

Entscheidungen



BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 10.11.2011, 6 AZR 481/09

Vergütung nach dem Lebensalter im BAT - Diskriminierung

Tenor

1. Die Revision des beklagten Landes gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 22. April 2009 - 2 Sa 1689/08 - wird zurückgewiesen.
2. Das beklagte Land hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, welche Lebensaltersstufe bei der Berechnung der tariflichen Vergütung des Klägers zugrunde zu legen war.
- 2 Der 1976 geborene, nicht tarifgebundene Kläger war vom 1. August 2005 bis zum 31. Dezember 2008 beim beklagten Land an der Universität M als Angestellter tätig, zuletzt aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrags vom 27. Juni 2007. In diesem ist ua. vereinbart, dass der Kläger ab dem 1. August 2007 bis zum 31. Dezember 2008 als wissenschaftlicher Mitarbeiter mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Angestellten weiterbeschäftigt wird, das Arbeitsverhältnis sich nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (*BAT*) und den sonstigen einschlägigen Tarifverträgen für den Bereich der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (*TdL*) bestimmt, soweit keine abweichenden Vereinbarungen getroffen sind, und der Kläger in der Vergütungsgruppe II a der Anlage 1 a/1 b zum *BAT* eingruppiert ist.
- 3 Das beklagte Land ist mit Ablauf des 31. März 2004 aus der *TdL* ausgetreten, die Tarifvertragspartei des *BAT* ist. Der *BAT* und der Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum *BAT* vom 31. Januar 2003 sind für den Bereich des Bundes mit Wirkung vom 1. Oktober 2005 und für den Bereich der *TdL* mit Wirkung vom 1. November 2006 durch andere tarifliche Regelungen ersetzt worden. Mit Wirkung zum 1. Januar 2010 hat das beklagte Land mit verschiedenen Gewerkschaften den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst des Landes Hessen (*TV-H*) und den Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten des Landes Hessen in den *TV-H* und zur Regelung des Übergangsrechts (*TVÜ-H*) abgeschlossen.
- 4 § 3 *TVÜ-H* und die Protokollerklärung zu § 3 Abs. 2 Satz 1 *TVÜ-H* lauten:

„§ 3 Überleitung in den TV-H.

(1) Die von § 1 Absatz 1 erfassten Beschäftigten werden am 1. Januar 2010 nach den folgenden Regelungen in den *TV-H* übergeleitet.

(2) Die Überleitung für Beschäftigte aus dem Geltungsbereich des *BAT* erfolgt entsprechend der nach dem *BAT* maßgeblichen Lebensaltersstufe unabhängig von

der Wirksamkeit dieses Vergütungssystems. Die Überleitungsregelungen regeln nicht die Rechtsfolgen für die Zeit bis zum 31. Dezember 2009.

Protokollerklärung zu § 3 Absatz 2 Satz 1:

Durch Absatz 2 Satz 1 wird sichergestellt, dass die Überleitung wie beim TVÜ-L, TVÜ-VKA und TVÜ-Bund entsprechend der nach dem BAT maßgeblichen Lebensaltersstufe, die im Einzelfall erreicht war, erfolgt. Der Schutz dieses bestehenden, auf den bisherigen individuellen Lebensaltersstufen basierenden Besitzstands wird durch die Anknüpfung der Überleitungsregelungen an das nach Maßgabe von § 5 festgelegte Vergleichsentgelt geregelt. Die Tarifvertragsparteien sind sich - unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Urteil des LAG Köln, Urteil vom 6. Februar 2009 - 8 Sa 1016/08 - darüber einig, kollektiv eine verbindliche Regelung für das Überleitungs- und Übergangsrecht getroffen zu haben.“

- 5 Die Bezügestelle des beklagten Landes berechnete die Grundvergütung des Klägers für die Monate August 2007 bis Februar 2008 versehentlich statt nach der aufgrund seines Alters zutreffenden Lebensaltersstufe 31 nach der Lebensaltersstufe 45, der letzten Lebensaltersstufe der Vergütungsgruppe II a der Anlage 1 a zum BAT. Der Kläger erhielt aufgrund dieses Versehens in dem genannten Zeitraum nicht wie im Juli 2007 monatlich 1.317,83 Euro brutto, sondern 1.709,96 Euro brutto. Das beklagte Land forderte den Kläger in einem Schreiben vom 25. Februar 2008 auf, 2.148,46 Euro netto zurückzuzahlen, und behielt den geltend gemachten Betrag im Wege der Verrechnung von der Vergütung des Klägers ein. Dagegen wandte sich der Kläger mit seiner dem beklagten Land am 19. Juni 2008 zugestellten Klage.
- 6 Der Kläger hat gemeint, die Bemessung der tariflichen Grundvergütung nach Lebensaltersstufen beinhalte eine nicht zulässige Altersdiskriminierung. Das beklagte Land habe deshalb bei der Berechnung der Grundvergütung die Lebensaltersstufe 45 zugrunde zu legen.
- 7 Der Kläger hat zuletzt beantragt
festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet ist, ihm Grundvergütung gemäß Vergütungsgruppe II a der Anlage 1 a zum BAT nach der Lebensaltersstufe „nach vollendetem 45. Lebensjahr“ für die Monate August 2007 bis Dezember 2008 zu zahlen,
hilfsweise das beklagte Land zu verurteilen, an ihn 2.747,01 Euro brutto zu zahlen.
- 8 Das beklagte Land hat zu seinem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, die Lebensaltersstufenregelung des BAT benachteilige jüngere Angestellte nicht wegen ihres Alters gegenüber älteren Angestellten. Jedenfalls wäre eine Benachteiligung bei der gebotenen typisierenden Betrachtung durch legitime Ziele gemäß § 10 Satz 3 Nr. 2 AGG gerechtfertigt. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, dürfe keine Anpassung „nach oben“ vorgenommen werden. § 7 Abs. 2 AGG ordne als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot die Unwirksamkeit entgegenstehender Vereinbarungen an. Der Gesetzgeber habe jedoch nicht geregelt, was an Stelle der unwirksamen Regelungen gelten solle. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie bilde die verfassungsrechtliche Grenze der Schließung einer entstandenen Regelungslücke durch die Gerichte für Arbeitssachen. Diese Grenze sei überschritten, wenn eine Norm, die bestimmten Arbeitnehmergruppen eine Leistung gewähren wolle, in eine Regelung umgewandelt werde, die allen Arbeitnehmern diese Leistung zuerkenne. Durch eine Anpassung „nach oben“ entstünde eine massive rückwirkende Belastung des Arbeitgebers, die in die Tarifautonomie eingreife, indem sie die Gesamtbelastung des Arbeitgebers verändere und nicht berücksichtige, dass die Tarifvertragsparteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit des Systems das Gesamtbelastungsvolumen anders verteilt hätten. Aus diesen Gründen sei es richtig, die vom Bundesverfassungsgericht zur Nichtigkeit von Gesetzen entwickelten Grundsätze auch auf Tarifverträge anzuwenden und diskriminierende Bestimmungen eines Tarifvertrags für die Zukunft für unwirksam zu

