

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 287/08  
H 3 Sa 102/07  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
25. April 2013

## URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. April 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Burr und Reiners für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 9. November 2007 - H 3 Sa 102/07 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Zahlung einer Entschädigung wegen einer Benachteiligung bei einer Stellenbewerbung und verlangt Auskunft über die von der Beklagten eingestellte Person. 1

Die am 7. September 1961 im heutigen Russland geborene Klägerin absolvierte dort ein Studium und schloss dieses mit der Qualifikation einer Systemtechnik-Ingenieurin ab. Ihr wurde durch das Land Schleswig-Holstein die Gleichwertigkeit dieses Studiums mit einem an einer Fachhochschule in der Bundesrepublik Deutschland durch Diplomprüfung abgeschlossenen Studium der Fachrichtung Informatik bescheinigt. 2

Mit einer Stellenanzeige hat die Beklagte „eine/n erfahrene/n Softwareentwickler/-in“ gesucht. Die Klägerin bewarb sich am 5. Oktober 2006 bei der Beklagten. In ihrem Bewerbungsschreiben führte sie ua. aus: 3

„Ich bemühe mich um Erhaltung bzw. Entwicklung meiner Qualifikation. Mit diesem Zweck habe ich zu Hause Arbeitsplatz eingerichtet und lerne jetzt Visual C++.NET, Visual C#.NET, Internetprogrammierung mit ASP.NET.“

Am 11. Oktober 2006 erhielt die Klägerin folgende Absage von der Beklagten: 4

„Sehr geehrte Frau M,  
vielen Dank für Ihre Bewerbung und Ihr Interesse. Die Auswahl aufgrund der Vielzahl der Bewerbungen viel (richtig wohl: fiel) nicht leicht. Leider sind Sie nicht in die engere Auswahl gekommen. Beim nächsten Mal werden

Sie bestimmt das kleine Quentchen mehr Glück haben. Wir drücken Ihnen für Ihre weitere berufliche Neuorientierung ganz fest die Daumen und wünschen Ihnen alles Gute.

Mit freundlichen Grüßen“

Auf die weiterhin im Internet veröffentlichte Stellenanzeige der Beklagten mit gleichem Inhalt bewarb sich die Klägerin am 19. Oktober 2006 erneut mit folgendem Schreiben:

5

„Sehr geehrte Frau B!

Aufgrund, dass Sie am nächsten Tag, nachdem Sie mir Absage gesendet haben, die gleiche Stellenanzeige wieder veröffentlicht haben, bewerbe ich mich nochmals.

Offenbar haben Sie doch niemanden, Ihren Wünschen passenden, gefunden.

Überlegen Sie sich doch, ob Ihre Absage an mich nicht zu eilig und unüberlegt war. Ich bin überzeugt, dass es genau so ist. Ich passe Ihnen sehr gut. Erstens, weil ich gute Erfahrung mit OOP mit MS C++6.0 habe. Weiterhin, weil ich private Erfahrung mit C#.NET habe. Grundsätzlich ist Übergang von C++6.0 auf C#.NET = C#7.0 (MS Visual Studio.NET ist nichts anderes als MS Visual Studio 7.0, d.h. genau nächste Stufe nach der 6. Version) am leichtesten).

Einen Softwareentwickler mit Erfahrung im Berufsumfeld mit C# können Sie objektiv nicht finden. MS Visual Studio.Net einschliesslich C# wurde in 2002 in Deutschland erst eingeführt. Keine Firma, die eigene mit anderen Werkzeugen entwickelte Software am Markt hatte, hat sofort zu .NET übergegangen. Erst jetzt, vielleicht, schreiben Firmen (sicherlich ganz wenige!) ihre Software auf .NET um. Und auch neue Firmen beginnen sofort von .NET. So beginnen erfahrene .NET-Softwareentwickler erst entstehen! Sie müssen ja noch ihren Arbeitsplatz in der ganz wenigen Firmen, die .NET benutzen, verlieren, um sich dann bei Ihnen zu bewerben!

Ich habe grossen Vorteil, weil ich seit Anfang an, 2002, die .NET-Umgebung privat besitze und damit arbeite. Ob noch so eine Person gibt, die sich bei Ihnen bewirbt? Ich bezweifle das stark!

Ich passe für die von Ihnen ausgeschriebene Position sehr gut. Überlegen Sie sich nochmals.

Mit freundlichen Grüßen

M“

Daraufhin erhielt die Klägerin mit Schreiben vom 20. Oktober 2006 erneut eine Absage durch die Beklagte. In diesem heißt es:

6

„Sehr geehrte Frau M,

unsere Absage war weder voreilig noch unüberlegt. Wir haben eine Auswahl an Bewerbern getroffen, die wir zum Vorstellungsgespräch einladen. Aus diesem Kreis werden wir eine Auswahl treffen. Die Stellenanzeige ist von uns nicht wieder veröffentlicht worden. Wir haben eine Laufzeit von 3 Monaten eingekauft, als wir diese geschaltet haben.

Vielen Dank nochmals für Ihre Interesse. Wir wünschen Ihnen für Ihre weitere Suche alles Gute und viel Erfolg!

Mit freundlichen Grüßen“

Die Klägerin verlangt von der Beklagten eine Entschädigung wegen gesetzwidriger Benachteiligung in Höhe von sechs Monatsgehältern á 3.000,00 Euro. Sie macht geltend, obwohl sie den Anforderungen der Beklagten ideal entspreche und es Bewerber mit besseren als ihren fachlichen Kenntnissen in dem von der Beklagten gewünschten Bereich objektiv kaum geben könne, sei sie nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Offenbar habe die Beklagte Vorurteile wegen ihres Geschlechts, ihrer Herkunft und ihres Alters. Die Klägerin verlangt von der Beklagten, die Bewerbungsunterlagen des aufgrund der Stellenanzeige eingestellten Bewerbers vorzulegen. Sie meint, dies sei zur Sachverhaltsaufklärung erforderlich. Es sei ausreichend, wenn ein abgelehnter Bewerber dem Gericht darlege, er entspreche dem Anforderungsprofil. Die Vorlage der Bewerbungsunterlagen des ausgewählten Bewerbers hätte veranschaulicht, dass dieser nicht besser qualifiziert sei als sie. Aus den allgemeinen Statistiken in der IT-Branche ergebe sich, dass dort überwiegend Männer arbeiteten.

