

Bundesarbeitsgericht  
Achter Senat

Urteil vom 19. Mai 2016  
- 8 AZR 477/14 -  
ECLI:DE:BAG:2016:190516.U.8AZR477.14.0

I. Arbeitsgericht  
Berlin

Urteil vom 20. Juni 2013  
- 34 Ca 3498/13 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 31. Oktober 2013  
- 21 Sa 1380/13 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Benachteiligung wegen des Alters - Auswahlverfahren - Entschädigung - objektive Eignung - Stellenausschreibung - Vermutung der Benachteiligung - Bewerberbegriff

Bestimmungen:

AGG §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 und Abs. 2, § 6 Abs. 1 Satz 2, § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 1, §§ 9, 10, 11, 15 Abs. 2 und Abs. 4, § 22; GG Art. 12 Abs. 1; Richtlinie 2000/78/EG Art. 1, Art. 2 Abs. 2 Buchst. b, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 6; BGB § 242; ArbGG §§ 12a, 61b Abs. 1

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 8 AZR 470/14 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 477/14  
21 Sa 1380/13  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
19. Mai 2016

## URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

1.

Beklagte zu 1., Berufungsbeklagte zu 1. und Revisionsbeklagte zu 1.,

2.

Beklagter zu 2., Berufungsbeklagter zu 2. und Revisionsbeklagter zu 2.,

3.

Beklagter zu 3., Berufungsbeklagter zu 3. und Revisionsbeklagter zu 3.,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Mai 2016 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeits-

gericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Volz und Stahl für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 31. Oktober 2013 - 21 Sa 1380/13 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch darüber, ob die Beklagten verpflichtet sind, an den Kläger eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des AGG zu zahlen. 1

Der 1953 geborene Kläger ist promoviert und als Einzelanwalt in Rorschwerpunktmäßig in den Bereichen Arbeitsrecht, Arztrecht, Arzthaftungsrecht, Medizinrecht, Erbrecht, Familienrecht, Forderungsbeitreibung, Mietrecht, Strafrecht und Zivilrecht tätig. In den Jahren 1979 und 1983 absolvierte er die beiden juristischen Staatsprüfungen in Baden-Württemberg jeweils mit der Note befriedigend (7 Punkte). 2

Die Beklagte zu 1. ist eine auf das Wirtschaftsrecht spezialisierte Berliner Anwaltssozietät; die Beklagten zu 2. und 3. sind die hierin verbundenen Partner. Anfang 2013 veröffentlichte die Beklagte zu 1. im Heft 4 der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) eine Stellenanzeige, in der es auszugsweise heißt: 3

„Unsere namhaften, überwiegend mittelständischen Mandanten beraten wir im zivilen Wirtschaftsrecht. Schwerpunkte sind Handels- und Gesellschaftsrecht, M & A, Kar-

tellrecht, Urheber- und Verlagsrecht, häufig mit internationalem Bezug (...).

**Wir suchen** insbesondere für den Bereich Handels- und Gesellschaftsrecht

- **einen Rechtsanwalt (m/w) Vollzeit**
- **einen Rechtsanwalt (m/w) Teilzeit**

als Berufsanfänger oder Kollegen mit 1-3 Jahren Berufserfahrung. Prädikatsexamen und ausbaufähige Englischkenntnisse setzen wir voraus.

**Wir bieten** eine herausfordernde Tätigkeit mit eigenen Gestaltungsmöglichkeiten in einem angenehmen Arbeitsklima. Ziel ist die spätere Aufnahme in die Partnerschaft.“

Die Stellenanzeige wurde am 17. Januar 2013 in der Onlineausgabe der NJW und am 24. Januar 2013 in der Printausgabe veröffentlicht. 4

Der Kläger bewarb sich mit Schreiben vom 29. Januar 2013 auf die in der Printausgabe veröffentlichte Stellenanzeige und fügte seine Bewerbungsunterlagen bei. In dem Bewerbungsschreiben, das der Beklagten zu 1. am 30. Januar 2013 zuing, heißt es: 5

„...“

ich bewerbe mich auf Ihre Stellenanzeige. Ich bin seit 1988 hier in R als Rechtsanwalt tätig, jedoch im Prinzip örtlich ungebunden. Ich habe, wie aus den beigefügten Bewerbungsunterlagen ersichtlich, zwei Prädikatsexamen und bin darüber hinaus promoviert. Das Wirtschaftsrecht mit den von Ihnen genannten Teilbereichen kenne ich umfanglich aus meiner langjährigen beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt. Im Verlagswesen war ich sogar einige Jahre bei einer Tageszeitung angestellt.

Ausbaufähige Englischkenntnisse sind selbstverständlich.

Ich freue mich, demnächst von Ihnen zu hören und bleibe mit freundlichen kollegialen Grüßen

...“

Mit Schreiben vom 5. Februar 2013 teilte die Beklagte zu 1. dem Kläger mit: 6

„...“

vielen Dank für Ihre Bewerbung. Ihr Interesse an der Mitarbeit in unserer Kanzlei hat uns sehr gefreut. Leider müssen wir Ihnen mitteilen, dass wir uns für einen anderen Bewerber entschieden haben.

Für Ihren weiteren beruflichen Werdegang wünschen wir Ihnen viel Erfolg.

...“

Mit Schreiben vom 11. Februar 2013 forderte der Kläger von der Beklagten zu 1. eine Entschädigung und Schadensersatz. In diesem Schreiben heißt es:

7

„...“

ich hatte mich mit Schreiben vom 29. Januar 2013 unter Beifügung von Bewerbungsunterlagen auf die von Ihnen in der NJW 2013, Heft 4 ausgeschriebene Stelle als Rechtsanwalt beworben. Mit Schreiben vom 5. Februar 2013 haben Sie die Bewerbungsunterlagen an mich zurückgesendet und mitgeteilt, daß man sich für einen anderen Bewerber entschieden habe.

Die Behandlung meiner Bewerbung erfolgte ganz offensichtlich unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 AGG. Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen ihres Alters oder wegen eines anderen in § 1 genannten Grundes benachteiligen. Das gilt auch für Stellenbewerber (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG). Daß Sie gegen diese Vorschrift verstoßen haben, belegt bereits ein Blick in die Stellenanzeige, wo ganz offen gesagt wird, man suche ‚Berufsanfänger oder Kollegen mit 1-3 Jahren Berufserfahrung‘.

Sie schulden demnach eine Entschädigung und Schadensersatz nach § 15 AGG. Mangels genauer Kenntnis der näheren Umstände und der von Ihnen gezahlten Gehälter etc. können diese Forderungen derzeit nur geschätzt werden. Insoweit fordere ich eine angemessene Entschädigung in Höhe von 10.000,00 EUR und Schadensersatz in Höhe von 50.000,00 EUR. Hinzu kommen meine unten berechneten Rechtsanwaltsgebühren, so daß bis spätestens

**Montag, den 25. Februar 2013**

insgesamt (10.000,00 EUR+50.000,00 EUR  
+1.761,08 EUR)

**61.761,08 EUR**

auf mein Konto bei der S) zu zahlen sind andernfalls ich ohne Weiteres Klage erheben werde.

Sollte der oben genannte Betrag pünktlich gezahlt werden, werde ich keine weiteren Forderungen mehr geltend machen, was hiermit ausdrücklich versichert wird.

Für den Fall der Fristversäumung fordere ich Sie bereits jetzt auf, Auskunft über die eingestellten Bewerber und deren Qualifikation sowie deren Bezahlung zu erteilen.

...“

Die Beklagte zu 1. erwiderte hierauf mit Schreiben vom 21. Februar 2013: 8

„...“

zum Zeitpunkt des Eingangs Ihrer Bewerbung hatten wir die ausgeschriebene Stelle bereits besetzt. Schon aus diesem Grund kommt eine von Ihnen behauptete Benachteiligung nicht in Betracht.

Unabhängig davon verfügt die eingestellte Kollegin über zwei vollbefriedigende Examina.

Auch verstößt die Ausschreibung nicht gegen Vorgaben des AGG. Sie nimmt nicht Bezug auf das Lebensalter. Die Formulierung begründet sich dadurch, dass wir selbst ausbilden. Ältere Kollegen sind uns hoch willkommen (z. B. solche, die aus einer Rechtsabteilung in den Anwaltsberuf wechseln).

...“

Die Beklagten stellten zum 15. Mai 2013 Frau G im Rahmen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses ein. Frau G hat beide Staatsexamen mit der Gesamtnote „vollbefriedigend“ (10,07 bzw. 9,38 Punkte) bestanden und war seit 2007 promotionsbegleitend als Rechtsanwältin sowie als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität P tätig. 9

Mit seiner am 8. März 2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen und den Beklagten am 13. März 2013 zugestellten Klage hat der Kläger zunächst 10

Auskunft über die Jahresvergütung der in der NJW ausgeschriebenen Stelle sowie Entschädigung und Schadensersatz in Höhe der erteilten Auskunft nebst Zinsen begehrt. Seit der Berufungsinstanz verfolgt der Kläger ausschließlich den Antrag auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG weiter. Die auf der ausgeschriebenen Stelle erzielbare Jahresvergütung hat er mit 60.000,00 Euro beziffert.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Ablehnung seiner Bewerbung beruhe auf einer Benachteiligung wegen seines Alters. Die Stellenanzeige, mit der zwei Stellen ausgeschrieben worden seien, sei ausdrücklich an Berufsanfänger oder Rechtsanwälte mit 1-3 Jahren Berufserfahrung gerichtet gewesen. Dieser Umstand begründe die Vermutung, dass er wegen seines Alters benachteiligt worden sei. Er sei auch objektiv für die ausgeschriebenen Stellen geeignet gewesen, die er bei diskriminierungsfreier Auswahl hätte erhalten müssen, da er promoviert sei und zwei Prädikatsexamina sowie jahrzehntelange Berufserfahrung vorzuweisen habe. Seinem Entschädigungsanspruch stehe auch nicht der durchgreifende Rechtsmissbrauchseinwand entgegen. Die Vielzahl seiner Bewerbungen und Entschädigungsklagen lasse nicht den Schluss auf die fehlende Ernsthaftigkeit seiner Bewerbung zu. Zwar bewerbe er sich systematisch auf Stellenanzeigen, aber nicht um sich auf Altersdiskriminierung zu berufen, sondern um eine faire Bewerbungschance zu erhalten. Diese werde ihm insbesondere von großen (Anwalts-)Firmen verwehrt, die offenbar meinten, dass für sie ein anderes Recht gelte als für alle anderen.

