

7 Sa 105/12
30 Ca 7263/11
(ArbG München)

Verkündet am: 13.11.2012

Göpl
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

F.

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte W.

gegen

Firma S. GmbH

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte O.

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Karrasch und die ehrenamtlichen Richter Kain und Hiltner

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 20.12.2011 – Az.: 30 Ca 7268/11 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.**
- 2. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Der am 00.00.0000 geborene Kläger verlangt von der Beklagten Schadenersatz und Entschädigung wegen Nichtberücksichtigung bei einem Stellenbesetzungsverfahren.

Die Beklagte veröffentlichte im Frühjahr 2011 eine Stellenanzeige (Bl. 6 d.A.) mit folgendem Inhalt:

„S.

S. ist ein europäisches Unternehmen, mit dem Fokus auf die Vermarktung von zugelassenen Produkten im Bereich der Nischenindikationen, speziell für den Klinikbereich.

Die Vision von S. ist es, die erste wirkliche pan – european Plattform zur Vermarktung von Pharmazeutischen Produkten anzubieten – speziell im Bereich der Nischenindikationen.

Wir sind ein junges dynamisches Team und ergänzen einander zu einer spannenden Herausforderung.

Key Account Manager Nord

Aufgabenbereich:

- Stärkung und Positionierung aller Produkte des Unternehmens bei klinischen und stationären Einrichtungen sowie Apotheken
- Eigenverantwortliche Betreuung von Kliniken, Praxen und Apotheken
- Führen von Kontakt-, Beratungs- und Verkaufsgesprächen mit den jeweiligen Entscheidungsträgern
- Gewinnung von Neukunden
- Planung und Durchführung von Regionalen Veranstaltungen und Kongressen
- Regionale Marktbeobachtung
- Reporting und effiziente Gebietsanalyse

Profil:

- Einschlägige Hochschulausbildung bzw. vergleichbare Qualifikation als Pharma- und/oder Klinikreferent
- Erfolgreiche vertriebliche Tätigkeit im Gesundheitsbereich in der Betreuung von anspruchsvollen Kunden im klinischen Bereich
- Kenntnisse in der Onkologie sind von Vorteil
- Vertriebsbezogene EDV-Kenntnisse
- Vertriebsstärke hohe Beraterqualität, Teamfähigkeit und soziale Kompetenz
- Unternehmerisches Denken und Handeln, z.B. Steuerung der gesamten Vertriebsaktivitäten für die Zielkunden unter Effektivitäts- und Effizienzgesichtspunkten
- Fachbezogene Englischkenntnisse sind von Vorteil

Wir bieten Ihnen:

- 4 -

- Ein leistungsorientiertes Gehalt nebst Bonus
- Firmenwagen auch zur privaten Nutzung
- Sehr gute Entwicklungsmöglichkeiten und flache Hierarchien.“

Der Kläger bewarb sich auf diese Anzeige bei der Beklagten und erhielt von ihr per E-Mail mit Datum 18. April 2011 das folgende Ablehnungsschreiben (Bl. 8 d.A.):

„Sehr geehrter Herr F.,

viele Dank für Ihre Bewerbung zum Key Account Manager Nord.

Ihre Qualifikationen sind weitreichend, passen jedoch nicht zu dem von uns gewünschten Profil der ausgeschriebenen Position.

Deshalb können wir ihre Bewerbung nicht weiter berücksichtigen. Dies stellt keine Beurteilung Ihrer Qualifikation dar.

Wir bedanken uns für Ihr Vertrauen und wünschen Ihnen auf Ihrem weiteren beruflichen Lebensweg viel Erfolg und alles Gute.

Mit freundlichen Grüßen

...“

Hierauf mailte der Kläger die Beklagte erneut an (Bl. 9 d.A.) und teilte ihr als „alter“ Vertriebler mit, worauf es aus seiner Sicht bei der Vermarktung der Produkte der Beklagten entscheidend ankomme.

Er erhielt von der Beklagten eine Antwortmail (Bl. 9 d.A.), in der u.a. stand:

„Vielen Dank für Ihre „Hinweise“ als alter Vertriebler ...

