

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 530/09
10 Sa 719/08
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. August 2010

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger, Anschlussberufungsbeklagter,
Revisionskläger und Anschlussrevisionsbeklagter,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte, Anschlussberufungsklägerin,
Revisionsbeklagte und Anschlussrevisionsklägerin,

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 des Klägers und die Anschlussrevision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 3. Juni 2009 - 10 Sa 719/08 - werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat der Kläger 95 vH und die Beklagte 5 vH zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz und Entschädigung wegen Nichtberücksichtigung bei einem Stellenbesetzungsverfahren. 1

Der 1958 geborene Kläger hat beide juristischen Staatsexamina mit „gut“ bestanden und ist seit 1988 als selbstständiger Rechtsanwalt tätig. 2

Die Beklagte schaltete im März 2007 eine Stellenanzeige in der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) 11/2007 mit folgendem Inhalt: 3

„Die T GmbH ist ein Lizenzhandelsunternehmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten BR, MDR, SWR sowie des Schweizer Fernsehens SRG SSR idée suisse.

Zum sofortigen Eintritt suchen wir für unsere Rechtsabteilung - zunächst auf ein Jahr befristet - eine(n) junge(n), engagierte(n)

Volljuristin/Volljuristen

Ihre Aufgaben umfassen insbesondere die Verhandlung und Erstellung von Lizenzverträgen für die Bereiche ‚Programmbeschaffung‘ und ‚Internationaler Programmvertrieb‘.

Sie verfügen über befriedigende Examina, erste Berufserfahrungen (bis 2 Jahre) im Medienbereich bzw. Lizenz-

geschäft, Teamfähigkeit, Belastbarkeit und ein überzeugendes Auftreten. Verhandlungssichere Englischkenntnisse sind erforderlich; Französischkenntnisse sind von Vorteil.

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung unter Angabe Ihrer Gehaltsvorstellungen an:

...“

Auf diese Anzeige bewarb sich der Kläger am 26. März 2007 mit folgender E-Mail:

4

„Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie suchen für ein Jahr befristet einen Volljuristen für den Bereich des Aushandelns und des Erstellens von Lizenzverträgen.

Ich denke, daß ich Ihre Anforderungen vollumfänglich erfülle.

Ich bin seit 20 Jahren umfassend im Zivil- und Wirtschaftsrecht und besonders auch im Lizenz- und Vertragsrecht tätig; einige hundert einschlägige Verträge/AGBen habe ich selbst entworfen, deutlich mehr habe ich begutachtet/begleitet. Mein Schwerpunkt liegt im Bereich des Immaterialgüterrechts, was jedoch auch zur Folge hat, daß ich meine meist gewerblichen Mandanten in allen wirtschaftsrechtlich relevanten Angelegenheiten (ausgenommen Familienrecht und Verwaltungsrecht) umfassend betreue.

Kurz zu meinen papiernen Qualifikationen: Beide Staats- examina (Hessen) ‚gut‘, Promotion (Hessen, EDV-Recht) ‚summa cum laude‘, ca. 200 primär einschlägige Publikationen.

Teamfähigkeit, Belastbarkeit und überzeugendes Auftreten sind selbstverständlich.

Zur Abkürzung darf ich zunächst ergänzend auf meinen anliegenden Kurzlebenslauf sowie die anliegenden Zeugnisse Bezug nehmen.

Die ausgeschriebene befristete Anstellung findet mein besonderes Interesse, da ich aus bestimmten Gründen (zunächst) nur an einer befristeten Anstellung interessiert bin; in einem persönlichen Gespräch erläutere ich gerne die Hintergründe.

Mit freundlichen Grüßen

...“

Mit Schreiben vom 10. April 2007 teilte die Beklagte dem Kläger mit: 5

„Sehr geehrter Herr Dr. K,
nochmals herzlichen Dank für die Übersendung Ihrer
Bewerbungsunterlagen für die Stelle als Volljurist und das
damit verbundene Interesse und Vertrauen.

Nach sorgfältiger Prüfung Ihrer Unterlagen müssen wir
Ihnen nun mitteilen, dass Sie für die vakante Stelle leider
nicht in Betracht kommen.

Wir wünschen Ihnen für Ihren weiteren Berufsweg viel
Erfolg und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

...“

Ende April 2007 schloss die Beklagte einen befristeten Arbeitsvertrag 6
mit der damals 33-jährigen Frau S. In diesem vom 1. Juli 2007 bis
31. Dezember 2008 befristeten Vertrag wurde eine Kündigungsfrist von zwei
Wochen zum 15. eines Monats oder zum Monatsende während einer drei-
monatigen Probezeit bzw. von zwei Monaten zum Monatsende nach Ablauf der
Probezeit sowie ein Bruttojahresgehalt von 43.472,00 Euro, zahlbar in 13
Monatsraten zu 3.344,00 Euro, vereinbart. Frau S hatte beide juristischen
Staatsprüfungen mit „ausreichend“ bestanden und war vor der Aufnahme ihrer
Tätigkeit bei der Beklagten bei der „N Filmgesellschaft mbH“ beschäftigt und
dort ausweislich des Zeugnisses vom 2. Juli 2007 ua. mit der Prüfung und
Erstellung von Lizenz- und Vertriebsverträgen in deutscher und englischer
Sprache befasst.

Mit einer E-Mail und einem gleichlautenden Telefaxschreiben vom 7
26. Juni 2007 wies der Kläger die Beklagte darauf hin, dass die Vermutung
bestehe, er sei von ihr wegen seines Alters im Bewerbungsverfahren dis-
kriminieren worden. Er machte einen Schadensersatzanspruch wegen des
entgangenen Gehalts für ein Jahr sowie einen Schmerzensgeldanspruch
wegen der erlittenen Altersdiskriminierung in Höhe von 25.000,00 Euro geltend.

