

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 25. Oktober 2018
- 8 AZR 562/16 -
ECLI:DE:BAG:2018:251018.U.8AZR562.16.0

I. Arbeitsgericht Halle

Urteil vom 12. März 2013
- 6 Ca 275/12 -

II. Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt

Urteil vom 5. November 2015
- 3 Sa 405/13 -

Entscheidungsstichworte:

Entschädigung nach dem AGG - objektive Eignung - Benachteiligung wegen der Religion und/oder des Alters - berufliche Anforderung einer Kirchenmitgliedschaft - Stellenausschreibung - unionsrechtskonforme Auslegung - Anwendungsvorrang des Unionsrechts - Rechtsmissbrauch - Provokation einer Ablehnung der Bewerbung

BUNDEARBEITSGERICHT



8 AZR 562/16
3 Sa 405/13
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Oktober 2018

URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Oktober 2018 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Vogelsang und Dr. Roloff sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Felderhoff und Rojahn für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 5. November 2015 - 3 Sa 405/13 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger eine Entschädigung wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des AGG zu zahlen. 1

Der 1973 geborene Kläger, der im Jahr 1999 die Erste Juristische Staatsprüfung und im Jahr 2001 die Zweite Juristische Staatsprüfung abgelegt hat, ist seit 2002 überwiegend als selbständiger Rechtsanwalt tätig. Im Jahr 2008 erlangte er den Abschluss eines „Master of Law“ (Public Law) an der Universität Stellenbosch in der Republik Südafrika. Vom 23. Februar 2009 bis zum 9. April 2009 nahm er im Institut der Steuer & Wirtschaftsakademie GmbH an einem anwaltsspezifischen Kurs „Arbeitsrecht“ teil. Am 24. Februar 2011 erteilte der Vorstand der Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München dem Kläger die Befugnis, die Bezeichnung „Fachanwalt für Arbeitsrecht“ zu führen. 2

Der Beklagte ist der Zusammenschluss der Träger diakonischer Arbeit im Gebiet der Evangelischen Kirche in Mitteldeutschland und der Evangelischen Landeskirche Anhalts. Im Bereich der Wohlfahrtspflege nimmt er die Aufgaben eines Spitzenverbandes der freien Wohlfahrtspflege wahr und vertritt mehr als 2.700 Einrichtungen mit über 25.000 Beschäftigten in Sachsen-Anhalt und Thüringen. Er ist Mitglied im Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland. 3

In der bis zum 31. Dezember 2016 geltenden Fassung der „Richtlinie des Rates über die Anforderungen der privatrechtlichen beruflichen Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und des Diakonischen Werkes der EKD“ vom 1. Juli 2005 (im Folgenden Richtlinie des Rates der EKD) heißt es:

„§ 2

Grundlagen des kirchlichen Dienstes

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

...

§ 3

Berufliche Anforderung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

(1) Die berufliche Mitarbeit in der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie setzt grundsätzlich die Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der Evangelischen Kirche in Deutschland oder einer Kirche voraus, mit der die Evangelische Kirche in Deutschland in Kirchengemeinschaft verbunden ist.

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

(3) Für den Dienst in der evangelischen Kirche und ihrer Diakonie ist ungeeignet, wer aus der evangelischen Kirche ausgetreten ist, ohne in eine andere Mitgliedskirche der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen oder der Vereini-

gung Evangelischer Freikirchen übergetreten zu sein. Ungeeignet kann auch sein, wer aus einer anderen Mitgliedskirche der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen ausgetreten ist.“

Im Juli 2011 schrieb der Beklagte die Stelle einer/eines „Referentin/Referenten Arbeitsrecht“ aus. Im „Überblick über das Stellenangebot“ des Onlineportals der Bundesagentur für Arbeit heißt es ua.:

5

„Aufgabenschwerpunkte:

- Weiterentwicklung des kirchlich-diakonischen Arbeitsrechts
- Erarbeitung von Grundsatzpositionen und Stellungnahmen
- Moderation von regionalen Vernetzungen von Mitgliedseinrichtungen und Entwicklung von Kooperationsstrukturen in Hinblick auf arbeitsrechtliche Gegebenheiten
- Allgemeine Beobachtung der Entwicklung im Rechtsbereich ‚Arbeitsrecht‘
- Erstberatung in juristischen Angelegenheiten, insbesondere Arbeitsrecht und Steuerrecht
- Beratung und Vornahme von Fachverbandstagungen der Verbandsmitglieder
- Vertretung in verschiedenen Gremien
- strategische Impulsgebung für konzeptionelle, strukturelle, organisatorische und fachliche Weiterentwicklungen arbeitsrechtlicher Fragen und Problemstellungen
- Sicherstellung des arbeitsnotwendigen Wissenstransfers, Bündelung und Weiterleitung von wichtigen arbeitsrechtlichen Informationen
- Mitwirkung bei Schulungen und Fortbildungen

Wir erwarten von Ihnen:

- die Befähigung zum Richteramt (1. und 2. juristisches Staatsexamen mit möglichst mindestens befriedigenden Examensnoten)
- betriebswirtschaftliche Kenntnisse
- vertiefte Kenntnisse im Arbeitsrecht und Steuerrecht
- Kenntnisse der AVR und vergleichbarer Tarife
- erste Berufserfahrungen (3 Jahre) sind wünschenswert
- Kenntnis von Verbandsstrukturen und Institutionen der Freien Wohlfahrtspflege
- ...
- Einen sicheren und versierten Umgang mit dem PC, insbesondere MS Office
- Reisebereitschaft und Fahrerlaubnis der Klasse B (3 Alt)
- die Zugehörigkeit zur Evangelischen Kirche oder einer Kirche der ACK.