Das Team der S. GmbH ist ein junges hoch motiviertes Team, dass innerhalb der Onkologienetzwerke seit vielen Jahren tätig ist und sich deshalb auch ex-

trem gut in den Kunden und auch in dessen Interessen, nämlich wirklich schwerstkranke Patienten hineinversetzen kann ...“

Mit Schreiben vom 11.05.11 (auf Bl. 10 bis 12 d.A. wird verwiesen) machte der Prozessbevollmächtigte des Klägers einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von €106.300,00 gegenüber der Beklagten geltend, den diese über ihre Prozessbevollmächtigten zurückwies.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Annonce der Beklagten mit dem Merkmal „junges Team“ sei eine Altersdiskriminierung. Er hat gemeint, nach dem alterssprachlichen Verständnis beschreibe ein „junges Team“ stets ein aus jungen Menschen bestehendes Team. Er hat darauf verwiesen, wenn einem Bewerber ein „junges Team“ erwartet, werde der durchschnittliche Leser einer Anzeige auch wissen, dass er eher in dieses Team passe, wenn er selber ein entsprechendes Alter mitbringe und dies liege sicherlich nicht über 50 Jahren. Hieran hätte auch nichts geändert, dass zugleich Berufserfahrung gewünscht worden sei, denn dies bedeute zunächst nur, dass Berufsanfänger nicht gewünscht gewesen seien, aber auch jemand etwa Ende 20 könne schon hinreichende Erfahrungen mitbringen. Der Kläger hat gemeint, nach allgemeiner Lebenserfahrung habe damit eine überwiegende Wahrscheinlichkeit bestanden für einen Verstoß gegen die Bestimmung zum Schutz der Benachteiligung und hat darauf verwiesen, dass der Entschädigungsanspruch nach §§ 15 AGG mindestens eine halbe Jahresvergütung betragen müsse.

Zum weiteren Sachvortrag der Klägers wird im Übrigen auf seine Schriftsätze vom 24.10.2011 (Bl. 62 bis 68 d.A.), 31.10.11 nebst Anlagen (Bl.69 bis 77 d.A.) und vom 7.12.2011 (Bl. 129 – 134 d.A.) verwiesen.

Der Kläger hat beantragt:

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger eine angemessene Entschädigung gem. § 15 AGG nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat zunächst darauf verwiesen, dass die Bewerbung des Klägers lücken- und fehlerhaft gewesen sei und er schlicht nicht über die Qualifikationen anderer Bewerber verfügt habe. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung i.S. vom § 22 AGG habe nicht vorgelegen, weil eine Diskriminierung bereits begrifflich nicht gegeben gewesen sei. Weder sei das Team der Beklagten objektiv „jung“ noch werde ein „junger Bewerber“ gesucht. Die Stellenanzeige der Beklagte habe lediglich erwähnt, dass das Unternehmen die Beklagte selbst ein junges dynamisches Team sei. Mit keinem Wort sei jedoch davon die Rede gewesen, dass ein junger Mitarbeiter gesucht werde. Die Beklagte hat dargelegt, dass sie gar kein Team gehabt habe, dass sich aus Mitarbeitern mit einem jungen Lebensalter zusammensetzt habe, denn von fünf Außendienstmitarbeitern, denen die in Rede stehende Stellenanzeige galt, seien drei Mitarbeiter über 50 namentlich 56, 59 und 51 Jahre gewesen. Auch die anderen beiden Mitarbeiter des Außendienstes der Beklagten seien zum Zeitpunkt des Bewerbungseingangs jeweils 39 Jahre alt gewesen und hätten damit nicht erst am Anfang ihres Berufslebens gestanden. Im Übrigen hätten sich auf die Stellenanzeige ca. 80 Personen gemeldet, von denen eine ganze Reihe besser als der Kläger qualifiziert gewesen seien, denn der Kläger habe lediglich bis 1999 im Außendienst Ärzte und Apotheker besucht und sei danach als Manager in der Gesundheitspolitik, als IT-Spezialist, Marketingmanager und anschließend als „freiberuflicher Berater im Gesundheitswesen (Freelancer)“ tätig gewesen. Tatsächlich sei auf die Stellenanzeige eine Frau eingestellt worden, deren Gehalt pro Jahr € 60.000,- betrage.

Die Beklagte hat auch unbestritten vorgetragen, dass das Bewerbungsschreiben und der Lebenslauf des Klägers von Zeichen-, Rechtschreib-, Sinn- und sonstigen Fehlern geradezu übersäht gewesen sei –ca. 20 gezählte Fehler allein im Anschreiben- und nicht zu einem guten Gesamteindruck seiner Bewerbung geführt habe.

