

Sonderdruck aus:

Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag



am 3. November 2010

in Gemeinschaft mit
Reinhard Richardi und Jan Wilhelm

herausgegeben von
Thomas Lobinger



Mohr Siebeck 2010

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich.

Seniorität in der Luftfahrt

Volker Rieble

Eduard Picker hat vielfach vor den Gefahren des Antidiskriminierungsdenkens für die freiheitliche Grundlegung unseres Privatrechtssystems gewarnt¹. Indes kann das AGG auch als Waffe gegen andere Freiheitsbeschränkungen gesehen werden, sein kassatorischer Anspruch (§ 7 Abs. 2 AGG) kann Freiheitsräume eröffnen.

I. Berufsaufstieg ausschließlich nach Betriebstreue – das Sicherheitskonzept in der Luftfahrt

In der Luftfahrt – der militärischen wie der zivilen nach eben dem militärischen Vorbild – wird der Pilotenstatus anhand einer „Senioritätsliste“ bemessen, und das nicht nur in Deutschland, sondern nahezu weltweit. Mit dem Diensteintritt in die betreffende Flotte (oder Luftlinie), mitunter konkretisiert durch den ersten eigenverantwortlichen Flugeinsatz („final line check“) läuft die Statusuhr. Wesentliche Änderungen im Pilotenstatus, vor allem der berufliche Aufstieg – vom Copiloten zum Piloten, vom Ersten Offizier zum Kapitän, aber auch der Wechsel auf größere (höher bewertete) Maschinen und die damit verbundenen Schulungsmaßnahmen – erfolgen nun nach diesem besonderen „Dienstalter“. Fluglinien mit strenger Seniorität stellen überhaupt keine Kapitäne ein, sondern besetzen freie Kapitänstellen strikt aus der Liste, wozu der>Listenerste erforderlichenfalls fortgebildet wird. Aber auch einfache Fragen wie Vergabewünsche für freie Tage oder Teilzeitwünsche werden nach Seniorität entschieden, ebenso das Requestverfahren für Flugeinsätze.

Derjenige Mitarbeiter, der auf der Senioritätsliste weiter vorne steht, ist eher dran. Reihung entscheidet, wer an Weihnachten frei hat oder sonst Freizeitwünsche („Off-Tage“) durchsetzen kann, wer attraktive Flüge zu attraktiven Zielen mit freien Tagen am Zielort (Layovertag – „Bonbontour“) fliegen darf. Auf der anderen Seite werden nachteilige Maßnahmen, etwa Versetzungen oder Entlas-

¹ Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, 880; Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540; Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, Karlsruher Forum 2004 (2005) S. 7 ff.; Antidiskriminierung im Zivil- und Arbeitsrecht, ZfA 2005, 167; Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Gebot allgemeiner Gleichbehandlung?, FS Adomeit (2008) S. 541.

sungen aufgrund von Rationalisierung ebenfalls nach der Senioritätsliste abgearbeitet („negative Seniorität“). Wer dort „jung“ ist, den trifft es zuerst. Diese Listen werden innerbetrieblich veröffentlicht, in aller Regel nach Abstimmung mit den Personalvertretungen (entsprechend § 95 BetrVG, der aber wegen § 117 BetrVG in der Luft nicht gilt).

Damit wird der individuelle Wettbewerb um den beruflichen Aufstieg ausgeschaltet – Leistung und Eignung, besondere Verdienste und anderes zählen überhaupt nicht. Auch Nachteilen, wie einer Versetzung auf eine geringerwertige Stelle, kann der Pilot nicht durch besondere Anstrengung entgehen. Nur die Liste zählt.

Dieser Ausschluß des Wettbewerbs soll den Luftverkehr sicherer machen. Jede Berücksichtigung einer individuellen Pilotenleistung – vor allem mit Blick auf Pünktlichkeit und Kraftstoffverbrauch – könnte den Piloten womöglich dazu verleiten, Sicherheitsrisiken einzugehen, etwa gewagte Manöver zu fliegen, eine Landung trotz Risiko nicht abzurechnen, oder mit einer geringeren Treibstoffreserve zu fliegen. Wettbewerb schafft Leistungsanreize, Leistungsanreize bewirken Risikobereitschaft, die zu Risiken führen kann. Wettbewerbsausschluß verhindert das. Gewünscht ist wettbewerbsfreie (Friedhofs-)Ruhe.

Neben der präventiven Sicht steht die postventive: Sind einem Piloten Fehler unterlaufen, so gehört es zum Sicherheitskonzept aller Fluggesellschaften, jeder auch noch so kleinen Unregelmäßigkeit nachzugehen und diese aufzuklären. Neudeutsch läßt sich das als Element einer Compliance-Organisation begreifen. Das Senioritätsprinzip der strengen Observanz verhindert, daß ein Pilot der Neigung erliegt, einen Fehler zu verschweigen oder zu vertuschen – weil dessen Aufdeckung in einem leistungsorientierten System seinen beruflichen Aufstieg womöglich behinderte.

Bei der größten deutschen Fluggesellschaft, der Lufthansa, ist dieses System zentral in einem Tarifvertrag geregelt, dem „Tarifvertrag über Wechsel und Förderung“ aus 2005. In zahlreichen anderen Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen ist das System aufgegriffen. Auch bei anderen Fluggesellschaften wie Air Berlin existieren entsprechende Regelungen in Tarifen und Betriebsvereinbarungen. Aber auch dann, wenn eine ausdrückliche normative Vorgabe fehlt, wird auf die Seniorität als Fundamentalprinzip der Luftfahrt zurückgegriffen. Das konstituiert jedenfalls eine betriebliche Übung.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich mit diesen Senioritätsfragen vielfach beschäftigt² – etwa in ständiger Rechtsprechung den tariflichen Ausschluß jedes individuellen Korrekturanpruches gegenüber der Senioritätsliste, also den An-

² Zentral: BAG vom 28.3.1973 – 4 AZR 271/72 – AP Nr. 2 zu § 319 BGB mit Anm. *Herschel*; ferner BAG vom 20.8.1986 – 4 AZR 272/85 – AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität mit Anm. *von Hoyningen-Huene*; BAG vom 5.3.1996 – 1 AZR 285/95 – juris; BAG vom 11.5.1999 – 3 AZR 371/97 – juris; BAG vom 27.11.2002 – 7 AZR 655/01 – AP Nr. 22 zu § 620 BGB Altersgrenze; BAG vom 14.1.2004 – 4 AZR 581/02 – NZA-RR 2004, 590 = AP Nr. 11 zu § 1 TVG mit Anm. *Walker*; BAG vom 11.8.2009 – 3 AZR 320/08 – juris.

spruch auf Richtigstellung einer falschen Buchung des Eintrittsalters, gutgeheißen³ – einmal mehr beugt sich das Individuum dem Kollektiv.

