

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Urteil vom 31. März 2022  
- 8 AZR 238/21 -  
ECLI:DE:BAG:2022:310322.U.8AZR238.21.0

I. Arbeitsgericht Bonn

Urteil vom 23. Juni 2020  
- 6 Ca 2380/19 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Urteil vom 5. Februar 2021  
- 10 Sa 731/20 -

---

Entscheidungsstichworte:

Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG - erfolglose/r Bewerber/in - Benachteiligung wegen des Alters - Ablehnung von externen Bewerbern/Bewerberinnen, die das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen der Regelaltersrente bereits vollendet haben - Rechtfertigung nach § 10 AGG - Rechtsmissbräuchlichkeit des Entschädigungsverlangens

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 238/21  
10 Sa 731/20  
Landesarbeitsgericht  
Köln

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
31. März 2022

## URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. März 2022 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Pulz sowie die ehrenamtlichen Richter Reiners und Soost für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 5. Februar 2021 - 10 Sa 731/20 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 23. Juni 2020 - 6 Ca 2380/19 - teilweise abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen einer Benachteiligung wegen des Alters zu zahlen. 1

Der zum Zeitpunkt der zweitinstanzlichen Entscheidung 74-jährige Kläger, Oberamtsrat aD (Bundespresseamt Bonn), bewarb sich mit E-Mail vom 24. Juli 2019 bei der Beklagten auf eine von dieser ausgeschriebene Stelle als „Bürosachbearbeiterin/Bürosachbearbeiter Gemeinsames Geschäftszimmer Abteilungsleiter Einsatz / Abteilungsleiter Einsatzunterstützung“, „Kenn-Nr. THW-2019-128“. In der Stellenausschreibung heißt es auszugsweise: 2

**„Status/  
Laufbahn** Der Arbeitsplatz ist bewertet nach

#### **Entgeltgruppe 7 TVöD**

Bewerben können sich auch Beamtinnen und Beamte bis einschließlich Besoldungsgruppe A 7 BBesO.

...

**Anforderungen** Erforderlich sind:

- Abgeschlossene Ausbildung im kaufmännischen Bereich (zum Beispiel als Verwaltungsfachangestellte, als Fachangestellte für Bürokommunikation oder als

Kaufleute für Büromanagement)  
oder

- Abgeschlossene Ausbildung mit einer mindestens 3-jährigen Regelausbildungszeit und mit mindestens 6-jähriger Berufserfahrung in einem Geschäftszimmer bzw. in einer Sekretariatsfunktion
- Selbstständige Arbeitsweise
- Sicherer Umgang mit MS Office Produkten, insbesondere Word und Outlook
- Aufgeschlossen für IT-Anwendungen
- Organisations- und Planungstalent
- Verschwiegenheit und Zuverlässigkeit
- Freundlichkeit
- Belastbarkeit und Durchsetzungsfähigkeit
- Gutes mündliches und schriftliches Ausdrucksvermögen
- Bereitschaft, bei Bedarf auch außerhalb der üblichen Arbeitszeit Dienst zu leisten und erreichbar zu sein (z.B. im Einsatzfall), zur Mitarbeit im Leitungs- und Koordinierungsstab (LuK) und zum Tragen von Dienst- bzw. Einsatzbekleidung zu bestimmten Anlässen

**Anmerkungen** Die Bundesanstalt THW gewährleistet die Gleichstellung von Frauen und Männern. Sie ist bestrebt, den Frauenanteil zu erhöhen und ist daher an Bewerbungen von Frauen besonders interessiert.

Das Technische Hilfswerk unterstützt die Vereinbarkeit von Familie und Beruf durch flexible Arbeitszeitgestaltung und die Möglichkeit der Teilnahme an der alternierenden Telearbeit im Rahmen der dienstlichen

Möglichkeiten. Eine Ausübung der Funktion durch entsprechende Teilzeitkräfte ist grundsätzlich möglich.

Schwerbehinderte Menschen werden bei gleicher Eignung und Befähigung bevorzugt berücksichtigt, von ihnen wird ein Mindestmaß an körperlicher Eignung verlangt.

Begrüßt werden Bewerbungen von Menschen aller Nationalitäten.

...

**Adresse** **Fühlen Sie sich angesprochen?** Dann bewerben Sie sich bitte über das unten eingestellte **Online-Bewerbungssystem ‚Go4Bund‘** unter der Kennziffer **THW-2019-128 bis zum 15. August 2019.**

**<https://bewerbung.dienstleistungszentrum.de/frontend/THW-2019-128/index.html>**

Kennwort und Account erhalten Sie dort unter Angabe Ihrer E-Mail-Adresse.

**Ihre Bewerbungsunterlagen (z.B. Anschreiben, Lebenslauf, Zeugnisse, Referenzen, Beschäftigungsnachweise usw.) können Sie, nachdem Sie den Onlinebewerbungsbogen vollständig ausgefüllt haben, hochladen. ...**

...

Für Fragen zum Bewerbungsverfahren stehen Ihnen die Mitarbeiterinnen/Mitarbeiter vom Servicezentrum Personalgewinnung im Bundesverwaltungsamt unter der Rufnummer ... gerne zur Verfügung.“

In seiner Bewerbungs-E-Mail vom 24. Juli 2019, die der Kläger an die Adresse „THW-Pressé“ sandte und der ein „BPA-Dienstzeugnis“, ein erweitertes Führungszeugnis und ein Lebenslauf beigefügt waren, heißt es:

3

„Sehr geehrte Damen und Herrn, laut meiner u.a. Kontaktdaten bin ich Facharbeiter in nahezu allen Verwaltungsangelegenheiten. Aus meinen Zeugnissen ersehen Sie bitte, dass ich sicherlich nicht klüger als meine Mitbewerber bin, habe jedoch einen wertvollen Mehrwert an Lebens-, und Berufserfahrungen. Ich bin geistig und körperlich sehr fit, fleißig,

zuverlässig, seriös, flexibel sowie extrem belastbar. Meine monatliche Höchstverdienstgrenze beträgt pensionsbedingt Brutto 1.600,--€. Zurzeit bin ich ehrenamtlich Bereich der EU tätig. Freuen Sie sich auf ein Vorstellungsgespräch.“

Mit E-Mail vom 31. Juli 2019 wandte sich die Beklagte an den Kläger und bat diesen unter Angabe des Links: 4

„<https://bewerbung.dienstleistungszentrum.de/frontend/THW-2019-128/dashboard.html>“

darum, seine Bewerbung über den Online-Bewerbungsbogen der Beklagten einzureichen. Ferner heißt es in der E-Mail unter „PS“:

„Unsere Korrespondenz wird im Team beantwortet, daher bitte ich Sie, eine Antwort direkt an das Postfach [personalgewinnung@thw.de](mailto:personalgewinnung@thw.de) zu senden.“

Mit seiner an dieses Postfach gerichteten E-Mail vom 31. Juli 2019 teilte der Kläger der Beklagten mit: 5

„sorry mit Ihnen kann ich nicht arbeiten. Bitte stornieren sie meine Bewerbung“.

