

Die Rechtsprechung des Bundes- arbeitsgerichts zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

Eine Zwischenbilanz

*Richter am Bundesarbeitsgericht
Christoph Schmitz-Scholemann, Erfurt/Weimar
und Richterin am Sozialgericht
Dr. Ulrike Brune, Gotha/Weimar*

- A. Einleitung
- B. Hauptteil
 - I. Einige Schwierigkeiten des neuen Rechts
 - 1. § 2 Abs. 4 AGG versus § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG
 - 2. Weitere Auslegungsfragen: § 10 Abs. 1 AGG
 - II. Fälle aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts
 - 1. Geklärte Grundsatzfragen
 - 2. Ungeklärte Grundsatzfragen
 - 3. Einzelfragen
- C. Zusammenfassung und Ausblick
 - I. Vox populi
 - II. Ex nebula quodlibet
 - III. Alea iacta est!

A. Einleitung

Am 18. 8. 2011 jährt sich zum fünften Mal der Tag seines Inkrafttretens: Das »Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)« war damals heftig umstritten. Umwälzungen der Rechtskultur wurden, je nach Standpunkt, befürchtet oder erhofft. Wie sieht es fünf Jahre später aus? Auch hier könnte es auf den Standpunkt ankommen. Jedoch: Gleichgültig, ob man Anlass zum Feiern sieht, weil man glaubt, das Gesetz habe die Welt gerechter gemacht, oder ob man das Gefühl nicht los wird, mit dem AGG sei ein guter Teil gesetzgeberischer Kunst und juristischer Vernunft begraben worden – ein passender Zeitpunkt für eine Zwischenbilanz ist das Datum allemal.

Diese Bilanz beschränkt sich auf den arbeitsrechtlichen Teil der Wirkungen des Gesetzes, und in diesem Rahmen auf die Rechtsprechung des BAG¹. Unvermeidlich sind natürlich ein paar Bemerkungen zu allgemeinen Fragen des europäischen und deutschen Antidiskriminierungsrechts sowie einige Fußnoten zu Entscheidungen des Unionsgerichtshofs, des BVerfG und anderer Gerichte. Im Wesentlichen konzentrieren wir uns aber auf Entscheidungen des BAG. Wissenschaftliche Literatur lassen wir fast ausnahmslos unerwähnt, nicht aus Missachtung, sondern wegen der Notwendigkeit, den Stoff zu begrenzen.

Das AGG hat entgegen vieler Voraussagen nicht zu einer Klagewelle geführt. Die arbeitsrechtliche Diskussion – die seit dem *Emmely-Jahr* mehr und mehr von so berühmten Rechtsgelehrten wie *Maybritt Illner* und *Johannes B. Kerner* beherrscht wird – hat noch ganz andere Aufreger: Man spricht über *flashmob*, *low performer*, *whistleblowing* und Maultaschen, für die sich der englische Ausdruck *swabian ravioli* bisher allerdings noch nicht eingebürgert hat, vermutlich weil er zu deutsch klingt. Dennoch ist das AGG nicht spurlos am Arbeitsrecht vorübergegangen. Seine Wirkungen sind nicht spektakulär, aber tiefgreifend und nachhaltig, vor allem weil man die europäischen Rechtsquellen reichlich sprudeln lässt. Das BVerfG jedenfalls findet nichts dabei, dass verfassungsgemäß zustande gekommene Gesetze nunmehr von jedem Gericht in Deutschland auf erahnten oder tatsächlich erfolgten Zuruf des Europäischen Gerichtshofs unangewendet gelassen werden². Daraus hat das BAG – wohl unvermeid-

licherweise – schließen müssen, es sei z. B. nicht zu beanstanden, dass einem Arbeitgeber, der vor einer Kündigung ins Gesetz schaut, um die richtige Kündigungsfrist herauszufinden, ein paar Jahre später die europarechtliche Nase gedreht und gesagt wird: Das steht zwar im Gesetz, aber gelten lassen können wir es trotzdem nicht. Du musst Dich ans Recht halten, aber Recht ist nicht, was Du im Gesetz liest, sondern was wir Richter erkennen, auch wenn es zu der Zeit, als Du es hättest anwenden müssen, nirgendwo geschrieben stand³. Das ist sicher ein wenig polemisch zugespitzt, aber leider ist es wahr. So bleibt den Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichtern nichts anderes übrig, als nach und nach das ganze deutsche Arbeitsrecht diskriminierungsrechtlich auf das Schärfste auszuspähen und gelegentlich sachdienliche Fahndungshinweise in Luxemburg zu erbitten.

B. Hauptteil

I. Einige Schwierigkeiten des neuen Rechts

Wir wollen die Geschichte der Entstehung des AGG hier nicht noch einmal ausbreiten. Es soll der Hinweis genügen, dass innerhalb der damaligen Mehrheitsfraktionen im Deutschen Bundestag sehr unterschiedliche Auffassungen über den Weg bestanden, auf dem die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien in nationales Recht umgesetzt werden sollten.

1. § 2 Abs. 4 AGG versus § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG

Spuren dieser Widersprüche finden sich zum Beispiel, wenn man § 2 Abs. 4 AGG mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG vergleicht. Während es in § 2 Abs. 4 AGG heißt: »Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.«, sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG »Benachteiligungen ... nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf die ... Entlassungsbedingungen.« Es scheint so, als wolle § 2 Abs. 4 AGG die Geltung der Diskriminierungsverbote für Kündigungen ausschließen, während § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG sie gerade als einen der Gesetzeszwecke beschreibt. Wir haben es also mit dem Wun-

derwerk einer Ampel zu tun, die gleichzeitig Rot und Grün anzeigt. Und fühlen uns an die Antwort erinnert, die der unnachahmliche *Lukas Podolski* einmal nach einem Länderspiel auf die Frage gab, was denn nun überwiege, die Freude über das erzielte Tor oder der Ärger über die schlechte Gesamtleistung. Er sagte nämlich: »Beides überwiegt!«

2. Weitere Auslegungsfragen: § 10 Abs. 1 AGG

Ein zweites Problem des Gesetzes besteht darin, dass es mit den herkömmlichen Vorstellungen des deutschen Juristen von der Bauweise einer Norm an manchen Stellen nur schwer in Einklang zu bringen ist. Die Jurisprudenz ist eine hermeneutische Wissenschaft und wir sind es gewohnt, Gesetze ungefähr nach denselben Methoden auszulegen, nach denen wir Gedichte auslegen. Das heißt, wir setzen erstens voraus, dass der Gesetzgeber uns etwas sagen will, und zweitens nehmen wir an, jedes Wort, das er benutzt, besitze eine bestimmte abgrenzbare Bedeutung, ferner seien auch sein Standort innerhalb des Satzes und der Standort des Satzes innerhalb seines Umfeldes mit Absicht gewählt und enthielten eine für den Kundigen lesbare Botschaft. Wir müssen konstatieren, dass diese Voraussetzungen, mit denen wir seit unserer Ausbildung an die Gesetzesauslegung herangehen, nicht mehr generell zutreffen. In Rn. 65 der *Age-Concern*-Entscheidung hat der Gerichtshof der Europäischen Union ausdrücklich festgehalten, es habe keine besondere Bedeutung, ob ein Wort an einer bestimmten Stelle einer Richtlinie stehe oder nicht⁴. Es ist eben heute nicht sicher, dass der Gesetzgeber mit einem Gesetz etwas *sagen* will. Es kann auch sein, dass er etwas *verschweigen* will, zum Beispiel seine Ratlosigkeit oder seine Unfähigkeit oder Unlust, eine Entscheidung zu treffen. Wer z. B. § 10 Satz 1 und 2 AGG Wort für Wort liest, wird sich unweigerlich fragen, ob hier wirklich jedes Wort einen bestimmten von der Bedeutung seines Nachbarwortes abgrenzbaren Sinngehalt hat. Nach der Vorschrift muss eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters

- a) objektiv
- b) angemessen
- c) gerechtfertigt sein.

Außerdem muss es nicht irgendwie, sondern

- d) durch ein Ziel gerechtfertigt sein,
- e) muss dieses Ziel legitim sein, wobei legitim, wie sich aus § 3 Abs. 2 AGG ergibt, etwas anderes sein muss als Rechtmäßigkeit,
- f) müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels untersucht werden darauf, ob sie
 - g) angemessen und
 - h) erforderlich sind.

Das sind acht Tatbestandsmerkmale, von denen fünf jedenfalls für den unbefangenen Leser sinnidentisch bis sinnverwandt und zwei sogar wortgleich sind. Es ist ungefähr so, als würde man die Farbe eines Autos beschreiben, indem man sagte: Das Auto ist erstens blau, zweitens himmelblau, drittens wiederum hat es die Farbe, die, wenn man sie mit gelb mischt, grün ergibt, viertens ist es übrigens blau und fünftens, ist das Auto insgesamt, sagen wir mal: ziemlich blau.

Nun aber Schluss mit dem Spott⁵, der übrigens kein reiner Spott ist, denn es ist, wie jeder Rechtsanwender wahrscheinlich schon leidvoll erfahren hat, auch für den gutartigen Arbeiter im Weinberg der Gerechtigkeit eine intellektuelle Herausforderung, anhand derart eigenwillig abgefasster Normtexte eine einigermaßen intelligent klingende Argumentation aufzubauen, die verständlich und in der Praxis anwendbar sein soll. Das scheint auch den Richtern des Unionsgerichtshofes nicht anders zu ergehen. Wie anders wäre es zu erklären, dass man manche ihrer Urteile gar nicht auf Finnisch lesen muss, um sie nicht zu verstehen.

II. Fälle aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Wir werden zunächst einige Grundsatzfragen ansprechen, und zwar erst die vom BAG bereits beantworteten und danach die noch nicht gelösten. Anschließend stellen wir ausgesuchte Entscheidungen zu wichtigen Detailfragen vor.

1. Geklärte Grundsatzfragen

Beginnen wir mit einigen Grundsatzfragen, die das Gesetz aufwirft. Hier sind sieben bereits geklärte und vier noch offene.

a) § 2 Abs. 4 AGG und das Kündigungsschutzgesetz⁶

Die erste Grundsatzfrage ist die schon angesprochene nach dem Verhältnis zwischen dem AGG und dem Kündigungsschutzgesetz.

Der Fall:

Ein Automobilzulieferer vereinbarte mit dem Betriebsrat anlässlich eines Personalabbaus einen Sozialplan nebst Interessenausgleich mit Namensliste. Die Sozialauswahl wurde innerhalb von fünf Altersgruppen, die jeweils 10 Jahre umfassten, nach einer Punktetabelle vorgenommen, die auch das Alter der Arbeitnehmer berücksichtigte. Ein 52-jähriger Lackierer sah darin eine Altersdiskriminierung und klagte gegen seine Kündigung.

Die Entscheidung:

Der Zweite Senat bestätigte die Kündigung. Die dringenden betrieblichen Erfordernisse seien nach § 1 Abs. 5 KSchG wegen des vorliegenden Interessenausgleichs mit Namensliste zu vermuten. Auch bei einem etwaigen Verstoß gegen das AGG oder europarechtliche Diskriminierungsverbote sei die Namensliste nicht »unwirksam« und lasse die Vermutungswirkung nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG nicht entfallen, da diese Rechtsfolge – Vermutung der Betriebsbedingtheit – in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem etwaigen Rechtsverstoß stünde⁷. Die Frage der Altersdiskriminierung betreffe ja nicht die Betriebsbedingtheit, sondern die Sozialauswahl. Bereits die Einigung von Arbeitgeber und Betriebsrat bezüglich der Anzahl der zu kündigenden Arbeitnehmer rechtfertige nach der Vorstellung des Gesetzgebers die gesetzliche Vermutung in § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG. Die Sozialauswahl sei nicht wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung grob fehlerhaft. Der Zweite Senat hatte an dieser Stelle zu entscheiden, ob die Diskriminierungsverbote des AGG im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit von Kündi-

gungen zu beachten sind, obwohl § 2 Abs. 4 AGG bestimmt, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Diese Frage war höchst umstritten. Nach Auffassung des Zweiten Senats steht § 2 Abs. 4 AGG der Anwendung der materiellen Diskriminierungsverbote des AGG einschließlich der Rechtfertigungen im Rahmen des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz nicht im Wege. Die Diskriminierungsverbote stellen gesetzliche Konkretisierungen des Begriffs der Sozialwidrigkeit dar. Es dürften auch weiterhin Sozialpunkte für das Lebensalter vergeben werden, weil das Lebensalter in einer hinreichend plausiblen Korrelation zu den Arbeitsmarktchancen stehe und überdies durch die anderen Merkmale in seiner Wirkung relativiert werde. Die der Altersgruppenregelung innewohnende Benachteiligung sei nach § 10 Satz 1 und 2 AGG gerechtfertigt, weil sie ein vom Gesetzgeber anerkanntes legitimes Ziel (die Erhaltung der Personalstruktur, § 1 Abs. 3 KSchG) verfolge und ihre konkrete Ausgestaltung den in § 10 Satz 2 AGG aufgestellten Erfordernissen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genüge. Sie werde der Interessenlage sowohl der jüngeren als auch der älteren Arbeitnehmer hinreichend gerecht.

