THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

AKTUELLES - AUSGABE APRIL 2010

THEMENSCHWERPUNKT:
ALLGEMEINES GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ (AGG)

A. DISKRIMINIERUNG WEGEN ALTERS

I. ENTSCHEIDUNGEN DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS

EuGH, Urteil vom 12.01.2010 – 10-229/08 –
Deutsche Höchstaltersgrenzen für die Einstellung von Feuerwehrleuten zulässig („Wolf“)

EuGH, Urteil vom 12.01.2010 – C – 341/08 –
Deutsche Höchstaltersgrenzen für Zahnärzte können zulässig sein („Petersen“)

II. ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESARBEITSGERICHTS

BAG, Urteil vom 13.10.2009 – 9 AZR 722/08 –
Altersdiskriminierung durch Punkteschema in Dienstvereinbarungen

BAG, Beschluss vom 18.08.2009 – 1 ABR 47/08 –
Unterlassungsanspruch des Betriebsrates bei mittelbar altersdiskriminierender Stellenausschreibung

B. DISKRIMINIERUNG WEGEN RELIGIONSAUSÜBUNG

BAG, Urteil vom 20.08.2009 – 2 AZR 499/08 –
Diskriminierung durch Abmahnung wegen Religionsausübung

C. DISKRIMINIERUNG WEGEN BEHINDERUNG

BAG, Urteil vom 17.12.2009 – 8 AZR 670/08 –
Entschädigung wegen Benachteiligung aufgrund einer vom Arbeitgeber lediglich angenommenen Behinderung

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

VORWORT:

Mit Wirkung zum 14.08.2006 ist das Gesetz zur Umsetzung verschiedener europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien – RL 2000/43/EG: Rasse und ethnische Herkunft; RL 2000/78/EG: Beschäftigung und Beruf; RL 2002/73/EG: Gleichbehandlung von Mann und Frau beim Zugang zur Beschäftigung/bei der Berufsbildung/beim beruflichen Aufstieg/bei den Arbeitsbedingungen; RL 2004/113/EG: Gleichbehandlung von Mann und Frau beim Zugang zu/bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen – in Kraft getreten (BGBl. I S. 1897). Über die aus diesem Gesetz abgeleiteten Ansprüche der Arbeitnehmer ist mittlerweile häufig von den Gerichten zu entscheiden.

Herzstück des Gesetzes ist das sogenannte Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG). In § 1 AGG werden acht unzulässige Benachteiligungsgründe aufgeführt, nämlich Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung. § 7 AGG normiert ein Benachteiligungsverbot aus einem der vorgenannten Gründe.

Verstöße von Arbeitgebern gegen die aufgeführten Benachteiligungsverbote können zu Beschwerde- und Leistungsverweigerungsrechten der Arbeitnehmer führen. Daneben kommen bei schuldhaften Verletzungen der Benachteiligungsverbote Schadensersatz- und bei Nichtvermögensschäden Entschädigungsansprüche von Arbeitnehmern in Betracht (§§ 13 ff. AGG).

Der Höhe nach können insbesondere Schadensersatzansprüche mit erheblichen Einbußen für Arbeitgeber verbunden sein. Erfasst werden grundsätzlich alle geldwerten Schäden, die kausal auf einer Benachteiligung beruhen. Dazu können beispiels-

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

weise der entgangene Gewinn bei zu Unrecht unterbliebener Einstellung oder der Vergütungsunterschied zwischen der tatsächlich erhaltenen und der zu Unrecht nicht gezahlten Vergütung zählen (Berlin-Brandenburg 26.11.2008 NZA 2009, 43; LAG Berlin-Brandenburg 26.11.2008 NZA 2009,43). Zeitlich ist der Schadensersatzanspruch grundsätzlich nicht begrenzt.

Aufgrund der zum Teil ganz erheblichen finanziellen Auswirkungen wird zunehmend um Schadensersatzansprüche aus dem AGG gestritten. Das AGG ist so nicht nur in den Fokus des Bundesarbeitsgerichts, sondern auch des Europäischen Gerichtshofes gerückt. Dieser Entwicklung trägt der aktuelle Newsletter Rechnung und widmet sich deshalb speziell dem Themenkreis des AGG.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

A. DISKRIMINIERUNG WEGEN ALTERS

I. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

In zwei aktuellen Entscheidungen hat der Europäische Gerichtshof zum Thema Altersdiskriminierung Stellung genommen und dabei im Gegenlauf zu den Entscheidungen Mangold und Kücükdevici den Anwendungsbereich unzulässiger Altersdiskriminierungen und daraus resultierender Schadensersatzansprüche nach dem AGG zurückgefahren.

