

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 18. September 2014
- 8 AZR 753/13 -

I. Arbeitsgericht Siegen

Urteil vom 22. Januar 2013
- 1 Ca 907/12 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 6. Juni 2013
- 11 Sa 335/13 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Bewerbung - Entschädigung bei Benachteiligung wegen des Geschlechts
- Abgrenzung unmittelbare/mittelbare Benachteiligung - Indizwirkung von
Statistiken

Bestimmungen:

AGG § 3 Abs. 1, § 3 Abs. 2, § 15 Abs. 2

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 753/13
11 Sa 335/13
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. September 2014

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 18. September 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Breinlinger, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtlichen Richter Burr und Dr. Bloesinger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 6. Juni 2013 - 11 Sa 335/13 - teilweise aufgehoben, soweit der Klage stattgegeben wurde.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht Hamm zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch, den die Klägerin aufgrund einer Benachteiligung als Frau bei einer Bewerbung geltend macht.

1

Die Klägerin ist gelernte Verwaltungsfachfrau. Sie ist verheiratet und Mutter eines schulpflichtigen Kindes, das im Zeitpunkt der Bewerbung sieben Jahre alt war. Die Beklagte, die in S einen Radiosender betreibt, suchte per Zeitungsanzeige für eine Vollzeitstelle eine/n „Buchhalter/-in“ mit abgeschlossener kaufmännischer Ausbildung. Mit Schreiben vom 14. April 2012 bewarb sich die Klägerin unter Beifügung ihres Lebenslaufes. Sie erhielt unter dem 2. Mai 2012 eine Absage, der die Beklagte zu ihrer Entlastung die Bewerbungsunterlagen beifügte. Auf dem zurückgesandten Lebenslauf fand die Klägerin neben ihrer Textzeile „verheiratet, ein Kind“ den handschriftlich hinzugesetzten Vermerk „7 Jahre alt!“. Die so entstehende Wortfolge „ein Kind 7 Jahre alt!“ war durchgängig unterstrichen worden.

2

Mit Schreiben vom 6. Juni 2012 machte die Klägerin bei der Beklagten eine Entschädigung wegen Verstoßes gegen das AGG geltend, was die Beklagte unter dem 21. Juni 2012 ablehnte. Am 20./23. Juli 2012 ging beim Arbeitsgericht die Klage auf Zahlung einer Entschädigung iHv. 3.000,00 Euro ein. Diese wurde der Beklagten am 1. August 2012 zugestellt. Am Ende der Klage-

3

begründung wurde für die Klägerin ausgeführt, sie mache „gegenwärtig einen Anspruch von insgesamt 3.000,00 Euro geltend“. Im September 2012 teilte die Beklagte mit, das Bruttomonatsentgelt der fraglichen Stelle betrage 2.027,00 Euro. Daraufhin hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 4. Oktober 2012 die Klage auf 6.081,00 Euro erweitert.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, wegen des handschriftlichen Vermerks auf dem zurückgesandten Lebenslauf sei davon auszugehen, ihre Bewerbung sei abgelehnt worden, weil sie ein siebenjähriges Kind zu betreuen habe. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass sie im Lebenslauf das Alter ihres Kindes gar nicht angegeben habe, sondern die Beklagte sich dies selbst aus den Bewerbungsunterlagen errechnet haben müsse. Die Notiz indiziere, dass die Beklagte das Vorhandensein eines Kindes mit einer Vollzeittätigkeit nicht für kompatibel halte. Davon seien vorrangig Frauen betroffen. Die Indizwirkung werde nicht dadurch widerlegt, dass die Beklagte tatsächlich eine junge, nicht schwangere Frau eingestellt habe. Die Beklagte habe nicht erklären können, weshalb es zu dem Vermerk gekommen sei, wenn die Tatsache ihrer Mutterschaft und des Kindesalters bei der Einstellungsentscheidung keine Bedeutung gehabt haben solle.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 6.081,00 Euro nebst fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21. Juni 2012 zu zahlen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags darauf verwiesen, dass sie eine Buchhalterin gesucht und schließlich eine junge verheiratete Frau befristet eingestellt habe, die neben einer Ausbildung zur Bankkauffrau über Kenntnisse zur Debitoren- und Kreditorenbuchhaltung verfügt habe. Die eingestellte Bewerberin habe über eine Weiterbildung als Bilanzbuchhalterin verfügt. Die Auswahlentscheidung sei allein nach der Qualifikation und unter fachlichen Gesichtspunkten getroffen worden. Familienstand und Betreuungspflicht gegenüber Kindern hätten keine Bedeutung gehabt. Die Notiz sei als Hilfestellung erfolgt, weil man so festgehalten habe, dass das Kind der Klä-

