

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 466/09
3 Sa 15/08
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. August 2010

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. August 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Brückmann und Schulz für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 29. Oktober 2008 - 3 Sa 15/08 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten um einen Entschädigungsanspruch der Klägerin, die sich bei dem Beklagten um eine befristete Stelle für eine Sozialpädagogin beworben hatte. 1

Der Beklagte ist der für Hamburg zuständige Landesverband des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) und Teil der Nordelbischen Evangelisch-Lutherischen Kirche (NEK). In den auch für den Beklagten geltenden Richtlinien des Rates der EKD nach Art. 9 Buchst. b Grundordnung über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der EKD und des Diakonischen Werkes der EKD heißt es ua.: 2

„§ 2

Grundlage des kirchlichen Dienstes

(1) Der Dienst der Kirche ist durch den Auftrag bestimmt, das Evangelium in Wort und Tat zu bezeugen. Alle Frauen und Männer, die in Anstellungsverhältnissen in Kirche und Diakonie tätig sind, tragen in unterschiedlicher Weise dazu bei, dass dieser Auftrag erfüllt werden kann. Dieser Auftrag ist die Grundlage der Rechte und Pflichten von Anstellungsträgern sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern.

...

§ 3

Berufliche Anforderung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

(1) Die berufliche Mitarbeit in der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie setzt grundsätzlich die Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der Evangelischen Kirche in Deutsch-

land oder einer Kirche voraus, mit der die Evangelische Kirche in Deutschland in Kirchengemeinschaft verbunden ist.

(2) Für Aufgaben, die nicht der Verkündigung, Seelsorge, Unterweisung oder Leitung zuzuordnen sind, kann von Absatz 1 abgewichen werden, wenn andere geeignete Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht zu gewinnen sind. In diesem Fall können auch Personen eingestellt werden, die einer anderen Mitgliedskirche der Arbeitsgemeinschaft christlicher Kirchen in Deutschland oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen angehören sollen. Die Einstellung von Personen, die die Voraussetzungen des Absatzes 1 nicht erfüllen, muss im Einzelfall unter Beachtung der Größe der Dienststelle oder Einrichtung und ihrer sonstigen Mitarbeiterschaft sowie der wahrzunehmenden Aufgaben und des jeweiligen Umfeldes geprüft werden. § 2 Absatz 1 Satz 2 bleibt unberührt.“

Mit Stellenanzeige vom 30. November 2006 suchte der Beklagte für die Zeit vom 1. Februar bis 31. Dezember 2007 für den Vorstandsbereich Soziales und Ökumene / Fachbereich Migration und Existenzsicherung eine/-n Sozialpädagogin/-en (halbe Stelle) für das Teilprojekt „Integrationslotse Hamburg“ der Equal-Entwicklungspartnerschaft NOBI - Norddeutsches Netzwerk zur beruflichen Integration von Migrantinnen und Migranten. Die Stellenausschreibung lautete auszugsweise:

3

„Dieses Projekt ist ein Schulungs- und Informationsangebot für Multiplikatorinnen und Multiplikatoren im Bereich der beruflichen Integration von erwachsenen Migrantinnen und Migranten.

Zu den Aufgaben dieser Position gehören der inhaltliche Ausbau der Rubrik ‚Fachinformationen‘ auf www.i.de, die Erstellung von Informationsmaterial, die Vorbereitung und Durchführung von Veranstaltungen sowie die Arbeit in den Strukturen und Gremien des Fachbereichs Migration und Existenzsicherung.

Sie verfügen über ein abgeschlossenes Studium der Sozialwissenschaft/Sozialpädagogik (o. Ä.), Erfahrungen in der Projektarbeit sowie Erfahrungen und Kompetenzen in den Themenbereichen Migration, Arbeitsmarkt und Interkulturalität. Sie besitzen zudem sichere EDV-Anwender- und Internetkenntnisse. Für Sie sind sowohl das eigenständige Arbeiten als auch das konstruktive

Arbeiten im Team selbstverständlich.

Als diakonische Einrichtung setzen wir die Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche voraus.