erklären, ohne die Nichtigkeit ex tunc eintreten zu lassen. Damit werde eine nachhaltige Erweiterung des Dotierungsrahmens vermieden und der Bindung des öffentlichen Arbeitgebers an das Haushaltsrecht Rechnung getragen. Eine massive Verschiebung des Dotierungsrahmens widerspräche auch dem Willen der Tarifvertragsparteien. Dies belege der am 1. Januar 2010 in Kraft getretene TV-H. Es treffe nicht zu, dass nur eine Möglichkeit der Korrektur bestehe. So könnten die Tarifvertragsparteien zB für die Vergangenheit die Lebensaltersstufen durch eine Stufung nach Beschäftigungsjahren ersetzen und dabei eine Erhaltung des Besitzstands zugunsten der älteren Angestellten festlegen. Bei Annahme einer nicht gerechtfertigten Vergütung nach Lebensaltersstufen sei von der Gesamtnichtigkeit des Entgeltsystems auszugehen. Dies habe zur Folge, dass kein Angestellter Anspruch auf eine höhere Vergütung habe.

- 9 Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gebiete keine Anpassung „nach oben“. Soweit der Gerichtshof der Europäischen Union in Fällen der Geschlechterdiskriminierung eine Anpassung „nach oben“ vorgenommen habe, sei es anders als im Entscheidungsfall jeweils „nur“ um die Benachteiligung einer verhältnismäßig kleinen Gruppe gegangen. Seien Ausnahmestimmungen aufgrund von Verstößen gegen Diskriminierungsverbote nichtig, liege es nahe, die Regel anzuwenden. Um einen Verstoß einer Ausnahmestimmung gegen ein Diskriminierungsverbot gehe es bei der Vergütung nach Lebensaltersstufen aber nicht.
- 10 Unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens, wie er in § 15 Abs. 3 AGG zum Ausdruck komme, müsste allenfalls eine Anpassung „nach unten“ erfolgen. Das Haftungsprivileg dieser Vorschrift greife auch bei der Anwendung des § 27 Abschn. A BAT. Grobe Fahrlässigkeit liege erst dann vor, wenn der Arbeitgeber eine Tarifnorm anwende, die nach gefestigter Rechtsprechung „AGG-widrig“ sei. § 8 Abs. 2 AGG stehe einer Anpassung „nach unten“ nicht entgegen. Für eine Anpassung „nach unten“ spreche, dass die Anfangsgrundvergütung die Regel sei, von der Stufe für Stufe Ausnahmen vorgesehen seien. Seien sämtliche mit Erreichen eines höheren Lebensalters verbundene Steigerungen als gleichheitswidrige Ausnahmen gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam, bleibe allein die Anfangsgrundvergütung wirksam.
- 11 Schließlich würde auch der Vertrauensschutz den Anspruch des Klägers hindern. Die Voraussetzungen einer zulässigen unechten Rückwirkung lägen nicht vor. Bei der letzten Änderung des BAT im Januar 2003 hätte den Tarifvertragsparteien des BAT nicht bewusst sein können, dass sie ein ungeschriebenes primärrechtliches Altersdiskriminierungsverbot beachten müssten. Eine durch das AGG rückwirkend herbeigeführte Unwirksamkeit des § 27 Abschn. A BAT wäre unverhältnismäßig. Die Mehrkosten bei einer Anpassung „nach oben“ beliefen sich ohne Berücksichtigung der Sozialversicherungsbeitragsanteile auf jährlich ca. 100 Millionen Euro. Dem Vertrauensschutz stehe nicht entgegen, dass die Parteien den letzten befristeten Arbeitsvertrag am 27. Juni 2007 und damit nach Austritt des beklagten Landes aus der TdL abgeschlossen hätten. Eine Möglichkeit, von den Vergütungsregelungen im BAT abzuweichen, habe in der Praxis nicht bestanden. Hinzu komme, dass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Bildung des Vergleichsentgelts bisher nicht in Frage gestellt habe, dass bei der Ermittlung des Vergleichsentgelts die Grundvergütung mit der altersmäßig zutreffenden Lebensaltersstufe zugrunde zu legen sei.
- 12 Das Arbeitsgericht hat die Klageänderung, die sich auf den Feststellungsantrag des Klägers zur Bemessung der Grundvergütung nach der Lebensaltersstufe „nach vollendetem 45. Lebensjahr“ bezog, für nicht zulässig gehalten und hat die Klage größtenteils abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und der Klage gemäß dem Hauptantrag des Klägers stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt das beklagte Land die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Der Kläger beantragt, die Revision des beklagten Landes zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