gerin schon in der Schule und damit eine Vollzeitbeschäftigung möglich sei. Dass verheiratete Mütter auf dem Arbeitsmarkt schlechtere Einstellungschancen hätten, träfe nicht zu.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Der Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht in Höhe von 3.000,00 Euro entsprochen und die Revision gegen sein Urteil zugelassen. Mit der nur von der Beklagten eingelegten Revision will diese das erstinstanzliche Urteil wiederherstellen lassen.

7

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist begründet. Die vom Landesarbeitsgericht für seine Entscheidung gegebene Begründung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Ob die Klage begründet ist, kann der Senat nicht selbst entscheiden.

8

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Benachteiligung der Klägerin durch Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung stelle keine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts dar. Das Merkmal der „Mutterschaft“ iSd. § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG umfasse nur Umstände, die unmittelbar mit der Schwangerschaft und der Geburt zusammenhängen. Jedoch sei die Klägerin mittelbar wegen ihres Geschlechts iSd. § 3 Abs. 2 AGG benachteiligt worden. Mit der Anmerkung der Beklagten auf dem Lebenslauf der Klägerin sei die Frage der Vereinbarkeit von beruflicher Tätigkeit und Betreuung eines minderjährigen Kindes im Grundschulalter in den Blick genommen worden. In der Literatur, insbesondere aber aufgrund des Befundes des Mikrozensus 2010 stehe fest, dass wesentlich weniger verheiratete Frauen mit versorgungsberechtigten Kindern in Vollzeit arbeiteten als dies bei verheirateten Vätern der Fall sei. Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf stelle vor allem für Frauen eine besondere Herausforderung dar. Somit sei der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung zu bejahen. Einen über 3.000,00 Euro

9

hinausgehenden Entschädigungsanspruch habe die Klägerin nicht binnen der Frist des § 61b Abs. 1 ArbGG eingeklagt.

B. Die Begründung des Berufungsurteils ist nicht frei von Rechtsfehlern. 10

I. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. 11

1. Als Bewerberin ist die Klägerin „Beschäftigte“ nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG. Da die Beklagte um Bewerbungen für das von ihr angestrebte Beschäftigungsverhältnis nachgesucht hat, ist sie „Arbeitgeberin“ iSd. § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG (vgl. BAG 23. Januar 2014 - 8 AZR 118/13 - Rn. 17 und 20; 21. Juni 2012 - 8 AZR 188/11 - Rn. 17 und 18, BAGE 142, 143; 19. August 2010 - 8 AZR 370/09 - Rn. 23). 12

2. Ihren auf eine Benachteiligung wegen ihres Geschlechts gestützten Entschädigungsanspruch hat die Klägerin jedenfalls, soweit er in die Revision gelangt ist, innerhalb der Fristen des § 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG geltend gemacht und eingeklagt. 13

a) Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss ein Anspruch nach Abs. 1 oder Abs. 2 des § 15 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Im Falle einer Bewerbung beginnt die Frist grundsätzlich mit dem Zugang der Ablehnung (§ 15 Abs. 4 Satz 2 AGG) zu laufen, nicht jedoch vor dem Zeitpunkt, in dem der Bewerber von seiner Benachteiligung Kenntnis erlangt hat (BAG 15. März 2012 - 8 AZR 37/11 - Rn. 55, BAGE 141, 48 = AP AGG § 15 Nr. 11). 14