Beide Entscheidungen des EuGH zeigen, dass mögliche Ersatzansprüche wegen Altersdiskriminierung sorgfältig und auf den konkreten Einzelfall bezogen geprüft werden müssen. Die eigentliche Schwierigkeit stellt dabei weniger die Tatsache einer Ungleichbehandlung, als vielmehr die Frage der sachlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung anhand der gesetzlichen Vorgaben dar.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

EuGH, Urteil vom 12.01.2010 – 10-229/08 – Deutsche Höchstaltersgrenzen für die Einstellung von Feuerwehrleuten zulässig („Wolf“)

Grundsätzlich verbietet § 7 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 AGG Ungleichbehandlungen wegen Alters. Dies gilt allerdings nicht ausnahmslos. So kann eine Altersdiskriminierung nach den Vorgaben des AGG im Einzelfall zulässig sein, wenn sie wegen beruflicher Anforderungen geboten ist oder sonst objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist (§§ 8, 10 AGG). Als legitimes Ziel für Altersdiskriminierungen bestimmt § 10 Nr. 3 AGG dabei grundsätzlich auch Höchstaltersgrenzen zur Durchsetzung spezifischer Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand. Pauschale Einstellungsgrenzen für die Begründung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse genügen diesen Anforderungen ebenso wenig (Erfurter Kommentar-Schlachter, 10. Aufl. 2010, AGG, § 10, Rn. 5; BAG 14. 11. 2006 NZA 2006, 1217) wie starre Altersgrenzen zur Verjüngung der Nachwuchswissenschaftler (LAG Köln, Urteil vom 12. 2. 2009, Az. 7 Sa 1132/08).

Die Frage der Zulässigkeit von Höchstaltersgrenzen für den Eintritt in ein Beschäftigungsverhältnis wurde von der deutschen Rechtsprechung bislang recht restriktiv gehandhabt. Aktuell musste der Europäische Gerichtshof nun der Frage nachgehen, ob Höchstaltersgrenzen im Spezialfall der Einstellung von Feuerwehrleuten zulässig sind.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

SACHVERHALT:
Der im Jahr 1976 geborene Colin Wolf bewarb sich Ende 2006 bei der Feuerwehr der Stadt Frankfurt am Main für eine Laufbahn im mittleren feuerwehrtechnischen Dienst. Die Stadt versagte ihm die Zulassung wegen Überschreitung der Altersgrenze von 30 Jahren im Zeitpunkt des nächsten Einstellungstermins. Zur Begründung verwies sie auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 der hessischen Feuerwehrlaufbahnverordnung, wonach in die Laufbahn des mittleren berufsfeuerwehrtechnischen Dienstes nur Personen eingestellt werden können, die höchstens 30 Jahre alt sind. Der Antragsteller machte zunächst außergerichtlich, im Anschluss gerichtlich vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt a./M. unter Berufung auf das Verbot der Altersdiskriminierung nach § 21 AGG Schadensersatzansprüche geltend. Zur Begründung führte er an, er werde gegenüber Bewerbern, die das 30. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unzulässig diskriminiert. Das Verwaltungsgericht setzte das Verfahren aus und legte die Frage, ob Altershöchstgrenzen, wie sie in § 3 Abs. 1 Nr. 1 Feuerwehrlaufbahnverordnung vorgesehen sind, mit dem in der Richtlinie 2000/78/EG enthaltenen Verbot der Altersdiskriminierung vereinbar sind, dem Europäischen Gerichtshof vor (VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 21.04.2008, Az. 9 I 385-6/07).

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:
Mit seinem Urteil vom 12.01.2010 hat der EuGH entschieden, dass Bestimmungen, die ein Höchstalter für die Einstellung von Feuerwehrleuten von 30 Jahren vorsehen, europarechtlich zulässig seien. Die damit verbundene Altersdiskriminierung werde durch die hohen körperlichen Anforderungen an Feuerwehrleute gerechtfertigt.

Die Anwendung des § 3 der Hessischen Feuerwehrlaufbahnverordnung führe zwar zu einer Ungleichbehandlung wegen Alters

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

i.S. von Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie 2000/78/EG, da Personen deshalb eine weniger günstige Behandlung erführen als andere Personen in vergleichbaren Situationen, weil sie älter als 30 Jahre seien.

Diese Ungleichbehandlung sei nach Maßgabe des § 10 AGG, der die in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG enthaltenen Grundsätze wiedergebe, gerechtfertigt. Die Festsetzung der Altersgrenze verfolge ein legitimes Ziel, nämlich die Einsatzbereitschaft und das ordnungsgemäße Funktionieren der Berufsfeuerwehr zu gewährleisten. Der mittlere feuerwehrtechnische Dienst stelle für bestimmte Einsätze außergewöhnlich hohe körperliche Anforderungen, die nur von den jüngsten Beamten erfüllt werden könnten. Im Gegensatz zu Führungskräften der Feuerwehr seien Tätigkeiten des mittleren feuerwehrtechnischen Dienstes mit Einsätzen im Rahmen der Brandbekämpfung, der Personenrettung, Aufgaben im Bereich des Umweltschutzes, der Tierrettung und dem Schutz vor gefährlichen Tieren verbunden, die eine ausgeprägte körperliche Eignung voraussetzten. Unter Berücksichtigung des medizinisch nachgewiesenen Alterungsprozesses verfügten Beamten, die älter als 45 bis 50 Jahre seien, nicht mehr über diese erhöhte körperliche Eignung.