Die Beklagte antwortete hierauf mit E-Mail vom 1. August 2019 wie folgt: 6

„Sehr geehrter Herr B,  
vielen Dank für Ihre Nachricht, wir vermerken, dass Sie Ihre Bewerbung zurückgezogen haben.  
Wir werden Ihre Daten aus Datenschutzrechtlichen Gründen vernichten.“

Hierauf antwortete wiederum der Kläger mit E-Mail vom gleichen Tag: 7

„Danke, bitten teilen Sie dem THW mit (mit meine Unterlagen) das ich grundsätzlich Interesse an der Stelle habe - aber mir der technische Kontakt zur Personalgewinnung nicht möglich ist.“

Die Beklagte informierte den Kläger mit E-Mail vom 5. August 2019, dass sie sein bestehendes Interesse an der ausgeschriebenen Funktion dankend zur Kenntnis genommen habe. Zudem wies sie ihn darauf hin, dass er zwischenzeitlich manuell in das Verfahren aufgenommen worden sei, seine Bewerbung könne somit berücksichtigt werden. 8

Mit E-Mail vom 19. September 2019 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass die Wahl in dem Besetzungsverfahren nicht auf ihn gefallen sei. Ferner heißt es in dieser E-Mail: 9

„Der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst, der im Bereich der Bundesanstalt Technisches Hilfswerk Grundlage der Vertragsbedingungen ist, regelt in § 33 TVöD, dass ein Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Monats endet, mit welchem Beschäftigte das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen der Regelaltersrente vollendet haben. Die Bundesanstalt Technisches Hilfswerk hat ergänzend dazu die grundsätzliche Entscheidung getroffen, keine Arbeitsverhältnisse mit externen Personen zu begründen, die bereits die sogenannte Regelaltersgrenze erreicht haben.

...“

Nach erfolgloser außergerichtlicher Geltendmachung hat der Kläger mit der vorliegenden Klage die Beklagte auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Anspruch genommen. Er hat die Auffassung vertreten, er sei durch die Ablehnung seiner Bewerbung wegen seines Alters benachteiligt worden, ohne dass hierfür ein rechtfertigender Grund bestehe. 10

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2019 zu zahlen, wobei die Höhe der Entschädigung in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aber 10.000,00 Euro brutto nicht unterschreiten solle. 11

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat gemeint, dem Kläger keine Entschädigung zu schulden. Mit ihrer Entscheidung, keine Arbeitsverhältnisse mit externen Personen zu begründen, die bereits die sog. Regelaltersgrenze erreicht haben, verfolge sie - ebenso wie die Tarifvertragsparteien mit der 12

tariflichen Altersgrenzenregelung in § 33 TVöD - ein legitimes Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG, nämlich das Ziel, eine ausgewogene Altersstruktur zu schaffen und die Einstellung jüngerer Menschen zu fördern. Die Regelung in § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD, nach der ein Arbeitsverhältnis ohne Kündigung mit Ablauf des Monats endet, in dem die/der Beschäftigte das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen der Regelaltersrente vollendet hat, stehe mit dem Verbot der Altersdiskriminierung in Einklang und sei anerkanntermaßen unionsrechtskonform. Zwar sei nach § 33 Abs. 5 Satz 1 TVöD die Weiterbeschäftigung eines/einer Beschäftigten, dessen/deren Arbeitsverhältnis nach Abs. 1 Buchst. a der Bestimmung geendet habe, möglich. Hierauf bestehe jedoch kein Rechtsanspruch. Den in § 33 TVöD getroffenen Regelungen sei zu entnehmen, dass Arbeitsverhältnisse mit Personen, die das Eintrittsalter für den Bezug einer Regelaltersrente erreicht oder überschritten haben, von den Tarifvertragsparteien grundsätzlich als sozial unerwünscht angesehen würden. Mit diesen, von den Tarifvertragsparteien getroffenen Wertungen wäre es unvereinbar, wenn es ihr als unmittelbar tarifgebundener Partei nicht erlaubt wäre, externe Stellenbewerber, die das gesetzlich festgelegte Alter für den Bezug einer Regelaltersrente bereits überschritten haben, wegen dieses Umstands abzulehnen. Jedenfalls gegenüber Bewerbern, die über ein geregeltes ausreichendes Einkommen in Form einer Regelaltersrente oder - wie der Kläger - einer entsprechenden Pension verfügten, sei ihr Vorgehen auch angemessen und erforderlich iSd. § 10 Satz 2 AGG.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung einer Entschädigung iHv. 2.500,00 Euro nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren auf vollständige Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

13



## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das der Klage teilweise stattgebende Urteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht zurückgewiesen. Die zulässige Klage ist insgesamt unbegründet. Der Kläger, der nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG als Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis unter den persönlichen Geltungsbereich des AGG fällt und der den Entschädigungsanspruch frist- und formgerecht geltend gemacht und eingeklagt (§ 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG) hat, hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Dabei kann dahinstehen, ob ein Entschädigungsanspruch des Klägers daran scheitert, dass die Benachteiligung, die der Kläger als erfolgloser Stellenbewerber wegen seines Alters erfahren hat, ausnahmsweise nach § 10 AGG zulässig war. Das Entschädigungsverlangen des Klägers ist jedenfalls - anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat - dem durchgreifenden Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) ausgesetzt. 14

I. Das Landesarbeitsgericht hat zunächst zutreffend erkannt, dass der Kläger durch die Zurückweisung seiner Bewerbung unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt wurde, denn er hat eine weniger günstige Behandlung erfahren als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Darauf, ob es überhaupt andere Bewerber/innen gegeben hat und ob der/die von dem Beklagten ausgewählte Bewerber/in die Stelle angetreten hat, kommt es insoweit nicht an (*vgl. näher BAG 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - Rn. 20; 19. Dezember 2019 - 8 AZR 2/19 - Rn. 28 ff., BAGE 169, 217*). Der Kläger hat die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG auch wegen seines Alters erfahren, denn seine Bewerbung hatte deshalb keinen Erfolg, weil er als externer Bewerber bereits die sog. Regelaltersgrenze überschritten hatte. 15