Die vom BAG bejahte Frage, ob die Altersgruppenbildung auch nach europäischem Recht gerechtfertigt ist, ließ das ArbG Siegburg offenbar nicht ruhig schlafen, weshalb es sie am 27. 1. 2010⁸ dem EuGH zur Beantwortung vorgelegt hat. Mit einer solchen Vorlage Rechtsgeschichte schreiben zu wollen ist das gute Recht aller europäischen Richter. Wissen muss man natürlich, dass durch einen derartigen Beschluss Unsicherheit in die arbeitsrechtliche Praxis kommt. Das ist vor allem in einem Massengeschäft wie dem der betriebsbedingten Kündigungen problematisch. Das System der Rechtsentwicklung durch Vorlagebeschlüsse hat seine Stärken, aber es hat auch Schwächen. Hier sei nur wiedergegeben, was auf den Gängen des Luxemburger Gerichtsgebäudes einst von einem Kenner der Materie zu hören war, der zweifellos Freude an Übertreibungen hatte: Er sagte, da es nach Art. 234 EG-Vertrag – jetzt Art. 267 AEUV – jedem Gericht in den 27 EU-Staaten überlassen sei, welche Frage es wie und wann dem Gerichtshof stelle und der Gerichtshof nie im Ernst überblicken könne, wie sinnvoll die Fragen übersetzt wurden und welche Wirkungen seine Antworten auf die 27 Rechtsordnungen haben,

laufe die Rechtsgewinnung durch Vorlageverfahren auf einen mehr oder weniger aleatorischen Prozess hinaus. Es sei, als ob die zentrale Ampelsteuerung einer Großstadt auf *random mode*, also auf Zufallsmodus geschaltet würde: »*It will supply surprising results again and again.*« Man wird sehen, welche Antwort der EuGH dem ArbG Siegburg gibt. Für unsere Begriffe liegt auf der Hand, dass jedenfalls typischerweise die Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt mit zunehmendem Alter sinken. Die Vorstellung, dass die Kräfte mit dem Alter nachlassen und die Gesundheit fragiler wird, scheint die Grundlage aller Lebens- und Krankenversicherungssysteme zu sein. Sie entspricht wohl auch der Erfahrung der meisten Menschen. Auf die Idee, dass man in den ersten vierzig Lebensjahren eine Rente beziehen, dann studieren und mit sechzig im Beruf so richtig Gas geben sollte, ist noch niemand gekommen.

In der Literatur werden allerdings zahlreiche Bedenken gegen die Berücksichtigung des Alters bei der Sozialauswahl geäußert. In einem sehr lesenswerten Aufsatz legt *Dagmar Kaiser*⁹ Statistiken vor, denen zufolge ältere Arbeitnehmer kein höheres Risiko der Arbeitslosigkeit haben. Das macht nachdenklich. Andererseits betrug die Beschäftigungsquote, die den Anteil der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten an der Bevölkerung der jeweiligen Altersgruppe ausweist, bei den 60–65-jährigen im Jahre 2009 nur 23,4 v.H.¹⁰. Wiederum soll Bundesarbeitsministerin Dr. *Ursula von der Leyen* im April 2010 erklärt haben, es gebe ein Jobwunder bei älteren Menschen: »*Die 60-jährigen spucken wieder in die Hände*« – auch das muss wohl statistisch belegt sein¹¹. Die Aussagefähigkeit von Statistiken in Diskriminierungsfragen hat nun allerdings die deutsche Generalanwältin *Juliane Kokott* in ihren Schlussanträgen vom 30. 9. 2010¹² bezweifelt. Da werde nun einer schlau draus!

b) AGG und BetrAVG¹³

Auch für das Betriebsrentenrecht war anfangs umstritten, ob das AGG gelten sollte. Eine ähnlich sonderbare Norm wie § 2 Abs. 4 AGG, nämlich § 2 Abs. 2 AGG, schien anzuordnen, dass die Diskriminierungsverbote des AGG im Betriebsrentenrecht nichts zu suchen hätten. Um es kurz zu machen: Das BAG hat das Gegenteil entschieden. Das AGG ist auch

in der betrieblichen Altersversorgung anzuwenden, soweit das Betriebsrentenrecht nicht vorrangige Sonderregelungen enthält.

c) Mitbestimmung und betriebliche Beschwerdestelle¹⁴

Im Fall des Ersten Senats vom 21. 7. 2009 ging es um die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei Errichtung einer Beschwerdestelle nach § 13 AGG und um die Frage, ob ein Initiativrecht des Betriebsrats für ein Beschwerdeverfahren besteht.

Der Fall:

Bei einer Drogeriemarktkette waren Filialen und Betriebsteile zu Verkaufsbüros zusammengefasst, die wiederum von Vertriebsbüros gesteuert wurden. Der für das Verkaufsbüro S zuständige Betriebsrat wehrte sich dagegen, dass der Arbeitgeber in dem räumlich weit entfernten Vertriebsbüro eigenmächtig eine Stelle für Beschwerden nach dem AGG eingerichtet hatte. Er reklamierte für sich außerdem ein Initiativrecht zur Einführung eines Beschwerdeverfahrens.

Die Entscheidung:

Der Erste Senat hat klar gestellt, dass ein Arbeitgeber mitbestimmungsfrei darüber entscheiden kann, wo er die Beschwerdestelle errichtet und wie er sie personell besetzt. Dabei handele es sich um organisatorische Entscheidungen. § 13 Abs. 1 AGG begründe für sich genommen keine Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Der Arbeitgeber sei nach § 12 Abs. 5 AGG lediglich verpflichtet, die Beschwerdestelle im Betrieb bekannt zu machen. Die Errichtung einer überbetrieblichen Beschwerdestelle sei auch keine Frage der »Ordnung des Betriebs«, sondern der Betriebsorganisation, die nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterfalle. Zur mitbestimmungsfreien Organisation des Betriebs gehöre die Befugnis des Arbeitgebers zu bestimmen, welche Personen oder Stellen für ihn gegenüber den Arbeitnehmern Rechte wahrzunehmen und Pflichten zu erfüllen haben.

Da das AGG kein bestimmtes Beschwerdeverfahren vorsehe, unterfalle allerdings seine Einführung und Ausgestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG der betrieblichen Mitbestimmung. Der Betriebsrat könne zu

diesem Zweck selbst initiativ werden und auch ein Beschwerdeverfahren über die Einigungsstelle durchsetzen. Bei einer überbetrieblichen Beschwerdestelle stehe das Mitbestimmungsrecht jedoch nicht dem örtlichen Betriebsrat, sondern dem Gesamtbetriebsrat zu.

d) Entschädigung ohne Schuld und Schaden – »Putativediskriminierung«¹⁵

Die grundlegenden Entscheidungen des Achten Senats vom 22. 1. 2009 und des Neunten Senats vom 21. 7. 2009 hingen von der Beantwortung der Frage ab, ob auch der Arbeitgeber, der einen Bewerber oder Arbeitnehmer unverschuldet diskriminiert, gleichwohl eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG zahlen muss und ob der Arbeitnehmer wenigstens eine immaterielle Schädigung darlegen muss. Die Fragen waren in der Kommentarliteratur heftig umstritten. Das BAG stand hier allerdings zwischen Tod und Teufel: Hätte es den Entschädigungsanspruch von Verschulden und Schadensnachweis abhängig gemacht, so hätte dies nach der Einschätzung vieler Kenner den europarechtlichen Tod bedeutet. Andererseits wird es dem staunenden Arbeitgeber als Teufelswerk erscheinen, dass er nun eine Entschädigung ohne Schuld und Schaden »schulden« soll, was ihn, wie ein Blick in das Recht der Tierhalterhaftung (§ 833 BGB, *actio de feris*) lehrt, schadensersatzrechtlich schlechter stellt als den leichtfertigen Halter eines blutdürstigen Hundes, denn diesem – dem Halter – gegenüber muss zumindest ein Schaden nachgewiesen werden. Zu den Fällen:

aa) BAG v. 22. 1. 2009 – 8 AZR 906/07, BAGE 129, 181 = NZA 2009, 945

Die Klägerin hielt ihre Versetzung in einen Stellenpool für unwirksam und wollte vom beklagten Land Berlin wegen altersbedingter Benachteiligung entschädigt werden.

Der Fall:

Das Land Berlin hatte wegen eines Personalüberhangs in Kindertagesstätten Erzieherinnen zu einem sog. Stellenpool versetzt und dabei unter 40-jährige Erzieherinnen ausgenommen. Die Klägerin, die älter als vier-

zig Jahre alt war, hielt ihre Versetzung für unwirksam und vertrat die Auffassung, die Maßnahme sei eine altersbedingte Benachteiligung und deshalb entschädigungspflichtig. Das LAG hatte das Land verurteilt, an die Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 1000 Euro zu zahlen.

Die Entscheidung:

Der Achte Senat hat die Entscheidung des LAG bestätigt. Durch die Versetzung zum Stellenpool habe die Klägerin wegen ihres Alters eine weniger günstige Behandlung als Kollegen in vergleichbarer Situation erfahren (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG). Die Ungleichbehandlung habe auf einer benachteiligenden Entscheidung des Arbeitgebers beruht. Die Benachteiligung entfalle nicht dadurch, dass die Versetzung rechtsunwirksam gewesen sei. Dies ergebe die gesetzliche Systematik von § 7 Abs. 2 und § 15 AGG. Der Entschädigungsanspruch sei verschuldensunabhängig und setze auch keine besondere »Herabwürdigung« des Beschäftigten oder die Feststellung einer (schwerwiegenden) Persönlichkeitsverletzung voraus. Das beklagte Land habe eine Rechtfertigung für die Maßnahme nicht dargelegt. Legitime Ziele im Sinne von § 10 Satz 1 AGG könnten zwar auch betriebs- und unternehmensbezogene Interessen sein, die nicht zwingend gesetzlich anerkannt sein müssten. Es genüge jedoch nicht, sich schlagwortartig auf eine »ausgewogene Personalstruktur« zu berufen. Der Wunsch des Arbeitgebers, zukünftig allein die Anzahl der über 40-jährigen Arbeitnehmer zu reduzieren, unabhängig davon, wie sich die Reduzierung auf den Größenanteil der unterschiedlichen Altersgruppen auswirke, stelle kein legitimes Ziel für eine Ungleichbehandlung dar.

bb) BAG v. 21. 7. 2009 – 9 AZR 431/08, NZA 2009, 1087 = NJW 2009, 3319

Kann die Nichteinladung eines schwerbehinderten, nicht offensichtlich ungeeigneten Bewerber zum Vorstellungsgespräch bei einem öffentlichen Arbeitgeber wegen § 82 Satz 2 SGB IX einen Entschädigungsanspruch nach dem AGG auslösen?

Der Fall:

Der beklagte Landkreis hatte eine auf zwei Jahre befristete Teilzeitstelle für einen Juristen mit mindestens einem Staatsexamen und guten Kenntnissen im Verwaltungsrecht ausgeschrieben. Der schwerbehinderte Kläger, ein Rechtsanwalt, hatte beide juristischen Staatsexamina mit ausreichend bestanden und mehrere Jahre in einem städtischen Rechtsamt gearbeitet. Von den 180 Bewerbungen zog der Beklagte nur 25 Bewerber mit mindestens einem voll befriedigenden Examen in die nähere Auswahl und lud acht von ihnen zu einem Vorstellungsgespräch ein. Der nicht eingeladene Kläger machte daraufhin eine Entschädigung von drei Monatsvergütungen aufgrund Benachteiligung wegen Schwerbehinderung geltend. Er hatte erst in der Revisionsinstanz (dem Grunde nach) Erfolg: Der Neunte Senat hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das LAG zurück, das nun über die Höhe der Entschädigung zu befinden hat.

Die Entscheidung:

Nach Auffassung des Neunten Senats hat der beklagte Landkreis gegen § 82 SGB IX verstoßen, weil er den schwerbehinderten Kläger, der das in der Stellenanzeige geforderte Profil erfüllte, nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hatte. Der schwerbehinderte Bewerber solle den öffentlichen Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch von seiner Eignung überzeugen können. Werde ihm diese Möglichkeit genommen, liege schon darin eine weniger günstige Behandlung, als sie das Gesetz zur Herstellung gleicher Bewerbungschancen gegenüber anderen Bewerbern für erforderlich halte. Die Einladungspflicht schütze das Recht des Bewerbers auf ein diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren und bestehe daher auch dann, wenn der öffentliche Arbeitgeber schon auf Grund der Bewerbungsunterlagen meine, der schwerbehinderte Bewerber komme nicht mehr in die nähere Auswahl, weil andere Bewerber erheblich besser qualifiziert seien. Auf ein Verschulden des Arbeitgebers kam es nicht an. Die unterbliebene Einladung lasse eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung vermuten. Der Arbeitgeber berücksichtige die fehlende Behinderung bereits dann als positives Merkmal, wenn er den Schwerbehinderten zu Unrecht nicht zum Vorstellungsgespräch einlädt, weil die Einladungspflicht dem schwerbehinderten Bewerber günstigere

Einstellungschancen einräumen solle. Werde dem Schwerbehinderten die Möglichkeit genommen, den Arbeitgeber in einem Vorstellungsgespräch von seiner Eignung zu überzeugen, liege darin eine weniger günstige Behandlung, als sie das Gesetz für erforderlich halte. Dieser Umstand sei objektiv geeignet, die Chancen des Schwerbehinderten im Bewerbungsverfahren zu verschlechtern. Der beklagte Landkreis konnte die Diskriminierungsvermutung nicht gem. § 22 AGG widerlegen. Er hätte beweisen müssen, dass ausschließlich andere Gründe erheblich waren und dass in seinem Motivbündel weder die Behinderung als negatives noch die fehlende Behinderung als positives Kriterium enthalten war. Das Argument des Landkreises, er habe die Auswahl ausschließlich anhand der Examensnoten getroffen, ließ der Neunte Senat nicht gelten, weil in der Stellenausschreibung keine diesbezüglichen Einschränkungen enthalten waren. Da die Chancen des Klägers bereits durch ein diskriminierendes Verfahren beeinträchtigt worden seien, komme es nicht mehr darauf an, ob die (Schwer-)Behinderung bei der abschließenden Einstellungsentscheidung noch eine nachweisbare Rolle gespielt habe.

