


Gericht:	LArbG Berlin-Brandenburg 26. Kammer
Entscheidungsdatum:	11.10.2018
Aktenzeichen:	26 Sa 681/18
ECLI:	ECLI:DE:LAGBEBB:2018:1011.26SA681.18.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 11 AGG, § 22 AGG
Zitiervorschlag:	LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Oktober 2018 – 26 Sa 681/18 –, juris

Nicht diskriminierungsfreie Stellenausschreibung - Stellenbesetzung vor Eingang der Bewerbung

Leitsatz

1. Schreibt der Arbeitgeber eine Stelle entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG aus, kann dies die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass der/die erfolglose Bewerber/in im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde.
2. Es sprach viel dafür, dass die Beklagte die Stelle angesichts des vorgetragenen Inhalts unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben hat, da die Beklagte in der Stellenausschreibung dem interessierten Personenkreis ua ein "lockeres und junges 14-köpfiges Team" angeboten hat. Die Ansprache erfolgte mit "Du" und "Dich".
3. Die Vermutung, dass eine Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden ist, kann durch den Vortrag von Tatsachen, die im Bestreitensfall bewiesen werden müssen, widerlegt werden, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben.
 - a. Das kann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber substantiiert vorträgt und ggf. beweist, dass das Auswahlverfahren bereits abgeschlossen war, bevor die Bewerbung der klagenden Partei bei ihm eingegangen ist, was hier der Fall war.
 - b. Allerdings schließt der Umstand, dass eine ausgeschriebene Stelle bereits vor Eingang der Bewerbung der klagenden Partei besetzt wurde, nicht generell deren Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG aus (vgl. BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08, Rn. 42).
 - c. 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; 11. August 2016 - 8 AZR 406/14, Rn. 22).

Verfahrensgang

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 8. März 2018 – 63 Ca 16596/16 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Entschädigung angesichts einer Stellenausschreibung, in der die Beklagte dem interessierten Personenkreis ua ein „lockeres und junges 14-köpfiges Team“ anbot. Die Ansprache erfolgte mit „Du“ und „Dich“. Zudem wurde in der Stellenausschreibung darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Unternehmen der Beklagten um ein junges Unternehmen handele, das Anfang 2015 „gelauncht“ worden ist.
- 2 Der Kläger bewarb sich am 16. November 2016 auf die Stelle. Bereits am 8. November 2016 hatte ein anderer Bewerber einen Arbeitsvertrag in Bezug auf eine Stelle mit dem Stellenprofil unterschrieben. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2016 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass die Stelle bereits anderweitig vergeben sei.
- 3 Der Kläger hat die Ansicht vertreten, ihm stehe eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zu. Er sei im Stellenbesetzungsverfahren diskriminiert worden. Indiz sei die Formulierung der Stellenausschreibung.
- 4 Der Kläger hat beantragt,
- 5 die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung zu zahlen und diese mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinsatz hieraus seit dem 16. Dezember 2016 zu verzinsen.
- 6 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat im Wesentlichen vertreten, der Text in der Stellenausschreibung indiziere eine Diskriminierung nicht, zumal sich die Formulierung „junges Team“ darauf beziehe, dass das Unternehmen erst im Jahr 2015 gegründet worden sei.
- 7 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und das damit begründet, dass der Kläger keine Indizien vorgetragen habe, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen ließen, dass zwischen der benachteiligenden Behandlung und seinem Alter der erforderliche Kausalzusammenhang bestanden habe. Die Beklagte habe mit der Stellenausschreibung nicht Personen eines bestimmten Lebensalters ansprechen und andere ausschließen wollen. Die Beklagte habe lediglich die Ist-Situation beschrieben. Die Beschreibung des Teams korrespondiere mit der dargestellten jungen Unternehmenssituation. Die Anrede dürfte eher branchenspezifisch sein.
- 8 Der Kläger hat gegen das ihm am 17. Mai 2018 zugestellte Urteil am 22. Mai 2018 Berufung eingelegt und diese mit einem bei dem Arbeitsgericht am 16. Juli 2018 eingegangenen Schriftsatz begründet.
- 9 Der Kläger wiederholt unter Auseinandersetzung mit der angefochtenen Entscheidung unter Hinweis auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Themen-

kreis im Wesentlichen seinen erstinstanzlichen Vortrag. Soweit sich die Beklagte darauf berufe, die Stelle sei zum Zeitpunkt seiner Bewerbung schon besetzt gewesen, stehe dem entgegen, dass der Arbeitsvertrag nicht mit der Beklagten abgeschlossen worden sei.

