



Europarechtliches Symposium 2018

**Bundesarbeitsgericht
Erfurt, 19. - 20. April 2018**

**„Aktuelle Entwicklungen im europäischen
und deutschen Antidiskriminierungsrecht“**

Prof. Dr. Matthias Jacobs

Bucerius Law School, Hamburg

9. Europarechtliches Symposium des Bundesarbeitsgerichts

Aktuelle Entwicklungen im deutschen und europäischen Antidiskriminierungsrecht

Gliederung

A. Einleitung.....	2
B. Grundsatzfragen	2
I. Mehrdimensionale (intersektionelle) Diskriminierung	2
II. Diskriminierungsklagen von „Scheinbewerbern“.....	3
III. Verhältnis von Diskriminierungsverboten und Vertrauensschutz.....	4
IV. Rechtsfolgen einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung.....	5
C. Einzelne Diskriminierungsmerkmale.....	6
I. Religion	6
1. Tragen religiöser Symbole am Arbeitsplatz	6
a. Kopftuchverbot aufgrund einer betrieblichen Regel.....	7
b. Kopftuchverbot aufgrund eines Kundenwunschs	7
c. Bewertung	8
2. Reichweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts	8
a. Konfession als Einstellungsvoraussetzung.....	9
b. Kündigung aufgrund von Loyalitätspflichtverletzungen.....	10
II. Geschlecht.....	12
1. Diskriminierung wegen des Geschlechts.....	12
2. Diskriminierung des dritten Geschlechts.....	13
3. Diskriminierung durch das generische Maskulinum?	14
III. Behinderung.....	14
1. Langfristigkeit der Einschränkung	14
2. Sonderkündigungsschutz auch für Beamte?.....	15
3. Behinderung und krankheitsbedingte Kündigung.....	15
IV. Alter.....	16
1. Altersgrenzen zur Einstellung.....	16
2. Altersgrenzen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	16
3. Altersdiskriminierung und Kündigungsabfindung.....	18
4. Spätehenklauseln in der betrieblichen Altersversorgung.....	19
D. Zusammenfassung.....	20

A. Einleitung

In dem Bericht über aktuelle Entwicklungen im deutschen und europäischen Antidiskriminierungsrecht steht die Rechtsprechung des EuGH seit dem Frühjahr 2015 zu den vier Gleichbehandlungsrichtlinien und zu Art. 21 GRC im Mittelpunkt, natürlich mit ihren Auswirkungen auf das deutsche Recht, vor allem auf das (AGG). Ein solcher Bericht kann mit Blick auf die große Zahl von Entscheidungen nicht vollständig sein. Die getroffene Auswahl ist subjektiv. Außerdem geht es um Grundlagen und Entwicklungslinien, nicht um Detailfragen. Die Rechtsprechung des EuGH betrifft weiterhin überwiegend Anwendungs- und Auslegungsfragen der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie RL 2000/78/EG, weniger geht es um Art. 157 AEUV und die Gleichbehandlungsrichtlinie RL 2006/54/EG. Zunehmend spielt auch die Auslegung von Art. 21 GRC eine Rolle. Quantitativ dominiert die Rechtsprechung zur Diskriminierung wegen des Alters. Rechtlich am spannendsten ist in jüngerer Zeit die Diskriminierung wegen der Religion. Festzuhalten ist außerdem, dass das Antidiskriminierungsrecht immer noch eines der wichtigsten Tätigkeitsfelder in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH ist. Zunächst ist über einige Entscheidungen zu Grundsatzfragen zu berichten, anschließend wird auf einige Urteile einzelnen Diskriminierungsmerkmalen eingegangen.

B. Grundsatzfragen

I. Mehrdimensionale (intersektionelle) Diskriminierung

Die erste spannende Grundsatzfrage ist, wie mit mehrdimensionalen – intersektionellen – Diskriminierungen rechtlich umzugehen ist.

In der Entscheidung in der Rechtssache *Parris* aus Irland aus dem Jahr 2016 nimmt der EuGH erstmals zu dieser Frage Stellung.¹ Nach einer Regelung zur betrieblichen Altersversorgung war bei einer Verpartnerung erst nach Vollendung des 60. Lebensjahrs keine Betriebsrente zu zahlen. Im Raum stand also die Diskriminierung wegen des Alters *und* wegen der sexuellen Ausrichtung.

Der EuGH verneint entgegen den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott² eine unmittelbare und eine mittelbare Benachteiligung wegen der sexuellen Ausrichtung und eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters. Damit hätte es nahegelegen, darüber nachzudenken, ob im Rahmen der RL 2000/78/EG eine verbotene Diskriminierung auch dann angenommen werden kann, wenn eine Maßnahme zwar nicht allein wegen des Alters oder allein wegen der sexuellen Ausrichtung benachteiligt, wohl aber aufgrund einer Kombination aus beiden Ungleichbehandlungsgründen (intersektionelle Diskriminierung). Auch diese Frage verneint der EuGH mit sehr knapper Begründung und ebenfalls entgegen den Schlussanträgen der Generalanwältin, die eine mittelbare Diskriminierung angenommen hatte, wenn sich aus dem Sachverhalt zwar nicht allein wegen des Alters oder allein wegen der sexuellen Ausrichtung eine Benachteiligung ergebe, wohl aber aufgrund eines Zusammenspiels aus beiden Ungleichbehandlungsgründen.

¹ EuGH 24.11.2016 – C-443/15, NZA 2017, 233 ff. „Parris“; dazu *Schiek* EuZA 2017, 407 ff.

² Schlussanträge GA *Kokott* 30.6.2016 – C 443/15, BeckRS 2016, 81404 „Parris“.

Das Ergebnis des EuGH ist vertretbar, weil die intersektionelle Diskriminierung im europäischen Recht nicht geregelt ist. Andererseits lässt sich der EuGH auch sonst mit Hinweis auf den Zweck einer Regelung – hier dem wirksamen Schutz vor Diskriminierung – nicht von einer Rechtsfortbildung abhalten, und es gibt gute Gründe, die intersektionelle Diskriminierung wie etwa im US-amerikanischen Recht rechtsfortbildend als Diskriminierungstatbestand anzuerkennen.³ Ungeachtet des Ergebnisses ist es enttäuschend, dass der EuGH seinen Standpunkt nicht näher begründet und sich auch mit dem Forschungsstand zu der Frage und den Gegenargumenten nicht auseinandersetzt.

II. Diskriminierungsklagen von „Scheinbewerbern“

Ein großer „Aufreger“ in den vergangenen Jahren war die Frage, wie mit sogenannten „Scheinbewerbern“ oder „AGG-Hoppnern“ umzugehen ist, die eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG einklagen. In dieser Frage gab es eine Vorlage des BAG an den EuGH und eine Rechtsprechungsänderung des BAG.

Das BAG hatte früher als ungeschriebene Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs eine „objektive Eignung“ für die ausgeschriebene Stelle und eine „subjektive Ernsthaftigkeit“ der Bewerbung als Voraussetzungen für den Anspruch aus § 15 AGG verlangt.⁴ Schon kurz nach der Vorlage im Jahr 2015 in der Rechtssache *Kratzer*⁵, in welcher das BAG den EuGH fragte, wie mit solchen Scheinbewerbern unionsrechtlich umzugehen sei, gab es im Juni 2016 seine bisherige Rechtsprechung auf fragte stattdessen, ob sich der Bewerber seinen Status rechtsmissbräuchlich verschafft habe.⁶

Im Juli 2016 hat dann der EuGH entschieden, dass eine Person, die mit ihrer Bewerbung nicht die Stelle erhalten, sondern nur den formalen Status als Bewerber erlangen wolle, um eine Entschädigung geltend zu machen, weder durch die RL 2000/78/EG noch durch die RL 2006/54/EG geschützt sei.⁷ Ihre Geltungsbereiche seien nicht eröffnet, da es nicht um den „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit“ gehe. Zudem könne ein solches Vorgehen auch rechtsmissbräuchlich sein.

Bereits zwei Wochen später hat dann das BAG geurteilt, dass das Entschädigungsverlangen einem Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt sein kann.⁸ Der Bewerber handele rechtsmissbräuchlich, wenn er sich nur bewerbe, um den formalen Status als Bewerber zu erlangen und eine Entschädigung geltend zu machen. Weil das Unionsrecht verlange, dass effektiv vor Diskriminierungen zu schützen sei, müssten überdies strenge Anforderungen an das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs gestellt werden.

Beide Begründungsansätze des EuGH sind für sich besehen gut vertretbar. Allerdings klärt der EuGH ihr Verhältnis zueinander nicht. Wenn schon der Geltungsbereich nicht eröffnet ist, ist der Hinweis auf den Rechtsmissbrauch überflüssig. Dogmatisch überzeugender ist die Konstruktion über den Einwand des Rechtsmissbrauchs, denn sie lässt sich in die allgemeine zivilrechtliche Dogmatik einpassen. Das Erfordernis der strengen Anforderungen an einen Rechtsmissbrauch ist unionsrechtlich vorgeben und kann deshalb

³ Näher dazu *Schiek* EuZA 2017, 407, 413 ff m.w.N.

⁴ Überblick über die Rechtsprechungsentwicklung bei *Horcher* NZA 2015, 1047 f.

⁵ BAG 18.6.2015 – 8 AZR 848/13 (A), NZA 2015, 1063 ff.

⁶ BAG 19.5.2016 – 8 AZR 470/14, NZA 2016, 1394 ff.