cc) BAG v. 17. 12. 2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383

Man muss die vorgenannten Urteile, die von Gesetzes wegen wohl kaum anders hätten ausfallen können, zusammen lesen mit der Entscheidung des Achten Senats vom 17. 12. 2009: Ein Bewerber, der spätere Kläger, war abgelehnt worden. Dies möglicherweise deshalb, weil er zwar nicht schwerbehindert war, der Arbeitgeber dies aber irrtümlich annahm. Nun zwingt § 7 Abs. 1 HS. 2 AGG die Gerichte, eine Entschädigung auch dann zuzusprechen, wenn der Bewerber das Diskriminierungsmerkmal in Wahrheit gar nicht aufweist – also z. B. nicht schwerbehindert ist –, der Arbeitgeber dies aber glaubt. Das ist die sogenannte Putativediskriminierung, eine Konstellation, die wir strafrechtlich wohl irgendwo zwischen Wahndelikt und untauglichem Versuch ansiedeln würden. Das Ergebnis könnte – auf die Spitze getrieben – sein, dass einem Stellenbewerber, der ohnehin nicht zum Zuge gekommen wäre und dem die Ablehnung keinerlei materiellen oder immateriellen Schaden zugefügt hat, bis zu drei Monatsvergütungen deshalb zustehen, weil der intendierte Arbeitgeber sich über ein Diskriminierungsmerkmal irrt, das nach der *Coleman-*

Entscheidung des EuGH¹⁶ nicht einmal bei dem Bewerber selbst gegeben sein muss; ein Entschädigungsanspruch kann also z. B. bereits dann ausgelöst werden, wenn der Arbeitgeber die Tochter eines Bewerbers irrtümlich für heterosexuell hält und deshalb den Bewerber ablehnt. Man sieht an solchen Fällen sehr schön, dass der Gesetzgeber hier tief ins Innere des Menschen greift: Die Gedanken – jedenfalls die schlimmen oder als schlimm angesehenen – sind nicht mehr frei. Bei Lichte besehen wirkt das AGG in solchen Fällen als reines Gesinnungszivilrecht¹⁷.

e) Statistik als Indiz – § 22 AGG¹⁸

In der Vorschrift des § 22 AGG finden wir das prozessrechtliche Scharnier, mit dessen Hilfe Entschädigungsansprüche wegen Diskriminierungen durchgesetzt oder eben nicht durchgesetzt werden können. Dahinter verbirgt sich das sehr alte Problem der Beweislast für negative Tatsachen. *Probatio diabolica* nannte man das in den alten Zeiten, als die Juristen noch Latein sprachen. Teuflich ist die Forderung an eine Prozesspartei, eine negative Tatsache zu beweisen deshalb, weil man eben ganz schlecht etwas beweisen kann, das nie existiert hat, vor allem, wenn es sich um so etwas schwer Greifbares wie einen inneren Beweggrund handelt. Nach der heute herrschenden – auch vom BGH vertretenen – Prozessrechtsdogmatik ist das Verlangen, eine negative Tatsache zu beweisen, nicht schlechthin unzulässig, aber doch nur gerechtfertigt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die korrespondierende positive Tatsache streitet. So hat z. B. der BGH¹⁹ einem Kläger, der urheberrechtliche Ansprüche nach § 71 UrhG für die von ihm behauptete Erstausgabe der Oper *Motézuma* von *Antonio Vivaldi* geltend machte, die Beweislast auferlegt dafür, dass dieses Musikstück seit seiner Entstehung im Jahre 1733 nirgendwo auf der Welt »erschieden« ist. Es hat diese nur auf den ersten Blick absurde Forderung deshalb für gerechtfertigt gehalten, weil die Beklagte – die *Düsseldorfer Altstadttherbst gemeinnützige GmbH* – Anhaltspunkte dafür vorgebracht hatte, dass die Oper in der Zeit von 1733 bis 2002 doch schon das eine oder andere Mal aufgeführt worden sein musste. Dem darin zum Ausdruck kommenden Gedanken folgt auch § 22 AGG: Die Beweislast dafür, dass er nicht diskriminiert hat, trägt der Arbeitgeber dann, wenn der Arbeitnehmer Tatsachen dafür beweist, dass eine Diskriminierung

wahrscheinlich ist. Die Frage ist natürlich, welche Anforderungen an die Indiztatsachen gestellt werden. Die Wertungen im Einzelfall können hier auch unter Richtern sehr unterschiedlich ausfallen: Reicht es z. B. aus, wenn der Arbeitgeber einer Frau, von der er weiß, dass sie schwanger ist und die gerne befördert würde, lächelnd sagt, sie solle sich (lieber) »auf ihr Kind freuen«? Ist das ein zynischer Schein-Glückwunsch oder ein von Herzen kommender lieb gemeinter Trost? Darüber sind sich das LAG Berlin-Brandenburg und der Achte Senat des BAG nach fünf Jahren noch immer nicht einig geworden²⁰. Von grundsätzlicher Bedeutung ist die Frage, ob und inwieweit Statistiken herangezogen werden können. Darüber gab es einen Streit²¹, den das BAG durch sein Urteil vom 22. 7. 2010 beigelegt oder doch in vernünftige Bahnen gelenkt hat.

Der Fall:

Der Beklagte, eine Gesellschaft zur Verwertung von Aufführungs- und Vervielfältigungsrechten, besetzte die Funktion des Personaldirektors mit einem männlichen Kandidaten. Eine Personalleiterin fühlte sich zu Unrecht übergangen und verlangte die Differenz zwischen ihrem und dem Gehalt für die Direktorenstelle für die Vergangenheit und die Zukunft sowie eine Entschädigung.

Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg:

Die Fünfzehnte Kammer sprach der Klägerin neben der Gehaltsdifferenz eine Entschädigung in Höhe von 20.000 € zu. Bereits die Tatsache, dass im Unternehmen sämtliche 27 Führungspositionen mit Männern besetzt seien, obwohl Frauen zwei Drittel der Belegschaft stellen, sei »mehr als frappierend« und ein ausreichendes Indiz im Sinne des § 22 AGG, das zur Umkehr der Beweislast führe. Statistische Nachweise müssten schon deswegen berücksichtigungsfähig sein, weil anderenfalls eine verdeckte Diskriminierung bei Beförderungen (»gläserne Decke«) nicht ermittelbar wäre. Selbstverständlich dürfe ein Arbeitgeber Führungspositionen ausschließlich mit Männern besetzen. Er müsse dann aber die Gründe für ihre Bevorzugung nachvollziehbar belegen. Das sei dem Beklagten nicht gelungen. Das LAG schnitt ihm sämtliche Einwendungen ab, weil er die Stelle nicht ausgeschrieben hatte und auch keine schriftlich dokumentierten Auswahlkriterien vorlegen konnte. Deshalb wurde er

auch nicht mit dem Einwand gehört, dass die Klägerin nicht die am besten geeignete Bewerberin gewesen sei. Der materielle Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG sei die Differenz zwischen der tatsächlichen und der Vergütung für die höherwertige Stelle und entgegen der herrschenden Ansicht zeitlich nicht begrenzt. Eine geschlechtsdiskriminierende Beförderungsentscheidung sei immer auch eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung, die bei der Klägerin noch durch herabwürdigende und einschüchternde Äußerungen ihres Vorgesetzten verstärkt worden seien, so dass sie wegen des immateriellen Schadens auch weitere 20000 Euro verlangen könne.

Das Urteil des BAG:

Der Achte Senat hat diese Entscheidung in einem sehr instruktiven und detailgenauen Urteil aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Die Frage des Statistikbeweises hat es ähnlich gesehen wie zuvor schon die Zweite Kammer des LAG Berlin-Brandenburg: Grundsätzlich könnten sich auch aus Statistiken Indizien für eine Geschlechterdiskriminierung ergeben. Eine Vermutung für ein gegenüber einem Geschlecht befolgtes regelhaftes Verhalten sei aber nur dann anzunehmen, wenn sich die Statistik konkret auf den betreffenden Arbeitgeber beziehe und im Hinblick auf dessen Verhalten aussagekräftig sei. Allein das Verhältnis zwischen dem Frauenanteil der Gesamtbelegschaft und dem in oberen Führungspositionen lasse allerdings einen Rückschluss auf die Ungleichbehandlung von Frauen beim beruflichen Aufstieg in bestimmte Hierarchieebenen eines Unternehmens nicht zu. Um beurteilen zu können, ob signifikant weniger Frauen als Männer die Hierarchiestufe oberhalb einer angenommenen »gläsernen Decke« erreichten, bedürfe es der Feststellung, wie viele Frauen überhaupt unterhalb dieser angekommen seien. Darüber gebe der Anteil von Frauen an der Gesamtbelegschaft keinen Aufschluss. Es bestehe eben nicht für jeden Inhaber einer Position einer niedrigeren Ebene objektiv betrachtet eine Beförderungsmöglichkeit auf eine höhere Ebene. Außerdem könnten – nicht dem Arbeitgeber zurechenbare – gesellschaftliche Verhältnisse für den geringen Frauenanteil in den Führungsetagen verantwortlich sein. Ein Arbeitgeber sei gar nicht in der Lage, geschweige denn verpflichtet, gesellschaftliche Gegebenheiten, die der Erwerbstätigkeit und/oder dem beruflichen Aufstieg von Frauen

entgegenstehen, durch seine Personalpolitik auszugleichen. Der – vom LAG herangezogene – Vergleich des Anteils von Frauen auf Führungspositionen bei anderen Unternehmen stelle kein Indiz für das Vorliegen einer »gläsernen Decke« beim Beklagten dar. Es fehle insoweit an vergleichbarem und damit aussagekräftigem Tatsachenmaterial. Insbesondere soweit das Berufungsgericht zum Vergleich den hohen Anteil von weiblichen Führungskräften bei privaten Banken, im Gesundheits- und Sozialwesen, in der privaten Dienstleistungsbranche und bei obersten Bundesbehörden anführe, sei festzustellen, dass der Beklagte als Verwertungsgesellschaft urheberrechtlicher Nutzungsrechte an Musikwerken grundsätzlich andere Aufgaben wahrnehme als die vom LAG zum Vergleich herangezogenen Unternehmen und es somit an einer Vergleichbarkeit der Branchen fehle. Generell genüge es im Regelfall auch nicht für ein »Indiz« i.S.d. § 22 AGG, wenn lediglich »auffällige Ungleichgewichte« beim Frauenanteil in verschiedenen Hierarchieebenen eines Unternehmens vom Anspruchssteller anhand von Statistiken bewiesen seien. Für die Annahme einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung von Frauen bei Beförderungsentscheidungen bedürfe es über die bloße Statistik hinaus weiterer Anhaltspunkte.

f) Vergleichbare Situation²²

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG setzt eine »unmittelbare Benachteiligung« nicht nur voraus, dass eine Person anders als eine andere behandelt wird, sondern auch, dass dies in einer »vergleichbaren Situation« geschieht.

Der Fall:

Der Beklagte, eine evangelische Einrichtung, suchte mit Stellenanzeige eine(n) Mitarbeiter(in) für seinen Vorstandsbereich Soziales und Ökumene/Fachbereich Migration und Existenzsicherung. In der Stellenausschreibung wurde ein abgeschlossenes Studium der Sozialwissenschaft/Sozialpädagogik (o. Ä.) als Einstellungsvoraussetzung genannt. Darauf bewarb sich die Klägerin, eine deutsche Frau türkischer Herkunft, Muslima und keiner christlichen Kirche angehörig. Auf die Bewerbung bekam sie einen Telefonanruf von einer Mitarbeiterin des Beklagten: Die Klägerin habe bei ihrer »sehr interessanten« Bewerbung die

Frage der Religionszugehörigkeit unbeantwortet gelassen. Die Klägerin antwortete, sie praktiziere keine Religion, sei jedoch als Türkin »geborene« Muslima. Ob sich die Klägerin einen Eintritt in die Kirche vorstellen könne? Das sei Voraussetzung bei der Stelle. Nein, antwortete die Klägerin, Kirchenmitgliedschaft könne kaum vonnöten sein, die Arbeit habe ja keinen religiösen Bezug. Eingestellt wurde schließlich aufgrund einer Entscheidung eines anderen Mitarbeiters eine in Indien geborene Bewerberin, die – im Gegensatz zur Klägerin – ein Hochschulstudium mit Diplomprüfung im Fach Sozialwissenschaften erfolgreich abgeschlossen hatte. Daraufhin verlangte die abgelehnte Klägerin Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG.

