

**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 4 Sa 246/12**

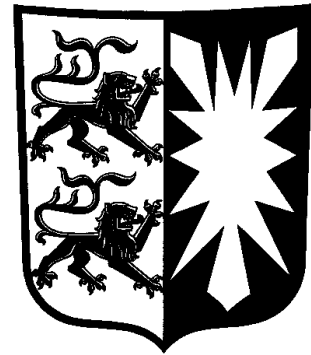
6 Ca 323/12 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 22.11.2012

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil  
des Arbeitsgerichts Lübeck vom 12.06.2012  
- 6 Ca 323/12 – wird auf seine Kosten  
zurückgewiesen.

Die Revision wird für den Kläger zugelassen.

.....

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionsschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionsschrift muss

**binnen einer Notfrist von einem Monat**

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

**zwei Monate.**

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts ([www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de).

### Tatbestand:

Die Parteien streiten um einen Entschädigungsanspruch wegen behaupteter Benachteiligung des Klägers bei der Stellenbewerbung.

Der 1969 geborene Kläger, der 1998 als Dipl.-Betriebswirt (FH) an der Fachhochschule R... das Studium der Betriebswirtschaft erfolgreich abschloss, bewarb sich am 26. September 2011 auf eine Mitte September 2011 in einem Online-Stellenportal ausgeschriebene Stelle für Personalvermittler in Braunschweig.

Die Stellenausschreibung hatte u.a. folgenden Inhalt:

„ Personalvermittler (m/w) für unsere Niederlassung Braunschweig

Ihre Aufgaben:

Gewinnung von Neukunden für den Bereich Personalvermittlung  
Verantwortung für den gesamten Rekrutierungsprozess, von der Auswahl und Vorstellung bis hin zur Vermittlung geeigneter Kandidaten  
Optimale Vermittlung Ihrer Kandidaten auf die gewünschte Position und passgenaue Besetzung der offenen Vakanzen beim Kunden  
Aufbau eines Kandidatennetzwerkes  
Beratung und Betreuung der Kandidaten sowie des bestehenden Kundstamms im Vertriebsgebiet  
Ausbau Ihrer Netzwerkes und Steigerung der Marktanteile des Unternehmens  
Durchführung von Marktanalysen, um so neue vertriebliche Wege zu gehen  
Eigenverantwortliche Umsetzung vertrieblicher Aktivitäten

Ihr Profil:

Abgeschlossene Ausbildung bzw. Studium im kaufmännischen oder technischen Bereich  
Erste Berufserfahrung im Dienstleistungsbereich sowie Kontakt im Bereich der Personalauswahl  
Kommunikative und vertriebliche Fähigkeiten sowie hohes Engagement  
Zielstrebigkeit, Serviceorientierung, Selbständigkeit sowie eine positive Ausstrahlung  
Hohe soziale Kompetenz

Ihre Vorteile:

Vielseitige und herausfordernde Aufgabe in einem überaus ansprechenden Arbeitsumfeld, einer zukunftssträchtigen Branche und einer sehr intensiven Einarbeitung

Ansprechendes Grundgehalt verbunden mit einer stark an Ihrem persönlichen Erfolg orientierten variablen Vergütung

...

Berufserfahrung:  
1 bis 2 Jahre

Abschluss/Grad der Ausbildung:  
Ausbildung / Meisterbrief

Arbeitszeit:  
Vollzeit

Karrierestatus:  
Berufseinsteiger

Branche:  
ohne Branchenangabe

Standort:  
Braunschweig“

In der Stellenausschreibung heißt es im Übrigen auf der ersten Seite, die Bewerbung sei unter Angabe der Einkommensvorstellung an k-n@u...-personal.de oder per Post an U. P. N... GmbH, Frau K. B..., H...Str. 1, A... zu senden. Am Ende der Stellenausschreibung wird bezüglich etwaiger Kontaktinformationen für Bewerber genannt die U.P... GmbH, Frau K.B..., H...Str. 1 in A... .

Der Kläger übersandte seine Bewerbungsunterlagen per E-Mail an k-n@u... personal.de, wobei die E-Mail das Datum vom 25. September 2011 trägt. Als Dateianhänge fügte er bei sein Bewerbungsschreiben vom 26. September 2011 (Bl. 9 d.A.), welches er richtete an die U.P... GmbH unter der in der Stellenausschreibung angegebenen Adresse in A..., weiterhin seinen Lebenslauf und die aktuellen Zeugnisse. Hinsichtlich der Gehaltsvorstellung nannte er im Bewerbungsschreiben einen Betrag in Höhe von 3.600,-- EUR monatlich.

Mit E-Mail vom 5. Oktober 2011 teilte Frau B... dem Kläger mit, seine Bewerbung könne leider nicht berücksichtigt werden. Er erfülle wichtige Voraussetzungen für eine Tätigkeit „in unserem Unternehmen“, jedoch habe es Mitbewerber gegeben, die

ihrem Anforderungsprofil bezüglich der Vertriebsaktivitäten noch näher gekommen seien. Das Schreiben enthält an seinem Ende als Hinweis auf die absendende Firma die U.P.N... GmbH, H...Str. 1, A... (Beklagte).

Der Prozessbevollmächtigte des Klägers beehrte mit einem an die Beklagte gerichteten Schreiben vom 9. November 2011 Entschädigung in Höhe von 16.000,-- EUR wegen Altersdiskriminierung.

Die Beklagte wies auf ihrem Briefbogen mit Schreiben vom 30. November 2011 dieses Begehren zurück und legte in diesem Schreiben aus ihrer Sicht dar, warum der Kläger nicht berücksichtigt worden sei. Die Aufgaben seien insgesamt vertriebsorientiert. Erfahrungen im Bereich Vertrieb seien für die Besetzung der Position insoweit zwingend erforderlich. Der Schwerpunkt des Klägers habe in der Vergangenheit jedoch eindeutig im Bereich der Lehr- und Dozententätigkeit gelegen. Eine Affinität oder gar Erfahrungen im Bereich Vertrieb ließen sich anhand des Lebenslaufes nicht erkennen. Wegen der Einzelheiten des Schreibens wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 14 - 16 d.A.). Die Verfasserin dieses Schreibens hatte sich zuvor per E-Mail vom 15. November 2011 (Bl. 81 d.A.) von der zuständigen regionalen Personalreferentin B... über die Gründe der Ablehnung der Bewerbung informiert. Wegen der Einzelheiten dieser Mail, die Frau B. unter der Anschrift der Beklagten verfasste, wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 81 d.A.).

Der Kläger hat unter dem 8. Februar 2012 gegen die Beklagte wegen behaupteter Altersdiskriminierung eine Klage auf Entschädigung in Geld erhoben, wobei der Betrag 16.000,-- EUR nicht unterschreiten solle.

Als Reaktion auf diese Klage ging am 20. Februar 2012 beim Arbeitsgericht Lübeck ein Schriftsatz der U.P... GmbH unter der Adresse L... Str. 370a in M... ein, in dem es heißt, die Beklagte teile mit, dass sich der Kläger nicht bei der U.P.N... GmbH mit Sitz in A... (HRB 3325), sondern bei der rechtlich selbständigen Schwestergesellschaft, der U.P.... GmbH mit Sitz in M... (HRB 83187), an ihrem Standort in B... beworben habe, weshalb der Kläger die falsche Gesellschaft verklagt habe (Bl. 20 d.A.). Die U.P... GmbH ist eine rechtlich selbständige

Schwestergesellschaft zur Beklagten. Die Beklagte hat ihren Sitz in A.. , die U.P... GmbH in M... .

Der Kläger studierte 1992 bis 1998 an der Fachhochschule R... Betriebswirtschaft und schloss das Studium mit dem Diplom-Betriebswirt (FH) ab. Anschließend studierte er von 1998 bis 2002 an der L-M... Universität M... im Studiengang Wirtschaftspädagogik und beendete dieses Studium mit dem Diplom Vorprüfungszeugnis für Diplom-Handelslehrer.

