

Aktenzeichen: 1 ABR 47/08  
Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Beschluss vom 18. August 2009  
- 1 ABR 47/08 -

I. Arbeitsgericht  
Frankfurt am Main

Beschluss vom 9. August 2007  
- 3 BV 127/07 -

II. Hessisches  
Landesarbeitsgericht

Beschluss vom 6. März 2008  
- 9 TaBV 251/07 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Innerbetriebliche Stellenausschreibung - mittelbare Benachteiligung  
wegen des Alters - Unterlassungsanspruch des Betriebsrats

Gesetze:

AGG § 17 Abs. 2, §§ 11, 7 Abs. 1, § 3 Abs. 2; BetrVG § 23 Abs. 3

Leitsatz:

Die Beschränkung des Bewerberkreises in einer innerbetrieblichen  
Stellenausschreibung auf Arbeitnehmer im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr  
kann eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters darstellen.



# BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 47/08  
9 TaBV 251/07  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
18. August 2009

## BESCHLUSS

Klapp, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1.

Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

Antragsteller und Beschwerdeführer,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Anhörung vom 18. August 2009 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier und Dr. Koch sowie den ehrenamtlichen Richter Rath und die ehrenamtliche Richterin Spoo für Recht erkannt:



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- I. Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird unter Zurückweisung der Rechtsbeschwerde im Übrigen der Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 6. März 2008 - 9 TaBV 251/07 - aufgehoben.
- II. Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 9. August 2007 - 3 BV 127/07 - teilweise abgeändert:
  1. Der Arbeitgeberin wird aufgegeben, es zu unterlassen, im Bezirk 302 (Rüsselsheim) betriebsinterne Stellenausschreibungen für Verkaufs-/Kassierkräfte mit Angabe des ersten Berufs- oder Tätigkeitsjahres für die Eingruppierung vorzunehmen.
  2. Der Arbeitgeberin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen ihre Verpflichtung aus II.1. ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 10.000,00 Euro angedroht.
  3. Im Übrigen wird die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen.

## Von Rechts wegen!

### Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Zulässigkeit von Stellenausschreibungen. 1

Die Arbeitgeberin betreibt bundesweit Drogeriemärkte. Antragsteller ist der für den Betrieb „Bezirk 302 (R)“ auf der Grundlage eines Tarifvertrags iSd. § 3 BetrVG errichtete Betriebsrat. 2

Der Arbeitgeber schrieb im Jahr 2007 wiederholt innerbetrieblich Stellen aus. Die Stellenausschreibungen vom 9. und vom 14. Februar 2007 lauteten: 3

„ für die Verkaufsstelle **F, Dstraße** suchen wir ab sofort  
**Verkäufer/Kassierer** (männlich/weiblich) für  
**20,0 Stunden/Woche**

Tarifgruppe: A/1. Bj. € 662,40“.



In der Stellenausschreibung vom 30. März 2007 hieß es:

„ für die Verkaufsstelle **B, Mstraße 5 - 9** suchen wir ab sofort **Verkäufer/Kassierer (männlich/weiblich) für 20,0 Stunden/Woche**

Tarifgruppe I/2. Bj. € 948,00“.

Nach einer weiteren innerbetrieblichen Stellenausschreibung vom 25. Juni 2007 war in der Verkaufsstelle in O eine Stelle als Verkäufer/Kassierer (männlich/weiblich) für sieben Wochenarbeitsstunden zu besetzen. Als Vergütung war in der Ausschreibung „Tarifgruppe: I/1. Tj./€ 242,30“ angegeben.

Die Arbeitgeberin wendet je nach Lage der Verkaufsstelle für das dort beschäftigte Personal die Tarifverträge für die Arbeitnehmer im Einzelhandel im Land Rheinland-Pfalz bzw. im Hessischen Einzelhandel an. Bei der in den Stellenausschreibungen genannten Gehaltsgruppe I bzw. A handelt es sich um die niedrigste Vergütungsgruppe der jeweiligen Gehaltstarifverträge. Die Vergütungshöhe der dort eingruppierten Arbeitnehmer erhöht sich mit der Anzahl der zurückgelegten Berufs-/Tätigkeitsjahre.

