

Rechtsprechungsübersicht zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

Arbeitsrechtliche Entscheidungen deutscher Gerichte und des Europäischen Gerichtshofs

Stand : März 2012

Inhaltsverzeichnis

I. Stellenausschreibungen/ Bewerbungsverfahren	2	XV. Rechtsweg	43
II. Alter als Differenzierungskriterium	10	Anhang	
III. Ethnische Herkunft als (mittelbares) Differenzierungskriterium	22	Tabellarische Übersicht i.S.V. § 22 AGG	44
IV. Geschlecht als Differenzierungskriterium	25		
V. Religion / Weltanschauung als Differenzierungskriterium	27		
VI. Behinderung als Differenzierungskriterium	28		
VII. Betriebliche Altersvorsorge / sexuelle Orientierung / Alter	32		
VIII. Begriff der (sexuellen) Belästigung	35		
IX. Schadensersatz und Entschädigung	38		
X. Geltendmachungsfrist	39		
XI. Beweislastverteilung	41		
XII. Bekanntmachungspflicht	43		
XIII. Antragsrecht des Betriebsrates	43		
XIV. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates	43		

I. Stellenausschreibungen/ Bewerbungsverfahren

Höchstaltersgrenze für die Einstellung (Beamte)

VG Koblenz, Urt. v. 5. Juni 2008, 2 K 1721/07.KO

Das VG Koblenz entschied, dass die Ablehnung eines Bewerbers um eine Beamtenstelle wegen Überschreitens der Regelaltershöchstgrenze nicht gegen das AGG verstößt.

Der vierzigjährige Kläger bewarb sich um eine Stelle als Beamter in der Bundeswehrverwaltung. Die Stellenausschreibung sah eine Regelaltershöchstgrenze von 35 Jahren vor. Nachdem die Bewerbung des Klägers wegen Überschreitung der Altersgrenze abgelehnt wurde, erhob dieser Klage und machte einen Entschädigungsanspruch geltend.

Das VG Koblenz befand die Klage wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses für unzulässig. Anders als im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gelte das AGG für Beamte ausdrücklich nur unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung. Im Beamtenrecht stehe dem Bewerber die Möglichkeit des Widerspruchs und des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes zur Verfügung, weshalb für eine sofortige Klage das Rechtsschutzbedürfnis fehle.

Die Klage sei aber auch unbegründet, weil eine Differenzierung der Bewerber nach ihrem Alter gerechtfertigt sei. Das AGG lasse die Festsetzung eines Höchstalters für Einstellungen wegen der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand zu. Der Dienstherr schulde nämlich nicht nur Dienst-, sondern auch Versorgungsbezüge. Die Festsetzung einer Altershöchstgrenze wahre daher das Gleichgewicht zwischen aktiver Dienstzeit und späterer Versorgungslast.

Höchstaltersgrenze für die Einstellung (Vollzugsdienst)

LAG Hamm, Urt. v. 7. August 2008 – 11 Sa 284/08

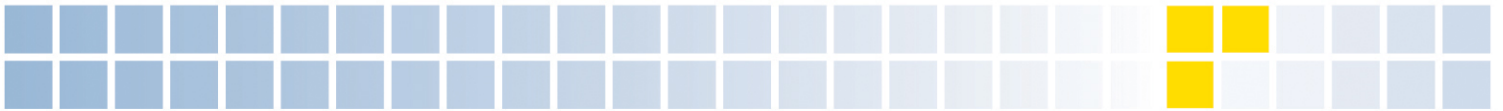
Für den allgemeinen Vollzugsdienst wurden Bewerber im Alter von 20 bis maximal 27 Jahren gesucht, da sich für den Beginn des Vorbereitungsdienstes Wartezeiten von 18 bis 24 Monaten ergeben und eine Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe nach den landesrechtlichen Vorschriften nur bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres zulässig ist. Der 28jährige Bewerber wurde wegen seines Alters abgelehnt.

Das LAG sah darin eine Altersdiskriminierung und sprach eine Entschädigung i.H.v. 2 Monatsgehältern (3.000 €) zu. Die Absicht, geeignete Bewerber noch vor Erreichen des 28. Lebensjahres in ein Beamtenverhältnis zu übernehmen, rechtfertige die altersbedingte schlechtere Behandlung des Bewerbers nicht. Es sei nicht angemessen, ihn wegen seines Lebensalters von jeglicher Tätigkeit im Vollzugsdienst des Landes auszuschließen, obwohl das Land unstreitig landesweit etwa 400 Beschäftigte auf arbeitsvertraglicher Grundlage im Vollzugsdienst beschäftige, wovon 30 Angestellte die angegebene Altersgrenze überschritten.

Höchstaltersgrenze für die Einstellung (Piloten)

BAG, Urt. v. 8. Dezember 2010 – 7 ABR 98/09

Eine tarifvertragliche Betriebsnorm, die für ein Luftfahrtunternehmen das Höchstalter für die Einstellung von in anderen Luftfahrtunternehmen ausgebildeten Piloten auf 32 Jahre und 364 Tage festlegt, verletzt in unverhältnismäßiger Weise die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Freiheit der Berufswahl älterer Arbeitsplatzbewerber. Die mit der Altersgrenze verbundene Gruppenbildung verstößt auch gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das diesen hinsichtlich des Merkmals Alter konkretisierende Diskriminierungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG. Die für eine Einstellung festgelegte Höchstaltersgrenze von 32 Jahren und 364 Tagen benachteiligt ältere Bewerber unmittelbar. Ihnen



wird im Gegensatz zu jüngeren Bewerbern in ansonsten entsprechender Situation der Zugang zu einem Beschäftigungsverhältnis verwehrt. Die Diskriminierung ist nicht nach § 10 Satz 1, 2 und 3 Nr. 3 AGG gerechtfertigt. Es ist schon nicht hinreichend erkennbar, dass die Tarifvertragsparteien mit der Höchstaltersgrenze legitime Ziele im Sinne von § 10 Satz 1 AGG verfolgen. Die hierzu von der Personalvertretung vorgetragene Erwägung sind einer Nachprüfung im Hinblick auf ein legitimes Ziel nicht hinreichend zugänglich. Das Vorbringen zu der bei einem älteren Copiloten angeblich gefährdeten Hierarchie im Cockpit und zu der ab einem bestimmten Lebensalter eintretenden „Verbildung“ erschöpft sich im Wesentlichen in Vermutungen und entbehrt des Vortrags konkreter Tatsachen. Ein von der Arbeitgeberin selbst nicht geltend gemachtes wirtschaftliches Amortisierungsinteresse taugt ebenfalls nicht als legitimes Ziel für das ab einem Alter von 32 Jahren und 364 Tagen normierte Einstellungsverbot. Im Übrigen belastet das eingesetzte Mittel die benachteiligte Altersgruppe auch offensichtlich unverhältnismäßig. Nachdem Flugzeugführer ihre berufliche Tätigkeit regelmäßig frühestens mit 21 Jahren aufnehmen können und diese bei normalem Verlauf mindestens bis zum 60., wenn nicht bis zum 65. Lebensjahr ausüben können, liegt das vorgesehene Einstellungshöchstalter ausgesprochen niedrig, wird doch damit Flugzeugführern bereits nach etwa einem Viertel ihrer insgesamt möglichen Berufstätigkeit ein Wechsel zur Arbeitgeberin unmöglich gemacht.

Stellenausschreibung (nicht geschlechtsneutral)

ArbG Lübeck, Urt. v. 13.3.2008, 2 Ca 2863/07

Das ArbG hat dem Kläger eine Entschädigung i.S.v. § 15 Abs. 2 AGG i.H.v. einem Monatsgehalt wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung zugesprochen. Die nicht geschlechtsneutral verfasste Stellenausschreibung für eine „Sekretärin/Assistentin“, für die der Kläger objektiv geeignet war, sei ein Indiz zur Begründung einer Geschlechterdiskriminierung. Ein solcher Verstoß begründe grundsätzlich die Vermutung, dass ein Arbeitnehmer eines bestimmten Geschlechts, unab-

hängig davon, ob noch andere Gründe für die Einstellungsentscheidung maßgeblich waren, wegen seines Geschlechts benachteiligt worden sei. Die bessere Eignung eines anderen Bewerbers schließe eine Benachteiligung nicht aus.

Stellenausschreibung (nicht geschlechtsneutral)

OLG Karlsruhe, Urt. v. 13. September 2011 – 17 U 99/10

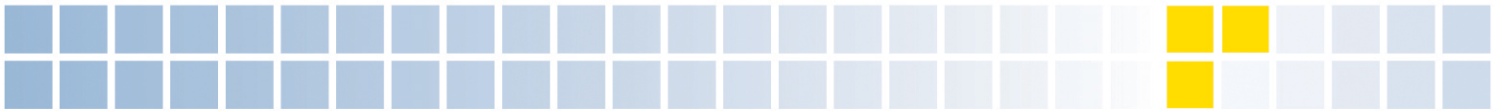
Das OLG Karlsruhe hat der Klägerin, einer Rechtsanwältin, eine Entschädigung von einem Monatsgehalt (13.000 €) zugesprochen. Sie hatte sich vergeblich auf eine Anzeige „Geschäftsführer gesucht“ beworben. Da der Arbeitgeber – ein mittelständisches Unternehmen – eine Kanzlei mit der Stellenausschreibung beauftragt hatte, war deren fehlerhafte Formulierung zwar dem Unternehmen zuzurechnen. Der konnte jedoch bei der Kanzlei Regress nehmen.

Der Begriff „Geschäftsführer“ sei ohne weitere Zusätze keine geschlechtsneutrale, sondern eine männliche Berufsbezeichnung. Eine Stellenausschreibung unter der Überschrift „Geschäftsführer“ verletze jedenfalls dann das Gebot zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung nach §§ 7 Abs. 1, 11 AGG, wenn nicht im weiteren Text der Anzeige auch weibliche Bewerber angesprochen würden. Die nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibung stelle ein Indiz dar, das eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lasse und zur Beweislastumkehr nach § 22 AGG führe. Der Arbeitgeber müsse dann nachweisen, dass in dem Motivbündel, das die Auswahlentscheidung beeinflusst habe, das Geschlecht überhaupt keine Rolle gespielt habe. Dieser Nachweis sei nicht schon dadurch geführt, dass eine andere Bewerberin zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei.

Stellenausschreibung (Beschränkung auf Frauen – Mädcheninternat)

BAG, Urt. v. 28. Mai 2009 – 8 AZR 536/08

Ein Diplomsozialpädagoge hatte sich auf eine für eine „Erzieherin/Sportlehrerin/Sozial-



pädagogin“ ausgeschriebene Stelle an einem staatlichen Mädcheninternat beworben. Er wurde mit der Begründung abgelehnt, es könnten nur weibliche Bewerber berücksichtigt werden, weil auch Nachtdienste geleistet werden müssten.

Die Benachteiligung wegen des Geschlechts ist nach Auffassung des BAG gerechtfertigt, weil das weibliche Geschlecht für die zu besetzende Stelle als Erzieherin eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt (§ 8 Abs. 1 AGG). Die beklagte Arbeitgeberin verfolgt einen rechtmäßigen unternehmerischen Zweck, nämlich die erzieherische und sozialpädagogische Aufsicht und Betreuung der Schülerinnen im Internat, auch während der Nacht. Der Kläger kann die Aufgaben im Nachtdienst nicht ausüben, weil sie einen direkten Bezug zu den Schülerinnen haben, deren Intimsphäre die beklagte Arbeitgeberin schützen muss.

Stellenausschreibung (Beschränkung auf Frauen – Gleichstellungsbeauftragte)

BAG, Urt. v. 18. März 2010 – 8 AZR 77/09

Die beklagte Stadt suchte in Niedersachsen eine kommunale Gleichstellungsbeauftragte. Laut der Stellenanzeige sollte ein Schwerpunkt der Tätigkeit in der Integrationsarbeit mit zugewanderten muslimischen Frauen und in der Zusammenarbeit mit frauenrelevanten Organisationen liegen. Vorausgesetzt wurde zudem ein abgeschlossenes Fachhochschulstudium oder eine vergleichbare Ausbildung in einer pädagogischen bzw. geisteswissenschaftlichen Fachrichtung. Der Kläger, Diplomkaufmann und Diplomvolkswirt, war zuvor 2 Jahre im Rahmen einer Betriebsratstätigkeit als stellvertretender Gleichstellungsbeauftragter tätig. Seine Bewerbung wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die Stelle nach den einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften mit einer Frau zu besetzen sei und er auch die übrigen Anforderungen nicht erfülle.

Ebenso wie die Vorinstanzen verneinte das BAG den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG. Die in der Ablehnung der Bewerbung liegende Benachteiligung wegen des

Geschlechts sei nach § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt, weil das weibliche Geschlecht eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die spezifischen Aufgaben der Gleichstellungsbeauftragten darstelle.

Entgegen der Ansicht der Beklagten sei von der objektiven Eignung des Klägers auszugehen. Die Stellenanzeige habe gerade kein konkretes Fachwissen gefordert, so dass höchstens rein technische Ausbildungsgänge, aber keine wirtschaftswissenschaftlichen Studiengänge ausgeschlossen wurden. Hinzu kommen die Erfahrungen mit „aktiver Frauenarbeit“, die er als stellvertretender Gleichstellungsbeauftragter gesammelt habe.

Die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ i.S.d. § 8 Abs. 1 AGG seien jedoch erfüllt. Nach Ansicht des BAG sei dafür Voraussetzung, dass die konkrete Tätigkeit ohne das Merkmal nicht ordentlich durchgeführt werden könne. Entscheidend komme es dabei auf das vom Arbeitgeber festgelegte Unternehmenskonzept an. Wesentlich sei eine Anforderung, wenn sie für die vom Arbeitgeber vorgegebene berufliche Anforderung prägende Bedeutung habe.

Die Ablehnung eines männlichen Bewerbers sei jedoch nicht bereits deshalb zulässig, weil die landesrechtlichen Vorschriften eine Beschränkung auf ein bestimmtes Geschlecht des Stelleninhabers vorsehen. Die gesetzliche Beschränkung selbst müsse mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar sein. Ob dies der Fall sei, könne offen bleiben, da das weibliche Geschlecht im Hinblick auf den konkret von der Gleichstellungsbeauftragten abzudeckenden Aufgabenbereich wesentlich und entscheidend sei.

Grundsätzlich könne sich auch ein Mann in gleicher Weise wie eine Frau für die Gleichberechtigung von Männern und Frauen einsetzen. Etwas anderes gelte aber für die im entschiedenen Fall im Vordergrund stehenden Projekte und Beratungsangebote zur Integration zugewanderter Frauen. Muslimas, deren Alltagsleben von traditionellen Rollenverteilungen geprägt sei, hätten auf Grund kultureller Vorverständnisse Schwierigkeiten, sich an

einen Mann zu wenden und stünden außerdem häufig unter einem erhöhten Rechtfertigungsdruck seitens ihres Umfeldes, wenn sie an einem von einem Mann geleiteten Projekt teilnahmen. Zudem wäre die Kontaktaufnahme für einen männlichen Gleichstellungsbeauftragten erschwert, wenn er Integrationsarbeit im Rahmen von Veranstaltungen türkischer Frauen leisten sollte, zu denen Männer keinen Zutritt hätten. Daneben sei auch der mit der Besetzung der Stelle verfolgte Zweck in Bezug auf die Zusammenarbeit mit frauenrelevanten Organisationen gefährdet. Zu diesen gehörten solche, deren Arbeit sich auf negative Erfahrungen von Frauen mit Männern gründeten wie dies z.B. bei Frauenhäusern der Fall sei. Das weibliche Geschlecht sei daher für das vorgegebene berufliche Anforderungsprofil prägend.

Schließlich begegne auch der Stellenzuschnitt selbst keinen Bedenken. Der damit verfolgte unternehmerische Zweck sei rechtmäßig, da es im Zuständigkeitsbereich einen hohen Anteil zugewanderter Frauen gebe.

Stellenausschreibung (Altersbeschränkung)

BAG, Urt. v. 18. August 2009 – 1 ABR 47/08
Rs. II/103/10 v. 29. Juni 2010

Die Beteiligten streiten um die Zulässigkeit der Beschränkung von internen Stellenausschreibungen auf Bewerber im ersten Berufsjahr.

Eine solche mittelbare Benachteiligung wegen des Alters könne jedoch durch ein legitimes Ziel und die Wahl von verhältnismäßigen Mitteln zu seiner Durchsetzung gerechtfertigt werden. Diese Voraussetzungen seien jedoch offenkundig nicht erfüllt. Die Arbeitgeberin habe die Beschränkung des Bewerberkreises damit begründet, dass durch die Beschäftigung von Berufsanfängern eine ausgewogene Altersstruktur im Betrieb gesichert werde und die Personalkosten begrenzt werden sollten. Nach Ansicht des BAG sei die Beschränkung der Stellenausschreibung schon nicht geeignet, die von der Arbeitgeberin verfolgten Ziele zu erreichen. Die Versetzung eines Arbeitnehmers im ersten Berufsjahr auf einen der

ausgeschriebenen Arbeitsplätze habe keine Auswirkungen auf die bestehende Altersstruktur im Betrieb. Die altersmäßige Zusammensetzung der dortigen Belegschaft werde durch den Wechsel eines Arbeitnehmers, der über ein höheres Berufsjahr verfüge, auf den zu besetzenden Arbeitsplatz in den entsprechenden Filialen nicht verändert. Die Besetzung der ausgeschriebenen Arbeitsplätze durch einen innerbetrieblichen Bewerber führe auch nicht zu einer Reduzierung der zukünftig anfallenden Personalkosten. Die Stellenbesetzung mit einem bereits im Betrieb beschäftigten Berufsanfänger sei kostenneutral.

Stellenausschreibung („junge“ Bewerber)

BAG, Urteil v. 19. August 2010 – 8 AZR 530/09

Das BAG entschied, dass eine Stellenausschreibung grundsätzlich gegen das Altersdiskriminierungsverbot verstoße, wenn ein „junger“ Bewerber gesucht werde und kein Rechtfertigungsgrund i.S.d. § 10 AGG vorliege. Die nicht altersneutrale und daher unzulässige Stellenausschreibung stelle ein Indiz dafür da, dass der 49jährige Kläger wegen seines Alters nicht eingestellt worden sei, da eine 33jährige Bewerberin den Vorzug erhalten habe.

Stellenausschreibung („Junior Personalreferent“)

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 21. Juli 2011 - 5 Sa 847/11; Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt unter Aktenzeichen 8 AZN 1398/11

Die Ausschreibung einer Stelle als „Junior Personalreferent“ ist allein kein Indiz für eine Diskriminierung älterer Bewerber. Nach Ansicht des LAG habe der Arbeitgeber nicht gezielt nach jüngeren Bewerbern gesucht. Die Voranstellung der Bezeichnung „Junior“ betreffe nur die Stellung in der betrieblichen Hierarchie. In Zusammenhang mit einer Stellenbezeichnung bedeute „Junior“ nicht klein oder jung, sondern „von niedrigerem Rang“ oder „von geringerem Dienstalter“. Dieses Verständnis sei inzwischen auch in Deutschland gängig. Enthalte die Stellenanzeige keine sonstigen Anhaltspunkte für die gezielte Su-

che nach jungen Bewerbern, ist die Bezeichnung „Junior“ kein Indiz für eine Altersbenachteiligung.

Vorstellungsgespräch (unterbliebene Einladung - öffentlicher Dienst)

BAG, Urt. v. 21. Juli 2009 – 9 AZR 431/08

Der öffentliche Arbeitgeber hat den schwerbehinderten Bewerber zum Vorstellungsgespräch einzuladen. Diese Pflicht besteht nur dann nicht, wenn diesem die fachliche Eignung offensichtlich fehlt (§ 82 Satz 2 und 3 SGB IX). Wenn das nicht der Fall ist, ist die unterbliebene Einladung ein Indiz für eine Benachteiligung. Die Schwerbehinderung ist nicht (mit)ursächlich für die Benachteiligung, wenn der Arbeitgeber beweist, dass für sein Handeln ausschließlich andere Gründe als die Schwerbehinderung maßgeblich waren.

(Vgl. ähnlicher Fall unter der Rubrik „Behinderung als Differenzierungskriterium“, **Seite 31**)

Vorstellungsgespräch (unterbliebene Einladung - öffentlicher Dienst)

BAG, Urt. v. 16. Februar 2012 – 8 AZR 697/10 (bisher nur als PM Nr. 13/12)

Die unterbliebene Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch bei einem öffentlichen Arbeitgeber ist ein Indiz für die Vermutung, der Bewerber sei wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt worden. Diese Vermutung hat die beklagte Arbeitgeberin nicht durch Tatsachen widerlegt, die keinen Bezug zur Schwerbehinderung des Klägers und zu dessen fachlicher Eignung haben.

Hier stand die Bewerbung eines Schwerbehinderten mit einem GdB von 60 um die Stelle als „Pfortner/Wächter“ bei der Bundespolizei Flughafen Frankfurt im Streit. Bei der Beklagten besteht eine Rahmenvereinbarung zur Integration Schwerbehinderter. Nach dieser Integrationsvereinbarung kann von einer Einladung schwerbehinderter Bewerber zum Auswahlverfahren abgesehen werden, wenn zwischen Zentralabteilung, Schwerbehindertenvertretung und Gleichstellungsbeauftragter

Einvernehmen besteht, dass der Bewerber für den freien Arbeitsplatz nicht in Betracht kommt. Die Bundespolizeidirektion hätte den Kläger zu einem Vorstellungsgespräch einladen müssen, weil durch die Integrationsvereinbarung das Recht des schwerbehinderten Bewerbers auf ein Vorstellungsgespräch nicht eingeschränkt werden sollte.

Vorstellungsgespräch (unterbliebene Einladung - öffentlicher Dienst)

BVerwG, Urt. v. 3. März 2011 – 5 C 15/10

Allein der Verstoß gegen die Verpflichtung zur Durchführung eines Vorstellungsgesprächs löst den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG nicht aus; diese Rechtsfolge ergibt sich nach dem gesetzlichen Regelungsgefüge vielmehr erst dann, wenn die durch den Verstoß begründete Indizwirkung einer Benachteiligung nicht entkräftet werden kann. Dabei darf die fachliche Eignung nur nach Maßgabe des § 82 Satz 3 SGB IX herangezogen werden. Eine Einladung ist demnach nur entbehrlich, wenn die Eignung offensichtlich fehlt, nicht dagegen, wenn eine Einstellung wegen einer Vielzahl geeigneterer Bewerber höchst unwahrscheinlich ist.