Neben einer Vergütung nach IV a KAT-NEK bieten wir gleitende Arbeitszeiten, sehr gute Fortbildungsmöglichkeiten und eine zusätzliche Altersversorgung.“

Die Klägerin ist Deutsche türkischer Herkunft, geborene Muslimin und gehört keiner christlichen Kirche an. Sie ist ausgebildete Reiseverkehrskauffrau, hat aber nicht studiert. In den Themenbereichen Migration und Integration hat sie Erfahrungen in Praktika, Projekten sowie als „Wissenschaftliche Mitarbeiterin“ einer Abgeordneten der Hamburger Bürgerschaft gesammelt. Die Klägerin bewarb sich mit Schreiben vom 24. Dezember 2006 um die vom Beklagten ausgeschriebene Stelle. 4

Am 2. Januar 2007 wurde die Klägerin von der Mitarbeiterin K des Beklagten angerufen. Diese wies darauf hin, die Klägerin habe bei ihrer „sehr interessanten“ Bewerbung die Frage der Religionszugehörigkeit unbeantwortet gelassen. Auf die Antwort der Klägerin, sie praktiziere keine Religion, sei jedoch als Türkin geborene Muslimin, fragte Frau K weiter, ob sich die Klägerin einen Eintritt in die Kirche vorstellen könne, da dies unbedingte Voraussetzung bei der Stelle sei. Die Klägerin erwiderte, da die Stelle keinen religiösen Bezug aufweise, könne dies kaum nötig sein. 5

Aufgrund einer Auswahlentscheidung seines Beschäftigten Dr. H stellte der Beklagte zum 1. Februar 2007 die in Indien geborene Bewerberin F für die Stelle ein, die ein Hochschulstudium mit Diplomprüfung im Fach Sozialwissenschaften erfolgreich abgeschlossen hatte. Unter dem 6. Februar 2007 teilte er der Klägerin die Ablehnung ihrer Bewerbung schriftlich mit. 6

Mit Anwaltsschreiben vom 21. Februar 2007 ließ die Klägerin Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche wegen Benachteiligung aufgrund Religion und ethnischer Herkunft geltend machen. Diese Ansprüche wies der Beklagte mit Schreiben vom 1. März 2007 zurück. Den Entschädigungsanspruch verfolgt die Klägerin mit ihrer am 18. Mai 2007 beim 7

Arbeitsgericht Hamburg eingegangenen und dem Beklagten am 30. Mai 2007 zugestellten Klage weiter.

Dazu vertritt sie die Ansicht, wegen ihrer Nichtzugehörigkeit zu einer christlichen Kirche unmittelbar und wegen ihrer ethnischen Herkunft mittelbar vom Beklagten benachteiligt worden zu sein, weswegen ihr ein Entschädigungsanspruch von drei Monatsgehältern in Höhe von jeweils ca. 1.300,00 Euro brutto zustehe.

8

Von einer unmittelbaren Benachteiligung wegen der Religion sei auszugehen, da bereits in der Stellenausschreibung die Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche vorausgesetzt worden sei und die Mitarbeiterin K des Beklagten dies als unbedingte Einstellungsvoraussetzung bestätigt habe. Die ausgeschriebene Stelle weise keinen religiösen Bezug auf. Daher sei eine Ungleichbehandlung wegen der Religion nicht statthaft. Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 9 AGG müsse bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften oder ihnen zugeordnete Einrichtungen angesichts des Ethos der Organisation die Religion der Person nach Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellen. Auf eine Stelle ohne religiösen Bezug treffe dies nicht zu.

9

Auch eine mittelbare Benachteiligung wegen ihrer ethnischen Herkunft sei erfolgt. Weit über 90 % der türkischstämmigen Bevölkerung gehöre zumindest formal dem islamischen Glauben an. Das Merkmal der Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche wirke sich mittelbar als Benachteiligung aufgrund des Merkmals der ethnischen Herkunft aus, da Personen türkischer Herkunft fast nie Mitglied einer christlichen Kirche seien.

10

Die Klägerin hat beantragt,

11

den Beklagten zu verurteilen, an sie eine angemessene Entschädigung nach § 15 AGG zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.

