

Beschluss vom 11.02.2009
Interne Stellenausschreibungen – Verstoß gegen das allgemeine
Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Az: 1 (2) TaBV 74/08

LANDESARBEITSGERICHT SAARLAND

Beschluss

Im Namen des Volkes !

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1. Betriebsrat der Firma

- Antragsteller und Beschwerdegegner -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältinnen Dr. Bastgen , Wittlich

2. Firma

- Antragsgegner und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte:

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Saarland auf die mündliche Anhörung vom 11. Februar 2009 durch den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter als Beisitzer für Recht erkannt:

Die Beschwerde der Beteiligten zu 2. gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Saarbrücken vom 13.3.2008, 1 BV 36/07, wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

GRÜNDE:

I.

Der Betriebsrat wendet sich mit dem vorliegenden Beschlussverfahren gegen betriebsübliche Stellenausschreibungen des Arbeitgebers, die er für altersdiskriminierend hält.

Der Arbeitgeber (Beteiligter zu 2. und Beschwerdeführer) betreibt bundesweit eine Vielzahl kleiner Drogeriemärkte, deren Verkaufsstellen i.d.R. mit nur wenigen Mitarbeiterinnen

besetzt sind. Der Betriebsrat (Beteiligter zu 1. und Beschwerdegegner) ist die gewählte Arbeitnehmervvertretung für die Verkaufsstellen des Bezirks T., die als Betrieb angesehen werden. Der Sitz der Bezirksleiterin ist das Verkaufsbüro in S.

In Formular-Stellenausschreibungen- es sind fünf streitgegenständlich mit Datum vom 07.05.2007, 04.06.2007 und 09.07.2007 (Bl. 6-10 d.A.) - wendet sich der Arbeitgeber in der Person der Bezirksleiterin an alle Verkaufsstellen des Bezirks T. bzw. deren Verkaufsstellenmitarbeiterinnen und erklärt, in bestimmten Verkaufsstellen zu bestimmten Wochenstunden vakante Verkaufsstellen mit Neueinstellungen besetzen zu wollen. Ferner heißt es: „Die Eingruppierung erfolgt nach dem gültigen Tarifvertrag für das Bundesland Rheinland/Pfalz G I 1. Jahr.“

Der Gehaltstarifvertrag Einzelhandel Rheinland-Pfalz steht - wie die Gehaltstarifverträge des Einzelhandels vieler anderer Bundesländer - 5 Gehaltsgruppen vor, die jeweils Gehaltsstaffeln enthalten für das 1. bis 5. Berufsjahr bzw. für die Gehaltsgruppe 1 für das 1. bis 4. Tätigkeitsjahr. Die Gehaltsgruppe I beinhaltet: „Angestellte mit einfacher kaufmännischer oder technischer Tätigkeit, die weder eine abgeschlossene Berufsausbildung noch eine dreijährige Berufstätigkeit nachweisen können.“

Die neu einzustellenden Arbeitskräfte - i.d.R. ist Teilzeit vorgesehen -sollen somit in die 1. Gehaltsgruppe, 1. Beschäftigungsjahr eingruppiert werden, was der Arbeitgeber auch praktiziert.

Mit Schreiben vom 19.07.2007 hat der Betriebsrat über seine Verfahrensbevollmächtigte mitgeteilt, dass mit dieser Ausschreibungspraxis gegen §§ 1, 2 I Nr. 1, 3 I AGG verstoßen werde, weil sie altersdiskriminierend sei. Ältere Arbeitskräfte verfügten nicht mehr über die Zulassungsvoraussetzungen, weil sie im allgemeinen über eine weitergehende Berufserfahrung verfügen, so dass sie sich trotz der erworbenen Qualifikation auf dem Arbeitsmarkt für die ausgeschriebenen Stellen als Verkäuferin nicht bewerben könnten. Diese rechtswidrige Einstellungspraxis sei bereits mehrfach vom Betriebsrat gerügt worden, ohne dass bisher eine Änderung eingetreten sei. Bis spätestens 30.07.2007 möge der Arbeitgeber erklären, dass er zukünftig auf diese Ausschreibungsmerkmale verzichtet.

Mit Schreiben vom 26.07.2007 (Bl. 13 d.A.) teilte die Verkaufsleiterin des damaligen Verkaufsbüros S. mit, dass weiterhin an den Ausschreibungen festgehalten werde. Die Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen seien keinesfalls altersdiskriminierend. Daraufhin hat der Betriebsrat mit Schriftsatz seiner Verfahrenbevollmächtigten vom 27.08.2007, die am 29.08.2007 beim Arbeitsgericht Saarbrücken eingegangen ist, das vorliegende Beschlussverfahren angestrengt.

