

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 429/11  
9 Sa 1771/10  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
24. Januar 2013

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bloesinger und Soost für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers wird als unzulässig verworfen, soweit sie sich gegen die Zurückweisung der Berufung hinsichtlich des Unterlassungsantrags wendet.
2. Im Übrigen wird die Sache auf die Revision des Klägers zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über eine Entschädigung wegen einer unzulässigen Diskriminierung und einen Anspruch auf Unterlassung von Benachteiligungen. 1

Die Beklagte betreibt als Körperschaft des öffentlichen Rechts eine Klinik. 2

Vom 7. April bis 29. April 2009 ließ die Beklagte in Zeitungen Stellenanzeigen veröffentlichen, in denen es ua. heißt: 3

„Die C hat in den kommenden Jahren einen relevanten Bedarf an Nachwuchsführungskräften. Um diesen zu decken, gibt es ein spezielles Programm für Hochschulabsolventen/Young Professionals:

#### **Trainee-Programm an der C („Ctrain“)**

##### **Konzept:**

- Ein Traineeprogramm ist ein Programm für Hochschulabsolventen. ...
- Dabei sollen jährlich zunächst zwei Hochschulabsolventen rekrutiert und dem Programm ‚Ctrain‘ zugeführt werden. Da es sich per definitionem um Berufsanfänger handelt, stehen neben den erworbenen Fähigkeiten vor allem die persönlichen Eigenschaften im Mittelpunkt. Erfahrungswissen wird nicht gefordert.

...

**Ihr Profil:**

- abgeschlossenes Hochschulstudium vorzugsweise der Medizin, Wirtschaftswissenschaften, Jura oder Naturwissenschaften

...

Die C trifft ihre Personalentscheidung nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Bei gleicher Eignung bevorzugen wir schwer behinderte Menschen. Außerdem streben wir eine Erhöhung des Anteils von Frauen an und fordern Frauen nachdrücklich auf, sich zu bewerben. Bei gleichwertiger Qualifikation werden Frauen im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten vorrangig berücksichtigt.“

Der damals 36 Jahre alte Kläger, ein Volljurist mit einem befriedigenden ersten und einem ausreichenden zweiten Staatsexamen und Berufserfahrung bei einer Rechtsschutzversicherung als Leiter einer fünfköpfigen Juristengruppe war zur Zeit der Stellenausschreibung als Rechtsanwalt tätig. Er bewarb sich mit Schreiben vom 11. April 2009 auf die ausgeschriebenen Stellen. Es bewarben sich insgesamt 310 Personen, darunter 207 Bewerberinnen und 103 Bewerber. Männliche und weibliche Bewerber wurden bei der Beklagten in getrennten Listen geführt. 29 Bewerber, darunter 18 Frauen, wurden zu einem Assessment-Center eingeladen. Am Ende entschied sich die Beklagte für eine Bewerberin und einen Bewerber.

4

Mit Schreiben vom 4. Juni 2009 erhielt der Kläger eine Absage. Daraufhin machte er am 2. August 2009 schriftlich einen Unterlassungs- und Entschädigungsanspruch erfolglos geltend. Mit seiner beim Arbeitsgericht am 28. Oktober 2009 eingegangenen Klage verfolgt er seine Ansprüche weiter.

5

Der Kläger vertritt die Auffassung, er sei wegen seines Geschlechts und seines Alters diskriminiert worden. Eine Diskriminierung wegen des Geschlechts sei wegen der nicht geschlechtsneutralen Stellenausschreibung zu vermuten, da der Wortlaut in der Ausschreibung über das Berliner Landesgleichstellungsgesetz (*LGG Berlin*) hinausgehe. Der Umstand, dass die Beklagte eine nach Geschlechtern getrennte Bewerberliste geführt habe, spreche dafür, dass es bei ihrer Auswahlentscheidung auf das Geschlecht angekommen sei.

6

Der Kläger meint weiter, dass er wegen seines Alters diskriminiert worden sei. Die Beklagte habe gezielt nach Hochschulabsolventen und „Young Professionals“ gesucht. Dies impliziere eine unmittelbare und nicht bloß mittelbare Benachteiligung wegen des Alters. 7

Ihm stehe daher ein Entschädigungsanspruch zu, wobei er von einer geschätzten voraussichtlichen Vergütung von 3.500,00 Euro ausgehe. Er meint, für die Stelle von allen Bewerbern am besten qualifiziert gewesen zu sein. Er könne daher als untere Grenze drei Bruttomonatsgehälter an Entschädigung verlangen. Schließlich meint er, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus unionsrechtlichen Gründen zulässig sei. 8

Der Kläger hat beantragt, 9

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, Stellenbewerber im Auswahlverfahren für eine Stelle wegen des Alters und des Geschlechts zu benachteiligen;
2. 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 10.500,00 Euro nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18. August 2009.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 10

Sie trägt vor, der Kläger sei weder wegen seines Geschlechts noch seines Alters benachteiligt worden. Grundlage für die Entscheidung, wen sie aus dem Kreis der Bewerber zu dem Assessment-Center eingeladen habe, seien Noten, dargelegte Motivation, außercurriculares Engagement sowie die äußere Form der Bewerbung gewesen. Der Kläger sei nicht eingeladen worden, da dessen Noten deutlich hinter denen anderer Bewerber zurückgeblieben seien. Sie habe nur diejenigen Bewerber in Betracht gezogen, die gute oder sehr gute Examensnoten aufgewiesen hätten. Die eigentliche Auswahl sei schließlich aufgrund der erreichten Punkte im Assessment-Center, der mündlichen Präsen- 11

tation und des sozialen Verhaltens der Bewerber erfolgt. Sie habe sich bei dem Text der Ausschreibung an die Vorgaben des § 8 LGG Berlin gehalten. Sie handhabe es nahezu immer so, Bewerber nach Männern und Frauen getrennt in Listen zu erfassen. Dies hindere sie nicht, letztlich auf andere Kriterien, wie zB räumlicher Einzugsbereich, Berufserfahrung etc. abzustellen.

