

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 18. September 2018
- 9 AZR 20/18 -
ECLI:DE:BAG:2018:180918.U.9AZR20.18.0

I. Arbeitsgericht
Stuttgart

Urteil vom 30. März 2017
- 15 Ca 5936/16 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 10. Oktober 2017
- 15 Sa 33/17 -

Entscheidungsstichworte:

Einstellungsanspruch - Auswahlentscheidung

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 20/18

15 Sa 33/17

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

18. September 2018

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. September 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Starke und Lücke für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 10. Oktober 2017 - 15 Sa 33/17 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 30. März 2017 - 15 Ca 5936/16 - wird zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Einstellungsanspruch, hilfsweise verlangt der Kläger die Zahlung einer Entschädigung wegen Altersdiskriminierung. 1

Der Kläger war bei der T GmbH als Lagerarbeiter beschäftigt. Diese und die beklagte W GmbH sind Tochtergesellschaften der T Inc., die zusammen mit der T Ltd. die sogenannte T-Gruppe bildet, die medizinische Geräte produziert und vertreibt. 2

Am 16./17. Juni 2016 vereinbarte die T GmbH wegen der beabsichtigten Schließung ihres Warenlagers in K zum 31. Dezember 2016 mit dem bei ihr gebildeten Betriebsrat einen Interessenausgleich, in dem die zu kündigenden Arbeitnehmer, darunter der Kläger und der Arbeitnehmer Ö, namentlich bezeichnet sind. Darin heißt es auszugsweise: 3

„Interessenausgleich als Betriebsvereinbarung

...

§ 12

Arbeitsplatzangebot bei der W GmbH

12.1. Alle Stellen, die bei T und bei der W GmbH zur Neubesetzung bekannt werden, werden nochmals gesondert ausgeschrieben, sodass die von diesem Interessenausgleich betroffenen Mitarbeiter die Möglichkeit erhalten sol-

len, sich auf diese offenen Stellen zu bewerben.

12.2. Voraussichtlich werden zwei Vollzeitstellen im Rohwarenlager bei der W GmbH zum 01.01.2017 frei. T und die W GmbH sichern - vorbehaltlich der Zustimmung des Betriebsrats der W GmbH - zu, dass diese beiden Stellen mit Mitarbeiter[n] von der Namensliste (Anlage 1), nachbesetzt werden, sofern sich diese Mitarbeiter bewerben.

12.3. Bewerben sich mehr als zwei Mitarbeiter auf diese beiden Stellen, werden die sozial schutzwürdigeren Bewerber berücksichtigt (Sozialauswahl analog § 1 KSchG), sofern sie fachlich geeignet sind.

12.4. Die Einstellungen erfolgen unter Anerkennung der Betriebszugehörigkeiten in der T-Gruppe.

12.5. Ein darüber hinausgehender Anspruch auf Einstellung besteht nicht. T und die W GmbH werden eine Bewerbung der von diesem Interessenausgleich betroffenen Mitarbeiter bei fachlicher und persönlicher Eignung wohlwollend prüfen. Bei gleicher Eignung werden Mitarbeiter, die von den unter § 5 genannten Maßnahmen betroffen sind, bevorzugt eingestellt.“

Unterzeichnet wurde der Interessenausgleich durch G als Geschäftsführer der T GmbH, L als deren Personalleiter und M als Vorsitzende des Betriebsrats der T GmbH. 4

G war gleichzeitig einer der Geschäftsführer der Beklagten. Laut Handelsregister war er zusammen mit einem weiteren Geschäftsführer oder einem Prokuristen zur Vertretung der Beklagten berechtigt; Herr L war als Gesamtprokurist der Beklagten zusammen mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen vertretungsberechtigt. 5

An die den Interessenausgleich abschließenden Unterschriften schließt sich folgender Text an, der von G als Geschäftsführer der Beklagten unterzeichnet wurde: 6

„Hinsichtlich des o. g. § 12 tritt die W GmbH dieser Vereinbarung bei und anerkennt ihre dort dargelegte Verpflichtung zur Neubesetzung der beiden Stellen.“