11

Selbst wenn Frau G vor Eingang seines Bewerbungsschreibens eingestellt worden sein sollte, schließe dies eine Diskriminierung nicht generell aus, da einem Bewerber die Chance auf eine Einstellung auch durch eine diskriminierende Gestaltung des Bewerbungsverfahrens genommen werden könne. Die Beklagten hätten eine Bewerbungsfrist von mindestens einer Woche ab der Veröffentlichung in der Printausgabe am 24. Januar 2013 abwarten müssen und nicht einfach die erstbeste „junge“ Mitarbeiterin einstellen dürfen, um ggf. noch später eingehende Bewerbungen älterer Bewerber nicht mehr berücksichtigen zu müssen.

12

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

13

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger eine angemessene Entschädigung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die jedoch einen Betrag von 60.000,00 Euro nicht überschreiten sollte, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie haben die Auffas-

14

sung vertreten, die Stellenanzeige sei altersneutral formuliert und auch so gemeint gewesen. Als kleine spezialisierte „Anwaltsboutique“ mit langjährigen Mandanten und einem Interesse an einem organischen Wachstum, sei ihnen daran gelegen gewesen, einen neu hinzukommenden Kollegen bzw. eine neu hinzukommende Kollegin selbst auszubilden und an die besonderen Anforderungen der Kanzlei heranzuführen. Dies betreffe nicht nur den Kontakt mit den Mandanten, sondern auch die berufliche Praxis in der Sozietät, die eine Orientierung an der Arbeitsweise und dem Stil der beiden Praxisinhaber sowie ein fein abgestimmtes Miteinander mit diesen erfordere. Dies sei altersunabhängig. Ferner sei den Gesamtumständen zu entnehmen, dass der Kläger kein ernsthaftes Interesse an der Stelle gehabt habe, sondern dass es ihm nur darum gehe, eine Entschädigung zu erlangen. Das bisherige Tätigkeitsspektrum des Klägers unterscheide sich erheblich von den Spezialgebieten ihrer Kanzlei und es sei nicht ersichtlich, weshalb der Kläger seine Einzelpraxis für die ausgeschriebene Stelle aufgeben würde. Gegen eine ernsthafte Bewerbung spreche ferner der nichtssagende Inhalt des Bewerbungsschreibens, in dem lediglich mit formelhaften Wendungen wiederholt werde, was sich im Anforderungsprofil der Stellenanzeige finde, sowie der Umstand, dass der Kläger innerhalb kürzester Zeit mindestens zwölf Entschädigungsklagen nach dem AGG erhoben habe, in denen er jeweils 60.000,00 Euro fordere. Ein weiteres Indiz sei die im Schriftsatz des Klägers vom 9. Oktober 2013 zum Ausdruck kommende grundsätzlich ablehnende Haltung des Klägers gegenüber Großkanzleien.

Im Übrigen habe die Beklagte zu 1. in der NJW nur „eine“ Stelle, wahlweise in Vollzeit oder Teilzeit ausgeschrieben. Diese Stelle sei bereits besetzt

15



gewesen, als die Bewerbung des Klägers eingegangen sei. Frau G, die zum 15. Mai 2013 eingestellt worden sei, habe sich bereits am 18. Januar 2013 per E-Mail auf die in der Onlineausgabe der NJW veröffentlichte Stellenanzeige beworben und ihre Bewerbungsunterlagen übersandt. Am Freitag, den 25. Januar 2013, habe man mit Frau G ein Bewerbungsgespräch geführt, das so überzeugend verlaufen sei, dass man sich umgehend für sie entschieden und ihr am Montag, den 28. Januar 2013, um 15:20 Uhr per E-Mail eine Festanstellung angeboten habe. Frau G habe dieses Angebot noch am selben Tag um 19:35 Uhr per E-Mail angenommen. Damit sei das Auswahlverfahren abgeschlossen gewesen. Anders als der Kläger erfülle Frau G auch das Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle. Unter „Prädikatsexamen“ seien entsprechend der üblichen Einteilung der Examensnoten bei Bewerbungsvorgängen dieser Art Examen mit der Note „vollbefriedigend“ oder besser zu verstehen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger - unter Klagerücknahme im Übrigen - nur seine auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG gerichtete Klage weiter verfolgt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger den Entschädigungsanspruch weiter.

16

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Berufung des Klägers nicht zurückgewiesen werden. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als im Ergebnis zutreffend (§ 561 ZPO). Ob und ggf. in welchem Umfang die zulässige Klage begründet ist, kann vom Senat aufgrund der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden; den Parteien ist zudem Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Dies führt zur Aufhebung des ange-

17

fochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

A. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. 18

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Das Entschädigungsverlangen des Klägers sei dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt. Nach den Gesamtumständen sei davon auszugehen, dass er an der Stelle nicht subjektiv ernsthaft interessiert gewesen sei, sondern sich nur deshalb beworben habe, um eine Entschädigung verlangen zu können. Für eine mangelnde Ernsthaftigkeit der Bewerbung spreche schon der kaum aussagekräftige Inhalt seines Bewerbungsschreibens. Der Kläger gehe in diesem Schreiben mit überwiegend formelhaften, nichtssagenden Wendungen nur scheinbar konkret auf die Stellenanzeige und die in Aussicht gestellte Tätigkeit nebst deren Anforderungsprofil ein. Dem Bewerbungsschreiben sei auch in keiner Weise zu entnehmen, was den Kläger gerade an der ausgeschriebenen Tätigkeit interessiere und weshalb er, nachdem er seit 25 Jahren als selbstständiger Anwalt tätig sei, Interesse an einer Festanstellung habe. Ferner habe es einer näheren Erläuterung bedurft, weshalb der Kläger meine, den Beklagten die in der Stellenanzeige zum Ausdruck kommende erwünschte längerfristige Perspektive mit dem Ziel einer späteren Aufnahme in die Partnerschaft bieten zu können, obwohl er bereits 60 Jahre alt sei und in fünf bis sechs Jahren die Regelaltersgrenze erreicht haben werde. Auch habe sich der Kläger auf eine Stelle beworben, die nicht zu ihm passe und für die er wegen der fehlenden Prädikatsexamen und der nicht ersichtlichen besonderen Expertise im Handels- und Gesellschaftsrecht nicht qualifiziert sei. Soweit er angebe, er habe ausbaufähige Englischkenntnisse, erscheine auch dies angesichts des Umstands, dass er Englisch nach der 11. Schulklasse abgewählt und mit der Note „ausreichend“ abgeschlossen habe, eher zweifelhaft und spreche gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung. Auffällig sei außerdem, dass der Kläger zunächst mit seinem 19

Geltendmachungsschreiben vom 11. Februar 2013 eine Entschädigung iHv. 10.000,00 Euro und Schadensersatz iHv. 50.000,00 Euro und sodann mit der Klage eine Entschädigung iHv. mindestens einem Jahresgehalt bzw. 60.000,00 Euro verlangt habe, ohne nachvollziehbare Gründe für den Sinneswandel und die Höhe der jeweiligen Forderungen anzugeben. Gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung spreche schließlich auch der Umstand, dass sich der Kläger ausweislich eines in der Zeitschrift „J“ erschienenen Artikels unabhängig vom Rechtsgebiet, der Kanzlei oder dem Einsatzort ausschließlich auf Stellenanzeigen bewerbe, mit denen unter Verstoß gegen § 11 AGG Berufseinsteiger/innen oder Rechtsanwälte/innen mit erster Berufserfahrung gesucht würden, und dann nach der Ablehnung 60.000,00 Euro fordere. Nach den Recherchen der Zeitschrift „J“ habe er bundesweit allein im Kalenderjahr 2013 sechzehn Entschädigungsklagen anhängig gemacht, wobei er zumindest noch in einem weiteren Fall die Anforderungen an die ausgeschriebene Stelle offensichtlich nicht erfüllt habe. Nach alledem sei die Kammer überzeugt, dass der Kläger nicht ernsthaft an einer Anstellung interessiert sei, sondern sich durch die Bewerbung auf bestimmte Stellenanzeigen eine weitere Einnahmequelle erschließen wolle.

II. Mit dieser Begründung durfte die Berufung des Klägers nicht zurückgewiesen werden. Dabei kann offenbleiben, ob dem Entschädigungsverlangen des Klägers - entgegen dessen Rechtsauffassung - überhaupt der Rechtsmissbrauchseinwand nach § 242 BGB entgegengehalten werden kann. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Voraussetzungen des durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwands seien im vorliegenden Verfahren erfüllt, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Aus diesem Grund kommt es auf die Antwort des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache - C-423/15 - [Kratzer] auf das Vorabentscheidungsersuchen des Senats vom 18. Juni 2015 (- 8 AZR 848/13 (A) -) nicht an. 20

1. Nach Auffassung des Senats spricht alles dafür, dass der vom Kläger geltend gemachte Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt wäre, sofern 21

dieser sich nicht beworben haben sollte, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm darum gegangen sein sollte, nur den formalen Status als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen.

a) Nach § 242 BGB sind durch unredliches Verhalten begründete oder erworbene Rechte oder Rechtsstellungen grundsätzlich nicht schutzwürdig. Der Ausnutzung einer rechtsmissbräuchlich erworbenen Rechtsposition kann demnach der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen (*vgl. etwa BAG 17. März 2016 - 8 AZR 677/14 - Rn. 44; 21. Oktober 2014 - 3 AZR 866/12 - Rn. 48; 23. November 2006 - 8 AZR 349/06 - Rn. 33; BGH 6. Februar 2002 - X ZR 215/00 - zu I 2 c der Gründe; 6. Oktober 1971 - VIII ZR 165/69 - zu I der Gründe, BGHZ 57, 108*). Allerdings führt nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung. Hat der Anspruchsteller sich die günstige Rechtsposition aber gerade durch ein treuwidriges Verhalten verschafft, liegt eine unzulässige Rechtsausübung iSv. § 242 BGB vor (*etwa BGH 28. Oktober 2009 - IV ZR 140/08 - Rn. 21*). 22

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen, die den - rechtshindernden - Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen, trägt nach den allgemeinen Regeln der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast derjenige, der diesen Einwand geltend macht (*vgl. ua. BAG 18. Juni 2015 - 8 AZR 848/13 (A) - Rn. 26; 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 37; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 54*). 23

b) Danach hätte der Kläger die Rechtsstellung als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG treuwidrig erworben mit der Folge, dass die Ausnutzung dieser Rechtsposition rechtsmissbräuchlich wäre, wenn er sich nicht beworben haben sollte, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm darum gegangen sein sollte, nur den formalen Status als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen (*vgl. etwa BAG 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 53*). 24

*mwN; vgl. auch BVerwG 3. März 2011 - 5 C 16.10 - Rn. 33, BVerwGE 139, 135).*

Nach § 1 AGG ist es das Ziel des AGG, in seinem Anwendungsbereich Benachteiligungen aus den in dieser Bestimmung genannten Gründen zu verhindern oder zu beseitigen. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG wird auch der Zugang zur Beschäftigung vom sachlichen Anwendungsbereich des AGG erfasst. Nach dieser Bestimmung sind Benachteiligungen aus einem in § 1 AGG genannten Grund nach Maßgabe des Gesetzes ua. unzulässig in Bezug auf die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit. Aus diesem Grund fallen nicht nur Beschäftigte iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 AGG, sondern auch Bewerber/innen für ein Beschäftigungsverhältnis gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG unter den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes, sie gelten danach als Beschäftigte iSv. § 6 Abs. 1 Satz 1 AGG.