Der Betriebsrat hat erfolglos der Aufnahme der Berufsjahre in den Text der Stellenausschreibungen widersprochen und das vorliegende Beschlussverfahren eingeleitet. Er hat die Auffassung vertreten, durch die in den Stellenausschreibungen enthaltene Beschränkung auf das erste und das zweite Berufs-/Tätigkeitsjahr würden Arbeitnehmer von einer Bewerbung auf die ausgeschriebenen Stellen abgehalten, die sich bereits in einem höheren Berufs-/Tätigkeitsjahr befänden. Das bewirke eine nach dem AGG unzulässige mittelbare Benachteiligung wegen des Alters, da die ausgeschlossenen Arbeitnehmer regelmäßig älter seien als der in den Stellenausschreibungen angesprochene Bewerberkreis.

Der Betriebsrat hat - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Bedeutung - beantragt,

dem Arbeitgeber aufzugeben, es zu unterlassen, im Bezirk 302 (R) Stellenausschreibungen für Verkaufs-/Kassierkräfte mit Angabe des ersten oder zweiten Berufs- oder Tätigkeitsjahres bei der Eingruppierung vorzu-



nehmen bei Meidung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 10.000,00 Euro für jeden Fall der Zuwiderhandlung; hilfsweise,

dem Arbeitgeber aufzugeben, es zu unterlassen, im Bezirk 302 (R) bezirksinterne Stellenausschreibungen für Verkaufs-/Kassierkräfte mit Angabe des ersten oder zweiten Berufs- oder Tätigkeitsjahres bei der Eingruppierung vorzunehmen bei Meidung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 10.000,00 Euro für jeden Fall der Zuwiderhandlung.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie hat die in den Stellenausschreibungen vorgenommene Beschränkung des Bewerberkreises zur Sicherung der Altersstruktur und aus Kostengründen für gerechtfertigt gehalten. Bei den fraglichen Verkaufsstellen handele es sich um umsatzschwache Filialen, die nur bei dem Einsatz von Arbeitnehmern kostendeckend geführt werden könnten, die sich im ersten oder im zweiten Berufs-/Tätigkeitsjahr befinden. Daneben sei der Antrag schon deshalb abzuweisen, weil sie jedenfalls nicht „grob“ gegen ihre Pflichten aus dem AGG verstoßen habe.

9

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat ihm entsprochen. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt die Arbeitgeberin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

10

B. Die Rechtsbeschwerde ist teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem Hauptantrag des Betriebsrats zu Unrecht entsprochen. Sein in der Rechtsbeschwerdeinstanz angefallener Hilfsantrag ist teilweise begründet. Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, in betriebsinternen Stellenausschreibungen die Aufnahme des ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres für Verkaufs-/Kassierkräfte zu unterlassen.

11

I. Die Anträge des Betriebsrats sind zulässig.

12

1. Die Anträge bedürfen der Auslegung. Nach dem Hauptantrag des Betriebsrats soll es die Arbeitgeberin unterlassen, in Stellenausschreibungen für das Verkaufspersonal sowohl das erste wie auch das zweite Berufs-/Tätigkeitsjahr aufzunehmen, soweit diese Angaben als Höchstanforderungen aus-

13



gestaltet sind. Der Betriebsrat wendet sich nicht gegen die Erwähnung des ersten oder des zweiten Berufs-/Tätigkeitsjahres in den Stellenausschreibungen, soweit die Arbeitgeberin kenntlich macht, dass sich auch andere Interessenten auf die ausgeschriebenen Stellen bewerben können. Mit dem Hilfsantrag hat der Betriebsrat sein Begehren auf die im Betrieb R veröffentlichten Stellenausschreibungen beschränkt, die sich an die dort beschäftigten Arbeitnehmer richten. Hingegen ist nicht Gegenstand der Anträge, ob die Arbeitgeberin berechtigt ist, im Text der Stellenausschreibungen eine bestimmte Vergütungsgruppe oder ein bestimmtes Tarifentgelt anzugeben. Für ein solches Verständnis spricht weder der Antragswortlaut, in dem nur die Berufs-/Tätigkeitsjahre angeführt werden, noch die Antragsbegründung, die auf benachteiligende Auswirkungen dieser Angaben nicht eingeht.