Nach Abschluss des Interessenausgleichs kündigte die T GmbH die mit dem Kläger, mit dem Arbeitnehmer Ö sowie mit dessen Ehefrau bestehenden Arbeitsverhältnisse zum 31. Dezember 2016. 7

Die Beklagte schrieb die in § 12 Interessenausgleich genannten Stellen aus. Auf die Stelle eines Lagerarbeiters - die vorliegend allein von Bedeutung ist - bewarben sich neben dem Kläger und dem Arbeitnehmer Ö sechs weitere Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis von der T GmbH ebenfalls auf Grundlage des Interessenausgleichs gekündigt worden war. Am 22. Juli 2016 traf die Beklagte eine Auswahlentscheidung, der sie im ersten Schritt folgendes Punkteschema zugrunde legte: 8

- „- Betriebszugehörigkeit: 1 Punkt je vollem Beschäftigungsjahr
- Lebensalter: 1 Punkt für jedes vollendete Lebensjahr
- Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern und Ehegatten/Lebenspartnern: je 8 Punkte für jedes unterhaltsberechtigten Kind bzw. je 8 Punkte für den unterhaltsberechtigten Ehegatten/Lebenspartner
- Schwerbehinderung: 5 Punkte ab einem Grad der Behinderung von 50 % und jeweils einen weiteren Punkt für jede 10 % des GdB bei Überschreiten von einem Behinderungsgrad von 50 %“

Die höchste Punktzahl mit jeweils 78 Punkten erreichten der am 22. Oktober 1958 geborene, geschiedene und keiner Person zum Unterhalt verpflichtete Kläger, der bei der T GmbH vom 2. August 1994 bis zum 31. Dezember 2016 beschäftigt war und der am 8. September 1970 geborene, seiner Ehefrau und drei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Arbeitnehmer Ö mit einer Betriebszugehörigkeit vom 1. September 2014 bis zum 31. Dezember 2016. Anschließend nahm die Beklagte eine abschließende Gesamtwürdigung vor und vergab die Stelle an den Bewerber Ö. 9

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Beklagte sei zu seiner Einstellung verpflichtet, weil sie § 12 des Interessenausgleichs beigetreten sei und die Erklärung ihres Geschäftsführers genehmigt habe. Zumindest sei ihr diese nach den Grundsätzen der Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht zuzurechnen. Die 10

von der Beklagten getroffene Sozialauswahl entspreche entgegen § 12.3 Interessenausgleich nicht den Anforderungen von § 1 KSchG. Er sei sozial deutlich schutzwürdiger als sein ehemaliger Kollege Ö. Das Punkteschema gewichte Unterhaltspflichten überproportional stark. Zudem sei davon auszugehen, dass Frau Ö zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung eine Anschlussbeschäftigung in Aussicht gehabt habe. Die Beklagte habe ihn wegen seines Alters benachteiligt, weil sie sich mit der Einstellung seines ehemaligen Kollegen Ö für den jüngeren Bewerber entschieden habe.

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt,

11

die Beklagte zu verurteilen, ihm in dem Rohwarenlager der Beklagten einen Arbeitsplatz in Vollzeit unter Anerkennung der Betriebszugehörigkeit in der T-Gruppe seit dem 2. August 1994 ab dem 1. Januar 2017 anzubieten;

hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine angemessene Entschädigung zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die jedoch den Betrag von 5.000,00 Euro nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. September 2016.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, weder § 12 Interessenausgleich noch die Erklärung ihres Geschäftsführers G verpflichte sie zur Einstellung eines von der T GmbH gekündigten Arbeitnehmers. Gehe man von einer Einstellungsverpflichtung aus, bestehe ebenfalls kein Einstellungsanspruch des Klägers. Sie habe eine Auswahl nach billigem Ermessen treffen können. Dem genüge ihre Auswahlentscheidung. Diese werde auch den Anforderungen einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG gerecht. Ihr Arbeitnehmer Ö sei sozial schutzwürdiger als der Kläger. Für ihn habe die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die T GmbH aufgrund seiner Unterhaltspflichten und des gleichzeitigen Arbeitsplatzverlusts seiner Ehefrau eine besondere Härte bedeutet.