25

Bereits mit diesen Bestimmungen des AGG hat der nationale Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass nur derjenige den Schutz des AGG vor Diskriminierung einschließlich der in § 15 AGG geregelten Ersatzleistungen für sich beanspruchen kann, der auch tatsächlich Schutz vor Diskriminierung beim Zugang zur Erwerbstätigkeit sucht und dass hingegen eine Person, die mit ihrer Bewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur die formale Position eines Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG erlangen will mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend zu machen, sich nicht auf den durch das AGG vermittelten Schutz berufen kann; sie kann nicht Opfer einer verbotenen Diskriminierung sein mit der Folge, dass ihr die in § 15 AGG vorgesehenen Sanktionen mit abschreckender Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber (*vgl. etwa EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociatia ACCEPT] Rn. 63*) zugutekommen müssten. Eine Person, die ihre Position als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG treuwidrig herbeiführt, missbraucht vielmehr den vom AGG gewährten Schutz vor Diskriminierung.

26

c) Nach Auffassung des Senats begegnet der Rechtsmissbrauchseinwand nach § 242 BGB unter diesen engen Voraussetzungen auch keinen unionsrechtlichen Bedenken. 27

aa) Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist ein anerkannter Grundsatz des Unionsrechts (*vgl. ua. EuGH 28. Januar 2016 - C-50/14 - [CASTA ua.] Rn. 65*). Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist eine betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf das Unionsrecht nicht gestattet (*etwa EuGH 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 55 mwN; 9. März 1999 - C-212/97 - [Centros] Rn. 24, Slg. 1999, I-1459; 2. Mai 1996 - C-206/94 - [Paletta] Rn. 24, Slg. 1996, I-2357*). 28

bb) Dabei ergeben sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den Voraussetzungen, unter denen Rechtsmissbrauch angenommen werden kann, vergleichbar strenge Anforderungen wie nach deutschem Recht. 29

Die Feststellung einer missbräuchlichen Praxis verlangt das Vorliegen eines objektiven und eines subjektiven Elements. Hinsichtlich des objektiven Elements muss sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben, dass trotz formaler Einhaltung der in der betreffenden Unionsregelung vorgesehenen Bedingungen das Ziel dieser Regelung nicht erreicht wurde. In Bezug auf das subjektive Element muss aus einer Reihe objektiver Anhaltspunkte (*ua. EuGH 17. Dezember 2015 - C-419/14 - [WebMindLicenses] Rn. 36 mwN*) die Absicht ersichtlich sein, sich einen ungerechtfertigten Vorteil aus der Unionsregelung dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden (*zu der hier einschlägigen Richtlinie 2000/78/EG vgl. EuGH 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 56 mwN; vgl. iÜ. etwa EuGH 13. März 2014 - C-155/13 - [SICES ua.] Rn. 31 ff.; 16. Oktober 2012 - C-364/10 - [Ungarn/Slowakei] Rn. 58; 21. Februar 2006 - C-255/02 - [Halifax ua.] Rn. 74 ff., Slg. 2006, I-1609; 21. Juli 2005 - C-515/03 - [Eichsfelder Schlachtbetrieb] Rn. 39, Slg. 2005, I-7355; 14. Dezember 2000 - C-110/99 - [Emsland-Stärke] Rn. 52 und 53, Slg. 2000, I-11569*). Das Missbrauchsverbot ist allerdings nicht relevant, wenn das fragli-

che Verhalten eine andere Erklärung haben kann als nur die Erlangung eines Vorteils (etwa *EuGH 13. März 2014 - C-155/13 - [SICES ua.] Rn. 33; 21. Februar 2006 - C-255/02 - [Halifax ua.] Rn. 75*). Die Prüfung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer missbräuchlichen Praxis erfüllt sind, hat gemäß den Beweisregeln des nationalen Rechts zu erfolgen. Diese Regeln dürfen jedoch die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen (ua. *EuGH 17. Dezember 2015 - C-419/14 - [WebMindLicenses] Rn. 65 mwN*).

cc) Sowohl aus dem Titel, als auch aus den Erwägungsgründen und dem Inhalt und der Zielsetzung der Richtlinie 2000/78/EG folgt, dass diese einen allgemeinen Rahmen schaffen soll, der gewährleistet, dass jeder „in Beschäftigung und Beruf“ gleichbehandelt wird, indem dem Betroffenen ein wirksamer Schutz vor Diskriminierungen aus einem der in ihrem Art. 1 genannten Gründe - darunter das Alter - geboten wird (ua. *EuGH 26. September 2013 - C-546/11 - [Dansk Jurist- og Økonomforbund] Rn. 23; 8. September 2011 - C-297/10 und C-298/10 - [Hennigs und Mai] Rn. 49, Slg. 2011, I-7965*). Ferner ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2000/78/EG - ebenso wie aus Art. 1 Satz 2 Buchst. a und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2006/54/EG -, dass diese Richtlinie für eine Person gilt, die eine Beschäftigung sucht und dies auch in Bezug auf die Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für diese Beschäftigung (vgl. *EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 33*).

Damit spricht alles dafür, dass eine Person, die mit ihrer Bewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur die formale Position eines Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG erlangen will mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend zu machen, auch nach Unionsrecht rechtsmissbräuchlich handelt.

2. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Voraussetzungen des durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwands seien im vorliegenden Verfahren erfüllt, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob bei einer bestimmten Sachlage ein Verstoß gegen § 242 BGB und damit eine unzulässige Rechtsaus-

übung vorliegt, ist in der Revisionsinstanz als Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. etwa BAG 16. Oktober 2012 - 9 AZR 183/11 - Rn. 25, BAGE 143, 194; 19. August 2010 - 8 AZR 645/09 - Rn. 66; 9. Dezember 2009 - 10 AZR 850/08 - Rn. 34 mwN; 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 - Rn. 31, BAGE 131, 215; BGH 7. Oktober 2015 - VIII ZR 247/14 - Rn. 25 mwN). Die Kontrolle durch das Bundesarbeitsgericht beschränkt sich darauf zu prüfen, ob das Landesarbeitsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es sich bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die maßgebliche Rechtsnorm den Vorgaben von § 286 Abs. 1 ZPO entsprechend mit dem Prozessstoff umfassend auseinandergesetzt hat, seine Würdigung also vollständig und des Weiteren rechtlich möglich und in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt.

b) Das Berufungsurteil hält einer solchen eingeschränkten Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat den Rechtsbegriff des Rechtsmissbrauchs iSv. § 242 BGB verkannt und diese Bestimmung in einer Weise ausgelegt und angewandt, die das Benachteiligungsverbot des AGG und der Richtlinie 2000/78/EG zu unterlaufen geeignet ist. Die vom Landesarbeitsgericht seiner Würdigung zugrunde gelegten Umstände lassen weder jeweils für sich betrachtet noch in der Gesamtschau einen Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers zu. 35

aa) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts lassen sich dem Bewerbungsschreiben des Klägers vom 29. Januar 2013 bereits keine objektiven Umstände entnehmen, die den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers erlauben würden. Soweit das Landesarbeitsgericht ausführt, der Kläger gehe in seinem Bewerbungsschreiben mit überwiegend formelhaften, nichtssagenden Wendungen nur scheinbar konkret auf die Stellenausschreibung und die in Aussicht gestellte Tätigkeit nebst deren Anforderungsprofil ein, er mache nicht deutlich, was ihn gerade an der ausgeschriebenen Tätigkeit interessiere und weshalb er, nachdem er seit 25 Jahren als selbstständiger Anwalt tätig sei, Interesse an einer Festanstellung habe, zudem erläutere er nicht, weshalb er meine, den Beklagten die von diesen erwünschte längerfristige Per- 36



spektive mit dem Ziel einer späteren Aufnahme in die Partnerschaft bieten zu können, obwohl er bereits 60 Jahre alt sei und in fünf bis sechs Jahren die Regelaltersgrenze erreicht haben werde, legt das Landesarbeitsgericht seiner Würdigung seine Vorstellungen darüber zugrunde, wodurch sich ein gutes, ansprechendes und erfolgversprechendes Bewerbungsschreiben auszeichnet. Wie viel „Mühe“ ein Bewerber sich mit seinem Bewerbungsschreiben gegeben hat, wie intensiv er auf die in der Stellenanzeige formulierten Anforderungen eingeht und wie eindringlich und überzeugend er ein Interesse an der ausgeschriebenen Stelle bekundet und erläutert hat, mag zwar ein Umstand sein, der für die konkrete Auswahlentscheidung des Arbeitgebers den Ausschlag geben kann. Es existiert hingegen weder ein Erfahrungssatz des Inhalts, dass nur derjenige, der ein solches Bewerbungsschreiben verfasst, an der Stelle interessiert ist, noch der gegenteilige Erfahrungssatz, dass derjenige, dessen Bewerbungsschreiben diesen Vorgaben nicht entspricht, sich nur mit dem Ziel bewirbt, die formale Position des Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen zu können. Das gilt in gleicher Weise für die weiteren vom Landesarbeitsgericht angeführten Gesichtspunkte, der Kläger habe sich auf eine Stelle beworben, die nicht zu ihm passe und für die er wegen der fehlenden Prädikatsexamen, der nicht ersichtlichen besonderen Expertise im Handels- und Gesellschaftsrecht sowie der zweifelhaften Angaben im Hinblick auf die Englischkenntnisse nicht qualifiziert erscheine. Diese Gesichtspunkte mögen zwar ebenfalls die Erfolgsaussichten der Bewerbung mindern. Der Umstand, dass ein/e Bewerber/in nicht alle in der Stellenausschreibung genannten Anforderungen erfüllt, lässt aber noch nicht den Schluss zu, die betreffende Person habe nur die formale Position eines Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG erlangen wollen mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend zu machen. Insoweit kommt zum Tragen, dass Bewerber/innen, welche die auf der zu besetzenden Stelle auszuübenden Tätigkeiten grundsätzlich verrichten können, ohne aber jede Voraussetzung des Anforderungsprofils zu erfüllen, grundsätzlich des Schutzes vor Diskriminierung bedürfen, weil gerade Anforderungsprofile in Stellenanzeigen häufig Qualifikationen

benennen, deren Vorhandensein der Arbeitgeber sich für den Idealfall zwar wünscht, die aber keinesfalls zwingende Voraussetzung einer erfolgreichen Bewerbung sind (vgl. BAG 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 27 mwN). Es ist nicht ungewöhnlich, dass sich ein Arbeitgeber aufgrund der konkreten Bewerberlage letztlich für eine Bewerberin/einen Bewerber entscheidet, die/der die in der Stellenausschreibung festgelegten Anforderungen nicht vollständig erfüllt. Es kann dahinstehen, ob und ggf. unter welchen weiteren Voraussetzungen eine andere Bewertung geboten sein kann, wenn der/die Bewerber/in das Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle offensichtlich völlig verfehlt. Derartige Umstände haben die Beklagten nicht dargetan.