Vom 1. Oktober 2002 bis 31. Mai 2006 war er als freier Dozent bei der D.-A...-Akademie M... (DAA) tätig mit folgenden Aufgaben:

- Vorbereitung Auszubildende des Ausbildungsberufs „IT-Systemkaufmann/frau“ sowie „Informatikkaufmann/-frau“ auf die IHK-Prüfung in Betriebswirtschaftslehre, Rechnungswesen und Controlling
- Lehrtätigkeit bei kaufmännischen Grundausbildungslehrgängen und berufsvorbereitender Bildungsmaßnahmen für die Fächer Wirtschaftsmathematik und Betriebswirtschaftslehre
- Prüfungsvorbereitung externer Hauptschulklassen auf den Hauptschul- und den Qualifizierenden Hauptschulabschluss in Mathematik und Arbeitslehre

Daneben arbeitete er in der Zeit vom 1. Januar 2004 bis 30. September 2006 als freier Mitarbeiter bei der [www.h...-g... de](http://www.h...-g... de) in R... und übernahm als beratender Betriebswirt die anfallenden Buchhaltungsarbeiten, Aufgaben im Bereich des Personalwesens sowie das Office-Management. Ausweislich des ihm unter dem 30. September 2006 erteilten Zeugnisses umfasste sein Wirkungs- und Verantwortungsbereich die folgenden Schwerpunktaufgaben:

- Die Verbuchung der Kreditoren und Debitoren
- Überwachung des Mahnwesens und der Liquiditätsplanung
- Erstellung von Steuererklärungen und Jahresabschlussarbeiten
- Bearbeitung der Korrespondenz mit Geschäftspartnern und Finanzbehörden
- Ausarbeitung von Berichten über den Geschäftsverlauf und die Geschäftsentwicklung
- Entwicklung eines Kennzahlensystems

- Erstellen von Produktkalkulationen
- Erarbeitung von Handlungsempfehlungen für die Geschäftsleitung
- Planung und Organisation von Recruiting-Maßnahmen
- Bewerberauswahl und Führung von Bewerberinterviews

Ab Dezember 2006 war der Kläger als Dozent tätig an den beruflichen Fortbildungszentren der Bayerischen Wirtschaft M..., T... und F... . Dort war er zuständig für folgende Aufgaben:

- Bewerbungscoaching für Erwachsene und Jugendliche
- Prüfungsvorbereitung auf die Zwischen- und Abschlussprüfungen der IHK für die Ausbildungsberufe „Verkäufer-/in“, „Einzelhandelskaufmann/-frau“, „Bürokaufmann/-frau“ und „Kaufmann/-frau für Bürokommunikation“
- Erstellen von Arbeitszeugnissen
- Bearbeitung des Schriftverkehrs, Rechnungserstellung und administrative Aufgaben.

Am 29. August 2007 nahm er ausweislich des ihm erteilten Zeugnisses vom 30. November 2009 (Bl. 76, 77 d.A.) bei der Deutschen A.A... in der Nebenstelle R... eine Honorartätigkeit als Mitarbeiter im pädagogischen Bereich auf, die zum 1. Dezember 2007 in ein befristetes Teilzeitarbeitsverhältnis überging. Dort war er zuerst in der „berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahme“ und in der Maßnahme „Berufsausbildung in einer außerbetrieblichen Einrichtung“ tätig. Insoweit erteilte er den fachspezifischen Unterricht im kaufmännischen Bereich, den Unterricht im kaufmännischen Rechnen, erstellte Bewerbungsunterlagen mit den Teilnehmern und bereitete Einzelhandelskaufleute, Bürokaufleute und Kaufleute für Bürokommunikation auf die Prüfung vor.

Im September 2008 übernahm er dort zusätzlich die Tätigkeit als Integrationscoach in der Maßnahme „job-büro“, später „GANZIL“. Die Maßnahme „GANZIL“ bot Existenzgründern sowie selbständig tätigen Hilfebedürftigen professionelle Förderung und individuelles Coaching bei der unternehmerischen Tätigkeit. Zu den Aufgaben des Klägers in dieser Maßnahme gehörten ausweislich des ihm erteilten Zeugnisses:



- „das Führen von Erstgesprächen mit den Teilnehmern und die weitere kontinuierliche Betreuung,
- das Coaching und die Begleitung der Teilnehmer während des Prozesses zur Existenzgründung,
- die Beurteilung der Tragfähigkeit von Existenzgründungsvorhaben in Form von teilnehmerbezogenen Berichten,
- die Unterstützung der Teilnehmer bei der Erstellung von Businessplänen sowie
- die Stellungnahme und das Berichtswesen gegenüber unserem Auftraggeber.“

Diese Tätigkeit endete am 30. November 2009.

In der Zeit von September 2010 bis September 2011 war er als Lehrkraft der privaten Fachoberschule Institut S.B... für die Fächer Betriebswirtschaft und Rechnungswesen, Volkswirtschaftslehre, Rechtslehre und Wirtschaftsinformatik zuständig sowie für die Betreuung der fachpraktischen Ausbildung.

Danach war der Kläger vorübergehend arbeitslos.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, er habe einen Anspruch auf angemessene Entschädigung wegen mittelbarer Altersdiskriminierung. Die Ausschreibung sei wegen der Bezugnahme auf die Berufserfahrung von ein bis zwei Jahren und den Karrierestatus des Berufseinsteigers als Indiz für eine Altersdiskriminierung zu verstehen. Es sei so, dass dort nicht nur ein Mindestwert der Berufserfahrung verlangt werde, sondern im Zusammenspiel mit der Bezeichnung „Berufseinsteiger“ eine Gruppe angesprochen werde, der typischerweise Jüngere angehörten. Berufseinsteiger in der ausgeschriebenen Position seien im Regelfall Mitte 20 bis maximal Ende 20. In der Stellenausschreibung werde auch keine Vertriebserfahrung gefordert. Als diplomierter Betriebswirt sei er der bestqualifizierte Bewerber. Weil die Beklagte ihm keine Auskunft über den eingestellten Bewerber erteilt habe, liege ein zusätzliches Indiz für die Benachteiligung vor. Er bestreite mit Nichtwissen, dass auf die Stelle niemand eingestellt worden sei. Er gehe davon aus, dass er bei der

Beklagten auf der ausgeschriebenen Stelle monatlich 4.000,00 EUR verdient hätte. Er halte vier Bruttomonatsgehälter für eine angemessene Mindestentschädigung.

Die Argumentation der Beklagten, sie sei nicht potentielle Arbeitgeberin gewesen, trage nicht. Insoweit verweise er auf den gesamten Schriftwechsel, den die Beklagte jeweils unter ihrem Namen geführt habe und der keinen Hinweis darauf enthalte, dass die Stelle bei einem anderen Unternehmen zu besetzen sei.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, ihm eine angemessene Entschädigung in Geld zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, jedoch den Betrag von 16.000,-- EUR nicht unterschreiten solle, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 1. Dezember 2011.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, der Kläger habe die falsche Partei verklagt. Bei der Stelle des Personalvermittlers für die Niederlassung B... handele es sich um eine Stelle, die der U.-P... GmbH mit Sitz in M... zuzuordnen sei. Dies ergebe sich bereits aus der Ausschreibung. Denn dort werde hinsichtlich der Kontaktinformationen für Bewerber auf die U.-P... GmbH hingewiesen.