Abgelehnter Bewerber (Auskunftsanspruch)

Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH v. 12. Januar 2012 – C-415/10, „Galina Meister“; zum Vorlagebeschluss des BAG v. 20. Mai 2010 – 8 AZR 287/08 (A); Rs. II/074/10 v. 25. Mai 2010 und Rs. II/008/12 v. 12. Januar 2012

Die 1961 in Russland geborene Klägerin – laut Urteilsbegründung der Vorinstanz AGG-Hopperin – hatte sich auf die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle eines/einer Softwareentwicklers/in erfolglos beworben. Die Klägerin behauptet, sie habe die Voraussetzung für die ausgeschriebene Stelle erfüllt und sei lediglich wegen ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer Herkunft nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen und damit unter Verstoß gegen das AGG diskriminiert worden. Die von ihr begehrte angemessene Entschädigung in Geld haben die Vorinstanzen abgelehnt.



Der Achte Senat des BAG hat die Rechts-sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Er sehe sich an einer abschließen- den Sachentscheidung gehindert, weil diese von einer dem EuGH obliegenden Auslegung des Gemeinschaftsrechts ab-hängt. Die Klä- gerin habe zwar auf ihr Geschlecht, ihr Alter und ihrer Herkunft hinge-wiesen, jedoch keine ausreichenden Indizien dargelegt, welche ei- ne Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen und die nach § 22 AGG zu einer Beweislastumkehr auf den Arbeitgeber führen würden. Das BAG verneint einen Anspruch der Klägerin auf Auskunft gegen die Beklagte, ob diese einen anderen Bewerber eingestellt habe und gege- benenfalls aufgrund welcher Kriterien. Ob dies mit den Vorgaben der einschlägigen EU Anti- diskriminierungsrichtlinien vereinbar sei, dürfe der Senat nicht selbst entscheiden.

Generalanwalt Mengozzi kommt in seinen Schlussanträgen zu dem Ergebnis, dass aus - so auch schon der EuGH in der Rechtssache Kelly (siehe unten) zum irischen Hochschul- zugangsrecht - den einschlägigen Richtlinien kein Anspruch auf Auskunft über den tatsäch- lich ausgewählten Bewerber herzuleiten sei. Insoweit habe die Bundesrepublik Deutsch- land die Richtlinien korrekt umgesetzt.

Ebenso könne aus den Richtlinien nicht ab- geleitet werden, dass die Weigerung des Ar- beitgebers, den erfolgreichen Bewerber zu benennen und seine Qualifikationen dar- zulegen, ein Indiz für eine Diskriminierung darstelle.

Im Rahmen seiner Schlussfolgerung kommt der Generalanwalt allerdings zu dem überra- schenden Ergebnis, dass trotz der her- ausgearbeiteten Rechtslage im Einzelfall die Voraussetzung für eine veränderte Beweisl- astverteilung vorliegen könnte. Dies sei so auch schon in der Rechtssache Kelly vom EuGH ausgeurteilt. Indizien für die Notwen- digkeit einer veränderten Beweislastverteilung könnten sein: das Anforderungsprofil der Stel- le im Verhältnis zum Leistungsprofil des Be- werbers, die Einladung zu einem Vorstel- lungsgespräch und der Umstand, dass die Stelle ausgeschrieben sei oder, ob es sich um eine Initiativbewerbung handelt.

Abgelehnter Bewerber (Auskunftsanspruch)

EuGH, Urt. v. 21. Juli 2011 – C-104/10, „Kelly“

Der EuGH hat den Anspruch eines Bewerbers für eine Berufsausbildung auf die Herausgabe der Informationen über die Qualifikation der anderen Bewerber verneint. Herrn Kelly wurde die Zulassung zu einem Masterstudien- gang an einer irischen Universität verweigert. Um die seiner Auffassung nach erfolgte Ab- lehnung wegen seines Geschlechts glaubhaft machen zu können, beehrte er erfolglos ent- sprechende Auskünfte.

Vorstellungsgespräch (Frage nach Krankheiten)

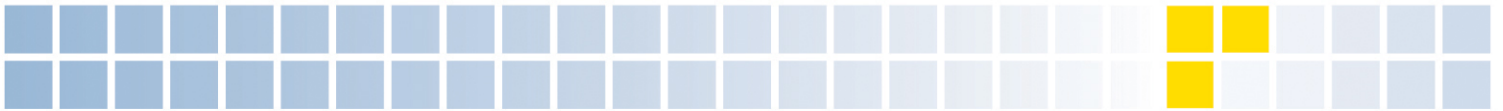
BAG, Urt. v. 17. Dezember 2009 – 8 AZR 670/08

Die in einem Bewerbungsgespräch gestellten Fragen nach näher bezeichneten gesundheit- lichen Beeinträchtigungen (der „steife Gang“ des Bewerbers lasse auf „Morbus Bechterew“ schließen) könnten auf eine Benachteiligung wegen Behinderung schließen lassen. Die Sache wurde deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwie- sen. Die Vorinstanz müsse nun erneut dar- über befinden, ob Fragen zum Gesundheits- zustand nach § 8 AGG auf Grund der Anfor- derungen der ausgeschriebenen Stelle ge- rechtfertigt seien oder, ob die dadurch be- gründete Vermutung einer Benachteiligung widerlegt werden könne.

Vorstellungsgespräch (Frage nach der Schwerbehinderung)

BAG, Urt. v. 7. Juli 2011 – 2 AZR 396/10

Das BAG erklärte Anfechtung und Kündigung des Arbeitsvertrages einer Außendienstmitar- beiterin für unwirksam. Die Klägerin hatte bei der Einstellung die Frage nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung unzutreffend ver- neint. Die Täuschung war jedoch nicht ur- sächlich für den Abschluss des Arbeitsver- trags. Die Beklagte hatte ausdrücklich erklärt, sie hätte die Klägerin auch dann eingestellt, wenn diese die Frage wahrheitsgemäß be- antwortet hätte.



Auf die seit In-Kraft-Treten des § 81 Abs. 2 SGB IX zum 1. Juli 2001 und des AGG zum 18. August 2006 umstrittene Frage, ob sich der Arbeitgeber vor der Einstellung nach dem Bestehen einer Schwerbehinderung erkundigen darf, kam es nicht an.

Einen Entschädigungsanspruch wegen einer Behindertendiskriminierung lehnte das BAG ab. Es gab keine ausreichenden Indiztatsachen dafür. Daher konnte ebenfalls offen bleiben, ob § 15 AGG bei unzulässig diskriminierenden Kündigungen überhaupt anwendbar ist.

Unterrichtungspflicht (schwerbehinderte Bewerber)

LAG Hessen, Urtr. v. 28. August 2009 – 3 Sa 2136/08

Da der beklagte Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht in Bezug auf schwerbehinderte Menschen erfüllt hatte, verstieß das Fehlen einer Begründung der Ablehnung der Bewerbung des schwerbehinderten Klägers nicht gegen die Verfahrensvorschriften des SGB IX und war für sich nicht geeignet, die Vermutung einer Benachteiligung behinderter Bewerber zu begründen.

Bestätigung der ständigen Rechtsprechung des BAG (v. 15. Februar 2005 – 9 AZR 635/03): Die Unterrichtungspflicht des § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX bezieht sich nur auf den Tatbestand des § 81 Abs. 1 S. 7 SGB IX und betrifft damit nur Fälle, in denen der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht erfüllt und die Schwerbehindertenvertretung oder eine in § 95 SGB IX genannte Vertretung mit der beabsichtigten Entscheidung nicht einverstanden ist.

AGG-Hopper

LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 13. August 2007 – 3 Ta 119/07

Dient eine Bewerbung ausschließlich dazu, einerseits eine Geldquelle zu erschließen und andererseits das System des staatlichen Rechtsschutzes ad absurdum zu führen und der Lächerlichkeit preiszugeben, scheidet ein

geltend gemachter Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG des erfolglosen Stellenbewerbers an der mangelnden Ernsthaftigkeit der Bewerbung.

AGG-Hopper

LAG Hamm, Urtr. v. 26. Juni 2008 – 15 Sa 63/08

Wird eine Stelle altersdiskriminierend ausgeschrieben und bewirbt sich ein älterer Arbeitnehmer erfolglos, scheidet ein Entschädigungsanspruch dennoch aus, wenn er trotz erteilter gerichtlicher Auflagen nicht dazu vorträgt, auf welche weiteren Stellen er sich beworben hat.

AGG-Hopper

LAG Köln, Beschl. v. 10. Februar 2010 – 5 Ta 408/09

Ist ein Bewerber für eine ausgeschriebene Stelle offensichtlich ungeeignet, liegt in seiner Nichtberücksichtigung im weiteren Bewerbungsverfahren keine Benachteiligung i.S.d. § 15 AGG. Die offenkundig fehlende Eignung eines Bewerbers kann sich auch aus seinem provokanten Auftreten im Bewerbungsverfahren ergeben, so etwa, wenn ein Bewerber, ohne zum Vorstellungsgespräch für die Position eines Vertriebsleiters mit 15 unterstellten Mitarbeitern eingeladen zu sein, unangemeldet bei der zuständigen Personalleiterin erscheint und ultimativ seine Einstellung fordert, weil er der bestgeeignete und bestqualifizierte Bewerber sei.

Steht die mangelnde Eignung aufgrund eines solchen Auftretens offenkundig fest, kann die angebliche nachfolgende Äußerung der Personalleiterin, der Bewerber sei für die Stelle sowieso zu alt, kein Indiz für eine Altersdiskriminierung i.S.d. § 22 AGG begründen. Bei einer solchen Sachlage besteht für eine Schadensersatzklage keine Aussicht auf Erfolg.

AGG-Hopper (provokantes Auftreten im Bewerbungsgespräch)

LAG Hamburg, Beschl. v. 19. November 2008 – 3 Ta 19/08



Das LAG Hamburg bestätigt die zu § 611a BGB ergangene Rechtsprechung des BAG, dass im Stellenbesetzungsverfahren nur benachteiligt werden kann, wer objektiv für die zu besetzende Stelle überhaupt in Betracht kommt und sich subjektiv ernsthaft beworben hat.

II. Alter als Differenzierungskriterium

Entgelt (Differenzierung nach Lebensalter)

BAG, Urt. v. 10. November 2011 - 6 AZR 148/09 und 6 AZR 481/09; Rs. II/073/10 v. 25. Mai 2010; III/044/10 v. 12. Juli 2010, II/117a/12 v. 3. Februar 2012

Die Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen verstieß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters und bewirkte außerhalb der Überleitung in den TV-L nach dem TVÜ-Länder die Unwirksamkeit der Stufenzuordnung, soweit Angestellte nicht der höchsten Lebensaltersstufe ihrer Vergütungsgruppe zugeordnet waren.

Die Anwendung des BAT durch die Länder Berlin und Hessen bis zum 31. März 2010 führte dazu, dass grundsätzlich allen Angestellten bis zu diesem Zeitpunkt das Grundgehalt der höchsten Lebensaltersstufe ihrer Vergütungsgruppe zusteht, sofern sie ihre weitergehenden Vergütungsansprüche innerhalb der tariflichen Ausschlussfrist formgerecht geltend gemacht haben.

Die vom EuGH auf Vorlagebeschluss des BAG ergangene Entscheidung (Urt. v. 8. September 2011 in den verbundenen Rechtssachen C-297/10 und C-298/10) hat das BAG mit diesen Nachfolgeentscheidungen umgesetzt.

Die Parteien streiten in beiden Fällen darüber, welche Lebensaltersstufe der Berechnung der tariflichen Vergütung des Klägers zugrunde zu legen ist. Im BAT war die Grundvergütung nach Lebensaltersstufen bemessen. Die Regelungen fanden bis zum 31. März 2010 Anwendung. Der den BAT seit Oktober 2005 ersetzende TVöD sieht keine Lebensaltersstufen mehr vor, sondern stellt auf die Tätigkeit, Berufserfahrung und Leistung ab. Bei der Überleitung der Angestellten des öffentlichen Dienstes aus dem BAT in den TVöD durch Tarifvertrag (TVÜ) wurde die im früheren Entgeltsystem erreichte Lebensaltersstufe im Wege der Besitzstandswahrung aber vollumfänglich berücksichtigt. Sie erhielt

ten ihr bisheriges Entgelt nach der Überleitung zunächst weiter und wurden auf dieser Grundlage endgültig in die neue Entgelttabelle eingeordnet.

Entsprechend den Vorgaben des EuGH hat das BAG die Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen für altersdiskriminierend erklärt. Den jeweiligen Klägern stünde die von ihnen (für die jeweils in der Vergangenheit liegenden Zeiträume) beanspruchte Vergütung nach der höchsten Vergütungsgruppe zu. Der EuGH hatte die ungleiche Behandlung beispielhaft damit erklärt, dass die Grundvergütung, die zwei Angestellte erhalten, die am selben Tag in derselben Vergütungsgruppe eingestellt worden sind, sich wegen ihres Lebensalters zum Zeitpunkt der Einstellung unterscheiden.

Der EuGH habe lediglich die tarifvertraglichen Lebensaltersstufen für unwirksam erklärt. Damit sei vom BAG noch zu entscheiden gewesen, auf welche Art und Weise der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu beseitigen ist. Für die Zeit bis zum 31. März 2010 sei eine Angleichung „nach oben“ schon deshalb gerechtfertigt, weil der Anspruch auf ein höheres Grundgehalt den älteren Angestellten nicht rückwirkend entzogen werden kann, so dass nur diese Möglichkeit besteht. Die Korrekturen des unwirksamen Tarifrechts durch das BAG für die Zeit vor dem 1. April 2010 seien kein unzulässiger Eingriff in die Tarifautonomie. Darin, dass die Tarifvertragsparteien das Vergütungssystem mit Wirkung vom 1. April 2010 geändert haben, komme zum Ausdruck, dass sie für die Zeit bis zum 31. März 2010 nicht bereit sind, das bestehende Vergütungssystem rückwirkend zu ändern.

Die Frage, ob eine unangemessene Kostenbelastung des Arbeitgebers überhaupt bewirken könne, dass dem Kosteninteresse des Arbeitgebers gegenüber dem Vertrauen der Begünstigten auf die Wirksamkeit der Regelung Vorrang gebühre, bedürfe hier keiner Entscheidung. Dem Land Berlin würden Vergütungsmehrkosten i.H.v. 1,8% aufgebürdet. Diese seien nicht unverhältnismäßig hoch. In Hessen würden ebenfalls ausreichende Anhaltspunkte zu unverhältnismäßigen Mehrkos-

ten fehlen. Maßgebend sei die Zeit bis zum 31. März 2010, da der EuGH geklärt habe, dass keine Altersdiskriminierung mehr darin liegt, wenn ein Vergütungssystem, das zu einer Diskriminierung wegen des Alters führt, durch ein auf objektive Kriterien gestütztes Vergütungssystem ersetzt wird und zugleich für einen befristeten Übergangszeitraum einige der diskriminierenden Auswirkungen bestehen bleiben, um für die bereits in einem Beschäftigungsverhältnis stehenden Arbeitnehmer den Übergang zu einem neuen System ohne Einkommensverlust zu gewähren. Nach der Rechtsprechung des EuGH rechtfertigt die Wahrung des Besitzstandes einer Personengruppe diese Einschränkung, vorausgesetzt, dass die Maßnahme nicht über das zur Wahrung des Besitzstandes Erforderliche hinausgeht.

Entgelt (Differenzierung nach Lebensalter)

BAG, Urt. v. 8. Dezember 2011 – 6 AZR 319/09; Rs. II/073/10 v. 25. Mai 2010; III/044/10 v. 12. Juli 2010, II/117a/12

Bestätigung der o.g. Rechtsprechung BAG, Urt. v. 10. November 2011 - 6 AZR 148/09 und 6 AZR 481/09.

Zudem Fortentwicklung unter folgendem Gesichtspunkt:

Die aus dem BAT in den TVöD übergeleiteten Angestellten haben keinen Anspruch darauf, zum Zeitpunkt ihrer Eingliederung in das reguläre Stufensystem des TVöD so gestellt zu werden, als seien sie unter Zugrundelegung einer Vergütung aus der höchsten Lebensaltersstufe ihrer Vergütung im BAT einer regulären Stufe des TVöD zugeordnet worden. Eine vorübergehende Vergütung aus der höchsten Lebensaltersstufe bis zur Ablösung des diskriminierenden Entgeltsystems durch ein diskriminierungsfreies hat ausschließlich zur Beseitigung der Diskriminierung innerhalb des diskriminierenden Systems zu erfolgen. Als Anknüpfungspunkt für die endgültige Eingliederung in das diskriminierungsfreie Entgeltsystem des TVöD kann eine Vergütung aus der höchsten Lebensaltersstufe der jeweiligen Vergütungsgruppe des BAT deshalb nicht dienen.

Entgelt (Differenzierung nach Dienstalter)

EuGH, Urt. v. 3. Oktober 2006 - C-17/05, „Cadman“; Rs. II/200/06 v. 1. November 2006

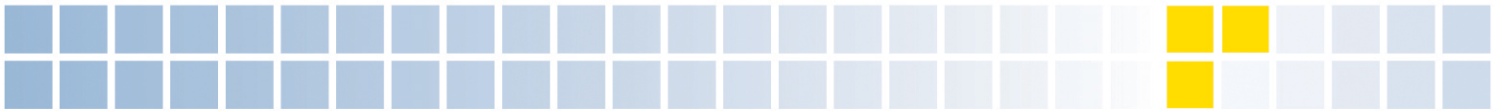
Eine Differenzierung nach dem Dienstalter bei der Höhe des Entgelts ist gerechtfertigt. Sachlicher Grund ist die Honorierung der Berufserfahrung, die den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten.

Urlaub (Differenzierung nach Lebensalter)

LAG Düsseldorf, Urt. v. 18. Januar 2011 - 8 Sa 1274/10 (rkr., Revision zurückgenommen)

Der Mantel-TV Einzelhandel NRW enthält eine Urlaubsstaffelung, die bei einer 6-Tage-Woche vorsieht, dass die Beschäftigten bis zum Erreichen des 20. Lebensjahres 30 Urlaubstage, nach Vollendung des 20. Lebensjahres 32 Urlaubstage, nach Vollendung des 23. Lebensjahres 34 Urlaubstage und nach Vollendung des 30. Lebensjahres 36 Urlaubstage pro Jahr erhalten. Gegen diese Staffelung hatte eine 24-jährige Einzelhandelskauffrau geklagt, die sich durch die Regelung wegen ihres Alters diskriminiert sah.

Nach Auffassung des LAG Düsseldorf wird die Klägerin durch die Urlaubsregelung wegen ihres Alters diskriminiert. Die Klägerin erfahre gegenüber Arbeitnehmern, die bereits das 30. Lebensjahr vollendet hätten, eine weniger günstige Behandlung. Die nach dem Alter unterscheidende Regelung sei nicht gemäß § 10 AGG gerechtfertigt. Es fehle an einem legitimen Ziel für diese Ungleichbehandlung, das im Tarifvertrag oder dessen Kontext Anklang gefunden habe. Dies gelte insbesondere für das von der Arbeitgeberseite vorgebrachte Argument, mit der Regelung solle die Vereinbarkeit von Beruf und Pflege gefördert werden. Ausweislich der konkreten Formulierung des MTV Einzelhandel NRW diene der Urlaub nämlich ausdrücklich der Erhaltung und Wiederherstellung der Arbeitskraft und gerade nicht der Förderung von Familienleben oder -planung sowie der Gründung eines eigenen Hausstandes.



Sozialauswahl (Altersgruppenbildung)

BAG, Urt. v. 6. November 2008 - 2 AZR 523/07;
Rs. II/051/09 vom 6. April 2009

Wegen fehlender Auslastung wurden in einem Unternehmen mehr als 600 Mitarbeiter entlassen. Im Sozialplan wurden Kriterien wie Betriebszugehörigkeit und Lebensalter berücksichtigt. Zudem wurde die Sozialauswahl nach verschiedenen Altersgruppen in „Zehnerschritten“ durchgeführt.

Das BAG hat erstmals das AGG herangezogen, aber einen Verstoß gegen dieses, wie auch gegen europarechtliche Diskriminierungsverbote, verneint. Die Diskriminierungsverbote des AGG finden im Rahmen der Konkretisierung des Begriffes der Sozialwidrigkeit Beachtung. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen.

Die anlässlich einer Massenentlassung durchgeführte Sozialauswahl nach verschiedenen Altersgruppen ist zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes gem. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nicht altersdiskriminierend. Die Bildung von Altersgruppen wirkt der Überalterung des Betriebs entgegen und relativiert zugleich die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer. Die Erhaltung einer altersgemischten Belegschaft liegt sowohl im Interesse der Gesamtheit der Belegschaft als auch im Wettbewerbsinteresse des Arbeitgebers und bildet ein legitimes Ziel. Die jeweiligen Vorzüge der unterschiedlichen Lebensalter können nur dann im Sinne eines langfristig erfolgreichen Zusammenwirkens zur Geltung kommen, wenn möglichst alle Lebensalter im Betrieb vertreten sind. Indem die bisherige Verteilung der Beschäftigten auf die Altersgruppen ihre prozentuale Entsprechung in der Anzahl der in der jeweiligen Altersgruppe zu Kündigenden findet, ist die Gruppenbildung auch objektiv und angemessen.

Sozialauswahl (Namensliste / Punkteschema)

BAG, Urt. v. 5. November 2009 – 2 AZR 676/08

Ein zur Sozialauswahl aufgestelltes Punkteschema, welches auch das Lebensalter „linear“ (ein Punkt pro Lebensalter) berücksichtigt ist zulässig. Die Differenzierung nach dem Lebensalter im Rahmen eines Punkteschemas bedingt zwar die Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer, ist jedoch auf Grund der typischerweise schlechteren Chancen älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt gem. § 10 Satz 1 und 2 AGG gerechtfertigt. Nach aller Erfahrung sinken mit steigendem Lebensalter die Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt.

