

Bundesarbeitsgericht
Achter Senat

Urteil vom 11. August 2016
- 8 AZR 809/14 -
ECLI:DE:BAG:2016:110816.U.8AZR809.14.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 14. Februar 2014
- 14 Ca 3500/13 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 13. August 2014
- 4 Sa 402/14 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

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

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. 1, Abs. 2 und Abs. 4, § 22; GG Art. 12 Abs. 1; Richtlinie 2000/78/EG Art. 1, Art. 2, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 6; BGB § 242; ArbGG § 61b Abs. 1

Hinweis des Senats:

Weitgehende Parallelentscheidung zu - 8 AZR 4/15 - und zu führender Sache vom 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 -

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 809/14
4 Sa 402/14
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
11. August 2016

URTEIL

Wirth, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. August 2016 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Schlewing, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Roloff sowie die ehrenamtlichen Richter Wroblewski und Wein für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 13. August 2014 - 4 Sa 402/14 - 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 Beklagte verpflichtet ist, 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 Regensburg schwerpunktmäßig 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 ist eine in England und Wales eingetragene Limited Liability Partnership (LLP). In Deutschland unterhält sie Standorte in D, F, M sowie H. Im März 2013 veröffentlichte die Beklagte in der Printausgabe der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) eine Stellenanzeige mit folgendem Inhalt: 3

„Bird&Bird&You

Banking & Finance

F - 3 bis 5 Jahre Berufserfahrung

Commercial Contracts

F - 3 bis 5 Jahre Berufserfahrung

IP / Medien

H - bis zu 2 Jahre Berufserfahrung

IT

D, F & M - Berufseinsteiger sowie bis zu 5 Jahre Berufserfahrung

Patentrecht

D & M - bis zu 2 Jahre Berufserfahrung

Für unsere vier deutschen Standorte suchen wir ab sofort Rechtsanwälte (m/w)

Sie sind interessiert und möchten mehr erfahren? Besuchen Sie unsere Homepage oder kontaktieren Sie unsere HR-Referentin.

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung!

Senden Sie uns bitte Ihre vollständigen Bewerbungsunterlagen (Anschreiben, Lebenslauf, Zeugnisse) per E-Mail.

...“

Der Kläger bewarb sich mit E-Mail vom 21. März 2013 auf diese Stellenanzeige und fügte seine Bewerbungsunterlagen bei. In der E-Mail heißt es:

4

„...“

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.

Die von Ihnen genannten Rechtsgebiete kenne ich bereits aus meiner langjährigen beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt und habe z. T. auch schon darin gearbeitet (IT, IP/Medien).

Sehr gute Englisch- und MSOffice-Kenntnisse sind selbstverständlich.

Ich freue mich, demnächst von Ihnen zu hören.

Mit freundlichen Grüßen

...“

In einer E-Mail vom 26. März 2013 teilte die Mitarbeiterin R der Beklagten dem Kläger unter Bezugnahme auf dessen Bewerbung mit:

5

„...“

Wir haben Ihre Bewerbungsunterlagen sorgfältig geprüft. Leider können wir Ihnen zum aktuellen Zeitpunkt keine passende Position in unserem Hause anbieten. Mit Ihrem

Einverständnis werden wir Ihre Eckdaten in unserem Haus behalten, um bei einer möglicherweise für Sie interessanten Vakanz erneut auf Sie zukommen zu können.

...“

Mit Schreiben vom 27. März 2013 forderte der Kläger von der Beklagten eine Entschädigung und Schadensersatz. In diesem Schreiben heißt es:

6

„... ich hatte mich mit Schreiben vom 21. März 2013 unter Beifügung von Bewerbungsunterlagen auf die von Ihnen in der NJW ausgeschriebene Stelle als Rechtsanwalt beworben. Mit Schreiben vom 26. März 2013 haben Sie mir mitgeteilt, daß man mir aktuell keine passende Position anbieten könne.

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 ‚Berufseinsteiger‘ bzw. Kollegen mit maximal ‚5 Jahre Berufserfahrung‘, also wesentlich jüngere Bewerber als mich mit 30 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

Mittwoch, den 10. April 2013

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

61.761,08 EUR

auf mein Konto bei der Sparkasse R Nr. (BLZ:) 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 ma-

chen, 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 erwiderte hierauf mit Schreiben vom 3. April 2013:

7

”...“

Es ist bereits unzutreffend, dass die Entscheidung, Ihnen kein Bewerbungsgespräch anzubieten, Ausdruck einer irgendwie nach dem AGG verbotenen Diskriminierung wäre. Frau R hat in Ihrem Schreiben ausdrücklich darauf hingewiesen, dass wir, Ihr Einverständnis vorausgesetzt, zukünftig bei einer interessanten Vakanz erneut auf Sie zukommen.