7

Die Klägerin hat beantragt, 8  
die Beklagte zu verurteilen, an sie 18.000,00 Euro nebst  
Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basis-  
zinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hält die Klage für nicht 9  
schlüssig begründet, weil die Klägerin keine ausreichenden Tatsachen für die  
Vermutung einer Diskriminierung vorgetragen habe. Die Stellenanzeige sei  
nach der ersten Absage an die Klägerin nicht erneut geschaltet worden. Viel-  
mehr sei eine längerfristige Anzeigenschaltung gebucht gewesen. Es bestehe  
auch kein Anspruch der Klägerin auf Auskunft darüber, welche Personalent-  
scheidung und ggf. aus welchen Gründen die Beklagte aufgrund der Stellen-  
ausschreibung getroffen habe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläge- 10  
rin hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen und die Revision zugelassen.  
Das Berufungsurteil ist dem damaligen Prozessbevollmächtigten der Klägerin  
am 30. November 2007 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 7. Dezember  
2007, beim Bundesarbeitsgericht am 10. Dezember 2007 eingegangen, hat die  
Klägerin für die einzulegende Revision Prozesskostenhilfe unter Beiordnung  
eines Rechtsanwalts beantragt. Mit Beschluss vom 1. April 2008 hat der Senat  
der Klägerin Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt Dr. Be zur  
Wahrnehmung ihrer Rechte bewilligt. Dieser Beschluss ist der Klägerin am  
3. April 2008 zugestellt worden. Rechtsanwalt Dr. Be ist der Beschluss am  
7. April 2008 zugegangen. Mit Schriftsatz vom 17. April 2008, beim Bundes-  
arbeitsgericht am selben Tage eingegangen, hat die Klägerin Wiedereinsetzung  
in den vorigen Stand beantragt, Revision eingelegt und diese begründet. Sie  
verfolgt mit ihrer Revision ihr Klageziel weiter, während die Beklagte die Zu-  
rückweisung der Revision beantragt.

Mit Beschluss vom 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) - (AP AGG § 22 Nr. 1 = EzA AGG § 22 Nr. 1) hat der Senat das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union idF der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008 folgende Fragen vorgelegt:

11

- „1. Sind Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) und Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft und Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf dahingehend auszulegen, dass einem Arbeitnehmer, der darlegt, dass er die Voraussetzungen für eine von einem Arbeitgeber ausgeschriebene Stelle erfüllt, im Falle seiner Nichtberücksichtigung ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Auskunft eingeräumt werden muss, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat und wenn ja, aufgrund welcher Kriterien diese Einstellung erfolgt ist?
2. Falls die erste Frage bejaht wird:  
Ist der Umstand, dass der Arbeitgeber die geforderte Auskunft nicht erteilt, eine Tatsache, welche das Vorliegen der vom Arbeitnehmer behaupteten Diskriminierung vermuten lässt?“

Mit Urteil vom 19. April 2012 (- C-415/10 - AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 24 = EzA AGG § 22 Nr. 5) hat der Gerichtshof entschieden:

12

„Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des

Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen sind dahin gehend auszulegen, dass sie für einen Arbeitnehmer, der schlüssig darlegt, dass er die in einer Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllt, und dessen Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, keinen Anspruch auf Auskunft darüber vorsehen, ob der Arbeitgeber am Ende des Einstellungsverfahrens einen anderen Bewerber eingestellt hat.

Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch einen Beklagten ein Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, heranzuziehen ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung aller Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu prüfen, ob dies im Ausgangsverfahren der Fall ist.“

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet. Sie hat keinen Entschädigungsanspruch gegen die Beklagte. 13

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine klageabweisende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG sei, dass der Arbeitgeber gegen das sich aus § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG ergebende Benachteiligungsverbot verstoßen habe. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Indizien, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten ließen, trage gemäß § 22 AGG diejenige Partei, welche sich auf eine solche Benachteiligung berufe. Die Klägerin habe Indizien, welche eine unzulässige Benachteiligung vermuten ließen, weder schlüssig dargelegt noch unter Beweis gestellt. Weder in den Stellenausschreibungen noch in den Absageschreiben der Beklagten seien Anhaltspunkte enthalten, aus denen sich eine Wahrscheinlichkeit für eine Benachteiligung der Klägerin ergeben könnte. Es bestehe kein Erfahrungssatz, dass ein Bewerber mit den Merkmalen „über 45 Jahre alte Frau nichtdeutscher 14

Herkunft“ nicht zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen werde. Dies gelte auch, wenn davon ausgegangen werde, dass die Klägerin die für die Stelle erforderliche Qualifikation aufweise. Die Entscheidung des Arbeitgebers, welche Bewerberin oder welchen Bewerber er zu einem Vorstellungsgespräch einlade, hänge nämlich nicht nur davon ab, ob die in einer Stellenausschreibung genannten Qualifikationen beim Bewerber vorlägen. Maßgebend sei vielmehr auch, wie viele geeignete Bewerber vorhanden seien, welche dieser Bewerber möglicherweise über zusätzliche Qualifikationen verfügten und wie der Arbeitgeber die Qualifikationen anhand der vorliegenden Bewerbungsunterlagen einschätze. Die Behauptung der Klägerin, es gebe keinen geeigneteren Bewerber als sie, sei „ins Blaue“ hinein erfolgt. Die Verwendung des Wortes „Neuorientierung“ in dem Schreiben der Beklagten vom 11. Oktober 2006 enthalte keinen Bezug zu den Merkmalen des § 1 AGG. Es gebe auch keinen allgemeinen Anspruch des Bewerbers, zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen zu werden. Der Klägerin komme keine Beweiserleichterung im Sinne eines Auskunftsanspruches gegen die Beklagte zu. Daher könne dahinstehen, ob ein solcher durch gesonderte Klage hätte geltend gemacht werden müssen oder ob sich aus einem solchen lediglich eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast im Rahmen einer Entschädigungsklage nach § 15 AGG ergebe. Ein Auskunftsanspruch, welcher den Arbeitgeber verpflichte, abgelehnten Stellenbewerbern Auskunft über die Person desjenigen zu erteilen, der eingestellt worden sei, bestehe nicht. Ein Auskunftsanspruch sei auch nicht unter Berücksichtigung der Vorgaben des europäischen Rechts zu bejahen.