...“

Bei der ACK handelt es sich um die Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland, die insgesamt 17 Mitglieder hat, darunter Katholiken, Orthodoxe, Altkatholiken, Anglikaner, Altorientale und evangelische Freikirchen. 6

Der Beklagte schrieb die Stelle zeitgleich zudem ua. auf seiner eigenen Homepage, dem Online-Stellenportal „Stepstone“ und auf dem Online-Stellenportal des Diakonischen Werkes Evangelischer Kirchen in Deutschland aus. 7

Der Kläger bewarb sich mit Schreiben vom 31. Juli 2011 auf die bei der Bundesagentur für Arbeit veröffentlichte Stellenanzeige. In diesem Schreiben heißt es: 8

„ ...

Als Rechtsanwalt bin ich mittlerweile seit nahezu neun Jahren tätig und habe mich nach einer anfänglichen generalistischen Ausrichtung mittlerweile auf das Arbeitsrecht spezialisiert. Im Rahmen meiner forensischen Tätigkeit

konnte ich mir Erfahrungen in allen Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit bundesweit aneignen. Seit ca. einem halben Jahr bin ich Fachanwalt für Arbeitsrecht. Da das Steuerrecht in Bayern Pflichtfach für die Zweite Juristische Staatsprüfung ist, verfüge ich auch hierin über profunde Kenntnisse. Aus einigen meiner Mandate konnte ich mir ebenfalls grundlegendes Wissen im Bereich AVR oder des TVöD aneignen.

Da ich mehrere Jahre hinweg als selbständiger Rechtsanwalt allein für den wirtschaftlichen Erfolg meines Büros verantwortlich war, verfüge ich über ein solides Maß an betriebswirtschaftlichen Kenntnissen.

Sie gewinnen einen durchsetzungskräftigen, kreativen und kommunikationsstarken Mitarbeiter, der auf Grund seiner anwaltlichen Erfahrung über ausgesprochene Verhandlungskompetenzen verfügt und für den der Dienstleistungsgedanke seiner Tätigkeit im Vordergrund steht.

Da ich familiär ungebunden bin, stellt ein Umzug nach Halle(Saale) für mich kein Problem dar. Ich habe den Führerschein der Klasse B und bin für sämtliche Dienstreisen verfügbar.

Derzeit gehöre ich aus finanziellen Gründen nicht der evangelischen Kirche an, jedoch kann ich mich mit den Glaubensgrundsätzen der evangelischen Kirche identifizieren, da ich lange Mitglied der evangelischen Kirche war.

...“

Der Beklagte teilte dem Kläger mit Schreiben vom 1. September 2011 mit: 9

„...“

Inzwischen wurde eine Personalentscheidung über die Besetzung der oben genannten Stelle getroffen. Es tut uns leid, Ihnen keine positive Mitteilung geben zu können.

...“

Der Beklagte schloss das Bewerbungsverfahren ab, ohne einen Bewerber/eine Bewerberin einzustellen. Im September 2011 schrieb er die Stelle erneut auf der Homepage der Diakonie Mitteldeutschland und in der Ausgabe 38/2011 der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) aus. 10

Mit Schreiben vom 2. November 2011 forderte der Kläger den Beklagten auf, ihm die Qualifikationen und das Bewerberprofil des letztlich eingestellten Bewerbers/der letztlich eingestellten Bewerberin zu überlassen. Zudem machte er unter Hinweis darauf, bei der ablehnenden Entscheidung des Beklagten hätten sowohl sein Alter als auch der Umstand eine Rolle gespielt, dass er der evangelischen Kirche nicht zugehörig sei, einen Anspruch nach § 15 Abs. 1 AGG dem Grunde nach sowie einen Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG iHv. vier Bruttomonatsgehältern à 4.000,00 Euro geltend. In dem Schreiben vom 2. November 2011, das der Beklagte unbeantwortet gelassen hat, heißt es ferner:

„... Zum einen haben Sie sich offenbar einen Bewerber mit ‚erster Berufserfahrung‘ (3 Jahre) vorgestellt, zum anderen hatten Sie den Erwartungshorizont, dass der Bewerber/die Bewerberin der evangelischen Kirche bzw. einer Kirche der ACK angehören sollte. Angesichts dessen gehe ich davon aus, dass mittelbar das Alter bei der Stellenbesetzung eine Rolle gespielt haben dürfte, da ein Bewerber auf eine juristische Stelle mit ‚erster Berufserfahrung (3 Jahre)‘ regelmäßig Anfang dreißig sein dürfte und daher ältere Bewerber sich von der Stellenausschreibung nicht angesprochen fühlen sollten. ...“