Demzufolge liegt bereits keine diskriminierende Entscheidung vor, die nach dem AGG zu einem Schadensausgleich verpflichten würde.

Unabhängig davon vermögen wir aber auch nicht zu erkennen, wodurch Sie hinreichend im Sinne des § 22 AGG Indizien vorgetragen haben wollen, die Ihre Schlussfolgerung rechtfertigen.

Einen Anlass zur Zahlung der von Ihnen begehrten Summe vermögen wir daher nicht zu erkennen.

...“

Mit seiner am 23. April 2013 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 30. April 2013 zugestellten Klage hat der Kläger zunächst Auskunft über die Jahresvergütung der in der NJW ausgeschriebenen Stelle sowie Zahlung einer Entschädigung und Schadensersatz in Höhe der erteilten Auskunft nebst Zinsen begehrt. Mit Schriftsatz vom 9. September 2013 hat er den Auskunftsantrag zurückgenommen und sein Begehren auf die Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG beschränkt. Die auf der ausgeschriebenen Stelle erzielbare Jahresvergütung hat er mit 60.000,00 Euro beziffert.

8

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Ablehnung seiner Bewerbung beruhe auf einer Benachteiligung wegen seines Alters. Die Stellenanzei-

9

ge, mit der mehrere Stellen ausgeschrieben worden seien, sei ausdrücklich an „Berufseinsteiger“ bzw. Kollegen mit maximal „5 Jahre 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. Eine Vielzahl von 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.

Der Kläger hat beantragt,

10

die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine angemessene Entschädigung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30. April 2013 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, das Entschädigungsverlangen des Klägers sei dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt. Die Bewerbung des Klägers sei nicht ernsthaft, dieser sei an der Stelle nicht interessiert gewesen. Dies zeige sich bereits daran, dass seine Bewerbung nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Bewerbung entsprochen habe. Sie habe weder erkennen lassen, auf welche der acht ausgeschriebenen Stellen noch für welchen Standort der Kläger sich beworben habe. Ebenso wenig habe er einen möglichen Eintrittstermin genannt und angegeben, was ihn für welche Stelle qualifiziere und warum er einen Wechsel in ein Angestelltenverhältnis anstrebe. Ferner sei zu berücksichtigen, dass der Kläger unmittelbar nach Erhalt der Absage Schadensersatz und Entschädigung iHv. 60.000,00 Euro sowie die Zahlung seiner eigenen

11

Rechtsanwaltsgebühren gefordert habe. Auffällig sei auch, dass er nicht nur sie, die Beklagte, auf Schadensersatz und Entschädigung wegen angeblicher Diskriminierung in Anspruch nehme, sondern eine Vielzahl gleichgelagerter Prozesse gegen andere potentielle Arbeitgeber führe. Aus dem Text der Stellenausschreibung ergebe sich kein Indiz für eine Diskriminierung des Klägers wegen seines Alters. Die Formulierungen in der Stellenausschreibung knüpften weder unmittelbar noch mittelbar an das Lebensalter an. Der Umfang der Berufserfahrung sage nichts über das Lebensalter aus. Eine kurze Berufserfahrung könne auch eine Person aufweisen, die ungewöhnlich lange studiert oder erst in vorgerücktem Alter ihren Abschluss gemacht habe. Zudem sei eine etwaige Benachteiligung durch ein legitimes Ziel und die Wahl verhältnismäßiger Mittel gerechtfertigt. Sie habe mit der Ausschreibung bewusst Interessenten mit einer kürzeren Berufserfahrung ansprechen wollen, um so zugunsten einer ausgewogenen und wirtschaftlich sinnvollen Unternehmensstruktur die Gruppe der Berufseinsteiger zu erweitern. Die Berufserfahrenheit eines Anwalts spiegele sich im Stundensatz für die Abrechnung gegenüber dem Mandanten wieder. Mit einer ausgewogenen Struktur von berufserfahrenen Anwälten mit höheren Stundensätzen und Berufseinsteigern mit - im Vergleich zu diesen - geringeren Stundensätzen, werde dem Mandanten ein angemessener Dienst geboten, der spezifisch abgerechnet werden könne. Diese Mischung sei Teil ihrer Unternehmensstruktur.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger den Entschädigungsanspruch weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

12

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist zulässig und begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Berufung des Klägers nicht

13

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 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).

