

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 23. November 2017
- 8 AZR 604/16 -
ECLI:DE:BAG:2017:231117.U.8AZR604.16.0

I. Arbeitsgericht Lübeck

Urteil vom 2. September 2015
- 4 Ca 28/15 -

II. Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Urteil vom 4. Mai 2016
- 6 Sa 419/15 -

Entscheidungsstichworte:

Entschädigung - Benachteiligung iSd. AGG - Geschlecht - Alter - ethnische Herkunft - Auswahlverfahren - Stellenausschreibung - Kausalitätsvermutung - Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 604/16
6 Sa 419/15
Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. November 2017

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

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

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 4. Mai 2016 - 6 Sa 419/15 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte der Klägerin eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des AGG bzw. wegen einer Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts schuldet. 1

Die 1961 geborene Klägerin ist deutsche Staatsangehörige russischer Herkunft. Sie schloss 1984 erfolgreich ein Studium am Institut für Gerätebau und Luftfahrt in L (heute S) ab und ist seitdem Inhaberin eines Diploms als Systemtechnik-Ingenieurin, dessen Gleichwertigkeit mit einem an einer Fachhochschule in der Bundesrepublik Deutschland durch Diplomprüfung abgeschlossenen Studium der Fachrichtung Informatik anerkannt ist. Im Jahr 2000 absolvierte die Klägerin erfolgreich einen Kurs „Programmierung mit Java“; im Jahr 2012 nahm sie jeweils „mit sehr gutem Erfolg“ an den Qualifizierungskursen „Java Webprogrammierung“ und „Java Webprogrammierung - Fortgeschrittene Techniken“ teil. Im Jahr 2013 absolvierte sie den Kurs „Apps-Programmierung Android“, den sie mit der Höchstpunktzahl von 100 Punkten abschloss. 2

Bei der Beklagten handelt sich um ein im Jahr 2004 gegründetes Handelsunternehmen, dessen Schwerpunkt im internationalen elektronischen Wertpapierhandel liegt. Dazu nutzt die Beklagte ua. von ihr selbst entwickelte Software. 3

Ende April 2014 veröffentlichte die Beklagte eine Stellenanzeige, in der es ua. heißt:

4

„Software Entwickler (Java) (m/w)

...

Die S GmbH ist ein junges und dynamisches Unternehmen mit 65 Mitarbeitern am Stadtrand von H. Das Kerngeschäft liegt im internationalen elektronischen Handel mit Finanzinstrumenten jeglicher Art in eigenem Namen. S ist Mitglied an fast allen europäischen Börsen und Handelsplätzen und hat weitere Märkte über internationale Broker angebunden.

Zur Weiterentwicklung unseres Handelssystems suchen wir mehrere erfahrene

Software Entwickler (Java) (m/w)

S betreibt automatisierten Wertpapierhandel zunehmend mit eigener Software, die optimal und flexibel auf die Anforderungen abgestimmt wird. Der Betrieb der eigenen Netze und weltweit verteilten Rechner sowie die Steuerung des automatisierten Handels sind eng mit der Softwareentwicklung verknüpft, so dass wir sehr kurzfristig auf Änderungen im Marktumfeld reagieren können.

...

Die Entwicklerteams sind an allen Entwicklungs- und Entscheidungsprozessen von Architektur über Design bis zu Test und Implementierung beteiligt. Wir entwickeln agil mit modernen Werkzeugen und Methoden. So können wir uns voll auf die Inhalte unserer Arbeit konzentrieren. In dynamischen Teams können die Aufgabenbereiche gewechselt werden, so dass keine Langeweile aufkommt.

...

Wenn Sie

- einen guten Hochschulabschluss in einem einschlägigen Fach sowie mehrere Jahre Erfahrung in der professionellen Softwareentwicklung haben,
- Begeisterung für den Softwareentwurf und das Programm aufbringen,
- hinter einige der Schlagworte C++, Java EE, Python, HPC, Linux, Ajax, Webfrontendesign,

Multithreading, Performanceanalyse und -optimierung, Scrum, Unit Test, Continuous Integration, RPC, Datenbankdesign, PostgreSQL, Qt, GUI-Design, OO Design einen Haken machen können,

- die Freiheit und die Ressourcen zur Umsetzung Ihrer Ideen in einem ungezwungenen und entscheidungsfreudigen Umfeld schätzen,
- eine Vollzeitstelle mit flexiblen Arbeitszeiten, überdurchschnittlicher Bezahlung und zusätzlichem erfolgsabhängigem Bonus suchen,

Teamarbeit nicht nur im Büro, sondern eventuell auch beim Betriebssport leben

dann nehmen Sie bitte Kontakt mit uns auf!“

Die Klägerin, die sich bereits im Jahr 2007 erfolglos bei der Beklagten 5
beworben hatte, bewarb sich am 5. Mai 2014 auf diese Stellenanzeige. Die Be-
klagte lud die Klägerin nicht zu einem Vorstellungsgespräch ein und sagte ihr
mit E-Mail vom 26. Juni 2014 ab.