Die Altershöchstgrenze sei im konkreten Fall auch verhältnismäßig. Um das Funktionieren der Feuerwehr zu garantieren, sei es angemessen und erforderlich, dass die diesem Dienst angehörenden Beamten mehrheitlich in der Lage seien, die körperlich anspruchsvollen Aufgaben zu erfüllen und daher jünger sein müssten als 45 Jahre. Ein vor Erreichen des 30. Lebensjahres eingestellter Beamter, der noch eine zweijährige Ausbildung absolvieren müsse, stünde für die Aufgaben zwischen 15 und 20 Jahren zur Verfügung. Eine Einstellung im fortgeschrittenen Alter hätte demgegenüber zur Folge, dass der Verwendungs-

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

zeitraum erheblich verkürzt werde. Dies führe dazu, dass eine angemessene Organisation aufgrund einer unausgewogenen Altersstruktur nicht mehr effektiv aufgebaut und die Aufgaben der Feuerwehr nicht mehr bewältigt werden könnten.

FAZIT:
Nach dem Urteil des EuGH ist davon auszugehen, dass Altershöchstgrenzen für die Einstellung von Beschäftigten im öffentlichen Dienst gerechtfertigt sein können, sofern die betreffenden Bewerber hohen körperlichen Anforderungen ausgesetzt sind. Die Rechtsprechung dürfte grundsätzlich auch auf Vollzugspolizeibeamte, Soldaten oder sonstige Arbeitnehmer übertragbar sein, deren Tätigkeit ebenfalls hohe körperliche Anforderungen stellt (zur Höchstaltersgrenze von 25 Jahren für die Einstellung in den Vorbereitungsdienst für den mittleren Polizeivollzugsdienst des Landes Berlin siehe BVerwG, Urteil vom 24. 9. 2009 - 2 C 31/08, NVwZ 2010, 251). Eine abschließende Bewertung bleibt aber dem jeweiligen Einzelfall überlassen.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

EuGH, Urteil vom 12.01.2010 – C – 341/08 – Deutsche Höchstaltersgrenzen für Zahnärzte können zulässig sein („Petersen“)

Nach den Vorgaben des § 95 Abs. 7 SGB V a.F. endete die Zulassung eines für die gesetzlich Krankenversicherten zuständigen Vertragszahnarztes grundsätzlich automatisch mit Ablauf des Kalendervierteljahres, in dem dieser das 68. Lebensjahr vollendet. Demgegenüber konnten die außerhalb der vertragsärztlichen Versorgung tätigen Zahnärzte ihren Beruf über das Alter von 68 Jahren hinaus ausüben. Es stellt sich die Frage, ob derartige Höchstgrenzen für die Berufsausübung unzulässige Altersdiskriminierungen darstellen.

SACHVERHALT:
Vor dem Sozialgericht Dortmund hat die seit 1974 zur vertragszahnärztlichen Versorgung zugelassene Dr. Petersen gegen den Berufungssauschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe geklagt. Dieser hatte festgestellt, dass ihre Zulassung als Vertragszahnärztin wegen Erreichens der Altersgrenze am 30. 6. 2007 enden sollte. Das Sozialgericht hatte Zweifel an der Vereinbarkeit der Altershöchstgrenze mit der EG-Richtlinie über die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) und rief daher den Europäischen Gerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens an.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:
Die Bestimmung des § 95 Abs. 7 S. 3 SGB V führe zu einer Ungleichbehandlung wegen Alters im Sinne der RL 2000/78/EG, denn Vertragszahnärzte würden deshalb eine weniger günstige Behandlung als andere Personen, die den gleichen Beruf ausüben erfahren, weil sie älter als 68 Jahre seien.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

Sofern Ziel einer entsprechenden Bestimmung der Gesundheitsschutz der Patienten vor dem Nachlassen der Leistungsfähigkeit von älteren Ärzten sei, so liege hierin grundsätzlich ein legitimes Ziel. Die deutsche Regelung sei allerdings ungeeignet, das Ziel des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung zu gewährleisten, da lediglich die Vertragszahnärzte, nicht hingegen die übrigen praktizierenden Ärzte von der Höchstgrenze erfasst würden. Die Behandlung von Patienten außerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung – immerhin 10% der deutschen Bevölkerung – bliebe möglich. Insoweit verfolge eine entsprechende Altershöchstgrenze das Ziel des Gesundheitsschutzes nicht in kohärenter und systematischer Weise und sei deshalb als unzulässige Altersdiskriminierung zu werten.

Als Gesetzeszweck kämen neben dem Gesundheitsschutz gegebenenfalls auch die Verteilung der Berufschancen zwischen den Generationen oder auch die ausgewogene Finanzierung des deutschen Gesundheitssystems in Betracht. Da der Zweck nicht feststehe, hat der EuGH die Sache zunächst zu dessen Ermittlung an das Sozialgericht zurückverwiesen.