A. Die Revision ist zulässig, insbesondere ist sie fristgerecht eingelegt worden. 14

I. Nach § 74 Abs. 1 Satz 1 ArbGG beträgt die Frist für die Einlegung der Revision einen Monat. Sie beginnt gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 ArbGG mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. Ausweislich des vom - sich selbst vertretenden - Kläger zurückgereichten Empfangsbekanntnisses wurde diesem das in vollständiger Form abgefasste Urteil des Landesarbeitsgerichts am 20. November 2014 zugestellt. Die Revision des Klägers ist am 18. Dezember 2014, und damit fristgerecht beim Bundesarbeitsgericht eingegangen. 15

II. Der Umstand, dass ein früherer Zustellversuch gegen Empfangsbekanntnis wegen eines Umzugs des Klägers mit seiner Rechtsanwaltspraxis scheiterte und dieses Empfangsbekanntnis, mit Poststempel vom 12. November 2014 versehen, mit der Bemerkung an das Landesarbeitsgericht zurückging „Empfänger verzogen nach R“, führt entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten nicht dazu, dass von einem früheren Zustellungszeitpunkt auszugehen wäre. 16

1. Anders als die Beklagte meint, folgt aus § 14 der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) - unabhängig davon, ob der Prozessbevollmächtigte alles Erforderliche getan hat, um die Zustellung gerichtlicher Schriftstücke si- 17

cherzustellen - keine Zustellungsfiktion. Zwar hat der Rechtsanwalt nach dieser Bestimmung ordnungsgemäße Zustellungen entgegenzunehmen und das Empfangsbekenntnis mit dem Datum versehen unverzüglich zu erteilen; verweigert er bei einer nicht ordnungsgemäßen Zustellung die Mitwirkung, muss er dies dem Absender unverzüglich mitteilen. Allerdings richtet sich die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung allein nach den Vorschriften des einschlägigen Zustellungsrechts (*BeckOK BORA/Römermann/Günther Stand 1. Juni 2016 BORA § 14 Rn. 2*).

2. Auch aus § 179 Satz 3 ZPO, wonach mit der Annahmeverweigerung das Schriftstück als zugestellt gilt, folgt kein früherer Zustellungszeitpunkt. § 179 ZPO findet auf die Zustellung nach § 174 ZPO keine Anwendung. Dort, wo - wie bei der Zustellung gegen Empfangsbekenntnis - die Äußerung des Willens, das Schriftstück zur Zustellung anzunehmen (Empfangsbereitschaft) zwingende Voraussetzung der wirksamen Zustellung ist und der Anwalt - jedenfalls nach Verfahrensrecht - nicht verpflichtet ist, eine Zustellung nach § 174 Abs. 1 ZPO entgegenzunehmen, kommt § 179 ZPO nicht zur Anwendung (*vgl. MüKoZPO/Häublein 5. Aufl. § 179 Rn. 2*). Der Rechtsanwalt muss daher vom Zugang des zuzustellenden Schriftstücks Kenntnis erlangen, bevor er es als zugestellt annehmen kann (*MüKoZPO/Häublein aaO § 174 Rn. 6*). 18

3. Der Kläger muss sich schließlich entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten auch nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) so behandeln lassen, als sei die Zustellung bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgt. 19

Der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) kann zwar grundsätzlich auch im Recht der Zustellung begründet sein (*vgl. Staudinger/Looschelders/Olzen (2015) § 242 BGB Rn. 1133; BGH 7. Oktober 2010 - V ZB 37/10 - Rn. 17; 28. April 2008 - II ZR 61/07 - Rn. 2 ff.; 26. Oktober 1971 - X ZB 15/71 - zu B III 2 f der Gründe, BGHZ 57, 160*). Es kann vorliegend dahinstehen, ob der Rechtsmissbrauchseinwand auch bei einer Zustellung nach § 174 ZPO in Betracht kommt. Jedenfalls reicht es für die Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung nicht aus, wenn der Rechtsanwalt dem Gericht eine neue Anschrift nicht mitteilt, während ein Nachsendeauftrag läuft. In einem solchen 20

Fall spricht gerade nichts dafür, dass der Rechtsanwalt zielgerichtet versucht hat, eine Zustellung, mit der er sicher rechnen musste, zu verhindern (*vgl. BGH 7. Oktober 2010 - VZB 37/10 - Rn. 17*). Anhaltspunkte, die im vorliegenden Verfahren ausnahmsweise eine andere Beurteilung gebieten könnten, hat die Beklagte nicht vorgetragen.