Mit E-Mail vom 25. August 2014 machte die Klägerin gegenüber der 6
Beklagten einen Entschädigungsanspruch nach dem AGG und dem Gemein-
schaftsrecht iHv. 10.000,00 Euro geltend. Dieser Betrag entspricht drei ge-
schätzten Bruttomonatsverdiensten. Zudem verlangte sie ua. die Vorlage der
Bewerbungsunterlagen und Arbeitsverträge der anderen Bewerber. Mit ihrer am
24. November 2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen, der Beklagten am
1. Dezember 2014 zugestellten Klage verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegeh-
ren weiter.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagte habe sie entgegen 7
den Vorgaben des AGG wegen ihres Alters, ihres Geschlechts und ihrer ethni-
schen Herkunft diskriminiert. Entsprechende Indizien ergäben sich bereits aus
der Stellenausschreibung der Beklagten. Dort habe sich die Beklagte als ein
„junges und dynamisches Unternehmen“ bezeichnet. Hierin liege ein Indiz für
eine Altersdiskriminierung. Die Ausrichtung auf einen jungen Adressatenkreis
werde auch durch die Selbstdarstellung der Beklagten hervorgehoben, in der

diese schlagkräftige, frische und der Anpassungsfähigkeit junger Menschen Rechnung tragende Begriffe wie etwa „agil mit modernen Werkzeugen und Methoden“ oder „in dynamischen Teams ...“ verwende. Im Übrigen belegten auch aktuelle Stellenanzeigen der Beklagten, in denen potentielle Bewerber geduzt würden, dass die Beklagte an einer Gewinnung älterer Arbeitnehmer kein Interesse habe. Durch die Ausschreibung der Stelle als Vollzeitstelle werde sie als Frau diskriminiert, da Teilzeitbeschäftigung überwiegend von Frauen ausgeübt werde. Es komme hinzu, dass die Beklagte ihr Unternehmen in der Stellenausschreibung von April 2014 sowie in späteren Stellenausschreibungen zB als „Unternehmen mit 65 Mitarbeitern“ und damit nicht geschlechtsneutral vorstelle. Die Verwendung männlicher Begriffe in Stellenausschreibungen lasse vermuten, dass lediglich männliche Bewerber zu Bewerbungen aufgefordert werden sollten. Die Beklagte habe sie, die Klägerin, mit hoher Wahrscheinlichkeit auch wegen ihrer nicht-deutschen Herkunft ausgegrenzt. Indiz hierfür sei, dass die Beklagte bei aktuellen Stellenausschreibungen - unstreitig - gute oder sogar sehr gute Deutschkenntnisse verlange.

Darüber hinaus liege eine intersektionelle Benachteiligung aufgrund des Zusammenspiels mehrerer Merkmale vor. In ihrer Person seien die am häufigsten gegebenen Merkmale einer Benachteiligung - Alter, weibliches Geschlecht und nichtdeutsche ethnische Herkunft - vereint. Die Gesamtbetrachtung lege hier die Vermutung einer intersektionellen Benachteiligung nahe. In diesem Kontext sei auch die IZA-Feldstudie, die eine Benachteiligung nichtdeutscher Ethnien in der IT-Branche belege, als Indiz für eine verbotene Benachteiligung zu berücksichtigen.

