Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PAOLO MENGOZZI
vom 12. Januar 2012 [1]

Rechtssache C-415/10

Galina Meister
gegen
Speech Design Carrier Systems GmbH

(Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts [Deutschland])

„Sozialpolitik — Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf — Beweislast — Anspruch einer Person, deren Bewerbung um eine Stelle in einem Privatunternehmen abgelehnt wurde, auf Erhalt aller Informationen über das Auswahlverfahren, um eine etwaige Diskriminierung beweisen zu können — Tatsache, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lässt — Rechtsfolgen, die mit dem Fehlen von Informationen seitens des Arbeitgebers verbunden sind“

1. Der Nachweis einer Diskriminierung gilt als besonders schwierig. Diese Feststellung trifft in verstärktem Maße zu, wenn es um die Diskriminierung bei der Einstellung geht. Im Wissen um diese Schwierigkeit erließ der Unionsgesetzgeber Maßnahmen, die das Anliegen der Bewerber erleichtern sollen, wenn diese geltend machen, Opfer einer Diskriminierung vor allem aus Gründen des Geschlechts, des Alters oder der Herkunft zu sein. Der Gesetzgeber hat eine Änderung der Beweislast ermöglicht, ohne allerdings so weit zu gehen, die Beweislast vollständig umzukehren, da die Freiheit, die dem Arbeitgeber herkömmlicherweise bei der Entscheidung über die Einstellung seines Personals zusteht, nicht vollständig außer Acht gelassen werden konnte.

2. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen aus Deutschland befasst nun den Gerichtshof mit der schwierigen Frage, wie ein Stellenbewerber für sich die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zur Geltung bringen kann, wenn seine Bewerbung vom Arbeitgeber ohne Begründung und ohne Auskunft über das Auswahlverfahren und dessen Ausgang abgelehnt wurde.

I – Rechtlicher Rahmen

A – *Unionsrecht*

3. Die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft [2] hat die Bekämpfung der Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft zum Gegenstand.

1 — Originalsprache: Französisch.
2 — ABl. L 180, S. 22.

4. Art. 8 der Richtlinie 2000/43 befasst sich mit der Beweislast. Er bestimmt in Abs. 1: „Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen die erforderlichen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat."

5. Die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf[3] bezweckt die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten.

6. Art. 10 der Richtlinie 2000/78 regelt die Beweislast. Abs. 1 dieses Artikels ist wortgleich mit Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43.

7. Die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen[4] bestimmt in Art. 19 Abs. 1, der die Beweislast regelt: „Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit dem System ihrer nationalen Gerichtsbarkeit die erforderlichen Maßnahmen, nach denen dann, wenn Personen, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert halten und bei einem Gericht bzw. einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat".

B – *Deutsches Recht*

8. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (im Folgenden: AGG) hat nach seinem § 1 zum Ziel, Benachteiligungen eines Beschäftigten aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern. Als Beschäftigte gelten nach dem Gesetz ausdrücklich auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis[5]. § 22 AGG bestimmt ferner für die Beweislast: „Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat".

II – Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

9. Frau Meister wurde 1961 in Russland geboren. Sie ist Inhaberin eines russischen Diploms als Systemtechnik-Ingenieurin, dessen Gleichwertigkeit mit einem in Deutschland von einer Fachhochschule erteilten Diplom durch das Land Schleswig-Holstein anerkannt wurde.

3 — ABl. L 303, S. 16.
4 — ABl. L 204, S. 23.
5 — § 5 AGG.

10. Auf der Suche nach „eine[m/r] erfahrene[n] Softwareentwickler/-in“ veröffentlichte die Speech Design Carrier Systems GmbH (im Folgenden: Speech Design) 2006 eine Stellenanzeige. Am 5. Oktober 2006 bewarb sich Frau Meister um die Stelle, erhielt jedoch von Speech Design mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 eine Absage. Speech Design veröffentlichte kurze Zeit danach erneut eine Stellenanzeige mit gleichem Inhalt im Internet. Am 19. Oktober 2006 bewarb sich Frau Meister von neuem um die Stelle, doch lehnte Speech Design ihre Bewerbung wiederum ab, ohne sie zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen und ohne die Ablehnung der Bewerbung zu erläutern.

