

Aktenzeichen: 8 AZR 636/08
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 24. September 2009
- 8 AZR 636/08 -

I. Arbeitsgericht
Stuttgart

Urteil vom 19. September 2007
- 14 Ca 1986/07 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 26. Juni 2008
- 3 Sa 74/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Bewerbung - Entschädigung wegen Altersdiskriminierung

Gesetze:

GG Art. 1, 2, 33; BGB §§ 12, 280, 823, 862, 1004; AGG §§ 15, 33; ZPO § 253; RL 2000/78/EG Art. 1, 2, 6, 17, 18; Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg vom 19. Oktober 1971 (LHO) § 48

Leitsätze:

keine



BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 636/08
3 Sa 74/07
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. September 2009

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Eimer und Dr. Pauli für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landes-
arbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 26. Juni 2008
- 3 Sa 74/07 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Entschädigungs- bzw. Schadens- 1
ersatzanspruch des Klägers wegen altersbezogener Diskriminierung im Zu-
sammenhang mit Bewerbungen auf einen Lehrerdienstposten.

Der Kläger ist am 2. März 1950 geboren. Er hat eine abgeschlossene 2
Ausbildung zum Grund- und Hauptschullehrer und ist Dipl.-Pädagoge in der
Studienrichtung Ausländerpädagogik.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2003 bewarb er sich als Grund- und 3
Hauptschullehrer bei der Justizvollzugsanstalt A und mit Schreiben vom
11. März 2004 bei der Justizvollzugsanstalt H, jeweils auf eine Angestellten-
stelle. Zudem bekundete er mit Schreiben vom 5. Januar 2004 gegenüber dem
Justizministerium des beklagten Landes sein Interesse an einer Festanstellung
oder stundenweisen Tätigkeit auf Honorarbasis als Lehrer.

Daraufhin teilte ihm das Justizministerium unter Bezugnahme auf sein 4
Schreiben vom 5. Januar 2004 am 12. Januar 2004 schriftlich mit, dass für eine
hauptamtliche Anstellung keine Möglichkeit bestehe. Mit Schreiben vom
17. März 2004 begründete die Justizvollzugsanstalt H die Ablehnung der
Bewerbung des Klägers vom 11. März 2004 damit, dass dessen spätere
Daueranstellung wegen seines Lebensalters nicht mehr möglich sei. In einem
Schreiben vom 10. August 2004 teilte die Justizvollzugsanstalt A dem Kläger



mit, dass sie dessen Bewerbung vom 15. Dezember 2003 nicht mehr berücksichtigen könne, da das Einstellungsverfahren für die ausgeschriebene Stelle bereits abgeschlossen sei.

Erstmals mit an die Justizvollzugsanstalt H gerichtetem Schreiben vom 17. Dezember 2006 forderte der Kläger die Zahlung einer Entschädigung wegen Altersdiskriminierung. Mit seiner am 8. März 2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger eine der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung wegen unzulässiger Diskriminierung aufgrund seines Alters verlangt.

Der Kläger behauptet, das beklagte Land habe allein wegen seines Lebensalters seine Bewerbung auf die Stelle in der Justizvollzugsanstalt H abgelehnt. Dies sei bei den anderen Ablehnungen seiner Bewerbungen ebenfalls anzunehmen. Er meint, die Ablehnungen aufgrund seines Lebensalters stellten einen schweren Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht dar. Dies begründe einen Anspruch auf Schadensersatz, der keinen Ausschlussfristen unterliege. Auch stehe ihm ein Entschädigungsanspruch gemäß der Richtlinie 2000/78/EG zu.

Der Kläger hat beantragt:

Das beklagte Land wird verurteilt, dem Kläger nach dem Ermessen des Gerichts Schadensersatz/Entschädigungsleistung nebst Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt.

Es ist der Ansicht, angesichts der Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung (*Vollendung des 40. Lebensjahres*) sei es rechtmäßig, nur mit solchen Bewerbern ein Anstellungsverhältnis zu begründen, die später verbeamtet werden könnten. Das Anstellungsverhältnis werde dabei als eine Art Probezeit angesehen, auch wenn dies in den Stellenausschreibungen nicht zum Ausdruck gebracht worden sei.



