

Aktenzeichen: 8 AZR 906/07
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 22. Januar 2009
- 8 AZR 906/07 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 25. April 2007
- 86 Ca 23363/06 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 19. September 2007
- 15 Sa 1144/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Altersdiskriminierung - Entschädigung - Versetzung

Gesetze:

GG Art. 1, 2, 3; AGG §§ 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 15; ZPO §§ 253, 256; BGB §§ 253, 823; ArbGG § 61b; KSchG § 1; InsO § 125; Stellenpoolgesetz des Landes Berlin vom 9. Dezember 2003 (StPG) (GVBl. S. 589) § 1; Eigenbetriebsgesetz des Landes Berlin vom 13. Juli 1999 (GVBl. S. 374) §§ 1, 4, 5; PersVG Berlin § 99c

Leitsätze:

1. Ein Anspruch des Arbeitnehmers nach § 15 Abs. 2 AGG gegen den Arbeitgeber auf Entschädigung wegen eines Nichtvermögensschadens aufgrund eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot setzt kein schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers voraus.

2. Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist nicht, dass der Arbeitnehmer in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist. Bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot ist grundsätzlich das Entstehen eines immateriellen Schadens beim Arbeitnehmer anzunehmen, welcher zu einem Entschädigungsanspruch führt.

Parallelsachen BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 73/08 -, - 8 AZR 906/07 -
(vorliegend und führend)



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





JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 906/07
15 Sa 1144/07
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
22. Januar 2009

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsbeklagtes, revisionsklagendes und anschluss-
revisionsbeklagtes Land,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte und Anschluss-
revisionsklägerin,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 22. Januar 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundes-
arbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sowie die ehrenamtliche Richterin Morsch und den ehrenamtlichen Richter von Schuckmann für Recht erkannt:

Die Revision des beklagten Landes und die Anschlussrevision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 19. September 2007 - 15 Sa 1144/07 - werden zurückgewiesen.

Das beklagte Land hat zu 16 % und die Klägerin zu 84 % die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch darüber, ob die Zuordnung der Klägerin zum Personalüberhang wirksam war sowie ob das beklagte Land die Klägerin wegen ihres Alters benachteiligt und diese deswegen einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung hat.

Die am 31. Januar 1956 geborene Klägerin war in der ehemaligen DDR in einer Kindertagesstätte in Berlin/H tätig. In dem Arbeitsvertrag vom 21. März 2000 vereinbarten die Klägerin und das beklagte Land eine Übernahme der Klägerin vom Bezirksamt H von Berlin in den Bereich des Bezirksamtes T von Berlin mit Wirkung vom 6. Februar 2000 für eine Beschäftigung als Erzieherin. Das beklagte Land geht von einer Beschäftigungszeit seit dem 14. Mai 1988 aus. In § 5 des Arbeitsvertrages ist angegeben, dass die Klägerin in der VergGr. Vc der Anlage 1a zum BAT eingruppiert ist.

Das beklagte Land errichtete mehrere Eigenbetriebe, denen Kindertagesstätten zugeordnet wurden, ua. den Eigenbetrieb „Kindergärten City - Eigenbetrieb von Berlin -“, der für die Kindertagesstätten der Bezirke M und F zuständig ist. Zu diesen Kindertagesstätten gehört die Kindertagesstätte (Kita) R Straße, in der die Klägerin als Erzieherin arbeitete.



Der Kindergärten City - Eigenbetrieb von Berlin - beschäftigte zum Stichtag 1. Oktober 2006 in seinen Einrichtungen 829 Erzieherinnen und Erzieher, die in VergGr. VIb/Vc BAT eingruppiert waren. Von diesen waren 263 bis 39 Jahre alt und 566 40 Jahre und älter. Das Durchschnittsalter betrug 45 Jahre. In der Kita R Straße waren am Stichtag 1. Oktober 2006 13 Erzieherinnen unter und 15 über 40 Jahre alt.

Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 des am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Stellenpoolgesetzes (*StPG*) des beklagten Landes vom 9. Dezember 2003 ist das Zentrale Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) eine der Senatsverwaltung für Finanzen nachgeordnete Behörde. Dieser werden diejenigen Dienstkräfte unterstellt, deren Beschäftigung durch den Wegfall von Aufgaben oder die Verlagerung von Aufgaben auf andere Dienstkräfte in ihrer Dienstbehörde nicht mehr möglich ist. Das Zentrale Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) ist Dienstbehörde und Personalstelle für die Personalüberhangkräfte der Berliner Verwaltung, § 1 Abs. 1 Satz 2 StPG. Dienstkräfte, die von den Dienstbehörden oder Personalstellen dem Personalüberhang zugeordnet worden sind, sind Personalüberhangkräfte, § 1 Abs. 2 Satz 1 StPG. Diese werden zum Zentralen Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) versetzt, § 1 Abs. 2 Satz 3 StPG. Auf der Grundlage des § 5 der Landeshaushaltsordnung in der Fassung vom 10. Februar 2003 (*GVBl. S. 62*) erließ der Finanzsenator am 28. Juni 2005 die „Verwaltungsvorschrift über die Zuordnung von Beschäftigten zum Personalüberhang“ (*im Folgenden VV Auswahl*).

In § 5 VV Auswahl ist ua. Folgendes festgelegt:

„(2) Eine Zuordnung zum Personalüberhang nach den in § 6 aufgeführten Auswahlkriterien findet nicht statt, wenn die Weiterbeschäftigung der Beschäftigten insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur (einschließlich der Ziele des § 3 Abs. 3 Landesgleichstellungsgesetz) im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.“

Gemäß § 6 VV Auswahl erfolgt die Auswahl der Beschäftigten stichtagsbezogen nach den Kriterien Lebensalter, Beschäftigungszeiten, Unterhalts-



pflichten und Schwerbehinderung, wobei jedem dieser Kriterien bestimmte Punkte zugeordnet werden.

Die VV Auswahl war Grundlage für die Ermittlung des Personalüberhangs in den Kindergärten des Eigenbetriebs Kindergärten City. Die Geschäftsleitung des Eigenbetriebs Kindergärten City fertigte unter dem 26. Oktober 2006 einen Vermerk zur „Benennung von Erzieherinnen und Mitarbeiterinnen in der Tätigkeit als Erzieherinnen für den Personalüberhang im Eigenbetrieb Kindergärten City zum 01.01.2007“. Darin legte die Geschäftsleitung ua. Folgendes fest:

8

- „6.2 Für die Beschäftigten der Vgr. VIb/Vc BAT erfolgt die Anwendung des § 6 und die Bepunktung nach Aktenlage und ergänzender Erhebungen bei den Beschäftigten.
- 7. Die Zuordnung von Beschäftigten zum Personalüberhang erfolgt innerhalb der einzelnen Kindergärten. Sie bilden den jeweiligen Auswahlbereich. Es werden die Kindergärten zu einem Auswahlbereich bestimmt, die mit Stichtag 01.10.2006 die größten Differenzen zwischen Personal-Soll und Personal-Ist aufwiesen, absteigend bis zu der erforderlichen Zahl der abzubauenen Stellen. Die Festlegung der einzelnen Kindergarten-Standorte als Auswahlbereiche erfolgt in der Erwägung, dass die Kindergärten, die über eine adäquate Personalzuweisung verfügen oder gar personell unterausgestattet sind, von einem überflüssigen Wechsel ihrer Mitarbeiterinnen verschont bleiben. Dies entspricht auch dem Grundsatz die Anzahl der Bezugspersonenwechsel möglichst gering zu halten.
- 8. Definition der Auswahlgruppe
 - 8.2 Alle Erzieherinnen ab dem vollendeten 40. Lebensjahr, die in die Vergütungsgruppe VIb/Vc eingereiht sind und die zwischen 100 v.H. und mindestens 76 v.H. der vollen regelmäßigen Arbeitszeit erbringen. Für diesen Personenkreis werden die Kriterien gem. § 6 VV Auswahl angewendet. ...
 - 8.3 Zur Sicherstellung einer ausgewogenen Personalstruktur wird die Auswahlgruppe gem. § 5 (2) VV-Auswahl auf den Personenkreis der Erzieherinnen ab dem vollendeten 40. Lebens-



jahr begrenzt.“

Mit Schreiben vom 17. November 2006 informierte das beklagte Land die Klägerin, dass sie ab dem 1. Januar 2007 dem Personalüberhang zugeordnet werde. In einem Schreiben des Zentralen Personalüberhangmanagements vom 27. Dezember 2006 wurde der Klägerin die Versetzung als Personalüberhangkraft in das Zentrale Personalüberhangmanagement mit Wirkung zum 1. Januar 2007 mitgeteilt. Seit diesem Zeitpunkt wurde sie zunächst kurzfristig als Erzieherin in verschiedenen Kindertagesstätten, teilweise auch in privaten Kindergärten, eingesetzt.

Die Klägerin machte am 18. Januar 2007 gegenüber dem beklagten Land schriftlich einen Schadensersatz- und Schmerzensgeldanspruch unter Berufung auf § 15 AGG geltend mit der Begründung, sie sei aus Gründen des Alters benachteiligt worden. Das Schreiben ging dem beklagten Land spätestens am 5. Februar 2007 zu.