- B. Das Berufungsurteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 15
- I. Die Revision ist zulässig. 16
- 1. Die Klägerin hat die Fristen für die Einlegung und Begründung der Revision (§ 74 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) versäumt. Aufgrund der Zustellung des Berufungsurteils am 30. November 2007 an die Klägerin lief die Frist für die Einlegung der Revision (*Notfrist*, § 548 ZPO, § 72 Abs. 5 ArbGG) am Montag, dem 31. Dezember 2007 und die Frist für die Begründung der Revision am 30. Januar 2008 ab (§ 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, § 193 BGB). Die Revision und 17



deren Begründung sind am 17. April 2008 - und damit verspätet - beim Bundesarbeitsgericht eingegangen.

2. Der Klägerin war auf ihren Antrag wegen Versäumung der Fristen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren (§ 233 ZPO). 18

Nach § 233 Abs. 1 ZPO ist einer Partei, die ohne ihr Verschulden oder ein ihr zuzurechnendes Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten (§ 85 Abs. 2 ZPO) verhindert war, die Frist zur Einlegung und/oder zur Begründung der Revision einzuhalten, auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Die Wiedereinsetzung in die versäumte Revisionsfrist (*Notfrist*) muss nach § 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO innerhalb von zwei Wochen und die in die versäumte Revisionsbegründungsfrist innerhalb eines Monats (§ 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO) beantragt werden. Die Antragsfrist beginnt nach § 234 Abs. 2 ZPO mit dem Tag, an welchem das Hindernis behoben ist. Innerhalb der Antragsfrist ist die versäumte Prozesshandlung nachzuholen (§ 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO). 19

Als unverschuldete Verhinderung ist die Bedürftigkeit der Partei anzusehen, wenn die Partei innerhalb der Notfrist einen vollständigen Prozesskostenhilfeantrag stellt sowie alle für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erforderlichen Unterlagen und das anzufechtende Urteil dem zuständigen Gericht vorlegt (*BAG 15. Juli 2004 - 2 AZR 376/03 - zu A der Gründe mwN, BAGE 111, 229 = AP KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 54*). Das Hindernis ist behoben, sobald der bedürftigen Partei Prozesskostenhilfe unter Beiordnung eines Rechtsanwalts bewilligt und der Prozesskostenhilfebeschluss mitgeteilt worden ist (*Zöller/Greger ZPO 29. Aufl. § 234 Rn. 7*). Am 10. Dezember 2007 und damit innerhalb der Revisionsfrist ist beim Bundesarbeitsgericht der Antrag der Klägerin auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe einschließlich der Anlagen zu ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen und einer Abschrift des Berufungsurteils eingegangen. Nach Zustellung des Prozesskostenhilfe gewährenden Beschlusses vom 1. April 2008 am 3. April 2008 an die Klägerin hat deren Prozessbevollmächtigter mit Schriftsatz vom 17. April 2008, am selben Tage beim Bundesarbeitsge- 20

richt eingegangen, frist- und formgerecht Wiedereinsetzung in die versäumten Fristen beantragt und zugleich Revision eingelegt und diese begründet.

3. Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 7. Januar 2010 erneut Wiedereinsetzung in die versäumte Revisionsbegründungsfrist für die zweite Revisionsbegründung vom selben Tage beantragt hat, ist der Wiedereinsetzungsantrag allein schon deshalb unzulässig, weil dieser über ein Jahr nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist (30. Januar 2008) gestellt worden ist (§ 234 Abs. 3 ZPO). 21

Damit sind die mit dieser zweiten Revisionsbegründung vom 7. Januar 2010 geltend gemachten Verfahrensrügen der Klägerin nicht zum Gegenstand der revisionsrechtlichen Überprüfung des Berufungsurteils geworden. 22

II. Die Revision ist unbegründet. 23

1. Streitgegenstand sowohl der Tatsacheninstanzen als auch des Revisionsverfahrens ist ausschließlich ein Entschädigungsanspruch. Soweit die Klägerin erst- und zweitinstanzlich beantragt hatte, der Beklagten aufzugeben, die Bewerbungsunterlagen des an Stelle der Klägerin eingestellten Bewerbers vorzulegen, handelte es sich weder um die Erhebung einer Stufenklage gemäß § 254 ZPO noch um eine objektive Klagehäufung iSd. § 260 ZPO. Die Klägerin hat mit ihrem Antrag nicht ein eigenständiges Klagebegehren verfolgt, sondern lediglich einen das Verfahren betreffenden Antrag gestellt. Dies ergibt die Auslegung ihres Klagevorbringens. So wurde insbesondere der auf Vorlage von Unterlagen gerichtete Antrag nicht als Sachantrag in der Weise gestellt, dass zunächst nur über diesen Antrag im streitigen Verfahren entschieden werden sollte und der Zahlungsantrag von dem Bestehen des Anspruches auf Vorlage der Unterlagen abhängig gemacht werden sollte (*Stufenklage*). Zur Begründung ihres Antrages hat die Klägerin ferner ausschließlich geltend gemacht, dass dieser zur Aufklärung der Anspruchsvoraussetzungen des klageweise geltend gemachten Entschädigungsanspruches dienen sollte. 24

2. Der Klägerin steht kein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG zu. 25

a) Die Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) sind vorliegend anwendbar, da sich die Klägerin im Oktober 2006 bei der Beklagten erfolglos beworben hatte. 26