Ausschluß des Wettbewerbes bedeutet zugleich Freiheitsbeschränkung, genauer besehen: Der Pilot ist nur noch durch seinen Listenplatz in der „virtuellen Warteschlange“ definiert. Platz 284⁴ bedeutet dem Piloten: Du mußt lange warten! In die Liste kann durch Aufnahme von Fremd Piloten, durch Listenverbindung zweier Pilotengruppen im Konzern frei eingegriffen werden – auch wenn der Tarifvertrag dann womöglich eine Entschädigung für Platzverluste vorsieht⁵. Das hat auch die Arbeitsgerichte schon beschäftigt (Fn 2); Literatur für diese besondere arbeitsplatzbezogene Seniorität gibt es – soweit ersichtlich – nicht⁶.

Die Seniorität richtet sich typischerweise (Beispiel ist hier die Tarifregelung der Lufthansa) zuerst nach dem Eintrittsdatum, sodann nach dem Rang (Kapitäne vor Ersten Offizieren), schlußendlich nach dem Lebensalter bei Einstellung. Die Senioritätslisten wurden früher nach den Berufsgruppen Flugzeugführer (einschließlich Fluglehrer) und Flugingenieure getrennt. Letztere gibt es nicht mehr.

Vorbeschäftigungszeiten in anderen (konzernfremden) Fluggesellschaften werden grundsätzlich nicht anerkannt! Das behindert den Arbeitgeberwechsel erheblich: Ein Pilot der Air France, der nach 15 Flugjahren zur Lufthansa wechseln wollte, müßte sich dort „ganz hinten anstellen“ und mit Null beginnen. Vom Kapitän würde er zum Copiloten zurückgestuft. Ein ehemaliger Bundeswehrpilot, der dort mehrere Jahre zur Personenbeförderung geflogen ist, mußte es hinnehmen, daß diese Flugerfahrung bei der Fluggesellschaft nichts mehr wert war⁷ – hinten anstellen!

Vorbeschäftigungszeiten beim Arbeitgeberwechsel im eigenen Konzern werden idR angerechnet – indessen dann nicht, wenn die Vorbeschäftigung in einem befristeten Arbeitsverhältnis stattfindet. Letzteres kann zu erheblichen Friktionen führen, wenn etwa eine Konzerngesellschaft die Piloten von vornherein unbefristet einstellt, wohingegen die andere in der Probezeit eine Befristung vorsieht. Dann stehen die ersten Piloten in der Seniorität sechs Monate

³ BAG vom 14.1.2004 – 4 AZR 581/02 – NZA-RR 2004, 590 = AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität mit zustimmender Anm. *Walker* – für die Seniorität der Flugbegleiter.

⁴ So im Fall des BAG vom 14.1.2004, Fn 3.

⁵ BAG vom 20.8.1986 – 4 AZR 272/85 – AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität.

⁶ Zur Senioritätsprinzip im Allgemeinen (Vergütungsregelungen, Altersgrenzen, etc.): *von Hoff*, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsvergleichung und der ökonomischen Analyse des Rechts (2009), S. 322 ff.; *Kaiser*, Bestands- und Abfindungsschutz durch Betriebszugehörigkeit?, FS Konzen (2006), S. 381 ff.; *Löwisch/Caspers/Neumann*, Beschäftigung und demographischer Wandel (2003), S. 34 ff.; *Preis*, 67. DJT (2008), Gutachten B, S. 41 ff.; *Rieble/Zedler*, Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, ZfA 2006, 273, 283 ff.; *Sprenger*, Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG (2006), S. 199 ff.

⁷ BAG vom 22.5.1985 – 4 AZR 278/84 – AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität.

besser⁸ – ohne daß dafür ein tieferer Grund ersichtlich wäre. Vorbeschäftigungszeiten aus früheren Arbeitsverhältnissen werden bei Wiedereinstellung nur berücksichtigt, wenn die Unterbrechung kürzer als ein Jahr währte.

II. Seniorität und Berufsfreiheit

Wenn das Bundesarbeitsgericht meint, der Ausschluß jeder individuellen Rechtskontrolle des Senioritätsalters sei auch mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG ohne weiteres hinzunehmen, weil der einzelne Arbeitnehmer kein Recht darauf habe, daß ihm der Arbeitgeber eine individuelle Rechtsposition zuweise⁹ – begegnet das schon mit Blick auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Prüfungs- und Zulassungsrecht¹⁰ erheblichen Bedenken: Der Pilot wird so zum Objekt der Senioritätslistenfestsetzung und kann seinen beruflichen Aufstieg selbst überhaupt nicht beeinflussen. Gerade wenn man jeglichen Individualwettbewerb aus Sicherheitsgründen ausschaltet, muß das an die Stelle des Wettbewerbs gesetzte kollektive Verteilungssystem doch mit Blick auf die Berufsfreiheit seinerseits transparent und kontrollfähig sein. Sonst hinge das individuelle berufliche Schicksal ausschließlich von der Willkür derjenigen Stellen ab, die das Dienstalter festsetzen, über die Anrechnung von Dienstzeiten entscheiden und in der Lage sind, jederzeit durch die Verbindung oder Trennung von Senioritätslisten oder einen Wechsel der Anrechnungsbestimmungen – etwa bei Aufnahme neuer Gesellschaften in den Luftfahrtkonzern – die bestehende Listenposition dadurch zu entwerten, daß „fremde Piloten“ vorgezogen werden¹¹.