Auch sei der Kläger nicht wegen seines Alters in unzulässiger Weise benachteiligt worden. Allenfalls liege eine mittelbare Benachteiligung vor, da sich das Traineeprogramm an Hochschulabsolventen richte und es sich bei diesen typischerweise um jüngere Menschen handle. Sie verfolge aber legitime und verhältnismäßige Zwecke. Im Traineeprogramm sollten erste Erfahrungen in der Praxis, hier in der Führungsebene eines Krankenhauses, gesammelt werden. Dies sei bei einem Bewerber mit mehrjähriger Berufserfahrung naturgemäß nicht mehr der Fall. Sie wolle sich Bewerber in ihrem Sinne erst „formen“. Zudem könnten die Hochschulabsolventen schneller und gezielter auf betriebsspezifische Erfordernisse vorbereitet werden. Das Traineeprogramm diene auch dem Berufseinstieg junger Hochschulabsolventen, da andernorts oftmals Berufserfahrung als Einstellungskriterium verlangt werde. Sie meint, sich auf § 10 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 AGG als Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Behandlung stützen zu können.

12

Schließlich bezweifelt die Beklagte, dass es sich um eine ernste Bewerbung des Klägers gehandelt habe. Dieser sei aufgrund seiner Vorerfahrungen als Rechtsanwalt für die Stelle überqualifiziert.

13

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

14

## Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist zum Teil unzulässig. Soweit sie zulässig ist, ist sie begründet. 15

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die klägerische Berufung sei unzulässig, soweit sich der Kläger gegen die Abweisung seines Unterlassungsantrags wende. Er habe sich nicht hinreichend mit der Argumentation des Arbeitsgerichts, das in dem Unterlassungsbegehren einen unbegründeten Globalantrag gesehen habe, auseinandergesetzt. Der Kläger sei nicht wegen seines Geschlechts benachteiligt worden. Es schade nicht, dass sich die Beklagte nicht genau an den Wortlaut des § 8 LGG Berlin gehalten habe. Eine durch die Ausschreibung möglicherweise bestehende unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen sei jedenfalls durch § 5 AGG gedeckt, da bei der Beklagten auf der Ebene von Führungspositionen Frauen unterrepräsentiert seien. Des Weiteren sei nicht ersichtlich, weshalb aus dem Führen von nach Frauen und Männern getrennten Bewerberlisten ein Indiz für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung hergeleitet werden könne. Der Kläger sei auch nicht wegen seines Alters benachteiligt worden. Dabei könne dahinstehen, ob aus der Stellenausschreibung, die sich an „Hochschulabsolventen/Young Professionals“ richte, eine mittelbare oder eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters herzuleiten sei. Eine möglicherweise bestehende mittelbare Benachteiligung sei durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Der Schwerpunkt des Traineeprogramms liege auf der Ausbildung. Dieses gleiche mehr einem Berufspraktikum als einer Berufstätigkeit. Ein solches Programm richte sich auch üblicherweise an Hochschulabsolventen und stelle bei Banken und Versicherungen sogar den Regelfall dar. Es weise auch einen sozialen Bezug auf, weil es den Einstieg von Berufsanfängern in das Berufsleben erleichtern helfe. Wenn man davon ausgehe, dass eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters vorgelegen habe, sei diese nach § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG gerechtfertigt. Auch insoweit sei der Arbeitgeber berechtigt, betriebs- und unternehmens-

 16

bezogene Interessen, die nicht gesetzlich anerkannt sein müssten, in den Vordergrund zu stellen. Das Programm diene dazu, die Teilnehmer möglichst langfristig an das Unternehmen zu binden. Da auch eine absolute Altersgrenze nicht bestehe, sei es angemessen, die Teilnahme des Programms auf Personen zu beschränken, die am Anfang ihres Berufslebens stünden.

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nur teilweise stand. 17

I. Die Revision des Klägers ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Zurückweisung der Berufung hinsichtlich des Unterlassungsantrags wendet. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dass die Berufung des Klägers insoweit unzulässig war, da sie sich mit der Begründung des Arbeitsgerichts nicht ausreichend iSd. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO auseinandergesetzt hat. Zwar hat das Landesarbeitsgericht die Berufung nicht nach § 66 Abs. 2 Satz 2 ArbGG iVm. § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als teilweise unzulässig verworfen, jedoch ergibt sich aus den Entscheidungsgründen eindeutig, dass es die Berufung insoweit als unzulässig iSd. § 522 Abs. 1 ZPO betrachtet hat. 18

1. Soweit sich die Revision gegen diesen Teil der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts richtet, genügt sie nicht den gesetzlichen Begründungsanforderungen. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO gehört zum notwendigen Inhalt der Revisionsbegründung die Angabe der Revisionsgründe. Bei einer Sachrüge muss die Revisionsbegründung gemäß § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ZPO den Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Daher muss die Revisionsbegründung eine Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen des angefochtenen Urteils enthalten (*st. Rspr., BAG 22. Oktober 2009 - 8 AZR 520/08 - Rn. 19, AP ZPO § 551 Nr. 67*). Dies erfordert eine konkrete Darlegung der Gründe, aus denen das angefochtene Urteil nach Meinung des Revisionsklägers fehlerhaft ist. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Prozessbevollmächtigte des Revisionsklägers das angefochtene Urteil im Hinblick auf das Rechtsmittel überprüft und mit Blickrichtung auf die Rechtslage genau durchdenkt. Außerdem soll die Revisionsbe- 19

gründung durch ihre Kritik des angefochtenen Urteils zur richtigen Rechtsfindung durch das Revisionsgericht beitragen (*BAG 22. Oktober 2009 - 8 AZR 520/08 - aaO*). Die bloße Darstellung anderer Rechtsansichten ohne jede Auseinandersetzung mit den Gründen des Berufungsurteils genügt nicht (*BAG 28. Januar 2009 - 4 AZR 912/07 - Rn. 11, AP ZPO § 551 Nr. 66 = EzA ZPO 2002 § 551 Nr. 10*). Hat das Berufungsgericht über mehrere Streitgegenstände entschieden, muss die Revision grundsätzlich für jeden Teil des Klagebegehrens begründet werden (*BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 25, AP BGB § 613a Nr. 423 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 130*).

