

**Titel:**

**Diskriminierung wegen des Alters bei Stellenanzeige "junges hochmotiviertes Team"**

**Normenkette:**

AGG § 1, § 3, § 7, § 11, § 15, § 22

BGB § 242

**Leitsätze:**

Bietet der Arbeitgeber in einer Stellenanzeige eine "zukunftsorientierte, kreative Mitarbeit in einem jungen, hochmotivierten Team", so liegt hierin eine Tatsache, die eine Benachteiligung des nicht eingestellten 61-jährigen Bewerbers wegen des Alters nach § 22 AGG vermuten lässt. (Rn. 50 – 52)

Der Arbeitgeber, der eine Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG ausgeschrieben hat, kann die Vermutung iSv § 22 AGG, er habe den erfolglosen Bewerber wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt, etwa dadurch widerlegen, dass er substantiiert dazu vorträgt und im Bestreitensfall beweist, dass er bei der Behandlung aller Bewerbungen nach einem bestimmten Verfahren vorgegangen ist, das eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes ausschließt (hier verneint; zu den Anforderungen s. BAG BeckRS 2016, 112116 Rn. 83 mwN; s. auch BAG BeckRS 2016, 73607; BeckRS 2013, 67925). (Rn. 55) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

altersdiskriminierende Stellenanzeige, Entschädigung, Auswahlverfahren, Bewerbung, Diskriminierung, Treu und Glauben

**Vorinstanz:**

ArbG Würzburg, Endurteil vom 05.12.2019 – 4 Ca 748/19

**Fundstellen:**

AuR 2020, 382

NWB 2020, 2369

RDV 2020, 277

BeckRS 2020, 14774

LSK 2020, 14774

**Tenor**

1. Die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 05.12.2019, Az. 4 Ca 748/19, werden zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

**1**

Der Streit der Parteien betrifft eine behauptete Diskriminierung und daraus folgende Ersatzansprüche.

**2**

Der 61-jährige Kläger ist Diplomkaufmann und seit 1996 im SAP-Bereich tätig. Er verfügt über diverse Zertifizierungen und Ausbildungen in dieser Richtung (Blatt 20 ff.). Die Beklagte ist ein Unternehmen des Nahrungsmittelgroßhandels.

**3**

Im März 2019 schaltete die Beklagte online eine Stellenanzeige (Blatt 13 - 18 der Akten), mit der sie einen „Mitarbeiter SAP-Anwendungsbetreuung (m/w/d)“ suchte. Der Eintritt sollte ab sofort erfolgen. Bezüglich des

Karrierelevels war „Berufseinsteiger“ angegeben. Im Begleittext fand sich unter der Überschrift „Wir bieten Ihnen“ folgender Text:

„Zukunftsorientierte, kreative Mitarbeit in einem jungen, hoch motivierten Team in einem sehr interessanten und abwechslungsreichen Themenumfeld ...“ Gefordert war zudem die Vorlage von „aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen (wie Lebenslauf und vollständigen Zeugnissen)“.

**4**

Am 08.03.2019 bewarb sich der Kläger über das Online-Portal der Beklagten auf diese Stelle (Blatt 20 ff der Akten). Als Anlagen lud er jedenfalls seinen Lebenslauf (Blatt 21 - 32 der Akten) sowie diverse Zertifikate (Blatt 33 - 38 der Akten) hoch. Ob auch Arbeitszeugnisse hochgeladen wurden, ist streitig.

**5**

Mit E-Mail vom 18.03.2019 lehnte die Beklagte die Bewerbung des Klägers nach Durchsicht seiner Unterlagen im Rahmen einer Vorauswahl ab mit der Begründung, sich für andere Bewerber entschieden zu haben, die das spezielle Anforderungsprofil noch besser erfüllten (Blatt 39 der Akten). Zeitgleich hatte sich der Kläger auf zwei weitere Stellen bei der Firma E... beworben und hat hier ebenfalls Absagen erhalten.

**6**

Mit Schreiben vom 16.05.2019 machten die Klägervorteiler gegenüber der Beklagten Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche wegen einer behaupteten Diskriminierung des Klägers wegen seines Alters geltend (Blatt 40 - 43 der Akten). Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 31.05.2019 ab. Am 13.06.2019 ging die Klage auf Feststellung eines Schadensersatzes (Antrag zu 1), Zahlung einer Entschädigung nicht unter 26.000,- € (Antrag zu 2) und Erteilung einer Auskunft über das Gehalt des tatsächlich eingestellten Mitarbeiters (Antrag zu 3) beim Arbeitsgericht ein.

**7**

Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens teilte die Beklagte mit, dass der eingestellte Bewerber ein Tarifgehalt von 2.449,- €, eine Zulage von 764,- €, einen Besitzstandsbeitrag von 15,- € sowie tarifliches Urlaubs- und Weihnachtsgeld erhalte. Der Antrag auf Auskunft wurde in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht nicht mehr aufrechterhalten.

**8**

Wegen des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien sowie der genauen Antragstellung wird auf den Tatbestand im Urteil des Arbeitsgerichts verwiesen.

**9**

Das Arbeitsgericht verurteilte die Beklagte auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 6.710,98 € und wies die Klage im Übrigen ab.

**10**

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

**11**

Der auf Schadensersatz gerichtete Feststellungsantrag sei unzulässig. Die Klagebegründung sowie die weiteren Schriftsätze hätten sich ausschließlich mit der Entschädigungsproblematik des § 15 Abs. 2 AGG, nicht aber mit einem materiellen Schaden nach § 15 Abs. 1 AGG beschäftigt.

