

Bundesarbeitsgericht
Sechster Senat

Urteil vom 27. April 2017
- 6 AZR 119/16 -
ECLI:DE:BAG:2017:270417.U.6AZR119.16.0

I. Arbeitsgericht Dortmund

Urteil vom 15. Januar 2015
- 4 Ca 2444/14 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 26. August 2015
- 2 Sa 263/15 -

Entscheidungsstichwort:

Altersdiskriminierung durch altersabhängige Schichtfreizeittage?

Leitsatz:

Beruhet die altersdiskriminierende Wirkung einer Regelung ausschließlich auf einer Altersstaffelung, kann der Gleichbehandlungsgrundsatz nur dadurch gewahrt werden, dass den Angehörigen der benachteiligten Gruppe dieselben Vorteile gewährt werden wie den Angehörigen der privilegierten Gruppe. Die begünstigende Regelung bleibt das einzig gültige Bezugssystem, solange keine Maßnahmen zur Gleichbehandlung beider Personengruppen getroffen sind. Eine „Anpassung nach unten“ scheidet aus.

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 119/16
2 Sa 263/15
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. April 2017

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. April 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner,

den Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel und die ehrenamtlichen Richterinnen Lorenz und Kammann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 26. August 2015 - 2 Sa 263/15 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 15. Januar 2015 - 4 Ca 2444/14 - abgeändert.
3. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für das Jahr 2013 über die gewährten sechs Schichtfreizeittage hinaus weitere sechs Schichtfreizeittage zu gewähren.
4. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für das Jahr 2014 über die gewährten sechs Schichtfreizeittage hinaus weitere sechs Schichtfreizeittage zu gewähren.
5. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger für das Jahr 2015 über die gewährten sechs Schichtfreizeittage hinaus weitere sechs Schichtfreizeittage zu gewähren.
6. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger kalenderjährlich zwölf Schichtfreizeittage zu gewähren.
7. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Schichtfreizeittage. 1

Der am 7. November 1967 geborene Kläger ist bei der Beklagten seit 1988 als Croupier im Schichtdienst beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis finden die für die Beklagte geltenden Tarifverträge Anwendung. 2

Seit 1985 galt ein Manteltarifvertrag, der Regelungen zu Urlaubsansprüchen enthielt (MTV 1985). In dessen § 5 Abs. 7 wurde die Höhe des Urlaubsanspruchs ua. davon abhängig gemacht, ob regelmäßig Nachtschichtarbeit zu leisten war. 3

Zum 1. Januar 1994 trat ein neuer Manteltarifvertrag zwischen der Beklagten, der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen sowie der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft vom 26. April 1994 in Kraft, dessen Bestimmungen die des MTV 1985 ersetzen (MTV 1994). Der MTV 1994 regelte die Ansprüche auf Erholungsurlaub neu. In § 4 Abs. 7 MTV 1994 wurde für die Urlaubsdauer nicht mehr danach unterschieden, ob regelmäßig Nachtschichtarbeit zu leisten war. Die Tarifvertragsparteien verständigten sich auf eine Protokollnotiz, in der es auszugsweise hieß: 4

„3. Protokollnotiz zu § 4 Absatz 7

Ab 01.01.1994 gilt die neue Urlaubsstaffel

a) Besitzstand

Für Arbeitnehmer/innen, die keinen Schichtdienst leisten ...

b) Besitzstand

Arbeitnehmer/innen, die Schichtdienst leisten, erhalten zusätzlich zu den Schichtdiensttagen gemäß § 5 MTV vom 01.01.1994, falls sie bis zum 31.12.1993

- das 35. Lebensjahr vollenden 1 Tag
Schichtfrei-
zeit
- das 36. Lebensjahr vollenden 2 Tage
bis zum 40. Lebensjahr Schichtfrei-
zeit
- das 41. Lebensjahr vollenden 3 Tage
bis zum 50. Lebensjahr und Schichtfrei-
darüber zeit

als Besitzstandsausgleich. Für die Berechnung des Besitzstandsausgleichs ist das Alter am 31.12.1993 maßgebend.“

Der in der Protokollnotiz angesprochene § 5 MTV 1994 lautet auszugsweise: 5

„§ 5

Schichtfreizeit

1. Arbeitnehmer/innen, die punktbesoldet werden, und festbesoldete Arbeitnehmer/innen, die in ihrer Entgeltgruppe in Untergruppe b) eingruppiert sind, erhalten Schichtfreizeit nach folgender Staffel:
 - bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres
2 Tage
 - bis zur Vollendung des 35. Lebensjahres
4 Tage
 - bis zur Vollendung des 40. Lebensjahres
6 Tage
 - bis zur Vollendung des 50. Lebensjahres
8 Tage
 - danach 9 Tage pro Kalenderjahr

Für die Berechnung des Schichtfreizeitanspruches ist das Alter maßgebend, das im laufenden Jahr vollendet wird.“

Nach § 5 MTV 1994 und Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 konnte sich damit abhängig vom Lebensalter ein Anspruch von bis zu zwölf Schichtfreizeittagen ergeben. 6