Mit Anwaltschiftsatz vom 28. Juni 2007 ließ die Beklagte die Ansprüche zurückweisen. 8

Mit seiner am 9. Juli 2007 beim Arbeitsgericht München eingegangenen und der Beklagten am 19. Juli 2007 zugestellten Klage hat der Kläger einen Schadensersatz- und einen Schmerzensgeldanspruch sowie einen Auskunftsanspruch über die Höhe der maximal vorgesehenen Jahresvergütung für das Stellenangebot in der NJW 11/2007 geltend gemacht. 9

Der Kläger behauptet, seine Bewerbung sei ausschließlich wegen seines Alters nicht berücksichtigt worden. Er habe gezielt keine Gehaltsvorstellung angegeben, um sich die Chance eines Vorstellungsgesprächs zu erhalten. Auch sei er zum damaligen Zeitpunkt aufgrund seiner persönlichen Situation gerade an einer vorübergehenden Beschäftigung interessiert gewesen. Das Ablehnungsschreiben der Beklagten vom 10. April 2007 sei ihm erst am 2. Mai 2007 zugegangen. 10

Der Kläger meint, ihm stehe ein Auskunftsanspruch über die Höhe der maximal vorgesehenen Vergütung für die ausgeschriebene Stelle zu. Auch könne er als Schadensersatz ein Jahresgehalt beanspruchen, da die Stelle auf ein Jahr ausgeschrieben gewesen sei und befristete Arbeitsverhältnisse nicht vorzeitig gekündigt werden könnten. Als Höhe der Entschädigung seien 25.000,00 Euro angemessen. 11

Im Übrigen ist der Kläger der Ansicht, die Vermutungswirkung des § 22 AGG erstrecke sich auch darauf, dass er als der bestqualifizierte Bewerber ohne die erfolgte Diskriminierung tatsächlich eingestellt worden wäre. Infolgedessen müsse die Beklagte beweisen, dass bei der Entscheidung für Frau S das Alter des Klägers keine Rolle gespielt habe. 12

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 13

1. die Beklagte zu verurteilen,
 - a) ihm Auskunft über die maximal vorgesehene Jahresvergütung für die im Stellenangebot in NJW 11/2007 S. L ausgeschriebene Stelle zu erteilen;
 - b) ihm den sich aus der Auskunft ergebenden Betrag entsprechend der erteilten Auskunft aus Klageantrag

- 1.a) als Schadensersatz zuzüglich fünf Prozentpunkte über Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
2. ihm Schmerzensgeld in einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Höhe, mindestens aber 25.000,00 Euro, zuzüglich fünf Prozentpunkte über Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. 14

Sie vertritt die Auffassung, die Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche seien weder frist- noch formgemäß geltend gemacht worden. Sie behauptet, das Absageschreiben vom 10. April 2007 sei spätestens am Folgetag versandt worden und dem Kläger daher am 12. April 2007 zugegangen. Die Geltendmachung der Ansprüche durch den Kläger sei erst nach Ablauf der Zweimonatsfrist des § 15 Abs. 4 AGG mit Schreiben vom 26. Juni 2007 erfolgt. Im Übrigen wahre dieses Schreiben, welches ihr ausschließlich per Fax und per E-Mail übersandt worden sei, mangels eigenhändiger Unterschrift nicht die erforderliche Schriftform des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG. 15

Die Beklagte behauptet, weder das Alter des Klägers noch dasjenige der eingestellten Frau S hätten bei der Einstellungsentscheidung eine Rolle gespielt. Die Bewerbung des Klägers sei vielmehr sofort aussortiert worden, da diese keine Angabe zu der in der Anzeige geforderten Gehaltsvorstellung des Bewerbers enthalten habe und es sich daher um keine vollständige Bewerbung gehandelt habe. Auch seien für die Beklagte nur Bewerber aus dem Großraum München in Betracht gekommen, da man aus Kostengründen die Zahlung von Fahrtkosten zu den Vorstellungsgesprächen habe sparen wollen und man auswärtigen Bewerbern aufgrund der Befristung der Stelle einen Umzug nach München nicht habe zumuten wollen, zumal ein solcher Umzug die beabsichtigte Einstellung zeitlich verzögert hätte. Daher seien von den etwa 100 Bewerbungen alle aussortiert worden, die keine Gehaltsvorstellungen enthalten hätten oder von Personen stammten, die nicht im Großraum München wohnten. 16

Die Beklagte meint, die Vermutung des § 22 AGG erstrecke sich nicht darauf, dass der Kläger bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden 17

wäre. Tatsächlich sei dieser nicht der bestgeeignete Bewerber gewesen. Im Gegensatz zu der eingestellten Frau S verfüge er über keine einschlägige Erfahrung in der Medien- und Filmbranche. Entscheidend für die Einstellung von Frau S seien deren Erfahrung, deren spezifische Kenntnisse sowie eine Einstellungsempfehlung der vormaligen Stelleninhaberin gewesen.

Das Arbeitsgericht hat der Entschädigungsklage in Höhe eines Monatsgehalts stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das arbeitsgerichtliche Urteil dahingehend abgeändert, dass es dem Kläger aus dem ausgeurteilten Betrag auch Zinsen ab Rechtshängigkeit zugesprochen hat. Im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht die Berufung des Klägers und die Anschlussberufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der von dem Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageansprüche weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision und mittels Anschlussrevision die Klageabweisung in vollem Umfange beantragt. 18

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers und die Anschlussrevision der Beklagten sind zulässig, aber unbegründet. 19

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe mit der Übersendung des Telefax am 26. Juni 2007 seine Ansprüche gegenüber der Beklagten form- und fristgerecht geltend gemacht. 20

Es ist weiterhin davon ausgegangen, dass sich aus der nicht altersneutralen Stellenausschreibung die Vermutung einer Altersdiskriminierung des Klägers ergebe. Diese habe die Beklagte nicht widerlegt. Daher stehe dem Kläger ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG zu. Dieser sei mit einem Gehalt angemessen. 21