bb) Auch der Inhalt des Geltendmachungsschreibens des Klägers vom 11. Februar 2013 sowie die Umstände der späteren gerichtlichen Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG sind für sich betrachtet kein Beleg für ein fehlendes Interesse des Klägers an der Stelle. Soweit das Landesarbeitsgericht anführt, es sei auffällig, dass der Kläger zunächst mit seinem Geltendmachungsschreiben vom 11. Februar 2013 eine Entschädigung iHv. 10.000,00 Euro und Schadensersatz iHv. 50.000,00 Euro und schließlich mit der Klage eine Entschädigung iHv. mindestens einem Jahresgehalt bzw. 60.000,00 Euro verlangt habe, ohne nachvollziehbare Gründe für diesen Sinneswandel anzugeben, verkennt es, dass der Umstand eines möglicherweise nicht konsequenten Vorgehens bei der außergerichtlichen und gerichtlichen Geltendmachung etwaiger Ansprüche nach § 15 AGG in keinem erkennbaren Zusammenhang mit der Frage steht, was den Kläger bewogen hat, sich auf die ausgeschriebene Stelle zu bewerben.

37

cc) Auch die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Entschädigungsanspruch des Klägers sei insbesondere deshalb dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt, weil sich der Kläger ausweislich des in der Zeitschrift „J“ erschienenen Artikels unabhängig vom Rechtsgebiet, der Kanzlei oder dem Einsatzort ausschließlich auf Stellenanzeigen bewerbe, mit denen unter Verstoß gegen § 11 AGG Berufseinsteiger/innen oder Rechtsanwälte/innen mit erster Berufserfahrung gesucht würden, und nach der Ablehnung

38

seiner Bewerbung 60.000,00 Euro fordere, wobei er nach den Recherchen der Zeitschrift „J“ bundesweit allein im Kalenderjahr 2013 sechzehn Entschädigungsklagen anhängig gemacht habe, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die vom Landesarbeitsgericht seiner Würdigung zugrunde gelegten Umstände lassen nicht den Schluss auf ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen des Klägers zu, das auf der Annahme beruht, letztlich werde ein auskömmlicher „Ertrag“ verbleiben, weil die Beklagten - sei es bereits unter dem Druck des Geltendmachungsschreibens oder im Verlaufe des Entschädigungsprozesses - freiwillig die Forderung erfüllen oder sich vergleichsweise auf eine Entschädigungszahlung einlassen.

(1) Auf Rechtsmissbrauch kann nicht bereits daraus geschlossen werden, dass eine Person eine Vielzahl erfolgloser Bewerbungen versandt und mehrere Entschädigungsprozesse geführt hat oder führt (*vgl. etwa BAG 18. Juni 2015 - 8 AZR 848/13 (A) - Rn. 24; 24. Januar 2013 - 8 AZR 429/11 - Rn. 63; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 56 mwN; 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 52, BAGE 131, 232*). Ein solches Verhalten für sich betrachtet lässt sich ebenso damit erklären, dass ein ernsthaftes Interesse an dem Erhalt der jeweiligen Stelle bestand und dass der/die Bewerber/in, weil er/sie sich entgegen den Vorgaben des AGG bei der Auswahl- und Besetzungsentscheidung diskriminiert sieht, mit der Entschädigungsklage zulässigerweise seine/ihre Rechte nach dem AGG wahrnimmt.

39

(2) Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Person sich stets auf solche Stellenausschreibungen beworben hat, die Formulierungen, insb. Anforderungen enthalten, die mittelbar oder unmittelbar an einen der in § 1 AGG genannten Gründe anknüpfen und deshalb „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, der Arbeitgeber habe die Stelle entgegen § 11 AGG, wonach ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden darf, ausgeschrieben. Dies folgt bereits daraus, dass der/die Bewerber/in auch in einem solchen Fall mit einer Entschädigungsklage grundsätzlich ein nicht unerhebliches Risiko eingeht, den Prozess zu verlieren und damit nicht nur kei-

40

ne Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zu erlangen, sondern auch mit den Kosten des Rechtsstreits belastet zu werden.

(a) Der Arbeitgeber schuldet einem/einer abgelehnten Bewerber/in eine Entschädigung nicht bereits deshalb, weil die Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurde und damit erst recht nicht allein deshalb, weil die Stellenausschreibung Formulierungen, insb. Anforderungen enthält, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, der Arbeitgeber habe den Arbeitsplatz unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben. Das Gesetz knüpft an einen Verstoß gegen § 11 AGG keine unmittelbaren Rechtsfolgen. 41

(b) Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist vielmehr, dass der/die abgelehnte Bewerber/in entgegen § 7 Abs. 1 AGG wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt wurde. 42

(aa) Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich des AGG eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen des Alters. § 7 Abs. 1 AGG verbietet sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, ua. wegen ihres Alters, eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Nach § 3 Abs. 2 AGG liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich. 43

(bb) Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst allerdings nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der benachteiligenden Behandlung und einem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammen- 44

hang bestehen. Dafür ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund iSv. § 1 AGG das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist; es muss nicht - gewissermaßen als vorherrschender Beweggrund, Hauptmotiv oder „Triebfeder“ des Verhaltens - handlungsleitend oder bewusstseinsdominant gewesen sein; vielmehr ist der Kausalzusammenhang bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an einen Grund iSv. § 1 AGG anknüpft oder durch diesen motiviert ist, wobei die bloße Mitursächlichkeit genügt (*vgl. etwa BAG 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 34 mwN*).

(aaa) § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Danach genügt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist (*vgl. BAG 21. Juni 2012 - 8 AZR 364/11 - Rn. 33, BAGE 142, 158; 15. März 2012 - 8 AZR 37/11 - Rn. 65, BAGE 141, 48*). Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden ist (*vgl. EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociatia ACCEPT] Rn. 55 mwN; 10. Juli 2008 - C-54/07 - [Feryn] Rn. 32, Slg. 2008, I-5187; BAG 26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 27*). Hierfür gilt jedoch das Beweismaß des sog. Vollbeweises (*vgl. etwa BAG 18. September 2014 - 8 AZR 753/13 - Rn. 33*). Der Arbeitgeber muss demnach Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstige-

45

ren Behandlung geführt haben (vgl. etwa BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 58; 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 45).

(bbb) Auch wenn eine Stellenausschreibung Formulierungen, insb. Anforderungen enthält, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, der Arbeitgeber habe den Arbeitsplatz unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben, begründet dies nicht ohne Weiteres die Vermutung, der/die Bewerber/in sei im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt worden. Eine solche Vermutung besteht vielmehr nur dann, wenn die Stellenausschreibung gegen § 11 AGG verstößt. Dies ist indes bei Formulierungen, insb. Anforderungen in Stellenausschreibungen, die eine unmittelbare Benachteiligung wegen eines § 1 AGG genannten Grundes bewirken, dann nicht der Fall, wenn die Diskriminierung nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG zulässig ist. Und bei Formulierungen, insb. Anforderungen in Stellenausschreibungen, die eine mittelbare Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bewirken können, scheidet nach § 3 Abs. 2 AGG ein Verstoß gegen § 11 AGG dann aus, wenn die Anforderung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. Obwohl § 11 AGG nach seinem Wortlaut nur auf § 7 Abs. 1 AGG verweist, muss die Bestimmung so ausgelegt werden, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG nicht vorliegt, wenn die mögliche mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG oder die unmittelbare Benachteiligung nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG gerechtfertigt ist. Es ist kein Grund ersichtlich, warum Stellenausschreibungen strengerem Anforderungen unterliegen sollten als dies bei allen anderen benachteiligenden Handlungen iSd. AGG der Fall ist.

46

(ccc) Aber auch dann, wenn die Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurde und deshalb die Vermutung besteht, dass der/die erfolglose Bewerber/in im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt wurde, genügt dies nicht ohne Weiteres für eine erfolgreiche Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs. Dem Arbeitgeber bleibt es nämlich unbenommen, Tatsachen vorzutragen und ggf. zu

47

beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben.

(cc) Obgleich nicht zu verkennen ist, dass eine erfolglose Bewerbung auf eine Stellenausschreibung, die Formulierungen, insb. Anforderungen enthält, die mittelbar oder unmittelbar an einen der in § 1 AGG genannten Gründe anknüpfen und deshalb „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, der Arbeitgeber habe den Arbeitsplatz unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben, die Erfolgsaussichten einer späteren Entschädigungsklage erhöht, ist es keinesfalls ausgeschlossen, dass die Klage letztlich abgewiesen wird, weil der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen dem Grund iSv. § 1 AGG und der benachteiligenden Handlung nicht gegeben ist oder weil sich die mit der Ablehnung der Bewerbung verbundene unmittelbare Benachteiligung des Bewerbers/der Bewerberin iSv. § 3 Abs. 1 AGG nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG als zulässig erweist. 48

(3) Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Umstands, dass selbst dann, wenn die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen aufgrund anderer erfolgloser Bewerbungen rechtsmissbräuchlich (gewesen) sein sollte, dies nicht ohne Weiteres auch für die jeweils streitgegenständliche Entschädigungsklage gelten muss, sind an die Annahme des durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwands hohe Anforderungen zu stellen. Es müssen im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die ausnahmsweise den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten rechtfertigen. Dies kann in diesem Zusammenhang nur angenommen werden, wenn sich ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen der Person feststellen lässt, das auf der Erwägung beruht, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise werde letztlich ein auskömmlicher „Gewinn“ verbleiben, weil der Arbeitgeber - sei es bereits unter dem Druck einer angekündigten Entschädigungsklage oder im Verlaufe eines Entschädigungsprozesses - freiwillig die Forderung erfüllt oder sich vergleichsweise auf eine Entschädigungszahlung einlässt. 49

