

## **VORTRAGSREIHE**

Donnerstag, 25. Februar 2016 / 18.30 Uhr

# **10 Jahre AGG – Von diskriminierten Bewerbern, verschwiegenen Behinderungen und Piloten ohne Uniformmütze**

Referent:

**Professor Dr. Christian Rolfs**

Universität zu Köln

# 10 Jahre AGG: Von diskriminierten Bewerbern, verschwiegenen Behinderungen und Piloten ohne Uniformmütze

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht  
25. Februar 2016



# 10 Jahre AGG

Agenda 25.2.2016

- Personalauswahl und Einstellung
- Inhalt des Arbeitsverhältnisses
  - Darunter: altersunabhängige Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen
- Beendigung des Arbeitsverhältnisses
  - Darunter: diskriminierende Kündigungen, Gestaltung von Sozialplänen, Altersgrenzen
- Rechtsfolgen und Beweisfragen
  - Darunter: Schadensersatz und Entschädigung



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Diskriminierungsfreie Gestaltung der Personalauswahl**
  - BAG 24.1.2013 NZA 2013, 498: Gezielte Suche nach „Hochschulabsolventen/Young Professionals“ (*Nils Kratzer*)
  - LAG Hamburg 23.6.2010 NZA-RR 2010, 629: Selbstbeschreibung des Arbeitgebers als „junges Team“
  - LAG Düsseldorf 9.6.2015 NZA-RR 2015, 572: „suchen wir eine Person, die gerade frisch gebacken aus einer kaufmännischen Ausbildung kommt“ diskriminiert mittelbar wegen des Alters (400 Arbeitnehmer mit einem Durchschnittsalter von nur 27 Jahren, der Bewerber war 36)



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- BAG 23.8.2012 NZA 2013, 37; 22.8.2013 NZA 2014, 82: Bei diskriminierender Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch Entschädigung selbst dann, wenn die Einladung nachgeholt und/oder die Stelle letztlich nicht besetzt wurde
- BAG 13.10.2011 AP Nr. 9 zu § 15 AGG: Obliegenheit zur Ausschreibung jeder Stelle über die Arbeitsagentur (§ 81 Abs. 1 SGB IX)
- ArbG Hamburg 26.1.2010 BeckRS 2010, 66839: Telefoninterview mit einem Stellenbewerber, dessen Muttersprache französisch ist



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- Entschädigung für „Scheinbewerber“?
  - BAG 18.6.2015 NZA 2015, 1063 legt dem EuGH vor (C-423/15 – *Nils Kratzer*)
    - Gehört zum Begriff des „Bewerbers“ (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG) auch die (zumindest grundsätzliche) innere Bereitschaft, die Stelle auch antreten zu wollen?
    - Befindet sich ein „Scheinbewerber“ in einer mit „echten“ Bewerbern „vergleichbaren Lage“ (§ 3 Abs. 1 AGG)?
    - Kann einem „Scheinbewerber“ Rechtsmissbrauch (§ 242 BGB) entgegen gehalten werden?



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Keine Diskriminierung bei Unkenntnis des Arbeitgebers**
  - BAG 26.9.2013 NZA 2014, 258: Keine Entschädigung wegen Nichtberücksichtigung eines schwerbehinderten Bewerbers bei Schwerbehinderung als „sonstige Qualifikation“ eines Opersängers
  - Ähnlich BAG 18.9.2014 AP Nr. 20 zu § 15 AGG: Kopie des Schwerbehindertenausweises auf Blatt 24 von 29 der Anlagen (Uni Köln)



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Altersunabhängige Gestaltung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen**
  - EuGH 28.1.2015 NZA 2015, 217 (*ÖBB*): Nichtberücksichtigung von Dienstzeiten vor Vollendung des 18. Lebensjahres beim beruflichen Aufstieg diskriminiert
  - zB EuGH 8.9.2011 NZA 2011, 1100 (*Hennings und Mai*); BAG 10.11.2011 NZA 2012, 161; 25.3.2015 NZA 2015, 1059: Lebensalterstufen im früheren BAT
  - Zulässig dagegen: Anknüpfung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit, EuGH 3.10.2006 NZA 2006, 1205 (*Cadman*)





# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- BAG 20.3.2012 NZA 2012, 803: Längerer Urlaub schon ab dem 30. bzw. 40. Lebensjahr (26/29/30 Tage) im öffentlichen Dienst ist nicht gerechtfertigt
- BAG 21.10.2014 NZA 2015, 297: Zulässig ist es dagegen, Arbeitnehmern in der Produktion ab Vollendung des 58. Lebensjahres zwei zusätzliche Urlaubstage zu gewähren (36 statt 34)



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Anknüpfung an Merkmale Dritter**
  - EuGH 17.7.2008 NZA 2008, 932 (*Coleman*): Benachteiligung einer angestellten Rechtsanwältin nach der Geburt ihres behinderten Sohnes
- **Sonderliches**
  - BAG 30.9.2014 NZA 2015, 121: Betriebsvereinbarung, die das Tragen einer Pilotenmütze nur für Männer vorschreibt, verstößt gegen § 75 BetrVG



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Paralleler Kündigungs- und Diskriminierungsschutz**

- Anerkannt ist, dass Verstöße gegen § 1 AGG zur Unwirksamkeit der Kündigung führen
- BAG 19.12.2013 NZA 2014, 373; 23.7.2015 NZA 2015, 1380: Bei Kündigungen außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG folgt die Unwirksamkeit der diskriminierenden Kündigung aus § 134 BGB (symptomlose HIV-Infektion bzw. altersdiskriminierende Kündigung im Kleinbetrieb)



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- Ergibt sich aus **§ 2 Abs. 4 AGG**, dass neben der Unwirksamkeit der Kündigung nicht zusätzlich Schadensersatz / Entschädigung gefordert werden kann?
- BAG 12.12.2013 NZA 2014, 722: Jedenfalls bei „über das Normalmaß hinausgehender“ Benachteiligung kann Entschädigung zusätzlich zum Kündigungsschutz beansprucht werden (Kündigung während der Schwangerschaft nach Weigerung der Arbeitnehmerin, auf das individuelle Beschäftigungsverbot zu verzichten; Fehlgeburt)
- Berufungsgericht hatte 3.000 Euro zuerkannt



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Kündigungsfristen**
  - BAG 18.9.2014 NZA 2014, 1400: Die Staffelung der Kündigungsfristen nach der Dauer der Beschäftigung in § 622 Abs. 2 BGB diskriminiert jüngere Arbeitnehmer nicht



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Nochmals: Keine Diskriminierung bei Unkenntnis des Arbeitgebers**
  - BAG 17.10.2013 NZA 2014, 303: Keine Entschädigung bei Kündigung einer Schwangeren in Unkenntnis der Schwangerschaft



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Soziale Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen**
  - BAG 6.11.2008 NZA 2009, 361; 5.11.2009 NZA 2010, 457: Lineare Bildung von Altersgruppen bleibt zulässig
  - A.M.: ArbG Siegburg 27.1.2010 BeckRS 2010, 66327; Vorlage an den EuGH (C-86/10, *Balaban*) hat sich durch Vergleich der Parteien erledigt
  - BAG 15.12.2011 NZA 2012, 1044: BAG hält an seiner Auffassung fest und Vorlage an EuGH nicht für erforderlich



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Gestaltung von Sozialplänen**