Sozialauswahl (Altersgruppenbildung)

BAG, Urt. v. 15. Dezember 2011 – 2 AZR 42/10
(bisher nur als PM Nr. 96/11)

Der gesetzliche Regelungskomplex der Sozialauswahl (insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Lebensalter eines der zu berücksichtigenden Kriterien ist) verstößt nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung. Die daraus folgende unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist gerechtfertigt, weil rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt verfolgt werden. Einerseits tragen die Regelungen den mit steigendem Lebensalter regelmäßig sinkenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt Rechnung. Andererseits wirken sie durch die Möglichkeit der Bildung von Altersgruppen der ausschließlich linearen Berücksichtigung des ansteigenden Lebensalters und einer mit ihr einhergehenden Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer entgegen. Das Ziel, ältere Arbeitnehmer zu schützen, und das Ziel die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer sicherzustellen, werden zu einem angemessenen Ausgleich gebracht. Dies dient zugleich der sozialpolitisch erwünschten Generationengerechtigkeit und der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung.

Sozialauswahl (Namensliste / Punkteschema)

BAG v. 13. Oktober 2009 – 9 AZR 722/08;
Rs. II/112/10 v. 5. Juli 2010

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Umsetzung des Klägers, der bei dem beklagten Land als Sozialarbeiter an der C-Schule beschäftigt ist. Nach der einschlägigen Dienstvereinbarung wird bei Umsetzungen eine Auswahl nach einem Punkteschema getroffen. Der Kläger war in Anwendung des Punkteschemas wegen seines Lebensalters der Beschäftigte mit der niedrigsten Punktzahl und wurde an die H-Schule umgesetzt. Das beklagte Land ist der Auffassung, die Berücksichtigung des Lebensalters sei ein legitimes Ziel, weil ab einem gewissen Alter eine Umsetzung des Arbeitnehmers mangels entsprechender Leistungsfähigkeit und wegen längerer Einarbeitungszeit nicht sinnvoll sei.

Das BAG hält es für fraglich, ob die Ungleichbehandlung wegen des Alters objektiv und angemessen ist. Die Annahme des LAG, es besteht ein Erfahrungssatz, demzufolge ältere Arbeitnehmer bei Umsetzungen schutzbedürftiger wären als jüngere, sei nicht nachvollziehbar. Insbesondere sei nicht erwiesen, dass älteren Arbeitnehmern die Zuständigkeit für eine andere Schülergruppe, der Ortswechsel und die Einbindung in ein neues Kollegium wegen eines altersbedingten Flexibilitäts- und Mobilitätsverlusts mehr Schwierigkeiten bereite. So sei die Zuständigkeit für eine wechselnde Schülergruppe der Tätigkeit unabhängig von der Umsetzung immanent. Der Ortswechsel und die damit einhergehende Wegbelastung seien kein Grund für eine pauschale altersspezifische Differenzierung. Es hänge vom Wohnort im Hinblick auf die Lage der Schule und nicht vom Alter ab, ob durch die Umsetzung an eine andere Schule eine Wegbelastung eintritt. Auch sei nicht erwiesen, dass es älteren Arbeitnehmern schwerer falle, sich auf partielle Veränderungen ihrer Tätigkeit einzulassen. Eine höhere physische Belastung durch die Umsetzung, die anerkanntermaßen mit zunehmendem Alter schwerer zu verkraften wäre, sei nicht ersichtlich.

Das LAG müsse aufklären, ob erfahrungsgemäß Arbeitnehmern ab vollendetem 31.

Lebensjahr mit zunehmendem Lebensalter durch die aufgrund der Umsetzung eintretenden typischen Belastungen wie Einbindung in ein anderes Kollegium und Einarbeitung in ein neues pädagogisches Konzept stärker belastet seien als jüngere Arbeitnehmer.

Sozialauswahl (Sozialplan / Altersdifferenzierung)

BAG, Urt. v. 26. Mai 2009 – 1 AZR 198/08;
Rs. II/164/09 vom 30. November 2009

Nach dem Sozialplan sollten „bis zu 59-jährige Mitarbeiter“ eine Abfindung i.H.v. 1,36 Bruttomonatseinkommen pro Beschäftigungsjahr beanspruchen können. Die älteren Arbeitnehmer sollten lediglich monatliche Zahlungen bis zum 63. Lebensjahr und eine Einmalzahlung erhalten. Für den Kläger ergab sich zu seinen Lasten eine Differenz von fast 60.000 €.

Das BAG hat die Wirksamkeit einer nach der Betriebszugehörigkeit – und damit nach dem Alter – differenzierenden Sozialplanregelung nach Maßgabe des AGG und nach § 75 Abs. 1 BetrVG in der seit dem 18. August 2006 geltenden Fassung überprüft und bestätigt. Dass die Abfindungshöhe mit zunehmendem Alter und Betriebszugehörigkeit steigt, führt zwar regelmäßig zu einer mittelbaren Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer nach § 3 Abs. 2 AGG, da Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit typischerweise älter sind als Arbeitnehmer mit kürzerer Betriebszugehörigkeit. Dies ist jedoch von § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gedeckt. § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG steht auch mit Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG im Einklang. Der deutsche Gesetzgeber verfolgt mit der Regelung ein legitimes sozialpolitisches Ziel. Die den Betriebsparteien eingeräumten Gestaltungsspielräume sind nicht zu beanstanden, sondern sogar wegen der im Einzelfall erforderlichen Flexibilität geboten. Die Differenzierung nach „rentenfernen“ und „rentennahen“ Jahrgängen ist im Sinne der Richtlinie objektiv und angemessen und im Rahmen des deutschen Rechts durch ein legitimes sozialpolitisches Ziel gerechtfertigt. Auch Stichtagsregelungen und der mit den Regelungen verbundene „Systemwechsel“ – Änderung der Berechnungs-

formel innerhalb eines Sozialplanes – sind zulässig.

Sozialauswahl (Sozialplan/Altersdifferenzierung/steigende Abfindungen mit steigendem Lebensalter)

BAG, Urt. v. 12. April 2011 – 1 AZR 764/09

Nach einem Sozialplan berechnete sich der Abfindungsanspruch nach einem Faktor, der mit dem Produkt aus Betriebszugehörigkeit und Bruttomonatsverdienst zu multiplizieren war. Der Faktor betrug bis zum 29. Lebensjahr 80 %, bis zum 39. Lebensjahr 90 % und ab dem 40. Lebensjahr 100 %. Die Klage des 38jährigen Klägers auf ungekürzte Auszahlung blieb erfolglos.

Die Ausgestaltung der Altersstufen unterliege nach § 10 AGG einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Altersgruppenbildung sei geeignet, das Regelungsziel - Ausgleich der erhöhten wirtschaftlichen Nachteile älterer Arbeitnehmer infolge des Arbeitsplatzverlustes - zu fördern. Die Betriebsparteien durften im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums davon ausgehen, dass sich die Arbeitsmarktchancen der von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer mit fortschreitendem Alter verschlechterten. Die Abschläge seien nicht unangemessen.

Sozialauswahl (Sozialplan / Alterszuschlag)

BAG, Urt. v. 12. April 2011 – 1 AZR 743/09

Sieht ein Sozialplan vor, dass die Arbeitnehmer zusätzlich zu der sich nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit und dem Arbeitsverdienst errechneten Grundabfindung mit dem Erreichen des 45. und des 50. Lebensjahres der Höhe nach gestaffelte Alterszuschläge erhalten, werden hierdurch jüngere Arbeitnehmer in der Regel nicht unzulässig wegen ihres Lebensalters benachteiligt.

Die Betriebsparteien dürfen im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums davon ausgehen, dass sich die Arbeitsmarktchancen der von einer Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer mit zunehmendem Alter fort-

schreitend verschlechtern. Ob der konkrete Alterszuschlag nach § 10 Satz 2 AGG angemessen und erforderlich ist, unterliegt der gerichtlichen Überprüfung im Einzelfall.

Abfindungsausschluss für rentennahe Mitarbeiter

BAG, Urt. v. 19. November 2009 – 6 AZR 561/08

Nach der für den gekündigten Arbeitnehmer einschlägigen Abfindungsregelung der kirchlichen Arbeitsvertragsordnung erhalten solche Arbeitnehmer keine Abfindung, die bei ihrem Ausscheiden eine vorgezogene Altersrente in Anspruch nehmen können.

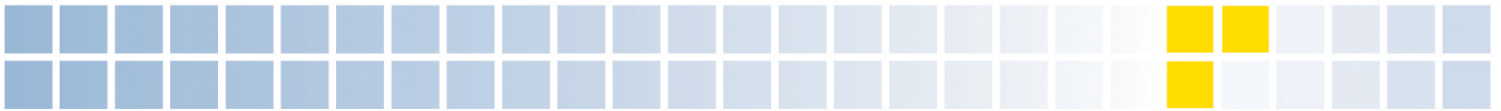
Das BAG sieht den Ausschluss der Abfindung für „rentennahe“ Mitarbeiter als zulässig an. Da die Abfindung ebenso wie Sozialplanabfindungen nicht nur den Verlust des Arbeitsplatzes entschädigen, sondern auch künftige wirtschaftliche Nachteile infolge des Arbeitsplatzverlustes ausgleichen sollen, ist es gerechtfertigt, wenn sie Mitarbeitern vorzuziehen werden, die gesetzliche Altersrente beziehen können. Im Fall des Rentenbezugs gebe die Regelung der Überbrückungsfunktion der Abfindung den Vorrang vor der Entschädigungsfunktion.

Prüfungsmaßstab war hier allerdings nicht das AGG, das auf den Fall noch nicht anwendbar war, sondern Art. 3 Abs. 1 GG, weil es sich um eine kirchliche Arbeitsvertragsordnung handelt.

Sozialplan (Abfindungskürzung für rentennahe Mitarbeiter)

BAG, Urt. v. 23. März 2010 – 1 AZR 832/08

Nach einem Sozialplan sollte sich die Abfindung für Mitarbeiter nach Vollendung des 60. Lebensjahres für jeden Monat um 1/60stel vermindern. Der sich für den Kläger hieraus ergebende Kürzungsbetrag betrug 43.495,36 €. Er hielt die entsprechende Regelung des Sozialplans für altersdiskriminierend und deshalb unwirksam. Das BAG wies die Zahlungsklage ab.



§ 10 Satz 3 Nr. 6 AGG erfasse nach seinem Wortlaut nur den Ausschluss von älteren Arbeitnehmern, die entweder unmittelbar nach dem Ausscheiden oder im Anschluss an den Bezug von Arbeitslosengeld I durch den Bezug einer Altersrente wirtschaftlich abgesichert seien. Die Vorschrift sei aber gleichermaßen anwendbar, wenn die betroffenen Arbeitnehmer zwar nicht unmittelbar nach dem Bezug von Arbeitslosengeld I rentenberechtigt seien, die Abfindung aber ausreichend bemessen sei, um die wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen, die sie in der Zeit nach der Erfüllung ihres Arbeitslosengeldanspruchs bis zum frühestmöglichen Bezug einer Altersrente erleiden würden. Dies sei stets der Fall, wenn die Abfindungshöhe für diesen Zeitraum den Betrag der zuletzt bezogenen Arbeitsvergütung erreiche. Die von der Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer seien dann wirtschaftlich so gestellt, als wäre das Arbeitsverhältnis bis zu dem Zeitpunkt fortgesetzt worden, in dem sie nach dem Bezug von Arbeitslosengeld I nahtlos eine Altersrente beziehen könnten.

Sozialplan (Abfindungskürzung für rentennahe Mitarbeiter)

ArbG München, Vorlagebeschl. zum EuGH v. 17. Februar 2011 – 22 Ca 8260/10 (beim EuGH geführt unter C-152/11; "Odar")

Vorabentscheidungsersuchen zur Frage der Diskriminierung wegen des Alters und wegen einer Behinderung durch Reduzierung von Sozialplanleistungen bzw. einer Abfindung nach einer betriebsbedingten Kündigung wegen bevorstehender Rentenberechtigung des Arbeitnehmers.

Abfindungsausschluss bei der Möglichkeit der Inanspruchnahme der gesetzlichen Altersrente

EuGH, Urt. v. 12. Oktober 2010 – C-499/08, "Andersen"
Rs. II/186/10 v. 15. Oktober 2010

Der EuGH sieht es grds. als zulässig an, Sozialplanabfindungen auf Arbeitnehmer zu beschränken, die keine Altersrente beziehen können. Er erklärte jedoch eine Regelung eines dänischen Gesetzes für unverhältnismäßig, nach der nicht nur Arbeitnehmer von der Entlassungsentschädigung ausgeschlossen waren, die das Erwerbsleben tatsächlich nicht mehr fortsetzen, sondern auch solche, die es auf Grund des Rentenanspruchs zwar könnten, aber weiter arbeiten wollen. Der bloße Anspruch auf Altersrente reiche nicht als Ausschlusskriterium. Damit erschwere die Regelung Arbeitnehmern, die bereits eine Altersrente beziehen können, die weitere Ausübung ihres Rechts zu arbeiten, weil sie beim Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis – im Gegensatz zu anderen Arbeitnehmern mit gleich langer Betriebszugehörigkeit – keine Abfindung erhielten.

Ein dänisches Gericht hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Art. 2 und 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG einer nationalen Vorschrift entgegenstehen, die einen Anspruch auf Entlassungsabfindung vorsieht, diesen aber ausschließt, sobald der Arbeitnehmer eine Altersrente vom Arbeitgeber verlangen kann. Der zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses 63 Jahre alte Arbeitnehmer war noch nicht in Ruhestand getreten und hatte sich daher bei der zuständigen Stelle arbeitslos gemeldet. Von seinem ehemaligen Arbeitgeber verlangte er die Zahlung einer Entlassungsabfindung in Höhe von drei Monatsgehältern auf der Grundlage einer dänischen Vorschrift, die bei einer arbeitgeberseitigen Kündigung nach einer ununterbrochenen Betriebszugehörigkeit von 12, 15 oder 18 Jahren einen Anspruch auf Entlassungsabfindung in Höhe von 1, 2 bzw. 3 Monatsgehältern statuierte. Der frühere Arbeitgeber wies das Verlangen mit der Begründung ab, nicht zur Zahlung der Entlassungsabfindung verpflichtet zu sein, da gemäß der in Rede ste-

henden Vorschrift ein Anspruch auf die Entlassungsabfindung entfielen, wenn der Arbeitnehmer eine Altersrente vom Arbeitgeber beanspruchen könne und dem entsprechenden Rentensystem vor Vollendung des 50. Lebensjahrs beigetreten sei.

Sozialplan (Abfindungsausschluss beim Bezug einer Erwerbsminderungsrente)

BAG, Urt. v. 7. Juni 2011 – 1 AZR 34/10

Arbeitnehmer können von Sozialplanleistungen ausgenommen werden, wenn sie wegen des Bezugs einer befristeten vollen Erwerbsminderungsrente nicht beschäftigt sind und mit der Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit auch nicht zu rechnen ist.

Diese Arbeitnehmer befinden sich nicht in einer vergleichbaren Situation mit Arbeitnehmern, bei denen diese Einschränkungen nicht vorliegen. Der Kläger erhielt bereits vor der Betriebsschließung kein Arbeitsentgelt mehr, sondern eine Erwerbsunfähigkeitsrente. Hieran hat auch die Betriebsstilllegung nichts geändert.

Sozialpläne haben eine zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion und sollen die künftigen Nachteile ausgleichen oder abmildern, die den Arbeitnehmern durch die Betriebsänderung entstehen können. Die Sozialplanleistungen stellen kein zusätzliches Entgelt für die in der Vergangenheit erbrachten Dienste dar.

Ordentliche Unkündbarkeit (ab Überschreiten von Altersgrenzen)

BAG, Urt. v. 5. Juni 2008 – 2 AZR 907/06

Nach der einschlägigen tarifvertraglichen Regelung ist die ordentliche Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer ausgeschlossen, der das 53. aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet hat und dem Betrieb mindestens drei Jahre angehört hat.

Nach dem BAG seien Unkündbarkeitsvereinbarungen zwar grundsätzlich als zulässig anzusehen. In extremen Fällen sei aber zu erwägen, die Regelung verfassungskonform bzw. gemeinschaftskonform einzuschränken

bzw. für den Einzelfall die Tarifnorm durch einen ungeschriebenen Ausnahmetatbestand anzupassen. Die gebotene Grenze könne dort liegen, wo die Fehlgewichtung durch den eingeschränkten Auswahlpool zu einer grob fehlerhaften Auswahl führen würde. Das könne beispielsweise der Fall sein, wenn ein 53-jähriger seit drei Jahren beschäftigter Arbeitnehmer ohne Unterhaltspflichten auf Grund der tarifvertraglichen Regelung aus der Sozialauswahl ausscheide, während ein 52-jähriger seit 35 Jahren im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer mit mehrfachen Unterhaltspflichten zur Kündigung anstehe.

Versetzung (bei Überschreitung der Altersgrenze)

BAG, Urt. v. 22. Januar 2009 – 8 AZR 906/07

Das beklagte Land hatte wegen eines Personalüberhangs in den Kindertagesstätten Erzieherinnen, die das 40. Lebensjahr vollendet hatten, in einen Stellenpool versetzt. Dazu gehörte auch die Klägerin, die diese Maßnahme für altersdiskriminierend hält.

Das BAG hat die Altersdiskriminierung bejaht. Diese entfalle nicht dadurch, dass die Versetzung rechtsunwirksam war. 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. Eine Rechtfertigung für diese Maßnahme sei nicht dargelegt worden. Legitime Ziele gem. § 10 S. 1 AGG könnten 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. Das Interesse des Arbeitgebers, die Personalstruktur dahin zu verändern, dass er zukünftig allein die Anzahl von Arbeitnehmern reduziere, die das 40. Lebensjahr vollendet hätten, unabhängig davon, wie sich die Reduzierung auf den Größenanteil der unterschiedlichen Altersgruppen auswirke, stelle kein legitimes Ziel für eine Ungleichbehandlung dar.

Versetzung (bei Überschreitung der Altersgrenze)

OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18. August 2011 – 4 B 20.10

Der Kläger wendet sich gegen seine Umsetzung aus dem Dienst im Spezialeinsatzkommando (SEK) der Berliner Polizei wegen Erreichens der Altersgrenze von 42 Jahren.

Das OVG entschied, dass eine in der Verwaltungspraxis angewandte Altershöchstgrenze von 42 Jahren für den Dienstposten eines Polizeivollzugsbeamten als Einsatzbeamter eines SEK keine unzulässige Diskriminierung aufgrund des Alters darstelle. Die Altersgrenze sei wegen besonderer beruflicher Anforderungen an die körperliche Leistungsfähigkeit und zum Zwecke der Personalplanung einschließlich der amtsangemessenen Weiterbeschäftigung des Beamten gerechtfertigt.

Kündigungsfristen

BAG, Urt. v. 1. September 2010 – 5 AZR 700/09, Umsetzungsentscheidung zu EuGH, Urt. v. 19. Januar 2010 – C-555/07, Küçükdeveci; Rs. II/010/10 v. 19. Januar 2010; II/037/10 v. 1. März 2010; vgl. BDA-Handlungsleitfaden „Kündigungsfristen und Altersgrenzen – Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH“ zur Bewertung und Folgenabschätzung des Urteils, versandt mit Rs. II/107/10 v. 30. Juni 2010

Eine Arbeitnehmerin machte geltend, aufgrund des Alters diskriminiert zu sein, weil Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres bei der Ermittlung der Kündigungsfrist nach § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB nicht berücksichtigt werden. Der EuGH ist dieser Ansicht gefolgt.

Nach Auffassung des EuGH stellt die deutsche Regelung eine Diskriminierung wegen des Alters dar. Zwar könne der nationale Gesetzgeber grundsätzlich Regelungen schaffen, um die Beschäftigungsfähigkeit jüngerer Menschen zu fördern. Diskriminierend wirke sich aber aus, dass es nicht zu einer „Nachholung“ der Anrechnung komme, wenn das Beschäftigungsverhältnis einen deutlich längeren Zeitraum über das 25. Lebensjahr hin-

aus andauere. Bei zwei Arbeitnehmern, die beide 20 Jahre Betriebszugehörigkeit aufwiesen, gelte für den einen, der mit 18 Jahren in den Betrieb eingetreten sei, eine Kündigungsfrist von fünf Monaten, während für den anderen, der mit 25 Jahren eingetreten sei, eine Frist von sieben Monaten gelte.

Nach Auffassung des EuGH handelt es sich nicht nur um einen Verstoß gegen die Richtlinie 2000/78/EG, sondern auch um einen Verstoß gegen den „allgemeinen Grundsatz“ des Verbots der Altersdiskriminierung, der Primärrecht sei. Daher dürfe die Regelung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB von nationalen Gerichten nicht mehr angewendet werden.

Darüber hinaus trifft der EuGH die Aussage, dass ein nationales Gericht eine nationale Rechtsvorschrift – auch ohne sie dem EuGH vorher vorgelegt zu haben – unangewendet lassen könne, wenn es der Überzeugung sei, dass diese gegen europäisches Primärrecht verstoße.

Das BAG hat diese Rechtsprechung des EuGH bestätigt und zudem geurteilt, dass Arbeitgeber, die § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB vor dem Urteilsspruch des EuGH angewendet haben, keinen Vertrauensschutz genießen. Das BAG erklärt damit auch in solchen Fällen die Kündigungsfristen für zu kurz.

Altersgrenzen (Regelrenteneintrittsalter)

BAG, Urt. v. 18. Juni 2008 – 7 AZR 116/07

Das BAG hat entschieden, dass tarifliche Altersgrenzen, die die Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Zeitpunkt des Erreichens der sozialversicherungsrechtlichen Regelaltersgrenze vorsehen, zulässig sind. Seien Arbeitnehmer durch den Bezug gesetzlicher Altersrente wirtschaftlich abgesichert, überwiege das Interesse des Arbeitgebers an der Einstellung des Nachwuchses und der Förderung bereits beschäftigter Arbeitnehmer. Der Wirksamkeit einer derartigen tariflichen Altersgrenzenregelung stünden auch das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters und die Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG nicht entgegen. Die Ungleichbehandlung sei durch ein legitimes

Ziel aus der Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik im Sinne des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie gerechtfertigt.

Altersgrenzen (Regelrenteneintrittsalter)

EuGH, Urt. v. 5. März 2009 – C-388/07, „Age Concern England“, Rs. II/086/09 vom 5. Juni 2009

Der EuGH stellt klar, dass Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG der nationalen Bestimmung, die keine genaue Aufzählung der Ziele enthalte, die eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Alters rechtfertigen könnten, nicht entgegensteht.