Die Beklagte hat gemeint, aufgrund des Inhalts der Stellenausschreibung sei auch keine mittelbare Altersdiskriminierung indiziert. Die Angabe von geforderter Berufserfahrung sei nie eine Beschränkung nach dem Alter. Vielmehr ergebe sich aus ihr lediglich, wie viel Berufserfahrung ein Bewerber in einem bestimmten Bereich immer mindestens aufweisen müsse. Die Frage, ob ein Bewerber in einem bestimmten Bereich über erste Berufserfahrungen verfüge, sei keine Frage des Alters, sondern vielmehr eine solche des Lebenslaufes in Verbindung mit dem jeweiligen Ausbildungsweg. Sie bestreite daher die vom Kläger behauptete

Vermutung, die aber auch widerlegbar sei. Grundvoraussetzungen für die zu besetzende Stelle seien eine hohe Affinität zum Vertrieb sowie praktische Erfahrungen im Vertrieb. Die in der Stellenausschreibung benannten Aufgaben seien insgesamt als vertriebsorientiert zu bewerten. Erfahrungen im Bereich Vertrieb seien für die Besetzung der Position zwingend erforderlich und würden in der Stellenbeschreibung auch ausdrücklich erwähnt („Erste Berufserfahrung im Dienstleistungsbereich...“). Sie habe insoweit ihr Stellenprofil nicht im Nachgang verändert, wie es der Kläger behaupte. Die Vertriebsorientierung sei von Anfang an Gegenstand der Stellenausschreibung gewesen. Der Schwerpunkt der beruflichen Entwicklung des Klägers habe aber ausweislich der von ihm eingereichten Unterlagen eindeutig im Bereich der Lehr- und Dozententätigkeit sowie im beratenden Bereich gelegen. Eine Affinität oder gar Erfahrungen im Bereich Vertrieb seien anhand des Lebenslaufes nicht erkennbar gewesen. Diesem sei auch nicht zu entnehmen, dass er zu irgendeinem Zeitpunkt praktische Erfahrung im Bereich Vertrieb habe sammeln können. Berührungspunkte zwischen seinem Lebenslauf und der Stellenausschreibung hätten sich allenfalls im Bereich Bewerberauswahl und Organisation von Rekrutierungsmaßnahmen ergeben, die der Kläger während seiner Tätigkeit als beratender Betriebswirt für die Firma [www.h-g....de](http://www.h-g....de) in der Zeit von 2004 bis September 2006 erworben habe. Dabei handele es sich aber lediglich um einen Punkt, der von den Bewerbern für die Position des Personalvermittlers verlangt werde. Im Übrigen fehle es dem Kläger an den in der Stellenausschreibung angeführten sonstigen vertrieblichen Anforderungen. Erfahrungen in der Kundenakquise und Kundenbetreuung seien nicht ansatzweise erkennbar. Sachfremde Erwägungen, insbesondere die Frage nach dem Alter des Klägers, hätten daher nicht zur Absage der klägerischen Bewerbung geführt, sondern allein der Umstand, dass der Kläger unter Heranziehung seiner fachlichen Qualifikationen die Anforderungen der Stellenausschreibung nicht erfüllt habe.

Zudem hätten sich seine Gehaltsvorstellungen nicht mit ihrem Gehaltsmodell für Personalvermittler gedeckt. Dieses sehe für den ersten bis dritten Beschäftigungsmonat eine Vergütung in Höhe von 1.900,00 EUR brutto inklusive eines Garantiebonus in Höhe von 400,00 EUR vor, im vierten bis sechsten Monat 1.700,00 EUR brutto inklusive eines Garantiebonus in Höhe von 200,00 EUR brutto

und ab dem siebenten Beschäftigungsmonat 1.500,00 EUR brutto, wobei insgesamt zusätzlich pro Vermittlung (Durchschnitt 5.500,00 EUR pro Vermittlung) eine Beteiligung in Höhe von 20 Prozent gezahlt werde. Sie bestreite daher, dass der Kläger monatlich 4.000,-- EUR brutto verdient hätte.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, weder die Angabe „Berufserfahrung ein bis zwei Jahre“ noch die Formulierung „Karrierestatus Berufseinsteiger“ könnten als Indiz für eine mittelbare Altersdiskriminierung gewertet werden. Hinsichtlich der „Berufserfahrung ein bis zwei Jahre“ sei es lebensfremd anzunehmen, die Erklärung dahin zu verstehen, dass Personen etwa mit einer Berufserfahrung von drei Jahren nicht gemeint seien. Im Gegenteil sei die Darstellung dahin zu verstehen, dass eine gewisse Mindesterfahrung erforderlich sei. Bezüglich der Formulierung „Karrierestatus Berufseinsteiger“ sei zu beachten, dass neben der ausdrücklich genannten Berufserfahrung im Dienstleistungsbereich auch auf Vertriebskenntnisse Bezug genommen werde. Der Vertrieb sei aber gerichtsbekannt durch einen höheren Anteil von Quereinsteigern geprägt, weshalb ohne konkrete statistische Angaben die Ausführungen des Klägers zu allgemein seien.

Wegen der weiteren Begründung des Arbeitsgerichts wird Bezug genommen auf den Inhalt der Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils.

Der Kläger hat gegen das ihm am 26. Juni 2012 zugestellte Urteil am 24. Juli 2012 Berufung eingelegt und diese am 21. August 2012 begründet.

Der Kläger hält die Beklagte für passiv-legitimiert. Er bestreitet, dass er sich auf eine Stelle beworben habe, die der U.P... GmbH mit Sitz in M... zuzuordnen sei. Dagegen spreche der gesamte Schriftwechsel. Im Übrigen - so meint er - müsse sich die Beklagte aus Rechtsscheinsgesichtspunkten als passiv-legitimiert behandeln lassen, da mit keinem Wort irgendwo Anklang gefunden habe, dass sie lediglich als Personalvermittlerin aufgetreten sei. Sie – Beklagte – könne sich sonst zu jedem Zeitpunkt einer Inanspruchnahme im Nachhinein entziehen, wenn sie einfach aus dem Nichts heraus vorgebe, nicht die richtige Beklagte zu sein.

Bei der erforderlichen „typisierenden Betrachtungsweise“ indizierten die Kriterien "ein bis zwei Jahre Berufserfahrung“ und „Karrierestatus Berufseinsteiger“ die mittelbare Altersdiskriminierung. Denn sicherlich würden durch eine derartige Stellenausschreibung nicht mehr Bewerber mit einer Berufserfahrung von 10 bis 12 Jahren - worum es hier gehe – angesprochen. Das Wort „Karrierestatus“ beschreibe eine bestimmte Situation einer Person in einem bestimmten Lebensabschnitt. Es beziehe sich auf die Situation einer Person, die unmittelbar nach Abschluss ihrer Ausbildung am Beginn des beruflichen Lebens stehe. Für Studienabgänger bedeute dies, dass hiermit typischerweise Bewerber im Alter von Ende 20 gemeint seien. Ein weiteres Indiz für die mittelbare Altersdiskriminierung sei die Tatsache, dass die Beklagte ihm keine Auskunft hinsichtlich des Profils des letztendlich eingestellten Bewerbers erteilt habe. Auch das widersprüchliche Verhalten der Beklagten zu der Frage, wer „potentieller Arbeitgeber“ sei, trage zur Vermutung nach § 22 AGG bei.

Er habe deshalb wegen seines Alters eine weniger günstige Behandlung erfahren. Eine Benachteiligung liege auch in der Versagung einer Chance. Er sei für die Stelle objektiv geeignet. Dies folge bereits aus seinem Studium der Betriebswirtschaft mit dem Studienschwerpunkt Personalmanagement und aus seiner Berufserfahrung als Vermittlungsscoach. Die Beklagte könne auch nicht beweisen, dass das Alter im Motivbündel überhaupt keine Rolle für die Absage gespielt habe. Zudem sei die Beklagte auch nicht der ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast nachgekommen, dass er die Stelle auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte. Die Beklagte lege lediglich dar, dass seine Vertriebserfahrungen für sie angeblich nicht ausreichend gewesen seien, was er weiterhin mit Nichtwissen bestreite. Im Rahmen der Stellenausschreibung seien auch zahlreiche andere Kriterien verlangt worden, weshalb ein alleiniges Abstellen auf Vertriebserfahrungen als nicht geeignet erscheine, den Nachweis zu erbringen, dass er die Stelle auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht erhalten hätte.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 12. Juni 2012  
– 6 Ca 323/12 - abzuändern und

die Beklagte zu verurteilen, ihm eine angemessene  
Entschädigung in Geld zu zahlen, deren Höhe in das

Ermessen des Gerichts gestellt werde, jedoch den Betrag von 16.000,00 EUR nicht unterschreiten solle, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 1. Dezember 2011.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte rügt erneut ihre Passivlegitimation. Der Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG sei nur gegen den (potentiellen) Arbeitgeber zu richten. Bereits aus der Stellenausschreibung ergebe sich unter der Überschrift „Kontaktinformationen für Bewerber“ die Nennung der Firma U.P... GmbH. Diese und nur diese sollte und wollte die potenzielle Arbeitgeberin sein. Sie - Beklagte – unterhalte auch keine Niederlassung in B... Die dortige Niederlassung werde vielmehr ausschließlich von der U.P... GmbH geführt. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus dem Internetauftritt (Bl.189 d.A.)