2. Mit diesem Inhalt sind die Anträge zulässig. Sie genügen den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Bei einer dem Antrag stattgebenden Entscheidung kann die Arbeitgeberin eindeutig erkennen, was von ihr verlangt wird, und wann sie wegen eines Verstoßes mit der Verhängung eines Ordnungsgeldes rechnen muss. 14

II. Der Hauptantrag des Betriebsrats ist unbegründet, sein Hilfsantrag teilweise begründet. 15

1. Der Betriebsrat kann nicht nach § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG iVm. § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG beanspruchen, dass die Arbeitgeberin die Angabe des ersten oder des zweiten Berufs-/Tätigkeitsjahres in sämtlichen Stellenausschreibungen für Verkaufs-/Kassenkräfte unterlässt. Voraussetzung eines solchen Unterlassungsanspruchs ist ein grober Verstoß des Arbeitgebers gegen seine sich aus dem 2. Abschnitt des AGG ergebenden Pflichten. Einen Pflichtverstoß der Arbeitgeberin in Bezug auf Stellenausschreibungen, die sich an externe Bewerber richten, hat der Betriebsrat nicht vorgetragen. 16

a) Der vom Betriebsrat als Hauptantrag gestellte Unterlassungsantrag ist ein Globalantrag. Er erfasst jede Form der an externe und interne Bewerber gerichteten Stellenausschreibungen, in denen das erste und/oder das zweite 17



Berufs-/Tätigkeitsjahr für das Verkaufspersonal als Mindestanforderung genannt wird. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein Globalantrag, der einschränkungslos eine Vielzahl möglicher Fallgestaltungen erfasst, grundsätzlich als insgesamt unbegründet abzuweisen, wenn unter ihn zumindest auch Sachverhalte fallen, in denen sich der Antrag als unbegründet erweist (3. Juni 2003 - 1 ABR 19/02 - zu B II 2 a der Gründe mwN, BAGE 106, 188).

b) Danach ist der Hauptantrag unbegründet. Er erfasst auch Fallgestaltungen, in denen er mangels einschlägiger Pflichtverletzungen der Arbeitgeberin unbegründet ist. 18

aa) Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG kann ua. der Betriebsrat bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften aus dem 2. Abschnitt des AGG unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG die dort genannten Rechte gerichtlich geltend machen. Danach kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen. Der Antrag setzt voraus, dass der Arbeitgeber bereits grob gegen seine sich aus dem 2. Abschnitt des AGG ergebenden Pflichten verstoßen hat. Die bloße Gefahr eines groben Pflichtenverstoßes reicht nicht (vgl. BAG 18. April 1985 - 6 ABR 19/84 - zu B II 4 b der Gründe, BAGE 48, 246). 19

bb) Der auch externe Stellenausschreibungen umfassende Antrag ist unbegründet. Der Betriebsrat hat einen Pflichtverstoß der Arbeitgeberin gegen ihre Verpflichtung zur benachteiligungsfreien Stellenausschreibung in Bezug auf externe Stellenbewerber nicht dargetan. Die von ihm angeführten Stellenausschreibungen richten sich ausnahmslos an interne Bewerber. 20