Für das Entschädigungsbegehren bestehe vor dem Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 keine Anspruchsgrundlage. Im Unterschied zu § 81 SGB IX aF habe es für den Bereich der Altersdiskriminierung keine Sanktionsregelung gegeben. Für eine Gesamtanalogie zu bereits vorhandenen Entschädigungstatbeständen sei kein Raum. Es bestehe auch kein Anspruch des Klägers wegen Verletzung seines Persönlichkeitsrechts. Jedenfalls seien aber etwaige Ansprüche des Klägers auf Entschädigung verfallen. Dies folge aus § 611a Abs. 4 BGB aF analog und aus der geltenden Ausschlussfrist des § 70 BAT. Nach Inkrafttreten des AGG gelte die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG für alle Entschädigungsansprüche sowie für Ansprüche wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter, während das beklagte Land die Zurückweisung der Revision beantragt.

11

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

12

A. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Es könne zu Gunsten des Klägers unterstellt werden, dass er durch die Ablehnungen seiner Bewerbungen wegen seines Alters im Hinblick auf Art. 1 und 6 der RL 2000/78/EG diskriminiert worden sei und ihm deshalb als Sanktion iSd. Art. 17 dieser Richtlinie eine angemessene Entschädigung zugestanden habe, wie sie seit Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 in § 15 Abs. 2 AGG vorgesehen sei. Weiter könne unterstellt werden, dass diese Richtlinie, obwohl sie in Bezug auf die Frage der Altersdiskriminierung noch nicht umgesetzt und die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen gewesen sei,

13



dem Kläger unmittelbare Ansprüche gewährt habe, da das beklagte Land schon vor Umsetzung der Richtlinie als „öffentliche Stelle“ verpflichtet gewesen wäre, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um der Richtlinie in der Rechtswirklichkeit Geltung zu verschaffen.

Der Anspruch auf Entschädigung könne sich aber nicht unmittelbar aus Art. 17 der Richtlinie ergeben, da dieser keine entsprechende Sanktion enthalte. Ein Entschädigungsanspruch des Klägers könnte sich nur in gemeinschaftsrechtskonformer Ausdehnung der damals bereits vorhandenen Bestimmungen auf andere Diskriminierungsfälle ergeben. Dann seien aber auch die zulässigen Einschränkungen dieser Ansprüche zu beachten, zu denen auch die Ausschlussfristen zählten.

14

Der Anspruch des Klägers sei wegen einer solchen Ausschlussfrist verfallen. Zu seinen Gunsten könne von der für ihn günstigen Regelung in § 611a Abs. 4 BGB aF ausgegangen werden, wonach er in Übereinstimmung mit § 70 BAT eine Ausschlussfrist von sechs Monaten zu beachten gehabt hätte. Diese habe mit Zugang des Ablehnungsschreibens vom 10. August 2004 zu laufen begonnen und sei bei der erstmaligen Geltendmachung seiner Forderung mit Schreiben vom 17. Dezember 2006 abgelaufen gewesen.

15

Das Landesarbeitsgericht hat außerdem angenommen, dass kein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestehe, da dieser nur bei einem schwerwiegenden Eingriff in Betracht komme. Weder zum Grad des Verschuldens noch zur Möglichkeit, die Verletzung auf andere Weise aufzufangen, habe der Kläger Ausführungen gemacht. Unterstelle man eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, könne diese nicht als schwerwiegend erachtet werden. Der Kläger hätte sich „im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG“ gegen seine Ablehnung wenden und ggf. ein neues Auswahlverfahren fordern können. Er sei nicht auf den Ausgleich seines immateriellen Schadens verwiesen gewesen, da er einen Anspruch auf Erhaltung oder Kompensation seines materiellen Rechts gehabt hätte.

16

B. Der Senat folgt dem Landesarbeitsgericht im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung.

17



Dem Kläger steht gegen das beklagte Land weder ein Entschädigungs- 18
noch ein Schadensersatzanspruch zu.

I. Die auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klage ist zulässig, 19
insbesondere ist der Klageantrag hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2
ZPO).

Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger die Höhe der begehrten 20
Entschädigung in das Ermessen des Gerichts gestellt hat. Dem Gericht wird
damit hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein Beurteilungsspielraum
eingeräumt. Steht dem Gericht ein solcher Beurteilungsspielraum zu bzw. hängt
die Bestimmung eines Betrages vom billigen Ermessen des Gerichts ab, ist ein
unbezifferter Zahlungsantrag zulässig. Der Kläger muss allerdings Tatsachen,
die das Gericht bei der Bestimmung des Betrages heranziehen soll, benennen
und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angeben (vgl. BAG
16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - Rn. 18, AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA
SGB IX § 81 Nr. 17; 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 17, AP AGG § 33 Nr. 2
= EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Nach § 15
Abs. 2 Satz 1 AGG steht dem Gericht bzgl. der Höhe der Entschädigung ein
Ermessensspielraum zu. Der Kläger hat einen Sachverhalt dargelegt, der dem
Gericht grundsätzlich die Bestimmung einer Entschädigung ermöglicht, und
eine Angabe zur Größenordnung der Entschädigung getätigt. So hat er seinen
Entschädigungsanspruch in der Berufungsinstanz auf 5.426,62 Euro begrenzt.
Dieser Betrag setzt sich zusammen aus 1.852,32 Euro und aus 3.574,30 Euro,
den von ihm jeweils angegebenen Bruttomonatsgehältern für eine Tätigkeit in
den Justizvollzugsanstalten H bzw. A.

II. Die Klage ist jedoch unbegründet. 21

1. Der Kläger hat gegen das beklagte Land keinen Anspruch auf eine 22
angemessene Entschädigung in Geld gemäß § 15 Abs. 2 AGG. Das AGG findet
auf den Streitfall keine Anwendung.

a) Mit Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung 23
des Grundsatzes der Gleichbehandlung (*Umsetzungsgesetz*) vom 14. August



2006 (*BGBI. I S. 1897*) ist erst am 18. August 2006 das AGG in Kraft getreten. Alle Bewerbungen des Klägers hatte das beklagte Land jedoch bereits im Jahre 2004 zurückgewiesen. Der Sachverhalt, auf den der Kläger seinen Entschädigungsanspruch wegen Altersdiskriminierung stützt, war damit bereits vor Inkrafttreten des AGG abgeschlossen.

b) Die vom Kläger behauptete Altersdiskriminierung unterfällt auch keinem in § 33 AGG geregelten Übergangstatbestand. § 33 AGG beruht auf dem Grundsatz, dass auf die vor dem 18. August 2006 erfolgten Benachteiligungen das alte Recht einschließlich der §§ 611a, 611b, 612 Abs. 3 BGB anwendbar ist (*BT-Drucks. 16/1780 S. 53*). Diese Normen hatten den Fall der Altersdiskriminierung jedoch nicht geregelt. 24

2. Ein Anspruch des Klägers gegen das beklagte Land auf eine angemessene Entschädigung in Geld lässt sich nicht aus der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (*RL 2000/78/EG, ABl. EG Nr. L 303 vom 2. Dezember 2000 S. 16*) herleiten. 25

a) Zwar verbietet diese Richtlinie sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Diskriminierung unter anderem wegen des Alters (*Art. 1, 2 RL 2000/78/EG*). Nach den Gemeinschaftsverträgen gelten Richtlinien jedoch grundsätzlich nicht unmittelbar. Sie wenden sich gemäß Art. 249 Abs. 3 EG an die Mitgliedstaaten. Diese haben dafür zu sorgen, dass das nationale Recht innerhalb der gesetzten Frist den Vorgaben der Richtlinien entsprechend gestaltet wird. 26

b) Der Einzelne kann sich vor den nationalen Gerichten allerdings dann unmittelbar auf eine Richtlinie berufen, wenn der Mitgliedstaat die Richtlinie innerhalb der Umsetzungsfrist nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzt hat und die Richtlinie so genau formuliert ist, dass aus ihr ohne Umsetzungsspielraum Rechte abgeleitet werden können (*vgl. EuGH 4. Dezember 1997 - C-253-258/96 - [Kampelmann ua.] Slg. 1997, I-6907 = AP EWG-Richtlinie Nr. 91/533*). 27



Nr. 3; 12. Juli 1990 - C-188/89 - [Foster] Slg. 1990, I-3313; 5. April 1979 - C-148/78 - [Ratti] Slg. 1979, 1629).

