

LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

2 Sa 321/13

7 Ca 61/13

(Arbeitsgericht Würzburg - Kammer Aschaffenburg -)

Datum: 13.11.2013

Rechtsvorschriften: §§ 3, 7, 11, 15, 22 AGG

Leitsatz:

Indiz in der Stellenausschreibung (Anforderungsprofil "jung") dadurch widerlegt, dass der Arbeitgeber jedenfalls einen älteren Bewerber, der dann auch eingestellt wurde, vor Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs des Klägers zum Vorstellungsgespräch eingeladen hat.

Urteil:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Würzburg - Kammer Aschaffenburg - vom 07.05.2013, Az. 7 Ca 61/13, wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über eine Entschädigung wegen Altersdiskriminierung.

Der am 11.07.1964 geborene Kläger hat sich auf eine Stellenausschreibung der Beklagten im Internetportal "StepStone" für die Position eines Objektleiters mit Schreiben vom 11.09.2012 (Bl. 5 d. A.) beworben. Seine Gehaltsvorstellungen gab der Kläger mit verhandlungsfähigen 66.000,- EUR brutto pro Jahr zuzüglich einer erfolgsabhängigen Vergütung an.

Bei der Beklagten mit Sitz in K... handelt es sich um ein mittelständisches Unternehmen mit dem Schwerpunkt Industrieservice. Hierzu gehören Dienstleistungsmodul wie Fluid-Management, Wartung sowie Maschinenpflege. Mitarbeiter der Beklagten in vergleichbaren Positionen wie dem eines Objektleiters erhalten ein Jahresgehalt von ca. 39.000,- EUR brutto inklusive erfolgsabhängige Vergütungsbestandteile.

Seit Juli 2004 betreibt der Kläger ein Ingenieurbüro in F.... Dort ist er befasst mit dem Vertrieb und der Projektierung von Fassadensystemen im Industrie- und Gewerbebau sowie mit dem Vertrieb und der Projektierung von Heizungs-, Klimatisierungs- und Lüftungssystemen sowie elektrischen Begleitheizungssystemen in der technischen Gebäudeausrüstung. Davor war er in anderen Firmen Verkaufsleiter sowie Niederlassungsleiter und hatte dabei auch Mitarbeiterführungsaufgaben.

Die Stellenanzeige der Beklagten (Bl. 4 d. A.) für die Position eines Objektleiters/Kundenbetreuers für die Region Süd-Ost (Raum R...) enthält Folgendes:

"Wir sind ein führendes mittelständisches Dienstleistungsunternehmen mit dem Schwerpunkt Industrieservice. Mit Komplettlösungen gegliedert in einzelne Dienstleistungsmodul wie Fluid-Management, Wartung sowie Maschinenpflege haben wir in den vergangenen 20 Jahren Maßstäbe gesetzt.

Objektleiter/Kundenbetreuer für die Region Süd-Ost (Raum R...)

Ihre Aufgaben:

Zu Ihren Aufgaben zählt neben der Betreuung und dem Ausbau bestehender Kunden auch die Neukundenakquise im gesamten Bereich Industriedienstleistungen sowie die Auswahl, Führung und Kontrolle der Mitarbeiter.

Ihr Profil:

Qualitätsorientiertes Arbeiten, Sozialkompetenz, jung, dynamisch, teamorientiertes Arbeiten, Reklamationsbearbeitung, Dienstleistungsorientierung, sicheres & gewandtes Auftreten, Personalführung, ausgeprägtes Organisationsgeschick, zukommendes Wesen, Freundlichkeit und Belastbarkeit. Eine erfolgreich abgeschlossene Qualifizierung zum/zur Meister/in ist von Vorteil.

*Firmenfahrzeug und Handy werden Ihnen selbstverständlich gestellt.
Samstag ist Regelarbeitstag.
Bewerbungen bitte mit Angabe der Gehaltsvorstellung und frühestmöglichem Eintrittstermin."*

Das Mitglied des Vorstands der Beklagten, S..., notierte auf dem Ausdruck eines E-Mailschreibens der Mitarbeiterin der Personalabteilung, Frau Rö..., vom 12.09.2012, mit dem diese ihm die Bewerbungsunterlagen des Klägers vorgelegt hatte, Folgendes: "Zu Teuer! Absagen".

Die Beklagte hat den Kläger nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Am 18.09.2012 fragte der Kläger telefonisch nach dem Stand seiner Bewerbung bei der Beklagten nach. Bei diesem Telefonat wurde dem Kläger eine Absage erteilt. Weiterhin erhielt der Kläger eine schriftliche Absage der Beklagten vom 21.09.2012 (Bl. 7 d. A.).