Mit ihrer am 21. Dezember 2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin zunächst die gerichtliche Feststellung begehrt, sie sei nicht dem Personalüberhang zugeordnet und dann am 4. Januar 2007 ihre Klage auf die gerichtliche Feststellung erweitert, dass die Versetzung vom 27. Dezember 2006 zum Zentralen Personalüberhangmanagement unwirksam sei. Mit Klageerweiterung vom 22. März 2007, beim Arbeitsgericht am 23. März 2007 eingegangen und dem beklagten Land am 3. April 2007 zugestellt, hat die Klägerin die Zahlung eines in das Ermessen des Gerichtes gestellten Schmerzensgeldes, welches den Betrag von 4.000,00 Euro nicht unterschreiten sollte, verlangt.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, Gegenstand einer Feststellungsklage könne auch die Zuordnung zum Personalüberhang sein. Sie meint des Weiteren, ihr stehe ein Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 4.000,00 Euro zu, da sie von dem beklagten Land wegen ihres Alters diskriminiert worden sei. Die Bildung der Auswahlgruppe für Erzieherinnen ab dem vollendeten 40. Lebensjahr sei rechtswidrig gewesen und stelle eine Benachteiligung gemäß § 1 AGG in Verbindung mit § 7 AGG dar. Das beklagte Land habe



weder dargelegt, dass eine ordnungsgemäße Auswahl zu einer Überalterung geführt hätte noch welche Personalstruktur nunmehr durch die tatsächliche Auswahl herbeigeführt worden sei und warum diese zum Betrieb der Kindergärten unbedingt erforderlich sei. Allein die Verjüngung der Belegschaft sei kein legitimes Ziel iSd. § 10 AGG. Damit gehe auch keine Verbesserung der Personalstruktur einher. Für die Entstehung des geltend gemachten Anspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG sei die Schwere der Verletzung unerheblich. Die Vorschrift verlange keinen besonders festzustellenden Schaden. Es handele sich um eine verschuldensunabhängige Haftung. Bei der Höhe der Entschädigung sei zu berücksichtigen, dass sie einer erheblichen Belastung ausgesetzt worden sei. Sie habe sich von den zu betreuenden Kindern und Eltern verabschieden müssen. Auch schaue sie auf eine ungewisse Zukunft und sei den Belastungen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens ausgesetzt. Sie müsse sich von dem beklagten Land vorhalten lassen, sie sei aufgrund ihres Alters nicht mehr leistungsfähig und grundsätzlich zu alt für ihren Beruf. Die Entschädigung müsse auch geeignet sein, den Arbeitgeber generell von Diskriminierungen dieser Art abzuhalten.

Die Klägerin hat in der Revisionsinstanz beantragt,

13

1. festzustellen, dass die Klägerin in ihrer Funktion als Erzieherin des Eigenbetriebs Kindergärten City nicht dem sog. Personalüberhang des Landes Berlin zugeordnet ist;
2. das beklagte Land zu verurteilen, an die Klägerin ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld, welches jedoch einen Betrag von 4.000,00 Euro nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 4. April 2007 zu zahlen.

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt.

14

Es behauptet, im Eigenbetrieb seien bis zu 80 Stellen zu viel vorhanden gewesen. Daher hätten 43 Erzieherinnen mit der VergGr. VIb/Vc BAT versetzt werden müssen. Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot liege nicht vor. Die Auswahl der versetzten Beschäftigten sei nach § 10 AGG gerechtfertigt

15



gewesen. Ein legitimes Ziel iSd. § 10 Satz 1 AGG sei die Sicherstellung einer ausgewogenen Personalstruktur, wozu auch deren Wiederherstellung gehöre. Da jede Kindertagesstätte eine geschlossene Einheit darstelle, habe die Sozialauswahl auf diese Einheit beschränkt werden müssen. Hierdurch habe auch erreicht werden sollen, dass für Kinder und Eltern möglichst wenig Bezugspersonen wechseln mussten. Zur Sicherstellung einer ausgewogenen Personalstruktur sei die Auswahlgruppe gemäß § 5 Abs. 2 VV Auswahl auf den Personenkreis der Erzieher/innen ab dem vollendeten 40. Lebensjahr begrenzt worden. Ein besonderes betriebliches Interesse habe vorgelegen, da im Eigenbetrieb Kindergärten City das Durchschnittsalter der Erzieher/innen der VergGr. VIb/Vc bei 45 Jahre gelegen habe. Für ein ausgewogenes Erziehungsangebot sei eine ausgewogene Altersstruktur der Betreuungspersonen wichtig. Eine einseitige Altersstruktur beinhalte für den Eigenbetrieb erhebliche Risiken, insbesondere das zeitnahe Ausscheiden vieler Mitarbeiterinnen in immer kürzeren Zeiträumen und die damit erhöhte Wahrscheinlichkeit von Bezugspersonenwechseln in erheblicher Größenordnung. Mit einer Altersstruktur der Erzieherinnen von über 45 Jahren sei die Aufrechterhaltung eines gesicherten Kita-Betriebes nicht möglich. Selbst dann, wenn von einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes ausgegangen würde, wäre ein Schadensersatzanspruch nicht gegeben. Nicht jede Benachteiligung ziehe einen immateriellen Schaden nach sich. Ein solcher trete nur ein, wenn eine gewisse „Erheblichkeitsschwelle“ überschritten worden sei, zB durch Herabwürdigung des Beschäftigten. Eine Bewertung der Personengruppe sei mit der Auswahlentscheidung jedoch nicht verbunden gewesen. Ein Entschädigungsanspruch würde ferner Verschulden voraussetzen.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass die „Versetzung der Klägerin vom 27.12.2006 zum 01.01.2007 zum Zentralen Personalmanagement (ZeP)“ unwirksam ist und im Übrigen die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht das beklagte Land verurteilt, an die Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 1.000,00 Euro zu zahlen und die weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt das beklagte Land die Wieder-

16



herstellung des erstinstanzlichen Urteils, soweit die Klage abgewiesen worden ist. Mit der Anschlussrevision verfolgt die Klägerin ihre Feststellungsklage und die Klage auf Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 4.000,00 Euro weiter.

Entscheidungsgründe

Sowohl die Revision des beklagten Landes als auch die Anschlussrevision der Klägerin sind unbegründet. Die Verurteilung des beklagten Landes zur Zahlung einer Entschädigung iHv. 1.000,00 Euro nebst Zinsen hält ebenso einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand wie die Abweisung der Feststellungsklage.

17

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Der Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 1.000,00 Euro ergebe sich aus § 15 Abs. 2 AGG. Das beklagte Land habe die über 40jährige Klägerin unmittelbar benachteiligt, indem es bei der Zuordnung zum Personalüberhang hinsichtlich der Sozialauswahl nur Arbeitnehmer/innen berücksichtigt habe, die das 40. Lebensjahr vollendet hatten. Eine Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung ergebe sich weder aus § 8 AGG noch aus § 10 Satz 1 AGG. Es fehle bereits an einem rechtmäßigen Ziel iSd. § 10 Satz 1 AGG. Die Verwaltung habe sich in der Ausübung ihres Ermessens selbst durch Verwaltungsvorschriften gebunden. Der Eigenbetrieb habe über § 5 Abs. 2 VV Auswahl hinausgehend nicht eine Sicherung, sondern eine Veränderung in der Personalstruktur vornehmen wollen. Selbst wenn aber die Herbeiführung einer ausgewogenen Personalstruktur grundsätzlich ein legitimes Ziel wäre, wäre der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig, wie die angestrebte Personalstruktur im Einzelfalle habe aussehen sollen, warum eine solche Personalstruktur ein legitimes Ziel darstelle und weswegen die ergriffenen Mittel angemessen und erforderlich seien. Diese Darlegung sei dem beklagten Land nicht gelungen. Da das beklagte Land die Sozialauswahl nicht auf den gesamten Eigenbetrieb, sondern lediglich auf die jeweilige Kindertagesstätte erstreckt habe, müsse auch die Personalstruktur in der jeweiligen Kindertages-

18



stätte dargelegt werden. In der Kindertagesstätte, in der die Klägerin tätig gewesen sei, sei die Personalstruktur fast ausgeglichen gewesen. Ferner sei die behauptete Gefahr einer nicht mehr kontinuierlichen Betreuung der Kinder nicht nachvollziehbar. Es könne dahinstehen, ob ein Entschädigungsanspruch nur bestehe, wenn eine erhebliche Diskriminierung vorliege, weil die Erheblichkeitsgrenze vorliegend überschritten sei. Es könne auch offen bleiben, ob die Entschädigungspflicht für Nichtvermögensschäden verschuldensunabhängig sei, da das beklagte Land die Klägerin fahrlässig diskriminiert habe. Die Klägerin habe ihren Entschädigungsanspruch auch innerhalb der Fristen der §§ 15 Abs. 4 AGG, 61b Abs. 1 ArbGG geltend gemacht. Die gegen die Zuordnung zum Personalüberhang gerichtete Feststellungsklage sei unzulässig.

