12 Jahre AGG – Die wichtigsten Entscheidungen im Arbeitsrecht

Dr. Olivia Czerny*

Seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) am 18.8.2006 sind inzwischen fast zwölf Jahre vergangen und zahlreiche gerichtliche Entscheidungen ergangen. Gemäß § 1 AGG ist Ziel des Gesetzes, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. § 7 I AGG enthält ein Benachteiligungsverbot für Beschäftigte. Das AGG soll die Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG in deutsches Recht umsetzen, so dass die Auslegung der Normen vor dem Hintergrund der Richtlinien und unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH erfolgen muss. Der folgende Beitrag stellt die wichtigsten Entscheidungen und Aussagen des BAG dar und geht auch auf die Rechtsprechung des EuGH ein.

I. Anwendungsbereich

1. „Scheinbewerber" oder „AGG-Hopper"

Gemäß § 6 I 2 AGG gelten auch Beschäftigte als Bewerber. Zunächst meinte das BAG, als Bewerber benachteiligt werden könne nur, „wer sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt". An der subjektiven Ernsthaftigkeit sollte es nicht schon dann fehlen, wenn eine Vielzahl erfolgloser Bewerbungen vorliege, sondern nur dann, wenn der Wille, die Stelle anzunehmen, von vornherein fehle und die Bewerbung auf die Entschädigung abziele.[1]

2015 legte das BAG dem EuGH die Frage vor, wie unionsrechtlich mit Personen zu verfahren ist, die keine Beschäftigung, sondern nur den formalen „Bewerberstatus" anstreben, um Entschädigungsansprüche geltend machen zu können.[2] Noch vor einer Antwort des EuGH gab das BAG 2016 seine Rechtsprechung auf und stellte fest, dass der Bewerberbegriff ein formaler Begriff ist und es auf die subjektive Ernsthaftigkeit nicht ankommt. Auch die objektive Eignung ist nicht erforderlich, da ein zu enger Vergleichsmaßstab die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte jedenfalls erschweren würde.[3] Bewirbt sich eine Person nicht ernsthaft, sondern nur um eine Entschädigung zu erhalten, kann der Anspruch aber aufgrund rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) ausgeschlossen sein.[4]

Inzwischen hat auch der EuGH entschieden, dass Rechtsmissbrauch vorliegt, wenn eine Person nicht die ausgeschriebene Stelle erhalten möchte, sondern nur den formalen Status als Bewerber anstrebt, um eine Entschädigung geltend zu machen.[5] Die Darlegungs- und Beweislast für rechtsmissbräuchliches Verhalten trägt der Arbeitgeber, der den Einwand geltend macht. Um effektiven Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten, sind an das Vorliegen von Rechtsmissbrauch strenge Anforderungen zu stellen. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann nicht schon dann angenommen werden, wenn sich der Bewerber im Anschreiben keine „Mühe" gibt und das Bewerbungsschreiben inhaltslos und floskelhaft formuliert.[6]

2. Kündigungen

Sowohl nach § 2 I Nr. 2 AGG als auch nach Art. 3 I Buchst. c RL 2000/78/EG fallen Entlassungsbedingungen unter den Anwendungsbereich des AGG bzw. der Richtlinie. Vor diesem Hintergrund ist problematisch, dass gem. § 2 IV AGG für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten sollen.

Um den unionsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden, erkennt das BAG an, dass mit Entlassungsbedingungen auch Kündigungen gemeint sind. § 2 IV AGG regelt keinen Anwendungsausschluss des AGG für Kündigungen.[7] Sein Zweck ist es vielmehr, sicherzustellen, dass es neben dem KSchG kein zweites Kündigungsrecht gibt.[8] Die Diskriminierungsverbote sind daher keine eigenen Unwirksamkeitsnormen. Allerdings sind die Diskriminierungsverbote einschließlich der Rechtfertigungsgründe zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe heranzuziehen. Das gilt insbesondere für den Begriff der Sozialwidrigkeit iSd § 1 KSchG.[9] Eine Altersgruppenbildung bei betriebsbedingter Kündigung ist nach Auffassung des BAG zwar eine nach § 1 III 1 KSchG an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung. Sie ist aber nach § 10 S. 1, 2 AGG gerechtfertigt: Ältere Arbeitnehmer haben wegen ihres Alters typischerweise schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt und sollen besser geschützt werden.[10]

Kündigungen, die nicht in den Geltungsbereich des KSchG fallen, sind unmittelbar am AGG zu messen[11] und bei einem Verstoß nach § 134 BGB unwirksam.[12] Zivilrechtliche Generalklauseln werden verdrängt.[13] Auch die Beweislastregelung des § 22 AGG findet Anwendung.[14]

Außerdem sperrt § 2 IV AGG den Entschädigungsanspruch nach § 15 II AGG nicht grundsätzlich.[15] Der Anspruch besteht nach Auffassung des BAG jedenfalls dann, wenn eine merkmalsbezogene Belastung im Zusammenhang einer Kündigung über das Normalmaß hinausgeht.[16] Im konkreten Fall kündigte der Arbeitgeber einer schwangeren Arbeitnehmerin, die sich geweigert hatte, das Beschäftigungsverbot nach § 3 MuSchG zu ignorieren, sofort nachdem er erfuhr, dass die Leibesfrucht abgestorben war.

II. Einzelne Diskriminierungsmerkmale

1. Alter

Verboten ist eine Diskriminierung aufgrund eines höheren[17] oder geringeren[18] Lebensalters.

a) Grundsätze zur Rechtfertigung wegen des Alters, § 10 AGG

Nach § 10 S. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Der EuGH erkennt dabei an, dass die Mitgliedstaaten und die Sozialpartner sowohl bei der Entscheidung über die Verfolgung eines bestimmten sozial- und beschäftigungspolitischen Ziels als auch bei der Festlegung der für seine Erreichung geeigneten Maßnahmen über einen weiten Ermessensspielraum verfügen.[19] Das Ziel muss nicht ausdrücklich in der Regelung genannt sein, muss sich aber „aus dem Kontext der Differenzierungsmaßnahme ableiten lassen".[20]

Gemäß Art. 6 I der RL 2000/78/EG sind legitime Ziele insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, also sozialpolitische Ziele.[21] Daher scheint der EuGH davon auszugehen, dass legitime Ziele nur solche sind, die im

Allgemeininteresse stehen. Individuelle Interessen des Arbeitgebers, wie Kostenreduzierung oder Verbesserung seiner Wettbewerbsfähigkeit, reichen hingegen nicht. Allerdings darf dem Arbeitgeber zur Verfolgung eines rechtmäßigen Ziels ein gewisser Grad an Flexibilität zugestanden werden.[22]

Demgegenüber hat das BAG 2009 entschieden, dass legitime Ziele nicht nur Ziele im Interesse der Allgemeinheit sind, sondern auch betriebs- und unternehmensbezogene Interessen sein können. Ein solches ist etwa die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs iSd § 1 III 2 KSchG und im Insolvenzverfahren sogar deren Schaffung. Diese Ziele sind vom Arbeitgeber im Prozess darzulegen und zu beweisen. Er muss darlegen, welche konkrete Personalstruktur er schaffen oder erhalten will und aus welchen Gründen. Nach Auffassung des BAG reicht der Vortrag des Arbeitgebers nicht, der Versetzungen in einen Stellenpool zur Beseitigung von Personalüberhang mit dem Erhalt der Personalstruktur begründet, aber nur Arbeitnehmerinnen versetzt, die zum Stichtag das 40. Lebensjahr bereits erreicht haben. Denn damit wird die Personalstruktur gerade nicht erhalten, sondern verändert.[23]

Nach Auffassung des EuGH kann auch der Bestandsschutz ein legitimes Ziel sein.[24] Im konkreten Fall ging es um die Beseitigung einer diskriminierenden Vergütungsordnung durch eine ebenfalls benachteiligende Übergangsregelung. Der EuGH hielt diese Regelung für zulässig, weil ohne eine entsprechende Übergangsregelung ein großer Teil der Beschäftigten Einkommenseinbußen hätten hinnehmen müssen.

Ein legitimes sozialpolitisches Ziel liegt vor, wenn bei Auswahlkriterien für eine Versetzung Belastungsfaktoren wie das Lebensalter einbezogen werden.[25] Zulässig ist eine daraus folgende unmittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer aber nur, wenn sie objektiv gerechtfertigt und angemessen ist. Das Merkmal „objektiv" setzt voraus, dass das verfolgte Interesse auf tatsächlichen und nachvollziehbaren Erwägungen und nicht nur auf bloßen Vermutungen oder subjektiven Einschätzungen beruht. Ohne nähere Feststellung zu den tatsächlichen Belastungen älterer Arbeitnehmer hat das BAG die Rechtfertigung im Fall der Versetzung eines jüngeren statt eines älteren Lehrers an eine andere Schule abgelehnt.[26]

Auch bei der Sozialauswahl darf nach Auffassung des BAG das Lebensalter als Auswahlkriterium berücksichtigt werden (§ 1 III 1 KSchG). Ein legitimes Ziel liegt im Schutz älterer Arbeitnehmer, die typischerweise schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben.[27]

b) Altersgrenzen bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Der EuGH hat 2010 entschieden, dass die Regelung in § 10 S. 3 Nr. 5 AGG, nach dem eine Vereinbarung zulässig ist, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann, mit Unionsrecht vereinbar ist.[28] Die entsprechende Regelung unterliegt aber gerichtlicher Kontrolle und muss ihrerseits verhältnismäßig sein.[29] Der EuGH geht sogar dann von einer zulässigen Regelung aus, wenn diese die Höhe des Rentenanspruchs nicht berücksichtigt (im entschiedenen Fall: umgerechnet ca. 300 Euro).[30] In der Verhältnismäßigkeit hat der EuGH einbezogen, dass nach schwedischem Recht eine Grundversorgung für Einkommensschwache existiert.[31]

Von § 10 S. 3 Nr. 5 AGG erfasst werden sowohl kollektivvertragliche[32] als auch arbeitsvertragliche[33] Regelungen. Das BAG legt eine Vereinbarung, nach der das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des 65. Lebensjahres enden soll, nach der Anhebung des Regelrentenalters regelmäßig dahingehend aus, dass das Arbeitsverhältnis erst mit der Vollendung des für den Bezug einer Regelaltersrente maßgeblichen Lebensalters enden soll.[34]