Der MTV 1994 galt bis einschließlich Februar 2005. Im Februar 2005 war der Kläger 37 Jahre alt. Zu diesem Zeitpunkt standen ihm nach § 5 MTV 1994 sechs Schichtfreizeittage pro Kalenderjahr zu. Schichtfreizeittage nach der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 erhielt der Kläger nicht. Bis zum Stichtag des 31. Dezember 1993 hatte er das 35. Lebensjahr noch nicht vollendet. 7

Der MTV 1994 wurde zum 1. März 2005 durch einen neuen Manteltarifvertrag zwischen der Beklagten und ver.di vom 14. Februar 2005 abgelöst (MTV 2005). Ansprüche auf Schichtfreizeit waren in diesem Tarifvertrag für neu eintretende Mitarbeiter nicht mehr vorgesehen. Der MTV 2005 regelte in Auszügen: 8

„Zusatzvereinbarung zum Manteltarifvertrag vom
01.03.2005

Besitzstandsregelungen

1. Für Arbeitnehmer/innen, die zum Stichtag des Inkrafttretens des Manteltarifvertrages Anspruch auf Schichtfreizeit haben, werden diese Tage als Besitzstand festgeschrieben.
2. Schichtfreizeittage werden ohne Abzug von C-Tagen wie Urlaubstage vergütet.
3. Der/Die Arbeitnehmer/in kann auf Wunsch die Hälfte der Schichtfreizeittage zusätzlich zum Urlaubsanspruch in die Urlaubsplanung einfließen lassen.
Schichtfreizeittage, die nicht in die Urlaubsplanung einfließen, werden auf Wunsch des/der Arbeitnehmers/in unter Berücksichtigung betrieblicher Belange gewährt. Eine Verschiebung der Schichtfreizeittage ist nur aus zwingenden betrieblichen Gründen zulässig.
4. Schichtfreizeittage müssen in dem Jahr gewährt und genommen werden, in dem der Anspruch auf die Tage entsteht. Eine Übertragung in das nächste Kalenderjahr ist nur möglich, wenn einer Gewährung zwingende betriebliche Belange im Jahr der Anspruchsentstehung entgegenstehen. Übertragene Schichtfreizeittage müssen in den ersten drei Monaten des Folgejahres gewährt und genommen werden.
5. Krankheitszeiten, in denen kein gesetzlicher Lohnfortzahlungsanspruch und kein Anspruch auf Krankengeldzuschuss gemäß § 8 MTV besteht, mindern den Anspruch auf Schichtfreizeittage anteilig. Die anteilige Minderung wird immer auf ganze Tage abgerundet.
6. Beginnt oder endet das Arbeitsverhältnis im Laufe eines Jahres, beträgt der Anspruch auf Schichtfreizeittage 1/12 des Jahresanspruches für jeden angefangenen Beschäftigungsmonat, wobei auf ganze Tage aufgerundet wird.“

Der MTV 2005 wurde mit Wirkung vom 1. Juli 2012 durch den Manteltarifvertrag I vom 12. Oktober 2012 zwischen der Beklagten und ver.di (MTV 2012) abgelöst. Der MTV 2012 enthält eine Zusatzvereinbarung, die mit

9

Nr. 1 bis Nr. 6 der Zusatzvereinbarung zum MTV 2005 identisch ist. Die Zusatzvereinbarung des MTV 2012 weist zusätzlich eine Nr. 7 auf, in der es heißt:

„Zusatzvereinbarung zum Manteltarifvertrag I vom 1. Juli
2012

Besitzstandsregelungen

...

7. Alle nicht unter Absatz 1 bis 6 genannten Besitzstandsregelungen, die vor dem 1. Juli 2012 vereinbart wurden, verlieren nicht ihre Gültigkeit.“

Der Kläger erhielt auch unter Geltung der Manteltarifverträge 2005 und 2012 weiter sechs Schichtfreizeittage pro Kalenderjahr. Mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 12. September 2013 machte er geltend, ihm stünden für das Kalenderjahr 2013 zwölf Schichtfreizeittage zu. Die Beklagte lehnte die Forderung ab. 10

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die im MTV 1994 enthaltenen und über die Besitzstandsregelungen fortgeführten Bestimmungen zu den Schichtfreizeittagen seien altersdiskriminierend. Die Altersdiskriminierung sei durch eine „Anpassung nach oben“ zu beseitigen. Ihm stehe daher ein Anspruch auf die höchstmögliche Zahl von zwölf Schichtfreizeittagen im Kalenderjahr zu. Die Anknüpfung an das Lebensalter wirke unmittelbar benachteiligend iSv. § 3 Abs. 1 AGG. Sie sei nicht unter dem Gesichtspunkt beruflicher Anforderungen nach § 8 AGG gerechtfertigt. Die Staffelung der Schichtfreizeittage knüpfe nicht an die Art der auszuübenden Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung an. Die Regelung lasse sich auch nicht mit § 10 AGG rechtfertigen. Die Schichtfreizeitregelungen dienten nicht dem Zweck, die Gesundheit älterer Arbeitnehmer zu schützen oder einem altersbedingt gesteigerten Erholungsbedürfnis Rechnung zu tragen. 11

Der Kläger hat vor dem Arbeitsgericht beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm sechs zusätzliche Schichtfreizeittage für das Jahr 2013 zu gewähren. Er hat zudem die Feststellung verlangt, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm kalenderjährlich zwölf Schichtfreizeittage zu gewähren. In der Berufungs- 12

instanz hat er - ohne Zustimmung der Beklagten - auch für das Jahr 2014 einen Leistungsantrag gestellt.