II. Im vorliegenden Verfahren kann offenbleiben, ob ein Entschädigungsanspruch des Klägers aus § 15 Abs. 2 AGG bereits daran scheitert, dass die unmittelbare Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters ausnahmsweise nach 16

der - hier allein in Betracht kommenden - Bestimmung in § 10 AGG zulässig war. Dies kann aus Sicht des Senats allerdings - entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts - nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

1. Die unterschiedliche Behandlung des Klägers wegen des Alters war nicht nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig (*zu den Anforderungen an diesen Rechtfertigungsgrund: vgl. BAG 19. Dezember 2019 - 8 AZR 2/19 - Rn. 37 ff., BAGE 169, 217; 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 101 mwN, BAGE 156, 71*). Aus den im Berufungsurteil getroffenen Feststellungen ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass ein mit dem Grund „Alter“ im Zusammenhang stehendes Merkmal wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit als Bürosachbearbeiter/in oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dargestellt haben könnte. 17
  
2. Zwar könnte zweifelhaft sein, ob die grundsätzliche Entscheidung der Beklagten, keine Arbeitsverhältnisse mit externen Personen zu begründen, die bereits die sog. Regelaltersgrenze erreicht haben, den Vorgaben von § 10 AGG gerecht wird. Allerdings ist es aus Sicht des Senats nach den vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen nicht von vornherein auszuschließen, dass die Benachteiligung wegen des Alters, die der Kläger durch die Absage der Beklagten erfahren hat, im konkreten Fall nach § 10 AGG ausnahmsweise zulässig war. 18
  
- a) Nach § 10 Satz 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ungeachtet des § 8 AGG zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung des Ziels müssen nach § 10 Satz 2 AGG angemessen und erforderlich sein. § 10 Satz 3 AGG enthält eine nicht abschließende Aufzählung von Tatbeständen, nach denen unterschiedliche Behandlungen wegen des Alters iSv. § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG insbesondere gerechtfertigt sein können (*vgl. BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 110; 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 102, BAGE 156, 71; jeweils mwN*). 19

- b) Im Streitfall ist keiner der Tatbestände des § 10 Satz 3 AGG erfüllt. Es könnte jedoch zu erwägen sein, dass die unmittelbare Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters nach § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG zulässig war. 20
- aa) Die Beklagte verfolgt mit der Ablehnung der Bewerbung des Klägers, der das Eintrittsalter für den Bezug einer Regelaltersrente bereits überschritten hat, ein legitimes Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG, Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG. 21
- (1) § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG dienen der Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht und sind unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auszulegen (*ausführlich BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 103 mwN, BAGE 156, 71*). Für die Konkretisierung des in § 10 Satz 1 AGG enthaltenen, in der Bestimmung näher definierten Begriffs des legitimen Ziels ist deshalb auf Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG zurückzugreifen (*BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 104 mwN, aaO*). Legitime Ziele iSv. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, dh. Ziele, die als geeignet angesehen werden können, eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Alters zu rechtfertigen, sind nur rechtmäßige Ziele insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung (*im Einzelnen zB EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 80, 81; ausführlich auch: BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 111; 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 104, aaO; jeweils mwN*) und stehen als „sozialpolitische Ziele“ im Allgemeininteresse. Dadurch unterscheiden sie sich von Zielen, die im Eigeninteresse des Arbeitgebers liegen, wie Kostenreduzierung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit. Dabei ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass eine nationale Vorschrift den Arbeitgebern bei der Verfolgung der sozialpolitischen Ziele einen gewissen Grad an Flexibilität einräumt (*EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 52; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 46*). Ein unabhängig von Allgemeininteressen verfolgtes Ziel eines 22

Arbeitgebers kann eine Ungleichbehandlung jedoch nicht rechtfertigen (*BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - aaO, mwN*).

(2) Die Beklagte hat zur Rechtfertigung der dem Kläger erteilten Absage geltend gemacht, es müsse ihr als tarifgebundener Partei erlaubt sein, die Bewerbung von Altersrentnern aus den gleichen Erwägungen zurückzuweisen, wie sie der tariflichen Regelung in § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD in der im Streitfall maßgeblichen Fassung zugrunde lägen, wonach das Arbeitsverhältnis - ohne dass es einer Kündigung bedarf - grundsätzlich mit Ablauf des Monats endet, in dem der/die Beschäftigte das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen der Regelaltersrente vollendet hat. Nur so werde sichergestellt, dass die mit der tariflichen Altersgrenzenregelung verfolgten Zwecke effektiv erreicht würden. Danach verfolgt die Beklagte mit der Zurückweisung der Bewerbung des Klägers die gleichen Ziele wie die Tarifvertragsparteien mit der tariflichen Altersgrenzenregelung in § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD. 23

(3) Diese Ziele haben die Tarifvertragsparteien in § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD zwar nicht ausdrücklich benannt. Sie ergeben sich aber mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Gesamtkontext. 24

(a) Den Tarifvertragsparteien geht es mit der Altersgrenze in § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD erkennbar nicht nur darum, eine zuverlässige Personalplanung zu ermöglichen, sondern grundsätzlich auch darum, eine ausgewogene Altersstruktur von jüngeren und älteren Beschäftigten zu schaffen, um über eine bessere Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen den Zugang jüngerer Personen zur Beschäftigung zu fördern. Dementsprechend werden tarifvertragliche Altersgrenzen in sämtlichen Tarifverträgen des - im weiten Sinne zu verstehenden - öffentlichen Dienstes auch seit Langem ohne wesentliche Änderung unabhängig von der jeweiligen Arbeitsmarktlage vereinbart (*zu § 33 Abs. 1 Buchst. a des Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes für den Bereich Verwaltung im Bereich der Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände [TVöD-V] in der bis zum 30. Juni 2008 geltenden Fassung vgl. BAG 8. Dezember 2010 - 7 AZR 438/09 - Rn. 54, BAGE 136, 270*). 25