2. Diesen Anforderungen wird die Revisionsbegründung des Klägers nicht gerecht. Soweit er rügt, das Arbeitsgericht habe verkannt, dass das Unionsrecht einen Antrag in der geltend gemachten Form erfordere, liegt darin eine Sachrüge. Der Kläger wiederholt seinen Standpunkt, dass sein Unterlassungsantrag in der gestellten Form zulässig sei, weil nur dies eine wirksame Umsetzung des Unionsrechts sei. 20

Damit verteidigt er seinen Antrag aus materiell-rechtlichen Gründen. Der Kläger hätte sich aber im Einzelnen damit auseinandersetzen müssen, weshalb das Landesarbeitsgericht nach seiner Ansicht die Berufung bzgl. des Unterlassungsantrags nicht als unzulässig hätte betrachten dürfen. Er hätte also darlegen müssen, weshalb er entgegen der Meinung des Landesarbeitsgerichts dem gesetzlichen Begründungserfordernis des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO genügt habe. Er hat sich mit diesen gesetzlichen Vorgaben, wegen deren Fehlens das Landesarbeitsgericht die Berufung als unzulässig betrachtet hat, nicht im Einzelnen auseinandergesetzt, sondern im Kern seine Rechtsauffassung aus den Vorinstanzen zum Bestehen eines Unterlassungsanspruchs wiederholt und im Übrigen das Berufungsurteil lediglich als „rechtsfehlerhaft“ und die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts als „insoweit unschlüssig“ bezeichnet. Es reicht für eine ordnungsgemäße Revisionsbegründung aber nicht aus, die tatsächlichen und/oder rechtlichen Würdigungen des Berufungsgerichts mit formelhaften Wendungen zu rügen oder das Vorbringen aus den Vorinstanzen zu wiederholen (*vgl. zu den Anforderungen an eine Berufungsbe-* 21



*gründung: BAG 18. Mai 2011 - 4 AZR 552/09 - Rn. 14, AP ArbGG 1979 § 64 Nr. 45).*

II. Im Übrigen ist die Revision des Klägers begründet. Die Begründung, mit der das Landesarbeitsgericht den geltend gemachten Entschädigungsanspruch abgewiesen hat, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 22

1. Der auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klageantrag ist zulässig, insbesondere ist er 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 (*vgl. BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 16, EzA AGG § 15 Nr. 16*). 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 10.500,00 Euro beziffert. 23

2. Ob die Klage begründet ist und dem Kläger ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG zusteht, kann der Senat aufgrund der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht entscheiden. 24

a) Der Kläger ist als Bewerber „Beschäftigter“ nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG und fällt in den persönlichen Anwendungsbereich des AGG. Dabei spielt es keine Rolle, ob er für die ausgeschriebene Tätigkeit objektiv geeignet ist (*BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 18, EzA AGG § 15 Nr. 16*). Auch auf die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung kommt es nicht an. Das Fehlen einer solchen würde allenfalls zum Einwand treuwidrigen Verhaltens des Bewerbers führen (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 24, EzA AGG § 15 Nr. 17*). 25

- b) Die Beklagte ist als „Arbeitgeberin“ passiv legitimiert. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG ist Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes, wer „Personen nach Absatz 1“ des § 6 AGG „beschäftigt“. Arbeitgeber eines Bewerbers ist also der, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis gebeten hat (*BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 19, EzA AGG § 15 Nr. 16*). 26
- c) Der Entschädigungsanspruch ist rechtzeitig geltend gemacht worden. 27
- aa) Gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss ein Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Im Falle einer Bewerbung beginnt die Frist mit dem Zugang der Ablehnung (§ 15 Abs. 4 Satz 2 AGG). Mit Schreiben vom 4. Juni 2009 hat die Beklagte dem Kläger eine Absage erteilt. Dieser hat am 2. August 2009 einen Entschädigungs- und Unterlassungsanspruch schriftlich geltend gemacht. Mangels anderweitigen Sachvortrags der Parteien ist deshalb unter Zugrundelegung der üblichen Postlaufzeiten davon auszugehen, dass die Frist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG gewahrt ist. 28
- bb) Der Kläger hat seinen Entschädigungsanspruch durch die beim Arbeitsgericht am 28. Oktober 2009 eingegangene Klage innerhalb der dreimonatigen Klageerhebungsfrist des § 61b Abs. 1 ArbGG geltend gemacht. 29
- d) Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG. § 15 Abs. 2 AGG enthält nur eine Rechtsfolgenregelung, für die Anspruchsvoraussetzungen ist auf § 15 Abs. 1 AGG zurückzugreifen (*BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 30, EzA AGG § 15 Nr. 17*). 30
- Im Streitfalle liegen Indizien vor, die eine unzulässige Benachteiligung des Klägers wegen dessen Alters vermuten lassen (§§ 1, 3 Abs. 1, § 7 Abs. 1, § 22 AGG). 31

aa) Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn ein Beschäftigter wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes - zu denen auch das Alter zählt - eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. 32

bb) Der Kläger erfuhr eine weniger günstige Behandlung als die Bewerber, die zu einem Assessment-Center bei der Beklagten eingeladen wurden. Ein Nachteil im Rahmen einer Auswahlentscheidung liegt auch dann vor, wenn der Bewerber - wie hier der Kläger - nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorab in einem Bewerbungsverfahren ausgeschieden wird. Die Benachteiligung liegt bereits in der Versagung einer Chance (*st. Rspr., vgl. BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 24, EzA AGG § 15 Nr. 16*). 33