- 13 Die Revision des beklagten Landes ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Dem Kläger steht für die Monate August 2007 bis Dezember 2008 die beanspruchte Vergütung nach der Vergütungsgruppe II a der Anlage 1 a zum BAT unter Zugrundelegung der Lebensaltersstufe „nach vollendetem 45. Lebensjahr“ zu.
- 14 I. Die Feststellungsklage ist zulässig. Trotz des Vergangenheitsbezugs der Feststellungsklage liegt das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse vor. Der verlangte Gegenwartsbezug wird dadurch hergestellt, dass der Kläger die Erfüllung konkreter Vergütungsansprüche aus einem in der Vergangenheit liegenden Zeitraum und damit einen gegenwärtigen rechtlichen Vorteil erstrebt. Das gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - das angestrebte Feststellungsurteil geeignet ist, den Konflikt der Parteien endgültig beizulegen und weitere Prozesse zwischen ihnen zu vermeiden. Es kann vom beklagten Land als Körperschaft des öffentlichen Rechts erwartet werden, dass es einem stattgebenden Feststellungsurteil nachkommen wird (vgl. BAG 21. Januar 2010 - 6 AZR 449/09 - Rn. 14 mwN, AP BGB § 611 Dienstordnungs-Angestellte Nr. 78 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Dienstordnungs-Angestellte Nr. 3).
- 15 II. Das beklagte Land ist aufgrund der Vereinbarung im Arbeitsvertrag vom 27. Juni 2007, dass sich das Arbeitsverhältnis nach dem BAT bestimmt, verpflichtet, dem Kläger für die Monate August 2007 bis Dezember 2008 Vergütung gemäß der Vergütungsgruppe II a der Anlage 1 a zum BAT unter Zugrundelegung der Lebensaltersstufe „nach vollendetem 45. Lebensjahr“ zu zahlen. Nur so kann die Diskriminierung des Klägers beseitigt werden.
- 16 1. Mit dem Urteil der Zweiten Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 8. September 2011 in den verbundenen Rechtssachen - C-297/10 und C-298/10 - (NZA 2011, 1100) ist geklärt, dass die in § 27 Abschn. A BAT angeordnete Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, das in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007 (GRC) verankert und durch die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78) konkretisiert worden ist, verstößt und eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters im Sinne von Art. 2 RL 2000/78 darstellt, die nicht nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78 gerechtfertigt ist. Damit ist nur noch darüber zu entscheiden, auf welche Art und Weise der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu beseitigen ist.
- 17 2. Entgegen der Auffassung des beklagten Landes steht dem Kläger aufgrund der Unwirksamkeit der in § 27 Abschn. A BAT angeordneten Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen nicht nur in entsprechender Anwendung von § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung zu (Henssler/Tillmanns FS Rolf Birk S. 179, 193; Meinel/Heyn/Herms AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 45c). Bei Abschluss des Arbeitsvertrags vom 27. Juni 2007, in dem auf die Vergütungsregelungen des BAT Bezug genommen wurde, war weder der Kläger noch das beklagte Land tarifgebunden. Bei einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme nicht tarifgebundener Arbeitsvertragsparteien auf ein unwirksames tarifliches Vergütungssystem kommt zwar in Betracht, in entsprechender Anwendung von § 612 Abs. 2 BGB auf die übliche Vergütung abzustellen (Behrendt/Gaumann/Liebermann ZTR 2009, 614, 620 f.). Betrifft die Nichtigkeit allein die Vergütungsvereinbarung, fingiert § 612 Abs. 1 BGB die Vergütungsvereinbarung, während sich die Höhe der Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB bestimmt (MünchKommBGB/Müller-Glöge 5. Aufl. § 612 Rn. 7). Jedoch würde dadurch, dass dem Kläger die übliche Vergütung gezahlt wird, entgegen der Auffassung des beklagten Landes die Diskriminierung des Klägers wegen seines Alters nicht beseitigt. Mangels einer Tarifbindung des beklagten Landes am 27. Juni 2007 liegt zwar keine Gleichstellungsabrede vor (vgl. BAG 14. Dezember 2005 - 4 AZR 536/04 - BAGE 116, 326; 18. April 2007 - 4 AZR 653/05 - AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 54 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Bezugnahmeklausel Nr. 7). Es macht für die Frage einer Diskriminierung wegen des Alters jedoch keinen entscheidenden Unterschied, ob die Arbeitsvertragsparteien beiderseits tarifgebunden sind und damit die tariflichen Vergütungsvorschriften unmittelbar und zwingend auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG) oder ob die Arbeitsvertragsparteien wie hier auf ein

tarifliches Vergütungssystem Bezug genommen haben. Die Diskriminierung eines Arbeitnehmers wegen seines Alters wird noch nicht dadurch beseitigt, dass ihm die übliche Vergütung gezahlt wird. Diese könnte sogar niedriger sein als das Arbeitsentgelt, das der aufgrund seines Alters diskriminierte Arbeitnehmer bisher erhalten hat. Zur Beseitigung der Benachteiligung ist vielmehr erforderlich, dass der Arbeitnehmer die Vergütung erhält, die sein Arbeitgeber den nicht wegen ihres Alters diskriminierten Arbeitnehmern gezahlt hat.