Die Umsetzungsfrist hinsichtlich des Verbots der Benachteiligung wegen des Alters war im Jahre 2004 noch nicht abgelaufen. Nach Art. 18 Abs. 1 der RL 2000/78/EG war die Richtlinie spätestens zum 2. Dezember 2003 umzusetzen. Die Bundesrepublik Deutschland hat durch Mitteilung der Bundesregierung vom 27. November 2003 an die Kommission von der den Mitgliedstaaten in Art. 18 Abs. 2 RL 2000/78/EG eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Umsetzungsfrist bis zum 2. Dezember 2006 zu verlängern (vgl. BAG 18. Mai 2004 - 9 AZR 250/03 - EzA TVG § 4 Luftfahrt Nr. 9). Sämtliche Absagen auf Bewerbungen des Klägers erfolgten im Jahre 2004. Zu diesem Zeitpunkt war eine Umsetzung der EG-Richtlinie 2000/78/EG in nationales Recht zulässigerweise noch nicht erfolgt. Damit besteht auch nicht ausnahmsweise ein Recht des Klägers, sich unmittelbar auf diese Richtlinie zu berufen.

28

c) Selbst, wenn davon ausgegangen würde, dass das beklagte Land als öffentlicher Arbeitgeber und damit als „öffentliche Stelle“ iSd. Rechtsprechung des EuGH verpflichtet wäre, die Richtlinie bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist anzuwenden, würde ein Entschädigungsanspruch des Klägers daran scheitern, dass die Richtlinie einen solchen inhaltlich nicht hinreichend genau begründet. So verlangt Art. 17 Satz 1 RL 2000/78/EG, dass die Mitgliedstaaten Sanktionen festlegen, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung der Richtlinie zu verhängen sind. Dazu bestimmt Art. 17 Satz 2 RL 2000/78/EG, dass die Sanktionen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. Einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld, wenn eine Person wegen ihres Alters diskriminiert wird, fordert die Richtlinie nicht ausdrücklich. Damit stand es im Ermessen des nationalen Gesetzgebers, dh. der Bundesrepublik Deutschland, wie sie die wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktion für einen Verstoß gegen das Altersdiskriminierungsverbot ausgestalten wollte. Diesen Umsetzungsspielraum hat die Bundesrepublik Deutschland dahingehend genutzt,

29



dass sie sich in § 15 Abs. 2 AGG für einen Anspruch des Benachteiligten auf Entschädigung in Geld entschieden hat und nicht etwa für eine Strafbarkeit der Altersdiskriminierung oder einen Anspruch des Diskriminierten auf Begründung des begehrten Arbeitsverhältnisses.

d) Die Annahme, dass die Richtlinie dem Kläger keine unmittelbaren Ansprüche gegen das beklagte Land gewährt, steht nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung anderer Senate des Bundesarbeitsgerichts. 30

aa) Mit Urteil vom 26. April 2006 (- 7 AZR 500/04 - BAGE 118, 76 = AP TzBfG § 14 Nr. 23 = EzA TzBfG § 14 Nr. 28) hat der Siebte Senat festgestellt, dass bei einem Verstoß einer innerstaatlichen Regelung gegen den gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatz das nationale Gericht gehalten ist, eine diskriminierende nationale Bestimmung außer Anwendung zu lassen, ohne dass es deren vorherige Aufhebung durch den Gesetzgeber beantragen oder abwarten müsste. Auf die Mitglieder der benachteiligten Gruppe sei die Regelung anzuwenden, die für die übrigen Arbeitnehmer gelte. Im vorliegenden Streitfall existierte im Jahr 2004 keine solche gegen Gemeinschaftsrecht verstoßende innerstaatliche Regelung. Es gab damit keine wegen des Lebensalters diskriminierende nationale Regelung, die außer Anwendung bleiben müsste. 31