- 10 Der Kläger beantragt,
- 11 das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 8. März 2018 – 63 Ca 16596/16 - abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16. Dezember 2016.
- 12 Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Sie wiederholt ebenfalls im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Es liege keine diskriminierende Stellenausschreibung vor. Die in den Entscheidungen des BAG maßgeblichen Formulierungen „Junior“ und „dynamisch“ seien nicht vergleichbar mit dem Begriff „locker“. Ein Kausalzusammenhang sei schon deshalb nicht erkennbar, da die Stelle bereits am 7. November 2016 an Herrn M. B. vergeben gewesen sei, und zwar mit einem Einstiegsgehalt in Höhe von nur 1.600 Euro. Insoweit legt sie einen durch den eingestellten Bewerber am 8. November 2016 und durch sie am 7. November 2016 unterzeichneten Arbeitsvertrag in Ablichtung vor. Soweit der Arbeitsvertrag auf die M. & Kollegen UG ausgestellt sei, beruhe das darauf, dass sie und ihre Muttergesellschaft einen Gemeinschaftsbetrieb führten. Sie trete nach außen auf und schreibe auch die Stellen aus. Bei ihr würden allerdings nur zwei Makler beschäftigt. Onlineredakteure würden ausschließlich bei der Muttergesellschaft angestellt. Eine weitere Stelle eines Onlineredakteurs habe nicht zur Disposition gestanden. Das Konstrukt sei auch dem Internetauftritt zu entnehmen. Zudem gehöre zu dem jungen lockeren Team eine Kollegin, die schon 1968 geboren sei.
- 13 Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Schriftsätze der Parteien vom 16. Juli, 10. und 19. September sowie vom 4. Oktober 2018 sowie auf das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 11. Oktober 2018.

Entscheidungsgründe

- 14 I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.
- 15 II. Die Berufung ist jedoch unbegründet, da die Klage unbegründet ist.
- 16 1) Die auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klage ist zulässig, insbesondere ist der Klageantrag hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger durfte die Höhe der von ihm begehrten Entschädigung in das Ermessen des Gerichts stellen. § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG räumt dem Gericht bei der Höhe der Entschädigung einen Beurteilungsspielraum ein, weshalb eine Bezifferung des Zahlungsantrags nicht notwendig ist. Der Kläger hat auch Tatsachen benannt, die das Gericht bei der Bestimmung der Höhe der Entschädigung heranziehen soll und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angeben. Insoweit geht er davon aus, dass der von ihm mit 5.000,00 Euro bezifferte Mindestbetrag zwei Bruttomonatsgehältern entspricht (vgl. BAG 23. November 2017 – 8 AZR 604/16, Rn. 14).

- 17 2) Die Klage ist jedoch unbegründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung. Ein solcher Anspruch folgt nicht aus § 15 Abs. 2 AGG. Die Beklagte hat den Kläger nicht wegen seines Alters benachteiligt.
- 18 a) Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist, dass der/ die abgelehnte Bewerber/in entgegen § 7 Abs. 1 AGG wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes - ua. wegen des Alters, des Geschlechts und/oder der ethnischen Herkunft - unmittelbar oder mittelbar benachteiligt wurde.
- 19 aa) § 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 des Alters, des Geschlechts und/oder der ethnischen Herkunft, eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Demgegenüber liegt nach § 3 Abs. 2 AGG eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG 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.
- 20 bb) Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst allerdings nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung „wegen“ eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der benachteiligenden Behandlung und dem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen. Soweit es um eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG geht, ist hierfür nicht erforderlich, dass der betreffende Grund iSv. § 1 AGG das ausschließliche oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Benachteiligenden ist; er 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. Geht es hingegen um eine mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG, ist der Kausalzusammenhang dann gegeben, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG erfüllt sind, ohne dass es einer direkten Anknüpfung an einen Grund iSv. § 1 AGG oder eines darauf bezogenen Motivs bedarf (vgl. BAG 23. November 2017 - 8 AZR 604/16, Rn. 21).
- 21 cc) § 22 AGG sieht für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen im Hinblick auf den Kausalzusammenhang eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe vermuten lassen, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat (vgl. etwa BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 736/15, Rn. 26).
- 22 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 der in § 1 AGG genannten Gründe erfolgt. Dabei sind alle Um-