Im Streit standen die zum 1. Oktober 2006 in Kraft getretenen „Employment Equality (Age) Regulations 2006“. Danach sind Entlassungen von Arbeitnehmern wegen Versetzung in den Ruhestand keine Altersdiskriminierung, wenn der Arbeitnehmer 65 Jahre oder älter sei und die Entlassung unter Beachtung bestimmter Verfahrensvoraussetzungen erfolge. Der Arbeitnehmer habe dann das Recht, ein förmliches Ersuchen um Unterlassung der Entlassung wegen Versetzung in den Ruhestand zu stellen, das der Arbeitgeber nach einem vorgegebenen Verfahren prüfen müsse.

Altersgrenzen (Regelrenteneintrittsalter)

EuGH, Urt. v. 16. Oktober 2007 – C-411/05, „Palacios de la Villa“, Rs II/227/07 v. 16. Oktober 2007 und II/049/07 v. 16. Februar 2007

Das in der Richtlinie 2000/78/EG konkretisierte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist dahingehend auszulegen, dass es einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die in Tarifverträgen enthaltene Klauseln über die Zwangsversetzung in den Ruhestand für gültig erklärt, in denen als Voraussetzung lediglich verlangt wird, dass der Arbeitnehmer die im nationalen Recht auf 65 Jahre festgesetzte Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand erreicht hat und die übrigen sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen für den Bezug einer beitragsbezogenen Altersrente erfüllt. Diese Maßnahme müsse, auch wenn sie auf das Alter abstellt, objektiv und angemessen und im Rahmen des nation-

alen Rechts durch ein legitimes Ziel, das in Beziehung zur Beschäftigungspolitik und zum Arbeitsmarkt steht, gerechtfertigt sein.

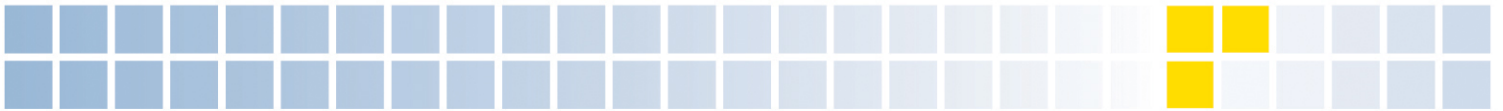
Altersgrenzen (Regelrenteneintrittsalter)

ArbG Hamburg, Urt. v. 25. Januar 2011 – 21 Ca 235/08, vorhergehend EuGH, Urt. v. 12. Oktober 2010 – C-45/09, „Rosenblatt“, Rs. II/097/10 v. 24. Juni 2010; Berufung eingelegt beim LAG Hamburg (8 Sa 23/11)

Die klagende Arbeitnehmerin – Gisela Rosenblatt – reinigte seit 39 Jahren eine Kaserne der Bundeswehr in Hamburg für die Beklagte. Die Arbeitszeit betrug wöchentlich zehn Stunden. Nach dem im Vertrag in Bezug genommenen § 19 Nr. 8 des Rahmentarifvertrages (RTV) für die gewerblich Beschäftigten in der Gebäudereinigung endet das Arbeitsverhältnis [...] spätestens mit Ablauf des Monats, in dem der Beschäftigte das 65. Lebensjahr vollendet hat. Im Unternehmen der Beklagten sind mehrere Beschäftigte tätig, die älter als 65 und auch älter als 70 Jahre sind. Nachdem ihr die Beklagte mitgeteilt hatte, dass das Arbeitsverhältnis wegen Erreichens der Altersgrenze beendet ist, bot die Klägerin ihre Arbeitskraft erneut an. Sie erhält eine monatliche gesetzliche Rente i.H.v. 228,26 Euro netto.

Der EuGH hat auf Vorlage des ArbG Hamburg entschieden, dass eine Regelung, nach der ein Arbeitsverhältnis endet, wenn der Arbeitnehmer das Regelrenteneintrittsalter erreicht habe, europarechtskonform ist, soweit zum einen diese Bestimmung objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik gerechtfertigt sei und zum anderen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich seien. Sowohl die Ermächtigung an den Staat, die Sozialpartner und die Arbeitsvertragsparteien zu solchen Regelungen in § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG als auch Regelungen in einem Tarifvertrag verstießen nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung.

Gleichwohl hat das ArbG Hamburg zu Gunsten der Klägerin entschieden und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch § 19 Nr. 8 RTV beendet worden sei. Es sah in der



tarifvertraglichen Regelung einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, aufgrund unzulässiger Gruppenbildung. Eine Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer über 65 Jahre im Vergleich zu den Arbeitnehmern bis 65 Jahre sei nicht gerechtfertigt.

In einer vergleichbaren Sache hat das LAG Hamburg zu der Argumentation des ArbG Hamburg in dieser Sache Stellung genommen. Das LAG sah in der Ungleichbehandlung keinen Verstoß gegen Art. 3 GG. Zwischen der Gruppe der Arbeitnehmer über 65 Jahre und der Gruppe bis 65 Jahre bestünden erhebliche Unterschiede in Form einer Altersversorgung, die den Lebensunterhalt sichere. Die Ungleichbehandlung sei daher gerechtfertigt (LAG Hamburg, Urt. v. 22. Februar 2011 - 4 Sa 76/10; zum MTV der Hamburger Hochbahn AG).

Altersgrenzen (Beamte)

EuGH, Urt. v. 21. Juli 2011 – C-159/10 und C-160/10, „Fuchs“; betreffend das Hessische Beamtengesetz

Die Richtlinie 2000/78/EG steht einem Gesetz wie dem Hessischen Beamtengesetz in der Fassung des Gesetzes vom 14. Dezember 2009, das die zwangsweise Versetzung von Beamten auf Lebenszeit, im vorliegenden Fall Staatsanwälten, in den Ruhestand mit Vollendung des 65. Lebensjahrs vorsieht, wobei sie höchstens bis zum vollendeten 68. Lebensjahr weiterarbeiten dürfen, wenn es im dienstlichen Interesse liegt, nicht entgegen, sofern dieses Gesetz zum Ziel hat, eine ausgewogene Altersstruktur zu schaffen, um die Einstellung und die Beförderung von jüngeren Berufsangehörigen zu begünstigen, die Personalplanung zu optimieren und damit Rechtsstreitigkeiten über die Fähigkeit des Beschäftigten, seine Tätigkeit über ein bestimmtes Alter hinaus auszuüben, vorzubeugen, und es die Erreichung dieses Ziels mit angemessenen und erforderlichen Mitteln ermöglicht.

Die Angemessenheit und Erforderlichkeit der fraglichen Maßnahme ist nachgewiesen, wenn sie im Hinblick auf das verfolgte Ziel nicht unvernünftig erscheint und auf Beweis-

mittel gestützt ist, deren Beweiskraft das nationale Gericht zu beurteilen hat.

Das Hessische Beamtengesetz, das den zwangsweisen Übertritt von Staatsanwälten in den Ruhestand mit Vollendung des 65. Lebensjahrs vorsieht, ist nicht allein deshalb inkohärent, weil es ihnen in bestimmten Fällen erlaubt, bis zum vollendeten 68. Lebensjahr weiterzuarbeiten, und Bestimmungen enthält, die den Übertritt in den Ruhestand vor Vollendung des 65. Lebensjahrs erschweren sollen, und andere Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats das Verbleiben im Dienst von bestimmten Beamten, insbesondere bestimmten Wahlbeamten, über dieses Alter hinaus vorsehen und das Ruhestandsalter schrittweise von 65 auf 67 Jahre anheben.

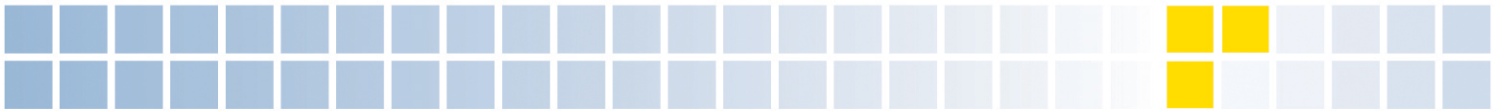
Altersgrenzen (Piloten)

BAG, Urt. v. 18. Januar 2012 – 7 AZR 112/08; Nachfolgeentscheidung zu EuGH, Urt. v. 13. September 2011 - C-447/09, „Prigge“; Rs. II/167/09 vom 2. Dezember 2009; II/141/11 v. 28. September 2011

Das BAG hat die Entscheidung des EuGH umgesetzt, der geurteilt hat, dass die tariflich bestimmte Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten altersdiskriminierend ist.

Die Flugsicherheit sei kein legitimes Ziel i.S.d. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG, mit dem Altersbenachteiligungen gerechtfertigt werden könnten. Dafür kämen lediglich sozialpolitische Zwecke in Betracht.

Allerdings stelle die Leistungsfähigkeit der Piloten, die mit zunehmendem Alter abnehme, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung i.S.d. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 dar. Die Festlegung der Altersgrenze auf 60 Jahre, ab der Piloten als körperlich nicht mehr fähig zur Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit gelten, sei aber unverhältnismäßig. Die Regelung stelle unangemessene Anforderungen auf, weil nationale und internationale Regelungen (JAR-FCL 1.060 des Regelwerks für Flugzeugführer) die Altersgrenze bei 65 Jahren setzen. Zudem sei es nicht notwendig, die Ausübung



des Berufs nach Vollendung des 60. Lebensjahres generell zu verbieten. Es reiche aus, die Berufsausübung dadurch zu beschränken, dass über 60-jährige Piloten zu einer Besatzung aus mehreren Piloten gehören müssen, die das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Altersgrenze (Vertragszahnärzte)

EuGH, Urt. v. 12. Januar 2010 – C-341/08, „Peter-
sen“; Rs. II/008/10 v. 18. Januar 2010

Die Festlegung einer Altersgrenze für Vertragszahnärzte gem. §§ 72 Abs. 1 S. 2, 95 Abs. 7 S. 3 SGB V kann eine Altersdiskriminierung rechtfertigen, wenn durch die Altersgrenze die Gesundheit der Patienten geschützt werden solle. Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie stehe jedoch einer Höchstaltersgrenze von 68 Jahren entgegen, wenn diese Maßnahme nur das Ziel habe, die Gesundheit der Patienten vor dem Nachlassen der Leistungsfähigkeit von Vertragszahnärzten, die dieses Alter überschritten hätten, zu schützen, da diese Altersgrenze nicht für Zahnärzte außerhalb des Vertragszahnarztsystems gelte. Eine solche Maßnahme sei widersprüchlich und könne nicht als für den Gesundheitsschutz erforderlich angesehen werden. Diese Altersgrenze hätte allein für alle Zahnärzte gleichermaßen eingeführt werden dürfen. Dagegen stehe Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 einer solchen Maßnahme nicht entgegen, die die Verteilung der Berufschancen zwischen den Generationen innerhalb der Berufsgruppe der Vertragszahnärzte zum Ziel habe und wenn sie unter Berücksichtigung der Situation auf dem betreffenden Arbeitsmarkt zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sei. Das Alter von 68 Jahren sei als Endpunkt der Zulassung angemessen.

Altersgrenze (Sachverständige)

BVerwG, Urt. v. 1. Februar 2012 – 8 C 24.11

Das BVerwG erklärte die generelle Höchstaltersgrenze für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige für unzulässig. Der heute 75 Jahre alte Kläger war von der beklagten IHK bis zum Erreichen der in der Sachverständigenordnung (SVO) vorgesehenen

Höchstaltersgrenze von 68 Jahren zum öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für die Sachgebiete „EDV im Rechnungswesen und Datenschutz“ sowie „EDV und Hotellerie“ bestellt worden. Diese Bestellung war nach der SVO einmal bis zur Vollendung des 71. Lebensjahres verlängert worden. Der Antrag des Klägers auf weitere Verlängerung der Bestellung wurde von der Beklagten abgelehnt.

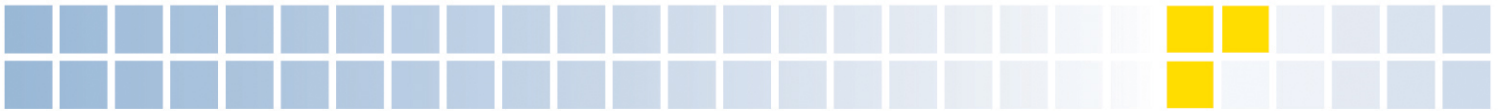
Diese generelle Altersgrenze sei unwirksam, da das mit der Satzungsregelung verfolgte Ziel, einen geordneten Rechtsverkehr sicherzustellen, kein legitimes Ziel i.S.v. § 10 AGG ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH würden dazu nur sozialpolitische Ziele insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zählen. Das Lebensalter stehe auch nicht i.Sv. § 8 AGG in innerem Zusammenhang mit einer besonderen Anforderung an die Art der beruflichen Betätigung. Die Tätigkeit als Sachverständiger in den Sachgebieten, für die der Kläger seine Bestellung begehrt, stellt keine besonderen Anforderungen, die – bei entsprechender Vorbildung und Erfahrung – nur Jüngere erfüllen könnten.

Altersgrenze (Feuerwehrleute)

EuGH, Urt. v. 12. Januar 2010 – C-229/08, „Wolf“;
Rs. II/008/10 v. 18. Januar 2010

Das Land Hessen hat das Höchstalter für die Einstellung von Feuerwehrleuten zur Brandbekämpfung auf 30 Jahre festgesetzt. Ziel dieser Altersgrenze ist die Gewährleistung der Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Berufsfeuerwehr. Die Stadt Frankfurt am Main lehnte die Einstellung des Klägers Wolf ab, da er beim nächsten Einstellungstermin 31 Jahre alt gewesen wäre.

Der Gerichtshof hat festgestellt, dass die Richtlinie 2000/78/EG – die das Verbot der Altersdiskriminierung im Arbeitsleben beinhaltet – dieser Altersgrenze nicht entgegensteht. Die Ungleichbehandlung wegen des Alters sei gerechtfertigt. Das Bemühen, die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Berufsfeuerwehr zu gewährleisten, stelle einen rechtmäßigen Zweck



i.S.v. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie dar. Die Notwendigkeit einer besonders ausgeprägten körperlichen Eignung sei eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung, um den Beruf des Feuerwehrmanns zur Brandbekämpfung auszuüben. Das Erfordernis der vollen körperlichen Eignung zur Ausübung dieser Tätigkeit stehe im Zusammenhang mit dem Alter der Angehörigen dieses Dienstes, da nach den von der deutschen Regierung vorgelegten wissenschaftlichen Daten nur sehr wenige von den Beamten, die älter als 45 Jahre seien, über die hinreichende körperliche Eignung verfügten, um ihre Tätigkeit im Bereich der Brandbekämpfung auszuüben. Die Leistungsfähigkeit der Lungen, der Muskulatur und die körperliche Widerstandsfähigkeit lasse mit dem Alter nach.

Altersdiskriminierung durch krankheitsbedingte Kündigung im Kleinbetrieb

LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 18. Juni 2007 – 4 Sa 14/07

Der 1952 geborene Kläger war in einem Kleinbetrieb beschäftigt. Die Beklagte sprach eine krankheitsbedingte ordentliche Kündigung aus. Der Kläger wies von allen beschäftigten Arbeitnehmern die meisten krankheitsbedingten Fehlzeiten auf. Der Kläger erblickt darin eine unzulässige Diskriminierung wegen seines Alters. Der Arbeitgeber habe eine Pflicht zur sozialen Rücksichtnahme und müsse daher die statistisch betrachteten höheren Fehlzeiten der älteren Arbeitnehmer hinnehmen.

Das LAG verneinte im Ergebnis eine Diskriminierung wegen des Alters. In dem Umstand, dass der Kläger als älterer Arbeitnehmer aufgrund seiner tendenziell höheren krankheitsbedingten Fehlzeiten stärker als jüngere Arbeitnehmer von einer krankheitsbedingten Kündigung betroffen sein könnte, könne aber grundsätzlich eine mittelbare Benachteiligung darstellen. Der zur Ermittlung einer mittelbaren Benachteiligung vorzunehmende statistische Vergleich ergebe jedoch, dass die Fehlzeiten des Klägers vorliegend noch deutlich höher ausfielen als die durchschnittlichen Fehlzeiten der herangezogenen Vergleichsgruppe. Eine mittelbare Dis-

kriminierung hätte nach Ansicht des LAG mithin nur dann vorliegen können, wenn der Kläger wegen Fehlzeiten gekündigt worden wäre, die zwar über den durchschnittlichen Fehlzeiten der jüngeren Arbeitnehmer gelegen, sich aber noch im Rahmen der durchschnittlichen Fehlzeiten vergleichbarer Arbeitnehmer seiner Altersgruppe bewegt hätten.

Ablehnung der Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis

ArbG Frankfurt/ M., Urt. v. 29. Mai 2007 – 11 Ca 8952/06

Die Klägerin, Flugbegleiterin, war wegen ihres Alters (46) nicht von einem befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen worden, aufgrund der Systematik der Übergangsversorgung für das Kabinenpersonal der Beklagten. Bei Flugdienstuntauglichkeit nach dem 45. Lebensjahr müsste die Arbeitgeberin eine erhebliche Übergangsversorgungsleistung (Firmenrente) erbringen, die nach Ansicht der Arbeitgeberin nicht mehr im Verhältnis zur sehr kurzen Beschäftigungsdauer (9 Jahre bis zum Eintritt in den Ruhestand aufgrund tarifvertraglicher Altersgrenzenregelung stehe und die Funktionsfähigkeit des Firmenrentenmodells gefährde.

Die Altersdiskriminierung durch Ablehnung der Einstellung ist sachlich nicht gerechtfertigt, so das LAG. Weder sei diese durch die maximal neunjährige Beschäftigungsdauer der Arbeitnehmerin gem. § 10 Satz 3 Nr. 3 Hs. 2 AGG noch durch § 10 Satz 1, Satz 2 AGG – das wirtschaftliche Interesse bzw. die Notwendigkeit, dass die Funktion des Firmenrentenmodells gewährleistet sei – gerechtfertigt. Das ArbG Frankfurt sprach daher eine Entschädigung i.H.v. drei Bruttomonatsgehältern (hier 4.050 €) zu.

III. Ethnische Herkunft als (mittelbares) Differenzierungskriterium

Kündigung wegen Nichtverstehens deutscher Arbeitsanweisungen

BAG, Urt. v. 28. Januar 2010 – 2 AZR 764/08; Rs. II/018/10 v. 3. Februar 2010; II/127/10 v. 20. Juli 2010

Der klagende Arbeitnehmer, in Spanien geboren und dort zur Schule gegangen, ist als Produktionshelfer bei der Arbeitgeberin beschäftigt, die in der Automobilzulieferindustrie tätig ist. Zu den Anforderungen an seine Stelle zählt laut Stellenausschreibung die Kenntnis der deutschen Sprache in Wort und Schrift. Nachdem der Kläger einen Deutschkurs während der Arbeitszeit auf Kosten der Arbeitgeberin absolviert hatte, lehnte er ihm empfohlene Folgekurse ab. Im Rahmen von mehreren internen Audits wurde festgestellt, dass der Kläger Arbeits- und Prüfungsanweisungen nicht verstehen konnte. Auch den daraufhin erfolgten Aufforderungen zur Verbesserung seiner Deutschkenntnisse folgte er nicht. Deshalb kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis.

Das BAG hat die Klage des Arbeitnehmers abgewiesen. Die Kündigung verstoße nicht gegen das Verbot mittelbarer Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft. Sei ein Arbeitnehmer nicht in der Lage, in deutscher Sprache gefasste Arbeitsanweisung zu lesen, so könne eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt sein. Der Arbeitgeberin sei es in diesem Fall auch nicht verwehrt, vom Kläger ausreichende Kenntnisse der deutschen Schriftsprache zu verlangen. Deren Kenntnis sei für die Tätigkeit erforderlich gewesen. Die Arbeitgeberin habe aus Gründen der Qualitätssicherung schriftliche Arbeitsanweisungen eingeführt. Dies sei ein legitimes Ziel. Zudem habe sie dem Kläger ausreichend Gelegenheit zum notwendigen Spracherwerb gegeben.

Aufforderung zur Teilnahme an einem Deutschkurs keine Belästigung

BAG, Urt. v. 22. Juni 2011 – 8 AZR 48/10

Die Aufforderung an einen ausländischen Arbeitnehmer, einen Deutschkurs zu besuchen, um sich mit Kunden verständigen zu können, ist keine Belästigung i.S.d. AGG. Der Arbeitgeber kann daher immer verlangen, dass Beschäftigte Deutsch lernen, wenn die Tätigkeit die Beherrschung der Sprache erfordert.

Ebenso wie die Vorinstanzen hat das BAG die Klage einer Arbeitnehmerin aus dem ehemaligen Jugoslawien auf 15.000 € wegen Diskriminierung auf Grund der ethnischen Herkunft abgewiesen. Die Arbeitnehmerin war in einem öffentlichen Schwimmbad beschäftigt und war dort unter anderem als Kassen- und Service-Kraft am Empfang eingesetzt. Auf Grund ihrer Sprachprobleme mussten ihre Aufgaben teilweise von anderen Arbeitnehmern erledigt werden und Badegäste beschwerten sich über sie. Der mehrfachen Mahnung ihres Arbeitgebers, einen Deutschkurs zu besuchen, kam sie nicht nach.

Ablehnung einer Einstellung wegen fehlender Deutschkenntnisse

ArbG Berlin, Urt. v. 26. September 2007 – 14 Ca 10356/07

Ein britischer Staatsangehöriger hatte sich erfolglos auf eine Stelle für den Bereich Gartenarbeit bei einem Garten- und Landschaftsbaubetrieb beworben und auf Entschädigung i.H.v. drei Monatsgehältern geklagt. Das ArbG Berlin hat die Klage abgewiesen. Die Ablehnung einer Einstellung wegen unzureichender Deutschkenntnisse eines Bewerbers mit Migrationshintergrund knüpfe nicht an die ethnische Herkunft an, sondern an die deutsche Sprache und sei deshalb nicht diskriminierend. Auch eine mittelbare Beeinträchtigung scheide aus, da Nichtberücksichtigungsgrund nicht mittelbar die Muttersprache des Bewerbers als Aus-druck und Merkmal seiner ethnischen Herkunft sei. Entscheidend seien die fehlenden Kenntnisse in einer weiteren – der deutschen – Sprache.