12

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat dem Hauptantrag auf die Berufung des Klägers stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

13

Entscheidungsgründe

- Die Revision der Beklagten ist begründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts war daher aufzuheben und die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 14
- A. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Abgabe des mit dem Hauptantrag begehrten Vertragsangebots zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses. 15
- I. Der Hauptantrag ist zulässig. 16
1. Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 17
- a) Ein auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichteter Antrag ist nur dann bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn er so gefasst ist, dass der Inhalt der nach § 894 Satz 1 ZPO fingierten Erklärung klar ist. Geht es um den Abschluss eines Arbeitsvertrags, muss die nach der speziellen Vollstreckungsregel des § 894 Satz 1 ZPO als abgegeben geltende Willenserklärung den für einen solchen Vertrag notwendigen Mindestinhalt (*essentialia negotii*) umfassen. Hierzu gehören nach § 611 Abs. 1 BGB die „versprochenen Dienste“ bzw. seit 1. April 2017 nach § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB die Arbeitsleistung, zu der der Arbeitnehmer verpflichtet ist, und damit Art und Beginn der Arbeitsleistung. Eine Einigung über weitere Inhalte ist grundsätzlich nicht erforderlich, sofern klar ist, dass die Arbeitsleistung vergütet werden soll. Der Umfang der Arbeitsleistung und die Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmen sich ggf. nach den üblichen Umständen. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, ist gemäß § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Nimmt der Kläger in seinen Klageantrag über den für den Abschluss eines Arbeitsvertrags notwendigen Mindestinhalt noch weitere Arbeitsbedingungen auf, müssen diese bestimmt bezeichnet sein. Zur Ermittlung des Inhalts einer mit der Klage erstrebten Willenserklärung kann - wie bei anderen auslegungsbedürftigen Klageanträgen -

die Klagebegründung herangezogen werden (*vgl. BAG 15. Oktober 2013 - 9 AZR 53/13 - Rn. 18 mwN*).

b) Der Hauptantrag genügt diesen Anforderungen. Der Zeitpunkt, zu dem das Vertragsangebot wirken soll, und der Umfang der Beschäftigung sind benannt. Zwar ist im Wortlaut des Klageantrags nur der Ort der Arbeitsleistung, nicht jedoch die Art der Tätigkeit angegeben. Aus dem unstreitigen Parteivortrag ergibt sich jedoch, dass sich das Vertragsangebot auf die Tätigkeit eines Lagerarbeiters im Rohwarenlager der Beklagten beziehen soll. Das Fehlen einer konkreteren Tätigkeitsbeschreibung führt nicht zur Unbestimmtheit des Klageantrags, sondern zu einem entsprechend weiten Direktionsrecht des Arbeitgebers. Der Antrag ist auch bestimmt, soweit er sich auf die Anerkennung der Betriebszugehörigkeit in der T-Gruppe bezieht. Es soll von einer Betriebszugehörigkeit seit dem 2. August 1994 ausgegangen werden. 19

2. Für die erstrebte Verurteilung zur Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines Arbeitsvertrags besteht ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis des Klägers. Das gilt insbesondere, weil bei einer Klage auf Annahme eines Vertragsangebots ein einseitiges, § 12 Satz 1 KSchG entsprechendes Lösungsrecht des Klägers vom Vertrag nicht bestünde (*vgl. BAG 13. Juni 2012 - 7 AZR 647/10 - Rn. 21 mwN*). 20

II. Der Hauptantrag ist unbegründet. 21

1. Der Begründetheit steht nicht entgegen, dass die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe des Angebots auf Abschluss eines Arbeitsvertrags ab dem 1. Januar 2017 gelten soll. Seit Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB idF des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (*BGBI. I S. 3138*) kommt auch die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung in Betracht, mit der rückwirkend ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll, auch wenn dieses in der Vergangenheit tatsächlich nicht durchgeführt werden kann (*BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 20, BAGE 152, 213; vgl. auch BAG 15. Oktober 2013 - 9 AZR 688/12 - Rn. 25*). 22