Die Entscheidung:

Der Achte Senat wies die Klage ab. Die anlässlich dieses Falles von manchem erwartete Klärung der Frage, unter welchen Voraussetzungen Religionsgemeinschaften Arbeitnehmer wegen der Religion unterschiedlich behandeln dürfen, blieb aus. Stattdessen bestätigte der Senat seine Rechtsprechung zur »vergleichbaren Situation« (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AGG). Dieser Begriff ist einer der Schlüsselbegriffe in Bewerbungsfällen. Er dient dazu, gewissermaßen »die Spreu vom Weizen« zu sondern. Der Achte Senat sagt, nur solche Bewerber seien in einer »vergleichbaren Situation«, die für die Stelle objektiv geeignet sind. Um hier aber Missbrauch abzuwehren, wird es nicht dem Arbeitgeber überlassen, die »objektive Eignung« festzulegen. Vielmehr entscheidet die »Verkehrsanschauung« im Arbeitsleben. Da es bekanntlich keine objektiveren »Verkehrsanschauer« des Arbeitslebens als Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter gibt, dürften auf diesem Wege die Arbeitsgerichte das letzte Wort über die »vergleichbare Situation« haben. Im Streitfall jedenfalls habe keine »vergleichbare Situation« vorgelegen. Denn nach der Verkehrsanschauung sei für die Stelle ein Hochschulstudium erforderlich. Daran fehlte es bei der Klägerin, so dass sie leer ausging. Man hätte natürlich fragen können, warum denn der Arbeitgeber die Bewerbung der Klägerin als so »interessant« ansah, dass seine Mitarbeiterin ihr sogar einen Kircheneintritt nahelegte. Aber man musste es nicht fragen. Denn, so der Senat, die Einstellungsentscheidung hatte diese Mitarbeiterin nicht getroffen.

g) § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB²³

In der 77. Auflage (Stand 1. 7. 2010) der arbeitsrechtlichen Gesetzestexte im Deutschen Taschenbuch-Verlag findet der interessierte Leser unter § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB die klare und gut verständliche gesetzliche Anordnung, dass bei der Berechnung der für die Kündigungsfristen maßgeblichen Beschäftigungsdauer die vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegenden Zeiten nicht berücksichtigt werden. Diese Information ist sowohl richtig als auch falsch. Das Gesetz gilt nach wie vor, ist aber nach zwei Entscheidungen des Zweiten Senats²⁴, der sich insoweit dem Gerichtshof der Europäischen Union²⁵ angeschlossen hat, der sich seinerseits dem LAG Düsseldorf²⁶ angeschlossen hatte, nicht anzuwenden, und zwar für immer und zumindest seit dem 2. 12. 2006, wenn nicht gar *per saecula saeculorum*: denn so ein rechter gemeineuropäischer Rechtsgrundsatz – und auf einem solchen beruht das Verbot der Altersdiskriminierung bekanntlich –, muss mindestens von Ewigkeit zu Ewigkeit gelten. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass alle abend- und morgenländischen Rechtsordnungen seit Menschengedenken an das Alter anknüpfende Differenzierungen kennen. Zum Beispiel sahen schon die Schriftrollen von Qumran vor, dass man nur bis zum 60. Lebensjahr das Richteramt ausüben darf²⁷.

2. Ungeklärte Grundsatzfragen

a) Schadensersatz und Entschädigung neben Bestandsschutz²⁸

Durch die Rechtsprechung des BAG noch nicht geklärt ist, ob ein Arbeitnehmer, der durch eine Kündigung diskriminiert wird, neben der Unwirksamkeit der Kündigung auch einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen kann. Die schon erwähnte Entscheidung des Zweiten Senats vom 6. 11. 2008 spricht das Problem kurz an, lässt die Lösung aber ausdrücklich offen²⁹.

Nach unserer Auffassung ist es der auch europarechtlich nicht zu beanstandende Hauptsinn des § 2 Abs. 4 AGG, den prohibitiven Diskriminierungsschutz des § 15 AGG für das Kündigungsschutzrecht auszuschießen. Das deutsche Recht sieht, anders als fast alle europäischen

Rechtsordnungen, eine diskriminierende Kündigung, die dem Kündigungsschutzgesetz unterfällt, nicht nur als rechtswidrig an, sondern nimmt ihr auch alle *Rechtswirkungen*. Der Arbeitnehmer wird so gestellt, als habe es den diskriminierenden Akt nie gegeben. Einen stärkeren Schutz und – in der Diktion des europäischen Gerichtshofs – eine stärker abschreckende Sanktion kann es nicht geben. Man mag von diesem Grundsatz³⁰ eine Ausnahme machen, wenn die Diskriminierung sich nicht im Ausspruch der Kündigung erschöpft, weil die Kündigung z. B. in einer den Arbeitnehmer – etwa wegen Alters, Geschlechts etc. – herabwürdigenden Form ausgesprochen wird.

Die Gegenauffassungen haben natürlich – wie könnte es anders sein – auch ihre Gründe für sich. Sie stimmen aber wohl darin überein, dass der Entschädigungsanspruch als Sanktion neben den kündigungsschutzrechtlichen Wirkungen europarechtlich nicht geboten ist. Das interessanteste der Argumente für ein Nebeneinander von Entschädigung und Kündigungsschutz hörten wir von einem befreundeten und sehr pragmatisch denkenden Anwalt: Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG habe im Vergleich zur Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG einen so ausgeprägten steuerrechtlichen Charme, dass man ihn sofort erfinden müsste, wenn es ihn nicht schon gäbe.

b) Vereinbarkeit von tarifvertraglichen Entgeltregelungen im öffentlichen Dienst mit dem Verbot der Altersdiskriminierung³¹

Der frühere Bundes-Angestelltentarifvertrag sah eine Vergütung nach Lebensalterstufen vor. Gewisse Reste davon schleppt der am 1. 10. 2005 in Kraft getretene Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) noch mit sich. Er kennt zwar keine Lebensalterstufen mehr und bemisst die Vergütung nach bisher unverdächtigen Merkmalen wie Tätigkeit, Berufserfahrung und Leistung. Bei der Überleitung der Angestellten aus dem BAT in den TVöD wurde jedoch, weil die Tarifvertragsparteien glaubten, Besitzstände wahren zu sollen, die im alten System erreichte Lebensalterstufe berücksichtigt. Den Angestellten wurde im Grundsatz ihr bisheriges Entgelt auch nach ihrer Überleitung in den TVöD weiter gezahlt. Zum 1. 10. 2007 wurden die Angestellten ausgehend von diesem Entgelt endgültig der nächsthöheren Stufe der neuen Entgelttabelle zugeordnet.

Der Fall:

Eine im Oktober 1962 geborene Klägerin war seit dem 1. 2. 2004 als Bauingenieurin bei einer obersten Bundesbehörde beschäftigt. Nach ihrer Überleitung in den TVöD wurde sie am 1. 10. 2007 der regulären Stufe 4 der Entgeltgruppe 11 zugeordnet. Die Klägerin ist der Ansicht, die Lebensaltersstufenregelung des BAT habe sie wegen ihres – am Stichtag zu jungen – Alters diskriminiert. Dies setze sich im TVöD fort. Ihr müsse deshalb wie älteren Angestellten seit dem 1. 10. 2007 ein Entgelt nach der höchstmöglichen Stufe 5 der Entgeltgruppe 11 gezahlt werden.

Die Entscheidung:

Der Sechste Senat des BAG sah sich an einem eigenen Urteil in der Sache gehindert und bat den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV. Besonders interessant und von grundsätzlicher Bedeutung wird hier das Verhältnis zwischen dem primärrechtlich gewährleisteten allgemeinen Gleichheitssatz und dem ebenfalls primärrechtlich gewährleisteten Recht der Tarifvertragsparteien auf Kollektivverhandlungen sein³². Welchen Spielraum haben Tarifvertragsparteien, ein so schwerfälliges und großes Schiff, wie es das Entgeltsystem für eine Million Arbeitnehmer ist, in einen diskriminierungsrechtlich unbedenklichen Hafen zu lotsen? Widerspricht die nach Lebensaltersstufen geregelte Grundvergütung des BAT – immerhin ein Tarifvertrag – überhaupt dem Verbot der Altersdiskriminierung? Wenn sie das tat, setzt sie sich als Altersdiskriminierung im TVöD fort? Kann eine solche Altersdiskriminierung von den Tarifvertragsparteien gegebenenfalls auch rückwirkend beseitigt werden? Und wenn ja: Wie?

c) § 22 AGG – Auskunftsanspruch³³

Ein abgelehnter Stellenbewerber weiß oft nicht, warum er abgelehnt wurde. Nach deutschem Rechtsverständnis ist der intendierte Arbeitgeber nicht gezwungen seine Gründe zu nennen: Weder muss er die passenden vorschützen noch muss er die wahren verraten. Er kann einfach absagen. Der Stellenbewerber, der glaubt, diskriminiert worden zu sein, hat nun Darlegungs- und Beweisprobleme. Nach § 22 Satz 1 AGG muss er eine Diskriminierung wahrscheinlich machen. Da jeder Mensch über mehrere

sog. »verpönte Merkmale« verfügt, kann es, will man nicht die gesamte Menschheit unter Diskriminierungsverdacht stellen, nicht ausreichen, dass man als abgelehnter Bewerber einfach seine verpönten Merkmale aufzählt.

Der Fall:

Die 1961 in Russland geborene Klägerin absolvierte dort ein Studium und schloss dieses mit der Qualifikation einer Systemtechnik-Ingenieurin ab. Auf eine Stellenanzeige, mit der ein(e) erfahrene(r) Softwareentwickler(in) gesucht wurde, bewarb sie sich bei der Beklagten, wurde aber nicht eingestellt. Mit der Klage erstrebt sie die Vorlage der Bewerbungsunterlagen des aufgrund der Stellenanzeige eingestellten Bewerbers. Die Beklagte habe Vorurteile wegen ihres Geschlechts, ihrer Herkunft und ihres Alters.

Die Entscheidung:

Der Achte Senat klopfte in den Beschlussgründen die einschlägigen zivilrechtlichen und zivilprozessualen Vorschriften einschließlich des § 22 AGG ab und kam zu dem Ergebnis, dass keine deutsche Norm geeignet sei, den von der Klägerin erhobenen Auskunftsanspruch zu begründen. Es könne aber sein, so der Senat, dass die Beweislastvorschriften der einschlägigen Antidiskriminierungsrichtlinien eine Auslegung der nationalen Vorschriften i. S. d. Klagebegehrens erzwingen. Ob das wirklich der Fall sei, müsse, da es sich um eine Frage der Auslegung des europäischen Rechts handle, der Unionsgerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV befinden.

d) Art. 267 AEUV³⁴

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Revisionsgericht ein Vorabentscheidungsersuchen an den Unionsgerichtshof zu richten hat, ist in Art. 267 AEUV nur scheinbar klar geregelt. Die Praxis der Senate des BAG in Diskriminierungsfragen ist wohl nur mit Einschränkungen als einheitlich zu qualifizieren. Auch die beiden Senate des BVerfG, das über Art. 101 GG sozusagen mit im Boot sitzt, scheinen unterschiedliche Maßstäbe anzulegen. Reicht es aus, wenn das BAG nach gewissenhafter Prü-

fung willkürfrei zu dem Ergebnis gekommen ist, vorzulegen oder nicht vorzulegen³⁵? Oder muss man verlangen, dass in jeder irgendwie nach Europarecht duftenden causa alle irgendwo – in Europa? – vertretenen oder angedeuteten Auffassungen studiert und, wenn auch nur den skrupulösesten Rechtsforscher ein zartestes Zaudern ankommen könnte, die Akten nach Luxemburg verschickt werden³⁶? Oder gilt beides gleichzeitig³⁷? Manche Antworten aus Luxemburg wirken so, als fühle sich das hohe Gericht eher gestört.

Der Fall:

Eine seit 1971, nach dem Jahre 2000 auf Grund eines Tarifvertrages jedoch nur noch jeweils befristet beschäftigte 59-jährige Flugbegleiterin schloss im Jahre 2004 einen auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrag. Sie hielt die Befristung für unwirksam. Das Flugunternehmen berief sich auf § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG in der bis zum 30. 4. 2007 geltenden Fassung. Danach bedurfte die Befristung von Arbeitsverhältnissen mit Arbeitnehmern, die das 58. Lebensjahr vollendet hatten, keines Sachgrundes.

Die Frage:

Der Siebte Senat des BAG wollte nun in aller Unschuld vom EuGH wissen, ob (näher bezeichnetes) europäisches Recht der deutschen Vorschrift entgegenstehe und ob, bejahendenfalls, die deutsche Vorschrift unangewendet zu bleiben habe. Zwei schöne einfache Rechtsfragen.

Nach drei Jahren die Antwort des EuGH im Wortlaut³⁸:

»Paragraf 5 Nr. 1 der am 18. 3. 1999 geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. 6. 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ist dahin auszulegen, dass der Begriff »enger sachlicher Zusammenhang zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber« in § 14 Abs. 3 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21. 12. 2000 auf Sachverhalte anzuwenden ist, in denen einem befristeten Vertrag nicht unmittelbar ein unbefristeter Vertrag mit demselben Arbeitgeber vorausgegangen ist und zwischen diesen Verträgen ein Zeitraum von mehreren Jahren liegt, wenn während dieser gesamten Zeit

das ursprüngliche Arbeitsverhältnis für dieselbe Tätigkeit und mit demselben Arbeitgeber durch eine ununterbrochene Folge befristeter Verträge fortgeführt worden ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, die einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts im Rahmen des Möglichen im Einklang mit Paragraph 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung auszulegen.«

Es dauert eben etwas länger, bis man zwei grammatisch korrekte Sätze in 23 Sprachen so hermetisch formuliert hat, dass sie gegen das Entweichen von juristischem Sinn oder rechtspraktischem Nutzen absolut gesichert sind.

3. Einzelfragen

a) Sexuelle Identität³⁹:

In allen drei Fällen, die das BAG bisher in diesem Zusammenhang zu entscheiden hatte, ging es um die diskriminierungsrechtliche Behandlung eingetragener Partnerschaften. Im ersten Fall stand zur Entscheidung, ob Überlebende einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ebenso Anspruch auf betriebliche Hinterbliebenenrente haben wie Ehegatten. Anders gewendet: Ist der Ausschluss von Überlebenden einer eingetragenen Partnerschaft eine unerlaubte Diskriminierung wegen der sexuellen Identität?