Die Beklagte schulde ihr die geltend gemachte Entschädigung wegen ihrer Ausgrenzung auch unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Bedeutung - beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihr eine angemessene Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch mindestens 10.000,00 Euro betragen sollte, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten

über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, es fehle bereits an Indizien für eine Diskriminierung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Das Auswahlverfahren sei im Übrigen diskriminierungsfrei durchgeführt worden, und zwar nach Maßgabe des bei ihr üblichen mehrstufigen Verfahrens. Danach sei die Klägerin allein wegen ihrer fehlenden fachlichen Eignung nicht berücksichtigt worden. Ihr fehle belegte Erfahrung mit Linux, belegte praktische Erfahrung mit Java und in C++ in Aspekten wie Nebenläufigkeit, Performance, Unittesting und Boost Bibliothek. In die engere Auswahl seien ausschließlich Bewerber mit deutlich besseren Fähigkeiten gekommen. Im Übrigen beschäftige sie Arbeitnehmer/innen nichtdeutscher Herkunft, ebenso Mitarbeiter, die 50 Jahre oder älter seien. Auch dies zeige, dass das Alter, die Herkunft oder das Geschlecht bei der Personalauswahl keine Rolle spielten. 11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Revision. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. 12

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zu Recht zurückgewiesen. Die auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klage ist zwar zulässig, sie ist jedoch unbegründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung. Ein solcher Anspruch folgt weder aus § 15 Abs. 2 AGG noch aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG. 13

A. Die auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klage ist zulässig, insbesondere ist der Klageantrag hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 14

ZPO. Die Klägerin durfte die Höhe der von ihr begehrten Entschädigung in das Ermessen des Gerichts stellen.

§ 15 Abs. 2 Satz 1 AGG räumt dem Gericht bei der Höhe der Entschädigung einen Beurteilungsspielraum ein, weshalb eine Bezifferung des Zahlungsantrags nicht notwendig ist. Die Klägerin hat auch Tatsachen benannt, die das Gericht bei der Bestimmung der Höhe der Entschädigung heranziehen soll und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angeben (*zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags: vgl. etwa BAG 14. November 2013 - 8 AZR 997/12 - Rn. 16; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 16*). Insoweit geht sie davon aus, dass der von ihr mit 10.000,00 Euro bezifferte Mindestbetrag drei Bruttomonatsgehältern entspricht. Für die Klage auf Zahlung einer Entschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin nach § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG gilt nichts anderes (*vgl. etwa BAG 19. Oktober 1988 - 8 AZR 110/86 - zu A der Gründe mwN; BGH 25. August 2016 - 2 StR 585/15 - Rn. 11 mwN; 18. März 1974 - III ZR 48/73 - zu 1 c der Gründe mwN*).

15

B. Die Klage ist jedoch unbegründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung. Ein solcher Anspruch folgt weder aus § 15 Abs. 2 AGG noch aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG. Sowohl die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe die Klägerin nicht wegen ihres Alters, ihres Geschlechts sowie ihrer ethnischen Herkunft benachteiligt als auch seine Annahme, Anhaltspunkte für eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin lägen nicht vor, halten im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

16

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Klage sei unbegründet. Die Klägerin habe keine Indizien iSv. § 22 AGG vorgetragen, die eine ungünstigere Behandlung wegen eines der in § 1 Abs. 1 AGG genannten Gründe vermuten ließen. Eine solche Vermutung ergebe sich nicht aus dem Inhalt der Stellenausschreibung. Diese sei nicht entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG erfolgt. Der Ausschreibungstext sei geschlechtsneutral. Auch der

17

unterbliebene Hinweis auf die Eignung der ausgeschriebenen Stelle als Teilzeitarbeitsplatz stelle kein Indiz für eine mittelbare Geschlechtsdiskriminierung dar. Anhaltspunkte für die Vermutung einer Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft seien weder vorgetragen noch ersichtlich. Ferner ergebe sich aus dem Text der Stellenausschreibung keine Vermutung einer Benachteiligung wegen des Alters. Die Bezeichnung der Beklagten als „ein junges und dynamischen Unternehmen“ stelle eine unternehmensbezogene Information dar, die sich nicht auf die Belegschaft oder die erwünschten Bewerber beziehe. Auch eine Gesamtschau aller Gesichtspunkte führe zu keinem anderen Ergebnis. Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung der Klägerin könne ebenfalls nicht festgestellt werden.

II. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe keinen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 18

1. Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist, dass der/die abgelehnte Bewerber/in entgegen § 7 Abs. 1 AGG wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes - ua. wegen des Alters, des Geschlechts und/oder der ethnischen Herkunft - unmittelbar oder mittelbar benachteiligt wurde. 19

a) § 7 Abs. 1 AGG verbietet 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, des Geschlechts und/oder der ethnischen Herkunft, eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Demgegenüber liegt nach § 3 Abs. 2 AGG eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Krite- 20

rien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

b) Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst allerdings nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung „wegen“ eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der benachteiligenden Behandlung und dem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. Soweit es um eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG geht, ist hierfür nicht erforderlich, dass der betreffende Grund iSv. § 1 AGG das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist; er 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. Januar 2017 - 8 AZR 736/15 - Rn. 25 mwN; 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 62 mwN; 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 53 mwN, BAGE 155, 149*). Geht es hingegen um eine mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG, ist der Kausalzusammenhang dann gegeben, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG erfüllt sind, ohne dass es einer direkten Anknüpfung an einen Grund iSv. § 1 AGG oder eines darauf bezogenen Motivs bedarf.

c) § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe vermuten lassen, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat (*vgl. etwa BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 736/15 - Rn. 26; 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 63 mwN; 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 54 mwN, BAGE 155, 149*).

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 der in § 1 AGG genannten Gründe erfolgt ist (vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 375/15 - Rn. 24; 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 54 mwN, BAGE 155, 149). Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 736/15 - Rn. 27 mwN; 15. Dezember 2016 - 8 AZR 418/15 - Rn. 24 mwN).

d) Schreibt der Arbeitgeber eine Stelle entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG aus, kann dies die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass der/die erfolglose Bewerber/in im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde. Zwar verweist § 11 AGG nach seinem Wortlaut nur auf § 7 Abs. 1 AGG, allerdings muss die Bestimmung so ausgelegt werden, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG und damit ein Verstoß gegen § 11 AGG nicht vorliegt, wenn eine mögliche mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG nach § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG gerechtfertigt oder eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG zulässig ist (BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 61 mwN; 15. Dezember 2016 - 8 AZR 418/15 - Rn. 26; 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 55, BAGE 155, 149).

2. Danach lässt die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dass die Klägerin, die durch ihre Nichtberücksichtigung im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren eine ungünstigere Behandlung iSv. § 3 Abs. 1 AGG erfahren hatte, schon keine Indizien iSv. § 22 AGG vorgetragen hat, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe erfolgte, keine revisiblen Rechtsfehler erkennen.

a) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Beklagte die Stelle nicht entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben hatte, weshalb die Stellenausschreibung nicht die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen kann, dass die Klägerin im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde. 26

aa) Die Auslegung des Textes veröffentlichter Stellenanzeigen durch das Landesarbeitsgericht unterliegt - wie die Auslegung typischer Willenserklärungen bzw. Allgemeiner Geschäftsbedingungen - der vollen revisionsrechtlichen Nachprüfung. Unter einer Ausschreibung iSv. § 11 AGG ist die an eine unbekannte Vielzahl von Personen gerichtete Aufforderung eines Arbeitgebers zu verstehen, sich auf die ausgeschriebene Stelle zu bewerben. Danach ist die Stellenausschreibung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen potentiellen Bewerbern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Bewerbers zugrunde zu legen sind (*vgl. etwa BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 63 mwN; 15. Dezember 2016 - 8 AZR 418/15 - Rn. 29 mwN*). 27

bb) Danach unterliegt zunächst die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Stelle sei nicht unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts ausgeschrieben worden, keinen revisionsrechtlichen Bedenken. 28

Das Landesarbeitsgericht hat die Stellenausschreibung der Beklagten aus April 2014 zutreffend dahin ausgelegt, dass der Klammerzusatz „w/m“ in der Überschrift sowie im Text der Stellenanzeige hinter der Tätigkeitsbezeichnung „Software Entwickler (Java)“ hinreichend und abschließend deutlich macht, dass mit der Stellenausschreibung Frauen wie Männer gleichermaßen angesprochen werden sollten und dass die Formulierung „Unternehmen mit 65 Mitarbeitern“ im ersten Satz der Anzeige deshalb ebenso geschlechtsneutral 29

zu verstehen ist, weshalb mit ihr keine Erwartungen oder Anforderungen im Hinblick auf das Geschlecht der Stellenbewerber/innen verbunden sind.

