

---

**Datum:** 11.08.2010  
**Gericht:** Arbeitsgericht Wesel  
**Spruchkörper:** 6. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 6 Ca 736/10  
**ECLI:** ECLI:DE:ARBGWES:2010:0811.6CA736.10.00

---

**Schlagworte:** Diskriminierung, Tarifvertrag, Tarifautonomie, Urlaub, Staffelung nach Lebensalter, Einschätzungsprärogative

**Normen:** § 10 AGG, § 15 Manteltarifvertrag für den Einzelhandel, Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG

**Sachgebiet:** Arbeitsrecht

**Leitsätze:**

1.§ 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel - nach Lebensalter gestaffelter Urlaubsanspruch - beinhaltet eine unmittelbare Diskriminierung nach § 10 AGG. 2.Allgemeine Behauptungen genügen auch für die Tarifvertragsparteien nicht, um eine Diskriminierung nach § 10 AGG zu rechtfertigen. 3.Eine etwaige Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien bei der Frage der Objektivität einer diskriminierenden Maßnahme rechtfertigt nicht jegliche Diskriminierung.

---

**Tenor:**

- 1.Es wird festgestellt, dass die Klägerin einen jährlichen Urlaubsanspruch von 36 Werktagen hat.
- 2.Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
- 3.Die Berufung wird zugelassen.
- 4.Der Streitwert wird auf EUR 524,13 festgesetzt.

---

Die Parteien streiten darüber wie viele Urlaubstage der Klägerin kalenderjährlich zustehen.	2
Die Klägerin ist seit dem 01.09.2004 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin zuletzt seit dem 13.06.2007 als KassiererIn mit einem monatlichen Bruttolohn in Höhe von EUR 2.211,72 in einer 6-Tage-Woche angestellt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der schriftliche Arbeitsvertrag vom 18.06.2007 (Bl. 5 ff. d.A.). Die Klägerin ist am 14.08.1986 geboren und damit 23 Jahre alt. Sie ist Mitglied in der Gewerkschaft ver.di.	3
Die Beklagte ist ein Unternehmen der Einzelhandelsbranche und betreibt einen Verkaufsmarkt.	4
Die Beklagte hat seit dem 05.06.2007 schrittweise 36 Betriebe der N. sowie die dazugehörigen Arbeitsverhältnisse übernommen. Auf die Rechtsvorgängerin der Beklagten und insbesondere das Arbeitsverhältnis der Klägerin zu der Rechtsvorgängerin der Beklagten fand u.a. der sog. AVA Haustarifvertrag (Bl. 10 d.A.) Anwendung. Danach stand der Klägerin, wie allen unter diesen Tarifvertrag fallenden Arbeitnehmern, nach § 11 Ziff. 3 lit. b) ein jährlicher Urlaubsanspruch von 36 Werktagen zu.	5
Mittels der „Tarifvereinbarung über Änderungen und Ergänzungen zum Anerkennungstarifvertrag vom 28.08.2007/Überleitungstarifvertrag“ (Bl. 11 d.A.) wurde zwischen der Beklagten und der Gewerkschaft ver.di die Überleitung der für die Beklagte geltenden Firmentarifverträge ihrer Rechtsvorgängerin auf den Flächentarifvertrag des Einzelhandels in NRW, der auf Arbeitnehmerseite ebenfalls durch ver.di vereinbart wurde, geregelt. Gem. § 2 Nr. 4 dieses Überleitungstarifvertrages gilt der Manteltarifvertrag für den Einzelhandel in NRW vom 25.07.2008 (iF.: „MTV Einzelhandel“) ab dem 01.07.2009 in vollem Umfang für den Geltungsbereich des Überleitungstarifvertrages, mithin gem. § 1 des Überleitungstarifvertrages für alle Betriebe der Rechtsvorgängerin der Beklagten und die hier tätigen Arbeitnehmer. Der MTV Einzelhandel (Bl. 17 d.A.) sieht in § 15 Abs. 3 einen nach dem Lebensalter gestaffelten Urlaubsanspruch vor. Wörtlich regelt der MTV Einzelhandel den Urlaubsanspruch wie folgt:	6
„Der Urlaub beträgt im Kalenderjahr	7
bis zum vollendeten 20. Lebensjahr 30	8
nach dem vollendeten 20. Lebensjahr 32	9
nach dem vollendeten 23. Lebensjahr 34	10
nach dem vollendeten 30. Lebensjahr 36 Werktage“.	11
Mit Schreiben vom 27.07.2009 (Bl. 18 d.A.) machte die Klägerin gegenüber der Beklagten einen jährlichen Urlaubsanspruch von 36 Tagen geltend. Dies wurde seitens der Beklagten unter Hinweis auf die Regelung des MTV Einzelhandel und den gemäß MTV Einzelhandel der Klägerin zustehenden Urlaubsanspruch in Höhe von lediglich 34 Werktagen abgelehnt.	12
Die Klägerin ist der Ansicht, sie werde durch die neue Tarifregelung schlechter gestellt als durch die früher geltende Tarifregelung. Sie werde auch im Vergleich zu den Arbeitnehmern, die bereits 30 Jahre alt seien benachteiligt, da sie weniger Urlaubstage erhalte als diese.	13
Die Klägerin beantragt,	14
	15

festzustellen, dass die Klägerin einen jährlichen Urlaubsanspruch in Höhe von 36 Werktagen hat.