cc) Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt voraus, dass der Kläger objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet war, denn vergleichbar (*nicht: gleich*) ist die Auswahl-situation nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen. Für das Vorliegen einer Benachteiligung ist es erforderlich, dass eine Person, die an sich für die Tätigkeit geeignet wäre, nicht ausgewählt oder schon nicht in Betracht gezogen wurde. Könnte auch ein objektiv ungeeigneter Bewerber immaterielle Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen, stünde dies nicht im Einklang mit dem Schutzzweck des AGG. Das AGG will vor ungerechtfertigter Benachteiligung schützen, nicht eine unredliche Gesinnung des (*potentiellen*) Arbeitgebers sanktionieren. Die objektive Eignung ist keine ungeschriebene Voraussetzung der Bewerbereigenschaft, sondern Kriterium der „vergleichbaren Situation“ iSd. § 3 Abs. 1 AGG (*BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 26, EzA AGG § 15 Nr. 16*). 34

Grundsätzlich ist für die objektive Eignung nicht auf das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, abzustellen, sondern auf die Anforderungen, die der Arbeitgeber an einen Stellenbewerber stellen durfte. Der Arbeitgeber darf zwar grundsätzlich über den der Stelle zugeordneten Aufgabenbereich und die dafür geforderten Qualifikationen des Stelleninhabers 35

frei entscheiden, er darf aber nicht durch willkürlich gewählte Anforderungen den Schutz des AGG faktisch beseitigen (vgl. BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 38, AP AGG § 15 Nr. 6 = EzA AGG § 15 Nr. 13). Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes ist verpflichtet, für die zu besetzende Stelle ein Anforderungsprofil festzulegen und nachvollziehbar zu dokumentieren, weil nur so seine Auswahlentscheidung nach den Kriterien der Bestenauslese gerichtlich überprüft werden kann (BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 43, aaO). Dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes steht bei der Anwendung von Art. 33 Abs. 2 GG und damit auch bei der Festlegung des Anforderungsprofils ein Beurteilungsspielraum zu, der nur eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolle zulässt. Die Festlegung des Anforderungsprofils muss aber dem Grundsatz der „Bestenauslese“ Rechnung tragen und muss im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle sachlich nachvollziehbar sein (BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 45, aaO).

dd) Die Beklagte hat in ihrer Stellenanzeige Hochschulabsolventen gesucht, um Führungskräfte in der Verwaltung zu rekrutieren. Der Kläger verfügt über das erste und zweite juristische Staatsexamen und erfüllt daher grundsätzlich die von der Beklagten gestellten Anforderungen. Eine bestimmte Mindestnote hat sie in dem Stellenprofil nicht gefordert, obwohl sie dazu grundsätzlich berechtigt gewesen wäre (vgl. BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 48, AP AGG § 15 Nr. 6 = EzA AGG § 15 Nr. 13). 36

ee) Es liegen auch Indizien für die Vermutung vor, dass der Kläger „wegen“ seines Alters benachteiligt worden ist. 37

Der Kausalzusammenhang zwischen nachteiliger Behandlung und Alter ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an das Alter anknüpft oder durch dieses motiviert ist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund das ausschließliche Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist. Ausreichend ist vielmehr, dass das verpönte Merkmal Bestandteil eines Motivbündels ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat. Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 42, EzA AGG § 15 Nr. 17). 38

Hinsichtlich der Kausalität zwischen Nachteil und dem verpönten Merkmal ist in § 22 AGG eine Beweislastregelung getroffen, die sich auch auf die Darlegungslast auswirkt. Der Beschäftigte genügt danach seiner Darlegungslast, wenn er Indizien vorträgt, die seine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen. Dies ist der Fall, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen dieses Merkmals erfolgt ist. Durch die Verwendung der Wörter „Indizien“ und „vermuten“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass es hinsichtlich der Kausalität zwischen einem der in § 1 AGG genannten Gründe und einer ungünstigeren Behandlung genügt, Hilfstatsachen vorzutragen, die zwar nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität erfordern, die aber die Annahme rechtfertigen, dass Kausalität gegeben ist (*BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 580/09 - Rn. 29, EzA AGG § 22 Nr. 3*). Liegt eine Vermutung für die Benachteiligung vor, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

39

ff) Nach diesen Grundsätzen ist eine Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters zu vermuten.

40

Anknüpfungspunkt für die Vermutung einer Benachteiligung wegen des Alters ist im vorliegenden Falle der Text der Stellenausschreibung. Diese enthält neben den Bewerbungskriterien „Hochschulabsolventen“ und „Berufsanfänger“ auch das Kriterium „Young Professionals“. Letzteres kann mit „junger Fachmann/-frau“ übersetzt werden (*vgl. Wahrig Deutsches Wörterbuch 8. Aufl. S. 1680*). Damit hat die Beklagte direkt auf das Merkmal „Alter“ abgestellt. Sie hat zum Ausdruck gebracht, dass es ihr nicht allein darum ging, Bewerber, die gerade ihren Hochschulabschluss geschafft haben und demnach noch keine oder wenig Berufserfahrung aufweisen, anzusprechen. Diese Kriterien mag etwa auch derjenige erfüllen, der ungewöhnlich lange studiert und erst im vorgerückten Alter seinen Abschluss gemacht hat. Diesen Bewerberkreis wollte die Beklagte erkennbar aber nicht ansprechen. Neben fehlender Berufserfahrung sollten die Bewerber vielmehr auch noch „jung“ sein. Zwar ist der Begriff

41

„jung“ nicht eindeutig zu definieren (*BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 59, AP AGG § 15 Nr. 5 = EZA AGG § 15 Nr. 10*), jedoch bringt die Zusammenschau der Kriterien „Hochschulabsolvent“ und „Berufsanfänger“ sowie „Young Professionells“ aus Sicht eines objektiven Lesers des Stellenprofils die Erwartungshaltung der Beklagten zum Ausdruck, dass die Bewerber nicht älter als 30, maximal 35 Jahre alt sein sollten. Auch die Beklagte geht davon aus, dass sie mit der Stellenanzeige vornehmlich jüngere Menschen im Altersdurchschnitt von 25 bis 30 Jahren angesprochen hat.