2. Der Hauptantrag ist jedoch unbegründet, weil die Beklagte nicht zur Abgabe des vom Kläger begehrten Vertragsangebots verpflichtet ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Erklärung des Geschäftsführers G der Beklagten zuzurechnen ist bzw. von ihr genehmigt wurde und ggf. geeignet wäre, eine Verpflichtung der Beklagten zur Einstellung des Arbeitnehmers zu begründen, der die in § 12.2 und § 12.3 Interessenausgleich genannten Voraussetzungen erfüllt. Ein Anspruch des Klägers besteht auch nicht, wenn man dies zu seinen Gunsten unterstellt, weil die Beklagte mit der Einstellung des Arbeitnehmers Ö eine Auswahlentscheidung getroffen hat, die den Anforderungen einer Sozialauswahl analog § 1 KSchG genügt. 23

a) Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass nach der Erklärung des Geschäftsführers G die Auswahl des von der Beklagten einzustellenden Bewerbers in entsprechender Anwendung von § 1 Abs. 3 KSchG erfolgen sollte. Die Erklärung nimmt auf § 12.3 Interessenausgleich Bezug. Danach sollten bei Bewerbungen mehrerer vom Interessenausgleich betroffener, fachlich geeigneter Arbeitnehmer der T GmbH auf die im Rohwarenlager der Beklagten zu besetzenden Stellen „die sozial schutzwürdigeren Bewerber berücksichtigt (Sozialauswahl analog § 1 KSchG)“ werden. § 12.3 Interessenausgleich bezieht sich im Klammerzusatz ausdrücklich auf eine „Sozialauswahl analog § 1 KSchG“. Einer Auswahlentscheidung sollten danach die Wertungsmaßstäbe „analog“ zugrunde gelegt werden, die für die personelle Konkretisierung einer Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen iSv. § 1 Abs. 2 KSchG in Fällen gelten, in denen die Zahl der vom Rückgang des Beschäftigungsbedarfs betroffenen Arbeitnehmer die der verbliebenen Arbeitsplätze übersteigt (vgl. BAG 27. April 2017 - 2 AZR 67/16 - Rn. 15, BAGE 159, 82). Der Wortlaut von § 12.3 Interessenausgleich lässt eine Auslegung, die Beklagte sei berechtigt, eine Auswahlentscheidung nach billigem Ermessen zu treffen, nicht zu. Auch ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, die Überprüfung der Auswahlentscheidung solle nach § 1 Abs. 4 bzw. Abs. 5 KSchG lediglich auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt sein. 24

- b) Die Revision rügt jedoch zu Recht eine fehlerhafte Anwendung von § 1 Abs. 3 KSchG durch das Landesarbeitsgericht. 25
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger sei aufgrund seines Lebensalters und der Dauer seiner Betriebszugehörigkeit bei der T GmbH deutlich schutzwürdiger als der Arbeitnehmer Ö. Das von der Beklagten angewandte Punkteschema bewerte Unterhaltspflichten im Verhältnis zum Lebensalter und zur Dauer der Betriebszugehörigkeit unzulässig hoch. Der Fehler bei der Gewichtung der Unterhaltspflichten werde noch vertieft, weil die Beklagte in ihrer abschließenden Bewertung zusätzlich zugunsten des Arbeitnehmers Ö den Arbeitsplatzverlust seiner Ehefrau berücksichtigt habe. 26
- bb) Die Entscheidung des Berufungsgerichts, ob eine vom Arbeitgeber nach § 1 Abs. 3 KSchG getroffene Sozialauswahl den gesetzlichen Anforderungen genügt, ist revisionsrechtlich zwar nur eingeschränkt überprüfbar (*vgl. hierzu BAG 22. März 2012 - 2 AZR 167/11 - Rn. 22 mwN; 7. Juli 2011 - 2 AZR 476/10 - Rn. 44*). Die Rüge der Beklagten ist jedoch auch unter Berücksichtigung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabs begründet. Das Berufungsurteil trägt dem Wertungsspielraum, den § 1 Abs. 3 KSchG dem Arbeitgeber einräumt, nicht genügend Rechnung. 27
- (1) Seit Inkrafttreten der Neuregelung des § 1 Abs. 3 KSchG durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (*BGBI. I S. 3002*) ist die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG allein anhand der Kriterien Dauer der Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten, Lebensalter und Schwerbehinderung vorzunehmen. Sie bilden jeweils typisierend die Merkmale einer besonderen Schutzbedürftigkeit aus (*vgl. BAG 27. April 2017 - 2 AZR 67/16 - Rn. 15, BAGE 159, 82*). § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG verlangt vom Arbeitgeber die „ausreichende“ Berücksichtigung der dort angeführten Auswahlkriterien. Ihm steht damit bei deren Gewichtung ein Wertungsspielraum zu. Dem Gesetzeswortlaut ist nicht zu entnehmen, wie die genannten sozialen Gesichtspunkte zueinander ins Verhältnis zu setzen sind. Keinem Kriterium kommt eine Priorität gegenüber den anderen zu. Vielmehr sind stets die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Arbeitnehmern und deren „Sozialdaten“ 28