Er meint, dem Kontrollrecht des Betriebsrates unterfielen auch die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit. Zusätzlich habe der Betriebsrat gem. § 75 I 2 BetrVG darüber zu wachen, dass Arbeitnehmer nicht wegen Überschreitung bestimmter Altersstufen benachteiligt werden.

Der von § 17 II 1 AGG geforderte Verstoß setze anders als § 23 III 1 BetrVG keinen kollektivrechtlichen Bezug voraus. Es sei auch nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber gegen Pflichten des AGG verstößt, die sich auf die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des Betriebsrats oder der Gewerkschaften beziehen.

§ 2 a I ArbGG begründe eine umfassende Zuständigkeit über die Angelegenheiten des BetrVG hinaus. Entgegen dem Wortlaut von § 2 a I Nr. 1 ArbGG sei es unerheblich, ob die betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit ihre Grundlage im BetrVG findet oder ob sie aus anderen Gesetzen folgt, die einen betriebsverfassungsrechtlichen Inhalt haben. Der Betriebsrat meint, es handele sich hier um einen groben Verstoß gegen das AGG, sodass sein Antrag zulässig und auch begründet sei. Die Einstellung werde hier nicht an eine Qualifikation geknüpft, sondern im Gegenteil an fehlende Berufserfahrung („1. Jahr“). Wenn der Arbeitgeber vortragen lasse, dass der sich ergebende Unterschied zwischen dem ersten

und letzten Beschäftigungsjahr einer Mitarbeiterin darüber entscheiden könne, ob die Verkaufsstelle mit Gewinn oder Verlust geführt wird, so sei dies kein hinreichender Grund für die vorgenommene Benachteiligung, zumindest bedürfe es einer substantiierten Konkretisierung, dass die betroffene Verkaufsstelle nur mit einer Mitarbeiterin im 1. Beschäftigungsjahr Gewinn mache. Ein allgemeiner Hinweis auf Gewinnspannen reiche nicht aus.

Durch die Ausschreibungspraxis würden all jene Mitarbeiter ausgeschlossen, die schon länger als 1 Jahr im Einzelhandel tätig seien. Dies sei die Mehrzahl der Bewerber. Damit würden naturgemäß nur die ganz jungen Bewerber oder Berufseinsteiger privilegiert werden. Eine solche Privilegierung dieser Gruppe stelle im Verhältnis zu der ausgeschlossenen Gruppe eine Diskriminierung dar.

Der Betriebsrat hat beantragt,

die Antragsgegnerin habe es zu unterlassen, in den Stellenausschreibungen in dem Bezirk T. ausschließlich neue Mitarbeiter zu suchen, die in der Tarifgruppe G 1,1. Jahr anfangen sollen.

Der Arbeitgeber hat die Zurückweisung des Antrages beantragt.

Er hat vorgetragen, der Betriebsrat habe bzgl. des Inhalts der Stellenausschreibung kein Mitbestimmungsrecht. Dies ergäbe sich nicht aus § 93 BetrVG. Die Gestaltung des Anforderungsprofils sei allein dem Arbeitgeber vorbehalten.

Der Betriebsrat habe auch keine Antragsbefugnis. Diese könne sich nach § 17 AGG nur ergeben, wenn eine grobe Pflichtwidrigkeit durch den Arbeitgeber vorliege. Dieser nähme jedoch nicht mehr als seine berechtigten Interessen wahr. Durch die beanstandete Einstellungspraxis werde sichergestellt, dass die einzelnen Filialen kostendeckend arbeiten könnten. Da allein der Arbeitgeber für die Verluste der einzelnen Filialen einzutreten habe, stehe ihm auch ein privatautonomer Gestaltungsspielraum zu, wen er einstelle und wen nicht. Das AGG rechtfertige eine solche Praxis.

Da im Bereich des § 23 BetrVG anerkannt sei, dass kein grober Verstoß vorliege, wenn der Arbeitgeber in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage nach einer vertretbaren Rechtsansicht handle, könne sich der Antragsgegner darauf berufen, dass das Arbeitsgericht Frankfurt mit Beschluss vom 09.08.2007 einen Unterlassungsanspruch, wie ihn der Betriebsrat hier geltend macht, abgelehnt habe (vgl. Bl. 33 -39d.A.).