Die Klägerin erhielt unter dem 2. Mai 2012 von der Beklagten die Absage, der die Bewerbungsunterlagen mit dem problematischen handschriftlichen Vermerk beigelegt waren. Unstreitig hat die Klägerin sodann schriftlich unter dem 6. Juni 2012 eine Entschädigung wegen Verstoßes gegen das AGG verlangt, was die Beklagte am 21. Juni 2012 ablehnte. Diese Geltendmachung wahrt die Frist des § 15 Abs. 4 AGG. 15

b) Nach der Ablehnung hat die Klägerin mit Eingang beim Arbeitsgericht am 20./23. Juli 2012 eine Entschädigungszahlung iHv. 3.000,00 Euro einge- 16

klagt. Diese Klage, in deren Begründung die Klägerin ausführen lässt, sie mache „gegenwärtig einen Anspruch von insgesamt 3.000,00 Euro geltend“, wurde der Beklagten am 1. August 2012 zugestellt, womit auch die Dreimonatsfrist des § 61b Abs. 1 ArbGG gewahrt wurde.

c) Die Abweisung der darüber hinausgehenden Klage durch die Vorinstanzen ist rechtskräftig. Der Senat hat daher nicht darüber zu entscheiden, ob die Begründung des Berufungsgerichts, die spätere Klageerweiterung sei nach Ablauf der Frist des § 61b Abs. 1 ArbGG erfolgt und daher „aus den Gründen des § 61b Abs. 1 ArbGG abzuweisen“, rechtsfehlerhaft ist. 17

II. Das Berufungsgericht, das ausschließlich auf eine mittelbare Diskriminierung abgestellt hat, hat verkannt, dass eine arbeitgeberseitige handschriftliche Anmerkung oder Äußerung „ein Kind 7 Jahre alt!“ auf dem Lebenslauf einer Frau von dem Verbot unmittelbarer Benachteiligung erfasst sein kann (§ 3 Abs. 1 AGG). Eine solche verbotene unmittelbare Benachteiligung ist stets vorrangig zu prüfen (vgl. *EuGH 20. Oktober 2011 - C-123/10 - [Brachner] Rn. 55, Slg. 2011, I-10003*; *6. Dezember 2007 - C-300/06 - [Voß] Rn. 26, Slg. 2007, I-10573*; *9. September 2003 - C-25/02 - [Rinke] Rn. 32, Slg. 2003, I-8349*; *9. Februar 1999 - C-167/97 - [Seymour-Smith und Perez] Rn. 53, Slg. 1999, I-623*). 18

1. Die Beklagte hat die Klägerin mit der Bewerbungsablehnung benachteiligt. Eine solche Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vor, wenn eine Person eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Im Verhältnis zur tatsächlich eingestellten, erfolgreichen Person wurde die Klägerin weniger günstig behandelt. 19

2. Die Klägerin befand sich mit der letztlich ausgewählten Person in einer vergleichbaren Situation (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AGG). Zwar hat die Beklagte vorgebracht, ihre Einstellungsentscheidung hätte ausschließlich fachliche Gesichtspunkte gehabt. Damit hat sie jedoch nicht in Abrede gestellt, dass die Klägerin objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet gewesen wäre. In der Stellen- 20

ausschreibung wurde (nur) ein/e Buchhalter/in mit abgeschlossener kaufmännischer Ausbildung gesucht. Spezielle Kenntnisse der Bilanzbuchhaltung wurden in der Ausschreibung nicht verlangt.