zu berücksichtigen und abzuwägen. Dabei braucht der Arbeitgeber nicht die „bestmögliche“ Sozialauswahl vorgenommen zu haben. Ebenso wenig ist es entscheidend, ob das Gericht dieselbe Auswahl getroffen hätte, wenn es eigenverantwortlich die sozialen Erwägungen hätte anstellen und die sozialen Grundlagen hätte gewichten müssen. Der dem Arbeitgeber einzuräumende Wertungsspielraum führt dazu, dass nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer sich mit Erfolg auf einen Auswahlfehler berufen können (vgl. BAG 29. Januar 2015 - 2 AZR 164/14 - Rn. 11 mwN, BAGE 150, 330).

(2) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Beklagte bei der von ihr getroffenen Auswahlentscheidung die in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG angeführten Auswahlkriterien ausreichend berücksichtigt. Die Beklagte konnte, ohne den ihr eingeräumten Wertungsspielraum zu überschreiten, auf Grundlage einer individuellen Abschlussprüfung davon ausgehen, dass der Kläger sozial nicht deutlich schutzwürdiger ist als der Arbeitnehmer Ö. Es kann deshalb dahinstehen, ob das von der Beklagten aufgestellte Punkteschema - für sich betrachtet - die in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG genannten Auswahlkriterien im Verhältnis zueinander entsprechend den gesetzlichen Anforderungen gewichtet. 29

(a) Eine deutlich höhere Schutzwürdigkeit des Klägers ergibt sich nicht bereits daraus, dass dieser im Hinblick auf zwei Kriterien, nämlich Dauer der Betriebszugehörigkeit und Lebensalter, schutzwürdiger ist als der Arbeitnehmer Ö, der lediglich mit dem Kriterium der Unterhaltspflichten schutzwürdiger ist. Die Gleichrangigkeit der Auswahlkriterien verlangt, die mit ihnen verbundenen konkreten Daten der betroffenen Arbeitnehmer in ein Verhältnis zueinander zu setzen (BAG 29. Januar 2015 - 2 AZR 164/14 - Rn. 25, BAGE 150, 330). Die Beklagte konnte danach grundsätzlich die in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG genannten Kriterien in einem Punkteschema unterschiedlich bewerten (vgl. BAG 6. Juli 2006 - 2 AZR 442/05 - Rn. 60 ff.). 30

(b) Die Beklagte durfte zudem durch eine entsprechend hohe Bewertung der Unterhaltspflichten berücksichtigen, dass ältere Arbeitnehmer durch das Abstellen auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit und das Lebensalter überproportional begünstigt sein können (vgl. BAG 29. Januar 2015 - 2 AZR 31

164/14 - Rn. 17 mwN, BAGE 150, 330), denn eine lange Betriebszugehörigkeit geht regelmäßig mit einem höheren Lebensalter einher (vgl. BAG 5. Dezember 2002 - 2 AZR 549/01 - zu B III 5 der Gründe).