Zum weiteren Sachvortrag der Beklagten wird auf ihre Schriftsätze vom 12.09.2011 (Bl. 44 bis 54 d.A.) und vom 29.11.2011 (Bl. 95 bis 119 d.A.) verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

Es hat ausgeführt, dass es dem Kläger nicht gelungen sei, Indizien im Sinne des § 22 AGG vorzutragen, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür begründen, dass eine bestimmte Handlung oder Unterlassung auf der Zuschreibung eine Benachteiligungsgrundes beruhe. Die in der Stellenausschreibung von der Beklagten verwendete Formulierung „Wir sind ein junges, dynamisches Team und ergänzen einander zu einer spannenden Herausforderung“ und die Verwendung dieser Formulierung in der E-Mail der Beklagten vom 19.4.2011 habe aus Sicht des Arbeitsgerichts kein ausreichendes Indiz i.S.d. § 22 AGG dargestellt, die eine Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters vermuten lasse. Die Beklagte habe mit der Stellenausschreibung lediglich den Zustand des Teams bei ihr beschrieben. Nach allgemeiner Lebenserfahrung habe keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Verknüpfung der Benachteiligung mit einem Benachteiligungsmerkmal bestanden, da in der streitgegenständlichen Stellenausschreibung nicht gezielt nach „jungen Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern“ gesucht worden sei. Aus dem Text der Stellenausschreibung sei zu entnehmen gewesen, dass Mitarbeiter mit einem Profil gesucht würden, die spezielle Kenntnisse und Erfahrungen haben und damit sei gerade auf einen „jungen“ Mitarbeiter kein besonderer Wert gelegt worden. Die Einstellungsvoraussetzungen seien erst im letzten Absatz unter der Überschrift „Profil“ genannt worden und in dem Bereich, in dem der Satz mit der Bezugnahme auf das „junge Team“ auftauche, würden sich dagegen ausschließlich Beschreibungen finden, die die Beklagte als Unternehmen beträfen. Dass der Ausschreibungstext subjektiv missverstanden hätte werden können, habe für sich allein noch kein ausreichendes Indiz i.S.d. § 22 AGG begründen können.

Der Kläger hat gegen das Urteil des Arbeitsgerichtes vom 20.12.2011, das ihm am 27.12.2011 zugestellt worden ist, mit einem am 25.1.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese, nachdem die Berufungsbegründungsfrist bis zum 27.3.2012 verlängert wurde, mit einem am 23.3.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Der Kläger hält die Ausführungen des Arbeitsgerichts für fehlerhaft. Nach seiner Ansicht gäbe es hinreichende und genügende Indizien, die eine Benachteiligung wegen seines Alters vermuten ließen. Es müsse keine Gewissheit für eine Benachteiligung vorliegen, sondern es müssten nur Indizien vorliegen, die eine Vermutung dafür zuließen. Es treffe zwar zu, dass in der Stellenbeschreibung nicht gezielt nach jungen Mitarbeitern oder jungen Mitarbeitern gesucht werde. Dass in der Stellenanzeige besonders herausgestellt werde „Wir sind ein junges dynamisches Team und ergänzen einander zu einer spannenden Herausforderung“ sei aber zwangsläufig ein Indiz dafür, dass auch ein junger Mitarbeiter gesucht werde und, dass sich nur junge Mitarbeiter bewerben sollten, nicht aber Mitarbeiter im Alter des Klägers von über 50 Jahren. Denn wenn junge Dynamiker sich ergänzten, sei nicht davon auszugehen, dass ein älterer Mitarbeiter, der eventuell nicht mehr so dynamisch sei, noch in der Lage sei, mit seinem Beitrag zur Ergänzung des jungen dynamischen Teams beizutragen. Insofern sollten Mitarbeiter, die sich diesem jungen dynamischen Team nicht als zugehörig fühlten und die schon aufgrund ihres Alters zu einer Ergänzung nicht beitragen könnten, sich gar nicht erst bewerben und natürlich auch nicht eingestellt werden. Es sei nicht nachvollziehbar, dass dies nach „allgemeiner Lebenserfahrung“ anders sei. Unerheblich sei auch, dass eine jüngere Mitarbeiterin – wie geschehen – nur deshalb eingestellt worden sei, weil sie wesentlich weniger verdiene als die Vergütung, die der Kläger für sich errechnet habe. Dass die jüngere Mitarbeiterin mit einem Jahresgehalt von lediglich € 60.000,- eingestellt worden sei, könne auch daran liegen, dass sie deutlich jünger als der Kläger sei und verdeutliche aber auch, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass sie für die ausgeschriebene Stelle qualifizierter als der Kläger sei. Denn der Kläger hätte die Stelle zu diesen finanziellen Bedingungen aufgrund seiner Qualifikation und Berufserfahrung nicht angetreten.