Für Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, die zeitlich nach dem Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 begangen wurden, gelten die §§ 1 bis 18 AGG ohne Einschränkung (vgl. § 33 AGG) (BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 25, BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1). 27

b) Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG kann der oder die Beschäftigte wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG. Dies wird zwar in § 15 Abs. 2 AGG nicht ausdrücklich benannt, ergibt sich aber aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen in § 15 AGG (BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 28, BAGE 129, 181 = AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1). 28

Nach dieser Vorschrift kann der Arbeitgeber in Anspruch genommen werden. Arbeitgeber sind natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach § 6 Abs. 1 AGG (= Beschäftigte) beschäftigen (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AGG). Als Beschäftigte iSd. AGG gelten auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG). Die Klägerin hatte sich auf eine von der Beklagten ausgeschriebene Stelle für ein Beschäftigungsverhältnis beworben. Der Begriff „Bewerberinnen und Bewerber“ iSd. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG setzt außer dem formalen Erfordernis einer Bewerbung weder das Vorliegen einer subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung noch die objektive Eignung für die in Aussicht genommene Stelle voraus (BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 24, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17). 29

c) Die Klägerin hat nicht schlüssig dargelegt, dass die Beklagte gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG verstoßen hat. 30

aa) Sie macht eine unmittelbare Benachteiligung iSd. § 3 Abs. 1 AGG geltend. Eine solche liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. 31

Zwar hat die Klägerin in ausreichender Weise vorgetragen, dass sie durch die Beklagte in Bezug auf den Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG) eine weniger günstige Behandlung erfahren hat als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Die Klägerin war nämlich trotz ihrer zweimaligen Bewerbung auf die ausgeschriebene Stelle als „Softwareentwickler/-in“ nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Andere Personen sind - wie sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 20. Oktober 2006 ergibt - zu einem solchen geladen worden. Bereits die Ablehnung, die Klägerin zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, stellt eine weniger günstige Behandlung iSd. § 3 Abs. 1 AGG dar, weil ihr damit die Chance auf Einstellung versagt worden ist (*vgl. BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 35, AP AGG § 15 Nr. 6 = EzA AGG § 15 Nr. 13*). 32

bb) Die Klägerin hat nicht in ausreichender Weise dargelegt, dass sie die weniger günstige Behandlung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe erfahren hat. 33

Da die weniger günstige Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgen muss, ist ein Kausalzusammenhang erforderlich. Dieser ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an einen in § 1 AGG genannten oder mehrere in § 1 AGG genannte Gründe anknüpft und dadurch motiviert ist (*BT-Drucks. 16/1780 S. 32*). Ausreichend ist ferner, dass ein in § 1 AGG genannter Grund Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Dagegen setzt eine Benachteiligung weder ein schuldhaftes Handeln noch eine Benachteiligungsabsicht voraus (*BAG 27. Januar 2011 - 8 AZR 580/09 - Rn. 28, AP AGG § 22 Nr. 3 = EzA AGG § 22 Nr. 3*). 34

d) Sowohl nach dem deutschen Zivilprozessrecht einschließlich des arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahrens als auch nach dem Verständnis des 35

europäischen Rechts trägt derjenige, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Die Darlegungslast entspricht dabei grundsätzlich der Beweislast, dh. derjenige, dem die Beweislast obliegt, muss zunächst die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen. Zu diesen gehört bei der Geltendmachung eines Anspruches auf Zahlung einer Entschädigung wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot auch die Tatsache, dass die ungünstigere Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist.

Der im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren geltende Beibringungsgrundsatz verlangt einen schlüssigen Tatsachenvortrag der Parteien. Für einen solchen genügt es nicht, wenn eine Partei lediglich Mutmaßungen aufstellt. Unzulässig ist es grundsätzlich, wenn eine Partei eine Behauptung lediglich „ins Blaue hinein“ aufstellt, ohne dass sie tatsächliche Anhaltspunkte für ihre Behauptung darlegt (*BAG 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) - Rn. 15, AP AGG § 22 Nr. 1 = EzA AGG § 22 Nr. 1*). Hinsichtlich der inneren Tatsache, nämlich der Kausalität zwischen Nachteil und einem oder mehreren der in § 1 AGG genannten Gründe, hat der Gesetzgeber in § 22 AGG eine Beweislastregelung getroffen, welche sich auch auf die Darlegungslast auswirkt. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift ua. Art. 8 der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 10 der Richtlinie 2000/78/EG umsetzen (*vgl. BAG 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) - aaO und BT-Drucks. 16/1780 S. 47*). In § 22 AGG ist bestimmt, dass dann, wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, die andere Partei die Beweislast dafür trägt, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

36

Aus § 22 AGG folgt, dass es weiterhin nicht ausreichend für ein schlüssiges Klagevorbringen ist, wenn diejenige Partei, welche sich auf eine Benachteiligung beruft, im Prozess lediglich vorträgt, sie erfülle ein Merkmal gemäß § 1 AGG und wegen dieses Merkmals habe sie eine ungünstigere Behandlung als eine andere Person erfahren (*vgl. auch Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 22 Rn. 10; Däubler/Bertzbach - Bertzbach 2. Aufl. § 22 Rn. 30; MüKoBGB/Thüsing 6. Aufl. § 22 AGG Rn. 8; Meinel/Heyn/Herms AGG 2. Aufl. § 22*