2. Der danach dem Senat zur Entscheidung angefallene Hilfsantrag ist teilweise begründet. Wurde in der Vorinstanz schon dem Hauptantrag des Antragstellers stattgegeben, gelangt mit der (Rechts-)Beschwerde eines Beteiligten auch ein Hilfsantrag des Antragstellers automatisch in die Rechtsmittelinstanz, ohne dass es eines (vorsorglichen) Anschlussrechtsmittels bedürfte; 21



dies gilt jedenfalls bei einem engen sachlichen und rechtlichen Zusammenhang der Anträge (*BAG 10. März 2009 - 1 ABR 93/07 - Rn. 38, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 127 = EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 12*). Ein ausreichender Zusammenhang ist hier gegeben. Der Hilfsantrag ist unbegründet, soweit der Betriebsrat die Unterlassung von innerbetrieblichen Stellenausschreibungen verlangt, in denen die Arbeitgeberin für die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle auf die Einreihung der Bewerber in das zweite Berufs-/Tätigkeitsjahr abstellt. Im Übrigen ist der Hilfsantrag begründet.

a) Der Betriebsrat hat keinen Anspruch auf Unterlassung der Angabe des zweiten Berufs-/Tätigkeitsjahres in innerbetrieblichen Stellenausschreibungen. Es fehlt an einem nach § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG erforderlichen Verstoß der Arbeitgeberin gegen ihre sich aus dem AGG ergebenden Pflichten. 22

Die Arbeitgeberin hat mit dem Schreiben vom 30. März 2007 nicht gegen ihre sich aus § 11 AGG ergebende Pflicht zur benachteiligungsfreien Stellenausschreibung verstoßen. Es bedarf keiner Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einer Beschränkung des Bewerberkreises auf Arbeitnehmer im zweiten Berufs-/Tätigkeitsjahr eine nach § 3 Abs. 2 AGG unzulässige mittelbare Benachteiligung wegen des Alters vorliegen kann. Die Stellenausschreibung vom 30. März 2007 kann schon wegen der in ihr enthaltenen widersprüchlichen Angaben („*Tarifgruppe: I/2. Bj./€ 948,00*“) nicht dahingehend verstanden werden, dass sie sich ausschließlich an Arbeitnehmer richtet, die sich im zweiten Berufs-/Tätigkeitsjahr des einschlägigen Gehaltstarifvertrags für den hessischen Einzelhandel (*GehaltTV Hessen*) befinden. 23

Die in der Stellenausschreibung genannte Verkaufsstelle B liegt in Hessen. Die Eingruppierung der Arbeitnehmer im hessischen Einzelhandel bestimmt sich grundsätzlich nach Beschäftigungsgruppen (§ 3 *GehaltTV Hessen*). § 3 Abschnitt A *GehaltTV Hessen* enthält für die Eingruppierung von Angestellten ohne abgeschlossene kaufmännische oder technische Ausbildung nur eine Staffelung der Vergütung nach Tätigkeitsjahren und keine weitere Unterteilung nach Tarifgruppen. Auch in § 3 Abschnitt B *GehaltTV Hessen* ist keine „Tarifgruppe I“ ausgebracht, sondern nur die Gehaltsgruppe Ia) bzw. Ib). 24



Die Vergütungshöhe der dort eingruppierten Angestellten mit einer abgeschlossenen kaufmännischen oder technischen Ausbildung richtet sich grundsätzlich nach der Dauer der zurückgelegten Berufsjahre. Der in der Stellenausschreibung vom 30. März 2007 angegebene Betrag von 948,00 Euro entspricht unter Berücksichtigung der tariflichen Wochenarbeitszeit von 37,5 Stunden einer Monatsvergütung von 1.777,50 Euro. Diese Vergütung liegt über dem Verdienst für eine in § 3 Abschnitt B Gehaltsgruppe Ia) im zweiten Berufsjahr GehaltTV Hessen eingruppierte Vollzeitkraft, der 1.451,00 Euro monatlich beträgt. Der Betrag von 1.777,50 Euro wird erst von einem vollbeschäftigten Arbeitnehmer der Gehaltsgruppe Ia) nach dem fünften Berufsjahr überschritten, dessen Monatsverdienst 2.006,00 Euro beträgt.