(4) Danach hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht angenommen, der vom Kläger geltend gemachte Entschädigungsanspruch sei dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt. Die bislang vom Landesarbeitsgericht festgestellten Umstände rechtfertigen nicht den Schluss, auch die Bewerbung des Klägers auf die von der Beklagten zu 1. ausgeschriebene Stelle und die sich an die Ablehnung anschließende Entschädigungsklage seien Teil eines systematischen und zielgerichteten Vorgehens des Klägers im Rahmen des unter Rn. 49 dargestellten „Geschäftsmodells“. Vielmehr verbleibt die „gute Möglichkeit“, dass der Kläger ein ernsthaftes Interesse an dem Erhalt der Stelle hatte, und dass er mit der Erhebung der Entschädigungsklage zulässigerweise seine Rechte nach dem AGG wahrgenommen hat. 50

(a) Selbst wenn der Kläger sich häufig oder stets auf Stellen mit sehr unterschiedlichen Schwerpunkten beworben hat und bewirbt, rechtfertigt dies nicht den Schluss auf ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen des Klägers im oben beschriebenen Sinne. Ein solches Verhalten kann ebenso dafür sprechen, dass es dem Kläger mit seiner Bewerbung bei der Beklagten zu 1. ernst war, weil er aus seiner Tätigkeit als Einzelanwalt keine hinreichenden Einkünfte erzielen konnte und deshalb eine berufliche Veränderung in eine Festanstellung anstrebte. 51

(b) Auch der Umstand, dass der Kläger in anderen Fällen nach der Ablehnung seiner Bewerbung stets 60.000,00 Euro gefordert haben mag, stellt die Ernsthaftigkeit seiner Bewerbung bei der Beklagten zu 1. nicht infrage. Der Kläger hat in seinem Geltendmachungsschreiben vom 11. Februar 2013 eine Entschädigung iHv. zwei geschätzten Bruttomonatsverdiensten à 5.000,00 Euro, insgesamt mithin einen Betrag iHv. 10.000,00 Euro gefordert. Vor dem Hintergrund der in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG getroffenen Regelung, wonach die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, hält sich eine Entschädigungsforderung iHv. zwei geschätzten Bruttomonatsverdiensten im üblichen Rahmen und kann bereits deshalb nicht als überhöht bewertet werden. Es kann dahinstehen, was den 52



Kläger bewogen hat, im vorliegenden Verfahren nunmehr eine Entschädigung iHv. höchstens 60.000,00 Euro einzuklagen. Jedenfalls spricht dieser Umstand nicht gegen, sondern eher für die Ernsthaftigkeit seiner Bewerbung bei der Beklagten zu 1. Wegen der Bestimmung in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG muss der Kläger nämlich gewärtigen, dass er selbst im Falle eines Obsiegens dem Grunde nach im Hinblick auf die Höhe teilweise unterliegt und insoweit die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat.

(c) Umstände, die ggf. eine andere Beurteilung gebieten könnten, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Es gibt weder Feststellungen dazu, wie häufig der Kläger sich insgesamt auf Stellenausschreibungen beworben hat, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erweckten, die Stelle sei unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden, noch, wie arbeitgeberseitig auf ein Geltendmachungsschreiben des Klägers reagiert wurde, noch, wie der Kläger sich in den sechzehn vom Landesarbeitsgericht festgestellten Entschädigungsprozessen prozessual verhalten hat und ob und ggf. wann die Verfahren in welcher Instanz mit welchem Ergebnis beendet wurden. Bereits deshalb kommt es auf die Frage, ob der Kläger sich auch auf Stellenausschreibungen beworben hat, deren Inhalt keinen Anlass für die Annahme einer Diskriminierung bot, nicht an. 53

B. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klage sei unbegründet, stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). 54

I. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Für den Kläger ergibt sich dies aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG. 55

Der Kläger ist als Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis Beschäftigter iSd. AGG (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG). Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass er eine Bewerbung eingereicht hat. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG enthält einen formalen Bewerberbegriff. Soweit teilweise in der Rechtsprechung des Senats zusätzlich die „subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung“ gefordert wurde (ua. BAG 18. Juni 2015 - 8 AZR 848/13 (A) - Rn. 24; 19. August 2010 - 8 AZR 466/09 - Rn. 28; 21. Juli 2009 - 9 AZR 431/08 - Rn. 50, BAGE 131, 232; vgl. jedoch offenlassend oder entgegengesetzt ua.: BAG 16. Februar 2012 56

- 8 AZR 697/10 - Rn. 24; 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 18; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 51 bis 56; 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 - Rn. 32), hält der Senat hieran nicht fest. Eine solche Voraussetzung ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Bestimmung und dem durch ihn vermittelten Wortsinn, noch aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung oder ihrem Sinn und Zweck. Die Frage, ob eine Bewerbung „nicht ernsthaft“ war, weil eine Person sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern um eine Entschädigung geltend zu machen, betrifft vielmehr die Frage, ob diese sich unter Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) den formalen Status als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG verschafft und damit für sich den persönlichen Anwendungsbereich des AGG treuwidrig eröffnet hat, weshalb der Ausnutzung dieser Rechtsposition der durchgreifende Rechtsmissbrauchseinwand entgegenstehen könnte (vgl. auch BAG 24. Januar 2013 - 8 AZR 429/11 - Rn. 25; 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 18; 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 24).

II. Der Kläger hat den Entschädigungsanspruch auch frist- und formgerecht geltend gemacht und eingeklagt (§ 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG). 57

III. Die Beklagten können sich gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG auch nicht mit Erfolg darauf berufen, der Kläger sei für die ausgeschriebene Stelle objektiv nicht geeignet. 58

1. Zwar befindet sich eine Person nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats nur dann in einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG, wenn sie für die ausgeschriebene Stelle „objektiv geeignet“ ist (vgl. etwa BAG 23. Januar 2014 - 8 AZR 118/13 - Rn. 18; 14. November 2013 - 8 AZR 997/12 - Rn. 29; 26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 20 ff.; 21. Februar 2013 - 8 AZR 180/12 - Rn. 28, BAGE 144, 275; 16. Februar 2012 - 8 AZR 697/10 - Rn. 35; 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 - Rn. 26; 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 37; ausdrücklich offengelassen neuerdings von BAG 20. Januar 2016 - 8 AZR 194/14 - Rn. 19 ff.; 22. Oktober 2015 - 8 AZR 59

384/14 - Rn. 21; 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 29). Dies hat der Senat im Wesentlichen damit begründet, dass eine Benachteiligung nur angenommen werden könne, wenn eine Person, die an sich für die Tätigkeit geeignet sei, nicht ausgewählt oder nicht in Betracht gezogen worden sei. Könne hingegen auch ein objektiv ungeeigneter Bewerber immaterielle Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen, stehe dies nicht im Einklang mit dem Schutzzweck des AGG, das nur vor ungerechtfertigter Benachteiligung schützen, nicht aber eine unredliche Gesinnung des (potentiellen) Arbeitgebers sanktionieren wolle.

2. An dieser Rechtsprechung hält der Senat allerdings nicht fest. 60
- a) Wie der Senat bereits in seinen Urteilen vom 20. Januar 2016 (- 8 AZR 194/14 - Rn. 19 ff.) sowie vom 22. Oktober 2015 (- 8 AZR 384/14 - Rn. 21 ff.) ausgeführt hat, spricht gegen das Erfordernis der „objektiven Eignung“ bereits der Umstand, dass § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG den Entschädigungsanspruch für Personen, die „bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden“ wären, nicht ausschließt, sondern lediglich der Höhe nach begrenzt. Denn auch bei „benachteiligungsfreier Auswahl“ würden die Bewerber nicht eingestellt, denen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle fehlt. 61
- b) Könnte nur ein „objektiv geeigneter“ Bewerber eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG beanspruchen, würde dies auch dazu führen, dass ihm die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung - hier: durch die Richtlinie 2000/78/EG - verliehenen Rechte entgegen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (ua. *EuGH 16. Januar 2014 - C-429/12 - [Pohl]* Rn. 23; vgl. auch *BAG 26. Juni 2014 - 8 AZR 547/13 - Rn. 28*) durch einen zu eng gefassten Vergleichsmaßstab praktisch unmöglich gemacht, jedenfalls aber übermäßig erschwert würde. 62
- aa) Das Erfordernis der „objektiven Eignung“ des Anspruchstellers als Kriterium der vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG würde den Entschädigungsprozess mit der schwierigen Abgrenzung der „objektiven Eignung“ von der „individuellen fachlichen und persönlichen Qualifikation“ belasten und 63

dadurch die Wahrnehmung der durch das AGG und die Richtlinie 2000/78/EG verliehenen Rechte erschweren.

Insoweit hat der Senat in seiner Rechtsprechung stets ausgeführt, dass maßgeblich für die objektive Eignung nicht allein das formelle Anforderungsprofil sei, welches der Arbeitgeber erstellt habe, sondern dass es insoweit auf die Anforderungen ankomme, die der Arbeitgeber an einen Stellenbewerber zulässigerweise stellen dürfe. Der Arbeitgeber dürfe an den Bewerber keine Anforderungen stellen, die nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung durch die Erfordernisse der wahrzunehmenden Aufgaben unter keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt seien (*vgl. etwa BAG 26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 21 mwN; 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 38; 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - Rn. 55*). Die objektive Eignung sei allerdings zu unterscheiden von der individuellen fachlichen und persönlichen Qualifikation des Bewerbers, die nur als Kriterium der Auswahlentscheidung auf der Ebene der Kausalität zwischen Benachteiligung und Grund iSv. § 1 AGG eine Rolle spiele. Damit werde gewährleistet, dass der Arbeitgeber über den der Stelle zugeordneten Aufgabenbereich frei entscheiden könne, wie Art. 12 Abs. 1 GG es gebiete, 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 könne. Denn auch Bewerber, welche die auf der zu besetzenden Stelle auszuübenden Tätigkeiten grundsätzlich verrichten könnten, ohne aber jede Voraussetzung des Anforderungsprofils zu erfüllen, bedürften des Schutzes vor Diskriminierung, weil gerade Anforderungsprofile in Stellenanzeigen häufig Qualifikationen benennen, deren Vorhandensein der Arbeitgeber sich für den Idealfall zwar wünsche, die aber keinesfalls zwingende Voraussetzung einer erfolgreichen Bewerbung seien (*vgl. etwa BAG 7. April 2011 - 8 AZR 679/09 - Rn. 39; 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - Rn. 55*).

64

bb) Das Erfordernis der „objektiven Eignung“ des Anspruchstellers als Kriterium der vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG würde die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs aus § 15 Abs. 2 AGG aber auch aus einem anderen Grund übermäßig erschweren.