Ebenso wenig revisionsrechtlich zu beanstanden ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dass der Umstand, dass die Stelle als Vollzeitstelle ausgeschrieben wurde, kein Indiz für eine Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellt. Nach § 7 Abs. 1 TzBfG hat der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz, den er öffentlich oder innerhalb des Betriebs ausschreibt, nur dann auch als Teilzeitarbeitsplatz auszuschreiben, wenn sich der Arbeitsplatz hierfür eignet. Vor diesem Hintergrund kann die vorliegende Ausschreibung der Stelle als Vollzeitstelle ohne einen Hinweis auf ihre Eignung als Teilzeitarbeitsplatz nur so verstanden werden, dass die Beklagte allenfalls zum Ausdruck bringen wollte, dass die Stelle aus ihrer Sicht nicht teilzeitgeeignet war. Die Ausschreibung der Stelle als Vollzeitstelle kann jedenfalls nicht dahin verstanden werden, als habe die Beklagte hiermit signalisiert, an der Einstellung von Frauen nicht interessiert zu sein oder männliche Bewerber zu bevorzugen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Frauen möglicherweise häufiger an einer Teilzeitstelle interessiert sind und häufiger in Teilzeit arbeiten als Männer. Dieser Umstand erlaubt keinen Rückschluss auf eine Präferenz des Arbeitgebers für männliche Bewerber. 30

cc) Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend angenommen, dass die Beklagte die Stelle nicht unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ausgeschrieben hat. 31

(1) Dies gilt zunächst im Hinblick darauf, dass sich die Beklagte in der Stellenausschreibung als ein „junges, dynamisches Unternehmen“ beschrieben hat. Insoweit hat das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt, dass mit dieser Beschreibung keine altersbezogenen Besetzungskriterien oder Wünsche im Hinblick auf das Alter der Bewerber/innen formuliert wurden. 32

Zwar kann eine Passage in einer Stellenausschreibung, in der dem/der Bewerber/in eine Tätigkeit in einem professionellen Umfeld „mit einem jungen dynamischen Team“ geboten wird, eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters iSv. § 3 Abs. 1 AGG bewirken, weil hierbei mit dem Begriff 33

„jung“ unmittelbar an das Lebensalter angeknüpft wird. Verstärkt wird diese Bezugnahme auf das Lebensalter durch die Verbindung mit dem Begriff „dynamisch“, der eine Eigenschaft beschreibt, die im Allgemeinen eher jüngeren als älteren Menschen zugeschrieben wird. Wird in einer Stellenausschreibung darauf hingewiesen, dass eine Tätigkeit mit einem „jungen dynamischen Team“ geboten wird, enthält dieser Hinweis deshalb regelmäßig nicht nur die Botschaft an potentielle Stellenbewerber/innen, dass die Mitglieder des Teams jung und deshalb dynamisch sind. Eine solche Angabe in einer Stellenanzeige kann aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers zudem regelmäßig nur so verstanden werden, dass damit nicht nur ein „Istzustand“ beschrieben werden soll, sondern dass der Arbeitgeber zum Ausdruck bringt, dass er einen Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin sucht, der/die in das Team passt, weil er/sie ebenso jung und dynamisch ist wie die Mitglieder des vorhandenen Teams. Andernfalls wäre die so formulierte Passage der Stellenausschreibung ohne Aussagegehalt und damit überflüssig (vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 35).

In der in der Stellenausschreibung der Beklagten von Ende April 2014 enthaltenen Beschreibung der Beklagten werden die Begriffe „jung“ und „dynamisch“ allerdings nicht mit einem „Team“ in Verbindung gebracht, sondern mit dem Unternehmen der Beklagten. Während sich die Adjektive „jung“ und „dynamisch“ aus der Sicht der Adressaten der Stellenausschreibung bei einer Verbindung mit einem Team, also einer Gruppe von Mitarbeitern, im Zweifel auf die Mitglieder dieser Gruppe beziehen und nicht auf den Zeitpunkt, seit dem dieses Team besteht, beschreiben sie im Zusammenhang mit einem Unternehmen regelmäßig das Alter und damit eine Eigenschaft des Unternehmens. Insoweit wirkt sich aus, dass es für ein Unternehmen ein feststehendes Datum gibt, zu dem es gegründet wurde oder seine Tätigkeit am Markt aufgenommen hat, während dies für Teams - allein schon vor dem Hintergrund, dass sich die Zusammensetzung eines Teams im Verlauf der Zeit ändern kann - regelmäßig nicht gilt. Da das Alter eines Unternehmens nichts darüber aussagt, wie alt die dort Beschäftigten sind, lässt sich aus der Bezeichnung der Beklagten in der

34

Stellenausschreibung als „junges“ Unternehmen hier keine bestimmte Erwartung an das Lebensalter des/der Stellenbewerbers/in ableiten. Im Übrigen war zu berücksichtigen, dass die Beklagte mit ihrer Stellenanzeige ausdrücklich „erfahrene“ Software-Entwickler gesucht und damit gerade auf eine Eigenschaft abgestellt hat, die eher lebensältere Bewerber aufweisen.