bb) Nichts anderes folgt aus der vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Entscheidung des Neunten Senats vom 3. April 2007 (- 9 AZR 823/06 - BAGE 122, 54 = AP SGB IX § 81 Nr. 14 = EzA SGB IX § 81 Nr. 15). In gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung des § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF wurde es in diesem Streitfall schon vor Inkrafttreten des AGG einem öffentlichen Arbeitgeber verwehrt, eine Bewerberin um eine Stelle im öffentlichen Dienst wegen ihrer Behinderung zu benachteiligen. Anders als im vorliegenden Rechtsstreit hatte der nationale Gesetzgeber das Verbot der Benachteiligung wegen Behinderung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses und einen entsprechenden Entschädigungsanspruch des benachteiligten Bewerbers bereits in § 81 Abs. 2 SGB IX aF gesetzlich geregelt, diesen Schutz vor Benachteiligung und den Anspruch auf eine Entschädigung bei einer Be- 32



nachteiligung jedoch unter Verstoß gegen die RL 2000/78/EG auf schwerbehinderte Bewerber beschränkt.

3. Ein Entschädigungsanspruch des Klägers gegen das beklagte Land ist auch nicht aus einer richtlinienkonformen Anwendung nationalen Rechts herzu- 33
leiten.

a) Um den rechtlichen Schutz zu gewährleisten, der sich aus dem Ge- 34
meinschaftsrecht ergibt, und um die volle Wirksamkeit des Gemeinschafts-
rechts zu garantieren, sind die nationalen Gerichte verpflichtet, jede dem
gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz entgegenstehende
Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen (vgl. *EuGH*
22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Slg. 2005, I-9981 = AP Richtlinie
2000/78/EG Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 21; BAG 26. April 2006 - 7 AZR
500/04 - BAGE 118, 76 = AP TzBfG § 14 Nr. 23 = EzA TzBfG § 14 Nr. 28).
Dementsprechend hat der Neunte Senat entschieden, dass es bereits im Jahre
2004 Aufgabe des nationalen Gerichts war, nationales Recht, zu dem auch der
arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zählt, in einer Weise anzu-
wenden, die im Ergebnis einer Drittwirkung der Richtlinie für das Verhältnis
zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichkommt (vgl. *BAG 11. April 2006*
- 9 AZR 528/05 - NZA 2006, 1217, 1218). Nach ständiger Rechtsprechung des
Europäischen Gerichtshofs obliegt die sich aus einer Richtlinie ergebende
Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das darin vorgesehene Ziel zu erreichen
sowie ihre Aufgabe gemäß Art. 5 EG-Vertrag (*jetzt Art. 10 EG*), alle zur Er-
füllung dieser Verpflichtung geeigneten allgemeinen oder besonderen Maß-
nahmen zu treffen, allen öffentlichen Stellen der Mitgliedstaaten (vgl. *4. Oktober*
2001 - C-438/99 - Slg. 2001, I-6915 mwN = AP EWG-Richtlinie Nr. 92/85 Nr. 3
= EzA BGB § 611a Nr. 17). Damit hatte das beklagte Land als „öffentliche
Stelle“ iSd. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Vorgaben der
Richtlinie unmittelbar anzuwenden (vgl. *BAG 3. April 2007 - 9 AZR 823/06 -*
BAGE 122, 54 = AP SGB IX § 81 Nr. 14 = EzA SGB IX § 81 Nr. 15).
Demzufolge bestand eine grundsätzliche Verpflichtung auch des beklagten
Landes zur richtlinienkonformen Anwendung nationaler Regelungen.



b) Im deutschen Recht besteht das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot, Art. 3 GG. Eine ausdrückliche Norm, welche die Ungleichbehandlung wegen Alters verbietet, gab es bis zum Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 im deutschen Recht nicht. Als nationales Recht, welches das beklagte Land bei der Ablehnung der Bewerbungen des Klägers im Jahr 2004 richtlinienkonform anzuwenden hatte, kommt allein der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz in Betracht. Zwar ist dieser weder ein Gesetz noch eine tarifvertragliche Norm, jedoch ist er als richterrechtliches Grundprinzip des deutschen Arbeitsrechts einer arbeitsrechtlichen Norm gleichzustellen. Deshalb stellt er eine „Bestimmung des nationalen Rechts“ iSd. Rechtsprechung des EuGH (22. November 2005 - C-144/04 - Slg. 2005, I-9981 = AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 21) dar (vgl. BAG 11. April 2006 - 9 AZR 528/05 - NZA 2006, 1217).