Der Kläger hat beantragt,

13

1. ihm für das Jahr 2013 über die gewährten sechs Schichtfreizeittage hinaus weitere sechs Schichtfreizeittage zu gewähren;
2. ihm für das Jahr 2014 über die gewährten sechs Schichtfreizeittage hinaus weitere sechs Schichtfreizeittage zu gewähren;
3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm kalenderjährlich zwölf Schichtfreizeittage zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger könne keine weiteren sechs Schichtfreizeittage verlangen. Die Bindung der Schichtfreizeittage an das Lebensalter im MTV 1994 stamme aus einer Zeit vor Geltung des AGG. Dieses System sei noch vor Inkrafttreten des AGG mit dem MTV 2005 abgeschafft worden. Die bei der Beklagten bestehende Übergangsregelung für „tarifliche Altlasten“ könne deshalb nicht am AGG gemessen werden. Durch die Besitzstandsregelungen in den Zusatzvereinbarungen zum MTV 2005 und MTV 2012 wirkten die Bestimmungen des MTV 1994 zu den Schichtfreizeittagen nicht fort. Das auf das Lebensalter abstellende System sei durch den MTV 2005 aufgegeben worden. Die Zusatzvereinbarungen knüpften nicht an das Lebensalter, sondern an die Betriebszugehörigkeit zu einem bestimmten Stichtag an. Die Betriebszugehörigkeit sei kein verpöntes Diskriminierungsmerkmal nach § 1 AGG. Eine „Anpassung nach oben“ scheidet mit Blick auf die diskriminierungsfreien Regelungen der Manteltarifverträge 2005 und 2012 aus. Die vom Kläger beanstandete Benachteiligung wegen des Alters könne dadurch verhindert werden, dass die Besitzstandsregelung nicht mehr angewandt werde und kein Arbeitnehmer mehr Schichtfreizeittage erhalte.

14

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageziele weiter. Er hat erstmals in der Revisionsinstanz einen Leistungsantrag gestellt, der auf sechs zusätzliche Schichtfreizeittage für

15

das Jahr 2015 gerichtet ist (Antrag zu 3. in der Revisionsinstanz). Die Beklagte hält dieses Vorgehen für unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Der Kläger hat entgegen der Auffassung der Vorinstanzen Anspruch auf weitere sechs Schichtfreizeittage pro Kalenderjahr. 16

A. Der Antrag auf zusätzliche sechs Schichtfreizeittage für das Kalenderjahr 2013 hat Erfolg. 17

I. Der Antrag ist zulässig. Er ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Klagen, mit denen der Arbeitgeber dazu verurteilt werden soll, eine bestimmte Zahl von arbeitsfreien Tagen ab einem in der Zukunft liegenden, nicht näher genannten Zeitpunkt zu gewähren, genügen den Bestimmtheitsanforderungen für die nach § 888 ZPO vorzunehmende Zwangsvollstreckung (*für den Urlaubsanspruch BAG 18. März 2014 - 9 AZR 877/13 - Rn. 11*). 18

II. Der Antrag ist begründet. Dem Kläger stehen für das Jahr 2013 aufgrund eines Schadensersatzanspruchs zwölf und nicht lediglich sechs Schichtfreizeittage zu. 19

1. Der weitere Anspruch ergibt sich nicht unmittelbar aus den tarifvertraglichen Vorschriften. 20

a) Schichtfreizeitansprüche konnten nach den bei der Beklagten geltenden Tarifverträgen nur bis zum Inkrafttreten des MTV 2005 am 1. März 2005 entstehen. Die bis zu diesem Zeitpunkt unter Geltung des MTV 1994 begründeten Schichtfreizeitansprüche wurden durch Abs. 1 der Zusatzvereinbarungen zum MTV 2005 und MTV 2012 für die Zukunft festgeschrieben. 21

b) Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des MTV 2005 war der Kläger 37 Jahre alt. Nach der Staffelung der Schichtfreizeitansprüche in § 5 Abs. 1 MTV 1994 stand ihm ein Anspruch auf sechs Schichtfreizeittage pro Kalenderjahr zu. Wei- 22

tere Schichtfreizeittage konnte der Kläger auf der Grundlage von Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 nicht verlangen. Er hatte im Stichtag des 31. Dezember 1993 nicht mindestens das 35. Lebensjahr, sondern erst das 26. Lebensjahr vollendet.