Mit seiner am 1. Februar 2012 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger ua. sein Begehren auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung weiterverfolgt, wobei er zuletzt geltend gemacht hat, dass diese eine Bruttomonatsvergütung iHv. 3.705,22 Euro nicht unterschreiten solle.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Stellenausschreibung des Beklagten begründe die Vermutung, dass er wegen seiner fehlenden Zugehörigkeit zur evangelischen oder einer der ACK angehörenden Kirche und damit wegen der Religion diskriminiert worden sei. Die Benachteiligung wegen der Religion sei nicht nach § 9 AGG gerechtfertigt. Dies folge daraus, dass die Stelle als „Referent Arbeitsrecht“ dem verkündigungsfernen Bereich zuzuordnen sei. Die Stellenausschreibung begründe darüber hinaus die Vermutung, dass er wegen des Alters benachteiligt worden sei. Der Beklagte habe nach Bewerbern/Bewerberinnen mit „erster Berufserfahrung“ gesucht und dies dahin kon-

cretisiert, dass eine Berufserfahrung von maximal drei Jahren erwünscht sei. Hiermit habe er zum Ausdruck gebracht, dass Bewerber/innen mit einer längeren Berufserfahrung, die typischerweise älter seien, von vornherein keine Chance auf eine Einstellung hätten. Dass er wegen des Alters diskriminiert worden sei, folge auch aus dem Umstand, dass der Beklagte ihm nicht die erbetene Auskunft über die Qualifikation des letztlich eingestellten Bewerbers erteilt habe. Sein Entschädigungsbegehren sei auch nicht dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt. Er habe sich weder auf die Stellenausschreibung des Beklagten noch in anderen Fällen ausschließlich deswegen beworben, um im Falle einer Ablehnung eine Entschädigung beanspruchen zu können. Er sei ab September 2011 arbeitslos gewesen und habe sich ab Juli 2011 auf eine Vielzahl von Stellen beworben.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

14

den Beklagten zu verurteilen, an ihn eine angemessene Entschädigung in Geld zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch den Betrag von 3.705,22 Euro nicht unterschreiten sollte nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 24. November 2011.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

15

Er hat die Auffassung vertreten, der Kläger könne schon deshalb keine Entschädigung verlangen, da er objektiv für die ausgeschriebene Stelle nicht geeignet gewesen sei.

16

Er habe den Kläger auch nicht entgegen den Vorgaben des AGG wegen der Religion benachteiligt. Der Kläger sei nicht vorab wegen der Nichtzugehörigkeit zur evangelischen oder zu einer der ACK angehörenden Kirche aus dem Auswahlverfahren ausgenommen worden. Unabhängig davon wäre er, der Beklagte, berechtigt gewesen, den Kläger wegen seiner fehlenden Kirchenzugehörigkeit nicht zu berücksichtigen. Eine etwaige Benachteiligung wegen der Religion sei nach § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG im Hinblick auf das ihm durch Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV garantierte Selbstbestimmungsrecht gerechtfertigt.

17

tigt. Danach sei nicht zwischen verkündigungsfernem und verkündigungsnahem Bereich zu differenzieren.

Der Kläger habe auch keine ungünstigere Behandlung wegen seines Alters erfahren. Die Passage in der Stellenausschreibung „erste Berufserfahrungen (drei Jahre) sind wünschenswert“ sei diskriminierungsfrei. Er, der Beklagte, habe mit dieser Formulierung lediglich zum Ausdruck bringen wollen, dass es für die Stelle von Vorteil sei, wenn nicht nur Wissen existiere, sondern dieses in der Praxis auch schon angewandt worden sei. 18

Im Übrigen wirke sich aus, dass der Kläger sich bei ihm nicht mit dem Ziel einer Einstellung beworben habe, sondern dass es ihm nur darum gegangen sei, eine Entschädigung zu erhalten. Neben dem Umstand, dass dieser sich in der Vergangenheit bundesweit auf eine Vielzahl von Stellenausschreibungen beworben und die potentiellen Arbeitgeber nach Erhalt einer Absage zunächst außergerichtlich und sodann gerichtlich auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Anspruch genommen habe, spreche hierfür auch, dass der Kläger sich auf die erneute Ausschreibung hin nicht wieder bei ihm beworben habe. Sein Geschäftsmodell ziele darauf ab, eine Entschädigung zu erhalten und sich die in eigener Vertretung geführten Prozesse über die Rechtsschutzversicherung bezahlen zu lassen. Wie sich aus einer Mitteilung unter „www.juve.de“ ergebe, habe die Staatsanwaltschaft München aus diesen Gründen wegen des Verdachts auf besonders schweren Betrug gegen den Kläger Anklage erhoben. 19

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. 20

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Zwar durfte das Berufungsgericht die Klage nicht mit der Begründung abweisen, der Kläger sei für die beim Beklagten zu besetzende Stelle als Referent Arbeitsrecht objektiv nicht geeignet gewesen und habe sich deshalb nicht in einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG mit den anderen Bewerbern befunden. Rechtsfehlerhaft ist die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts auch insoweit, als dieses angenommen hat, eine etwaige Ungleichbehandlung des Klägers wegen der Religion sei nach § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG gerechtfertigt. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich jedoch aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Sein Entschädigungsverlangen ist dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt. 21

A. Das Landesarbeitsgericht durfte die Berufung des Klägers nicht mit der Begründung zurückweisen, der Kläger sei für die vom Beklagten ausgeschriebene Stelle als Referent Arbeitsrecht von vornherein objektiv nicht geeignet gewesen und habe sich deshalb nicht in einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG mit den Mitbewerbern befunden. Die „objektive Eignung“ des Bewerbers/der Bewerberin ist nicht Voraussetzung für die Annahme einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG und deshalb keine Voraussetzung für einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG sowie auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG (*st. Rspr., vgl. zuletzt BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 13 bis 15 mwN*). 22

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich auch insoweit als rechtsfehlerhaft, als dieses angenommen hat, eine etwaige Ungleichbehandlung des Klägers wegen der Religion sei nach § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG gerechtfertigt. 23

I. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit ausgeführt, der Beklagte könne sich auf das gemäß Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstbestimmungsrecht der Kirchen berufen. Dieses erfasse auch die Entscheidung darüber, ob und wie innerhalb der im kirchlichen Dienst tätigen Mitarbeiter eine Abstufung der Loyalitätsanforderungen eingreifen solle. Ausgehend hiervon sei eine unterschiedliche Behandlung des Klägers wegen seiner fehlenden Kirchenzugehörigkeit nach § 9 Abs. 1 AGG zulässig. Nach dieser Bestimmung sei eine Ungleichbehandlung wegen der Religion auch dann möglich, wenn die vom Beklagten erwartete Kirchenzugehörigkeit für die Tätigkeit des Referenten Arbeitsrecht allgemein nur eine „Anforderung“ darstelle. Die Einschätzung, ob der im Dienst der kirchlichen Einrichtung des Beklagten tätige Referent Arbeitsrecht der evangelischen Kirche oder einer Kirche der ACK angehören müsse, obliege im Rahmen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts dem Beklagten. Damit hat das Landesarbeitsgericht - wie sich auch aus dem Verweis auf die Entscheidungsgründe des arbeitsgerichtlichen Urteils ergibt - offenbar eine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung des Klägers wegen der Religion nach § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG angenommen. 24

II. Mit dieser Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. Eine Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion nach § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG scheidet aus. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG ist dahin auszulegen, dass es in dem Fall, dass eine Religionsgemeinschaft, kirchliche Einrichtung oder Vereinigung ihr Selbstbestimmungsrecht ausgeübt und die Zugehörigkeit zu einer Kirche als berufliche Anforderung bestimmt hat, für die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion weder auf die Art der Tätigkeit noch die Umstände ihrer Ausübung ankommt. In dieser Auslegung ist die Bestimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nicht vereinbar. Da § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG einer unionsrechtskonformen Auslegung im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nicht zugänglich ist, muss die Bestimmung unangewendet bleiben (zu dieser Folge: vgl. *EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 71 ff.*; *11. September 2018 - C-68/17 - [IR] Rn. 63 ff.*). 25

1. Nach § 9 Abs. 1 AGG ist - ungeachtet des § 8 AGG - eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. 26
2. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG ist dahin auszulegen, dass es in dem Fall, dass eine Religionsgemeinschaft, kirchliche Einrichtung oder Vereinigung ihr Selbstbestimmungsrecht ausgeübt und die Zugehörigkeit zu einer Kirche als berufliche Anforderung bestimmt hat, für die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion weder auf die Art der Tätigkeit noch die Umstände ihrer Ausübung ankommt. 27
- a) Dies folgt bereits aus dem Wortlaut von § 9 Abs. 1 AGG unter Berücksichtigung seiner inneren Systematik. Danach regelt § 9 Abs. 1 AGG zwei Rechtfertigungsmöglichkeiten, wobei die erste Alternative keine Anknüpfung an die Tätigkeit, weder an deren Art noch an die Umstände ihrer Ausübung, enthält, sondern ausschließlich an das kirchliche Selbstbestimmungsrecht anknüpft, während die zweite Alternative die Rechtfertigung von der Art der Tätigkeit abhängig macht. Durch die Verwendung des Begriffs „oder“ hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die beiden dort aufgeführten Voraussetzungen für eine Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion oder Weltanschauung „im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht“ und „nach der Art der Tätigkeit“ alternativ und damit unabhängig voneinander bestehen. 28
- b) Auch aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber den in § 9 Abs. 1 AGG aufgeführten Religionsgemeinschaften, diesen zugeordneten Einrichtungen sowie Vereinigungen mit der ersten Alternative eine eigenständige, von der Tätigkeit unabhängige Möglichkeit der Rechtfertigung der Religionszugehörigkeit als beruflicher Anforderung eröffnen wollte. Insoweit hat 29

der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere unter Verweis auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Juni 1985 (- 2 BvR 1703/83, 2 BvR 1718/83, 2 BvR 856/84 - BVerfGE 70, 138) ausgeführt, dass nicht nur den Kirchen und sonstigen Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften hinsichtlich ihrer körperschaftlichen Organisation und ihrer Ämter, sondern auch den der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform nach deutschem Verfassungsrecht (*Art. 140 GG iVm. Art. 136 ff. WRV*) das Recht zustehe, über Ordnung und Verwaltung ihrer Angelegenheiten selbständig zu entscheiden und dass dieses Recht grundsätzlich auch die Berechtigung umfasse, die Religion oder Weltanschauung als berufliche Anforderung für die bei ihnen Beschäftigten zu bestimmen (*BT-Drs. 16/1780 S. 35*).

Im Übrigen hat der nationale Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass auch der europäische Gesetzgeber insoweit im Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich klargestellt habe, dass die Europäische Union „den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und ihn nicht beeinträchtigt und dass dies in gleicher Weise für den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften gilt“. Dieser Erwägungsgrund lasse es deshalb zu, dass die Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht spezifische Bestimmungen über die wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen beibehielten oder vorsähen, die Voraussetzung für die Ausübung einer diesbezüglichen beruflichen Tätigkeit sein könnten. Dementsprechend erlaube § 9 Abs. 1 AGG es Religionsgemeinschaften und den übrigen dort genannten Vereinigungen, bei der Beschäftigung wegen der Religion oder der Weltanschauung zu differenzieren, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstelle (*BT-Drs. 16/1780 S. 35*). Auch und gerade dies belegt, dass der Gesetzgeber den Religionsgemeinschaften und den ihnen zugeordneten Einrichtungen mit § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG allein wegen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts eine eigenständige und von der

30

konkreten Tätigkeit unabhängige Rechtfertigungsmöglichkeit zur Verfügung stellen wollte (vgl. *KR/Treber 11. Aufl. § 9 AGG Rn. 11*).