(b) Die grundlegende Entscheidung der Tarifvertragsparteien gegen eine Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen der Regelaltersrente vollendet haben, um über eine bessere Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen den Zugang jüngerer Personen zur Beschäftigung zu fördern, wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass § 41 Satz 3 SGB VI die Möglichkeit vorsieht, dass die Arbeitsvertragsparteien durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, ggf. auch mehrfach hinausschieben. Diese Möglichkeit dient nicht primär dem Interesse der betroffenen Arbeitnehmer am Verbleib im Berufsleben. Zweck der Regelung in § 41 Satz 3 SGB VI ist es vielmehr sicherzustellen, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber reagieren können, wenn eine Nachbesetzung der entsprechenden Stelle nicht nahtlos erfolgen kann oder wenn Arbeitnehmer laufende Projekte mit ihrer Sachkunde erfolgreich zum Abschluss bringen oder neu eingestellte, jüngere Kollegen in ihre Tätigkeit einarbeiten sollen (*vgl. BT-Drs. 18/1489 S. 25*). Die mit dem Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts verbundene Befristung setzt nicht das Bestehen eines Sachgrunds iSv. § 14 Abs. 1 TzBfG voraus (*BAG 19. Dezember 2018 - 7 AZR 70/17 - Rn. 32, BAGE 164, 370*). Hiergegen bestehen jedenfalls insoweit keine unionsrechtlichen Bedenken, als die sonstigen Arbeitsvertragsbedingungen unverändert bleiben (*vgl. BAG 19. Dezember 2018 - 7 AZR 70/17 - Rn. 34, aaO*). Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Hinausschieben der Altersgrenze wird durch § 41 Satz 3 SGB VI aber nicht begründet und ist auch aus dem Unionsrecht nicht herzuleiten (*vgl. EuGH 28. Februar 2018 - C-46/17 - [John] Rn. 33*).

26

(c) Die grundlegende Entscheidung der Tarifvertragsparteien gegen eine Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die das gesetzlich festgelegte Alter zum Erreichen der Regelaltersrente vollendet haben, mit dem Ziel, über eine bessere Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen den Zugang jüngerer Personen zur Beschäftigung zu fördern, wird ebenso wenig durch die Regelung in § 33 Abs. 5 TVöD in Frage gestellt, wonach in dem Fall, dass die/der Beschäftigte, deren/dessen Arbeitsverhältnis nach Abs. 1 Buchst. a geendet hat, weiterbeschäftigt werden soll, ein neuer Arbeitsvertrag abzuschließen

27

ßen ist. § 33 Abs. 5 TVöD verbietet dem Arbeitgeber demnach nicht die (Weiter)Einstellung von Personen, die bereits nach § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden waren, sondern räumt ihm ausdrücklich die Möglichkeit ein, mit diesen vormals Beschäftigten ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen. Nach § 33 Abs. 5 Satz 1 TVöD liegt die Entscheidung über deren Weiterbeschäftigung bzw. Wiedereinstellung zwar im Ermessen des Arbeitgebers, dieser unterliegt demnach keinem Kontrahierungszwang (*vgl. Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TVöD Stand Februar 2022 § 33 Rn. 106*); allerdings könnte nach Auffassung des Senats vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Entscheidung der Tarifvertragsparteien gegen eine (Weiter)Beschäftigung von zuvor wegen Erreichens der Regelaltersgrenze ausgeschiedenen Beschäftigten einiges dafür sprechen, dass der Arbeitgeber von der Möglichkeit der (Weiter)Beschäftigung bzw. Wiedereinstellung von Personen, die bereits nach § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden waren, nur eingeschränkt Gebrauch machen darf. Dies könnte für die Fälle zu erwägen sein, dass entweder ein vorübergehender Bedarf besteht, weil für die zu besetzende Stelle kein/e geeignete/r Bewerber/in zur Verfügung steht, der/die die Regelaltersgrenze noch nicht überschritten hat oder dass - aus anderen Gründen - die Stelle nur befristet besetzt werden soll (*vgl. EuGH 2. April 2020 - C-670/18 - [Comune di Gesturi] Rn. 47*). In beiden Fällen kann nämlich regelmäßig davon ausgegangen werden, dass durch eine Einstellung eines Bewerbers/einer Bewerberin, der/die die Altersgrenze für den Bezug der Regelaltersrente überschritten hat, die Chancen Jüngerer auf Eingliederung in das Erwerbsleben und auf Beförderung nicht in relevantem Umfang geschmälert werden und damit der Sinn der Altersgrenze in § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD nicht konterkariert wird. Andernfalls könnte zweifelhaft sein, ob die Regelungen in § 33 Abs. 1 und Abs. 5 TVöD die unionsrechtlich erforderliche Kohärenz aufweisen.

(4) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union stellt die Förderung von Einstellungen unbestreitbar ein legitimes Ziel der Sozial- oder Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten dar. Dies gilt vor allem, wenn es darum geht, für bestimmte Arbeitnehmergruppen die Chancen auf Eingliederung

28

in das Erwerbsleben zu verbessern, insbesondere, den Zugang jüngerer Menschen zur Ausübung eines Berufs zu fördern (vgl. *EuGH 2. April 2020 - C-670/18 - [Comune di Gesturi] Rn. 36 mit Verweis ua. auf EuGH 16. Oktober 2007 - C-411/05 - [Palacios de la Villa] Rn. 65*). Insoweit ist es gerechtfertigt, in Abweichung vom Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung Ungleichbehandlungen im Zusammenhang mit dem Zugang zur Beschäftigung vorzusehen, wenn das angestrebte Ziel darin besteht, eine ausgewogene Altersstruktur von jüngeren und älteren Beschäftigten zu schaffen, um die Einstellung und Beförderung Jüngerer zu begünstigen (vgl. *EuGH 2. April 2020 - C-670/18 - [Comune di Gesturi] Rn. 36*).