B. Die Revision ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. 21

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, ein etwaiger Anspruch des Klägers auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG sei dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt. Die Gesamtschau aller Umstände begründe die Überzeugung der Kammer, dass der Kläger sich nicht ernstlich auf eine der ausgeschriebenen Stellen beworben habe, sondern dass er es von vornherein allein auf eine Entschädigung bzw. auf Schadensersatz abgesehen habe. Es sei bereits im Ausgangspunkt eher unwahrscheinlich, dass sich ein Rechtsanwalt mit alteingesessener Kanzlei in R im Alter von 57 Jahren ernstlich auf eine der ausgeschriebenen Stellen in F, H, D oder M mit den dort ausgewiesenen Fachgebieten bewerbe. Der Kläger habe hierzu nichts erklärt. Gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers spreche ferner die Vielzahl der von ihm betriebenen Diskriminierungsklagen auf vergleichbare Stellenanzeigen anderer Anwaltskanzleien. Zwar sei die genaue Anzahl der Prozesse der Kammer nicht bekannt. Eine Recherche in Juris habe allerdings ergeben, dass er drei weitere Verfahren vor den Landesarbeitsgerichten Berlin-Brandenburg und Hamburg geführt habe bzw. führe. Eine vierte Diskriminierungsklage sei vor dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf anhängig gewesen; diese habe sich anderweitig erledigt. Bei diesem Bild spreche eine große Wahrscheinlichkeit dafür, dass sich der Kläger gezielt auf Stellenausschreibungen bewerbe, die Anhaltspunkte für eine Diskriminierung böten, ohne an der jeweils angebotenen Stelle ernsthaft interessiert zu sein. Diese Einschätzung werde durch das Verhalten des Klägers nach der Ablehnung seiner Bewerbung bestätigt. Dieser habe sofort ein Geltendmachungsschreiben an die Beklagte gerichtet, in welchem er seine Diskriminierung wegen des Alters gerügt und neben 22

Schadensersatz iHv. 10.000,00 Euro eine Entschädigung von 50.000,00 Euro gefordert habe zuzüglich des Ausgleichs seiner Kostennote. Diese zügige Reaktion spreche für ein vorbereitetes und vorbedachtes Handeln. Das Bewerbungsschreiben des Klägers runde schließlich das Bild ab. Der Kläger habe in diesem Schreiben keinerlei Erklärungen zu seiner Motivlage abgegeben.

II. Mit dieser Begründung durfte die Berufung des Klägers nicht zurückgewiesen werden. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Voraussetzungen des durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwands (§ 242 BGB) seien im vorliegenden Verfahren erfüllt, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 23

1. Zwar wäre das Entschädigungsverlangen des Klägers nach § 15 Abs. 2 AGG - entgegen dessen Rechtsansicht - dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt, sofern 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. 24

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). 25

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*).

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 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.

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.

c) 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.). 30

aa) 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, Slg. 1999, I-1459; 2. Mai 1996 - C-206/94 - [Paletta] Rn. 24, Slg. 1996, I-2357). 31

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. 32

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 33

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. 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 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, aaO*). 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

34

Bezug auf die Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für diese Beschäftigung (vgl. *EuGH 19. April 2012 - C-415/10 - [Meister] Rn. 33*).

Damit handelt 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 (vgl. *EuGH 28. Juli 2016 - C-423/15 - [Kratzer] Rn. 35 ff.*). 35

2. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Voraussetzungen des durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwands seien im vorliegenden Verfahren erfüllt, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 36

a) Die Würdigung der Tatsachengerichte, ob bei einer bestimmten Sachlage ein Verstoß gegen § 242 BGB und damit eine unzulässige Rechtsausübung 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. 37

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 be- 38

trachtet noch in der Gesamtschau einen Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers zu.

aa) Dies gilt zunächst, soweit das Landesarbeitsgericht ausgeführt hat, es sei bereits im Ausgangspunkt eher unwahrscheinlich, dass sich ein Rechtsanwalt mit alteingesessener Kanzlei in R im Alter von 57 Jahren ernstlich auf eine der ausgeschriebenen Stellen in F, H, D oder M mit den dort ausgewiesenen Fachgebieten bewerbe. Soweit das Landesarbeitsgericht im Alter des Klägers einen erheblichen Umstand gesehen hat, ist seine Würdigung bereits deshalb revisionsrechtlich zu beanstanden, weil das „Alter“ ein Grund iSv. § 1 AGG ist und das AGG Betroffene gerade auch vor einer Diskriminierung wegen dieses Grundes schützen will, weshalb sich eine Anknüpfung an das Alter des Klägers insoweit von vornherein verbietet. Auch der Umstand, dass der Kläger in R eine alteingesessene Rechtsanwaltskanzlei betreibt, während Stellen in F, H, D und M ausgeschrieben waren, ist von vornherein kein Umstand, aus dem auf ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Klägers geschlossen werden könnte. Dass ein bisher in eigener Kanzlei tätiger Anwalt - wie der Kläger - einen beruflichen Wechsel anstrebt, kann vielfältige Gründe haben, zB dass sich seine Tätigkeit als Einzelanwalt als nicht hinreichend auskömmlich oder sogar als Zuschussgeschäft erwiesen hatte und dass es ihm darum ging, für sich die Möglichkeit einer neuen beruflichen Betätigung mit einem gesicherten Einkommen zu eröffnen, auch wenn dies mit einem Ortswechsel verbunden war. Im Übrigen hatte der Kläger in seinem Bewerbungsschreiben ausdrücklich darauf hingewiesen, im Prinzip örtlich ungebunden zu sein. Letztlich ist auch der Umstand, dass der Kläger sich auf Stellen mit sehr unterschiedlichen Schwerpunkten beworben hat, kein Anzeichen für einen Rechtsmissbrauch. Ein solches Verhalten kann ebenso dafür sprechen, dass der Kläger eine neue berufliche Herausforderung suchte und es ihm deshalb mit seiner Bewerbung bei der Beklagten ernst war.