Im Übrigen lägen auch die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 AGG nicht vor. Die Ausführungen des Arbeitsgerichts seien unzutreffend. Er habe eine Absage ausschließlich deshalb erhalten, weil er die für die ausgeschriebene Tätigkeit geforderten Qualifikationen und Anforderungen nicht erfülle. Vertriebliche Merkmale seien das wesentliche Kriterium für die zu besetzende Stelle gewesen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Das

Arbeitsgericht hat der Klage im Ergebnis zutreffend nicht stattgegeben. Die Angriffe der Berufung rechtfertigen keine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer angemessenen Entschädigung. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG. Die Klage ist zum einen bereits deshalb unbegründet, weil der Beklagten die Passivlegitimation fehlt. Denn sie wäre nicht Schuldnerin des Anspruches aus § 15 Abs. 2 AGG. (dazu nachfolgend I.). Darüber hinaus liegen aber auch nicht die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG vor. Denn das Berufungsgericht ist mit dem gemäß § 286 Abs. 1 ZPO erforderlichen Grad davon überzeugt, dass die Ablehnung der klägerischen Bewerbung ausschließlich einen anderen Grund als dessen Alter hatte. (dazu nachfolgend II.)

I. Die Beklagte ist nicht Schuldnerin des vom Kläger erhobenen Entschädigungsanspruches gemäß § 15 Abs. 2 AGG. Denn dieser Anspruch ist vom abgelehnten Bewerber ausschließlich gegenüber dem potenziellen Arbeitgeber geltend zu machen. Die Beklagte wäre aber nicht Arbeitgeberin des Klägers geworden.

1. Potenzielle Arbeitgeberin war die Firma U.P... GmbH mit Sitz in M... (HRB 83187). Zwar ist dem Kläger zuzugestehen, dass die Vorgehensweise der Beklagten undurchsichtig war. Denn der gesamte vorprozessuale Schriftwechsel fand zwischen ihm und der Beklagten statt. Die Beklagte hat zu keinem Zeitpunkt vorprozessual darauf hingewiesen, nicht potenzielle Arbeitgeberin zu sein. Zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass die Beklagte - unter ihrem Namen - in der Bewerbungsabsage dankt für sein Interesse an einer Mitarbeit in ihrem Unternehmen. Er erfülle auch wichtige Voraussetzungen für eine Tätigkeit in ihrem Unternehmen. Auch in der Stellenausschreibung wird um eine Bewerbung an die U.P.N... GmbH gebeten.

Dennoch ist das Berufungsgericht davon überzeugt, dass die Stelle des Personalvermittlers in der Niederlassung B... tatsächlich eine Stelle war, die die Firma U.P... GmbH in M... ausgeschrieben hat. Denn erstens enthält die Stellenausschreibung bei den Kontaktinformationen für Bewerber den Hinweis auf die U.P... GmbH. Auch der Kläger hat sein Bewerbungsschreiben adressiert an die

U.P... GmbH. Zweitens ist zu beachten der Auftritt im Internet. Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz einen Auszug aus der Homepage vorgelegt (Bl. 189 d.A.), der zu entnehmen ist, dass der Standort B... zur U.P... GmbH gehört. Diese objektiven Umstände - Hinweis in den Bewerberinformationen und Internetauftritt - reichen zur Überzeugung des Berufungsgerichts für die Annahme aus, dass die Niederlassung B... und die dort ausgeschriebene Stelle als Personalvermittler zur U.P.... GmbH mit Sitz in M.... gehören, B... also deren Standort ist. Die Formulierungen in dem vorprozessualen Schriftwechsel mögen damit erklärt werden, dass es sich insoweit um Ungenauigkeiten der Beklagten handelte, die wegen der regionalen Nähe zu B... für das in M... sitzende Schwesterunternehmen tätig wurde. Diese Umstände sind aber nicht geeignet, Zweifel an den objektiven Umständen zu begründen, die sich ergeben aus dem Internetauftritt und dem Hinweis bezüglich der Kontaktinformationen für Bewerber.

Diese objektiven Umstände stehen auch der vom Kläger geäußerten Befürchtung entgegen, anderenfalls könne sich die Beklagte zu jedem Zeitpunkt ihrer Inanspruchnahme im Nachhinein entziehen, wenn sie einfach aus dem Nichts heraus vorgebe, nicht die richtige Beklagte zu sein. Sicherlich ist es zutreffend, dass sich ein gemäß § 15 Abs. 2 AGG in Anspruch genommener nicht durch bloße Verschiebung eines Arbeitsplatzes auf einen angeblich dritten Arbeitgeber seiner Haftung entziehen darf. Dieser Befürchtung ist hier allerdings bereits mit dem Hinweis darauf zu begegnen, dass die Firma U.P... GmbH mit Sitz in M... nicht nachträglich nur zwecks Vereitelung eines möglichen Entschädigungsanspruches des Klägers ins Spiel gebracht wurde, sondern von vornherein schon in den Kontaktinformationen für Bewerber genannt wurde. Dass die Firma „U.P... GmbH“ keinen großen namentlichen Unterschied zur Firma der Beklagten beinhaltet, ist zwar richtig, jedoch unerheblich. Denn unstreitig handelt es sich bei beiden um rechtlich selbständige Schwestergesellschaften.

Im Übrigen ist es im Wirtschaftsleben nicht ungewöhnlich, dass sich Schwestergesellschaften im Konzernverbund in ihrer Firma nur marginal unterscheiden. Hinzu kommt letztlich auch hier der objektive Umstand, dass die Niederlassung B... ausweislich des Internetauftritts der Firma U.P... GmbH in M... zugeordnet ist. Die Beklagte hat keine Niederlassung in B... . Die Gefahr einer



nachträglichen Manipulation durch bloßen Austausch angeblich potenzieller Arbeitgeber bestand angesichts dieser objektiven Umstände also nicht.

2. Der Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG richtet sich nur gegen die potenzielle Arbeitgeberin, also nicht gegen die Beklagte. Zwar erwähnt § 15 Abs. 2 AGG anders als § 15 Abs. 1 AGG nicht ausdrücklich als Anspruchsgegner den Arbeitgeber. Auch enthält § 15 Abs. 2 AGG nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 18.3.2010 – 8 AZR 1044/08 –, zitiert nach juris Rn 37) eine eigenständige Anspruchsgrundlage für einen Entschädigungsanspruch. Dies ändert aber nichts daran, dass auch der Anspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG gegen die potenzielle Arbeitgeberin gerichtet werden muss. Darauf haben bereits zutreffend das Arbeitsgericht Düsseldorf (Urteil vom 18.9.2007 – 7 Ca 1969/07 -, zitiert nach juris Rn. 40 ff.) und das Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Urteil vom 14.2.2008 – 11 Sa 1939/07 -, zitiert nach juris Rn. 49) hingewiesen. Die erkennende Berufungskammer schließt sich dem an. Systematisch geht es im gesamten § 15 AGG allein um Ansprüche gegen den Arbeitgeber. Dies wird besonders deutlich durch § 15 Abs. 5 AGG, der regelt, dass sonstige Ansprüche gegen den Arbeitgeber aus anderen Rechtsvorschriften unberührt bleiben. Wollte § 15 AGG auch Ansprüche gegen Dritte regeln, so bliebe in § 15 Abs. 5 AGG völlig im Unklaren, was mit Ansprüchen aus sonstigen Rechtsgrundlagen gegen diese Dritte wäre. Auch wenn man zudem mit dem Bundesarbeitsgericht § 15 Abs. 2 AGG als eigenständige Anspruchsgrundlage sieht, so ist dennoch klar, dass die weiteren Voraussetzung des § 15 Abs. 1 AGG vorliegen müssen, nämlich ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot durch den Arbeitgeber. § 15 Abs. 2 AGG kann nicht ohne Absatz 1 gelesen werden. Im Übrigen sind die Probleme, die sich dadurch ergeben können, dass ein Arbeitgeber im Rahmen eines Auswahlverfahrens Dritte einbezieht, womöglich aber selbst anonym bleibt, anders zu lösen. Dem Bewerber kann gegebenenfalls gegenüber einem Personalvermittler ein Auskunftsanspruch eingeräumt werden.