65

Wie der Senat in seinen Urteilen vom 20. Januar 2016 (- 8 AZR 194/14 - Rn. 19 ff.) sowie vom 22. Oktober 2015 (- 8 AZR 384/14 - Rn. 21 ff.) ebenfalls ausgeführt hat, kann die Frage, ob eine „vergleichbare Situation“ iSv. § 3 Abs. 1 AGG vorliegt, nicht ohne Vergleichsbetrachtung beantwortet werden. Denn an einer „vergleichbaren Situation“ würde es - soweit es um die „objektive Eignung“ der/des Bewerberin/Bewerbers geht - nur dann fehlen, wenn diese/er die geforderte „objektive Eignung“ nicht aufweist, während andere Bewerber/innen, jedenfalls aber der/die ausgewählte Bewerber/in objektiv geeignet sind. Das aus dem Merkmal der vergleichbaren Situation abgeleitete Erfordernis der „objektiven Eignung“ des Bewerbers würde mithin zu einer Verengung des Vergleichsmaßstabs führen. Hierdurch würde die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs aus § 15 Abs. 2 AGG übermäßig erschwert. Dies gilt zunächst, soweit der/die Bewerber/in für das Vorliegen einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG die volle Darlegungs- und Beweislast treffen sollte. Dies gilt aber auch dann, wenn vor dem Hintergrund, dass dem/der Bewerber/in in der Regel nicht bekannt ist, wer sich außer ihm/ihr mit welcher Qualifikation/Eignung auf die ausgeschriebene Stelle beworben hat und für welchen Bewerber/welche Bewerberin der potentielle Arbeitgeber sich entschieden hat und er/sie gegen diesen auch keinen dahingehenden Auskunftsanspruch hat (vgl. BAG 25. April 2013 - 8 AZR 287/08 - Rn. 56 unter Hinweis auf EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister]), von einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast auszugehen wäre, wonach es ausreichen würde, wenn der/die Bewerber/in die objektive Eignung anderer Bewerber/innen oder des/der letztlich eingestellten Bewerbers/Bewerberin bestreitet mit der Folge, dass der Arbeitgeber dann jedenfalls zur objektiven Eignung dieser Personen substantiiert vorzutragen hätte. In diesem Fall würde der Prozess in der Regel mit einer aufwändigen Tatsachenfeststellung und Klärung der Eignung oder Nichteignung der anderen Bewerber/innen, jedenfalls aber des/der ausgewählten Bewerbers/Bewerberin belastet, ohne dass sich in den Bestimmungen des AGG und den unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere in denen der Richtlinie 2000/78/EG für die Zulässigkeit einer solchen Verengung des Vergleichs-

maßstabs hinreichende Anhaltspunkte finden (vgl. BAG 20. Januar 2016 - 8 AZR 194/14 - Rn. 21; 22. Oktober 2015 - 8 AZR 384/14 - Rn. 23).

cc) Es kommt hinzu, dass das Erfordernis der „objektiven Eignung“ der/des Bewerberin/Bewerbers als Kriterium der vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs aus § 15 Abs. 2 AGG dann nahezu praktisch unmöglich machen würde, wenn diese/r die/der einzige Bewerber/in um die Stelle war. In diesem Fall existiert nämlich keine konkrete Vergleichsperson; vielmehr würde es nach § 3 Abs. 1 AGG auf eine hypothetische Vergleichsperson ankommen, deren objektive Eignung oder Nichteignung sich nicht feststellen ließe. 67

IV. Der Entschädigungsanspruch des Klägers ist auch nicht aufgrund anderer als der vom Landesarbeitsgericht seiner Würdigung zugrunde gelegten Umstände dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt. Die von den Beklagten insoweit vorgetragenen Umstände lassen weder für sich betrachtet noch in einer Gesamtschau den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers zu. 68

1. Soweit die Beklagten geltend machen, der Kläger habe in seinem Schriftsatz vom 9. Oktober 2013 eine grundsätzlich ablehnende Haltung gegenüber Großkanzleien zum Ausdruck gebracht, haben sie schon deshalb keinen Umstand dargetan, aus dem auf ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Klägers geschlossen werden könnte, weil es sich bei der Beklagten zu 1. nicht um eine Großkanzlei handelt. 69

2. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten kann auf Rechtsmissbrauch auch nicht daraus geschlossen werden, dass der Kläger ggf. auf die rechtzeitige Geltendmachung seiner Forderungen und die Erhebung der Entschädigungsklage mehr Mühe verwendet hat als auf das Bewerbungsschreiben selbst. Dass das Bewerbungsschreiben möglicherweise aus Textbausteinen zusammengesetzt ist, wie die Beklagten mutmaßen, ist angesichts der heutzutage üblichen Verwendung von Textverarbeitungsprogrammen nichts Außergewöhnliches. Die Form, der Zeitpunkt und der Inhalt des Geltendmachungs- 70

schreibens des Klägers vom 11. Februar 2013 und seiner auf Zahlung einer Entschädigung gerichteten Klage sind ebenfalls kein Beleg für sein fehlendes Interesse an der Stelle. Eine zügige Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen verlangen schon die in § 15 Abs. 4 AGG sowie § 61b Abs. 1 ArbGG bestimmten Fristen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass eine wirksame schriftliche Geltendmachung voraussetzt, dass der Entschädigungsanspruch nach dem Lebenssachverhalt individualisiert und der ungefähren Höhe nach angegeben wird (vgl. BAG 17. Dezember 2015 - 8 AZR 421/14 - Rn. 40; 27. Januar 2011 - 8 AZR 580/09 - Rn. 23). Diese Anforderungen sind auch an eine zulässige und schlüssige Klage zu stellen. Die von den Beklagten angeführten Umstände lassen nach alledem nicht den Schluss zu, der Kläger habe sich nicht ernsthaft auf die von der Beklagten zu 1. ausgeschriebene Stelle beworben.

C. Aufgrund der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob und ggf. in welcher Höhe die zulässige Klage begründet ist. Zudem ist den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vorbringen zu geben. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 71

I. Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - nicht geprüft, ob der Kläger entgegen den Bestimmungen des AGG im Bewerbungsverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde und hierzu keine Feststellungen getroffen. Dies wird das Landesarbeitsgericht nachzuholen haben. 72

1. Dabei wird das Landesarbeitsgericht zunächst zu beachten haben, dass die Vermutung iSv. § 22 AGG, dass der Kläger im späteren Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde, dann bestünde, wenn die Beklagte zu 1. die Stelle, auf die sich der Kläger bei dieser beworben hat, entgegen den Vorgaben von § 11 AGG unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (§ 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG) ausgeschrieben hat. 73

a) Das Landesarbeitsgericht wird dabei zu beachten haben, dass das in der Stellenausschreibung enthaltene Anforderungskriterium, mit dem ein Rechtsanwalt (m/w) als „Berufsanfänger oder Kollegen mit 1-3 Jahren Berufserfahrung“ gesucht wird, Personen wegen des in § 1 AGG genannten Grundes „Alter“ gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen kann iSv. § 3 Abs. 2 AGG. 74

Sowohl bei dem Begriff „Berufsanfänger/in“ als auch bei dem Begriff der „Berufserfahrung von 1-3 Jahren“ handelt es sich um ein Kriterium, das dem Anschein nach neutral ist iSv. § 3 Abs. 2 AGG. Unmittelbar wird damit nicht auf ein bestimmtes Alter Bezug genommen. Jedoch sind beide Kriterien mittelbar mit dem in § 1 AGG genannten Grund „Alter“ verknüpft. Bewerber/innen mit einer längeren Berufserfahrung weisen gegenüber Berufsanfänger/innen und gegenüber Bewerber/innen mit 1-3 Jahren Berufserfahrung typischerweise ein höheres Lebensalter auf (*vgl. nur BAG 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 - Rn. 33, BAGE 131, 342*). Da die Beklagte zu 1. mit der in der Stellenausschreibung enthaltenen Anforderung „Berufsanfänger oder Kollegen mit 1-3 Jahren Berufserfahrung“ signalisiert, lediglich Interesse an der Gewinnung jüngerer Mitarbeiter/innen zu haben, ist diese Anforderung geeignet, ältere gegenüber jüngeren Personen wegen des Alters in besonderer Weise zu benachteiligen. Typischerweise werden ältere Personen allein wegen dieser Anforderung häufig von vornherein von einer Bewerbung absehen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass berufliche Lebensläufe heutzutage vielfältiger sind als früher und ein Wechsel von einer juristischen Tätigkeit in eine andere juristische Tätigkeit auch nach längeren Berufsjahren, ggf. auch erst nach dem Erreichen des regulären Pensionsalters erfolgen kann. Der Befund, dass Berufsanfänger/innen und Menschen mit einer „Berufserfahrung von 1-3 Jahren“ im anwaltlichen Beruf typischerweise junge Menschen sind, besteht jedoch nach wie vor. 75

b) Zwar kann - wie unter Rn. 75 ausgeführt - das in der Stellenausschreibung enthaltene Anforderungskriterium, mit dem „ein Rechtsanwalt (m/w) als Berufsanfänger oder Kollegen mit 1-3 Jahren Berufserfahrung“ gesucht wird, Personen wegen des in § 1 AGG genannten Grundes „Alter“ gegenüber ande- 76



ren Personen in besonderer Weise benachteiligen iSv. § 3 Abs. 2 AGG und damit grundsätzlich die Vermutung begründen, dass der Kläger im späteren Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde. Das Landesarbeitsgericht wird insoweit allerdings zu beachten haben, dass die Vermutung iSv. § 22 AGG dann nicht bestünde, wenn die Beklagten substantiiert dazu vortragen und im Bestreitensfall beweisen sollten, dass das og. Anforderungskriterium durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sowie zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. In diesem Fall würde bereits der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung nach § 3 Abs. 2 AGG entfallen.

aa) § 3 Abs. 2 AGG dient der Umsetzung von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht. § 3 Abs. 2 AGG ist unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auszulegen. 77

Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG unterscheidet zwischen Diskriminierungen, die unmittelbar auf den in Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG angeführten Merkmalen beruhen, und den mittelbaren Diskriminierungen. Während eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters nur nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 1 und - des hier nicht einschlägigen Abs. 2 - der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt werden kann, können diejenigen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die mittelbare Diskriminierungen bewirken können, nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG schon der Qualifikation als Diskriminierung entgehen, sofern sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (*EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 59, Slg. 2009, I-1569; vgl. etwa BAG 16. Oktober 2014 - 6 AZR 661/12 - Rn. 41, BAGE 149, 297; 18. Februar 2014 - 3 AZR 833/12 - Rn. 42; 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 - Rn. 31, BAGE 131, 342*). 78

Das von dem neutralen Kriterium verfolgte „rechtmäßige“ Ziel, das über das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung entscheidet, muss deshalb zwar kein „legitimes“ Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG sowie von Art. 6 Abs. 1 der 79