Das Landesarbeitsgericht hat einen Schadensersatzanspruch des Klägers nach § 15 Abs. 1 AGG verneint, da sich die Vermutungsregelung des § 22 22

AGG nicht auf die Kausalität zwischen Benachteiligung und Schaden erstrecke. Der Kläger hätte mithin darlegen und beweisen müssen, dass er bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte. Dies habe er nicht getan. Zwar habe er im Gegensatz zur eingestellten Bewerberin S die besseren Examensergebnisse erzielt, in der Stellenanzeige seien aber auch Berufserfahrung im Medienbereich bzw. Lizenzgeschäft gefordert worden. Der Kläger habe den Vortrag der Beklagten, die eingestellte Frau S sei wegen ihrer einschlägigen Berufserfahrung besser geeignet und schneller einsetzbar gewesen, nicht widerlegt. Die selbstständige anwaltliche Tätigkeit des Klägers weise zwar mit der Tätigkeit in einer Rechtsabteilung gewisse Überschneidungen auf, dennoch sei es eine andere Tätigkeit, so dass nicht von einer einschlägigen Berufserfahrung des Klägers gesprochen werden könne. Es sei vor dem Hintergrund, dass die Stelle keine sehr hohen juristischen Anforderungen stelle, nicht zu beanstanden, dass die Beklagte bei der Bewerberauswahl ein größeres Gewicht auf die einschlägige Berufserfahrung als auf die Noten im Staatsexamen gelegt habe.

II. Die Revision des Klägers ist unbegründet, weil ihm die über den aus- 23
geurteilten Entschädigungsbetrag hinaus geltend gemachten Ansprüche nicht
zustehen.

1. Die Klage ist zulässig. 24

a) Der auf die Erteilung der Auskunft gerichtete Antrag ist erst nach der 25
gebotenen Auslegung hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der
Kläger begehrt nach dem Wortlaut seines Antrages die Erteilung einer Auskunft
über die maximal vorgesehene Jahresvergütung für die ausgeschriebene Stelle.
Der vom Kläger im Antrag verwendete Begriff der „maximal vorgesehenen
Jahresvergütung“ ist nicht hinreichend bestimmt. Wie der Kläger in der Revi-
sionsverhandlung klargestellt hat, begehrt er die Auskunft, in welchem Umfang
die Geschäftsleitung der Beklagten bei der Besetzung der ausgeschriebenen
Stelle als Volljuristin/Volljurist bereit war, das für die Besetzung der Stelle der
Fachabteilung zugesagte Jahresbudget von 40.000,00 Euro im Falle eines

bestgeeigneten Bewerbers zu überschreiten. In diesem Sinne ist der Auskunftsantrag hinreichend bestimmt.

b) Der auf Zahlung einer der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Entschädigung gerichtete Klageantrag ist hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Nach § 15 Abs. 2 AGG kann eine angemessene Entschädigung in Geld verlangt werden. Dem Gericht wird damit hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Steht dem Gericht ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Entschädigungshöhe zu bzw. hängt die Bestimmung eines Betrages vom billigen Ermessen des Gerichtes ab, ist ein unbezifferter Zahlungsantrag zulässig. Der Kläger muss allerdings Tatsachen, die das Gericht bei der Bestimmung des Betrages heranziehen soll, benennen und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angeben (*Senat 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 18, AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1*). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Der Kläger hat einen Sachverhalt dargelegt, der dem Gericht grundsätzlich die Bestimmung einer Entschädigung ermöglicht und eine Angabe zur Größenordnung der Entschädigung, nämlich mindestens 25.000,00 Euro, gemacht. 26

2. Die Klage ist lediglich in dem vom Landesarbeitsgericht ausgeurteilten Umfange begründet. 27

a) Das am 18. August 2006 in Kraft getretene AGG findet auf den Streitfall Anwendung. Die im März 2007 erschienene Stellenanzeige in der NJW 11/2007, auf die sich der Kläger beworben hatte, stellt den Anknüpfungzeitpunkt für die behauptete Benachteiligungshandlung dar. Dieser Zeitpunkt liegt nach dem Inkrafttreten des AGG. 28

b) Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen ihres Alters oder wegen eines anderen in § 1 genannten Grundes benachteiligen. Der Kläger unterfällt dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG, da er als Beschäftigter gilt und die Beklagte Arbeitgeberin ist. 29

aa) Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. 30

Der Kläger ist ein solcher Bewerber. Der Begriff „Bewerber“ im Sinne des AGG setzt nicht die objektive Eignung eines Bewerbers für die in Aussicht genommene Stelle voraus. Vielmehr ist die objektive Eignung eines Bewerbers eine Frage, ob eine „vergleichbare Situation“ iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vorliegt, welche Voraussetzung für die Annahme einer unmittelbaren Benachteiligung ist (vgl. Senat 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 - NZA 2010, 872; 18. März 2010 - 8 AZR 1044/08 - NJW 2010, 2970). 31

Ob die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung Tatbestandsvoraussetzung für Ansprüche nach §§ 15, 6 AGG ist, hat der Senat bislang ausdrücklich offengelassen (vgl. Senat 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 - NZA 2010, 872), sie bedarf auch hier keiner Entscheidung. Es sind aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und des Parteivorbringens keine Anhaltspunkte erkennbar, die gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers sprechen. 32

Der Einwand der Beklagten, die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung fehle, da der Kläger der Aufforderung in der Anzeige, seine Gehaltsvorstellungen mitzuteilen, nicht nachgekommen sei, greift nicht durch. Der Kläger hat nachvollziehbar erläutert, weshalb er sich bessere Einstellungschancen ausgerechnet hat, wenn er seine Gehaltsvorstellungen erst in einem persönlichen Gespräch darlegt. 33

bb) Die Beklagte ist Arbeitgeber iSd. § 15 AGG. Sie ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine juristische Person und sie beschäftigt Arbeitnehmer (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AGG). 34

c) Der Kläger hat am 26. Juni 2007 den Schadensersatzanspruch (§ 15 Abs. 1 AGG) sowie den Entschädigungsanspruch (§ 15 Abs. 2 AGG) frist- und formgerecht geltend gemacht. Auch seine Klage auf Entschädigung hat er innerhalb der Dreimonatsfrist des § 61b Abs. 1 ArbGG erhoben. 35

aa) Nach § 15 Abs. 4 AGG muss ein Anspruch nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten, beginnend mit dem Zugang der Ablehnung, schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben - wie vorliegend nicht - etwas anderes vereinbart. 36