Nach Auffassung des EuGH kann eine Regelung zulässig sein, nach der „Universitätsprofessoren mit Vollendung des 68. Lebensjahres zwangsweise in den Ruhestand versetzt werden und ihre Tätigkeit ab Vollendung des 65. Lebensjahres nur aufgrund eines auf ein Jahr befristeten und höchstens zweimal verlängerbaren Vertrags fortsetzen können". „Schaffung einer hochwertigen Lehre und die optimale Verteilung der Professorenstellen auf die Generationen" sind legitime Ziele, die eine entsprechende Benachteiligung rechtfertigen können.[35]

Das in einer tariflichen Altersgrenze enthaltene Verbot, das Piloten untersagt mit Vollendung des 60. Lebensjahres ein Flugzeug zu führen, stellt nach Auffassung des BAG und des EuGH eine nicht gerechtfertigte unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters dar.[36] Zwar sei die Sicherheit des Flugverkehrs ein rechtmäßiger Zweck iSd Art. 4 I der RL 2000/78/EG (entspricht § 8 I AGG), allerdings sei die Regelung unverhältnismäßig. Zur Begründung wird angeführt, dass die nationalen und internationalen Lizenzregelungen die Ausübung der Tätigkeit im doppelt besetzten (Co-)Pilotencockpit bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres zulassen, wenn der Besatzung ein (Co-)Pilot angehört, der das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.[37] Auf Vorlage des BAG[38] hat der EuGH 2017 entschieden, dass eine Regelung, die es einem Piloten untersagt, im gewerblichen Luftverkehr tätig zu werden, wenn er das Alter von 65 Jahren erreicht hat, zulässig ist. Die unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters sei durch das legitime Ziel, die Flugsicherheit zu gewährleisten, gerechtfertigt.[39]

Auch in anderen Berufszweigen sind Altersgrenzen denkbar. Bei Altersgrenzen im Ärztewesen kann die Gesundheit der Patienten ein legitimes Ziel sein. Allerdings ist nach Auffassung des EuGH eine Regelung nicht geeignet, dieses Ziel zu erreichen, wenn sie lediglich für Vertragszahnärzte Höchstaltersgrenzen vorsieht und Zahnärzte außerhalb des Vertragszahnarztsystems ihren Beruf unabhängig von ihrem Alter ausüben können.[40]

c) Abfindungsreglungen und Betriebsrente

Sozialpläne dürfen eine nach Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung vorsehen.[41] Sie dürfen einerseits für rentenberechtigte Arbeitnehmer Sozialplanleistungen reduzieren oder sogar ganz ausschließen.[42] Andererseits kann für jüngere Arbeitnehmer eine geringere Abfindung vorgesehen werden.[43] Die damit verbundene Benachteiligung kann durch § 10 S. 3 Nr. 6 AGG, der unionsrechtskonform ist,[44] gerechtfertigt sein.[45] § 10 S. 3 Nr. 6 AGG ist nach Auffassung des BAG auch dann anwendbar, wenn die betroffenen Arbeitnehmer nicht unmittelbar nach dem Bezug von Arbeitslosengeld I rentenberechtigt sind, aber eine Abfindung erhalten, die so bemessen ist, dass sie die wirtschaftlichen Nachteile bis zum frühestmöglichen Renteneintritt ausgleicht. Die konkrete Sozialplangestaltung unterliegt aber einer weiteren Verhältnismäßigkeitsprüfung nach § 10 S. 2 AGG.[46] Das BAG sah eine Sozialplanregelung als zulässig an, nach der Arbeitnehmer von Abfindungsleistungen ausgeschlossen werden, die nach dem Bezug von Arbeitslosengeld I

rentenberechtigt sind und zuvor die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses an einem anderen Unternehmensstandort abgelehnt haben.[47]

Auch betriebliche Versorgungsordnungen können eine bestimmte Betriebszugehörigkeit voraussetzen. Nach Auffassung des BAG ist eine Regelung zulässig, die für Leistungen der betrieblichen Altersversorgung eine mindestens 15-jährige Betriebszugehörigkeit fordert. Das BAG lässt offen, ob darin eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung liegt, da die Regelung jedenfalls nach § 10 S. 3 Nr. 4 AGG gerechtfertigt ist.[48] Unzulässig ist dagegen eine Bestimmung, nach der der Anspruch auf betriebliche Altersrente nicht besteht, wenn der Mitarbeiter bei Erfüllung einer vorgesehenen zehnjährigen Wartezeit das 55. Lebensjahr vollendet hat. Das BAG sieht darin keine angemessene Regelung iSd § 10 S. 2 AGG, da dadurch Arbeitnehmer, die bei Beginn ihres Arbeitsverhältnisses das 45. Lebensjahr vollendet haben, von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ausgeschlossen werden, obwohl sie noch mindestens 20 Jahre betriebstreu sein können.[49]

d) Besondere Kündigungsfristen

Eine Ungleichbehandlung wegen des Alters liegt vor, wenn eine Regelung vor Vollendung des 25. Lebensjahres liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt.[50] Nach Auffassung des EuGH ist es zwar ein legitimes Ziel, Arbeitgeber von Belastungen durch längere Kündigungsfristen freizustellen. Allerdings ist eine entsprechende Vorschrift kein angemessenes Mittel, da die Regelung für alle Arbeitnehmer gilt, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres in den Betrieb eingetreten sind, unabhängig von der Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit zum Zeitpunkt ihrer Entlassung.[51] Deswegen hat der EuGH § 622 II 2 BGB für unionsrechtswidrig erklärt. Das BAG hat dieser Entscheidung folgend die Einschränkung der Norm nicht angewendet und im Sinne einer Anpassung nach oben auch vor Vollendung des 25. Lebensjahres angefallene Beschäftigungszeiten berücksichtigt.[52]

Dagegen sind nach Auffassung des BAG die gestaffelten Kündigungsfristen des § 622 II 1 BGB unionsrechtskonform.[53] Es ist ein rechtmäßiges Ziel, „länger Beschäftigten und damit betriebstreuen, typischerweise älteren Arbeitnehmern durch längere Kündigungsfristen einen verbesserten Kündigungsschutz zu gewähren". Unter Berücksichtigung des weiten Wertungs- und Ermessensspielraums des Gesetzgebers ist die konkrete Staffelung zur Erreichung des Ziels auch angemessen und erforderlich.

e) Altersstaffeln zu Entgelt und Urlaub

Eine Diskriminierung wegen des Alters liegt auch vor, wenn Vergütungssysteme ausschließlich auf das Lebensalter abstellen.[54] Auch wenn die Berücksichtigung der Berufserfahrung ein legitimes Ziel darstellt, ist eine entsprechende Regelung schon nicht geeignet, weil sie auch den Arbeitnehmern ein höheres Einstiegsgehalt zuspricht, die im fortgeschrittenen Alter ohne jegliche Berufserfahrung eingestellt werden.[55] Zulässig ist dagegen eine Regelung, die an die erlangte Berufserfahrung anknüpft.[56]

Diskriminierend ist auch eine Regelung, nach der Beschäftigte nach der Vollendung des 40. Lebensjahres in jedem Kalenderjahr Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub haben. Das BAG hat die Rechtfertigung schon an einem legitimen Ziel scheitern lassen.[57] Insbesondere lässt das BAG nicht die pauschale Behauptung genügen, eine solche Regelung diene dem Schutz älterer Arbeitnehmer.

Vor allem gibt es keinen allgemeinen Erfahrungssatz, dass „bei Beschäftigten, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, generell von einem erhöhten Urlaubsbedürfnis und einer längeren Regenerationszeit auszugehen" ist. Beruft sich der Arbeitgeber auf den Schutz älterer Arbeitnehmer, muss er konkrete Umstände vortragen, die diese Annahme belegen.[58]

f) Späteheklauseln und Stichtage

Eine Späteheklausel, die einem Arbeitnehmer Hinterbliebenenversorgung für seinen Ehegatten nur für den Fall zusagt, dass die Ehe vor Vollendung eines bestimmten Lebensjahres des Arbeitnehmers geschlossen ist, stellt eine unmittelbare Benachteiligung des Beschäftigten (nicht des Hinterbliebenen) wegen des Alters dar.[59] Zunächst ging das BAG davon aus, dass eine entsprechende Regelung nicht gerechtfertigt sei. Eine Hinterbliebenenversorgung falle nicht unter § 10 S. 3 Nr. 4 AGG („Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für den Bezug von Leistungen"), da die Norm nur die Risiken „Alter" und „Invalidität", nicht hingegen das Risiko des Todes erfasse. Entsprechende Regelungen seien unverhältnismäßig, weil sie zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen des Versorgungsberechtigten führen.[60] In einer neueren Entscheidung rückt das BAG im Anschluss an eine Entscheidung des EuGH[61] ausdrücklich von dieser Rechtsprechung ab. Das BAG nimmt an, dass Späteheklauseln bei der Hinterbliebenenversorgung jedenfalls dann § 10 S. 3 Nr. 4 AGG unterfallen, wenn dem versorgungsberechtigten Arbeitnehmer eine Altersversorgung zugesagt wird und sich die Höhe der Hinterbliebenenversorgung an der Höhe der betrieblichen Altersrente (oder Invaliditätsrente) orientiert, da die Hinterbliebenenversorgung dann regelmäßig in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Alters- oder Invaliditätsrente steht. Das BAG bejahte die Zulässigkeit einer Regelung, die einen Ausschluss der Leistung bei Verheiratung nach dem 65. Lebensjahr vorsah.[62]

Eine mittelbare, aber gerechtfertigte Benachteiligung sah das BAG in einer Späteheklausel, die einen Anspruch auf eine Witwen-/Witwerversorgung nur gewährt, wenn die Ehe geschlossen wurde, bevor der Versorgungsfall beim versorgungsberechtigten Arbeitnehmer eingetreten ist.[63] Insbesondere stellt es ein rechtmäßiges Ziel dar, Leistungspflichten des Arbeitgebers auf Risiken zu begrenzen, die vor dem Bezug betrieblicher Versorgungsleistungen durch den versorgungsberechtigten Mitarbeiter angelegt waren.