2. Der Anspruch auf insgesamt zwölf Schichtfreizeittage für das Jahr 2013 23
beruht darauf, dass die Altersstaffeln für die Schichtfreizeittage in § 5 Abs. 1 MTV 1994 und Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 sowie der Stichtag des 31. Dezember 1993 in Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG verstoßen. Sie sind deshalb nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Die Schichtfreizeitansprüche sind „nach oben“ anzupassen. Der Kläger ist zu behandeln, als hätte er in den maßgeblichen Zeitpunkten bereits das Lebensalter aufgewiesen, das erforderlich war, um in die jeweils höchste Altersstufe nach § 5 Abs. 1 MTV 1994 und Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 zu fallen.

a) Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die 24
Höhe der Schichtfreizeitansprüche nach § 5 Abs. 1 MTV 1994, Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 und Abs. 1 der Zusatzvereinbarung zum MTV 2012 am Maßstab des AGG zu messen ist. Es kommt nicht darauf an, dass der Umfang der Schichtfreizeitansprüche auf den MTV 1994 zurückgeht, dessen Regelungen vor Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 getroffen wurden. Entscheidend ist allein der Zeitpunkt des benachteiligenden Verhaltens. Das AGG findet Anwendung, wenn eine Benachteiligungshandlung nach seinem Inkrafttreten stattfindet, auch wenn sie auf eine Tarifregelung gestützt wird, die älter ist als das AGG. § 33 Abs. 1 AGG enthält keine entgegenstehende Übergangsregelung (vgl. BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 19; 25. März 2015 - 5 AZR 460/13 - Rn. 24).

b) Die Höhe des Anspruchs auf Schichtfreizeittage ist daher anhand der 25
Vorgaben des AGG zu kontrollieren. Die in § 5 Abs. 1 MTV 1994 und Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 vorgesehenen Staffelungen der Schichtfreizeittage sowie der Stichtag des 31. Dezember 1993 in Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 benachteiligen den Kläger nach § 3

Abs. 1 AGG unmittelbar und ungerechtfertigt wegen seines Alters. Die Altersdiskriminierung wird über die Besitzstandsregelungen in Abs. 1 der Zusatzvereinbarungen zum MTV 2005 und MTV 2012 fortgeschrieben. Die Altersstaffeln und der Stichtag verstoßen gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG.

aa) Nach § 7 Abs. 1 Halbs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Dazu gehört das Alter. Um eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG handelt es sich, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Der für eine unmittelbare Benachteiligung erforderliche Kausalzusammenhang ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an einen oder mehrere der in § 1 AGG genannten Gründe anknüpft oder dadurch motiviert ist (*vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 809/14 - Rn. 48; 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 17, BAGE 154, 118*). 26

bb) Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Unter Geltung des MTV 1994 standen dem Kläger die eingeklagten Schichtfreizeitanprüche nach § 5 Abs. 1 MTV 1994 und Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 nur deswegen nicht zu, weil er nicht das Lebensalter erreicht hatte, um in die jeweils höchste Altersstufe zu fallen. Ein wie der Kläger schon vor Geltung des MTV 1994 eingestellter, aber hinreichend älterer Arbeitnehmer hätte dagegen Anspruch auf die vom Kläger geforderten Schichtfreizeittage gehabt und eine günstigere Behandlung erfahren. Diese Benachteiligung wirkt über die Besitzstandsregelungen in Abs. 1 der Zusatzvereinbarungen zum MTV 2005 und MTV 2012 fort. 27

(1) Die Benachteiligung beruht ausschließlich und unmittelbar auf dem Alter. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts stellen die anspruchsbegründenden Regelungen auf das Lebensalter ab und nicht auf die Betriebszugehörigkeit. 28

- (a) Die unmittelbare Benachteiligung folgt aus einem Vergleich des Klägers mit der Gruppe von Arbeitnehmern, die vor Geltung des MTV 1994 eingestellt wurden und bei Inkrafttreten des MTV 2005 alt genug waren, um die Höchstzahl der möglichen Schichtfreizeittage zu erwerben. Die unterschiedliche Höhe von Schichtfreizeitansprüchen beruht innerhalb dieser Gruppe nicht auf dem Erfordernis der Betriebszugehörigkeit zu einem bestimmten Stichtag vor Inkrafttreten des MTV 2005. Alle „Altarbeitnehmer“ erfüllen die Voraussetzung der Betriebszugehörigkeit gleichermaßen. Die Arbeitnehmer, die erst nach Inkrafttreten des MTV 2005 eingestellt wurden, sind demgegenüber keine Vergleichsgruppe. Sie sind nach den tariflichen Regelungen von den Ansprüchen auf die Schichtfreizeittage ausgenommen. Ihnen gegenüber wird der Kläger nicht benachteiligt. 29
- (b) Vor Inkrafttreten des MTV 2005 konnten Schichtfreizeitansprüche nach dem MTV 1994 nur in Abhängigkeit vom Alter erworben werden. Der Regelungsgehalt von Abs. 1 der Zusatzvereinbarungen zum MTV 2005 und MTV 2012 erschöpft sich darin, diese unmittelbar an das Alter anknüpfende Regelung über die Geltungsdauer des MTV 1994 hinaus fortzuschreiben. Darin liegt keine altersneutrale Regelung. 30
- (c) Der Kläger wird aufgrund seines Alters unmittelbar benachteiligt, obwohl die Tarifvertragsparteien vom Lebensalter abhängige Schichtfreizeitansprüche seit dem MTV 2005 nicht mehr vorgesehen haben. Die altersgestaffelten Schichtfreizeitansprüche wurden im MTV 2005 nur für Arbeitnehmer abgeschafft, die unter Geltung des MTV 2005 neu eingestellt wurden. Für die Gruppe der „Altarbeitnehmer“, die wie der Kläger bereits vor der Geltung des MTV 1994 eingestellt worden waren, wurden die bis zum Inkrafttreten des MTV 2005 entstandenen Schichtfreizeitansprüche dagegen nicht beseitigt. Sie wurden durch Abs. 1 der Zusatzvereinbarungen zum MTV 2005 und MTV 2012 verstetigt. Perpetuiert wurden damit auch die unmittelbaren Benachteiligungen innerhalb der Gruppe der „Altarbeitnehmer“, die sich aus der Anwendung der Altersstaffelungen in § 5 Abs. 1 MTV 1994 und Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 ergaben. 31

