

# BUNDEARBEITSGERICHT



8 AZR 68/12

13 Sa 366/11

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
21. Februar 2013

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie den ehrenamtlichen Richter Eimer und die ehrenamtliche Richterin Wankel für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 10. Juni 2011 - 13 Sa 366/11 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten um die Zahlung eines Schmerzensgeldes, weil sich der Kläger bei internen Stellenausschreibungen aufgrund seines befristeten Arbeitsvertrags und seiner Schwerbehinderung benachteiligt sieht. 1

Der Kläger ist Schwerbehinderter mit einem GdB 50. Der Kläger war zunächst ohne Sachgrund vom 1. Oktober 2007 bis zum 30. September 2008 beim beklagten Land befristet beschäftigt. Diese Beschäftigung wurde sodann einvernehmlich bis zum 30. September 2009 verlängert. Der Kläger war als Assistent im Dezernat S des Landesamtes für S tätig. Sein durchschnittliches monatliches Bruttogehalt in der Entgeltgruppe 3 TV-L belief sich auf 1.907,00 Euro. 2

Das beklagte Land vereinbarte mit der Schwerbehindertenvertretung sowie dem Personalrat am 3. März 2009 eine Integrationsvereinbarung. Darin heißt es auszugsweise: 3

#### **„2. Kapitel - Zielvereinbarungen**

##### **2.1. Einstellung**

...

Bei internen wie bei externen Stellenausschreibungen ist schwerbehinderten und gleichgestellten Stellenbewerbern/Stellenbewerberinnen gegenüber anderen bei gleicher fachlicher Eignung der Vorzug zu geben. Schwerbehinderte Frauen sollen besonders berücksichtigt werden.

...

Befristete Arbeitsverträge mit schwerbehinderten Menschen werden vor Ablauf der Befristung unter Ausschöpfung aller Förder- und Einsatzmöglichkeiten auf unbefristete Weiterbeschäftigung überprüft. Das Ergebnis der Prüfung ist arbeitgeberseits aktenkundig zu machen.“

Mitte 2009 schrieb das beklagte Land eine ab dem 1. August 2009 zu besetzende Stelle einer Assistentin/eines Assistenten im Dezernat S im Landesamt für S aus. Die Ausschreibung richtete sich ausschließlich an Beschäftigte der Landesverwaltung B, die sich in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befanden. Der mit der ausgeschriebenen Tätigkeit befasste, aber in einem befristeten Arbeitsverhältnis stehende Kläger bewarb sich mit Schreiben vom 20. Juni 2009 auf diese Stelle und wies dabei auf seine Schwerbehinderung hin. Ein Bewerbungsgespräch mit ihm fand am 16. Juli 2009 statt. Schließlich entschied sich das beklagte Land für eine Bewerberin, die ebenfalls schwerbehindert ist. Landesweit schrieb das beklagte Land weiter im Intranet fünf Stellen aus, wobei sich die Ausschreibung wiederum ausschließlich an Beschäftigte der Landesverwaltung richtete, die in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis standen. Auf diese Stellen bewarb sich der Kläger nicht.

4

Mit Schreiben vom 11. August 2009 wandte sich der Kläger an die Präsidentin seiner Beschäftigungsbehörde und bat zu prüfen, ob er über den 30. September 2009 hinaus weiterbeschäftigt werden könne. Das beklagte Land verwies zunächst auf den Vorrang unbefristet im Landesdienst Beschäftigter und teilte schließlich unter dem 9. September 2009 dem Kläger mit, dass sein Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Befristung am 30. September 2009 enden werde. Mit einer an diesem Tag beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Befristung seines Arbeitsverhältnisses und hilfsweise die Verurteilung des beklagten Landes zur Weiterbeschäftigung in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis geltend gemacht. Erstmals im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht am 15. Dezember 2010 hat der Kläger hilfsweise den Antrag gestellt, das beklagte Land zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld wegen Diskriminierung in den Bewerbungsverfahren zu zahlen.