Dem folgt der Senat im Ergebnis und zum Teil auch in der Begründung. 19

B. Die Revision des beklagten Landes ist unbegründet. 20

I. Der auf Zahlung einer Entschädigung gerichtete Klageantrag ist zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). 21

Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin die Höhe der von ihr begehrten Entschädigung, die sie als Schmerzensgeld bezeichnet, in das Ermessen des Gerichts gestellt hat. Nach § 15 Abs. 2 AGG kann eine angemessene Entschädigung in Geld verlangt werden. Dem Gericht wird damit hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein Beurteilungsspielraum eingeräumt (vgl. *BT-Drucks. 16/1780 S. 38*). Steht dem Gericht ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Entschädigungshöhe zu bzw. hängt die Bestimmung eines Betrages vom billigen Ermessen des Gerichtes ab, ist ein unbezifferter Zahlungsantrag zulässig. Die Klägerin muss allerdings Tatsachen, die das Gericht bei der Bestimmung des Betrages heranziehen soll, benennen und die Größenordnung der geltend gemachten Forderung angeben (*BAG 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 - AP SGB IX § 81 Nr. 15 = EzA SGB IX § 81 Nr. 17*). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Klägerin hat einen Sachverhalt dargelegt, der dem Gericht die Festsetzung der Höhe einer Entschädigung ermöglicht und Angaben zur Größenordnung dieser Entschädigung gemacht. 22



- II. Die Klägerin hat nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung in der vom Landesarbeitsgericht festgesetzten Höhe von 1.000,00 Euro. 23
1. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) findet auf den Streitfall Anwendung. 24
- a) Mit dem Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (*Umsetzungsgesetz*) vom 14. August 2006 (*BGBI. I S. 1897*) ist am 18. August 2006 das AGG in Kraft getreten. Für Benachteiligungen wegen des Alters, die zeitlich nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes liegen, gelten die §§ 1 bis 18 AGG ohne Einschränkung (§ 33 AGG) (*Suckow in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 33 Rn. 3*). Sowohl die Fertigung des Vermerks der Geschäftsleitung des Eigenbetriebes Kindergärten City vom 26. Oktober 2006 als auch die Entscheidung, die Klägerin dem Personalüberhang zuzuordnen und sie zum Zentralen Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) zu versetzen, erfolgten nach Inkrafttreten des AGG. 25
- b) Die Parteien unterfallen dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG. Die Klägerin ist Beschäftigte im Sinne des AGG, weil sie Arbeitnehmerin ist (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 AGG), und das beklagte Land ist Arbeitgeber im Sinne des AGG, weil es die Klägerin als seine Arbeitnehmerin beschäftigt (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AGG). 26
2. § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG gibt der Klägerin wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld. 27
- a) Tatbestandsvoraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG. Dies stellt zwar § 15 Abs. 2 AGG nicht ausdrücklich klar, es ergibt sich aber aus dem Gesamtzusammenhang der Bestimmungen in § 15 AGG (*vgl. Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl.* 28



§ 15 Rn. 29; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 31; ErfK/Schlachter 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 5; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 50; Meinel/Heyn/Herms AGG § 15 Rn. 36).

b) Das beklagte Land hat gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG verstoßen. 29

aa) Nach § 3 Abs. 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Diese Voraussetzungen liegen vor. 30

bb) Das beklagte Land, vertreten durch den Eigenbetrieb Kindergärten City, - Eigenbetrieb von Berlin -, hat nach Durchführung einer Auswahl zwischen mehreren Erziehern/Erzieherinnen die Entscheidung getroffen, die Klägerin dem Personalüberhang zuzuordnen. Nachfolgend hat es die Klägerin mit Schreiben vom 27. Dezember 2006 ab 1. Januar 2007 zum Zentralen Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) versetzt. 31

Diese Versetzung nach § 1 Abs. 2 Satz 3 StPG stellt eine Maßnahme bei der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG dar. Als „Maßnahmen“ sind sämtliche Anordnungen des Arbeitgebers, also beispielsweise Weisungen, einseitige Leistungsbestimmungen, Versetzungen und Umsetzungen zu betrachten (*BT-Drucks. 16/1780 S. 31; vgl. auch Meinel/Heyn/Herms AGG § 2 Rn. 30*). Durch die „Versetzung“ iSd. § 1 Abs. 2 Satz 3 StPG wird die für den Arbeitnehmer zuständige Dienststelle geändert. Dienstkräfte, die zum Zentralen Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) versetzt werden, müssen aufgrund der dieser Behörde gemäß § 2 StPG obliegenden Aufgaben damit rechnen, dass sie nicht mehr auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz tatsächlich eingesetzt werden, sie zu Übergangseinsätzen herangezogen oder auf eine freie Stelle bei einer anderen Dienststelle vermittelt werden. Die Versetzung iSd. § 1 Abs. 2 Satz 3 StPG, die auf der Zuordnung zum Personalüberhang beruht, stellt demnach eine Anordnung dar, die sich auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin auswirkt. 32



Die Klägerin hat zu anderen Erzieherinnen in einer vergleichbaren Situation wegen ihres Alters eine weniger günstige Behandlung erfahren. Ihre Versetzung erfolgte aufgrund der von dem Eigenbetrieb vorgenommenen Zuordnung zum Personalüberhang, welche wiederum auf der von dem Eigenbetrieb durchgeführten Auswahlentscheidung beruhte. Für die Auswahl der Klägerin war deren Lebensalter maßgeblicher Anknüpfungspunkt. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wurde die Klägerin, die das vierzigste Lebensjahr vollendet hatte, mit 48 Sozialpunkten nach der VV Auswahl ausgewählt, obwohl mindestens sieben Arbeitnehmerinnen mit 31 bis 42 Sozialpunkten allein deswegen nicht berücksichtigt wurden, weil sie jünger als vierzig Jahre waren. 33

Eine Versetzung zum Zentralen Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*), die - wie im Streitfalle - nicht mit Einverständnis des Arbeitnehmers erfolgt, stellt eine weniger günstige Behandlung dar als gegenüber einem Arbeitnehmer, der nicht gegen seinen Willen zu dieser Behörde versetzt wird. 34

Die weniger günstige Behandlung erfuhr die Klägerin gerade wegen ihres Alters. 35

Bei dem Alter handelt es sich um einen in § 1 AGG genannten Grund, wobei unter Alter das Lebensalter und nicht das Dienstalter zu verstehen ist. Dies folgt sowohl aus dem Gesetzeswortlaut als auch aus der Gesetzesbegründung (*BT-Drucks. 16/1780 S. 31*). 36

Da für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG die weniger günstige Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt sein muss, ist ein Kausalzusammenhang erforderlich. Dieser ist dann gegeben, wenn die Benachteiligung an einen in § 1 AGG genannten oder mehrere der in § 1 AGG genannten Gründe anknüpft oder dadurch motiviert ist (*BT-Drucks. 16/1780 S. 32*). Ausreichend ist ferner, dass ein in § 1 AGG genannter Grund Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat (*Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 3 Rn. 11*; 37



Meinel/Heyn/Herms AGG § 3 Rn. 7; Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert 2. Aufl. § 3 Rn. 37).

cc) Die Benachteiligung der Klägerin entfällt nicht dadurch, dass die von dem beklagten Land durchgeführte Maßnahme, nämlich ihre Versetzung rechtsunwirksam war. Dies ergibt die gesetzliche Systematik von § 7 Abs. 2 und § 15 AGG. 38

dd) Die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters war nicht nach § 10 AGG zulässig. 39

§ 10 Satz 1 AGG lässt ungeachtet des § 8 AGG eine unterschiedliche Behandlung wegen Alters zu, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Nach § 10 Satz 2 AGG müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. Die Rechtfertigungsgründe werden in § 10 Satz 1 und 2 AGG zunächst in Form einer Generalklausel umschrieben. § 10 Satz 3 AGG zählt dann sechs Anwendungsfälle auf. Dabei macht das Wort „insbesondere“ deutlich, dass es sich nicht um einen abschließenden Katalog, sondern um Beispielfälle handelt (*Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 11; Meinel/Heyn/Herms AGG § 10 Rn. 13; Kamanabrou RdA 2006, 321, 330*). 40

Es kann im Streitfalle dahinstehen, ob dem Landesarbeitsgericht darin zu folgen ist, dass sich das beklagte Land im Hinblick auf die Ausnahmen von der Sozialauswahl bei Versetzungen selbst durch Verwaltungsvorschriften gebunden und diese nicht eingehalten hat. Unabhängig von der Anwendung der Verwaltungsvorschriften liegen nämlich die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung nach § 10 Satz 1 und 2 AGG nicht vor. 41

Eines der in § 10 Satz 3 AGG genannten Regelbeispiele ist hier nicht einschlägig. 42

Auch die Voraussetzungen der Generalklausel in § 10 Satz 1 und 2 AGG für eine Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters liegen nicht vor. § 10 Satz 1 AGG erlaubt eine unterschiedliche Be- 43



handlung wegen des Alters, wenn sie objektiv und angemessen sowie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Dabei müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein, § 10 Satz 2 AGG.

(1) Zunächst geht das Landesarbeitsgericht zutreffend davon aus, dass eine Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung dann nicht gemäß § 10 Satz 1 AGG in Betracht kommt, wenn das Ziel, welches mit der unterschiedlichen Behandlung verfolgt wird, rechtswidrig ist (*Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 10 Rn. 6*). Unabhängig von der konkreten Bedeutung des Begriffs „legitimes Ziel“ liegt ein solches nie vor, wenn das verfolgte Ziel gegen ein gesetzliches Verbot verstößt oder der Arbeitgeber durch die Verfolgung des Ziels die ihm unabhängig von den Vorschriften des AGG obliegenden Pflichten verletzt.