11. Frau Meister war der Ansicht, sie sei wegen ihres Geschlechts, ihrer Herkunft und ihres Alters benachteiligt worden, und erhob Klage auf Entschädigung nach § 15 AGG. Sie verlangte von Speech Design auch, die Bewerbungsunterlagen des aufgrund der Stellenanzeige eingestellten Bewerbers vorzulegen, um den Sachverhalt aufzuklären.

12. Da sowohl das Gericht des ersten Rechtszugs als auch das Berufungsgericht der Auffassung waren, dass Frau Meister nicht ausreichend Indizien im Sinne von § 22 AGG bewiesen habe, die eine Benachteiligung vermuten ließen, wiesen sie die Entschädigungsklage ab. Frau Meister legte daher Revision zum Bundesarbeitsgericht ein. Speech Design beantragte Klageabweisung mit der Begründung, die Klage sei nicht hinreichend substantiiert, da die Klägerin nicht ausreichend Tatsachen vorgetragen habe, die eine Benachteiligung vermuten ließen.

13. Das vorlegende Gericht räumt ein, dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens offenbar eine im Sinne des deutschen Rechts weniger günstige Behandlung erfuhr als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation, weil sie im Gegensatz zu anderen Personen, die sich ebenfalls bei Speech Design beworben hatten, vom Arbeitgeber nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde. Es weist aber auch darauf hin, dass Frau Meister nicht habe darlegen können, dass ihr die weniger günstige Behandlung wegen ihres Geschlechts, ihres Alters oder ihrer Herkunft zuteil geworden sei. Nach deutschem Recht müsse der Kläger, der sich auf eine Benachteiligung berufe, Tatsachen darlegen, Indizien vortragen, die eine Benachteiligung vermuten ließen, und dürfe sich nicht nur auf bloße Behauptungen beschränken. Diesem Erfordernis werde insbesondere genügt, wenn die vorgetragenen Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen ließen, dass die Benachteiligung aus einem der oben genannten Gründe erfolgt sei.

14. Aufgrund der einschlägigen Bestimmungen des AGG, insbesondere des § 22 AGG, mit dem Art. 8 der Richtlinie 2000/43 und Art. 10 der Richtlinie 2000/78 in deutsches Recht umgesetzt wurden, weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass ein Stellenbewerber, der meine, aus Gründen seines Geschlechts, seines Alters und/oder seiner Herkunft diskriminiert worden zu sein, seiner Darlegungslast nicht dadurch genüge, dass er lediglich vortrage, er habe sich beworben, sei unberücksichtigt geblieben und erfülle das geforderte Anforderungsprofil, ansonsten aber nur sein Geschlecht, sein Alter und seine Herkunft angebe. Frau Meister müsste daher weitere Umstände vortragen, aus denen sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Gründe für die Benachteiligung ergeben könnten, da die unterbliebene Einladung zum Vorstellungsgespräch vielfältige Gründe haben könne. Der Klägerin des Ausgangsverfahrens obliege somit nach § 22 AGG die Darlegungslast; dadurch jedoch, dass der Arbeitgeber bei der Ablehnung ihrer Bewerbungen keine Angaben gemacht habe, sei es ihr nicht möglich gewesen, diesem Erfordernis nachzukommen. Aus diesem Grund möchte das vorlegende Gericht wissen, ob sich aus den Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2006/54 ein Auskunftsanspruch ergibt, der dahin geht, dass der abgelehnte Stellenbewerber vom Arbeitgeber verlangen kann, dass er ihm mitteilt, wen er eingestellt hat und welche Kriterien für die Auswahl maßgeblich gewesen sind.