Wer den Wettbewerb ausschaltet und durch einen gleichgeschalteten Aufstieg ersetzt, verhält sich widersprüchlich, wenn an die Stelle der begehrten formalen Aufstiegsleichheit dann eine mehr oder minder willkürliche Senioritätsvergabe und -beeinflussung gesetzt wird. Gerade Sonderregelungen zur Anrechnung von Vordienstzeiten neu in den Konzernverbund aufgenommener Unternehmen bringen eine gewisse Irritation in die Senioritätsliste – weil sie zur Rangänderung (vgl. § 880 BGB) führen. Ob die der Konzernbelegschaft zugeschlagenen „Fremdpiloten“ mit einer hundert- oder fünfzigprozentigen Anrechnung versehen werden und welche Unruhe das in die Warteschlange bringt, das ist kaum abzusehen. Eine Differenzierung der Anrechnung von Vordienstzeiten nach Art des Arbeitsverhältnisses (befristet/unbefristet), nach Unternehmensherkunft (konzernerneigen oder -fremd) oder nach dem Sektor (zivil/militärisch), ent-

⁸ Vgl. den Fall BAG vom 20.8.1986 – 4 AZR 272/85 – AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität mit Anm. von *Hoyningen-Huene*.

⁹ BAG vom 14.1.2004 – 4 AZR 581/02 – NZA-RR 2004, 590 = AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität unter A.2.c.bb.(2)(dd) der Gründe.

¹⁰ BVerfG vom 17.4.1991 – 1 BvR 419/81 u.a. – NJW 1991, 2005; vom 20.4.2004 – 1 BvR 838/01 u.a. – NJW 2004, 1935; vom 22.10.1991 – 1 BvR 393/85 u.a. – NVwZ 1992, 361.

¹¹ Geschützt ist der Arbeitnehmer erst, wenn ein konkreter Beförderungsanspruch entstanden ist, BAG vom 28.9.1983 – 4 AZR 313/82 – AP Nr. 9 zu § 1 TVG Rückwirkung.

behrt aus Blick der Flugsicherheit des Sachbezugs, wenn die für den Senioritätsaufstieg maßgebliche Tätigkeit im Kern stets dieselbe war.

Das BAG hat dagegen entschieden, daß der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz von vornherein nicht konzernweit gelten könne¹². Das ist jedenfalls dann zweifelhaft, wenn die betroffenen Arbeitgeber im Konzern über eine gemeinsame Senioritätsliste eine Verteilungsgemeinschaft begründen. Diese konstituiert dann die Gleichheit als Konsequenzgebot. Daß etwa unterschiedliches Probezeitbefristungsverhalten zu unterschiedlicher Seniorität in derselben Konzernliste führt, ist nicht hinzunehmen – weil der Zweck der Seniorität, die Flugsicherheit zu gewährleisten, diese Ungleichbehandlung nicht trägt.

Von besonderer Bedeutung wird die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer in ihrer europäischen Dimension. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV hat der EuGH in der Bosman-Entscheidung gerade auch gegenüber Behinderungen durch privatautonome Beschränkungen geschützt – jedenfalls soweit sie auf einem kollektiven Regelungssystem fußen¹³. Die durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung untersagte Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten in konzernfremden Fluggesellschaften auch im europäischen Ausland beschränkt die Freizügigkeit erheblich: Sobald ein Arbeitnehmer eine gewisse Seniorität bei der einen Fluggesellschaft erworben hat, ist der Wechsel zu einer anderen nicht mehr interessant. Der Pilot müßte den Wechsel der Fluggesellschaft mit dem Verlust der bereits erworbenen Seniorität bezahlen. Das beschränkt seine Freizügigkeit¹⁴.

Flugsicherheit ist zwar als „zwingender Grund des Allgemeininteresses“ anzuerkennen, der nach der Bosman-Entscheidung eine solche Beschränkung der Freizügigkeit rechtfertigen kann¹⁵; doch steht der Senioritätsverlust bei Arbeitgeberwechsel in keinem Zusammenhang zur Sicherheit. Soweit die Senioritätsregelung nur negativ den Wettbewerb ausschalten will, könnten die ausländischen Vordienstzeiten ohne weiteres berücksichtigt werden. Und selbst wenn die Seniorität auf eine konkrete Flugerfahrung abstellen soll, läßt sich schwerlich begründen, daß die Flugerfahrung bei einer anderen – konzernfremden – Gesellschaft aus Sicherheitsgründen wertlos sein soll.

Gleichwohl hat das BAG in der Entscheidung vom 14.1.2004 (Fn 2) keinen Anlaß gesehen, die Frage dem EuGH vorzulegen oder selbst nach den Maßstäben der Bosman-Entscheidung die freizügigkeitsbeschränkende Wirkung der Senioritätssysteme zu überprüfen. Freiheit zählt nicht viel vor Gericht.

¹² BAG vom 20.8.1986 – 4 AZR 272/85 – AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität.

¹³ EuGH vom 15.12.1995 – C-415/93 – NJW 1996, 505 = AP Nr. 10 zu § 611 BGB Berufssport; bestätigt durch EuGH vom 16.3.2010 – C-325/08 [Olivier Bernard] – NZA 2010, 346 (Rn. 27 ff.).

¹⁴ Ebenso für Schadensersatzpflichten von Fußballspielern bei Vereinswechsel nach Ausbildungsabschluß: EuGH vom 16.3.2010 – C-325/08 [Olivier Bernard] – NZA 2010, 346 (Rn. 34 ff.) – dort gerechtfertigt; für inlandsbezogene Dienstalterszulagen von Hochschulprofessoren: EuGH vom 30.11.2003 – C-224/01 [Gerhard Köbler] – NJW 2003, 3539 (Rn. 70 ff.) – dort nicht gerechtfertigt.

¹⁵ Ebenso wie die Effektivität der Brandbekämpfung im Hinblick auf Altersgrenzen bei der Berufsfeuerwehr, EuGH vom 12.1.2010 – C-229/08 [Wolf] – NVwZ 2010, 244 (Rn. 36 ff.).

III. Seniorität und Diskriminierung

1. Seniorität als Altersdiskriminierung

Die Senioritätsliste ist in erster Linie eine *mittelbare Diskriminierung* aufgrund des Alters, da sie an die Beschäftigungsdauer anknüpft. Allerdings diskriminiert sie auch unmittelbar, nämlich dann, wenn das Lebensalter bei Einstellung als nachrangiges Hilfskriterium den Listenplatz (mit)definiert.