FAZIT:
Nach dem Urteil des EuGH steht fest, dass Höchstaltersgrenzen zum Zwecke des Gesundheitsschutzes auch für Ärzte europarechtskonform sein können. Erforderlich dafür ist allerdings, dass die Höchstaltersgrenze nicht nur für Vertragsärzte, sondern ausnahmslos für alle praktizierenden Ärzte - also auch für solche ohne Kassenzulassung – gelte. In diesem Fall könnten Altershöchstgrenzen durch das Ziel des Gesundheitsschutzes der Patienten gerechtfertigt sein. Um dem Vorwurf der Unklarheit zu entgehen, sollten Arbeitgeber Regelungen zu Altershöchstgrenzen zweckgebunden formulieren. Die Zweckbindung sollte allerdings wohl überlegt sein, denn je nach Zweck können sich für die sachliche Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen unterschiedliche Anforderungen ergeben.

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

II. ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESARBEITSGERICHTS

BAG, Urteil vom 13.10.2009 – 9 AZR 722/08 – Altersdiskriminierung durch Punkteschema in Dienstvereinbarungen

Die Arbeitgeber bedienen sich zur Vereinfachung von Auswahlentscheidungen häufig sog. Punkteschemata. Bekanntestes Beispiel ist das Punkteschema zur Durchführung der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen. Aktuell hat sich das Bundesarbeitsgericht zur Verwendung in einer Dienstvereinbarung über die Durchführung von Versetzungen geäußert.

SACHVERHALT:
Der Kläger war Sozialarbeiter an einer Oberschule und wurde aufgrund der Dienstvereinbarung «Regelung der Umsetzung von Lehrkräften und dem weiteren pädagogischen Personal wegen vorhandener Personalungleichgewichte» an eine andere Gesamtschule versetzt. Die Dienstvereinbarung enthält ein Punkteschema zur Auswahl der umzusetzenden Arbeitnehmer. Dies gibt in Ziffer 5.5 Abs. 1 lit. a vor, dass ein Beschäftigter für das Lebensalter ab dem vollendeten 30. Lebensjahr jeweils einen Punkt pro Jahr bis zu maximal 35 Punkten erhält. Der Beschäftigte mit der geringsten Punktezahl wird nach Ziffer 5.5 Abs. 2 DV zur Umsetzung vorgesehen.
Die Oberschule beschäftigte neben dem Kläger drei weitere Sozialarbeiter, die allein aufgrund ihres Alters bereits 25, 26 und 28 Punkte erreichten. Der Kläger erhielt demgegenüber u.a. aufgrund seines geringeren Alters nur 17 Punkte und wurde deshalb umgesetzt.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:
Regelungen in Betriebs- und Dienstvereinbarungen, die gegen

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

ein Diskriminierungsverbot des AGG verstoßen, sind gem. § 7 Abs. 2 AGG unwirksam.

Die Regelung in einer Dienstvereinbarung, wonach Arbeitnehmer mit steigendem Lebensalter Mehrpunkte (Punkteschema) erhalten und die zugleich die Arbeitnehmer mit der geringsten Punktzahl zur Umsetzung/Versetzung bestimme, stelle eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung i.S.v. § 1 AGG dar. Durch ein derartiges Punkteschema würden ältere Arbeitnehmer bevorzugt und jüngere Arbeitnehmer benachteiligt. Denn mit den an das steigende Lebensalter anknüpfenden höheren Punktzahlen verringere sich die Wahrscheinlichkeit, umgesetzt zu werden. Die Regelung sei deshalb für jüngere Arbeitnehmer unmittelbar benachteiligend gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG.

Zur Begründung führt das BAG aus: Eine unmittelbare Benachteiligung könne durch ein legitimes Ziel gem. § 10 Satz 1 AGG gerechtfertigt sein. Das Ziel, Arbeitnehmer von möglicherweise altersbedingt steigenden Belastungen zu schützen, stelle an sich ein legitimes sozialpolitisches Ziel dar, das grundsätzlich geeignet sei, eine Begünstigung älterer Arbeitnehmer zu rechtfertigen. Durch den Schutz vor Versetzung könne das Risiko vermindert werden, dass durch die neue Arbeitssituation eine gesundheitliche Beeinträchtigung entstehe.

Die Ungleichbehandlung wegen des Alters sei nach § 10 Satz 1 AGG aber nur zulässig, wenn sie objektiv gerechtfertigt und angemessen sei.

Objektiv gerechtfertigt sei sie dann, wenn Arbeitnehmer mit zunehmendem Alter bei Versetzungen schutzbedürftiger seien als jüngere Arbeitnehmer. Das verlange die Prüfung, ob das ver-

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

folgte Interesse auf tatsächlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruhe oder die Ungleichbehandlung nur aufgrund von bloßen Vermutungen oder subjektiven Einschätzungen vorgenommen werde. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, der das Lebensalter bei der Sozialauswahl als ein zugunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigendes Kriterium nenne, lasse sich nicht der Erfahrungssatz herleiten, mit zunehmenden Alter nehme typischerweise die Flexibilität ab. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG solle ältere Arbeitnehmer deshalb besser schützen, weil sie wegen ihres Alters typischerweise schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt hätten. Ob ein Erfahrungssatz bestehe, dass es Arbeitnehmern mit zunehmendem Alter regelmäßig schwerer falle, unter veränderten Umständen aufgrund einer Versetzung zu arbeiten, sei zweifelhaft. In der Rechtsprechung sei lediglich anerkannt, dass die physische Belastbarkeit mit zunehmendem Alter abnehme. Es seien weder ausschließlich positive Aussagen über die psychische Leistungsfähigkeit junger Arbeitnehmer gerechtfertigt, noch seien rein verallgemeinernde Aussagen über das Nachlassen dieser Leistungsfähigkeit mit zunehmendem Alter zutreffend.