(2) Die unmittelbare Ungleichbehandlung zulasten des Klägers ist nicht gerechtfertigt. 32

(a) Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist nach § 10 Satz 1 AGG zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. § 10 Satz 1 AGG definiert nicht, was unter einem legitimen Ziel zu verstehen ist. Für die Konkretisierung des Begriffs ist deshalb auf Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG zurückzugreifen (*vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 4/15 - Rn. 104, BAGE 156, 71*). § 10 AGG dient der Umsetzung von Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG in das nationale Recht. Der deutsche Gesetzgeber hat den Text der Richtlinie nahezu wörtlich in das nationale Recht übernommen. Dessen Regelungen sind unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) auszulegen (*BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 17, BAGE 154, 118*). Ziele, die als legitim iSv. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG angesehen werden können, sind auch legitime Ziele iSv. § 10 Satz 1 AGG. Sie sind geeignet, unmittelbare Benachteiligungen wegen des Alters zu rechtfertigen. 33

(b) Zu den legitimen Zielen in diesem Sinn gehört der Schutz älterer Beschäftigter. § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG konkretisiert das Ziel durch eine Aufzählung von Maßnahmen, die zu diesem Zweck ergriffen werden dürfen. Der Schutz kann erreicht werden, wenn besondere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen festgelegt werden (*vgl. BAG 12. April 2016 - 9 AZR 659/14 - Rn. 22*). Dazu können zusätzliche Urlaubstage in Abhängigkeit vom Lebensalter gehören. Notwendig ist jedoch, dass mit zunehmendem Alter ein erhöhtes Erholungsbedürfnis entsteht, das durch die konkrete Regelung der Urlaubsansprüche gefördert wird. Die Regelung darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um diesen Zweck zu erreichen. Diese Umstände hat der Arbeitgeber im Prozess darzulegen. Er genügt seiner Darlegungslast nicht bereits dann, wenn er allgemein geltend macht, die Regelung diene dem Schutz älterer Arbeitnehmer. Er hat substantiierten Sachvortrag zu leisten (*vgl. BAG 15. November 2016 - 9 AZR 534/15 - Rn. 20; 18. Oktober 2016 - 9 AZR 123/16 - Rn. 20*). 34

- (c) Den Besitzstand einer Personengruppe zu wahren, kann ein Ziel sein, das eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters rechtfertigt (vgl. *EuGH 19. Juni 2014 - C-501/12 ua. - [Specht ua.] Rn. 64*). Wird eine altersdiskriminierende Regelung abgeschafft, kann es gerechtfertigt sein, den begünstigten Arbeitnehmern die bislang aus ihr folgenden Vorteile für einen Übergangszeitraum zu belassen (vgl. *EuGH 9. September 2015 - C-20/13 - [Unland] Rn. 46, 49; 11. November 2014 - C-530/13 - [Schmitzer] Rn. 42; 8. September 2011 - C-297/10 und C-298/10 - [Hennigs und Mai] Rn. 90, 92, 98, Slg. 2011, I-7965; näher Thüsing/Pötters EuZW 2015, 935, 936*). 35
- (d) Nach der Rechtsprechung des EuGH kann das Ziel der Besitzstandswahrung dagegen keine Maßnahme rechtfertigen, mit der eine Ungleichbehandlung wegen des Alters endgültig festgeschrieben wird, die durch die Reform eines diskriminierenden Systems, zu der diese Maßnahme gehört, beseitigt werden soll. Eine solche Maßnahme ist, auch wenn sie die Wahrung des Besitzstands und den Schutz des berechtigten Vertrauens der vom früheren System begünstigten Arbeitnehmer sicherstellen kann, nicht geeignet, für die vom früheren System benachteiligten Arbeitnehmer ein diskriminierungsfreies System zu schaffen (vgl. *EuGH 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 39; 11. November 2014 - C-530/13 - [Schmitzer] Rn. 44*). 36
- (e) Darin liegt der Unterschied zu den Bestimmungen, die die Überleitung der unter Geltung des BAT eingestellten Arbeitnehmer in das Vergütungssystem des TVöD zum Gegenstand hatten. Diese Regelungen hat der EuGH mit der Erwägung gebilligt, dass sich die Vergütung im Anschluss an eine zeitlich befristete Übergangsphase von zwei Jahren allein anhand der im TVöD vorgesehenen Kriterien entwickeln werde. Zu ihnen gehört das Lebensalter nicht. Daher sei damit zu rechnen, dass diskriminierende Auswirkungen für alle Arbeitnehmer schrittweise verschwinden würden (vgl. *EuGH 8. September 2011 - C-297/10 und C-298/10 - [Hennigs und Mai] Rn. 96, Slg. 2011, I-7965*). 37
- (f) Die unmittelbare Benachteiligung des Klägers ist nach diesen Grundsätzen nicht gerechtfertigt. 38