Die Ablehnung seiner Bewerbung erhielt der Kläger mit Schreiben der Beklagten vom 10. April 2007. Dieses Schreiben ist ihm nicht länger als zwei Monate vor dem 26. Juni 2007 zugegangen. Einen früheren Zugang hat die diesbezüglich darlegungs- und beweispflichtige Beklagte weder substantiiert vorgetragen noch bewiesen. 37

§ 15 Abs. 4 AGG bestimmt nicht, wer die Darlegungs- und Beweislast für den Zugang und den Zeitpunkt des Zugangs des Ablehnungsschreibens trägt. Infolgedessen gilt die allgemeine prozessuale Regel, wonach grundsätzlich der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale trägt, während der Anspruchsgegner die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale darlegen und ggf. beweisen muss (*BGH 14. Januar 1991 - II ZR 190/89 - BGHZ 113, 222; BAG 20. April 2010 - 3 AZR 553/08 -*). Dies führt dazu, dass im Rahmen der Frage der fristgerechten Geltendmachung von Ansprüchen nach § 15 Abs. 1, 2 AGG der Arbeitgeber darzulegen und ggf. zu beweisen hat, dass und wann die Frist nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG durch Zugang der Ablehnung beim Bewerber in Lauf gesetzt worden ist (*v. Roetteken AGG Stand August 2010 § 15 Rn. 89; Däubler/Bertzbach/Deinert AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 164*), während der Arbeitnehmer darzulegen und ggf. zu beweisen hat, wann seine schriftliche Geltendmachung dem Arbeitgeber zugegangen ist (*Schiek/Kocher AGG § 15 Rn. 61; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 22 Rn. 8*). 38

Da sich die Beklagte darauf beruft, Ansprüche des Klägers aus § 15 Abs. 1, 2 AGG seien mangels rechtzeitiger Geltendmachung ausgeschlossen, hätte sie mithin darlegen und ggf. beweisen müssen, dass und wann die Frist zur Geltendmachung in Lauf gesetzt worden ist. Da der Kläger behauptet, das Ablehnungsschreiben sei ihm erst am 2. Mai 2007 zugegangen, hätte die Beklagte diesen Zugangszeitpunkt substantiiert bestreiten und einen ihr günstigeren, also früheren Zugangszeitpunkt darlegen und beweisen müssen. Allein aus dem Absenden ihres Ablehnungsschreibens am 10. oder 11. April 2007 ergibt sich nicht zwingend, dass dieses dem Kläger am 12. April 2007 zugegangen ist, wie die Beklagte meint. Hieraus folgt, dass das Vorbringen des 39

Klägers, der Zugang des Ablehnungsschreibens sei erst am 2. Mai 2007 erfolgt, durch die Beklagte nicht widerlegt ist.

bb) Der Kläger hat die streitgegenständlichen Ansprüche formgerecht geltend gemacht. 40

Mit seinen Fax- und E-Mail-Schreiben vom 26. Juni 2007 hat er sowohl Schadensersatz in Höhe eines Jahresgehalts wegen des entgangenen Gewinns als auch Schmerzensgeld wegen der erlittenen Diskriminierung in Höhe von 25.000,00 Euro gefordert. Hiermit hat er Ansprüche nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG konkret bezeichnet und geltend gemacht. Eine betragsmäßige Bezifferung des Schadensersatzanspruchs erfolgte zwar nicht, ist aber auch nicht erforderlich (vgl. zu § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX aF: BAG 15. Februar 2005 - 9 AZR 635/03 - BAGE 113, 361 = AP SGB IX § 81 Nr. 7 = EzA SGB IX § 81 Nr. 6). 41

Der Kläger hat die Ansprüche auch schriftlich (§ 15 Abs. 4 Satz 1 AGG) geltend gemacht. Dieses Schriftformgebot verlangt nicht die gesetzliche Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB (Bauer/Göpfert/Krieger § 15 Rn. 55; Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 15 Rn. 72; Schiek/Kocher § 15 Rn. 61; Meinel/Heyn/Herms AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 92; Adomeit/Mohr KommAGG § 15 Rn. 85; aA Däubler/Bertzbach/Deinert § 15 Rn. 110; HWK/Annuß/Rupp 4. Aufl. § 15 AGG Rn. 13), ausreichend ist vielmehr die Textform nach § 126b BGB. 42

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist das in § 126 BGB vorgesehene Schriftformerfordernis auf Rechtsgeschäfte beschränkt. Auf rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen ist die Bestimmung nicht unmittelbar anzuwenden (BAG 11. Juni 2002 - 1 ABR 43/01 - BAGE 101, 298 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 118 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 139). Daran hat die Ergänzung des § 126 BGB durch § 126a und § 126b BGB nichts geändert. Auch die §§ 126a, 126b BGB sind vielmehr wegen des fortbestehenden Sachzusammenhangs mit den Bestimmungen über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte unmittelbar nur auf Willenserklärungen anwendbar. Für rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen gelten sie allenfalls entsprechend (BAG 10. März 2009 - 1 ABR 93/07 - AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 127 = EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 12). 43

Die Geltendmachung eines Anspruchs iSv. § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG ist 44
keine Willenserklärung, sondern eine einseitige rechtsgeschäftsähnliche Hand-
lung. Während ein Rechtsgeschäft aus einer oder mehreren Willenserklärungen
besteht, die allein oder in Verbindung mit anderen Tatbestandsmerkmalen eine
Rechtsfolge herbeiführen, weil sie gewollt ist (*Palandt/Ellenberger 69. Aufl.*
Überblick vor § 104 Rn. 2), sind geschäftsähnliche Handlungen auf einen
tatsächlichen Erfolg gerichtete Erklärungen, deren Rechtsfolgen kraft Gesetzes
eintreten (*Palandt/Ellenberger Überblick vor § 104 Rn. 6*). Die Geltendmachung
im Sinne von § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG ist nicht auf die Herbeiführung einer
Rechtsfolge kraft rechtsgeschäftlichen Willens gerichtet, sondern darauf, dass
eine im Gesetz angeordnete Rechtsfolge, nämlich das Fortbestehen des An-
spruchs nur bei rechtzeitiger Geltendmachung, eintritt.