Ob eine abweichende Beurteilung ausnahmsweise dann geboten sein kann, wenn sich aus dem sonstigen Inhalt der Stellenausschreibung ergibt oder es feststeht, dass es sich um ein schon lange bestehendes - also erkennbar kein junges - Unternehmen handelt, so dass sich die Adjektive „jung“ und „dynamisch“ auf etwas anderes als das Unternehmen beziehen müssen, kann im vorliegenden Fall schon deshalb dahinstehen, weil die Bezeichnung der Beklagten als „junges und dynamisches Unternehmen“ nicht im Widerspruch zu dem sonstigen Inhalt der Stellenausschreibung oder zu ihrem wirklichen Alter steht. Ein Unternehmen, das - wie die Beklagte - 10 Jahre alt ist, ist generell durchaus als jung zu qualifizieren. Das gilt auch in der IT-Branche. Die im Jahr 2004 gegründete Beklagte mag möglicherweise verglichen mit anderen Unternehmen dieser Branche nicht besonders jung sein, ein „altes“ Unternehmen ist sie aber nicht. IT-Unternehmen gibt es nicht erst seit wenigen Jahren, sondern bereits seit mehreren Jahrzehnten. 35

Dass sich die Beklagte in der Stellenausschreibung zudem als „dynamisches“ Unternehmen bezeichnet hat, führt nicht zu einer anderen Bewertung. Auch dieses Adjektiv bezieht sich nicht auf die bei der Beklagten tätigen Personen. Vielmehr hat die Beklagte insoweit nur deutlich gemacht, dass sie beweglich und wandlungsfähig ist und dem jeweiligen Entwicklungsstand der Technik und den jeweiligen Erfordernissen des Marktes entsprechend agiert. 36

(2) Ein Indiz für eine Benachteiligung der Klägerin wegen ihres Alters folgt - wie das Landesarbeitsgericht ebenfalls zutreffend angenommen hat - auch nicht aus dem weiteren Inhalt der Stellenausschreibung. Mit der Formulierung, wonach die Beklagte „agil mit modernen Werkzeugen und Methoden“ entwickelt, wird lediglich - altersunabhängig - die Vorgehens- bzw. Arbeitsweise in der Softwareentwicklung der Beklagten beschrieben und damit 37

weder eine bestimmte Anforderung an das Alter der Bewerber/innen noch eine Präferenz für ein bestimmtes Alter zum Ausdruck gebracht. Auch der Hinweis auf „dynamische Teams“ begründet kein Indiz für eine Benachteiligung der Klägerin wegen ihres Alters. Insoweit hat die Beklagte in der Stellenausschreibung ausdrücklich klargestellt, dass die Teams auch deshalb dynamisch sind, weil in ihnen die Aufgabenbereiche gewechselt werden können, so dass keine Langeweile aufkomme. Angesprochen ist damit ausschließlich die innere Dynamik des Teams und nicht eine Dynamik der Teammitglieder. Der Hinweis auf eine agile Softwareentwicklung und einen möglichen Wechsel der Aufgabenbereiche innerhalb eines Teams mag zwar gewisse Anforderungen an eine vielseitige Einsatzmöglichkeit und vorhandene Teamfähigkeit eines Bewerbers/einer Bewerberin widerspiegeln; damit werden allerdings keine Eigenschaften beschrieben, die - insbesondere in der IT-Branche - typischerweise nur jüngere Bewerber/innen aufweisen.

dd) Schließlich ergeben sich aus der Stellenausschreibung der Beklagten von Ende April 2014 auch keine Anhaltspunkte für eine Benachteiligung der Klägerin wegen ihrer ethnischen Herkunft. 38

b) Die Klägerin hat auch keine weiteren Indizien vorgetragen, die die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen könnten, dass sie im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde. Zwar hat das Berufungsgericht die weiteren von der Klägerin vorgebrachten Umstände, die aus ihrer Sicht die Vermutung einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes begründen, nicht gewürdigt. Diese Würdigung kann der Senat jedoch selbst vornehmen. Die Klägerin beruft sich insoweit auf ein Ablehnungsschreiben der Beklagten vom 6. Dezember 2007, auf weitere Stellenausschreibungen der Beklagten, deren Inhalt unstreitig ist, sowie auf den ebenfalls unstreitigen Umstand, dass die Beklagte ihr vorgerichtlich nicht die von ihr begehrten Auskünfte erteilt hat. 39