Eine tarifliche Regelung, die bzgl. bestimmter Leistungen den Ausschluss von Arbeitnehmern vorsieht, die ihr Arbeitsverhältnis vor einem bestimmten Stichtag begonnen haben, kann eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters darstellen. Im Rahmen der Rechtfertigung ist zu beachten, dass der Stichtag nicht mit einem „tarifhistorischen Ereignis" begründet werden kann.[64]

g) Befristungen

Die Anknüpfung an das Lebensalter in einer Vereinbarung über die Dauer der Befristung ist eine unzulässige unmittelbare Benachteiligung, wenn mit einem anderen – jüngeren – Arbeitnehmer in vergleichbarer Situation eine längere Befristungsdauer vereinbart worden wäre.[65]

Das BAG ist der Auffassung, § 14 III 1 und 2 TzBfG – in der ab 1.5.2007 geltenden Fassung – ist jedenfalls dann mit Unionsrecht vereinbar, wenn es um die erstmalige Anwendung der Regelungen zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien geht.[66] Im Jahr 2005 hat der EuGH eine Vorgängerbestimmung für unionswidrig erklärt, die eine sachgrundlose Befristung nur aufgrund

des Alters ermöglichte.[67] Anschließend hatte der Gesetzgeber nachgebessert und eine vorherige Beschäftigungslosigkeit als weitere Voraussetzung statuiert und die Gesamtdauer der Befristung auf fünf Jahre beschränkt. BAG und EuGH sehen in der Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Arbeitsuchender ein legitimes Ziel.[68] Verhältnismäßig ist die Regelung nach Auffassung des BAG, weil sie nicht mehr ausschließlich auf das Alter abstellt und auch die unbegrenzte Aneinanderreihung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge unterbindet.[69] Bedenken äußert das BAG aber für Fälle, in denen von der Befristungsmöglichkeit mehrfach Gebrauch gemacht wird und es nach der vorgeschriebenen Mindestarbeitslosigkeit zu einer erneuten Befristung kommt. Allerdings soll das nicht eine vollständige Unanwendbarkeit zur Folge haben, sondern die Vorschrift soll unionsrechtskonform ausgelegt oder nur teilweise nicht angewendet werden.[70]

2. Religion oder Weltanschauung

a) Begriff

Religion oder Weltanschauung ist nach Rechtsprechung „eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens. Die Religion legt eine den Menschen überschreitende und umgreifende („transzendente”) Wirklichkeit zugrunde, während sich die Weltanschauung auf innerweltliche („immanente”) Bezüge beschränkt“.[71] Nach dieser Definition ist nach dem BAG Scientologie keine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft.[72] Auch die allgemeine politische Gesinnung oder Sympathie für eine politische Partei sind danach keine Religion oder Weltanschauung.[73] Offengelassen hat das BAG indessen, ob die Zugehörigkeit zu einer Partei oder das Eintreten für deren Ziele unter das Merkmal „Weltanschauung“ fällt.[74]

b) Grundsätze zur Rechtfertigung wegen beruflicher Anforderungen

Gemäß § 8 AGG kann eine unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen gerechtfertigt sein. Das BAG nimmt eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung nur an, wenn die Tätigkeit sonst gar nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht werden kann. Das Merkmal muss von zentraler Bedeutung für die Tätigkeit sein, wobei es nicht auf den zeitlichen Faktor ankommt. Gerechtfertigt ist zB die Ablehnung der Bewerbung eines Mannes auf eine Stelle in einem Mädcheninternat, in dem die Tätigkeit auch mit Nachtdiensten verbunden ist.[75] Gerechtfertigt ist es auch, einen Mann nicht in die Bewerberauswahl für die Tätigkeit einer kommunalen Gleichstellungsbeauftragten einzubeziehen, wenn ein Teil der Tätigkeit in der Integrationsarbeit mit zugewanderten muslimischen Frauen besteht.[76]

c) Kopftuchverbote

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt nach Auffassung des EuGH vor, wenn der Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin kündigt, um dem Wunsch eines Kunden nachzukommen, der sich nicht von einer Frau mit islamischem Kopftuch bedienen lassen möchte (im Einzelfall ausgesprochenes „Kopftuchverbot“).[77] Eine Rechtfertigung wegen beruflicher Anforderungen wurde ablehnt, weil eine entsprechende Anforderung von der Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben sein muss. Nicht umfasst sind subjektive Erwägungen wie der Wille des Arbeitgebers, besonderen Kundenwünschen zu entsprechen.

Eine mittelbare Diskriminierung kommt nach Auffassung des EuGH in Betracht, wenn eine interne Regel das Tragen sichtbarer Zeichen politischer, philosophischer oder religiöser Überzeugungen verbietet und damit unterschiedslos für jede Bekundung solcher Überzeugungen gilt.[78] In dem konkreten Fall hatte sich der Arbeitgeber unternehmensintern der Neutralität verschrieben. Als eine Arbeitnehmerin ankündigte, sie wolle in Zukunft aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen und auch nach Hinweis auf die Neutralitätspolitik daran festhielt, wurde sie entlassen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellte der EuGH fest, dass der Wille des Arbeitgebers, politische, philosophische oder religiöse Neutralität zum Ausdruck zu bringen, jedenfalls ein rechtmäßiges Ziel eines derartigen Verbots ist und Ausdruck der unternehmerischen Freiheit. Auch ist das Verbot angemessen, wenn die Politik der Neutralität seitens des Arbeitgebers „in kohärenter und systematischer Weise verfolgt" wird. Erforderlich ist das Verbot, wenn es sich nur an die mit Kunden in Kontakt tretenden Arbeitnehmer richtet. Außerdem darf für den betroffenen Arbeitnehmer keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit ohne Kundenkontakt bestehen.

Nach Auffassung des BAG können Vorschriften über bestimmte Formen der Religionsbekundung wesentliche berufliche Anforderungen iSd § 8 AGG sein.[79] Im konkreten Fall klagte eine türkischstämmige Erzieherin auf die Entfernung einer Abmahnung aus ihrer Personalakte. Ihr wurde von einer öffentlichen Kindertagesstätte mit Berufung auf landesrechtliche Vorschriften untersagt, ihr Kopftuch während der Arbeit zutragen. Das BAG nahm an, die entsprechende Vorschrift verfolge mit der Neutralität ein legitimes Ziel und verstoße im Ergebnis weder gegen Verfassungsrecht noch gegen das AGG. Die Verfassungsbeschwerde der Erzieherin hatte jedoch Erfolg. Ein solches Verbot ist ein schwerwiegender Grundrechtseingriff. Eine Rechtfertigung aufgrund der Neutralität des Einrichtungsträgers kommt nur bei einer konkreten, nicht schon bei einer abstrakten Gefahr in Betracht. Eine solche konkrete Gefahr sah des BVerfG im konkreten Fall als nicht belegt an.[80]

Christliche Kirchen als Arbeitgeber können nach Auffassung des BAG das Tragen eines Kopftuchs während der Arbeit untersagen. Ein entsprechendes Verbot ist verfassungskonform und eine mögliche Benachteiligung ist jedenfalls durch Loyalitätspflichten iSd § 9 II AGG gerechtfertigt.[81] Alle Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen im kirchlichen Dienst trifft die Pflicht, sich gegenüber der Kirche loyal zu verhalten (§ 241 II BGB). Darüber hinaus war im konkreten Fall arbeitsvertraglich festgeschrieben, dass Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen den kirchlichen Auftrag zu beachten und die ihnen übertragenen Aufgaben im Sinne der Kirche zu erfüllen haben. Diesen Umstand berücksichtigte das BAG im Rahmen der Abwägung und kam im Ergebnis zu einem Vorrang des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts.

d) Kirchliches Selbstbestimmungsrecht

Das BAG hatte 2016 über die Ablehnung einer Bewerberin auf eine Referentenstelle bei der evangelischen Kirche zu entscheiden, die in der Stellenanzeige die Zugehörigkeit zur evangelischen Kirche voraussetzte. Es rief den EuGH an und fragte, ob es mit der RL 2000/78/EG vereinbar sei, dass kirchliche Arbeitgeber eine bestimmte Religion des Bewerbers zur Einstellungsvoraussetzung machen.[82] Nach dem Wortlaut des § 9 I AGG wäre das möglich, da die Religion eine rechtfertigende berufliche Anforderung aufgrund des Selbstbestimmungsrechts der kirchlichen Gemeinschaft oder aufgrund der Art der Tätigkeit sein kann. Der EuGH hat festgestellt, dass die Behauptung, die Religion sei für die Tätigkeit eine wesentliche berufliche Anforderung, gerichtlich

überprüfbar sein muss.[83] Sie liegt vor, wenn ein direkter Zusammenhang zwischen der beruflichen Anforderung und der Tätigkeit gegeben ist, der sich auch aus einem „Verkündungsauftrag" der Kirche oder aus den Umständen der Ausübung ergeben kann, „zB der Notwendigkeit, für eine glaubwürdige Vertretung" nach außen zu sorgen. Die berufliche Anforderung muss notwendig und objektiv geboten sein und darf nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen, was im Rahmen einer Abwägung der kollidierenden Rechte zu bestimmten ist.[84]

Das BAG hatte 2017 über die Kündigung eines katholischen Chefarztes wegen Wiederheirat zu entscheiden. Es hat dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob eine kirchliche Einrichtung an Arbeitnehmer in leitender Stellung allein aufgrund ihrer Religionszugehörigkeit auch bei gleich gelagerter (Leitungs-)Tätigkeit unterschiedliche Loyalitätsanforderungen stellen darf.[85] Die Entscheidung des EuGH steht noch aus.