- (aa) Der Gedanke der vorübergehenden Besitzstandswahrung trägt die unmittelbare Ungleichbehandlung durch die unveränderte Fortschreibung der unter Geltung des MTV 1994 erworbenen Ansprüche aufgrund der Besitzstandsregelungen im MTV 2005 und MTV 2012 nicht. Für den Kläger wird der altersdiskriminierende Ausschluss von weiteren Schichtfreizeitansprüchen nach den Vorschriften des MTV 1994 ohne zeitliche Beschränkung durch Abs. 1 der Zusatzvereinbarungen zum MTV 2005 und MTV 2012 fortgeschrieben. Die Schichtfreizeitansprüche bleiben stets unverändert. 39
- (bb) Die Fortschreibung der Altersstaffelungen des MTV 1994 durch Abs. 1 der Zusatzvereinbarungen zum MTV 2005 und MTV 2012 ist auch nicht durch den Schutz älterer Arbeitnehmer gerechtfertigt. 40
- (aaa) Es ist schon nicht ersichtlich, dass die in § 5 Abs. 1 MTV 1994 und Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 vorgesehenen Staffelungen der Schichtfreizeittage den Zweck verfolgten, ältere Arbeitnehmer mit zunehmendem Lebensalter zu entlasten. Das hätte ein Ansteigen der Schichtfreizeittage ab Vollendung des 51. Lebensjahres erwarten lassen. Ab dieser Altersschwelle waren aber sowohl nach § 5 Abs. 1 MTV 1994 als auch aufgrund von Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 keine weiteren Zuwächse an Schichtfreizeittagen zu erreichen. 41
- (bbb) Der Zweck des Schutzes älterer Arbeitnehmer ließ sich nach Einführung des MTV 2005 für die „Altarbeitnehmer“, sofern sie nicht bereits in die jeweils höchste Altersstufe fielen, ohnehin nicht mehr verwirklichen. Das zeigt das Beispiel des Klägers. Ungeachtet seines fortschreitenden Lebensalters blieb es für ihn ab dem 1. März 2005 bei den bis dahin erworbenen sechs Schichtfreizeittagen. Der Schutz des behaupteten Erholungsbedürfnisses älterer Arbeitnehmer hätte eine weiterhin mit dem Lebensalter ansteigende Zahl an Schichtfreizeittagen erfordert. 42
- (ccc) Die Beklagte hat keinen Vortrag geleistet, aus dem sich ergibt, dass die Staffelung der Schichtfreizeitansprüche gleichwohl den Schutz älterer Arbeitnehmer bezweckt. Sie hat sich auf die pauschale Behauptung beschränkt, ältere 43

re Arbeitnehmer seien erholungsbedürftiger. Damit hat sie ihrer Vortragslast für einen Rechtfertigungsgrund nach § 10 AGG nicht genügt.

(3) Die nicht gerechtfertigte unmittelbare Benachteiligung des Klägers führt zu einer „Anpassung nach oben“. Tarifliche Regelungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, sind nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Eine solche Unwirksamkeit kann unterschiedliche Auswirkungen haben. 44

(a) Der EuGH hat klargestellt, dass Art. 16 der Richtlinie 2000/78/EG den Mitgliedstaaten keine bestimmte Maßnahme im Fall einer Verletzung des Diskriminierungsverbots vorschreibt. Die Richtlinienvorgabe belässt ihnen vielmehr unter Berücksichtigung der unterschiedlichen denkbaren Sachverhalte die Freiheit, zwischen den verschiedenen Lösungen zu wählen, die zur Verwirklichung des verfolgten Ziels geeignet sind (vgl. *EuGH 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 44*). Im deutschen Recht ist die Vorgabe durch die Anordnung der Unwirksamkeit nach § 7 Abs. 2 AGG umgesetzt worden. Die bloße Nichtanwendung der unwirksamen Regelung kann genügen, um dem Diskriminierungsverbot Genüge zu tun. Betrifft die Unwirksamkeit eine begünstigende Regelung, kann dies zu einer „Anpassung nach unten“ führen, mit der der Vorteil, den die unwirksame Regelung vermittelt, für alle Arbeitnehmer entfällt (vgl. *BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 34, BAGE 154, 118*). 45