b) Im Übrigen ist der Hilfsantrag begründet. Der Betriebsrat kann nach § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG, § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG beanspruchen, dass die Arbeitgeberin in ihren innerbetrieblichen Stellenausschreibungen zukünftig die Angabe des ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres im Sinne einer als Höchstanforderung verstandenen Voraussetzung unterlässt. Die Arbeitgeberin hat in den Stellenausschreibungen vom 9. und 14. Februar 2007 sowie vom 25. Juni 2007 Arbeitnehmer, die sich nicht im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr der niedrigsten Vergütungsgruppe der jeweils einschlägigen Einzelhandelsarbeitsverträge befinden, von einer Bewerbung auf die ausgeschriebenen Arbeitsplätze ausgeschlossen. Die Beschränkung der innerbetrieblichen Stellenausschreibung auf Arbeitnehmer im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr stellt eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters iSd. § 3 Abs. 2 AGG und damit eine Zuwiderhandlung gegen die sich für die Arbeitgeberin aus § 11 AGG iVm. § 7 Abs. 1 AGG ergebende Pflicht zur benachteiligungsfreien Stellenausschreibung dar. Der Verstoß der Arbeitgeberin war auch grob iSv. § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG.

aa) Die Vorinstanzen haben die Stellenausschreibungen vom 9. und 14. Februar 2007 sowie vom 25. Juni 2007 zutreffend dahingehend gewürdigt, dass sie sich entsprechend der betrieblichen Gepflogenheiten nur an betriebsangehörige Arbeitnehmer richten, die sich im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr der niedrigsten Vergütungsgruppe der jeweils regional ein-

25

26



schlägigen Gehaltstarifverträge befinden. Für diese Sichtweise spricht die Angabe des Tarifgehalts in den Stellenausschreibungen, das dem eines in die niedrigste Vergütungsgruppe des einschlägigen Gehaltstarifvertrags im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr eingruppierten Arbeitnehmers entspricht. Andere Beschäftigte, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sollen durch die Stellenausschreibungen nicht zu einer Bewerbung aufgefordert werden. Die Arbeitgeberin ist diesem Verständnis der Stellenausschreibungen nicht entgegengetreten. Ihre zur Beschränkung des Bewerberkreises angeführte Rechtfertigung, sie könne zur Sicherung der Altersstruktur und aus wirtschaftlichen Gründen die ausgeschriebenen Stellen nur mit Personen besetzen, die in das erste Berufs-/Tätigkeitsjahr der niedrigsten Tarifgruppe eingruppiert sind, bestätigt vielmehr diese Auslegung.

bb) Die Angabe des ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres in den vom Betriebsrat beanstandeten Stellenausschreibungen stellt eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters iSd. § 3 Abs. 2, § 1 AGG dar. Bei dem von der Arbeitgeberin verwandten Merkmal des ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres handelt es sich um ein neutrales Kriterium iSv. § 3 Abs. 2 AGG, von dessen Verwendung die bei der Arbeitgeberin beschäftigten Arbeitnehmer wegen ihres Lebensalters unterschiedlich betroffen werden. Das im Sinne einer Höchstanforderung verwandte Merkmal schließt typischerweise Arbeitnehmer mit einem höheren Lebensalter von der Bewerbung auf die ausgeschriebenen Arbeitsplätze aus. Die von der Arbeitgeberin angeführten Gründe für die Beschränkung des betriebsinternen Bewerberkreises rechtfertigen die mittelbar auf dem Alter beruhende Ungleichbehandlung nicht.