15. Das Bundesarbeitsgericht hegt Zweifel hinsichtlich der Auslegung des Unionsrechts und hat deshalb beschlossen, das Verfahren auszusetzen und – mit einer am 20. August 2010 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangenen Vorlageentscheidung – dem Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Sind Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 und Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 sowie Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 dahin gehend auszulegen, dass einem Arbeitnehmer, der darlegt, dass er die Voraussetzungen für eine von einem Arbeitgeber ausgeschriebene Stelle erfüllt, im Fall seiner Nichtberücksichtigung ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Auskunft eingeräumt werden muss, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat und wenn ja, aufgrund welcher Kriterien diese Einstellung erfolgt ist?

2. Falls die erste Frage bejaht wird:

   Ist der Umstand, dass der Arbeitgeber die geforderte Auskunft nicht erteilt, eine Tatsache, welche das Vorliegen der vom Arbeitnehmer behaupteten Diskriminierung vermuten lässt?

III – Verfahren vor dem Gerichtshof

16. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, Speech Design, die deutsche Regierung und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht.

17. In der mündlichen Verhandlung vom 30. November 2011 haben die Beklagte des Ausgangsverfahrens, die deutsche Regierung und die Kommission mündliche Erklärungen abgegeben.

IV – Rechtliche Analyse

A – *Zur ersten Vorlagefrage*

18. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein Bewerber, der darlegt, dass er das vom Arbeitgeber in einer Stellenanzeige geforderte Anforderungsprofil erfüllt, im Fall einer Absage ohne vorheriges Vorstellungsgespräch vom Arbeitgeber Auskunft über die letztlich erfolgte Einstellung, insbesondere über die für diese Einstellung maßgeblichen Kriterien verlangen kann.

19. Da die Klägerin des Ausgangsverfahrens geltend macht, aus Gründen ihres Geschlechts, ihres Alters oder ihrer Herkunft diskriminiert worden zu sein, betrifft diese erste Frage die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2006/54[6], deren Anwendungsbereich sich auf die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit erstreckt[7]. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43, Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 sowie Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 sind praktisch wortgleich und unterstellen die Fälle von Diskriminierung derselben Beweislastregelung.

6 — Was allerdings die Anwendung der letztgenannten Richtlinie betrifft, so spielte sich der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens unter der Geltung der Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (ABl. L 14, S. 6) ab. Die Richtlinie 2006/54 trat während des Ausgangsverfahrens an die Stelle der Richtlinie 97/80. Sie führte bezüglich der Beweislast keine Änderung ein.

7 — Vgl. Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2000/43, Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2000/78 sowie die Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2006/54.

20. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die genannten Artikel mit Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 97/80 praktisch wortgleich [8] oder sogar identisch [9] sind. Der Gerichtshof hatte bereits über die Auslegung des letztgenannten Artikels im Urteil Kelly zu entscheiden [10]. In dieser Rechtssache hatte Herr Kelly die Zulassung zu dem von einer irischen Universität angebotenen Master der Sozialwissenschaft beantragt. Seine Bewerbung war abgelehnt worden. Herr Kelly hatte geltend gemacht, er sei Opfer einer nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 97/80 verbotenen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, und verlangte von der genannten Universität die Übermittlung von Kopien der Antragsformulare, der diesen Formularen als Anlage beigefügten Unterlagen und der Bewertungsbögen der anderen Ausbildungsbewerber. Der Gerichtshof stellte fest, dass der genannte Artikel „dahin auszulegen ist, dass er einem Bewerber für eine Berufsausbildung, der meint, dass ihm der Zugang zu dieser Ausbildung wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verwehrt worden ist, keinen Anspruch auf im Besitz des Veranstalters dieser Ausbildung befindliche Informationen über die Qualifikationen der anderen Bewerber für diese Ausbildung verleiht, um ihn in die Lage zu versetzen, gemäß dieser Bestimmung ‚Tatsachen glaubhaft [zu] machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen'" [11].