Dieser Beschluss wurde nach Schluss der mündlichen Anhörung in erster Instanz vom hessischen Landesarbeitsgericht zu Gunsten des Betriebsrates abgeändert (B.v. 06.03.2008 - 9 TaBV 251/07). Der Arbeitgeber argumentiert schließlich, dass die vorgenommenen Ausschreibungen auch zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes im legitimen Interesse des Arbeitgebers lägen. Das Durchschnittsalter liege im Betrieb des antragstellenden Betriebsrates bei 47 Jahren.

Durch am 13.03.2008 verkündeten Beschluss gab das Arbeitsgericht dem Antrag des Betriebsrates statt und setzte den Streitwert des Verfahrens auf 8.000,00 € fest.

Der Arbeitgeber sei zwar im Rahmen der privatautonomen Gestaltungsfreiheit grundsätzlich frei, inhaltlich zu bestimmen, wie er seine Stellenausschreibungen gestaltet, allerdings ergäben sich Einschränkungen aus höherrangigem Recht, hier dem AGG. Dort würden unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen wegen des Alters für unzulässig erklärt. Dies gelte nach § 7 AGG auch für die Gestaltung von Ausschreibungen. Mit der Ausschreibung gäbe der Arbeitgeber hier zu erkennen, dass nur solche Kandidaten im Rahmen des Auswahlprozesses in die nähere Auswahl kommen, die nicht zwangsläufig in Anwendung

des Tarifrechts in eine andere Jahresgruppe der Gehaltsgruppe G 1 eingruppiert werden müssen. Damit werde in der Stellenerklärung eine verbindliche Absichtserklärung über den als geeignet angesehenen Bewerberkreis abgegeben. Für jeden Bewerber sei es klar, dass wenn er nicht als Berufsanfänger in der Gehaltsgruppe G 1 eingestellt werden könne, er dann als Bewerber nicht in Frage kommen könne. Dies stelle zumindest eine mittelbare Diskriminierung älterer Arbeitnehmer zu Gunsten jüngerer dar. Zwar möge es Berufseinsteiger geben, die - etwa nach Kindererziehungsjahren - auch bereits ein gewissen Alter erreicht haben, doch änderten solche Hinweise auf singulare Fälle nichts an dem generellen Diskriminierungsmechanismus, den die Ausschreibung impliziere.

Die §§ 8, 10 AGG enthielten zwar eine Reihe von Fällen, in denen Altersgrenzen zulässig sein können, jedoch seien diese hier nicht einschlägig. Dies gelte auch für §§ 10, 3 AGG. Dort seien Höchstanforderungen genannt, die sicherstellen sollen, dass ein Bewerber für die ihm zugedachte Aufgabe über hinreichende Erfahrung verfügt. Im Streitfall gehe es jedoch darum, ein Höchstalter aus der Erwägung heraus festzusetzen, dass man tarifliche Differenzierungen aus Kostengründen verhindern will. Damit wolle der Arbeitgeber lediglich unliebsame Bestimmungen des Tarifrechts aushebeln.

Die Ausschreibungspraxis des Arbeitgebers diene letztlich dazu, sich den Folgen tariflicher Bindung zu entziehen und sich auf diese Weise Vorteile zu verschaffen gegenüber anderen Mitbewerbern, die i.d.R. an allgemeinverbindliche Tarifverträge gebunden sein dürften. Eine solche Vorgehensweise sei weder objektiv gerechtfertigt noch angemessen noch durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt. Auch die Generalklausel des § 10 I 1 AGG komme daher nicht in Betracht. Die Hartnäckigkeit, mit der der Arbeitgeber die beanstandete Ausschreibungspraxis in zahlreichen Bezirken seiner bundesweit betriebenen Betriebskette praktiziert, zeige auch eine gewisse Rücksichtslosigkeit, die gegen den Geist des AGG verstoße. Von daher sei objektiv der Tatbestand einer groben Pflichtwidrigkeit gegeben. Die Annahme, eine noch nicht rechtskräftige Entscheidung eines Instanzgerichts könne bereits den Gutgläubensschutz begründen, würde dazu führen, dass das BAG niemals mehr eine grobe Pflichtwidrigkeit annehmen könnte. Es komme daher letztlich auf die Argumentationsdichte der Entscheidung an, auf die sich derjenige stützt, auf den der Gutgläubensschutz reklamiert. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Frankfurt beschränke sich lediglich darauf, den Wortlaut des Gesetzes zu wiederholen. Es fehlten jedoch irgendwelche Ausführungen dazu, wann konkret diskriminierende Ausschreibungen aus den in § 10 AGG genannten Gründen ausnahmsweise gerechtfertigt sein könnten. Schließlich frage es sich, ob nicht neben § 17 II i.V.m. § 23 III BetrVG aus § 17 I BetrVG ein allgemeiner Unterlassungsanspruch ähnlich dem, den die Rechtsprechung zu § 87 BetrVG anerkannt hat, zu bejahen wäre. Hierauf komme es aber hier nicht streitentscheidend an. Schließlich sei bereits ein Unterlassungsanspruch aus § 17 II i.V.m. § 23 III BetrVG zu bejahen.

Gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Saarbrücken vom 13.03.2008 legte der Arbeitgeber form- und fristgerecht Beschwerde ein (vgl. die Feststellungen im Sitzungsprotokoll vom 11.02.2009, Bl. 100 d.A).

Der Arbeitgeber rügt, dass das Arbeitsgericht zunächst die Begründetheit und dann erst die Antragsberechtigung geprüft habe. Nach § 17 II AGG könnten Betriebsräte nur „bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers“ gegen die Vorschriften aus dem ersten Abschnitt des AGG Unterlassungsanträge beim Arbeitsgericht stellen. Auf § 23 III 1 BetrVG werde in § 17 AGG ausdrücklich Bezug genommen. Erforderlich sei eine objektiv erhebliche und offensichtlich schwerwiegende grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers. Davon könne hier jedoch nicht ausgegangen werden. Es handele sich hier um eine schwierige und ungeklärte Rechtsfrage. Die Rechtsauffassung des Arbeitgebers sei durchaus vertretbar. Dieser hätten

sich neben dem Arbeitsgericht Frankfurt auch das Arbeitsgericht Siegburg angeschlossen. Die Begründung des Arbeitsgerichts, der Arbeitgeber wolle sich den Folgen tariflicher Bindung entziehen und sich auf diese Weise Vorteile verschaffen gegenüber anderen Mitbewerbern, sei abwegig. Der hier beteiligte Arbeitgeber habe seit 1995 durch Anerkennungstarifverträge mit der Gewerkschaft Verdi alle Tarifverträge des Einzelhandels für sein Unternehmen angewandt. Die Ausschreibung beziehe sich ausdrücklich auf eine Vergütung nach dem Tarifvertrag. Dieser sei allerdings nicht mehr allgemeinverbindlich. Die Bezeichnung „1. Berufsjahr“ gebe keinerlei Hinweis auf das Lebensalter des einzelnen Arbeitnehmers. Auch ältere Arbeitnehmer könnten durchaus im 1. Berufsjahr sein.

Nach § 10 S.1 AGG sei eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Ein legitimes Ziel sei die Entscheidung des Arbeitgebers, die Personalkosten möglichst gering zu halten. Ihm bliebe es vorbehalten, über die Kosten einer Neueinstellung alleine entscheiden zu können.

Das Arbeitsgericht habe den Aspekt der ausgewogenen Personalstruktur i.S.d. § 1 III 2 KSchG völlig unberücksichtigt gelassen. Sie sei ein legitimes Ziel, das durch die Generalklausel des § 10 AGG seine Rechtfertigung finde.

Schließlich sei die Festlegung des Streitwertes im Beschlussverfahren rechtswidrig. Sie erfolge nur auf Antrag durch gesonderte Beschlüsse nach Anhörung der Beteiligten. Im Hinblick auf den unstreitigen Sachverhalt und die relativ einfache Rechtsfrage könne allenfalls von dem Regelsatz i.H.v. 4.000,00 € ausgegangen werden.

Der Arbeitgeber und Beschwerdeführer beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Saarbrücken, vom 13.03.2008, Az.: 1 BV 36/07, abzuändern und den Antrag zurückzuweisen.