Die Beklagte beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Die Beklagte ist der Ansicht, eine Benachteiligung wegen des Alters liege schon begrifflich nicht vor, da es sich bei § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel nicht um eine benachteiligende Regelung handele. Dies ergebe sich daraus, dass die gesetzliche Regelung des Bundesurlaubsgesetzes nur einen Urlaubsanspruch von 24 Werktagen kalenderjährlich vorsehe. Selbst der Mindestanspruch des MTV Einzelhandel übertreffe den gesetzlichen Urlaubsanspruch. Die Beklagte ist zudem der Ansicht, dass § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel gem. § 10 AGG gerechtfertigt sei. Hierzu behauptet die Beklagte, Ziel der tarifvertraglichen Staffelung der Urlaubsansprüche sei es, die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu gewährleisten. Die Beschäftigungsstruktur des Einzelhandels sei geprägt von einem hohen Anteil beschäftigter Frauen sowie einem überproportionalen Anteil des Ausbildungsberufes Verkäufer/Verkäuferin. Ausgehend von einem mittleren Schulabschluss und einer zweijährigen Ausbildung werde ein Großteil der Ausbildungen mit dem 20. Lebensjahr abgeschlossen und sodann ein reguläres Anstellungsverhältnis begründet. Zu diesem Zeitpunkt ändere sich die Lebensplanung und -gestaltung. Es komme zur Gründung eines eigenen Hausstandes, der Manifestation von Partnerschaften und Familienplanung. Die Staffelung des Urlaubsanspruchs trage dieser veränderten Lebenssituation in diesem Lebensabschnitt durch den Schutz von Personen mit Fürsorgepflichten Rechnung. Die Anhebung des Urlaubsanspruches sei ausgeglichen über den Zeitraum verteilt, alle Arbeitnehmer erhielten bei Erreichen der jeweiligen Altersgrenze einen erhöhten Urlaubsanspruch. Aus den gleichen Gründen handele es sich bei der Staffelung des Urlaubsanspruchs um eine positive Maßnahme iSd. § 5 AGG. Die Förderung und Unterstützung von Lebens- und Familienplanung sei gesellschaftspolitisch gewollt und die Anhebung der Urlaubstage in diesem Lebensabschnitt daher ein Beitrag zu Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf. 18

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 21.07.2010 Bezug genommen. 19

**E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :** 20

I. 21

Die Klage ist zulässig und begründet. 22

1. Der Klägerin steht das gem. § 256 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse für die begehrte Feststellung zur Seite. Eine Feststellungsklage ist dann zulässig, wenn auf diesem Weg eine sachgemäße, einfache Erledigung aller Streitpunkte zu erreichen ist und prozesswirtschaftliche Erwägungen gegen einen Zwang zur Leistungsklage sprechen (BAG vom 18.03.1997 - 9 AZR 84/96, AP Nr. 8 zu § 17 BerzGG; BAG vom 11.12.2001 - 9 AZR 435/00, EzA § 256 ZPO Nr. 59; BAG vom 05.11.2002 - 9 AZR 470/01, AP Nr. 15 zu § 1 TVG Tarifverträge: Chemie). Das ist vorliegend der Fall. Der Antrag der Klägerin ist geeignet, den zwischen den Parteien bestehenden grundsätzlichen Streit hinsichtlich der korrekten Urlaubsberechnung und -gewährung zu klären. Die Beklagte hat auch nicht erkennen lassen, dass sie einer rechtskräftigen Feststellung der Urlaubstage der Klägerin nicht Folge leisten würde. 23

2. Die Klägerin hat einen Anspruch auf die begehrte Feststellung. Die in § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel enthaltene Benachteiligung ist gem. §§ 7 Abs. 1 iVm. Abs. 2 AGG unwirksam. In der Rechtsfolge hat die Klägerin Anspruch auf 36 Urlaubstage entsprechend der höchsten Urlaubstagesstaffel nach § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel.	24
a. Das AGG ist auf den MTV Einzelhandel vom 25.07.2008 anwendbar.	25
aa. Gem. §§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 2 AGG unterliegen auch kollektivrechtliche Vereinbarungen den Vorgaben des AGG.	26
bb. Da das AGG keine Übergangsregeln für seine Anwendbarkeit enthält, ist es seit dem 18.08.2006 auch auf bereits vorher vereinbarte und in Kraft getretene kollektivrechtliche Regelungen anwendbar (BAG vom 16.12.2008 - 9 AZR 985/07, AP Nr. 33 zu § 1 TVG Vorruhestand; LAG Hessen vom 06.01.2010 - 2 Sa 1121/09, JURIS, Rn. 24).	27
b. § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel beinhaltet eine unmittelbare Diskriminierung gem. § 3 Abs. 1 S. 1 AGG iVm. § 1 AGG.	28
Der 23 Jahre alten Klägerin stehen gem. § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel, der unstreitig auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anzuwenden ist, mit Vollendung des 23. Lebensjahres 34 Urlaubstage zu. Die begehrten 36 Urlaubstage stehen der Klägerin nach dem Wortlaut der tariflichen Regelung erst mit Vollendung des 30. Lebensjahres zu. Die Klägerin wird damit gegenüber solchen Arbeitnehmern, die bereits das 30. Lebensjahr vollendet haben, schlechter gestellt. Unerheblich ist, dass die Ungleichbehandlung in einer frühen Lebensphase stattfindet. „Alter“ iSd. § 1 AGG meint nicht ausschließlich das fortgeschrittene Alter, sondern jedes Alter (vgl. LAG Hessen vom 06.01.2010 - 2 Sa 1121/09, JURIS, Rn. 26; Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2007, § 10, Rn. 6).	29
Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang davon ausgeht, dass eine Schlechterstellung tatsächlich nicht vorliege, weil der MTV Einzelhandel einen höheren Urlaubsanspruch als das BUrIG gewähre und daher tatsächlich eine Besserstellung bereit halte, zieht die Beklagte einen falschen Vergleichsrahmen. Ob eine Schlechterstellung vorliegt, kann sich nur durch einen Vergleich mit solchen Arbeitnehmern ergeben, die wie die Klägerin unter den Anwendungsbereich des MTV Einzelhandel fallen. Nur für diese staffelt sich der Urlaubsanspruch aufgrund des § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel. Ein Vergleich zwischen Arbeitnehmern auf die der MTV Einzelhandel Anwendung findet und solchen Arbeitnehmern, denen lediglich der gesetzliche Urlaubsanspruch zusteht, ist nicht vorzunehmen (vgl. auch Münchener Handbuch f. Arbeitsrecht-Rieble/Klumpp, 3. A., § 169, Rn. 73).	30
Zuzugeben ist der Beklagten, dass die Regelung des § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel tatsächlich eine Besserstellung gegenüber dem gesetzlichen Urlaubsanspruch des BUrIG darstellt. Diese positive Ungleichbehandlung bleibt dennoch eine Diskriminierung innerhalb zu überprüfenden Vergleichsgruppe.	31
Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass jeder Arbeitnehmer im Laufe seines Lebens (bei Erreichen der jeweiligen Altersstufe) in den Genuss der weiteren Bevorteilung durch mehr Urlaubstage kommt, eine Ungleichbehandlung also mit fortschreitendem Lebensalter ausgeglichen werde. Für einen bestimmten Zeitraum werden jüngere Arbeitnehmer im Vergleich zu älteren Arbeitnehmern ungleich behandelt. Für diesen Zeitraum ist die Ungleichbehandlung festzustellen und deren Rechtmäßigkeit zu beurteilen (vgl. auch LAG Hessen vom 06.01.2010 - 2 Sa 1121/09, JURIS, Rn. 43).	32