Eine analoge Anwendung von § 126 BGB auf die Geltendmachung 45
nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG ist nicht gerechtfertigt. Normzweck und Interes-
senlage sind nicht vergleichbar. Angesichts der im Geschäftsleben festzu-
stellenden Üblichkeit der Erklärungsübermittlung per Telefax besteht kein
Grund, das Erfordernis der Originalunterschrift in entsprechender Anwendung
von § 126 BGB auf Geltendmachungsschreiben zu übertragen, die ihren Sinn
und Zweck der Schaffung eines Rechtsfriedens und der Herbeiführung von
Rechtssicherheit auch erfüllen, wenn durch lediglich namentliche Bezeichnung
die Identität des Erklärenden feststeht. Auch die Vollständigkeit und der inhalt-
liche Abschluss der Erklärung bedürfen keiner eigenhändigen Unterschrift,
sondern lassen sich durch die Anbringung einer Grußformel, die maschinen-
schriftliche Namenswiedergabe oder Ähnliches unmissverständlich kenntlich
machen.

Nach der objektiven Sach- und Interessenlage der Beteiligten ist bei der 46
Geltendmachung von Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen nach
§ 15 Abs. 1, 2 AGG die entsprechende Anwendung von § 126b BGB geboten
und ausreichend. Nach dieser Bestimmung muss, wenn Textform vor-
geschrieben ist, die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften
Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des
Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der

Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden. Auf diese Weise stellt § 126b BGB auch ohne das Erfordernis eigenhändiger Unterzeichnung sicher, dass die Identitäts- und Vollständigkeitsfunktionen einer schriftlichen Erklärung neben der ohnehin gegebenen Dokumentationsfunktion gewahrt sind (vgl. zu § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG: BAG 10. März 2009 - 1 ABR 93/07 - AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 127 = EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 12).

Zumindest das Telefax des Klägers vom 26. Juni 2007 genügte den Erfordernissen des § 126b BGB, weil dieses der Beklagten unstreitig zugegangen ist und ihr damit in Form eines Ausdruckes vorgelegen hat (vgl. BGH 3. Juni 1987 - IVa ZR 292/85 - BGHZ 101, 276). 47

cc) Die dreimonatige Klagefrist nach § 61b Abs. 1 ArbGG für Entschädigungsansprüche nach § 15 AGG ist gewahrt, weil die Klage am 9. Juli 2007 beim Arbeitsgericht eingegangen und der Beklagten am 19. Juli 2007 zugestellt und damit innerhalb von drei Monaten nach schriftlicher Geltendmachung des Anspruchs erhoben worden ist, § 253 Abs. 1 ZPO. 48

d) Der für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG erforderliche Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot liegt vor. 49

aa) Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn ein Beschäftigter wegen eines in § 1 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. 50

Der Kläger hat im Bewerbungsverfahren um die ausgeschriebene Stelle eine weniger günstige Behandlung erfahren als die eingestellte Bewerberin S. Seine Bewerbung wurde abgelehnt, ohne dass er zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden war. Eine Benachteiligung kann in der Versagung einer Chance liegen. Durch die Nichteinladung wurde dem Kläger die Chance auf Einstellung versagt (vgl. Senat 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 31, AP AGG § 8 Nr. 1 = EzA AGG § 8 Nr. 1). 51

Der Kläger und die Bewerberin S befanden sich in einer vergleichbaren Situation, da beide objektiv für die ausgeschriebene Stelle eines Volljuristen geeignet waren. 52

bb) Die vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen lassen eine Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters vermuten. 53

Eine weniger günstige Behandlung wegen des Alters ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an das Alter anknüpft oder durch sie motiviert ist. Ausreichend ist, dass das Alter Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (*Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). 54

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 vortragenen 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 zulassen, die aber die Annahme rechtfertigen, dass die Kausalität gegeben ist (*Senat 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) - NZA 2010, 1006*). 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. 55

Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob die von einem Bewerber vortragenen Tatsachen eine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen, ist nur beschränkt revisibel. Die nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO gewonnene Überzeugung bzw. Nichtüberzeugung von einer über- 56

wiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen einem in § 1 AGG genannten Merkmal und einem Nachteil kann revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob sie möglich und in sich widerspruchsfrei ist und ob sie gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt (*Senat 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 28, AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6 zu § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF bzgl. einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung*).

Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass sich bereits aus der Stellenanzeige die Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters ergibt. § 11 AGG verbietet die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG. 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.

57

Die von der Beklagten zu besetzende Stelle als Volljurist/in ist unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden, da das Alter als Einstellungsvoraussetzung genannt ist. Nach der Stellenanzeige werden „junge“ Volljuristinnen/Volljuristen 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.

58

Da der Verstoß gegen die Verpflichtung, einen Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG auszuschreiben, die Vermutung begründen kann, die Benachteiligung sei wegen des in der Ausschreibung bezeichneten verbotenen Merkmals erfolgt (*vgl. Senat 5. Februar 2004 - 8 AZR 112/03 - BAGE 109, 265 = AP BGB § 611a Nr. 23 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 3 zu § 611b BGB aF*), ist die vom Landesarbeitsgericht angenommene Vermutung einer altersbedingten Diskriminierung des Klägers revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dabei ist es nicht entscheidend, dass der Begriff „jung“ nicht eindeutig zu definieren ist. Auf jeden Fall liegt dann ein Indiz für die Benachteiligung eines Bewerbers wegen seines Alters vor, wenn ein anderer deutlich jüngerer Bewerber eingestellt worden ist. Dies war vorliegend der Fall.