Ablehnung einer Einstellung, weil kein deutscher Muttersprachler

ArbG Berlin, Urt. v. 11. Februar 2009 – 55 Ca 16952/08

Erhält eine Bewerberin auf einen ausgeschriebenen Arbeitsplatz frühzeitig eine Absage, weil sie „keine deutsche Muttersprachlerin“ ist, hat die für die Auswahlentscheidung zuständige Person eine Indiztatsache für eine Diskriminierung der Bewerberin wegen ihrer ethnischen Herkunft gesetzt. Dies gilt auch dann, wenn perfekte Deutschkenntnisse in Wort und Schrift – aber nicht die Besetzung mit einem Muttersprachler – zwingende Voraussetzung für die Besetzung der Stelle sind. Das ergibt sich anhand der konkreten Arbeitsaufgaben. Ob jemand die Möglichkeit hatte, sich so mit der deutschen Sprache vertraut zu machen, dass er sie wie ein deutscher Muttersprachler (mit entsprechender Bildung) beherrscht, lässt sich nicht an Hand der Frage beantworten, in welcher Sprache der erste Spracherwerb des Kindes stattfand.

Ablehnung der Einstellung wegen undeutlicher deutscher Aussprache

ArbG Hamburg, Urt. v. 26. Januar 2010 – 25 Ca 282/09

Das ArbG Hamburg verurteilte die Arbeitgeberin zur Zahlung einer Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG i.H.v. drei Monatsgehältern (5.400 €) wegen mittelbarer Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft.

Der in der Elfenbeinküste geborene Kläger bewarb sich mehrfach auf Grund von Stellengesuchen, nach denen Bewerber die deutsche Sprache in Wort und Schrift beherrschen sollten, als Postzusteller. Seine Muttersprache ist Französisch, er hatte jedoch bereits eine in deutscher Sprache durchgeführte Ausbildung beendet. Die Arbeitgeberin lehnte die Bewerbungen des Klägers mit der Begründung ab, dass seine Aussprache beim telefonischen Erstkontakt undeutlich gewesen sei.

Bei Arbeitsplätzen, die von dem Arbeitnehmer eine Kommunikation mit Kunden erfordern, können entsprechende hinreichende Sprach-

kenntnisse vom Arbeitgeber gefordert werden. Die Forderung, sich klar und deutlich in deutscher Sprache auszudrücken, gehe über das Erfordernis der bloßen Sprachbeherrschung hinaus und sei für die zu besetzende Stelle des Postzustellers nicht mehr angemessen. Es sei nicht erforderlich, dass der Kläger als Postzusteller weitgehend akzentfrei die deutsche Sprache spricht. Das gelte umso mehr, als die Arbeitgeberin zur Beurteilung der Aussprache des Klägers lediglich ein kurzes Telefonat herangezogen habe.

Rückgabe der Bewerbungsunterlagen mit dem Vermerk „(-) Ossi“

ArbG Stuttgart, Urt. v. 15. April 2010 – 17 Ca 8907/09; Berufung eingelegt beim LAG Baden-Württemberg unter 8 Sa 31/10

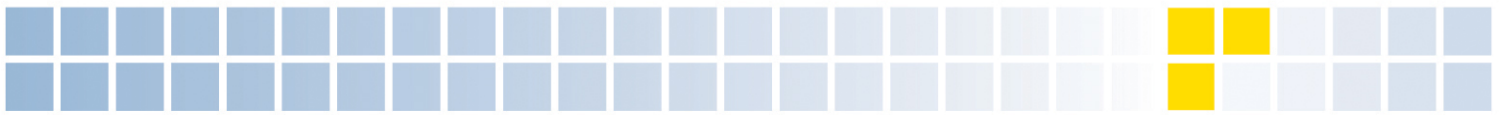
Nicht durchgedrungen mit ihrer Klage wegen ethnischer Diskriminierung ist eine Bewerberin, die ihre Bewerbungsunterlagen versehen mit dem Vermerk „(-)Ossi“ zurückerhielt. Das ArbG Stuttgart hat die Ostdeutschen nicht als eigene Ethnie angesehen. Außer der Zuordnung zum ehemaligen DDR-Territorium fehle es bei den Ostdeutschen an einheitlichen Merkmalen in Tradition, Sprache, Religion, Kleidung oder Ernährung.

Kundenwünsche

EuGH, Urt. v. 10. Juli 2008 – C-54/07, „Feryn“; Rs. II/101/07 v. 19. April 2007 und II/137/08 v. 24. Juli 2008

Die öffentliche Äußerung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, begründet eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung, da solche Äußerungen bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern.

Solche Äußerungen reichen nach Ansicht des EuGH aus, um eine Vermutung für das Vorliegen einer unmittelbar diskriminierenden Einstellungspolitik zu begründen. Der Arbeitgeber müsse dann beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes



vorgelegen habe. Dies könne er durch den Nachweis tun, dass die tatsächliche Einstellungspraxis des Unternehmens diesen Äußerungen nicht entspreche.

Auch dann, wenn es kein identifizierbares Opfer gebe, müssten die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Diese könnten auch darin bestehen, dass der klagenden Einrichtung (nach belg. Recht hat die Antidiskriminierungsstelle ein Klagerecht) Schadensersatz zugesprochen wird.

IV. Geschlecht als Differenzierungskriterium

Kündigung am Weltfrauentag

ArbG Hamburg, Urt. v. 28. August 2007 – 21 Ca 125/07

In dem Umstand, dass eine Kündigung am Weltfrauentag (8. März) ausgesprochen wurde, liegt kein Indiz für eine Diskriminierung wegen des Geschlechts. Die Kündigungsschutzklage wurde abgewiesen. Ein Anspruch auf Entschädigung nach dem AGG wurde verneint.

Diskriminierung durch Zuweisung eines anderen Aufgabengebietes

ArbG Wiesbaden, Urt. v. 18. Dezember 2008 – 5 Ca 46/08 (gerichtlicher Vergleich nach Einlegung der Berufung beim LAG Frankfurt)

Die Klägerin, Arbeitnehmerin in einem Versicherungskonzern, begehrt 433.000 € Schadensersatz und 67.000 € Entschädigung wegen Benachteiligung auf Grund ihrer Schwangerschaft und ihrer türkischen Herkunft. Sie sei auf eine weniger attraktive Stelle versetzt worden und habe daher einen Nervenzusammenbruch erlitten.

Das ArbG Wiesbaden sprach der Klägerin 10.800 € zu. Zwar könne die Zuweisung eines neuen Betreuungsgebietes nach Rückkehr aus dem Mutterschutz den Verdacht einer Diskriminierung wegen des Geschlechts begründen. Aber das rechtfertige nicht eine „medienwirksame“ Schadensersatzforderung in Höhe von einer halben Million Euro. Insbesondere die Berechnung der Forderung durch die Klägerin im Rahmen der Klagebegründung – Hochrechnung des Verdienstausfalls bis zum Rentenbeginn – wurde vom Arbeitsgericht als überhöhte Schadenskompensation zurückgewiesen.

Schwangerschaft

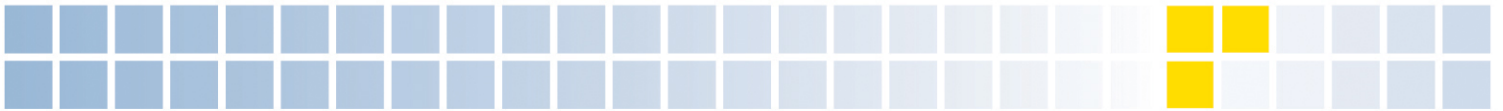
LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28. Juni 2011, 3 Sa 917/11; vorhergehend u.a. BAG, Urt. v. 24. April 2008 – 8 AZR 257/07 und BAG, Urt. v. 27. Januar 2011 – 8 AZR 483/09; Rs. II/216/08 v. 10. Dezember 2008

Das LAG hat einen Entschädigungsanspruch iHv. 17.062,50 Euro wegen geschlechtsspezifischer Benachteiligung bei einer Beförderungentscheidung bejaht.

Bewirbt sich eine schwangere Arbeitnehmerin um eine Stelle und besetzt der Arbeitgeber diese Stelle mit einem männlichen Mitbewerber, so hat die Arbeitnehmerin eine geschlechtsspezifische Benachteiligung dann glaubhaft gemacht, wenn sie außer der Schwangerschaft weitere Tatsachen vorträgt, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen.

An diesen weiteren Tatsachenvortrag sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Es liegen hier mehrere unstrittige Tatsachen bzw. solche Tatsachen, die sich auch aus dem Vortrag der Beklagten ergeben, vor, die bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung nach der allgemeinen Lebenserfahrung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass die Personen, die für die Beklagte die Entscheidung über die Beförderung getroffen haben und deren Verhalten sich die Beklagte zurechnen lassen muss, bei ihrer Entscheidung, Herrn G. und nicht die Klägerin zu befördern, auch die Schwangerschaft der Klägerin als einen Grund mitberücksichtigt haben.

U.a. führt das LAG aus: Die Äußerung von Herrn E., die Klägerin solle sich über ihr Kind freuen, die im direkten Zusammenhang mit der Mitteilung, nicht die Klägerin, sondern Herr G. werde befördert, fiel und zwar ohne dass die Klägerin zuvor ihre Schwangerschaft angesprochen hatte, drückt jedenfalls aus objektiver Sicht die Einstellung des Erklärenden aus, ein Kind sei ein Trost bzw. etwas Positives und damit treffe es eine Schwangere nicht so hart wie eine nicht schwangere Person, wenn sie nicht befördert wird. Wenn man das Erwarten eines Kindes, also die Schwanger-



schaft, als einen Trost für eine Nichtbeförderung ansieht, bringt man damit durchaus das Verständnis zum Ausdruck, die Schwangerschaft sei ein Ersatz für die Karriere. Aus objektiver Sicht kann aber für die schwangere Frau, die die Beförderung anstrebt, das zu erwartende Kind kein Trost für die Nichtbeförderung sein, da sie ja zum einen das Kind und die Beförderungsstelle möchte.

Vergütungssystem (Nichtberücksichtigung der Elternzeit bei der Beschäftigungszeit)

BAG, Urt. v. 27. Januar 2011 – 6 AZR 526/09

Die Hemmung der Stufenlaufzeit bei Inanspruchnahme von Elternzeit durch § 17 Abs. 3 Satz 2 TVöD-AT entfaltet weder unmittelbar noch mittelbar geschlechtsdiskriminierende Wirkung. Der Stufenaufstieg im Entgeltssystem des TVöD soll die gewonnene Berufserfahrung honorieren. In der Zeit, in der das Arbeitsverhältnis wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit unter Suspendierung der beiderseitigen Hauptpflichten ruht, wird keine Berufserfahrung gewonnen. Differenzierungskriterium in § 17 Abs. 3 S. 2 Halbs. 2 TVöD ist nicht das Geschlecht, sondern das Ruhen des Arbeitsverhältnisses und das damit verbundene Fehlen eines Zuwachses an Erfahrungswissen.

Betriebliche Vorruhestandsleistungen (Einstellung bei frühestmöglichem Renteneintritt)

BAG, Urt. v. 15. Februar 2011 – 9 AZR 750/09

Wenn nach einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Anspruch auf betriebliche Vorruhestandsleistungen mit dem Zeitpunkt des frühestmöglichen Renteneintritts endet und daraus für männliche Arbeitnehmer eine drei Jahre längere Bezugsdauer als für weibliche folgt, ist diese Vereinbarung wegen mittelbarer Geschlechtsdiskriminierung gem. 7 Abs. 2 AGG unwirksam.

Vorruhestandsvereinbarungen verfolgen den Zweck der wirtschaftlichen Absicherung bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversiche-

rung erhalten kann. Zur Rechtfertigung einer solchen Benachteiligung kann daher nicht allein die Anknüpfung an das gesetzliche Rentenrecht herangezogen werden, da diese dazu führt, dass Frauen und Männer nicht in gleicher Weise wirtschaftlich abgesichert werden.

Betriebliche Vorruhestandsleistungen (Einstellung bei frühestmöglichem Renteneintritt mit Nachteilsausgleich)

BAG, Urt. v. 15. Februar 2011 – 9 AZR 584/09

Eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts kann vorliegen, wenn ein Versorgungsverhältnis nach einer tarifvertraglichen Vorschrift zu dem Zeitpunkt endet, zu dem der Versorgungsempfänger vorzeitig Altersrente in Anspruch nehmen kann (hier gem. § 237a Abs. 1 SGB VI für Frauen 60 Jahre und für Männer 63 Jahre). Die Tarifvertragsparteien können diesen Nachteil beseitigen, indem sie für die kürzere Bezugsdauer einen finanziellen Ausgleich schaffen.

Die Klägerin bezog nach ihrem Ausscheiden ein Jahr lang Versorgungsleistungen in Form von Übergangsgeld. Das BAG hat die Sache zurückverwiesen. Das LAG wird zu prüfen haben, ob die tariflichen Leistungen geeignet sind, den Nachteil des kürzeren Bezugszeitraums auszugleichen.

V. Religion / Weltanschauung als Differenzierungskriterium

Ablehnung einer Bewerberin durch das Diakonische Werk, die keiner christlichen Kirche angehört

BAG, Urt. v. 19. August 2010 – 8 AZR 466/09

Die Klägerin ist Deutsche türkischer Herkunft und gehört keiner christlichen Kirche an. Sie bewarb sich auf die Stellenanzeige des Diakonischen Werkes für die Position „Integrationslotse Hamburg“. Voraussetzung war laut Stellenausschreibung u.a. ein abgeschlossenes Studium der Sozialwissenschaft/Sozialpädagogik. Die Klägerin verfügte weder über ein solches Studium noch über die Hochschulreife. Sie verneinte die telefonische Nachfrage der Arbeitgeberin, ob sie sich den Eintritt in die Kirche vorstellen könne. Ihre Bewerbung wurde abgelehnt.

Das BAG lehnte einen Entschädigungsanspruch ab. Die Klägerin sei auf Grund fehlender, in der Stellenausschreibung geforderter Qualifikation keine geeignete Bewerberin, so dass sie mangels einer vergleichbaren Situation auch nicht „wegen“ eines unzulässigen Merkmals diskriminiert werden könne. Der betreffende Bewerber müsse eine Bewerbung vorweisen, die mit der anderer Bewerber vergleichbar sei. Die Vergleichbarkeit sei nach dem vom Arbeitgeber entwickelten Anforderungsprofil zu beurteilen.

Stasitätigkeit als Weltanschauung

ArbG Berlin, Urt. v. 30. Juli 2009 – 33 Ca 5772/09

Erfolglos blieb die Klage einer gekündigten ehemaligen Stasi-Mitarbeiterin. Sie fand vor dem ArbG Berlin kein Gehör mit dem Argument, dass ihre frühere Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit Ausdruck ihrer damaligen Weltanschauung des Marxismus-Leninismus gewesen ist.

Kündigung wegen Glaubenskonflikt

BAG, Urt. v. 24. Februar 2011 - 2 AZR 636/09; Rs. II/162/11 v. 17. November 2011

Der Arbeitnehmer war bei der Beklagten zunächst als Helfer in der Waschstraße tätig. Nach deren Stilllegung beschäftigte sie ihn in dem dazugehörigen Warenhaus als Ladenhilfe. Die Beklagte setzte den Kläger zunächst im Getränkebereich der Abteilung „Allgemeine Lebensmittel“ ein. Auf dessen Wunsch hin wies sie ihn ab März 2007 der Frischwarenabteilung zu. Während dieser Tätigkeit erkrankte der Kläger mehrfach. Im Anschluss an eine Erkrankung wies sie ihn an, wieder in der Getränkeabteilung zu arbeiten. Unter Berufung auf seinen muslimischen Glauben, der ihm den Umgang mit Alkohol verbiete, weigerte sich der Kläger der Anordnung zu folgen. Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos und hilfsweise fristgemäß.

Das BAG verneinte die Voraussetzungen für eine verhaltensbedingte Kündigung. Die beharrliche Arbeitsverweigerung rechtfertige an sich zwar eine Kündigung. Die Beklagte habe aber dem Kläger die Arbeiten im Getränkebereich nicht wirksam zugewiesen, da der Kläger aus Glaubensgründen berechtigt sei, diese Arbeiten zu verweigern.

Das BAG stellte aber fest, dass eine personenbedingte Kündigung gerechtfertigt sein könne, wenn der Arbeitnehmer aus persönlichen Gründen außerstande sei, seine vertragliche Leistung zu erbringen. Der Arbeitgeber sei aber nicht zur Kündigung berechtigt, wenn er den Arbeitnehmer im Betrieb oder im Unternehmen unter Vermeidung des Konflikts sinnvoll weiter beschäftigen könne.

Wenn dies nicht der Fall sei, stelle die Kündigung auch keine Diskriminierung i.S.d. AGG dar. Die Kündigung erfolge nicht, weil der Kläger Moslem ist, sondern weil er außerstande ist, vertragliche Verpflichtungen zu erfüllen. Unabhängig davon, verfolge eine solche Kündigung ein rechtmäßiges Ziel.

VI. Behinderung als Differenzierungskriterium

Abgrenzung Krankheit / Behinderung

EuGH, Urt. v. 11. Juli 2006 – C-13/05, „Navas“
Rs. II/143/06 v. 26. Juli 2006

Eine Person, der von ihrem Arbeitgeber ausschließlich wegen Krankheit gekündigt worden ist, wird nicht von der Richtlinie 2000/78/EG erfasst. Eine Krankheit kann nicht als weiterer Grund neben denen angesehen werden, derentwegen Personen zu diskriminieren nach der Richtlinie 2000/78/EG verboten ist.

Behindertes Kind

EuGH, Urt. v. 17. Juli 2008 – C-303/06, „Coleman“;
Rs. II/136/08 v. 24. Juli 2008

Der EuGH hat entschieden, dass nicht nur derjenige den Schutz vor Diskriminierung aus der Richtlinie 2000/78/EG beanspruchen kann, der selbst behindert ist. Der personelle Anwendungsbereich der Richtlinie erfasse auch Fälle, in denen der Arbeitnehmer diskriminiert werde, weil er für einen Behinderten (hier behindertes Kind) zu sorgen habe. Die Richtlinie, die darauf gerichtet sei, jede Form der Diskriminierung zu bekämpfen, gelte nicht für eine bestimmte Kategorie von Menschen, sondern in Bezug auf die Natur der Diskriminierung.

Frage nach der Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis

BAG, Urt. v. 16. Februar 2012 – 6 AZR 553/10
(bisher nur als PM Nr. 12/12)

Im bestehenden Arbeitsverhältnis ist jedenfalls nach 6 Monaten, also nach dem Erwerb des Sonderkündigungsschutzes für behinderte Menschen, die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung zulässig. Dies gilt insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen. Die Frage steht im Zusammenhang mit der Pflichtenbindung des Arbeitgebers durch die Anforderungen des § 1 Abs. 3 KSchG, der die Berücksichtigung der Schwerbehinderung bei der Sozialauswahl

verlangt, sowie durch den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX, wonach eine Kündigung der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf. Sie soll es ihm ermöglichen, sich rechtstreu zu verhalten.

Infolge der wahrheitswidrigen Beantwortung der ihm rechtmäßig gestellten Frage nach seiner Schwerbehinderung ist es dem Kläger unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich im Kündigungsschutzprozess auf seine Schwerbehinderteneigenschaft zu berufen.

Krankheitsbedingte Kündigung

BAG, Urt. v. 22. Oktober 2009 – 8 AZR 642/08, Rs. II/104/10 v. 30. Juni 2010

Der klagende Arbeitnehmer hatte sieben Jahre jährlich zwischen 20 und 56 Arbeitstagen krankheitsbedingt gefehlt. Deshalb kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis „aus krankheitsbedingten Gründen“. Der anschließend erhobenen Kündigungsschutzklage wurde rechtskräftig stattgegeben. Im Streit steht noch das Begehren des Klägers nach einer Entschädigung in Höhe von 30.000 € für die seiner Ansicht nach in dem Ausspruch der Kündigung liegende Benachteiligung wegen einer Behinderung.

Das BAG verneint den Anspruch des Klägers auf eine Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG. Es könne offen bleiben, ob bei einer (rechtsunwirksamen) Kündigung überhaupt ein Entschädigungsanspruch nach dem AGG in Betracht komme. Jedenfalls seien dessen Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt.

Nach nationalem (§ 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX und § 3 BGG) wie nach europarechtlichem (EuGH Rs. Navas) Verständnis der Behinderung müssten die einen Krankheitswert überschreitende Funktionsbeeinträchtigung und die damit verbundenen Teilhabedefizite am Gesellschafts- bzw. Berufsleben von einer gewissen Dauer sein. Es komme nicht allein auf die Arbeitsunfähigkeitszeiten an. Träten Gesundheitsstörungen in Schüben auf und könnten sie auf ein Grundleiden zurückgeführt werden, handle es sich um ein Dauerleiden mit entsprechend andauernder Funktionsbeeinträchtigung, selbst wenn die

einzelnen akuten funktionalen Einschränkungen für sich gesehen nur kürzere Zeit andauern. Unbeachtlich seien länger andauernde gesundheitliche Beeinträchtigungen, die zu keiner Teilhabestörung führten. Allerdings habe sich der Kläger zur Begründung seiner Teilhabebeeinträchtigung in erster Linie auf die Arbeitsunfähigkeitszeiten berufen und im Übrigen nur pauschal eine Einschränkung seiner Wettbewerbsfähigkeit und Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt behauptet. Ohne konkreten Sachvortrag hierzu seien die Teilhabedefizite kaum zu beurteilen.

In der Kündigungserklärung müsse eine Benachteiligung des Klägers liegen. Mit der Kündigungserklärung habe sich die Beklagte eines zulässigen Gestaltungsmittels zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses bedient. Die Äußerung dieses Beendigungswillens möge für den Erklärungsempfänger ungünstig und nachteilig sein. Es seien aber keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Beklagte gegenüber einem anderen, nicht behinderten Arbeitnehmer mit Arbeitsunfähigkeitszeiten in gleichem oder ähnlichem Umfang keine Kündigung ausspreche, ausgesprochen habe oder aussprechen würde.