5

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass es unzulässig sei, wenn sich eine landesverwaltungsinterne Stellenausschreibung des beklagten Landes ausschließlich an Mitarbeiterinnen/Mitarbeiter der Landesverwaltung richte, die sich in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befinden. Dies stelle einen Verstoß gegen § 4 Abs. 2 TzBfG dar. Wäre er nicht von vornherein von einer Bewerbung ausgeschlossen worden, wäre er für die ausgeschriebenen Stellen geeignet und laut der Verpflichtung des beklagten Landes in der Integrationsvereinbarung als Schwerbehinderter auch bevorzugt zu berücksichtigen gewesen. Unerheblich sei, dass sich der Kläger auf die fünf von ihm in Bezug genommenen Stellenausschreibungen nicht beworben habe. Er sei durch den Ausschreibungstext bereits von einer Bewerbung abgehalten worden. Über das Intranet seien die diskriminierenden Stellenausschreibungen auch einem nur eingeschränkten Personenkreis, ua. ihm selbst, zugegangen. Es sei auch kein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung von befristet und unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern anzunehmen. Das beklagte Land könne sich insbesondere nicht auf haushaltsrechtliche Erwägungen stützen. Gründe für eine Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG hätten nicht vorgelegen. Das beklagte Land müsse seine Auswahlkriterien an Art. 33 Abs. 2 GG ausrichten und dürfe nicht das Argument, Kosten sparen zu wollen, in den Vordergrund stellen.

6

Soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung hat der Kläger zuletzt beantragt,

7

das beklagte Land zu verurteilen, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch nicht unter 1.000,00 Euro liegen sollte, wegen Diskriminierung des Klägers bei den Bewerbungsverfahren des Landes Brandenburg zu zahlen.

Zur Begründung seines Klageabweisungsantrages hat das beklagte Land die Auffassung vertreten, dem Kläger stehe ein Schmerzensgeldanspruch unter keinem Gesichtspunkt zu. Bei der Stelle eines Assistenten Schwerbehindertenrecht, auf die er sich beworben habe, habe er nicht berücksichtigt werden können, weil im Ergebnis eine Bewerberin - ebenfalls schwerbehindert - besser

8

geeignet gewesen sei. Eine Diskriminierung des Klägers bezüglich der übrigen Stellenausschreibungen liege schon deshalb nicht vor, weil sich dieser auf die Stellenausschreibungen nicht beworben habe. Im Übrigen sei der öffentliche Arbeitgeber berechtigt, das Anforderungsprofil einer Stelle zu erstellen und er könne dabei auch den Bewerberkreis auf solche Bewerber beschränken, die bereits in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen. Im Ergebnis sei der Kläger weder aufgrund seiner Schwerbehinderung noch wegen der Ausschreibung an unbefristet beschäftigte Bewerber diskriminiert worden.

Die auf Befristungskontrollklage, hilfsweise auf Beschäftigung und weiter hilfsweise auf Schmerzensgeldzahlung gerichtete Klage hat das Arbeitsgericht abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb vor dem Landesarbeitsgericht ohne Erfolg. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers hat das Bundesarbeitsgericht durch Beschluss vom 15. Dezember 2011 - 7 AZN 1019/11 - die Revision insoweit zugelassen, als die Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts über den hilfsweise gestellten Antrag auf Zahlung eines Schmerzensgeldes zurückgewiesen wurde. Mit seiner insoweit beschränkt zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Ziel einer Verurteilung des beklagten Landes zur Zahlung eines Schmerzensgeldes weiter.

9

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Einen Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes oder einer Entschädigung aufgrund einer Benachteiligung wegen seiner Behinderung oder als befristet Beschäftigter steht dem Kläger unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt zu.

10

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung, soweit für die Revision von Bedeutung, im Wesentlichen wie folgt begründet: Anspruch auf ein Schmerzensgeld habe der Kläger nicht, da er bei den Bewerbungsverfahren nicht diskriminiert worden sei. Soweit der Kläger die Ausschreibung unbefristeter Stellen nur für solche Bewerber, die bereits in einem unbefristeten Arbeits-

11

verhältnis stünden, gerügt habe, liege schon eine Diskriminierung nach § 4 Abs. 2 TzBfG deshalb nicht vor, weil sich der Kläger auf derartige Stellen nicht beworben habe. Eine abstrakte Diskriminierung ohne konkrete eigene Benachteiligung löse einen Entschädigungsanspruch nach deutschem Recht nicht aus.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis. 12

I. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist nicht deshalb aufzuheben, weil es keinen oder einen nur unzureichenden Tatbestand enthält. 13

1. Ein Berufungsurteil muss grundsätzlich zumindest einen den Anforderungen des § 69 Abs. 3 ArbGG genügenden Tatbestand enthalten. Ohne festgestellten Sachverhalt kann ein Urteil vom Revisionsgericht nicht überprüft werden, weil dann nicht klar ist, welchen Streitstoff das Berufungsgericht seiner Entscheidung und Rechtsanwendung zugrunde gelegt hat. Dies gilt auch, wenn die Revision vom Landesarbeitsgericht nicht zugelassen worden ist. Darin liegt kein Fall des § 69 Abs. 2 ArbGG iVm. § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO. Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 72a ArbGG ist ein Rechtsmittel gegen das Berufungsurteil nicht „unzweifelhaft“ unzulässig (*vgl. BAG 30. September 2010 - 2 AZR 160/09 - Rn. 11, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 66 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 61; 18. Mai 2006 - 6 AZR 627/05 - Rn. 16, AP KSchG 1969 § 15 Ersatzmitglied Nr. 2 = EzA ArbGG 1979 § 69 Nr. 5*). Enthält das Berufungsurteil keinen oder einen nur unzureichenden Tatbestand, ist es vom Revisionsgericht von Amts wegen aufzuheben. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn der Zweck des Revisionsverfahrens deshalb erreicht werden kann, weil die Entscheidungsgründe hinreichende Anhaltspunkte zum Sach- und Streitstand enthalten und die aufgeworfenen Fragen danach beurteilt werden können (*BAG 30. September 2010 - 2 AZR 160/09 - aaO; 18. Mai 2006 - 6 AZR 627/05 - aaO; ErfK/Koch 13. Aufl. § 69 ArbGG Rn. 5*). 14

2. Der Tatbestand des Berufungsurteils beschränkt sich im Wesentlichen auf die Wiedergabe der Gründe des Urteils des Arbeitsgerichts, eigene tatsächliche Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Gleichwohl bietet das Urteil des Berufungsgerichts in der Zusammenschau von Tatbestand 15

und Entscheidungsgründen eine ausreichende Grundlage für eine revisionsrechtliche Kontrolle. In die Revisionsinstanz ist aufgrund der beschränkten Zulassung der Revision nur noch der Streitgegenstand gelangt, ob dem Kläger ein Schmerzensgeld zusteht, weil er vom beklagten Land bei Bewerbungsverfahren vor allem wegen seines befristeten Arbeitsverhältnisses, aber auch wegen seiner Schwerbehinderung unberücksichtigt geblieben, also benachteiligt worden ist. Aus der Wiedergabe der Urteilsgründe des Arbeitsgerichts ergibt sich, dass der Kläger zunächst bis zum 30. September 2008 und dann bis zum 30. September 2009 sachgrundlos befristet beschäftigt wurde. Weiter ergeben sich aus den Gründen des Urteils des Arbeitsgerichts, auf die sich das Landesarbeitsgericht bezogen hat, die für den Schmerzensgeldanspruch wesentlichen Tatsachen, die im Kern auch unstreitig sind. Diese ergeben sich zudem aus den im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätzen, die das Berufungsgericht ebenfalls in Bezug genommen hat. Damit sind die für eine revisionsrechtliche Kontrolle des Schmerzensgeldanspruchs des Klägers maßgeblichen Fakten aus dem Berufungsurteil noch ersichtlich.