**12**

Die Klage sei hinsichtlich der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von 2 Monatsgehältern begründet. Hierbei sei von dem dem eingestellten Bewerber gezahlten Entgelt nebst dem anteiligen tariflichen Urlaubs- und Weihnachtsgeld auszugehen.

**13**

Der Kläger sei Bewerber im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 2, Alternative 1 AGG. Er habe eine 18-seitige Bewerbung online hochgeladen, mit der er sich und seinen beruflichen Werdegang geschildert habe und daneben eine Vielzahl von Zertifikaten beigelegt. Die Beklagte habe außer ihrer Kritik bezüglich der Bewerbung an sich (insbesondere fehlende Zeugnisse) keinerlei inhaltlichen Beitrag dazu geleistet, warum die Bewerbung des Klägers nicht ernsthaft gewesen sein soll. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob die subjektive Ernsthaftigkeit überhaupt ein Tatbestandsmerkmal für eine Bewerbung im Sinne des AGG sei oder nicht.

**14**

Das Entschädigungsverlangen des Klägers sei auch form- und fristgerecht geltend gemacht und eingeklagt worden.

**15**

Dass der Kläger grundsätzlich die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Stelle habe, sei von der Beklagten nicht substantiiert in Abrede gestellt worden. Der Kläger habe umfangreiche Bemühungen geschildert, im Berufsleben wieder Fuß zu fassen. Da liege es nahe, sich zur Steigerung der Chancen bei der vorgetragenen Qualifikation auch auf eine eventuelle Einstiegsstelle zu bewerben. Ein Rechtsmissbrauch könne hierin nicht erkannt werden. Dies gelte auch, wenn man - wie die Beklagte - von der Unvollständigkeit der Unterlagen ausgehe.

**16**

Die Formulierung in der Stellenausschreibung, wonach der Bewerber „in einem jungen, hochmotivierten Team“ tätig werden sollte, sei geeignet, die Vermutung im Sinne des § 22 AGG zu begründen, dass der Kläger im Auswahl-/Besetzungsverfahren wegen seines Alters benachteiligt worden sei. Die Beklagte habe keine ausreichenden Tatsachen vorgetragen und bewiesen, aus denen sich ergebe, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG genannten Gründe, hier das Alter, zu einer ungünstigeren Behandlung des Klägers geführt hätten. Die umfassende Kritik am beruflichen Lebensweg des Klägers, wie auch an den von diesem aus Sicht der Beklagten vorgelegten Unterlagen, erbringe keine Indizentlastung. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, dass sie bei der Behandlung aller Bewerbungen in einem bestimmten Verfahren vorgegangen sei, welches eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes ausschließe. Dies könne zum Beispiel anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber ausnahmslos alle Bewerbungen in einem ersten Schritt darauf hin sichte, ob die Bewerber/innen eine zulässigerweise gestellte Anforderung erfüllen und er all die Bewerbungen von vornherein aus dem weiteren Auswahlverfahren ausscheide, bei denen dies nicht der Fall sei. Ein solches Verfahren betrieben zu haben, sei von der Beklagten nicht substantiiert dargelegt worden.

**17**

Dass der Kläger für die Stelle objektiv nicht geeignet sei, habe die Beklagte ebenfalls nicht ausreichend dargelegt. Im Übrigen halte das Bundesarbeitsgericht am Erfordernis der objektiven Eignung ohnedies nicht fest.

**18**

Soweit der Kläger eine höhere Entschädigung als drei Monatsgehälter verlange, bleibe dies von vornherein erfolglos. Er habe nicht behauptet, dass er bei diskriminierungsfreier Behandlung tatsächlich eingestellt hätte werden müssen. Unabhängig davon sei mit dem Ansatz von zwei Monatsgehältern der Diskriminierung ausreichend Rechnung getragen. Bezüglich der Höhe der Monatsvergütung sei vom beklagten mitgeteilten Betrag auszugehen, den der tatsächlich eingestellte Bewerber erzielt habe. Das tarifliche Weihnachtsgeld betrage 50% des Grundgehaltes, also 1.224,50 €, das Urlaubsgeld für 30 Urlaubstage betrage 17,38 € pro Tag also 521,40 € brutto. Bezogen auf die monatliche Vergütung sei das monatliche Entgelt daher um 145,49 € zu erhöhen. Somit sei von einer Monatsvergütung von 3.355,49 € auszugehen, was einen Gesamtbetrag von 6.710,98 € als Entschädigung ergebe.

**19**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die ausführliche Begründung im Urteil des Arbeitsgerichts verwiesen.

**20**

Das Urteil des Arbeitsgerichts ist den Parteien jeweils am 23.12.2019 zugestellt worden.

**21**

Die Beklagte legte hiergegen mit Schriftsatz vom 02.01.2020, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tage eingegangen, Berufung ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 09.03.2020, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tag eingegangen, innerhalb der bis zu diesem Tage verlängerten Berufungsbegründungsfrist.

**22**

Mit Schriftsatz vom 17.01.2020, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tage eingegangen, erhob der Kläger Anschlussberufung und begründete diese mit Schriftsatz vom 18.02.2020, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tage eingegangen.