(c) Mit der von ihr vorgenommenen individuellen Abschlussprüfung, die für ihre Auswahlentscheidung nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 Abs. 2 ZPO) letztlich ausschlaggebend war, hat die Beklagte im Ergebnis die in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG genannten Auswahlkriterien ausreichend berücksichtigt. 32

(aa) Das Gesetz erkennt mit § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG an, dass die Härte, die der Verlust des Arbeitsplatzes für einen Arbeitnehmer bedeutet, nicht ausschließlich durch sein Lebensalter und die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit, sondern daneben ua. durch die Unterhaltspflichten als weiteres Kriterium bestimmt wird (vgl. zum Lebensalter BAG 27. April 2017 - 2 AZR 67/16 - Rn. 17, BAGE 159, 82). 33

(bb) Der für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl darlegungs- und beweisbelastete Kläger (§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG) hat nach den in der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts keine Anhaltspunkte für eine Anschlussbeschäftigung von Frau Ö vorgetragen. Die Beklagte musste danach bei ihrer Auswahlentscheidung davon auszugehen, dass den gegenüber seinen Kindern (§§ 1601 ff. BGB) und seiner Ehefrau (§§ 1360 ff. BGB) zum Unterhalt verpflichteten Arbeitnehmer Ö vier „volle“, nicht durch ein eigenes Einkommen der Ehefrau geminderte Unterhaltspflichten trafen. Dem konnte die Beklagte bei der Gewichtung der Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers Ö Rechnung tragen (vgl. zur Berücksichtigung eines Doppelverdiensts BAG 29. Januar 2015 - 2 AZR 164/14 - Rn. 22 f., BAGE 150, 330; vgl. auch zu den Auswirkungen eines Doppelverdiensts auf die Unterhaltspflicht gegenüber gemeinsamen Kindern KR/Griebeling/Rachor 11. Aufl. § 1 KSchG Rn. 677a). In der Gesamtschau lässt sich nicht sagen, dass der Kläger, bei dem aufgrund seines Alters von 57 Jahren typischerweise von verminderten Chancen auf dem Arbeitsmarkt auszugehen war, mit einer um 20 Jahre längeren Betriebszugehörigkeit und einem zwölf Jahre höheren Lebensalter vom Verlust des Arbeitsplatz- 34

zes erheblich härter getroffen wurde als der mit vier Unterhaltspflichten belastete Herr Ö, der mit 45 Lebensjahren ein Alter überschritten hatte, bei dem bei typisierender Betrachtung von besseren Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt (vgl. BAG 7. Juli 2011 - 2 AZR 476/10 - Rn. 52) auszugehen war.

III. Mit der Abweisung des Hauptantrags ist der - auch ohne Anschlussrechtsmittel des Klägers in die Revision gelangte (vgl. BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - Rn. 73, BAGE 157, 1) - Hilfsantrag auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zur Entscheidung angefallen. Der Hilfsantrag ist ebenfalls unbegründet. 35

1. Der Hilfsantrag ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der Kläger durfte die Höhe der von ihm 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. Erforderlich ist allein, dass der Kläger Tatsachen, die das Gericht bei der Bestimmung des Betrags heranziehen soll, benennt und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angibt (BAG 24. Januar 2013 - 8 AZR 429/11 - Rn. 23). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Kläger hat einen Sachverhalt dargelegt, der dem Gericht die Bestimmung einer Entschädigung ermöglicht, und den Mindestbetrag der angemessenen Entschädigung mit 5.000,00 Euro beziffert. 36

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung aus § 15 Abs. 2 AGG aufgrund einer Benachteiligung wegen seines Alters. Zwar schließt allein die Vereinbarkeit einer unter mehreren Bewerbern getroffenen Auswahlentscheidung mit den Vorgaben des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG eine unzulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nicht aus (vgl. BAG 23. Juli 2015 - 6 AZR 457/14 - Rn. 40, BAGE 152, 134; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 47, BAGE 140, 169), dies führt jedoch nicht zur Entbehrlichkeit des vom unterlegenen Bewerber unter Beachtung der Beweislastregelung in § 22 AGG zu erbringenden Nachweises einer Diskriminierung wegen des Alters. Diesen Nachweis hat der Kläger nicht geführt. 37