II. Die Klage ist auch zulässig. Insbesondere begegnet es keinen Bedenken im Hinblick auf § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn der Kläger seine Schmerzensgeldforderung nicht beziffert hat. Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, wenn er diejenigen Tatsachen, die dem Gericht eine Schätzung nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO ermöglichen, darlegt sowie die Größenordnung der geltend gemachten Forderungen angibt (*BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 16, AP AGG § 15 Nr. 9 = EZA AGG § 15 Nr. 16*). 16

III. Die Klage ist jedoch unbegründet. 17

1. Ein Anspruch auf Entschädigung oder „Schmerzensgeld“ nach § 15 Abs. 2 AGG, weil der Kläger bei seiner Bewerbung wegen seiner Behinderung benachteiligt worden wäre, besteht nicht. 18

a) Nach dem Wortlaut seines Antrages begehrt der Kläger zwar ein „Schmerzensgeld“. Der Antrag ist jedoch der Auslegung zugänglich. § 15 Abs. 2 AGG stellt im Arbeitsrecht eine ausdrückliche materielle Grundlage für die 19

Kompensation immaterieller Schäden dar. Eine solche Entschädigung wäre auch von einer dem Wortlaut nach geltend gemachten „Schmerzensgeld“-Forderung umfasst.

b) Das Klagebegehren kann jedoch auf diese Anspruchsgrundlage nicht gestützt werden, weil der Anspruch nicht nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht wurde. Die am 30. September 2009 anhängig gemachte Klage war zunächst nur auf Befristungskontrolle, hilfsweise auf Beschäftigung gerichtet. Darin liegt nicht zugleich die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs. Erstmals im Kammertermin vom 15. Dezember 2010 hat der Kläger durch eine zu Protokoll erklärte Klageerweiterung den Schmerzensgeldanspruch gegenüber dem beklagten Land geltend gemacht. Dies wahrte die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG nicht. Zwar haben weder das Arbeits- noch das Landesarbeitsgericht Feststellungen darüber getroffen, wann dem Kläger mitgeteilt wurde, dass er in dem Bewerbungsverfahren, in dem er sich auf die Stelle eines Assistenten im Schwerbehindertenrecht mit Schreiben vom 20. Juni 2009 beworben hatte, keine Berücksichtigung findet. Jedenfalls wurde dem Kläger aber mit Schreiben vom 9. September 2009 mitgeteilt, dass das Arbeitsverhältnis nicht über den 30. September 2009 fortgesetzt wird. Die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs erst am 15. Dezember 2010 wahrt die Zweimonatsfrist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG folglich nicht. 20

c) Soweit der Kläger sich wegen seiner Schwerbehinderteneigenschaft, also als Behinderter, benachteiligt sieht, kommt auch kein Anspruch auf Ersatz des Nichtvermögensschadens wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht. Zum einen hat der Kläger insoweit keine anspruchsbegründenden Tatsachen dargelegt, zum anderen ist aus dem unstreitigen Sachverhalt kein schwerwiegender Verschuldensvorwurf, was die Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Klägers anbelangt, gegenüber dem beklagten Land abzuleiten. Zudem hat der Senat selbst für geltend gemachte materielle Schäden wegen der Diskriminierung aufgrund eines im AGG genannten verbotenen Merkmals 21

entschieden, dass insoweit die in § 15 Abs. 4 AGG geregelte Ausschlussfrist einzuhalten ist (*BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 188/11 - Rn. 32 ff., AP AGG § 15 Nr. 12 = EzA AGG § 15 Nr. 20*).

2. Auch soweit sich der Kläger bei seiner Bewerbung deswegen benachteiligt sieht, weil sich die Ausschreibung nur an Bewerber mit einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zum beklagten Land richtete, kommt ein Schmerzensgeldanspruch nicht in Betracht. 22

a) Auf das AGG - wiederum im Sinne eines Entschädigungsanspruchs - kann der Kläger einen solchen Anspruch schon deswegen nicht stützen, weil das Merkmal, dass der Arbeitnehmer in einem befristeten Arbeitsverhältnis steht, nicht von den in § 1 AGG abschließend aufgeführten Merkmalen erfasst wird. 23

b) Auch aus § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG folgt kein Anspruch auf „Schmerzensgeld“. 24

aa) Nach dieser Bestimmung darf ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer wegen der Befristung des Arbeitsvertrags nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. § 4 Abs. 2 TzBfG ist eine spezielle Ausprägung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes (*BAG 2. März 2004 - 1 AZR 271/03 - zu III der Gründe, BAGE 109, 369 = AP TVG § 3 Nr. 31 = EzA BetrVG 2001 § 87 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 4; MüKoBGB/Müller-Glöge 6. Aufl. § 4 TzBfG Rn. 17; Thüsing in Annuß/Thüsing TzBfG 3. Aufl. § 4 Rn. 16; APS/Greiner 4. Aufl. § 4 TzBfG Rn. 3*). Eine Diskriminierungsabsicht ist für die Verwirklichung des Diskriminierungsverbots nicht erforderlich (*ErfK/Preis 13. Aufl. § 4 TzBfG Rn. 37*). 25

bb) Ob vorliegend die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm erfüllt sind, kann schon deswegen offen bleiben, weil der Gesetzgeber in § 4 Abs. 2 TzBfG als Rechtsfolge nicht die Zahlung einer immateriellen Entschädigung oder eines 26