- BAG 26.5.2009 NZA 2009, 849; ähnlich BAG 23.3.2010 NZA 2010, 774 : Sozialplanleistungen dürfen an die Dauer der Betriebszugehörigkeit anknüpfen; sie dürfen für Arbeitnehmer, die in Rente gehen können, geringer ausfallen
- EuGH 26.2.2015 NZA 2015, 473 (*Poul Landin*); BVerfG 25.3.2015 NZA 2015, 1248; BAG 9.12.2014 NZA 2015, 365: Arbeitnehmer, die (ggf. nach Bezug von Arbeitslosengeld) rentenberechtigt sind, dürfen u.U. sogar ganz von Leistungen ausgeschlossen werden
- BAG 26.3.2013 NZA 2013, 921: Die Abfindung muss für rentennahe Jahrgänge nicht mindestens halb so hoch sein wie für rentenferne





# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- Aber: EuGH 6.12. 2012 NZA 2012, 1435 (*Oda*): Anknüpfung an den frühestmöglichen Rentenzugang kann wegen §§ 37, 236a SGB VI eine Diskriminierung wegen einer Behinderung darstellen (ähnlich schon BAG 15.2.2011 NZA 2011, 740)
  - Hier: Abfindung von „nur“ 308.000 Euro statt 616.000 Euro, weil der Kläger als Schwerbehinderter bereits mit 60 Jahren (mit Abschlägen) in Rente gehen kann
- BAG 12.4.2011 NZA 2011, 985: Alterszuschläge für Arbeitnehmer ab 45/50 Jahren benachteiligen Jüngere nicht



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Altersgrenzen**

- EuGH 12.10.2010 NZA 2010, 1167 (*Rosenblatt*); BAG 8.12.2010 NZA 2011, 586; 5.3.2013 NZA 2013, 916 und öfter: Altersgrenzen in Arbeitsverträgen und Kollektivvereinbarungen, die an die Regelaltersgrenze (65/67 Jahre) anknüpfen, sind zulässig
- EuGH 5.7.2012 NZA 2012, 785 (*Hörnfeldt*): Altersgrenze 65/67 ist unabhängig davon wirksam, in welcher Höhe der Arbeitnehmer anschließend Rente beanspruchen kann



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- EuGH 13.9.2011 NZA 2011, 1039 (*Prigge u.a.*); BAG 18.1.2012 NZA 2012, 575: Andere Altersgrenzen – hier: Piloten – bedürfen demgegenüber einer sorgfältigen Rechtfertigung



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Statistik als Indiztatsache i.S. von § 22 AGG?**
  - „Gläserne Decke“ gegen Frauen in Führungspositionen?
  - BAG 22.7.2010 NZA 2011, 93 (GEMA):
    - Statistiken sind als Indiztatsache nicht generell ungeeignet, müssen aber aussagekräftig sein
    - Statistik allein genügt als Indiz nicht



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- BAG 27.1.2011 NZA 2011, 689 (Sony BMG):
  - Eine „gläserne Decke“ ist nicht schon dann zu vermuten, wenn 29,4% der Abteilungsleiter Frauen sind, aber nur eine von zehn Hauptabteilungsleitern weiblich ist
  - Die Nichtbeförderung einer Schwangeren verbunden mit der Bemerkung, sie solle sich auf ihr Kind freuen, kann eine Diskriminierung indizieren



# 10 Jahre AGG

Personalauswahl  
und Einstellung

Inhalt des Arbeits-  
verhältnisses

Beendigung des  
ArbVerhältnisses

Rechtsfolgen und  
Beweisfragen

- **Endlosschaden bei § 15 Abs. 1 AGG?**
  - Im Rahmen von § 628 Abs. 2 BGB ist anerkannt, dass der Schadensersatz zeitlich begrenzt ist (BAG 26.7.2001 NZA 2002, 325; 26.7.2007 NZA 2007, 1419)
  - Anders aber BGH 24.5.2007 NJW 2007, 2043; OLG Düsseldorf 18.3.2008 VersR 2009, 835 für die Haftung von Rechtsanwältinnen bzw. DGB-Rechtsschutz bei Fristversäumung
  - Beispielsfall: ArbG Wiesbaden 18.12.2008 – 5 Ca 46/08 (*Eisele*)



# 10 Jahre AGG