### **23**

Die Beklagte trägt im Berufungsverfahren zusammengefasst wie folgt vor:

### **24**

Das Arbeitsgericht habe verkannt, dass die Stelle nicht entgegen den Vorgaben des § 11 AGG unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen Alters ausgeschrieben sei. Das Alter sei keine Einstellungs Voraussetzung der Beklagten. Die Stellenausschreibung beziehe sich nicht auf die Eigenschaften des Bewerbers, sondern vielmehr ausschließlich auf diejenigen des bereits bestehenden Teams. Dies werde insbesondere dadurch deutlich, dass der Bewerber diese Passage unter der Überschrift „wir bieten Ihnen“ finde. Mit der Bezeichnung des Teams als „jung“ habe die Beklagte lediglich darauf hingewiesen, dass der Altersdurchschnitt des Teams bisher jung gewesen sei. Das Adjektiv „hochmotiviert“ beschreibe auch keine Eigenschaft, die im Allgemeinen wohl eher jüngeren als älteren Menschen zugeschrieben werde.

### **25**

Das Arbeitsgericht habe fehlerhaft auch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers im Sinne des § 242 BGB im Rahmen seiner Bewerbung abgelehnt. Dies zeige sich maßgeblich an der lückenhaften und unvollständigen Bewerbung des Klägers. Die geforderten Zeugnisse hätten der Bewerbung nicht beigelegt. Sie seien jedoch für jeden Arbeitgeber von erheblicher Bedeutung. Jedenfalls habe die Beklagte die Vorlage der Zeugnisse verlangt. Wenn ein Bewerber derartige Vorgaben des ausschreibenden Arbeitgebers nicht berücksichtige, sei von vornherein, selbst bei einem Ausschreibungstext wie dem vorliegenden, nicht das Indiz zu berücksichtigen, dass allein die vermeintlich diskriminierende Ausschreibung Grundlage für die Ablehnung gewesen sei. Der Anforderung der Vorlage von Zeugnissen sei durch die vorgelegten Zertifikate nicht Rechnung getragen worden. Davon habe auch der Kläger nicht ausgehen können. Die Beklagte habe die Anforderung an die Vorlage von Zeugnissen an alle Bewerber gleichermaßen gestellt. Der Beklagten habe nur der Lebenslauf, der Lücken enthalten habe, und die Zertifikate bei der Bearbeitung der Bewerbung vorgelegen. Der Kläger habe bereits beim Hochladen seiner Bewerbung daher damit rechnen müssen, dass er aus dem Kreis der ernsthaften Bewerber aussortiert werde. Für die Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers spreche auch nicht die Behauptung, eigene Kosten für einen Personalvermittler aufgewendet zu haben. Denn dann hätte er die angeforderten Zeugnisse mit vorgelegt. Entscheidender Zeitpunkt für die Bewertung des Vorliegens eines Rechtsmissbrauchs sei derjenige der Bewerbung. Deshalb sei es nicht relevant, dass der Kläger die Unvollständigkeit seiner Bewerbung, die fehlende Zeugnisse und die erheblichen Lücken im Lebenslauf, nachträglich im Laufe des Prozesses erklärt.

### **26**

Das Arbeitsgericht habe den erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten nicht ausreichend gewürdigt. Dies gelte insbesondere für den ausführlichen Vortrag der Beklagten hinsichtlich des lückenhaften Lebenslaufes und der unvollständigen Bewerbung und dem Nichtvorliegen eines technischen Fehlers.

### **27**

Was die Höhe der Entschädigung angehe, so habe das Arbeitsgericht zutreffend die Höhe des Monatseinkommens auf der Basis des dem tatsächlich eingestellten Bewerber gezahlten Entgelts bemessen. Aus dem Beweisangebot des Klägers durch einen Auszug aus der Website Gehalt.de habe sich keine Pflicht für das Gericht, ein Sachverständigen Gutachten einzuholen, ergeben. Dem Auszug selbst hätten keinerlei sachdienliche Hinweise entnommen werden können, da die Gehaltsangabe auf einer solchen Internetplattform das Ergebnis von anonymen Umfragen und Angaben sei. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die gemachten Angaben stets den wahren Einkommensverhältnissen entsprächen. Der tatsächlich eingestellte Bewerber weise ein abgeschlossenes Studium als Handelsfachwirt vor. Selbst bei tatsächlichem Vorliegen einer altersdiskriminierenden Stellenanzeige werde nur eine Entschädigung von einem Monatsgehalt ausgelöst. Entgegen der Ansicht des Klägers entfalte auch eine Entschädigungszahlung in Höhe von 2 Monatsgehältern - wie sie das Arbeitsgericht festgesetzt habe - eine abschreckende Wirkung.

### **28**

Die Beklagte hat im Berufungsverfahren folgende Anträge gestellt:

1. Unter teilweiser Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Würzburg vom 5. Dezember 2019, Aktenzeichen 4-Ca-748/19, wird die Klage insgesamt abgewiesen.

sowie

2. die Anschlussberufung des Klägers wird zurückgewiesen.

## **29**

Der Kläger hat im Berufungsverfahren beantragt,

1. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

2. Das Urteil des Arbeitsgerichts Würzburg vom 05.12.2019, 4 Ca 748/19, wird dahingehend abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger über den erstinstanzlich zugesprochenen Betrag von € 6.710,98 hinaus eine angemessene Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG zu zahlen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch den Betrag von € 10.066,47 nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

3. Die Kostenentscheidung wird dahingehend abgeändert, der Beklagten die gesamten Verfahrenskosten erster Instanz aufzuerlegen.