39

bb) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts lassen sich dem Bewerbungsschreiben des Klägers vom 21. März 2013 ebenfalls keine objektiven Umstände entnehmen, die den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches

40

Verhalten des Klägers erlauben würden. Soweit das Landesarbeitsgericht ausgeführt hat, der Kläger sei in seinem Bewerbungsschreiben, das im Übrigen teilweise offenkundig fehlerhaft sei, nicht auf seine Motivlage für einen einschneidenden beruflichen Wechsel eingegangen, 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.

cc) Auch der Inhalt und der Zeitpunkt des Geltendmachungsschreibens des Klägers vom 27. März 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. Eine zügige Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen verlangen schon die in § 15 Abs. 4 AGG sowie § 61b Abs. 1 ArbGG bestimmten Fristen. Soweit das Landesarbeitsgericht des Weiteren darauf abgestellt hat, der Kläger habe neben Schadensersatz iHv. 10.000,00 Euro eine Entschädigung iHv. 50.000,00 Euro verlangt, hat es seiner Würdigung einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde gelegt. Der Kläger hatte nicht Schadensersatz iHv. 10.000,00 Euro sowie Entschädigung iHv. 50.000,00 Euro geltend gemacht, sondern - umgekehrt - eine Entschädigung iHv. 10.000,00 Euro sowie Schadensersatz iHv. 50.000,00 Euro verlangt. Dabei ist er von einem erzielbaren Jahresverdienst iHv. 60.000,00 Euro, mithin von einem monatlichen Verdienst

41

iHv. 5.000,00 Euro ausgegangen. Vor dem Hintergrund der in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG getroffenen Regelung, wonach die Entschädigung bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf, hält sich eine Entschädigungsforderung iHv. zwei geschätzten Bruttomonatsverdiensten im üblichen Rahmen und kann nicht als überhöht angesehen werden. Soweit das Landesarbeitsgericht schließlich ausgeführt hat, der Kläger habe, obwohl die Beklagte in Aussicht gestellt habe, seine Daten für eine mögliche künftige Vakanz zu berücksichtigen, postwendend Entschädigung und Schadensersatz verlangt, verkennt es, dass die Beklagte dem Kläger bereits eine klare Absage erteilt hatte, weshalb der Kläger keine Veranlassung hatte, mit der Geltendmachung seiner Ansprüche zuzuwarten.

dd) Auch die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Entschädigungsanspruch des Klägers sei insbesondere deshalb dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt, weil dieser in vier weiteren Fällen im Wesentlichen gleichliegende Rechtsstreite 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 Beklagte - sei es bereits unter dem Druck des Geltendmachungsschreibens oder im Verlaufe des Entschädigungsprozesses - freiwillig die Forderung erfüllt oder sich vergleichsweise auf eine Entschädigungszahlung einlässt. 42

(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 diskri- 43

miniert sieht, mit der Entschädigungsklage zulässigerweise seine/ihre Rechte nach dem AGG wahrnimmt.

(2) Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Person sich häufig 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 keine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zu erlangen, sondern auch mit den Kosten des Rechtsstreits belastet zu werden. 44

(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. 45

(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. 46

(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 er- 47

fährt, 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.

(bb) Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst allerdings nicht 48
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 Kausalzusammenhang 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 49
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 ungünstigeren 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 kann vielmehr nur dann bestehen, 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

50

ersichtlich, warum Stellenausschreibungen strengerer Anforderungen unterliegen sollten, als dies bei allen anderen benachteiligenden Handlungen iSd. AGG der Fall ist.

(ccc) Aber auch dann, wenn die Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurde und 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 beweisen, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben. 51

(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. 52

(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 Zu- 53

sammenhang 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.