Der Betriebsrat und Beschwerdegegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zu Recht habe das Arbeitsgericht die Zulässigkeit des Antrages bejaht. Es handele sich um einen groben Verstoß gegen das AGG. Durch Wiederholung könnten auch leichtere Verstöße zu einem groben Verstoß werden. Allein hier handele es sich um 5 Stellenausschreibungen, mit denen Teilzeitkräfte gesucht werden zur Einstellung untere Eingruppierung in Gehaltsstufe G I, 1. Beschäftigungsjahr. Das dem Anschein nach neutrale Kriterium sei geeignet, ältere Bewerber gegenüber jüngeren zu benachteiligen. Ältere Arbeitnehmer seien durch die Einschränkung zahlenmäßig stärker betroffen, weil sie i.d.R. eine höhere Berufserfahrung als 1 Jahr aufweisen. Es handele sich hier nicht um eine schwierige und ungeklärte Rechtsfrage, die einen groben Verstoß ausschließen würde. §17 II AGG setze kein Verschulden des Arbeitgebers voraus. Selbst eine angebliche Gutgläubigkeit des Arbeitgebers würde nicht die Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit des Antrags nach § 17 II AGG nach sich ziehen. Aufgrund der Vielzahl der diskriminierenden Stellenausschreibungen liege ein grober Verstoß gegen das AGG vor.

Einen kostengünstigen Arbeitsplatz zu schaffen sei kein legitimes Ziel i.S.d. § 10 AGG. Auch aus dem Katalog von § 10 I 3 AGG ließe sich kein Rechtfertigungsgrund ableiten. Bzgl. der legitimen Ziele gehe es nicht in erster Linie um die Interessen des Arbeitgebers, sondern die der Allgemeinheit. Ein rein wirtschaftlicher Aspekt könne eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen.

Auch aus § 1 III 2 KSchG ergebe sich kein Rechtfertigungsgrund. Dort gehe es nicht um die Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur, sondern um die Erhaltung.

Wegen des weiteren Beschwerdevorbringens der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschrift vom 11.02.2009 Bezug genommen.

II.

I. Die Beschwerde ist statthaft (§ 87 I ArbGG). Sie ist auch zulässig. Sie wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 87 II 1, 66 I 1, 89 I, II ArbGG).

II. 1. Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht dem Antrag des Betriebsrates stattgeben, in dem es dem Arbeitgeber untersagt hat, im Bezirk T. in den Stellenausschreibungen neue Mitarbeiter zu suchen, die ausschließlich den Voraussetzungen der tariflichen Gehaltsgruppe G 1, 1. Jahr entsprechen. Zutreffend hat das Arbeitsgericht den Anspruch des Betriebsrates aus § 17 II AGG abgeleitet. Danach können bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften aus dem 2. Abschnitt des AGG (§§ 6 -16) der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft unter der Voraussetzung des § 23 III 1 BetrVG die dort genannten Rechte gerichtlich geltend machen. Damit soll ein gesetzmäßiges Handeln des Arbeitgebers nach den Vorgaben der §§6-17 AGG sichergestellt werden.

LAG Saarland Az.: 1 TaBV 74/08

2. Zutreffend hat das Arbeitsgericht einen groben Rechtsverstoß gegen § 7 i.V.m. § 1 AGG angenommen, der objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend ist. Nach § 7 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden. Als Benachteiligungsgrund der unter § 1 AGG aufgeführt ist, kommt hier das Alter in Betracht. Eine Benachteiligung des Alters wird unter § 11 AGG auch im Rahmen einer Ausschreibung untersagt. Die Norm verpflichtet zur altersneutralen Stellenausschreibung. Ein Verstoß gegen § 11 AGG begründet sogar die Vermutung für einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot selbst (vgl. ErfK/Schlachter, § 11 AGG Rn. 2). Die in der Ausschreibung erklärte Absicht, neu eingestellte Verkäuferinnen nur in der Gehaltsgruppe I, 1. Jahr einzustellen, macht den Bewerbern klar, dass sie nur eine Einstellungschance haben, wenn sie die Voraussetzungen zu dieser tariflichen Eingruppierung erfüllen. Gem. § 2 Ziff. 1 GTV Einzelhandel Rheinland-Pfalz werden Angestellte entsprechend ihrer Tätigkeit in eine der in § 3 aufgeführten Gehaltsgruppen eingruppiert. Ziff. 2 besagt: „Angestellte, die weder eine abgeschlossene Berufsausbildung noch eine 3-jährige Berufstätigkeit nachweisen können, werden in das 1. Tätigkeitsjahr der Gehaltsgruppe I eingruppiert. Ab dem 5. Tätigkeitsjahr erfolgt der Übergang in die Gehaltsgruppe II 4.“

Damit kommen Angestellte mit einer der Tätigkeit entsprechenden 2-oder 3-jährigen Berufsausbildung nicht in Betracht, da sie in Gehaltsstufe II (1. bzw. 3. Berufsjahr) einzustufen sind (§ 2 Ziff. 3 GTV EH R.Pf.). Dies heißt, alle gelernten Verkäuferinnen haben keine Einstellungschance.