(5) Nach alledem ist das von der Beklagten mit der Ablehnung der Bewerbung des Klägers verfolgte Ziel, eine ausgewogene Altersstruktur von jüngeren und älteren Beschäftigten zu schaffen, um über eine bessere Beschäftigungsverteilung zwischen den Generationen den Zugang jüngerer Personen zur Beschäftigung zu fördern, ein legitimes Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG, Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG. 29

bb) Nach Auffassung des Senats ist es nach den bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht auszuschließen, dass sich die Ablehnung der Bewerbung des Klägers auch als angemessen und erforderlich iSv. § 10 Satz 2 AGG, Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG erweist (vgl. *EuGH 2. April 2020 - C-670/18 - [Comune di Gesturi] Rn. 40*), wobei der Senat davon ausgeht, dass die tarifliche Altersgrenzenregelung in § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD als solche mit dem Verbot der Altersdiskriminierung in Einklang steht, was für inhaltsgleiche Tarifregelungen bereits entschieden ist (zu § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD-V vgl. *BAG 8. Dezember 2010 - 7 AZR 438/09 - Rn. 30 ff., BAGE 136, 270*) und von den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits auch nicht in Zweifel gezogen wird. 30

(1) Im Schrifttum ist umstritten, ob die Bindung des Arbeitgebers an eine tarifliche Altersgrenze die Zurückweisung der Bewerbung von Personen im Altersruhestand allein wegen der Rentenberechtigung rechtfertigen kann. Teilweise wird angenommen, die Ablehnung entsprechender Bewerbungen sei aus den 31

gleichen Gründen, aus denen sich die Rechtmäßigkeit einer einschlägigen tariflichen Altersgrenze ergäbe, als zulässige unterschiedliche Behandlung nach § 10 AGG zu werten. Andernfalls werde der Sinn der Altersgrenze konterkariert und würden entsprechende Regelungen letztendlich ihre Wirksamkeit verlieren (vgl. *Bauer/Krieger/Günther AGG und EntgTranspG 5. Aufl. § 10 AGG Rn. 39; Däubler/Beck/Brors 5. Aufl. § 10 Rn. 93; Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese TVöD Stand Februar 2022 § 33 Rn. 3; Martens in Sponer/Steinherr TVöD-B/K Stand Juli 2017 § 33 Rn. 185; Bayreuther NJW 2011, 19, 20; ders. NZA-Beilage 1/2011, 27, 29*). Nach anderer Auffassung ist eine allein auf das Überschreiten der Regelaltersgrenze gestützte Zurückweisung im Bewerbungsverfahren mit dem Verbot der Altersdiskriminierung nicht in Einklang zu bringen und auch im Anwendungsbereich tariflicher Altersgrenzenregelungen grundsätzlich unzulässig (vgl. *Joussen ZESAR 2011, 201, 207; im Ergebnis wohl auch MüKo-BGB/Thüsing 9. Aufl. § 10 AGG Rn. 31; Plum in Schleusener/Suckow/Plum AGG 5. Aufl. § 10 Rn. 64; von Roetteken juris-PR-ArbR 47/2010 Anm. 1*). Teilweise wird es zwar als für mit dem Verbot der Altersdiskriminierung vereinbar angesehen, wenn ein Arbeitgeber die Bewerbung einer Person, die vormals bei ihm beschäftigt war und die aufgrund einer zulässigen tariflichen Altersgrenzenregelung aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist, wegen des Alters zurückweist. Außerhalb dieses Sachverhalts und außerhalb der Tatbestände iSv. § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG sei eine Ungleichbehandlung, die in der Zurückweisung der Bewerbung einer im Ruhestand befindlichen Person allein wegen des Alters liege, jedoch nicht zu rechtfertigen, weil das Verbot der Altersdiskriminierung in § 10 AGG keine Altersbegrenzung kenne, und weil Personen ab Erreichen der Regelaltersgrenze nicht völlig vom Zugang zum Arbeitsmarkt ausgeschlossen werden dürften (vgl. *Sievers in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger jurisPK-BGB 9. Aufl. § 10 AGG [Stand Oktober 2020] Rn. 83 ff.*).

(2) Der Senat neigt zwar zu der Auffassung, dass bei der Prüfung der Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen des Alters nach § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG auch in einem Fall wie dem vorliegenden stets zu prüfen ist, ob die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind. Beides ist im Hinblick auf das konkret angestrebte Ziel zu beurteilen. Die Mittel sind deshalb nur dann

32



angemessen und erforderlich, wenn sie es erlauben, das mit der unterschiedlichen Behandlung verfolgte Ziel zu erreichen, ohne zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen derjenigen Arbeitnehmer zu führen, die wegen ihres Alters benachteiligt werden, und die Maßnahme nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist (vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 105 mwN, BAGE 156, 71). Allerdings ist es nach Auffassung des Senats bislang nicht auszuschließen, dass sich die Ablehnung der Bewerbung des Klägers als angemessen und erforderlich iSv. § 10 Satz 2 AGG, Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG erweist (vgl. EuGH 2. April 2020 - C-670/18 - [Comune di Gesturi] Rn. 40).

(a) Dabei kann dahinstehen, ob es für die Angemessenheit iSv. § 10 Satz 2 AGG, Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG auf die Höhe der Altersrente ankommt. Da der Kläger unbestritten über auskömmliche Altersbezüge verfügt, dürfte die Zurückweisung seiner Bewerbung und damit verbundene Ungleichbehandlung wegen seines Alters ein angemessenes Mittel iSv. § 10 Satz 2 AGG sein. 33

(b) Ob sich die Nichtberücksichtigung des Klägers im Bewerbungs-/Stellenbesetzungsverfahren als erforderlich iSv. § 10 Satz 2 AGG erweist, kann nach den bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Insoweit könnte nämlich zu erwägen sein, dass es der Beklagten nach den unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG jedenfalls nicht versagt ist, externe Bewerber, die - wie der Kläger - die gesetzliche Regelaltersgrenze überschritten haben, unter denselben Prämissen abzulehnen, wie sie - wie unter Rn. 27 ausgeführt - für die Weiterbeschäftigung bzw. Wiedereinstellung der in § 33 Abs. 5 TVöD genannten Personen gelten, die bereits nach § 33 Abs. 1 Buchst. a TVöD aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden waren. Danach könnte die Beklagte berechtigt gewesen sein, die Bewerbung des Klägers jedenfalls dann abzulehnen, wenn entweder für seine Einstellung kein entsprechender Bedarf bestand, weil für die zu besetzende Stelle ein/e geeignete/r Bewerber/in zur Verfügung stand, der/die die Regelaltersgrenze noch nicht überschritten hatte, oder es sich bei der ausgeschriebenen Stelle um 34

eine dauerhaft zu besetzende Stelle handelte. Sofern diese Voraussetzungen vorliegen, dürfte die Nichtberücksichtigung des Klägers im Bewerbungs-/Stellenbesetzungsverfahren nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist.