37

Rn. 22). Allein ein solcher Vortrag würde entweder eine bloße Mutmaßung oder eine unzulässige Behauptung „ins Blaue hinein“ darstellen. Dies gilt vor allem deshalb, weil jeder Mensch zwangsläufig mehrere der in § 1 AGG genannten Merkmale aufweist. Durch § 22 AGG wird in Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben allerdings bestimmt, dass der Beschäftigte/die Beschäftigte keine Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen muss, die einen zwingenden Schluss auf die Kausalität zwischen einem Grund gemäß § 1 AGG und der ungünstigen Behandlung zulassen. Es genügt für die Erfüllung der Darlegungslast hinsichtlich der Kausalität, dass die sich benachteiligt führende Person Indizien vorträgt, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Dies ist der Fall, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe erfolgt ist. Dies ergibt sich aus der Verwendung der Begriffe „Indizien“ und „vermuten“. Unter Indizien sind Tatsachen zu verstehen, die auf das Vorhandensein einer anderen schließen lassen (*Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl. S. 765 „Indiz“*). Der Begriff „vermuten“ bedeutet „annehmen“ (*Wahrig aaO S. 1580*) bzw. „aufgrund bestimmter Anzeichen der Meinung sein“, „glauben, dass sich etwas in bestimmter Weise verhält“ (*Duden Das Große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden 3. Aufl. S. 4253*). Durch die Verwendung der Wörter „Indizien“ und „vermuten“ wird zum Ausdruck gebracht, dass es hinsichtlich der Kausalität zwischen einem in § 1 AGG genannten Grund und einer ungünstigeren Behandlung genügt, Hilfstatsachen vorzutragen, die nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität zulassen müssen, die aber die Annahme rechtfertigen können, dass die Kausalität gegeben ist.

Nur wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die weniger günstige Behandlung aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe erfolgt ist, darf auch davon ausgegangen werden, dass ein (*erster*) Anschein einer Benachteiligung dargelegt worden ist.

38

Diese Auslegung des § 22 AGG entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB idF vom

39

2. Januar 2002 und zu § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX idF vom 23. April 2004, die dem Gesetzgeber bekannt war und von der er keine abweichende Regelung normieren wollte (vgl. *BT-Drucks. 16/1780 S. 47 und BT-Drucks. 16/2022 S. 13*), sowie auch der überwiegend in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung zu § 22 AGG.

So hat der Senat bezogen auf die Bestimmung in § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF ausgeführt, verlangt sei lediglich eine Darlegung, welche eine Benachteiligung wegen des Geschlechts als wahrscheinlich erscheinen lasse. Auch handele es sich nicht um eine Vermutungsregelung iSd. § 292 ZPO. Die Vorschrift sei so zu verstehen, dass der klagende Arbeitnehmer eine Beweislast des Arbeitgebers dadurch herbeiführen kann, dass er Hilfstatsachen darlegt und gegebenenfalls beweist, welche eine Benachteiligung wegen seines Geschlechts vermuten lassen. Hierzu genüge die Überzeugung des Gerichts von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Geschlechtszugehörigkeit und Nachteil. Es genügten Indizien, welche aus einem regelhaft einem Geschlecht gegenüber geübten Verhalten auf eine solchermaßen motivierte Entscheidung schließen lassen. Sei die Benachteiligung aus geschlechtsbezogenen Gründen nach diesen Grundsätzen überwiegend wahrscheinlich, müsse nunmehr der Arbeitgeber den vollen Beweis führen, dass die Benachteiligung aus rechtlich zulässigen Gründen erfolgt sei (*BAG 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 25 mwN, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*).

40

Das Bundesarbeitsgericht verlangt auch bezüglich der Verteilung der Darlegungslast bei der Geltendmachung eines Anspruches aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, dass der Arbeitnehmer zunächst darlegt, dass mit ihm vergleichbare Arbeitnehmer anders behandelt werden. Erst nach einem solchen Vortrag muss der Arbeitgeber gemäß § 138 Abs. 2 ZPO darlegen, wie groß der begünstigte Personenkreis ist, wie er sich zusammensetzt, wie er abgegrenzt ist und warum der klagende Arbeitnehmer nicht dazugehört (vgl. *BAG 19. August 1992 - 5 AZR 513/91 - zu II 3 a und b der Gründe, AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 102 = EzA BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 52*).

41

e) Die Würdigung, ob ein Beschäftigter seiner sich aus § 22 AGG ergebenden Darlegungslast nachgekommen ist, er also Indizien vorgetragen hat, welche die ungünstigere Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, unterliegt der freien Überzeugung des Tatsachengerichts nach § 286 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Vorschrift haben die Tatsachengerichte unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach ihrer freien Überzeugung zu entscheiden, ob sie eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr erachten. Diese Grundsätze sind auch auf die Fälle anzuwenden, in denen die Tatsachengerichte nicht zu entscheiden haben, ob eine Behauptung „wahr“ ist, sondern (*nur*), ob vorgetragene und gegebenenfalls bewiesene Tatsachen eine Behauptung der Partei als „wahr“ „vermuten“ lassen. Es widerspräche dem Sinn und Zweck des § 286 Abs. 1 ZPO dessen Anwendbarkeit auf die Fälle des so genannten „Vollbeweises“ zu beschränken, dem Tatsachengericht die freie Beweiswürdigung nach § 286 ZPO aber zu versagen, wenn es nur darüber zu entscheiden hat, ob dargelegte (*und gegebenenfalls bewiesene*) Tatsachen das Vorliegen einer anderen Tatsache „nur“ vermuten lassen (*BAG 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 27, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*).

Eine vom Berufungsgericht nach § 286 Abs. 1 ZPO vorgenommene Würdigung ist nach ständiger Rechtsprechung revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob sie möglich und in sich widerspruchsfrei ist, gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt und ob alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände in sich widerspruchsfrei beachtet worden sind (*BAG 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 28, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*).

f) Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Bewertung, die Klägerin habe Indizien, die eine unzulässige Benachteiligung vermuten lassen, nicht schlüssig vorgetragen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die von der Klägerin vorgetragene Umstände lassen weder jeweils für sich betrachtet noch in einer Gesamtschau mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen,



dass ein in § 1 AGG genannter Grund (mit-)ursächlich für die Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch und für die erfolgten Absagen gewesen ist.