35

Nach dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, der inhaltlich durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt wird, hat ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern gleich zu behandeln, wenn sie sich in einer vergleichbaren Lage befinden. Es ist ihm verwehrt, einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern von allgemein begünstigenden Regelungen auszunehmen, soweit hierfür keine sachlichen Gründe vorliegen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für eine Differenzierung nicht finden lässt (BAG 12. Dezember 2002 - 8 AZR 37/02 - AP BAT §§ 22, 23 Lehrer Nr. 96).

36

Liegt kein sachlicher Grund vor, kann der übergangene Arbeitnehmer verlangen, nach Maßgabe der allgemeinen Regelung behandelt zu werden (BAG 24. April 1991 - 4 AZR 570/90 - AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 140 = EzA BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 51). Wer aufgrund des Gebots der Gleichbehandlung verlangen kann, so behandelt zu werden, als sei er Angehöriger einer begünstigten Gruppe, der hat einen Anspruch auf Erfüllung derjenigen Ansprüche, die der begünstigten Gruppe zustehen. Auf andere Weise lässt sich die Gleichbehandlung nicht verwirklichen. Dieser Leistungsanspruch ist ein Erfüllungsanspruch und kein Schadensersatzanspruch (vgl. Senat

37



22. Januar 2009 - 8 AZR 808/07 - mwN, AP BGB § 613a Unterrichtung Nr. 4 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 105).

Eine „richtlinienkonforme“ Auslegung mit dem Ziel, dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz einen über die Gleichbehandlung hinausgehenden Entschädigungsanspruch wegen eines Nichtvermögensschadens zu entnehmen, ist danach nicht zulässig. Zum einen findet die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen dort ihre Grenze, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (*BVerfG 30. Juni 1964 - 1 BvL 16-25/62 - BVerfGE 18, 97 = AP GG Art. 6 Abs. 1 Ehe und Familie Nr. 11*), was auch für die Auslegung innerstaatlichen Rechts im Lichte des Wortlauts und des Zwecks einer Richtlinie gilt (*vgl. Senat 14. März 1989 - 8 AZR 351/86 - BAGE 61, 219 = AP BGB § 611a Nr. 6 = EzA BGB § 611a Nr. 5*).

38

Zum anderen sieht die RL 2000/78/EG nicht einmal ausdrücklich einen Entschädigungsanspruch des wegen seines Alters benachteiligten Bewerbers vor. Demzufolge könnte der Kläger auch aus einer richtlinienkonformen Anwendung nationalen Rechts einen Entschädigungsanspruch gegen das beklagte Land nicht herleiten, so dass die Frage, ob das beklagte Land im Streitfall den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz iVm. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt hat, unentschieden bleiben kann.

39

4. Der Kläger hat gegen das beklagte Land auch keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG.

40

a) Das durch Art. 1 und Art. 2 GG gewährleistete Persönlichkeitsrecht ist im Privatrechtsverkehr und damit auch im Arbeitsverhältnis zu beachten (*vgl. BAG 12. September 2006 - 9 AZR 271/06 - mwN, BAGE 119, 238 = AP BGB § 611 Personalakte Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 4*). Verletzt der Arbeitgeber innerhalb des Arbeitsverhältnisses das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, so liegt darin zugleich ein Verstoß gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Bei objektiv rechtswidrigen Eingriffen in sein Persönlichkeitsrecht hat der Arbeitnehmer entsprechend den §§ 12, 862, 1004

41



BGB Anspruch auf Beseitigung von fortwirkenden Beeinträchtigungen und auf Unterlassung weiterer Verletzungshandlungen (*vgl. BAG 12. September 2006 - 9 AZR 271/06 - aaO*).

b) Ebenso wie für einen Anspruch auf Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist für einen Anspruch auf Ersatz des ideellen Schadens eine schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. ein schweres Verschulden des Verletzenden Voraussetzung (*vgl. BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - NZA 2009, 945*). Geringfügige Eingriffe lösen keine Entschädigungsansprüche aus (*BGH 19. September 1961 - VI ZR 259/60 - BGHZ 35, 363*).