27

(1) Nach § 3 Abs. 2 AGG liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

28



(a) Für die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Alters iSd. § 3 Abs. 2 AGG ist kein statistischer Nachweis erforderlich, dass eine bestimmte Altersgruppe durch die in Frage stehenden Kriterien tatsächlich wegen ihres Alters benachteiligt wird. Es ist ausreichend, wenn das Kriterium hierzu typischerweise geeignet ist. Dies folgt aus dem Gesetzeswortlaut und entspricht dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot des effet-utile, wonach die Regelungen einer Richtlinie innerhalb ihres Geltungsbereichs tatsächliche Wirksamkeit entfalten sollen. 29

(b) Eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals kann aber durch ein legitimes Ziel und die Wahl von verhältnismäßigen Mitteln zu seiner Durchsetzung gerechtfertigt werden (§ 3 Abs. 2 2. Halbs. AGG). In einem solchen Fall fehlt es bereits an den tatbestandlichen Voraussetzungen einer mittelbaren Benachteiligung. 30

Dieses Normverständnis des § 3 Abs. 2 AGG folgt der gemeinschaftsrechtlichen Regelungssystematik. Art. 2 Abs. 2 RL 2000/78/EG unterscheidet zwischen Diskriminierungen, die unmittelbar auf den in Art. 1 RL 2000/78/EG angeführten Merkmalen beruhen, und den mittelbaren Diskriminierungen. Während eine unmittelbar auf dem Merkmal des Alters beruhende Ungleichbehandlung nur nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG gerechtfertigt werden kann, können diejenigen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die mittelbare Diskriminierungen bewirken können, nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b RL 2000/78/EG schon der Qualifikation als Diskriminierung entgehen, sofern sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (*EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 59, EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 9*). Bewirken die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren wegen des Vorliegens eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. b RL 2000/78/EG deshalb keine mittelbare Diskriminierung, bedarf es keines Rückgriffs auf Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG (*EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 66, aaO*). Das von dem neutralen Kriterium verfolgte Ziel, das über das Vorliegen einer mittelbaren Dis- 31



kriminierung entscheidet, muss danach nicht ein rechtmäßiges Ziel iSd. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung verfolgen, sondern schließt andere von der Rechtsordnung anerkannte Gründe für die Verwendung des neutralen Kriteriums ein. Die differenzierende Maßnahme muss allerdings zur Erreichung des legitimen Ziels geeignet und erforderlich sein und einen im Verhältnis zur Bedeutung des Ziels noch angemessenen Eingriff in die Rechte der Benachteiligten darstellen (*ErfK/Schlachter* 9. Aufl. § 3 AGG Rn. 9).

(2) Danach bewirkt das als neutrales Kriterium formulierte Merkmal des ersten Berufs-/Tätigkeitsjahres in den internen Stellenausschreibungen vom 9. und 14. Februar 2007 sowie vom 25. Juni 2007 eine mittelbare Benachteiligung der im Betrieb R beschäftigten Arbeitnehmer wegen des Alters. 32

(a) Die Beschränkung des Bewerberkreises führt zu einer mittelbaren Ungleichbehandlung aufgrund des Lebensalters. Das Merkmal „Erstes Berufs-/Tätigkeitsjahr“ schließt die bei der Arbeitgeberin beschäftigten Arbeitnehmer von dem Bewerbungsverfahren aus, die nach den einschlägigen Gehaltstarifverträgen des Einzelhandels in ein höheres Berufs-/Tätigkeitsjahr eingestuft sind. Mit zunehmender Berufstätigkeit steigt auch das Lebensalter. Arbeitnehmer mit einer höheren Anzahl von Berufs-/Tätigkeitsjahren weisen gegenüber Berufsanfängern daher typischerweise ein höheres Lebensalter auf. Die Arbeitgeberin hat die Indizwirkung der hypothetischen Betrachtungsweise auch nicht in Frage gestellt. 33

(b) Die mittelbare Ungleichbehandlung ist offenkundig nicht gerechtfertigt. Die Arbeitgeberin hat die Beschränkung des Bewerberkreises damit begründet, dass berufserfahrene Arbeitnehmer nicht für die Besetzung der Stellen in den Filialen F oder O in Betracht kommen. Sie wolle durch die Beschäftigung von Berufsanfängern eine ausgewogene Altersstruktur im Betrieb sichern und ihre Personalkosten begrenzen. Ungeachtet dessen, ob es sich bei den von der Arbeitgeberin angeführten Gründen um ein legitimes Ziel iSd. § 3 Abs. 2 AGG handelt, war die Besetzung der ausgeschriebenen Arbeitsplätze mit Arbeitnehmern im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr schon nicht geeignet, die von der 34