Aber auch alle ungelerten Verkäuferinnen sind von der Stellenausschreibung ausgeschlossen, wenn sie eine 3-jährige Berufstätigkeit absolviert haben. Die Gehaltsgruppe I umfasst: Angestellte mit einfacher kaufmännischer und/oder technischer Tätigkeit, die weder eine abgeschlossene Berufsausbildung noch eine 3-jährige Berufstätigkeit nachweisen können.“

Da die Gehaltsgruppe I eine Gehaltsstaffelung für das 1.-4. Tätigkeitsjahr vorsieht, der Arbeitgeber jedoch nur Verkaufskräfte sucht, die in das 1. Tätigkeitsjahr einzugruppiert sind, haben nur ungelernete Verkäuferinnen eine Chance, die noch kein volles Tätigkeitsjahr in einer Verkaufstätigkeit erbracht haben. Dies heißt, es werden lediglich ungelernete Arbeitskräfte gesucht, die bisher noch keine 1-jährige Verkaufstätigkeit ausgeübt haben. Alle anderen sind nach dem vom Arbeitgeber angewandten Tarifrecht in eine höhere Gehaltsgruppe bzw. höheres Tätigkeits- oder Berufsjahr einzugruppiert.

Daraus folgt eine mittelbare Diskriminierung älterer Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerinnen zu Gunsten jüngerer. Der Arbeitgeber macht zwar keine bestimmte Grenze eines Lebensalters zur Einstellungsbedingung, mit dem Merkmal „G I, 1. Jahr“ schließt er jedoch nicht nur alle Verkäuferinnen mit einer der Tätigkeit entsprechenden abgeschlossenen Berufsausbildung als Bewerberinnen aus, sondern auch alle beruflich unausgebildeten, jedoch schon einmal zuvor als Verkäuferin tätigen Bewerberinnen. Mit einer höheren Zahl von Berufs- bzw. Tätigkeitsjahren im Betrieb des Bezirks T. ist typischerweise ein höheres Lebensalter verbunden. Je höher das Berufsjahr, je höher steigt damit auch das durchschnittliche Lebensjahr der Beschäftigten. Da praktisch nur Berufsanfängerinnen für eine Einstellung in Betracht kommen, scheiden alle in Verkaufstätigkeiten schon einmal beschäftigte Bewerberinnen aus. Diese sind aufgrund ihrer vorangegangenen beruflichen Tätigkeit im Durchschnitt älter als die Berufsanfängerinnen.

Zwar mag es auch Berufseinsteigerinnen geben, die erst im höheren Lebensalter mit einer Erwerbstätigkeit beginnen oder etwa wegen der Kindererziehung wieder beginnen, jedoch sind diese gegenüber den herkömmlichen Berufsanfängern statistisch gesehen in der Minderheit. Die im Verkaufsberuf tätigen bzw. tätig gewesenen Bewerberinnen sind aufgrund ihrer Arbeitsvita im Schnitt älter als die Berufsanfängerinnen. Sie werden daher mittelbar altersdiskriminiert.

Eine Benachteiligung ist dann mittelbar diskriminierend, wenn das Differenzierungskriterium, das die nachteiligen Folgen herbeiführt, zwar nicht unmittelbar die Zugehörigkeit zur geschützten Gruppe voraussetzt, wohl aber solche Merkmale, die von den Gruppenmitgliedern erheblich häufiger als von anderen Personen erfüllt werden. Mit dem Erfordernis des 1. Berufsjahres knüpft die Ausschreibung mittelbar an das Lebensjahr der Bewerberinnen an. Bei der Bildung der Vergleichsgruppen: „ältere“ und „jüngere Bewerberinnen“ werden die älteren Bewerberinnen zahlenmäßig stärker durch die Verwendung eines scheinbar neutralen Kriteriums benachteiligt als die jüngeren Bewerberinnen.

III. 1. Nach § 3 II AGG ist eine mittelbare Benachteiligung gegeben, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 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 Zieles angemessen und erforderlich. Der Nachweis einer statistischen (mittelbaren) Ungleichbehandlung ist nach geltendem Recht nicht mehr zwingend geboten. Es soll genügen, dass die angegriffene Maßnahme eine besondere Benachteiligung auslösen kann (hypothetische Betrachtungsweise) (so EuGH 21.09.2000/-C-124/99; ErfK/Schlachter, § 3 AGG Rn. 7).