aa) Soweit die Klägerin sich auf das Schreiben der Beklagten vom 6. Dezember 2007 stützt, mit dem diese eine frühere Bewerbung der Klägerin 40

abschlägig beschieden hatte, kann sie hieraus bereits deshalb nichts zu ihren Gunsten ableiten, weil diese Absage nicht im Ansatz einen Bezug zu einem der in § 1 AGG genannten Gründe und zum streitgegenständlichen Stellenbesetzungsverfahren aufweist. In dem Schreiben vom 6. Dezember 2007 hatte die Beklagte der Klägerin nur mitgeteilt, dass sie sich „vorerst, unabhängig von Ihrer unmittelbaren Qualifikation“ nicht für die Klägerin entschieden und, das Einverständnis der Klägerin vorausgesetzt, eine Kopie der Bewerbungsunterlagen zu ihren Akten genommen habe und im gegebenen Fall wieder auf die Klägerin zukommen werde. Was die Beklagte dazu bewogen hatte, die Bewerbung der Klägerin aus dem Jahr 2007 abschlägig zu bescheiden, lässt sich dem Schreiben der Beklagten vom 6. Dezember 2007 nicht ansatzweise entnehmen. Darüber hinaus fehlt es an jeglichen Hinweisen auf einen Zusammenhang der damaligen Absage mit der Absage der Beklagten vom 26. Juni 2014.

bb) Soweit die Klägerin sich auf weitere Stellenausschreibungen der Beklagten stützt, kann dahinstehen, ob die darin aufgeführten Arbeitsplätze von der Beklagten entgegen § 11 AGG, insbesondere unter Verstoß gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts, des Alters und/oder der ethnischen Herkunft ausgeschrieben wurden. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, könnten diese Stellenausschreibungen nicht die Vermutung begründen, dass die Klägerin im streitgegenständlichen Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde. Insoweit fehlt es schon an substantiiertem Vorbringen der Klägerin zu einem Zusammenhang der anderen Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren mit dem hier streitgegenständlichen.

41

cc) Auch der Umstand, dass die Beklagte der Aufforderung der Klägerin vom 25. August 2014 nicht nachgekommen ist und dieser insbesondere vorgebracht keine Auskunft über den letztlich eingestellten Bewerber erteilt hat, begründet nicht die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass die Klägerin wegen ihres Geschlechts, ihres Alters und/oder ihrer ethnischen Herkunft benachteiligt wurde. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Verweigerung jeden Zugangs zu Informationen durch einen Beklagten ein Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen

42

des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, ausnahmsweise heranzuziehen ist (*EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 47; BAG 15. Dezember 2016 - 8 AZR 418/15 - Rn. 48; 25. April 2013 - 8 AZR 287/08 - Rn. 59*). Vorliegend fehlt es allerdings bereits an jeglichem Vorbringen der Klägerin dazu, warum sie zur Geltendmachung ihrer Ansprüche auf eine entsprechende Auskunft durch die Beklagte angewiesen war oder aus welchen Gründen gerade die Verweigerung der Auskunft für sich allein betrachtet oder in der Gesamtschau aller Umstände die Vermutung einer Benachteiligung wegen eines oder mehrerer Gründe iSv. § 1 AGG begründet.

c) Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass allein aufgrund des Zusammenspiels der Gründe „Alter“, „Geschlecht“ und „ethnische Herkunft“ in ihrer Person von einer nach dem AGG verbotenen sog. intersektionalen Benachteiligung oder Mehrfachdiskriminierung auszugehen sei. Dies gilt auch dann, wenn insoweit die Ergebnisse der von der Klägerin herangezogenen IZA-Studie berücksichtigt werden. 43