(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 ausgeschriebenen Stellen und die sich an die Ablehnung anschließende Entschädigungsklage seien Teil eines systematischen und zielgerichteten Vorgehens des Klägers im Rahmen des unter Rn. 53 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. 54

(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 - wie unter Rn. 39 ausgeführt - ebenso dafür sprechen, dass es dem Kläger mit seiner Bewerbung bei der Beklagten ernst war, weil er aus seiner Tätigkeit als Einzelanwalt keine hinreichenden Einkünfte erzielen konnte und deshalb eine berufliche Veränderung in eine Festanstellung anstrebte oder dass er schlicht eine neue berufliche Herausforderung suchte. 55

(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 nicht infrage. Zum einen ist die Annahme, der Kläger habe darauf spekuliert, die Beklagte sei nicht in der 56

Lage, die Risiken eines Prozesses einzuschätzen und werde sich deshalb bereits durch das Geltendmachungsschreiben so sehr beeindrucken lassen, dass sie allein zur Vermeidung weiterer Kosten frühzeitig „klein beigt“, in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem potentieller Arbeitgeber eine Rechtsanwaltskanzlei ist, fernliegend. Zudem hat der Kläger in seinem Geltendmachungsschreiben vom 27. März 2013 - wie unter Rn. 41 ausgeführt - eine Entschädigung iHv. zwei geschätzten Bruttomonatsverdiensten à 5.000,00 Euro, insgesamt mithin einen Betrag iHv. 10.000,00 Euro gefordert, was sich im durchaus üblichen Rahmen hält.

(c) Umstände, die im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung 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 vier vom Landesarbeitsgericht festgestellten Entschädigungsprozessen prozessual verhalten hat. 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. 57

C. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klage sei unbegründet, stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). 58

I. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Für den Kläger ergibt sich dies aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG. 59

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 60

- 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 - 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 wurde dadurch, dass er von der Beklagten nicht eingestellt wurde, auch unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt. Er hat eine ungünstigere Behandlung erfahren als der letztlich eingestellte Bewerber/die letztlich eingestellte Bewerberin. 61

III. Der Kläger hat den Entschädigungsanspruch auch frist- und formgerecht geltend gemacht und eingeklagt (§ 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG). 62

IV. Die Beklagte kann sich - entgegen ihrer Rechtsauffassung - gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG nicht mit Erfolg darauf berufen, der Kläger sei wegen der nur mit der Note „befriedigend“ bestandenen Staatsexamina für die ausgeschriebene Stelle schon objektiv nicht geeignet. 63

1. Zwar befindet sich eine Person nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats nur dann in einer vergleichbaren Situation iSv. § 3 Abs. 1 AGG, 64

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 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. 65
- 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. 66
- 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 67

eng gefassten Vergleichsmaßstab praktisch unmöglich gemacht, jedenfalls aber übermäßig erschwert würde.

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

68

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

69

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).

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. 70

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/r 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 den/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 vor- 71

zutragen 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 Vergleichsmaßstabs 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. 72

V. Der Entschädigungsanspruch des Klägers ist auch nicht aufgrund anderer als der vom Landesarbeitsgericht seiner Würdigung zugrunde gelegten Umstände dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt. 73

1. Soweit die Beklagte den Rechtsmissbrauchseinwand darauf stützt, die mangelnde Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers ergebe sich bereits daraus, dass seine Bewerbung weder habe erkennen lassen, auf welche der acht ausgeschriebenen Stellen noch für welchen Standort der Kläger sich beworben habe, verkennt sie, dass der Kläger sich erkennbar auf alle ausgeschriebenen Stellen beworben hatte. Der Kläger hatte in seiner Bewerbung ausdrücklich ausgeführt, die von der Beklagten „genannten Rechtsgebiete“ bereits aus seiner langjährigen beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt zu kennen und zT (IT, IP/Medien) auch schon darin gearbeitet zu haben. 74

2. Soweit die Beklagte sich darauf beruft, der Kläger habe, nachdem seine Bewerbung abgelehnt worden war, keinerlei Bemühungen entfaltet, ein Vorstellungsgespräch zu erhalten, er habe sich auch nicht nach den Gründen für die Ablehnung erkundigt, verkennt sie, dass für den Kläger, nachdem die Beklagte ihm eine klare Absage erteilt hatte, keine Veranlassung bestand, weitere Bemühungen zu entfalten, ein Vorstellungsgespräch führen zu können oder sich nach den Gründen für die Absage zu erkundigen und mit der Geltendmachung seiner Ansprüche zuzuwarten. 75

3. Soweit die Beklagte - erstmals in der Revision - geltend macht, ausweislich des in der Zeitschrift „J“ erschienenen Artikels bewerbe der Kläger sich unabhängig vom Rechtsgebiet, der Kanzlei oder dem Einsatzort ausschließlich auf Stellenanzeigen, mit denen unter Verstoß gegen § 11 AGG Berufseinsteiger/innen oder Rechtsanwälte/innen mit erster Berufserfahrung gesucht würden, und fordere nach der Ablehnung seiner Bewerbung mit gleichlautenden Geltendmachungsschreiben 60.000,00 Euro, wobei er nach den Recherchen der Zeitschrift „J“ bundesweit allein im Kalenderjahr 2013 16 Entschädigungsklagen anhängig gemacht habe, kann dahinstehen, ob dieser Vortrag, soweit er neues Sachvorbringen enthält, in der Revisionsinstanz überhaupt berücksichtigt werden kann, § 559 ZPO. Das Vorbringen der Beklagten ist nicht ausreichend, um die Annahme des Rechtsmissbrauchs zu begründen. Die von der Beklagten insoweit vorgetragenen 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 Beklagte - sei es bereits unter dem Druck des Geltendmachungsschreibens oder im Verlaufe des Entschädigungsprozesses - freiwillig die Forderung erfüllt oder sich vergleichsweise auf eine Entschädigungszahlung einlässt. 76