⁷ EuGH 28.7.2016 – C-423/15, NZA 2016, 1014 ff. „Kratzer“; dazu *Benecke* EuZA 2017, 47 ff.

⁸ BAG 11.8.2016 – 8 AZR 4/15, NZA 2017, 310 ff.

nicht zweifelhaft sein. Zuzugeben ist, dass es für den Arbeitgeber jedenfalls nicht leichter geworden ist, sich gegen eine Entschädigungsklage zu wehren. Er trägt nach den allgemeinen Regeln nämlich die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen, die den – rechtshindernden – Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen. Andererseits ist es nicht unmöglich, dieser Darlegungslast nachzukommen. Für die Frage, ob der Bewerber rechtsmissbräuchlich gehandelt hat, kommt es am Ende auf eine Gesamtwürdigung der objektiven Umstände an, die der Arbeitgeber vortragen muss. Aus ihnen kann dann auf die subjektive Seite beim Rechtsmissbrauch geschlossen werden. Solche Indizien sind schon aus der bisherigen Diskussion bekannt, etwa das Aufstellen weit überhöhter Entschädigungsforderungen unter Verwendung formularmäßiger und nicht auf den Anlassfall bezogener Schriftsätze, ein verfehltes Prozessverhalten, die Ablehnung der Einladung zu einem Vorstellungsgespräch ohne nachvollziehbaren Grund oder Bewerbungen ausschließlich auf Stellenausschreibungen, die gegen § 11 AGG verstoßen. Die Diskussion um die neue Rechtsprechungslinie erinnert deshalb ein wenig an einen Sturm im Wasserglas.

III. Verhältnis von Diskriminierungsverboten und Vertrauensschutz

Im Urteil in der Rechtssache *Dansk Industri*, auf das noch bei der Altersdiskriminierung zurückzukommen ist, äußert sich der EuGH – wenngleich sehr knapp – zum Verhältnis vom Verbot der Altersdiskriminierung zum unionsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes.⁹

Das Arbeitsverhältnis, um das es ging, war ein Jahr vor der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Andersen* aus dem Jahr 2010 beendet worden.¹⁰ In diesem Urteil war eine Regelung zum Ausschluss der Abfindung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen möglicher Altersrente für altersdiskriminierend erklärt worden. Auf sie kam es jetzt wieder in der Rechtssache *Dansk Industri* an. Damit stand die Frage im Raum, ob der Arbeitgeber noch auf die gesetzliche Regelung des Abfindungsausschlusses vertrauen durfte.

Gegen einen Vertrauensschutz führt Generalanwalt Bot ins Feld, dass der EuGH im Urteil in der Rechtssache *Andersen* die Wirkungen seiner Richtlinienauslegung in zeitlicher Hinsicht nicht beschränkt habe.¹¹ Der EuGH räumt zwar ein, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts sei, meint dann aber, dass ein Ausschluss der Rückwirkung einer Rechtsprechung und damit Vertrauensschutz nur bei „ganz außergewöhnlichen Umständen“ und nicht zu Lasten desjenigen eingreifen könne, der den Rechtsstreit begonnen habe. Hinter diesen Prämissen steht der Schutzzweck von Art. 21 GRC und der RL 2000/78/EG.

Der Hinweis auf die Verfahrenseinleitung ist ein schwaches Argument, weil es oft Zufall ist, wer ein Verfahren einleitet. Zudem führt die starke Gewichtung des Schutzzwecks der Richtlinie dazu, dass für unionsrechtlichen Vertrauensschutz im

⁹ EuGH 19.4.2016 – C-441/14, NZA 2016, 537 ff. „Dansk Industri“ (z.T. auch als „Ingeniørforeningen i Danmark“ bezeichnet); dazu *Benecke* EuZW 2016, 469 f.; *Düwell* ZESAR 2016, 290 ff.; *Heuschmid* AuR 2016, 422 ff.; *Junker* RIW 2017, 397 ff.; *Sprenger* EuZA 2016, 460 ff.

¹⁰ EuGH 12.10.2010 – C 499/08, NZA 2010, 1341 ff. „Andersen“; dazu *Giesen* EuZA 2011, 383 ff.

¹¹ Schlussanträge GA Bot 25.11.2015 – C-441/14, BeckRS 2015, 81953 „Dansk Industri“.

Antidiskriminierungsrecht oder jedenfalls eine wirkliche Abwägung zwischen Antidiskriminierungsrecht und Vertrauensschutz praktisch kein Raum bleibt.

IV. Rechtsfolgen einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung

Schließlich ist bei den Grundsatzfragen noch kurz auf die Rechtsfolgen einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung einzugehen.

Nach einem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Arjona Camacho* vom Dezember 2015 muss ein Schaden, der durch eine Diskriminierung entsteht, auf abschreckende und angemessene Weise tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt werden. Das ist ständige Rechtsprechung und kann – wie etwa im deutschen Recht – durch eine Zahlung von Schadensersatz an den Geschädigten geschehen, um den erlittenen Schaden zu kompensieren.¹² Allerdings – so der EuGH – verlangt die RL 2006/54/EG, auf dessen Entstehungsgeschichte er vor allem abstellt, keinen darüber hinausgehenden Strafschadensersatz. Die Richtlinie erlaube den Mitgliedstaaten zwar, einen Strafschadensersatz zu normieren, verpflichte aber nicht dazu.

Zum Ersatz des materiellen Schadens als Rechtsfolge einer Diskriminierung ist erwähnenswert, dass ein Bewerber in Österreich vor kurzem rund € 312.000,-- Schadensersatz in Form der Gehaltsdifferenz für eine Diskriminierung wegen des Geschlechts erstritten hat.¹³ Er war im Bewerbungsprozess mit 0,25 Prozentpunkten besser bewertet worden als die zweitplatzierte Kandidatin, eingestellt wurde trotzdem sie.

In einem weiteren Urteil in der Rechtssache *Starjakob* aus dem Jahr 2015 bestätigt der EuGH seine Rechtsprechung, nach welcher als Rechtsfolge einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung beim Entgelt grundsätzlich eine „Anpassung nach oben“ stattfindet, solange keine anderen Maßnahmen getroffen worden sind, um die Diskriminierung zu beseitigen, und solange es ein gültiges Bezugssystem gibt.¹⁴

Im Urteil in Rechtssache *Stollwitzer* aus dem Februar 2018 ergänzt er, eine Diskriminierung wegen des Alters könne auch dadurch beseitigt werden, dass die Altersgrenze rückwirkend und für alle Arbeitnehmer aufgehoben werde.¹⁵ Dabei sei aber nur die Anrechnung der erworbenen Erfahrung zulässig, die bei Unternehmen desselben Wirtschaftssektors erworben worden sei.

Es ist zu begrüßen, dass der EuGH den großen Spielraum betont, den die Mitgliedstaaten bei der Beseitigung einer Diskriminierung haben. Die Beseitigung der Diskriminierung muss jedenfalls nicht automatisch „nach oben“ erfolgen, wie für einzelne Konstellationen auch schon jetzt anerkannt ist.¹⁶

¹² EuGH 17.12.2015 – C-407/14, NZA 2016, 471 ff. „Arjona Camacho“; dazu *Schubert* EuZA 2016, 480 ff.

¹³ Kronen Zeitung vom 19.3.2018.

¹⁴ EuGH 28.1.2015 – C-417/13, NZA 2015, 217 ff. „Starjakob“; dazu *Wachter* ZESAR 2015, 396 ff.

¹⁵ EuGH 14.3.2018 – C-482/16, NZA 2018, 429 ff. „Stollwitzer“.

¹⁶ Überblick zum Streitstand bei ErfK/*Schlachter*, 18. Aufl. 2018, § 7 AGG Rn. 8.

C. Einzelne Diskriminierungsmerkmale

Damit ist auf die einzelnen Diskriminierungsmerkmale einzugehen.

I. Religion

Zu beginnen ist mit der Religion, dem rechtlich derzeit spannendsten Diskriminierungsmerkmal. Bei grober Betrachtungsweise geht es um zwei Bereiche: das Tragen religiöser Symbole am Arbeitsplatz einerseits – praktisch geht es fast immer um das Kopftuch – und das Selbstverständnis der Kirchen und die Loyalitätsanforderungen, die kirchliche Arbeitgeber an ihre Mitarbeiter andererseits stellen. Mit anderen Worten geht es also darum, das Spannungsverhältnis zwischen dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und dem Verbot einer Diskriminierung wegen der Religion aufzulösen.

1. Tragen religiöser Symbole am Arbeitsplatz

Zunächst ist auf das Tragen religiöser Symbole am Arbeitsplatz und damit auf die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Kopftuchverboten einzugehen. Sie ist mit den beiden Urteilen in den Rechtssachen *Achbita* und *Bouagnaoui* im Sommer 2017 endlich beim EuGH angekommen,¹⁷ beschäftigt die deutschen Gerichte aber schon längere Zeit.