Nach der Systematik des AGG ist jede Benachteiligung im Hinblick auf jeden in § 1 AGG aufgeführten einzelnen Grund gesondert zu überprüfen. Dies findet seine Bestätigung in § 4 AGG, der die unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe iSv. § 1 AGG regelt, dabei allerdings keine neue, aus der Kombination mehrerer dieser Gründe resultierende Diskriminierungskategorie schafft, die sich dann feststellen ließe, wenn eine Diskriminierung wegen dieser Gründe - einzeln betrachtet - nicht nachgewiesen ist. Nach § 4 AGG kann eine unterschiedliche Behandlung, die wegen mehrerer der in § 1 AGG genannten Gründe erfolgt, nach den §§ 8 bis 10 und 20 AGG nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, derentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt. Die Vorschrift berücksichtigt den Umstand, dass bestimmte Personengruppen typischerweise der Gefahr der Benachteiligung aus mehreren Gründen iSv. § 1 AGG ausgesetzt sind und stellt deshalb klar, dass jede Ungleichbehandlung für sich auf ihre Rechtfertigung hin zu prüfen ist. Ist eine unterschiedliche Behandlung möglicherweise im Hinblick auf 44

einen der in § 1 AGG genannten Gründe gerechtfertigt, liegt darin nicht zugleich die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen eines anderen in § 1 AGG genannten - ebenfalls vorliegenden - Grundes (*BT-Drs. 16/1780 S. 33*). In dieser Auslegung entspricht § 4 AGG den unionsrechtlichen Vorgaben (*vgl. EuGH 24. November 2016 - C-443/15 - [Parris] Rn. 79 ff.; BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 36; 15. Dezember 2016 - 8 AZR 418/15 - Rn. 50*).

d) Letztlich führt auch eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Rechtsstreits nicht zur Annahme der Vermutung, dass die Klägerin wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt wurde. 45

Im Hinblick auf den Kausalzusammenhang nach § 22 AGG sind zwar alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (*vgl. EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociația ACCEPT] Rn. 50; 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 42, 44 f.; BAG 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 31 mwN*). Allerdings müssen die Umstände in der Gesamtschau einen Rückschluss darauf zulassen, dass eine Ungleichbehandlung „wegen“ eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Hieran fehlt es vorliegend. 46

III. Auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin könne einen Entschädigungsanspruch wegen einer Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht mit Erfolg auf § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG stützen, hält im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. 47

1. § 823 Abs. 1 BGB verbietet nicht nur eine widerrechtliche Verletzung der in dieser Bestimmung ausdrücklich aufgeführten, besonders geschützten Rechtsgüter, ua. der Gesundheit. Auch das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als „sonstiges Recht“ iSv. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Seine widerrechtliche Verletzung kann demnach Schadensersatzansprüche auslösen. Allerdings ist zu beachten, dass die Reichweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wegen seiner Eigenart als Rahmenrecht nicht absolut festliegt, sondern grund- 48

sätzlich erst durch eine Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange bestimmt werden muss. Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist deshalb nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt (*vgl. etwa BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 33 mwN*).

Ist - wie hier - nicht der vermögenswerte, sondern der ideelle Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen, setzt der Anspruch auf Entschädigung zusätzlich voraus, dass es sich um einen schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht handelt und dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend aufgefangen werden kann. Ob eine so schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt, dass die Zahlung einer Geldentschädigung erforderlich ist, kann nur aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Hierbei sind insbesondere die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie der Grad seines Verschuldens zu berücksichtigen (*vgl. etwa BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 35 mwN*). 49

Stützt der Arbeitnehmer seinen Anspruch darauf, der Arbeitgeber habe ihn widerrechtlich in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt, so kann er zwar ebenfalls eine billige Entschädigung in Geld fordern. Dieser Anspruch folgt aber nicht aus § 253 Abs. 2 BGB, weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht in dieser Bestimmung nicht aufgeführt ist, sondern unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG (*vgl. etwa BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 35 mwN*). 50

2. Danach hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt, dass die Beklagte der Klägerin keine Entschädigung wegen einer Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts schuldet. Die Klägerin hat keine hinreichenden, einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG begründenden Tatsachen dargelegt. Die Beklagte hat die Klägerin im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren nicht entgegen den Vorgaben des AGG benachteiligt. Weitere Umstände, die eine - zudem - schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung belegen könnten, hat die insoweit uneingeschränkt darle- 51

gungs- und beweispflichtige Klägerin nicht vorgetragen. Insbesondere lässt sich dem Umstand, dass die Beklagte der Klägerin auf ihre beiden Bewerbungen hin eine Absage erteilt hatte, schon nicht entnehmen, dass es der Beklagten darum ging, die Klägerin auszugrenzen.

Schlewing

Die Richterin am
BAG Dr. Winter ist
wegen Krankheit an
der Unterschriftslei-
tung verhindert.
Schlewing

Vogelsang

Pauli

F. Avenarius