stände des Rechtsstreits in einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (vgl. BAG 26. Januar 2017 - 8 AZR 736/15, Rn. 27 mwN).

- 23 dd) Schreibt der Arbeitgeber eine Stelle entgegen § 11 AGG unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG aus, kann dies die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen, dass der/die erfolglose Bewerber/in im Auswahl-/Stellenbesetzungsverfahren wegen eines Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt wurde. Zwar verweist § 11 AGG nach seinem Wortlaut nur auf § 7 Abs. 1 AGG, allerdings muss die Bestimmung so ausgelegt werden, dass ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG und damit ein Verstoß gegen § 11 AGG nicht vorliegt, wenn eine mögliche mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG nach § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG gerechtfertigt oder eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG nach §§ 8, 9 oder § 10 AGG zulässig ist (vgl. BAG 23. November 2017 - 8 AZR 604/16, Rn. 24).
- 24 b) Danach spricht allerdings bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zunächst viel dafür, dass die Beklagte die Stelle angesichts des vorgetragenen Inhalts unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben hat. Das hätte auch die Vermutung iSv. § 22 AGG begründen können, dass der Kläger im späteren Auswahlverfahren wegen seines Alters benachteiligt werden worden ist. Die Vermutung ist allerdings schon dadurch widerlegt, dass die Stelle besetzt worden war, bevor die Bewerbung des Klägers bei der Beklagten eingegangen ist.
- 25 aa) Die Vermutung, dass eine Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben worden ist, kann durch den Vortrag von Tatsachen, die im Bestreitensfall bewiesen werden müssen, widerlegt werden, aus denen sich ergibt, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung geführt haben. Das kann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber substantiiert vorträgt und ggf. beweist, dass das Auswahlverfahren bereits abgeschlossen war, bevor die Bewerbung der klagenden Partei bei ihm eingegangen ist. In solchen Konstellationen fehlt es regelmäßig auch schon an einer vergleichbaren Lage iSd. § 3 Abs. 1 AGG. Der erfolgreiche Bewerber hatte sich auf eine ausgeschriebene, noch offene Stelle beworben, die nicht mehr berücksichtigte Person hingegen auf eine noch ausgeschriebene, aber nicht mehr offene, sondern bereits besetzte Stelle. Allerdings schließt der Umstand, dass eine ausgeschriebene Stelle bereits vor Eingang der Bewerbung der klagenden Partei besetzt wurde, nicht generell deren Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG aus (vgl. 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; 11. August 2016 - 8 AZR 406/14, Rn. 22).
- 26 bb) Hier war das Besetzungsverfahren angesichts des bereits am 8. November 2016 mit einem früheren Bewerber abgeschlossenen Arbeitsvertrags beendet, bevor die Bewerbung des Klägers am 16. November 2016 bei der Beklagten eingegangen ist. Davon geht die Kammer unter Würdigung der Gesamtumstände (§ 286 ZPO) aus.
- 27 (1) Insoweit kommt es zunächst nicht darauf an, dass der erfolgreiche Bewerber die Stelle zum Zeitpunkt der Bewerbung bereits angetreten hat. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem das Bewerbungsverfahren abgeschlossen war. Davon kann regelmäßig zu dem Zeitpunkt ausgegangen werden, zu dem zwischen dem Arbeitgeber und der anderwei-