Zur Begründung seines Antrages auf Klageabweisung hat der Beklagte die Auffassung vertreten, in Ermangelung eines Hochschulstudiums sei die

12

Klägerin bereits objektiv ungeeignet für die zu besetzende Stelle. Das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht der Kirchen umfasse die Befugnis, bei Stellenausschreibungen die Religionszugehörigkeit zur Einstellungsvoraussetzung zu erheben.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hatte vor dem Landesarbeitsgericht Erfolg. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

13

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet. Ihr steht der geltend gemachte Entschädigungsanspruch nicht zu.

14

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Da die Klägerin aufgrund ihrer fehlenden Qualifikation schon keine geeignete Bewerberin gewesen sei, habe sie auch nicht wegen eines unzulässigen Merkmals iSd. § 1 AGG benachteiligt werden können. Bereits zu § 611a BGB aF sei in Literatur und Rechtsprechung anerkannt worden, dass in einem Stellenbesetzungsverfahren derjenige benachteiligt werden könne, der objektiv für die zu besetzende Stelle überhaupt in Betracht komme und sich subjektiv ernsthaft um diese beworben habe. Auch nach Inkrafttreten des AGG müsse der Bewerber als objektiv ungeeignet angesehen werden, der die in der Stellenausschreibung vom Arbeitgeber gesetzten Anforderungen nicht erfülle. Maßgeblich sei die Stellenausschreibung. Weder könne der Arbeitgeber später weitere Voraussetzungen nachschieben noch sei in Anbetracht der Organisationsgewalt des Arbeitgebers zu überprüfen, ob die Anforderungen der Stellenausschreibung für die zu besetzende Stelle tatsächlich zwingend erforderlich seien.

15

Die Stellenausschreibung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht dahin ausgelegt, dass nach ihr ein abgeschlossenes Studium zwingende

16

Voraussetzung gewesen sei. Der relativierende Klammerzusatz „o. Ä.“ habe sich nicht auf das Studium an sich, sondern auf die mit der Ausschreibung angesprochene Fachrichtung eines Studiums bezogen. Als ausgebildete Reiseverkehrskauffrau sei die Klägerin weder Sozialpädagogin noch habe sie ein Studium absolviert. Sie besitze nicht einmal die Hochschulreife. Damit weiche ihre Qualifikation sogar erheblich von den ausgeschriebenen Einstellungskriterien ab, dass von einer objektiven Eignung auch ungeachtet ihrer sonstigen in den letzten Jahren erworbenen Qualifikationen für die Themenbereiche Migration, Arbeitsmarkt und Interkulturalität nicht die Rede sein könne. Diese Qualifikationen könnten ein abgeschlossenes Hochschulstudium nicht ersetzen. Angesichts des aus der Stellenausschreibung ersichtlichen Tätigkeitsbereichs sei es auch nicht willkürlich, wenn der Beklagte ein Hochschulstudium zur Einstellungsvoraussetzung gemacht habe. An dieses von ihm aufgestellte Anforderungsprofil habe er sich bei der Einstellung auch gehalten. Die telefonische Bemerkung der Mitarbeiterin K, die Bewerbung der Klägerin sei sehr interessant, stelle kein ausreichendes Indiz für die Bereitschaft des Beklagten dar, von den aufgestellten Einstellungsvoraussetzungen abweichen zu wollen. Da nicht Frau K, sondern Herr Dr. H die Einstellungsentscheidung getroffen habe, spielten Vorstellungen von Frau K über die Einstellungschancen der Klägerin keine Rolle.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis. Die Klägerin hat keinen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG wegen Benachteiligung aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe. 17

I. Streitgegenstand ist der Anspruch der Klägerin auf Zahlung einer Entschädigung wegen eines immateriellen Schadens. 18

1. Einen auf die Erstattung eines Vermögensschadens gerichteten Schadensersatzanspruch macht die Klägerin nicht geltend. Insoweit ist der Antrag der Klägerin eindeutig und einer Auslegung nicht zugänglich. Die monatliche Vergütung iHv. 1.300,00 Euro brutto führt sie ersichtlich nur an, um eine Größenordnung für die Höhe der in das Ermessen des Gerichts gestellten Entschädigung vorzugeben. 19