Zum weiteren Sachvortrag des Klägers wird im Übrigen auf seinen Schriftsatz vom 23.03.2012 (Bl. 165 bis 169) verwiesen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 20.12.2011 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger eine angemessene Entschädigung gem. § 15 AGG nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung, da ihre Entscheidung die Bewerbung des Klägers nicht weiter zu verfolgen in keinem Zusammenhang mit dessen Lebensalter stehe. Ausschließlich andere Kriterien, führten zu einer ablehnenden Entscheidung der Beklagten hinsichtlich der Bewerbung des Klägers, denn dieser verfüge nicht über die mit der Stellenanzeige verlangten Qualifikationen, seine Bewerbung sei insgesamt sehr lücken- und fehlerhaft was den Gesamteindruck der Bewerbung negativ beeinflusse und es gebe deutlich besser qualifizierte Bewerber als den Kläger für die ausgeschriebene Stelle.

In der Stellenanzeige werde lediglich die Tatsache angesprochen, dass das Unternehmen und damit auch das Team noch nicht lang existiere, mithin neu bzw. jung sei. Eine Diskriminierung sei bereits deshalb nicht gegeben, weil das Team der Beklagten objektiv gar nicht jung sei, und es sei auch ausdrücklich kein „junger Bewerber“ gesucht worden. Dies werde vom Kläger lediglich ins Blaue hinein behauptet. In diesem Zusammenhang verweist die Beklagte nochmals darauf, dass drei Mitarbeiter von 5 Außendienstmitarbeitern ihres Teams über 50 namentlich 56, 59 und 51 Jahre seien und erst im Zeitraum zwischen 2008 und 2010 eingestellt worden seien. Es mache gar keinen Sinn, erst ein solches älteres Team aufzubauen und dann ein Jahr später zu entscheiden, dass ein Team „verjüngt“ werden solle. Auch die Suche nach einem Key Account Manager Nord lege bereits begrifflich nahe, dass gerade kein „junger“ Berufsanfänger oder Bewerber mit sehr wenig Berufserfahrung gesucht werde.

Es sei darauf abzustellen, dass die Stellenanzeige zunächst mit einer kurzen plakativen Einleitung beginne, die das Unternehmen der Beklagten und den Zustand des Teams beschreibe und sich dann zwei gesonderte Abschnitte anschließen, die das Aufgabengebiet, die Tätigkeit sowie das Anforderungsprofil des gesuchten Mitarbeiters darstellten werde. Als Zeichen ihrer Eigenständigkeit seien die einzelnen Abschnitte für jeden erkennbar sogar mit einer eigenen Überschrift versehen. Über die optische Trennung hinaus seien die einzelnen Abschnitte der Stellenanzeige aber auch inhaltlich eigenständig und getrennt. Die Stellenausschreibung sei klar in die Einzelbestandteile „Werbeblock“,

„Aufgabenbereich des Bewerbers“, „Profil des Bewerbers“ und den Abschnitt „Wir bieten Ihnen“ untergliedert. Das Anforderungsprofil des Bewerbers befinde sich allein in den beiden mittleren Absätzen der Stellenanzeige „Aufgabenbereich“ und „Profil“ aus denen sich gerade nicht ergebe, dass ein/e Mitarbeiter/in mit langer Berufserfahrung gesucht werde, weil die wichtige Anforderung *„erfolgreiche betriebliche Tätigkeit im Gesundheitsbereich in der Betreuung von anspruchsvollen Kunden im klinischen Bereich“* und das dafür erforderliche Netzwerk an Haus- und Fachärzten im klinischen Bereich sowie von Apothekern begriffsnotwendig nur bei langjähriger geleisteter Vertriebstätigkeit gegeben sein könne. Der Satz in der Stellenanzeige, den der Kläger als Indiz für eine angebliche Diskriminierung ansehe, sei erkennbar in dem „Werbeblock“ der Stellenanzeige enthalten, d.h. der marketingähnlichen Selbstbeschreibung, die weder optisch, noch strukturell dem gesuchten Anforderungsprofil zuzuordnen sei.