42

Ob eine schwerwiegende Verletzung vorliegt, welche die Zahlung einer Entschädigung erfordert, hängt von Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie dem Grad seines Verschuldens ab. Zu berücksichtigen ist auch, in welche geschützten Bereiche eingegriffen wurde (*BGH 22. Januar 1985 - VI ZR 28/83 - NJW 1985, 1617, 1619; vgl. Palandt/Sprau BGB 68. Aufl. § 823 Rn. 124*).

43

c) Im Streitfalle kann dahingestellt bleiben, ob eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers vorliegt, weil das für einen Schadensersatzanspruch erforderliche schwere Verschulden des beklagten Landes nicht festgestellt werden kann. Dieses handelte bei der Ablehnung der Bewerbung des Klägers nach seinem Besetzungskonzept, das eine spätere Dauereinstellung vorsah. Dabei sah es das beklagte Land angesichts der Höchstaltersgrenze für die Verbeamtung als rechtmäßig an, nur mit den Bewerbern ein Anstellungsverhältnis zu begründen, die später verbeamtet werden konnten. Die gesetzlichen Altersvoraussetzungen waren in § 48 Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg (*LHO*) vom 19. Oktober 1971 (*GBl. S. 428*), ergänzt durch die vom Finanzministerium Baden-Württemberg erlassenen allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung (*VV-LHO*) vom 10. April 2002 (*GABl. S. 338*) geregelt. Danach war die Einstellung von Bewerbern, die das 40. Lebensjahr vollendet hatten, grundsätzlich nur ausnahmsweise und nur mit Zustimmung des Finanzministeriums möglich.

44



Anhaltspunkte für eine derartige Zustimmung des Finanzministeriums sind nicht ersichtlich. Angesichts des Lebensalters des am 2. März 1950 geborenen Klägers konnte das beklagte Land die Vorgaben in § 48 LHO im Falle einer Einstellung des Klägers im Jahre 2004 nicht einhalten. Zwar könnten diese Regelungen eine Persönlichkeitsverletzung des Klägers nicht rechtfertigen, jedoch lässt sich nicht annehmen, dass die Beklagte die Besatzungsgrundsätze angewandt hat, um den Kläger bewusst und gezielt zu benachteiligen. Auch sind Umstände, welche die Annahme rechtfertigen könnten, dem beklagten Land, handelnd durch seine zuständigen Beschäftigten, sei die ggf. in dieser Praxis liegende altersbezogene Diskriminierung bewusst gewesen, nicht ersichtlich.

45

Auch liegt keine schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers vor. Dies wäre nur dann der Fall, wenn es durch die Ablehnung der Bewerbungen gleichsam zu einer „Herabwürdigung“ der Person des Klägers durch das beklagte Land gekommen wäre. Davon ist aber - insbesondere auch aufgrund der Form und des Inhalts der Ablehnungsschreiben - nicht auszugehen. Dabei ist zugunsten des beklagten Landes auch zu berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt der Ablehnungen der Bewerbungen des Klägers im Jahre 2004 die Entscheidung des EuGH vom 22. November 2005 (- C-144/04 - [Mangold] Slg. 2005, I-9981 = AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1 = EzA TzBfG § 14 Nr. 21) noch nicht ergangen war. In dieser stellt der EuGH fest, dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen ist. Folglich könne die Wahrung des allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung, insbesondere im Hinblick auf das Alter, als solche nicht vom Ablauf der Frist abhängen, die den Mitgliedstaaten zur Umsetzung einer Richtlinie eingeräumt worden sei, welche die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen des Alters bezwecke. Es obliege daher dem nationalen Gericht, bei dem ein Rechtsstreit über das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters anhänge, im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht ergebe, zu gewährleisten und die volle Wirksamkeit des Gemeinschafts-

46



rechts zu garantieren. Es müsse jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewandt lassen, auch wenn die Frist für die Umsetzung der Richtlinie noch nicht abgelaufen sei.