Zudem dürfte die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG erst dann ihren Lauf beginnen, nachdem der Bewerber erstmals ohne eigene zu vertretende Verzögerung Kenntnis vom potenziellen Arbeitgeber erlangte.

3. Etwas anderes folgt auch nicht für den hier konkret zu beurteilenden Sachverhalt aus der Vorschrift des § 164 Abs. 1 BGB i.V.m. § 164 Abs. 2 BGB.

a. Gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB wirkt die Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen, wenn sie jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt. § 164 Abs. 2 BGB wiederum regelt, dass der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt, wenn der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt. Bereits aus allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und aus § 164 Abs. 1 BGB ergibt sich daher, dass der für einen anderen Handelnde selbst aus dem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet wird, wenn er seinen Vertreterwillen nicht erkennbar macht. § 164 Abs. 2 BGB schließt dazu ergänzend und folgerichtig das Anfechtungsrecht desjenigen aus, das dem ohne erkennbaren Vertreterwillen Handelnden an sich gemäß § 119 Abs. 1 BGB zustehen würde. Der angebliche Vermittler wird also verpflichtet, wenn er seine Vermittlerrolle nicht ausreichend deutlich macht (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 164 Rn. 16).

b. Die Beklagte hat vorprozessual zu keinem Zeitpunkt dem Kläger erkennbar hinreichend deutlich gemacht, nicht potenzielle Arbeitgeberin zu sein. Der Kläger weist insoweit zutreffend darauf hin, dass die Beklagte sich im gesamten vorprozessualen Schriftwechsel immer als potenzielle Arbeitgeberin aufgeführt hat. Darauf weisen bereits die Formulierungen im Ablehnungsschreiben hin. Der Umstand, dass im Bewerbungsschreiben als Kontaktinformation für Bewerber nicht die Beklagte genannt wird, sondern die U.P... GmbH, führt nicht dazu, dass damit hinreichend deutlich geworden ist, dass die Stelle nicht bei der Beklagten zu besetzen war. Zwar mag der äußerst sorgfältig lesende Interessent dieser Stellenausschreibung den Unterschied merken, dass einerseits die Post der Bewerber an die U.P.N... GmbH (Beklagte) geschickt werden soll, andererseits die U.P... GmbH jedoch in den Kontaktinformationen für Bewerber genannt wird. Damit drängt sich aber nicht auf und ist auch nicht ansatzweise für Bewerber erkennbar, dass ein Unterschied zwischen der U.P.N... GmbH und der U.P... GmbH besteht. Denn in beiden Fällen wird als Adresse die Anschrift in A... genannt unter Benennung von Frau K.B... . Dass ein Bewerber also allein aufgrund des fehlenden

Zusatzes „N...“ in den Kontaktinformationen hätte erkennen können, dass die U.P.N... GmbH nicht potentielle Arbeitgeberin sein wird, ist nicht anzunehmen.

Folglich ist jedenfalls vorprozessual im Bewerbungsverfahren die Beklagte nicht deutlich erkennbar im fremden Namen handelnd aufgetreten. Würde man daher für diesen Sachverhalt auch § 164 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 164 Abs. 2 BGB heranziehen, so könnte ihr entgegnet werden, dass ihr Mangel des Willens, im eigenen Namen handeln zu wollen, unbeachtlich bleiben müsse mit der Folge, dass sie über § 164 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 164 Abs. 2 BGB als „potentielle Arbeitgeberin“ anzusehen wäre.

c. Im Ergebnis trägt diese Argumentation jedoch nicht. Zum einen ist § 164 BGB nur auf Willenserklärungen anwendbar. Bei der Ablehnung einer Bewerbung handelt es sich aber nicht um eine Willenserklärung. Für diesen tatsächlichen Vorgang ist § 164 BGB nicht anwendbar, und zwar auch nicht analog.

aa. § 164 BGB gilt ausdrücklich nur für Willenserklärungen. Die Ablehnung einer Bewerbung ist allerdings keine Willenserklärung, sondern ein tatsächlicher Akt, eine bloße Mitteilung. Anders als eine Willenserklärung bringt sie einen Rechtsfolgewillen nicht zum Ausdruck, d.h. einen Willen, der auf die Begründung, inhaltliche Änderung oder Beendigung eines privaten Rechtsverhältnisses abzielt (vgl. dazu Palandt, Einführung vor § 116 Rn. 1).

bb. Zudem besteht kein Bedürfnis, § 164 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 164 Abs. 2 BGB im Bewerbungsverfahren analog für § 15 II AGG anzuwenden. Sinn und Zweck des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 164 Abs. 2 BGB besteht darin, einer Person einen vertraglichen Anspruchsgegner zu gewährleisten, wenn für die Person nicht erkennbar ist, dass ein Handeln im fremden Namen vorliegt. Schließt sie daraufhin ein Rechtsgeschäft ab, so soll sie einen nicht erkennbar für einen Dritten Handelnden selbst rechtsgeschäftlich in Anspruch nehmen dürfen. Für eine solche Haftung bei Rechtsgeschäften besteht auch ein Bedürfnis, denn den Dritten könnte sie nicht in Anspruch nehmen, weil in dessen Namen nicht gehandelt wurde. Anders ist jedoch die Sachlage bei § 15 Abs. 2 AGG. Hier kann der Bewerber den Dritten, der nicht erkennbar nach außen aufgetreten ist, dennoch kraft gesetzlicher Anordnung in Anspruch nehmen, sobald sich herausstellt, dass er der potenzielle Arbeitgeber war.

Es besteht also kein Bedürfnis dafür, „den Personalvermittler“ dann als Anspruchsgegner gemäß § 15 Abs. 2 AGG anzusehen, sofern er nicht erkennbar für einen Dritten gehandelt hat. Der Dritte als potenzieller Arbeitgeber bleibt Anspruchsgegner und muss sich zudem das Handeln des von ihm beauftragten Personalvermittlers zurechnen lassen. Probleme, die sich im Übrigen daraus ergeben können, dass der Bewerber aus zunächst von ihm nicht zu vertretenden Gründen unter Hilfe eines Anwaltes vorprozessual oder auch – wie hier – gerichtlich den „Falschen“ in Anspruch nimmt und folglich zusätzliche Kosten entstehen, lassen sich ohne weiteres lösen, und zwar entweder im Verhältnis zum Personalvermittler oder zum potentiellen Arbeitgeber. Dieser Gesichtspunkt ist aber kein Argument für eine Haftung des nicht erkennbar für einen Dritten handelnden Personalvermittlers gemäß § 15 II AGG.

Nach alledem ist die Klage bereits deshalb unbegründet, weil die Beklagte nicht Schuldnerin des Anspruches aus § 15 Abs. 2 AGG ist.