§ 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel beinhaltet damit eine unmittelbare Diskriminierung gem. § 3 Abs. 1 AGG, da der Klägerin allein wegen ihres Alters eine weniger günstige Behandlung widerfährt als einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation, nämlich eines solchen Beschäftigten der Beklagten, auf den § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel ebenfalls Anwendung findet und der das 30. Lebensjahr bereits vollendet hat.

c. Die Diskriminierung ist nicht gem. § 10 S. 3 Nr. 2 iVm. S. 1, 2 AGG zulässig. Die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist nicht objektiv gem. § 10 S. 1 AGG. Das gewählte Mittel ist zur Erreichung des behaupteten Ziels nicht erforderlich, § 10 S. 2 AGG. 34

aa. Das BAG hat Urlaubsstaffeln auch für jüngere Lebensjahre in der Vergangenheit - ohne konkrete Begründung - für zulässig gehalten (BAG vom 19.11.1996 - 9 AZR 712/95, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge Krankenanstalten). Dagegen spricht sich die Mehrzahl der Stimmen der Lehre gegen die Wirksamkeit einer Regelung wie der vorliegenden nach Einführung des AGG aus (Däubler/Betzbach-Brors, AGG, 2. A., § 10, Rn. 49 m.w.N.; Schleusener/Suckow/Voigt, a.a.O., Rn. 28; Bertelsmann, ZESAR 2005, 242, 246; Kamanabrou, NZA-Beil. 2006, 138, 144 m.w.N.). 35

Die dargestellte Rechtsprechung lässt sich nach Einführung des AGG respektive vor dem Hintergrund der RL 2000/78/EG auch nach Ansicht der Kammer nicht mehr aufrecht erhalten. 36

bb. Gem. § 10 S. 1 AGG kann eine Ungleichbehandlung nur durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein. 37

Aus Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG ergibt sich, dass legitime Ziele etwa solche sind, die sozialpolitische Zwecke wie solche aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung, verfolgen und im Allgemeininteresse stehen (vgl. auch EuGH vom 05.03.2009 - C-388/07, Slg. 2009, I-1569, Rn. 46 - Age Concern England). Die Legitimität eines Ziels ist unter Berücksichtigung der fachlich-beruflichen Zusammenhänge aus Sicht des Arbeitgebers oder der Tarifvertragsparteien zu beurteilen (BT-Ds. 16/1780, S. 36). 38

Dabei ist es nicht unbedingt erforderlich, dass sich das Ziel der Regelung ausdrücklich aus der betreffenden Regelung ergibt. Nach Ansicht des EuGH reicht es aus, wenn aus dem allgemeinen Kontext der Regelung Anhaltspunkte abzuleiten sind, die eine Feststellung des Regelungsziels ermöglichen, so es sich um ein rechtmäßiges sozialpolitische Ziel handelt (EuGH vom 16.10.2007 - C-411/05, Slg. 2007, I-8531, Rn. 55 ff. - Palacios de la Villa; EuGH vom 05.03.2009 - C-388/07, Slg. 2009, I-1569, Rn. 44, 52 - Age Concern England; EuGH vom 12.01.2010 - C-341/08, JURIS, Rn. 40 - Petersen; vgl. auch BAG vom 17.06.2009 - 7 AZR 112/08 (A), EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag Nr. 12). Vor dem Hintergrund des so ermittelten Ziels ist dessen Rechtmäßigkeit sowie die Angemessenheit und Erforderlichkeit der zu seiner Erreichung eingesetzten Mittel zu überprüfen (EuGH vom 05.03.2009 - C-388/07, Slg. 2009, I-1569, Rn. 45 - Age Concern England) 39

Die Beklagte benennt als Ziel der tarifvertraglichen Regelung, dass man die im Einzelhandel nach Abschluss der Ausbildung zum Verkäufer eintretende Änderung der Lebensplanung und -gestaltung unterstützen wolle. Es komme zur Gründung eines eigenen Hausstandes sowie der Manifestation von Partnerschaften und Familienplanung. Letztlich beruft sich die Beklagte darauf, dass man die Vereinbarkeit von Beruf und Familie fördern wolle. 40

Hierbei handelt es sich nach Ansicht der Kammer zumindest insoweit um ein legitimes Ziel iSd. § 10 S. 1 AGG, als dass die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bzw. Ehe und Lebenspartnerschaft unterstützt werden soll. Dies ergibt sich u.a. aus Art. 6 Abs. 1 GG, der 41

Ehe und Familie unter besonderen Schutz stellt. Auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene werden Ehe und die Achtung der Familie bzw. das Recht eine solche zu gründen als schützenswerte Ziele anerkannt (Art. 12 EMRK, Art. 9 der GR-Charta der Europäischen Union).

Die Kammer hat jedoch erhebliche Zweifel, ob das von der Beklagten behauptete Ziel tatsächlich das Ziel der Tarifpartner bei Vereinbarung der Urlaubsstaffel des § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel war und sich die Beklagte in der Konsequenz auf dieses Ziel zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung berufen kann. 42

Insoweit kommt es nicht auf das erstmalige Bestreiten des diesbezüglichen Vortrags der Beklagten durch die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 21.07.2010 an. Die Klägerin ist Gewerkschaftsmitglied und wird im Rahmen des Rechtsstreits auch durch den DGB Rechtsschutz vertreten. Ein pauschales Bestreiten des Beklagtenvortrags ist daher aus Sicht der Kammer gem. § 138 Abs. 2 ZPO unzulässig, da die Klägerin eigenes Wissen über die Motivation der Tarifpartner für die Regelung des § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel ohne weiteres hätte erwerben können. 43

Die Zweifel der Kammer machen sich jedoch an der konkreten Formulierung des MTV Einzelhandel fest. Ausweislich des § 15 Abs. 1 S. 1 MTV Einzelhandel dient der Urlaub ausdrücklich der Erhaltung und der Wiederherstellung der Arbeitskraft und gerade nicht der Förderung von Familienleben oder -planung oder der Gründung eines eigenen Haushaltes o.ä. Zudem enthält der MTV Einzelhandel in § 16 Abs. 1 S. 1 lit. b), der auch für Lebenspartnerschaften nach dem LPartG gilt, und lit. e) sowie in § 19, wobei diese Norm nur in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern gilt, konkrete Regelungen, die das von der Beklagten behauptete Ziel bereits unterstützen. 44

cc.Es kann aber offen bleiben, ob sich die Beklagte auf das von ihr behauptete (legitime) Ziel stützen kann, da die Ungleichbehandlung nicht objektiv iSd. § 10 S. 1 AGG ist. 45