Zwar kann der Umstand, dass eine Person sich lediglich oder fast ausschließlich auf Stellenausschreibungen bewirbt, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, die Stelle sei unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden, ein Indiz (Hilfstatsache) sein, das im jeweiligen Streitfall - ggf. zusammen mit weiteren Umständen - den Schluss darauf erlaubt, die Person ha- 77

be mit ihrer Bewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten wollen, sondern nur die formale Position eines Bewerbers iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG angestrebt mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG geltend zu machen. Bewirbt sich eine Person lediglich oder fast ausschließlich auf derartige Stellenausschreibungen, kann die Annahme gerechtfertigt sein, ihr sei es nur darum gegangen, die Erfolgsaussichten eines Entschädigungsprozesses zu erhöhen. In einem solchen Fall könnte die Person ihrer Darlegungslast im Hinblick auf die Kausalität des Grundes iSv. § 1 AGG für die Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG allein mit dem Hinweis auf den Inhalt der Ausschreibung genügen, sodass es nun Sache des Arbeitgebers wäre, entweder darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die Stelle nicht unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben wurde oder den Anforderungen des § 22 AGG entsprechend die Vermutung der Kausalität zu widerlegen oder die unmittelbare Benachteiligung, die die Person durch die Ablehnung ihrer Bewerbung erfahren hat, zu rechtfertigen. Allerdings hängt die Annahme, der Person sei es im konkreten Streitfall nur darum gegangen, die Voraussetzungen für einen möglichst erfolgversprechenden Entschädigungsprozess zu schaffen, nicht nur davon ab, auf wie viele Stellenausschreibungen, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, die Stelle sei unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden, die Person sich im Übrigen beworben hat, sondern auch und insb. davon, ob sich das Vorgehen (auch) im Streitfall als Teil eines systematischen und zielgerichteten Vorgehens im Rahmen des unter Rn. 53 erläuterten Geschäftsmodells darstellt. Dies kann regelmäßig nur angenommen werden, wenn über die im Streitfall vom Arbeitgeber konkret ausgeschriebene Stelle hinaus in demselben Medium weitere Stellen ausgeschrieben waren, deren Inhalt keinen Anlass für die Annahme einer Diskriminierung wegen des von der Person geltend gemachten Grundes bot und auf die die Person sich ohne Weiteres hätte bewerben können, dies aber unterlassen hat. Vor diesem Hintergrund reicht es nicht aus, wenn der Arbeitgeber - wie hier die Beklagte - nur behauptet, der Kläger habe sich - auch im Übrigen - lediglich oder fast ausschließlich auf Stellenausschreibungen beworben, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, die Stelle sei unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden; sie

hätte zumindest auch substantiiert darlegen müssen, dass in der Ausgabe der Neuen Juristischen Wochenschrift, in der die bei ihr zu besetzenden Stellen ausgeschrieben waren, weitere Stellen ausgeschrieben waren, deren Inhalt keinen Anlass für die Annahme einer Diskriminierung wegen des Alters bot, und dass der Kläger sich auf diese Stellen hätte bewerben können.

D. 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). 78

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. 79

1. Das Landesarbeitsgericht wird 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 die Stellen, 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. 80

a) Dabei wird das Landesarbeitsgericht zu berücksichtigen haben, dass die in der Stellenausschreibung enthaltenen Anforderungskriterien, mit denen Rechtsanwältinnen (m/w) als „Berufseinsteiger“ bzw. als Kollegen mit maximal fünf Jahren Berufserfahrung gesucht werden, - entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten - Personen wegen des in § 1 AGG genannten Grundes „Alter“ gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können iSv. § 3 Abs. 2 AGG. 81

