parteivernehmung des bisherigen Zeugen und nunmehrigen Sozies Rechtsanwalt T ausdrücklich entgegengetreten. In Betracht kommt allerdings eine Vernehmung von Amts wegen nach § 448 ZPO. Eine Vernehmung der beweispflichtigen Par-

97

tei gemäß § 448 ZPO setzt allerdings voraus, dass die Partei sich in Beweisnot befindet, ihr also keine Beweismittel zur Verfügung stehen oder diese nicht ausreichen (*BGH 26. März 1997 - IV ZR 91/96 - zu I 2 a der Gründe*) und dass für die zu beweisende Tatsache aufgrund einer vorausgegangenen Beweisaufnahme oder des sonstigen Verhandlungsinhalts eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht (*vgl. BGH 9. März 1990 - V ZR 244/88 - zu I 1 b der Gründe, BGHZ 110, 363; 16. Juli 1998 - I ZR 32/96 - zu II 2 b bb der Gründe mwN; BAG 14. November 2013 - 8 AZR 813/12 - Rn. 17; 16. September 1999 - 2 AZR 712/98 - zu II 2 f dd der Gründe; 6. Dezember 2001 - 2 AZR 396/00 - zu B III 2 b bb der Gründe, BAGE 100, 52*), wobei Erklärungen, die eine Partei im Rahmen ihrer Anhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO abgibt, als Inhalt der Verhandlung iSv. § 286 ZPO in die richterliche Überzeugungsbildung eingehen können (*vgl. BGH 16. Juli 1998 - I ZR 32/96 - aaO*). Werden die von der beweisbelasteten Partei bei einer Anhörung nach § 141 ZPO aufgestellten Behauptungen vom Gegner substantiiert bestritten, bedarf es einer förmlichen Beweisaufnahme. Diese kann bei Fehlen anderer Beweismittel auch in einer Parteivernehmung von Amts wegen nach § 448 ZPO bestehen, sofern sich aus dem Eindruck bei der Anhörung bereits der erforderliche Anfangsbeweis ergibt (*Zöller/Greger ZPO 31. Aufl. § 141 Rn. 1a; vgl. BGH 24. April 1991 - IV ZR 172/90 - zu 2 der Gründe*).

e) Soweit die Beklagte sich schließlich darauf berufen hat, dass sie auch Bewerber/innen eingeladen und letztlich einen Bewerber eingestellt habe, die nicht nur „erste“, sondern längere Berufserfahrung haben, reicht dies indes nicht aus, um darzutun, dass andere als in § 1 AGG genannte Gründe dazu geführt haben, dass der Kläger vorzeitig aus dem Auswahlverfahren ausgenommen wurde. Dass ggf. andere Personen nicht nach dem Kriterium der Berufserfahrung vorab ausgenommen wurden, sagt nichts darüber aus, ob der Kläger wegen seines Alters nicht berücksichtigt wurde.

98

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

99



Bestreitensfall zu beweisen wäre, auch der Frage nachzugehen haben, ob die unmittelbare Benachteiligung, die der Kläger durch die Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren wegen seines Alters erfahren hat, ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG oder § 10 AGG zulässig war. Sowohl § 8 Abs. 1 AGG als auch § 10 AGG enthalten für den Arbeitgeber günstige Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der Diskriminierung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, hier des Alters (*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 diesen 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*).

a) 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. 100

§ 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. Das Landesarbeitsgericht wird bei einer evtl. Anwendung von § 8 Abs. 1 AGG nicht nur 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, sondern auch, dass ein solches Merkmal - oder sein Fehlen - nur dann eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung iSd. 101

§ 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*). 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, aaO*).

b) 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*). Hierzu gehört nach § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG auch der Tatbestand der Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand, auf den sich die Beklagte ausdrücklich stützt. Bei einer evtl. Anwendung von § 10 AGG wird das Landesarbeitsgericht Folgendes zu beachten haben:

102

aa) § 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 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*

103

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).

bb) § 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).

104

cc) 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).

105

dd) 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 Behauptungen 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

106

hat hierzu vielmehr substantiierten Sachvortrag zu leisten (vgl. *EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 82, aaO*).

4. Sofern das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen sollte, das Benachteiligungsverbot des AGG sei verletzt und dem Kläger stehe nach § 15 Abs. 2 AGG dem Grunde nach eine Entschädigung zu, wird es zu beachten haben, dass auch bei der Beurteilung der angemessenen Höhe der festzusetzenden Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG 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 sind (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*).

107

D. Im Hinblick auf die vom Landesarbeitsgericht zu treffende Kostenentscheidung weist der Senat darauf hin, dass sich diese - entgegen der Rechtsauffassung des Klägers - nach § 64 Abs. 6 ArbGG iVm. §§ 91 ff. ZPO richtet, wobei bei einem nur teilweisen Obsiegen/Unterliegen des Klägers Veranlassung bestehen kann, von der in § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen. Zwar trifft es zu, dass Verfahren, die Klagen wegen Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des AGG zum Gegenstand haben, nicht weniger günstig gestaltet sein dürfen als Klageverfahren, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Grundsatz der Äquivalenz) und dass die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch

108

unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf (Grundsatz der Effektivität) (*st. Rspr. des EuGH, vgl. nur 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 61 mwN*). Dies ist aber bei Anwendung der §§ 91 ff. ZPO, nach denen sich der gerichtliche Kostenausspruch generell und einheitlich nach Obsiegen und Unterliegen richtet, ohne nach der „Herkunft“ des geltend gemachten Klageanspruchs zu differenzieren, nicht der Fall.

Schlewing

Winter

Roloff

Wroblewski

Wein