3. Ethnische Herkunft

a) Begriff

Mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung versteht das BAG den Begriff der ethnischen Herkunft umfassend. Erfasst sind die Rasse, Hautfarbe, Abstammung, nationaler Ursprung und Volkstum, gemeinsame Herkunft, eine lange gemeinsame Geschichte, Kultur und Zusammengehörigkeitsgefühl. Wie schon Art. 3 II der RL 2000/43/EG bestimmt, ist die Staatsangehörigkeit als solche dagegen nicht erfasst. Allerdings liegt eine Benachteiligung wegen der Ethnie vor, wenn nur scheinbar aufgrund der Staatsangehörigkeit differenziert wird, tatsächlich aber die Zugehörigkeit zur Volks- und Kulturgemeinschaft für die Zurückstellung tragend ist.[86]

b) Sprachanforderungen

Das BAG geht davon aus, dass die Aufforderung, einen Deutschkurs zu besuchen,[87] die Anforderung, „Deutsch als Muttersprache" in einer Stellenausschreibung[88] oder die deutsche Schriftsprache[89] zu beherrschen, keine unmittelbare, aber eine mittelbare Diskriminierung darstellen kann. Angeknüpft wird nicht an die Ethnie. Jedoch ist die Sprache jedenfalls mittelbar mit der Herkunft verknüpft.[90] Im Fall der Aufforderung, an einem Deutschkurs teilzunehmen, ist eine mittelbare Benachteiligung nach Auffassung des BAG gerechtfertigt, wenn die deutsche Sprachkompetenz erforderlich ist, um die vertraglich geschuldeten Tätigkeiten erbringen zu können.[91] Dagegen wurde die Rechtfertigung im Fall „Deutsch als Muttersprache" in einer Stellenausschreibung abgelehnt. Auch wenn die Anforderung profunder Sprachkenntnisse im konkreten Fall ein objektives Ziel war, hat der Arbeitnehmer erfolgreich geltend gemacht, auch ein Nichtmuttersprachler könne diese besondere Sprachkenntnis besitzen.[92]

4. Geschlecht und sexuelle Identität

a) Begriff

Das BAG geht davon aus, dass die Transsexualität nach unionsrechtskonformer Auslegung des § 1 AGG sowohl vom Grund „Geschlecht" als auch vom Grund „sexuelle Identität" umfasst ist.[93]

Das Verbot der Geschlechterdiskriminierung gilt auch für Diskriminierungen, die ihre Ursache in der Geschlechtsangleichung des Betroffenen haben. Ein Arbeitnehmer wird wegen seines

Geschlechts diskriminiert, wenn er entlassen wird, weil er sich einer Geschlechtsangleichung unterziehen will.[94]

Eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts kann auch vorliegen, wenn eine Äußerung auf die herkömmliche Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen bezogen ist. Im konkreten Fall wurde eine weibliche Bewerberin abgelehnt, die in ihrem Lebenslauf angab, Mutter eines siebenjährigen Kindes zu sein. In den Bewerbungsunterlagen, die an sie zurückgesandt wurden, war dieser Umstand unterstrichen und am Rand vermerkt. Das BAG verneint hier eine Benachteiligung wegen der Mutterschaft, hält aber dennoch eineunmittelbare Diskriminierung für möglich, wenn darin nur ein Einstellungshindernis für Frauen liegt.[95]

Gemäß § 3 I 2 AGG ist eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts auch gegeben, wenn an die Schwangerschaft angeknüpft wird. Das BAG hat eine Kündigung wegen Schwangerschaft und damit eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts auch angenommen, als die Kündigung ausgesprochen wurde, nachdem die Leibesfrucht bereits abgestorben war, aber noch keine Fehlgeburt stattgefunden hatte.[96]

Nach Auffassung des EuGH und des BAG liegt bei einer In-vitro-Fertilisation zwischen der Follikelpunktion und der Einsetzung der in vitro befruchteten Eizellen in ihre Gebärmutter keine Schwangerschaft vor. Wird aber einer Arbeitnehmerin gekündigt, weil sie sich einer solchen Behandlung unterziehen möchte, liegt gleichwohl eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vor, da die Vorbereitung und Durchführung einer In-vitro-Fertilisation ausschließlich Frauen betrifft.[97]

Keine Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt vor, wenn der Arbeitgeber in Unkenntnis einer Schwangerschaft eine Kündigung ausspricht. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn er nach Kenntnis der Schwangerschaft an der Kündigung festhält. Eine Indizwirkung nach § 22 AGG besteht laut BAG nicht.[98]

b) Benachteiligung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften

Eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Identität kommt auch in Betracht, wenn gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften gegenüber Ehen benachteiligt werden. Das BAG hat eine unmittelbare Diskriminierung im Fall einer Hinterbliebenenversorgung bejaht, wenn sich der überlebende Ehegatte und überlebende Lebenspartner eines Arbeitnehmers hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung in einer vergleichbaren Situation befinden, eingetragenen Lebenspartnern im Gegensatz zu Ehegatten aber keine Hinterbliebenenversorgung zusteht.[99] Das bedeutet aber keinesfalls, dass eingetragenen Lebenspartnern insgesamt die gleichen Rechte wie Ehegatten zustehen müssen. Entscheidend ist, ob Lebenspartnerschaften nach nationalem Recht in eine Situation versetzt werden, die in Bezug auf die Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist.[100] Eine Diskriminierung liegt daher nicht vor, wenn eine Regelung voraussetzt, dass die Ehe (und damit auch die Lebenspartnerschaft) vor der Pensionierung begründet wurde und die Eingehung der Lebenspartnerschaft zu diesem Zeitpunkt rechtlich nicht möglich war.[101]

Bezüglich der Hinterbliebenenversorgung wurde eine Vergleichbarkeit in Deutschland ab dem 1.1.2005 mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts geschaffen, welches diverse Versorgungsregelungen an Vorschriften angeglichen hat, die bis dahin

nur für Ehegatten galten. Zwar war zu diesem Zeitpunkt das AGG noch nicht in Kraft, allerdings folgten dem AGG entsprechende Ansprüche aus einer unionskonformen Auslegung der Grundsätze, die eine Gleichbehandlung im Arbeitsrecht verlangen. Die Anwendung des Benachteiligungsverbots setzt damit voraus, dass ab dem 1.1.2005 ein Rechtsverhältnis zwischen Versorgungsschuldner und -berechtigtem, wie zB eine unverfallbare Anwartschaft, besteht.[102]

Entsprechend dieser Grundsätze besteht auch ein Anspruch auf kinderbezogenen Ortszuschlag für im Haushalt lebende Kinder eines Lebenspartners[103] sowie auf einen an Verheiratete zu zahlenden Auslandszuschlag.[104]

5. Behinderung

a) Begriff

Nach Auffassung des BAG orientiert sich der Begriff der Behinderung entsprechend dem Willen des deutschen Gesetzgebers an § 2 I 1 SGB IX,[105] sofern dieser Begriff weiter ist, als der des supranationalen Rechts, der vor allem durch Entscheidungen des EuGH durch Auslegung der RL 2000/78/EG konkretisiert wird.[106] Zusammengefasst ist von einer Behinderung auszugehen, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen langfristig (dh in der Regel mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate) eingeschränkt und dadurch – in Wechselwirkung mit sozialen Kontextfaktoren – seine Teilhabe an der Gesellschaft oder am Berufsleben beeinträchtigt sein kann. Auf den Grad der Behinderung kommt es nicht an.[107]

Danach ist eine symptomlose HIV-Infektion eine Behinderung im Sinne des AGG. „Das gilt so lange, wie das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten und die darauf beruhenden Stigmatisierungen andauern."[108]

Auch durch Krankheit verursachte Zustände können eine Behinderung darstellen. Unerheblich ist, ob die Krankheit heilbar oder unheilbar ist. Das gilt nach Auffassung des EuGH aber nur, wenn die „Krankheit eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betreffenden an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist." Krankheiten ohne die genannte Einschränkung, fallen nicht unter den Begriff „Behinderung".[109]

Nicht erforderlich ist, dass der Zustand zum vollständigen Ausschluss von der Arbeit und vom Berufsleben führt. Eine Behinderung kommt danach auch in Betracht, wenn die Beeinträchtigung dazu führt, dass die Arbeit nur in begrenztem Umfang erbracht werden kann.[110] Außerdem wird tatbestandlich der Begriff der Behinderung nicht durch vom Arbeitgeber zu treffende Vorkehrungsmaßnahmen, wie zB der Verwendung besonderer Hilfsmittel, ausgeschlossen.

Diese Hilfsmaßnahmen setzen den Begriff der Behinderung gerade voraus.[111]

Nach Auffassung des EuGH kommt eine Beeinträchtigung aufgrund eines ausgekugelten und eingegipsten Ellenbogens als Behinderung infrage, wenn die Beeinträchtigung dauerhaft ist.[112] Auch Übergewicht (Adipositas) kann eine Behinderung darstellen, wenn das Übergewicht dazu führt, dass der Arbeitnehmer in seiner Arbeit beeinträchtigt wird.[113] Eine Kündigung wegen

Krankheit, die zugleich eine Behinderung darstellt, ist nach Auffassung des EuGH eine mittelbare Benachteiligung, die aber gerechtfertigt sein kann.[114]

Bezüglich der Dauer der Beeinträchtigung verlangt § 2 I 1 SGB IX, dass diese mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate vorliegt. Der EuGH entnimmt der Richtlinie keine konkrete Begrenzung und entscheidet im Einzelfall. Er hat beispielsweise bei sechsmonatiger Beeinträchtigung noch nicht automatisch eine Behinderung angenommen.[115] Ein höherer Schutz durch das nationale Recht ist jedoch möglich, so dass aufgrund des § 2 I 1 SGB IX jedenfalls bei einer über sechs Monate andauernden Beeinträchtigung eine Behinderung zu bejahen wäre.

b) Diskriminierung aufgrund der Behinderung

Im Vorfeld einer Kündigung stellt die Frage nach einer Schwerbehinderung jedenfalls im bereits sechs Monate bestehenden Arbeitsverhältnis keine Diskriminierung dar. Sie dient dazu, dass der Arbeitgeber den Anforderungen des Schwerbehindertengesetzes nachkommen kann.[116] Ob eine solche Frage auch vor Begründung des Arbeitsverhältnisses zulässig ist, wenn die Behinderung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ohne Bedeutung ist, hat das BAG bisher offengelassen.[117] Zulässig dürfte die Frage nach speziellen Einschränkungen sein, wenn diese die Eignung des Arbeitnehmers für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigen.[118]

Nach Auffassung des EuGH kann auch ein Arbeitnehmer, der selbst nicht behindert ist, aber sein behindertes Kind pflegt, eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Behinderung erfahren.[119]