Mit Schreiben vom 25.10.2012 machte der Kläger gegen die Beklagte Entschädigungsansprüche wegen Altersdiskriminierung geltend (Bl. 8 f. d. A.). Mit Schreiben vom 07.11.2012 (Bl. 10 f. d. A.) wies die Beklagte dies zurück.

Mit Klageschrift vom 01.01.2013, beim Arbeitsgericht eingegangen am 09.01.2013, fordert der Kläger eine Entschädigung, die er in das Ermessen des Gerichts stellte, nebst Zinsen. Der Kläger stellte sich eine Entschädigungssumme von drei Gehältern mit einem Betrag von 16.500,-- EUR brutto vor. Die Klage wurde der Beklagten am 14.01.2013 zugestellt.

Der Kläger hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, er sei wegen seines Alters nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Die Beklagte habe in der Stellenanzeige mit dem Begriff "jung" deutlich gemacht, dass das Alter bei der Auswahl der Bewerber ebenfalls eine Rolle spiele. Mit 48 Jahren sei der Kläger nicht mehr als jung einzustufen. Es handele sich um eine ernstgemeinte Bewerbung. Dies ergebe sich bereits aus dem Bewerbungsschreiben, in dem zum Ausdruck komme, dass der Kläger mit dem Erfolg seines Ingenieurbüros nicht zufrieden sei. Der Kläger erfülle auch die Anforderungen der ausgeschriebenen Position. Er sei Verkaufs- und Niederlassungsleiter mit Mitarbeiterführung gewesen. Die Stellenanzeige erwähne nicht, dass auch Erfahrungen im Dienst-

leistungsbereich Voraussetzung seien. Diese Voraussetzungen könne die Beklagte nicht verlangen. Der Kläger sei objektiv geeignet für die Position. Außerdem habe der Kläger seine Gehaltsvorstellungen als "verhandelbar" bezeichnet. Vor diesem Hintergrund hätte dem Kläger die Chance eines Vorstellungsgesprächs eingeräumt werden müssen. Selbst wenn die Beklagte ältere Bewerber eingeladen hätte, sei dies erst nach einer Absage an den Kläger geschehen. Deshalb sei eine mögliche Einladung älterer Bewerber unerheblich, da dem Kläger bereits wegen seines Alters eine Chance versagt worden sei.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt.

die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger eine der Höhe nach in das Ermessen des Gerichtes gestellte Entschädigung zu bezahlen und diese mit 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz, hieraus seit 08.11.2012, zu verzinsen.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hält eine Benachteiligung wegen des Alters nicht für gegeben. Die Beklagte habe den Kläger wie jeden anderen Bewerber behandelt. Der Kläger sei nicht eingeladen worden, weil er nicht die erforderliche Erfahrung für die ausgeschriebene Tätigkeit habe. Die ausgeschriebene Stelle bestehe insbesondere in der Betreuung und im Ausbau bestehender Kunden sowie der Neukundenakquise im gesamten Bereich der Industriedienstleistungen sowie die Auswahl, Führung und Kontrolle der Mitarbeiter. Diese Anforderungen könne der Kläger nicht erfüllen, da er insbesondere keine Erfahrung im Industriedienstleistungsbereich habe. Weiterhin sei der Kläger nicht eingeladen worden, weil seine Gehaltsvorstellungen zu hoch gewesen seien und damit nicht in das Gehaltsgefüge der Beklagten gepasst hätten. Das Vorstandsmitglied S... habe deshalb bei Sichtung der Bewerbungsunterlagen des Klägers vermerkt, dass diesem abzusagen sei, da "zu teuer". Das Lebensalter des Klägers sei dabei nicht relevant gewesen. Es handele sich auch nicht um eine ernsthafte Bewerbung, da der Kläger als Selbständiger in F... ein Ingenieurbüro be-

treibe. Schließlich sei ein mögliches Indiz für eine Altersdiskriminierung auch bereits dadurch widerlegt, dass die Beklagte nicht nur ältere Bewerber zu Bewerbungsgesprächen eingeladen habe, sondern schließlich auf die ausgeschriebene Position einen Mitarbeiter eingestellt habe, der älter als der Kläger sei. Eingeladen worden seien ein Herr G..., geboren am 21.03.1960, ein Herr J..., geboren am 14.11.1960 und eine Frau Fa..., geboren am 10.01.1956. Eingestellt worden sei schließlich Herr J....