Diese unmittelbare Diskriminierung ist nach dem AGG streng verboten und nicht zu rechtfertigen. Weder für Beförderungen noch für Umschulungen oder irgend eine andere, mit der Seniorität verknüpfte Rechtsfolge ist das Alter bzw. eine aus dem Alter entwickelte Liste ein zulässiges Kriterium. Es gibt überhaupt keinen ersichtlichen Zusammenhang von (Mindest-)Lebensalter und Flugsicherheit. Allenfalls für Pilotenaltersgrenzen läßt sich die Frage stellen, ob ein pausschales Höchstalter hinreichend mit Sicherheitsaspekten korreliert – mit Blick auf typisiertes nachlassendes Reaktionsvermögen oder eine erhöhte Ausfallwahrscheinlichkeit¹⁶.

Um als mittelbare Diskriminierung zu bestehen, muß die Senioritätsliste gem. § 3 Abs. 2 bzw. § 10 S. 1 und 2 AGG¹⁷ ein rechtmäßiges Ziel verfolgen und zu dessen Erreichung angemessen und erforderlich sein. Das ist zuerst im Zusammenhang mit der jeweiligen Rechtsfolge der Seniorität zu entscheiden. Darüber hinaus kann das *Konzept der Seniorität als Ganzes* Wirkungen über die bloße Summe der Einzelvorteile hinaus haben – nach Art eines „Sandhaufenprinzips“. Im Folgenden konzentriert sich die Betrachtung auf das zentrale Element – die (Be-)Förderung und den (Flugzeug)Wechsel.

2. Hauptrechtfertigungsversuch: Sicherheit des Luftverkehrs

Die Seniorität bestimmt, wer zu einem Kapitän („Förderung“) oder auf einen anderen Flugzeugtyp („Wechsel“) umgeschult wird. Zentrales Argument hierfür ist die Sicherheit des Luftverkehrs (oben I). Dieser Rechtfertigungsversuch ist von vornherein entscheidenden Einwänden ausgesetzt:

Erstens muß die behauptete *Sicherheitsgefahr konkret bestehen* – andernfalls fehlte es an der Erforderlichkeit¹⁸. Eine bloße Behauptung oder Befürchtung kann die Altersdiskriminierung nicht rechtfertigen, weil sich das Diskriminierungsverbot sonst durch bloß theoretische Erwägungen leicht aushebeln ließe. Daß das Senioritätsdenken in der Luftfahrt weit verbreitet ist, belegt nur eine entsprechende Tradition – nicht aber eine entsprechende und nachweisbare

¹⁶ Vorlagebeschluß des BAG vom 17.6.2009 – 7 AZR 112/08 (A) – zum EuGH mit dortigem Aktenzeichen C-447/09 [Reinhard Prigge].

¹⁷ Der Prüfungsmaßstab ist identisch; eingehend von Hoff (Fn. 6), S. 204 ff.

¹⁸ Generalanwältin *Trstenjak*, Schlußanträge vom 28.4.2010 zu EuGH – C-45/09 [Gisela Rosenblatt] – Rn. 75, 131 ff.; instruktiv auch EuGH vom 12.1.2010 – C-229/08 [Colin Wolf] Rn. 41 – EuZW 2010, 142 für die körperliche Belastbarkeit von Feuerwehrleuten.

Gefahrenlage. *Andere Branchen mit erheblichem Sicherheitsbedarf kommen ohne Seniorität aus* – man denke nur an Kraftfahrer, Lokomotivführer, Sicherheitspersonal (insbesondere auf Flughäfen!) oder für Sicherheit verantwortliche Ingenieure in (Kern-)Kraftwerken, Ärzte in Kliniken etc. Gerade der Aspekt der nachlaufenden Komplikationsaufklärung spielt in Klinika vor dem Hintergrund moderner medizinischer Qualitätssicherung eine entscheidende Rolle – ohne daß hieraus Wettbewerbsbeschränkungen für Ärzte abgeleitet würden.

Daß in anderen sicherheitsrelevanten Branchen der Wettbewerb um Aufstiegschancen zu erheblichen Sicherheitsmängeln führt, ist nicht bekannt. Man darf im Gegenteil angesichts der intensiven Auswahl und Ausbildung der Piloten und ihrer Berufsehre eher vermuten, daß sie gerade nicht mit Blick auf einen nur vagen Karrierevorteil die Sicherheit ihrer eigenen Person, ihrer Arbeitskollegen, der Passagiere und der Allgemeinheit leichtfertig aufs Spiel setzen. Daß ein Pilot einen gefährlichen Landeanflug nicht abbricht, nur um pünktlich zu sein, kann man sich kaum vorstellen. Mithin ist schon die für eine Rechtfertigung erforderliche Gefahrenlage nicht hinreichend konkret dargetan.

Zweitens muß die Seniorität *konkret geeignet* sein, diese Gefahr zu bekämpfen. Auch insofern sind *Fragezeichen* angebracht: Die Seniorität kann von vornherein nicht ausschließliches Merkmal für Beförderungen sein. Begeht ein Pilot erhebliche Fehler, die die Sicherheit des Luftverkehrs gefährden und seine persönliche Eignung in Frage stellen – insbesondere durch ein altersbedingtes Nachlassen der Aufmerksamkeit – darf die Fluggesellschaft diesen Piloten schon wegen ihrer Schutzpflicht für Arbeitnehmer und Passagiere und mit Blick auf luftfahrtrechtliche Sicherheitsverpflichtungen nicht weiterfliegen lassen, auch wenn die Seniorität dies geböte. Ein Anreiz zur Vertuschung eigener Fehler besteht weiterhin.

Drittens schließlich setzte jede Rechtfertigung des Senioritätssystems voraus, daß *kein anderes, weniger diskriminierendes Mittel* – insbesondere ein an Sicherheitsverhalten und Leistung des einzelnen Piloten orientierter beruflicher Aufstieg – zur Verfügung steht. Jene Instrumente sind vorrangig, weil sie ohne Altersdiskriminierung auskommen. Ginge es ausschließlich um die Verhinderung von Wettbewerb, kämen andere zwar nicht-diskriminierende, aber (ebenso) ungerechte Verfahren in Betracht, etwa ein Losentscheid. Geht es aber positiv um Luftsicherheit, kommt es entscheidend darauf an, inwieweit das Sicherheitsverhalten des einzelnen Piloten erfaßt und bewertet werden kann. Die Erprobung an Flugsimulatoren ist gewiß kein milderer Mittel, weil der Pilot sich dort der fehlenden Gefahrensituation bewußt ist. Andererseits sind andere Arbeitgeber als Fluggesellschaften durchaus in der Lage, die Zuverlässigkeit ihrer Mitarbeiter anhand ihrer konkret erbrachten Arbeitsleistung zu bewerten. Daß der Flugbetrieb derart besondere Gefahrensituationen bereithielte, so daß jede normale Gefahrenabwehr und -vorsorge, wie sie andere Unternehmen betreiben, unzureichend erschiene – dafür gibt es keinen Anhaltspunkt.