21. Weder der Wortlaut noch der Sinn der Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43, 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 und 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 lassen zu, dieses Ergebnis in Frage zu stellen. Ihr Wortlaut enthält nämlich keinen ausdrücklichen Hinweis auf einen Anspruch auf Zugang zu den Informationen, über die die Person verfügt, die einer Diskriminierung „verdächtigt wird". Die Beteiligten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, haben überwiegend darauf hingewiesen, dass der Vorschlag der Kommission zwar einen Auskunftsanspruch der Diskriminierungsopfer vorgesehen habe [12], dieser Vorschlag jedoch im endgültigen Wortlaut keine Berücksichtigung gefunden habe. Das Fehlen eines ausdrücklichen Bezugs auf einen Informationsanspruch in den oben genannten Bestimmungen kann somit nicht als ein Versehen des Gesetzgebers verstanden werden, sondern im Gegenteil als Ausdruck seines Willens, einen solchen Anspruch nicht zu normieren.

22. Auch aus der allgemeinen Systematik der genannten Bestimmungen ergibt sich, dass sich der Gesetzgeber eindeutig für eine Lösung entschieden hat, die das Gleichgewicht zwischen dem Diskriminierungsopfer und dem Arbeitgeber wahrt, wenn dieser Urheber der Diskriminierung ist. Die drei Richtlinien haben sich in Bezug auf die Beweislast für ein Verfahren entschieden, das die Beweislast des Opfers erleichtern kann, ohne diese zu beseitigen. Anders gesagt, das vorgesehene Verfahren besteht, wie der Gerichtshof bereits im Urteil Kelly festgestellt hat [13], aus zwei Abschnitten. Zunächst hat das Opfer hinreichend Tatsachen darzulegen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen. Mit anderen Worten, das Opfer muss den Anschein einer Diskriminierung glaubhaft machen. Sobald die Vermutung besteht, geht sodann als unmittelbare Folge die Beweislast auf den Beklagten über. Im Mittelpunkt der in der ersten Vorlagefrage angeführten Artikel steht somit eine *Last* des Beweises, die zwar erleichtert wird, dennoch aber das Opfer tatsächlich beschwert. Damit ist ein gewisses Gleichgewicht gewahrt, das es dem Opfer erlaubt, sein Recht auf Gleichbehandlung geltend zu machen, und dem Beklagten, nicht aufgrund bloßer Behauptungen vor den Gerichten verklagt zu werden.

8 — Die französische Fassung der Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 bzw. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 unterscheidet sich von der des Art. 4 der Richtlinie 97/80 nur durch die Position der Wendung „conformément à leur système judiciaire" (im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen) innerhalb des Satzes.

9 — Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54.

10 — Urteil vom 21. Juli 2011 (C-104/10, Slg. 2011, I-6813).

11 — Urteil Kelly (Randnr. 38).

12 — Vgl. Art. 4 Buchst. b des Vorschlags der Kommission vom 27. Mai 1988 für eine Richtlinie des Rates zur Beweislast im Bereich des gleichen Entgelts und der Gleichbehandlung von Frauen und Männern (KOM[88] 269 endg.) (ABl. C 176, S. 5). Der Vorschlag wurde von der Kommission 1998 zurückgenommen (ABl. 1998, C 40, S. 7).

13 — Randnr. 30.

23. Die Störung des Gleichgewichts, das zwischen einerseits der Person, die behauptet, Opfer einer Diskriminierung gewesen zu sein, und andererseits dem Beklagten besteht, wäre nicht die einzige Gefahr, die drohen würde, wenn ein Auskunftsanspruch des Opfers anerkannt werden müsste [14]. In diesem Fall nämlich würde sich auch die Frage nach den Rechten derjenigen stellen, die in den weitergegebenen Unterlagen und Informationen erwähnt werden [15].

24. Nach alledem schlage ich vor, auf die erste Frage zu antworten, dass weder Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 noch Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 noch Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 dahin auszulegen sind, dass einem Bewerber im Fall seiner Nichtberücksichtigung ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Auskunft eingeräumt werden muss, ob und aufgrund welcher Kriterien er einen anderen Bewerber eingestellt hat, auch wenn der Bewerber darlegt, dass er die Voraussetzungen für die vom Arbeitgeber ausgeschriebene Stelle erfüllt.