44

(2) Ansonsten gibt es in der Literatur unterschiedliche Auffassungen zur Auslegung der in § 10 Satz 1 und 2 AGG genannten Kriterien.

45

Zum Teil wird vertreten, dass unter einem „legitimen Ziel“ nur Gemeinwohlinteressen zu verstehen sind (zB *Wiedemann/Thüsing NZA 2002, 1234, 1237 bezogen auf die Auslegung von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG; v. Roetteken AGG Stand Januar 2009 § 10 Rn. 16 ff. mwN*). Zum Teil wird angenommen, eine Rechtfertigung der Altersdiskriminierung sei nur dann zulässig, wenn es sich um ein Ziel handle, das der Gesetzgeber einer Norm zugrunde gelegt habe (*Däubler/Bertzbach-Brors 2. Aufl. § 10 Rn. 21 mwN*). Die Vorschrift sei nicht dahin auszulegen, dass mit dem legitimen Ziel alle nicht gesetzlich verbotenen Ziele gemeint seien. Greife der Gesetzgeber ein solches Ziel normativ auf, gebe er aber zu erkennen, dass es sich zumindest auch um ein Gemeinwohlinteresse handle (*Däubler/Bertzbach-Brors 2. Aufl. § 10 Rn. 21; Waltermann NZA 2005, 1265, 1267*).

46

Von anderen wird vertreten, dass „legitime Ziele“ auch die individuellen - privaten - Interessen des Unternehmens sein können (zB *König ZESAR 2005, 218, 220; Meinel/Heyn/Herms AGG § 10 Rn. 18; Kamanabrou RdA 2006, 321, 329; HWK/Annuß/Rupp 3. Aufl. § 10 AGG Rn. 2; ErfK/Schlachter 9. Aufl. § 10 AGG Rn. 2; Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 10 Rn. 6*

47



ff.) oder dass grundsätzlich auch unternehmensbezogene Interessen ein legitimes Ziel darstellen können, wobei allerdings zwingend notwendig sei, dass eine hinreichende Beziehung zum Merkmal Alter bestehe und die Zielsetzung sich im Rahmen des nationalen Rechts bewege (so Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 16). Vertreten wird auch, dass ein „legitimes Ziel“ jedes Ziel sei, das sich an der Förderung von Arbeitnehmern in „kritischen Alterssituationen“ orientiere (so Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 21).

Die Bedeutung der in § 10 Satz 1 AGG genannten Begriffe „objektiv“ und „angemessen“ und deren Verhältnis zu dem „legitimen Ziel“ wird in der Literatur unterschiedlich dargestellt. So werden die Begriffe „objektiv“ und „angemessen“ auf die unterschiedliche Behandlung bezogen und ausgeführt, es sei unklar, was genau unter einer objektiven und angemessenen Differenzierung zu verstehen sei, durch die Eingrenzung werde aber deutlich, dass nicht generell jede Differenzierung, auch wenn hierzu ein legitimes Ziel vorliegen mag, gerechtfertigt sein könne, subjektive, willkürliche Differenzierungen würden zumindest ausgeschlossen (so Meinel/Heyn/Herms AGG § 10 Rn. 17). Als „objektiv“ wird ein Ziel bezeichnet, wenn es nicht nur auf subjektiven Vorstellungen des Rechtsanwenders beruhe, sondern sich zumindest anhand von Indizien belegbar auch in der Wirklichkeit finde, dem Begriff „angemessen“ komme daneben kein eigener auslegungsbedürftiger Wert zu (so Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 10 AGG Rn. 21). Teilweise werden die in § 10 Satz 1 AGG verwendeten Begriffe „objektiv“ und „angemessen“ nicht gesondert aufgegriffen, wobei allerdings vertreten wird, dass die Voraussetzungen der Ausnahme gemäß § 10 AGG denjenigen, die zur Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 2 AGG verlangt werden, entsprechen (ErfK/Schlachter 9. Aufl. § 10 AGG Rn. 1). Ferner wird vertreten, die Formulierung „objektiv“ in § 10 Satz 1 AGG deute darauf hin, dass nur belegbare, nachvollziehbare Erwägungen eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, nicht aber bloße Vermutungen oder subjektive Einschätzungen. Man müsse verlangen, dass solche Individualinteressen des Unternehmens in der Wertigkeit den in der Richtlinie genannten Beispielen

48

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung gleichkommen. § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG verlange eine doppelte Angemessenheitsprüfung, nämlich schon bei der Zielsetzung und sodann bei der Umsetzung. Selbst wenn das Ziel als solches legitim sei, sei das Maß der Ungleichbehandlung, dh. der Differenzierung mit dem gesetzlichen Ziel des Diskriminierungsschutzes abzuwägen (*Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 17 f.*). Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 22. November 2005 (- C-144/04 - *[Mangold]* Slg. 2005, I-9981) wird teilweise angenommen, die Begriffe objektiv und angemessen bezögen sich direkt auf die Legitimität des Zieles. Nicht alle denkbaren legitimen Ziele könnten „automatisch“ als objektive und angemessene Rechtfertigung anerkannt werden (*Wendeling-Schröder in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 10 Rn. 9; Wendeling-Schröder NZA 2007, 1399, 1401*). In ähnlicher Weise wird vertreten, die auf dem unternehmerischen Konzept beruhende Benachteiligung müsse nicht nur verhältnismäßig, sondern auch objektiv gerechtfertigt sein, wobei es naheliegend sei, dass ein bloß auf subjektiven Vorstellungen des Unternehmers beruhendes Konzept nicht ausreiche; es dürfe zumindest nicht willkürlich oder offensichtlich missbräuchlich sein (*HWK/Annuß/Rupp 3. Aufl. § 10 AGG Rn. 2*). Unter der Prämisse, dass nur gesetzlich normierte Gründe legitime Ziele sein könnten, wird vertreten, es müsse ein sachlicher, dh. objektivierbarer Differenzierungsgrund vorliegen, der eben nicht nur im „Alter“ bestehe. Das Ziel sei angemessen, wenn es zumindest ebenso gewichtig wie der Diskriminierungsschutz sei (*Däubler/Bertzbach-Brors 2. Aufl. § 10 Rn. 30 ff.*).

Der EuGH geht in den Entscheidungen vom 22. November 2005 (- C-144/04 - *[Mangold]* Slg. 2005, I-9981) und 16. Oktober 2007 (- C-411/05 - *[Palacios de la Villa]* Slg. 2007, I-8531) davon aus, dass dann, wenn ein Ziel im Allgemeininteresse liege (nämlich die Förderung der beruflichen Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer), ein derartiges Ziel - wie in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG vorgesehen - grundsätzlich als eine „objektive und angemessene“ Rechtfertigung einer von den Mitgliedstaaten vorgesehenen Ungleichbehandlung anzusehen sei.

49



Das Bundesarbeitsgericht hat im Zusammenhang mit der Durchführung einer Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG die Bildung von Altersgruppen für zulässig erachtet und angenommen, eine im berechtigten betrieblichen Interesse erforderliche Sicherung der Personalstruktur sei ein legitimes Ziel iSd. Richtlinie 2000/78/EG (BAG 6. September 2007 - 2 AZR 387/06 - AP KSchG 1969 § 1 betriebsbedingte Kündigung Nr. 169 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 78 für eine Beendigungskündigung; vgl. auch 19. Juni 2007 - 2 AZR 304/06 - BAGE 123, 160 = AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 16 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 13 für eine Änderungskündigung).

50

In einer Entscheidung vom 6. November 2008 (- 2 AZR 701/07 -) hat das Bundesarbeitsgericht eine im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG vorgenommene Altersgruppenbildung gemäß § 10 Satz 1 AGG als gerechtfertigt angesehen, wenn die Bildung von Altersgruppen der Überalterung des Betriebs entgegenwirkt und damit zugleich die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer relativiert.

51

In seiner Entscheidung vom 11. April 2006 (- 9 AZR 528/05 - NZA 2006, 1217) führt das Bundesarbeitsgericht aus, eine Ungleichbehandlung wegen Alters lasse die Richtlinie 2000/78/EG zu, wenn die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die zu einer ungünstigeren Behandlung wegen des Alters führen, durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich seien. Dabei erkannte das Bundesarbeitsgericht das unternehmerische Ziel, bestimmte Arbeitnehmer durch freiwillige Leistungen an den Betrieb zu binden und von einem Arbeitgeberwechsel abzuhalten, weil der Arbeitgeber auf ihre weitere Mitarbeit entweder angewiesen sei oder zumindest Wert gelegt habe, als sachgerechten Zweck an.