- a) Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus, wobei § 7 Abs. 1 AGG sowohl unmittelbare Benachteiligungen iSv. § 3 Abs. 1 AGG als auch mittelbare Benachteiligungen iSv. § 3 Abs. 2 AGG verbietet. Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst allerdings nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. Soweit es um eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG geht, ist hierfür nicht erforderlich, dass der betreffende Grund iSv. § 1 AGG das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Benachteiligten ist. Vielmehr ist der Kausalzusammenhang bereits dann gegeben, wenn die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG an einen Grund iSv. § 1 AGG anknüpft oder durch diesen motiviert ist, wobei die bloße Mitursächlichkeit genügt. Geht es hingegen um eine mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG, ist der Kausalzusammenhang dann gegeben, wenn, ohne dass es einer direkten Anknüpfung an einen Grund iSv. § 1 AGG oder eines darauf bezogenen Motivs bedarf, die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG erfüllt sind (*vgl. BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 19 f.*). 38
- b) Der Kläger hat - obgleich ihn insoweit die Darlegungslast trifft - schon keine Indizien iSv. § 22 AGG für eine Diskriminierung wegen des Alters darge- 39
tan.
- aa) § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Danach genügt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer 40

Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Dabei sind alle Umstände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (*BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 21 f.*).

bb) Der Kläger hat zwar durch die Beklagte eine weniger günstige Behandlung erfahren als der eingestellte Arbeitnehmer Ö, mit dem er sich in einer vergleichbaren Situation befand. Er hat jedoch nicht dargelegt, dass die ungünstigere Behandlung wegen seines Alters erfolgte. Er hat keine Indizien iSv. § 22 AGG vorgetragen, die für sich allein betrachtet oder in der Gesamtschau aller Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass zwischen der benachteiligenden Behandlung und seinem Alter als Grund iSv. § 1 AGG der nach § 7 Abs. 1 AGG erforderliche Kausalzusammenhang bestand (*vgl. BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 18*). Die Beklagte hat die genannten Auswahl Gesichtspunkte bei allen Arbeitnehmern - unabhängig von deren Alter - gleichermaßen der getroffenen Auswahlentscheidung zugrunde gelegt. Auch liegt keine mittelbare Benachteiligung des Klägers im Hinblick auf die Bewertung von Unterhaltspflichten vor. Dieses Kriterium kann sich zwar für ältere Arbeitnehmer ungünstig auswirken, weil typischerweise eher jüngere Arbeitnehmer oder solche mittleren Alters Unterhaltspflichten zu tragen haben. Die Beklagte hat allerdings bei ihrer Auswahlentscheidung nicht allein auf Unterhaltspflichten, sondern als Korrektiv mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit und dem Lebensalter auf Kriterien abgestellt, die in der Regel ältere Arbeitnehmer begünstigen (*vgl. BAG 29. Januar 2015 - 2 AZR 164/14 - Rn. 17 mwN, BAGE 150, 330; APS/Kiel 5. Aufl. KSchG § 1 Rn. 643 mwN; KR/Griebeling/Rachor 11. Aufl. § 1 KSchG Rn. 678*), denn eine lange Betriebszugehörigkeit geht regelmäßig mit einem höheren Lebensalter einher (*vgl. BAG 5. Dezember 2002 - 2 AZR 549/01 - zu B III 5 der Gründe*). Die Beklagte hat damit Arbeitnehmern aller Altersgruppen gleiche Einstellungschancen eingeräumt. Erst auf Grundlage einer Gesamtbewertung aller Auswahlkriterien fiel ihre Einstellungsentscheidung zugunsten des jüngeren Arbeitnehmers Ö aus.

41

B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

42

Brühler

Suckow

Weber

Starke

Martin Lücke