4. Der Beklagten werden die Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

## **30**

Der Kläger verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts, soweit es ihm dem Grunde nach eine Entschädigung zugesprochen hat. Die Höhe der Entschädigung sei jedoch zu niedrig bemessen.

## **31**

Der Kläger trägt im Berufungsverfahren zusammengefasst wie folgt vor.

## **32**

Das Arbeitsgericht hätte den vom Kläger angebotenen Beweis „Sachverständigengutachten“ erheben müssen. Der Kläger habe konkret behauptet, dass die Stelle nicht für einen Berufseinsteiger geeignet sei und SAP-Berater aufgrund der fachlichen Anforderungen zumeist außertariflich bezahlt würden die Stelle daher nicht nach den maßgeblichen Bestimmungen des Tarifvertrags vergütet werde. Das Gericht hätte daher nicht von der Berechnung anhand des von der Beklagten behaupteten Tariflohns ausgehen dürfen. Für die Anwendung der Obergrenze des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG sei nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber darlegungs- und beweibelastet. Ferner habe das Arbeitsgericht nicht alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt. Neben der Formulierung der Stellenausschreibung sei insbesondere auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte vorsätzlich gehandelt habe und eine unmittelbare Diskriminierung gegeben sei. Auch sei die Entschädigung von zwei Monatsgehältern nicht wirklich abschreckend. Die ursprünglich geforderten vier Monatsgehälter wären gerechtfertigt.

## **33**

Es bleibe bestritten, dass die ausgeschriebene Stelle für einen Berufsanfänger geeignet sei und von einem Berufsanfänger besetzt worden sei. Aus der Stellenanzeige ergebe sich, dass die Vorlage der vollständigen Zeugnisse nur beispielhaft gefordert sei. Auf der online-Plattform befänden sich zwar ausdrücklich Formularfelder für das Anschreiben und den Lebenslauf. Ein explizites Feld für Zeugnisse gebe es nicht, sondern vielmehr für weitere Anlagen. Im Übrigen habe der Kläger in diesem Feld auch seine Zeugnisse hochgeladen. Dass die tatsächlich eingereichten Bewerbungsunterlagen nicht mehr vorlägen bzw. nicht nachvollzogen werden könne, ob bei der Übertragung ein technischer Fehler vorgelegen habe, könne nicht dem Kläger angelastet werden.

## **34**

Es werde bestritten, dass die Beklagte davon ausgegangen sei, die Bewerbung des Klägers sei als nicht ernsthaft zu betrachten. Hierfür gebe es keinerlei Ansatzpunkte. Allein der Lebenslauf habe zwölf Seiten umfasst. Seit Dezember 2017 habe er zahlreiche Bewerbungen verfasst und dies weiter so fortgeführt. Der Kläger habe sich auch bei der Beklagten bzw. deren Konzernmutter beworben, ohne dass er anschließend

Entschädigungsansprüche geltend gemacht habe. Der Kläger führe überhaupt kein weiteres Verfahren gestützt auf das AGG.

### **35**

Entgegen der Ansicht der Beklagten komme es für die Frage, ob eine Bewerbung ernsthaft sei nicht darauf an, ob Zeugnisse eingereicht worden seien. Im Übrigen komme Arbeitszeugnissen ohnehin nur eine mangelnde Aussagekraft zu.

### **36**

Wenn die Beklagte behaupte, ein lückenhafter Lebenslauf würde ein aus dem Ruder gelaufenes Arbeitsleben begründen, weshalb die Beklagte die Bewerbung des Klägers ohne weitere Gründe habe aussortieren dürfen, belege dies nach Ansicht des Klägers erneut seine Benachteiligung aufgrund des Alters. Das erstinstanzliche Gericht habe in diesem Zusammenhang ausdrücklich betont, dass der Kläger eigene Kosten für einen Personalvermittler aufgewendet und auch sonst eine Vielzahl von Anstrengungen unternommen habe, sein durch einen schweren beruflich veranlassten Unfall aus dem Ruder gelaufenes Arbeitsleben wieder in den Griff zu bekommen und in einer Stellung Fuß zu fassen. Das Arbeitsgericht habe mit diesen Ausführungen lediglich die Ernsthaftigkeit der Bewerbung des Klägers begründet.

### **37**

Wie sich aus den beigefügten Zertifikaten ergebe, erfülle der Kläger das Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle in hohem Maß. Angesichts dessen sei das Bestreiten der Beklagten, dass der Kläger über eine Ausbildung im Bereich der SAP-Anwendungsbetreuung verfüge, unsubstantiiert. Es stelle sich die Frage, ob sich die Beklagte überhaupt je mit der von ihm eingereichten Bewerbung auseinandergesetzt habe. Die fachliche Qualifikation des Klägers sei im gesamten Verfahren nicht substantiiert infrage gestellt worden.

### **38**

Wegen des weiteren Sachvortrags der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 09.03.2020 (Blatt 421-443 der Akten) und vom 19.03.2020 (Blatt 458-469 der Akten) sowie auf die Schriftsätze des Klägers vom 18.02.2020 (Blatt 376-393 der Akten) und vom 09.04.2020 (Blatt 471-502 der Akten) Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

A.

### **39**

Die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers sind jeweils zulässig. Insbesondere sind sie jeweils form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520, 524 ZPO).