Das Arbeitsgericht hat nach Einvernahme der Zeuginnen Rö... und Sk... die Klage abgewiesen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 07.05.2013 (Bl. 61 - 66 d. A.) Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung damit begründet, dass der Kläger als Bewerber auf die ausgeschriebene Stelle seinen Anspruch zwar rechtzeitig sowohl außergesichtlich als auch gerichtlich geltend gemacht habe. Auch lägen Indizien vor, die eine unzulässige Benachteiligung des Klägers wegen dessen Alters vermuten lassen, da in der Stellenanzeige ein Mitarbeiter gesucht werde, der unter anderem "jung" sein solle. Die Beklagte habe aber Tatsachen vorgetragen und bewiesen, die die Vermutung einer Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters widerlegt hätten. Beide vernommenen Zeuginnen, Mitarbeiterinnen der Personalabteilung der Beklagten, hätten bestätigt, dass Bewerber zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden seien, die ein Geburtsjahr vor 1964, dem Geburtsjahr des Klägers, aufwiesen. Zwei dieser Bewerber seien im Jahr 1960 geboren und damit älter als der Kläger. Beide Zeuginnen hätten auch übereinstimmend bestätigt, dass der Bewerber J..., geboren 1960, von der Beklagten für die ausgeschriebene Position eingestellt worden sei. Beide Zeuginnen seien auch glaubwürdig. Entgegen der Auffassung des Klägers sei nicht relevant, dass der zeitliche Ablauf sich derart gestaltet habe, dass zunächst eine Absage an den Kläger erteilt worden sei und erst danach die älteren Bewerber zu Vorstellungsgesprächen eingeladen worden seien. Es sei für das Gericht nicht ersichtlich, dass die Beklagte während des laufenden Stellen-ausschreibungs- und Bewerbungsverfahrens zunächst das Lebensalter als mitentscheidend angesehen haben sollte und hiervon erst im weiteren Verlauf wieder Abstand genommen habe. Vielmehr sei nachvollziehbar, dass im Verlauf eines Bewerbungsverfahrens in zeitlich unterschiedlicher Reihenfolge Bewerbungen eingingen, die sodann zu verschiedenen Zeitpunkten bzw. gebündelt zu einem späteren Zeitpunkt in Bewerbungsgesprächen münden.

Wegen der weiteren Einzelheiten der erstinstanzlichen Begründung des Urteils wird auf Bl. 76 bis 81 d. A. verwiesen.

Das Urteil des Arbeitsgerichts vom 07.05.2013 ist den Klägervertretern am 17.05.2013 zugestellt worden.

Die Klägervertreterin legte gegen dieses Urteil mit Schriftsatz vom 13.06.2013, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tage eingegangen, Berufung ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 24.06.2013, eingegangen am 04.07.2013.

Der Kläger begründet seine Berufung damit, dass das Gericht aufgrund einer unrichtigen Aussage der Zeuginnen Rö... und Sk... zu einer falschen Überzeugung gelangt sei. Tatsächlich sei Herr J... nicht als Objektleiter/Kundenbetreuer eingestellt worden, sondern als Serviceleiter für N.... Herr J... habe auch in etwa das Gehalt bekommen, das der Kläger als seine verhandelbare Gehaltsvorstellung mitgeteilt habe. Erst nachdem der Kläger einen Entschädigungsanspruch geltend gemacht habe, seien ältere Bewerber zu Vorstellungsgesprächen eingeladen worden. Insbesondere werde bestritten, dass auch der Zeuge J... sich auf die ausgeschriebene Stelle, auf die sich auch der Kläger beworben hatte, seinerseits beworben habe. Das von der Beklagten vorgelegte Bewerbungsschreiben (Bl. 129 d. A.) enthalte keine Unterschrift. Bestritten werde, dass das Jahresgehalt des Zeugen J... insgesamt 54.000,-- EUR betragen habe, wie die Beklagte zugestanden habe.

Der Kläger beantragt daher im Berufungsverfahren:

Das Urteil des Arbeitsgerichtes Würzburg vom 07.05.2013, Az.: 7 Ca 61/13, wird abgeändert und die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Entschädigung zu bezahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichtes gestellt wird und die ab 08.11.2012 mit 5 %-Punkten Zinsen über dem Basiszinssatz zu verzinsen ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Berufung bereits unzulässig sei.