Zum weiteren Sachvortrag der Beklagten wird im Übrigen auf ihre Schriftsätze vom 30.04.2012 (Bl. 177 bis 183 d.A.) und vom 17.09.2012 (Bl. 221 bis 232) verwiesen.

Des Weiteren wird zur Prozessgeschichte auf den Inhalt der Gerichtsakte verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung des Klägers ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO).

II.

A. Die Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat zu Recht die Klage abgewiesen, denn der Kläger hat keine Indizien vorgetragen, die eine Diskriminierung aufgrund seines Alters im Rahmen der Bewerbung auf die von der Beklagten ausgeschriebenen Stelle vermuten lassen und daher einen Anspruch auf Ent-

schädigung nach § 15 AGG verneint. Zunächst wird auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts Bezug genommen, denen sich das Berufungsgericht zur Vermeidung von Wiederholungen anschließt (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

B. Im Hinblick auf die Berufungsangriffe wird ergänzend und zusammenfassend auf das Folgende verwiesen:

1. Der Kläger verlangt mit seiner Klage eine angemessene Entschädigung gemäß § 15 AGG. Mit der Formulierung „angemessene Entschädigung“, die dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 AGG entspricht, macht er deutlich, dass er seinen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung auf § 15 Abs. 2 AGG stützt. Seinem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass er gleichzeitig bzw. daneben auch einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG geltend macht.

2. Der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG steht dem Kläger nicht zu.

a) Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Arbeitgeber Beschäftigte nicht wegen des Alters oder wegen eines anderen in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligen. Der Kläger unterfällt dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG, da er als Beschäftigter gilt und die Beklagte Arbeitgeberin ist.

b) Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG gelten als Beschäftigte auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Der Kläger ist ein solcher Bewerber. Der Begriff „Bewerber“ im Sinne des AGG setzt nicht die objektive Eignung eines Bewerbers für die in Aussicht genommene Stelle voraus. Vielmehr ist die objektive Eignung eines Bewerbers eine Frage, ob eine „vergleichbare Situation“ im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vorliegt, welche Voraussetzung für die Annahme einer unmittelbaren Benachteiligung ist. Ob die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung Tatbestandsvoraussetzung für Ansprüche nach §§ 15, 6 AGG ist, hat das Bundesarbeitsgericht bislang offen gelassen (BAG, Urteil v. 07.04.2011, 8 AZR 679/09 = AP AGG § 15 Nr. 6).

3. Der Entschädigungsanspruch setzt einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot voraus. Dies stellt § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG zwar nicht ausdrücklich klar, ergibt sich aber

aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen in § 15 AGG (BAG, Urteil v., 22.01.2009 - 8 AZR 906/07 = AP AGG § 15 Nr. 1).

Der für den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG erforderliche Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot liegt nicht vor.

a) Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn ein Beschäftigter wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes - zur der auch das Alter zählt - eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfahren hat oder erfahren würde.

b) Der Kläger hat im Bewerbungsverfahren um die ausgeschriebene Stelle eine weniger günstige Behandlung erfahren, als die später eingestellte Bewerberin. Seine Bewerbung wurde abgelehnt, ohne dass er zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden war. Eine Benachteiligung kann in der Versagung einer Chance liegen (BAG, Urteil v. 19.08.2010 - 8 AZR 530/09 = AP AGG § 15 Nr. 5). Der Kläger und die von der Beklagten später eingestellte Arbeitnehmerin befanden sich unabhängig davon, dass der Kläger meint, dass die getroffene Vergütungsabrede nicht seinen Vorstellungen entspreche, in einer vergleichbaren Situation, da beide objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet waren. Die Eignung der eingestellten Mitbewerberin ergibt sich bereits aufgrund ihrer Einstellung durch die Beklagte. Aber auch der Kläger war jedenfalls auf Grundlage der vorliegenden Ausschreibung objektiv geeignet, diese zu besetzen. Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt voraus, dass der Kläger objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet war, denn vergleichbar (nicht: gleich) ist die Auswahlsituation nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen. Da der Kläger langjährig, wenn auch in unterschiedlichen Positionen und Sparten, im Pharmabereich und in der Gesundheitsindustrie tätig war und dies auch durch Vorlage verschiedener Zeugnisse und einer entsprechenden Darstellung im Lebenslauf dargelegt hat, war er jedenfalls objektiv für die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle geeignet.