II. Ungeachtet dessen sind aber auch die Voraussetzungen für die Zahlung einer Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG nicht erfüllt. Zwar ist zu Gunsten des Klägers die Vermutung begründet, dass seine Bewerbung auch wegen seines Alters abgelehnt wurde. Der Beklagten ist es aber gelungen, den Beweis dafür zu führen, dass es ausschließlich ein anderer Grund war als das Alter, der zu der weniger günstigen Behandlung des Klägers geführt hat. Davon ist das Berufungsgericht mit dem gemäß § 286 Abs. 1 ZPO erforderlichen Grad überzeugt. Dazu im Einzelnen:

1. Aufgrund des Inhalts der Stellenausschreibung ist zunächst die Vermutung begründet, dass die Benachteiligung – Absage auf die Bewerbung – auch wegen des Alters des Klägers erfolgte.

a. § 11 AGG verbietet die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG. Eine Ausschreibung verstößt wiederum gegen § 7 Abs. 1 AGG, wenn Menschen, die ein in § 1 AGG genanntes Merkmal aufweisen, vom Kreis der für die zu besetzende Stelle in Betracht kommenden Personen ausgeschlossen werden (BAG, Urteil vom 19.8.2010 - 8 AZR 530/09 -, zitiert nach juris Rn. 57). Der Verstoß gegen die Verpflichtung, einen Arbeitsplatz nicht unter Verletzung von § 7

Abs. 1 AGG auszuschreiben, kann wiederum die Vermutung begründen, die Benachteiligung sei wegen des in der Ausschreibung bezeichneten verbotenen Merkmals erfolgt (BAG, Urteil vom 19.8.2010 - 8 AZR 530/09 -, zitiert nach juris Rn. 59).

§ 3 Abs. 2 AGG erfasst auch die mittelbare Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes. Eine solche liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen 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.

b. Der Inhalt der Ausschreibung enthält eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters.

aa. Dies gilt zwar nicht für die im Profil verlangte erste Berufserfahrung im Dienstleistungsbereich sowie Kontakt im Bereich der Personalauswahl. Ein solches Kriterium ist altersunabhängig. Damit werden nicht mittelbar bestimmte Altersgruppen ausgeschlossen, und zwar auch nicht bei typisierender Betrachtung. Denn angesichts der wechselhaften beruflichen Lebensläufe kann nicht typisierend davon gesprochen werden, dass ganz bestimmte Altersgruppen nur erste Berufserfahrungen im Dienstleistungsbereich sowie Kontakt im Bereich der Personalauswahl erwerben.

bb. Mittelbar diskriminiert die Stellenausschreibung jedoch durch den weiteren Inhalt, wo auf Berufserfahrung „ein bis zwei Jahre“ und Karrierestatus „Berufseinsteiger“ abgestellt wird. Zwar heißt es bei der Berufserfahrung nicht maximal ein bis zwei Jahre. Es wird aber auch nicht ausdrücklich betont, dass es sich nur um eine Mindestanforderung handelt. Entscheidend ist insoweit die Verknüpfung mit dem Karrierestatus „Berufseinsteiger“. Verlangene Merkmale in einer Stellenausschreibung ein bis zwei Jahre Berufserfahrung und darüber hinaus den Karrierestatus Berufseinsteiger, so werden damit typischerweise - und darauf stellt Kläger zutreffend ab – die Personengruppen erfasst, die gerade ihre Berufsausbildung

abgeschlossen haben und hinsichtlich ihres beruflichen Werdeganges am Anfang stehen. (vgl. zur Problematik der Merkmale „Berufseinsteiger“ und „erstes Berufs – oder Tätigkeitsjahr“ auch Reiserer, BB 2011, 703; Lipinski/Praß, BB 2011, 2175). Insoweit werden bei der gebotenen typisierenden Betrachtung (dazu BAG, Beschluss vom 18.08.2009 – 1 ABR 47/08 -; zitiert nach juris, Rn. 29) maximal Personen mit einem Lebensalter bis höchstens 30 Jahre erfasst. Der Kläger hat dies zutreffend in seiner Berufungsbegründung ausgeführt, wo er insbesondere auf den Begriff des Karrierestatus hinwies, der einen bestimmten Lebensabschnitt im beruflichen Werdegang umschreibt. Wenn dieser dann – wie in der Stellenausschreibung geschehen – anknüpft an das Merkmal Berufseinsteiger, so werden damit typischerweise Bewerber erfasst, die ihre berufliche Ausbildung oder ihr Studium abgeschlossen und allenfalls kurze berufliche Erfahrungen gesammelt haben. Dies sind aber typischerweise nicht Bewerber, die älter als 30 Jahre sind, jedenfalls nicht Bewerber wie der Kläger mit einem Lebensalter von über 40 Jahren. Das Berufungsgericht folgt deshalb nicht der Argumentation des Arbeitsgerichts.

2. Der Kläger erfuhr auch eine ungünstigere Behandlung in einer vergleichbaren Situation.

Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt voraus, dass der Bewerber objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet war. Denn vergleichbar ist die Auswahlsituation nur für die Bewerber, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen (BAG, Urteil vom 18.3.2010 - 8 AZR 77/09 -, zitiert nach juris Rn. 22). Maßgeblich für die objektive Eignung ist dabei nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, sondern die Anforderung, welche an die jeweilige Tätigkeit nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung gestellt wird. Die objektive Eignung ist zu trennen von der individuellen fachlichen und persönlichen Qualifikation des Bewerbers, die nur als Kriterium der Auswahlentscheidung auf der Ebene der Kausalität zwischen Benachteiligung und verbotenem Merkmal eine Rolle spielt. Bewerber, welche die auf der zu besetzenden Stelle auszuübenden Tätigkeiten grundsätzlich verrichten können, ohne aber jede Voraussetzung des Anforderungsprofils zu erfüllen, bedürfen des Schutzes vor Diskriminierung, weil gerade Anforderungsprofile in Stellenanzeigen häufig

Qualifikationen benennen, deren Vorhandensein der Arbeitgeber sich für den Idealfall zwar wünscht, die aber keineswegs zwingende Voraussetzung einer erfolgreichen Bewerbung sind (BAG, Urteil vom 18.3.2010 - 8 AZR 77/09 – Rn. 22).

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien wies der Kläger die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aus. Er ist ausgebildeter Betriebswirt. Er hat sich in seinem Studium mit Fragen des Personalmanagements befasst. Da mit der Stellenausschreibung ein Berufseinsteiger gesucht wurde, kann unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung und der vom Kläger in seinem Studium erlangten - wenn auch zunächst nur theoretischen - Kenntnisse nicht davon ausgegangen werden, dass er objektiv ungeeignet für die Stelle war. Gegen eine solche Annahme spricht auch insbesondere das Ablehnungsschreiben vom 5. Oktober 2011, wo ausgeführt wird, der Kläger erfülle wichtige Voraussetzungen für die Tätigkeit im Unternehmen, es gebe jedoch Mitarbeiter, die dem Anforderungsprofil bezüglich der Vertriebsaktivitäten noch näher gekommen seien. Die Ablehnung wird also nicht damit begründet, der Kläger sei schon von vornherein objektiv ungeeignet für die zu besetzende Stelle. Auf das konkrete Anforderungsprofil kommt es nicht an. Ein ausgebildeter Betriebswirt ist nach der Verkehrsauffassung grundsätzlich objektiv geeignet, als Personalvermittler zu arbeiten.

3. Auch die Kausalität zwischen der Benachteiligung - Ablehnung der Bewerbung – und dem verbotenen Merkmal ist zu vermuten. Denn es reicht für die Kausalität des verbotenen Merkmals aus, wenn in einem Motivbündel, das die Entscheidung beeinflusst hat, das Merkmal als Kriterium enthalten gewesen ist. (BAG Urteil vom 18.03.2010 -8 AZR 77/09; zitiert nach juris, Rn. 24). Angesichts des Inhaltes der Stellenausschreibung ist von einer solchen Vermutung auszugehen.