Insofern sind die Fluggesellschaften gefordert, sicherheitsorientierte Kriterien und Verfahren zur Beurteilung des Pilotenverhaltens zu entwickeln. Dabei kann Fehlverhalten ebenso eine Rolle spielen, wie die gelegentliche Begleitung durch Beurteilungspersonen. Pünktlichkeit und Sparsamkeit dürften nur untergeordnete Kriterien sein. Ein solches Bewertungssystem ist durchaus geeignet, das Sicherheitsbewußtsein zu fördern.

Das Senioritätssystem schießt schließlich systemimmanent über das Ziel hinaus: Es knüpft an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Luftfahrtgesellschaft an und verhindert damit den Wechsel zu anderen – vor allem konzernfremden – Fluggesellschaften. Das ist zwar kein diskriminierungsspezifischer Einwand (sondern ein Problem der Sicherung der Berufsfreiheit gegenüber mittelbarer Marktabschottung, oben II), lenkt aber den Blick darauf, daß mit Blick auf die Flugsicherheit das Kriterium der Flugerfahrung – gemessen nicht an Jahren bei einer bestimmten Fluggesellschaft, sondern an der *Zahl der absolvierten Flüge*, gleich ob sie für die eigene Fluggesellschaft, eine andere oder für einen sonstigen Arbeitgeber oder Auftraggeber geleistet worden sind – als Bewertungsgrundlage einbezogen werden müßte. Damit würde die *Berufserfahrung* verobjektiviert herangezogen. Das ist ein „Ausweg“, der mit Einschränkungen bei Vergütungssystemen und bei der betrieblichen Altersvorsorge akzeptiert wird.

Damit genügt die Flugsicherheit als Motiv für sich genommen nur beschränkt: Sie rechtfertigt womöglich den Ausschluß des Individualwettbewerbs – sie trägt aber nicht ein (mittelbar) altersdiskriminierendes Vergabesystem an dessen Stelle.

3. Hilfsrechtfertigungen

Eine positive Rechtfertigung der diskriminierenden Wirkung muß deshalb aus anderen Aspekten folgen. Als legitime Differenzierungsziele kommen in Betracht:

- Die Berufserfahrung als Indikator für die Qualifikation der Arbeitnehmer.
- Die *Konzerntreue* der Arbeitnehmer, die es zu belohnen gilt.
- *Der soziale Frieden innerhalb der Belegschaft*, weil die Betriebstreue ein „emotional“ anerkannter Faktor ist.

Jedes dieser Ziele könnte die mittelbare Diskriminierung rechtfertigen.

a) Berufserfahrung

Berufserfahrung prägt vielfach die *Qualifikation* eines Arbeitnehmers und ist damit im Ausgang ein legitimer Differenzierungsgrund. Er müßte aber auch geeignet und erforderlich sein, dieses Ziel zu erreichen.

Nicht immer geht eine längere Berufserfahrung mit einer Steigerung der Qualifikation einher¹⁹. Je einfacher eine Tätigkeit ist, um so kürzer währt die

¹⁹ Von Hoff (Fn. 6), S. 336; Löwisch/Caspers/Neumann (Fn. 6), S. 36; Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 284; Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 89; Sprenger (Fn. 6), S. 217.

Qualifikationsphase, innerhalb derer ein Arbeitnehmer durch Erfahrung seine Qualifikation steigern kann. Hernach kann weitere Berufserfahrung nicht mehr qualifizierend wirken. Der EuGH hatte zwar noch 1989 festgestellt, daß die „Anciennität mit der Berufserfahrung einhergeht und diese den Arbeitnehmer im allgemeinen befähige, seine Arbeit besser zu verrichten“²⁰. Der Arbeitgeber müsse gar nicht darlegen, daß die Berufserfahrung für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen spezifischen Aufgaben von Bedeutung sei. Schon 1991 hat der EuGH seine Aussage korrigiert²¹. Auf Vorlage des ArbG Hamburg hatte der EuGH zu entscheiden, ob der damalige § 23a Nr. 6 BAT Frauen mittelbar diskriminiert. Nach dieser Vorschrift zählten Dienstzeiten für einen Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe bei Arbeitnehmern, die zwischen der Hälfte und Dreiviertel der regelmäßigen Arbeitszeit beschäftigt waren, nur zur Hälfte. Eine Beförderung für Teilzeiter (und damit mittelbar vor allem für Frauen) erfolgte dann erst nach 12 Jahren statt nach 6 Jahren. In der Arbeitgeber-Argumentation, vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer würden die für den Aufstieg erforderlichen Erfahrungen schneller gewinnen, sah der EuGH „verallgemeinerte Aussagen“, denen sich „keine objektiven Kriterien entnehmen lassen“²². Das Dienstalster gehe zwar Hand in Hand mit der dienstlichen Erfahrung, die den Arbeitnehmer grundsätzlich zu einer besseren Erfüllung seiner Aufgaben befähige, jedoch hänge der objektive Charakter eines solchen Kriteriums von allen Umständen des Einzelfalls und insbesondere davon ab, welche Beziehung zwischen der Art der ausgeübten Tätigkeit und der Erfahrung bestehe, die die Ausübung dieser Tätigkeit nach einer bestimmten Anzahl geleisteter Arbeitsstunden verschaffe. Also muß *der Arbeitgeber nachweisen*, daß die *Berufserfahrung* den Arbeitnehmer bei seiner konkreten Tätigkeit *zu einer besseren Leistung befähigt*²³.