(1)Insoweit 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 (BAG vom 22.01.2009 - 8 AZR 906/07, AP Nr. 1 zu § 15 AGG; BAG vom 13.10.2009 - 9 AZR 722/08, AP Nr. 1 zu § 7 AGG). 46

(a)In diesem Zusammenhang betont der EuGH jedoch, dass dem Gesetzgeber wie den Sozialpartnern im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik sowohl bei der Verfolgung des konkreten Ziels als auch bei der Festlegung der konkreten Maßnahme zur Erreichung dieses Ziels ein weiter Ermessensspielraum zusteht (EuGH vom 22.11.2005 - C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rn. 63 - Mangold; EuGH vom 16.10.2007 - C-411/05, Slg. 2007, I-8531, Rn. 68 - Palacios de la Villa; EuGH vom 05.03.2009 - C-388/07, Slg. 2009, I-1569, Rn. 51 - Age Concern England; vgl. auch BAG vom 17.06.2009 - 7 AZR 112/08 (A), EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag Nr. 12). Während der EuGH in der Entscheidung Mangold (EuGH vom 22.11.2005 - C-144/04, Slg. 2005, I-9981 - Mangold) diesen Ermessensspielraum an eine strenge Beweislastverteilung bindet, verfährt er in der Entscheidung Palacios de la Villa (EuGH vom 16.10.2007 - C-411/05, Slg. 2007, I-8531 - Palacios de la Villa) anders und prüft die Einhaltung von Altersgrenzen in der Konsequenz nur noch am Maßstab eines Willkürverbotes (ähnlich BAG vom 17.06.2009 - 7 AZR 112/08 (A), EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag Nr. 12; BAG vom 16.10.2008 - 7 AZR 253/07 (A), AP Nr. 55 zu § 24 TzBfG; Temming, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, München 2008, S. 410 f.; Bayreuther, DB 2007, 2425, 2425 f.). 47

Aus Sicht der Kammer ist § 10 AGG weder so streng zu prüfen, wie dies der EuGH in der Entscheidung Mangold praktiziert, noch ist die Prüfung von § 10 AGG auf ein bloßes Willkürverbot beschränkt. Der EuGH liegt aus Sicht der Kammer vielmehr richtig, wenn er dem Gesetzgeber und den Sozialpartnern einen weiten Ermessensspielraum bei der Verfolgung des konkreten Ziels und der Festlegung der konkreten Maßnahme zur Erreichung dieses Ziels zubilligt. Auf der anderen Seite kann sich die richterliche Kontrollintensität nicht auf ein bloßes Willkürverbot bzw. auf eine bloße Plausibilitätskontrolle beschränken, da so der Schutzzweck der RL 2000/78/EG bzw. des AGG leer liefe (in diese Richtung zutreffend: Preis/Temming, NZA 2010, 185, 195; Temming, NZA 2007, 1193, 1196).

48

Dies steht nach Ansicht der Kammer in Übereinstimmung mit der auf die Entscheidungen Mangold und Palacios de la Villa folgende Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Age Concern England. Hier führt der EuGH aus, dass das Verbot der Altersdiskriminierung nicht ausgehöhlt werden dürfe und allgemeine Behauptungen über die Geeignetheit der Maßnahme nicht in der Lage seien, eine Rechtfertigung gem. Art. 6 der RL 2000/78/EG zu begründen (EuGH vom 05.03.2009 - C-388/07, Slg. 2009, I-1569, Rn. 51 - Age Concern England; zuvor bereits EuGH vom 09.02.1999 - C-167/97, Slg. 1999, I-623, Rn. 75 f. - Seymour-Smith und Perez; EuGH vom 20.03.2003 - C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 57 f. - Kutz-Bauer, allerdings zur Frage der Gleichbehandlung von Männern und Frauen).

49

(b) Dies gilt nach Ansicht der Kammer auch in Bezug auf die Tarifvertragsparteien.

50

Schon bisher steht den Tarifvertragsparteien bei ihrer Normsetzung aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG und des BAG eine Einschätzungsprärogative zu, soweit es um die Beurteilung der tatsächlichen Gegebenheiten, der betroffenen Interessen und der Regelungsfolgen geht (BAG vom 27.01.2000 - 6 AZR 471/98, AP Nr. 33 zu § 1 Tarifverträge: Rundfunk; BAG vom 29.01.2001 - 4 AZR 762/00, AP Nr. 296 zu Art. 3 GG; BAG vom 17.06.2009 - 7 AZR 112/08 (A), EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag Nr. 12). Diese ist nur überschritten, wenn für die getroffene Regelung plausible, einleuchtende Gründe nicht erkennbar sind (BAG vom 21.07.2004 - 7 AZR 589/03, EzA § 620 BGB Altersgrenze Nr. 5; BAG vom 17.06.2009 - 7 AZR 112/08 (A), EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag Nr. 12). Hinzu kommt ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Regelung (BAG vom 27.01.2000 - 6 AZR 471/98, AP Nr. 33 zu § 1 Tarifverträge: Rundfunk; BAG vom 29.01.2001 - 4 AZR 762/00, AP Nr. 296 zu Art. 3 GG; BAG vom 17.06.2009 - 7 AZR 112/08 (A), EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag Nr. 12).

51

Dies muss im Grunde auch vor dem Hintergrund der RL 2000/78/EG bzw. des AGG gelten, weil sich der besondere Schutz zu Gunsten der Tarifvertragsparteien nicht nur aus dem nationalen Recht (Art. 9 Abs. 3 GG) ergibt, sondern auch das Gemeinschaftsrecht die besondere Stellung der Sozialpartner anerkennt. So verpflichtet Art. 6 Nr. 2 Europäische Sozialcharta, die in Art. 151 AEUV ausdrücklich erwähnt wird, den nationalen Gesetzgeber, Verfahren für freiwillige Verhandlungen zwischen Arbeitgeber(-organisationen) und Arbeitnehmerorganisationen zu fördern, um Beschäftigungsverträge durch Gesamtarbeitsverträge zu regeln. Auch das Übereinkommen 87 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes verdeutlicht die besondere Stellung der Sozialpartner. Letztlich erkennt auch der EuGH die Durchführung kollektiver Maßnahmen als Grundrecht an (EuGH vom 18.12.2007 - C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Rn. 90 f. - Laval un Partneri). Freilich darf dies nicht dazu führen, dass das Verbot der Altersdiskriminierung durch die Befugnisse der Tarifpartner ausgehöhlt würde.