B – *Zur zweiten Vorlagefrage*

1. Vorbemerkungen

25. Aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergibt sich, dass nach dem Wortlaut der Vorlagefragen der Gerichtshof um eine Antwort auf die zweite Frage nur ersucht wird, wenn die erste Vorlagefrage bejaht wird. Wie jedoch soeben dargelegt, schlage ich dem Gerichtshof vor, die erste Frage zu verneinen.

26. Müsste sich der Gerichtshof an den Wortlaut der Vorlagefragen halten, wären die Konsequenzen hieraus jedoch folgende: Frau Meister könnte aufgrund der drei Richtlinien, die im Mittelpunkt des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens stehen, keinen Auskunftsanspruch geltend machen. Ohne die Informationen, über die der Arbeitgeber allein verfügt, könnte sie dem vorlegenden Gericht keine Tatsachen vortragen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, und wäre im Übrigen hierzu auch nie in der Lage, da ihr kein Auskunftsanspruch zusteht. Wenn der Gerichtshof die Prüfung nicht weiter fortsetzen würde, müsste damit gerechnet werden, dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinien, die die Diskriminierung im Kontext eines Einstellungsverfahrens bekämpfen, vereitelt wird.

27. Es könnte allerdings eingewandt werden, dass nur das vorlegende Gerichts zu beurteilen habe, ob eine vom Opfer dargelegte Tatsache ausreicht, um eine Diskriminierung zu vermuten [16]. Der Gerichtshof hat jedoch in der Vergangenheit bereits eine solche Würdigung vorgenommen [17] und ist zudem im vorliegenden Fall vom vorlegenden Gericht ausdrücklich um Entscheidung ersucht worden, ob das Schweigen des Arbeitgebers ein Umstand ist, der das Vorliegen einer vom Arbeitnehmer dargelegten Diskriminierung vermuten lässt. Aus dem Wesen des Vorabentscheidungsverfahrens ergibt sich ferner, dass der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht alle zweckdienlichen Informationen

14 — Der Gesetzgeber hat die Störung dieses Gleichgewichts zugelassen, jedoch nur zu Gunsten des Klägers, da die drei Richtlinien den Mitgliedstaaten gestatten, eine für den Kläger günstigere Beweislastregelung vorzusehen (vgl. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2000/43, Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 und Art. 19 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54). Diese Störung des Gleichgewichts unterliegt jedoch allein dem Willen der Mitgliedstaaten. Aus den Akten ergibt sich, dass die Bundesrepublik Deutschland, als sie die drei von der vorliegenden Vorlagefrage betroffenen Richtlinien umsetzte, die für den Kläger günstigere Beweislastregelung nicht einführte.

15 — Der Gerichtshof hat im Übrigen festgestellt, dass dann, wenn sich ein Bewerber um eine Berufsausbildung für die Einsichtnahme in im Besitz des Veranstalters dieser Ausbildung befindliche Informationen über die Qualifikationen der anderen Bewerber auf die Richtlinie 97/80 berufen könnte, dieser Einsichtnahmeanspruch durch die Bestimmungen des Unionsrechts über die Vertraulichkeit berührt werden kann (Urteil Kelly, Randnr. 56).

16 — Vgl. Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 2000/43, Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 2000/78 und Erwägungsgrund 30 der Richtlinie 2006/54. Vgl. auch Urteil vom 26. Juni 2001, Brunnhofer (C-381/99, Slg. 2001, I-4961, Randnr. 49).

17 — Vgl. insbesondere zu der Frage, ob öffentliche Äußerungen eines Arbeitgebers, der kundtut, dass er keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse beschäftigen werde, eine Tatsache im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 darstellen, Urteil vom 10. Juli 2008, Feryn (C-54/07, Slg. 2008, I-5187, Randnrn. 30 und 34).

zu geben hat, um den Ausgangsrechtsstreit zu entscheiden, und dass er auch „befugt [ist], dem vorlegenden Gericht auf der Grundlage der Akten des Ausgangsverfahrens und der vor ihm abgegebenen schriftlichen und mündlichen Erklärungen Hinweise zu geben, die diesem Gericht eine Entscheidung ermöglichen“ [18].