Die vom EuGH für die Geschlechterdiskriminierung nach Art. 157 AEUV akzeptierte Vermutung, daß Differenzierungen nach Betriebszugehörigkeit geeignet seien, Berufserfahrung zu belohnen, weswegen der Arbeitnehmer diese Vermutung im Einzelfall erschüttern müsse²⁴, kann im Rahmen der Altersdiskriminierung von vornherein nicht akzeptiert werden.²⁵

Die Seniorität stellt von vornherein nicht auf eine nach Jahren bestimmte Berufserfahrung ab. Um die mittelbare Altersdiskriminierung zu rechtfertigen, muß die Berufserfahrung diejenige ausschlaggebende Qualifikation sein, um die

²⁰ EuGH vom 17.10.1989 – C-109/88 [Danfoss] – AP Nr. 19 zu Art. 119 EWG-Vertrag = NZA 1990, 772 (Rn. 24).

²¹ EuGH vom 7.2.1991 – C-184/89 [Helga Nimz] – AP Nr. 25 zu § 23a BAT = NVwZ 1991, 461.

²² EuGH vom 7.2.1991 – C-184/89 [Helga Nimz] – AP Nr. 25 zu § 23a BAT = NVwZ 1991, 461, Rn 14, Hervorhebung von mir.

²³ Rieble/Zedler ZfA 2006, 273, 284.

²⁴ Von Hoff (Fn. 6), S. 336 ff. („Cadman-Vermutung“) unter Berufung auf EuGH vom 3.10.2006 – C-17/05 [B.F. Cadman] – NJW 2007, 47 (Rn. 35 ff.) mit Anm. Zedler.

²⁵ Zedler NJW 2007, 47, 49 f.; ähnlich Sprenger (Fn. 6), S. 216.

berufliche Eignung für eine Beförderung oder eine Umschulung zu definieren. Die Reihung auf der Senioritätsliste impliziert, daß jeder Arbeitnehmer mit längerer Berufserfahrung besser für eine Beförderung, Umschulung, etc. qualifiziert ist, als dies bei den „nach ihm“ gelisteten Kollegen der Fall ist. Stellt man mit dem EuGH auf „alle Umstände des Einzelfalls“ ab, ist das Konzept nicht tragfähig. Daß *in jedem Fall* ein I. Offizier mit zwölf Jahren Berufserfahrung besser qualifiziert ist, als ein I. Offizier mit elf Jahren, läßt sich nicht sagen. Beide sind aller Wahrscheinlichkeit nach besser qualifiziert als ein I. Offizier mit zwei Jahren Berufserfahrung, aber je größer die Berufserfahrung kraft längerer Seniorität wird, um so eher sinkt der erzielbare Qualifizierungsgewinn²⁶.

Hinzu kommt, daß die Seniorität einen wichtigen Aspekt der Berufserfahrung nicht berücksichtigt: die *Erfahrung, die bei anderen Unternehmen auf einem vergleichbaren Arbeitsplatz* gewonnen wurde²⁷. Für den Aspekt der Qualifikation durch Berufserfahrung ist es unerheblich, bei welchem Arbeitgeber diese Erfahrung gewonnen wurde. Wollte die Seniorität konsequent den Gedanken der Qualifikation umsetzen, würde sie nicht nur die Beschäftigung bei der betroffenen Fluggesellschaft (und ggf verbundenen Unternehmen) berücksichtigen. Erst recht läßt sich nicht erklären, daß in bestimmten Fällen nur eine anteilige Anrechnung fremder Beschäftigungszeiten erfolgt, so wie dies von Luftfahrtgesellschaften bei Unternehmenserwerb oder anderen Restrukturierungen vorgesehen ist.

Schon vom Grunde her, erst recht aber mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung der Senioritätsregelungen kann die altersbezogene Auswahl von Arbeitnehmern für eine Beförderungen oder Flugzeugwechsel nicht mit dem Gedanken der Berufserfahrung gerechtfertigt werden.

b) Konzerntreue

Die Seniorität könnte als Belohnung der Betriebstreue gerechtfertigt werden. Diese wird meist für ein legitimes Ziel in der Beschäftigungspolitik eines Unternehmens gehalten, die eine mittelbare Diskriminierung nach §§ 3 Abs. 2, 10 AGG rechtfertigen könne²⁸. In den Fällen, in denen der EuGH über die Diskriminierungsrechtfertigung durch Betriebstreue entscheiden mußte, konnte er bisher eine Rechtfertigung ablehnen, da nicht die Betriebstreue zu einem bestimmten Arbeitgeber, sondern vielmehr zu einer ganzen Gruppe von Arbeitgebern belohnt wurde²⁹.

²⁶ Von Hoff (Fn. 6), S. 336.

²⁷ Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 285.

²⁸ Von Hoff (Fn. 6), S. 340 ff.; Körner, NZA 2008, 497, 500; Löwisch/Caspers/Neumann (Fn. 6), S. 42; Schmidt/Senne, RdA 2002, 80, 88 f.; kritisch Sprenger (Fn. 6), S. 215 ff.; ablehnend für verlängerte Kündigungsfristen: Kaiser (Fn. 6), S. 381, 386 f.

²⁹ Fachärzte unter der Geltung des BAT: EuGH vom 15.1.1998 – C-15/96 [Kalliope Schöning-Kougebetopoulou] – AP Nr. 1 zu Art. 48 EG-Vertrag = NZA 1998, 205; Lehrer in Österreich: EuGH vom 30.11.2000 – C-195/98 [Österreichischer Gewerkschaftsbund] – AP Nr. 10 zu Art. 39 EG = NJW 2001, 2704.

Zur Treue gegenüber einem *bestimmten Arbeitgeber* hat der EuGH im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit entschieden: Eine Einschränkung dieser Freizügigkeit kann nur durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden. Im Fall der Bindung österreichischer Hochschulprofessoren an den österreichischen Staat als (damaligem) Arbeitgeber, sah der EuGH eine Belohnung der Treue nicht als ausreichende Rechtfertigung für eine Dienstalterszulage an³⁰. Die Universitäten in Österreich stünden im Wettbewerb; die Treueprämie hindere die Professoren also nicht, zu einer anderen österreichischen Universität zu wechseln, weil sie dabei ihre Prämie behielten. Die Nichtberücksichtigung anderweitiger Dienstzeiten behindert gerade den Wechsel ins Ausland und verletzt damit die Freizügigkeit.