52

53

Die Kollision zwischen dem Verbot der Altersdiskriminierung und der Tarifautonomie ist zuletzt Hintergrund für die Vorlagen des BAG an den EuGH vom 17.06.2009 (BAG vom 17.06.2009 - 7 AZR 112/08 (A), EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag Nr. 12) und vom 20.05.2010 (BAG vom 20.05.2010 - 6 AZR 148/09 (A), JURIS) geworden.

Nach der bereits dargestellten Rechtsprechung des EuGH genügen allgemeine Behauptungen nicht, um darzutun, dass eine bestimmte Maßnahme geeignet ist, ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Insoweit fragt das BAG in der Vorlage vom 02.06.2009 an, ob eine Altersgrenze für Piloten (60 Jahre) nur dann gerechtfertigt ist, wenn gesicherte medizinische Erkenntnisse dafür vorliegen, dass vom Einsatz von Piloten nach Vollendung des 60. Lebensjahres ein Sicherheitsrisiko ausgeht oder ob die Tarifvertragsparteien ihre Einschätzung in Bezug auf das Bestehen eines Sicherheitsrisikos auf öffentlich-rechtliche Vorschriften und internationale Übereinkommen stützen können, die Einschränkungen bei Piloten nach Vollendung des 60. Lebensjahres vorsehen. In der Vorlage vom 20.05.2010 zu dem Aktenzeichen 6 AZR 148/09 (A) geht das BAG davon aus, dass die nach dem Lebensalter gestaffelte Vergütung des BAT bei einer generalisierenden Betrachtung geeignet sein könnte, Berufserfahrung und damit ein vom EuGH als legitim anerkanntes Ziel zu honorieren. Vor diesem Hintergrund fragt das BAG an, ob jedenfalls die Tarifvertragsparteien aufgrund ihrer Sachnähe und im Interesse der Praktikabilität des Entgeltsystems des BAT im Rahmen einer pauschalisierenden Betrachtung zu der Annahme befugt seien, dass mit dem Lebensalter auch typischerweise eine größere Berufserfahrung verbunden ist.

54

Die Kammer neigt der Ansicht zu, dass den Tarifvertragsparteien im Hinblick auf den auch in Art. 6 Europäische Sozialrechtscharta und dem Übereinkommen 87 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Juli 1948 zum Ausdruck kommenden besonderen Schutz der Sozialpartner sowie der Rechtsprechung des EuGH, eine typisierende oder generalisierende Betrachtungsweise zuzubilligen ist. Folge wäre, dass nicht in jedem Einzelfall eine Ungleichbehandlung wegen eines der Merkmale des § 1 AGG ausgeschlossen sein muss (in diese Richtung auch LAG Berlin-Brandenburg vom 11.09.2009 - 20 Sa 2244/07, LAGE Nr. 1a zu § 10 AGG, Rn. 31; vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 14.04.2010 in der Rechtssache C-271/08, Rn. 211 f.)

55

Eine solch typisierende oder generalisierende Betrachtungsweise entbindet die Tarifvertragsparteien nach Ansicht der Kammer jedoch nicht von jeglicher Verpflichtung, Ungleichbehandlungen auszuschließen bzw. Nachweise für die Objektivität der Maßnahme iSd. § 10 S. 1 AGG vorzutragen, da andernfalls der Schutzzweck der RL 2000/78/EG bzw. des AGG leer liefe.

56

Dies steht im Einklang mit der Vorlage des BAG vom 20.05.2010 zu dem Aktenzeichen 6 AZR 148/09 (A). Hiernach steht außer Zweifel, dass die Koalitionen trotz Tarifautonomie zwingende unionsrechtliche Vorgaben nicht umgehen und Diskriminierungsverbote aushebeln dürfen (BAG vom 20.05.2010 - 6 AZR 148/09 (A), Rn. 30 - JURIS). Das BAG begründet die ggf. mögliche typisierende Betrachtungsweise der Tarifvertragsparteien zudem damit, dass von dem Erfahrungssatz auszugehen sein könnte, dass mit dem Lebensalter typischerweise eine steigende Berufserfahrung einhergehe (vgl. BAG vom 20.05.2010 - 6 AZR 148/09 (A), Rn. 27 f. - JURIS). In der Entscheidung vom 17.06.2009 (7 AZR 112/08 (A), EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag Nr. 12) dagegen berufen sich die Tarifvertragsparteien zur Begründung der dortigen Altersgrenze auf öffentlich-rechtliche Regelungen und Gesetze. Auch die Vorlagen des BAG gehen daher nicht davon aus, dass jegliche rein subjektive Einschätzung der Tarifvertragsparteien zu einer automatischen Rechtfertigung einer Diskriminierung wegen des Alters führt, sondern dass hierfür objektive Anhaltspunkte - in

57

Form eines Erfahrungssatzes oder von öffentlich-rechtlichen Vorschriften - für die gewählte Altersgrenze vorliegen müssen.

(c) Betreffend den beizubringenden Sachvortrag führt der EuGH grds. in der Sache Kutz-Bauer aus, dass bloße allgemeine Behauptungen nicht genügen, um darzutun, dass das Ziel der streitigen Vorschrift nichts mit einer Diskriminierung zu tun habe und um vernünftigerweise die Annahme zu begründen, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels geeignet sind oder sein könnten (EuGH vom 20.03.2003 - C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 58 - Kutz-Bauer). Dies voran geschickt, beantwortet der EuGH die dortige Vorlagefrage dahingehend, dass die dortige tarifvertragliche Regelung Art. 2 RL 76/2007/EG entgegenstehen könnte, wenn ein entsprechender Nachweis nicht gelinge (EuGH vom 20.03.2003 - C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 63 - Kutz-Bauer). Der EuGH hat nach Ansicht der Kammer hiermit in ausreichendem Maße zu der Frage des Prüfungsmaßstabes, dem eine tarifvertragliche Regelung unterliegt, Stellung genommen. Auch die Tarifpartner bedürfen für eine diskriminierende Regelung danach einer Rechtfertigung, die nicht nur auf einer bloßen pauschalen Behauptung beruht. Dies zumindest dann, wenn allgemeine Erfahrungssätze oder sonstige Anhaltspunkte für eine objektive Regelung nicht bestehen. Allerdings sind auch die Gesamtlage des betreffenden Arbeitsmarktes und die speziellen Merkmale der jeweiligen Beschäftigungsverhältnisse zu berücksichtigen (EuGH vom 16.10.2007 - C-411/05, Slg. 2007, I-8531, Rn. 74 - Palacios de la Villa).