Zwar handelt es sich bei der von der Beklagten ausgeschriebenen Stelle, auf die der Kläger sich beworben hat, um einen Dauerarbeitsplatz; dafür, dass die Stelle nur befristet zu besetzen gewesen wäre, gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Allerdings kann aufgrund der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht beurteilt werden, ob für die zu besetzende Stelle kein/e geeignete/r Bewerber/in zur Verfügung stand, der/die die Regelaltersgrenze noch nicht überschritten hatte und deshalb ein Bedürfnis für die Einstellung älterer Personen bestand. Dennoch war der Rechtsstreit nicht an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen und den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vorbringen zu geben.

35

III. Vorliegend kann nämlich dahinstehen, ob ein Entschädigungsanspruch des Klägers bereits daran scheitert, dass die Benachteiligung, die er als erfolgloser Stellenbewerber wegen seines Alters erfahren hat, ausnahmsweise nach § 10 AGG zulässig war. Offenbleiben kann insoweit auch, ob diese Frage vom Senat erst im Anschluss an eine Antwort des Gerichtshofs der Europäischen Union auf ein entsprechendes Vorabentscheidungsersuchen beantwortet werden könnte. Das Entschädigungsverlangen des Klägers ist jedenfalls - anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat - dem durchgreifenden Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) ausgesetzt.

36

1. Das Entschädigungsverlangen eines/einer erfolglosen Bewerbers/Bewerberin nach § 15 Abs. 2 AGG kann dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt sein. Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, sofern diese Person sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihr darum ging, nur den formalen Status als Bewerber/in iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, Ansprüche auf Entschädigung und/oder Schadensersatz geltend zu machen (vgl. ua.

37

*BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 - Rn. 46 ff.; 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 123 ff. mwN).*

- a) Nach § 242 BGB sind durch unredliches Verhalten begründete oder erworbene Rechte oder Rechtsstellungen grundsätzlich nicht schutzwürdig. Der Ausnutzung einer rechtsmissbräuchlich erworbenen Rechtsposition kann demnach der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen (*vgl. etwa: BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 - Rn. 47; 17. März 2016 - 8 AZR 677/14 - Rn. 44 mwN*). Allerdings führt nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung. Hat der Anspruchsteller sich die günstige Rechtsposition aber gerade durch ein treuwidriges Verhalten verschafft, liegt eine unzulässige Rechtsausübung iSv. § 242 BGB vor (*vgl. etwa: BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 - aaO; 17. März 2016 - 8 AZR 677/14 - aaO, mwN*). 38
- b) Für das Vorliegen der Voraussetzungen, die gegenüber einem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG die Einwendung des Rechtsmissbrauchs begründen, ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweisbelastet (*st. Rspr., zB BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 - Rn. 48 mwN*). Dieser muss deshalb Indizien vortragen und im Bestreitensfall beweisen, die den rechtshindernden Einwand begründen. 39
- c) Unter diesen engen Voraussetzungen begegnet der Rechtsmissbrauchseinwand nach § 242 BGB gegenüber Ansprüchen aus § 15 AGG auch keinen unionsrechtlichen Bedenken (*vgl. hierzu ausführlich BAG 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 - Rn. 49 mwN*). 40
2. Danach ist aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falls davon auszugehen, dass das Entschädigungsverlangen des Klägers dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand aus § 242 BGB ausgesetzt ist. 41
- a) Der Begriff der unzulässigen Rechtsausübung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist in der Revisionsinstanz nur darauf überprüfbar, ob es den Rechtsbegriff selbst verkannt, gegen 42

Denkgesetze, anerkannte Auslegungsgrundsätze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände außer Acht gelassen hat (vgl. etwa BAG 12. März 2019 - 1 ABR 42/17 - Rn. 47, BAGE 166, 79; 13. Februar 2013 - 7 ABR 36/11 - Rn. 31 mwN).

b) Dieser revisionsrechtlich eingeschränkten Überprüfung hält das Berufungsurteil nicht stand. 43

aa) Das Landesarbeitsgericht hat eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Anspruchs aus § 15 Abs. 2 AGG mit der Begründung abgelehnt, im Bewerbungsschreiben des Klägers enthaltene Rechtschreibfehler und der Inhalt der Bewerbung, insbesondere die dort enthaltene ungewöhnliche Schlussbemerkung, seien für sich genommen nicht geeignet, die Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers auszuschließen. Ein den Mangel der Ernsthaftigkeit indizierendes „krasses Missverhältnis“ zwischen dem Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle als Bürosachbearbeiter und dem „Status des Klägers als Oberamtsrat a.D.“ sei ebenso wenig festzustellen. 44

bb) Diese Würdigung ist nicht frei von Rechtsfehlern. Ihr ist schon nicht hinreichend deutlich zu entnehmen, von welchen rechtlichen Vorgaben das Landesarbeitsgericht für die Prüfung eines etwaigen Rechtsmissbrauchs ausgegangen ist. Jedenfalls lassen seine Ausführungen nicht erkennen, dass es sämtliche Umstände des Falls, insbesondere sämtliche Schreiben des Klägers und auch sein Verhalten im Zusammenhang mit seiner Bewerbung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Stellenausschreibung umfassend gewürdigt hat. 45

c) Das Entschädigungsverlangen des Klägers ist - entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts - dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt. Eine Würdigung des Inhalts sämtlicher Schreiben des Klägers und seines Verhaltens im Zusammenhang mit seiner Bewerbung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Stellenausschreibung ergibt, dass der Kläger es geradezu auf eine Absage der Beklagten angelegt, mithin eine Absage provoziert hat. In Ermangelung von gegenteiligen Anhaltspunkten kann hie- 46

raus nur der Schluss gezogen werden, dass es ihm nicht darum ging, die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern dass er mit seiner Bewerbung nur die Voraussetzungen für die Zahlung einer Entschädigung schaffen wollte. Dies kann der Senat auch selbst beurteilen, da insoweit aufgrund des feststehenden Sachverhalts Entscheidungsreife gegeben ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Einer Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht bedurfte es demnach nicht.

aa) Die Rechtsmissbräuchlichkeit des Entschädigungsverlangens des Klägers folgt allerdings nicht allein daraus, dass seine Bewerbungs-E-Mail vom 24. Juli 2019 zahlreiche ins Auge springende Rechtschreib- sowie Grammatikfehler aufweist und eine für ein solches Schreiben ungewöhnliche Wortwahl wie beispielsweise die Formulierung „[bin] sicherlich nicht klüger als meine Mitbewerber“ enthält. Denn wie viel „Mühe“ ein Bewerber sich mit seinem Bewerbungsschreiben und den weiteren Bewerbungsunterlagen gegeben hat, wie ansprechend seine Präsentation ist und wie eindringlich und überzeugend er ein Interesse an der ausgeschriebenen Stelle bekundet hat, mag zwar ein Umstand sein, der für die konkrete Auswahlentscheidung des Arbeitgebers den Ausschlag geben kann. Es existiert hingegen weder ein Erfahrungssatz des Inhalts, dass nur derjenige, der ein solches Bewerbungsschreiben verfasst, an der Stelle interessiert ist, noch der gegenteilige Erfahrungssatz, dass derjenige, dessen Bewerbungsschreiben diesen Vorgaben nicht entspricht, sich nur mit dem Ziel bewirbt, die formale Position des Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen zu können (vgl. etwa BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 136 mwN).