Arbeitgeberin verfolgten Ziele zu erreichen. Die Versetzung eines Arbeitnehmers im ersten Berufs-/Tätigkeitsjahr auf einen der ausgeschriebenen Arbeitsplätze hat keine Auswirkungen auf die bestehende Altersstruktur im Betrieb R. Die altersmäßige Zusammensetzung der dortigen Belegschaft wird durch einen Wechsel eines Arbeitnehmers, der über ein höheres Berufs-/Tätigkeitsjahr verfügt, auf den zu besetzenden Arbeitsplatz in den Filialen F oder O nicht verändert. Die Besetzung der ausgeschriebenen Arbeitsplätze durch einen innerbetrieblichen Bewerber führt auch nicht zu der von der Arbeitgeberin angestrebten Reduzierung der zukünftig anfallenden Personalkosten. Die Stellenbesetzung mit einem bereits im Betrieb beschäftigten Berufsanfänger ist kostenneutral.

cc) Der Verstoß der Arbeitgeberin war auch grob iSv. § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG. 35

(1) Ein grober Verstoß des Arbeitgebers gegen seine sich aus dem AGG ergebenden Pflichten liegt vor, wenn es sich um eine objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende Pflichtverletzung handelt, wobei es auf ein Verschulden nicht ankommt (zu § 23 Abs. 3 BetrVG: BAG 29. April 2004 - 1 ABR 30/02 - zu B IV 2 b bb der Gründe, BAGE 110, 252). Die für das Merkmal des „groben“ Verstoßes iSv. § 23 Abs. 3 BetrVG bestehenden Grundsätze gelten insoweit auch im Rahmen des § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG (BT-Drucks. 16/2022 S. 12). Ein grober Verstoß ist regelmäßig zu bejahen, wenn der Arbeitgeber mehrfach und erkennbar gegen seine sich aus dem AGG ergebenden Pflichten verstoßen hat. Allerdings scheidet ein grober Verstoß des Arbeitgebers dann aus, wenn er seine Rechtsposition in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage verteidigt (BAG 16. Juli 1991 - 1 ABR 69/90 - zu B II 2 a der Gründe, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 44 = EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 48; 8. August 1989 - 1 ABR 63/88 - zu B III der Gründe, BAGE 62, 314). 36

(2) Der Pflichtverstoß der Arbeitgeberin ist objektiv erheblich. Die Beschränkung der Stellenausschreibungen auf Arbeitnehmer im ersten 37



Berufs-/Tätigkeitsjahr führt dazu, dass bestimmte Arbeitsplätze für den überwiegenden Teil des im Bezirk R beschäftigten Verkaufspersonals verschlossen bleiben. Es handelt sich auch nicht nur um eine einmalige Pflichtverletzung. Die Arbeitgeberin hat ihre Ausschreibungspraxis trotz der hiergegen vom Betriebsrat erhobenen Einwendungen fortgesetzt. Eine grobe Pflichtverletzung scheidet nicht etwa deshalb aus, weil die Arbeitgeberin eine bestimmte Rechtsansicht in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage verteidigen würde. Dies ist nicht der Fall. Die Verknüpfung der Dauer der Berufs-/Tätigkeitszeit mit dem Lebensalter und die damit verbundenen Auswirkungen auf den Bewerberkreis der innerbetrieblichen Stellenausschreibungen war offensichtlich untauglich, die von ihr verfolgten Ziele, eine ausgewogene Altersstruktur zu sichern oder eine Begrenzung von Personalkosten zu erreichen.

Schmidt

Linsenmaier

Koch

Rath

Spoo



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
([mobile App](#))

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)