FAZIT:
Die Entscheidung ist auf eine Versetzung bezogen und darf nicht verallgemeinert werden. Das BAG hält ein Punkteschema bei Personalabbaumaßnahmen zur Durchführung der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen für zulässig. Das Alter sei als Differenzierungsmerkmal in § 1 KSchG ausdrücklich genannt. Außerdem rechtfertige das Ziel, ältere Menschen vor Arbeitslosigkeit zu schützen, die Altersdifferenzierung im Kündigungsschutzrecht wegen der schlechteren Vermittlungschancen älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

BAG, Beschluss vom 18.08.2009 – 1 ABR 47/08 – Unterlassungsanspruch des Betriebsrates bei mittelbar altersdiskriminierender Stellenausschreibung

Die Stellenausschreibung ist bei Auseinandersetzungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ein häufiger Streitpunkt. Der Betriebsrat nützt seine in diesem Zusammenhang bestehenden Beteiligungsrechte, um so auf die Einstellungspolitik des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen. Bei der Ausschreibung von Stellen sind Diskriminierungen gem. § 11 AGG verboten. Bei Stellenausschreibungen muss der Arbeitgeber deshalb darauf achten, dass er nicht bestimmte Gruppen von möglichen Bewerbern ausklammert. Zu klären war in diesem Zusammenhang, ob die Beschränkung in einer internen Stellenausschreibung auf Mitarbeiter mit ein- oder zweijähriger Berufserfahrung eine unzulässige Benachteiligung wegen Alters darstellt. Gegen entsprechende Benachteiligungen kann der Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 AGG vorgehen.

SACHVERHALT:
Die innerbetriebliche Stellenausschreibung wies für den gesuchten Arbeitsplatz einer Verkäuferin die unterste Vergütungsgruppe ausdrücklich mit ein- bzw. zweijähriger Berufserfahrung aus. Nach dem einschlägigen Tarifvertrag steigt die Vergütung in der untersten Vergütungsgruppe entsprechend den zurückgelegten Berufsjahren. Durch die Festlegung auf das erste und zweite Berufsjahr wollte der Arbeitgeber gezielt jüngere Verkaufskräfte ansprechen, deren Beschäftigung sich wegen der geringen Vergütung nach der Argumentation des Arbeitgebers auch in strukturschwachen Gebieten lohne. Der Betriebsrat sah in dieser Form der Ausschreibung eine mittelbare Altersdiskriminierung.

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:
Der Betriebsrat kann bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen die Antidiskriminierungsvorschriften des AGG nach § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG i.V.m. § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG beim Arbeitsgericht die Unterlassung der diskriminierenden Maßnahme verlangen. Ein „grober Verstoß“ des Arbeitgebers i.S.d. § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG entspreche hinsichtlich der Anforderungen dem groben Verstoß des Arbeitsgebers gegen seine Verpflichtungen aus dem Betriebsverfassungsgesetz i.S.v. § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG.

Eine mittelbare Benachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG komme in Betracht, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren bestimmte Personen wegen eines Diskriminierungsmerkmals gem. § 1 AGG gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Jedenfalls im Bereich der Altersdiskriminierung bedürfe es keines statistischen Nachweises, dass die streitige Regelung eine bestimmte Altersgruppe tatsächlich benachteilige. Es sei ausreichend, wenn die Regelung typischerweise für eine Benachteiligung geeignet sei.

Nach Auffassung des BAG habe der Arbeitgeber mit seiner Stellenausschreibung durch die Angabe des ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres im Zusammenhang mit der Bezeichnung der Tarifgruppe, in die der zu besetzende Arbeitsplatz eingruppiert sei, eine Anforderung gesetzt, die Arbeitnehmer, die sich nicht im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr der entsprechenden Vergütungsgruppe befänden, von einer Bewerbung ausschließen würden. Die Beschränkung der innerbetrieblichen Stellenausschreibung auf Arbeitnehmer im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr stelle eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG und damit eine Zuwiderhandlung gegen die sich für die Arbeitgeberin aus § 11 AGG i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG ergeben-

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

de Pflicht zur benachteiligungsfreien Stellenausschreibung dar. Dieser Verstoß gegen die Antidiskriminierungsvorschriften sei auch als grober Verstoß i.S.v. § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG zu qualifizieren.