Schmerzensgeldes wegen Diskriminierung vorgesehen hat. Als Ausprägung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist der Anspruch auf die Beseitigung einer Ungleichbehandlung gerichtet. Der Arbeitnehmer, der in einem nur befristeten Arbeitsverhältnis steht, kann grundsätzlich das gleiche Entgelt oder andere geldwerte Leistungen beanspruchen wie vergleichbare Arbeitnehmer, die in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen. Im Zweifel findet eine „Anpassung nach oben“ statt (vgl. BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 518/09 - Rn. 28, BAGE 136, 36 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 72 = EzA GG Art. 33 Nr. 39; Sievers TK-TzBfG 4. Aufl. § 4 Rn. 69). Ein solcher Ausgleich materieller Nachteile umfasst keinen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens, also einen Anspruch auf Schmerzensgeld- oder Entschädigungszahlung.

c) Auch aus einem Verstoß des beklagten Landes gegen vertragliche (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB iVm. § 4 Abs. 2 TzBfG) oder gesetzliche (§ 823 Abs. 2 BGB iVm. § 4 Abs. 2 TzBfG) Pflichten, lässt sich vorliegend ein Anspruch des Klägers auf Ersatz seines immateriellen Schadens im Sinne eines Schmerzensgeldanspruchs oder eines Anspruchs auf Entschädigung nicht ableiten. 27

aa) Es kann dahinstehen, ob ein etwaiger Verstoß des Arbeitgebers gegen das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 2 TzBfG zugleich einen Verstoß des Arbeitgebers gegen seine vertraglichen Pflichten darstellt, § 241 Abs. 2 BGB. Dagegen spricht, dass der Gesetzgeber im TzBfG keine Regelung vorgesehen hat, wie er sie für die Diskriminierungsverbote des AGG in § 7 Abs. 3 AGG geschaffen hat. Ebenso kann dahinstehen, ob § 4 Abs. 2 TzBfG ein Schutzgesetz iSd. § 823 Abs. 2 BGB ist (bejahend für § 2 Abs. 1 BeschFG aF: BAG 24. Oktober 2001 - 5 AZR 32/00 - zu B I 1 der Gründe, AP BGB § 823 Schutzgesetz Nr. 27 = EzA BGB § 852 Nr. 1; MüKoBGB/Müller-Glöge 6. Aufl. § 4 TzBfG Rn. 48). 28

bb) Jedenfalls scheiterte sowohl ein vertraglicher als auch ein deliktischer Anspruch des Klägers auf Schmerzensgeld daran, dass § 253 Abs. 1 BGB einen Entschädigungsanspruch bei Verletzung des § 4 Abs. 2 TzBfG aus- 29

schließt. Vorliegend macht der Kläger keinen materiellen Schaden geltend. Nach § 253 Abs. 1 BGB können Entschädigungen in Geld wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. Außerdem kann immaterieller Schadensersatz verlangt werden, wenn eines der in § 253 Abs. 2 BGB aufgezählten Rechtsgüter verletzt wurde. Dazu gehört die Diskriminierung wegen eines befristeten Arbeitsverhältnisses nicht. Eine billige Entschädigung in Geld kann nur wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung verlangt werden, nicht jedoch aufgrund einer Benachteiligung wegen der Befristung des Arbeitsvertrags.

d) § 253 Abs. 2 BGB kann auf den vorliegenden Fall auch nicht analog angewendet werden, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. 30