III. Bestimmung der Benachteiligung

1. Motivbündel

Eine vom AGG verpönte unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung kommt nur in Betracht, wenn die Benachteiligung gerade wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals erfolgt. Das kann auch dann der Fall sein, wenn das betreffende Merkmal nicht das ausschließliche Motiv für das Handeln ist. Es reicht nach Auffassung des BAG aus, wenn „das verpönte Merkmal Bestandteil eines Motivbündels ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat".[120] Im Hinblick auf die Beweislastumkehr genügt der potenzielle Benachteiligte seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, die darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung zumindest auch wegen eines verpönten Merkmals erfolgt ist.[121] Schuldhaftes Handeln oder eine Benachteiligungsabsicht sind nicht erforderlich.[122]

2. Beweislastregel § 22 AGG

Nach § 22 AGG muss der Anspruchsteller nur Indizien vortragen und beweisen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Die andere Partei muss sich dann entlasten. Der Darlegungslast genügt der Anspruchsteller, „wenn die vorgetragenen Tatsachen – aus objektiver Sicht und mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung zumindest auch wegen jenes Merkmals erfolgt ist". Nicht erforderlich ist, dass die vorgetragenen Tatsachen zwingend den Schluss auf die Kausalität zulassen. Ausreichend ist die gerechtfertigte Annahme, dass die Kausalität gegeben ist.[123]

Indizien für eine Altersdiskriminierung liegen vor, wenn sich eine Stellenausschreibung an „Hochschulabsolventen/Young Professionals" sowie an Berufsanfänger richtet.[124]

Fragen nach bestimmten gesundheitlichen Beeinträchtigungen im Bewerbungsgespräch können im Einzelfall auf die Erkundigung nach einer Behinderung schließen lassen und auch darauf, dass der Arbeitgeber von einer Behinderung ausgeht.[125]

Auch öffentliche Äußerungen eines Arbeitgebers können nach Auffassung des EuGH eine Diskriminierung vermuten lassen, so dass es dem Arbeitgeber obliegt, das Gegenteil zu beweisen. Das gilt für die Aussage eines Direktors einer Gesellschaft, er werde keine Menschen fremder Herkunft einstellen.[126] Der EuGH hat die Vermutungswirkung sogar in einem Fall bejaht, in dem der Äußernde keine rechtlichen Befugnisse für den Arbeitgeber hatte. Im dem konkreten Fall hatte ein Aktionär eines Fußballvereins, der sich in den Medien als Hauptgeschäftsführer darstellt und auch so wahrgenommen wurde, geäußert, der Verein werde keine homosexuellen Fußballspieler einstellen. Der Verein hatte sich allerdings auch nicht von diesen Äußerungen distanziert.[127]

Als ausreichende Indizien hat das BAG auch die fehlende Einladung eines schwerbehinderten Bewerbers zum Vorstellungsgespräch beim öffentlichen Arbeitgeber angesehen, wenn diesem die Schwerbehinderung bekannt ist und dem Bewerber die fachliche Eignung für die ausgeschriebene Stelle nicht offensichtlich fehlt (vgl. § 82 S. 2 SGB IX aF, ab 1.1.2018 § 165 S. 3 SGB IX).[128] Die Vermutung der Benachteiligung kann der Arbeitgeber nicht mit der fehlenden fachlichen Eignung widerlegen, da § 82 S. 3 SGB IX (jetzt § 165 S. 4 SGB IX) abschließend ist und nur bei offensichtlicher Nichteignung eine Einladung unterbleiben darf.[129] Der Arbeitgeber widerlegt die Vermutung auch nicht dadurch, dass er überproportional viele Schwerbehinderte Menschen eingeladen hat.[130]

Ein Indiz für eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Alters kann vorliegen, wenn der Arbeitgeber in der Kündigungserklärung die „Pensionsberechtigung" des betroffenen Arbeitnehmers erwähnt.[131]

Indizwirkung für eine Diskriminierung kann auch vorliegen, wenn der Arbeitgeber falsche, wechselnde oder in sich widersprüchliche Begründungen für eine benachteiligende Maßnahme gibt. Im konkreten Fall wurde das Arbeitsverhältnis einer türkischstämmigen Arbeitnehmerin nicht verlängert. Der Arbeitgeber berief sich jedenfalls im Prozess ua auf Leistungsmängel der Arbeitnehmerin, hatte ihr aber ein sehr gutes Zeugnis ausgestellt. Außerdem trug die klagende Arbeitnehmerin vor, ihr gegenüber wurde als Grund für die Nichtverlängerung zunächst eine Fusion und ein damit verbundener Arbeitsplatzverlust angegeben, der später im Prozess nicht wiederholt wurde. Das BAG verwies zur weiteren Tatsachenaufklärung an das LAG zurück, das prüfen sollte, ob tatsächlich ein wechselnder oder widersprüchlicher Tatsachenvortrag des Arbeitgebers vorlag. Nur in diesem Fall hätte die Klägerin Indizien iSd § 22 AGG bewiesen. Ob die Begründungen des Arbeitsgebers zutreffen, ist dabei unerheblich.[132]

Das BAG hat es auch als Indiz für eine Diskriminierung ausreichen lassen, dass eine transsexuelle Person „Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass sie als eine solche Person wahrgenommen und deshalb benachteiligt wurde".[133]

Das BAG ist der Auffassung, dass sich aus Quoten oder Statistiken Indizien für eine Diskriminierung ergeben können. Die fehlende Beschäftigung von Arbeitnehmern nicht-deutscher Herkunft im Betrieb ist allerdings kein ausreichendes Indiz für eine Diskriminierung, wenn im

gesamten Unternehmen Arbeitnehmer aus insgesamt 13 Nationen tätig sind.[134] Gleiches gilt für die Tatsache, dass der Frauenanteil in derselben Branche in vergleichbarer Hierarchieebene höher ist als bei dem betroffenen Arbeitgeber. Auch der Umstand, dass der Frauenanteil in den oberen Hierarchieebenen des Arbeitgebers deutlich geringer ist als im Gesamtunternehmen, ist für sich betrachtet kein ausreichendes Indiz.[135]

Schon vor Geltung des AGG hat das BAG zu § 611 a I 3 BGB aF entschieden, dass allein die Schwangerschaft kein ausreichendes Indiz für eine Benachteiligung ist, wenn ein Mann statt einer Frau in vergleichbarer Stellung im Unternehmen befördert wird.[136]

IV. Rechtsfolgen

1. Vereinbarung unwirksam, § 7 II AGG

§ 7 II AGG bestimmt, dass diskriminierende Bestimmungen in Vereinbarungen unwirksam sind. Er erfasst auch kollektive Vereinbarungen.[137] Benachteiligende Satzungen und einseitige Rechtsgeschäfte sind gem. § 7 I AGG iVm § 134 BGB unwirksam.[138]

Ist gerade die Befristungsabrede in einem Arbeitsvertrag diskriminierend, ist nur diese unwirksam und es entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.[139] Bei einer diskriminierenden Tarifregelung kann sich die Unwirksamkeitsfolge auf den diskriminierenden Teil beschränken, wenn die verbleibende Regelung „noch eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung darstellt".[140]

2. Anpassung nach oben

Der EuGH geht im Grundsatz davon aus, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die Diskriminierung zu beseitigen, geeignete Lösungen aber selbst wählen können.[141] Für diskriminierende Regelungen bezüglich des Entgelts und des Urlaubs haben EuGH und BAG häufig angenommen, dass für die Vergangenheit eine „Anpassung nach oben" erfolgen muss, das heißt die Benachteiligten erhalten die gleichen Leistungen wie die Vergleichsgruppe. In den konkret zu entscheidenden Fällen haben BAG und EuGH zur Begründung angeführt, dass die Diskriminierung anders nicht behoben werden kann, weil den Begünstigten für die Vergangenheit die Leistung nicht mehr entzogen werden kann.[142] Werden zur Beseitigung der Diskriminierung aber Regelungen erlassen, müssen diese nicht zwingend eine Anpassung nach oben vorsehen.

2014 hat der EuGH entschieden, dass eine zur Beseitigung der Altersdiskriminierung erlassene Übergangsregelung, die bei der Neuzuordnung der Vergütungsstufen auf die Höhe des Grundgehalts nach der diskriminierenden Regelung abstellt, mit Unionsrecht vereinbar ist.[143] Der EuGH führte zunächst aus, dass diese Regelung die Diskriminierung fortsetzt, weil im Ergebnis allein das Alter für die Zuordnung maßgebend ist. Allerdings ist die Diskriminierung gerechtfertigt. Es ist ein „zwingender Grund des Allgemeininteresses", berechtigte Erwartungen in Bezug auf die künftige Entwicklung der Besoldung zu sichern. Der EuGH stellte zwar klar, dass Aufwand und fiskalische Interessen grundsätzlich keine Argumente sind, Diskriminierungen zu rechtfertigen. Im konkreten Fall wäre es aber nicht „handhabbar" gewesen für jeden einzelnen Beamten die individuelle Erfahrung zu ermitteln (geschätzte 360.000 Arbeitsstunden).

Im Februar 2018 hat der EuGH erneut entschieden, dass die Beseitigung der Altersdiskriminierung nicht zwingend durch Anpassung nach oben erfolgen muss.[144] Gegenstand der Entscheidung war eine Regelung, die eine Diskriminierung durch ein Vergütungssystem, welches Berufserfahrung

erst ab dem 18. Lebensjahr berücksichtigte, gerade aufheben sollte. Die Neuregelung hob diese Altersgrenze auf, so dass nunmehr auch die Berufserfahrung vor Vollendung des 18. Lebensjahr berücksichtigt wurde. Einschränkend sah die Regelung aber vor, dass nur die Berufserfahrungen anzurechnen sind, die bei Unternehmen desselben Wirtschaftssektors erworben wurde. Für Arbeitnehmer, die durch die Neuregelung Gehalt einbüßten, gab es eine Besitzstandsschutzklausel. Der EuGH sah diese Regelung als zulässig an. Die Diskriminierung wurde durch die Regelung aufgehoben. Der Arbeitgeber ist frei in der Entscheidung nur einschlägige Berufserfahrung zu berücksichtigen. Unbeachtlich ist, dass die Neuregelung nicht für alle Arbeitnehmer von Vorteil ist.