- 18 3. Allerdings ist dem beklagten Land einzuräumen, dass mit dem Urteil der Zweiten Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 8. September 2011 in den verbundenen Rechtssachen - C-297/10 und C-298/10 - (NZA 2011, 1100) nur geklärt ist, dass die in § 27 Abschn. A BAT angeordnete Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen unwirksam ist, jedoch noch nicht entschieden ist, ob der Verstoß gegen das primärrechtliche Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters nur durch eine Anpassung „nach oben“ oder auch auf andere Art und Weise beseitigt werden kann.
- 19 a) Wenngleich überwiegend bei einem Verstoß eines tarifvertraglichen Vergütungssystems gegen das primärrechtliche Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters eine Anpassung „nach oben“ befürwortet wird und diese Anpassung auch der allgemeinen Systematik entspricht (vgl. *Henssler/Tillmanns FS Rolf Birk S. 179, 187 ff.*; *Meinel/Heyn/Herms AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 45c*; *Schleusener/Suckow/Voigt AGG/Schleusener 3. Aufl. § 7 Rn. 52 mwN*), besteht doch keine völlige Einigkeit, wie der Verstoß des Vergütungssystems des BAT gegen das Diskriminierungsverbot zu beheben ist. Dies ist der Besonderheit geschuldet, dass nicht einzelne Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen von einer Leistung des Arbeitgebers ausgenommen und dadurch benachteiligt werden, sondern ein tarifliches Vergütungssystem insgesamt gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam ist und dies zu einem Regelungsvakuum führt (vgl. *Lingemann/Gotham NZA 2007, 663, 667*; *Kamanabrou ZfA 2006, 327, 333*).
- 20 aa) So wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, das Dogma einer generellen Anpassung „nach oben“ hätte absurde praktische Konsequenzen (*Bauer/Göpfert/Krieger AGG 3. Aufl. § 7 Rn. 29*). Auch soll das Anfangsgrundgehalt in den Vergütungsgruppen des BAT die Regelleistung sein, von der Stufe für Stufe gleichheitswidrige Ausnahmen vorgesehen werden (*Krebber EuZA 2009, 200, 213*). Dies soll zur Folge haben, dass sich der Anspruch aller Angestellten auf diese Regelleistung beschränkt, wenn die Tarifvertragsparteien nicht innerhalb einer ihnen einzuräumenden Übergangsfrist die diskriminierenden Regelungen ersetzen.
- 21 bb) Die Annahme, die Anfangsgrundvergütung sei die Regelleistung, überzeugt jedoch nicht. Die Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen ist nach § 27 Abschn. A Abs. 1 BAT die Regel. Die höheren Grundvergütungen werden nicht nur „ausnahmsweise“ gezahlt. Vielmehr ist dies bei der Anfangsgrundvergütung der Fall. Im Übrigen wird Angestellten nie die Anfangsgrundvergütung gezahlt, wenn sie bei ihrer Einstellung bereits das 23. bzw. 25. Lebensjahr vollendet haben. Hinzu kommt, dass nach Art. 16 Buchst. b RL 2000/78 die verbotswidrigen Regelungen entweder für nichtig erklärt werden müssen oder erklärt werden können oder sichergestellt werden muss, dass sie geändert werden. Hätten alle Angestellten nur Anspruch auf die Anfangsgrundvergütung ihrer Vergütungsgruppe, wenn die Tarifvertragsparteien keine diskriminierungsfreie Regelung treffen, fehlte es an einer Sanktion, die einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz gewährt und abschreckende Wirkung hat (vgl. *Kamanabrou ZfA 2006, 327, 330*; *Henssler/Tillmanns FS Rolf Birk S. 179, 191*).
- 22 b) Die Ungleichbehandlung kann nur durch eine Anpassung „nach oben“ beseitigt werden.
- 23 aa) Stellt das Bundesverfassungsgericht einen Gleichheitsverstoß fest, hat der Gesetzgeber in der Regel mehrere Möglichkeiten, diesen zu beheben. Das Bundesverfassungsgericht überlässt ihm aus kompetenzrechtlichen Gründen deshalb grundsätzlich die Entscheidung, in welcher Weise er den Anforderungen des Gleichheitssatzes genügen will, sieht regelmäßig vom Nichtigkeitsausspruch ab und beschränkt sich auf eine Unvereinbarkeitserklärung (*ErfK/Schmidt 11. Aufl. Art. 3 GG*