Die Berufung auf die Betriebstreue darf zudem nicht pauschal erfolgen. Um die Ungleichbehandlung zu legitimieren, muß der Arbeitgeber einen *konkreten Nutzen aus der Förderung der Betriebstreue* ziehen³¹. Daß dieser Nutzen nicht in einer ständig steigenden Qualität der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers besteht (Berufserfahrung), ist dargetan. Überdies ist der *Begriff der Betriebstreue nicht eindeutig*: Mit ihm ist nicht die Dauer der Betriebs-, sondern der Unternehmenszugehörigkeit gemeint und andererseits ist es unerheblich, ob ein Arbeitnehmer tatsächlich in eine betriebliche Organisation eingegliedert ist, sprich: ob ein Pilot wirklich geflogen ist oder krank war³². Die Senioritätslisten stellen darüber hinaus vielfach auf die Konzern- und nicht auf die Unternehmenszugehörigkeit ab. Inwiefern der einzelne Arbeitgeber aus einer langen Konzerntreue eines Arbeitnehmers, der aber erst kurze Zeit bei ihm in Beschäftigung steht, profitieren und ihm deswegen höhere Seniorität einräumen soll, ist kaum auszumachen. Der Nutzen des Konzerns als wirtschaftlicher Einheit an einer Förderung gerade der Konzernzugehörigkeit ist nur schwer zu bestimmen. Wie bei der Unternehmenszugehörigkeit kann es um die Abwehr einer *hohen Fluktuation* gehen, weil diese die betrieblichen Arbeitsabläufe belastet.³³ Doch ist umgekehrt nicht gesagt, daß sich ohne die geförderte Betriebstreue die Fluktuation erhöht. Am Arbeitsverhältnis mit dem (bisherigen) Arbeitgeber festzuhalten, hat auch für den Arbeitnehmer viele Vorteile, die in der Sozialauswahl als tragender Auswahlgrund anerkannt sind. Darüber hinausgehende Entschädigung für einen etwaigen Flexibilitätsverlust aufgrund jahrelanger Eingliederung in denselben Betrieb kommt nicht in Betracht, weil diese Begleiterscheinung maßgeblich von vertragsfremden Faktoren aus dem privaten Bereich bestimmt wird und deshalb der Arbeitnehmer von seiner eigenen Betriebstreue nur profitiert³⁴. Wenn aber die Unternehmens- oder Konzerntreue schon im Interesse der Arbeitnehmer liegt, erscheint

³⁰ EuGH vom 30.11.2003 – C-224/01 [Gerhard Köbler] – Slg. 2003, 10239 = NJW 2003, 3539 (Rn. 83 ff.).

³¹ Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 285.

³² Kaiser (Fn. 6), S. 381, 384 f.

³³ Von Hoff (Fn. 6), S. 341.

³⁴ Kaiser (Fn. 6), S. 381, 386 f.

eine zusätzliche Förderung durch den Arbeitgeber nicht als erforderlich und angemessen.

Dennoch zieht auch der Arbeitgeber Vorteile aus einer langen Beschäftigung seiner Arbeitnehmer im eigenen Unternehmen.³⁵ Neue Arbeitnehmer erfordern eine Einarbeitungszeit, in der sie weniger produktiv als erfahrene Arbeitnehmer sind. Jede Neueinstellung birgt das Risiko in sich, daß sich der Arbeitnehmer nach einiger Zeit als persönlich oder fachlich ungeeignet erweist.

Daß die Arbeitnehmer ein eigenes Interesse am Verbleib im Unternehmen oder Konzern haben und ohne eine Förderung der Konzerntreue keine wesentlich stärkere Fluktuation zu erwarten wäre, ist kein Gegenargument. Jedes Unternehmen hat das Recht präventiv Maßnahmen gegen Abwanderung zu ergreifen, auch ohne daß eine konkrete Gefahr belegt ist – so lange nur das Ziel als solches legitim ist. Daß das Abwanderungsrisiko nicht besonders groß ist, ist erst im Einzelfall bei der Angemessenheit zu prüfen.

Daß Beschäftigungszeiten bei anderen Unternehmen ausgeblendet werden, ist für die Unternehmens- oder Konzerntreue nur konsequent. Mehr noch: das Hindernis einer Rechtfertigung als Qualifikationsindikator ist bei der Rechtfertigung über die Betriebstreue nach der genannten Rechtsprechung unabdingbare Voraussetzung.

Allerdings verhält sich der Arbeitgeber widersprüchlich, wenn er einerseits auf die Konzerntreue abstellt, andererseits aber Beschäftigungszeiten bei manchen Konzerngesellschaften oder die Vortätigkeit als Flugingenieur nur anteilig berücksichtigt und vor allem, wenn er befristete (Probe-)Beschäftigungen nicht belohnt. Eine solche disparate Praxis ist inkonsequent und läßt nicht nur einen sachlichen Grund unter Gleichbehandlungsaspekten vermissen, sondern auch wettbewerbsrechtliche Bedenken entstehen („closed shop“).

Die Frage nach *Angemessenheit und Erforderlichkeit* läßt sich wiederum nur über die objektiven Eignung beantworten: Ist die Betriebstreue ein objektives Kriterium für eine nach der Seniorität zu treffende Entscheidung?

Zumindest für Beförderungen erscheint dies zweifelhaft. In der Begründung der Kommission zur Richtlinie 2000/78/EG heißt es³⁶:

„In Bezug auf den beruflichen Aufstieg bedeutet Gleichbehandlung, daß sichergestellt werden muß, daß ein Aufstieg innerhalb einer bestimmten Laufbahn an berufliche Fähigkeiten, Qualifikationen und Kompetenzen und andere für die betreffende Stelle relevante objektive Kriterien geknüpft ist.“

Die Betriebstreue darf nicht dazu genutzt werden, das *Verbot der Altersdiskriminierung* „flüchtig“ zu unterlaufen. Gerade in den Kernbereichen *beruflicher Aufstieg und Weiterbildung* wird man die mittelbare Diskriminierung nach der Betriebszugehörigkeit als nicht angemessen ansehen können. Nachgerade wie eine Einladung zur Umgehung wirkt die Aussage von *Wiedemann/Thüsing*:

³⁵ Von Hoff (Fn. 6), S. 341.

³⁶ KOM (1999) 565 endg., S. 11.