aa) Die von der Beklagten veröffentlichte Stellenausschreibung verstieß nicht gegen § 11 iVm. § 7 Abs. 1 AGG. Sie war geschlechtsneutral formuliert und enthielt darüber hinaus keine Hinweise darauf, dass lediglich Personen einer bestimmten Altersgruppe oder Herkunft gesucht werden. Damit begründet die Stellenausschreibung für sich betrachtet keine Vermutung für eine gesetzeswidrige Benachteiligung der Klägerin (*vgl. BAG 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 34, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*). 45

bb) Der Umstand, dass die Klägerin nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden ist, lässt nicht darauf schließen, dies sei in irgendeiner Weise kausal auf einen in § 1 AGG genannten Grund zurückzuführen, also entweder auf ihr Geschlecht, ihr Lebensalter oder ihre Herkunft. Die Merkmale Geschlecht, Alter und ethnische Herkunft weist jeder Mensch auf. Es gibt bei den unter § 1 AGG aufgeführten Gründen keine von vornherein „diskriminierungsanfälligen“ Merkmale. Vielmehr stehen die gesetzlich aufgezählten Gründe gleichwertig nebeneinander. Von daher kann die Berufung der Klägerin auf die Merkmale „Frau“, „Lebensalter über 45“ und „russischer Herkunft“ für sich allein keine Vermutung für eine ungünstige Behandlung gerade wegen dieser oder eines dieser Gründe begründen. Es hätten vielmehr von der Klägerin weitere Umstände vorgetragen werden müssen, aus denen sich die überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt, dass diese Merkmale oder jedenfalls eines dieser Merkmale (mit-)ursächlich für die nachteilige Behandlung waren. Ein solcher weiterer Umstand liegt nicht bereits darin, dass die Klägerin für die ausgeschriebene Stelle geeignet war, dh. die in der Stellenausschreibung gewünschten Anforderungen erfüllt hat. Dass ein Bewerber, der zwar sämtliche in der Stellenausschreibung genannten Anforderungen erfüllt, nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wird, sondern eine Absage erhält, begründet - aus objektiver Sicht - nicht den ersten Anschein, dass dies auf einem der Gründe des § 1 AGG beruht (*vgl. MüKoBGB/Thüsing 6. Aufl. § 22 AGG Rn. 13*). Der Sonderfall des § 82 Satz 2 und Satz 3 SGB IX, welcher den öffent- 46

lichen Arbeitgeber zur Einladung eines nicht offensichtlich ungeeigneten schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch verpflichtet, liegt im Streitfall nicht vor. Die Nichteinladung der Klägerin konnte - wie auch das Landesarbeitsgericht ausgeführt hat - vielfältige Ursachen haben. Dabei ist zu beachten, dass das AGG die unsachliche Behandlung aus anderen als in § 1 AGG genannten Gründen nicht verbietet und vom Arbeitgeber nicht verlangt, objektiv geeignete Bewerber bei seiner Auswahlentscheidung zu berücksichtigen. So durfte zB das äußere Erscheinungsbild des Bewerbungsschreibens oder dessen Inhalt bereits ausschlaggebend für die Auswahlentscheidung der Beklagten sein. Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass trotz formaler Erfüllung der in der Stellenausschreibung genannten Qualifikationsmerkmale die Bewerber erhebliche Unterschiede im beruflichen Werdegang bzw. hinsichtlich ihrer bisherigen Beurteilungen/Zeugnisse aufweisen können und die Beklagte den bisherigen beruflichen Werdegang unterschiedlich bewerten durfte. Das Kriterium „am besten geeigneter Bewerber / geeignete Bewerberin“, auf welches sich die Klägerin beruft, ist letztlich eine Schlussfolgerung, welche von Wertungen und von jeweils konkret vorhandenen Qualifikationsmerkmalen abhängt. Die Beklagte durfte hinsichtlich der Erfüllung der geforderten Qualifikationsmerkmale unterschiedliche Gewichtungen vornehmen, die mit den in § 1 AGG genannten Gründen in keinem Zusammenhang stehen. Daher reicht die bloße Behauptung der Klägerin, sie sei die am besten geeignete Bewerberin, nicht aus, um eine Wahrscheinlichkeit dafür zu begründen, dass ein nach § 1 AGG unzulässiger Grund für die Absage der Beklagten (mit-)ausschlaggebend gewesen ist. Selbst dann, wenn die Klägerin - wie sie behauptet - nach „objektiven Kriterien“ die „Beste“ gewesen sein sollte, kann eine Ablehnung auch aus Gründen erfolgt sein, die keine verbotene Diskriminierung darstellen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die Beklagte als nicht-öffentliche Arbeitgeberin nicht dem aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleiteten Prinzip der „Bestenauslese“ (vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 36, AP AGG § 22 Nr. 4 = EzA AGG § 15 Nr. 17) unterliegt.

Würde allein der Umstand, dass ein objektiv geeigneter Bewerber nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden ist, ein Indiz darstellen,

47

welches eine Benachteiligung des Bewerbers aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe vermuten lässt, so würde dies dazu führen, dass der Arbeitgeber jeden Bewerber, der aufgrund seiner Bewerbungsunterlagen als für die zu besetzende Stelle objektiv geeignet erscheint, zu einem Vorstellungsgespräch einladen müsste, widrigenfalls er den nach § 22 AGG gegebenen Nachweis der Nichtdiskriminierung zu führen hätte. Dass auch der Gesetzgeber von einer solchen generellen Pflicht des Arbeitgebers, geeignete Bewerber zu Vorstellungsgesprächen einzuladen, nicht ausgeht, zeigt die nur zu Gunsten schwerbehinderter Bewerber geltende Sonderregelung des § 82 Satz 2 SGB IX, welche wiederum nur öffentliche Arbeitgeber verpflichtet.