tigen Bewerberin oder dem anderweitigen Bewerber ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist. Das war hier am 8. November 2016 und damit deutlich vor Eingang der Bewerbung des Klägers bei der Beklagten der Fall. Soweit der Kläger die anderweitige Stellenbesetzung bestreitet, steht das dem nicht entgegen. Der Kläger hat die Echtheit der Arbeitsvertragsurkunde nicht bestritten. Darauf ist die Klägervertreterin in der Berufungsverhandlung ausdrücklich angesprochen worden. Sie hat erklärt, die Echtheit der Urkunde nicht bestreiten, insbesondere auch keine Urkundefälschung vortragen zu wollen. Der Kläger hat auch nicht vorgetragen, dass es sich insoweit um ein Scheingeschäft gehandelt haben soll. Er hat sich vielmehr darauf beschränkt, die anderweitige Besetzung der Stelle mit dem Argument zu verneinen, der Arbeitsvertrag sei nicht mit der Beklagten, sondern mit der „M. & Kollegen UG“ abgeschlossen worden. Das steht nach dem Ergebnis der Berufungsverhandlung der Annahme einer Beendigung des Bewerbungsverfahrens vor Eingang der Bewerbung des Klägers aber nicht entgegen. Unabhängig davon, ob in diesem Fall die Beklagte die richtige Klagegegnerin gewesen wäre, ist nach dem Ergebnis der Verhandlung die Stelle für einen durch die Beklagte und die M. & Kollegen UG gemeinsam geführten Betrieb (Gemeinschaftsbetrieb) ausgeschrieben worden. Der Bewerber ist auch für diesen Betrieb eingestellt worden. Auch das ist seitens der Beklagten schriftsätzlich und ergänzend im Termin nachvollziehbar dargestellt worden. Es besteht eine einheitliche Leitung. Die Räumlichkeiten am M. 42 in Berlin werden gemeinsam genutzt. Die Beklagte tritt für beide Unternehmen nach außen im Internetportal auf. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten war es nicht beabsichtigt, für diesen Betrieb mehr als eine Stelle für eine Onlineredakteurin oder einen Onlineredakteur auszuschreiben. Der Arbeitsvertrag sollte von Anfang an auch nicht mit der Beklagten, sondern mit der M. & Kollegen UG geschlossen werden, bei der auch alle anderen Onlineredakteure angestellt sind.

- 28 (2) Selbst wenn man dem Kläger aufgrund der im Internet belassenen Stellenausschreibung Bewerber- und damit Beschäftigtenstatus zubilligt, hat die Beklagte den Kläger gerade deswegen nicht in die Auswahl bei der Stellenbesetzung einbezogen, weil sie ihn in Ermangelung einer im Zeitpunkt der Besetzung vorliegenden Bewerbung weder einbeziehen konnte noch einbeziehen musste. Es liegt auch kein Fall vor, in dem eine bereits vor Eingang einer Bewerbung erfolgte Stellenbesetzung gleichwohl zu einer Benachteiligung des nicht berücksichtigten Bewerbers führt. Anhaltspunkte für eine diskriminierende Gestaltung des Bewerbungsverfahrens sind weder den Feststellungen der Vorinstanzen noch dem Akteninhalt zu entnehmen. Die Beklagte hat die Stelle zum Beispiel nicht vor Ablauf einer von ihr selbst gesetzten Bewerbungsfrist mit dem eingestellten Bewerber besetzt (vgl. dazu BAG 17. August 2010 - 9 AZR 839/08, Rn. 27 ff.). Die Beklagte hat den Vertrag nicht vor dem Ablauf einer vorgesehenen Bewerbungsfrist abgeschlossen. Die Stelle ist nicht befristet ausgeschrieben gewesen. Dem Abschluss des Arbeitsvertrages ging zudem ein mehrwöchiges Bewerbungsverfahren voraus, in dessen Rahmen der erfolgreiche Bewerber schließlich ausgewählt worden ist. Das hat die Beklagte im Rahmen der Berufungsverhandlung unwidersprochen glaubhaft vorgetragen.
- 29 3) Mangels Bestehens einer Hauptforderung stehen dem Kläger auch die geltend gemachten Zinsen nicht zu.
- 30 III. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.
- 31 IV. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