Der Fall:

Geklagt hatte der eingetragene Lebenspartner eines 2001 verstorbenen Arbeitnehmers der Beklagten (*Deutsche Welle*). Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen.

Die Entscheidung:

Interessant ist, dass es sich bei dem Urteil weitestgehend um ein *obiter dictum* handelt. Der Dritte Senat sagte zunächst, warum die Klage abzuweisen war und anschließend, unter welchen Voraussetzungen sie begründet gewesen wäre. Die Revision hatte keinen Erfolg, weil der Arbeitnehmer bereits vor dem 1. 1. 2005 – an diesem Tag trat das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts in Kraft – verstorben war. Die Anwendung des AGG hätte vorausgesetzt, dass nach Inkrafttreten

des AGG ein Rechtsverhältnis zwischen dem Versorgungsberechtigten und dem Versorgungsschuldner bestanden hat. Der allgemeine Gleichheitssatz helfe nicht weiter, weil die Verfassung jedenfalls bis zum 1. 1. 2005 mit Art. 6 Abs. 1 GG den sachlichen Grund für eine Differenzierung gegeben habe. Der Dritte Senat hat jedoch klargestellt, dass eingetragene Lebenspartner und Ehegatten nach der Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie 2000/78/EG hinsichtlich der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung gleichzustellen sind. Zwischen ihnen bestehe eine vergleichbare Situation, weil eine Lebenspartnerschaft auch im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung als Ehe gelte. Die gegenteilige Auffassung des BVerfG zur Beamtenversorgung⁴⁰ sei wegen des für Beamte geltenden Alimentationsprinzips nicht einschlägig⁴¹. Es bestünden keine tatsächlichen Unterschiede »von Gewicht« zwischen der Lebenspartnerschaft und der Ehe, die einen unmittelbaren tatsächlichen Zusammenhang mit einem unterschiedlichen Versorgungsbedarf herstellen würden. Den gewiss nicht wenigen Eltern in »herkömmlichen« Familien, die sich hier verwundert die Augen reiben, gibt das BAG eine kühle Auskunft: Die Unterscheidung zwischen eingetragener Lebenspartnerschaft einerseits und Ehe andererseits sei irrelevant, weil sich die Lebenssituationen innerhalb beider Gruppen »zu unterschiedlich« darstellten; ebenso wenig sei es ungewöhnlich, dass in einer Ehe keine Kinder erzogen würden oder dies nicht zu erheblichen Versorgungsnachteilen für einen Ehepartner führe. Andererseits sei Kindererziehung auch in eingetragenen Lebenspartnerschaften nicht ausgeschlossen.

b) Behinderung

aa) Vorruhestand⁴²

Manchmal muss man sehr genau hinschauen, um festzustellen, dass tatsächlich eine Benachteiligung vorliegt. Sie kann sich aus dem Zusammenspiel von Normen ergeben, die je für sich weit von diskriminierenden Absichten entfernt sind. Dafür ist der vom Neunten Senat am 16. 12. 2008 entschiedene Fall ein gutes Beispiel. Es ging um die Wirksamkeit einer Regelung in einem Vorruhestands-TV (VR-TV) mit einer für schwerbehinderte Menschen nachteiligen Wirkung.

Der Fall:

Ein Flugsicherungsingenieur war mit 56 in den Vorruhestand getreten und wurde mit 60 unfallbedingt zu 100% schwerbehindert. Nach § 7 Abs. 1a) des einschlägigen VR-TV erlischt der Anspruch auf Vorruhestandsgeld »mit Beginn des Monats, von dem ab die/der ausgeschiedene Mitarbeiterin/Mitarbeiter Altersrente vor Vollendung des 65. Lebensjahres ... beanspruchen kann«. Der Arbeitgeber wollte das Vorruhestandsgeld nicht länger zahlen und bestand darauf, dass der Ingenieur von der Möglichkeit Gebrauch machte, als Schwerbehinderter vorgezogene Altersrente bei der BfA zu beantragen. Der Pferdefuß war allerdings, dass die Altersrente niedriger war als das Vorruhestandsgeld. Die Differenz zwischen dem Vorruhestandsgeld eines vergleichbaren nicht behinderten Arbeitnehmers und der Altersrente des Klägers betrug bis zur Vollendung des 63. Lebensjahres monatlich 461,03 Euro und danach 216,65 Euro.

Die Entscheidung:

Das AGG war zwar auf den Fall noch nicht anwendbar. Der Neunte Senat sah in der Regelung im VR-TV jedoch einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 81 Abs. 2 SGB IX a.F., und die Überlegungen dürften für das AGG nicht anders ausfallen. Das Vorruhestandsgeld, so der Senat, diene dazu, Versorgungslücken zu überbrücken, die durch die Beendigung der Erwerbstätigkeit des Anspruchsberechtigten entstehen. Es habe damit den Charakter einer sozialen Absicherung bis zum Erreichen des Alters, in dem Altersversorgungsleistungen erbracht werden. Mit diesem tariflichen Regelungszweck sei es nicht vereinbar, wenn die Anknüpfung an das gesetzliche Rentenversicherungsrecht in § 7 VR-TV dazu führe, dass schwerbehinderte und nicht schwerbehinderte Menschen sowie Frauen und Männer nicht in gleicher Weise wirtschaftlich abgesichert sind. Diese unzulässige mittelbare Benachteiligung führe nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX a.F., § 134 1. Alt. BGB zur Nichtigkeit der Individualabrede und der Tarifregelung. Der Neunte Senat hatte nicht darüber zu entscheiden, ob daraus auch eine rentenrechtliche Besserstellung folgt und ob der Kläger zur Rückzahlung der vorzeitigen Altersrente verpflichtet ist.

bb) Interne Stellenbewerbung⁴³

Nach § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX muss der Arbeitgeber prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Ob allein ein Verstoß gegen diese Vorschrift bereits eine Benachteiligung i.S.d. § 22 AGG vermuten lässt, hatte der Neunte Senat zu entscheiden.

Der Fall:

Die Beklagte schrieb innerbetrieblich eine Stelle aus und besetzte sie vor Ablauf der Bewerbungsfrist. Der schwerbehinderte Kläger, der sich nach erfolgter Stellenbesetzung beworben hatte, klagte auf Entschädigung. Das LAG hatte die Klage abgewiesen. Da die Beklagte die Stelle schon vor der Bewerbung des Klägers besetzt habe, könne keine Diskriminierung vorliegen.

Die Entscheidung:

Der Neunte Senat hob die Entscheidung des LAG auf und verwies den Rechtsstreit zurück. Der Arbeitgeber habe gegen seine Pflicht aus § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX verstoßen. Diese Vorschrift wolle dem schwerbehinderten Menschen eine Chance einräumen. Die dürfe ihm nicht durch zweckvolle Gestaltung des Bewerbungsverfahrens genommen werden, also z.B. durch vorausseilende Stellenbesetzung oder das Bestreben, ein – als lästig empfundenenes – Verfahren nach § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX zu vermeiden. Der Verstoß gegen § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX könne deshalb bereits für sich genommen die Vermutung einer Benachteiligung rechtfertigen.

c) Religion

aa) Kopfbedeckungen⁴⁴

Verstößt eine Abmahnung wegen des religiös motivierten Tragens einer Kopfbedeckung in der Schule gegen das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion?

Der Fall:

Die Klägerin war als Sozialpädagogin in einer Schule beschäftigt. Lange Jahre trug sie ein Kopftuch nach islamischem Religionsbrauch. Als im August 2006 das nordrheinwestfälische Schulgesetz in seinem neuen § 57 Abs. 4 Lehrerinnen und Lehrern u. a. religiöse Bekundungen in der Schule untersagte, legte die Klägerin das Kopftuch ab und eine mit Strickrand versehene Baskenmütze an, welche denselben Verhüllungserfolg wie ein Kopftuch hatte. Die Klägerin erklärte dazu, sie trage die Mütze nicht aus religiösen, sondern aus modischen Gründen und weil sie es von klein auf so gewöhnt sei. Das Land erteilte der Klägerin eine Abmahnung.

Die Entscheidung:

Der Zweite Senat versagte der Klägerin zunächst den Einwand, sie sei nicht Lehrerin. Als Sozialpädagogin im Schuldienst habe sie nach § 58 SchulG dieselben Pflichten, was religiöse Bekundungen betreffe. Das Kopftuchverbot im Schulgesetz greife zwar in die Religionsausübungsfreiheit ein, der Staat sei aber berechtigt, unter den heutigen Umständen dem Neutralitätsgebot durch ein solches Verbot Rechnung zu tragen. Das Schulgesetz halte den verfassungsrechtlichen Maßstäben, die das BVerfG aufgestellt habe⁴⁵, stand. Das Kopftuchverbot verstoße auch nicht gegen das Diskriminierungsverbot des AGG, sondern sei nach § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt. § 8 Abs. 1 AGG gestatte eine unterschiedliche Behandlung dann, wenn sie wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstelle, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen sei. Eine solche Einschränkung ergebe sich aus dem Neutralitätsgebot für Lehrerinnen und Lehrer in Nordrhein-Westfalen. Dieses sei auch und gerade in dem besonders sensiblen Bereich der Schule, in dem die verschiedenen widerstreitenden Grundrechte und Verfassungswerte in einen verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen seien, ein wesentliches und entscheidendes berufliches Kriterium, ohne welches diese Tätigkeit nicht ausgeübt werden könne. Dabei müsse es als ausreichend angesehen werden, dass mit dem Tragen des Kopftuches in einer Weise in den Schulbetrieb eingegriffen werde, die das – vom Gesetzgeber angemessen ausgefüllte – Neutralitätsgebot verletze und die

Ordnungs- und Regelungsfunktion des Staates in diesem Bereich unterlaufe. Dass die Mütze von der Klägerin als Ersatz für das Kopftuch getragen werde, stehe außer Zweifel. Sie werde auf diese Art für die Schüler, Eltern und Lehrer zu einer religiösen Bekundung i. S. d. Gesetzes.

bb) Bierkästen⁴⁶

Der Arbeitgeber steht bei nicht äußerlich erkennbaren Diskriminierungsmerkmalen vor einer prekären Lage: Er kann ja nicht wissen, welche religiösen Überzeugungen jemand hegt. Er darf noch nicht einmal danach fragen. Muss er trotzdem Rücksicht nehmen?

Der Fall:

Der Kläger ist gläubiger Moslem. Er war seit 1994 als Mitarbeiter eines großen Warenhauses tätig. Seit dem Jahr 2003 wurde er als „Ladenhilfe“ beschäftigt. Im Februar 2008 weigerte er sich, im Getränkebereich zu arbeiten. Er berief sich auf seinen Glauben, der ihm jegliche Mitwirkung bei der Verbreitung von Alkoholika verbiete. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis.

Die Entscheidung:

In der Presse konnte man lesen, das BAG habe entschieden, dass Türken keine Bierkästen schleppen müssen. Das ist natürlich Unsinn: In der Pressemitteilung des BAG heißt es: »Weigert sich ein Arbeitnehmer aus religiösen Gründen, eine Arbeitsaufgabe zu erfüllen, zu der er sich vertraglich verpflichtet hat, kann dies eine Kündigung durch den Arbeitgeber rechtfertigen. Voraussetzung ist, dass keine naheliegenden anderen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen. Ein als ›Ladenhilfe‹ in einem Einzelhandelsmarkt beschäftigter Arbeitnehmer muss mit der Zuweisung von Arbeitsaufgaben rechnen, die den Umgang mit Alkoholika erfordern. Macht er geltend, aus religiösen Gründen an der Ausübung vertraglich geschuldeter Tätigkeiten gehindert zu sein, muss er dem Arbeitgeber mitteilen, worin genau die religiösen Gründe bestehen, und aufzeigen, an welchen Tätigkeiten er sich gehindert sieht. Besteht für den Arbeitgeber im Rahmen der von ihm zu bestimmenden betrieblichen Organisation die Möglichkeit einer vertragsgemäßen Beschäftigung, die den religions-

bedingten Einschränkungen Rechnung trägt, muss er dem Arbeitnehmer diese Tätigkeit zuweisen.«

Nach der Entscheidung erreichten das BAG nicht wenige Zuschriften, teilweise unflätigen Inhalts.

d) Geschlecht⁴⁷

Es geht um die Frage einer geschlechtsbedingten Benachteiligung bei der Vergabe einer Stelle als Nachtwache in einem Mädcheninternat.

Der Fall:

Ein Diplomsozialpädagoge hatte sich auf eine Stelle als »Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin« an einem staatlichen Mädcheninternat beworben. Er wurde mit der Begründung abgelehnt, es könnten nur weibliche Bewerber berücksichtigt werden, weil auch Nachtdienste im Mädcheninternat geleistet werden müssten. Diese umfassen u.a. die abendliche Anwesenheitskontrolle sowie das morgendliche Wecken, wofür die Mädchenzimmer betreten werden müssen. Die Wohntage der Mädchen sei für männliche Personen nicht zugänglich. Der Sozialpädagoge klagte gegen das Land auf Zahlung einer Entschädigung von 2,5 Monatsgehältern. Das ArbG hatte der Klage stattgegeben, das LAG sie abgewiesen.