„Wenn es sich nicht um das Grundentgelt, sondern um zusätzliche Sozialleistungen handelt, wird man im Zweifel von der Zulässigkeit einer Unterscheidung ausgehen können.“³⁷

Beruflicher Aufstieg und Weiterbildung nach Seniorität schießen über das Ziel hinaus, die Arbeitnehmer nur zu halten und zu binden. Gerade weil der Zugang zu höherwertiger Tätigkeit als Element der Berufsfreiheit für die Arbeitnehmer wichtiger ist als etwa eine Jubiläums- oder Treueprämie, ist die Anforderung an die Diskriminierungsrechtfertigung ernst zu nehmen – und ein strenger Rechtfertigungsmaßstab anzulegen. Da Betriebstreue durch weitaus weniger einschneidende Maßnahmen belohnt werden kann, ist die Beförderung nach Senioritätsliste als nicht angemessen zu werten.

Senioritätssysteme sind zudem *kontraproduktiv*: Sie können zu einer Abkehr von Arbeitnehmern führen. Junge, leistungsfähige Mitarbeiter könnten gerade aufgrund einer Senioritätsliste und der damit absehbaren, langen Zeit bis zu einer Beförderung dem Unternehmen den Rücken kehren oder sich erst gar nicht bewerben³⁸, da sie sich bei anderen Unternehmen bessere Chancen versprechen, oder auch nur, weil sie sich ungerecht behandelt fühlen und ihre eigenen Leistungen nicht ausreichend gewürdigt sehen.

Es ist daher eher davon auszugehen, daß die strikte Orientierung an der Seniorität auch unter dem Gesichtspunkt der Honorierung von Konzerntreue eine unzulässige Diskriminierung aufgrund des Alters darstellt³⁹.

c) Sozialer Frieden

Schließlich kommt eine Rechtfertigung unter dem für die Betriebstreue immer schon geltend gemachten Aspekt des sozialen Friedens unter den Arbeitnehmern in Betracht. Durch die Senioritätslisten werden personalpolitische Entscheidungen nach einem einfachen und transparenten System getroffen. Eventuell wird damit verhindert, daß Auseinandersetzungen um die Besetzung von Beförderungsstellen das Klima im Unternehmen belasten⁴⁰.

Die Verbesserung des Betriebsklimas ist nur im Ausgang ein legitimes Ziel einer mittelbaren Diskriminierung. Zur Erreichung dieses Zieles sind Senioritätslisten aber weder angemessen noch erforderlich. Transparente Beförderungs-

³⁷ NZA 2002, 1234, 1242; kritisch *von Hoff* (Fn. 6), S. 344; *Sprenger* (Fn. 6), S. 217.

³⁸ Gerade Lohnstaffelungen nach Betriebstreue wirken mitunter abschreckend, *von Hoff* (Fn. 6), S. 341 f.

³⁹ *von Hoff*, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsvergleichung und der ökonomischen Analyse des Rechts (2009) S. 344, der eine Betriebstreueorientierung unter strenger Angemessenheitskontrolle für zulässig erachtet; ähnlich *Sprenger*, Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG (2006), S. 216 f., der eine spezifische Belohnungs- oder Entschädigungsfunktion verlangt; ohne weitere Begründung: *Lüderitz*, Altersdiskriminierung durch Altersgrenzen (2005) S. 118.

⁴⁰ *Kaiser* (Fn. 6) S. 381, 410 f., sieht in dieser „gefühlten“ Befriedungsfunktion die zentrale Begründung für die Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit beim Bestands- und Abfindungsschutz.

entscheidungen sind auch ohne eine Diskriminierung aufgrund des Alters vorstellbar. Eine Auswahl anhand der individuellen Leistung ist in unserem Gesellschaftssystem üblich und wird vielfach ohne Sicherheitseinbußen praktiziert. Umgekehrt kann die fehlende Berücksichtigung von Leistungsaspekten für Unmut unter den (besser qualifizierten) Arbeitnehmern sorgen. Außerdem stellt eine Leistungsauswahl einen Anreiz für Arbeitnehmer dar, besondere Leistungsbereitschaft zu zeigen. Dies nutzt dem Unternehmen.

Letztlich ist die Rechtfertigung einer Diskriminierung über die Akzeptanz des Ergebnisses der Diskriminierung eine *Krypto-Begründung*⁴¹. Sie knüpft ihre Rechtfertigung letztlich daran, daß sie von den Betroffenen für gerechtfertigt gehalten wird, ohne daß eine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Existierte nämlich eine sachliche Rechtfertigung, bräuchte der Rechtsverkehr nicht auf die Akzeptanz abzustellen. Genau besehen läuft eine derartige Rechtfertigung mittelbar auf eine Nötigung hinaus: Das jeweils bestehende System muß beibehalten werden, weil andernfalls die Begünstigten „Rabatz“ machen. Dieses Argument wird für „soziale“ Rechtsnormen zwar mitunter geltend gemacht – belegt aber stets nur Begründungsdefizite.

Eine Rechtfertigung über den sozialen Frieden ist daher auch nicht möglich.

IV. Ergebnis

Die Senioritätsregeln der Luftfahrt beschränken die Piloten unverhältnismäßig in ihrer individuellen Berufsfreiheit – diese verstanden als Marktfreiheit, sich um den beruflichen Aufstieg zu bemühen. Zudem schafft das Senioritätskonzept erhebliche Spielräume zur Ungleichbehandlung, denen gegenüber das BAG bislang den Rechtsschutz (zu Unrecht) versagt. Gegenüber der freiheitsbegrenzenden Sicht deutscher Gerichte könnte sich immerhin die europäische Freizügigkeit durchsetzen.

Die Überzeugungsarbeit, um die Arbeitsgerichte zu einer individualnützlich-freiheitlicheren Sichtweise zu bewegen, kann man sich hier sparen. Denn das Senioritätssystem diskriminiert unmittelbar und mittelbar nach dem Alter und kann die erforderliche Rechtfertigung nicht liefern. Sicherheitsaspekten kann anders Rechnung getragen werden; Berufserfahrung ist nicht beliebig steigerungsfähig und Betriebstreue ist ein Nebelkriterium. Vor allem aber verfehlen die Luftfahrtgesellschaften mit ihrer konkreten Handhabung das Ziel einer ihrerseits widerspruchsfreien Rechtfertigung.

Eduard Picker wird man auf diese Weise nicht mit dem AGG versöhnen können – doch mag er sich an dem dialektischen Ergebnis freuen, daß Gleichheitsvorgaben die Freiheit sichern können, jedenfalls vor solchen Freiheitsbeschränkungen, die diskriminierendes Potential haben.

⁴¹ Dazu *Scheuerle*, Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1963) 429 ff.