(b) Die hier zu beurteilende Gestaltung wahrt die Erfordernisse einer „Anpassung nach unten“ für die Zukunft jedoch nicht. Sie unterscheidet sich von dem Fall, über den der Senat mit Urteil vom 18. Februar 2016 entschieden hat (- 6 AZR 700/14 - Rn. 30 ff., *BAGE 154, 118*). Dort verstieß lediglich eine Komponente, die nötige Vollendung des 55. Lebensjahres, gegen das Verbot der Altersdiskriminierung, während die Honorierung einer 15-jährigen Betriebstreue aufrechterhalten blieb. Es gab also auch nach der „Eliminierung“ der diskriminierenden Bestimmung ein gültiges Bezugssystem, wie es der EuGH verlangt (vgl. *EuGH 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 47; 19. Juni 2014 - C-501/12 ua. - [Specht ua.] Rn. 96; BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 31, aaO*). In der Konstellation, über die der Senat jetzt zu befinden hat, be- 46

ruht die altersdiskriminierende Wirkung allein auf den Altersstaffelungen in § 5 Abs. 1 MTV 1994 und Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 sowie dem Stichtag des 31. Dezember 1993. Solange - wie hier - keine Maßnahmen getroffen worden sind, um die Gleichbehandlung wiederherzustellen, kann der Gleichbehandlungsgrundsatz in einem solchen Fall nur dadurch gewahrt werden, dass den Angehörigen der benachteiligten Gruppe dieselben Vorteile gewährt werden wie diejenigen, die den Angehörigen der privilegierten Gruppe zugutekommen. Die begünstigende Regelung bleibt das einzig gültige Bezugssystem, solange das Unionsrecht nicht richtig durchgeführt ist (*vgl. EuGH 28. Januar 2015 - C-417/13 - [Starjakob] Rn. 46 f. mwN*). Eine „Anpassung nach unten“ scheidet aus.

(4) Die Erfüllung des Anspruchs auf weitere Schichtfreizeittage für das Jahr 2013 ist mit Ablauf des 31. März 2014 aufgrund von § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden. 47

(a) Nach Abs. 4 der Zusatzvereinbarung zum MTV 2012 müssen die Schichtfreizeittage innerhalb des Kalenderjahres, in dem sie entstanden sind, gewährt und genommen werden, spätestens jedoch bis zum 31. März des Folgejahres. Abs. 4 der Zusatzvereinbarung zum MTV 2012 ist mit geringfügigen Abweichungen an den Wortlaut des § 7 Abs. 3 BUrlG angelehnt. Aus § 7 Abs. 3 BUrlG wird im deutschen Urlaubsrecht abgeleitet, der Urlaubsanspruch verfallt grundsätzlich mit Ablauf des Kalenderjahres, spätestens mit Ablauf des Übertragungszeitraums am 31. März des Folgejahres. Die Erfüllung des Anspruchs kann wegen § 275 Abs. 1 BGB nicht mehr verlangt werden. § 275 Abs. 4 BGB eröffnet für den Arbeitnehmer die Möglichkeit, unter den weiteren Voraussetzungen der § 280 Abs. 1 und Abs. 3, § 283 Satz 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung zu beanspruchen. Das erfordert grundsätzlich, dass der Arbeitgeber das Leistungshindernis zu vertreten hat. Das ist nach § 276 Abs. 1 BGB der Fall, wenn er das Leistungshindernis vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat. Tritt das Leistungshindernis ein, nachdem der Arbeitnehmer den Arbeitgeber durch eine Mahnung nach § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verzug gesetzt hatte, hat der Arbeitgeber nach § 287 Satz 2 BGB auch Zufall zu vertre- 48

ten, es sei denn, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Der zum Schadensersatz verpflichtete Arbeitgeber hat in erster Linie Naturalrestitution zu leisten, dh. nach § 249 Abs. 1 BGB den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Hat der Arbeitgeber zu vertreten, dass Freistellungsansprüche des Arbeitnehmers unmöglich geworden sind, folgt daraus die Pflicht, den Arbeitnehmer von der Arbeit freizustellen, als wäre der anspruchsausschließende Umstand nicht eingetreten (*vgl. für das bisherige nationale Verständnis im Urlaubsrecht das Vorabentscheidungsersuchen durch BAG 13. Dezember 2016 - 9 AZR 541/15 (A) - Rn. 13 mwN*).

(b) Diese Grundsätze sind auf Abs. 4 der Zusatzvereinbarung zum MTV 2012 zu übertragen. Die Schichtfreizeittage konnten nur bis zum Ablauf des Kalenderjahres 2013, längstens bis zum 31. März 2014 gewährt und genommen werden. Der Kläger hat seine weiteren Schichtfreizeittage aber rechtzeitig im September 2013 von der Beklagten verlangt. Das führt zu einem Schadensersatzanspruch auf Nachgewährung von sechs Schichtfreizeittagen für das Jahr 2013 aus § 5 Abs. 1 MTV 1994, Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 iVm. §§ 1, 3, 7 AGG und § 275 Abs. 1 und Abs. 4, § 280 Abs. 1, § 283, § 286 Abs. 1, § 287 Satz 2, § 249 Abs. 1 BGB. 49