28. Auch wegen dieses Geistes der Zusammenarbeit, den der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht gegenüber zu bekunden hat, schlage ich vor, die zweite Frage dahin umzuformulieren, dass zu entscheiden ist, ob die Tatsache, dass der Arbeitgeber dem Bewerber die von diesem erbetenen Informationen nicht mitteilt, stets als unerheblich anzusehen ist, wenn es darum geht, das Vorliegen einer Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43, Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 und Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 zu vermuten.

29. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, die Überlegungen zu den rechtlichen Folgen, die mit dem Schweigen des Arbeitgebers in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens verbunden sind, voranzutreiben.

2. Würdigung

30. Mit der zweiten Frage wird der Gerichtshof somit um Entscheidung ersucht, welche Methode das vorlegende Gericht im Hinblick auf die drei im Mittelpunkt des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens stehenden Richtlinien bei der Beurteilung des Verhaltens eines Arbeitgebers zu befolgen hat, der auf das Auskunftsbegehren eines Stellenbewerbers keine Antwort gibt. Der Gerichtshof lehnte es im Urteil Kelly insoweit zunächst ab, einen Auskunftsanspruch anzuerkennen, stellte dann jedoch fest, dass „nicht ausgeschlossen werden [kann], dass eine Verweigerung von Informationen durch [den Arbeitgeber] im Rahmen des Nachweises [von Tatsachen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen,] die Verwirklichung des [mit diesen Richtlinien bezüglich der Gleichbehandlung] verfolgten Ziels beeinträchtigen … kann“ [19] und insbesondere deren Beweislastregelungen ihre praktische Wirksamkeit nehmen kann.

31. Mit dieser Feststellung hat der Gerichtshof eindeutig darauf hingewiesen, dass das Verhalten des Arbeitgebers in methodologischer Hinsicht so zu beurteilen ist, dass nicht allein das Fehlen einer Antwort des Arbeitgebers berücksichtigt wird, sondern dieses vielmehr in seinen weiteren tatsächlichen Zusammenhang gestellt wird. Im Rahmen des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens ist der Gerichtshof aufgefordert, dem vorlegenden Gericht bei der Feststellung zu helfen, welche Arten von Gesichtspunkten bei der hier erforderlichen Beurteilung berücksichtigt werden können.

32. Das vorlegende Gericht darf insoweit nicht außer Acht lassen, dass der Arbeitgeber durch seine Weigerung, die genannten Informationen herauszugeben, seine Entscheidungen mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit unangreifbar machen kann. Mit anderen Worten, der Arbeitgeber bleibt auf diese Weise weiterhin allein im Besitz wichtiger Informationen, von denen letztlich die Schlüssigkeit und somit die Erfolgsaussichten einer Klage des abgelehnten Bewerbers abhängen. Im Kontext eines Einstellungsverfahrens ist auch zu beachten, dass es aufgrund der Stellung des Bewerbers – die zwangsläufig eine Stellung außerhalb des einstellenden Unternehmens ist – schwieriger ist, sich die Indizien oder Tatsachen zu beschaffen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, als wenn es um den Nachweis geht, dass der Arbeitgeber eine Reihe diskriminierender Maßnahmen

18 — Urteil vom 14. Juli 2011, Henfling u. a. (C-464/10, Slg. 2011, I-6219, Randnr. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).

19 — Randnr. 39.

bezüglich z. B. der Lohnbedingungen für Arbeitnehmer einführt [20]. Was den Zugang zu Informationen angeht, die Tatsachen beinhalten können, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, die aber unerlässlich sind, um die Beweislasterleichterung herbeizuführen, ist der Stellenbewerber somit im Allgemeinen vollständig vom guten Willen des Arbeitgebers abhängig und kann bei der Beschaffung dieser Informationen tatsächlich objektive Schwierigkeiten haben. Hierzu weise ich darauf hin, dass die von der deutschen Regierung in der Sitzung vorgeschlagenen Lösungen, wie der Bewerber aus eigener Initiative an die Informationen gelangen kann, wenig überzeugend sind. Der Weg, von dem Bewerber zu verlangen, dass er sich unmittelbar an den Betriebsrat des Arbeitgebers wendet oder sich beim Arbeitsantritt an den Ort der Tätigkeit begibt, um dort die anwesenden Arbeitnehmer nach „Kategorien" zu erfassen, wäre besonders unsicher und letztlich wenig sinnvoll, da zum einen nicht alle Arbeitgeber einen Betriebsrat haben und zum anderen nicht alle Merkmale, auf die eines der Diskriminierungskriterien gestützt werden kann, unbedingt allein durch Beobachtung feststellbar sind.