Letztlich müssten die Fragen einer Behinderung des Klägers und einer ihn benachteiligenden Maßnahme nicht abschließend geklärt werden. Es fehle jedenfalls am Kausalzusammenhang. Die vorliegenden Tatsachen ließen keinen Schluss auf die Vermutung einer Ursächlichkeit zwischen der (zugunsten des Klägers als Benachteiligung gewerteten) Kündigungserklärung und einer (wiederum zugunsten des Klägers angenommenen) Behinderung zu. Der Kläger berufe sich allein auf die Gestaltungserklärung und auf ein in seiner Person erfülltes Diskriminierungsmerkmal. Es bedürfe zwar keiner subjektiven Komponente wie einer Benachteiligungsabsicht. Hingegen müsse eine Anknüpfung der Handlung des Benachteiligenden an ein Diskriminierungsmerkmal zumindest in Betracht kommen können. Als gestaltende Willenserklärung knüpfe die Kündigungserklärung als solche nicht an ein Diskriminierungsmerkmal an. Mit der Argumentation des Klägers könne letztlich bei jeder Kündigungserklärung gegenüber einem Arbeitnehmer, der ein Merk-

mal i.S.v. § 1 AGG aufweist (was schon beim Geschlecht immer der Fall ist), auch eine Kündigung wegen dieses Merkmals angenommen werden. Das Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals in der Person des Benachteiligten reiche für die Annahme eines Kausalzusammenhangs jedoch prinzipiell nicht aus.

Krankheitsbedingte Kündigung (Betriebliches Eingliederungsmanagement)

BAG, Urt. v. 28. April 2011 – 8 AZR 515/10

Bestätigung der Rechtsprechung des BAG v. 22. Oktober 2009 (s.o.), dass eine krankheitsbedingte Kündigung wegen häufigen und wiederzuerwartenden Arbeitsunfähigkeitszeiten regelmäßig keine hinreichende Indiztatsache für die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung darstellt.

Fortentwicklung dieser Rechtsprechung:

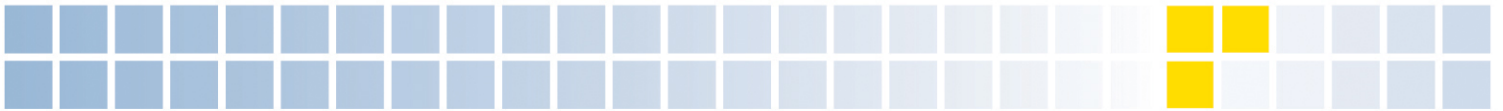
Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtung, ein ordnungsgemäßes betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 82 Abs. 2 SGB IX durchzuführen, begründet keine Vermutung nach § 22 AGG für eine Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen seiner Behinderung. § 84 Abs. 2 SGB IX sei keine besondere Schutzvorschrift zu Gunsten Behinderter, weil diese Norm für alle Arbeitnehmer gilt.

Kündigung wegen HIV-Infektion

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 13. Januar 2012 – 6 Sa 2159/11, PM Nr. 5 v. 13. Januar 2012 (Revision zum BAG zugelassen)

Hat ein Arbeitgeber allgemein festgelegt, dass in einem bestimmten Bereich (hier: in der Medikamentenherstellung) keine erkrankten Arbeitnehmer eingesetzt werden dürfen, so kann er einen an HIV erkrankten Arbeitnehmer in der Probezeit regelmäßig ohne weiteres kündigen. Ein Schadensersatzanspruch nach dem AGG scheidet aus.

Der Kläger war bei einem Pharmaunternehmen als chemisch-technischer Assistent beschäftigt und wurde bei der Herstellung von Medikamenten im "Reinbereich" eingesetzt.



Der beklagte Arbeitgeber hatte für diesen Fertigungsbereich allgemein festgelegt, dass Arbeitnehmer mit Erkrankungen jedweder Art – insbesondere auch Arbeitnehmer mit HIV-Infektion – nicht beschäftigt werden dürfen.

Dabei könne offen bleiben, ob die bloße HIV-Infektion eine Behinderung i.S.v. § 1 AGG darstellt und ob der Kläger im Vergleich zu anderen erkrankten Arbeitnehmern ungleich behandelt worden ist. Eine etwaige Ungleichbehandlung wäre jedenfalls wegen des Interesses des Beklagten, jedwede Beeinträchtigung der Medikamentenherstellung durch erkrankte Arbeitnehmer auszuschließen, gerechtfertigt.

Fehlende Information der Schwerbehindertenvertretung/Verstoß gegen Prüfungs- und Meldepflichten

BAG, Urt. v. 27. Januar 2011 – 8 AZR 580/09

Ein privates Klinikum suchte mit einer Stellenausschreibung eine/n Chefsekretär/in. Die Klägerin wurde abgelehnt, weil aus ihren Bewerbungsunterlagen die erforderliche Qualifikation nicht erkennbar war. Sie verlangt eine Entschädigung wegen einer Behindertendiskriminierung, weil u.a. die Schwerbehindertenvertretung nicht eingeschaltet wurde.

Entgegen der Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg seien die Vorschriften des SGB IX nicht auf den Fall der Klägerin, bei der ein Grad der Behinderung von 40 festgestellt worden sei, anwendbar. Sie sei nicht schwerbehindert und auch nicht einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. Eine entsprechende Anwendung auf einfach-behinderte Menschen scheidet nach Inkrafttreten des AGG aus. Die Übergangsrechtsprechung in Form einer europarechtskonformen Auslegung des § 81 SGB IX sei nicht mehr geboten. Demnach könnten Verstöße gegen § 81 SGB IX bei einfach-behinderten Menschen keine Indizwirkung i.S.v. § 22 AGG herbeiführen.

Verstoß gegen die Prüfpflicht zur Besetzung freier Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen

BAG, Urt. v. 13. Oktober 2011 – 8 AZR 608/10

Schwerbehinderte Stellenbewerber können einen Anspruch auf Entschädigung geltend machen, wenn der Arbeitgeber nicht geprüft hat, ob die Stelle auch für Schwerbehinderte geeignet ist.

Ein mit einem Grad von 60 schwerbehinderter Bewerber mit entsprechender Qualifikation hatte sich bei einer Gemeinde für eine Mutterchaftsvertretung im Bereich Personalwesen, Bauleitplanung, Liegenschaften und Ordnungsamt beworben. Die Gemeinde stellte einen anderen Bewerber ein, ohne vorher zu prüfen, ob die Stelle auch für schwerbehinderte Arbeitnehmer geeignet ist. Auch die Bundesagentur für Arbeit wurde nicht über die freie Stelle informiert.

Nach Ansicht des BAG stellt die Verletzung der Prüfpflicht, die unabhängig davon gelte, ob der Bewerber seinen Schwerbehindertensstatus offenbart, ein Indiz für eine Diskriminierung dar. Da die Gemeinde die Diskriminierungsvermutung nicht widerlegen konnte, sprach das BAG dem Kläger dem Grunde nach eine Entschädigung zu.

„Einfach“ behinderte Menschen

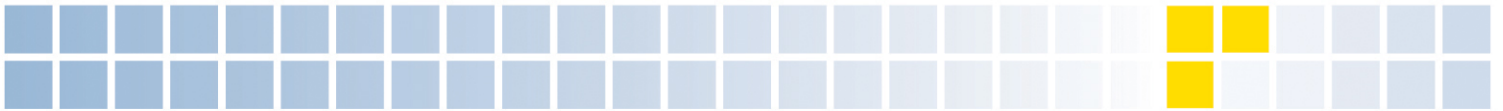
BAG, Urt. v. 27. Januar 2011 – 8 AZR 580/09

Verstöße gegen § 81 SGB IX führen bei einfach behinderten Menschen – also solchen, die nicht schwerbehindert und auch nicht gleichgestellt i.S.d. SGB IX sind, keine Indizwirkung i.S.v. § 22 AGG für die Vermutung einer Diskriminierung herbei.

Zuweisung von Nachtschichten trotz gesundheitlicher Probleme

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 4. Dezember 2008 – 26 Sa 343/08

Die langjährig als Altenpflegerin beschäftigte Klägerin kann aus gesundheitlichen Gründen keine Nachtschichten leisten. Im Altenheim sollten ab Mitte 2007 zur Verbesserung der



Pflegeintensität alle Mitarbeiter im Dreischichtsystem arbeiten. In einem roulierenden System wurden jeweils zwei bis drei Mitarbeiter aus dem Pflegebereich für eine Nachtschicht benötigt. Der Klägerin wurde gekündigt.

Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung beschränkt, diskriminiert behinderte Arbeitnehmer, die eine vorgezogene gesetzliche Altersrente in Anspruch nehmen können, weder wegen ihres Alters noch wegen ihrer Behinderung.

Nach Auffassung des LAG war die Kündigung sozial ungerechtfertigt, weil unverhältnismäßig. Die Arbeitgeberin hätte der Klägerin bei diskriminierungsfreier Ausübung ihres Weisungsrechts keine Nachtschichten zuweisen dürfen. Die Einführung eines roulierenden Schichtsystems für alle Mitarbeiter habe die Klägerin mittelbar diskriminiert, ohne dass dieses Ergebnis zur Erreichung des mit der Maßnahme verfolgten Zwecks erforderlich und angemessen gewesen sei. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers finde seine Grenzen u.a. in den Bestimmungen des auch im Rahmen des KSchG anwendbaren AGG. Die körperliche Beeinträchtigung auf Grund derer die Klägerin keine Nachtschichten leisten könne, sei eine Behinderung i.S.d. AGG und stelle ein Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben dar. Die Einführung eines roulierenden Schichtsystems bewirke, dass sie – anders als die übrigen Mitarbeiter - angesichts ihrer Behinderung nicht in der Lage sei, ihre Tätigkeit uneingeschränkt auszuüben. Dies sei nicht gerechtfertigt. Zwar werde das Ziel der Beklagten, die Pflegeintensität zu verbessern, nicht in Frage gestellt. Es sei jedoch nicht erforderlich gewesen, auch die behinderte Klägerin in die Nachtschichten einzubeziehen. Dafür habe es auch keine pflegerische Notwendigkeit gegeben. Ohne die Klägerin müssten jeden Monat max. 5 Nachtschichten auf 11 oder 12 Mitarbeiter aufgeteilt werden. Das sei zumutbar.

Die hier im Streit stehende Überbrückungsbeihilfe dient dazu, den Arbeitnehmer in den Arbeitsprozess wieder einzugliedern und nicht zur sozialen Absicherung bis zum Bezug der Altersrente, wie dies bei tariflichen Vorruhestandsleistungen der Fall ist.

Tarifliche Überbrückungsbeihilfe / Einstellung bei Rentenberechtigung (vorgezogene Altersrente)

BAG, Beschl. v. 6. Oktober 2011 – 6 AZN 815/11

Eine Regelung, die eine tarifliche Leistung des Arbeitgebers zur Sicherung des Lebensunterhalts von Arbeitnehmern, die ihren Arbeitsplatz betriebsbedingt verloren haben, auf die Zeit bis zum Erwerb einer wirtschaftlichen Absicherung durch den Anspruch auf eine

VII. Betriebliche Altersvorsorge / sexuelle Orientierung / Alter

Anwendbarkeit des AGG / Hauptnährerklausel

BAG, Urt. v. 11. Dezember 2007 – 3 AZR 249/06

Das AGG gilt auch in der betrieblichen Altersvorsorge. § 2 Abs. 2 AGG enthält lediglich eine Kollisionsregel zwischen dem AGG und dem BetrAVG. Soweit sich aus den Bestimmungen des BetrAVG Anknüpfungen an die vom AGG erfassten Merkmale, z.B. Alter, ergeben, sind die betriebsrentenrechtlichen Sonderregelungen vorrangig. Das BetrAVG enthält solche Vorschriften z.B. hinsichtlich der Unverfallbarkeit der Betriebsrente und indem es eine feste Altersgrenze voraussetzt.

Im konkreten Fall hat das BAG eine Versorgungsordnung für diskriminierend erklärt. Danach wurde die Hinterbliebenenversorgung männlichen Arbeitnehmern ohne weitere Voraussetzungen gewährt. Für Arbeitnehmerinnen wurde die Witwerversorgung davon abhängig gemacht, dass die – ehe-malige – Arbeitnehmerin den Unterhalt ihrer Familie überwiegend bestritten habe.

Hinterbliebenenversorgung – Einbeziehung eingetragener gleichgeschlechtlicher Lebenspartner

EuGH, Urteil v. 1. April 2008 – C-267/06, „Maruko“; Rs. II/071/08 v. 3. April 2008

Im Vorabentscheidungsersuchen des VG München standen die Satzungsbestimmungen eines berufsständischen Zusatzversorgungssystems im Streit, nach denen ein eingetragener Lebenspartner keine Hinterbliebenenversorgung entsprechend Eheleuten erhält.

Art. 1 i.V.m. Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG steht einer Regelung entgegen, wonach der überlebende Partner nach Versterben seines Lebenspartners keine Hinterbliebenenversorgung entsprechend einem überlebenden Ehegatten erhalte, obwohl die Lebenspartnerschaft nach nationalem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetze,

die in Bezug auf diese Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar sei. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob sich ein überlebender Lebenspartner in einer Situation befinde, die mit der eines Ehegatten, der die Hinterbliebenenversorgung aus dem berufsständischen Versorgungssystem der Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen erhält, vergleichbar sei.

Hinterbliebenenversorgung – Einbeziehung eingetragener gleichgeschlechtlicher Lebenspartner

BAG, Urt. v. 14. Januar 2009 – 3 AZR 20/07

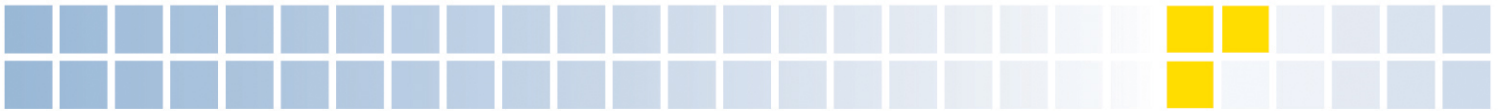
Der Überlebende einer eingetragenen Lebenspartnerschaft hat nicht ebenso Anspruch auf eine betriebliche Hinterbliebenenrente wie ein Ehegatte, wenn der Lebenspartner bereits vor dem 1. Januar 2005 verstorben ist. An diesem Tag trat das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts in Kraft. Ab diesem Tag besteht eine vergleichbare Situation, weil eine Lebenspartnerschaft auch im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung als Ehe gilt.

Vor dem 1. Januar 2005 ergebe sich der Anspruch auf Gleichbehandlung auch nicht aus dem allgemeinen Gleichheitssatz, weil das Grundgesetz jedenfalls bis zu diesem Tag mit Art. 6 Abs. 1 GG den sachlichen Grund für eine Differenzierung gegeben habe.

Hinterbliebenenversorgung – Einbeziehung eingetragener gleichgeschlechtlicher Lebenspartner

BAG, Urt. v. 15. September 2009 – 3 AZR 294/09; Rs. II/021/10 vom 4. Februar 2010

Nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis begründete der Kläger, der seitdem Ruhezüge erhält, im Oktober 2005 eine eingetragene Lebenspartnerschaft. Er begehrt nunmehr die Feststellung, dass sein eingetragener Lebenspartner Hinterbliebenenversorgung im Falle seines Todes nach den-selben Grundsätzen erhält, wie sie in der Versorgungszusage für Ehepartner vorgesehen ist. Die im Arbeitsvertrag in Bezug genommenen



einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften knüpfen jedoch allein an die Ehe an.

Das BAG gab dem Antrag statt, festzustellen, dass der eingetragene Lebenspartner bei Fortbestehen der Lebenspartnerschaft zum Zeitpunkt seines Todes in gleichem Umfang Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung hat wie ein Ehepartner. Der Anspruch ergebe sich aus der Wertung in § 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Abs. 2 AGG.

Maßgeblich sei die Entscheidung des EuGH vom 1. April 2008 in der Rechtssache Maruko. Danach seien Ehegatten und überlebende Lebenspartner eines Arbeitnehmers immer dann gleich zu behandeln, wenn sie sich in einer vergleichbaren Situation im Hinblick auf die Hinterbliebenenversorgung befänden. Nach deutschem Recht treffe das seit dem 1. Januar 2005 zu. Seitdem enthalte das LPartG Regelungen zum Versorgungsausgleich wie bei der Ehescheidung. Gleichzeitig wurde die eingetragene Lebenspartnerschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung der Ehe gleich gestellt (§ 46 SGB VI). Artikel 6 Abs. 1 GG stehe der Vergleichbarkeit nicht entgegen. Danach sei es zwar dem Gesetzgeber verwehrt, andere Lebensformen gegenüber der Ehe zu begünstigen. Er müsse aber nicht andere Lebensformen gegenüber der Ehe benachteiligen. Auch tatsächliche Unterschiede würden nicht zu einer unterschiedlichen Lebenssituation führen. Es sei nicht ungewöhnlich, dass in einer Ehe keine Kinder erzogen würden oder dies nicht zu erheblichen Versorgungsungleichheiten für einen Ehepartner führe. Andererseits sei die Kindererziehung auch in Lebenspartnerschaften nicht ausgeschlossen.

Die Anwendung des AGG setze voraus, dass unter seinem zeitlichen Geltungsbereich ein Rechtsverhältnis zwischen dem Versorgungsberechtigten (Arbeitnehmer) und dem Versorgungsschuldner (Arbeitgeber) bestand. Für die Annahme eines Rechtsverhältnisses sei es nicht erforderlich, dass noch ein Arbeitsverhältnis bestehe. Es sei vielmehr ausreichend, wenn der Arbeitnehmer mit unverfallbaren Anwartschaften aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden oder Betriebsrent-

ner sei. Dann sei ein versorgungsrechtliches Dauerschuldverhältnis begründet.

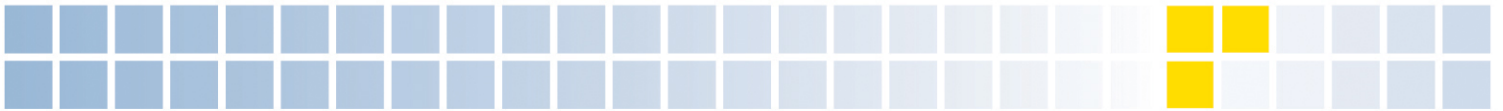
Hinterbliebenenversorgung – Einbeziehung eingetragener gleichgeschlechtlicher Lebenspartner

BAG, Urt. v. 15. September 2009 – 3 AZR 797/08; Rs. II/021/10 vom 4. Februar 2010

Kläger ist der hinterbliebene Lebenspartner. Seinem verstorbenen Lebenspartner wurde im Rahmen des Arbeitsverhältnisses entsprechend den geltenden Pensionsrichtlinien eine Hinterbliebenenversorgung zugesagt. Die Beklagte lehnte deren Gewährung ab, da die eingetragene Lebenspartnerschaft des Klägers erst nach dessen Eintritt in den Ruhestand geschlossen worden sei. Die einschlägigen Pensionsrichtlinien schließen die Gewährung von Hinterbliebenenrente in einem solchen Fall aus.

Das BAG hat den Anspruch des Klägers auf Hinterbliebenenversorgung verneint. Bereits die Tatbestandsvoraussetzungen der einschlägigen Pensionsrichtlinien seien nicht erfüllt. Danach sei ein Anspruch ausgeschlossen, wenn der Mitarbeiter erst nach seiner Pensionierung geheiratet habe. Die Pensionsrichtlinien knüpften zwar auch nur an die Ehe und nicht an die eingetragene Lebenspartnerschaft an. Dem Kläger stünde jedoch auch bei Gleichbehandlung mit einem hinterbliebenen Ehepartner keine Hinterbliebenenversorgung zu.

Dieses Ergebnis führe nicht deshalb zu einer Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Identität, weil es dem Kläger und seinem verstorbenen Lebenspartner vor Erlass des LPartG nicht möglich war, eine Lebenspartnerschaft einzugehen. Europäisches Recht stehe diesem Ergebnis nicht entgegen, weil danach Ehepartner und gleichgeschlechtliche Lebenspartner nur dann gleich zu behandeln seien, soweit im Hinblick auf den konkret geltend gemachten Anspruch eine vergleichbare Situation bestehe.



Altersabstandsklausel

EuGH, Urt. v. 23. September 2008 – C-427/06,
“Bartsch“; Rs. II/214/06 v. 30. November 2008

Das BAG hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob eine in der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung verwendete sogenannte Altersabstandsklausel eine Diskriminierung wegen des Alters enthält und ob diese gegebenenfalls gerechtfertigt werden kann.

Die Parteien streiten darüber, ob die beklagte Unterstützungskasse verpflichtet ist, der Klägerin Ruhegeld zu zahlen. Nach der in der Versorgungsordnung geregelten Altersabstandsklausel scheiden Leistungen der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung aus, wenn die Witwe/der Witwer über 15 Jahre jünger ist als der ehemalige Mitarbeiter und die Ehe bei Ausscheiden des Mitarbeiters weniger als 5 Jahre bestanden hat.

Der EuGH hat entschieden, dass eine solche betriebliche Altersversorgungsregelung keine Diskriminierung aus Gründen des Alters darstelle. Der Fall ist allerdings aus der Zeit, bevor die Frist zur Umsetzung der Richtlinie abgelaufen war. Der EuGH hat daher argumentiert: Das Gemeinschaftsrecht enthalte kein allgemeines Verbot der Diskriminierung aus Altersgründen, dessen Schutz die Gerichte der Mitgliedsstaaten zu gewährleisten hätten, wenn die diskriminierende Handlung keinen gemeinschaftsrechtlichen Bezug aufweise. Ein solcher Bezug werde weder durch Artikel 13 EGV hergestellt, noch durch die Richtlinie 2000/78/EG, solange ihre Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen sei und keine nationalen Regelungen existierten, die der Umsetzung dieser Richtlinie in innerstaatliches Recht dienen.

VIII. Begriff der „Belästigung“

Feindliches Arbeitsumfeld

BAG, Urt. v. 24. September 2009 – 8 AZR 705/08;
Rs. II/100/10 v. 25. Juni 2010

Die Kläger, fünf Lagerkommissionierer türkischer Herkunft, arbeiten im Lager der Beklagten. An mindestens zwei Toiletteninnentüren bei der Beklagten befanden sich ausländerfeindliche Beschriftungen. Die Kläger behaupten, dass sich diese mindestens seit Anfang 2006 dort befunden hätten und der Niederlassungsleiter, im September 2006 auf diesen Umstand hingewiesen, geäußert habe, so würden die Leute eben denken. Mit Schreiben vom 11. April 2007 beehrten die Kläger Zahlung einer Entschädigung wegen einer Belästigung auf Grund der ethnischen Herkunft. Die Beschriftungen wurden daraufhin entfernt.

Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG sei unter anderem dann gegeben, wenn eine Belästigung im Sinne des § 3 Abs. 3 AGG vorliegt. Ausländerfeindliche Beschriftungen bewirkten eine Verletzung der Würde der Kläger, die von den Urhebern dieser Beschriftungen auch bezweckt gewesen sei, so das BAG.