- Rn. 52). Bei gleichheitswidrigen Tarifverträgen haben die Gerichte für Arbeits­sachen zwar die Verwerfungskompetenz, auch hier stellt sich jedoch die Frage, ob die Entscheidung, auf welche Art und Weise die Benachteiligung beseitigt wird, aufgrund der Gewährleistung der Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG den Tarifvertragsparteien obliegt oder ob die Gerichte für Arbeits­sachen eine Anpassung „nach oben“ vornehmen dürfen, indem sie die für die Bessergestellten geltenden Tarifbestimmungen auf die Benachteiligten erstrecken (*Wiedemann/Peters RdA 1997, 100, 107*). Eine Anpassung „nach oben“ für die Vergangenheit ist bisher grundsätzlich nur bei Nichtigkeit einer Ausnahmeregelung erfolgt, wenn nach dem Regelungsstatbestand unter Berücksichtigung der Zusatzbelastung des Arbeitgebers anzunehmen war, dass die Tarifvertragsparteien die Regelung auch mit erweitertem Anwendungsbereich getroffen hätten (*vgl. BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/94 - BAGE 79, 236*), oder die Benachteiligung für die Vergangenheit nur durch eine Anpassung „nach oben“ beseitigt werden konnte (*vgl. BAG 22. April 2010 - 6 AZR 966/08 - Rn. 43, AP GG Art. 3 Nr. 322 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 20; 18. März 2010 - 6 AZR 156/09 - Rn. 54, BAGE 133, 354; 18. März 2010 - 6 AZR 434/07 - Rn. 58, AP GG Art. 3 Nr. 321 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung sexuelle Orientierung Nr. 1; 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 37, BAGE 129, 93; 13. November 1985 - 4 AZR 234/84 - BAGE 50, 137*). Im Urteil vom 28. Mai 1996 (- 3 AZR 752/95 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Metallindustrie Nr. 143 = EzA GG Art. 3 Nr. 55) hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts angenommen, dass die benachteiligten Arbeitnehmer für zurückliegende Zeiten einen Anspruch auf den ihnen vorenthaltenen Zuschuss haben, wenn der Arbeitgeber nicht sichergestellt hat, dass seine Rückforderungsansprüche gegen diejenigen Arbeitnehmer, denen er den Zuschuss gewährt hat, nicht verfallen und wenn ihm bewusst war, dass die Zuschussregelung möglicherweise insgesamt unwirksam ist.
- 24 bb) Für die Zeit bis zum 31. Dezember 2009 ist eine Angleichung „nach oben“ schon deshalb gerechtfertigt, weil der Anspruch auf ein höheres Grundgehalt den älteren Angestellten nicht rückwirkend entzogen werden kann, so dass nur diese Möglichkeit besteht (*vgl. Wank FS Wißmann S. 599, 617; Kittner/Däubler/Zwanziger/Zwanziger KSchR 8. Aufl. Art. 3 GG Rn. 35*).
- 25 (1) Das beklagte Land wäre bereits aufgrund der tariflichen sechsmonatigen Ausschlussfrist des § 70 BAT bzw. des § 37 Abs. 1 Satz 1 TV-H gehindert, bereits verfallene Gehaltsrückforderungsansprüche gegenüber älteren Angestellten mit Erfolg geltend zu machen.
- 26 (2) Auch soweit die tarifliche Ausschlussfrist nicht entgegensteht, muss die Beseitigung von in der Vergangenheit liegenden Folgen der Benachteiligung das Vertrauen der älteren Angestellten auf die Wirksamkeit des Vergütungssystems des BAT schützen (*Schlachter FS Schaub S. 651, 662*). Die Normunterworfenen und damit auch die älteren Angestellten dürfen grundsätzlich auf den Fortbestand der tariflichen Ordnung vertrauen. Nur so kann der Tarifvertrag seiner Aufgabe gerecht werden und den Individualparteien beiderseits Planungssicherheit gewähren (*Däubler/Deinert TVG 2. Aufl. § 4 Rn. 35*). In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist deshalb anerkannt, dass die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien zur rückwirkenden Änderung tarifvertraglicher Regelungen durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes der Normunterworfenen begrenzt ist (*BAG 23. November 1994 - 4 AZR 879/93 - BAGE 78, 309; 18. März 2010 - 6 AZR 434/07 - Rn. 58, AP GG Art. 3 Nr. 321 = EzTöD 100 TVöD-AT § 2 Diskriminierung sexuelle Orientierung Nr. 1*). Jedenfalls vor Bekanntwerden des Vorlagebeschlusses des Senats mussten ältere Angestellte nicht davon ausgehen, dass ihre Grundvergütung rückwirkend neu berechnet wird und sie eine niedrigere Vergütung erhalten. Deshalb hilft dem beklagten Land auch sein Hinweis nicht weiter, die nachträgliche Regelungslücke sei im Rahmen einer ergänzenden Auslegung in Anlehnung an die entsprechenden Regelungen im TV-L und TVöD durch eine pauschalierte Berücksichtigung der Berufserfahrung in Form von Dienstaltersstufen zu schließen.
- 27 cc) Entscheidend kommt hinzu, dass die Tarifvertragsparteien des TV-H und des TVÜ-H weder für die Zeit vor dem 1. Januar 2010 eine vom Vergütungssystem des BAT abweichende, dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters gerecht werdende Regelung rückwirkend getroffen haben noch bereit sind, eine solche rückwirkende Ersatzregelung zu vereinbaren.