2. Ein rechtmäßiges Ziel kann zwar auf unternehmerischen Erwägungen beruhen, jedoch muss die Verwendung des benachteiligenden Kriteriums sachlich gerechtfertigt sein. Im Rahmen seiner durch Art. 14 und 2 I GG gewährleisteten unternehmerischen Freiheit kann er die Anforderungen an die Qualifikation für eine zu besetzende Stelle zwar nach

eigenem Ermessen festlegen. Hier hat der Arbeitgeber jedoch keine Qualifikationsanforderungen bei der streitgegenständlichen Stellenausschreibung festgelegt, sondern tarifliche Eingruppierungsmerkmale, die nur das unterste Tarifgehalt als Arbeitsvergütung zulassen.

Dies erfolgte unter dem Gesichtspunkt der Kostenersparnis. Dieser Aspekt allein kann jedoch nicht die Ungleichbehandlung älterer Bewerberinnen rechtfertigen. Mit dem Kostenargument könnte sonst stets der Schutz vor Altersdiskriminierung ausgehebelt werden. Die Richtlinie 2000778/EG bezweckt jedoch gerade die Integration von älteren Menschen in das Erwerbsleben. Rechtmäßiges Ziel als sachlicher Rechtfertigungsgrund sind grundsätzlich beschäftigungspolitische Allgemeininteressen, wie etwa der Arbeitsmarkt oder die berufliche Bildung.

Strittig ist, inwieweit der Arbeitgeber auch eigenwirtschaftliche Interessen als Rechtfertigungsgrund verfolgen darf, wie etwa die Steigerung der Produktivität, die Wettbewerbsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit (vgl. Bauer/Göpfert/Krieger AGG §§ 3 Rn. 32; 10 Rn. 20). Selbst wenn man sie als rechtmäßiges Ziel ansehen würde, ist die weitere gesetzliche Voraussetzung zu beachten, dass die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sein müssen. Es gilt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Schließlich will der Gesetzgeber Benachteiligungen, u.a. aus Gründen des Alters, mit strengen Verhaltensregeln verhindern oder beseitigen. Der Arbeitgeber hat hier nur allgemein vorgetragen, dass er zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit die Personalkosten so gering wie möglich halten müsse. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern er stets in allen Verkaufsstellen die Neueinstellungen zu dem geringstmöglichen Tarifgehalt beschäftigen muss. Schließlich unterliegen auch viele andere Wettbewerber dem Einzelhandeltarifvertrag, der sogar einmal allgemeinverbindlich war. Ohne konkrete Kostendarlegungen, auch bzgl. der einzelnen Verkaufsstellen, kann die Überprüfung der angeblich wirtschaftlich nicht hinnehmbaren Kostendrucksituation nicht erfolgen. Sie bleibt damit ein für den Arbeitgeber stets gefälliges „Totschlagargument“.

3. Neben § 3 II AGG können auch aus §§ 8,10 AGG hier keine Rechtfertigungsgründe hergeleitet werden. Während § 8 hier von vorneherein nicht in Betracht kommt, weil das benachteiligende Merkmal keine wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen darstellt, scheidet auch eine Rechtfertigung der Altersdiskriminierung durch die Generalklausel des § 10 S. 1, 2 AGG, wie auch durch die nicht abschließend aufgeführten Beispiele unter den Ziff. 1 -6 aus. Diese sind hier nicht einschlägig. Eine sachliche Rechtfertigung mag sich durch verschiedene Aspekte bei der Suche nach Berufsanfängern ableiten lassen (vgl. Wiechert/Zange DB 2007, 970, 971) z. B. Anwaltskanzlei, für den vorliegenden Fall sind solche jedoch nicht ersichtlich.

Ein unternehmerisches Konzept des Beschwerdeführers bzgl. der beruflichen Anforderungen besteht keineswegs bzgl. der Eignung für die zu erbringende Arbeitsleistung, sondern lediglich bzgl. der Personalkosten. Schließlich wird der Arbeitgeber nicht behaupten wollen, ungelernte Arbeitskräfte und Berufsanfänger seien für die Verkaufstätigkeit besser geeignet als beruflich erfahrene Kräfte.