c) Für das Vorliegen einer Benachteiligung ist es erforderlich, dass eine Person, die an sich für die Tätigkeit geeignet wäre, nicht ausgewählt oder schon nicht in Betracht gezogen wurde. Könnte auch ein objektiv ungeeigneter Bewerber immaterielle Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen, stünde dies nicht im Einklang mit dem Schutzzweck des AGG. Das AGG will vor ungerechtfertigter Benachteiligung schützen, nicht eine unredliche Besinnung des (potentiellen) Arbeitgebers sanktionieren. Die objektive Eignung

ist also keine ungeschriebene Voraussetzung der Bewerbereignschaft, sondern Kriterium der vergleichbaren Situation im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG.

d) Maßgeblich für die objektive Eignung ist dabei nicht das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, sondern sind die Anforderungen, die der Arbeitgeber an einen Stellenbewerber stellen durfte. Zunächst ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber über den in der Stelle zugeordneten Aufgabenbereich und die dafür geforderten Qualifikationen des Stelleninhabers frei entscheiden darf. Durch das Stellen von Anforderungen an den Bewerber, die nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung durch die Erfordernisse der wahrzunehmenden Aufgaben unter keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt sind, darf er allerdings die Vergleichbarkeit der Situation nicht willkürlich gestalten und dadurch den Schutz des AGG de facto beseitigen.

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. Allerdings bedürfen auch Bewerber, welche die auf der zu besetzenden Stelle auszuübenden Tätigkeiten grundsätzlich verrichten können, ohne aber jede Voraussetzung des Anforderungsprofils zu erfüllen, des Schutzes vor Diskriminierung, weil gerade Anforderungsprofile in Stellenanzeigen häufig Qualifikationen benennen, deren Vorhandensein der Arbeitgeber sich für den Idealfall zwar wünscht, die aber keinesfalls zwingende Voraussetzung einer erfolgreichen Bewerbung sind (BAG, Urteil v. 07.04.2011 - 8 AZR 679/09 = AP AGG § 15 Nr. 6).

3. Die vorliegenden Tatsachen, nämlich der Text der von der Beklagten ausgeschriebenen Stelle, lassen eine Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters aber nicht vermuten.

a) Eine weniger günstige Behandlung wegen des Alters ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an das Alter anknüpft oder durch sie motiviert ist. Ausreichend ist, dass das Alter Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an. Hinsichtlich der Kausalität zwischen Nachteil und dem verpönten Merkmal ist in § 22 AGG eine Beweislastregelung getroffen, die sich auch auf die Darlegungslast auswirkt. Der Beschäftigte genügt danach seiner Darlegungslast, wenn er Indizien vorträgt, die seine Benachteiligung wegen eines verbotenen Merkmals vermuten lassen. Dies ist der Fall, wenn

die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung wegen dieses Merkmals erfolgt ist. Durch die Verwendung der Wörter „Indizien“ und „vermuten“ bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass es hinsichtlich der Kausalität zwischen einen der in § 1 AGG genannten Gründe und einer ungünstigeren Handlung genügt, Hilfstatsachen vorzutragen, die zwar nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität zulassen, die aber die Annahme rechtfertigen, dass die Kausalität gegeben ist. Liegt eine Vermutung für die Benachteiligung vor, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat (BAG, Urteil v. 19.08.2010 - 8 AZR 530/09 = AP AGG § 15 Nr. 5).

aa) Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 19.08.2010 ausgeführt, dass, wenn in einer Stellenanzeige ein „junger“ Bewerber oder eine „junge“ Bewerberin gesucht wird, grundsätzlich die Vermutung besteht, dass ein abgelehnter Bewerber wegen seines Alters benachteiligt worden ist, wenn eine deutlich jüngere Person eingestellt wird. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von diesem Sachverhalt aber bereits dadurch, dass die Beklagte in ihrer Anzeige gerade nicht ausdrücklich einen „jungen“ Bewerber oder eine „junge“ Bewerberin gesucht hat.

bb) Das Merkmal „junges Team“ in einer Stellenausschreibung, kann aber jedenfalls dann, wenn es unter der Überschrift „Wir bieten Ihnen“ erwähnt wird, auch einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot wegen Alter darstellen (so jedenfalls Landesarbeitsgericht Hamburg, 23.06.2010 - 5 Sa 14/10 – zitiert nach juris -, wobei es in den Entscheidungsgründen darauf verweist, dass denklogisch dabei nicht ausgeschlossen ist, dass das Wort „jung“ auch ein neu gegründetes Team beschreiben könne).