47

bb) Die Rechtsmissbräuchlichkeit des Entschädigungsverlangens des Klägers folgt jedoch aus seinem Bewerbungsschreiben iVm. seinen weiteren Schreiben sowie seinem Verhalten im Bewerbungsverfahren unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Stellenausschreibung. Eine Gesamtschau all dieser - vor der Absage durch die Beklagte liegenden - Umstände (zu dieser zeitlichen Eingrenzung vgl. BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 142) ergibt, dass

48

der Kläger eine Ablehnung seiner Bewerbung provozieren wollte mit dem abschließlichen Ziel, Ansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen zu können (vgl. BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 137).

(1) Der Kläger hat in seiner Bewerbungs-E-Mail vom 24. Juli 2019 sein höheres und oberhalb der Regelaltersgrenze liegendes Lebensalter, von dem ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass es sich konkret auch aus den beigefügten Bewerbungsunterlagen ergab, deutlich in den Vordergrund gerückt. So hat er bereits im Eingangssatz mit dem Hinweis auf einen „Mehrwert- an Lebens,- und Berufserfahrungen“ auf sein höheres Alter angespielt, und dieses auch im Folgesatz mit den Ausführungen zu seiner körperlichen und geistigen Fitness mittelbar angesprochen. Mit seiner folgenden Aussage „Meine monatliche Höchstverdienstgrenze beträgt pensionsbedingt Brutto 1.600,--€.“, hat er nicht nur erneut den Blick der Beklagten auf sein hohes Alter gelenkt. Diese Äußerung lässt zudem nur den Schluss zu, dass der Kläger nicht an einer Vollzeitbeschäftigung, sondern - sofern überhaupt - lediglich an einer Teilzeitbeschäftigung interessiert sein konnte. Ausweislich der Ausschreibung war die zu besetzende Stelle nach Entgeltgruppe 7 TVöD bewertet. Nach der vom 1. April 2019 bis zum 29. Februar 2020 maßgeblichen Entgelttabelle belief sich das Tabellenentgelt (§ 15 TVöD) in der Stufe 1 für eine Vollzeitbeschäftigung auf 2.598,38 Euro (brutto), und lag damit bereits in dieser Stufe weit über der vom Kläger benannten „Höchstverdienstgrenze“. Die Stellenausschreibung der Beklagten richtete sich indes - für den Kläger ohne Weiteres erkennbar - nur an bestimmte, an einer Teilzeitbeschäftigung interessierte Bewerber/innen. So heißt es in der Stellenausschreibung unter der Rubrik „Anmerkungen“ zwar, eine Ausübung der Funktion durch Teilzeitkräfte sei „grundsätzlich möglich“. Jedoch macht die Verwendung des Adjektivs „entsprechende“ vor dem Wort „Teilzeitkräfte“ deutlich, dass nur Bewerber/innen angesprochen werden sollten, die Bedarf an der Vereinbarkeit von Familie und Beruf hatten. Der Kläger hat in seiner Bewerbungs-E-Mail und auch im Verlauf des weiteren Bewerbungsverfahrens allerdings nicht erklärt, dass er aus einem solchen Grund eine Teilzeitbeschäftigung anstrebe. Damit hat der Kläger sich auf die ausgeschriebene Stelle beworben, obgleich er die in der Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen für

49

eine Teilzeitbeschäftigung nicht erfüllte. Ob die Vorgaben der Stellenausschreibung hinsichtlich einer möglichen Teilzeitbeschäftigung rechtlichen Bedenken ausgesetzt sind, ist für die Frage eines etwaigen Rechtsmissbrauchs nicht von Belang.

(2) Neben den mit seinem Lebensalter zusammenhängenden Äußerungen hat der Kläger in seiner Bewerbungs-E-Mail vom 24. Juli 2019 lediglich noch ausgeführt, laut seiner „u.a. Kontaktdaten“ „Facharbeiter in nahezu allen Verwaltungsangelegenheit“, „zuverlässig, seriös, flexibel sowie extrem belastbar“ und „ehrenamtlich Bereich der EU“ tätig zu sein. Damit ist er zwar oberflächlich auf seine Ausbildung und auch auf die verlangte Zuverlässigkeit und Belastbarkeit eingegangen. Mit den in der Stellenbeschreibung genannten Kriterien wie ua. „sicherer Umgang mit MS Office Produkten, insbesondere Word und Outlook“ und „Aufgeschlossen für IT-Anwendungen“ hat er sich hingegen überhaupt nicht auseinandergesetzt, und ist auch mit seiner Äußerung zu seiner „Flexibilität“ allenfalls pauschal auf die geforderte Bereitschaft eingegangen, bei Bedarf außerhalb der üblichen Arbeitszeit Dienst zu leisten und erreichbar zu sein, im Leitungs- und Koordinierungsstab mitzuarbeiten und zu bestimmten Anlässen Dienst- und Einsatzbekleidung zu tragen. 50