Nach § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden. Eine Ausschreibung verstößt gegen § 7 Abs. 1 AGG, wenn Menschen, die ein in § 1 AGG genanntes Merkmal aufweisen, vom Kreis der für die zu besetzende Stelle in Betracht kommenden Personen ausgeschlossen werden (*BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 57, AP AGG § 15 Nr. 5 = EZA AGG § 15 Nr. 10*). Die Verletzung der Verpflichtung, einen Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG auszuschreiben, kann die Vermutung begründen, die Benachteiligung sei wegen des in der Ausschreibung bezeichneten verbotenen Merkmals erfolgt (*vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 59, aaO*). 42

gg) Nach der Stellenanzeige wurden „junge“ Fachleute bzw. Hochschulabsolventen ohne Berufserfahrung gesucht. Mit dieser Einschränkung werden solche Personen, die nicht mehr „jung“ sind, vom Kreis derer, die für die zu besetzende Stelle in Betracht kommen, ausgeschlossen. Dabei ist es nicht entscheidend, dass der Begriff „jung“ nicht eindeutig zu definieren ist. Jedenfalls im Zusammenhang mit den anderen geforderten Kriterien, nämlich „Hochschulabsolvent“ und „Berufsanfänger“, wird deutlich, dass es der Beklagten um eine Zielgruppe von Akademikern von rund 30 Jahren ging. Der Kläger erfüllte dieses Kriterium mit 36 Jahren nicht mehr. 43

hh) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist nicht davon auszugehen, dass die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nach § 10 Satz 1 AGG gerechtfertigt ist. 44

§ 10 Satz 1 und Satz 2 AGG gestatten die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters, wenn diese objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Rechtfertigungsgründe werden in § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG zunächst in Form einer Generalklausel umschrieben. § 10 Satz 3 AGG zählt dann, wie sich aus dem Wort „insbesondere“ ergibt, Beispielsfälle auf, ohne dass es sich um einen abschließenden Katalog handelt (*BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 40, BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). Unter einem „legitimen Ziel“ iSv. § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG sind nicht nur im Interesse der Allgemeinheit liegende Ziele zu verstehen, sondern auch betriebs- und unternehmensbezogene Interessen, wobei es sich nicht um gesetzlich anerkannte Interessen handeln muss (*BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 53, aaO*). 45

Die unterschiedliche Behandlung muss „objektiv“ gerechtfertigt sein. Es ist dabei zu prüfen, ob das verfolgte Interesse auf tatsächlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruht und ob die Ungleichbehandlung nicht nur aufgrund von bloßen Vermutungen oder subjektiven Einschätzungen vorgenommen wird. Sie muss ferner „angemessen“ sein. Dies erfordert eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Danach muss das verfolgte Ziel in einem angemessenen Verhältnis zu der Ungleichbehandlung stehen. Dafür ist eine Abwägung zwischen dem Schutz vor Ungleichbehandlung und dem verfolgten Ziel vorzunehmen. Die Ungleichbehandlung muss letztlich durch das verfolgte Ziel sachlich gerechtfertigt sein. Nach § 10 Satz 2 AGG ist ferner zu prüfen, ob auch die eingesetzten Mittel zur Erreichung des Ziels verhältnismäßig sind (*BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 55, BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). 46

Gemessen an diesen Anforderungen hat die Beklagte keine Rechtfertigung iSv. § 10 AGG dargelegt. 47

Sie kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie mit dem Anforderungsprofil „junge Berufsanfänger“ eine ausgewogene Altersstruktur anstrebe, weil die Mitarbeiter in der Verwaltung eher in vorgerücktem Alter stünden. 48

Allerdings kann die Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur grundsätzlich als ein legitimes Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG angesehen werden. Zu Altersgrenzen vertritt der EuGH nach gefestigter Rechtsprechung die Auffassung, dass ein „günstiger Altersaufbau“ sogar aus Gründen der Beschäftigungs- und Sozialpolitik gerechtfertigt sein könne. Denn es gehe regelmäßig auch darum, zum Erfahrungsaustausch zwischen Beschäftigten verschiedener Generationen beizutragen und die Einstellung jüngerer Arbeitnehmer zu ermöglichen (vgl. *EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10 und C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 49 f., AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 21 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 20*). Auch der deutsche Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG beim Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur im Betrieb grundsätzlich als legitimes Ziel anerkannt (vgl. *BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 52 ff., AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 21 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84*). Allerdings deckt die Vorschrift nur die „Sicherung“, nicht aber eine „Veränderung“ der Personalstruktur ab. Wenn, wie hier, der Arbeitgeber einem drohenden Überalterungsprozess in seiner Belegschaft entgegenwirken will, indem er nur noch jüngere Arbeitnehmer einstellt, lässt sich dies jedenfalls nicht mit dem Rechtsgedanken aus § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG begründen (vgl. *BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 57, BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*).