Die Entscheidung:

Der Achte Senat hat die Revision des Klägers zurückgewiesen. Zwar habe das beklagte Land den Kläger wegen seines Geschlechts unmittelbar benachteiligt. Dies sei aber gerechtfertigt, weil das weibliche Geschlecht für die zu besetzende Stelle als Erzieherin eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstelle (§ 8 Abs. 1 AGG). Das beklagte Land verfolge einen rechtmäßigen unternehmerischen Zweck, nämlich die erzieherische und sozialpädagogische Aufsicht und Betreuung der Schülerinnen im Internat, auch während der Nacht. Der Kläger könne die Aufgaben im Nachtdienst nicht ausüben, weil sie einen direkten Bezug zu den Schülerinnen hätten, deren Intimsphäre das Land schützen müsse, zumal sich die Mädchen nachts manchmal nur leicht bekleidet, nämlich mit umgeschlungenem Badetuch, bewegten. In der Ausschrei-

bung waren die Nachtdienste nicht erwähnt. Anders als in den bisher entschiedenen Fällen, wo streitig war, ob das Geschlecht mit ursächlich für die nachteilige Behandlung war, hatte das BAG hier keine Zweifel daran, dass der Arbeitgeber diesen Umstand in den Prozess einführen durfte, um zu erläutern, warum die unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts nach § 8 AGG zulässig war. Halte das Gericht eine vorgetragene Tatsache für wahr, aus der sich ein Zulässigkeitsgrund gem. § 8 AGG ergebe, stehe fest, dass die Ungleichbehandlung auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse gerechtfertigt war. Übrigens erhob der Sozialpädagoge gegen die Entscheidung des Achten Senats Verfassungsbeschwerde. Sie wurde jedoch nicht zur Entscheidung angenommen.

e) Alter

Das »Alter« entwickelt sich zum Renner unter den »verpönten« Diskriminierungsmerkmalen. Das liegt gewiss daran, dass es bis zur denkwürdigen Entdeckung eines alleuropäischen Rechtsgrundsatzes durch den EuGH⁴⁸ im Rechtsbewusstsein der meisten Menschen gerade nicht verpönt war, Unterschiede nach dem Alter zu machen. Solche Unterschiede galten ganz im Gegenteil als ein Ausdruck von Gerechtigkeit. Man werfe nur einen Blick in europäische Sprichwörter- und Volkswisheits-Lexika.

aa) Piloten⁴⁹

Gewisse Berufsgruppen sind in der Rechtsprechung häufiger vertreten als es ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung entspricht. Zu diesen gehören auch die Flugzeugpiloten, denen nach Tarifvertrag die – je nach Geschmack – Freude oder Zumutung einer Altersgrenze von 60 Jahren zuteil wird. Ist das nach dem AGG und den zugrundeliegenden europarechtlichen Vorgaben noch zulässig?

Der Fall:

Drei Piloten bezweifeln, ob ihre Arbeitsverhältnisse auf Grund einer tarifvertraglichen Altersgrenze mit Vollendung des 60. Lebensjahres beendet haben.

Die Entscheidung:

Der Siebte Senat hat den EuGH um eine Vorabentscheidung ersucht. Vor Inkrafttreten des AGG habe er tarifliche Altersgrenzen von 60 Jahren für Piloten für wirksam gehalten, weil sie durch medizinische Erfahrungswerte gedeckt seien und dem Schutz von Leben und Gesundheit der Besatzungsmitglieder, der Passagiere und der Personen in den überflogenen Gebieten dienten. An dieser Rechtsprechung wolle er festhalten. Da das AGG nach § 33 Abs. 1 für alle Benachteiligungen i. S. d. § 1 gelte, die sich ab Inkrafttreten des AGG ereignen, hänge es seit dem 18. 8. 2006 und nach der Rechtsprechung des EuGH zum gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung von der Auslegung von Gemeinschaftsrecht, insbesondere von Art. 2 Abs. 5, Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG ab, ob die bisherige Rechtsprechung aufrechterhalten werden könne. Der Siebte Senat möchte daher vom EuGH wissen, ob diese Vorschriften so auszulegen sind, dass sie der tariflichen Altersgrenzenregelung entgegenstehen. Insbesondere sei fraglich, ob nach den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts nur sozialpolitische Ziele oder aber auch Gründe der Flugsicherheit ein legitimes Ziel i. S. v. § 10 Satz 1 AGG sein können. Möglicherweise folge aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 RL 2000/78/EG, dass die Gewährleistung der Flugsicherheit die Altersgrenze »60 Jahre« für Piloten nur dann rechtfertigen könne, wenn gesicherte medizinische Erkenntnisse dafür vorliegen, dass vom Einsatz von Piloten ab 60 ein Sicherheitsrisiko ausgehe. Oder könnten die Tarifvertragsparteien ihre Einschätzung auf öffentlich-rechtliche Vorschriften und internationale Übereinkommen stützen, die ebenfalls Einschränkungen beim Einsatz von Piloten nach Vollendung des 60. Lebensjahres vorsehen?

bb) Auflösungsverträge⁵⁰

Darf der Arbeitgeber beim Personalabbau Arbeitnehmer jenseits des 55. Lebensjahres vom Abschluss von Aufhebungsverträgen gegen Abfindungen ausschließen?

Der Fall:

Der 1949 geborene Kläger ist seit 1971 bei der Beklagten beschäftigt. Im Juni 2006 – betriebsbedingte Kündigungen waren tariflich bis 2011

ausgeschlossen – gab die Beklagte bekannt, dass Arbeitnehmer der Jahrgänge 1952 und jünger gegen Zahlung von Abfindungen freiwillig aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden könnten. Die Abfindungshöhe richtete sich nach Dauer der Betriebszugehörigkeit und Höhe des monatlichen Entgelts. Die Beklagte behielt sich vor, Angebote von Arbeitnehmern auf ein Ausscheiden abzulehnen. Die Aufforderung des Klägers, auch ihm ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten, wies die Beklagte zurück. Der Kläger fühlte sich altersdiskriminiert und begehrte den Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit einer Abfindung von 171.720 Euro.

Die Entscheidung:

Die Klage blieb in allen Instanzen ohne Erfolg. Eine altersbedingte Diskriminierung nach § 3 Abs. 1 AGG setze – so der Sechste Senat – voraus, dass jemand wegen des Alters eine »weniger günstige Behandlung« erfahre. Die Aufnahme des Differenzierungsmerkmals »Alter« in die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie und in das AGG verfolge wesentlich den Zweck, älteren Arbeitnehmern den Verbleib im Arbeitsleben zu ermöglichen. Da den älteren Arbeitnehmern, denen kein Aufhebungsvertrag angeboten wird, ihr Arbeitsplatz erhalten bleibe, würden sie nicht weniger günstig als die jüngeren Arbeitnehmer behandelt, die ihren Arbeitsplatz – wenn auch unter Zahlung einer Abfindung – verlieren. Es fehle daher bereits an einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters i. S. v. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG. Der Arbeitgeber sei im Rahmen des von ihnen geplanten Personalabbaus mithin nicht dazu gezwungen, auch den älteren Arbeitnehmern einen Aufhebungsvertrag anzubieten.

cc) Sozialplanabfindungen⁵¹

Die Höhe von Abfindungen in Sozialplänen sollte sich an den erwartbaren Arbeitsmarktchancen der Gekündigten orientieren. Immer wieder orientierten sich Arbeitgeber und Betriebsräte in Sozialplänen deshalb auch am Alter, das in einer gewissen Korrelation zu den Erwerbschancen steht. Meist bekommen die Jüngeren etwas weniger, die über 45-jährigen etwas mehr und die über 60-jährigen wegen Rentennähe wieder etwas weniger. Dann wollen die ganz Jungen wie etwas Ältere und die ganz Alten wie zehn Jahre Jüngere behandelt werden. Vor 25 Jahren hätte

man als Arbeitsrichter in solchem Fall vielleicht die Jungen wegen jugendlichen Übermuts und die Alten wegen Altersnarrheit bedauert und die Klagen als lächerlich empfunden. Heute denken wir intensiv über solche Fragen nach.

Der Fall:

Ein 1946 geborener Kläger schied aufgrund einer betriebsbedingten Kündigung aus. Nach dem Sozialplan erhielten über 60-jährige gekündigte Arbeitnehmer weniger als die anderen. Die Beklagte zahlte dem Kläger, der zum Zeitpunkt seines Ausscheidens 61 Jahre und 5 Monate alt war, einen Abfindungsbetrag von 113.017,66 Euro. Wäre er unter 60 gewesen, hätte er 43495,36 Euro mehr erhalten.

Die Entscheidung:

Der Erste Senat des BAG entschied: Die den Betriebsparteien in § 10 Satz 3 Nr. 6 2. Alt. AGG eingeräumte Möglichkeit, ältere Arbeitnehmer unter den dort genannten Voraussetzungen von Sozialplanleistungen auszuschließen, verstoße nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung im Recht der Europäischen Union. Die Vorschrift eröffne den Betriebsparteien einen Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum. Dessen Ausgestaltung unterliege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 10 Satz 2 AGG. Sie müsse geeignet sein, das mit § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG verfolgte Ziel tatsächlich zu fördern und dürfe die Interessen der benachteiligten (Alters-)Gruppe nicht unverhältnismäßig stark vernachlässigen.

f) Weltanschauung⁵²

In welche Gefilde das BAG kommen könnte, wenn es sich mit Fragen der Diskriminierung nach Weltanschauung zu befassen hätte, zeigt ein Urteil des ArbG Berlin vom 30. 7. 2009: Es geht um die Frage der Benachteiligung einer ehemaligen Sekretärin beim Ministerium für Staatssicherheit (MfS) wegen ihrer Weltanschauung.

Der Fall:

Die KAV Berlin wollte eine langjährig im MfS beschäftigte Sekretärin einstellen. Im Einstellungsverfahren kam es jedoch zu einem Eklat mit

einer Chefsekretärin, die die Tätigkeit beim MfS verurteilte und die Zusammenarbeit mit der Sekretärin ablehnte. Kurz danach entschied der Vorstand der KAV, die Sekretärin nicht einzustellen, die kurz zuvor Anzeige gegen die Chefsekretärin erstattet hatte. Sie verlangte drei Monatsgehälter als Schadensersatz. Sie sei wegen ihrer Tätigkeit für das MfS als Ausfluss ihrer damaligen Weltanschauung des Marxismus-Leninismus diskriminiert worden. Die KAV hätte gegen die Chefsekretärin vorgehen müssen.

Die Entscheidung:

Die Klage wurde abgewiesen. Die MfS-Sekretärin habe keinen Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung nach § 15 AGG, weil kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliege. Es seien keine Anhaltspunkte erkennbar, dass die KAV die Klägerin wegen ihrer etwaigen Überzeugung vom Marxismus-Leninismus oder ihrer Tätigkeit für das MfS nicht übernommen habe. Ausschlaggebend sei offensichtlich die Überlegung gewesen, dass der Betriebsfrieden durch die Einstellung wegen des Konflikts ernsthaft gestört werden könne. Die politische Überzeugung der Klägerin sei nicht zwingende Voraussetzung für ihre Tätigkeit beim MfS, der Ursache des Konflikts, gewesen. Die Tätigkeit beim MfS unterliege nicht dem Schutz des AGG, sodass auch eine mittelbare Benachteiligung ausscheide. Die ablehnende Haltung der Chefsekretärin gegen die MfS-Sekretärin beruhe deshalb nicht auf einer mit dem AGG nicht zu vereinbarenden Einstellung.

g) Ethnie

aa) »Zur Frage der Himmelsrichtungen«⁵³

Diesen Titel trägt ein literarischer Essay von *Reinhard Lettau* (1929–1996). Darin geht der Autor auf satirische Art der Relativität der Himmelsrichtungen nach und schlägt – in freilich ironischer Absicht – als Mittelpunkt der Welt ein bestimmtes Zimmer in einem bestimmten Haus an einem bestimmten Platz in Erfurt vor. Der Platz liegt – das nur nebenbei – in der Nähe des Erfurter Petersberges, auf dem das BAG residiert.

Erfurt befindet sich auf dem Gebiet der ehemaligen DDR. Die Menschen, die hier leben, sollen, nach Auffassung eines wohlmeinenden deutschen Arbeitsrechtsprofessors⁵⁴, einer anderen Ethnie angehören als zum Beispiel die in Bremen oder Stuttgart lebenden Menschen. Vielleicht hatte er nicht über die Konsequenzen seiner Auffassung für das Selbstverständnis des Deutschen in Europa nachgedacht: Wer »Ossi« als Ethnie ansieht, vergisst schlicht ein vielhundertjähriges gemeinsames deutsches Kulturerbe, darunter nicht zuletzt die gesamte Weimarer Klassik mit ihrer weltbürgerlichen, europaaffenen Haltung.

Auf einem ganz anderen Blatt steht der fraglos dem Grundgesetz (Art. 3 Abs. 3 GG »Heimat«) widersprechende Umstand, dass die Ungleichbehandlungen zwischen Ostdeutschen und Westdeutschen bis heute – über 20 Jahre nach der »Wende« – andauern.