3. Zwischen der benachteiligenden Behandlung und einem durch § 1 AGG 21
verbotenen Anknüpfungsmerkmal muss ein Kausalzusammenhang bestehen.
§ 22 AGG trifft dabei hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen
Nachteil und verbotenem Merkmal eine Beweislastregelung, die sich zugleich
auf die Darlegungslast auswirkt. Nach § 22 Halbs. 1 AGG genügt eine Person,
die sich wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe für benachteiligt hält,
ihrer Darlegungslast, wenn sie Indizien vorträgt, die diese Benachteiligung ver-
muten lassen (*BAG 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 31 mwN; 26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 25 f. mwN; EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 34 ff.; vgl. auch Art. 19 Abs. 1 RL 2006/54/EG*).
Bei der Prüfung eines solchen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände des
Rechtsstreits im Sinne einer Gesamtbetrachtung und -würdigung des Sachver-
halts zu berücksichtigen (*vgl. EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociatia ACCEPT] Rn. 50; 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 42 ff.; BAG 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 31 mwN; 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 - Rn. 33, BAGE 142, 158*). Die vorgetragenen Tatsachen müssen darauf schließen las-
sen, dass die Benachteiligung zumindest auch wegen jenes Merkmals erfolgt
ist. Durch die Verwendung der Begriffe „Indizien“ und „vermuten“ bringt das Ge-
setz zum Ausdruck, dass es hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen einem
der in § 1 AGG genannten Gründe und einer ungünstigeren Behandlung ge-
nügt, Hilfstatsachen vorzutragen, die zwar nicht zwingend den Schluss auf die
Kausalität zulassen, die aber gleichwohl die Annahme rechtfertigen, dass die
Kausalität gegeben ist (*BAG 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 32; 27. Januar 2011 - 8 AZR 580/09 - Rn. 29*). Auf ein schuldhaftes Handeln oder
gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (*BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 - Rn. 32, aaO*). Ist eine solche Vermutung für eine Be-
nachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu bejahen, trägt
nach § 22 AGG die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass

kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat.

4. Für die Vermutungswirkung des § 22 AGG ist es ausreichend, dass ein in § 1 AGG genannter Grund „Bestandteil eines Motivbündels“ ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Wie die von Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG genannten „Merkmale“ dürfen auch die „Gründe“ des § 1 AGG nicht als Anknüpfungspunkt für eine benachteiligende rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden (vgl. *BVerfG 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 - zu C I 1 der Gründe, BVerfGE 85, 191*). Es ist nicht erforderlich, dass der von Verfassungs oder Gesetzes wegen als Anknüpfungspunkt verbotene Grund ausschließliches oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Benachteiligten ist. Eine bloße Mitursächlichkeit genügt (*BAG 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 34; 26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 25*). Sollte die Beklagte vorliegend also an das Geschlecht der Klägerin bei ihrer benachteiligenden Behandlung angeknüpft haben, so musste dies nicht der vorherrschende Beweggrund, ihr Hauptmotiv oder die „Triebfeder“ ihres Verhaltens sein. 22

5. Bei der Beurteilung von Tatbeständen, die auf eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung schließen lassen, sind die innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder -gepflogenheiten maßgebend (*RL 2006/54/EG, 30. Erwägungsgrund*). Die Beweiskraft der vorgelegten Beweismittel ist nach den Regeln des innerstaatlichen Rechts zu beurteilen (vgl. *EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 79, 82, Slg. 2011, I-6919*). Maßgebend für die Beweiswürdigung ist die freie Überzeugung des Tatsachengerichts unter Zugrundelegung des abgesenkten Beweismaßes des § 22 AGG, § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Gerichte haben dabei darüber zu wachen, dass im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, die Verwirklichung des mit der RL 2006/54/EG verfolgten Ziels nicht beeinträchtigt wird (*EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 42; BAG 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 39*). 23

6. Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob die von einem Bewerber vor- 24
getragenen und unstreitigen oder bewiesenen (Hilfs-)Tatsachen eine Benach-
teiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, ist nur eingeschränkt revisi-
bel. Die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO gewonnene Überzeugung bzw. Nicht-
überzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität
zwischen dem verpönten Merkmal - hier das Geschlecht der Klägerin - und ei-
nem Nachteil kann revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob sie mög-
lich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze
oder Erfahrungssätze verstößt (*BAG 27. März 2014 - 6 AZR 989/12 - Rn. 37*;
26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 28; *21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 -*
Rn. 34, BAGE 142, 158; *13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 36*).
7. Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts iSd. § 3 25
Abs. 1 Satz 2 AGG liegt nicht schon deswegen vor, weil die Klägerin bei ihrer
Bewerbung wegen ihrer „Mutterschaft“ ungünstiger behandelt worden wäre.
- a) Schwangerschaft und Mutterschaft sind untrennbar mit dem Geschlecht 26
verbunden, sie können als Differenzierungsmerkmale ausschließlich Frauen
nachteilig treffen. Das hat Eingang in Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 3 der Richtli-
nie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des
Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des
Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg
sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (RL 76/207/EWG) idF der Richtlinie
2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September
2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG (RL 2002/73/EG) sowie später in
Art. 2 Abs. 2 Buchst. c der die Richtlinie 76/207/EWG ablösenden Richtlinie
2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur
Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung
von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen
(RL 2006/54/EG) gefunden (*siehe nur Erwägungsgrund 23 RL 2006/54/EG*).
Der EuGH hat stets mit seiner Rechtsprechung unterstrichen, dass jede im Zu-
sammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft erfolgende Schlechterstel-
lung von Frauen eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

darstellt (*EuGH* 8. November 1990 - C-177/88 - [Dekker] Rn. 14, Slg. 1990, I-3941; 4. Oktober 2001 - C-438/99 - [Jiménez Melgar] Rn. 46, Slg. 2001, I-6915; vgl. 18. November 2004 - C-284/02 - [Sass] Rn. 35 f., Slg. 2004, I-11143). Unter „Mutterschaft“ ist aber nur der besondere Schutz der Frau im Zusammenhang mit einer kurz bevorstehenden oder gerade erfolgten Entbindung zu verstehen.

b) Die Tatsache, dass die Klägerin Mutter eines siebenjährigen Kindes ist, fällt nicht unter „Mutterschaft“, wie sie das AGG und das Unionsrecht unter besonderen Schutz stellen. Eine unmittelbare Diskriminierung in diesem Sinne liegt nicht vor. 27

8. Eine unmittelbare Benachteiligung einer Frau wegen ihres Geschlechts ist aber nicht auf die Fälle einer ungünstigeren Behandlung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft begrenzt. § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG sieht bei diesen Umständen „auch“ eine unmittelbare Benachteiligung, was klarstellt, dass eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG nicht vom Gesetzgeber gewollt war (vgl. dazu die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/1780 S. 32). Zwar geht es bei der unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts um einen Grund, der ausschließlich Arbeitnehmer eines der beiden Geschlechter betrifft (*EuGH* 18. März 2014 - C-167/12 - [CD] Rn. 46 f.; 7. Dezember 2000 - C-79/99 - [Schnorbus] Rn. 33, Slg. 2000, I-10997). Solche Gründe sind jedoch nicht auf biologische Tatsachen zu reduzieren, die Männer und Frauen nicht in gleicher Weise betreffen können, wie sich zum einen an dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG („auch“), aber auch an der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ablesen lässt (vgl. *EuGH* 8. November 1990 - C-177/88 - [Dekker] Slg. 1990, I-3941; vgl. BT-Drs. 16/1780 S. 32). 28

a) Eine arbeitgeberseitige Äußerung, die dem anderen Geschlecht gegenüber nicht gemacht worden wäre, kann einen Grund iSv. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG darstellen, wenn ausschließlich Arbeitnehmer eines der beiden Geschlechter davon betroffen sind. Darunter können auch Äußerungen fallen, die von tradierten Rollenmustern ausgehen und diese als Grundlage der Personalauswahl 29

verdeutlichen. Dies kann auch eine arbeitgeberseitige Bezugnahme auf die tradierte Rollenverteilung in Familien einschließlich der damit einhergehenden pauschalen Annahme sein, eines der beiden Geschlechter sei hauptsächlich für die Kinderbetreuung zuständig und als Arbeitskraft deshalb weniger flexibel oder nur mit Einschränkungen verfügbar.