49

Ob es ein legitimes Ziel iSv. § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG sein kann, wenn der Arbeitgeber nur noch jüngere Bewerber einstellen will, um eine verjüngte Personalstruktur erst zu schaffen, kann letztlich dahin gestellt bleiben. Denn die Arbeitgeberin ist im vorliegenden Falle jedenfalls nicht ihrer Darlegungslast bzgl. des Vorliegens eines legitimen Ziels iSv. § 10 Satz 1 AGG nachgekommen. Sie hätte zunächst vortragen müssen, welche konkrete Personalstruktur sie schaffen oder erhalten will und aus welchen Gründen. Schlagwortartige Bezeichnungen genügen dafür nicht. Andernfalls kann nicht überprüft werden, ob die Ungleichbehandlung durch das verfolgte Ziel gerechtfertigt ist (vgl. *BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 59, BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). Die Beklagte hat zwar vorgebracht, dass in

50



den nächsten zehn Jahren 35 % der Mitarbeiter (*gemeint sind wohl die in der Verwaltung*) planmäßig ausscheiden werden und fast die Hälfte ihrer Beschäftigten mehr als 50 Jahre alt sei. Wenn etwa die Hälfte der Mitarbeiter mehr als 50 Jahre alt ist, spricht dies indes noch nicht für ein evident drohendes Problem der Überalterung. Geht man von einem durchschnittlichen Eintrittsalter von 30 Jahren und einem Ausscheiden bei 65 oder mehr Jahren aus, so liegt das Alter von 50 Jahren nur knapp über dem Durchschnittsalter in einem Erwerbsleben. Vor diesem Hintergrund hätte die Beklagte näher erläutern müssen, welche Altersstruktur sie anstrebt und welche Nachteile ansonsten ggf. drohen würden.

Entsprechendes gilt für ihren Vortrag, sie verfolge das Ziel, jüngeren Berufsanfängern ohne Berufserfahrung den Einstieg in das Berufsleben zu erleichtern. Auf § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG kann sich die Beklagte in diesem Zusammenhang nicht berufen, da diese Regelung die Eingliederung von Jugendlichen, nicht von Berufsanfängern, bezweckt. Als ein legitimes Ziel könnte es uU anzuerkennen sein, dass der Arbeitgeber die bevorzugte Einstellung von Berufsanfängern bezweckt, weil diese arbeitslos sind und auf dem primären Arbeitsmarkt keine guten Einstellungschancen hätten. Bei Hochschulabsolventen aus den Bereichen Medizin, Naturwissenschaften, Wirtschafts- und Rechtswissenschaften ist dies aber grundsätzlich nicht der Fall. Die Beklagte wendet sich in ihrer Stellenanzeige („*Young Professionals*“) gerade an besonders qualifizierte Berufseinsteiger mit regelmäßig guten Berufschancen. 51

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass sie für die Teilnahme an dem zweijährigen Traineeprogramm ausschließlich jüngere Bewerberinnen und Bewerber ohne Berufserfahrung suchen durfte. 52

§ 10 Satz 3 Nr. 3 AGG ist nicht zur Rechtfertigung heranzuziehen. Danach kann die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand eine Ungleichbehandlung wegen des Alters rechtfertigen. Nach der Gesetzesbegründung liegt der Regelung die Überlegung zugrunde, dass bei älteren Beschäftigten, deren Rentenalter bereits absehbar ist, 53

einer aufwendigen Einarbeitung am Arbeitsplatz auch eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Mindestdauer einer produktiven Arbeitsleistung gegenüberstehen muss (*BT-Drucks. 16/1780 S. 36*). Legt man hier zugrunde, dass der Kläger bei seiner Bewerbung 36 Jahre alt war, so lägen noch rund 30 Berufsjahre bei der Beklagten vor ihm, um eine zweijährige Ausbildung zu kompensieren. Dies wäre in jedem Falle hinreichend lang.

Die Beklagte führt zur Rechtfertigung ihres Anforderungsprofils für Bewerber für das Traineeprogramm aus, sie habe bewusst Berufsanfänger ohne Berufserfahrung gesucht, um diese Bewerber in ihrem Sinne „formen“ zu können. Die Bewerber sollten ihr theoretisch erworbenes Wissen allein mit dem im Unternehmen der Beklagten erlangten Wissen verknüpfen. Anderweitig erworbenes Spezialwissen von außen oder sonstige Berufserfahrung sollten sie gerade nicht mit einbringen. Berufseinsteiger könnten auch besser und schneller auf die betriebsspezifischen Erfordernisse vorbereitet werden. Schließlich seien vergleichbare Traineeprogramme in bestimmten Branchen üblich.

54

In der Literatur wird teilweise betont, es sei zulässig, für Traineeprogramme nach jungen Hochschulabsolventen zu suchen (*Wichert/Zange DB 2007, 970 ff.; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 10 Rn. 35; Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 132; wohl auch Däubler/Bertzbach - Däubler 2. Aufl. § 7 Rn. 37; für eine Altersgrenze bei der Suche nach Führungskräften tendenziell großzügig auch MüKoBGB/Thüsing 6. Aufl. § 10 AGG Rn. 22; Schaub/Linck ArbR-Hdb. 14. Aufl. § 36 Rn. 65*). Teilweise wird demgegenüber betont, das Alter dürfe nur in besonderen Ausnahmefällen bei Einstellungen eine Rolle spielen, insbesondere könne der Arbeitgeber eine unterschiedliche Behandlung nicht damit begründen, der Arbeitnehmer bringe mit zunehmendem Alter nicht mehr die erforderliche Flexibilität mit (*Däubler/Bertzbach - Buschmann 2. Aufl. § 11 Rn. 15; Weber AuR 2002, 401, 403 f.; Kittner/Zwanziger - Zwanziger 6. Aufl. § 92 Rn. 121*).

55

Der Fall nötigt nicht zu einer abschließenden Beantwortung der Frage, ob Altersgrenzen bei einer ausgeschriebenen Traineeestelle zur Nachwuchsförderung von Führungskräften generell keine Rolle spielen dürfen. Denn hierfür

56

möglicherweise in Betracht kommende Gründe hat die Beklagte jedenfalls nicht ausreichend dargelegt. Eine unterschiedliche Behandlung muss dabei „objektiv“ gerechtfertigt sein. Es kommt demnach darauf an, ob das verfolgte Interesse auf tatsächlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruht und ob die Ungleichbehandlung nicht nur aufgrund von bloßen Vermutungen oder subjektiven Einschätzungen vorgenommen wird (vgl. BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 55, BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1).