Der Gesetzgeber wollte mit der zum 1. August 2002 in Kraft getretenen Neufassung des Schmerzensgeldanspruchs durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. Juli 2002 (*BGBI. I S. 2674*) die Diskrepanz zwischen dem Deliktsrecht und dem Vertragsrecht, nach der gemäß § 847 aF BGB Schmerzensgeld nur im Falle einer deliktischen Haftung geschuldet war, beseitigen (*BT-Drucks. 14/7752 S. 14 ff.*). Es sollte ein Schmerzensgeld auch im Falle einer vertraglichen Verschuldens- sowie der Gefährdungshaftung in Betracht kommen. § 847 aF BGB wurde zu diesem Zweck weitgehend übernommen, den relevanten Rechtsgutsverletzungen fügte der Gesetzgeber noch das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung hinzu (*BT-Drucks. 14/7752 S. 24*). 31

Bei § 253 Abs. 2 BGB handelt es sich, wie bereits § 253 Abs. 1 BGB klarstellt, um eine abschließende Aufzählung. § 253 Abs. 1 BGB statuiert ein Analogieverbot (*MüKoBGB/Oetker 6. Aufl. § 253 Rn. 7*). Sinn und Zweck der Norm ist es, dem Grundsatz Rechnung zu tragen, dass immaterielle Schäden wegen der damit verbundenen Bewertungsprobleme nicht ausgeglichen werden (*NK-BGB/Huber 2. Aufl. § 253 Rn. 4; Spindler in BeckOK BGB Stand 1. Februar 2013 § 253 Rn. 7*). Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass der Geschädigte bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen § 4 Abs. 2 TzBfG eine Entschädigung 32

verlangen könnte, hätte er dies im Gesetz ausdrücklich klarstellen müssen. Die Konfliktlage musste ihm auch bewusst sein. Bei dem Inkrafttreten der Neufassung des § 253 BGB zum 1. August 2002 war § 4 Abs. 2 TzBfG bereits seit 1. Januar 2001 in Kraft (*BGBI. I 2000 S. 1966*). Für die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke des Gesetzgebers besteht daher kein Raum (*vgl. auch BGH 23. Juli 2010 - VZR 142/09 - Rn. 9, NJW 2010, 3160 für die Ablehnung eines Schmerzensgeldanspruchs bei einem Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB*).

e) Soweit er eine Benachteiligung als befristet Beschäftigter geltend macht, kann der Kläger seinen Anspruch auch nicht auf die Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, § 280 Abs. 1 BGB iVm. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG stützen. 33

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats setzt eine Entschädigungszahlung eine schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. ein schweres Verschulden des Handelnden voraus (*BAG 24. September 2009 - 8 AZR 636/08 - Rn. 42, AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 41 = EzA AGG § 15 Nr. 3; 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 72, BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1; vgl. auch BGH 4. November 2004 - III ZR 361/03 - BGHZ 161, 33*). Geringfügige Eingriffe lösen keine Entschädigungsansprüche aus (*BAG 24. September 2009 - 8 AZR 636/08 - aaO*). 34

Wiederum hat aber auch der Kläger insoweit nicht vorgetragen, dass er durch die - unterstellte - unzulässige Benachteiligung wegen seines befristeten Arbeitsvertrags eine schwere Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts habe erdulden müssen. 35

f) Auch eine Auslegung von § 4 Abs. 2 TzBfG unter Beachtung von § 4 Nr. 1 der in die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 inkorporierten Rahmenvereinbarung (*Rahmenvereinbarung*), deren Umsetzung in das nationale Recht § 4 Abs. 2 TzBfG diene, führt zu keinem anderen Ergebnis. 36