b) Ob die Anmerkung der Beklagten auf dem zurückgesandten Lebenslauf für die Personalauswahl und die Ablehnung der Bewerbung der Klägerin in diesem Sinne Teil des Motivbündels war, obliegt der Beurteilung durch das Tatsachengericht und kann vom Senat nicht entschieden werden, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 30

aa) Eine arbeitgeberseitige handschriftliche Anmerkung „ein Kind 7 Jahre alt!“, kann an sich auf einem Lebenslauf bezüglich der in § 1 AGG genannten Gründe neutral sein, wenn sie bei allen sich bewerbenden Eltern gemacht würde, unabhängig vom Geschlecht und aus einer Motivation heraus, die mit dem AGG offensichtlich in Einklang steht, § 5 AGG. Dies etwa bei einem Arbeitgeber, der sich besonders für die berufliche Entwicklung von Eltern stark macht und bevorzugt diese bei Einstellungen berücksichtigt. Wird dagegen eine solche Anmerkung nur auf Lebensläufen weiblicher Elternteile gemacht, liegt darin eine direkte Benachteiligung „als Frau“, wenn die Äußerung auf die herkömmliche Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen bezogen ist und die Problematik der Vereinbarung von Kinderbetreuung und Berufstätigkeit demgemäß nur als Einstellungshindernis für Frauen und Mütter negativ in den Blick genommen wird. In einem solchen Fall ist eine dahin gehende Anmerkung des Arbeitgebers nicht neutral, sondern unmittelbar auf die Bewerberin als Frau bezogen. Ob ein solcher Fall unmittelbarer Benachteiligung wegen des Geschlechts vorliegt, ist eine Frage der zu prüfenden Indizwirkung. Es ist nicht Aufgabe der Personalpolitik, die gesellschaftliche Rollenverteilung zu ändern (*vgl. BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 483/09 - Rn. 32; 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - Rn. 74*). Sie darf jedoch in der konkreten Personalentscheidung auch nicht zu Lasten einer Bewerberin an solche gesellschaftlichen Rollenverteilungen anknüpfen und sie in die Motivation der ablehnenden Entscheidung einbeziehen. Das Landesarbeitsge- 31

richt wird tatrichterlich zu entscheiden haben, ob beispielsweise in Ansehung des Mikrozensus 2010 vorliegend ein solches Vorgehen der Beklagten zu bejahen oder zu verneinen ist.

bb) Das Landesarbeitsgericht wird auch zu prüfen haben, ob die Art der Anmerkung und ihr Zustandekommen darauf hindeuten, dass darin tatsächlich eine solche unzulässige Motivation der Beklagten zum Ausdruck kommt. Es wird dabei die Betonung durch Unterstreichung und Ausrufezeichen sowie die Tatsache zu würdigen haben, dass die Klägerin bei ihrer Bewerbung das Alter ihres Kindes nicht angegeben hat, sondern dieses - aufwändig - von der Beklagten selbst errechnet wurde. 32

cc) Sofern das Landesarbeitsgericht bei erneuter Prüfung eine durch Hilfstatsachen ausgelöste Vermutung einer unmittelbaren Benachteiligung der Klägerin wegen ihres Geschlechts bejaht, hat die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast - mit dem Beweismaß des Vollbeweises, § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO - dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist. Darzulegen und zu beweisen ist, dass die auf dem Lebenslauf der Klägerin vermerkte handschriftliche Ergänzung keine Anknüpfung an das Geschlecht beinhaltet, auch nicht im Sinne der dargestellten Rechtsprechung zum „Motivbündel“. Insofern hat das Landesarbeitsgericht rechtlich zutreffend schon überlegt, dass weder eine vermeintlich bessere Qualifikation der eingestellten Bewerberin von Bedeutung ist, noch der Umstand, dass die bevorzugte Bewerberin keine Kinder hat. Dass sich die Beklagte auf letztere Tatsache bisher berufen hat, deutet im Gegenteil eher darauf hin, dass bei der Beklagten geschlechtsbezogene Überlegungen bei der Einstellungsentscheidung durchaus eine Rolle gespielt haben können. 33