Wenn die Beklagte darauf abstellt, dass sie sich ihren Führungskräfte-  
nachwuchs hat „formen“ wollen, so liegt dem die Annahme zugrunde, dass dies  
bei älteren Arbeitnehmern mit Berufserfahrung nicht oder weniger gut ginge. Ein  
allgemeiner Erfahrungssatz, dass ein älterer Arbeitnehmer weniger gut lernt als  
ein jüngerer, existiert nicht und ist auch vom Landesarbeitsgericht nicht festge-  
stellt worden. Allenfalls verringert sich die Lerngeschwindigkeit mit zunehmen-  
dem Alter (vgl. BAG 13. Oktober 2009 - 9 AZR 722/08 - Rn. 68, BAGE 132, 210  
= AP AGG § 7 Nr. 1 = EzA AGG § 10 Nr. 2). Zwar hat dies die Beklagte pau-  
schal behauptet, doch genügt sie damit nicht ihren Anforderungen an einen  
substantiierten Sachvortrag. Bloße Vermutungen können eine Ungleichbehand-  
lung nicht rechtfertigen. Entsprechendes gilt, sofern man bei jungen Hochschul-  
absolventen eine größere Bereitschaft unterstellen mag, sich voll und ganz auf  
ein neues Unternehmen einzulassen. Anerkannt ist bislang allenfalls, dass bei  
typisierender Betrachtungsweise die Chancen für Ältere auf dem Arbeitsmarkt  
sinken (vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 56, AP KSchG 1969  
§ 1 Namensliste Nr. 21 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 84) und dass die  
körperliche und psychische Belastbarkeit mit zunehmendem Alter sinkt (EuGH  
13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge] Rn. 67, AP Richtlinie 2000/78/EG  
Nr. 23 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 22; BAG 17. Juni  
2009 - 7 AZR 112/08 (A) - Rn. 21, BAGE 131, 113 = AP TzBfG § 14 Nr. 64 =  
EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 12). Nicht anerkannt ist aber, dass  
die Mobilität oder Flexibilität mit zunehmendem Alter sinkt (vgl. BAG  
13. Oktober 2009 - 9 AZR 722/08 - Rn. 63 ff., aaO). Auch Arbeitnehmer mit  
fortgeschrittenem Alter müssen sich fort- und weiterbilden. Es spricht daher im  
Grundsatz nichts dagegen, dass auch ein fast Vierzigjähriger mit Erfolg an

57

einem Traineeprogramm teilnehmen und anschließend eine Position in der Führungsebene eines Unternehmens ausfüllen kann.

58  
Sofern die Beklagte vorträgt, Bewerber mit bereits in einem anderen Unternehmen erworbener Berufserfahrung sollten diese Erfahrungen nicht bei ihr einbringen können, erscheint dies ohne weitere Erläuterung nicht nachvollziehbar. Allgemein wird es als Vorteil angesehen, wenn Bewerber bereits über Berufserfahrung verfügen, da sie diese Kenntnisse dem neuen Arbeitgeber zur Verfügung stellen können. Eine „Verbildung“ durch die bisher ausgeübte Tätigkeit ist im Allgemeinen nicht ohne Weiteres anzunehmen (*vgl. BAG 8. Dezember 2010 - 7 ABR 98/09 - Rn. 63, BAGE 136, 237 = AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 62 = EzA TVG § 1 Betriebsnorm Nr. 5*). Aus welchen konkreten unternehmensspezifischen Gründen im vorliegenden Falle erworbenes Praxiswissen für das Traineeprogramm bei der Beklagten schadet, erschließt sich demnach nicht.

59  
Die Beklagte kann sich auch nicht erfolgreich darauf berufen, Traineeprogramme seien in bestimmten Branchen für Berufseinsteiger üblich. Das Landesarbeitsgericht hat lediglich festgestellt, Traineeprogramme hätten bei Banken und Versicherungen eine lange Tradition. Dies verfängt im Streitfalle jedoch nicht, weil es vorliegend um einen Krankenhausbetrieb geht.

60  
Wenn die Beklagte meint, das Traineeprogramm diene auch dazu, zu ermitteln, ob der Bewerber für eine Tätigkeit in einer Krankenhausverwaltung in Betracht komme, so stellt sich die Beschränkung des Bewerberkreises aus diesem Grund jedenfalls nicht als eine erforderliche Maßnahme dar. Es bestünde nämlich die Möglichkeit einer befristeten Probezeit (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG) oder einer sachgrundlosen Befristung (§ 14 Abs. 2 TzBfG), um Klarheit zu finden, ob der Bewerber langfristig für die Stelle geeignet ist.

61  
e) Ein etwaiger Entschädigungsanspruch des Klägers wäre nicht ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs ausgeschlossen (§ 242 BGB).

aa) Im Falle von Ansprüchen nach § 15 AGG kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls der Erwerb der Rechtsstellung als Bewerber dann als unredlich erscheinen, wenn die Bewerbung allein deshalb erfolgt ist, um Entschädigungsansprüche zu erlangen. Für die fehlende Ernsthaftigkeit der Bewerbung, dh. den Rechtsmissbrauch, ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweisbelastet, wobei der Arbeitgeber Indizien vortragen muss, die geeignet sind, den Schluss auf die fehlende Ernsthaftigkeit zuzulassen (*BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 54, EzA AGG § 15 Nr. 16*). 62