B.

### **40**

Weder die Berufung der Beklagten noch die Anschlussberufung des Klägers sind begründet. Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zu Recht zur Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verurteilt. Durch die Stellenanzeige hat der Kläger Indizien bewiesen, die vermuten lassen, dass der Kläger wegen seines Alters nicht eingestellt wurde. Die Beklagte hat keine Tatsachen ausreichend vorgetragen oder bewiesen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen haben (§ 22 AGG). Die Höhe der Entschädigung hat das Arbeitsgericht mit zutreffenden Erwägungen festgesetzt. Das Landesarbeitsgericht nimmt daher Bezug auf die ausführlichen Entscheidungsgründe im Urteil des Arbeitsgerichts und macht sie sich zu eigen (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

### **41**

Im Hinblick auf das Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren sind noch folgende Ausführungen veranlasst:

I.

### **42**

Die Klage ist zulässig. Sie ist insbesondere auch mit dem im Berufungsverfahren gestellten Antrag hinreichend bestimmt iSv § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger durfte die Höhe der 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 des Betrags heranziehen soll und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung, die er im Berufungsverfahren mit nicht unter 10.066,47 € bestimmt hat, angegeben.

II.

#### **43**

Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Für den Kläger ergibt sich dies aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG. Der Kläger ist als Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis Beschäftigter iSd. AGG (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG). Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass er eine Bewerbung eingereicht hat. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG enthält einen formalen Bewerberbegriff. Die subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung ist nicht Teil des Begriffs des Bewerbers. Eine solche Voraussetzung ergibt sich weder aus dem Wortlaut der Bestimmung und dem durch ihn vermittelten Wortsinn noch aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung oder ihrem Sinn und Zweck. Die Frage, ob eine Bewerbung „nicht ernsthaft“ war, weil eine Person sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern um eine Entschädigung geltend zu machen, betrifft vielmehr die Frage, ob diese sich unter Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) den formalen Status als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG verschafft und damit für sich den persönlichen Anwendungsbereich des AGG treuwidrig eröffnet hat, weshalb der Ausnutzung dieser Rechtsposition der durchgreifende Rechtsmissbrauchseinwand entgegenstehen könnte (BAG 11.08.2016 - 8 AZR 406/14 - Rn 44).

III.

#### **44**

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

IV.

#### **45**

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

V.

#### **46**

Der Entschädigungsanspruch des Klägers ist nicht dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand (§ 242 BGB) ausgesetzt.

#### **47**

1. Der Kläger hätte die Rechtsstellung als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG nur dann treuwidrig erworben mit der Folge, dass die Ausnutzung dieser Rechtsposition rechtsmissbräuchlich wäre, wenn er sich nicht beworben haben sollte, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm darum gegangen sein sollte, nur den formalen Status als Bewerber iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen, die den - rechtshindernden - Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen, trägt nach den allgemeinen Regeln der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast derjenige, der diesen Einwand geltend macht.

#### **48**

2. Die von der Beklagten insoweit vorgetragenen Umstände lassen weder für sich betrachtet noch in einer Gesamtschau den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers zu. Soweit der Bewerbung Zeugnisse nicht beigelegt haben mögen, mag die Bewerbung unvollständig gewesen sein. Dies lässt aber nicht den Schluss zu, dass es dem Kläger mit seiner Bewerbung ausschließlich um eine Entschädigung gegangen wäre. Dasselbe gilt, soweit die Beklagte sich darauf beruft, dass es sich um eine belanglose lückenhafte Bewerbung gehandelt habe, die ein „desaströses Bild“ des klägerischen

Arbeitslebens gezeichnet habe. Die Beklagte beruft sich insoweit auf in der Bewerbung nicht geklärte Lücken im Lebenslauf. Für Lücken im Lebenslauf kann es vielfältige Gründe geben, die ein Bewerber aus ebenso vielfältigen Gründen nicht bereits im Bewerbungsschreiben offenbaren möchte. Vielleicht wäre es sinnvoll gewesen, wenn der Kläger die Vorgeschichte (Arbeitsunfall, Rehabilitation, Erklärungen für die nur kurzen Arbeitsverhältnisse und Zeiten der Arbeitslosigkeit) bei der Bewerbung erwähnt hätte. Dies im Bewerbungsschreiben nicht mitzuteilen rechtfertigt aber keinesfalls den Schluss, es handele sich um eine rechtsmissbräuchliche Bewerbung. Der Behauptung des Klägers, dass er trotz seiner zahlreichen Bewerbungen kein weiteres Verfahren auf Entschädigung nach dem AGG betreibe, ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Im Übrigen wäre auch das Betreiben weiterer Verfahren für sich genommen kein Hinweis auf rechtsmissbräuchliches Verhalten (BAG a.a.O. Rn 64).

VI.

**49**

Der Kläger hat Indizien bewiesen, die eine Benachteiligung wegen des Alters vermuten lassen (§ 22 AGG).

**50**

1. Die Beklagte hat die Stelle, auf die sich der Kläger bei dieser beworben hat, entgegen den Vorgaben von § 11 AGG unter Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (§ 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG) ausgeschrieben.