III. Die Begründung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die Klägerin bei der Ablehnung ihrer Bewerbung mittelbar wegen ihres Geschlechts benachteiligt, was durch die Anmerkung „ein Kind 7 Jahre alt!“ auf dem zurückgesandten Lebenslauf indiziert werde, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand, da das statistische Material des Mikrozensus 2010 darauf bezogen nicht aussagekräftig ist. 34

1. Nach § 3 Abs. 2 AGG liegt eine mittelbare Diskriminierung 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. 35
- a) Der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung setzt das Vorliegen dem Anschein nach neutraler Vorschriften, Kriterien oder Verfahren voraus. Neutral iSv. § 3 Abs. 2 AGG sind die bezeichneten Regelungen stets dann, wenn sie nicht an einen verbotenen Anknüpfungsgrund nach § 1 AGG unmittelbar oder verdeckt zwingend anknüpfen. Als neutrale Regelungen kommen neben allen individual- und kollektivvertraglichen Vereinbarungen auch solche Einzelmaßnahmen - etwa in Gestalt von Weisungen - in Betracht, die auf die Aufstellung oder die Anwendung einer allgemeinen Regel bzw. eines verallgemeinernden Kriteriums zurückgehen (*BAG 22. Juni 2011 - 8 AZR 48/10 - Rn. 36 f., BAGE 138, 166; HWK/Rupp 6. Aufl. § 3 AGG Rn. 6; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 4. Aufl. § 3 Rn. 74; vgl. auch Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 3 Rn. 21 f., die von einseitiger Aufstellung von Maßstäben oder Voraussetzungen durch den Arbeitgeber sprechen*). 36
- b) Für die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung iSd. § 3 Abs. 2 AGG ist ein statistischer Nachweis nicht zwingend erforderlich, dass Personen, bei denen eines der Merkmale des § 1 AGG vorliegt, im Verhältnis zu Personen, bei denen dies nicht der Fall ist, zahlenmäßig wesentlich stärker von einer Vorschrift benachteiligt werden, wenn das Kriterium dazu typischerweise geeignet ist. Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut und entspricht dem unionsrechtlichen Gebot des effet-utile, wonach die Regelungen einer Richtlinie innerhalb ihres Geltungsbereichs tatsächliche Wirksamkeit entfalten sollen (*BAG 22. April 2010 - 6 AZR 966/08 - Rn. 20, BAGE 134, 160; 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 - Rn. 29, BAGE 131, 342*). 37

- c) Nach der Rechtsprechung des EuGH wie des Senats können sich auch aus Statistiken grundsätzlich Indizien für eine Geschlechterdiskriminierung ergeben, also dafür, dass im Sinne einer mittelbaren Diskriminierung scheinbar neutrale Regelungen/Vorschriften, Kriterien, Leistungen oder Maßnahmen tatsächlich nur eine Gruppe von Merkmalsträgern, zB nur das eine Geschlecht überwiegend betreffen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine mittelbare Diskriminierung etwa dann anzunehmen, wenn sich aus den verfügbaren statistischen Daten ergibt, dass ein wesentlich geringerer Prozentsatz der weiblichen als der männlichen Arbeitnehmer die durch diese Regelung aufgestellten Voraussetzungen erfüllen kann (*siehe EuGH 6. Dezember 2007 - C-300/06 - [Voß] Rn. 41, Slg. 2007, I-10573; 9. Februar 1999 - C-167/97 - [Seymour Smith und Perez] Rn. 59, Slg. 1999, I-623*). Dabei ist es Sache des nationalen Gerichts zu beurteilen, ob die statistischen Daten über die Situation bei den Arbeitskräften aussagefähig sind und ob es sie berücksichtigen kann, ob sie sich auf eine ausreichende Zahl von Personen beziehen, ob sie nicht rein zufällige oder konjunkturelle Erscheinungen widerspiegeln und ob sie, generell gesehen, aussagekräftig erscheinen (*EuGH 27. Oktober 1993 - C-127/92 - [Enderby] Rn. 17, Slg. 1993, I-5535*). 38
2. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann eine mittelbare Diskriminierung der Klägerin wegen ihres Geschlechts infolge des handschriftlichen Zusatzes auf ihrem Lebenslauf nicht auf die statistischen Daten des Mikrozensus 2010 des Statistischen Bundesamtes gestützt werden. 39
- a) Das Landesarbeitsgericht hat die Anmerkung „ein Kind 7 Jahre alt!“ als eine dem Anschein nach neutrale Vorschrift oder als ein solches Differenzierungskriterium angesehen. 40
- b) Bei einer mittelbaren Diskriminierung iSd. § 3 Abs. 2 AGG können Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die dem Anschein nach neutral sind, jedoch eine Gruppe von Merkmalsträgern wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber einer anderen Gruppe in besonderer Weise benachteiligten, auch durch nicht arbeitgeberbezogene Statistiken belegt werden (*vgl. BAG 22. April* 41