2. Der auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klageantrag ist zu- 20
lässig, insbesondere hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Dem steht
nicht entgegen, dass die Klägerin die Höhe der von ihr begehrten Ent-
schädigung in das Ermessen des Gerichts gestellt hat. Diese Möglichkeit
eröffnet bereits der Wortlaut des § 15 Abs. 2 AGG. Den Gerichten wird damit
hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein Beurteilungsspielraum eingeräumt
(*BT-Drucks. 16/1780 S. 38*). Hängt die Bestimmung eines Betrages vom billigen
Ermessen des Gerichts ab, ist ein unbezifferter Zahlungsantrag zulässig. Die
Klägerin hat auch Tatsachen benannt, die das Gericht bei der Bestimmung des
Betrages heranziehen soll und die Größenordnung der geltend gemachten
Forderung angeben (*BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 17 f., AP AGG*
§ 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1; 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 18,
BAGE 127, 367 = AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17; 24. April
2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 17, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a
Nr. 6).
3. Die Fristen zur Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs (§ 15 21
Abs. 4 AGG) und zur Klageerhebung (§ 61b Abs. 1 ArbGG) hat die Klägerin
eingehalten.
- a) Das am 18. August 2006 in Kraft getretene AGG findet auf den Streitfall 22
Anwendung. Maßgeblich kommt es auf den Zeitpunkt der Benachteiligungs-
handlung an (*BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 15 mwN, AP SGB IX § 82*
Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1). Der früheste Anknüpfungspunkt für eine Be-
nachteiligungshandlung, die Stellenausschreibung, datiert vom 30. November
2006.
- b) Die Ablehnung der Bewerbung wurde der Klägerin durch das Schreiben 23
des Beklagten vom 6. Februar 2007 mitgeteilt. Mit Anwaltsschreiben vom
21. Februar 2007 ließ sie Ansprüche nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG geltend
machen. Damit hatte sie die Zweimonatsfrist für die schriftliche Geltend-
machung nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG gewahrt. Einen bezifferten Ent-
schädigungsbetrag musste sie nicht geltend machen (*BAG 18. November 2008*
- 9 AZR 643/07 - Rn. 43, AP SGB IX § 81 Nr. 16 = EzA SGB IX § 81 Nr. 19;

15. Februar 2005 - 9 AZR 635/03 - BAGE 113, 361 = AP SGB IX § 81 Nr. 7 = EzA SGB IX § 81 Nr. 6).

c) Die am 18. Mai 2007 durch Fax beim Arbeitsgericht eingegangene Klage, die dem Beklagten am 30. Mai 2007 zugestellt wurde, wahrte die Drei-monatsfrist des § 61b Abs. 1 ArbGG (§ 253 Abs. 1 ZPO). 24

II. Die Klägerin hat jedoch keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung aus § 15 Abs. 2 AGG, weil sie wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt worden wäre, § 7 Abs. 1 AGG. 25

1. Die Klägerin fällt als „Beschäftigte“ iSd. AGG unter den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes. 26

Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG ist Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes, wer „Personen nach Abs. 1“ des § 6 AGG „beschäftigt“. Arbeitgeber ist also jedenfalls derjenige, der um Bewerbungen für ein von ihm angestrebtes Beschäftigungsverhältnis bittet. 27

a) Die Ernsthaftigkeit der Bewerbung der Klägerin steht nicht in Frage. Dass sich die Klägerin subjektiv ernsthaft um die von dem Beklagten aus-geschriebene Stelle beworben hat, ist zwischen den Parteien weder umstritten noch sind nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts Indizien erkenn-bar, die gegen die Ernsthaftigkeit ihrer Bewerbung sprechen und nahelegen könnten, in Wirklichkeit habe sie nur eine Entschädigung angestrebt (vgl. BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 49 f. mwN, AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1). 28

b) Eine offensichtliche Über- oder Nichtqualifikation der Klägerin kann wegen ihrer unstrittig gesammelten Erfahrungen in den Bereichen Migration und Integration nicht angenommen werden. Im Übrigen ist die objektive Eignung einer Bewerberin keine Voraussetzung für ihre Aktivlegitimation bezüg-lich der Ansprüche nach § 15 AGG (BAG 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 - Rn. 16, AP AGG § 8 Nr. 2 = EzA AGG § 8 Nr. 2). Für den Status als Bewerberin 29

kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin für die von dem Beklagten aus-
geschriebene Tätigkeit objektiv geeignet war, sofern nicht ein krasses Missver-
hältnis zwischen Anforderungsprofil der zu vergebenden Stelle und Qualifikation
des Bewerbers gerade die Ernsthaftigkeit seiner Bewerbung in Frage stehen
lässt.

c) Der Beklagte ist als Anspruchsgegner nach § 15 Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 2 30
AGG passivlegitimiert, denn als eingetragener Verein ist er eine juristische
Person und beschäftigt Arbeitnehmer iSd. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG, weil er
um Bewerbungen für die von ihm ausgeschriebene Stelle gebeten hat.