**51**

Die Formulierung in der Stellenausschreibung, wonach dem/der Bewerber/in eine zukunftsorientierte, kreative Mitarbeit in einem „jungem, hochmotivierten Team“ geboten wird, bewirkt eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters iSv. § 3 Abs. 1 AGG. Das erkennende Gericht folgt der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 2016 zu Stellenangeboten, die mit der Mitarbeit in einem „jungem, dynamischen Team“ warben (BAG 19.05.2016 - 8 AZR 470/14 und 11.08.2016 - 406/14). Die Verwendung der Begriffe dynamisch und hochmotiviert in einer Stellungsanzeige im Zusammenhang mit einem jungen Team sind austauschbar und unterscheiden sich in der Zielsetzung kaum.

**52**

Mit dem Begriff „jung“ wird unmittelbar an das Lebensalter angeknüpft. Verstärkt wird diese Bezugnahme auf das Lebensalter durch die Verbindung mit dem Begriff „hochmotiviert“, der ebenso wie der Begriff „dynamisch“ eine Eigenschaft beschreibt, die im Allgemeinen eher jüngeren als älteren Menschen zugeschrieben wird. Wird in einer Stellenausschreibung - wie hier - darauf hingewiesen, dass eine zukunftsorientierte Mitarbeit in einem „jungem hochmotivierten Team“ geboten wird, enthält dieser Hinweis regelmäßig nicht nur die Botschaft an potentielle Stellenbewerber/innen, dass die Mitglieder des Teams jung und deshalb hochmotiviert sind. Eine solche Angabe in einer Stellungsanzeige kann aus der Sicht eines objektiven Empfängers zudem regelmäßig nur so verstanden werden, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin sucht, der/die in das Team passt, weil er/sie ebenso jung und hochmotiviert ist wie die Mitglieder des vorhandenen Teams. Die Annahme, dass mit der Beschreibung des Teams als „jung“ und „hochmotiviert“ der Zweck verfolgt wird, den potentiellen Bewerber/die potentielle Bewerberin darüber zu informieren, dass das Team selbst noch nicht lange Zeit besteht, ist demgegenüber fernliegend, wenn dieser Umstand nicht zugleich in der Stellenausschreibung erläutert wird. Sofern dies - wie hier - nicht der Fall ist, kann der Zweck einer solchen Stellenbeschreibung nur darin bestehen, einen zum vorhandenen Team passenden neuen Beschäftigten zu gewinnen. Andernfalls wäre die so formulierte Stellenbeschreibung ohne Aussagegehalt und damit überflüssig. Dies stimmt mit der Behauptung der Beklagten überein, das Durchschnittsalter des Teams betrage 38 Jahre.

**53**

2. Die Beklagte hat weder behauptet, noch ist es sonst ersichtlich, dass die mit der Formulierung in der Stellenausschreibung, mit der dem/der Bewerber/in zukunftsorientierte, kreative Mitarbeit in einem „jungem hochmotivierten Team“ geboten wird, bewirkte unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters iSv. § 3 Abs. 1 AGG nach § 8 AGG oder nach § 10 AGG zulässig ist.

**54**

VII. Die Beklagte hat nicht dargelegt und bewiesen, dass ausschließlich andere Gründe als das Alter des Klägers für die Nichteinstellung ausschlaggebend waren.

**55**

1. Der Arbeitgeber kann die Vermutung, er habe die klagende Partei wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt, etwa dadurch widerlegen, dass er substantiiert dazu vorträgt und im Bestreitensfall beweist, dass er bei der Behandlung aller Bewerbungen nach einem bestimmten Verfahren vorgegangen ist, das eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes ausschließt. Dies kann zum Beispiel anzunehmen sein, wenn der Arbeitgeber ausnahmslos alle Bewerbungen in einem ersten Schritt darauf hin sichtet, ob die Bewerber/innen eine zulässigerweise gestellte Anforderung erfüllen und er all die Bewerbungen von vornherein aus dem weiteren Auswahlverfahren ausscheidet, bei denen dies nicht der Fall ist. Der Arbeitgeber, der sich hierauf beruft, muss dann allerdings nicht nur darlegen und ggf. beweisen, dass ein solches Verfahren praktiziert wurde, sondern auch, dass er das Verfahren konsequent zu Ende geführt hat. Deshalb muss er auch substantiiert dartun und im Bestreitensfall beweisen, wie viele Bewerbungen eingegangen sind, welche Bewerber/innen aus demselben Grund ebenso aus dem Auswahlverfahren ausgenommen wurden, welche Bewerber/innen, weil sie die Anforderung erfüllten, im weiteren Auswahlverfahren verblieben sind und dass der/die letztlich ausgewählte Bewerber/in die Anforderung, wegen deren Fehlens die klagende Partei aus dem weiteren Auswahlverfahren vorab ausgenommen wurde, erfüllt (BAG 11.08.2016 - 8 AZR 406/14 - Rn 83 mwN).

**56**

2. Die Beklagte hat entsprechenden Sachvortrag nicht geleistet.

**57**

a. Sie hat zwar vorgetragen, dass der Kläger mit der Bewerbung keine Zeugnisse vorgelegt habe. Richtig ist zwar, dass die Beklagte deren vollständige Vorlage in der Stellenausschreibung ausdrücklich verlangt hat. Die unstreitig online hochgeladenen Zertifikate über bestimmte im Zusammenhang mit SAP erlangte Fähigkeiten sind keine Zeugnisse. Unerheblich ist dabei auch der Einwand des Klägers, dass Zeugnisse heutzutage keine Aussagekraft mehr hätten. Denn jedenfalls ist das Verlangen nach der Vorlage von Zeugnissen zulässig.