Der Fall:

Eine bereits 1988 aus dem Gebiet der ehemaligen DDR in die BRD umgesiedelte Buchhalterin bewarb sich 2009 erfolglos auf eine Stelle bei der Beklagten. Auf die ihr zurückgesandten Bewerbungsunterlagen hatte eine Mitarbeiterin der Beklagten »Ossi« geschrieben und daneben ein eingekreistes Minuszeichen angebracht, im Lebenslauf hatte sie zweimal »DDR« vermerkt. Die Buchhalterin meint, ihre Bewerbung sei nur wegen ihrer Herkunft erfolglos geblieben, und verlangt eine Entschädigung nach § 15 AGG. In einem Interview mit *Welt-Online* gab der bereits erwähnte Arbeitsrechtsprofessor zu Protokoll, bei der Ethnie sei entscheidend, »ob die fraglichen Personen von den Anderen als etwas Besonderes angesehen werden.« Das wiederum quittierte ein Kommentator im Internet mit der Bemerkung, dann wären wohl auch Rechtsanwälte eine Ethnie.

Die Entscheidung:

Die Siebzehnte Kammer des ArbG Stuttgart konnte eine Benachteiligung der Buchhalterin »aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft« i. S. d. Art. 1 AGG nicht erkennen. Der Begriff »Ethnie« sei vor dem völkerrechtlichen Hintergrund der UN-Charta von 1945, der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 und der EMRK von 1950 grundsätzlich weit auszulegen. Er beinhalte mehr als

die Herkunft aus einem Ort oder einem bestimmten Territorium und könne nur mit Sinn erfüllt werden, wenn er die gemeinsame Geschichte und Kultur, die Verbindung zu einem bestimmten Territorium und ein Gefühl der solidarischen Gemeinsamkeit für eine bestimmbar Population von Menschen darstellbar mache. Der Begriff »Ossi« möge einem bestimmten Territorium zugeordnet werden können, aber es gebe dort z. B. keinen gemeinsamen Dialekt. Er sei erst nach 1989 entstanden und viel zu jung, um seither eine abgrenzbare Population beschreiben zu können. Auf Grund der 250-jährigen gemeinsamen Geschichte, Sprache und Kultur der beiden Teile Deutschlands habe die 40 Jahre andauernde unterschiedliche gesellschaftspolitische Entwicklung weder im Westen noch im Osten abgrenzbare Ethnien entstehen lassen.

bb) Deutsche Sprache⁵⁵

Hier geht es um die Frage einer Diskriminierung wegen fehlender Sprachkenntnisse.

Der Fall:

Ein spanischstämmiger Arbeitnehmer, der weder deutsch schreiben noch lesen konnte, arbeitete seit 1978 in der Produktionskontrolle eines Automobilzulieferers. Er unterschrieb 2001 seine Stellenbeschreibung, wonach u. a. die Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift vorausgesetzt wurde. 2003 besuchte er – ohne Erfolg – einen Deutschkurs und lehnte trotz Abmahnung weitere Maßnahmen zur Verbesserung seiner Deutschkenntnisse ab. Da er die Arbeits- und Prüfanweisungen nicht lesen konnte, konnte er Produktionskontrollen nicht nach den von der DIN-ISO 9001 geforderten Vorgaben und Spezifikationen durchführen, denen sich der Arbeitgeber unterworfen hatte. Da keine andere Beschäftigungsmöglichkeit bestand, kündigte der Arbeitgeber fristgerecht zum 31. 12. 2007.

Die Entscheidung:

Der Zweite Senat hielt die personenbedingte Kündigung für sozial gerechtfertigt: Die ausreichende Kenntnis der deutschen Schriftsprache sei eine wesentliche Anforderung an die persönliche Eignung des Klägers,

die er auf Dauer nicht erfülle. Das Stellen dieser Anforderung verstoße weder unmittelbar noch mittelbar gegen das Benachteiligungsverbot wegen der ethnischen Herkunft nach § 3 Abs. 2, § 1 AGG. Selbst wenn man anerkenne, dass die Sprachanforderung spanische gegenüber deutschen Arbeitnehmern benachteilige, sei sie im vorliegenden Fall durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt: die Erfüllung der DIN-Norm, ohne die der Arbeitgeber keine Aufträge mehr akquirieren könne. Ohnehin dürfe der Arbeitgeber berufliche Anforderungen an seine Mitarbeiter mit dem Ziel der möglichst optimalen Erledigung der Arbeit stellen. Er müsse aus Gründen des Diskriminierungsschutzes weder Qualitätseinbußen bei seinen Produkten in Kauf nehmen noch die Arbeitsplätze organisatorisch so umgestalten, dass der Kläger auch ohne Deutschkenntnisse eingesetzt werden könnte. Ob die Anforderung mit Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Antidiskriminierungs-RL vereinbar ist, sei unerheblich, weil es weder um eine unmittelbare noch um Altersdiskriminierung gehe. Ein Verstoß gegen Art. 39 Abs. 2 EGV scheide aus, weil bezüglich der Sprachkenntnisse die Ausnahmeregelung der FreizügigkeitsVO (Art. 3 Abs. 1 Satz 2) greife.

C. Zusammenfassung und Ausblick

Dieser – freilich nicht vollständige – Überblick über die Rechtsprechung des BAG zum AGG zeigt die Schwierigkeiten des Gesetzes, aber auch das unseres Erachtens *cum grano salis* erfolgreiche Bemühen um vernünftige Ergebnisse. Die Entscheidungen lassen diskriminierungsrechtlich sozusagen »die Kirche im Dorf«. Das ist Anlass zur Zuversicht für die zahlreichen noch ungelösten Fragen, an denen es nicht gebricht. Allein im Jahr 2011 muss das BAG entscheiden: über einen NPD-Funktionär, der sich durch seine Kündigung weltanschaulich diskriminiert fühlt⁵⁶, über eine kroatische Reinigungs- und Kassenkraft in einem Schwimmbad, die sich durch das Ansinnen ihres Arbeitgebers, Deutsch zu lernen, ethnisch diskriminiert fühlt⁵⁷, über einen Bezieher von Erwerbsminderungsrente, der sich durch die Kürzung seiner Sozialplanabfindung wegen Schwerbehinderung diskriminiert fühlt⁵⁸, bald vermutlich auch über eine 24-jährige Einzelhandelskauffrau, die sich wegen Alters diskriminiert fühlt, weil der

Tarifvertrag einen mit dem Alter zunehmenden Urlaubsanspruch vorsieht⁵⁹. Drei Schlussbemerkungen:

I. Vox populi

Die Überzeugung, der Staat müsse etwas gegen Diskriminierung von Minderheiten tun, ist in der Bevölkerung nicht sehr weit verbreitet. In einer Untersuchung, die von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes in Auftrag gegeben wurde, kam – nur wenig überzeichnet – ungefähr folgende Auffassung zu Tage⁶⁰: Außer die Diskriminierten selbst gehe das Thema niemanden etwas an und die Ausländer, Muslime, Frauen, Homosexuelle und so weiter sollten sich – gefälligst – selbst helfen, wenn man nicht sogar der Meinung war, es würde ihnen sowieso schon alles »hinten reingeschoben«. Allenfalls bei Alten und Behinderten sieht man das ein bisschen anders. Was die Wirtschaft betrifft, so herrscht die Auffassung vor, Diskriminierungsschutz sei ein teurer Kokolores, den sich nur die Großen leisten könnten, die Kleinen und Mittleren gingen daran kaputt. Die Bemühungen von Politik und Medien, das Thema Diskriminierung in behelndem Sinn unters Volk zu bringen, werden mit großer Skepsis betrachtet. Viele Menschen, insbesondere diejenigen, die sich selbst als wirtschaftlich unterprivilegiert empfinden, denken, dass es Politikern und Journalisten in Wahrheit gar nicht um Gerechtigkeit geht, sondern darum, mit Meinungsmache Geld zu verdienen und Pöstchen zu verteilen. An der Benachteiligung der Ärmeren werde sich sowieso nichts ändern. Diese Einstellungen sollte man kennen. Es ist wichtig, dass auch Rechtsanwender wissen, was das Volk von dem, was sie tun, in Wirklichkeit hält. Das entbindet uns nicht von der Pflicht, das von der Volksvertretung beschlossene Recht mit Sorgfalt anzuwenden. Aber es sollte uns Bescheidenheit lehren. Es ist ja auch gar nicht sicher, dass der Mensch umso glücklicher ist, je minutiöser er gleichbehandelt wird. Vielleicht ist etwas Wahres an dem Wort des amerikanischen Philosophen *Harry Frankfurt*: Es kommt darauf an, ob Menschen ein gutes Leben führen, und nicht darauf, ob sie dasselbe Leben führen wie ihre Nachbarn⁶¹.

II. Ex nebula quodlibet

Wir haben schon darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des Unionsgerichtshofs juristisch oft schwerer greifbar und undurchsichtiger ist als Nebel. Leider besteht wenig Hoffnung, dass sich daran etwas ändert. Denn die Unschärfe seiner Aussagen gibt dem Unionsgerichtshof etwas Sphinxhaftes und damit eine Aura unberechenbarer Macht. Wer nun glaubt, das sei ein Zufall, der irrt vermutlich, wie die folgende Passage aus einem Schlussantrag der Generalanwältin *Verica Trstenjak* vom 30. 6. 2009⁶² nahelegt:

»67. Der Begriff der allgemeinen Rechtsgrundsätze ist allerdings bis heute umstritten. Teilweise bestehen Unterschiede nur hinsichtlich der Wortwahl, so, wenn der Gerichtshof und die Generalanwälte sich auf einen allgemein anerkannten Rechtssatz, einen allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz, elementare Rechtsgrundsätze, einen fundamentalen Grundsatz, einen schlichten Grundsatz, einen Rechtssatz oder den allgemeinen Gleichheitssatz, der zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts gehöre, beziehen.

68. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in der Rechtsprechung zur Lückenfüllung und als Auslegungshilfe große Bedeutung zukommt. Dies resultiert nicht zuletzt daraus, dass es sich bei der Gemeinschaftsrechtsordnung um eine in der Entwicklung befindliche Rechtsordnung handelt, die wegen ihrer Offenheit für die Integrationsentwicklung notwendigerweise lückenhaft und auslegungsbedürftig sein muss. Aufgrund dieser Erkenntnis hat ... der Gerichtshof auf eine genaue Klassifizierung der allgemeinen Rechtsgrundsätze verzichtet, um sich die Flexibilität zu erhalten, die er benötigt, um die unabhängig von den terminologischen Unterschieden auftretenden Sachfragen entscheiden zu können.«

Wenn man das auf eine kurze Formel bringt, dann heißt es ja doch wohl, dass man sich den alten Grundsatz der Logik zunutze machen will: *ex nebula quodlibet!* Oder verfährt der EuGH nach der Devise des spaßigen Katers Garfield in dem gleichnamigen Film: Wenn ich schon nicht weiß, was ich sage, will ich wenigstens für Verwirrung sorgen.

III. Alea iacta est!

Was am meisten hervorsteht an der Rechtsprechung zum AGG ist die Unsicherheit im Umgang mit dem Europäischen Recht. Wenn keiner

weiß was gilt, macht jeder was er will, und am Ende verliert das Recht, je mehr Detailgerechtigkeit man in es hineinzupumpen versucht, mit der Überzeugungskraft auch die steuernde Funktion. Manche sprechen von einer Erosion des Rechts. Wir glauben, eine ehrliche Antwort auf solche Vorwürfe besteht darin, anzuerkennen, dass die europäische Einigung ein Prozess ist und wir in einer Übergangszeit leben. Diese Übergangszeit bringt Brüche in der Rechtsentwicklung notwendigerweise mit sich. Wer diese Brüche beklagt und die Verunsicherung kritisiert, sollte doch wissen, dass sie die wahrscheinlich nicht vermeidbaren Begleiterscheinungen eines eigentlich wunderbaren Projekts sind. Dessen Wert kann man eigentlich nur ermessen, wenn man sich überlegt, dass noch vor einundzwanzig Jahren Länder wie Litauen und Belgien, wie Irland und Rumänien, ja wie Westdeutschland und Ostdeutschland einander nicht nur fremd, sondern kriegsbereit gegenüberstanden. Und so skurril und teuer auch immer die Brüsseler, Luxemburger und Straßburger Bürokratien sind, sie sind alle tausendmal billiger und weniger schädlich als es die Rückkehr zu den alten Zuständen oder ein Abgleiten in europäische Kleinstaaterei wäre.

Anmerkungen

- ¹ Nicht jede Diskriminierung unterfällt dem AGG, vgl. zu § 4 TzBfG und Art. 3 GG: BAG v. 27. 1. 2011 – 6 AZR 382/09 zu – vermeintlicher – Ungleichbehandlung wegen Befristung und durch Stichtagsregelung; vgl. weiter zu § 4 TzBfG: BAG v. 19. 10. 2010 – 6 AZR 305/09, NZA-RR 2011, 159 zur Zulässigkeit zeitanteiliger Kürzung des ehgattenbezogenen Ortszuschlags bei Teilzeitbeschäftigten; zu Art. 3 GG: BAG v. 16. 12. 2010 – 6 AZR 437/09, juris zu wahrscheinlich unbeabsichtigten diskriminierenden Wirkungen schlecht abgestimmter Stichtagsregelungen bei der Überleitung von Arbeitsverhältnissen des öffentlichen Dienstes (hier Bundesagentur für Arbeit); vgl. auch BAG v. 27. 10. 2010 – 7 AZR 485/09 (A), BB 2010, 2819 zur EGB-UNICE-CEEP Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. 6. 1999 (Rahmenvereinbarung, ABl. EG L 175 v. 10. 7.