4. Der Beklagten ist es jedoch zur Überzeugung des Berufungsgerichts gelungen, den Beweis zu führen, dass das Lebensalter des Klägers bei ihrer Entscheidung, seine Bewerbung abzulehnen, überhaupt keine Rolle gespielt hat.

a. Wird die Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermutet, so trägt der Anspruchsgegner nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorlag. Zur Widerlegung der Vermutung einer Benachteiligung wegen des Alters muss der Arbeitgeber das

Gericht davon überzeugen, dass die Benachteiligung gerade nicht auf dem Alter beruhte. Er muss also Tatsachen vortragen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere Gründe waren als das Alter, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben (BAG, Urteil vom 19.8.2010 - 8 AZR 530/09 –, zitiert nach juris Rn. 61; BAG, Urteil vom 13.10.2011 - 8 AZR 608/10 - ; zit. nach juris Rn. 49).

b. Der Beweis, dass das verbotene Merkmal überhaupt keine Rolle bei der Ablehnung gespielt hat, kann z.B. hinsichtlich des Alters im Bewerbungsverfahren dadurch geführt werden, dass der Arbeitgeber beziehungsweise potentielle Arbeitgeber vorträgt und gegebenenfalls beweist, einen Bewerber mit ähnlichem Lebensalter des abgelehnten Bewerbers eingestellt zu haben. Es kann auch ein bewiesener Vortrag ausreichen, wonach altersgleiche Bewerber zu Einstellungsgesprächen eingeladen wurden. Insoweit fehlt es jedoch am Vortrag der Beklagten, denn sie behauptet nicht, einen älteren Bewerber auf die ausgeschriebene Stelle eingestellt zu haben. Sie trägt auch nicht dazu vor, welche Profile die Bewerber hatten, die gegebenenfalls zu Einstellungsgesprächen eingeladen wurden. Der Hinweis der Beklagten auf die Besetzung anderer Stellen durch ältere Bewerber trägt nicht. Dies kann nicht auf die hier zu besetzende Stelle übertragen werden. Die Sachverhalte können insoweit sehr unterschiedlich sein.

c. Die Beklagte begründet ihre Ablehnung und ihre Behauptung, dass dies der ausschließliche Grund für die Nichtberücksichtigung des Klägers sei, mit dem Hinweis darauf, dass der Kläger die Grundvoraussetzung für die Besetzung der Position nicht erfülle, nämlich eine hohe Affinität zum Vertrieb sowie praktische Erfahrungen. Unter Berücksichtigung der der Beklagten vorliegenden Bewerbungsunterlagen ist das Berufungsgericht zu der Überzeugung gelangt, dass es ausschließlich die berufliche Entwicklung des Klägers gewesen ist, die für die Beklagte Anlass war, ihm eine Absage zu erteilen. Das Gericht ist davon überzeugt, dass das Lebensalter des Klägers keine Rolle gespielt hat.

aa. Maßstab für die Überzeugungsbildung des Berufungsgerichts ist § 286 Abs. 1 ZPO. Danach hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier



Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Weniger als die Überzeugung von der Wahrheit reicht für das Bewiesensein nicht aus. Ein bloßes Glauben, Wähnen, für Wahrscheinlichhalten berechtigt den Richter nicht zur Bejahung des streitigen Tatbestandsmerkmals. Mehr als die subjektive Überzeugung wird aber auch nicht gefordert. Absolute Gewissheit zu verlangen hieße die Grenze menschlicher Erkenntnisfähigkeit zu ignorieren. Der Richter muss sich vielmehr mit seiner persönlichen Gewissheit begnügen, welche den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGHZ 61,169).

bb. Unter Berücksichtigung dieses Maßstabes ist das Berufungsgericht zu der subjektiven Überzeugung gelangt, dass es ausschließlich die Beurteilung des beruflichen Werdegangs unter Berücksichtigung der Anforderungen der Stellenausschreibung war, weshalb der Kläger eine Ablehnung erhielt.

(1.) In der Stellenausschreibung wurde ein Personalvermittler gesucht, und zwar u.a. mit den Aufgaben Gewinnung von Neukunden für den Bereich Personalvermittlung, Verantwortung des gesamten Rekrutierungsprozesses von der Auswahl und Vorstellung bis hin zur Vermittlung geeigneter Kandidaten und Aufbau eines Kandidatennetzwerkes. Im Profil heißt es dazu, erforderlich sei eine erste Berufserfahrung im Dienstleistungsbereich sowie Kontakt im Bereich der Personalauswahl, weiterhin u.a. kommunikative und vertriebliche Fähigkeiten sowie hohes Engagement.

Dem Kläger ist insoweit zuzugeben, dass im Profil nicht ausdrücklich bereits erlangte Vertriebskenntnisse gefordert werden, sondern vertriebliche Fähigkeiten, die ein Bewerber aber auch haben kann, ohne vorher insoweit praktische Erfahrung erlangt zu haben. Vertriebliche Fähigkeiten müssen nicht zwingend von praktischen Erfahrungen abhängen, sondern können sich auch aus dem Potenzial des Bewerbers ergeben. Wenn folglich zwar nicht ausdrücklich Vertriebs Erfahrungen verlangt werden, so lässt sich dennoch insgesamt dem Inhalt der Stellenausschreibung entnehmen, dass die Stelle besetzt werden sollte mit einem Bewerber oder einer Bewerberin, die bezogen auf die ausgeschriebenen Aufgaben bereits erste Berufserfahrungen erlangt hatte. Zwar beziehen sich die Berufserfahrungen nur auf den Dienstleistungsbereich. Bei verständiger Betrachtung

dieser Stellenausschreibung meint der Dienstleistungsbereich aber jenen Bereich, der sich mit Personalvermittlung und Rekrutierung von Personal befasst. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Hinweis zum Kontakt im Bereich der Personalauswahl. Mit anderen Worten: Zwar kann in die Stellenausschreibung nicht hineingelesen werden, es seien zwingend vorher praktische Vertriebserfahrungen Voraussetzung. Die Stellenausschreibung ist aber dahingehend zu verstehen, dass ein Bewerber gesucht wird, der bereits erste praktische Erfahrungen mit möglichst ein bis zwei Jahren Berufserfahrung im Bereich der Personalwirtschaft erlangt hat.

Gemessen an diesem Anforderungsprofil ist das Berufungsgericht davon überzeugt, dass die Ablehnung der Bewerbung allein motiviert war durch den Inhalt der Bewerbungsunterlagen, aus denen sich ergab, dass dem Kläger die gewünschte praktische Berufserfahrung im Bereich der Personalwirtschaft fehlte. Die Beklagte weist insoweit zutreffend darauf hin, dass der Kläger seit Ende seiner Ausbildung im Jahre 2002 bis zum Bewerbungszeitpunkt fast ausschließlich als Dozent lehrend und unterrichtend tätig war. Erste Berufserfahrung im Dienstleistungsbereich unter Berücksichtigung der in der Stellenausschreibung beschriebenen Aufgaben konnte er aber als Dozent nicht erlangt haben. Eine verständige Betrachtung der Stellenausschreibung führt dazu, dass die Berufserfahrung sich auf eine Tätigkeit im praktischen Bereich der Personalwirtschaft erstrecken muss, folglich pädagogische Berufserfahrungen nicht gemeint sind.

Zwar hat der Kläger ausweislich seines Lebenslaufes sich von Januar 2004 bis September 2006 auch als beratender Betriebswirt für die [www.h.-g....de](http://www.h.-g....de) mit der Bewerberauswahl und Organisation von Recruiting-Maßnahmen befasst. Entscheidend bleibt aber, dass bei Gesamtbetrachtung des Lebenslaufes die bisherige Tätigkeit des Klägers nahezu ausschließlich ihr Gepräge erhält durch die Dozententätigkeit. Das Berufungsgericht ist davon überzeugt, dass sich die Beklagte durch diesen beruflichen Werdegang des Klägers allein leiten ließ, um seine Bewerbung abzulehnen. Der Kläger mag zwar grundsätzlich objektiv geeignet gewesen sein unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung. Dies bedeutet aber keinen Widerspruch zu der Tatsache, dass sich die Entscheidung der Beklagten ausschließlich dadurch leiten ließ, dass sie den Kläger wegen seiner ganz überwiegenden Dozententätigkeit gemessen an den Anforderungen der

Stellenausschreibung konkret als nicht geeignet ansah und dieses als herausragend ansah, weshalb es plausibel ist, dass das Lebensalter für sie überhaupt keine Rolle spielte. Ein Widerspruch ist dies deshalb nicht, weil bei der Kausalität zwischen der Benachteiligung und dem Alter anders als bei der objektiven Eignung die konkreten Anforderungen der Stellenausschreibung zu beachten sind.