59

cc) Da der Kläger somit Tatsachen vorgetragen hat, die seine 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. 60

Zur Widerlegung der Vermutung einer Benachteiligung wegen des Alters muss der Arbeitgeber das Gericht davon überzeugen, dass die Benachteiligung gerade nicht auf dem Alter beruht. Er muss also Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als das Alter, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben (*vgl. zur Benachteiligung wegen Schwerbehinderung: BAG 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 33, 37 f., AP SGB IX § 82 Nr. 1 = EzA SGB IX § 82 Nr. 1*). 61

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass die Beklagte nicht bewiesen hat, dass es ausschließlich andere Gründe als das Alter des Klägers waren, die zu dessen weniger günstigen Behandlung geführt haben. Ihre Behauptung, die Bewerbung des Klägers sei bereits vorab wegen der unterlassenen Angabe der Gehaltsvorstellung und wegen seines nicht im Großraum München liegenden Wohnorts aussortiert worden, ist nach Überzeugung des Landesarbeitsgerichts nicht bewiesen. Die diesbezügliche Würdigung der Zeugenaussage des Mitarbeiters der Beklagten St durch das Landesarbeitsgericht ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dem Zeugen ist die Bewerbung des Klägers tatsächlich vorgelegt und damit gerade nicht vorab aussortiert worden. Auch eine Weiterleitung der Bewerbungsmail als „Kuriosum“ ist eine Weitergabe der Bewerbung und kein Aussortieren. 62

dd) Anhaltspunkte für die Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung nach §§ 8, 10 AGG sind von der Beklagten nicht vorgetragen worden. 63

e) Da der Kläger wegen seines Alters von der Beklagten benachteiligt worden ist, hat er gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld. Der Entschädigungsanspruch setzt weder ein Verschulden der Beklagten voraus noch bedarf es der gesonderten Fest- 64

stellung des Eintritts eines immateriellen Schadens (*Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*).

aa) § 15 Abs. 2 AGG entspricht § 253 BGB. Dies bedeutet, dass dem Gericht ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Höhe der Entschädigung eingeräumt wird, um bei der Prüfung der Angemessenheit der Entschädigung die Besonderheiten jedes einzelnen Falles angemessen berücksichtigen zu können. Hängt die Höhe des Entschädigungsanspruchs von einem Beurteilungsspielraum ab, ist die Bemessung des Entschädigungsanspruchs grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters. Die Festsetzung der angemessenen Entschädigung obliegt demnach nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Dabei ist revisionsrechtlich zu überprüfen, ob das Urteil das Bemühen um eine angemessene Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände erkennen lässt und ob es gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (*Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*).

65

bb) Nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG darf die Entschädigung bei einer Neueinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. In diesem Fall ist vom Tatsachenrichter zunächst die Höhe einer angemessenen und der Höhe nach nicht begrenzten Entschädigung zu ermitteln und diese dann, wenn sie drei Monatsentgelte übersteigen sollte, zu kappen (*Stein in Wendeling-Schröder/Stein § 15 Rn. 44*).

66

Ist ein Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG dem Grunde nach gegeben, hat der Arbeitgeber die für ihn günstigere Tatsache zu beweisen, dass der Bewerber oder die Bewerberin auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre und damit die in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG festgelegte Höchstgrenze für die Entschädigung zum Tragen kommt (*HWK/Annuß/Rupp § 15 AGG Rn. 9; Knittel SGB IX Kommentar 4. Aufl. § 81 Rn. 121; Meinel/Heyn/Herms § 15 Rn. 71; Schiek/Kocher § 15 Rn. 48; vgl. auch EuGH 22. April 1997 - C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 36, Slg. 1997, I-2195*). Durch § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG wird von dem in § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG auf-

67

gestellten Grundsatz, dass die Höhe der Entschädigung nur durch das Kriterium der Angemessenheit begrenzt wird, eine Ausnahme zugunsten des Arbeitgebers geschaffen. Diese Verteilung der Beweislast schließt allerdings nicht aus, dass der Bewerber im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast zunächst geltend gemacht haben muss, dass er bei einer benachteiligungsfreien Auswahl eingestellt worden wäre.

cc) Die Festsetzung einer Entschädigung in Höhe eines Monatsgehalts der eingestellten Bewerberin S durch das Landesarbeitsgericht hält der eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 68

Bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung durch das Tatsachengericht sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Zu diesen zählen etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalles. Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen, so dass die Höhe auch danach zu bemessen ist, was zur Erzielung einer abschreckenden Wirkung erforderlich ist. Dabei ist zu beachten, dass die Entschädigung geeignet sein muss, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu entfalten und in jedem Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss (*Senat 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - AP AGG § 15 Nr. 1 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). 69

Das angefochtene Urteil lässt das Bemühen um eine angemessene Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände erkennen und verstößt nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze. Infolgedessen hält sich die Festsetzung einer Entschädigung iHv. 3.344,00 Euro im Rahmen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraumes. 70

Zu Recht geht das Landesarbeitsgericht davon aus, dass kein besonders schwerwiegender Fall einer Diskriminierung vorliegt. Es legt sachgerecht zugrunde, dass es außer einer nicht an den Kläger persönlich gerichteten Stellenanzeige, welche kraft Gesetzes die Vermutung einer Dis- 71

kriminierung wegen des Alters begründet, kein zu beanstandendes Verhalten der Beklagten gibt. Diese hat sich dem Kläger gegenüber wegen seines Alters weder abwertend noch beleidigend verhalten. Nicht zu beanstanden ist in diesem Zusammenhang, dass das Landesarbeitsgericht hinsichtlich der vom Kläger behaupteten negativen Auswirkungen der Diskriminierung, nämlich seines Appetitverlustes und seiner Schlafstörungen, darauf verweist, dass keine adäquate Kausalität zwischen der Absage auf die Bewerbung und der gesundheitlichen Beeinträchtigung feststellbar ist.