Auch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, in der es festgestellt hat, dass ein beklagtes Land schon vorher als „öffentliche Stelle“ verpflichtet gewesen wäre, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Verpflichtungen aus einer Richtlinie (2000/78/EG) zu erfüllen, datiert erst aus dem Jahre 2007 (3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - BAGE 122, 54 = AP SGB IX § 81 Nr. 14 = EzA SGB IX § 81 Nr. 15). Angesichts dessen ist die Annahme nicht gerechtfertigt, dass das beklagte Land wissentlich und willentlich in einer ein schweres Verschulden und eine „Herabwürdigung“ des Klägers begründenden Weise dessen Bewerbungen zurückgewiesen hat. Insbesondere ist nicht ersichtlich, warum das beklagte Land die ggf. bestehende Rechtswidrigkeit der geübten Verfahrensweise erkennen konnte.

47

5. Dem Kläger steht auch nach § 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 33 Abs. 2 GG kein Schadensersatzanspruch gegen das beklagte Land zu. Ein solcher würde voraussetzen, dass das beklagte Land bei fehlerfreier Bewerberauswahl nach den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG den Kläger hätte berücksichtigen müssen (BAG 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 69 = EzA GG Art. 33 Nr. 34).

48

a) Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Jede Bewerbung muss nach diesen Kriterien beurteilt werden. Dies gilt nicht nur für Einstellungen, sondern auch für den beruflichen Aufstieg innerhalb des öffentlichen Dienstes. Öffentliche Ämter iSd. Art. 33 Abs. 2 GG sind sowohl Beamtenstellen als auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können (st. Rspr. vgl. BAG 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - BAGE 114, 80 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 62 = EzA GG Art. 33 Nr. 28).

49

Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen (BVerwG

50



25. November 2004 - BVerwG 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237). Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung (BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - BAGE 121, 67 = AP ZPO 1977 § 233 Nr. 83 = EzA GG Art. 33 Nr. 30). Die Bestimmung begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien (sog. *Bewerbungsverfahrensanspruch*; vgl. BVerfG 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - DVBl. 2002, 1633; BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - aaO).

b) Der Anspruch des Bewerbers nach Art. 33 Abs. 2 GG auf Übertragung der ausgeschriebenen Stelle setzt voraus, dass diese noch nicht besetzt ist. Ist eine mit dem Amt verbundene Stelle rechtlich verbindlich anderweitig vergeben, kann das Amt nicht mehr besetzt werden. Dann ist der subjektive Anspruch des Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 GG erschöpft (BAG 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - BAGE 124, 80 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 64 = EzA GG Art. 33 Nr. 33). Einem verfahrensfehlerhaft zurückgewiesenen Bewerber stehen deshalb Schadensersatzansprüche zu, wenn ihm richtigerweise anstelle des eingestellten Konkurrenten die Stelle hätte übertragen werden müssen (BAG 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 69 = EzA GG Art. 33 Nr. 34; 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 - BAGE 87, 171 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 41 = EzA GG Art. 3 Nr. 78).

c) Die Tatbestandsvoraussetzungen für einen solchen Schadensersatzanspruch des Klägers liegen im Streitfalle jedoch nicht vor. Der Kläger hat einen Verstoß des beklagten Landes gegen Art. 33 Abs. 2 GG und eine dadurch adäquat kausal unterbliebene Einstellung nicht dargelegt (zur *Darlegungs- und Beweislast* vgl. BGH 6. April 1995 - III ZR 183/94 - BGHZ 129, 226). Er selbst geht nämlich davon aus, dass er weder behaupten noch unterstellen könne, dass jede andere Einstellung als die zu seinen Gunsten verfahrensfehlerhaft gewesen sei, dh., dass das beklagte Land nur ihm eine der ausgeschriebenen Stellen hätte übertragen dürfen.

51

52



C. Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Revision nach § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen.

Hauck

Böck

Breinlinger

Eimer

Pauli