33. So könnte daher, wenn der Bewerber bei der Beschaffung von Informationen, die Tatsachen beinhalten können, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, vollständig vom guten Willen des Arbeitgebers abhängig ist, das Gleichgewicht zwischen der Freiheit des Arbeitgebers und den Rechten des Bewerbers, dem der Gesetzgeber der Union große Bedeutung beigemessen hat, gestört sein.

34. Wird ein nationales Gericht mit einem solchen Fall befasst, muss es im Hinblick auf eine Wiederherstellung des genannten Gleichgewichts bei der Beurteilung der Tatsachen, die im Sinne der im vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen genannten drei Richtlinien das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, allgemein weniger hohe Anforderungen stellen, als es z. B. für die Feststellung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit erforderlich wäre, die in der Begründung des Vorlagebeschlusses erwähnt wird, vor allem damit die den Staatsbürgern aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte wirksam garantiert werden können und einem effektiven gerichtlichen Rechtsschutz unterliegen. Die Verweigerung von Informationen durch den Arbeitgeber kann nämlich in dem besonderen Zusammenhang, in dem sie erfolgt, die Verwirklichung des mit den genannten Richtlinien verfolgten Ziels beeinträchtigen [21], das in der wirksamen Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung besteht.

35. Um die erforderliche Beurteilung vorzunehmen und nach der Methode vorzugehen, die im Urteil Kelly vorgeschlagen wird, darf das vorlegende Gericht wichtige Gesichtspunkte nicht außer Acht lassen wie im vorliegenden Fall zum einen die Tatsache, dass der Arbeitgeber ausweislich der Akten nicht bestritten hat, dass die Qualifikation der Bewerberin der zu besetzenden Stelle entspricht, er gleichwohl aber Frau Meister nicht zu einem Vorstellungsgespräch einladen wollte, obwohl er andere Bewerber zu einem solchen Gespräch einlud, und zum anderen die Tatsache, dass die genannte Bewerberin auf ein Stellenangebot reagierte und sich nicht unaufgefordert bewarb. Um Missverständnissen vorzubeugen, das Ausbleiben einer Reaktion des Arbeitgebers auf ein Auskunftsbegehren eines Bewerbers muss im Hinblick auf Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43, Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 und Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 differenziert beurteilt werden, je nachdem, ob der Bewerber dem Anforderungsprofil offensichtlich nicht entspricht, zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde oder sich unaufgefordert um die Stelle beworben hat.

36. Ein dritter Gesichtspunkt könnte ebenfalls in Betracht gezogen werden. Das Vorabentscheidungsersuchen verweist darauf, dass erstens die Beklagte des Ausgangsverfahrens die Bewerbung der Klägerin mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 ablehnte und dass zweitens die Klägerin des Ausgangsverfahrens, nachdem die Beklagte erneut eine Stellenanzeige mit gleichem

20 — Selbst in einem derartigen Fall kann der Nachweis einer Diskriminierung schwer zu erbringen sein. Nach ständiger Rechtsprechung obliegt jedoch dann, wenn in einem Unternehmen ein Entlohnungssystem angewandt wird, dem jede Transparenz fehlt und das somit die Aufgabe des Klägers erschwert, dem Arbeitgeber der Nachweis, dass seine Lohnpolitik nicht diskriminierend ist, sofern eine Arbeitnehmerin, die geltend macht, Opfer einer Diskriminierung zu sein, auf der Grundlage einer relativen großen Zahl von Arbeitnehmern belegt, dass das durchschnittliche Entgelt der Frauen niedriger als das der Männer ist (vgl. aus einer umfangreichen Rechtsprechung Urteil Brunnhofer, Randnr. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).