cc) Das Landesarbeitsgericht Nürnberg hat mit Urteil vom 16.05.2012 - 2 Sa 574/11 – zitiert nach juris- darauf verwiesen, dass die Formulierung in einer Stellenausschreibung „Wir bieten einen zukunftssicheren Arbeitsplatz in einem jungen motivierten Team“ für sich genommen noch keine Tatsache darstelle, die eine Benachteiligung eines Bewerbers wegen des Alters vermuten lässt. Zudem sind in die nach § 22 AGG erforderliche Gesamtbetrachtung auch weitere vom Bewerber vorgetragene oder unstrittige Tatsachen einzubeziehen, wie der Kontext der Stellenanzeige oder die vom Bewerber an den Arbeitgeber übermittelten Unterlagen, insbesondere das Bewerbungsschreiben, wodurch die Indizwirkung durch solche Tatsachen auch entkräftet werden kann.

4. Es ist daher insbesondere auf die konkrete textliche Gestaltung der jeweiligen Stellenanzeige abzustellen, denn nur dadurch kann festgestellt werden, ob das Alter Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung des Arbeitgebers beeinflusst hat und, ob aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden kann, dass eine Benachteiligung wegen des verpönten Merkmals „Alter“ erfolgt ist.

a) Im vorliegenden Fall ist die Stellenanzeige der Beklagten untergliedert in einen Eingangsteil, in dem sie sich selbst darstellt. Hieran schließt sich als neuer Abschnitt mit Großbuchstaben in Fettdruck der ausgeschriebene Arbeitsplatz für einen „Key-Account-Manager Nord“ an. Hieran sind drei jeweils mit Fettdruck unterschiedliche Bereiche angegliedert mit den Überschriften „Aufgabenbereich“, „Profil“ und „Wir bieten Ihnen“. Weder im Bereich „Aufgabenbereich“ noch „Profil“ und auch nicht in der Rubrik „Wir bieten Ihnen“ ist irgendeine Formulierung oder ein Indiz erkennbar, dass dem Alter eines potentiellen Bewerbers oder einer potentiellen Bewerberin irgendeine Bedeutung zukommt. Es wird vielmehr in der Stellenanzeige klar strukturiert dargestellt, welcher Aufgabenbereich auf einen Key-Account-Manager Nord zukommt und welches Profil er aufweisen soll, sowie was das Unternehmen dem Arbeitnehmer bietet. Aus der Bezeichnung Key-Account-Manager Nord ergibt sich jedenfalls nicht, dass die ausgeschriebene Stelle vorrangig für einen jungen Bewerber geeignet ist, denn die Tätigkeit eines Key-Account-Managers erfordert in der Regel eine umfassende und längere Berufserfahrung, über die ein jüngerer Arbeitnehmer in aller Regel nicht verfügt.

b) Der Eingangsteil der Stellenanzeige mit der Selbstdarstellung der Beklagten beträgt vom Umfang her ca. ein Fünftel. Dieser Eingangsteil beschreibt ersichtlich den Tätigkeitsbereich der Beklagten, ihre Vision, die „erste wirkliche pan-european Plattform zur Vermarktung von Pharmazeutischen Produkten anzubieten“ und den Hinweis, dass es sich bei ihr um ein junges dynamisches Team handelt, das einander zu einer spannenden Herausforderung ergänzt. Hierzu hat die Beklagte vorgetragen, dass dieses junge dynamische Team ein Team ist, das erst seit wenigen Jahren besteht und damit neu gegründet ist und zumindest in der Mehrzahl aus Arbeitnehmern besteht, die über 50 Jahre alt sind. Die Formulierung im Eingangsbereich „Wir sind ein junges dynamisches Team“ ist ersichtlich losgelöst von den folgenden Beschreibungen der Stellenanzeige. Es ist ein reiner Werbeblock mit aus Sicht der Beklagten positiven Heraushebungen wie „Team“, „dynamisch“ und auch „jung“, mit dem sich die Beklagte in abstrakter Weise und gerade losgelöst vom Anforderungsprofil eines Stellensuchenden positiv darstellen will.