2. Der Beklagte hat nicht gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 31
Abs. 1 iVm. § 1 AGG verstoßen. Denn die Klägerin hat nicht wegen der Religion
eine unmittelbare Benachteiligung iSd. § 3 Abs. 1 AGG erlitten.

a) Eine unmittelbare Benachteiligung iSd. § 3 Abs. 1 AGG liegt vor, wenn 32
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, wobei die sich nachteilig auswirkende
Maßnahme direkt an das verbotene Merkmal anknüpfen muss (*BAG 14. August
2007 - 9 AZR 943/06 - BAGE 123, 358 = AP AGG § 33 Nr. 1 = EzA BGB 2002
§ 611a Nr. 5*).

b) Die Klägerin wurde ungünstiger behandelt als tatsächliche oder poten- 33
tielle andere Bewerber, denn ihre Bewerbung wurde abgelehnt, ohne dass sie
zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde. Diese Versagung der
Chance auf Einstellung stellt eine ungünstige Behandlung dar, wobei es nicht
darauf ankommt, ob ohne diese Behandlung eine Einstellung erfolgt wäre (*BAG
28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1; vgl.
auch BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - BVerfGE 89, 276*).

c) Die ungünstigere Behandlung der Klägerin erfolgte jedoch in keiner 34
vergleichbaren Situation iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG.

aa) Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt voraus, dass die Klägerin objektiv für die Stelle einer Sozialpädagogin in dem Teilprojekt „Integrationslotse Hamburg“ geeignet war, denn vergleichbar (nicht: gleich!) ist die Auswahl-situation nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen (*BAG 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 - Rn. 22, AP AGG § 8 Nr. 2 = EzA AGG § 8 Nr. 2*). Im überwiegenden Schrifttum zum AGG, aber auch in der Rechtsprechung des Senats wird für das Vorliegen einer Benachteiligung verlangt, dass eine Person, die an sich für die Tätigkeit geeignet wäre, nicht ausgewählt oder schon nicht in Betracht gezogen wurde (*BAG 5. Februar 2004 - 8 AZR 112/03 - BAGE 109, 265 = AP BGB § 611a Nr. 23 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 3; Däubler/Bertzbach/Däubler AGG 2. Aufl. § 7 Rn. 9; Adomeit/Mohr KommAGG § 22 Rn. 27; ErfK/Schlachter 10. Aufl. § 6 AGG Rn. 3; aA: vgl. Schiek/Kocher AGG § 22 Rn. 25, § 3 Rn. 7; LAG Berlin-Brandenburg 26. November 2008 - 15 Sa 517/08 - LAGE AGG § 22 Nr. 1*). 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 also keine ungeschriebene Voraussetzung der Bewerbereignung, sondern Kriterium der „vergleichbaren Situation“ iSd. § 3 Abs. 1 AGG (*BAG 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 - aaO*).

35

bb) Maßgeblich für die objektive Eignung ist dabei nicht das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, sondern die Anforderungen, die an die jeweilige Tätigkeit nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung gestellt werden (*BAG 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 - Rn. 22, AP AGG § 8 Nr. 2 = EzA AGG § 8 Nr. 2; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 3 Rn. 15, anders aber § 6 Rn. 10; Däubler/Bertzbach/Däubler § 7 Rn. 9*).