Für die Annahme einer Belästigung sei jedoch Voraussetzung, dass zusätzlich zu einer Würdeverletzung ein durch Einschüchterungen, Anfeindung, Erniedrigung, Entwürdigungen oder Beleidigung gekennzeichnetes Umfeld geschaffen werde („feindliches Umfeld“). Nach Ansicht des BAG ist maßgeblich, ob eine bestimmte Verhaltensweise oder ein bestimmter Vorfall für das Umfeld charakteristisch oder typisch sei. Deshalb führe einmaliges Verhalten grundsätzlich nicht zur Schaffung eines feindlichen Umfeldes. Regelmäßig sei ein Verhalten von gewisser Dauer erforderlich. Dies schließe allerdings nicht aus, dass im Einzelfall das Umfeld auch durch ein (besonders schwerwiegendes) einmaliges Verhalten gekennzeichnet sein könne. Ohne Hinzutreten weiterer Anhaltspunkte reiche allein das Nicht-entfernen der Beschriftungen nicht aus, um ein feindliches Umfeld zu schaffen. Ihr Anbringen liege weit zurück, ohne

dass weitere Tathandlungen in Form neuer Beschriftungen hinzugekommen wären. Es sei weder ersichtlich, ob die Mitarbeiter, welche die Beschriftung angebracht haben, weiterhin bei der Beklagten beschäftigt seien, noch von wie vielen Mitarbeitern diese stammten oder ob es sich dabei um Vorgesetzte oder sonstige Beschäftigte gehandelt habe. Zudem berücksichtige die Beklagte religiöse Belange der muslimischen Mitarbeiter. Am Lagerstandort sei ein Gebetsraum für muslimische Mitarbeiter eingerichtet und beim jährlichen Sommerfest werde ein Grill für ausschließlich bei einem muslimischen Metzger erworbenes Fleisch zur Verfügung gestellt.

Ein feindliches Umfeld könne nur dann anzunehmen sein, wenn die Behauptung der Kläger zuträfe, dass der Niederlassungsleiter nach dem Hinweis auf die Beschriftung geäußert habe: „So denken die Leute eben“. Als Vorgesetzter könnte er die Würdeverletzung durch diese erkennbar zur Schau gestellte Untätigkeit, verbunden mit einem deutlich geäußerten Desinteresse an diesem Vorgang verstärkt haben. Letztlich könne jedoch dahinstehen, ob die behauptete Untätigkeit tatsächlich vorgelegen habe, da die Entschädigungsansprüche verspätet geltend gemacht worden seien.

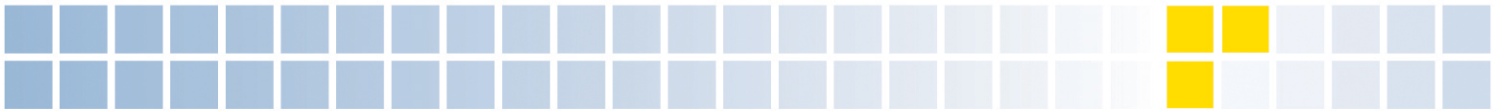
(Einzelheiten zur Geltendmachungsfrist S.40 f.)

Sexuelle Belästigung

BAG, Urt. v. 9. Juni 2011 – 2 AZR 323/10

Der Kläger wurde im Oktober 2007 wegen tätlicher sexueller Belästigung abgemahnt. Aufgrund verbaler Äußerungen gegenüber einer Kollegin wurde er im Juli 2008 wegen wiederholter sexueller Belästigung fristlos, hilfsweise fristgerecht gekündigt.

Nach dem BAG ist die fristlose Kündigung wirksam. Eine sexuelle Belästigung i.S.v. § 3 Abs. 4 AGG stelle eine Verletzung vertraglicher Pflichten nach § 7 Abs. 3 AGG dar. Sie sei „an sich“ als wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Die fristlose Kündigung sei auch nach den Umständen des Einzelfalls gerechtfertigt. Die Warnfunktion der Abmahnung umfasse auch verbale Belästigungen.



Verbale Belästigungen seien nicht generell weniger gravierend als tätliche Belästigungen. Auch die Intensität verbaler Belästigungen könne erheblich sein. Die wiederholte Belästigung rechtfertige daher die Prognose weiteren Fehlverhaltens. Das Abwarten der siebenmonatigen Kündigungsfrist sei unzumutbar, weil der Arbeitgeber nach § 12 Abs. 3 AGG die Belästigungen effektiv zu unterbinden habe, was im konkreten Fall nur durch die fristlose Kündigung möglich gewesen sei.

Die „Unerwünschtheit“ der Belästigung i.S.v. § 3 Abs. 4 AGG ist nicht nur dann gegeben, wenn die betroffene Person ihre ablehnende Einstellung zu den fraglichen Verhaltensweisen aktiv verdeutlicht hat. Maßgeblich ist allein, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise objektiv erkennbar war.

Ist der Arbeitnehmer wegen gleichartiger Pflichtverletzungen schon einmal abgemahnt worden, und verletzt er seine vertraglichen Pflichten erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass es auch weiterhin zu Vertragsstörungen kommt. Nicht erforderlich ist, dass die jeweiligen Pflichtverstöße identisch sind. Sie müssen lediglich aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnungs- und Kündigungsgrund in einem inneren Zusammenhang stehen. Dies ist bei sexuellen Belästigungen verbaler Art und durch körperliche Berührung der Fall.

Geeignet sind Maßnahmen, von denen der Arbeitgeber annehmen darf, dass sie die Benachteiligung für die Zukunft abstellen, d.h. eine Wiederholungsgefahr ausschließen.

Abgrenzung Belästigung / Mobbing

BAG, Urt. v. 25. Oktober 2007 – 8 AZR 593/06; Rs. II/065/08 v. 27. März 2008

Der Kläger ist seit 1992 Facharzt für Neurochirurgie und erster Oberarzt in der Klinik der Beklagten. Die Leitung obliegt seit 2001 dem Chefarzt Dr. H. Seit Mai 2002 fühlt sich der Kläger aufgrund zahlreicher Vorfälle durch Dr. H. in seiner Person und seiner fachlichen Qualifikation herabgewürdigt. Mehrere von der Beklagten initiierte Versuche, diesen Konflikt zu lösen, blieben erfolglos. Seit Oktober

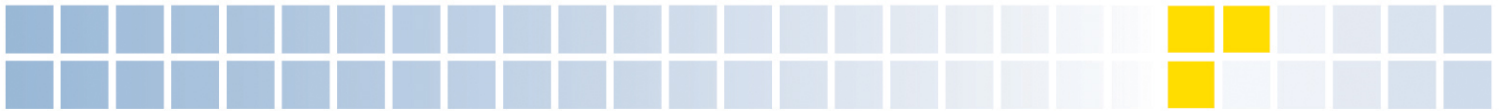
2004 ist der Kläger wegen einer psychischen Erkrankung arbeitsunfähig. Die Erkrankung führt er auf das Mobbingverhalten seines Vorgesetzten Dr. H. zurück. Der Kläger klagt auf Zahlung von Schmerzensgeld und beantragt, die Beklagte zu verurteilen, das Arbeitsverhältnis mit Dr. H. zu beenden, hilfsweise dem Kläger einen gleichwertigen Arbeitsplatz ohne Weisungsgebundenheit gegenüber Dr. H. zuzuweisen.

Das BAG verwies die Sache an das LAG zurück zur Prüfung, inwieweit dem Kläger unmittelbare Ansprüche gegen die Beklagte zustünden.

Das BAG lehnte einen Anspruch des Klägers auf Kündigung des Vorgesetzten Dr. H. sowie auf ein Angebot eines Arbeitsplatzes ohne Weisungsabhängigkeit von Dr. H. ab. Entgegen der Auffassung des LAG sieht es aber in den Mobbinghandlungen des Dr. H. ein schuldhaftes Verhalten, das einen Schmerzensgeldanspruch des Klägers begründe, weil sich die Beklagte die Verhaltensweisen ihres Erfüllungsgehilfen Dr. H. zurechnen lassen müsse.

Das BAG bestätigt, dass „Mobbing“ kein Rechtsbegriff und damit auch keine Grundlage für Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber ist. Der Gesetzgeber habe mit der Definition der „Belästigung“ in § 3 Abs. 3 AGG den Begriff „Mobbing“ umschrieben, wobei die Definition auf alle Fälle der Benachteiligung eines Arbeitnehmers übertragen werden könne. Wesensmerkmal des „Mobbing“ sei die systematische, sich aus vielen einzelnen Verhaltensweisen zusammensetzende Rechtsverletzung des Arbeitnehmers, wobei den einzelnen Verhaltensweisen für sich betrachtet oft keine rechtliche Bedeutung zukomme.

Der Arbeitgeber sei auf Grund seiner Fürsorgepflicht verpflichtet, das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zu achten, ihn vor Belästigungen durch Vorgesetzte, Mitarbeiter oder Dritte, auf die er Einfluss hat, zu schützen und ihm einen menschengerechten Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung werde durch § 12 Abs. 3 AGG konkretisiert, welche auf Fälle des sogenannten „Mobbing“



übertragen werden könne. Danach müsse der Arbeitgeber die im Einzelfall angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung ergreifen. Dabei habe der Arbeitgeber solche Maßnahmen zu ergreifen, die er nach den Umständen des Einzelfalls als verhältnismäßig ansehen dürfe. Der Arbeitnehmer habe jedoch grundsätzlich keinen Anspruch auf Durchführung einer bestimmten Maßnahme.

Eine Kündigung des Vorgesetzten Dr. H. entspreche nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Da eine Abmahnung bislang nicht erfolgt sei, sei der Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung unzumutbar.

Auch habe der Kläger keinen Anspruch auf Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes, an dem eine Weisungsgebundenheit gegenüber dem Vorgesetzten Dr. H. nicht besteht. Ein anderer, der fachlichen Qualifikation und Stellung des Klägers entsprechender Arbeitsplatz sei im Klinikum nicht vorhanden. Die Schaffung einer herausgehobenen Stelle als Erster Chefarzt einer neurochirurgischen Abteilung sei der Beklagten nicht zuzumuten.

Das BAG bejahte dagegen einen Entschädigungsanspruch des Klägers gegenüber der Beklagten. Sie habe als Arbeitgeberin gegenüber dem Kläger bestimmte Fürsorge- und Schutzpflichten wahrzunehmen. Danach habe ein Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, dass er keinem Verhalten ausgesetzt werde, das bezweckt, seine Würde zu verletzen und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen und Entwürdigungen gekennzeichnetes Umfeld zu schaffen. Einem solchen Verhalten sei der Kläger durch die „Mobbinghandlungen“ des Vorgesetzten Dr. H. seit dem Jahr 2002 ausgesetzt gewesen.

Der Arbeitgeber hafte nach § 278 BGB für schuldhaft begangene Rechtsverletzungen, die von ihm als Erfüllungsgehilfen eingesetzte Mitarbeiter oder Vorgesetzte begingen. Als solcher sei Dr. H. tätig gewesen.

Abgrenzung Belästigung / Mobbing

BAG, Urt. v. 24. April 2008 – 8 AZR 347/07; Rs. II/156/08 vom 4. August 2008

Die Klägerin macht Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte geltend, weil diese den von ihrem Ehemann begangenen Selbstmord verschuldet habe. Außerdem verlangt sie Schadensersatz wegen des immateriellen Schadens, den ihr verstorbener Ehemann durch „Mobbing“ der Beklagten erlitten habe.

Das BAG hat diese Ansprüche abgelehnt. Nach Ansicht des BAG erfüllen die einzelnen von der Klägerin vorgetragene Verhaltensweisen der Beklagten nicht den Begriff des „Mobbings“. Ein auf das Ziel der schwerwiegenden Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Erblassers gerichtetes Verhalten seitens der Beklagten sei nicht erkennbar. Selbst dann, wenn bei einer Gesamtbetrachtung die Annahme gerechtfertigt sei, dass die einzelnen, für sich genommenen unschädlichen Handlungen der Beklagten ein systematisches, auf das Ziel der schwerwiegenden Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Erblassers gerichtetes Verhalten der Beklagten darstellten, hätte die Klägerin „die ihr obliegende Darlegungs- und Beweislast nicht erbracht.“ Das Verhalten der Beklagten bzw. ihres Geschäftsführers war demnach für den Suizid des Erblassers nicht kausal. Demzufolge könne zwar die Kündigung ursächlich für die Gesundheitsbeeinträchtigung des Erblassers gewesen sein, sie habe diese aber nicht adäquat kausal verursacht.

Der verstorbene Ehemann der Klägerin habe gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz eines erlittenen immateriellen Schadens gehabt, der auf die Klägerin als Alleinerbin und damit Gesamtrechtsnachfolgerin des Erblassers nach § 1922 Abs. 1 BGB übergegangen sein könnte.

Mache ein Arbeitnehmer konkrete Ansprüche aufgrund „Mobbings“ geltend, müsse jeweils geprüft werden, ob der in Anspruch Genommene in den vom Kläger genannten Einzelfällen arbeitsrechtliche Pflichten, ein absolutes Recht des Arbeitnehmers gemäß § 823 Abs.

1 BGB, ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verletzt oder eine sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 826 BGB begangen habe. Möglicherweise könne zwar nicht die einzelne Rechtsverletzung, jedoch die Gesamtschau der einzelnen Handlungen oder Verhaltensweisen zu einer Vertrags- oder Rechtsgutverletzung führen. Letzteres sei insbesondere dann der Fall, wenn unerwünschte Verhaltensweisen bezweckten oder bewirkten, dass die Würde des Arbeitnehmers verletzt und ein durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen werde. Dies entspreche der Definition der „Belästigung“ in § 3 Abs. 3.

Vorliegend könne es dahinstehen, ob die ausgesprochene und später zurückgenommene Kündigung eine Gesundheitsschädigung des Erblässers adäquat kausal verursacht habe, da die Klägerin, welche für das Vorliegen einer Pflichtverletzung durch die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig ist, dieser Pflicht nicht nachgekommen sei.

Der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens lasse sich nicht aus § 823 Abs. 1 BGB herleiten. Soweit keine gegen die arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflichten des § 241 Abs. 2 BGB verstößenden Handlungen der Beklagten vorlägen, fehlt es zwangsläufig auch an der unerlaubten Handlungen, durch welche der Erblasser in seiner Gesundheit verletzt worden sein könnte.

IX. Schadensersatz und Entschädigung

Entschädigungsanspruch bei diskriminierender Kündigung

LAG Bremen, Urt. v. 29. Juni 2010 – 1 Sa 29/10

Im Falle einer diskriminierenden Kündigung ist der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG nicht wegen § 2 Abs. 4 AGG ausgeschlossen. Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift sprechen dafür, dass lediglich die Überprüfung der Wirksamkeit einer Kündigung nach dem AGG ausgeschlossen sein soll, nicht aber die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Daher dürfe im Falle einer diskriminierenden Kündigung auch ohne Erhebung einer Kündigungs-schutzklage eine Entschädigung nach dem AGG verlangt werden.

Geklagt hatte eine deutsche Staatsangehörige mit russischem Akzent, die in einer Spedition als Sachbearbeiterin beschäftigt war. Noch während der Probezeit teilte ihr der neue Geschäftsführer des Unternehmens mit, dass die Kunden sich wegen ihres russischen Akzents erschrecken würden und sich die Spedition es nicht leisten könne, Mitarbeiter mit Akzent zu beschäftigen. Seit diesem Gespräch durfte die Frau das Telefon nicht mehr bedienen und wurde zwei Wochen später noch in der Probezeit gekündigt.

Das LAG Bremen sprach der Klägerin eine Entschädigung i.H.v. 3 Bruttomonatsgehältern zu wegen einer Diskriminierung auf Grund der Herkunft aus dem russischen Sprachraum.

Schadensersatz bei Diskriminierung durch Nichtübernahme in ein Dauerarbeitsverhältnis

LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25. März 2011 – 9 Sa 678/10; Revision eingelegt unter 8 AZR 364/11 (Termin: 21. Juni 2012)

Die vom LAG angenommene Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft bestand hier darin, dass die befristet eingestellte Klägerin nicht in ein Dauerarbeitsverhältnis übernom-

men wurde (vgl. Einzelheiten der Entscheidung unter der Rubrik XI. Beweislastverteilung).

Das LAG sprach der Klägerin Schadensersatz und Entschädigung zu. Der Klägerin sei durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Lohnausfallschaden entstanden. Dieser betrage hier 3 ½ Monatsgehälter, da sie danach eine Anschlussbeschäftigung gefunden hatte. Von dem Anspruch sei das während dieses Zeitraums bezogene Arbeitslosengeld in Abzug zu bringen.

Eine Entschädigung wurde der Klägerin i.H.v. 2.500 € zugesprochen. Zu berücksichtigen war bei der Bemessung, dass sie relativ schnell eine anderweitige Beschäftigung aufnehmen konnte, während der Dauer ihrer Beschäftigung nicht in sonstiger Weise herabsetzend behandelt wurde sowie keine Anhaltspunkte für eine zielgerichtete Diskriminierung bestehen.

X. Geltendmachungsfrist

Benachteiligungen im laufenden Arbeitsverhältnis (§ 15 Abs. 4 S. 2 letzter Halbsatz AGG)

BAG, Urt. v. 24. September 2009 – 8 AZR 705/08; Rs. II/100/10 v. 25. Juni 2010

Die Kläger haben nach Ansicht des BAG die Frist zur Geltendmachung einer Entschädigung gem. § 15 Abs. 4 AGG nicht eingehalten. Die Entschädigungsansprüche seien deshalb untergegangen. Die Frist betrage zwei Monate, gerechnet von dem Zeitpunkt an, indem der Beschäftigte von seiner Benachteiligung Kenntnis erlangt habe.

Diese Ausschlussfrist verstoße insoweit nicht gegen europäisches Gemeinschaftsrecht. Artikel 7 Abs. 3 der Richtlinie 2000/43/EG lasse ausdrücklich einzelstaatliche Regelungen über die Fristen für die Rechtsverfolgung betreffend den Gleichbehandlungsgrundsatz unberührt. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH dürfe dem Einzelnen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht bzw. übermäßig erschwert werden. Seien diese Voraussetzungen erfüllt, verstießen Ausschlussfristen nicht gegen den Effektivitätsgrundsatz, weil sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit seien.

Die Länge der Frist von zwei Monaten sei auch angemessen. Solche kurzen Ausschlussfristen seien – gerade vor dem Hintergrund des besonderen Bedürfnisses der Arbeitsvertragsparteien nach baldiger Rechtssicherheit und Rechtsklarheit – nicht unüblich. Zudem beginne die Frist erst in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlange (§15 Abs. 4 Satz 2 AGG). Überdies begründe die Beweislastverteilung in § 22 AGG ein besonderes Interesse des Arbeitgebers an baldiger Rechtsklarheit, weil ihm insoweit eine gesteigerte Dokumentationspflicht auferlegt sei.

Dieses Ergebnis stehe nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Fünften Senats. Dieser hatte eine einzelvertragliche Ausschluss-

frist von weniger als drei Monaten ab Fälligkeit als unwirksam erachtet. Diese Rechtsprechung sei für den Streitfall jedoch nicht einschlägig, denn sie beziehe sich ausdrücklich auf Vertragsklauseln, die der AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliegen und nicht auf gesetzliche Ausschlussfristen.

Die Zwei-Monats-Frist des § 15 Abs. 4 AGG erfülle auch das Erfordernis der Gleichwertigkeit. Nach diesem vom EuGH entwickelten Grundsatz dürfen die Modalitäten zur Erhebung einer Klage, die den Schutz der den Bürgern aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenen Rechte gewährleisten soll, nicht ungünstiger sein als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen. Das deutsche Arbeitsrecht kenne viele deutlich kürzere Geltendmachungsfristen z.B. dreiwöchige Fristen für die Erhebung einer Kündigungsschutzklage oder einer Entfristungsklage sowie die zweiwöchige Kündigungsfrist des Arbeitnehmers, der sein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich kündigen wolle. Nach Ausspruch einer Arbeitgeberkündigung müsse die Arbeitnehmerin auf eine bestehende Schwangerschaft binnen zweier Wochen nach Zugang der Kündigung hinweisen, um in den Genuss von Sonderkündigungsschutz zu kommen. In diesen Beispielsfällen gehe es um ganz erhebliche Rechtsnachteile, welche der Arbeitnehmer durch ein Fristversäumnis erleide, nämlich um solche, die sich auf den Bestand seines Arbeitsverhältnisses auswirkten. Diese materiellen und ideellen Nachteile seien nach Schwere und Umfang mit denen vergleichbar, die ein Arbeitnehmer erleide, wenn er einen gemeinschaftsrechtlich begründeten Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG verliere, weil er ihn nicht innerhalb der Frist des § 15 Abs. 4 AGG geltend gemacht habe.

Benachteiligungen bei Bewerbungen und Beförderungen (§ 15 Abs. 4 S. 2 erster Halbsatz AGG)

LAG München, Urt. v. 21. September 2009 – 5 Sa 385/08

Das LAG legt die Regelung in § 15 Abs. 4 AGG selber europarechtskonform aus. Da-

nach beginnt die Ausschlussfrist im Falle einer Bewerbung frühestens mit dem Zugang der Ablehnung, jedoch nicht vor Kenntnissnahme von der Diskriminierung, die wesentlich später liegen kann. Die Länge der Frist von 2 Monaten hält das LAG für gemeinschaftsrechtskonform.

Benachteiligungen bei Bewerbungen und Beförderungen (§ 15 Abs. 4 S. 2 erster Halbsatz AGG)

EuGH, Urt. v. 8. Juli 2010, C-246/09, "Bulicke"; Rs. II/147/10 v. 9. August 2010

Das LAG hatte dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Fristenregelung in § 15 Abs. 4 Satz 2 erster Halbsatz AGG zur Geltendmachung von Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen wegen Diskriminierung bei der Einstellung mit den EU-Vorgaben vereinbar ist. Diese Frist beträgt 2 Monate und beginnt mit dem Zugang der Ablehnung.