Das BAG hatte bereits 2012 für eine Betriebsvereinbarung entschieden, dass bei einer Altersdiskriminierung die benachteiligten (jüngeren) Arbeitnehmer keinen Anspruch auf eine Anpassung „nach oben" haben, „wenn hierdurch der Betrieb zum Erliegen käme und eine Arbeitsleistung nicht mehr in Anspruch genommen werden könnte".[145] Im konkreten Fall ging es aber nicht um Entgeltdiskriminierung, sondern um eine Dienstplanregelung einer Fluggesellschaft. Diese sah vor, dass Arbeitnehmer, die das 43. Lebensjahr vollendet und mindestens 15 Dienstjahre vollendet haben, nur eine maximale Anzahl an Kontinentalflügen im Quartal fliegen müssen. Das BAG stellte fest, dass eine „Anpassung nach oben" dazu führen würde, dass der Arbeitgeber seinen Flugbetrieb nicht mehr aufrechterhalten könnte. Diese sei auch nicht nötig, da schon die schlichte Nichtanwendung der Regelung die Diskriminierung beseitigt.

3. Schadensersatz, § 15 AGG

a) Schadensersatz

Nach § 15 I AGG ist der materielle Schaden zu ersetzen, der durch den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot entstanden ist. Das Verschulden des Arbeitgebers wird vermutet. Der Anspruchsteller muss aber zum einen beweisen, dass die Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals erfolgt ist und zum anderen, dass dadurch ein Schaden entstanden ist. Der abgelehnte Bewerber muss also beweisen, dass er ohne den Verstoß eingestellt worden wäre. § 22 AGG ist im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität nicht einschlägig.[146] Allerdings kommt ihm eine Beweiserleichterung zugute, „wenn nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung oder Wahrscheinlichkeit für eine Einstellung bei regelgerechtem Vorgehen besteht".[147]

b) Angemessene Entschädigung

§ 15 II AGG gewährt für einen Nichtvermögensschaden eine angemessene Entschädigung in Geld. Ein nichtbezifferter Klageantrag, der auf „Zahlung einer angemessenen Entschädigung" gerichtet ist, ist hinreichend bestimmt iSd § 253 II Nr. 2 ZPO.[148]

Keine Entschädigung nach der Norm gibt es bei der Diskriminierung befristet Beschäftigter, da die Befristung in § 1 AGG nicht genannt ist. Auch aus § 4 II TzBfG folgt ein solcher Anspruch nicht, weil in der Norm gerade kein Entschädigungsanspruch vorgesehen ist.[149]

Der Anspruch setzt voraus, dass der Anspruchsteller „Beschäftigter" im Sinne des AGG ist. Das bedeutet nach Auffassung des BAG für Bewerber, dass die Bewerbung grundsätzlich bereits im Zeitpunkt der Besetzungsentscheidung des Arbeitgebers vorliegen muss.[150] Im konkreten Fall hat das BAG offengelassen, ob die Bewerbereigenschaft zu bejahen ist, wenn sich jemand für eine versehentlich (noch) ausgeschriebene Stelle bewirbt. Den Anspruch hat es schon mangels

Vergleichbarkeit des Klägers, der sich auf eine besetzte Stelle bewarb und des eingestellten Mitarbeiters, der sich auf eine offene Stelle bewarb, abgelehnt. Mangels Bewerbung zum Entscheidungszeitpunkt konnte und musste der Arbeitgeber den Kläger nicht einbeziehen.

Etwas anderes gilt nach Auffassung des BAG aber dann, wenn Bewerbungen durch vorzeitige Stellenbesetzungen vereitelt werden. Ein Entschädigungsanspruch wurde dem schwerbehinderten Kläger zugesprochen, der sich innerhalb der Bewerbungsfrist auf eine interne Stelle beworben hatte und mit der Begründung abgelehnt worden war, die Stelle sei bereits besetzt worden.[151]

§ 15 II AGG setzt weder einen schuldhaften Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot noch eine schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder eine erhebliche Benachteiligung voraus. Allerdings können sich der Grad des Verschuldens und die Schwere der Beeinträchtigung auf die Höhe des Entschädigungsanspruchs auswirken. Auch eine spätere Korrektur der Benachteiligung – die die Benachteiligung als solche nicht entfallen lässt – kann sich auf die Höhe der Entschädigung auswirken.[152]

c) Geltendmachung, § 15 IV AGG

Nach § 15 IV AGG muss der Anspruch innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Die Ausschlussfrist verstößt nicht gegen die unionsrechtlich gebotenen Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität.[153] Allerdings kommt es wegen richtlinienkonformer Auslegung entgegen dem Wortlaut von § 15 IV 2 AGG auch bei der Benachteiligung bei Bewerbungen und beruflichem Aufstieg auf die tatsächliche Kenntnis von der Benachteiligung an und nicht auf den Zugang der Ablehnung.[154]

Die Klageerhebung ersetzt die von § 15 IV AGG geforderte schriftliche Geltendmachung (innerhalb der Zwei-Monats-Frist).[155] 2014 hat das BAG entgegen eines 2012 geäußerten obiter dictum entschieden, dass dabei § 167 ZPO anzuwenden ist.[156]

V. Fazit

Die Anzahl der Entscheidungen mit AGG-Bezug ist im Arbeitsrecht am Höchsten.[157] Besonders relevant sind Diskriminierungen wegen des Alters, des Geschlechts und der Behinderung, so dass in diesen Bereichen viele Fragen inzwischen geklärt sind. Aktuell präsent ist das Merkmal der Religion, wo noch spannende Entscheidungen von BAG, BVerfG und EuGH zu erwarten sind. Diskriminierungen wegen der Rasse oder Herkunft beschäftigen die Gerichte dagegen eher selten. Das bedeutet aber keineswegs, dass die Diskriminierungserfahrungen auf diesem Gebiet am geringsten sind, sondern wohl eher, dass diese selten gerichtlich geltend gemacht werden. Auch insofern bleibt es spannend, ob der Gesetzgeber die Durchsetzung der Rechte vereinfachen wird, wie von vielen gefordert.[158] Insgesamt zeigen Rechtsprechungsänderungen, der Einfluss des EuGH und Rufe nach Gesetzesänderungen, dass das AGG tatsächlich ein „lernendes Gesetz" ist, wie es vom Gesetzgeber einst bezeichnet wurde.[159]

---

* Die Autorin ist Studienleiterin am Zentrum für Juristisches Lernen an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 BAGE 131, 232 = NZA 2009, 1087 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 Rn. 50.

2 BAG, NZA 2015, 1063 Rn. 17 f., 24 f.

3 BAGE 155, 149 = NZA 2016, 1394 = AP AGG § 3 Nr. 11 Rn. 24 ff.; im Anschluss BAGE 156, 71 = NZA 2017, 310 = AP AGG § 15 Nr. 21 Rn. 27.

4 BAGE 155, 149 = NZA 2016, 1394 = AP AGG § 3 Nr. 11 Rn. 62; BAGE 156, 71 = NZA 2017, 310 = AP AGG § 15 Nr. 21 Rn. 38.

5 EuGH, ECLI:EU:C:2016:604 = NZA 2016, 1014 Rn. 35 – Kratzer.

6 BAGE 156, 71 = NZA 2017, 310 = AP AGG § 15 Nr. 21 Rn. 45.

7 BAGE 128, 238 = NZA 2009, 361 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 Rn. 34 ff.

8 BAGE 128, 238 = NZA 2009, 361 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 Rn. 39 f.

9 BAGE 128, 238 = NZA 2009, 361 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 Rn. 28; BAGE 145, 296 = NZA 2014, 208 = AP BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3Rn. 36.

10 BAGE 128, 238 = NZA 2009, 361 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 Rn. 43 ff.

11 BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 = AP AGG § 2 Nr. 3 Rn. 17 ff.

12 BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 = AP AGG § 2 Nr. 3 Rn. 22; BAGE 151, 189 = NZA 2015, 734 = AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 39 Rn. 32.

13 BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 = AP AGG § 2 Nr. 3 Rn. 22.

14 BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 = AP AGG § 2 Nr. 3 Rn. 41; BAGE 151, 189 = NZA 2015, 734 = AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 39 Rn. 32.

15 BAGE 147, 50 = NZA 2014, 722 = AP AGG § 15 Nr. 17 Rn. 17.

16 BAGE 147, 50 = NZA 2014, 722 = NJW 2014, 2061 = AP AGG § 15 Nr. 17 Rn. 29.

17 Vgl. BAGE 129, 181 = NZA 2009, 945 = AP AGG § 15 Nr. 1.

18 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2010:21 = NZA 2010, 85 – Kücükdeveci; BAG, NZA 2010, 457.

19 EuGH, ECLI:EU:C:2012:772 = NZA 2012, 1435 Rn. 47 – Odar; ECLI:EU:C:2011:560 = NZA 2011, 1100 Rn. 65 – Hennings und Mai.

20 BAGE 153, 348 = NZA 2016, 897 = AP TVG § 1 Tarifverträge: Lufthansa Nr. 57 Rn. 29; vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2007:604 = NZA 2007, 1219 Rn. 56 – Palacios de la Villa; ECLI:EU:C:2012:421 = NZA 2012, 785 Rn. 24 – Hörnfeldt.

21 EuGH, ECLI:EU:C:2011:573 = NZA 2011, 1039 Rn. 44 – Prigge ua.

22 EuGH, ECLI:EU:C:2009:128 = NZA 2009, 305 Rn. 46, 52 ("nur") – Age Concern England.

23 BAGE 129, 181 = NZA 2009, 945 = AP AGG § 15 Nr. 1 Rn. 53, 56 ff.

24 EuGH, ECLI:EU:C:2012:772 = NZA 2012, 1435 Rn. 47 – Odar; ECLI:EU:C:2011:560 = NZA 2011, 1100 Rn. 90 ff. – Hennings und Mai.

25 BAGE 132, 210 = NZA 2010, 327 = AP AGG § 7 Nr. 1 Rn. 59.

26 BAGE 132, 210 = NZA 2010, 327 = AP AGG § 7 Nr. 1 Rn. 64 ff.

27 BAG, NZA 2010, 457 Rn. 25.

28 EuGH, ECLI:EU:C:2010:601 = NZA 2010, 1167 Rn. 36 ff. – Rosenbladt; bestätigt durch ECLI:EU:C:2012:421 = NZA 2012, 785 – Hörnfeldt; vorher schon ECLI:EU:C:2007:604 = NZA 2007, 1219 Rn. 56 – Palacios de la Villa.