Soweit die Klägerin geltend macht, Bewerber mit besseren fachlichen Kenntnissen in dem von der Beklagten gewünschten Bereich könne es objektiv kaum geben, stellt dies bereits von der Formulierung her keine Tatsachenbehauptung iSd. § 138 Abs. 1 ZPO dar, sondern lediglich eine Mutmaßung. 48

cc) Das pauschale Vorbringen der Klägerin, in der IT-Branche würden Frauen diskriminiert, entfaltet keine Indizwirkung für den Benachteiligungsgrund. Es bedarf hier keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob und unter welchen Umständen statistischen Daten eine Vermutungswirkung für eine Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 oder Abs. 2 AGG zukommen kann (*vgl. dazu: BAG 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - Rn. 68 f., AP AGG § 22 Nr. 2 = EzA AGG § 22 Nr. 2*). Die Klägerin hat nämlich weder statistische Daten noch sonstiges Zahlenmaterial vorgetragen. Soweit man ihren Vortrag dahin versteht, dass im IT-Bereich mehr Männer als Frauen beschäftigt werden, kann dies vielfältige Gründe haben, ua. den, dass sich weniger Frauen als Männer um entsprechende Stellen bewerben. 49

dd) Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, bestand für die Beklagte auch keine Verpflichtung, Frauen, welche die Anforderungen der Stellenausschreibung erfüllten, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Dies gilt auch, wenn in der IT-Branche tatsächlich weniger Frauen als Männer beschäftigt werden. Daher begründet die Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch auch unter diesem Gesichtspunkt nicht den Anschein einer 50

Benachteiligung wegen des Geschlechts. Die von der Klägerin zitierte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 28. März 2000 (- C-158/97 - [Badeck ua.] Slg. 2000, I-1875) betraf die Vorlagefrage, ob Art. 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG einer nationalen Regelung entgegensteht, die in Bereichen des öffentlichen Dienstes, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, bei gleicher Qualifikation von Bewerberinnen und Bewerbern sicherstellt, dass qualifizierte Frauen zu Vorstellungsgesprächen eingeladen werden.

ee) Auch Umstände im Zusammenhang mit der Ablehnung der Bewerbungen der Klägerin begründen keine Vermutung für eine ungünstige Behandlung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe. 51

Ein standardisiertes Ablehnungsschreiben führt nicht dazu, eine Benachteiligung zu vermuten. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, individuell auf die jeweiligen Bewerbungen einzugehen. Er muss auch nicht von sich aus die Absage sachlich begründen. Eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers normiert das AGG nicht. Etwas anderes kann allenfalls bei der Bewerbung schwerbehinderter Bewerber gelten (vgl. § 81 Abs. 1 Sätze 4 bis 9 SGB IX). 52

Aussagen im Zusammenhang mit einer Absage können allerdings das Vorliegen eines Benachteiligungsgrundes indizieren. Die von der Beklagten gefertigten Schreiben beinhalten aber keine solchen Äußerungen. Das Landesarbeitsgericht hat mit zutreffender Begründung dargelegt, dass die Verwendung des Wortes „Neuorientierung“ im Schreiben vom 11. Oktober 2006 nicht auf eine Benachteiligung wegen eines Merkmals iSd. § 1 AGG schließen lässt. Diese Formulierung begründet auch nicht den Anschein, die Beklagte habe die Bewerbung der Klägerin nicht mehr gründlich gelesen, nachdem sie festgestellt hatte, die Klägerin sei eine Frau mit über 45 Jahren und russischer Herkunft. Erkennbar hat die Beklagte mit ihrer Wortwahl eine Formulierung verwenden wollen, welche auf alle denkbaren Bewerberinnen und Bewerber anwendbar war. Denn der Begriff „Neuorientierung“ ist objektiv betrachtet neutral und kann gegenüber jedem Stellenbewerber verwendet werden. Denn jeder, der eine neue Stelle antreten will, möchte sich letztlich „neu orientieren“. Durch die 53

Formulierung „Auswahl an Bewerbern“ im Schreiben vom 20. Oktober 2006 hat die Beklagte nicht den Anschein erweckt, sie habe nur männliche Bewerber zu Vorstellungsgesprächen eingeladen und die Klägerin gerade wegen ihres weiblichen Geschlechts nicht berücksichtigt. Es handelt sich bei diesem Schreiben um eine Reaktion auf eine trotz bereits erfolgter Absage erneute Bewerbung der Klägerin. Anders als bei einer Stellenausschreibung, bei welcher im Hinblick auf die Bestimmung in § 11 AGG vom Arbeitgeber erwartet wird, dass er die Formulierungen sorgfältig wählt, kann bei normaler Korrespondenz mit einem Bewerber oder einer Bewerberin nicht aus jeder männlichen Bezeichnung eines Begriffes geschlossen werden, dass die Beklagte gerade Männer bevorzugt einstellen wollte. Es entspricht nicht nur der Umgangssprache, sondern auch dem üblichen Schriftdeutsch, dass Personenbezeichnungen nicht stets in der männlichen und in der weiblichen Form verwendet werden. So ist es auch in Urteilen und Gesetzestexten üblich, sowohl für Frauen als auch für Männer nur die männliche Form zu verwenden. Dies bedeutet, dass der Begriff „Bewerber“ in einem Brief keine Rückschlüsse darauf zulässt, dass damit nur Männer gemeint sind.

Dass die Stellenausschreibung nach der ersten der Klägerin erteilten Absage immer noch im Internet veröffentlicht war, ist ebenfalls kein Indiz für das Vorliegen eines unzulässigen Benachteiligungsgrundes. Einen nachvollziehbaren Grund für die weiter bestehende Veröffentlichung der Stellenausschreibung hat die Beklagte bereits in ihrem Schreiben vom 20. Oktober 2006 genannt, nämlich dass sie eine „Laufzeit von 3 Monaten“ für die Stellenanzeige „eingekauft“ habe. Allein aus einer nicht rückgängig gemachten Veröffentlichung einer Stellenanzeige nach einer bereits erteilten Absage ergibt sich grundsätzlich keine Vermutung für das Vorliegen eines unzulässigen Benachteiligungsgrundes.

54

ff) Auch die Tatsache, dass die Beklagte der Aufforderung der Klägerin, ihr Auskunft über den eingestellten Bewerber oder die eingestellte Bewerberin zu geben bzw. ihr die Gründe für die getroffene Personalauswahl zu nennen oder die Bewerbungsunterlagen dieser Person vorzulegen, nicht entsprochen hat, ist

55

kein Indiz für die Vermutung, dass einer der in § 1 AGG genannten Gründe (mit-)ursächlich für die weniger günstige Behandlung der Klägerin gewesen ist.