Zu erinnern ist etwa an das Urteil des Zweiten Senats des BAG aus dem Jahr 2002, wonach das Tragen eines Kopftuchs allein regelmäßig noch nicht die ordentliche Kündigung einer Verkäuferin in einem Kaufhaus rechtfertigt.¹⁸ Nach einem Urteil des Fünften Senats aus dem Jahr 2014 darf beispielsweise eine Arbeitnehmerin ihr Kopftuch als Symbol der Zugehörigkeit zum islamischen Glauben in einer Einrichtung der Evangelischen Kirche – ihrer Arbeitgeberin – nicht tragen.¹⁹ Auch das Bundesverfassungsgericht musste sich immer wieder mit Kopftuchverboten beschäftigen. Im Jahr 2015 hat es entschieden, dass Lehrerinnen an öffentlichen Schulen nicht pauschal verboten werden darf, ein muslimisches Kopftuch zu tragen. Ein solches Verbot verletze die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit. Es sei nur bei einer hinreichend konkreten Gefahr der Beeinträchtigung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität gerechtfertigt.²⁰ In die gleiche Richtung zielt ein Kammerbeschluss aus dem Jahr 2016 zum Kopftuchverbot für eine Erzieherin in einer öffentlichen Kindertagesstätte.²¹ Eine Rechtsreferendarin muslimischen Glaubens, die auch auf der Richterbank ihr Kopftuch tragen wollte, ist dagegen im Jahr 2017 in Karlsruhe mit einem Eilantrag gegen ein entsprechendes Verbot nach einer Abwägung der Folgen für die Glaubensfreiheit einerseits und das staatliche Neutralitätsgebot

¹⁷ EuGH 14.3.2017 – C-157/15, NZA 2017, 373 ff. „Achbita“; 14.3.2017 – C-188/15, NZA 2017, 375 ff. „Bouagnaoui“; dazu *Germann* EuR 2018, 235 ff.; *Sagan* EuZW 2017, 457 ff.; *Schlachter* EuZA 2018, 173 ff.; *Sprenger* EuZA 2017, 352 ff.

¹⁸ BAG 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, NZA 2003, 483 ff.

¹⁹ BAG 24.9.2014 – 5 AZR 611/12, AP BGB § 615 Nr. 135.

²⁰ BVerfG 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 u.a.; NJW 2015, 1359 ff.

²¹ BVerfG 18.10.2016 – 1 BvR 354/11, NZA 2016, 1522 ff.; zur Unzulässigkeit eines generellen Kopftuch-Verbots an Berliner Schulen LAG Berlin-Brandenburg 9.2.2017 – 14 Sa 1038/16, NZA-RR 2017, 378 ff.

andererseits gescheitert.²² Lässt man die „Richterbank, einen besonders sensiblen Bereich, außen vor, kann das Kopftuch also nur in Ausnahmefällen verboten werden. Allen diesen Fällen ist gemein, dass sie verfassungsrechtlich am Maßstab der Glaubensfreiheit des Art. 4 GG gelöst wurden.

Umso gespannter durfte man sein, wie sich der EuGH antidiskriminierungsrechtlich positionieren würde. Kurz zusammengefasst lautet sein Ergebnis entgegen den Schlussanträgen der Generalanwältinnen Kokott²³ und Sharpston²⁴: Ein Arbeitgeber darf das Tragen von Kopftüchern und anderen religiösen Zeichen gestützt auf ein Neutralitätsinteresse verbieten. Das Verbot muss aber auf einer allgemeinen Regel beruhen, die das Unternehmen diskriminierungsfrei durchsetzt. Beschwerden einzelner Kunden reichen dagegen nicht aus, um das Tragen religiöser Symbole zu verbieten. Um was geht es in beiden Fällen?

a. Kopftuchverbot aufgrund einer betrieblichen Regel

Frau Achbita war Rezeptionistin in einem belgischen Sicherheitsunternehmen und kündigte an, ihr Kopftuch künftig auch während der Arbeitszeit tragen zu wollen. Dieser Wunsch widersprach einer Arbeitsordnung des Arbeitgebers, wonach „sichtbare Zeichen einer politischen, philosophischen oder religiösen Überzeugung“ nicht getragen werden durften. Der Streit kam vor Gericht und landete in Luxemburg.²⁵ Der EuGH stellt zunächst fest, dass das Kopftuch die Religionszugehörigkeit von Frau Achbita ausdrücke. Er verneint dann aber eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Religion, weil die Neutralitätsregel in der Arbeitsordnung *alle* Arbeitnehmer des Betriebs erfasse. Eine mittelbare Benachteiligung sei zwar denkbar. Der Wunsch des Arbeitgebers, seinen Kunden ein Bild der Neutralität mit Blick auf politische, philosophische und religiöse Fragen zu vermitteln, sei aber ein rechtmäßiges Ziel, wenn die „Politik der Neutralität“ kohärent und systematisch erfolge. Dieser Wunsch sei von der durch Art. 16 GRC geschützten unternehmerischen Freiheit gedeckt. Die Neutralitätsregel sei auch erforderlich, weil sie nur Arbeitnehmer mit Kundenkontakten erfasse. Allerdings müsse der Arbeitgeber prüfen, ob er anstelle einer Kündigung einen Arbeitsplatz ohne Kundenbezug anbieten könne.

b. Kopftuchverbot aufgrund eines Kundenwunschs

Der zweite Fall ist etwas anders gelagert. Frau Bougnaoui war als Software-Designerin beschäftigt. Sie verlor ihre Stelle, weil sich ein Kunde darüber beschwert hatte, dass sie mit Kopftuch bei ihm arbeite. Es gab also keine allgemeine Neutralitätsregel. Der Fall gelangte ebenfalls zum EuGH. Es kam dieses Mal darauf an, wie der Wunsch des Kunden, die Mitarbeiterin dürfe kein Kopftuch tragen, diskriminierungsrechtlich einzuordnen ist.²⁶ Der EuGH meint, ein religiöses Merkmal wie ein Kopftuch könne nur ausnahmsweise eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung sein. Der Wille des Arbeitgebers, dem entsprechenden Wunsch eines Kunden nachzukommen, genüge dafür nicht. Vielmehr müsse es sich um eine objektive Anforderung handeln.

²² BVerfG 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17, NJW 2017, 2333 ff.

²³ Schlussanträge GA Kokott vom 31.5.2017 – C-157/15, BeckRS 2016, 81074 „Achbita“.

²⁴ Schlussanträge GA Sharpston vom 13.7.2016 – C-188/15, BeckRS 2016, 81519 „Bougnaoui“.

²⁵ EuGH 14.3.2017 – C-157/15, NZA 2017, 373 ff. „Achbita“.

²⁶ EuGH 14.3.2017 – C-188/15, NZA 2017, 375 ff. „Bougnaoui“.

c. Bewertung

Wie sind die beiden Entscheidungen zu bewerten? Und welche Folgen ergeben sich aus ihnen für das deutsche Recht?

Kontrovers diskutiert wird in beiden Fällen zunächst, ob eine unmittelbare oder eine mittelbare Benachteiligung vorliegt. Die Antwort auf diese Frage wirkt sich auf die Möglichkeiten einer Rechtfertigung der Benachteiligung aus. Zwar besteht kein untrennbarer Zusammenhang zwischen einem Kopftuch und dem muslimischen Glauben. Wenn die religiöse Bekundung aber zum diskriminierungsrechtlichen Begriff der Religion gehört, spricht viel für eine unmittelbare Benachteiligung, denn das Kopftuchverbot knüpft genauso wie die Kündigung unmittelbar an das religiöse Merkmal an. Es ändert sich beim Kopftuchverbot nichts dadurch, dass Arbeitnehmer einer anderen Religion derselbe Nachteil trifft. Ein Kopftuchverbot wird nicht zur mittelbaren Benachteiligung, weil auch die Kippa und der Turban verboten sind.²⁷

Bei der Rechtfertigung ist zu differenzieren. In Bezug auf das Kopftuchverbot kann man bezweifeln, ob das bloße Neutralitätsinteresse des Arbeitgebers mit Blick auf die Bedeutung des Diskriminierungsverbots als Rechtfertigungsgrund genügt, selbst wenn es „kohärent und systematisch“ umgesetzt wird. Dagegen spricht, dass bei einer solchen Sichtweise muslimische Frauen, die eine Bedeckung ihres Haars als religiös verbindlich empfinden, dauerhaft vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen werden können.²⁸ Zu der eigentlich spannenden Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit dieses Interesse den Arbeitgeber berechtigt, seine Arbeitnehmer zu derselben Neutralität zu verpflichten, ob und gegebenenfalls inwieweit das unternehmerische Konzept, die betriebliche Organisation oder die am Markt anzubietenden Leistungen das Neutralitätsinteresse also begründen, dringt der EuGH jedenfalls nicht durch.²⁹ Auch steht das Judikat des EuGH in einem Widerspruch zur skizzierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach die Unzulässigkeit des Kopftuchverbots der Ausnahmefall und die Zulässigkeit der Regelfall ist. Über diese Fragen wird also auch in Zukunft weiter diskutiert werden müssen.

Dass der EuGH bei der Rechtfertigung in Bezug auf Kundenwünsche auf objektive Anforderung abstellt, spricht dafür, Kundenwünsche als „subjektive Erwägungen“ künftig ausnahmslos für unbeachtlich zu halten, so dass sie eine Benachteiligung nicht rechtfertigen können. Die objektiven Anforderungen müssen also im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehen und etwa Sicherheits- oder Authentizitätsinteressen des Arbeitgebers aufgrund eines unternehmerischen Konzepts sein.

Folgen für das deutsche Recht muss es dennoch nach alledem nicht geben. Die vorhin beschriebene strenge Linie deutscher Gerichte, die Kopftuchverboten engere Grenzen zieht und als Ausnahmefall begreift, bleibt weiterhin zulässig. *Achbita* und *Bougnaoui* markieren nur einen unionsrechtlichen Mindeststandard.

2. Reichweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts

Der zweite aktuelle Komplex zum Diskriminierungsmerkmal Religion betrifft die Reichweite des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und die Loyalitätsanforderungen,

²⁷ Sagan EuZA 2017, 457, 459.

²⁸ Vgl. Germann EuR 2018, 235, 247.

²⁹ Sagan EuZA 2017, 457, 460.

die kirchliche Arbeitgeber an ihre Mitarbeiter stellen. Es geht um zwei Beschlüsse des BAG aus dem Jahr 2016 zur Vorlage an den EuGH,³⁰ die dort als Rechtssachen *Egenberger* und *IR* anhängig sind.³¹ In der Rechtssache *Egenberger* wird der EuGH am 17.4.2018 entscheiden. Worum geht es in beiden Fällen?

a. Konfession als Einstellungsvoraussetzung

Frau Egenberger hatte sich im ersten Fall bei einer Einrichtung der evangelischen Kirche erfolglos auf eine Referentenstelle beworben. In der Stellenanzeige wurde die Zugehörigkeit zur evangelischen Kirche erwartet. Frau Egenberger war aber konfessionslos. Ihre Bewerbung wurde deshalb abgelehnt, und sie machte einen Entschädigungsanspruch geltend.

Der Achte Senat des BAG hatte den EuGH in dem nachfolgenden Rechtsstreit gefragt, ob es mit der RL 2000/78/EG vereinbar sei, dass kirchliche Arbeitgeber eine bestimmte Religion des Bewerbers zur Einstellungsvoraussetzung machen. Dahinter steht das Problem, dass die Religion nach dem Wortlaut von § 9 Abs. 1 AGG eine rechtfertigende berufliche Anforderung aufgrund des Selbstbestimmungsrechts der kirchlichen Gemeinschaft *oder* aufgrund der Art der Tätigkeit sein kann. Nimmt man die Vorschrift beim Wort, ist ein Bezug der Religion zur Art der Tätigkeit also nicht zwingend erforderlich. Nach der Richtlinie ist die Benachteiligung dagegen nur gerechtfertigt ist, wenn die Religion nach der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung eine berufliche Anforderung ist. Die Rechtfertigung erfordert hier also zwingend einen Bezug zur Tätigkeit. Das BAG meint, die Richtlinie müsse im Lichte von Art. 17 AEUV ausgelegt werden, die das kirchliche Selbstbestimmungsrecht schützt. Diese Sichtweise räumt dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen großen Raum und den kirchlichen Arbeitgebern einen eigenständigen Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung der beruflichen Anforderung ein. Für den Fall, dass der EuGH dem BAG nicht folgt, möchte der Senat wissen, wie die widerstreitenden Interessen – das Recht, nicht wegen der Religion diskriminiert zu werden, und das Recht des kirchlichen Arbeitgebers auf Selbstbestimmung – gegeneinander abzuwägen sind.

Im November 2017 hat der Generalanwalt Tanchev seine Schlussanträge gestellt.³² Nach ihm kann ein kirchlicher Arbeitgeber nicht verbindlich selbst bestimmen, ob eine bestimmte Religion eine berufliche Anforderung ist oder nicht. Zwar könne das Ethos einer Kirche gerichtlich nur begrenzt überprüft werden. Die nationalen Gerichte könnten jedoch die fraglichen Tätigkeiten würdigen, um zu klären, ob eine Benachteiligung wegen der Religion gerechtfertigt sei. Dafür komme es wesentlich auf die Nähe der Tätigkeit zum Verkündigungsauftrag der Kirche an. Das Recht eines kirchlichen Arbeitgebers auf Selbstbestimmung sei gegen das Recht des Bewerbers, nicht wegen der Religion diskriminiert zu werden, abzuwägen. Es sei nicht absolut geschützt, sondern nur ein – wenn gleich bedeutsamer – Gesichtspunkt im Rahmen einer Abwägung.

Eine Positionierung in diesem Streit fällt sehr schwer und hängt am Ende davon ab, wie stark man das Selbstbestimmungsrecht der Kirche gewichtet und welchem Inhalt man ihm zuschreibt. Möchte man mit dem Schutz vor Diskriminierung ernst machen, spricht einiges dafür, dem Generalanwalt zu folgen und seitens des Gerichts die konkrete

³⁰ BAG 17.3.2016 – 8 AZR 501/14 (A), BeckRS 2016, 71139 „Egenberger“; 28.7.2016 – 2 AZR 746/14 (A), NZA 2017, 388 ff. „IR“; dazu *Weis* EuZA 2017, 214 ff.

³¹ Aktenzeichen C-414/16 („Egenberger“) und C-68/17 („IR“).

³² Schlussanträge GA *Tanchev* 9.11.2017 – C-414/16, BeckRS 2017, 134211 „Egenberger“.

Tätigkeit, die der Bewerber aufnehmen soll, und ihre Nähe zum Verkündigungsauftrag der Kirche in den Blick zu nehmen und die Religionszugehörigkeit als entscheidende berufliche Anforderung zu überprüfen, um anschließend im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Recht des kirchlichen Arbeitgebers auf Selbstbestimmung gegen das Recht des Bewerbers, nicht wegen der Religion diskriminiert zu werden, gegeneinander abzuwägen.

In diesem Fall ist zu fragen, wie mit § 9 Abs. 1 AGG umzugehen ist, insbesondere, ob die Vorschrift richtlinienkonform ausgelegt werden kann. Dafür wird das wenig überzeugende Standardargument angeführt, dass der Gesetzgeber die Richtlinie offensichtlich richtig umsetzen wollte. Außerdem wird darauf verwiesen, dass die Gesetzesbegründung den Rückschluss zulasse, er wolle die berufliche Anforderung stets gewahrt wissen, so dass man das „oder“ als „und“ lesen müsse. Dagegen sprechen der Wortlaut und die Gesetzesbegründung, die das Selbstbestimmungsrecht unterstreicht, und damit der Respekt vor der gesetzgeberischen Entscheidung. Dann ist aber nach dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Form der durch Art. 21 GRC konkretisierten Richtlinie und der Nichtanwendbarkeit von § 9 Abs. 1 AGG zu fragen. Der Generalanwalt meint, das in Art. 21 GRC zum Ausdruck kommende Diskriminierungsverbot sei nicht anwendbar, wenn es in Widerstreit zum Recht religiöser Organisationen auf Autonomie und Selbstbestimmung stehe und eine richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts ausseide. Es sei kein subjektives Recht, das horizontale Wirkung zwischen Privatpersonen entfalte. Frau Egenberger müsse vielmehr, da die Diskriminierung nach § 9 Abs. 1 AGG unionsrechtswidrig gerechtfertigt werden könne, Klage gegen Deutschland auf Schadensersatz erheben. Ob an dieser Stelle das letzte Wort gesprochen ist, ist zu bezweifeln. Die Schlussanträge zeigen vielmehr, dass die Entwicklung einer durchdachten Dogmatik zu Art. 21 GRC erst am Anfang steht. Merkwürdig ist es ungeachtet der Besonderheit des Art. 17 AEUV jedenfalls, dass bei einem solchen Verständnis dem Art. 21 GRC unterschiedliche Wirkungen in Bezug auf die einzelnen Diskriminierungsmerkmale zugewiesen werden.³³ Konsequenter ist es, bei Art. 21 GRC in Bezug auf alle Diskriminierungsmerkmale gleich zu verfahren.

b. Kündigung aufgrund von Loyalitätspflichtverletzungen

Auch das zweite Vorlageverfahren, das derzeit beim EuGH als Rechtssache *IR* liegt³⁴ und über das am Ende Februar dieses Jahres mündlich verhandelt worden ist, kommt vom BAG, und zwar vom Zweiten Senat.³⁵ In ihm geht es um die Frage, wie die Verletzung von Loyalitätspflichten gegenüber kirchlichen Arbeitgebern im Rahmen von Kündigungen zu bewerten ist. Auch dazu gibt es umfangreiche nationale Rechtsprechung.³⁶

Dem aktuellen Verfahren liegt ein Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer Kündigung des Chefarztes eines katholischen Krankenhauses zugrunde. Die erste Ehe des Klägers wurde weltlich geschieden, daraufhin heiratete er weltlich erneut. Die kirchenrechtliche Annullierung der ersten Ehe wurde ihm versagt. Die Kündigung erfolgte mit der Begründung, mit der Eingehung der zweiten Ehe habe er gegen die Grundordnung der katholischen Kirche verstoßen. Der klagende Chefarzt hatte zunächst in allen drei Instanzen Erfolg, weil der Arbeitgeber nach Auffassung aller drei Instanzen nicht hinreichend die

³³ Siehe auch *Heuschmid/Hlava* NZA 2018, 418, 422.

³⁴ Aktenzeichen: C-68/17.

³⁵ BAG 28.7.2016 – 2 AZR 746/14 (A), NZA 2017, 388 ff.