- 28 (1) In § 3 Abs. 2 Satz 1 TVÜ-H haben die Tarifvertragsparteien bestimmt, dass die Überleitung für Beschäftigte aus dem Geltungsbereich des BAT entsprechend der nach dem BAT maßgeblichen Lebensaltersstufe unabhängig von der Wirksamkeit dieses Vergütungssystems erfolgt. Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-H regeln die Überleitungsregelungen nicht die Rechtsfolgen für die Zeit bis zum 31. Dezember 2009. Bereits dies zeigt, dass die Tarifvertragsparteien eine abschließende Regelung treffen wollten und nicht bereit sind, das vor dem 1. Januar 2010 bestehende Vergütungssystem rückwirkend zu ändern oder durch ein anderes Vergütungssystem zu ersetzen oder den in § 3 Abs. 1 TVÜ-H auf den 1. Januar 2010 festgelegten Zeitpunkt der Überleitung der Beschäftigten in den TV-H vorzuverlegen (*aA Behrendt/Gaumann/Liebermann ZTR 2009, 614, 621*). Dies hätte nämlich zur Folge, dass die Überleitung nicht mehr entsprechend den nach dem BAT maßgeblichen Lebensaltersstufen erfolgen könnte, sondern die Vergleichsentgelte neu ermittelt werden müssten. Bei einer Vorverlegung des Überleitungszeitpunkts könnten bei der Ermittlung des Vergleichsentgelts nicht mehr gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-H die den Beschäftigten im Dezember 2009 zustehenden Bezüge nebst ehedem- und kinderbezogenen Entgeltbestandteilen zugrunde gelegt werden. Wenn die Tarifvertragsparteien des TV-H bzw. TVÜ-H im Falle einer Unwirksamkeit des auf Lebensaltersstufen abstellenden Vergütungssystems des BAT an den am 1. Januar 2010 von ihnen in Kraft gesetzten Entgeltregelungen nicht hätten festhalten wollen, hätten sie in § 3 Abs. 2 Satz 1 TVÜ-H nicht formulieren dürfen, dass die Überleitung entsprechend der nach dem BAT maßgeblichen Lebensaltersstufe unabhängig von der Wirksamkeit dieses Vergütungssystems erfolgt.
- 29 (2) Die Protokollerklärung zu § 3 Abs. 2 Satz 1 TVÜ-H bestätigt, dass die Tarifvertragsparteien nicht zu einer auch den Klagezeitraum erfassenden rückwirkenden Entgeltregelung bereit sind. Aus Satz 1 der Protokollerklärung wird deutlich, dass die Tarifvertragsparteien durch § 3 Abs. 2 Satz 1 TVÜ-H sicherstellen wollten, dass die Überleitung wie beim TVÜ-L, TVÜ-VKA und TVÜ-Bund entsprechend der nach dem BAT maßgeblichen Lebensaltersstufe, die im Einzelfall erreicht war, erfolgt. Auch Satz 3 der Protokollerklärung, wonach sich die Tarifvertragsparteien - unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 6. Februar 2009 - 8 Sa 1016/08 - darüber einig sind, kollektiv eine verbindliche Regelung für das Überleitungs- und Übergangsrecht getroffen zu haben, hindert die Annahme, die Tarifvertragsparteien würden für die Zeit bis zum 31. Dezember 2009 ein neues Vergütungssystem vereinbaren, das nicht gegen das primärrechtliche Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters verstößt, sondern eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a RL 2000/78 vermeidet.
- 30 (3) Den Tarifvertragsparteien des TVÜ-H bzw. des TV-H darf auch nicht unterstellt werden, dass sie nicht vor Augen hatten, dass sie durch eine rückwirkende tarifliche Regelung eine Beseitigung der Diskriminierung nur erreichen können, wenn sie entweder alle Beschäftigten der jeweils höchsten Lebensaltersstufe ihrer Vergütungsgruppe zuordnen oder die Grundvergütungen der den höchsten Lebensaltersstufen zugeordneten Beschäftigten vermindern. Letztere Möglichkeit schied aber aufgrund des auch von Tarifvertragsparteien zu achtenden Vertrauensschutzes aus.
- 31 (4) Aufgrund des übereinstimmenden, eindeutigen Willens der Tarifvertragsparteien, unabhängig von der Wirksamkeit des Vergütungssystems des BAT keine Ersatzregelung zu treffen, überzeugt das Argument des beklagten Landes, eine Ersatzregelung für die Zeit vor dem Inkrafttreten des TVÜ-H bzw. TV-H am 1. Januar 2010 sei den Tarifvertragsparteien vorbehalten, nicht.
- 32 (5) Korrekturen des Tarifrechts durch den Senat für die Zeit vor dem 1. Januar 2010 bedeuten entgegen der Auffassung des beklagten Landes angesichts der Regelung in § 3 Abs. 2 TVÜ-H und aufgrund des auch in der Protokollerklärung zu dieser Bestimmung deutlich zum Ausdruck gekommenen Willens der Tarifvertragsparteien, keine tarifliche Ersatzregelung für die Vergangenheit mehr zu treffen, keinen unzulässigen Eingriff in die Tarifautonomie. Ein solcher Eingriff setzt voraus, dass die Tarifvertragsparteien bereit sind, eine unwirksame tarifliche Regelung durch eine wirksame zu ersetzen. Ein solcher Wille der Tarifvertragsparteien fehlt für die Zeit vor dem 1. Januar 2010 und damit auch für den Klagezeitraum. Der gegenteilige Wille der Tarifvertragsparteien ist zu achten. Die durch

Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie beinhaltet auch das Recht der Tarifvertragsparteien, von einer tariflichen Regelung abzusehen, wenn sie dies für angemessen halten. Könnten die Tarifvertragsparteien zum Abschluss von Tarifverträgen gezwungen werden, wäre dies mit der Tarifautonomie nicht vereinbar. Erfolgt aber keine kollektivrechtliche Neuregelung, findet regelmäßig eine Angleichung „nach oben“ statt (*Erman/Belling BGB 13. Aufl. § 7 AGG Rn. 7*).