bb) Die Beklagte hat keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Annahme vorgebracht, der Kläger habe sich nicht ernsthaft beworben. Zwar könnte ein krasses Missverhältnis zwischen Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle und der Qualifikation des Bewerbers die Ernsthaftigkeit der Bewerbung in Frage stellen. Die Beklagte meint in diesem Kontext, der Kläger sei mit seiner Berufserfahrung und seinem vermutlich bisherigen Einkommen für die Traineeestelle überqualifiziert. Demgegenüber hat der Kläger behauptet, er wolle sich nach einem Auslandsaufenthalt neu orientieren und sei im Zeitpunkt der Bewerbung ohne nennenswerte Einkünfte gewesen. Das im Anforderungsprofil genannte Kriterium „abgeschlossenes Hochschulstudium“ in „Jura“ erfüllt er. Sofern die Beklagte mutmaßt, der Kläger habe eine Vielzahl von Bewerbungen verschickt und mehrere Entschädigungsprozesse geführt, spricht auch dies nicht zwingend gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung (*vgl. BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 56, EzA AGG § 15 Nr. 16*). Der Hinweis des Klägers in seinem Bewerbungsschreiben, sein Vater sei Opfer eines „Ärztepfusches“ geworden, mutet bei einer Bewerbung in einem Krankenhausbetrieb zwar befremdlich an, ist aber letztlich für sich genommen nicht geeignet, die Ernsthaftigkeit der Bewerbung auszuschließen. 63

3. Da der Kläger somit Tatsachen vorgetragen hat, die eine Benachteiligung wegen seines Alters vermuten lassen, trägt die Beklagte nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorliegt. Der Arbeitgeber muss das Gericht davon überzeugen, dass die Benachteiligung nicht (*auch*) auf dem Alter beruht. Damit muss er 64

Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als das Alter, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben (*vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 58, EzA AGG § 15 Nr. 17*).

Solche Tatsachen hat die Beklagte vorgetragen. Sie wäre berechtigt gewesen, den Kläger nicht zu einem Assessment-Center zu laden, wenn er schlechtere Examensnoten als die eingeladenen Mitbewerber aufgewiesen hätte. Zwar hat die Beklagte in ihrer Stellenausschreibung nicht ausdrücklich Mindestanforderungen an die Examensnoten der potentiellen Bewerber gestellt. Da nach Art. 33 Abs. 2 GG jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat, muss der öffentliche Arbeitgeber jede Bewerbung nach den genannten Kriterien beurteilen (*allg. Meinung, vgl. BAG 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 19, BAGE 124, 80 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 64 = EzA GG Art. 33 Nr. 33*). Aus diesem Grunde war die Beklagte als öffentliche Arbeitgeberin berechtigt, wenn nicht sogar verpflichtet, nur die von der Examensnote her besten Bewerber in die engere Auswahl einzubeziehen.

65

Auf dieses Einstellungsverfahren nach der sog. „Bestenauslese“ brauchte sie in ihrer Stellenausschreibung nicht besonders hinzuweisen, weil eine solche Auswahl im öffentlichen Dienst selbstverständlich ist. Es handelt sich dabei nicht um ein „besonderes Anforderungsprofil“, an welches die Beklagte während des gesamten Bewerbungsverfahrens gebunden wäre.

66

Dies widerspricht nicht der Entscheidung des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. Juli 2009 (*- 9 AZR 431/08 - BAGE 131, 232 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1*). In dieser ging es vor allem um die Frage, ob ein schwerbehinderter Bewerber wegen offensichtlichen Fehlens der fachlichen Eignung nach § 82 Satz 3 SGB IX vom öffentlichen Arbeitgeber nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden musste. Offensichtlich ungeeignet iSd. § 82 Satz 3 SGB IX wäre der Kläger nicht gewesen, nachdem die Beklagte keine Mindestanforderungen an die Examensnoten gestellt hatte. Dies verbietet es aber nicht, diese Noten im Rahmen der Auswahlentscheidung

67

bei einem nicht behinderten Bewerber zu berücksichtigen. Auch das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Entscheidung vom 28. Februar 2007 (- 2 BvR 2494/06 - Rn. 6 ff., BVerfGK 10, 355) davon aus, dass der öffentliche Dienstherr an das Prinzip der „Bestenauslese“ im gesamten Bewerbungsverfahren gebunden ist.

Im Übrigen hat die Beklagte in ihrer Stellenausschreibung auch darauf hingewiesen, dass sie „ihre Personalentscheidungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung“ treffe. 68

Die Beklagte hat schlüssig dargelegt, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat. Ihr „Geschäftsleiter Finanzen“ Dr. H hat namens der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 14. Januar 2011 vor dem Landesarbeitsgericht erklärt: „Als ich seinerzeit, es war der 1. Mai 2009, die Sichtung der Bewerbungen auf die Stellenanzeige vornahm, habe ich eine Auswahl nach den Examensnoten getroffen und nur diejenigen Bewerbungen in Betracht gezogen, die Examensnoten von gut oder sehr gut auswiesen“. Dieses Abstellen auf die Examensnoten war sachgerecht, weil die Beklagte Hochschulabsolventen als Bewerber gesucht hatte. Da der Kläger diese Vorgehensweise der Beklagten bestritten hat, wird das Landesarbeitsgericht darüber Beweis erheben müssen, nachdem die Beklagte für die Richtigkeit ihrer diesbezüglichen Behauptung den Veranstalter des Trainee-programms Dr. H als Zeugen angeboten hatte. 69

Aus diesem Grunde war die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 70

Wenn sich die Behauptung der Beklagten nach Überzeugung des Berufungsgerichts (§ 286 ZPO) als wahr erweist, wird dieses im Rahmen des ihm eingeräumten Beurteilungsspielraums (vgl. BAG 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 56, AP AGG § 15 Nr. 5 = EzA AGG § 15 Nr. 10) zu entscheiden haben, ob der Beklagten der Beweis gelungen ist, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat, dh. dass sie ihre Entscheidung, den Kläger nicht zum Assessment-Center einzuladen, 71

ausschließlich anhand der Examensnoten und damit nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG getroffen hat. Dies gölte dann auch für eine vom Kläger vermutete unzulässige Benachteiligung wegen seines Geschlechts.

Hauck

Böck

Breinlinger

Bloesinger

St. Soost