³⁶ Siehe etwa von Hoyningen/Huene/Linck/Krause KSchG, 15. Aufl. 2013, § 1 Rn. 654 ff. m.w.N.

beiderseitigen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgewogen habe. Dabei hatte das BAG insbesondere das Grundrecht auf Ehe und Familie zugunsten des Chefarztes in die Waagschale geworfen.³⁷ Auf Verfassungsbeschwerde des Arbeitgebers wurde das Urteil des BAG allerdings aufgehoben.³⁸ Das Bundesverfassungsgericht, das sich selbst im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR³⁹ sieht, meinte, das BAG habe Bedeutung und Tragweite des verfassungsrechtlich geschützten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts nicht hinreichend berücksichtigt. Die Loyalitätsobliegenheiten seien grundsätzlich so, wie sie in der katholischen Grundordnung niedergelegt seien, von den staatlichen Gerichten zu respektieren und nur einer Missbrauchs- oder Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Die unterschiedlich abgestuften Anforderungen der Loyalitätsobliegenheiten seien nach der Konfession der Arbeitnehmer mit ihrer Kategorisierung nach Katholiken, Nichtkatholiken und Nichtchristen verfassungsrechtlich ebenso gerechtfertigt wie die arbeitsrechtliche Sanktionierung von Verstößen aufgrund der Konfession einerseits und der leitenden Stellung andererseits. Erst auf dieser Grundlage seien in einem zweiten Schritt bei der Gesetzesauslegung das Selbstbestimmungsrecht der Kirche und die Grundrechte der Arbeitnehmer gegeneinander abzuwägen.

Das BAG ist diesen Vorgaben aus Karlsruhe entgegen den allgemeinen Erwartungen nicht gefolgt, sondern hat – deshalb ist der Fall brisant – den EuGH angerufen. Es möchte wissen, wie Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2000/78/EG auszulegen ist, auf dem § 9 Abs. 2 AGG beruht. Danach können Religionsgemeinschaften trotz des Diskriminierungsverbots von ihren Arbeitnehmern ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen.

Der Chefarzt kann wegen der Religion diskriminiert worden sein, weil die für ihn geltende kündigungsrelevante Loyalitätsanforderung, nicht zum zweiten Mal zu heiraten, nur katholische Arbeitnehmer trifft, nicht aber (leitende) Mitarbeiter einer anderen Konfession oder konfessionslose (leitende) Mitarbeiter. Eine Diskriminierung setzt zunächst voraus, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist. Es ist allerdings zweifelhaft, ob – so der Vorlagebeschluss – „privatrechtlich verfasste Einrichtungen, die sich in marktüblicher Weise im Gesundheitswesen betätigen“, unionsrechtlich kirchliche Sonderrechte in Anspruch nehmen können. Bejaht man diese Frage, muss der EuGH entscheiden, ob die Kirchen in Bezug auf die Loyalitätspflichten eines Arbeitnehmers in leitender Stellung unterscheiden dürfen zwischen Arbeitnehmern, die der Kirche angehören, und solchen, die einer anderen oder keiner Kirche angehören. Auch an dieser Stelle fällt eine Stellungnahme schwer. Auch an dieser Stelle kann man mit guten Gründen darüber nachdenken, ob das Bundesverfassungsgericht das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen auf der ersten Stufe mit der Beschränkung der Überprüfung auf eine Missbrauchskontrolle nicht etwas zu stark gewichtet.

Für den Fall, dass diese Frage verneint wird, fragt das BAG, ob § 9 Abs. 2 AGG unangewendet bleiben muss und welche Anforderungen die Richtlinie an das Verlangen nach einem loyalen und aufrichtigen Verhalten im Sinne des Ethos der Organisation zu stellen sind.

Bis der EuGH sein Urteil verkündet, werden noch einige Monate vergehen. Man darf gespannt sein, ob der EuGH dem Konflikt mit dem Bundesverfassungsgericht aus dem

³⁷ BAG 8.9.2011 – 2 AZR 543/10, NZA 2012, 443 ff.

³⁸ BVerfG 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2104, 1387 ff.; Leitentscheidung: BVerfG 4.6.1985 – 2 BvR 1703/83 u.a., AP BGB § 611 Ärzte, Gehaltsansprüche Nr. 42.

³⁹ V.a. EGMR 23.9.2010 – 1620/03, NZA 2013, 1425 ff. „Schüth“.

Weg gehen und wie er ihn gegebenenfalls gestalten wird. Die ausstehende Entscheidung hat jedenfalls das Potential, das bisherige nationale Verfassungsverständnis zum Selbstbestimmungsrecht der Kirchen zumindest in ihren privatrechtlich organisierten Institutionen grundlegend zu verändern.

II. Geschlecht

Im Folgenden ist auf das Diskriminierungsmerkmal des Geschlechts einzugehen.⁴⁰

Vom EuGH ist nur wenig Spektakuläres zu berichten. Zu erwähnen sind außerdem zwei Entscheidungen aus Karlsruhe: der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum dritten Geschlecht, und das Urteil des Bundesgerichtshofs zur Verwendung des generischen Maskulinums in Bankformularen. Zunächst ist aber kurz über die Rechtsprechung aus Luxemburg zu berichten.

1. Diskriminierung wegen des Geschlechts

In der Rechtssache *Kalliri* hat der EuGH im Oktober 2017 auf eine Vorlage aus Griechenland entschieden, dass eine nationale Regelung für das Auswahlverfahren für den Zugang zur Polizeischule, welche die Zulassung geschlechtsunabhängig von einer Körpergröße von mindestens 170 cm abhängig macht, Bewerber weiblichen Geschlechts mittelbar diskriminiert und gegen die RL 2002/73/EG verstößt.⁴¹ Zu Recht erkennt der EuGH ein rechtmäßiges Ziel der Regelung darin, ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Polizei zu gewährleisten. Dafür ist aber eine entsprechende Körpergröße von mindestens 170 cm nicht erforderlich. Wenn die Funktionsfähigkeit der Polizei eine besondere körperliche Eignung erfordert, ist diese zu prüfen.

Im deutschen Recht wird der Zugang zu bestimmten Berufen ebenfalls von einer bestimmten Mindestkörpergröße abhängig gemacht. Die Entscheidungen dazu variieren.⁴²

Etwas komplizierter ist der Sachverhalt in der Rechtssache *Otero Ramos*, einem spanischen Vorlageverfahren.⁴³ Es betrifft die Auslegung der RL 2006/54/EG und der RL 92/85/EG und deren Zusammenspiel. Der Arbeitgeber weigerte sich, Frau *Otero Ramos* nach ihrer Geburt eine sogenannte Risikobescheinigung für das Stillen ihres Kindes auszustellen, da er ihren Arbeitsplatz als risikofrei einstufte. Sie wendete sich gegen diese Risikobeurteilung, da diese nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei. Der EuGH bejaht eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, weil der Arbeitgeber die Anforderungen der Risikobeurteilung nach der RL 92/85/EG nicht erfüllt habe und sich ein festgestelltes Risiko auf die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmerin auswirke. Die Beweislastverteilung richte sich in diesen Fällen nach der RL 2006/54/EG – im

⁴⁰ Nicht berichtet wird im Folgenden über EuGH 16.7.2015 – C-222/14, NZA 2015, 987 ff. „Maïstrelis“; 7.2.2018 – C-142/17, NZA 2018, 291 ff. „Maturi“; zur Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung EuGH 24.11.2016 – C-443/15, NZA 2017, 233 ff. „Parris“; dazu *Schiek* EuZA 2017, 407 ff.

⁴¹ EuGH 18.10.2017 – C-409/16, EuZW 2017, 948 ff. „Kalliri“; dazu *Köhlert* ZESAR 2018, 68 ff.

⁴² Einheitliche Mindestgröße von 163 cm als Zugangsvoraussetzung für den gehobenen Polizeidienst gerechtfertigt: VG Münster 22.2.2018 – 4 K 6557/17, BeckRS 2018, 2648; ebenso VG Kassel 25.8.2016 – 1 B 976/16, BeckRS 2016, 51392; a.A. VG Schleswig 26.3.2015 – 12 A 120/14, BeckRS 2015, 44224.

⁴³ EuGH 19.10.2017 – C-531/15, NZA 2017, 1448 ff. „Otero Ramos“; dazu *Kohte/Beetz* jurisPR-ArbR 6/2018 Anm. 2.

deutschen Recht § 22 AGG –, die anwendbar sei, wenn die stillende Arbeitnehmerin die Entscheidung über die Risikobeurteilung ihres Arbeitsplatzes anfechte.

Die Entscheidung ist auch für das deutsche Recht relevant. Die zum 1.1.2018 neu geregelte Durchführung der mutterschutzspezifischen Gefährdungsbeurteilung (§ 10 MuSchG) ist Voraussetzung für die mutterschutzgerechte Gestaltung der Arbeitsplätze von schwangeren, jüngst entbundenen oder stillenden Frauen. Bisher war noch nicht hinreichend geklärt, welche Auswirkungen die fehlende oder unzutreffende Durchführung der mutterschutzrechtlichen Gefährdungsbeurteilung hat. Antidiskriminierungsrechtlich ist das jetzt zumindest klar, so dass betroffene Arbeitnehmerinnen zum Beispiel den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen können.⁴⁴

2. Diskriminierung des dritten Geschlechts

Bedeutsam bei der Diskriminierung wegen des Geschlechts ist auch der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum verfassungsrechtlichen Schutz des dritten Geschlechts vom Oktober 2017.⁴⁵ Es handelt sich zwar um eine personenstandsrechtliche Entscheidung. Sie wird sich aber auch im Arbeitsrecht auswirken.

Das Bundesverfassungsgericht bestätigt zunächst seine bisherige Rechtsprechung, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur allgemein die geschlechtliche Identität schützt, sondern auch die geschlechtliche Identität derjenigen Menschen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen. Sodann erstreckt es den Diskriminierungsschutz des Art. 3 Abs. 3 GG durch eine weite Interpretation des Antidiskriminierungsmerkmals „Geschlecht“ auch auf das dritte Geschlecht und verneint eine Rechtfertigung der Benachteiligung für das Personenstandsrecht.