52

(3) Der Senat geht davon aus, dass als legitime Ziele iSd. § 10 Satz 1 AGG nicht nur solche anzusehen sind, die im Interesse der Allgemeinheit liegen, sondern auch betriebs- und unternehmensbezogene Interessen, wobei es sich nicht nur um gesetzlich anerkannte Interessen handeln muss. Eine solche Auslegung ist vom Wortlaut des Gesetzes umfasst. Die Formulierung in § 10 Satz 1 AGG stellt nicht auf Ziele ab, die im Allgemeininteresse liegen. Der

53



Begriff „legitim“ hat sowohl die Bedeutung „rechtmäßig“, „gesetzlich anerkannt“ als auch „gerechtfertigt“, „vertretbar“ (so *Wahrig Deutsches Wörterbuch 8. Aufl.*) bzw. „im Rahmen bestehender Vorschriften erfolgend“, „gesetzlich“, „rechtmäßig“, aber auch „verständlich“, „vertretbar“ (so *Duden Das Bedeutungswörterbuch 3. Aufl.*) oder „gesetzlich anerkannt“, „rechtmäßig“, aber auch „berechtigt“, „begründet“, „allgemein anerkannt vertretbar“ (so *Duden Fremdwörterbuch 9. Aufl.*). Der Wortlaut lässt damit auch die Auslegung zu, dass grundsätzlich alle anerkennenswerten Interessen für eine Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters herangezogen werden können. Aus dem Gesamtzusammenhang des § 10 AGG ergibt sich, dass mit legitimen Zielen nicht nur Ziele im Allgemeininteresse gemeint sind. Dies folgt ua. daraus, dass es sich bei den in § 10 Satz 3 Nr. 1 bis 6 AGG genannten Zielen nicht ausschließlich um im Allgemeininteresse liegende handelt. Dies gilt zB für die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung und das Dienstalter für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile (Nr. 2) bzw. für die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand (Nr. 3). Dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Bestimmung legitimer Ziele nicht nur von der Verwirklichung staatlich definierter Gemeinwohlbelange ausging, sondern sogar vorrangig die Situation des einzelnen Unternehmens und der Branche im Blick hatte, ergibt sich auch aus der Begründung des AGG. Dort heißt es: „Die Legitimität eines Zieles ist unter Berücksichtigung der fachlich-beruflichen Zusammenhänge aus Sicht des Arbeitgebers oder der Tarifvertragsparteien zu beurteilen. Dies können auch Ziele sein, die über die Situation eines einzelnen Unternehmens oder einer Branche hinausgehen und von allgemeinem Interesse sind, wie etwa Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung.“ (BT-Drucks. 16/1780 S. 36).

Dieser Auslegung steht die Richtlinie 2000/78/EG nicht entgegen. Aus ihr lassen sich keine Beschränkungen auf Ziele im Allgemeininteresse entnehmen. Aus Art. 6 Abs. 1 Satz 2 c der Richtlinie ergibt sich ebenfalls die

54



Zulässigkeit der Berücksichtigung von unternehmensbezogenen Interessen. Bei Zielen, die der Gesetzgeber selbst durch eine entsprechende Norm anerkannt hat, ist davon auszugehen, dass diese legitim iSd. § 10 Satz 1 AGG sind.

Den Begriffen „objektiv“ und „angemessen“ kommt folgende Bedeutung zu: Es ist zu prüfen, ob das verfolgte Interesse auf tatsächlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruht und ob die Ungleichbehandlung nicht nur aufgrund von bloßen Vermutungen oder subjektiven Einschätzungen vorgenommen wird (*Begriff „objektiv“*). Ferner ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Danach muss das verfolgte Ziel in einem angemessenen Verhältnis zu der Ungleichbehandlung stehen (*Begriff „angemessen“*). Dafür ist eine Abwägung zwischen dem Schutz vor Ungleichbehandlung und dem verfolgten Ziel vorzunehmen. Die Ungleichbehandlung muss letztlich durch das verfolgte Ziel sachlich gerechtfertigt sein (*vgl. auch BAG 11. April 2006 - 9 AZR 528/05 - zu Art. 6 RL 2000/78/EG, NZA 2006, 1217*). Daneben ist gemäß § 10 Satz 2 AGG zu prüfen, ob auch die eingesetzten Mittel zur Erreichung des Ziels verhältnismäßig sind (*vgl. EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - [Mangold] Slg. 2005, I-9981 und 16. Oktober 2007 - C-411/05 - [Palacios de la Villa] Slg. 2007, I-8531; BAG 11. April 2006 - 9 AZR 528/05 - aaO*).

55

(4) Das beklagte Land hat kein legitimes Ziel iSd. § 10 Satz 1 AGG für die unterschiedliche Behandlung der Klägerin schlüssig dargelegt. Der Arbeitgeber, der einen Beschäftigten im Anwendungsbereich des AGG wegen seines Alters weniger günstig behandelt hat als einen anderen in einer vergleichbaren Situation, muss im Prozess zunächst die legitimen Ziele für die Ungleichbehandlung darlegen und ggf. beweisen. Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast folgt aus allgemeinen prozessualen Grundsätzen, weil es sich bei § 10 AGG um einen Rechtfertigungsgrund und damit um eine für den Arbeitgeber günstige Regelung handelt. Die entsprechenden Tatsachen muss der Arbeitgeber konkret und nachvollziehbar im Prozess vortragen. Es genügt dabei nicht, dass er sich schlagwortartig auf eine „ausgewogene Personalstruktur“ beruft bzw. geltend macht, er benötige eine andere Altersstruktur.

56



57
Zwar hat der Gesetzgeber beim Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes grundsätzlich als legitimes Ziel anerkannt, wenn bestimmte Arbeitnehmer nicht in die soziale Auswahl einbezogen worden sind. Das beklagte Land hat aber ausgehend von seinem eigenen Tatsachenvortrag nicht das Ziel der Sicherung der Personalstruktur verfolgt. Mit der Begrenzung der Auswahlgruppe auf den Personenkreis der Erzieherinnen mit der Vergütungsgruppe VIb/Vc ab dem vollendeten vierzigsten Lebensjahr wurde gerade nicht die bestehende Personalstruktur erhalten. Vielmehr war beabsichtigt, eine Änderung in der Personalstruktur herbeizuführen, und zwar sollte sich der Anteil der jüngeren Arbeitnehmer erhöhen. Der Begriff „Sicherung der Personalstruktur“ iSd. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG erfasst nicht eine Veränderung der Personalstruktur, sondern nur deren Erhaltung.

58
Allerdings ist nach § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO im Rahmen eines Insolvenzverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen bei einer betriebsbedingten Kündigung die Sozialauswahl nicht als grob fehlerhaft anzusehen, wenn eine ausgewogene Personalstruktur erhalten oder geschaffen wird. Insoweit hat der Gesetzgeber auch die Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur als ein legitimes Ziel anerkannt.

59
Auch wenn damit sowohl die Schaffung als auch die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur als legitimes Ziel iSd. § 10 Satz 1 AGG in Betracht kommen können, muss der Arbeitgeber im Prozess zunächst darlegen, welche konkrete Personalstruktur er schaffen oder erhalten will und aus welchen Gründen. Andernfalls kann nicht überprüft werden, ob die Ungleichbehandlung durch das verfolgte Ziel gerechtfertigt werden kann. An einem solchen Tatsachenvortrag des beklagten Landes fehlt es hier. Dieses hat nicht im Einzelnen dargelegt, welche konkrete Altersstruktur in den einzelnen Kindergärten hergestellt werden sollte. Ebenfalls ist nicht erkennbar, welche Altersstruktur zukünftig im gesamten Eigenbetrieb vorhanden sein soll. Dem Vortrag des beklagten Landes kann nur entnommen werden, die Sozialauswahl habe auf die Erzieherinnen der Vergütungsgruppe VIb/Vc ab dem vollendeten vierzigsten Lebensjahr begrenzt werden sollen. Damit hat das beklagte Land nicht



die Verfolgung eines legitimen Zieles iSd. § 10 Satz 1 AGG vorgetragen. Das Interesse des Arbeitgebers, die Personalstruktur dahin zu verändern, dass er zukünftig allein die Anzahl von Arbeitnehmern, die das vierzigste Lebensjahr vollendet haben, reduziert, unabhängig davon, wie sich die Reduzierung auf den Größenanteil der unterschiedlichen Altersgruppen auswirkt, stellt kein legitimes Ziel für eine Ungleichbehandlung dar. Genauso wenig handelt es sich bei dem Bestreben des Arbeitgebers, das Durchschnittsalter seiner Beschäftigten zu reduzieren, für sich allein betrachtet um ein legitimes Ziel. Es sind auch keine Anhaltspunkte vorgetragen, weshalb das beklagte Land ein Interesse an der Änderung der Personalstruktur hat. So ist nicht auszuschließen, dass überwiegend knapp über vierzigjährige Arbeitnehmer ausgewählt werden und die Zahl der knapp unter vierzigjährigen Beschäftigten gleich groß bleibt. Auf diese Weise wird weder einer Überalterung des Betriebes vorgebeugt noch wird erreicht, dass Erzieherinnen verschiedener Altersstufen die Kinder betreuen (*Stichwort „Modellvielfalt“*). Im Übrigen lässt sich dem Vortrag des beklagten Landes auch nicht entnehmen, dass es in seinen Kindergärten ein Konzept realisiert hat, wonach die Kinder jeweils von Erzieherinnen in unterschiedlichen Altersstufen betreut werden. Nach seinem Vortrag ist die Sozialauswahl gerade auch mit der Begründung, die Anzahl der Bezugspersonenwechsel solle gering gehalten werden, nur auf die Kindergärten erstreckt worden, in denen zu viel Personal beschäftigt wurde. Dass in den von der Sozialauswahl ausgenommenen Kindergärten bereits eine im Hinblick auf das Alter ausgewogene Personalstruktur bestand, hat das beklagte Land nicht behauptet.