Ob allein in der Angabe der Tarifgruppe i.V.m. dem ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr in einer Stellenausschreibung auch eine Stellenanforderung des Inhalts zu sehen sei, dass sich ausschließlich Arbeitnehmer bewerben sollen, die sich noch im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr befinden, sei zwar durchaus zweifelhaft. In der Stellenausschreibung waren die wöchentliche Arbeitszeit, die Tarifgruppe, das Berufsjahr und der sich bei Eingruppierung im ersten Berufsjahr entsprechend der Arbeitszeit ergebende Bruttobetrag angegeben. Man könnte die Angabe des Berufsjahres daher auch als bloßes Beispiel für die Errechnung des konkreten Bruttoverdienstes verstehen, wobei Bewerber mit mehr Berufsjahren eine entsprechend höhere Vergütung erhalten würden. Der Arbeitgeber habe aber damit argumentiert, die Angabe der Berufsjahre dienten dazu, eine ausgewogene Altersstruktur zu sichern und die wirtschaftlichen Verhältnisse trügen keine Beschäftigung eines Arbeitnehmers, der aufgrund mehrerer Berufsjahre Anspruch auf eine höhere Vergütung hätte. Damit habe der Arbeitgeber im Verfahren selbst dargelegt, dass die Angabe des Berufsjahres bei der Bezeichnung der Vergütung eine Stellenanforderung darstelle. Der Arbeitgeber hatte damit die Diskriminierungsvoraussetzung selbst nachgewiesen.

<u>In der weiteren Begründung führt das BAG aus:</u>
Bei der Angabe des ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres handele es sich um ein neutrales Kriterium i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG, bei dessen Anwendung die Arbeitnehmer aufgrund ihres Lebensalters unterschiedlich betroffen seien. Das im Sinne einer Höchstanforderung verwandte Merkmal schließe typischerweise Arbeit-

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

nehmer von einem höheren Lebensalter von der Bewerbung auf die ausgeschriebenen Arbeitsplätze aus.

Das Kriterium „erstes Berufs-/Tätigkeitsjahr“ könne auch nicht durch die Verfolgung eines rechtmäßigen Zieles mit angemessenen und erforderlichen Mitteln gerechtfertigt werden.

Für die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Alters i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG sei kein statistischer Nachweis erforderlich, dass eine bestimmte Altersgruppe durch die in Frage stehenden Kriterien tatsächlich wegen ihres Alters benachteiligt werde. Es sei ausreichend, wenn das Kriterium hierzu typischerweise geeignet sei. Dies folge aus dem Gesetzeswortlaut und entspreche dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot des effet utile, wonach die Regelungen einer Richtlinie innerhalb ihres Geltungsbereichs tatsächliche Wirksamkeit entfalten sollen.

Eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals könne aber durch ein legitimes Ziel und die Wahl von verhältnismäßigen Mitteln zu seiner Durchsetzung gerechtfertigt werden (§ 3 Abs. 2, 2. Halbsatz AGG). In einem solchen Fall fehle es bereits an den tatbestandlichen Voraussetzungen einer mittelbaren Benachteiligung. Während eine unmittelbar auf dem Merkmal des Alters beruhende Ungleichbehandlung nur nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt werden könne, könnten diejenigen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die mittelbare Diskriminierungen bewirken, nach Art. 2 Abs. 2 lit. b Richtlinie 2000/78/EG schon der Qualifikation als Diskriminierung entgehen, sofern sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind. Im Falle der mittelbaren Diskriminierung müsse also das vom Arbeitgeber durch die Verwendung eines

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

neutralen Kriteriums verfolgte Ziel kein rechtmäßiges Ziel i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG, insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bindung sein. Andere von der Rechtsordnung anerkannte Gründe für die Verwendung des neutralen Kriteriums seinen nicht ausgeschlossen. Die durch die Verwendung des Kriteriums differenzierende Maßnahme müsse allerdings zur Erreichung des legitimen Ziels geeignet und erforderlich sein und einen im Verhältnis zur Bedeutung des Ziels noch angemessenen Eingriff in die Rechte der Benachteiligten darstellen.

Das Merkmal des ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres führe zu einer mittelbaren Benachteiligung der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer wegen des Alters.

Die mittelbare Ungleichbehandlung sei durch die vom Arbeitgeber vorgetragenen Ziele offensichtlich nicht sachlich gerechtfertigt. Eine ausgewogene Altersstruktur ließe sich durch eine bloße Versetzung eines die Anforderung erfüllenden Arbeitnehmers im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres nicht erreichen. Die Altersstruktur bliebe im Falle der Versetzung unverändert. Auch das Argument, die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Verkaufsstellen vertrügen keine Vergütung nach einer Eingruppierung mit mehreren Berufsjahren, verfange nicht. Die Stellenbesetzung mit einem bereits im Betrieb beschäftigten Berufsanfänger sei kostenneutral.

Das BAG hat den Verstoß des Arbeitgebers gegen die Antidiskriminierungsvorschriften sogar als groben Verstoß i.S.v. § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG eingestuft.