Soweit das Landesarbeitsgericht folgert, die Beklagte habe wegen des nur begrenzt zur Verfügung stehenden Budgets einen sich noch nah am Berufseinstieg befindlichen Bewerber gesucht und dies unzulässig mit „jung“ gleichgesetzt, ist auch dies vertretbar. Zwar werden in der Anzeige beide Eigenschaften, also „jung“ und „erste Berufserfahrungen (bis 2 Jahre) im Medienbereich bzw. Lizenzgeschäft“ getrennt formuliert. Dies bedeutet aber nicht zwingend, dass mit „jung“ nicht auch „erste Berufserfahrungen“ gemeint sein kann. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht auch den Verschuldensgrad in die Abwägung mit einbezogen.

72

Schließlich enthält auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Umstand, dass der Kläger seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt sehr schlecht einschätze, könne nicht dazu führen, dass in der Absage der Beklagten eine besonders schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung liege, keinen Rechtsfehler. So hat die Diskriminierungshandlung der Beklagten insbesondere keine Auswirkungen auf zukünftige Bewerbungen des Klägers.

73

3. Soweit der Kläger einen Auskunftsanspruch und einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 1 AGG geltend macht, ist seine Klage unbegründet.

74

a) § 15 Abs. 1 AGG begründet einen Anspruch auf Ersatz des durch die verbotene Benachteiligung entstandenen materiellen Schadens. Für den Umfang des Schadensersatzes gelten die §§ 249 ff. BGB, wobei allerdings § 15 Abs. 6 AGG in den dort genannten Fällen eine Naturalrestitution nach § 249

75

Abs. 1 BGB ausschließt. Nach § 252 BGB umfasst der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn und mithin das entgangene Arbeitsentgelt.

b) Für den Umstand, dass ein Bewerber die Stelle ohne die unzulässige Benachteiligung tatsächlich erhalten hätte, also für die haftungsausfüllende Kausalität zwischen der Benachteiligung und dem entstandenen Schaden, ist nach den allgemeinen Beweislastregeln der Bewerber darlegungs- und beweispflichtig. 76

Grundsätzlich trägt der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen, während der Anspruchsgegner die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale darlegen und ggf. beweisen muss (*vgl. oben II 2 c aa*). Hiernach hat ein Bewerber, der einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG verfolgt, ua. darzulegen und ggf. zu beweisen, dass ein Schaden bei ihm eingetreten ist und dieser kausal auf die Benachteiligungshandlung zurückzuführen ist. 77

Von dieser allgemeinen Regel macht § 15 Abs. 2 AGG für den Entschädigungsanspruch eine Ausnahme, die für den Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG nicht gilt. Aus der Gesetzesformulierung und der Systematik des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG folgt, dass der Arbeitgeber, der gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat, darlegen und ggf. beweisen muss, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre und damit die in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG geregelte Höchstgrenze für die Entschädigungshöhe zum Tragen kommt (*vgl. oben II 2 e bb*). § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG formuliert nämlich eine Ausnahme vom Grundsatz der Angemessenheit und enthält mithin eine (teilweise) rechtsvernichtende Einwendung, die der Anspruchsgegner darzulegen und zu beweisen hat. Eine dem § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG vergleichbare Bestimmung enthält § 15 Abs. 1 AGG nicht. Dies führt dazu, dass im Rahmen der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach § 15 Abs. 1 AGG den Bewerber die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass er als der am besten geeignete Bewerber bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte (*vgl. zum Schadensersatzanspruch gegen* 78

einen öffentlichen Arbeitgeber: Senat 24. September 2009 - 8 AZR 636/08 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 41 = EzA AGG § 15 Nr. 3).

Diese dem Bewerber im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG obliegende Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der haftungsausfüllenden Kausalität wird nicht durch § 22 AGG abgeändert (*Bauer/Göpfert/Krieger § 15 Rn. 25; Adomeit/Mohr § 15 Rn. 23; Schiek/Kocher § 15 Rn. 24; DFL/Kramer 3. Aufl. § 15 AGG Rn. 20; Stein in Wendeling-Schröder/Stein § 15 Rn. 53; Münch-KommBGB/Thüsing § 22 AGG Rn. 18*). 79

Auch § 22 AGG geht von dem allgemeinen Grundsatz aus, dass eine Partei, die eine bestimmte Rechtsfolge für sich in Anspruch nehmen will, grundsätzlich die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen muss. Da eine diskriminierte Person die Tatsachen, die sich in der Sphäre des Diskriminierenden abspielen, häufig nicht kennt und in der Regel auch den Nachweis einer bestimmten Motivation des Diskriminierenden nicht erbringen kann, bezweckt § 22 AGG, dass der Anspruchsteller durch eine „Beweisführungs-erleichterung“ der ihm nach wie vor grundsätzlichen obliegenden Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unzulässigen Benachteiligung durch den Arbeitgeber leichter nachkommen kann. 80

c) Dem Berufungsgericht ist auch dahin zu folgen, dass der Kläger die Tatsache, dass er bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre, nicht nachgewiesen hat. 81

Nicht zu beanstanden ist zunächst die Einschätzung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger verfüge zwar im Vergleich zu der eingestellten Bewerberin S über die besseren Examensergebnisse, die besseren Examensnoten könnten aber nicht automatisch mit der besseren Eignung für die zu besetzende Stelle gleichgesetzt werden, weil die Beklagte neben der juristischen Qualifikation in der Stellenanzeige Berufserfahrung im Medienbereich bzw. Lizenzgeschäft gefordert habe. 82

Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht des Weiteren davon aus, der Kläger habe nicht dargelegt, dass er bei benachteiligungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte. Er hat zwar vorgetragen, Frau S besitze „allenfalls eine 83

Qualifikation einer besseren Sekretärin“, während er Hunderte von Verträgen ausgehandelt und entworfen habe, überwiegend im Lizenzrecht tätig gewesen sei und während seiner 20-jährigen Berufstätigkeit wiederholt extrem komplexe und richtungsweisende Verfahren, etwa zur Frage der Verwertungsrechte bei Filmen und Filmmusiken geführt habe. Mit diesem Vorbringen allein hat der Kläger seine bessere Eignung jedoch nicht belegt. So weist das Landesarbeitsgericht zutreffend darauf hin, dass der Kläger nicht in gleichem Maße über einschlägige Berufserfahrung im Medienrecht verfügt wie die eingestellte Bewerberin S.