- 33 (6) Deshalb trägt auch das Argument des beklagten Landes nicht, der Gesetzgeber habe bewusst von der im Entwurf für die Regelung in § 7 Abs. 2 AGG vorgesehenen Bestimmung zur ergänzenden Auslegung unwirksamer kollektivrechtlicher Regelungen abgesehen und sich damit dafür entschieden, der besonderen Rechtsstellung der Tarifvertragsparteien im Rahmen von § 7 Abs. 2 AGG Rechnung zu tragen. Im Übrigen könnte Art. 9 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz grundsätzlich nur dann eine befristete Aussetzung gebieten, um den Tarifvertragsparteien den Vortritt zu lassen, damit diese regeln können, auf welche Art und Weise die Diskriminierung beseitigt werden soll, wenn es um die Beseitigung der Diskriminierung für die Zukunft geht (*vgl. ErfK/Schmidt 11. Aufl. Art. 3 GG Rn. 58 f.; Kamanabrou ZfA 2006, 327, 332; Wank FS Wißmann S. 599, 617; Schlachter FS Schaub S. 651, 668 ff.; Wiedemann/Peters RdA 1997, 100, 107*).
- 34 (7) Im Hinblick auf den aus § 3 Abs. 2 TVÜ-H und der dazugehörigen Protokollerklärung erkennbaren gegenteiligen Willen der Tarifvertragsparteien kann der Senat ebenso wenig statt der Anpassung „nach oben“ als mildere Maßnahme die Überleitung der Beschäftigten „vorziehen“, indem er bis zum 31. Dezember 2009 das Vergütungssystem des TV-H unter Besitzstandswahrung anwendet. Es geht hier nicht um die Überleitung in ein diskriminierungsfreies System - diese haben die Tarifvertragsparteien mit dem TVÜ-H geregelt -, sondern um die Beseitigung der Diskriminierung innerhalb eines diskriminierenden Systems.
- 35 dd) Für eine Anpassung „nach oben“ für die Vergangenheit spricht auch, dass eine solche Anpassung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Benachteiligung beim Entgelt im Einklang steht.
- 36 (1) Nach der bisherigen Entscheidungspraxis des Gerichtshofs der Europäischen Union kann man davon ausgehen, dass sich im Falle einer Diskriminierung die Unwirksamkeit nur auf die benachteiligenden Regelungen bezieht (*vgl. Henssler/Tillmanns FS Rolf Birk S. 179, 188*). Im Urteil vom 7. Februar 1991 (- C-184/89 - [Nimz] Slg. 1991, I-297) hat der Gerichtshof der Europäischen Union angenommen, dass im Falle einer mittelbaren Diskriminierung durch eine Bestimmung eines Tarifvertrags das nationale Gericht verpflichtet ist, diese Bestimmung - ohne dass es ihre vorherige Beseitigung durch Tarifverhandlungen oder auf anderen Wegen beantragen oder abwarten müsste - außer Acht zu lassen und auf die Angehörigen der durch diese Diskriminierung benachteiligten Gruppe die gleiche Regelung wie auf die übrigen Arbeitnehmer anzuwenden, wobei diese Regelung, „solange Art. 119 EWG-Vertrag im nationalen Recht nicht ordnungsgemäß durchgeführt ist, das einzig gültige Bezugssystem bleibt“ (*vgl. dazu Wiedemann NZA 2007, 950, 951*). An diesem Grundsatz hat der Gerichtshof der Europäischen Union ua. im Urteil vom 26. Januar 1999 (- C-18/95 - [Terhoeve] Slg. 1999, I-345) ausdrücklich festgehalten und er hat jüngst im Urteil vom 22. Juni 2011 (- C-399/09 - [Landtová]) nochmals wiederholt, dass die Regelung für die nicht benachteiligten Arbeitnehmer das einzige gültige Bezugssystem bleibt, solange das Gemeinschaftsrecht nicht richtig durchgeführt ist. Damit betrifft die Anforderung des Unionsrechts, die Diskriminierung durch eine Anpassung „nach oben“ zu beseitigen, nicht nur die Vergangenheit, sondern sogar die Zukunft, weil sie das höhere Entgelt auch zukunftsbezogen solange zugesteht, bis eine unionsrechtskonforme Neuregelung getroffen ist (*ErfK/Schlachter 11. Aufl. § 7 AGG Rn. 6; aA Krebber EuZA 2009, 200, 209, der die Auffassung vertritt, der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu den Anti-Diskriminierungsrichtlinien lasse sich ein Gebot der Angleichung „nach oben“ nicht entnehmen*).
- 37 (2) Die Vorgabe des Gerichtshofs der Europäischen Union einer Anpassung „nach oben“ ist allerdings anhand von Fällen entwickelt worden, in denen eine kleinere Beschäftigtengruppe von einer begünstigenden Norm ausgenommen worden ist

(*ErfK/Schlachter 11. Aufl. § 7 AGG Rn. 6*). Wie zu verfahren ist, wenn eine tarifliche Vergütungsregelung insgesamt wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Alters unwirksam ist und nur die höchste Grundvergütung in den Vergütungsgruppen als Bezugssystem in Betracht kommt, hat der Gerichtshof der Europäischen Union zwar noch nicht entschieden. Jedoch wird eine Anpassung „nach oben“ auch in diesem Fall der Vorgabe des Gerichtshofs der Europäischen Union, die diskriminierende Regelung außer Acht zu lassen und auf die durch die Diskriminierung benachteiligten Arbeitnehmer die gleiche Regelung wie auf die nicht benachteiligten Arbeitnehmer anzuwenden, jedenfalls dann am ehesten gerecht, wenn die Tarifvertragsparteien von einer rückwirkenden Ersatzregelung absehen und von den nicht diskriminierten Arbeitnehmern deshalb und aufgrund tariflicher Ausschlussfristen sowie aus Gründen des Vertrauensschutzes Leistungen nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg zurückgefordert werden können.