Ein grober Verstoß des Arbeitgebers gegen seine sich aus dem AGG ergebenden Pflichten liege vor, wenn es sich um eine ob-

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

jektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung handelt. Für die Beurteilung unerheblich sei, ob dem Arbeitgeber ein Verschulden zur Last falle. Es gälten die entsprechenden Anforderungen, wie sie die Rechtsprechung zur Kennzeichnung des groben Verstoßes i.S.v. § 23 Abs. 3 BetrVG entwickelt habe. Ein grober Verstoß sei regelmäßig zu bejahen, wenn der Arbeitgeber mehrfach und erkennbar gegen seine Verpflichtungen verstoßen habe. Anders sei sein Verhalten zu beurteilen, wenn er seine Rechtsposition in einer schwierigen ungeklärten Rechtslage verteidige.

FAZIT:
Das BAG hat dem Arbeitgeber bei der Verwendung der Stellenausschreibungen nicht zugutegehalten, dass er in einer schwierigen ungeklärten Rechtsfrage seinen Rechtsstandpunkt behauptete. Die Verknüpfung der Dauer der Berufs-/Tätigkeitszeit mit dem Lebensalter und die damit verbundenen Auswirkungen auf den Bewerberkreis der innerbetrieblichen Stellenausschreibungen sei offensichtlich untauglich gewesen, die verfolgten Ziele, eine ausgewogene Altersstruktur zu sichern oder eine Begrenzung von Personalkosten zu erreichen.

Die Begründung des BAG zeigt sehr deutlich, dass der Arbeitgeber bei der Geltendmachung sachlicher Gründe zur Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung sehr sorgfältig prüfen muss, ob dieses Ziel als sachlich angemessen und erforderlich anerkannt werden kann. Das BAG hätte mit seiner Begründung z.B. keinen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung annehmen können, wenn sich die Stellenbewerbung an externe Bewerber gerichtet hätte. Denn dann wären die vom Arbeitgeber angegebenen Ziele eine ausgewogene Altersstruktur und einer gesunden an die wirtschaftlichen Verhältnisse angepassten Personalkostenstruktur sehr wohl durch das Kriterium des ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres erreichbar gewesen.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

B. DISKRIMINIERUNG WEGEN RELIGIONSAUSÜBUNG

BAG, Urteil vom 20.08.2009 – 2 AZR 499/08 – Diskriminierung durch Abmahnung wegen Religionsausübung

Nach dem Schulgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen dürfen Lehrer und pädagogische Mitarbeiter während der Arbeitszeit keine religiösen Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes oder den religiösen Schulfrieden zu gefährden. Es stellt sich insoweit die Frage, ob und inwieweit die auf einem entsprechenden Neutralitätsverbot basierenden Abmahnungen mit europarechtlichen und AGG-rechtlichen Diskriminierungsverboten wegen religiöser Bekundungen vereinbar sind.

SACHVERHALT:
Die Klägerin ist islamischen Glaubens. Sie arbeitet als Sozialpädagogin an einer Gesamtschule für Schüler mit verschiedenen Nationalitäten und Religionszugehörigkeiten und ist dort für die Schlichtung von Schulkonflikten zuständig. Vom Land Nordrhein-Westfalen wurde ihr eine Abmahnung wegen des Tragens einer Mütze mit Strickbund, die ihr Haar, den Haaransatz und die Ohren komplett verdeckt, erteilt. Die Mütze trug die Klägerin an Stelle eines Kopftuchs, das sie auf Aufforderung des Landes zuvor abgelegt hatte.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:
Das BAG hat festgestellt, dass eine landesgesetzliche Vorschrift, die religiöse Bekundungen in der Schule durch Lehrer/innen und Sozialpädagogen/innen verbietet, die geeignet sind, den religiösen Schulfrieden zu gefährden, weder gegen Art. 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG, noch gegen Art. 9 EMRK oder § 7 AGG verstoße.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

Ob das Tragen eines bestimmten Kleidungsstücks als nach außen gerichtete Kundgabe einer religiösen Überzeugung zu werten sei, richte sich nach den Deutungsmöglichkeiten, die insbesondere für Schüler und Eltern objektiv nahe lägen.

Daher müsse sich der fragliche Symbolcharakter nicht schon aus dem Kleidungsstück als solchem ergeben. Trage eine Sozialpädagogin muslimischen Glaubens in der Schule zu jeder Zeit eine (Woll)mütze, die Haare, Haaransatz und Ohren vollständig bedecke, könne darin aber die Kundgab einer religiösen Überzeugung liegen.

Vorliegend sei die Kopfbedeckung als religiöse Bekundung und nicht nur als ein modisches Accessoire aufzufassen. Sie sei geeignet, den religiösen Schulfrieden zu gefährden und verstoße deshalb gegen das landesrechtliche Neutralitätsgebot. Die Abmahnung sei zulässig.