aa) Gemäß § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung dürfen befristet beschäftigte Arbeitnehmer in ihren Beschäftigungsbedingungen nur deswegen, weil für sie ein befristeter Arbeitsvertrag oder ein befristetes Arbeitsverhältnis gilt, gegenüber vergleichbaren Dauerbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung besonders wichtige Grundsätze des Sozialrechts der Gemeinschaft und zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechts zu zählen (*EuGH 22. Dezember 2010 - C-444/09 und C-456/09 - [Gavieiro Gavieiro] Rn. 41, Slg. 2010, I-14031*). § 4 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung ist zudem unbedingt und hinreichend genau, um ab dem Zeitpunkt, zu dem die den Mitgliedstaaten für die Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG gesetzte Frist abgelaufen ist, von einem Einzelnen vor einem nationalen Gericht gegenüber dem Staat in Anspruch genommen werden zu können; der Bestimmung kommt mithin eine unmittelbare Wirkung zu (*vgl. EuGH 18. Oktober 2012 - C-302/11 bis C-305/11 - [Valenza] Rn. 70, NZA 2013, 261; 22. Dezember 2010 - C-444/09 und C-456/09 - [Gavieiro Gavieiro] Rn. 83, aaO*). Nach § 4 Nr. 3 der Rahmenvereinbarung wird es den Mitgliedstaaten überlassen, Anwendungsmodalitäten dieser Bestimmung im nationalen Recht festzulegen. Die Rahmenvereinbarung selbst sieht nicht vor, dass einem wegen seines befristeten Beschäftigungsverhältnisses benachteiligten Arbeitnehmer neben oder anstelle des Anspruchs auf Gleichbehandlung ein Anspruch auf Zahlung einer immateriellen Entschädigung zustehen muss.

37

bb) Auch der unionsrechtliche Grundsatz der Effektivität gebietet nichts anderes. In Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 und Unterabs. 3 EUV in der Fassung von 2008 heißt es, dass die Mitgliedstaaten ua. „alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen [ergreifen], die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben“, und „alle Maßnahmen [unterlassen], die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten“; dazu gehören auch die mit den Richtlinien verfolgten Ziele (*EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 41, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 24 = EzA AGG § 22 Nr. 5*). Ziel der Rahmenvereinbarung ist es

38

nach deren § 1 Buchst. a, durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse zu verbessern. Dieses Ziel kann effektiv dadurch erreicht werden, dass dem benachteiligten Arbeitnehmer ein Anspruch auf Gleichbehandlung zugestanden wird. Dies ist durch § 4 Abs. 2 TzBfG geschehen. Der Kläger hätte, gestützt auf diese Vorschrift - ggf. im Klageweg - verlangen können, zum Bewerbungsverfahren zugelassen zu werden. Sofern er sich beworben hätte, alle weiteren Kriterien des Anforderungsprofils erfüllte, die Stelle noch nicht besetzt worden sei und er unter Berücksichtigung von Art. 33 Abs. 2 GG der am besten geeignete Bewerber gewesen wäre, hätte er einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Einstellung und Zuweisung eines unbefristeten Arbeitsvertrags gehabt (*vgl. BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 73 = EzA GG Art. 33 Nr. 40*). Ist eine Gleichbehandlung nicht mehr möglich, käme allenfalls ein auf § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 4 Abs. 2 TzBfG gestützter materieller Schadensersatz in Betracht, nicht aber der Ausgleich eines bloß immateriellen Schadens.

Der Kläger kann auch nicht mit Erfolg einwenden, er sei bereits durch die diskriminierende Ausschreibung abgehalten worden, sich zu bewerben. Lässt eine Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber einen Ermessensspielraum, welche Maßnahmen er zur Umsetzung des in der Richtlinie genannten Ziels ergreift (*vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV*), so sind die Rechte des betroffenen Arbeitnehmers darauf beschränkt, die vom nationalen Gesetzgeber vorgesehenen Rechte wahrzunehmen (*vgl. EuGH 10. April 1984 - C-14/83 - [von Colson und Kamann] Rn. 18, Slg. 1984, 1891 = AP BGB § 611a Nr. 2*). Dem Arbeitnehmer steht kein Wahlrecht zu zwischen der ausdrücklich gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit der Geltendmachung der Gleichbehandlung und einem nicht geregelten Entschädigungsanspruch.