**58**

Die Beklagte hat aber keinerlei Vortrag zum Bewerbungsprozess geleistet. Sie hat nicht mitgeteilt, wie viele Bewerbungen eingegangen sind und welche Bewerber/innen ebenfalls wegen der Nichtvorlage von Zeugnissen oder zumindest wegen Vorlage unvollständiger Unterlagen aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschieden sind. Wenn dies bei keinem anderen der Fall gewesen sein sollte, hätte auch dieses vorgetragen werden müssen. Sie hat auch nicht vorgetragen, welche Bewerber/innen, weil sie vollständige Bewerbungsunterlagen vorlegten, im Bewerbungsverfahren verblieben sind und ob der letztlich eingestellte Bewerber vollständige Unterlagen vorgelegt hat.

**59**

Beim Verlangen der Vorlage der vollständigen Zeugnisse handelte es sich nicht um eine formale Qualifikation oder eine formale Anforderung, die unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit/des Berufs an sich ist (vgl. BAG 11.08.2016 - 8 AZR 406/14 - Rn 86). Eine Tätigkeit oder einen Beruf kann man auch ohne Zeugnisse ausüben.

**60**

b. Daneben hat sich die Beklagte darauf berufen, dass der Lebenslauf des Klägers Lücken aufweise, die nicht erklärt seien, und Beschäftigungsverhältnisse nur von kurzer Dauer gewesen seien. Unabhängig davon, ob es eine zulässige Stellenanforderung ist, dass das Arbeitsleben lückenlos verlaufen muss und man auch kurze Zeiten der Arbeitssuche zwischen zwei Arbeitsverhältnissen erklären muss, fehlt auch insoweit jeglicher Sachvortrag zum Umgang mit den übrigen Bewerber/innen. Im Übrigen ist auch das erkennende Gericht der Ansicht, dass Lücken im Lebenslauf bei einem älteren Bewerber/innen schon auf Grund des Lebensalters eher wahrscheinlich sind als bei jüngeren Bewerber/innen.

**61**

c. Dass der Kläger für die ausgeschriebene Stelle von vornherein ungeeignet gewesen wäre, hat die Beklagte selbst nicht behauptet. Dies ist auch nicht ersichtlich angesichts der vorgelegten Zertifikate, der trotz der Lücken sehr langen Berufserfahrung und der Tatsache, dass die Stelle mit dem Level Berufseinsteiger gekennzeichnet war. Im Übrigen ist die objektive Eignung eines Bewerbers nicht Voraussetzung für die Geltendmachung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG (BAG 11.08.2016 - 8 AZR 406/14 - Rn 90 ff).

VIII.

**62**

Das Arbeitsgericht hat die Höhe der Entschädigung mit zwei Monatsgehältern bemessen und ist hierbei von der von der Beklagten mitgeteilten Vergütung für den eingestellten Bewerber ausgegangen. Auch das Berufungsgericht hält dies für angemessen.

**63**

1. Bei der Beurteilung der angemessenen Höhe der festzusetzenden Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ist zu beachten, dass die Entschädigung einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz gewährleisten muss. Die Härte der Sanktionen muss der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt. Eine rein symbolische Entschädigung wird den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinie nicht gerecht (BAG 19.12.2019 - 8 AZR 2/19 - Rn 77 mwN). Bei der in § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG bestimmten Grenze, wonach die Entschädigung bei einer Nichteinstellung nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, was vom Arbeitgeber darzulegen und ggf. zu beweisen wäre, handelt es sich um eine „Kappungsgrenze“. Danach ist zunächst die Höhe einer angemessenen und der Höhe nach nicht begrenzten Entschädigung zu ermitteln und diese ist dann, wenn sie drei Monatsentgelte übersteigen sollte, zu kappen (BAG 19.12.2019 - 8 AZR 2/19 - Rn. 78 mwN). Bei der Bemessung der angemessenen Entschädigung kann an die für die ausgeschriebene Stelle zu erwartende Bruttomonatsvergütung grundsätzlich angeknüpft werden (BAG a.a.O.)

**64**

2. Die Höhe der Monatsvergütung als Anknüpfungspunkt für die Entschädigung hat das Arbeitsgericht zutreffend mit 3.355,49 € ermittelt. Es hat dabei das von der Beklagten mitgeteilte Einkommen des eingestellten Bewerbers zu Grunde gelegt. Dass diese Auskunft nicht zutreffend gewesen ist, hat der Kläger nicht substantiiert bestritten. Den ursprünglich angekündigten Auskunftsantrag hat er in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht nicht gestellt, nach dem die Auskunft erteilt war. Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft hat er nicht angemeldet und auch nicht etwa die Versicherung der Auskunft an Eides Statt verlangt. Zwar hat der Kläger behauptet, dass andere Mitarbeiter der Beklagten im SAP-Bereich mehr verdienen würden und hierzu den Auszug aus einer Internetseite vorgelegt. Dies ist jedoch nicht relevant, denn es kommt auf die zu erwartende Vergütung der ausgeschriebenen Stelle an. Es ist nicht ersichtlich, dass hier eine höhere Vergütung zu erwarten war insbesondere deshalb, da die Stelle mit dem Level „Berufseinsteiger“ ausgeschrieben war.