36

cc) Die objektive Eignung ist zu trennen von der individuellen fachlichen und persönlichen Qualifikation des Bewerbers (*ebenso Bauer/Göpfert/Krieger*

37

§ 3 Rn. 15, 18; ähnlich Däubler/Bertzbach/Däubler aaO), die nur als Kriterium der Auswahlentscheidung auf der Ebene der Kausalität zwischen Benachteiligung und verbotenem Merkmal eine Rolle spielt (*ebenso mit anderem Ausgangspunkt: Schiek/Kocher § 22 Rn. 24, 25*). Damit ist gewährleistet, dass der Arbeitgeber über den der Stelle zugeordneten Aufgabenbereich frei zu entscheiden hat, wie Art. 12 Abs. 1 GG es gebietet (*BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - mwN, AP AGG § 8 Nr. 1 = EZA AGG § 8 Nr. 1*), aber nicht durch das Stellen hierfür nicht erforderlicher Anforderungen an Bewerber die Vergleichbarkeit der Situation selbst gestalten und den Schutz des AGG de facto beseitigen kann (*vgl. Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 36; Däubler/Bertzbach/Däubler aaO, die deshalb ein erhebliches bzw. offenkundiges Eignungsdefizit verlangen*). Bewerber, welche die auf der zu besetzenden Stelle auszuübenden Tätigkeiten grundsätzlich verrichten können, ohne aber jede Voraussetzung des Anforderungsprofils zu erfüllen, bedürfen des Schutzes vor Diskriminierung, weil gerade Anforderungsprofile in Stellenausschreibungen häufig Qualifikationen benennen, deren Vorhandensein der Arbeitgeber sich für den Idealfall zwar wünscht, die aber keinesfalls zwingende Voraussetzung einer erfolgreichen Bewerbung sind.

dd) Soweit das Landesarbeitsgericht die objektive Eignung der Klägerin verneint hat, hält dies unter Beachtung der dargelegten Maßstäbe einer revisionsrechtlichen Prüfung stand. Die Klägerin ist keine objektiv geeignete Bewerberin, da das in der Stellenausschreibung geforderte abgeschlossene Studium der „Sozialwissenschaft/Sozialpädagogik (o. Ä.)“ für die vorgesehene Tätigkeit nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung tatsächlich geboten ist. 38

Dabei kann aufgrund ihres Bewerbungsschreibens davon ausgegangen werden, dass die Klägerin mit Ausnahme eines abgeschlossenen Studiums über die weiteren in der Stellenausschreibung geforderten Erfahrungen und Kompetenzen verfügt. 39

Der in der Ausschreibung dargelegte Tätigkeitsbereich umfasst den inhaltlichen Ausbau der Rubrik „Fachinformationen“ auf www.i.de, die Erstellung 40

von Informationsmaterial, die Vorbereitung und Durchführung von Veranstaltungen sowie die Arbeit in den Strukturen und Gremien des Fachbereichs Migration und Existenzsicherung und rechtfertigt die Forderung nach einem Studium in den Fächern Sozialwissenschaft oder Sozialpädagogik oder einem vergleichbaren Studiengang. Dies gilt im Besonderen, da das Teilprojekt „Integrationslotse Hamburg“ ein Schulungs- und Informationsangebot für Multiplikatorinnen und Multiplikatoren im Bereich der beruflichen Integration von erwachsenen Migrantinnen und Migranten darstellt. Schulungs- und Informationsangebote, die für Multiplikatoren bestimmt sind, müssen in besonderer Weise pädagogischen, didaktischen und inhaltlichen Ansprüchen genügen, um die Multiplikatoren zu befähigen, fundierte Kenntnisse erfolgreich weitergeben zu können. Für die ausgeschriebene Stelle ist das Erfordernis eines abgeschlossenen Studiums in dem Bereich Sozialwissenschaft/Sozialpädagogik nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung ein gebotenes Kriterium, da nur dieses sicher gewährleistet, dass der Bewerber mit den theoretischen Grundlagen vertraut ist, welche die Stelle tatsächlich erfordert. Die breit angelegten und umfassend im Studium vermittelten Kenntnisse sichern die Qualität der Aufgabenwahrnehmung im Rahmen der Stelle. Zwar ist es denkbar, dass sich ein Bewerber die in einem Studium vermittelten Kenntnisse auch anderweitig aneignet. Der Studienabschluss ist jedoch für einen Arbeitgeber regelmäßig der verlässlichste Anknüpfungspunkt dafür, dass der Bewerber tatsächlich die erforderlichen Kenntnisse besitzt. Der Beklagte konnte um so mehr diese Qualifikation zur Einstellungsvoraussetzung machen, als sich unter den durch das Teilprojekt „Integrationslotse Hamburg“ angesprochenen Multiplikatorinnen und Multiplikatoren Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen mit abgeschlossenem (Fach-)Hochschulstudium befinden konnten.