29 EuGH, ECLI:EU:C:2010:601 = NZA 2010, 1167 Rn. 52 f. – Rosenbladt.

30 EuGH, ECLI:EU:C:2012:421 = NZA 2012, 785 Rn. 35 ff. – Hörnfeldt.

31 EuGH, ECLI:EU:C:2012:421 = NZA 2012, 785 Rn. 44 – Hörnfeldt.

32 BAGE 153, 46 = NZA 2016, 54 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 109 sowie NZA 2013, 916 (Betriebsvereinbarung); EuGH, ECLI:EU:C:2010:601 = NZA 2010, 1167 (Tarifvertrag) – Rosenbladt.

33 BAG, NZA 2016, 695.

34 BAG, NZA 2016, 695.

35 EuGH, ECLI:EU:C:2010:699 = NZA 2011, 29 – Georgiev.

36 BAGE 140, 248 = NZA 2012, 575 = AP TzBfG § 14 Nr. 91; vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2011:573 = NZA 2011, 1039 – Prigge ua sowie BAG, NZA 2012, 866 (zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AGG).

37 BAGE 140, 248 = NZA 2012, 575 = AP TzBfG § 14 Nr. 91 Rn. 36 f.; EuGH, ECLI:EU:C:2011:573 = NZA 2011, 1039 Rn. 67 ff. – Prigge ua; BAG, NZA 2012, 866 Rn. 33 f.

38 BAGE 154, 111 = BeckRS 2016, 68730, konkret: FCL 065 b des Anhangs I der VO (EU) Nr. 1178/2011.

39 EuGH, ECLI:EU:C:2017:513 = NZA 2017, 897 Rn. 35 ff. – Fries.

40 EuGH, ECLI:EU:C:2010:4 = NJW 2010, 587 Rn. 45, 58 ff. = NZA 2010, 155 Ls. – Petersen.

41 BAGE 131, 61 = NZA 2009, 849 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 200; NZA 2010, 774; NZA 2011, 988.

42 BAGE 131, 61 = NZA 2009, 849 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 200 Rn. 48 ff.; BAGE 150, 136 = NZA 2015, 365 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 225 Rn. 26 ff.; vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2012:772 = NZA 2012, 1435 Rn. 44 ff. – Odar; für Entlassungsentschädigung: EuGH, EECLI:EU:C:2015:115 = NZA 2015, 473 Rn. 20 ff. – Ladin.

43 BAGE 131, 61 = NZA 2009, 849 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 200 Rn. 43 f.; NZA 2011, 988 Rn. 17 ff.

44 BAGE 131, 61 = NZA 2009, 849 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 200 Rn. 42 ff.

45 BAGE 131, 61 = NZA 2009, 849 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 200 Rn. 45; NZA 2011, 988 Rn. 19 mit Verw. auf BAGE 137, 310 = NZA 2011, 985 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 215 (Alterszuschlag).

46 BAG, NZA 2010, 774 Rn. 25 ff., 28 ff.

47 BAGE 150, 136 = NZA 2015, 365 = AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 225 Rn. 34.

48 BAGE 144, 231 = NZA 2013, 733 = AP AGG § 10 Nr. 3 Rn. 25 ff.

49 BAGE 147, 279 = NZA 2014, 606 = AP AGG § 10 Nr. 6 Rn. 27.

50 EuGH, ECLI:EU:C:2010:21 = NZA 2010, 85 Rn. 29 ff. – Kücükdeveci; im Anschluss daran BAGE 135, 278 = NZA 2011, 343 = AP BGB § 622 Nr. 66.

51 EuGH, ECLI:EU:C:2010:21 = NZA 2010, 85 Rn. 41 – Kücükdeveci.

52 BAGE 135, 278 = NZA 2011, 343 = AP BGB § 622 Nr. 66 Rn. 21.

53 BAGE 149, 125 = NZA 2014, 1400 = AP BGB § 622 Nr. 70 Rn. 22 ff., 31 ff.

54 EuGH, ECLI:EU:C:2012:772 = NZA 2012, 1435 Rn. 47 – Odar; ECLI:EU:C:2011:560 = NZA 2011, 1100 Rn. 90 ff. – Hennings und Mai; im Anschluss BAGE 140, 1 = NZA 2012, 161 = AP BAT § 27 Nr. 12 Rn. 13; BAGE 154, 118 = NZA 2016, 709 = AP TVUmBw § 6 Nr. 9 Rn. 16 ff.; vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2014:2005 = NZA 2014, 831 Rn. 39 ff. (Beamtenbesoldung) – Specht ua.

55 EuGH, ECLI:EU:C:2011:560 = NZA 2011, 1100 Rn. 75 ff. (BAT) – Hennings und Mai.

56 BVerwGE 150, 255 = NVwZ 2015, 818 Rn. 67 ff., BAGE 154, 118 = NZA 2016, 709 = AP TVUmBw § 6 Nr. 9 Rn. 38; vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2014:2005 = NZA 2014, 831 Rn. 50 – Specht ua; ECLI:EU:C:2006:633 = NZA 2006, 1205 (Anknüpfung an Dienstalter) – Cadman;

ECLI:EU:C:2009:381 = NZA 2009, 891 Rn. 47 (unzulässig ist es aber, darauf abzustellen wann diese Erfahrung erworben wurde – Nichtberücksichtigung von Dienstzeiten vor Vollendung des 18. Lebensjahrs) – Hütter.

57 BAGE 141, 73 = NZA 2012, 803 = AP TVöD § 26 Nr. 2 Rn. 18 ff.

58 BAG, NZA 2017, 339 Rn. 24 ff.

59 BAG, NZA 2018, 453 Rn. 22; BAGE 152, 164 = NZA 2015, 1447 = AP BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 33 Rn. 41.

60 BAGE 152, 164 = NZA 2015, 1447 = AP BetrAVG § 1 Hinterbliebenenversorgung Nr. 33 Rn. 46 ff., 65.

61 EuGH, ECLI:EU:C:2016:897 = NZA 2017, 233 (Keine Benachteiligung wegen der sexuellen Ausrichtung oder des Alters) – Parris.

62 BAG, NZA 2018, 453 Rn. 30 f.

63 BAGE 146, 200 = NZA 2014, 1203 Rn. 26 ff.

64 BAGE 153, 348 = NZA 2016, 897 = AP TVG § 1 Tarifverträge: Lufthansa Nr. 57 Rn. 25 ff., 39 ff.

65 BAG, NZA 2011, 970 Rn. 21 ff. (legitimes Ziel offengelassen, aber Mittel unverhältnismäßig).

66 BAGE 148, 193 = NZA 2015, 1131 = AP TzBfG § 14 Nr. 135 Rn. 22 ff.

67 EuGH, ECLI:EU:C:2005:709 = NZA 2005, 1345 – Mangold.

68 BAGE 148, 193 = NZA 2015, 1131 = AP TzBfG § 14 Nr. 135 Rn. 26; EuGH, ECLI:EU:C:2005:709 = NZA 2005, 1345 Rn. 59 f. – Mangold.

69 BAGE 148, 193 = NZA 2015, 1131 = AP TzBfG § 14 Nr. 135 Rn. 34 f.; so noch die Kritik des EuGH, ECLI:EU:C:2005:709 = NZA 2005, 1345 Rn. 65 – Mangold.

70 BAGE 148, 193 = NZA 2015, 1131 = AP TzBfG § 14 Nr. 135 Rn. 36.

71 BAGE 1997, 320 = NZA 1995, 823.

72 BAGE 1997, 320 = NZA 1995, 823; offengelassen von BAGE 103, 20 = NZA 2002, 1412 (1415) = AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 83.

73 BAG, NZA 2014, 21 Rn. 38; abw. ArbG Berlin, NZA-RR 2010, 70 (Marxismus-Leninismus als gesamtgesellschaftliche Theorie ist eine Weltanschauung).

74 BAG, NZA-RR 2012, 43 Rn. 38.

75 BAGE 131, 86 = NZA 2009, 1016 Rn. 37.

76 BAG, NZA 2010, 872 Rn. 25 ff.

77 EuGH, ECLI:EU:C:2017:204 = NZA 2017, 375 Rn. 34, 39 f. – Bougnaoui.

78 EuGH, ECLI:EU:C:2017:203 = NZA 2017, 373 Rn. 33 ff., 38 ff. (nimmt mittelbare Diskriminierung an) – G4S Secure Solutions.

79 BAG, NZA-RR 2011, 162 Rn. 44 ff.; vgl. auch NZA-RR 2010, 383 Rn. 27 ff. sowie BAGE 132, 1 = NZA 2010, 227 = AP GG Art. 4 Nr. 6 Rn. 26 f.

80 BVerfG, NZA 2016, 1522 Rn. 70; vgl. auch BVerfGE 138, 296 = NJW 2015, 1359.

81 BAGE 149, 144 = NZA 2014, 1407 = AP BGB § 615 Nr. 135 Rn. 50.

82 BAGE 154, 285 = BeckRS 2016, 71139 **– Egenberger**.

83 EuGH, ECLI:EU:C:2018:257 = NZA 2018, 569 Rn. 44 ff. = NZA-RR 2018, 349 Ls. mAnm. Wienbracke – Egenberger.

84 EuGH, ECLI:EU:C:2018:257 = NZA 2018, 569 Rn. 63, 68 f. = NZA-RR 2018, 349 Ls. mAnm. Wienbracke – Egenberger

85 BAGE 156, 23 = NZA 2017, 388 Rn. 28 ff.

86 BAGE 142, 158 = NZA 2012, 1345 = AP AGG § 22 Nr. 5 Rn. 31.

87 BAGE 138, 166 = NZA 2011, 1226 = NJW 2012, 171 = AP AGG § 3 Nr. 8.

88 BAG, NZA 2018, 33.

89 BAGE 133, 141 = NZA 2010, 625 Rn. 16 ff.; etwas verwirrend: BAG, NZA 2018, 33 Rn. 44, wo auch von unmittelbarer Diskriminierung gesprochen wird. Aus dem Orientierungssatz und der Prüfung der Rechtfertigung nach § 3 II AGG folgt aber, dass das BAG von einer mittelbaren Benachteiligung ausgeht.