Richtlinie 2000/78/EG insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung sein, sondern schließt andere von der Rechtsordnung anerkannte Gründe für die Verwendung des neutralen Kriteriums ein. Es muss sich aber um ein objektives Ziel handeln, das selbst nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des verbotenen Anknüpfunggrundes nach § 1 AGG zu tun hat (vgl. etwa EuGH 20. März 2003 - C-187/00 - [Kutz-Bauer] Rn. 50 mwN, Slg. 2003, I-2741; 17. Juni 1998 - C-243/95 - [Hill und Stapleton] Rn. 34 mwN, Slg. 1998, I-3739). Zudem muss das differenzierende Kriterium zur Erreichung des rechtmäßigen Ziels erforderlich und angemessen sein.

bb) Die Darlegungs- und Beweislast für die die Rechtfertigung iSv. § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG begründenden Tatsachen trägt der Arbeitgeber. 80

Für eine solche Auslegung von § 3 Abs. 2 AGG spricht nicht nur die inhaltsgleiche Formulierung in Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG „es sei denn“, sondern auch der Umstand, dass der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung nicht erfüllt ist, wenn ua. das neutrale Kriterium durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sowie zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich ist. Bei § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG handelt es sich demnach um eine für den Arbeitgeber günstige Ausnahmebestimmung. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Entstehungsgeschichte von § 3 Abs. 2 AGG. Zwar ist der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung davon ausgegangen, dass der sehr weite Anwendungsbereich, der von § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG eröffnet werde, nach § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG einer Einschränkung bedürfe, für die der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast trage (BT-Drs. 16/1780 S. 33). Diese Vorstellung des nationalen Gesetzgebers ist jedoch unbeachtlich. Eine Auslegung von § 3 Abs. 2 AGG dahin, dass der Arbeitnehmer, der den Grund für die neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren iSv. § 3 Abs. 2 AGG regelmäßig nicht kennt, darzulegen und zu beweisen hätte, dass die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung nicht vorliegen, wäre unvereinbar mit den Vorgaben des Unionsrechts, wonach dem Arbeitnehmer die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung - hier: die Richtlinie 2000/78/EG - 81

verliehenen Rechte nicht übermäßig erschwert werden darf (*vgl. etwa EuGH 16. Januar 2014 - C-429/12 - [Pohl] Rn. 23*).

2. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass die Stelle, auf die der Kläger sich beworben hat, von der Beklagten zu 1. unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurde und deshalb die Vermutung iSv. § 22 AGG besteht, dass der Kläger im späteren Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde, wird es zu prüfen haben, ob die Beklagten Tatsachen vorgetragen und im Bestreitensfall bewiesen haben, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe, hier: das Alter, zu einer ungünstigeren Behandlung des Klägers geführt haben. 82

a) Solche Gründe können zwar in der Regel nicht darin liegen, dass der Arbeitgeber später von einer Einstellung oder Beschäftigung eines anderen Bewerbers absieht, die Stelle also nach Beginn der eigentlichen Bewerberauswahl unbesetzt bleibt (*vgl. im Einzelnen BAG 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 23 mwN*). Die Auslegung und Anwendung von § 22 AGG darf nicht dazu führen, dass der Arbeitgeber es in der Hand hat, durch eine geeignete Verfahrensgestaltung die Chancen von Bewerbern und Bewerberinnen wegen der in § 1 AGG genannten Gründe so zu mindern, dass seine Entscheidung praktisch unangreifbar wird (*vgl. BVerfG 21. September 2006 - 1 BvR 308/03 - Rn. 13 mwN, BVerfGK 9, 218*). Eine andere Bewertung ist aber dann geboten, wenn der Arbeitgeber substantiiert vorträgt und ggf. beweist, dass das Auswahlverfahren aus sachlichen und nachvollziehbaren Gründen, zB weil zwischenzeitlich das Erfordernis, die Stelle überhaupt (neu) zu besetzen, entfallen ist, abgebrochen wurde, bevor die Bewerbung der klagenden Partei bei ihm eingegangen ist. In einem solchen Fall hat es kein Auswahlverfahren mehr gegeben, im Rahmen dessen die klagende Partei hätte diskriminiert werden können. 83

b) Der Arbeitgeber kann die Vermutung, er habe die klagende Partei wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt, aber auch dadurch widerlegen, dass er substantiiert dazu vorträgt und im Bestreitensfall beweist, dass er bei der Behandlung aller Bewerbungen nach einem bestimmten Verfah- 84

ren vorgegangen ist, das eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes ausschließt. Dies kann zum Beispiel anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber ausnahmslos alle Bewerbungen in einem ersten Schritt darauf hin sichtet, ob die Bewerber/innen eine zulässigerweise gestellte Anforderung erfüllen und er all die Bewerbungen von vornherein aus dem weiteren Auswahlverfahren ausscheidet, bei denen dies nicht der Fall ist. Der Arbeitgeber, der sich hierauf beruft, muss dann allerdings nicht nur darlegen und ggf. beweisen, dass ein solches Verfahren praktiziert wurde, sondern auch, dass er das Verfahren konsequent zu Ende geführt hat. Deshalb muss er auch substantiiert dartun und im Bestreitensfall beweisen, wie viele Bewerbungen eingegangen sind, welche Bewerber/innen aus demselben Grund ebenso aus dem Auswahlverfahren ausgenommen wurden, welche Bewerber/innen, weil sie die Anforderung erfüllten, im weiteren Auswahlverfahren verblieben sind und dass der/die letztlich ausgewählte Bewerber/in die Anforderung, wegen deren Fehlens die klagende Partei aus dem weiteren Auswahlverfahren vorab ausgenommen wurde, erfüllt.

Dabei muss sich die Anforderung, wegen deren Nichterfüllung die klagende Partei und ggf. andere Bewerber/innen aus dem weiteren Auswahlverfahren vorab ausgenommen werden, nicht ausdrücklich aus der Stellenausschreibung ergeben. Insoweit reicht es in jedem Fall aus, wenn die Anforderung in der Stellenausschreibung „Anklang“ gefunden hat oder sich aus dem in der Stellenausschreibung formulierten Anforderungsprofil ableiten lässt. Wird beispielsweise mit einer Stellenausschreibung eine Person gesucht, die über eine „herausragende“, „hervorragende“ oder „erstklassige“ (hier: juristische) Qualifikation verfügt, ist es jedenfalls dem privaten Arbeitgeber unbenommen, all die Bewerber/innen, die eine bestimmte Examensnote nicht erzielt haben, aus dem weiteren Auswahlverfahren auszunehmen. Jede/r Bewerber/in muss in einem solchen Fall bereits aufgrund der Stellenausschreibung damit rechnen, dass in einem Stellenbesetzungsverfahren, insbesondere wenn viele Bewerbungen eingehen, womöglich nur die Bewerbungen mit bestimmten Examensnoten eine Vorsichtung erfolgreich durchlaufen. Allerdings ist zu beachten, dass Anforderungen, die in der Stellenausschreibung keinen „Anklang“ gefunden haben und

85

sich auch nicht aus dem in der Stellenausschreibung formulierten Anforderungsprofil ableiten lassen, vom Arbeitgeber seiner Vorauswahl nicht ohne Weiteres zugrunde gelegt werden dürfen. Insoweit muss der Arbeitgeber dartun und im Bestreitensfall beweisen, dass diese Anforderungen nicht nur vorgeschoben wurden (*BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 - Rn. 43 mwN, BAGE 131, 86*).

c) Soweit der Arbeitgeber darlegt und im Bestreitensfall beweist, dass die klagende Partei eine formale Qualifikation nicht aufweist oder eine formale Anforderung nicht erfüllt, die unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit/den Beruf an sich ist, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass die Bewerbung ausschließlich aus diesem Grund ohne Erfolg blieb; in einem solchen Fall besteht demzufolge regelmäßig kein Kausalzusammenhang zwischen der benachteiligenden Behandlung und einem in § 1 AGG genannten Grund. 86

d) Entsprechendes kann gelten, sofern der Arbeitgeber substantiiert vorträgt und ggf. beweist, dass das Auswahlverfahren bereits abgeschlossen war, bevor die Bewerbung der klagenden Partei bei ihm eingegangen ist. Allerdings schließt der Umstand, dass eine ausgeschriebene Stelle bereits vor Eingang der Bewerbung der klagenden Partei besetzt wurde, nicht generell deren Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG aus (*BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - Rn. 42*). Es kommt vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an, beispielsweise darauf, ob ggf. eine vom Arbeitgeber gesetzte Bewerbungsfrist unterlaufen wird und/oder ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine bereits vor Eingang einer Bewerbung erfolgte Stellenbesetzung gleichwohl zu einer Benachteiligung des nicht berücksichtigten Bewerbers führt (*vgl. dazu BAG 19. August 2010 - 8 AZR 370/09 - Rn. 30; 17. August 2010 - 9 AZR 839/08 - aaO*). 87

aa) Vorliegend haben die Beklagten zwar geltend gemacht, die Beklagte zu 1. habe in der NJW nur „eine“ Stelle, wahlweise in Vollzeit oder Teilzeit ausgeschrieben. Auch haben sie substantiiert dazu vorgetragen, dass diese Stelle 88

bereits besetzt war, als die Bewerbung des Klägers bei der Beklagten zu 1. einging.

bb) Mit diesem Vorbringen allein hätten sie allerdings eine etwaige Vermutung, dass der Kläger im späteren Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt wurde, nicht widerlegt. Die Stellenausschreibung der Beklagten zu 1. in der NJW kann aus der Sicht eines objektiven Empfängers nur dahin verstanden werden, dass die Beklagte zu 1. zwei Stellen ausgeschrieben hatte, von denen eine in Vollzeit und die andere in Teilzeit zu besetzen war. Es wurden ausdrücklich in zwei untereinander befindlichen Absätzen, die jeweils mit „■“ eingeleitet wurden, „ein Rechtsanwalt (m/w) Vollzeit“ und „ein Rechtsanwalt (m/w) Teilzeit“ und damit zwei Rechtsanwälte (m/w) gesucht. Hätte die Beklagte zu 1. nur eine Stelle eines Rechtsanwalts (m/w), wahlweise in Vollzeit oder Teilzeit ausschreiben wollen, wäre eine entsprechende Formulierung nicht nur möglich gewesen, sie hätte auch nahegelegen.

89

cc) Vor diesem Hintergrund und da die Beklagte zu 1. in der Stellenausschreibung keine Bewerbungsfrist gesetzt hatte und sie entgegen der Annahme des Klägers auch nicht verpflichtet war, vor der Stellenbesetzung zumindest die Frist von einer Woche nach Erscheinen der Stellenausschreibung in der Printausgabe der NJW einzuhalten, könnte der Einwand der Beklagten, die Stelle sei bereits besetzt gewesen, als die Bewerbung des Klägers bei der Beklagten zu 1. einging, aber dennoch erheblich sein. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass die Beklagten substantiiert dazu vortragen und im Bestreitensfall beweisen, dass tatsächlich nur eine Stelle zu besetzen war und dass der veröffentlichte Text der Stellenausschreibung auf ein Missverständnis bzw. ein Versehen zurückzuführen ist. Im Übrigen dürfte die Besetzung der Stelle vor Eingang der Bewerbung des Klägers nicht gleichwohl zu dessen Benachteiligung geführt haben.