1999, S. 43); wiederum zu Art. 3 GG: BAG v. 28. 10. 2010 – 2 AZR 392/08, DB 2011, 118 zur verfassungskonformen Auslegung der Kleinbetriebsklausel in § 23 KSchG; BAG v. 12. 10. 2010 – 9 AZR 518/09, NZA 2011, 306: Verstoß gegen § 4 Abs. 2 Satz 3 TzBfG, wenn der öffentliche Arbeitgeber bei seiner »Laufbahnnachzeichnung« befristete Beschäftigungszeiten nicht berücksichtigt. Auch § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG hat eine diskriminierungshemmende Wirkung, vgl. BAG v. 23. 6. 2010 – 7 AZR 1021/08, NZA 2010, 1248 zur Unwirksamkeit einer tarifvertraglichen Altersgrenze (60) für Kabinenpersonal. Zu § 75 BetrVG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG vgl. BAG v. 18. 5. 2010 – 3 AZR 80/08, BB 2011, 443: Keine Diskriminierung wegen des Geschlechts durch Anrechnung von Witwergeld auf Betriebsrente. Diese wenigen Beispiele aus der jüngsten Rechtsprechung des BAG zeigen, dass das Arbeitsrecht auch ohne AGG nicht diskriminierungsblind wäre.

² BVerfG v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06, NZA 2010, 995.

³ Vgl. BAG v. 9. 9. 2010 – 2 AZR 714/08, DB 2011, 655; BAG v. 30. 9. 2010 – 2 AZR 456/09, n.v.

⁴ EuGH v. 5. 3. 2009 – Rs. C-388/07, Rn. 65 – Age Concern England.

⁵ Juristischen Spott aus unvergleichlich gelehrterer und gewandterer Feder als der der Verf. findet der geneigte Leser beim hochzuverehrenden Doyen des deutschen Arbeitsrechts: *Peter Hanau*, Fröhliche Rechtswissenschaft – An den Grenzen zu Ethik-Poetik-Didaktik-Evaluation, 2009.

⁶ Vgl. dazu BAG v. 6. 11. 2008 – 2 AZR 523/07, BAGE 128, 238, NZA 2009, 361.

⁷ Bestätigt durch BAG v. 10. 6. 2010 – 2 AZR 420/09, NZA 2010, 1352.

⁸ ArbG Siegburg v. 27. 1. 2010 – 2 Ca 2144/09, DB 2010, 1466; Aktenzeichen beim EuGH: C-86/10.

⁹ NZA 2010, 473.

¹⁰ Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktberichterstattung: Der Arbeitsmarkt in Deutschland, Ältere am Arbeitsmarkt, 2010, S. 10.

¹¹ rp-online 11. 4. 2010.

- ¹² Rs. C 236/09 – Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Rn. 53ff. Das Urteil in dieser Sache vom 11. 3. 2011 geht auf die Frage der Aussagekraft von Statistiken nicht näher ein.
- ¹³ BAG v. 11. 12. 2007 – 3 AZR 249/06, BAGE 125, 133, Rn. 22ff.; BAG v. 20. 4. 2010 – 3 AZR 509/08, EzA BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 14, Rn. 62; BAG v. 30. 11. 2010 – 3 AZR 754/08, BB 2011, 756.
- ¹⁴ BAG v. 21. 7. 2009 – 1 ABR 42/08, NZA 2009, 1049.
- ¹⁵ BAG v. 22. 1. 2009 – 8 AZR 906/07, BAGE 129, 181; vgl. auch: BAG v. 18. 3. 2010 – 8 AZR 1044/08, NJW 2010, 2970; BAG v. 19. 8. 2010 – 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412; BAG v. 21. 7. 2009 – 9 AZR 431/08, NJW 2009, 3319; BAG v. 17. 12. 2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383.
- ¹⁶ EuGH v. 17. 7. 2008 – Rs. C-303/06 – Coleman.
- ¹⁷ Vielleicht führt die – gewiss wohlgemeinte – gesetzliche Gesinnungspädagogik bald auch zu einer Überarbeitung der Weltliteratur, denn Sätze wie die folgenden aus *Der Spieler* von *F. M. Dostojewski* (Übers. von *Herman Röhl*, gutenbergl.de) dürfte heute kein Arbeitgeber, bei dem sich ein französischer Staatsbürger um eine Stelle beworben hat, denken, fühlen oder gar schreiben: »Der Franzose ist selten aus eigener Natur liebenswürdig, sondern immer wie auf Befehl, aus Berechnung. Erkennt er es etwa als notwendig, sich phantasievoll und originell zu zeigen, so sind die Produkte seiner Phantasie von der dümmsten und unnatürlichsten Art und setzen sich aus altkonventionellen, längst schon vulgär gewordenen Formen zusammen. Der Franzose, wie er wirklich von Natur ist, besteht aus durchaus kleinbürgerlichem, geringwertigem, gewöhnlichem Stoff; kurz gesagt, er ist das langweiligste Wesen von der Welt. Nach meiner Meinung können nur Neulinge und namentlich junge russische Damen sich von den Franzosen blenden lassen.«
- ¹⁸ BAG v. 22. 7. 2010 – 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93.
- ¹⁹ BGH v. 22. 1. 2009 – I ZR 19/07, GRUR 2009, 942.
- ²⁰ Noch zu § 611a BGB: LAG Berlin v. 19. 10. 2006 – 2 Sa 1776/06, LAGE § 611a BGB 2002 Nr. 2; BAG v. 24. 4. 2008 – 8 AZR 257/07, NJW 2008, 3658; LAG Berlin-Brandenburg v. 12. 2. 2009 – 2 Sa

2070/08, LAGE § 22 AGG Nr. 2; BAG v. 27. 1. 2011 – 8 AZR 483/09, Pressemitteilung.

- ²¹ Vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 26. 11. 2008 – 15 Sa 517/08, LAGE § 22 AGG Nr. 1 einerseits und LAG Berlin-Brandenburg v. 12. 2. 2009 – 2 Sa 2070/08, LAGE § 22 AGG Nr. 2 andererseits.
- ²² BAG v. 19. 8. 2010 – 8 AZR 466/09, NZA 2011, 203.
- ²³ BAG v. 9. 9. 2010 – 2 AZR 714/08, DB 2011, 655; BAG v. 30. 9. 2010 – 2 AZR 456/09, n.v.
- ²⁴ Siehe Fn. 23.
- ²⁵ EuGH v. 19. 1. 2010 – Rs. C-555/07, AP Richtlinie 2000/78/ EG Nr. 14, Rn. 43 – Küçükdeveci.
- ²⁶ LAG Düsseldorf v. 21. 11. 2007 – 12 Sa 1311/07, LAGE § 622 BGB 2002 Nr. 3.
- ²⁷ »Und das ist die Ordnung für die Richter der Gemeinde: Bis zehn Männer, auserlesen aus der Gemeinde dem Zeitbedürfnis entsprechend, vier aus dem Stamm Lewi und Aaron und sechs aus Israel. Sie sollen erfahren sein in dem Buch Hehago und in den Grundlagen des Bundes, 25 (*sic!*) bis 60 Jahre alt. Nicht soll einer noch im Alter von 60 Jahren und darüber auftreten, um die Gemeinde zu richten. Denn durch den Treubruch der Menschen haben seine (Lebens)tage abgenommen, und in der Zornglut Gottes wider die Einwohner der Erde hat er befohlen, dass ihre Erkenntnis wiche, bevor sie ihre Tage vollendet hätten.« Die Damaskusschrift, Text A.2, X. 4.
- ²⁸ Vgl. dazu LAG Bremen v. 29. 6. 2010 – 1 Sa 29/10, NZA-RR 2010, 510.
- ²⁹ BAG v. 6. 11. 2008 – 2 AZR 523/07, BAGE 128, 238; ebenso BAG v. 22. 10. 2009 – 8 AZR 642/08, DB 2010, 507.
- ³⁰ LAG Düsseldorf v. 21. 11. 2007 – 12 Sa 1311/07, LAGE § 622 BGB 2002 Nr. 3.
- ³¹ Beschlüsse des BAG v. 20. 5. 2010 – 6 AZR 319/09 (A) und v. 20. 5. 2010 – 6 AZR 148/09 (A).
- ³² In dem vom Fünften Senat am 13. 10. 2010 entschiedenen Fall ging es ebenfalls um die Frage, ob eine tarifvertragliche Regelung gegen § 7 Abs. 1 AGG beziehungsweise gegen das unionsrechtliche Verbot wegen Altersdiskriminierung verstieß. Der Fünfte Senat hat einen Ver-

stoß verneint, weil die Tarifvorschrift nicht an das Lebensalter, sondern an Beschäftigungszeiten anknüpfte und diese Anknüpfung relativiert war dadurch, dass auch andere Kriterien in die Wagschale fallen konnten. Interessant ist, dass der Fünfte Senat »Anwendungsbereich, Inhalt und Reichweite des unionsrechtlichen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters« als »durch den Gerichtshof der Europäischen Union in nunmehr ständiger Rechtsprechung« geklärt und eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV an den EuGH deshalb für nicht gegeben ansieht, BAG v. 13. 10. 2010 – 5 AZR 378/09, ZTR 2011, 94.

³³ BAG v. 20. 5. 2010 – 8 AZR 287/08 (A), NZA 2010, 1006.

³⁴ Dazu BAG v. 16. 10. 2008 – 7 AZR 253/07 (A), BAGE 128, 134.

³⁵ BVerfG v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06, NZA 2010, 995.

³⁶ BVerfG v. 25. 2. 2010 – 1 BvR 230/09, NJW 2010, 1268.

³⁷ So offenbar BVerfG v. 25. 1. 2011 – 1 BvR 1741/09, juris.

³⁸ EuGH v. 10. 3. 2011 – Rs. C-109/09, curia.eu, NZA 2011, 397.

³⁹ BAG v. 14. 1. 2009 – 3 AZR 20/07, BAGE 129, 105; BAG v. 15. 9. 2009 – 3 AZR 294/09, NZA 2010, 216; BAG v. 18. 3. 2010 – 6 AZR 434/07, AP GG Art. 3 Nr. 321.

⁴⁰ BVerfG v. 6. 5. 2008 – 2 BvR 1830/06, AP GG Art. 3 Nr. 316.

⁴¹ Anders als der Zweite Senat des BVerfG der Erste Senat: BVerfG v. 7. 7. 2009 – 1 BvR 1164/07, DB 2009, 2441.

⁴² BAG v. 16. 12. 2008 – 9 AZR 985/07, BAGE 129, 72.

⁴³ BAG v. 17. 8. 2010 – 9 AZR 839/08, NZA 2011, 153.

⁴⁴ BAG v. 20. 8. 2009 – 2 AZR 499/08, AP GG Art. 4 Nr. 6; ähnlich BAG v. 10. 12. 2009 – 2 AZR 55/09, DB 2010, 1016.

⁴⁵ BVerfG v. 24. 9. 2003 – 2 BvR 1436/02, NJW 2003, 3111.

⁴⁶ BAG v. 24. 2. 2011 – 2 AZR 636/09.

⁴⁷ BAG v. 28. 5. 2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016; bestätigt am 18. 3. 2010 – 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872 für kommunale Gleichstellungsbeauftragte: Eine Gemeinde darf bei der Besetzung der Stelle der kommunalen Gleichstellungsbeauftragten die Bewerberauswahl auf Frauen beschränken, wenn ein Schwerpunkt der Tätigkeiten in Projekt- und Beratungsangeboten liegt, deren Erfolg bei Besetzung der Stelle mit einem Mann gefährdet wäre. Ein solcher Fall liegt vor, wenn sich die Angebote an Frauen in Problemlagen richten, in denen

die Betroffene typischerweise zu einer weiblichen Gleichstellungsbeauftragten leichter Kontakt aufnehmen kann und sich ihr besser offenbaren kann oder ausreichende Lösungskompetenzen nur einer Frau zutraut.

- ⁴⁸ EuGH v. 22. 11. 2005 – Rs. C-144/04, Slg 2005, I-9981-10042.
- ⁴⁹ BAG v. 17. 6. 2009 – 7 AZR 112/08, AP TzBfG § 14 Nr. 64.
- ⁵⁰ BAG v. 25. 2. 2010 – 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561.
- ⁵¹ BAG v. 23. 3. 2010 – 1 AZR 832/08, DB 2010, 1353.
- ⁵² ArbG Berlin v. 30. 7. 2009 – 33 Ca 5772/09, NZA-RR 2010, 70.
- ⁵³ ArbG Stuttgart v. 15. 4. 2010 – 17 Ca 8907/09, NZA-RR 2010, 344.
- ⁵⁴ *Wolfgang Däubler* nach einer Meldung von stern.de v. 15. 4. 2010.
- ⁵⁵ BAG v. 28. 1. 2010 – 2 AZR 764/08, NZA 2010, 625.
- ⁵⁶ BAG v. 12. 5. 2011 – 2 AZR 479/09.
- ⁵⁷ BAG v. 22. 6. 2011 – 8 AZR 48/10.
- ⁵⁸ BAG v. 1. 6. 2011 – 1 AZR 34/10.
- ⁵⁹ LAG Düsseldorf v. 18. 1. 2011 – 8 Sa 1274/10, Revision zugelassen.
- ⁶⁰ Äußerst lehrreich und ernüchternd: Diskriminierung im Alltag Wahrnehmung von Diskriminierung und Antidiskriminierungspolitik in unserer Gesellschaft, Abschlussbericht, Eine sozialwissenschaftliche Untersuchung von *Sinus Sociovision* für die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Juli 2008.
- ⁶¹ *Harry Frankfurt*, Gleichheit und Achtung, in: Angelika Krebs (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit, Texte der neuen Egalitarismuskritik, 2000, S. 38ff.
- ⁶² EuGH v. 30. 6. 2009 – Rs. C-101/08, Rn. 67, 68 – Audiolux, im Internet unter: curia.europa.eu.