In diese Richtung geht auch die bisherige Rechtsprechung des BAG. So hat das BAG eine auf das 60. Lebensjahr bezogene Altersgrenze in einem Tarifvertrag nicht als sachlich gerechtfertigt iSd. § 14 Abs. 1 TzBfG angesehen, da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich waren, dass das altersbedingte Nachlassen der Leistungsfähigkeit von Mitgliedern des Kabinenpersonals zu einer Gefährdung für Leben und Gesundheit der Flugzeuginsassen oder Personen in den überflogenen Gebieten führen kann (BAG vom 16.10.2008 - 7 AZR 253/07, AP Nr. 55 zu § 14 TzBfG).

Das Ziel der gewählten Altersstruktur muss daher, wenn es nicht auf einem nachvollziehbaren Erfahrungssatz oder sonstigen möglicherweise beachtenswerten öffentlich-rechtlichen Vorschriften beruht, etwa anhand von objektiven Faktoren nachvollziehbar gemacht werden, die nichts mit der Diskriminierung aufgrund des Lebensalters zu tun haben (EuGH vom 20.03.2003 - C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 62 - Kutz-Bauer zur Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts; vgl. auch EuGH vom 09.02.1999 - C-167/97, Slg. 1999, I-623, Rn. 77 - Seymour-Smith und Perez; Wendeling-Schröder, NZA 2007, 1399, 1401; strenger Temming, a.a.O., S. 470). Werden Lebensaltersstufen gewählt, die nicht linear sind, müssen die gewählten Lebensaltersstufen nach Ansicht der Kammer geeignet sein, das spezifische Schutzbedürfnis in Bezug auf das gewählte Alter oder den gewählten Altersabschnitt abzubilden (zutreffend: Temming, a.a.O., S. 470).

(2) Die Beklagte ist der ihr obliegenden Beweislast für die Objektivität der Maßnahme nicht nachgekommen. Ihr Vortrag ist in diesem Zusammenhang unschlüssig geblieben.

Vorliegend bestehen keine objektiven Anhaltspunkte irgendeiner Art, dass nach Abschluss der Ausbildung und ausgerechnet bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres Arbeitnehmer im Einzelhandel, die nach dem unsubstantiierten Vortrag der Beklagten vermeintlich zumeist weiblich sind, einen mittleren Schulabschluss und den Beruf der Verkäuferin ergriffen haben, dazu übergehen einen eigenen Familie bzw. Lebensgemeinschaften zu gründen oder auch nur einen eigenen Hausstand zu gründen.

Es gibt auch keinen dahingehenden Erfahrungssatz. Dies auch nicht allgemein bezogen auf die Lebensplanung und -entwicklung bis zum 30. Lebensjahr, also unabhängig von den von der Beklagten unsubstantiiert behaupteten Gegebenheiten im Einzelhandel. Dies mag in früheren Zeiten so gewesen sein, dass dies aber auch heute noch so ist, ist nach Ansicht der Kammer Ausfluss eines überholten Weltbildes. Dies ist auch rein biologisch keine natürliche Konsequenz.

Es besteht zudem keine Korrelation zwischen den gewählten Altersstufen, den Urlaubsstaffeln und dem behaupteten Ziel der Regelung. Anders als eine Urlaubsstaffel, die älteren Arbeitnehmern mit steigendem Alter linear mehr Urlaub zubilligt und damit ein möglicherweise bestehendes größeres Erholungsbedürfnis berücksichtigt, ist eine solche natürliche Konsequenz in jüngeren Jahren in Bezug auf das behauptete Ziel, Förderung eines eigenen Hausstandes, Eingehung und Bildung von Partnerschaften und Familien, Zeugung von Kindern, nicht zu erkennen. Während mit dem Alter naturgemäß ein höheres Erholungsbedürfnis einhergehen dürfte, ist weder die Gründung eines eigenen Hausstandes - angenommen hierin läge ein legitimes Ziel - noch die Gründung einer Familie oder das Eingehen einer Partnerschaft oder Ehe mit fortschreitendem Alter gesichert.

64

Selbst wenn man einmal zugunsten der Beklagten annehmen wollte, dass dem so wäre, jedenfalls in der Branche der die Beklagte angehört, so würde sich dann immer noch nicht die gewählte Staffelung erklären. Warum zwischen dem 20., dem 23. und dem 30. Lebensjahr bzw. danach keine weiteren Staffeln installiert wurden, ist nicht ersichtlich. Konkrete Gründe hierfür, etwa dergestalt, dass in irgendeiner Weise nachgewiesen wäre, dass die Familienplanung oder die Gründung eines eigenen Hausstandes mit dem 20. Lebensjahr eine erste Entwicklungsstufe bei der Mehrzahl der Beschäftigten im Einzelhandel erreicht hätte und weitere Entwicklungsstufen mit dem 23. und dem 30. Lebensjahr erreicht werden und zudem danach abgeschlossen sind, so dass es weiterer Staffellungen nicht bedarf, werden von der Beklagten nicht vorgetragen. Es gibt auch keinen dahingehenden Erfahrungssatz auf den sich die Beklagte berufen könnte.

65

Auch aus einer etwaigen den Tarifvertragsparteien möglichen typisierenden und generalisierenden Betrachtungsweise ergäbe sich nichts anderes. Die im MTV Einzelhandel gewählten Staffelschnitte sind derart willkürlich gewählt, dass auch wenn der EuGH die Vorlagefragen dahingehend beantworten würde, dass die Tarifpartner eine solche typisierende oder generalisierende Betrachtungsweise vornehmen könnten, diese im vorliegenden Fall die gewählten Staffelschnitte nicht erklären können, sie mithin subjektiv und ohne jeglichen objektiven Anhaltspunkt sind.

66

dd. Die Ungleichbehandlung ist auch nicht erforderlich gem. § 10 S. 2 AGG, da es sich nicht um das mildeste Mittel zur Erreichung des behaupteten Ziels handelte.