Dies folgt zunächst daraus, dass die Klägerin keinen entsprechenden Auskunftsanspruch hat. Nach der Rechtsprechung des Senats besteht nach deutschem Recht kein Anspruch der Klägerin auf Auskunft über die Gründe der Absage bzw. über die von der Beklagten getroffene Personalentscheidung. Dies hat der Senat in seinem Vorlagebeschluss vom 20. Mai 2010 (- 8 AZR 287/08 (A) - Rn. 24 ff., AP AGG § 22 Nr. 1 = EzA AGG § 22 Nr. 1) näher begründet. Dass dies nicht europäischem Gemeinschaftsrecht widerspricht, hat auf die entsprechende Vorlage des Senats der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 19. April 2012 (C-415/10 - [Meister] AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 24 = EzA AGG § 22 Nr. 5) im Grundsatz bestätigt, jedoch einschränkend festgestellt:

56

„Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch einen Beklagten ein Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, heranzuziehen ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung aller Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu prüfen, ob dies im Ausgangsverfahren der Fall ist.“

Weiter führt der EuGH in der Begründung seines Urteils aus:

57

„Infolgedessen ist im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, sicherzustellen, dass eine Verweigerung von Informationen durch den Beklagten nicht die Verwirklichung der mit den Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2006/54 verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht.“

und

„Daher hat das vorlegende Gericht darüber zu wachen, dass die Auskunftsverweigerung durch S im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung zum Nachteil von Frau M vermuten lassen, nicht die Verwirklichung der mit den Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2006/54 verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht. Es hat

insbesondere bei der Klärung der Frage, ob es genügend Indizien gibt, um die Tatsachen, die das Vorliegen einer solchen Diskriminierung vermuten lassen, als nachgewiesen ansehen zu können, alle Umstände des Ausgangsrechtsstreits zu berücksichtigen.“

Damit stellt die Verweigerung einer Auskunft über die Person, die an Stelle des klagenden Bewerbers vom Arbeitgeber eingestellt worden ist, und/oder über die Kriterien, die für deren Einstellung entscheidend waren, für sich betrachtet noch kein Indiz iSd. § 22 AGG dar, welches die Vermutung für das Vorliegen einer gegen §§ 1, 7 AGG verstoßenden Benachteiligung des nicht eingestellten Bewerbers begründet. Wenn der abgelehnte Bewerber weder nach deutschem noch nach europäischem Recht einen solchen Auskunftsanspruch hat, kann die Verweigerung einer solchen nicht geschuldeten Auskunft grundsätzlich keine nachteiligen Rechtsfolgen für den Arbeitgeber haben. Dies wäre aber der Fall, wenn allein aufgrund der verweigerten Information dem Arbeitgeber gemäß § 22 AGG die Beweislast dafür auferlegt würde, dass „kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat“.

58

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist von diesem Grundsatz nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn eine Verweigerung von Informationen durch den Arbeitgeber die „Verwirklichung der mit den Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2006/54 verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht“. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn der abgelehnte Bewerber, dem grundsätzlich die Darlegungslast für die behauptete Benachteiligung wegen eines „verpönten Merkmals“ obliegt (*vgl. oben*), zumindest schlüssig darlegt, dass und warum es ihm durch die vom Arbeitgeber verweigerte Information unmöglich gemacht oder zumindest unzumutbar erschwert wird, Tatsachen gemäß § 22 AGG darzulegen, die eine unzulässige Benachteiligung vermuten lassen, oder warum die Verweigerung der Auskunft ein Indiz iSd. § 22 AGG für eine unzulässige Benachteiligung darstellt. Dazu genügt es nicht, wenn der Bewerber lediglich Tatsachen benennt, die für sich betrachtet und/oder in ihrer Gesamtschau „neutral“ sind, dh. keine Indizien für die Vermutung einer unzulässigen Benach-

59

teiligung begründen. Vielmehr hat er entweder Anhaltspunkte schlüssig darzulegen, aus denen er folgert, erst die geforderte, aber verweigernde Auskunft werde es ihm ermöglichen, eine gegen § 7 AGG verstoßende Benachteiligung entsprechend der Beweislastregel des § 22 AGG nachzuweisen oder wenn er schlüssig dartut, aus welchen Gründen gerade die Verweigerung der Auskunft für sich allein betrachtet oder in der Gesamtschau aller Umstände die Vermutung einer Benachteiligung (§ 22 AGG) begründet. In diesem Zusammenhang darf sich der abgelehnte Bewerber nicht auf Behauptungen „ins Blaue hinein“ beschränken.

Wie oben dargelegt, stellen die von der Klägerin vorgetragene(n) Tatsachen weder für sich betrachtet noch in der Gesamtschau Indizien dar, welche ihre Benachteiligung aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe vermuten lassen (§ 22 AGG). Sie hat mithin lediglich „neutrale Tatsachen“ dargelegt. Aus den Anwaltsschriftsätzen der Klägerin, welche allein dem Revisionsverfahren zugrunde zu legen sind (§ 11 Abs. 4 ArbGG), ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, warum es der Klägerin erst nach Vorlage der Bewerbungsunterlagen des an ihrer Stelle eingestellten Bewerbers und/oder der Darlegung, nach welchen Kriterien diese Einstellung erfolgt ist, möglich sein soll, die Vermutung des Vorliegens einer gegen § 7 AGG verstoßenden Benachteiligung darzulegen oder warum die Verweigerung der Auskunft durch die Beklagte für sich allein oder in der Gesamtschau mit anderen Umständen betrachtet ein Indiz iSd. § 22 AGG darstellen soll.

60

Damit liegt im Streitfalle nicht der Ausnahmefall vor, dass die Verweigerung einer Auskunft über die Person des ausgewählten Bewerbers und/oder über die Auswahlkriterien die Vermutung einer gesetzwidrigen Benachteiligung begründet. Ob der Klägerin in einem solchen Ausnahmefall (*auch*) ein Anspruch gegen die Beklagte auf Vorlage der Bewerbungsunterlagen des eingestellten Bewerbers zustünde, brauchte der Senat deshalb nicht zu entscheiden.

61



C. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 62

Hauck

Böck

Breinlinger

Burr

N. Reiners