Die Beklagte hat in der Stellenanzeige von den Bewerbern Berufserfahrungen (bis zwei Jahre) im Medienbereich bzw. im Lizenzgeschäft gefordert, um die Aufgabe, welche insbesondere in der „Verhandlung und Erstellung von Lizenzverträgen für die Bereiche Programmbeschaffung und Internationaler Programmvertrieb“ liegt, zu erfüllen. Der Kläger hat nicht vorgebracht, dass er über solche Erfahrungen in größerem Maße verfügt als die Bewerberin S. Deren Qualifikation ergibt sich insbesondere aus ihrem Bewerbungsschreiben und dem vorgelegten Zeugnis. Der Vortrag des Klägers, aus dem Zeugnis der Frau S, welches „natürlich, wie üblich, die Zeugin selbst entworfen hat“ ergäben „sich allenfalls juristische Karr-, Zuarbeiter- und Hilfsdienste“ ist eine abwertende, unbeachtliche „Behauptung ins Blaue“. Vielmehr ergibt sich aus dem Zeugnis, dass die Bewerberin S im Medienbereich fünf Jahre tätig war und dort Lizenz- und Vertriebsverträge in deutscher und englischer Sprache erstellt und geprüft hat und damit bei ihrem vorherigen Arbeitgeber eine annähernd identische Tätigkeit in einem mit der ausgeschriebenen Stelle vergleichbaren Umfeld, nämlich einer Rechtsabteilung, ausgeübt hat. Hieraus folgt, worauf das Landesarbeitsgericht auch zutreffend abstellt, dass die Bewerberin S über eine solche einschlägige Berufserfahrung verfügt, die es der Beklagten gestattete, Frau S ohne Einarbeitungszeit einzusetzen.

84

Aus dem Vortrag des Klägers lässt sich nicht folgern, er sei für die ausgeschriebene Stelle hinsichtlich der geforderten einschlägigen Berufserfahrung zumindest ebenso gut geeignet wie die Bewerberin S. Soweit er darauf abstellt,

85

er habe wiederholt extrem komplexe und richtungsweisende Verfahren, etwa zur Frage der Verwertungsrechte bei Filmen und Filmmusiken geführt, stellt dies keinen schlüssigen Vortrag dafür dar, dass er die für die Bereiche „Programmbeschaffung“ und „Internationaler Programmvertrieb“ erforderlichen Kenntnisse im Medienbereich bzw. im diesbezüglichen Lizenzgeschäft besitzt. Es macht nämlich einen Unterschied, in welcher Branche lizenzrechtliche Fragen bearbeitet und Lizenzverträge entworfen werden. Hat jemand eine Vielzahl von Lizenzverträgen in einer bestimmten Branche ausgearbeitet, schließt dies nicht aus, dass er für die Ausarbeitung von Lizenzverträgen in einer anderen Branche einer - ggf. sogar erheblichen - Einarbeitungszeit bedarf.

Schließlich ist auch die Einschätzung des Landesarbeitsgerichts zu-
treffend, die Tätigkeit als selbstständiger Rechtsanwalt habe zwar eine gewisse
Schnittmenge mit den Tätigkeiten, die in einer Rechtsabteilung anfallen, den-
noch handele es sich bei einer selbstständigen Rechtsanwaltstätigkeit nicht um
eine einschlägige Berufserfahrung für die ausgeschriebene Stelle. Dies folgt
einerseits bereits daraus, dass die Mitarbeit in einer Rechtsabteilung in deutlich
höherem Maße Teamfähigkeit erfordert als eine selbstständige anwaltliche
Tätigkeit. Auf das Bedürfnis der Teamfähigkeit hatte die Beklagte in der Stel-
lenanzeige auch ausdrücklich hingewiesen. Zum anderen lernt ein Mitarbeiter
einer Rechtsabteilung die Branche und deren Strukturen aufgrund seiner
dauerhaften Beschäftigung mit diesen deutlich intensiver kennen als ein
Rechtsanwalt, der sich mit einer Vielzahl von Sachverhalten und Rechtskreisen
gleichermaßen und ggf. auch gleichzeitig befassen muss.

86

d) Da der Kläger keinen Schadensersatzanspruch hat, besteht für ihn
auch kein Informationsbedürfnis bzgl. der „maximal vorgesehenen Jahresver-
gütung“ für die ausgeschriebene Stelle. Wegen des Fehlens dieses
Informationsbedürfnisses steht dem Kläger der geltend gemachte Auskunfts-
anspruch gegen die Beklagte nicht zu (*vgl. BAG 15. Juni 1993 - 9 AZR 558/91 -
BAGE 73, 229 = AP BGB § 611 Konkurrenzklausel Nr. 40 = EzA HGB § 74
Nr. 55*).

87

III. Nachdem die Verurteilung der Beklagten zu einer Entschädigung in Höhe von 3.344,00 Euro durch das Landesarbeitsgericht revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist, erweist sich die diesbezüglich eingelegte Anschlussrevision der Beklagten als unbegründet. 88

IV. Wegen der Erfolglosigkeit der Revision und der Anschlussrevision waren die Kosten des Revisionsverfahrens gemäß § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO verhältnismäßig zu teilen. 89

Hauck

Böck

Breinlinger

Brückmann

Schulz