67

Auch wenn ein Ziel im Allgemeininteresse liegt, muss es sich dennoch als geeignet (EuGH vom 19.01.2010 - C-555/07, NZA 2010, 85, 87, Rn. 40 f. - Küçükdeveci), erforderlich und angemessen erweisen (EuGH vom 11.07.1989 - C-265-87, Rn. 21, Slg. 1989, 2237 - Schröder; EuGH vom 16.10.2007 - C-411/05, Slg. 2007, I-8531, Rn. 71 - Palacios de la Villa; Schleusener/Suckow/Voigt, a.a.O., Rn. 17).

68

Wollte man die Familienplanung und -bildung mit einem milderem Mittel fördern, böte sich eine Regelung an, die pro Kind einen oder mehrere zusätzliche Urlaubstage oder falls man die Ehe oder die Lebenspartnerschaft ebenfalls unterstützen wollte, hierfür weitere Urlaubstage gewährt oder man hätte zumindest pro Lebensjahr den Urlaubsanspruch steigern können. Betreffend die Gründung eines eigenen Hausstandes hat man in § 16 Abs.

69

1 lit. e) MTV Einzelhandel bereits die Möglichkeit der bezahlten Freistellung bei einem Wohnungswechsel vorgesehen.

d. Es handelt sich nicht um eine positive Maßnahme gem. § 5 AGG, da mit der vorliegenden unterschiedlichen Behandlung keine bereits bestehenden Nachteile wegen eines Grundes nach § 1 AGG ausgeglichen werden. Der Mehrurlaub wurde nach dem Vortrag der Beklagten nicht wegen eines Grundes nach § 1 AGG vereinbart. 70

e. Gem. § 7 Abs. 2 AGG ist eine diskriminierende Regelung unwirksam. Rechtsfolge der Unwirksamkeit ist die Anpassung des Urlaubsanspruchs der Klägerin nach oben. 71

Exemplarisch führt der EuGH in der Sache Kutz-Bauer aus, dass die nationalen Gerichte gehalten sind, eine Diskriminierung dadurch auszuschließen, dass sie diese Regelungen zugunsten der benachteiligten Gruppe anwenden, ohne die Beseitigung durch den Gesetzgeber, die Tarifvertragsparteien oder in anderer Weise zu beantragen oder abzuwarten (EuGH vom 20.03.2003 - C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 73 f. - Kutz-Bauer; vgl. auch EuGH vom 27.06.1990 - C-33/89, Slg. 1990, I-2591, Rn. 19 - Kowalska; EuGH vom 07.02.1991 - C-184/89, Slg. 1991, I-297, Rn. 18 - Nimz; EuGH vom 15.01.1998 - C-15/96, Slg. 1998, I-47, Rn. 35 - Schöning-Kougebetopoulou). Die nationalen Gerichte sind gehalten, für die volle Wirksamkeit der Gemeinschaftsrechtsnormen Sorge zu tragen, indem sie erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen, ohne dass eine vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes Verfahren beantragt oder abgewartet werden müsste (EuGH vom 20.03.2003 - C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 73 - Kutz-Bauer). Dies gilt nach Ansicht des EuGH, der sich die Kammer anschließt, ausdrücklich auch dann, wenn sich die dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende Regelung aus einem Tarifvertrag ergibt (EuGH vom 15.01.1998 - C-15/96, Slg. 1998, I-47, Rn. 35 - Schöning-Kougebetopoulou; EuGH vom 20.03.2003 - C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 74 - Kutz-Bauer). Folglich ist auf eine mit Gemeinschaftsrecht unvereinbare Diskriminierung derart zu reagieren, dass diese Regelung zugunsten der benachteiligten Gruppe angewandt wird (EuGH vom 15.01.1998 - C-15/96, Slg. 1998, I-47, Rn. 35 - Schöning-Kougebetopoulou; EuGH vom 20.03.2003 - C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 75 - Kutz-Bauer; vgl. auch LAG Berlin-Brandenburg vom 11.09.2008, 20 Sa 2244/07, LAGE Nr. 1a zu § 10 AGG, Rn. 34 f.; LAG Hessen vom 06.01.2010 - 2 Sa 1121/09, JURIS, Rn. 51 ff.; so auch ErfK-Schlachter, 10. A., AGG, § 7, Rn. 5; Palandt/Weidenkaff, 69. A., § 7, Rn. 7; a. A. etwa Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. A., § 7, Rn. 29; Lingemann/Gotham, NZA 2007, 663, 667). 72

Den gegenteiligen Ansichten insbesondere von Lingemann/Gotham (NZA 2007, 663, 667) ist zuzugeben, dass es in einem Stufensystem wie dem vorliegenden für eine Anpassung nach oben oder nach unten an einem Anhaltspunkt fehlt. Lingemann/Gotham vertreten, dass eine Anpassung nach oben oder unten nicht dem hypothetischen Willen der Tarifvertragsparteien entsprechen würde, da die Arbeitgeberseite einer Regelung nicht zugestimmt hätte, wonach die Arbeitnehmer die höchstmögliche Leistung erhielten und umgekehrt die Arbeitnehmerseite einer Regelung nicht zugestimmt hätten, wonach alle die niedrigste oder gar keine Leistung (also die gesetzliche) erhielten. Einen praktikablen Lösungsvorschlag zeigen jedoch auch Lingemann/Gotham nicht auf. Dieser liegt jedenfalls nicht in dem Aussetzen des Rechtsstreits bis zu einer eventuellen Neuregelung und einer verfassungskonformen Entscheidung durch die Gerichte, wenn eine Neuregelung zu lange dauert (so aber Lingemann/Gotham, NZA 2007, 663, 668). Dies widerspricht nicht nur der von § 7 Abs. 2 AGG angeordneten Rechtsfolge und der Rechtsprechung des EuGH, wonach 73

eine vorherige Beseitigung der Bestimmung nicht abzuwarten (EuGH vom 20.03.2003 - C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 73 - Kutz-Bauer), eine Diskriminierung vielmehr unmittelbar zu beseitigen ist, sondern führt, wenn eine Neuregelung nicht erfolgt, dazu, dass die Gerichte letztlich doch eine eigene Regelung an die der Tarifvertragsparteien setzen sollen, wofür doch eigentlich laut Lingemann/Gotham keine Anhaltspunkte bestünden.