**65**

3. Ob dem Kläger darin Recht zu geben ist, dass die Höhe der Entschädigung im vorliegenden Fall nicht von vornherein auf drei Monatsgehälter begrenzt ist, kann offenbleiben. Die Beklagte hat zwar nicht vorgetragen und bewiesen, dass der Kläger auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Der Kläger hat sich auch im Berufungsverfahren noch darauf berufen, dass vier Monatsgehälter eine angemessene Entschädigung wären (S. 18 des Schriftsatzes vom 18.02.2020, Blatt 393 der Akten). Allerdings hat der Kläger nicht einmal behauptet, bei diskriminierungsfreier Auswahl eingestellt worden, also der bestgeeignete Bewerber gewesen zu sein (zu diesem Erfordernis BAG 19.08.2010 - 8 AZR 530/09 - Rn 67).

**66**

4. Die Höhe der Entschädigung ist mit zwei Monatsgehältern der zu erwartenden Vergütung angemessen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass hier zunächst keine besonders schwerwiegende Diskriminierung vorliegt. Die Stellenanzeige war nicht an den Kläger persönlich gerichtet und begründete zunächst nur die Vermutung einer Diskriminierung wegen des Alters. Auch war bis in das Jahr 2016 hinein in der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte umstritten, ob einem Text wie „Wir bieten junges dynamisches Team“ oder „junges hochmotiviertes Team“ oder „junges erfolgreiches Team“ überhaupt eine Indizwirkung zukommt (dafür etwa LAG Hamburg 23.06.2010 - 5 Sa 14/10; dagegen etwa LAG Nürnberg 16.05.2012 - 2 Sa 574/11, LAG Baden-Württemberg 15.01.2016 - 19 Sa 27/15). Mittlerweile werden solche Formulierungen jedoch als Indiz für eine Diskriminierung wegen des Alters angesehen (BAG 11.08.2016 - 8 AZR 406/14,

LAG Hessen 14.12.2018 - 10 Sa 593/18). Dies hätte von der Beklagten nachvollzogen werden müssen. Sie hat bei der Stellenausschreibung daher durchaus schuldhaft gehandelt.

#### **67**

Die Höhe der Entschädigung wurde in solchen Fällen oft mit einem Monatsgehalt als angemessen angesehen (vgl. etwa BAG 19.08.2010 - 8 AZR 530/09). Im vorliegenden Fall hält das Gericht allerdings wie das erstinstanzliche Gericht zwei Monatsgehälter für angemessen. Erschwerend für die Beklagte kommt nämlich hinzu, dass gerade bei älteren Bewerbern, die sich noch auf Stellensuche begeben müssen, Lücken im Lebenslauf vorhanden sind. Dies ist regelmäßig bei jüngeren Bewerbern nicht der Fall. Die Argumentation der Beklagten verstärkt somit eher den Eindruck, dass im Motivbündel der Beklagten das Alter des Klägers eine Rolle gespielt haben könnte. Das Bewerbungsschreiben erweckt aus Sicht des Gerichts auch nicht den Eindruck, als ob die Bewerbung nicht ernst gemeint sein könnte. Der Kläger hat sich nach eigenem Bekunden auf zahlreiche Stellen beworben. Seiner Behauptung, neben der vorliegenden Klage keine weiteren Verfahren nach dem AGG zu betreiben, ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Es sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Kläger sich den Bewerberstatus nur erschleichen wollte, um sich einen Entschädigungsanspruch zu sichern. Es kommt hinzu, dass es sich bei der Beklagten nicht um ein kleines Unternehmen handelt. Eine ausreichend abschreckende Wirkung, die aber auch verhältnismäßig ist, ist aus Sicht des Gerichts bei einem Monatsgehalt als Entschädigung noch nicht erreicht, sondern liegt bei zwei Monatsgehältern.

#### **68**

Eine höhere Entschädigung wäre hingegen unverhältnismäßig. Das Gericht kann nicht erkennen, warum es besonders zu berücksichtigen sein sollte, wenn die Diskriminierung von dem Motiv getragen wurde allein den Altersschnitt des Teams zu wahren. Dies ist zum einen nicht erkennbar. Zum anderen würde dies nicht die Persönlichkeitsverletzung des Klägers, die in der Nichtberücksichtigung wegen des Alters liegt, verstärken. Dass die Beklagte hier vorsätzlich den Kläger wegen des Alters nicht berücksichtigt hat, ist nicht ersichtlich. Die Nichteinstellung ist zwar absichtlich erfolgt. Hinsichtlich der Kausalität „wegen des Alters“ ist Vorsatz jedoch nicht bewiesen. Die Stellenanzeige hat lediglich zu einer Beweislastumkehr geführt und die Beklagte konnte die Kausalität nicht widerlegen.

IX.

#### **69**

Da das Arbeitsgericht den in der Berufung allein noch streitgegenständlichen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG zutreffend zugesprochen und bemessen hat, waren sowohl die Berufung der Beklagten als auch die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

C.

I.

#### **70**

Ausgehend von einem Streitwert des Berufungsverfahrens von vier Monatsgehältern (13.421,96 €) haben beide Parteien zu gleichen Teilen obsiegt bzw. waren zu gleichen Teilen unterlegen. Die Kosten des Berufungsverfahrens waren daher gegeneinander aufzuheben, §§ 97, 92 Abs. 1 ZPO.

II.

#### **71**

Es liegen keine gesetzlichen Gründe vor, die Revision zuzulassen (§ 72 Abs. 2 ArbGG).