B. Diese Überlegungen gelten in gleicher Weise für die Schichtfreizeitanprüche der Jahre 2014 und 2015. Dem steht nicht entgegen, dass die beiden Leistungsanträge erst in der Berufungs- bzw. Revisionsinstanz gestellt worden sind. 50

I. Die Berufung des Klägers ist auch hinsichtlich des auf die Schichtfreizeitanprüche für das Jahr 2014 gerichteten Leistungsantrags als zulässig zu behandeln. 51

1. Nach § 533 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG sind die Möglichkeiten der Klageänderung in der Berufungsinstanz beschränkt. Eine Klageänderung ist nur möglich, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich hält. Entscheidet das Landesarbeitsgericht jedoch in der Sache über einen 52

erstmal in der Berufungsinstanz erhobenen Anspruch, kommt es in der Revisionsinstanz nicht mehr darauf an, ob die Klageerweiterung nach § 533 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG zulässig war. Das Landesarbeitsgericht hat die Voraussetzungen einer Klageerweiterung dann zumindest stillschweigend bejaht. Diese Entscheidung bindet das Revisionsgericht. Die Zulässigkeit der Klageänderung ist in der Revisionsinstanz in entsprechender Anwendung von § 268 ZPO nicht mehr zu prüfen (*vgl. BAG 28. September 2016 - 7 AZR 128/14 - Rn. 70; 24. September 2015 - 2 AZR 562/14 - Rn. 23, BAGE 152, 345*).

2. Diesen Anforderungen ist genügt. Das Landesarbeitsgericht hat ausdrücklich auch über die für das Jahr 2014 erhobenen Ansprüche entschieden. 53

II. Der auf weitere sechs Schichtfreizeittage für das Jahr 2015 gerichtete Leistungsantrag ist der Beurteilung des Senats nicht entzogen, weil er erstmals in der Revisionsinstanz gestellt worden ist. 54

1. Eine Klageerweiterung in der Revisionsinstanz ist nach § 559 Abs. 1 ZPO grundsätzlich ausgeschlossen. Von diesem Grundsatz hat das Bundesarbeitsgericht aus prozessökonomischen Gründen Ausnahmen zugelassen, wenn der erweiternde Sachantrag auf einen in der Berufungsinstanz festgestellten oder von den Parteien übereinstimmend vorgetragenen Sachverhalt gestützt wird, sich das rechtliche Prüfungsprogramm nicht wesentlich ändert und die Verfahrensrechte der anderen Partei durch eine Sachentscheidung nicht verkürzt werden (*vgl. BAG 2. November 2016 - 10 AZR 596/15 - Rn. 44*). 55

2. Diese Erfordernisse sind gewahrt. Die Entscheidung über den Leistungsantrag für die Ansprüche aus dem Jahr 2015 erfordert keine weiteren Feststellungen. Das rechtliche Prüfungsprogramm bleibt unverändert. Verfahrensrechte der Beklagten werden nicht beeinträchtigt. 56

C. Der Feststellungsantrag ist erfolgreich. 57

I. Der Antrag ist zulässig. 58

1. Der Zulässigkeit des Feststellungsantrags steht nicht entgegen, dass die Feststellung dem Wortlaut nach auch für den Zeitraum erstrebt wird, der bereits Gegenstand der Leistungsanträge zu 1. bis 3. ist. Regelmäßig besteht zwar kein Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO, wenn sich ein Feststellungs- und ein Leistungsantrag inhaltlich decken (vgl. BAG 4. August 2016 - 6 AZR 129/15 - Rn. 22). Der Kläger hat aber klargestellt, dass er die Verpflichtung der Beklagten festgestellt wissen will, ihm „zukünftig“ zwölf Schichtfreizeittage pro Kalenderjahr zu gewähren. Als zeitlichen Bezugspunkt für die künftige Gewährung hat er die Jahre gewählt, die denjenigen folgen, für die er einen gesonderten Leistungsantrag gestellt hat. Die Leistungsanträge betreffen damit die Jahre 2013, 2014 und 2015. Der Feststellungsantrag hat die folgenden Jahre ab 2016 zum Gegenstand. 59

2. Der angestrebte feststellende Ausspruch ist trotz seiner nicht vollstreckbaren Wirkung geeignet, den Streit der Parteien über die Schichtfreizeitansprüche des Klägers seit dem Kalenderjahr 2016 insgesamt beizulegen und weitere Prozesse zwischen ihnen zu vermeiden. Das rechtfertigt die Annahme eines rechtlichen Interesses (vgl. BAG 22. September 2016 - 6 AZR 423/15 - Rn. 11). 60

II. Der Feststellungsantrag ist begründet. Der Ausschluss des Klägers von weiteren Schichtfreizeitansprüchen durch die Altersstaffeln in § 5 Abs. 1 MTV 1994 und Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 sowie den Stichtag in Buchst. b der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 7 MTV 1994 ist nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Die Besitzstandsregelung in Abs. 1 der Zusatzvereinbarung zum MTV 2012 perpetuiert den altersdiskriminierenden Zustand. 61

D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

62

Fischermeier

Gallner

Krumbiegel

Lorenz

Kammann