Darüber hinaus ist von dem beklagten Land auch nicht vorgetragen worden, dass allein die Tatsache der Vollendung des vierzigsten Lebensjahres eine Bedeutung für die Leistungsfähigkeit, Qualifikation bzw. Bereitschaft zur Weiterbildung einer Erzieherin hat. 60

c) Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt keinen schuldhaften Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot voraus. 61



aa) In der Literatur und in der Rechtsprechung wird überwiegend angenommen, dass ein Verschulden keine Voraussetzung für einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG ist (*LAG Hamm 7. August 2008 - 11 Sa 284/08 - LAGE AGG § 15 Nr. 6 = EzA-SD 2008 Nr. 22, 10; ErfK/Schlachter 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 1 f. und 5; HWK/Annuß/Rupp 3. Aufl. § 15 AGG Rn. 7; Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 39; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 32; Meinel/Heyn/Herms AGG § 15 Rn. 33 f.; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 58 mwN; Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 15 Rn. 30; **kritisch** dazu Thüsing Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz Rn. 516).*

62

Während zum Teil bereits aufgrund einer systematischen Auslegung ein Verschuldenserfordernis für den Anspruch nach § 15 Abs. 2 AGG abgelehnt wird (*Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 58, der im Übrigen aber auch auf eine europarechtskonforme Auslegung abstellt*), wird jedenfalls aufgrund einer europarechtskonformen Auslegung angenommen, der Entschädigungsanspruch hänge nicht von einem Verschulden ab (*ErfK/Schlachter 9. Aufl. § 15 AGG Rn. 1 f. und 5; HWK/Annuß/Rupp 3. Aufl. § 15 AGG Rn. 7; Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 39; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 32; Meinel/Heyn/Herms AGG § 15 Rn. 33 f.; Kamanabrou RdA 2006, 321, 336; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 58 mwN; so auch Palandt/Weidenkaff 68. Aufl. § 15 AGG Rn. 6*).

63

Der EuGH ist bereits in seiner Entscheidung vom 8. November 1990 (- C-177/88 - [Dekker] Slg. 1990, I-3941) zu der Richtlinie 76/207/EWG davon ausgegangen, dass diese die Haftung des Urhebers einer Diskriminierung keineswegs vom Nachweis eines Verschuldens oder vom Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes abhängig macht. In der Entscheidung vom 22. April 1997 (- C-180/95 - [Draehmpaehl] Slg. 1997, I-2195) führt der EuGH aus, dass dann wenn sich ein Mitgliedstaat dafür entscheidet, den Verstoß gegen das Verbot der Ungleichbehandlung mit der Sanktion einer Entschädigung zu belegen, der Verstoß gegen das Verbot der Ungleichbehandlung für sich genommen ausreichen muss, um die volle Haftung seines Urhebers auszulösen, ohne dass die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt

64



werden können. Ferner setze die Richtlinie (*Richtlinie 76/207/EWG*) voraus, dass diese Sanktion zur Gewährleistung eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes geeignet sei, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber habe und auf jeden Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehe.

Auch in der Gesetzesbegründung zu § 15 AGG heißt es, der Anspruch auf Entschädigung erfülle die Forderungen der Richtlinien sowie der Rechtsprechung nach einer wirksamen und verschuldensunabhängig ausgestalteten Sanktion bei Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot durch den Arbeitgeber (*BT-Drucks. 16/1780 S. 38*).

65

bb) Eine sachgerechte Auslegung des § 15 Abs. 2 AGG führt dazu, dass es sich bei dem Entschädigungsanspruch um einen verschuldensunabhängigen Anspruch handelt. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stünde eine Regelung, die als Sanktion für den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot die Zahlung einer Entschädigung vorsieht und den Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers von einem Verschulden des Arbeitgebers abhängig macht, nicht im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben. Daher ist bei der Auslegung das Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung zu beachten. Eine solche Auslegungsverpflichtung ist mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar (*BVerfG 8. April 1987 - 2 BvR 687/85 - BVerfGE 75, 223; BAG 2. April 1996 - 1 ABR 47/95 - BAGE 82, 349 = AP BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 5 = EzA BetrVG 1972 § 87 Bildschirmarbeit Nr. 1; BGH 9. April 2002 - XI ZR 91/99 - BGHZ 150, 248*). Das Gebot gilt allerdings nur innerhalb der Grenzen richterlicher Gesetzesauslegung. Diese werden bestimmt durch die allgemeinen Auslegungsregeln. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang und der Sinn und Zweck des Gesetzes mehrere Deutungen zu, von denen jedenfalls eine zu einem gemeinschaftsrechtskonformen Ergebnis führt, so ist eine Auslegung geboten, die mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht. Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung darf jedoch zu dem Wortsinn und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht in Wider-

66



spruch treten. Diese Auslegungsgrenze steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Dieser hat mehrfach ausgeführt, das innerstaatliche Gericht habe das nationale Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräume, und „soweit wie möglich“ richtlinienkonform auszulegen (vgl. BAG 30. März 2004 - 1 AZR 7/03 - BAGE 110, 122 mwN mit Verweis auf EuGH 10. April 1984 - Rs. 14/83 - [v. Colson und Kamann] Slg. 1984, I-1891; 26. September 1996 - C-168/95 - [Arcaro] Slg. 1996, I-4705; 27. Juni 2000 - C-240/98 bis C-244/98 - [Oceano Grupo Editorial und Salvat Editores] Slg. 2000, I-4941).

cc) § 15 Abs. 2 AGG macht den Entschädigungsanspruch nicht ausdrücklich von einem Verschulden des Arbeitgebers abhängig. Auch aus der Gesetzessystematik ergibt sich nicht zwingend, dass ein Entschädigungsanspruch nur bei Vorliegen der in § 15 Abs. 1 Satz 1 und 2 AGG genannten Voraussetzungen gegeben ist. Nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ist davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber mit § 15 Abs. 2 AGG eine verschuldensunabhängige Haftung begründen wollte. Da der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang und der Sinn und Zweck des § 15 Abs. 2 AGG mehrere Deutungen zulassen, ist die Auslegung geboten, die mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht. Diese gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung führt dazu, dass ein Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 15 Abs. 2 AGG kein Verschulden des Arbeitgebers voraussetzt.

67

dd) Es kann dahingestellt bleiben, ob § 15 Abs. 3 AGG, wonach der Arbeitgeber bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet ist, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, europarechtswidrig ist und ob diese Vorschrift angewandt werden darf (vgl. dazu Meinel/Heyn/Herms AGG § 15 Rn. 58 ff.; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 86 ff.). Denn die dort normierten Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Das beklagte Land hat nicht schlüssig vorgetragen, dass es sich bei der VV Auswahl um eine kollektivrechtliche Vereinbarung handelt.

68



ee) Unabhängig vom Verschulden ist eine Zurechnung des Verhaltens zu prüfen, wenn der Arbeitgeber keine natürliche Person ist oder nicht selbst den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begangen hat. Eine Zurechnung ist im vorliegenden Fall anzunehmen. Der Vermerk vom 26. Oktober 2006 ist vom Geschäftsleiter des Eigenbetriebes erstellt worden. Auf der Grundlage dieses Vermerkes erfolgte die Entscheidung, die Klägerin dem Personalüberhang zuzuordnen und die darauf beruhende Versetzungsanordnung. Die Geschäftsleitung des Eigenbetriebes leitet den Eigenbetrieb selbständig und in eigener Verantwortung (§ 4 Abs. 1 EigG) und vertritt das beklagte Land in den Angelegenheiten des Eigenbetriebes (§ 5 Abs. 1 EigG). Da es sich bei dem Eigenbetrieb nicht um einen rechtsfähigen Betrieb handelt (§ 1 Abs. 1 Satz 1 EigG), handelt der Eigenbetrieb innerhalb seiner Zuständigkeiten für das beklagte Land.

69

d) § 15 Abs. 2 AGG sieht einen Entschädigungsanspruch wegen eines Schadens vor, der nicht Vermögensschaden ist. Daraus folgt weder, dass eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Weise einer „Herabwürdigung“ des Beschäftigten voraussetzt, soweit nicht das entsprechende Merkmal in § 3 Abs. 3 oder 4 AGG zur Anwendung kommen soll, noch bedarf es neben der Feststellung eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot jeweils einer gesonderten Feststellung eines weiteren immateriellen Schadens.

70

aa) Bereits der Wortlaut des § 15 AGG steht der Annahme entgegen, zusätzliche Anspruchsvoraussetzung für den Entschädigungsanspruch sei, dass der Beschäftigte „herabgewürdigt“ oder ihm sachwidrig die Chancen einer gleichberechtigten Teilnahme am Arbeitsleben einzig aufgrund seines „Soseins“ genommen worden sei (*so aber Thüsing Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz Rn. 519; aA zB Meinel/Heyn/Herms AGG § 15 Rn. 37; Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 29; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 50*). Eine solche Interpretation kann nicht dem Begriff „Schaden, der nicht Vermögensschaden ist“, entnommen werden. Der Eintritt eines immateriellen Schadens setzt nicht zwingend eine erhebliche Verletzung

71



des Persönlichkeitsrechts voraus (vgl. *Meinel/Heyn/Herms AGG § 15 Rn. 37 mwN*), jedenfalls nicht in der Weise, dass es zu einer Herabwürdigung der Person gekommen sein muss. Eine solche Interpretation widerspräche ferner dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Gemäß § 1 AGG ist Ziel des Gesetzes, die Benachteiligung aus den dort genannten Gründen zu verhindern oder zu beseitigen. In § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG werden die Begriffe „unmittelbare“ und „mittelbare Benachteiligung“ definiert. Die dortigen Begriffsbestimmungen zeigen, dass eine Benachteiligung nicht erst dann vorliegt, wenn es zu einer Herabwürdigung des Beschäftigten oder zu einer schwerwiegenden Verletzung dessen Persönlichkeitsrechts kommt (vgl. *Meinel/Heyn/Herms AGG § 15 Rn. 37*; *Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 29*; *Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 50*).