Richtig sei, dass im Arbeitsvertrag des Herrn J... die Stellenbezeichnung "Serviceleiter" gewählt worden sei. Die Beklagte habe von Anfang an mit der gegenständlichen Stellenausschreibung einen sogenannten "Serviceleiter" einstellen wollen. Herr J... habe sich ausdrücklich seines Bewerbungsschreibens ausdrücklich auf die Stelle "Objektleiter/Kundenbetreuer" beworben. Bei der Einstellung des Herrn J... habe es sich genau um die Einstellung auf die ausgeschriebene Stelle gehandelt. Die Region Süd-Ost umfasse sowohl den Raum R..., als auch den Raum N.... Eine andere ausgeschriebene Stelle, wie etwa "Serviceleiter Raum N...", auf die sich der Kläger hätte bewerben können oder auf welche der Kläger eingestellt worden wäre, habe es nicht gegeben. Die Zeuginnen Rö... und Sk... hätten daher zutreffend bestätigt, dass der Herr J... auf die Stellenausschreibung als "Objektleiter/Kundenbetreuer" eingestellt worden sei. Die ausgeschriebene Stelle habe auch im Rahmen von 3.000,- bis 3.500,- EUR monatlich besetzt werden sollen. Dass der eingestellte Herr J... später ein monatliches Gesamtgehalt von 4.500,- EUR erhalten habe, basiere ausschließlich auf dem Umstand, dass der Beklagten für den Zeugen J... ein 50 %-iger Zuschuss von der Bundesagentur für Arbeit gewährt worden sei. Auch das dem Herrn J... letztlich gezahlte Entgelt habe immer noch 12.000,- EUR unter den vom Kläger angegebenen Gehaltsvorstellungen gelegen ohne Berücksichtigung der vom Kläger gewünschten erfolgsabhängigen Vergütung.

Unzutreffend sei, dass ältere Bewerber zu den Vorstellungsgesprächen erst eingeladen worden seien, nachdem der Kläger seine Entschädigungsansprüche geltend gemacht habe. Die Beklagte habe das Geltendmachungsschreiben des Klägers am 30.10.2012 zugestellt erhalten. Der tatsächlich eingestellte Mitarbeiter, Herr J..., sei bereits am 17.10.2012 zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden, das am 25.10.2012 stattgefunden habe.

- 8 -

Das Bewerbungsschreiben des Herrn J... vom 15.10.2012 habe die Beklagte per E-Mail erreicht. Dies sei der Grund dafür, dass sich eine Unterschrift unter dem Schreiben nicht befunden habe.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 24.06.2013 (Bl. 107 - 110 d. A.), vom 29.08.2013 (Bl. 130, 131 d. A.) und vom 04.11.2013 (Bl. 143 d. A.) sowie auf die Schriftsätze der Beklagten vom 06.08.2013 (Bl. 125 - 129 d. A.) und vom 13.09.2013 (Bl. 135 - 138 d. A.) verwiesen. Darüber hinaus wird auf die von den Parteien abgegebenen Erklärungen in der mündlichen Verhandlung vom 13.11.2013 (Bl. 145 d. A.) verwiesen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Berufung des Klägers ist zulässig.

Sie ist statthaft, § 64 Abs. 1, 2 b ArbGG, und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO. Der Kläger greift das Ersturteil insbesondere durch neuen Tatsachenvortrag an, der Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung nähren soll (vgl. § 529 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO).

B.

Die Berufung ist sachlich jedoch nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme mit ausführlicher und überzeugender Begründung die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht folgt den Erwägungen des Erstgerichts in vollem Umfang. Insoweit wird auf eine bloß wiederholende Darstellung im Hinblick auf § 69 Abs. 2 ArbGG verzichtet. Die Berufungsangriffe sind nicht geeignet, zu einer vom Erstgericht abweichenden

Entscheidung zu kommen. Auch das Berufungsgericht ist der Überzeugung, dass der Kläger zu einem Vorstellungsgespräch nicht wegen seines Alters - auch nicht als Teil eines Motivbündels – nicht eingeladen worden ist.

Im Hinblick auf die Berufungsangriffe ist lediglich noch Folgendes anzumerken:

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der das erkennende Gericht folgt, liegt ein Nachteil im Rahmen einer Auswahlentscheidung, insbesondere bei der Einstellung oder Beförderung, bereits dann vor, wenn der Beschäftigte nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorab ausgeschieden wird. Die Benachteiligung liegt in der Versagung einer Chance. Wie sich aus § 15 Abs. 2 AGG ergibt, ist auch dann, wenn der Bewerber selbst bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, ein Entschädigungsanspruch nicht ausgeschlossen, sondern nur der Höhe nach begrenzt. Da die ungünstigere Behandlung bereits in der Versagung einer Chance liegt, ist es irrelevant, ob es im Zuge des Auswahlverfahrens später tatsächlich zu einer Einstellung oder Beschäftigung eines anderen Bewerbers kommt. Der Bewerber hat Anspruch auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren, der unabhängig von dessen Ausgang besteht (BAG vom 23.08.2012 - 8 AZR 285/11 - RdNrn. 22 und 23 m. w. N., zitiert nach juris).