Soweit von anderer Seite eine Anpassung nach unten gefordert wird (Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. A., § 7, Rn. 29), folgt die Kammer dem nicht. Richtig führt das LAG Hessen hier aus, dass die Ungleichbehandlung bereits geschehen ist, da die älteren Arbeitnehmer bereits in den Genuss der Vergünstigung gekommen sind (LAG Hessen vom 06.01.2010 - 2 Sa 1121/09, JURIS, Rn. 55). Die Anpassung nach unten stünde auch nicht in Übereinstimmung mit der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH und des effet utile, also der Maßgabe, das Gemeinschaftsrecht möglichst effektiv umzusetzen. 74

Die Kammer erkennt an, dass sich der Konflikt zwischen dem Verbot der Diskriminierung und dem Schutz der Sozialpartner im Bereich der Rechtsfolge fortführt. Schließlich hat die Arbeitgeberseite die diskriminierende Regelung nicht einseitig erlassen und das einzelne Mitglied die tarifvertragliche Regelung über seine Mitgliedschaft legitimiert. 75

Andererseits verbietet das AGG ausdrücklich Benachteiligungen auch in Kollektivverträgen (§§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 2 AGG). Die Anpassung nach oben findet sich zudem in § 8 Abs. 2 AGG wieder, wonach gleiche Arbeit gleich zu bezahlen ist. Auch § 612 Abs. 3 BGB a.F. war nicht nur als Verbotsnorm ausgestaltet, sondern zugleich Anspruchsgrundlage für die vorenthaltenen Entgeltbestandteile (LAG Berlin-Brandenburg vom 11.09.2008 - 20 Sa 2244/07, LAGE Nr. 1a zu § 10 AGG, Rn. 34 f.; LAG Hessen vom 06.01.2010 - 2 Sa 1121/09, JURIS, Rn. 54 mit Verweis auf BAG vom 11.12.2007 - 3 AZR 249/06, AP Nr. 1 zu § 2 AGG). 76

Systematisch lässt sich dies derart in die von § 7 Abs. 2 AGG vorgegebene Rechtsfolge der Unwirksamkeit einbetten, als dass die Regelung insoweit unwirksam ist, als sie die Benachteiligung enthält, so dass vorliegend sämtliche Staffeln aus der Formulierung entfallen und die Regelung im Übrigen weiter anwendbar bleibt. § 15 Abs. 3 MTV Einzelhandel bleibt damit auch in sich verständlich. 77

Dies stimmt zudem mit der Rechtsprechung des BAG für den Fall einer Ungleichbehandlung überein, wonach nicht die gesamte Tarifvertragsnorm unwirksam ist, sondern lediglich der diskriminierende Ausschluss, so dass es zur uneingeschränkten Anwendbarkeit der begünstigenden Regelung kommt (vgl. BAG vom 22.05.1996 - 10 AZR 618/95, AP Nr. 1 zu § 39 BAT, BAG vom 09.10.1996 - 5 AZR 338/95, AP Nr. 50 zu § 2 BeschFG 1985; BAG vom 25.09.1997 - 6 AZR 65/96, AP Nr. 63 zu § 2 BeschFG 1985; BAG vom 15.12.1998 - 3 AZR 239/97, AP Nr. 71 zu § 2 BeschFG 1985; BAG vom 24.05.2000 - 10 AZR 629/99, AP Nr. 79 zu § 2 BeschFG 1985; BAG vom 24.09.2003 - 10 AZR 675/02, AP Nr. 4 zu § 4 TzBfG). 78

f. Einer Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 AEUV bedurfte es bereits deshalb nicht, weil es sich vorliegend nicht um eine letztinstanzliche Entscheidung handelte. Einer Vorlage bedurfte es insbesondere nicht, weil der EuGH mehrfach betont hat, dass es Aufgabe der Instanzgerichte ist, das legitime Ziel sowie die sich hieraus ggf. ergebende Rechtfertigung einer Diskriminierung iSd. § 10 AGG respektive des Art. 6 der RL 2000/78/EG festzustellen (vgl. EuGH vom 20.03.2003 - C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Rn. 51 f. - Kutz-Bauer; EuGH vom 05.03.2009 - C-388/07, Slg. 2009, I-1569, Rn. 47, 50 - Age Concern England; EuGH vom 12.01.2010 - C-341/08, JURIS, Rn. 42 - Petersen) und im Rahmen seiner Zuständigkeit den rechtlichen Schutz, der sich aus dem Unionsrecht für den Einzelnen ergibt, sicherzustellen und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten. Dies auch indem es 79

erforderlichenfalls jede diesem Verbot entgegenstehende Bestimmung unangewendet lässt (EuGH vom 22.11.2005 - C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rn. 77 - Mangold; EuGH vom 19.01.2010 - C-555/07, NZA 2010, 88, Rn. 51 - Küçükdeveci).

g. Die Sache war auch nicht bis zur Entscheidung über die Vorlagen des BAG vom 17.06.2009 (7 AZR 112/08 (A), EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag Nr. 12) und vom 20.05.2010 (6 AZR 148/09 (A), JURIS) auszusetzen. 80

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass auch wenn den Tarifpartnern ein weiter Ermessensspielraum derart zuzubilligen sein sollte, dass den Tarifpartnern auch eine typisierende und generalisierende Betrachtungsweise möglich ist, dieser Ermessensspielraum vorliegend überschritten wurde. Auf die Entscheidung des EuGH zu den Vorlagefragen kam es folglich nicht an. 81

II. 82

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. 83

Die Entscheidung über die gesonderte Zulassung der Berufung beruht auf § 64 Abs. 2 lit. a), Abs. 3 a ArbGG. Die Berufung ist gesondert zuzulassen; es liegt der besondere Zulassungsgrund nach § 63 Abs. 3 Nr. 2 lit. b) ArbGG vor, da der MTV Einzelhandel für Nordrhein-Westfalen gilt und sich damit über den Gerichtsbezirk hinaus erstreckt. 84

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 61 Abs. 1, 46 Abs. 2 ArbGG, 3 ff. ZPO, 42 Abs. 2 S. 1 GKG (Wirtschaftlicher Wert der Differenzurlaubstage bezogen auf die nächsten drei Kalenderjahre). 85

Rechtsmittelbelehrung 86

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei 87

B e r u f u n g 88

eingelegt werden. 89

Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben. 90

Die Berufung muss 91

innerhalb einer N o t f r i s t\* von einem Monat 92

beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Ludwig-Erhard-Allee 21, 40227 Düsseldorf, Fax: 0211 7770 2199 eingegangen sein. 93

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung. 94

Die Berufungsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen: 95

1. Rechtsanwälte, 96

2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit 97

vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,

3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nr. 98 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder dieser Organisation oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	99
* Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	100
E.	101

---