(2.) Das Berufungsgericht verkennt im Übrigen nicht, dass die bessere Eignung von Mitbewerbern eine Benachteiligung grundsätzlich nicht ausschließt. Denn dies folgt bereits aus dem eindeutigen Wortlaut des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG. Für die Überzeugung des Berufungsgerichts, dass das Alter bei der Ablehnung überhaupt keine Rolle gespielt hat, ist entscheidend, dass der berufliche Werdegang des Klägers erkennbar für die Beklagte sein Gepräge erhalten hat durch seine Tätigkeit als Dozent. Daran ändert auch nichts die relativ kurzzeitig daneben ausgeführte Tätigkeit als freier Mitarbeiter bei der [www.h.-g....de](http://www.h.-g....de), bei der er sich auch mit der Bewerberauswahl und Planung und Organisation von Recruiting-Maßnahmen zu befassen hatte. Der Lebenslauf des Klägers erhält sein Gepräge nach wie vor durch seine zehnjährige Dozententätigkeit. Für das Berufungsgericht ist es deshalb ohne weiteres nachvollziehbar, wenn die Beklagte ausführt, allein dies sei für sie Grund gewesen, die Bewerbung abzulehnen.

(3.) Bei der Überzeugungsbildung hat das Berufungsgericht auch berücksichtigt, dass die Beklagte nach Eingang der Bewerbung zu keinem Zeitpunkt hat erkennen lassen, dass das Alter des Klägers eine Rolle spielte. Sie hat – noch vor Geltendmachung der Entschädigung – sogleich im Ablehnungsschreiben den Grund der Absage von sich aus dargelegt, nämlich es habe Mitarbeiter gegeben, die dem Anforderungsprofil bezüglich der Vertriebsaktivitäten noch näher gekommen seien. Es kann also keine Rede davon sein, dass die Beklagte erst nach Erhebung des Diskriminierungsvorwurfs nach Gründen suchte. Sie hat sich bereits zum frühestmöglichen Zeitpunkt – Ablehnungsschreiben – auf den aus ihrer Sicht ursächlichen Grund der Absage berufen, von dem sie auch nach Klageerhebung nicht abweicht und konsequent bleibt. Widersprüchlichkeiten sind insoweit nicht erkennbar.

(4.) Weiter ist zu beachten, dass das ausgeschriebene Profil im Text weder mittelbar noch unmittelbar diskriminiert. Die Formulierung „Erste Berufserfahrung im Dienstleistungsbereich sowie Kontakt im Bereich des Personalwesens“ ist bezogen auf das Alter nicht zu beanstanden. (dazu oben II. 1.b.). Problematisch wird die Stellenanzeige erst durch die dem eigentlichen Ausschreibungstext nachfolgend beigefügten Merkmale Berufserfahrung und Karrierestatus. Da das Profil im Text bezogen auf das Alter nicht zu beanstanden ist, der Text zudem den eigentlichen Gehalt der Ausschreibung ausmacht, ist auch dies für das Gericht ein unterstützender Hinweis darauf, dass im Ergebnis das Alter für die Ablehnung des Klägers keine Rolle spielte.

cc. Das Berufungsgericht folgt daher nicht der Auffassung des Klägers, es sei der Beklagten nicht gelungen, darzulegen und zu beweisen, dass in dem Motivbündel für die Ablehnung das Alter überhaupt keine Rolle gespielt habe. Natürlich sieht sich das Berufungsgericht auch nicht in der Lage, mit absoluter Gewissheit anzunehmen, das Alter habe überhaupt keine Rolle gespielt. Verlangt man aber eine absolute Gewissheit, so würde dies die Grenze menschlicher Erkenntnisfähigkeit ignorieren. Das Berufungsgericht hat mit dem Maßstab der subjektiven Überzeugung keine erheblichen Zweifel daran, dass angesichts des beruflichen Werdeganges des Klägers fast ausschließlich als Dozent das Alter bei der Ablehnung unter Berücksichtigung der Anforderungen der Stellenausschreibung keine Rolle gespielt hat. Theoretisch denkbare letzte Zweifel, die immer bestehen, müssen zurücktreten.

dd. Es geht dabei auch nicht darum, dass der Beklagten so gestattet wird, angeblich unzulässig etwaige Gründe nachzuschieben und Anforderungen zu begründen, die sich nicht bereits aus der Stellenausschreibung ergeben. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass der gemäß § 15 Abs. 2 AGG in Anspruch Genommene bei der Widerlegung der Benachteiligungsvermutung nicht auf bestimmte Gründe beschränkt ist, auf die er sich vorher berufen hat. Die Parteien eines arbeitsgerichtlichen Rechtsstreites können materiell-rechtlich regelmäßig alle Tatsachen vortragen, aus denen sich das Bestehen des erhobenen Anspruchs oder sein Nichtbestehen ergeben soll. Das Verbot des Nachschiebens bestimmter Tatsachen kann über den Erfolg des Rechtsstreites entscheiden. Diese einschneidende Rechtsfolge kann aber nur dann angenommen werden, wenn sie sich aus dem materiellen Recht

unzweifelhaft herleiten lässt. An einer solchen gesetzlichen Bestimmung fehlt es (BAG, Urteil vom 17.8.2010 - 9 AZR 839/08 –, zitiert nach juris, Rn.26).

Unabhängig davon hat die Beklagte aber auch keine Gründe nachgeschoben. Sie würde missverstanden werden, wenn man sie darauf reduzierte, sie berufe sich nur auf nicht vorhandene Vertriebserfahrung. Entscheidend ist, dass dem Vortrag der Beklagten zu entnehmen ist, sie habe die praktische Erfahrung des Klägers vermisst, weil er ganz überwiegend als Dozent tätig gewesen sei. Dazu hat die Beklagte bereits erstinstanzlich im Schriftsatz vom 19. April 2012 ausgeführt und darauf hingewiesen, der Schwerpunkt der bislang durch den Kläger ausgeübten Tätigkeiten liege eindeutig im Bereich der Lehr- und Dozententätigkeit sowie im beratenden Bereich. Das Berufungsgericht ist davon überzeugt, dass die Beklagte sich bei Prüfung der ihr vorliegenden Bewerbungsunterlagen zur Ablehnung der Bewerbung ausschließlich von dem Schwerpunkt der bisherigen Tätigkeit des Klägers im Lehr- und Dozentenbereich leiten ließ. Der Sachgrund der Ablehnung ergab sich aus der Stellenausschreibung selbst, und zwar unabhängig davon, dass dort zwar nicht ausdrücklich praktische Vertriebserfahrung verlangt wurde, jedenfalls aber praktische erste Berufserfahrungen (ein bis zwei Jahre) im Bereich der Personalwirtschaft (vgl. zur Widerlegung einer vermuteten Benachteiligung im Stellenbesetzungsverfahren, wenn sich der Sachgrund aus der Stellenausschreibung selbst ergibt: Adomeit/Mohr, AGG, 2. Auflage 2011, § 22, Rn. 67).

Nach alledem ist die Berufung des Klägers mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen. Die Revision wird wegen grundsätzlicher Bedeutung zu den Fragen der Passivlegitimation und zu den Erfordernissen bei der Beweisführung hinsichtlich der „Nichtdiskriminierung“ durch den Arbeitgeber zugelassen.

gez. ...

gez. ...

gez. ...