Dem Vorlagebeschluss lag die Klage der Frau Bulicke zugrunde, die sich im Alter von 41 Jahren auf eine von der Deutschen Büro Service GmbH ausgeschriebene Stelle bewarb. Frau Bulicke wurde telefonisch mitgeteilt, dass ihre Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, da alle Stellen bereits besetzt seien. Nachdem sie Ihre Absage erhalten hatte, wurden jedoch zwei Personen im Alter von 20 und 22 Jahren eingestellt. Zudem veröffentlichte die Arbeitgeberin auch danach ähnliche Stellenanzeigen. Die Klage wegen Altersdiskriminierung wies das LAG Hamburg mit der Begründung ab, dass sie ihren Anspruch nicht innerhalb der in § 15 Abs. 4 AGG festgelegten Frist gegenüber der Deutschen Büroservice gelten gemacht habe.

Unter dem Vorbehalt der Angemessenheit sei es den Mitgliedstaaten unbenommen, mehr oder weniger lange Fristen vorzusehen. Es sei daher zu prüfen, ob die Frist des § 15 Abs. 4 AGG - sowohl hinsichtlich ihrer Länge als auch des Beginns - diesen Anforderungen genüge. In Bezug auf Ihre Länge von 2 Monaten sei nicht ersichtlich, dass diese die Ausübung der vom Unionsrecht verliehenen Rechte unmöglich machen oder übermäßig erschweren könnte. Fristbeginn sei laut § 15

Abs. 4 S. 2 erster Halbsatz AGG der Zugang der Ablehnung. In einer derartigen Situation könne ein Arbeitnehmer innerhalb der mit der Ablehnung seiner Bewerbung beginnenden Frist von 2 Monaten, u. a. wegen des Verhaltens des Arbeitgebers, möglicherweise nicht erkennen, dass und in welchem Umfang er diskriminiert worden sei, so dass die in der Richtlinie vorgesehene Rechtsverfolgung unmöglich wäre. Sowohl aus der Vorlageentscheidung als auch aus den Erklärungen der deutschen Regierung gehe jedoch hervor, dass die Frist bei einer teleologischen Auslegung dieser Vorschrift nicht zwangsläufig mit dem Zugang der Ablehnung, sondern in dem Zeitpunkt beginne, zu dem der Arbeitnehmer von der behaupteten Diskriminierung Kenntnis erlange. Unter diesen Umständen sei die Vorschrift nicht geeignet, die Ausübung der vom Unionsrecht verliehenen Rechte unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren.

Die Fristenregelung verstoße nicht gegen den Grundsatz des Verbots einer Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten allgemeinen Schutzniveaus in Bezug auf Diskriminierungen in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen. Nach der vor Inkrafttreten des AGG geltenden Rechtslage habe es allein Fristenregelungen zur Geltendmachung einer Geschlechtsdiskriminierung gem. § 611a BGB gegeben. Da sich der Anwendungsbereich der streitgegenständlichen Richtlinie 2000/78 jedoch nicht auf das Diskriminierungsmerkmal Geschlecht erstrecke, könne die frühere Regelung in § 611a BGB nicht unter den Begriff „Schutzniveau in Bezug auf Diskriminierungen“ i.S.d. Richtlinie fallen.

Nachdem das vorlegende LAG entsprechend den EuGH-Vorgaben die Klage abgewiesen hat, hat die Klägerin Revision eingelegt. Diese wurde vom BAG wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen (8 AZR 188/11, Termin: 21. Juni 2012).

XI. Beweislastverteilung

Grundsätze

ArbG Berlin, Urt. v. 12. November 2007 – 86 Ca 4035/07

Der Beweis einer unmittelbaren Benachteiligung ist nach der Beweislastregel des § 22 AGG erbracht, wenn die Anspruchstellerin Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen. Tatsachen lassen eine Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals dann „vermuten“, wenn unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls bei freier Beweiswürdigung aus Sicht einer objektiv verständigen Person der Schluss auf ein Handeln „wegen“ eines Diskriminierungsmerkmals überwiegend wahrscheinlich ist. Kann eine überwiegende Wahrscheinlichkeit streitiger Indizien nicht bewiesen werden, geht dieses non liquet auch nach § 22 AGG zu Lasten der klagenden Partei.

Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot durch Nichteinstellung wegen des Geschlechts liegt auch dann vor, wenn für die Nichteinstellung zugleich andere Gründe maßgebend waren. Ausreichend nach § 22 AGG ist, wenn die Nichteinstellung auf einem „Motivbündel“ beruht, welches das diskriminierende Merkmal enthält. Die bessere Eignung eines anderen Bewerbers schließt dabei eine Benachteiligung nicht aus.

Die Klägerin hatte mit ihrem Begehren auf Entschädigung wegen der Ablehnung ihrer Einstellung keinen Erfolg. Nach der Beweisaufnahme konnte sie trotz der Erleichterungen des § 22 AGG keinen Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot nachweisen.

Statistikbeweis

BAG, Urt. v. 22. Juli 2010 – 8 AZR 1012/08; Rs. II/006/09 v. 7. Januar 2009, II/137/10 v. 29. Juli 2010

Das BAG hat die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg aufgehoben, das der Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 20.000,00 € zugesprochen hatte. Der Entschädigungsan-

spruch ergab sich nach An-sicht des LAG aus einer schwerwiegenden Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin. Soweit die Klägerin bei der Beförderung wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden sei, liege darin eine Herabwürdigung ihrer beruflichen Fähigkeiten und zugleich eine Verletzung ihrer Würde als Person. Als Indiz für eine Diskriminierung bei einer Beförderung auf einen Führungsposten hatte das LAG insbesondere eine Statistik über die Geschlechterverteilung auf den einzelnen Hierarchieebenen herangezogen.

Nach Ansicht des BAG kann sich eine Vermutung für ein diskriminierendes Verhalten des Arbeitgebers aus statistischen Daten nur dann ergeben, wenn sie sich konkret auf den betreffenden Arbeitgeber beziehen und im Hinblick auf dessen Verhalten aussagekräftig sind. Allein das Verhältnis zwischen dem Frauenanteil in der Gesamtbelegschaft und dem in oberen Führungspositionen lasse keinen Rückschluss auf die Ungleichbehandlung von Frauen beim beruflichen Aufstieg zu. Dies gelte auch für den Fall, dass „auffällige Ungleichgewichte“ beim Frauenanteil in verschiedenen Hierarchieebenen an Hand von Statistiken bewiesen sind. Es bedürfe über die bloße Statistik hinaus weiterer Anhaltspunkte.

Die Sache wurde erneut an das LAG zurückverwiesen.

“Motivbündel“

LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25. März 2011 – 9 Sa 678/10; Revision eingelegt unter 8 AZR 364/11 (Termin: 21. Juni 2012)

Der Umstand, dass ein Arbeitgeber im bestehenden Arbeitsverhältnis eine vom Arbeitnehmer als Merkmalsträger geforderte Auskunft über die Gründe der ungünstigeren Behandlung nicht erfüllt, kann jedenfalls zusammen mit anderen Tatsachen das Vorliegen einer vom Arbeitnehmer behaupteten Diskriminierung vermuten lassen.

Die in der Türkei geborene Klägerin war als Sachbearbeiterin bei der Beklagten, die insgesamt 11 Bezirksverwaltungen betreibt, befristet beschäftigt. Im Gegensatz zu ihren an-

deren vergleichbaren Kolleginnen wurde die Klägerin nicht in ein Dauerarbeitsverhältnis übernommen. Dem Begehren der Klägerin, die Ablehnung der Entfristung zu erläutern, entsprach die Beklagte nicht.

Das LAG hat der Klägerin Schadensersatz und Entschädigung wegen Benachteiligung auf Grund der ethnischen Herkunft zugesprochen.

Für die Annahme der Kausalität zwischen Nachteil und dem verpönten Merkmal genüge es, dass Hilfstatsachen vorgetragen werden, die zwar nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität zu lassen, die aber die Annahme rechtfertigen, dass die Erfüllung des verpönten Merkmals i.S.e Bestandteils eines Motivbündels die Entscheidung beeinflusst hat. Die Klägerin habe eine Reihe von Indizatsachen vorgetragen, die in ihrer Gesamtschau eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vermuten lassen.

Im Gegensatz zu den anderen Bezirksverwaltungen, in denen Arbeitnehmer aus 13 verschiedenen Nationen beschäftigt sind, gebe es bei der Beklagten nur Arbeitnehmer deutscher Herkunft. Ein weiteres Indiz sei die Nichterfüllung des der Klägerin zustehenden Auskunftsanspruchs hinsichtlich der Gründe, die zur Entscheidung ihrer Nichtübernahme geführt haben. Ein Auskunftsanspruch besteht gem. § 242 BGB jedenfalls dann, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann. Daneben seien behauptete Leistungsmängel der Klägerin nicht substantiiert dargelegt worden, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Klägerin ein Arbeitszeugnis ausgestellt wurde, in dem ihr die selbständige, sichere, termingerechte Erledigung der ihr übertragenen Aufgaben zur vollsten Zufriedenheit bescheinigt wurde.

Jedenfalls in ihrer Zusammenschau lassen diese Tatsachen aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf

schließen, dass die ethnische Herkunft der Klägerin zumindest auch als Teil eines Motivbündels mitursächlich für deren ungünstigere Behandlung war.

XII. Bekanntmachungspflicht

Intranet

ArbG Stuttgart, Urt. v. 18. Januar 2012 – 20 Ca 1059/11

Ein Arbeitgeber erfüllt seine Bekanntmachungspflicht gem. § 12 Abs. 5 AGG, wenn er den Text des AGG und des § 61b ArbGG betriebsüblich in das Intranet einstellt. Er ist darüber hinaus nicht gehalten, abgelehnten externen Bewerbern, die keine Zugriffsmöglichkeit auf das Intranet haben, die Gesetzestexte zukommen zu lassen. Adressatenkreis der betrieblichen Bekanntmachungspflicht können nur die bereits betriebsangehörigen Mitarbeiter sein. Nur für diese können auch betriebliche Vorkehrungen getroffen werden.

XIII. Antragsrecht des Betriebsrates

Globalantrag / grober Pflichtenverstoß des Arbeitgebers

BAG, Urt. v. 18. August 2009 - 1 ABR 47/08; Rs. II/103/10 v. 29. Juni 2010

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist ein Globalantrag, der einschränkungslos eine Vielzahl möglicher Fallgestaltungen erfasst, grundsätzlich als insgesamt unbegründet abzuweisen, wenn unter ihm zumindest auch Sachverhalte fallen, nach denen sich der Antrag als unbegründet erweist.

Zudem setze der Antrag nach § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG voraus, dass der Arbeitgeber bereits grob gegen seine Verpflichtungen aus dem zweiten Abschnitt der AGG verstoßen habe. Die bloße Gefahr eines groben Pflichtverstoßes reiche nicht. Ein grober - das Antragsrecht des Betriebsrates begründender - Verstoß des Arbeitgebers gegen seine sich aus dem AGG ergebenden Pflichten liege vor, wenn es sich um eine objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung handelte, wobei es auf ein Verschulden

nicht ankomme. Ein grober Verstoß sei regelmäßig dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber mehrfach und erkennbar gegen seine sich aus dem AGG ergebenden Pflichten verstoßen habe. Allerdings scheidet ein grober Verstoß des Arbeitgebers dann aus, wenn er seine Rechtsposition in einer schwierigen und ungeklärten Rechtslage verteidige. Dies sei hier aber nicht der Fall und der Pflichtverstoß der Arbeitgeberin objektiv erheblich, so das BAG.

XIV. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates

Einrichtung einer Beschwerdestelle nach § 13 AGG

BAG, Beschl. v. 21. Juli 2009 - 1 ABR 42/08; Rs. II/133/09 v. 20. August 2009

Hinsichtlich der organisatorischen Ansiedlung und personellen Besetzung einer Beschwerdestelle besteht kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Hierbei handelt es sich um organisatorische Entscheidungen. Die Errichtung einer überbetrieblichen Beschwerdestelle ist auch keine Frage der "Ordnung des Betriebes", sondern der Betriebsorganisation, die nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterfällt.

Ein Initiativrecht des Betriebsrates hinsichtlich der Einführung eines Beschwerdeverfahrens und dessen Ausgestaltung besteht jedoch aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, da das Beschwerdeverfahren das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betrifft.

XV. Rechtsweg

Auskunftsklage eines Bewerbers

BAG, Beschl. v. 27. August 2008 - 5 AZB 71/08

In einer Stellenanzeige suchte ein Rechtsanwalt für einen Wirtschaftsverband einen Volljuristen, „Alter bis 35 Jahre“. Der über 50-jährige Kläger bewarb sich vergeblich und will nun den Wirtschaftsverband in Anspruch nehmen. Er klagt gegen den Rechtsanwalt vor dem Arbeitsgericht auf Auskunft über die Identität des Verbandes.



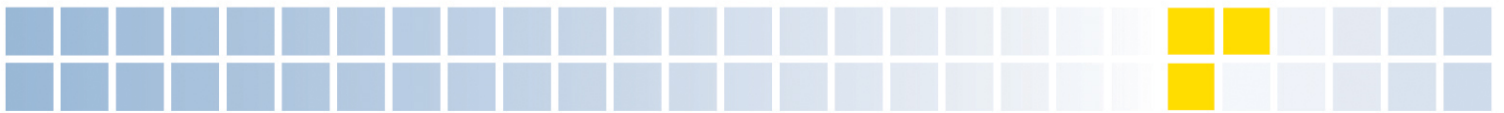
Das BAG hält den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nicht für eröffnet. Der geltend gemachte Rechtsstreit betreffe keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses, weil keine arbeitsvertragliche Beziehung zwischen den Streitparteien begründet werden solle. Die sollte vielmehr zu dem Mandanten des beklagten Rechtsanwalts, dem Wirtschaftsverband, begründet werden. Bei Schaltung der Stellenanzeige sei der Rechtsanwalt auch nicht als zukünftige Vertragspartei, sondern

als Mittler aufgetreten. Auch aus den Vorschriften des AGG lasse sich keine erweiterte Zuständigkeit der Arbeitsgerichte herleiten. Allein der Umstand, dass die ordentlichen Gerichte ggfs. Vorfragen aus anderen Rechtsgebieten (hier § 15 AGG) klären müssten, wirke nicht rechtswegbegründend.

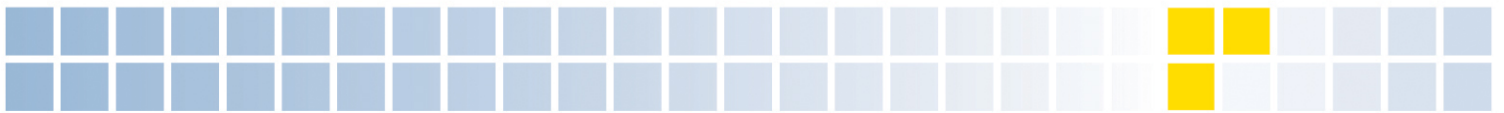
Anlage

Rechtsprechung zu Indizien, deren Vorliegen gem. § 22 AGG zu einer Beweislastumkehr auf den Arbeitgeber führt.

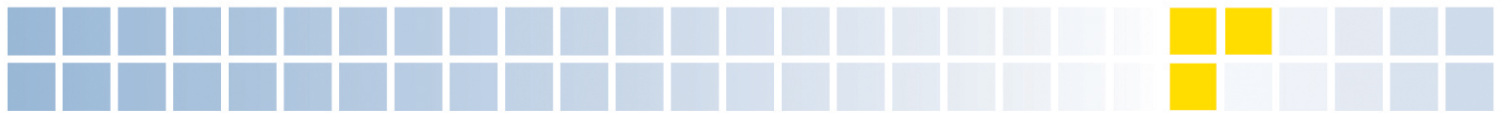
Themengebiet	Indiz	Kein Indiz
Stellenausschreibung	<p>Nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibung und mit dem Ausschluss eines Geschlechts wird kein legitimes Ziel verfolgt ArbG Lübeck, Urt. v. 13.3.2008, 2 Ca 2863/07; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.9.2011 – 17 U 99/10</p> <p>Suche nach einem „jungen“ Bewerber, wenn kein Rechtfertigungsgrund iSd. § 10 AGG vorliegt BAG, Urteil v. 19. 8.2010 – 8 AZR 530/09</p>	<p>Ausschreibung einer Stelle als „Junior Personalreferent“ LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 21.7.2011 – 5 Sa 847/11</p>
Keine Einladung zum Vorstellungsgespräch	<p>Der Bewerber ist schwerbehindert und hat darauf in seiner Bewerbung bei einem öffentlichen Arbeitgeber hingewiesen. Er ist nicht offensichtlich fachlich ungeeignet ist. (§ 82 SGB IX). BAG, Urt. v. 21.7.2009 – 9 AZR 431/08; ArbG Karlsruhe, Urt. v. 14.4.2011 – 8 Ca 461/10; BVerwG, Urt. v. 3.3.2011 – 5 C 15/10</p> <p>Der Bewerber ist kein deutscher Muttersprachler. Seine Bewerbung wird wegen dieses Umstandes abgelehnt.</p>	<p>Der Bewerber erfüllt alle Voraussetzungen der ausgeschriebenen Stelle und die Bewerbung wird abgelehnt. BAG, Beschl. v. 20.5.2010 – 8 AZR 287/08 (A)</p> <p>Der private Arbeitgeber ist in seiner Entscheidung frei, bspw. auch einen weniger qualifizierten Bewerber einzustellen. LAG Nürnberg, Urt. v. 19.2.2008 – 6 Sa 675/07; ArbG Hamburg, Urt. v. 11.4.2007 – 12 Ca 512/06 n.v..</p> <p>Der öffentliche Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, seine Pflichten gem. § 82</p>



	ArbG Berlin, Urt. v. 11.2.2009 – 55 Ca 16952/08	Satz 2 SGB IX zur Einladung zu einem Vorstellungsgespräch zu erfüllen, wenn er von der Schwerbehinderteneigenschaft des Bewerbers keine Kenntnis hat. BAG, Urt. v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07
Fehlende Begründung im Ablehnungsschreiben an einen schwerbehinderten Bewerber	Grds. ja.	Die Unterrichtungspflicht des § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX betrifft nur Fälle, in denen der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflichtquote nicht erfüllt und die Schwerbehindertenvertretung oder eine in § 95 SGB IX genannte Vertretung mit der beabsichtigten Entscheidung nicht einverstanden ist. BAG, Urt. v. 15.2.2005 – 9 AZR 635/03; LAG Hessen, Urt. v. 28. August 2009 – 3 Sa 2136/08
Fehlende Information der Schwerbehindertenvertretung / Verstoß gegen Prüfungs- und Meldepflichten gem. § 81 SGB IX	Der Arbeitgeber verletzt seine Prüfpflicht aus § 81 Abs.1 Satz 1 SGB IX, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können und nimmt keinen Kontakt mit der Bundesagentur für Arbeit auf. BAG, Urt. v. 13.10.2011 – 8 AZR 608/10	Verstöße gegen § 81 SGB IX bei einfach-behinderten Menschen BAG, Urt. v. 27.1.2011 – 8 AZR 580/09
Frage nach Krankheiten im Bewerbungsgespräch	Fragen nach gesundheitlichen Beeinträchtigungen (hier: der „steife Gang“ des Bewerbers lasse auf „Morbus Bechterew“ schließen), es sei denn, diese Fragen sind nach § 8 AGG auf Grund der Anforderungen der ausgeschriebenen Stelle gerechtfertigt. BAG, Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08	
Statistiken		Allein der Umstand, dass in der IT-Branche mehr Männer als Frauen arbeiten BAG, Beschl. v. 20.5.2010 – 8 AZR 287/08 (A)



		Ein Indiz kann sich aus statistischen Daten nur ergeben, wenn sie sich konkret auf den betreffenden Arbeitgeber beziehen und im Hinblick auf dessen Verhalten aussagekräftig sind. Allein das Verhältnis zwischen dem Frauenanteil in der Gesamtblegschaft und dem in oberen Führungspositionen lässt keinen Rückschluss auf die Ungleichbehandlung zu. Es bedarf weiterer Anhaltspunkte. BAG, Urt. v. 22.7.2010 - 8 AZR 1012/08
Keine Verlängerung des befristeten Arbeitsvertrages	<p>Der Arbeitgeber teilt der Arbeitnehmerin in einem Personalgespräch mit, dass ihr befristeter Arbeitsvertrag nicht verlängert wird. In demselben Personalgespräch hat die Arbeitnehmerin eine ärztliche Schwangerschaftsbescheinigung überreicht. Die befristeten Arbeitsverträge aller vergleichbaren Kollegen wurden verlängert. LAG Köln, Beschl. v. 6.4.2009 – 5 Ta 89/09</p> <p>Nichtübernahme in ein Dauerarbeitsverhältnis, obwohl es im Gegensatz zu anderen Bezirksverwaltungen bei der Beklagten nur Arbeitnehmer deutscher Herkunft gab. Der der Klägerin zustehende Auskunftsanspruch hinsichtlich der Gründe für die Nichtübernahme wurde nicht erfüllt. Daneben seien Leistungsmängel behauptet, der Klägerin aber gleichzeitig die Erledigung der ihr übertragenen Aufgaben zur vollsten Zufriedenheit bescheinigt worden. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.3.2011 – 9 Sa 678/10 Revision eingelegt unter 8 AZR 364/11; Termin: 21.7.2012</p>	
Beförderung		Allein die Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, wenn ein anderer Kollege statt der schwangeren Arbeitnehmerin befördert wurde. BAG, Urt. v. 27.1.2011 – 8 AZR



		483/09
Betriebliches Eingliederungsmanagement		Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtung, ein ordnungsgemäßes betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchzuführen. BAG, Urt. v. 28.4.2011 – 8 AZR 515/10
Kündigung		Eine personenbedingte Kündigung wegen häufigen und wiederzuerwartenden Arbeitsunfähigkeitszeiten. BAG, Urt. v. 28.4.2011 – 8 AZR 515/10

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Arbeitsrecht

T +49 30 2033-1200

arbeitsrecht@arbeitgeber.de

Die BDA ist die sozialpolitische Spitzenorganisation der gesamten deutschen gewerblichen Wirtschaft. Sie vertritt die Interessen kleiner, mittelständischer und großer Unternehmen aus allen Branchen in allen Fragen der Sozial- und Tarifpolitik, des Arbeitsrechts, der Arbeitsmarktpolitik sowie der Bildung. Die BDA setzt sich auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene für die Interessen von einer Mio. Betriebe ein, die 20 Mio. Arbeitnehmer beschäftigen und die der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in 6.250 Arbeitgeberverbänden verbunden sind. Die Arbeitgeberverbände sind in den der BDA unmittelbar angeschlossenen 52 bundesweiten Branchenorganisationen und 14 Landesvereinigungen organisiert.