90 BAG, NZA 2018, 33 Rn. 50 ff.; BAGE 138, 166 = NZA 2011, 1226 = AP AGG § 3 Nr. 8 Rn. 40; BAGE 133, 141 = NZA 2010, 625 = AP AGG § 3 Nr. 4 Rn. 17.

91 BAGE 138, 166 = NZA 2011, 1226 = AP AGG § 3 Nr. 8 Rn. 38 ff. (Reinigungskraft und Vertretung der Kassenkräfte im Schwimmbad); ähnl. BAGE 133, 141 = NZA 2010, 625 Rn. 17 ff.

92 BAG, NZA 2018, 33 Rn. 62, 65 ff.

93 BAG, NZA 2016, 888 Rn. 30 ff.

94 EuGH, ECLI:EU:C:1996:170 = NZA 1996, 695 – **P/S und CornwallCountyCouncil**.

95 BAG, AP AGG § 3 Nr. 10 Rn. 28 ff.

96 BAGE 147, 50 = NZA 2014, 722 = AP AGG § 15 Nr. 17 Rn. 25 ff.

97 EuGH, ECLI:EU:C:2008:119 = NZA 2008, 345 Rn. 40 f.; BAGE 151, 189 = NZA 2015, 734 = AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 39 Rn. 18 ff., 36 ff.

98 BAG, NZA 2014, 303 Rn. 25.

99 BAG, NZA 2010, 216 Rn. 16 ff.; NZA-RR 2013, 308 Rn. 14 ff.; so auch EuGH, ECLI:EU:C:2008:179 = NZA 2008, 459 Rn. 72 f. – Maruko.

100 EuGH, ECLI:EU:C:2011:286 = NZA 2011, 557 Rn. 43 – Römer; BAG, NZA 2010, 216 Rn. 21; NZA-RR 2013, 308 Rn. 17 ff.

101 EuGH, ECLI:EU:C:2016:897 = NZA 2017, 233 Rn. 56 ff. – Parris; BAG, AP GG Art. 3 Nr. 318 = BeckRS 2010, 65208 Rn. 22 ff.

102 BAG, NZA 2010, 216 Rn. 23 ff., 28 ff.

103 BAGE 133, 354 = NZA 2010, 824 Rn. 30 ff. zu Art. 3 GG.

104 BAG, NZA-RR 2010, 664 Rn. 34 ff.

105 BAG, NZA 2012, 667 Rn. 31.

106 BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 = AP AGG § 2 Nr. 3 Rn. 59; EuGH, ECLI:EU:C:2006:456 = NZA 2006, 839 Rn. 40 (Unionsrechtlich autonom zu bestimmender Behindertenbegriff) – Chacón Navas.

107 BAG, NZA 2012, 667 Rn. 32. Nach diversen Entscheidungen des EuGH wurde auch § 2 I SGB IX geändert. Die Norm verlangt nun keine Abweichung vom für das Lebensalter typischen Zustand mehr. Einbezogen ist nun aber die Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren.

108 BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 = AP AGG § 2 Nr. 3 Rn. 56 ff., 70.

109 EuGH, ECLI:EU:C:2013:222 = NZA 2013, 553 Rn. 41 f. – HK Danmark.

110 EuGH, ECLI:EU:C:2013:222 = NZA 2013, 553 Rn. 41 f. – HK Danmark; ECLI:EU:C:2014:2463 = NZA 2015, 33 Rn. 34 – FOA.

111 EuGH, ECLI:EU:C:2013:222 = NZA 2013, 553 Rn. 41 f. – HK Danmark.

112 EuGH, ECLI:EU:C:2016:917 = EuZW 2017, 263 Rn. 48 – Daouidi.

113 EuGH, ECLI:EU:C:2014:2463 = NZA 2015, 33 Rn. 59 ff. – FOA; ECLI:EU:C:2018:17 = NZA 2018, 159 Rn. 29 ff. – Conejero.

114 EuGH, ECLI:EU:C:2018:17 = NZA 2018, 159 Rn. 39 ff. – Conejero.

115 EuGH, ECLI:EU:C:2016:917 = EuZW 2017, 263 Rn. 47 ff. (ausgekugelter und eingegipster Ellenbogen) – Daouidi.

116 BAGE 141, 1 = NZA 2012, 555 = AP SGB IX § 85 Nr. 9 Rn. 13 ff.

117 BAG, NZA 2012, 34 Rn. 17.

118 So BAG, NZA 1985, 57.

119 EuGH, ECLI:EU:2008:415 = NZA 2008, 932 Rn. 38 ff.

120 BAG, NZA 2014, 258 Rn. 25 ff.; vgl. auch NZA 2012, 667 Rn. 42; BAGE 131, 232 = NZA 2009, 1087 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 Rn. 38 ff.

121 BAG, NZA 2014, 258 Rn. 26; NZA 2012, 667 Rn. 43.

122 BAG, NZA 2014, 258 Rn. 25; NZA 2011, 153 Rn. 30.

123 BAG, NZA 2014, 258 Rn. 26.

124 BAG, NZA 2013, 498 Rn. 37 ff.; vgl. auch NZA 2010, 1412 Rn. 57 ff., 60 ff. („jungen" Bewerbern) sowie BAGE 142, 143 = NZA 2012, 1211 = AP AGG § 15 Nr. 12 Rn. 26 (Bewerber im Alter „zwischen 18–35 Jahre").

125 BAG, NZA 2010, 383 Rn. 25 ff.

126 EuGH, ECLI:EU:C:2008:397 = NZA 2008, 929 Rn. 25, 29 ff. – Feryn.

127 EuGH, ECLI:EU:C:2013:275 = NZA 2013, 891 Rn. 48 ff. – Asociaţia Accept.

128 BAGE 131, 232 = NZA 2009, 1087 = AP SGB IX § 82 Nr. 1 Rn. 21 ff., 33 ff.; NZA 2014, 82 Rn. 45 ff.

129 BAG, NZA 2013, 896 Rn. 42.

130 BAG, NZA 2013, 896 Rn. 46.

131 BAGE 152, 134 = NZA 2015, 1380 = AP AGG § 7 Nr. 7 Rn. 28 ff.

132 BAGE 142, 158 = NZA 2012, 1345 = AP AGG § 22 Nr. 5 Rn. 48 ff.

133 BAG, NZA 2016, 888 Rn. 32.

134 BAGE 142, 158 = NZA 2012, 1345 = AP AGG § 22 Nr. 5 Rn. 33 ff.

135 BAG, NZA 2011, 93 Rn. 68 ff.

136 BAG, NZA 2008, 1351 = NJW 2008, 3658 Rn. 30 ff. zu § 611 a BGB aF.

137 BAGE 153, 348 = NZA 2016, 897 = AP TVG § 1 Nr. 57 Rn. 26 (Tarifvertrag); NZA 2014, 33 Rn. 16 (Betriebsvereinbarung).

138 BAGE 152, 134 = NZA 2015, 1380 = AP AGG § 7 Nr. 7 Rn. 22 (Kündigung, die nicht dem KSchG unterfällt).

139 NZA 2011, 970 Rn. 13.

140 BAGE 154, 118 = NZA 2016, 709 = AP TVUmBw § 6 Nr. 9 Rn. 29.

141 EuGH, ECLI:EU:C:2015:38 = NZA 2015, 217 Rn. 46 ff. – Starjakob; ECLI:EU:C:2018:180 = NZA 2018, 429 Rn. 28 – Stollwitzer.

142 BAGE 140, 1 = NZA 2012, 161 = AP BAT § 27 Nr. 12 Rn. 20 ff. sowie BAGE 154, 118 = NZA 2016, 709 = AP TVUmBw § 6 Nr. 9 Rn. 30 ff. (Vergütung); BAGE 141, 73 = NZA 2012, 803 = AP TVöD § 26 Nr. 2 Rn. 27 ff. sowie NZA 2017, 339 Rn. 29 ff. (Urlaub); vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2015:38 = NZA 2015, 217 Rn. 46 ff. – Starjakob.

143 EuGH, ECLI:EU:C:2014:2005 = NZA 2014, 831 insbes. Rn. 53 ff., 61 ff., 77 ff. – Specht ua; im Anschluss daran BVerwGE 150, 255 = NVwZ 2015, 818.

144 EuGH, ECLI:EU:C:2018:180 = NZA 2018, 429 Rn. 28 ff. – Stollwitzer.

145 BAGE 145, 113 = NZA 2013, 1160 = AP BetrVG 1972 § 75 Nr. 59 Rn. 24 ff.

146 BAG, NZA 2017, 854 Rn. 48; BGHZ 193, 110 = NZA 2012, 797 Rn. 63; BAG, NZA 2010, 1412 Rn. 76.

147 BGHZ 193, 110 = NZA 2012, 797 = AP AGG § 22 Nr. 6 Rn. 64.

148 BAGE 138, 166 = NZA 2011, 1226 = AP AGG § 3 Nr. 8 Rn. 22.

149 BAG, NZA 2013, 955 Rn. 24 ff.

150 BAG, NZA 2011, 200 Rn. 25, 30.

151 BAG, NZA 2011, 153 Rn. 33 ff.

152 BAG, NZA 2010, 1129 Rn. 35 ff., 43.

153 EuGH, ECLI:EU:C:2010:418 = NZA 2010, 869 Rn. 25 ff. – Bulicke; BAGE 142, 143 = NZA 2012, 1211 = AP AGG § 15 Nr. 12 Rn. 23 f.

154 EuGH, ECLI:EU:C:2010:418 = NZA 2010, 869 Rn. 40 f. – Bulicke; anschließend BAGE 141, 48 = NZA 2012, 910 = AP AGG § 15 Nr. 11 Rn. 54 ff.

155 BAG, NZA 2012, 34 Rn. 29.

156 BAG, NZA 2014, 924 Rn. 11 ff.

157 Berghahn/Klapp/Tischbirek, Evaluation des AGG, erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2016, 15.

158 Vgl. nur Berghahn/Klapp/Tischbirek, Evaluation des AGG, erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 7; Kocher, ZRP 2017, 112 (114).

159 Vgl. Bauer/Krieger, NZA 2016, 1041 (1046).