Der Beschluss klärt nicht die Frage, ob auch jemand, der sich nicht mit seinem eindeutig festgestellten biologischen Geschlecht identifiziert, also transsexuell ist, dem dritten Geschlecht angehören kann. Das BAG hat im Jahr 2015 die Transsexualität in einem Urteil zum AGG noch den Diskriminierungsmerkmalen Geschlecht *und* sexuelle Identität zugewiesen.⁴⁶ Für die Zuordnung auch der Transsexualität zum dritten Geschlecht spricht, wie auch der Beschluss mehrfach betont, dass es auf eine „dauerhafte“ Zuordnung zu einem Geschlecht ankommt und dass nach dem medizinischen Forschungsstand „soziale und psychische Faktoren“ und das „eigene Empfinden“ der Geschlechtlichkeit das Geschlecht „mitbestimmen“. Eine besondere genetische Veranlagung ist dagegen nicht vorausgesetzt.

Aus alledem folgt für das Arbeitsrecht und insbesondere für das Antidiskriminierungsrecht, dass Intersexualität und Transsexualität als drittes Geschlecht vom Antidiskriminierungsmerkmal des Geschlechts erfasst sind.⁴⁷ Wer zum Beispiel einen Arbeitsplatz ausschreibt, muss deshalb künftig das dritte Geschlecht berücksichtigen – etwa durch den Zusatz „w/m/d“ – und darf sich nicht nur an Frauen und Männer richten. Andernfalls ist sie ein Indiz nach § 22 AGG, das eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lässt. Wenn der Arbeitgeber Bewerbungsformulare oder ähnliches zur Verfügung stellt,

⁴⁴ Kohte/Beetz jurisPR-ArbR 6/2018 Anm. 2.

⁴⁵ BVerfG 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, NJW 2017, 3643 ff.; dazu näher aus arbeitsrechtlicher (antidiskriminierungsrechtlicher) Sicht Körlings NZA 2018, 282 ff.

⁴⁶ BAG 17.12.2015 – 8 AZR 421/14, NZA 2016, 888 ff.

⁴⁷ Näher dazu Körlings NZA 2018, 282 ff.

muss er dem Bewerber ermöglichen, nicht nur zwischen der Geschlechtsbezeichnung *männlich* oder *weiblich* oder der Anrede *Frau* oder *Herr* zu wählen. Andernfalls schafft er ebenfalls eine Vermutungstatsache.

3. *Diskriminierung durch das generische Maskulinum?*

Eine weitere Entscheidung, welche die arbeitsrechtliche Vertragspraxis interessieren kann, ist das Urteil des BGH aus dem März 2018 zum Streit um die Verwendung ausschließlich männlicher Formen in Bankformularen.⁴⁸ Der BGH verneint einen Anspruch auf die Verwendung weiblicher Personenbezeichnungen in solchen Formularen. Sie sei nicht benachteiligend im Sinne des AGG, weil die Verwendung des generischen Maskulinums keine Geringschätzung gegenüber Personen, deren natürliches Geschlecht nicht männlich sei, ausdrücke.

Folgt man dieser Auffassung, ist die in vielen Arbeitsverträgen enthaltene Formulierung vom „Mitarbeiter“, „Beschäftigten“ oder „Arbeitnehmer“ antidiskriminierungsrechtlich zulässig. Allerdings kann die Rechtsfrage von den Arbeitsgerichten oder sogar vom EuGH einmal anders entschieden und Arbeitnehmerinnen womöglich ein Anspruch auf Verwendung auch der weiblichen Form zugesprochen werden.

III. Behinderung

Zum Antidiskriminierungsmerkmal der Behinderung sind drei neuere EuGH-Entscheidungen zu erwähnen.

1. *Langfristigkeit der Einschränkung*

Im Urteil aus dem Dezember 2016 in der Rechtssache *Daouidi* befasst sich der EuGH erneut mit dem Begriff der Behinderung in der Rahmenrichtlinie und zwar insbesondere mit dem Merkmal der langfristigen Einschränkung als dessen Bestandteil.⁴⁹ Der EuGH entwickelt in der Entscheidung die Auslegung des Behindertenbegriffs der Rahmenrichtlinie im Licht der UN-Behindertenrechtskonvention auf der Linie seiner bisherigen Rechtsprechung weiter.⁵⁰ Die vorausgesetzte Einschränkung, die den Betroffenen an der Teilhabe am Berufsleben hindere, müsse langfristig sein. Der Begriff der Langfristigkeit sei autonom auszulegen. Sie folge nicht bereits daraus, dass jemand aufgrund eines Arbeitsunfalls „auf unbestimmte Zeit vorübergehend arbeitsunfähig“ gelte. Entscheidend sei, dass die Teilhabe am Berufsleben „über einen langen Zeitraum eingeschränkt“ sei. Das könne der Fall sein, wenn zum Zeitpunkt der angeblichen Diskriminierung ein kurzfristiges Ende der Arbeitsunfähigkeit nicht genau absehbar sei oder sich die Arbeitsunfähigkeit noch erheblich hinziehen könne.

⁴⁸ BGH 13.3.2018 – VI ZR 143/17.

⁴⁹ EuGH 1.12.2016 – C-395/15, EuZW 2017, 263 ff. „Daouidi“; dazu *Maties* EuZW 2017, 266 f.; *Welti ZESAR* 2017, 51 ff.

⁵⁰ Vgl. etwa EuGH 11.04.2013 – C- 335/11, NZA 2013, 553 ff. „Danmark“.

Die Aussage des EuGH ist wenig konkret und führt deshalb nicht weiter. Für die deutsche Rechtslage, die nach der Rechtsprechung auch für das AGG nach § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX, der auf „länger als sechs Monate“ abstellt, zu bestimmen ist,⁵¹ ändert sich nichts.

2. Sonderkündigungsschutz auch für Beamte?

In einem weiteren Urteil in der Rechtssache *Milkova* aus dem März 2017 hat der EuGH entschieden, dass ein unterschiedlicher Sonderkündigungsschutz für behinderte Menschen in Arbeits- und in Beamtenverhältnissen unionsrechtskonform sein kann.⁵² Die RL 2000/78/EG sei dafür allerdings nicht einschlägig, da die Ungleichbehandlung nicht an eine Behinderung anknüpfe, sondern an die Natur des Beschäftigungsverhältnisses. Allerdings könne, so der EuGH, der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz der Art. 20 und 21 GRC verletzt sein. Er sei anwendbar, weil behördliche Zustimmungserfordernisse bei Kündigungen Maßnahmen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie, so dass die in einem sachlichen Bezug mit dieser Regelung stehenden nationalen Regelungen in den Geltungsbereich des Unionsrechts fielen.

Bedenkt man den teleologischen Hintergrund des Gesundheitsschutzes beim Sonderkündigungsschutz, spricht einiges dafür, dass die Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern und Beamten nicht gerechtfertigt ist. In diesem Fall ist das Urteil des EuGH für die deutsche Rechtslage bedeutsam, da das deutsche Schwerbehindertenrecht in Bezug auf den Schutz vor einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses gegen den Willen des Schwerbehinderten nach der Art des Beschäftigungsverhältnisses unterscheidet: Nur Arbeitnehmer werden durch §§ 168 ff. SGB IX geschützt. Solange der Gesetzgeber nicht handelt, steht eine richtlinienkonforme (analoge) Anwendung der Vorschriften zur Diskussion.⁵³

3. Behinderung und krankheitsbedingte Kündigung

Eine für das deutsche Kündigungsschutzrecht relevante Entscheidung ist das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Conejero* aus dem Januar 2018.⁵⁴ Sie betrifft das Spannungsverhältnis zwischen Antidiskriminierungsschutz und krankheitsbedingter Kündigung. Der EuGH stellt fest, dass eine krankheitsbedingte Kündigung eine mittelbare Benachteiligung sein könne, wenn die Krankheit zugleich eine Behinderung im Sinne der Rahmenrichtlinie sei. Diese sei allerdings gerechtfertigt, wenn die nationale Regelung – Zitat – „unter Verfolgung des legitimen Ziels der Bekämpfung von Absentismus nicht über das zu dessen Erreichung Erforderliche“ hinausgehe. In anderen Worten: Die krankheitsbedingte Kündigung muss erforderlich sein.

Die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung ist zweifelhaft. Ist die Krankheit zugleich eine Behinderung, gehen die Fehltag am Ende auf die Behinderung zurück. Es liegt dann eine unmittelbare Benachteiligung vor.⁵⁵ Wirkt sich die Entscheidung

⁵¹ BAG 16.2.2012 – 8 AZR 697/10, NZA 2012, 667 ff.

⁵² EuGH 9.3.2017 – C-406/15, NZA 2017, 439 ff. „Milkova“; dazu *Porsche ZESAR* 2017, 451 ff.

⁵³ *Schubert/Jerchel* EuZW 2017, 551, 557: „eingeschränkter Anwendungsbereich der §§ 85 ff. SGB IX“ „nicht mehr aufrecht zu erhalten“.

⁵⁴ EuGH 18.1.2018 – C-270/16, NZA 2018, 159 ff. „Conejero“; dazu *Bayreuther* EuZW 2018, 212 ff.