§ 15 Abs. 2 AGG enthält eine eigenständige Anspruchsgrundlage für einen Entschädigungsanspruch, so dass nicht die Grundsätze, die für den Anspruch auf Schmerzensgeld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gelten, anzuwenden sind. Nach diesen leitet sich aus § 823 BGB iVm. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ein Anspruch auf Ersatz des ideellen Schadens nur aus einer schwerwiegenden Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. schwerem Verschulden her (vgl. *dazu Palandt/Heinrichs 68. Aufl. § 253 BGB Rn. 10 mwN*).

Die von der Revision zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 4. November 2004 (- III ZR 361/03 - BGHZ 161, 33) ist nicht einschlägig. Dort ging es um einen Anspruch auf Entschädigung des immateriellen Schadens wegen der Verletzung der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Als Anspruchsgrundlage kamen nur die in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG normierten Grundrechte in Betracht. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs fordert eine festgestellte Menschenrechtsverletzung nicht in jedem Fall eine zusätzliche Wiedergutmachung durch Geldentschädigung. Es bestünden keine durchgreifenden Bedenken dagegen, einen Anspruch auf Geldentschädigung von dem weiteren Erfordernis abhängig zu machen, dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann. In diesem Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, auch

72

73



im Anwendungsbereich der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (*EMRK*) sei anerkannt, dass eine die Wiedergutmachung durch Geldersatz nach Art. 41 *EMRK* fordernde unmenschliche oder erniedrigende Behandlung im Sinne des Art. 3 *EMRK* nur und erst vorliegt, wenn sie ein Mindestmaß an Schwere erreicht. Somit ist der Bundesgerichtshof zwar davon ausgegangen, dass sich weder aus der Verfassung noch aus der Menschenrechtskonvention ein Anspruch auf Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden bei jeder Verletzung der Menschenwürde ergibt, der deutsche Gesetzgeber hat jedoch in § 15 Abs. 2 *AGG* eine eigenständige Anspruchsgrundlage für eine Entschädigung bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot geschaffen.

bb) Steht ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot fest, ist vom Vorliegen eines immateriellen Schadens auszugehen. 74

Der Gesetzgeber wollte mit der Schaffung des § 15 Abs. 2 *AGG* die Forderungen der Richtlinien sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach einer wirksamen und verschuldensunabhängig ausgestalteten Sanktion bei Verletzung des Benachteiligungsverbotes erfüllen. In der Gesetzesbegründung stellt der Gesetzgeber klar, dass die Entschädigung ausschließlich für immaterielle Schäden gewährt wird, die regelmäßig bei einer ungerechtfertigten Benachteiligung aus den in § 1 *AGG* genannten Gründen vorliegen, wobei § 15 Abs. 2 *AGG* gegenüber § 253 *BGB* die speziellere Norm ist (so *BT-Drucks. 16/1780 S. 38*). 75

Demnach bedarf es bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot keiner zusätzlichen Feststellung oder Darlegung des Eintritts eines immateriellen Schadens für einen Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 15 Abs. 2 *AGG*. 76

cc) Ob in bestimmten Ausnahmefällen ein immaterieller Schaden und damit ein Entschädigungsanspruch zu verneinen ist, weil die Benachteiligung so geringe Auswirkungen hat, dass die Zahlung einer Entschädigung nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu der Benachteiligung steht, brauchte im Streitfalle nicht entschieden zu werden, weil ein Ausschluss des Ent- 77



schadigungsanspruches nach § 15 Abs. 2 AGG - wenn überhaupt - nur in ganz eng umrissenen Ausnahmefällen in Betracht kommen könnte und ein solcher nicht vorliegt. Die Klägerin hat wegen ihres Alters eine für sie nachteilige Behandlung erfahren. Sie wurde dem Personalüberhang zugeordnet und das beklagte Land hat sie zunächst so behandelt, als sei sie wirksam zum Zentralen Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) versetzt worden. Bereits dadurch ist keine für die Klägerin nur unbedeutende, sie kaum belastende Situation geschaffen worden, die es rechtfertigen könnte, einen immateriellen Schaden zu verneinen.

dd) Der Einwand des beklagten Landes, die Notwendigkeit einer Erheblichkeitsschwelle für einen Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Arbeitgeber eine öffentlich-rechtliche Körperschaft sei, ist nicht durchschlagend. Er ist weder mit Art. 3 Abs. 1 GG noch mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbar. Es ist im Übrigen auch nicht nachvollziehbar, weshalb bei einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die sich nicht gesetzestreu verhalten und gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat, das Erfordernis einer Sanktion geringer sein soll als bei einer Person des Privatrechts.

78

e) Da das beklagte Land gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat, ist es nach § 15 Abs. 2 AGG verpflichtet, der Klägerin eine angemessene Entschädigung in Geld zu zahlen.

79

aa) § 15 Abs. 2 AGG entspricht § 253 BGB. Dies bedeutet, dass dem Gericht ein Beurteilungsspielraum bzgl. der Höhe der Entschädigung eingeräumt wird, um bei der Prüfung der Angemessenheit der Entschädigung die Besonderheiten jedes einzelnen Falles berücksichtigen zu können. Hängt die Höhe des Entschädigungsanspruchs von einem Beurteilungsspielraum ab, ist die Bemessung des Entschädigungsanspruch grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters (*Senat 25. Oktober 2007 - 8 AZR 593/06 - zu einem Schmerzensgeldanspruch nach § 253 Abs. 2 BGB, AP BGB § 611 Mobbing Nr. 6 = EzA BGB 2002 Persönlichkeitsrecht Nr. 7; 16. Mai 2007 - 8 AZR 709/06 - BAGE 122, 304 = AP BGB § 611 Mobbing Nr. 5 = EzA BGB 2002 § 611*

80



Persönlichkeitsrecht Nr. 6). Die Festsetzung der angemessenen Entschädigung obliegt demnach nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Dabei ist revisionsrechtlich zu überprüfen, ob das Urteil das Bemühen um eine angemessene Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände erkennen lässt und ob es gegen Rechtssätze, Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen hat (*BGH 12. Mai 1998 - VI ZR 182/97 - NJW 1998, 2741*).

bb) Die Festsetzung der Entschädigung in Höhe von 1.000,00 Euro durch das Landesarbeitsgericht hält einer solchen eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

Bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung durch das Tatgericht sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Zu diesen zählen etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalles (*vgl. zB Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 15 Rn. 39 ff.; Däubler/Bertzbach-Deinert 2. Aufl. § 15 Rn. 66 ff. mwN; HWK/Annuß/Rupp 3. Aufl. § 15 AGG Rn. 8; Meinel/Heyn/Herms AGG § 15 Rn. 44; LAG Hamm 7. August 2008 - 11 Sa 284/08 - LAGE AGG § 15 Nr. 6 = EzA-SD 2008 Nr. 22, 10; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 36, der allerdings der Schwere der Verletzungshandlung keine Bedeutung beimisst, weil dies primär zu einem Strafcharakter der Norm führe*). Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen, so dass die Höhe auch danach zu bemessen ist, was zur Erzielung einer abschreckenden Wirkung erforderlich ist. Dabei ist zu beachten, dass die Entschädigung geeignet sein muss, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu haben und in jedem Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss (*so auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/1760 S. 38; vgl. auch Senat 5. Februar 2004 - 8 AZR 112/03 - zu § 611a BGB, BAGE 109, 265 = AP BGB § 611a Nr. 23 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 3; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 36; Voigt in Schleusener/Suckow/*



Voigt AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 51; Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 15 Rn. 39).

cc) Das Landesarbeitsgericht hat die wesentlichen Umstände bei der Festsetzung der Entschädigung berücksichtigt. Ein Verstoß gegen Rechtssätze, Denkgesetze und Erfahrungssätze liegt nicht vor.