21 — Vgl. entsprechend Urteil Kelly (Randnr. 34).

Inhalt im Internet veröffentlicht hatte, am 19. Oktober 2006 wiederum eine Bewerbung einreichte, die erneut abgelehnt wurde, ohne dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden wäre. Auf die in der mündlichen Verhandlung gestellte Frage nach den Gründen für die Veröffentlichung dieser zweiten Anzeige hat sich der Vertreter der Beklagten nicht in der Lage gesehen, die Chronologie des Einstellungsverfahrens konkret darzulegen. Das vorlegende Gericht wird zu prüfen haben, ob die Veröffentlichung der zweiten Anzeige erfolgte, weil der Arbeitgeber mit den Bewerbern, die auf die erste Anzeige hin geladen wurden, nicht zufrieden war, und ob er dessen ungeachtet die Bewerbung der Klägerin des Ausgangsverfahrens erneut ablehnte, wiederum ohne die Bewerberin zu einem Gespräch eingeladen zu haben, obwohl er nicht bestreitet, dass ihre Qualifikation der fraglichen Stelle entsprach.

37. Im Einklang mit der vom Gerichtshof im Urteil Kelly vorgeschlagenen Methode schlage ich dem Gerichtshof vor, die zweite Frage dahin zu beantworten, dass das vorlegende Gericht nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43, Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 und Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 das Verhalten eines Arbeitgebers, das in der Weigerung liegt, die von einem abgelehnten Stellenbewerber erbetenen Auskünfte über das Ergebnis der Einstellung und über die vom Arbeitgeber bei der Einstellung befolgten Kriterien zu erteilen, beurteilen muss, indem es nicht nur allein das Fehlen einer Antwort des Arbeitgebers berücksichtigt, sondern dieses vielmehr in seinen weiteren tatsächlichen Zusammenhang stellt. Insoweit kann das vorlegende Gericht Gesichtspunkte heranziehen wie die offensichtliche Entsprechung von Bewerberqualifikation und Arbeitsstelle, die unterbliebene Einladung zu einem Vorstellungsgespräch und das eventuelle erneute Unterbleiben einer Einladung desselben Bewerbers seitens des Arbeitgebers zu einem Vorstellungsgespräch, wenn der Arbeitgeber eine zweite Bewerberauswahl für dieselbe Stelle durchgeführt hat.

V – Ergebnis

38. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die zwei Vorlagefragen des Bundesarbeitsgerichts wie folgt zu antworten:

1. Weder Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft noch Art. 10 Abs. 1 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 noch Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen sind dahin auszulegen, dass einem Stellenbewerber im Fall seiner Nichtberücksichtigung ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Auskunft eingeräumt werden muss, ob und aufgrund welcher Kriterien er einen anderen Bewerber eingestellt hat, auch wenn der betreffende Bewerber darlegt, dass er die Voraussetzungen für die vom Arbeitgeber ausgeschriebene Stelle erfüllt.

2. Nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43, Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 und Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 muss das vorlegende Gericht das Verhalten eines Arbeitgebers, das in der Weigerung liegt, die von einem abgelehnten Stellenbewerber erbetenen Auskünfte über das Ergebnis der Einstellung und über die vom Arbeitgeber bei der Einstellung befolgten Kriterien zu erteilen, beurteilen, indem es nicht nur allein das Fehlen einer Antwort des Arbeitgebers berücksichtigt, sondern dieses vielmehr in seinen weiteren tatsächlichen Zusammenhang stellt. Insoweit kann das vorlegende Gericht Gesichtspunkte heranziehen wie die offensichtliche Entsprechung von Bewerberqualifikation und Arbeitsstelle, die unterbliebene Einladung zu einem Vorstellungsgespräch und das eventuelle erneute Unterbleiben einer Einladung desselben Bewerbers seitens des Arbeitgebers zu einem Vorstellungsgespräch, wenn der Arbeitgeber eine zweite Bewerberauswahl für dieselbe Stelle durchgeführt hat.