Zu Recht ist das Arbeitsgericht jedoch davon ausgegangen, dass das Bewerbungsverfahren bezüglich der vom Kläger geltend gemachten Benachteiligung wegen Alters diskriminierungsfrei abgelaufen ist. Die erstinstanzliche Beweisaufnahme hat ergeben, dass jedenfalls zwei Bewerber zu Vorstellungsgesprächen eingeladen worden sind, die älter sind als der Kläger, nämlich Herr G... und Herr J.... Diese Feststellungen sind vom Kläger nicht angegriffen worden.

Aufgrund der Aussagen der Zeuginnen war das Erstgericht auch überzeugt, dass der Bewerber J... von der Beklagten auf die ausgeschriebene Position eingestellt wurde. Das Arbeitsgericht hat ausführlich zur Glaubwürdigkeit der Zeuginnen Stellung genommen und diese bejaht. Dass der Arbeitsvertrag, der dann mit Herrn J... geschlossen wurde, als Tätigkeitsbezeichnung nicht Objekt/Kundenbetreuer, sondern Serviceleiter enthält, und dass sich dessen Arbeitsplatz sodann in N... befunden hat, sagt nichts darüber aus, dass sich Herr J... nicht auf die ausgeschriebene Stelle beworben hat. Es ist nämlich für die Frage

der Benachteiligung im Auswahlverfahren irrelevant, wie dieses Auswahlverfahren endet. Entscheidend ist lediglich, dass der Kläger sowie Herr J... am selben Auswahlverfahren teilgenommen haben.

Soweit der Kläger vorträgt, dass Herr J... erst nach der Geltendmachung der Entschädigungsansprüche zu einem Bewerbungsverfahren eingeladen worden sei, ist diese Behauptung zunächst ersichtlich ins Blaue hinein erfolgt. Die Zeugin Sk... hat in ihrer Vernehmung ausdrücklich bestätigt, dass Herr J... zu einem Gespräch am 17.10.2012 eingeladen wurde. Die Beklagte hat die per E-Mail versandte Einladung zum Vorstellungsgespräch am 25.10.2012 zunächst ohne Namensnennung, später mit Schriftsatz vom 13.09.2013 mit Namensnennung des Herrn J... vorgelegt (Bl. 138 d. A.). Der Tatsache der Einladung am 17.10.2012 ist der Kläger mit Schriftsatz vom 04.11.2013 nicht mehr entgegengetreten, sodass sowohl die Tatsache der Einladung des Herrn J... am 17.10.2012 als auch die Durchführung des Vorstellungsgesprächs am 25.10.2012 als zugestanden gilt (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Da andererseits das Geltendmachungsschreiben des Klägers vom 25.10.2012 stammt und nach nicht bestrittenem Vortrag der Beklagten dieser am 30.10.2012 zugestellt wurde, ist nicht ersichtlich, dass Herr J... etwa eingeladen wurde, um mögliche Entschädigungsansprüche des Klägers wegen Altersdiskriminierung zu vermeiden.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts kommt es daher nicht entscheidend darauf an, mit welchen Gehaltsvorstellungen der Kläger oder Herr J... sich auf die ausgeschriebene Stelle beworben hatten. Es ist aber für das Berufungsgericht durchaus nachvollziehbar, dass die Beklagte die ausdrücklich als Gehaltsvorstellungen bezeichneten Angaben des Klägers mit 66.000,- EUR im Jahr zuzüglich einer erfolgsabhängigen Vergütung angesichts eines von ihr avisierten Entgelts von 3.000,- bis 3.500,- EUR brutto monatlich als zu teuer angesehen hat, auch wenn der Kläger diese Summe als verhandelbar angegeben hat. Immerhin lag das von Herrn J... angegebene Gehalt des vorhergehenden Arbeitgebers bei lediglich 55.000,- EUR brutto, also, bereits was das Grundgehalt angeht, um 11.000,- EUR niedriger.

Nach alledem ist auch das Berufungsgericht überzeugt, dass der Kläger nicht aufgrund seines Alters nicht zum Bewerbungsgespräch eingeladen wurde. Die Berufung war daher zurückzuweisen.

C.

Der Kläger hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen, § 97 ZPO.

Für die Zulassung der Revision besteht kein gesetzlich begründeter Anlass, § 72 Abs. 1 Satz 2 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Steindl
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Schmitt
ehrenamtliche Richterin

Etzel
ehrenamtlicher Richter