2010 - 6 AZR 966/08 - Rn. 20, BAGE 134, 160; 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 - Rn. 29, BAGE 131, 342).

c) Im Grundsatz ist es daher revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht den Mikrozensus 2010 als nicht arbeitgeberbezogene Statistik für die Beurteilung eines von ihm so verstandenen „dem Anschein nach neutralen Verhaltens“ herangezogen hat. Insoweit ist die Statistik des Mikrozensus jedoch vorliegend nicht aussagekräftig. 42

aa) Der Mikrozensus 2010 präsentiert Ergebnisse für verschiedene Lebensformen. Dem liegt das Lebensformenkonzept des Berichtsjahrs 2005 zugrunde, nach dem einerseits traditionelle Formen des (Zusammen-)Lebens wie Ehepaare oder Alleinstehende, andererseits alternative Lebensformen wie beispielsweise nichteheliche Lebensgemeinschaften oder Alleinerziehende unterschieden werden (*Keller/Haustein Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Ergebnisse des Mikrozensus 2010, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Januar 2012 S. 30*). In dem Lebensformenkonzept wird die Erwerbstätigkeit der Bevölkerung grundsätzlich entlang zweier „Achsen“ statistisch erfasst: Erstens der Elternschaft und zweitens der Partnerschaft. Die Erwerbstätigenquoten von Müttern und Vätern sind als Anteil der aktiv erwerbstätigen Mütter und Väter an allen Müttern bzw. Vätern definiert. Die Vollzeitquote drückt den Anteil an allen aktiv Erwerbstätigen aus (*vgl. Keller/Haustein aaO S. 31*). Aus dem Mikrozensus geht hervor, dass Ehefrauen mit Kindern zu 60 %, verheiratete Väter zu 85 % berufstätig waren. Gravierende Unterschiede bestehen hinsichtlich des Umfangs der ausgeübten Tätigkeit, da nur 25 % der erwerbstätigen, verheirateten Mütter in Vollzeit arbeiteten im Gegensatz zu 95 % der verheirateten Väter (*Keller/Haustein aaO S. 36/37*). 43

bb) Von diesen Daten kann nicht auf eine mittelbare Benachteiligung der Klägerin als Bewerberin geschlossen werden. Der Mikrozensus untersucht nur, aufgeteilt in Lebensformen, die jeweilige Quote der Beschäftigung und in diesem Zusammenhang auch die Verteilung auf die Geschlechter. Vorliegend geht es jedoch nicht um eine Beschäftigung, sondern um eine angestrebte Beschäftigung, also um die Frage der Behandlung von Bewerbungen. Den Ergebnissen 44

des Mikrozensus können keine Zahlenangaben/Geschlechterquoten hinsichtlich des Erfolges oder Misserfolges von Bewerbungen oder angestrebten Beschäftigungen in Vollzeitarbeit entnommen werden.

Hauck

Breinlinger

Winter

Burr

Bloesinger