⁵⁵ In diese Richtung auch BAG 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 ff.

ungeachtet dessen auf das deutsche Recht aus? Dagegen spricht, dass die Anforderungen an die Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung nach § 1 KSchG bereits heute den vom EuGH bestimmten Anforderungen entsprechen. Es besteht also kein Änderungsbedarf.⁵⁶ Nimmt man dagegen eine unmittelbare Benachteiligung an, kann man über diese Frage streiten.

IV. Alter

Schließlich ist auf das Diskriminierungsmerkmal des Alters einzugehen. Hierzu ist auch in den vergangenen Jahren umfangreiche Rechtsprechung ergangen.⁵⁷

1. Altersgrenzen zur Einstellung

In der Entscheidung *Salaberria Sorondo* hat der EuGH im November 2016 entschieden, dass die nationale Altersgrenze von 35 Jahren zur Aufnahme in eine Polizeiakademie zwar unmittelbar wegen des Alters benachteiligte, aber gerechtfertigt sein könne.⁵⁸ Die in Frage stehenden polizeilichen Aufgaben könnten mit der Anwendung körperlicher Gewalt verbunden sein oder nur unter schwierigen Einsatzbedingungen erfüllt werden können. Besondere körperliche Fähigkeiten seien deshalb eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung, die nur von jüngeren Beamten erfüllt werden könne. Diese Entscheidung liegt auf der Linie der Argumentation der Rechtssache *Wolf*⁵⁹ und bedeutet keine Abkehr von der Entscheidung in der Rechtssache *Vital Pérez*⁶⁰ aus dem Jahr 2014, in welcher der EuGH eine starre Altersgrenze für die Einstellung zwar nicht gebilligt hatte, aber nur, weil die Polizeieinheiten dort überwiegend mit Verwaltungsaufgaben beschäftigt gewesen waren.

2. Altersgrenzen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses

In der Entscheidung in der Rechtssache *Fries* hat sich der EuGH ein weiteres Mal mit einer Altersgrenze zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses befasst.⁶¹ In der Entscheidung geht es um die Altersgrenze in einer EU-Verordnung, wonach im gewerblichen

⁵⁶ *Bayreuther* EuZW 2018, 212 ff.

⁵⁷ Eine Reihe von eher kleinteiligen Entscheidungen, über die im Folgenden jedenfalls insoweit nicht berichtet wird, befasst sich mit der Frage, ob die Nichtberücksichtigung von Ausbildungs- und Beschäftigungszeiten in österreichischen Regelungen altersdiskriminierend ist, siehe nur EuGH 21.1.2015 – C-529/13, NVwZ 2015, 798 ff. „Felber“ (dazu *Pfeil* ZESAR 2016, 44 ff.); 28.1.2015 – C-417/13, NZA 2015, 217 ff.; „Starjakob“ (dazu *Wachter* ZESAR 2015, 398 ff.); 16.6.2016 – C-159/15, NZA 2016, 789 ff. „Lesar“ (dazu *Bokeloh* ZESAR 2017, 244 ff.); 21.12.2016 – C-539/15, NZA 2017, 109 ff. „Bowman“ (dazu *Mair* ZESAR 2017, 191 f.); 14.3.2018 – C-482/16, NZA 2018, 429 ff. „Stollwitzer“; zur Ausnahme von einer grundsätzlich vorgesehenen Abfindung bei Nichtverlängerung einer befristeten Tätigkeit EuGH 1.10.2015 – C-432/14, NZA 2015, 1309 ff. „O“; dazu *Benecke* EuZW 2015, 880 ff.; *Schrattbauer* ZESAR 2016, 225 f.

⁵⁸ EuGH 15.11.2016 – C-258/15, ZESAR 2017, 385 ff. „Salaberria Sorondo“; dazu *Schubert/Ahrends* ZESAR 2017, 391 f.

⁵⁹ EuGH 12.1.2010 – C-229/08, EuZW 2010, 142 ff. „Wolf“.

⁶⁰ EuGH 13.11.2014 – C-416/13, NVwZ 2015, 427 ff. „Vital Pérez“.

⁶¹ EuGH 5.7.2017 – C-190/16, NZA 2017, 897 ff. „Fries“; dazu *Klein* EuZA 2018, 98 ff.; *Sagan* EuZW 2017, 734 ff.; Vorlagebeschluss von BAG 27.1.2016 – 5 AZR 263/15.

Flugverkehr ein Beschäftigungsverbot für Piloten besteht, die das 65. Lebensjahr vollendet haben. Der EuGH misst die Altersgrenze an Art. 21 Abs. 1 GRC (Verbot der Altersdiskriminierung) und an Art. 15 Abs. 1 GRC (Berufsfreiheit). Er verneint eine Verletzung beider Normen. Die unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters sei durch das legitime Ziel gerechtfertigt, die Flugsicherheit zu gewährleisten. Er betont dabei ein weiteres Mal das weite Ermessen, das die Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Ziels haben. Die Altersgrenze sei auch geeignet, das Ziel zu erreichen, und verhältnismäßig, weil das Arbeitsverhältnis durch die Altersgrenze nicht automatisch ende, sondern die Piloten weiterhin zum Beispiel Leer- und Überführungsflüge durchführen oder Piloten ausbilden könnten.

Die Entscheidung ist vertretbar, merkwürdig ist das Ergebnis aber schon und weckt Zweifel an der Kohärenz der Rechtfertigung, die der EuGH in der Rechtssache *Petersen*⁶² verneint hatte, weil die Altersgrenze für Vertragszahnärzte nur im Verhältnis zu gesetzlich, nicht zu privat versicherten Patienten galt: Nimmt man den EuGH beim Wort, darf ein Pilot zwar auch nach der Vollendung seines 65. Lebensjahrs für Leerflüge eingesetzt werden. Werden jedoch wenige Postpakete entgeltlich befördert, ist der Flug gewerblich und der Einsatz des Piloten verboten, „um ein angemessenes Sicherheitsniveau der Zivilluftfahrt in Europa aufrechtzuerhalten“.⁶³

Eine weitere Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Abercrombie & Fitch Italia* aus dem Jahr 2017 betrifft einen abgeschwächten Kündigungsschutz für jüngere Arbeitnehmer.⁶⁴ Eine Regelung im italienischen Recht erlaubte die Beendigung von Gelegenheitsarbeitsverträgen mit Vollendung des 25. Lebensjahrs ohne weitere Gründe. Die Beendigung entsprechender Arbeitsverhältnisse älterer Arbeitnehmer war dagegen an weitere Voraussetzungen geknüpft. Der EuGH hält die Regelung mit Art. 21 GRC und mit der Rahmenrichtlinie für vereinbar. Sie benachteilige jüngere Arbeitnehmer zwar unmittelbar wegen des Alters, sei aber gerechtfertigt. Das Ziel der italienischen Regelung, ein „Sprungbrett zu neuen Beschäftigungsmöglichkeiten“ zu sein, sei legitim, und die Regelung sei auch sonst verhältnismäßig. Der EuGH betont auch hier das weite Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Festlegung des legitimen Ziels.

Eine weitere aktuelle Entscheidung im Kontext von Altersgrenzen in der Rechtssache *John*, die vom LAG Bremen kommt,⁶⁵ betrifft schließlich die Unionsrechtskonformität von § 41 S. 3 SGB VI.⁶⁶ Die Vorschrift gestattet den Arbeitsvertragsparteien, die vereinbarte Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Erreichen der Regelaltersgrenze durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses, gegebenenfalls auch mehrfach, ohne weitere Voraussetzungen hinauszuschieben. Der EuGH verneint in seinem Urteil, in dem es auch um befristungsrechtliche Fragen geht, eine unmittelbare Benachteiligung der betroffenen Arbeitnehmer wegen des Alters. Am Ende ist für den EuGH der Gesichtspunkt entscheidend, dass das Hinausschieben den Arbeitnehmern, welche die Regelaltersgrenze erreicht haben, eine weitere Handlungsmöglichkeit gibt, um die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses mitzugestalten. Das leuchtet ein.

⁶² EuGH 12.1.2010 – C 341/08, NJW 2010, 587 ff. „Petersen“.

⁶³ Siehe *Klein* EuZA 2018, 98, 105 f.; *Sagan* EuZW 2017, 734, 735.

⁶⁴ EuGH 19.7.2017 – C-143/16, NZA 2017, 1247 ff. „Abercrombie & Fitch Italia“.

⁶⁵ LAG Bremen 23.11.2016 – 3 Sa 78/16, NZA-RR 2017, 290 ff.

⁶⁶ EuGH 28.2.2018 – C-46/17, NZA 2018, 355 ff. „John“.

3. Altersdiskriminierung und Kündigungsabfindung

In der Rechtssache *Landin* hat der EuGH im Jahr 2015 entscheiden müssen, ob eine Regelung im dänischen Angestelltengesetz altersdiskriminierend ist, nach der Arbeitnehmer eine sonst vorgesehene Entlassungsabfindung nur deshalb nicht erhalten, weil sie zum Entlassungszeitpunkt bereits eine Altersrente beziehen können, die an das Lebensalter von 65 Jahren gekoppelt ist.⁶⁷ Der EuGH hält die Regelung für europarechtskonform. Sie sei zwar unmittelbar benachteiligend wegen des Alters. Die Benachteiligung sei aber gerechtfertigt, weil die Interessen von Arbeitnehmern, welche eine ungekürzte Rente erhielten, durch die Verwehrung einer einmaligen Entlassungsabfindung nicht übermäßig beeinträchtigt würden.