83

Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auf die Auswirkungen der von dem beklagten Land ausgesprochenen Versetzung für die Klägerin abgestellt. Nicht zu beanstanden ist, wenn das Landesarbeitsgericht die Auswirkungen der Versetzung zum Zentralen Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) als erheblich für die Klägerin angesehen hat. In diesem Zusammenhang ist ohne Bedeutung, dass die Versetzungsanordnung wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot unwirksam war, weil das beklagte Land die Klägerin über einen nicht unerheblichen Zeitraum so behandelt hat, als sei sie wirksam zum Stellenpool versetzt worden. Die Unwirksamkeit der Maßnahme führt weder zu einem Entfallen des Entschädigungsanspruchs noch zu einer Minderung. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht auch den Verschuldensgrad in die Abwägung einbezogen. Seine Annahme, das beklagte Land habe fahrlässig gehandelt, hält ebenfalls einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Landesarbeitsgericht hat den rechtlichen Beurteilungsspielraum, ob ein Verschulden und welcher Grad des Verschuldens vorliegt, nicht überschritten (*vgl. zum Überprüfungsmaßstab hinsichtlich des Verschuldens und der einzelnen Arten des Verschuldens Senat 18. Januar 2007 - 8 AZR 250/06 - AP BGB § 254 Nr. 15 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerhaftung Nr. 2*). Das beklagte Land hätte ohne Weiteres erkennen können und müssen, dass durch die Entscheidung, pauschal alle Arbeitnehmer mit der Vergütungsgruppe Vlb/Vc, die das vierzigste Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, aus dem Auswahlkreis herauszunehmen und bei den anderen Arbeitnehmern die Kriterien nach § 6 VV Auswahl anzuwenden, nicht eine ausgewogene Personalstruktur (*weder bezogen auf die einzelnen Kindergärten noch bezogen auf den gesamten Eigenbetrieb*) erreicht werden kann, sondern dies lediglich zu einer Stärkung der Gruppe der unter Vierzigjährigen führt. Schwierige Rechts-

84



fragen stellten sich dem beklagten Land insoweit nicht. Im Rahmen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums liegt es auch, wenn das Landesarbeitsgericht die Schwere und Beeinträchtigung für die Klägerin hier als geringer ansieht als bei einer Kündigung oder Nichteinstellung. Der Vorgehensweise des beklagten Landes kann zwar durchaus aus objektiver Sicht entnommen werden, dass es die Arbeitnehmer, die das vierzigste Lebensjahr vollendet haben, für weniger leistungsfähig ansieht, jedenfalls weniger Interesse hat, diese zu beschäftigen. Da es aber an konkreten Vorhaltungen gegenüber der Klägerin fehlt, hält es sich im tatrichterlichen Beurteilungsspielraum, wenn unter Berücksichtigung der übrigen Umstände eine Entschädigung in Höhe von 1.000,00 Euro festgesetzt wurde. Die Höhe des Bruttomonatsentgeltes der Klägerin ist vorliegend unerheblich. Das Bruttomonatsentgelt kann ein geeigneter Maßstab bei der Festlegung der Entschädigungshöhe im Zusammenhang mit Nichteinstellungen (*vgl. § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG*) oder Entlassungen (*vgl. § 10 KSchG*) sein. Die vorliegende Maßnahme erfolgte jedoch im bestehenden Arbeitsverhältnis, so dass die Vergütungshöhe nicht zwingend Einfluss auf die Höhe der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG haben musste.

3. Die Klägerin hat die Frist zur Geltendmachung des Anspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG gewahrt. Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss der Anspruch innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, wenn Tarifvertragsparteien nicht etwas anderes vereinbart haben. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt (*§ 15 Abs. 4 Satz 2 AGG*). Die Klägerin hat mit Schreiben vom 18. Januar 2007 einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend gemacht, indem sie ein Schmerzensgeld verlangt hat. Die Geltendmachung einer bestimmten Entschädigungshöhe ist dabei nicht erforderlich (*vgl. BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - zu § 81 Abs. 2 SGB IX aF, BAGE 119, 262 = AP SGB IX § 81 Nr. 13 = EzA SGB IX § 81 Nr. 14*). Kenntnis von der Benachteiligung bedeutet, Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen (*Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 15 Rn. 51; Meinel/Heyn/Herms*

85



AGG § 15 Rn. 67). Da die Klägerin erst mit Schreiben vom 27. Dezember 2006 ab 1. Januar 2007 zum Zentralen Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) versetzt worden war, begann die Frist erst mit der Bekanntgabe dieser Versetzung.

Die dreimonatige Klagefrist des § 61b Abs. 1 ArbGG hat die Klägerin ebenfalls gewahrt. Die auf die Entschädigung gerichtete Klageerweiterung ging am 23. März 2007 beim Arbeitsgericht ein. 86

C. Die Anschlussrevision der Klägerin ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise zurückgewiesen. 87

I. Da die Festsetzung der Entschädigungshöhe nach § 15 Abs. 2 AGG durch das Landesarbeitsgericht in Höhe von 1.000,00 Euro revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist, konnte die insoweit eingelegte Anschlussrevision keinen Erfolg haben. 88

II. Der von der Klägerin in der Revisionsinstanz weiter verfolgte Feststellungsantrag ist unzulässig. 89

1. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn die Klagepartei ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Nach § 256 Abs. 1 ZPO können nur Rechtsverhältnisse Gegenstand einer Feststellungsklage sein, nicht bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses. Eine Feststellungsklage muss sich allerdings nicht notwendig auf das Rechtsverhältnis insgesamt erstrecken. Sie kann sich auch auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (*st. Rspr., vgl. BAG 27. Oktober 2005 - 6 AZR 123/05 - BAGE 116, 160 = AP ZPO 1977 § 256 Nr. 90*). 90



2. Mit dem Antrag festzustellen, dass die Klägerin in ihrer Funktion als Erzieherin des Eigenbetriebes Kindergärten City nicht dem sogenannten Personalüberhang zugeordnet sei, begehrt die Klägerin nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses im oben dargestellten Sinn.

91

Bei der Zuordnung zum Personalüberhang handelt es nicht um ein Rechtsverhältnis, sondern um ein bloßes Element eines solchen. Die Zuordnung zum Personalüberhang ist eine abstrakte Rechtsfrage, die weder das Arbeitsverhältnis der Klägerin als solches noch hieraus folgende Ansprüche oder Rechte der Klägerin betrifft. Es handelt sich bei der Zuordnung nicht um eine Maßnahme des Direktionsrechts, da der Arbeitsort und die auszuübende Tätigkeit allein durch die Zuordnung zum Personalüberhang nicht seitens des beklagten Landes geändert werden. Das StPG knüpft an die Zuordnung zum Personalüberhang ausschließlich die Rechtsfolge, dass die Personalüberhangskräfte zum Zentralen Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) versetzt werden. Damit stellt die Zuordnung zum Personalüberhang eine vorbereitende Verfahrenshandlung dar, die zwingend erforderlich für die „Versetzung“ gemäß § 1 Abs. 2 Satz 3 StPG ist. In Bezug auf das Arbeitsverhältnis ändert sich für den Arbeitnehmer allein durch die Zuordnung zum Personalüberhang nichts. Es handelt sich nur um eine innerbehördliche organisatorische Entscheidung, die als solche keine Rechtswirkungen für das Arbeitsverhältnis entfaltet und das Arbeitsverhältnis unberührt lässt (vgl. BAG 13. März 2007 - 9 AZR 362/06 - NZA 2007, 1016; 27. Oktober 2005 - 6 AZR 123/05 - BAGE 116, 160 = AP ZPO 1977 § 256 Nr. 90). Auch der Umstand, dass seit dem 1. Januar 2004 gemäß § 99c Abs. 2 Satz 1 Personalvertretungsgesetz Berlin (*PersVG-Berlin*) die Zuordnung der Dienstkraft zum Personalüberhang der Mitwirkung des Personalrats unterliegt, berührt nicht die Rechtsstellung des Arbeitnehmers, der dem Personalüberhang zugeordnet wird. § 99c Abs. 2 Satz 2 PersVG-Berlin regelt ausschließlich das Beteiligungsrecht der Personalvertretung und räumt den Arbeitnehmern selbst keine subjektiven Rechte ein. Die Arbeitnehmer haben lediglich die Möglichkeit, konkrete Maßnahmen des Arbeitgebers, die ihr Arbeitsverhältnis betreffen, auf ihre Wirksamkeit überprüfen zu lassen und dabei die fehlende oder mangelhafte Beteiligung des Personalrats zu rügen.

92



Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass der Arbeitnehmer nicht gesondert feststellen lassen kann, ob die Arbeitnehmervertretung bei einer Maßnahme ordnungsgemäß beteiligt worden ist, sondern nur die Wirksamkeit derjenigen Maßnahme, die auf seine Rechtsstellung einwirkt, gerichtlich überprüfen lassen kann. Da die Zuordnung zum Personalüberhang nach der Konzeption und Zielsetzung des StPG ein Teilelement eines einheitlichen Vorgangs ist, ist die Wirksamkeit des Teilelementes nur im Rahmen der Maßnahme zu überprüfen, die sich auf die Rechtsstellung des Arbeitnehmers auswirkt, hier also der „Versetzung“ zum Zentralen Personalüberhangmanagement (vgl. auch BAG 13. März 2007 - 9 AZR 362/06 - aaO). Ob ein Arbeitnehmer wirksam zum Zentralen Personalüberhangmanagement (*Stellenpool*) versetzt worden ist, hängt von seiner wirksamen Zuordnung zum Personalüberhang ab. In diesem Zusammenhang ist auch die Mitwirkung des Personalrates bei der Zuordnung zu überprüfen.

3. Der Feststellungsantrag ist auch nicht gemäß § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. 93
- Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage ist ein Rechtsverhältnis iSd. § 256 Abs. 1 ZPO, das für die Entscheidung der Hauptsache ganz oder teilweise präjudiziell ist (BAG 27. Oktober 2005 - 6 AZR 123/05 - BAGE 116, 160 = AP ZPO 1977 § 256 Nr. 90). Bei der Zuordnung zum Personalüberhang handelt es sich jedoch nicht um ein Rechtsverhältnis. 94
- D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO. 95

Hauck

Böck

Breinlinger

Morsch

Schuckmann



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