(3) Es kommt hinzu, dass der Kläger seine Bewerbung entgegen der Aufforderung in der Stellenbeschreibung nicht über das eingestellte Online-Bewerbungssystem „Go4Bund“ unter Verwendung der angegebenen Kennziffer einreichte, sondern unmittelbar an die Adresse „THW-Presse“ übermittelte, und, nachdem er von der Beklagten unter Angabe entsprechender Daten gebeten worden war, das Online-Bewerbungssystem zu nutzen, prompt und ohne weitere Erklärung zurückschrieb „sorry mit Ihnen kann ich nicht arbeiten“. Eine Erklärung, dass und warum er keinen Zugang zum Online-Bewerbungssystem herstellen konnte, findet sich dort nicht. Der Kläger hat auch in keiner Weise ein Bemühen zum Ausdruck gebracht, etwaige, mit der Nutzung des Bewerbungssystems verbundene Hürden - etwa durch Inanspruchnahme von Hilfen seitens der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vom Servicezentrum Personalgewinnung im Bundesver- 51

waltungsamt, deren telefonischer Kontakt in der Stellenausschreibung angegeben war - zu überwinden. Stattdessen hat er sofort um „Stornierung“ seiner Bewerbung gebeten, und sich auch dabei, soweit es ihm um die Abstandnahme von der Bewerbung gegangen sein sollte, einer zumindest ungewöhnlichen Ausdrucksweise bedient. Darauf, ob die Beklagte von potentiellen Bewerber/innen zulässigerweise verlangen durfte, ihre Bewerbung/en ausschließlich über das eingestellte Online-Bewerbungssystem „Go4Bund“ einzureichen, kommt es für die Frage eines etwaigen Rechtsmissbrauchs nicht an.

(4) Bereits der Umstand, dass der Kläger in seiner Bewerbungs-E-Mail auf der einen Seite auf geforderte Qualifikationen und Eigenschaften, wenn überhaupt, weitgehend pauschal und schlagwortartig eingegangen ist, während auf der anderen Seite Gesichtspunkte, die in Zusammenhang mit seinem Lebensalter stehen, breiten Raum einnehmen, und er zudem mit seinen Ausführungen zur „Höchstverdienstgrenze“ erhebliche Zweifel geschürt hat, ob er in Anbetracht der Höhe seiner Pensionsbezüge bereit wäre, die ausgeschriebene Tätigkeit auch in Vollzeit zu verrichten, lässt den Schluss zu, dass es dem Kläger nicht darum ging, die Beklagte davon zu überzeugen, dass er der bestgeeignete Bewerber war, sondern dass er beabsichtigte, der Beklagten schon nach dem ersten Lesen des Bewerbungsschreibens durchgreifende Gründe für eine Ablehnung seiner Bewerbung zu geben. 52

(5) Im vorliegenden Verfahren kommt hinzu, dass nach der Stellenausschreibung ausdrücklich ein „gutes mündliches und schriftliches Ausdrucksvermögen“ zum Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle gehörte. Auch wenn allein aus einer - wie hier - gegebenen Häufung von Rechtschreib- und Grammatikfehlern im Bewerbungsschreiben in der Regel nicht auf eine mangelnde Ernsthaftigkeit der Bewerbung geschlossen werden kann, musste dem Kläger als Dipl.-Verwaltungswirt und Oberamtsrat aD (Bundespresseamt) bewusst sein, dass er sich mit einer schriftlichen Bewerbung, die mit Rechtschreib- und Grammatikfehlern übervoll ist, nicht für die ausgeschriebene Tätigkeit eines Bürosachbearbeiters empfehlen würde. Wenn er es gleichwohl unterließ, entsprechende Fehler möglichst zu vermeiden, kann dies unter Berücksichtigung des gesamten 53



Erscheinungsbildes, welches der Kläger im Bewerbungsverfahren von sich vermittelt hat, nur bedeuten, dass es ihm nicht ernsthaft darum ging, eine erfolgreiche Bewerbung abzugeben. Dies hat der Kläger auch dadurch belegt, dass er sich auf die seinem Bewerbungsschreiben folgende Bitte der Beklagten vom 31. Juli 2019, seine Bewerbung - den Vorgaben der Stellenausschreibung entsprechend - über das bereitgestellte Online-Bewerbungssystem „Go4Bund“ einzureichen, keineswegs vermittelnd verhalten und etwa um Hilfestellung beim digitalen Zugang oder um Zusendung eines ausgedruckten Bewerbungsbogens gebeten hat, sondern prompt - und dies ohne Anrede und Grußformel - zurückgeschrieben hat, „sorry mit Ihnen kann ich nicht arbeiten. Bitte stornieren sie meine Bewerbung“. Dadurch hat der Kläger nicht nur einen Mangel an Freundlichkeit offenbart, obwohl die Beklagte diese Eigenschaft im Anforderungsprofil für die Stelle explizit genannt hatte. Er hat zugleich eine mangelnde Aufgeschlossenheit für IT-Anwendungen geradezu „zur Schau getragen“, obwohl diese Eigenschaft ebenfalls, wie bereits ausgeführt, zum Stellenprofil gehörte.

(6) Ebenso zu berücksichtigen ist auch das weitere Verhalten des Klägers. Zwar hat dieser auf die Mitteilung der Beklagten vom 1. August 2019, sie werde vermerken, dass er seine Bewerbung zurückgezogen habe, per E-Mail - ebenfalls vom 1. August 2019 -, die er an das zuständige Referat beim Servicezentrum Personalgewinnung im Bundesverwaltungsamt übermittelt hat, ausdrücklich sein grundsätzliches Interesse an der Stelle bekundet und um entsprechende Mitteilung an das Technische Hilfswerk bei gleichzeitiger Übersendung seiner Unterlagen gebeten. Die Wortwahl „grundsätzlich Interesse ...“ belegt jedoch, dass der Kläger nicht den Eindruck eines unbedingt interessierten Bewerbers vermitteln wollte, sondern dass es ihm vielmehr darum ging, lediglich den formalen Status eines Bewerbers zu behalten bzw. zu reaktivieren. Dafür spricht auch, dass der Kläger einerseits mitteilte, ihm sei der „technische Kontakt zur Personalgewinnung“ nicht möglich, er andererseits aber völlig im Dunkeln ließ, worin genau seine Schwierigkeiten bestanden, und dass er insoweit weiterhin keine Hilfestellung erbeten hat.

54

(7) Nach alledem ergibt eine Würdigung aller Umstände des vorliegenden Falls, dass der Kläger sich bewusst als in wesentlichen Punkten ungeeigneter Bewerber präsentiert hat. Sein gesamtes Verhalten - einschließlich seiner E-Mails - macht deutlich, dass er es geradezu auf eine Absage der Beklagten angelegt, die Absage mithin provoziert hat. In Ermangelung gegenteiliger Anhaltspunkte kann hieraus nur der Schluss gezogen werden, dass es ihm nicht darum ging, die ausgeschriebene Stelle zu erlangen, sondern dass er mit seiner Bewerbung nur die Voraussetzungen für die Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG schaffen wollte.

55

Schlewing

Berger

Pulz

Soost

N. Reiners