In der Rechtssache *Andersen* aus dem Jahr 2010 hatte der EuGH eine ähnliche Regelung zum Abfindungsausschluss wegen möglicher Altersrente für altersdiskriminierend erklärt.⁶⁸ Allerdings lag das Rentenbezugsalter dort bei 60 Jahren, und die Abfindung war erforderlich, um den Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis zu erleichtern und langfristige erhebliche wirtschaftliche Nachteile zu verhindern, die den Arbeitnehmern durch einen früheren Rentenbezug entstehen würden. Beide Entscheidungen stehen deshalb nicht in Widerspruch zueinander.

Um dieselbe Vorschrift wie in der Rechtsache *Andersen* geht es auch um die im Jahr 2016 ergangene und eingangs schon erwähnte Entscheidung in der Rechtssache *Dansk Industri*.⁶⁹ Konsequenterweise hält der EuGH auch die Regelung auch dieses Mal für altersdiskriminierend. Der Unterschied zwischen den Entscheidungen besteht darin, dass es im Fall *Andersen* um einen staatlichen und in der Rechtssache *Dansk Industri* um einen privaten Arbeitgeber ging. Weil wegen der Beschäftigung beim privaten Arbeitgeber die Frage der Horizontalwirkung im Raum steht, stellt der EuGH im Anschluss an seine Entscheidungen in den Rechtssachen *Mangold*⁷⁰ und *Kücükdeveci*⁷¹ erneut fest, dass das allgemeine Verbot der Altersdiskriminierung nicht nur in der RL 2000/78/EG, sondern auch in Art. 21 GRC verankert sei und durch die Richtlinie lediglich konkretisiert werde.

Das unionsrechtliche Verbot einer Diskriminierung wegen des Alters ist also in einem Rechtsstreit zwischen privaten Personen anzuwenden, so dass entgegenstehende nationale Vorschriften, wenn sie nicht richtlinienkonform ausgelegt werden können, unangewendet zu lassen sind. Weiterhin ungeklärt ist allerdings die schon angesprochene Frage nach einer Verallgemeinerung der Aussage zu Art. 21 GRC. Gilt für alle in ihm genannten Diskriminierungsmerkmale ein allgemeines unionsrechtliches Diskriminierungsverbot, das auch in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen anzuwenden ist? Wenn man konsequent ist, muss man diese Frage bejahen. Der Generalanwalt Tanchev geht, wie schon erwähnt, in der Rechtssache *Egenberger* bei der Diskriminierung wegen der Religion unter Verweis auf Art. 17 AEUV allerdings einen anderen Weg.⁷²

⁶⁷ EuGH 26.2.2015 – C-515/13, NZA 2015, 473 ff. „Landin“; dazu *Grünberger* EuZA 2015, 333 ff.

⁶⁸ EuGH 12.10.2010 – C-499/08, NZA 2010, 1341 ff. „Andersen“; dazu *Grünberger* EuZA 2011, 171 ff.

⁶⁹ EuGH 19.4.2016 – C-441/14, NZA 2016, 537 ff. „Dansk Industri“; dazu *Benecke* EuZW 2016, 469 f.; *Düwell* ZESAR 2016, 290 ff.; *Heuschmid* AuR 2016, 422 ff.; *Junker* RIW 2017, 397 ff.; *Sprenger* EuZA 2016, 460 ff.

⁷⁰ EuGH 22.11.2005 – C-144/04, NZA 2005, 1345 ff. „Mangold“.

⁷¹ EuGH 19.1.2010 – C-555/07, NZA 2010, 85 ff. „Kücükdeveci“.

⁷² Schlussanträge GA *Tanchev* 9.11.2017 – Rs. C-414/16, BeckRS 2017, 134211 „Egenberger“.

Die Entscheidung des EuGH führt ungeachtet dessen zu der Frage, ob in einem deutschen Sozialplan wirksam ein Abfindungsausschluss für rentenberechtigte Arbeitnehmer vorgesehen werden kann (siehe § 10 S. 3 Nr. 6 Var. 2 AGG). Die Frage ist mit dem BAG weiterhin zu bejahen, wenn diese nach dem Bezug von Arbeitslosengeld I nahtlos eine Regelaltersrente beanspruchen können, jedenfalls wenn sie zuvor die Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses an einem anderen Unternehmensstandort abgelehnt haben.⁷³

Die Quintessenz der drei Entscheidungen in Bezug auf das Verbot der Altersdiskriminierung besteht nach alledem darin, dass rentenbezugsberechtigte Arbeitnehmer beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis von einer Abfindung grundsätzlich ausgeschlossen werden dürfen, wenn sie das im Mitgliedsstaat bestehende normale Eintrittsalter in den Ruhestand erreicht und Anspruch auf eine abschlagsfreie Rente haben.

4. Spätehenklauseln in der betrieblichen Altersversorgung

Auch im Betriebsrentenrecht gibt es Neues zur Altersdiskriminierung zu berichten.⁷⁴ Ein Streitpunkt ist immer wieder die Zulässigkeit von Spätehenklauseln. Sie schließen den Anspruch des Überlebenden auf eine Witwen- oder Witwerversorgung aus, wenn die Ehe erst nach Eintritt des Versorgungsfalles oder kurz vorher geschlossen wird, und sollen dadurch das finanzielle Risiko des Arbeitgebers begrenzen.

Nach früherer Rechtsprechung des BAG waren solche Klauseln wirksam.⁷⁵ Im Jahr 2015 hatte das BAG dann erstmals eine Spätehenklausel wegen unmittelbarer Benachteiligung wegen des Alters für unwirksam erklärt.⁷⁶ Eine Rechtfertigung nach § 10 S. 3 Nr. 4 AGG scheidet aus, weil die Vorschrift nur die Alters- und Invaliditätsversorgung erfasse, nicht aber die Versorgung im Todesfall.

In der Entscheidung der schon erwähnten Rechtssache *Parris* Ende des Jahres 2016 hat der EuGH dann über die Vereinbarkeit einer Klausel mit Unionsrecht geurteilt, nach der keine Betriebsrente bei einer Heirat oder Verpartnerung erst nach Vollendung des 60. Lebensjahrs zu zahlen ist.⁷⁷ Der EuGH nimmt zwar eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters an, hält diese aber nach der RL 2000/78/EG für gerechtfertigt. Anders als das BAG und übrigens auch als die Generalanwältin Kokott⁷⁸ meint der EuGH, es gehe bei einer solchen Klausel um den Zugang zu einem Altersversorgungssystem. Eine Hinterbliebenenversorgung sei eine Altersrente im Sinne der Vorschrift.

In einem Urteil aus dem Jahr 2017 misst das BAG eine Spätehenklausel gemäß den Vorgaben des EuGH nunmehr § 10 S. 3 Nr. 4 AGG und hält die konkrete Altersgrenze

⁷³ BAG 9.12.2014 – 1 AZR 102/13; in der Rechtssache „Odar“ hat der EuGH entschieden, dass in einer geringeren Sozialplanabfindung für rentennahe Arbeitnehmer grundsätzlich keine Altersdiskriminierung zu sehen ist, wenn zumindest die Hälfte der ohne Berücksichtigung eines bevorstehenden Rentenbezugs errechneten Abfindungssumme gewährt wird, EuGH 6.12.2012 – C-152/11, NZA 2012, 1435 ff. „Odar“.

⁷⁴ Zur ratierten Kürzung bei degressiven Versorgungszusagen EuGH 13.7.2017 – C-354/16, NZA 2017, 1047 ff. „Kleinststeuer“; dazu *Denzer* ZESAR 2018, 83 ff.

⁷⁵ BAG 15.10.2013 – 3 AZR 294/11, NZA 2014, 1203 ff.

⁷⁶ BAG 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, NZA 2015, 1447 ff.

⁷⁷ EuGH 24.11.2016 – C-443/15, NZA 2017, 233 ff. „Parris“; dazu *Schiek* EuZA 2017, 407 ff.

⁷⁸ Schlussanträge GA Kokott 30.6.2016 – C-443/15, BeckRS 2016, 81404 „Parris“.

von 65 Jahren für zulässig.⁷⁹ In ihr liege eine legitime Begrenzung des finanziellen Risikos des Arbeitgebers.

D. Zusammenfassung

Eine Zusammenfassung fällt schwer. Die Entscheidungen des EuGH sind so verschieden, dass eine einheitliche Bewertung kaum möglich ist. Am Ende ist die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des EuGH besser als ihr Ruf, auch wenn Schwächen nicht zu übersehen sind und die Begründungstiefe vieler Urteile einmal mehr erschreckend gering ist. Während die Diskriminierungsmerkmale Geschlecht, Behinderung und Alter schon recht konturiert sind, steht der EuGH beim Diskriminierungsmerkmal der Religion insoweit erst am Anfang. Auch in Bezug auf das Primärrecht wird es noch eine ganze Weile dauern, bis die Konturen etwa von Art. 21 GRC deutlicher herausgearbeitet worden sind. Die Schwächen in der Rechtsprechung des EuGH, die viele Ursachen haben, lassen sich zwar zum Teil nicht ausräumen, können aber teilweise mit einer stärkeren Spezialisierung überwunden werden. Die Einrichtung einer teilspezialisierten Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH sollte deshalb politisch auf der Tagesordnung bleiben.⁸⁰

⁷⁹ BAG 14.11.2017 – 3 AZR 781/16, NZA 2018, 453 ff.; ebenso jüngst für eine Altersabstandsklausel BAG 20.2.2018 – 3 AZR 43/17.

⁸⁰ *Jacobs/Münder/Richter* Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht beim EuGH (2016).