c) Ausschlaggebende Bedeutung in der Stellenanzeige haben aber für einen potentiellen Bewerber oder eine potentielle Bewerberin nicht der Eingangsteil sondern der beschriebene Aufgabenbereich, das Anforderungsprofil und die Möglichkeiten, die dem Arbeitnehmer geboten werden. Insoweit dient die Verwendung der Worte „junges dynamisches Team“ im Eingangsbereich der reinen Selbstdarstellung und ist mit dem Sachverhalt des vom Landesarbeitsgericht Hamburg entschiedenen Falls nicht vergleichbar, bei dem in das junge erfolgreiche Team eigene Ideen und Vorstellungen des Bewerbers eingebracht werden sollten. Mit dieser Formulierung war mit der Verwendung der Worte „junges Team“ ein klarer Bezug zu gewünschten Anforderungen und Eigenschaften des Bewerbers hergestellt, was im vorliegenden Fall gerade nicht zutrifft. Denn im vorliegenden Fall ist aus objektiver Sicht auf Grund des Inhalts und der Struktur der von der Beklagten veröffentlichten Stellenanzeige gerade nicht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür gegeben, dass eine Benachteiligung des Klägers wegen seines Alters erfolgt ist.

4. Aber selbst wenn man in der Verwendung der Worte „junges Team“ in der Stellenausschreibung der Beklagten isoliert betrachtet, ein Indiz für die mögliche Benachteiligung des Klägers wegen des Alters sähe, so ist diese Indizwirkung jedenfalls durch das eigene Bewerbungsschreiben des Klägers wieder entkräftet. Die vom Bewerber vorgetragenen und unstreitigen Tatsachen sind einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen. Gegenläufige Gesichtspunkte können die Indizwirkung wieder beseitigen (ErfK-Schlachter, 12. Aufl., 2012, 40 § 22 AGG Rn. 4; LAG Nürnberg vom 16.5.2012 2 SA 574/11).

Die Beklagte hat bereits im Verfahren vor dem Arbeitsgericht unbestritten vorgetragen, dass das Bewerbungsschreiben des Klägers, das im Übrigen von keiner Partei im Rechtsstreit vorgelegt worden ist, von Zeichen- und Rechtschreibfehlern geradezu übersäht war –mit ca. 20 gezählten Fehlern allein im Anschreiben- und, dass dies nicht zu einem guten Gesamteindruck seiner Bewerbung führte. Auf die Fehlerhaftigkeit des Bewerbungsschreibens des Klägers hat sich die Beklagte auch im Berufungsverfahren nochmals ausdrücklich berufen und der Kläger ist dem auch nicht entgegengetreten. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass in aller Regel Arbeitgeber eingehende Bewerbungen auf geschaltete Stellenanzeigen ohne weitere Nachprüfung über den oder die Bewerberin aussortieren, wenn diese von der äußeren Form objektiven Anforderungen nicht entsprechen. Zu diesen objektiven Kriterien gehört regelmäßig auch in Berufsfeldern mit höherer Qualifizierung, wie hier bei einem „Key Account Manager Nord“ der

Fall, einer fehlerfreien Rechtschreibung im Bewerbungsschreiben. Die unbestrittene und damit vom Kläger nach § 138 Abs. 3 ZPO zugestandene Fehlerhaftigkeit seines Bewerbungsschreibens ist allein für sich schon geeignet eine etwaige Indizwirkung einer Benachteiligung wegen Alters durch die streitgegenständliche Formulierung in der Stellenausschreibung zu entkräften. Denn bei dieser Sachlage kann gerade nicht davon ausgegangen werden, dass das Alter des Klägers ein Bestandteil eines Motivbündels war, das die gegenüber dem Kläger ablehnende Entscheidung beeinflusst hat. Es besteht vielmehr der Eindruck, dass das Motiv für die Ablehnung des Klägers sein von Rechtschreibfehlern durchzogenes Bewerbungsschreiben war und nicht sein Alter. Deshalb wäre auch eine mögliche Indizwirkung der Stellenanzeige im vorliegenden Fall entkräftet, zumal die vom Bewerber an den Arbeitgeber übermittelten Unterlagen, insbesondere das Bewerbungsschreiben, in die nach § 22 AGG erforderliche Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen sind.

III.

Der Kläger hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

IV.

Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass (§ 72 Abs. 1 und 2 ArbGG). Auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Karrasch

Kain

Hiltner