FAZIT:
Aus dem Neutralitätsgebot folgende Bekundungsverbote knüpfen an abstrakte Gefährdungstatbestande an. Sie umfassen nicht erst Bekundungen, die den religiösen Schulfrieden konkret gefährden. Sofern ein entsprechender Gefährdungstatbestand bejaht wird, kommt bereits eine Abmahnung in Betracht. Es muss nicht erst abgewartet werden, bis es zu konkreten Störungen kommt.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

C. DISKRIMINIERUNG WEGEN BEHINDERUNG

BAG, Urteil vom 17.12.2009 – 8 AZR 670/08 – Entschädigung wegen Benachteiligung aufgrund einer vom Arbeitgeber lediglich angenommenen Behinderung

Die ungerechtfertigte Benachteiligung eines Beschäftigten ist nach dem eindeutigen Wortlaut von § 7 Abs. 1 Halbsatz 2 AGG auch dann untersagt, wenn der benachteiligende Arbeitgeber ein Diskriminierungsmerkmal nach § 1 AGG nur annimmt, das Merkmal tatsächlich aber nicht vorliegt. Das BAG hatte in diesem Zusammenhang der Frage nachzugehen, ob in einem Bewerbungsgespräch gestellte Fragen nach nicht näher bezeichneten gesundheitlichen Beeinträchtigungen eine unzulässige Diskriminierung darstellen.

SACHVERHALT:
Der Beklagte ist Arzt und Inhaber einer in der Forschung und Entwicklung im Medizinbereich tätigen Firma. Er hatte bei der Bundesagentur für Arbeit eine Stellenausschreibung für einen Biologen oder Tierarzt mit akademischem Titel zur Mitarbeit an wissenschaftlichen Studien und in der klinischen Forschung veranlasst. Der Kläger, ein promovierter Diplom-Biologe, hat sich erfolglos darauf beworben. Während eines der Bewerbungsgespräche wurde der Kläger gefragt, ob er psychiatrisch oder psychotherapeutisch behandelt werde, und aufgefordert zu unterschreiben, dass dies nicht der Fall sei. Außerdem äußerte der Beklagte, dass der steife Gang des Klägers auf «Morbus Bechterew» (eine chronisch verlaufende entzündlich-rheumatische Erkrankung) schließen lasse. Der Beklagte forderte den Kläger auf, sich von ihm hinsichtlich des Wirbelsäulenzustands untersuchen und röntgen zu lassen. Dieser war aber mit einer Untersuchung nicht einverstanden. Später teilte der Beklagte

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

dem Kläger mit, dass seine Bewerbung nicht habe berücksichtigt werden können. Mit seiner Klage begehrt der Kläger eine Entschädigungszahlung nach § II AGG.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:
Der Arbeitnehmer genüge den Anforderungen, die an der Darlegung einer Benachteiligung zu stellen sind, wenn er Indizien vortrage und im Streitfall beweise, die eine Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals vermuten ließen. Die Indizien müssten nicht zwingend den Schluss zulassen, dass die Benachteiligung mit einem Diskriminierungsmerkmal in Zusammenhang stehe. Es reiche vielmehr aus, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung für diesen Zusammenhang eine überwiegende Wahrscheinlichkeit bestehe. In diesem Fall trage der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen habe.

Die in einem Bewerbungsgespräch gestellten Fragen nach gesundheitlichen Beeinträchtigungen mit der Nachfrage, ob eine Behinderung vorliege, könnten darauf schließen lassen, dass der fragende Arbeitgeber eine Behinderung mutmaßt.

FAZIT:
Die Entscheidung verdeutlicht, dass es zukünftig sehr riskant sein kann, in Bewerbungsgesprächen nach dem Gesundheitszustand eines Bewerbers zu fragen. Denn das BAG setzt die Schwelle zur Annahme eines Indizes nach § 22 AGG bezüglich einer Behinderung sehr niedrig an.

Dies gilt allerdings nur für Fälle einer Behinderung, nicht dagegen für das Merkmal der Krankheit. Die Krankheit als solche stellt kein verbotenes Diskriminierungsmerkmal im Sinne des AGG dar. Sobald die Krankheit den Grad der Behinderung er-

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

reicht, ist das AGG allerdings anwendbar.

Es bietet sich deshalb aus Sicht des Arbeitgebers an, Standardfragen zu entwickeln, die vor dem Bewerbungsgespräch rechtlich überprüft werden sollten. Dies dient zur Vermeidung von Diskriminierungen und daraus resultierender Schadensersatzansprüche.

THOMSEN RECHTSANWÄLTE

Stabelstraße 10
D-76133 Karlsruhe

Tel. +49 (0)721-83024-93
Fax +49 (0)721-83024-94

www.thomsen-ra.de
kontakt@thomsen-ra.de

Impressum:
Der THOMSEN RECHTSANWÄLTE Newsletter ist ein kostenloser Service. Die Verfasser übernehmen keine Gewähr für die Richtigkeit der übermittelten Informationen. Bitte beachten Sie, dass diese Informationen eine Beratung im Einzelfall nicht ersetzen können.

Herausgeber:
THOMSEN RECHTSANWÄLTE
Stabelstr. 10
76133 Karlsruhe
Ansprechpartner (ViSdP):
Rechtsanwalt Klaus Thomas Thomsen