c) Schließlich spricht für ein solches Verständnis von § 9 Abs. 1 AGG auch die Entstehungsgeschichte der Norm. Der in der 15. Wahlperiode eingebrachte Entwurf des späteren § 9 Abs. 1 AGG enthielt noch keine ausdrückliche Anknüpfung an das kirchliche Selbstbestimmungsrecht. Vielmehr war danach eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung ungeachtet des § 8 AGG auch dann zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung angesichts des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsvereinigung nach der Art der bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt (vgl. *BT-Drs. 15/4538 S. 6*). Dabei stellte der Gesetzestext nach der Gesetzesbegründung in Übereinstimmung mit der Richtlinie klar, dass es sich um eine in Bezug auf die Tätigkeit gerechtfertigte Anforderung handeln musste (*BT-Drs. 15/4538 S. 33*). Auch in dem Entwurf des späteren § 9 Abs. 1 AGG in der Fassung des Beschlusses des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (12. Ausschuss), wonach eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig war, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt (*BT-Drs. 15/5717 S. 8*), wird das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Wortlaut der Bestimmung nicht ausdrücklich erwähnt. Erst der Gesetzesentwurf der Bundesregierung (*BT-Drs. 16/1780 S. 8*) sah § 9 Abs. 1 AGG in der später Gesetz gewordenen Fassung vor. Dabei hat der Gesetzgeber - wie unter Rn. 30 dargestellt - in der Gesetzesbegründung - auch unter Hinweis auf den Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2000/78/EG - ausdrücklich ausgeführt, dass § 9 Abs. 1 AGG es den Religionsgemeinschaften, den diesen zugeordneten Einrichtungen und den übrigen dort genannten Vereinigungen erlaube, bei der Beschäftigung wegen der Religion oder der Weltanschauung zu differenzieren, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung im Hinblick auf ihr Selbst-

31

bestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt (*BT-Drs. 16/1780 S. 35*).

d) § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG ist nach alledem unter Berücksichtigung sowohl des Wortlauts und der inneren Systematik von § 9 Abs. 1 AGG, als auch der Entstehungsgeschichte der Bestimmung und des Willens des Gesetzgebers, wie er in der Gesetzesbegründung seinen Niederschlag gefunden hat, dahin auszulegen, dass es in dem Fall, dass eine Religionsgemeinschaft, kirchliche Einrichtung oder Vereinigung ihr Selbstbestimmungsrecht ausgeübt und die Zugehörigkeit zu einer Kirche als berufliche Anforderung bestimmt hat, für die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion weder auf die Art der Tätigkeit noch die Umstände ihrer Ausübung ankommt. 32

3. In dieser Auslegung ist § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. 33

a) Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG können die Mitgliedstaaten in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, Bestimmungen in ihren zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften beibehalten oder in künftigen Rechtsvorschriften vorsehen, die zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie bestehende einzelstaatliche Gepflogenheiten widerspiegeln und wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person keine Diskriminierung darstellt, wenn die Religion oder Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Eine solche Ungleichbehandlung muss die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten und rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund. 34

b) Nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. April 2018 (- C-414/16 - [*Egenberger*] Rn. 45 ff.; vgl. auch *EuGH* 35

11. September 2018 - C-68/17 - [IR] Rn. 50 ff.) zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG sind die Mitgliedstaaten aufgrund dieser Bestimmung berechtigt, in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, nur solche Bestimmungen in ihren zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften beizubehalten oder in künftigen Rechtsvorschriften vorzusehen, nach denen eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.

Insoweit hat der Gerichtshof der Europäischen Union ausgeführt, Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG bezwecke die Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen einerseits dem Recht auf Autonomie der Kirchen und der anderen Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, und andererseits dem Recht der Arbeitnehmer, insbesondere bei der Einstellung nicht wegen ihrer Religion oder Weltanschauung diskriminiert zu werden, falls diese Rechte im Widerstreit stehen sollten (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 51*). Im Hinblick darauf nenne Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG die Kriterien, die im Rahmen der zur Herstellung eines angemessenen Ausgleichs zwischen den möglicherweise widerstreitenden Rechten vorzunehmenden Abwägung zu berücksichtigen seien (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 52*). Danach sei zu prüfen, ob die von der betreffenden Kirche oder Organisation aufgestellte berufliche Anforderung im Hinblick auf deren Ethos aufgrund der Art der fraglichen Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt sei (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 61*). Komme es zu einem Rechtsstreit, müsse eine solche Abwägung von einer unabhängigen Stelle und letztlich von einem innerstaatlichen Gericht überprüft werden können (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 53*).

36

Der Umstand, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG auf die zum Zeitpunkt ihrer Annahme geltenden nationalen Rechtsvorschriften sowie auf die zu diesem Zeitpunkt bestehenden einzelstaatlichen Gepflogenheiten Bezug nehme, dürfe nicht dahin verstanden werden, dass er den Mitgliedstaaten gestatte, die Einhaltung der in dieser Bestimmung genannten Kriterien einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle zu entziehen (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 54*). Eine Einschränkung bestehe grundsätzlich nur insoweit, als es um die Legitimität des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation als solchen gehe. Insoweit müssten die Mitgliedstaaten und ihre Behörden, insbesondere ihre Gerichte im Rahmen der nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG erforderlichen Abwägung, abgesehen von ganz außergewöhnlichen Fällen, von einer Beurteilung Abstand nehmen (*EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 61*). 37

c) Danach sieht Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen der Religion oder Weltanschauung allein durch Ausübung des Selbstbestimmungsrechts der Kirche oder Organisation ohne Bezug zur konkreten Tätigkeit nicht vor, sondern verlangt eine Abwägung, in deren Rahmen von den Gerichten im Streitfall zu überprüfen ist, ob die Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung nach der Art der Tätigkeit oder den Umständen ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. 38

4. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG ist einer unionsrechtskonformen Auslegung im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG unter Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht zugänglich und muss deshalb unangewendet bleiben (*so auch Junker NJW 2018, 1850, 1852*). 39

a) § 9 Abs. 1 AGG dient der Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht (*vgl. hierzu auch BT-Drs. 16/1780 S. 35*) und ist deshalb grundsätzlich unionsrechtskonform im Einklang mit dieser Bestimmung der Richtlinie 2000/78/EG auszulegen und anzuwenden. Dabei ver- 40

langt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der Richtlinie 2000/78/EG zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel im Einklang steht (vgl. etwa *EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 27*; *BVerfG 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Rn. 77, BVerfGE 140, 317*). Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung schließt im deutschen Recht - wo dies nötig und möglich ist - das Gebot einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung ein. Eine solche Rechtsfortbildung kann insbesondere in Betracht kommen, wenn der Gesetzgeber mit der von ihm geschaffenen Regelung eine Richtlinie umsetzen wollte, hierbei aber deren Inhalt missverstanden hat (vgl. etwa *BAG 28. Juli 2016 - 2 AZR 746/14 (A) - Rn. 35, BAGE 156, 23*). Allerdings unterliegt der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung des nationalen Rechts bestimmten Schranken. So findet die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts das Unionsrecht heranzuziehen, ihre Schranken in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen (vgl. etwa *EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - [Dansk Industri] Rn. 32*).

Danach muss der Senat vorliegend unter Berücksichtigung sämtlicher nationaler Rechtsnormen und der im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden entscheiden, ob und inwieweit § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG ausgelegt werden kann, ohne dass die Bestimmung contra legem ausgelegt wird (vgl. *EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - [Egenberger] Rn. 71*). Dabei kommt für die Beantwortung dieser Frage neben dem Wortlaut von § 9 Abs. 1 AGG und der Systematik den Gesetzmaterialeine nicht unerhebliche Indizwirkung zu. In Betracht zu ziehen sind insoweit die Begründung eines Gesetzesentwurfs, der unverändert verabschiedet worden ist, die darauf bezogenen Stellungnahmen von Bundesrat (*Art. 76 Abs. 2 Satz 2 GG*) und Bundesregierung (*Art. 76 Abs. 3 Satz 2 GG*) und

41

die Stellungnahmen, Beschlussempfehlungen und Berichte der Ausschüsse. In solchen Materialien finden sich regelmäßig die im Verfahren als wesentlich erachteten Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe und Personen (*BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 ua. - Rn. 74*). Ein eindeutiger Wortlaut und ein bewusster gesetzgeberischer Wille schließen regelmäßig eine unionsrechtskonforme Auslegung aus (*vgl. BVerfG 19. Juli 2011 - 1 BvR 1916/09 - Rn. 72, 73, BVerfGE 129, 78*). Der Gehalt einer nach Wortlaut, Systematik und Sinn eindeutigen Regelung kann nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in sein Gegenteil verkehrt werden (*BAG 23. Mai 2018 - 5 AZR 263/17 - Rn. 33*).

b) Nach diesen Grundsätzen scheidet eine unionsrechtskonforme Auslegung des § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG aus. Wie sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die innere Systematik von § 9 Abs. 1 AGG, die Entstehungsgeschichte der Bestimmung sowie die vom Gesetzgeber gegebenen Begründungen - wie unter Rn. 28 ff. ausgeführt - belegen, ist der Gesetzgeber bei der Fassung von § 9 Abs. 1 AGG erkennbar bewusst davon ausgegangen, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht könne ohne jeglichen Bezug zur auszuübenden Tätigkeit eine berufliche Anforderung grundsätzlich rechtfertigen. Zwar wollte der Gesetzgeber mit § 9 Abs. 1 AGG die Richtlinie 2000/78/EG umsetzen, auch hat er hierbei deren Inhalt missverstanden, indem er ihr aufgrund ihres Erwägungsgrundes 24 eine andere Bedeutung beigemessen hat, als dies unionsrechtlich zulässig gewesen wäre. Allerdings kann § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG aufgrund des klaren und bewussten gesetzgeberischen Willens, der sich auch im Wortlaut von § 9 Abs. 1 AGG und der inneren Systematik der Bestimmung widerspiegelt, nicht dahin ausgelegt bzw. fortgebildet werden, dass es sich bei der beruflichen Anforderung um eine nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung gerechtfertigte Anforderung handeln muss. 42

5. Dies hat zur Folge, dass § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG unangewendet bleiben muss. 43

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seiner Entscheidung vom 17. April 2018 (*- C-414/16 - [Egenberger] Rn. 82*) die ihm vom Senat im 44

Rahmen des Vorabentscheidungsersuchens vom 17. März 2016 (- 8 AZR 501/14 (A) - BAGE 154, 285) unterbreitete zweite Frage dahin beantwortet, dass das nationale Gericht, sofern es diesem nicht möglich sein sollte, das einschlägige nationale Recht, hier § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG, im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG auszulegen, verpflichtet sei, im Rahmen seiner Befugnisse den dem Einzelnen aus den Art. 21 und 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden Charta) erwachsenden Rechtsschutz zu gewährleisten und für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen zu sorgen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende nationale Vorschrift unangewendet lässt. § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG kann - wie unter Rn. 42 ausgeführt - nicht unionsrechtskonform dahin ausgelegt werden, dass es sich um eine nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung gerechtfertigte Anforderung handeln muss. Um den dem Einzelnen aus den Art. 21 und 47 der Charta erwachsenden Rechtsschutz zu gewährleisten und für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen zu sorgen, muss § 9 Abs. 1 Alt. 1 AGG unangewendet bleiben.

C. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich jedoch aus einem anderen Grund im Ergebnis als richtig (§ 561 ZPO). Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung aus § 15 Abs. 2 AGG. Es kann dahinstehen, ob der Beklagte den Kläger entgegen den Vorgaben des AGG wegen des Alters und/oder der Religion benachteiligt hat. Das Entschädigungsverlangen des Klägers ist dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt. Der Kläger hat sich nicht beworben, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, vielmehr ging es ihm mit der Bewerbung darum, nur den formalen Status eines Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen. 45

I. Sowohl ein Entschädigungsverlangen eines/einer erfolglosen Bewerbers/Bewerberin nach § 15 Abs. 2 AGG als auch sein/ihr Verlangen nach Ersatz des materiellen Schadens nach § 15 Abs. 1 AGG können dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt sein. Rechtsmiss- 46

brauch ist anzunehmen, sofern diese Person sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihr darum ging, nur den formalen Status als Bewerber/in iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, Ansprüche auf Entschädigung und/oder Schadensersatz geltend zu machen (vgl. ua. BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 848/13 - Rn. 123 ff.; 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 48 ff.; 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - Rn. 32 ff., BAGE 155, 149).

1. 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). 47
2. 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). 48
3. Unter diesen engen Voraussetzungen begegnet der Rechtsmissbrauchseinwand nach § 242 BGB auch keinen unionsrechtlichen Bedenken (vgl. EuGH 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 35 ff.). 49

a) Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist ein anerkannter Grundsatz des Unionsrechts (vgl. ua. EuGH 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 37; 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; 2. Mai 1996 - C-206/94 - [Brennet/Paletta] Rn. 24).

b) 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.

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 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 40; 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. im Übrigen 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.; 21. Juli 2005 - C-515/03 - [Eichsfelder Schlachtbetrieb] Rn. 39; 14. Dezember 2000 - C-110/99 - [Emsland-Stärke] Rn. 52, 53). Das Missbrauchsverbot ist allerdings nicht relevant, wenn das fragliche Verhalten eine andere Erklärung haben kann als nur die Erlangung eines Vorteils (etwa EuGH 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 40; 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).

c) 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 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). 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). 53

d) Damit handelt eine Person, die mit ihrer Bewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur die formale Position eines Bewerbers/einer Bewerberin iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG erlangen will mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung oder Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG geltend zu machen, auch nach Unionsrecht rechtsmissbräuchlich (vgl. EuGH 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 35 ff.). 54

II. Danach ist das Entschädigungsverlangen des Klägers dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt. Dies kann der Senat selbst beurteilen, da insoweit aufgrund des feststehenden Sachverhalts Entscheidungsreife gegeben ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Es kann im vorliegenden Verfahren dahinstehen, ob die vom Beklagten bereits in den Instanzen vorgetragene Umstände für sich betrachtet oder in einer Gesamtschau den Schluss auf ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen des Klägers zulassen, das auf der 55

Annahme beruht, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise werde letztlich ein auskömmlicher „Gewinn“ verbleiben, weil der Beklagte - sei es bereits unter dem Druck des Geltendmachungsschreibens oder im Verlauf des Entschädigungsprozesses - freiwillig die Forderung erfüllt oder sich vergleichsweise auf eine Entschädigungszahlung einlässt (*zu diesen Voraussetzungen für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs vgl. etwa BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 58 ff., BAGE 156, 71*). Wie der Beklagte in der Revision zu Recht geltend macht, ergibt eine Würdigung des Inhalts des Bewerbungsschreibens des Klägers, dass dieser es geradezu auf eine Absage des Beklagten angelegt, mithin eine Absage provoziert hat. In Ermangelung von gegenteiligen Anhaltspunkten kann hieraus nur der Schluss gezogen werden, dass es ihm nicht darum ging, die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern dass er mit seiner Bewerbung nur die Voraussetzungen für die Zahlung einer Entschädigung schaffen wollte.

1. Der Kläger hat in seinem Bewerbungsschreiben vom 31. Juli 2011 in der Kenntnis, dass der Beklagte die Zugehörigkeit zur evangelischen Kirche oder einer Kirche der ACK zur Einstellungsvoraussetzung gemacht hatte, die Frage, ob er diese Voraussetzung erfüllt, nicht etwa unbeantwortet gelassen oder schlicht dahin beantwortet, dass er diese berufliche Anforderung nicht erfüllt, sondern ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er nach langjähriger Mitgliedschaft aus finanziellen Gründen aus der evangelischen Kirche ausgetreten war. 56

Damit hat er zum einen - ohne hierfür eine Veranlassung gehabt zu haben - auf einen Umstand hingewiesen, dem aus der Sicht des Beklagten eine andere Qualität zukommen musste als die schlichte Nichtzugehörigkeit zur evangelischen Kirche. Auch wenn dem Kläger die Bestimmung in § 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie des Rates der EKD nicht bekannt gewesen sein sollte, wonach für den Dienst in der evangelischen Kirche ungeeignet ist, wer aus dieser ausgetreten ist, ohne in eine andere Mitgliedskirche der ACK oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen übergetreten zu sein, musste ihm klar sein, dass sein Ausscheiden aus der evangelischen Kirche - ohne in eine andere 57

Mitgliedskirche der ACK oder der Vereinigung Evangelischer Freikirchen übertreten zu sein - vom Beklagten als ein Akt bewusster Abkehr von der evangelischen Kirche betrachtet werden würde und damit ein Umstand war, der aus der Sicht des Beklagten in ganz besonderer Weise gegen seine Einstellung sprach. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob der Beklagte die Zugehörigkeit zur evangelischen oder einer der ACK angehörenden Kirche zulässigerweise als berufliche Anforderung bestimmen durfte.