Sowohl bei dem Begriff „Berufseinsteiger“ als auch bei der Wendung „bis zu 5 Jahre Berufserfahrung“ handelt es sich um Anforderungen, die dem Anschein nach neutral sind iSv. § 3 Abs. 2 AGG. Unmittelbar wird damit nicht auf ein bestimmtes Alter Bezug genommen. Jedoch sind die Begriffe 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 bis zu fünf 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 sowohl mit der in der Stellenausschreibung enthaltenen Anforderung „Berufseinsteiger“ als auch mit der Anforderung „bis zu 5 Jahre Berufserfahrung“ signalisiert, lediglich Interesse an der Gewinnung jüngerer Mitarbeiter/innen zu haben, sind diese Anforderungen geeignet, ältere gegenüber jüngeren Personen wegen des Alters in besonderer Weise zu benachteiligen. Typischerweise werden ältere Personen allein wegen dieser Anforderungen 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 und dass eine kurze Berufserfahrung im anwaltlichen Beruf auch Personen aufweisen können, die ungewöhnlich lange studiert oder erst in vorgerücktem Alter ihren Abschluss gemacht haben. Der Befund, dass Berufsanfänger/innen und Menschen mit einer „Berufserfahrung von bis zu 5 Jahren“ im anwaltlichen Beruf typischerweise junge Menschen sind, besteht nach wie vor.

82

b) Zwar können - wie unter Rn. 82 ausgeführt - die in der Stellenausschreibung enthaltenen Anforderungskriterien, mit denen Rechtsanwälte als „Berufseinsteiger“ oder mit „bis zu 5 Jahren Berufserfahrung“ gesucht werden, Personen wegen des in § 1 AGG genannten Grundes „Alter“ gegenüber anderen 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

83

iSv. § 22 AGG dann nicht bestünde, wenn die Beklagte substantiiert dazu vortragen und im Bestreitensfall beweisen sollte, dass die og. Anforderungskriterien durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sowie zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. 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. 84

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*). 85

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 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 86

mit einer Diskriminierung aufgrund des verbotenen Anknüpfungsgrundes 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. 87

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 - verliehenen Rechte nicht übermäßig erschwert werden darf (vgl. etwa EuGH 16. Januar 2014 - C-429/12 - [Pohl] Rn. 23). 88

cc) Vorliegend hat die Beklagte zwar geltend gemacht, die Stellen nicht unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben zu haben. Insoweit hat sie sich darauf berufen, eine etwaige mittelbare Benachteiligung sei durch ein legitimes 89

Ziel und die Wahl verhältnismäßiger Mittel gerechtfertigt. Sie habe mit der Ausschreibung bewusst Interessenten mit einer kürzeren Berufserfahrung ansprechen wollen. Die Differenzierung nach der Berufserfahrung sei durch die unterschiedliche Alters- und Abrechnungsstruktur in ihrem Unternehmen begründet. Die Berufserfahrenheit eines Anwalts spiegele sich im Stundensatz für die Abrechnung gegenüber dem Mandanten wieder. Mit einer ausgewogenen Struktur von berufserfahrenen Anwälten mit höheren Stundensätzen und Berufseinsteigern mit - im Vergleich zu diesen - geringeren Stundensätzen, werde dem Mandanten ein angemessener Dienst geboten, der spezifisch abgerechnet werden könne. Diese Mischung sei Teil ihrer Unternehmensstruktur. Dieses Vorbringen lässt allerdings die Erforderlichkeit der (mittelbaren) Anknüpfung an das Alter nicht erkennen. Es erschließt sich nicht, warum es nicht möglich sein soll, eine/n ältere/n Kollegin/Kollegen mit längerer Berufserfahrung zu den Bedingungen eines Berufsanfängers/einer Berufsanfängerin bzw. eines Kollegen/einer Kollegin mit kürzerer Berufserfahrung zu beschäftigen.

2. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass die Stelle, auf die der Kläger sich beworben hat, von der Beklagten 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 Beklagte Tatsachen vorgetragen und im Bestreitensfall bewiesen hat, 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. 90

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 91

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.

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 Verfahren 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.

92

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 Stellenaus-

93

schreibung 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 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 vorgehoben 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.

94

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

95

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*).

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 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 AGG oder § 10 AGG zulässig war. Sowohl § 8 Abs. 1 AGG 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 Beklagte - 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.

§ 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 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, aaO).

98

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:

99

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 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*).

100

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,

101

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*).

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 unterschiedlichen 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*).

102

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 Maß-

103

nahme 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*).

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*).

104

E. Im Hinblick auf die vom Landesarbeitsgericht zu treffende Kostenentscheidung weist der Senat darauf hin, dass sich diese - entgegen der Rechts-

105

auffassung des Klägers - nach § 64 Abs. 6 ArbGG iVm. §§ 91 ff. ZPO richtet, wobei bei einem nur teilweisen 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] Rn. 61 mwN*). Dies ist aber bei Anwendung der §§ 91 ff. ZPO, nach denen sich der gerichtliche Kostenauspruch generell und einheitlich nach Obsiegen und Unterliegen richtet, ohne nach der „Herkunft“ des geltend gemachten Klageanspruchs zu differenzieren, nicht der Fall.

Schlewing

Winter

Roloff

Wroblewski

Wein