4. Auch das Argument des Arbeitgebers, er müsse für eine ausgewogene Personalstruktur sorgen, hilft ihm hier nicht weiter. Auch diesbezüglich fehlt es an einem näheren Sachvortrag. Der Arbeitgeber hat darzulegen, was die unterschiedliche Behandlung der Neueinzustellenden wegen ihres Alters rechtfertigt. Allein die Berufung auf das Erfordernis der Herstellung einer ausgewogenen Personalstruktur genügt dazu nicht. Der Arbeitgeber hat konkret darzulegen, wie diese Personalstruktur aussehen sollte, warum sie

erforderlich war und wie sie aufgrund der vorgenommenen Personalauswahl hätte erreicht werden sollen (so BAG 22.10.2009 - 8 AZR 906/07).

5. Auch der Hinweis auf die Sozialauswahlregeln des § 1 III 1,2 KSchG ist nicht weiterführend. Satz 2 ermöglicht lediglich, die Personalstruktur zu erhalten, nicht jedoch sie zu schaffen.

IV. Schließlich bleibt darauf hinzuweisen, dass das Verbot der Ungleichbehandlung nicht auf betriebsinterne Stellenausschreibungen beschränkt ist. Das Antragsrecht nach § 17 II AGG ist nicht belegschaftsbezogen (ErfK/Schlachter § 17 AGG Rn. 3). Das Benachteiligungsverbot schützt alle Beschäftigten gem. § 6 AGG, also auch die im Betrieb noch nicht beschäftigten Stellenbewerber.

Nach allem ist somit von einem groben Verstoß des Arbeitgebers i.S.d. §§ 17 II AGG/23 III BetrVG gegen seine Pflichten aus §§ 11, 7,1 AGG auszugehen. Der Verstoß ist objektiv erheblich. Auf ein subjektives Verschulden kommt es nicht an. Die Beschwerde konnte somit keinen Erfolg haben.

V. Zu Recht hat der Beschwerdeführer allerdings die Festsetzung des Streitwertes im Beschluss der Hauptsache beanstandet. Wegen fehlenden Hinweises in § 84 AGG ist die Norm des § 61 I ArbG nicht anwendbar, die besagt, dass der Wert des Streitgegenstandes das Arbeitsgericht im Urteil festsetzt. Hier handelt es sich um ein Beschlussverfahren i.S.d. 2. Abschnitts des ArbGG (§§ 80 ff.).

Die Festsetzung des Verfahrenswertes zum Zwecke der anwaltlichen Gebührenberechnung hat nur auf Antrag gem. § 33 I RVO durch gesonderten Beschluss des Arbeitsgerichts nach Anhörung der Beteiligten zu erfolgen.

Die Beschwerde ist jedoch in der „Welt“. Die Beanstandung durch den Beteiligten zu 2. ist als Beschwerde i.S.v. § 33 II anzusehen (so auch GK-ArbGG-Dörner § 84 Rn. 13 u.V.a. LAG Hamm B.v. 13.09.1979, AuR 1979, 379).

Diese Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet. Es handelt sich hier um eine nichtvermögensrechtliche Streitigkeit bei der § 23 III 2 RVG zur Anwendung kommt. Der dort festgesetzte Regel- bzw. Hilfswert beträgt 4.0000,00€. Je nach Lage des Falles ist dieser niedriger oder höher anzusetzen. Als Ermessenskriterien sind unter Heranziehung der §§14 11 RVG, 48 II 1 GKG die Bedeutung der Sache für den Mandanten, der Umfang der Sache, insbesondere der zeitliche Einsatz des Rechtsanwalts für die sachliche Vorbereitung der Angelegenheit, die tatsächliche und rechtliche Schwierigkeit des Falles, sowie die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers maßgebend (LAG Schleswig-Holstein, 26.06.2000 - 3 Ta 68/00). Legt man diese Kriterien hier an, ist die Festsetzung auf den doppelten Hilfswert angemessen, sogar sehr moderat. Die rechtliche Schwierigkeit und Bedeutung der Sache ist schließlich so hoch anzusehen, dass sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde rechtfertigt. Es handelt sich nicht nur um einen angeblichen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung, sondern um eine Vielzahl, die auch in der Zukunft weiter zu erwarten sind. Die Festsetzung des Streitwertes durch das Arbeitsgericht auf 8.000,00 € ist somit nicht als ermessenfehlerhaft zu beanstanden.

Auch die Entscheidung des Beschwerdegericht ergeht gem. § 2 II GKG gerichtsgebührenfrei.

Da es sich hier um strittige Auslegungsfragen aus §§ 17 II, 11, 7, 3, 10 AGG handelt, die von grundsätzlicher Bedeutung sind, ist die Rechtsbeschwerde gem. §§ 92 I, 72 II Ziff. 1 ArbGG zuzulassen.