Zum anderen hat der Kläger ausdrücklich erklärt, dass finanzielle Gründe für seinen Kirchenaustritt ursächlich gewesen seien. Vor dem Hintergrund, dass die Höhe der Kirchensteuer von der Einkommenssituation abhängig ist und dass die finanziellen Belastungen durch die Kirchensteuer in dem Fall, dass der Kläger lediglich über geringe Einkünfte verfügt hätte, entsprechend gering gewesen wären, hat er durch diesen Hinweis zudem deutlich gemacht, dass er unter keinen Umständen bereit war, sich offiziell zur evangelischen Kirche zu bekennen und damit verbunden „seinen“ Beitrag für die Gemeinschaft zu leisten. In diesem Kontext wirkt die weitere Formulierung im Bewerbungsschreiben „kann ich mich mit den Glaubensgrundsätzen der evangelischen Kirche identifizieren“ provozierend floskelhaft, wobei die Verwendung des Wortes „kann“ zudem deutlich macht, wie gleichgültig der Kläger den Glaubensgrundsätzen der evangelischen Kirche gegenübersteht.

58

2. Der Kläger, der die in der Stellenausschreibung des Beklagten enthaltene Anforderung „erste Berufserfahrungen (3 Jahre) sind wünschenswert“, wie nicht nur sein Vorbringen im Prozess, sondern auch sein Geltendmachungsschreiben vom 2. November 2011 belegen, stets dahin verstanden hat, dass mit ihr ältere Arbeitnehmer wegen ihres höheren Lebensalters benachteiligt würden, hat in seiner Bewerbung darüber hinaus besondere Mühe darauf verwandt, deutlich zu machen, dass er auch diese Anforderung gerade nicht erfüllt. So hat er nicht nur ausgeführt, „mehrere Jahre hinweg“ als selbständiger Rechtsanwalt allein für den wirtschaftlichen Erfolg seines Büros verantwortlich gewesen zu sein, er hat zudem ausdrücklich ausgeführt, mittlerweile seit nahezu neun Jahren als Rechtsanwalt tätig zu sein, womit er das Augenmerk des

59

Beklagten in ganz besonderer Weise darauf gelenkt hat, dass seine Berufserfahrung die geforderte Berufserfahrung von - in seiner Lesart: maximal - drei Jahren deutlich übersteigt.

3. Die Art und Weise, in der der Kläger sich in seinem Bewerbungsschreiben zur Nichterfüllung der beruflichen Anforderung der Kirchenmitgliedschaft und einer „ersten Berufserfahrung“ äußert, kontrastiert zudem auffällig mit der Art und Weise, wie er in seiner Bewerbung mit anderen Umständen verfahren ist, die zwar ebenfalls für die Erfolgsaussichten der Bewerbung eine Rolle spielen, die aber in keinem Zusammenhang mit einem Grund nach § 1 AGG stehen. So hat er nicht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er nicht über die erwartete Kenntnis von Verbandsstrukturen und Institutionen der freien Wohlfahrtspflege verfügte, er ist auch nicht auf die geforderten EDV-Kenntnisse eingegangen und hat sich im Hinblick auf das Erfüllen weiterer in der Stellenausschreibung aufgeführter Erwartungen überwiegend auf lediglich schlagwortartige, wenig aussagekräftige Informationen beschränkt. 60

4. Der Umstand, dass der Kläger in seinem Bewerbungsschreiben auf der einen Seite auf vorhandene Qualifikationen und positive Eigenschaften, wenn überhaupt, nur pauschal und schlagwortartig eingegangen ist, dass er auf der anderen Seite aber pointiert herausgestellt hat, dass und warum er die - diskriminierungsrechtlich relevanten - beruflichen Anforderungen der Kirchenmitgliedschaft und einer Berufserfahrung von - aus seiner Sicht maximal - drei Jahren - nicht erfüllt, lässt nur den Schluss zu, dass es dem Kläger nicht darum ging, den Beklagten davon zu überzeugen, dass er der bestgeeignete Bewerber war, sondern dass er beabsichtigte, dem Beklagten bereits nach einem ersten Lesen des Bewerbungsschreibens durchgreifende Gründe für eine Absage zu geben. Dies wiederum lässt nur den Schluss zu, dass der Kläger mit der zu erwartenden Absage nur die Grundlage dafür schaffen wollte, erfolgreich eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen zu können, weil im Fall der Erfolglosigkeit der Bewerbung alles darauf hindeuten musste, dass seine fehlende Kirchenzugehörigkeit sowie sein Alter hierfür zumindest mitursächlich waren. 61

5. Dafür, dass das Verhalten des Klägers eine andere Erklärung haben könnte als die Erlangung einer Entschädigung, gibt es weder im Bewerbungsschreiben noch sonst hinreichende Anhaltspunkte. 62

Schlewing

Vogelsang

Roloff

F. Rojahn

Dr. Felderhoff