39

3. Soweit der Kläger sich benachteiligt sieht, weil das beklagte Land ferner fünf weitere Stellen für unbefristet beschäftigte Bewerber ausgeschrieben hat, kann er Ansprüche schon deswegen nicht geltend machen, weil er sich auf diese Stellen nicht beworben hat. Will ein Arbeitnehmer individuelle Rechte aus

40

§ 4 Abs. 2 TzBfG herleiten, müssen dessen Voraussetzungen in seiner Person vollständig erfüllt sein. Dies ist hier nicht der Fall. Es fehlt an einer schlechteren Behandlung des Klägers gegenüber vergleichbaren, nicht befristet beschäftigten Arbeitnehmern.

a) Wird eine Stelle unter Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot ausgeschrieben, so besteht die benachteiligende Maßnahme bei einer schutzzweckorientierten Auslegung nicht schon in der Veröffentlichung der diskriminierenden Stellenanzeige, sondern in der Ablehnung bzw. Nichtberücksichtigung des Arbeitnehmers im Bewerbungsverfahren (*vgl. BVerfG 21. September 2006 - 1 BvR 308/03 - [Eurokauffrau] Rn. 19, BVerfGK 9, 218 = AP BGB § 611a Nr. 24 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 4*). Nach hM begründet ein Verstoß gegen die Verpflichtung, einen Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG auszuschreiben, die Vermutung, die Benachteiligung sei wegen des in der Ausschreibung bezeichneten verbotenen Merkmals erfolgt (*BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 59, AP AGG § 15 Nr. 5 = EzA AGG § 15 Nr. 10*), die diskriminierende Ausschreibung begründet aber selbst keine Entschädigungsansprüche (*ErfK/Schlachter 13. Aufl. § 11 AGG Rn. 2; Suckow in Schleuse-ner/Suckow/Voigt AGG 4. Aufl. § 11 Rn. 53; Däubler/Bertzbach - Buschmann 2. Aufl. § 11 Rn. 24; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 11 Rn. 8; HWK/Rupp 5. Aufl. § 11 AGG Rn. 2; aA Roloff in BeckOK Arbeitsrecht Stand 1. Dezember 2012 § 11 AGG Rn. 7*). Es besteht kein Grund, die zu dem AGG bestehende Rechtslage nicht auch auf Stellenausschreibungen zu übertragen, bei denen die Diskriminierung nur nicht an ein in § 1 AGG genanntes Merkmal anknüpft, sondern an die Befristung eines Arbeitsvertrags (§ 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG).

41

b) Der befristet beschäftigte Arbeitnehmer muss also bei der Benachteiligung, dh. der Nichtberücksichtigung im Stellenbesetzungsverfahren, mit dem erfolgreichen Bewerber, der bereits in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit dem beklagten Land stand, vergleichbar gewesen sein. In einer Bewerbungssituation bezieht sich die Vergleichbarkeit denknotwendig auf die Erfüllung des Anforderungsprofils und, um überhaupt in den Kreis der Bewerber zu gelangen, auch auf die Bewerbung als solche. Eine solche vergleichbare Situation mit den

42

letztendlich erfolgreichen Bewerbern lag hier nicht vor. Im Gegensatz zu diesen hatte der Kläger keine Bewerbung eingereicht. Schon deswegen konnte er im Bewerbungsverfahren nicht berücksichtigt werden. Schon für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG hat der Senat erkannt, dass der Anspruch eine Bewerbung des Arbeitnehmers voraussetzt, § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG (vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 370/09 - Rn. 30 ff., AP SGB IX § 81 Nr. 19 = EZA AGG § 15 Nr. 11). Eine abstrakte Diskriminierung ohne konkrete eigene Beteiligung vermag eine Entschädigung nicht auszulösen. Dies gilt gleichermaßen für das AGG wie für das spezielle Diskriminierungsverbot in § 4 Abs. 2 TzBfG. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. EuGH 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 25, Slg. 2008, I-5187). Dem Fall, den der Gerichtshof der Europäischen Union zu beurteilen hatte, lag kein individueller Entschädigungsanspruch eines abgewiesenen Bewerbers zugrunde, sondern die Klage eines Zentrums für Chancengleichheit und für die Bekämpfung von Rassismus (Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2000/43/EG). Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der Rahmenvereinbarung im Rahmen seines durch das Europäische Recht eröffneten Spielraums nicht für eine derartige Verbandsklagemöglichkeit entschieden. Der Europäische Gerichtshof hat einen Entschädigungsanspruch eines von einem diskriminierenden Stellenprofil nur abstrakt betroffenen Arbeitnehmers mit seinem Urteil ebenfalls nicht bejaht.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

43

Hauck

Böck

Breinlinger

Eimer

Wankel