Da die Klägerin ein Studium in den Fächern Sozialwissenschaft, Sozialpädagogik oder in einem vergleichbaren Fach weder absolviert noch abgeschlossen hat, erfüllt sie objektiv nicht die für die Stelle erforderliche Qualifikation des abgeschlossenen Studiums in den bezeichneten Fächern.

41

Damit ist sie gegenüber der bevorzugten Bewerberin nicht iSd. § 3 Abs. 1 AGG „in einer vergleichbaren Situation“ ungünstiger behandelt worden.

ee) Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Entscheidung auch nicht den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt. Die entsprechenden Verfahrensrügen der Klägerin sind unbegründet. Zwar hat das Landesarbeitsgericht die fehlende Hochschulreife der Klägerin im Tatbestand festgestellt und bei der Begründung seiner Entscheidung erwähnt. Evident hat es aber entscheidend auf das fehlende Hochschulstudium als in der Stellenausschreibung erwähltes und sachlich gerechtfertigtes Qualifikationsmerkmal abgestellt. Auch musste das Landesarbeitsgericht nicht darauf hinweisen, dass es insoweit den Sachverhalt anders würdigt als das erstinstanzliche Gericht. Die Verfahrensbeteiligten vermochten bei Anwendung der von ihnen zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommen kann. Der Beklagte hatte bereits mit der Berufungsbegründung vorgetragen, die Klägerin sei objektiv nicht für die Stelle geeignet gewesen (dort S. 15 ff.). Dem ist die Klägerin ihrerseits mit der Berufungserwiderung entgegengetreten (dort S. 5). Dagegen verlangt Art. 103 Abs. 1 GG nicht, dass ein Gericht vor Schluss der mündlichen Verhandlung auf seine Rechtsauffassung hinweist. Anhaltspunkte dafür, dass das Landesarbeitsgericht Anforderungen an den Sachvortrag der Parteien gestellt hätte, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter - selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen - nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte, sind weder dem angefochtenen Urteil noch dem sonstigen Akteninhalt zu entnehmen (*vgl. BVerfG 29. Mai 1991 - 1 BvR 1383/90 - BVerfGE 84, 188, 190*).

42

d) Von dem mit der Stellenausschreibung zu Recht geforderten Qualifikationsmerkmal eines abgeschlossenen Studiums der Sozialwissenschaften ist der Beklagte bei der tatsächlich vorgenommenen Einstellung nicht abgewichen. Die bevorzugte Bewerberin F hat mit der Diplomprüfung ihr Hochschulstudium im Fach Sozialwissenschaften erfolgreich abgeschlossen. Sie erfüllt das nach der Verkehrsanschauung gebotene Erfordernis der Stellenaus-

43

schreibung. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Beklagte habe auch im Rahmen des Bewerbungsverfahrens keine Bereitschaft bekundet, von den aufgestellten Einstellungsvoraussetzungen abzuweichen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Parteien haben in der Berufungsverhandlung unstreitig gestellt, dass nicht Frau K, sondern Herr Dr. H die Auswahlentscheidung getroffen hat. Es liegt im Beurteilungsspielraum der Tatsachenrichter, danach der Äußerung der Mitarbeiterin K des Beklagten, die Bewerbung der Klägerin sei „sehr interessant“ keine Erklärung des Beklagten mit dem Inhalt zu entnehmen, er wolle von den aufgestellten Einstellungsvoraussetzungen abweichen.

3. Da die Klägerin nicht in einer „vergleichbaren Situation“ iSd. § 3 AGG unmittelbar oder mittelbar ungünstiger behandelt worden ist, kann es dahinstehen, ob die unterschiedliche Behandlung zulässig iSd. §§ 8, 9 AGG gewesen wäre. 44

C. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 45

Hauck Der Richter am Bundesarbeitsgericht Böck ist wegen Urlaub an der Unterschriftsleistung verhindert. Breinlinger

Hauck

Brückmann

Schulz