90

3. Sollte sich ergeben, dass nicht ausschließlich andere Gründe als das Alter zu einer ungünstigeren Behandlung des Klägers geführt haben, wird das Landesarbeitsgericht auf ein entsprechendes Vorbringen der Beklagten, das im

91

Bestreitensfall zu beweisen wäre, auch der Frage nachzugehen haben, ob die unmittelbare Benachteiligung, die der Kläger durch die Nichtberücksichtigung im Auswahlverfahren wegen seines Alters erfahren hat, ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 oder § 10 AGG zulässig war. Sowohl § 8 Abs. 1 als auch § 10 AGG enthalten für den Arbeitgeber günstige Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der Diskriminierung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, hier des Alters (*vgl. hierzu etwa EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 72 und 81, Slg. 2011, I-8003; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 46, Slg. 2009, I-1569*), weshalb den Arbeitgeber - hier die Beklagten - bereits nach den allgemeinen Regeln des nationalen Rechts die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der in diesen Bestimmungen enthaltenen Voraussetzungen trifft (*zur Darlegungs- und Beweislast nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG vgl. etwa EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 83, Slg. 2011, I-6919*).

a) Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

92

§ 8 Abs. 1 AGG dient der Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht. § 8 Abs. 1 AGG ist unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eng auszulegen. Eine Ungleichbehandlung wegen des Alters ist nach § 8 Abs. 1 AGG nur gerechtfertigt, wenn sämtliche in der Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Das Landesarbeitsgericht wird bei einer evtl. Anwendung von § 8 Abs. 1 AGG nicht nur zu beachten haben, dass nicht der Grund, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist, sondern nur ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen kann, sondern auch, dass ein solches Merkmal - oder sein Fehlen - nur dann eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung iSd. § 8 Abs. 1

93

AGG ist, wenn davon die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit abhängt (vgl. etwa *EuGH* 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 66, *Slg.* 2011, I-8003; 12. Januar 2010 - C-229/08 - [Wolf] Rn. 35, *Slg.* 2010, I-1; *BAG* 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - Rn. 34, *BAGE* 148, 158). Stellt ein Merkmal, das insbesondere mit dem Alter zusammenhängt, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar, kann eine unterschiedliche Behandlung zudem nur unter sehr begrenzten Bedingungen gerechtfertigt sein (*EuGH* 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 71, *Slg.* 2011, I-8003).

b) Nach § 10 Satz 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Nach § 10 Satz 2 AGG müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. § 10 Satz 3 AGG enthält eine nicht abschließende Aufzählung von Tatbeständen, nach denen unterschiedliche Behandlungen wegen des Alters iSv. § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG insbesondere gerechtfertigt sein können (vgl. etwa *BAG* 24. Januar 2013 - 8 AZR 429/11 - Rn. 45; 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08 - Rn. 35, *BAGE* 133, 265; 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 40, *BAGE* 129, 181). Bei einer evtl. Anwendung von § 10 AGG wird das Landesarbeitsgericht Folgendes zu beachten haben:

94

aa) § 10 AGG dient der Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht (dazu auch *BAG* 18. März 2014 - 3 AZR 69/12 - Rn. 21, *BAGE* 147, 279), wobei die Richtlinie ihrerseits das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts (*EuGH* 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 75, *Slg.* 2005, I-9981; *BVerfG* 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - Rn. 63, *BVerfGE* 139, 19) sowie das in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters konkretisiert (*EuGH* 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 38, *Slg.* 2011, I-8003; *BVerfG* 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12 - aaO). § 10 AGG ist unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auszulegen (dazu

95



auch BAG 21. Oktober 2014 - 9 AZR 956/12 - Rn. 17, BAGE 149, 315; 12. Juni 2013 - 7 AZR 917/11 - Rn. 32; 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 40).

bb) § 10 Satz 1 AGG definiert nicht, was unter einem legitimen Ziel zu verstehen ist. Für die Konkretisierung des Begriffs des legitimen Ziels ist deshalb auf Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG zurückzugreifen. Legitime Ziele iSv. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, dh. Ziele, die als geeignet angesehen werden können, eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Alters zu rechtfertigen, sind - obgleich die in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG enthaltene Aufzählung nicht erschöpfend ist (*EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 80, Slg. 2011, I-8003*) - wegen der als Beispiele genannten Bereiche Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung nur solche, die mit der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung im Zusammenhang stehen, und damit nur rechtmäßige Ziele aus dem Bereich „Sozialpolitik“ (vgl. *EuGH 13. September 2011 - C-447/09 - [Prigge ua.] Rn. 81, aaO; dazu auch BAG 23. Juli 2015 - 6 AZR 457/14 - Rn. 36, BAGE 152, 134; 19. Dezember 2013 - 6 AZR 790/12 - Rn. 26 mwN, BAGE 147, 89*). Ziele, die als legitim iSd. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG angesehen werden können, stehen als „sozialpolitische Ziele“ im Allgemeininteresse. Dadurch unterscheiden sie sich von Zielen, die im Eigeninteresse des Arbeitgebers liegen, wie Kostenreduzierung und Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit. Dabei ist es zwar nicht ausgeschlossen, dass eine nationale Vorschrift den Arbeitgebern bei der Verfolgung der sozialpolitischen Ziele einen gewissen Grad an Flexibilität einräumt (*EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 52, Slg. 2011, I-6919; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 46, Slg. 2009, I-1569*). Ein unabhängig von Allgemeininteressen verfolgtes Ziel eines Arbeitgebers kann eine Ungleichbehandlung jedoch nicht rechtfertigen (vgl. *BAG 23. Juli 2015 - 6 AZR 457/14 - aaO*).

96

cc) Nach § 10 Satz 1 AGG reicht es - ebenso wie nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG - für die Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters nicht aus, dass der Arbeitgeber mit der un-

97

terschiedlichen Behandlung ein legitimes Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG verfolgt; hinzukommen muss nach § 10 Satz 2 AGG, dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Beides ist im Hinblick auf das konkret angestrebte Ziel zu beurteilen (vgl. etwa *EuGH 9. September 2015 - C-20/13 - [Unland] Rn. 43; 26. September 2013 - C-546/11 - [Dansk Jurist- og Økonomforbund] Rn. 55 f.*). Dabei sind in unionsrechtskonformer Auslegung von § 10 Satz 2 AGG die Mittel nur dann angemessen und erforderlich, wenn sie es erlauben, das mit der unterschiedlichen Behandlung verfolgte Ziel zu erreichen, ohne zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen derjenigen Personen zu führen, die wegen ihres Alters benachteiligt werden (vgl. etwa *EuGH 9. September 2015 - C-20/13 - [Unland] aaO; 26. Februar 2015 - C-515/13 - [Ingeniørforeningen i Danmark] Rn. 25; 26. September 2013 - C-546/11 - [Dansk Jurist- og Økonomforbund] Rn. 56*) und die Maßnahme nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist (vgl. *EuGH 9. September 2015 - C-20/13 - [Unland] aaO; 26. September 2013 - C-546/11 - [Dansk Jurist- og Økonomforbund] Rn. 59; 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 65 mwN, Slg. 2005, I-9981*).

dd) Um darzutun, dass eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nach § 10 AGG gerechtfertigt ist, reicht es nicht aus, wenn der Arbeitgeber allgemein behauptet, dass die die unterschiedliche Behandlung bewirkende Maßnahme oder Regelung geeignet sei, der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung zu dienen. Derartige allgemeine Behauptungen lassen nämlich nicht den Schluss zu, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (vgl. *EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 77, Slg. 2011, I-6919; 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 51, Slg. 2009, I-1569; 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Rn. 65, Slg. 2005, I-9981; vgl. auch BAG 26. Mai 2009 - 1 AZR 198/08 - Rn. 35, BAGE 131, 61*). Der Arbeitgeber hat hierzu vielmehr substantiierten Sachvortrag zu leisten (vgl. *EuGH 21. Juli 2011 - C-159/10, C-160/10 - [Fuchs und Köhler] Rn. 82, aaO*).

98

II. Sofern das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen sollte, das Benachteiligungsverbot des AGG sei verletzt und dem Kläger stehe nach § 15 Abs. 2 AGG dem Grunde nach eine Entschädigung zu, wird es zu beachten haben, dass auch bei der Beurteilung der angemessenen Höhe der festzusetzenden Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG alle Umstände des Einzelfalls, wie etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns und der Sanktionszweck der Entschädigungsnorm zu berücksichtigen sind (*vgl. ua. BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - Rn. 44, BAGE 148, 158; 23. August 2012 - 8 AZR 285/11 - Rn. 38; 17. Dezember 2009 - 8 AZR 670/08 - Rn. 38; 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 82 mwN, BAGE 129, 181*). Die Entschädigung muss einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz gewährleisten (*vgl. EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociatia ACCEPT] Rn. 63; 22. April 1997 - C-180/95 - [Draehmpaehl] Rn. 24, 39 f., Slg. 1997, I-2195; BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - aaO*). Die Härte der Sanktionen muss der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt (*EuGH 25. April 2013 - C-81/12 - [Asociatia ACCEPT] Rn. 63 mwN; BAG 22. Mai 2014 - 8 AZR 662/13 - aaO*).

99

D. Im Hinblick auf die vom Landesarbeitsgericht zu treffende Kostenentscheidung weist der Senat darauf hin, dass sich diese - entgegen der Rechtsauffassung des Klägers - nach § 64 Abs. 6 ArbGG iVm. §§ 91 ff. ZPO richtet, wobei bei einem nur teilweisen Obsiegen/Unterliegen des Klägers Veranlassung bestehen kann, von der in § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen. Zwar trifft es zu, dass Verfahren, die Klagen wegen Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des AGG zum Gegenstand haben, nicht weniger günstig gestaltet sein dürfen als Klageverfahren, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Grundsatz der Äquivalenz) und dass die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf (Grundsatz der Effektivität) (*st. Rspr. des EuGH, vgl. nur 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob]*

100

Rn. 61 mwN). Dies ist aber bei Anwendung der §§ 91 ff. ZPO, nach denen sich der gerichtliche Kostenausspruch generell und einheitlich nach Obsiegen und Unterliegen richtet, ohne nach der „Herkunft“ des geltend gemachten Klageanspruchs zu differenzieren, nicht der Fall.

Schlewing

Winter

Vogelsang

Der ehrenamtliche  
Richter Dr. Volz ist  
wegen Krankheit an  
der Unterschrifts-  
leistung verhindert.

B. Stahl

Schlewing