- 38 ee) Finanzielle Belange des beklagten Landes hindern eine Anpassung „nach oben“ nicht.
- 39 (1) Eine uneingeschränkte Anwendung des Grundsatzes einer Anpassung „nach oben“ bei Verstößen gegen Benachteiligungsverbote kann allerdings zu erheblichen finanziellen Belastungen eines Arbeitgebers führen. Dies gilt auch dann, wenn entsprechende Ansprüche jüngerer Angestellter auf das Endgrundgehalt ihrer Vergütungsgruppe Verjährungs- und Ausschlussfristen unterliegen (*Kamanabrou ZfA 2006, 327, 334*). Eine Anpassung „nach oben“, die zu einer nachhaltigen Erweiterung des Dotierungs- oder Kostenrahmens führt, kann freilich auch dann vorliegen, wenn eine benachteiligte Gruppe von Arbeitnehmern groß und der Kreis der gleichheitswidrig Begünstigten klein ist. Auch in diesem Fall steht aber den gleichheitswidrig ausgeschlossenen Arbeitnehmern für die Vergangenheit grundsätzlich die ihnen vorenthaltene Leistung zu, wenn nur auf diesem Weg dem Gleichheitssatz Rechnung getragen werden kann (*ErfK/Schmidt 11. Aufl. Art. 3 GG Rn. 58*).
- 40 (2) Die Frage, ob eine unangemessene Kostenbelastung des Arbeitgebers überhaupt geeignet sein kann, die gebotene Beseitigung der Diskriminierungsfolgen zu hindern, oder bewirken kann, dass dem Kosteninteresse des Arbeitgebers gegenüber dem Vertrauen der Begünstigten auf die Wirksamkeit der Regelung Vorrang gebührt, bedarf hier keiner Entscheidung. Bezüglich der Mehrkosten hat das beklagte Land geltend gemacht, diese beliefen sich ohne Berücksichtigung der von ihm zu tragenden Sozialversicherungsbeitragsanteile bei einer Anpassung „nach oben“ auf jährlich ca. 100 Millionen Euro. Allerdings fehlen Angaben des beklagten Landes dazu, wie viele Angestellte für welche Zeiträume die Zahlung der Endgrundvergütung ihrer Vergütungsgruppe bereits verlangt haben. Da das beklagte Land mit seinen Angestellten grundsätzlich vereinbart hat, dass sich das Arbeitsverhältnis nach den Bestimmungen des BAT bestimmt, und somit die tarifliche Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit (§ 70 BAT) greift, fehlen ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass das eklagte Land für die Zeit bis zum Inkrafttreten des TV-H und des TVÜ-H am 1. Januar 2010 bei einer Anpassung „nach oben“ mit unverhältnismäßig hohen Mehrkosten belastet wird. Die Zeit bis zum 1. Januar 2010 ist maßgebend. Mit dem Urteil der Zweiten Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 8. September 2011 in den verbundenen Rechtssachen - C-297/10 und C-298/10 - (*NZA 2011, 1100*) ist geklärt, dass Art. 2 und Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78 sowie Art. 28 GRC nicht entgegenstehen, wenn ein Vergütungssystem, das zu einer Diskriminierung wegen des Alters führt, durch ein auf objektive Kriterien gestütztes Vergütungssystem ersetzt wird und zugleich für einen befristeten Übergangszeitraum einige der diskriminierenden Auswirkungen des erstgenannten Systems bestehen bleiben, um für die bereits in einem Beschäftigungsverhältnis stehenden Arbeitnehmer den Übergang zum neuen System ohne Einkommensverluste zu gewährleisten.
- 41 ff) Ohne Erfolg beruft sich das beklagte Land auf Vertrauensschutz. Bei Abschluss des Arbeitsvertrags vom 27. Juni 2007 galt schon das am 18. August 2006 in Kraft getretene AGG. Der BAT und der Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum BAT waren bereits für den Bereich des Bundes mit Wirkung vom 1. Oktober 2005 und für den Bereich der TdL mit Wirkung vom 1. November 2006 durch andere tarifliche Regelungen ersetzt worden. Das beklagte Land war in seiner Entscheidung frei, mit dem Kläger eine vom Vergütungssystem

des BAT abweichende Entgeltabrede zu treffen und zB die Vergütungsbestimmungen des TV-L bzw. des TVÜ-Länder in Bezug zu nehmen. Wenn es davon trotz der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung, die Bemessung der Grundvergütung in den Vergütungsgruppen des BAT verstoße gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Alters (*vgl. Schleusener/Suckow/Voigt AGG/Schleusener 3. Aufl. § 7 Rn. 53 mwN*), abgesehen hat, ist sein Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vergütungssystems des BAT nicht schützenswert.

- 42 gg) Der Umstand, dass die in § 27 Abschn. A BAT angeordnete Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensalterstufen gegen das primärrechtliche Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters verstößt und eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a RL 2000/78 darstellt, führt entgegen der Auffassung des beklagten Landes nicht dazu, dass es an einer Bezugsgröße für die Anpassung „nach oben“ fehlt. Dem beklagten Land ist zwar einzuräumen, dass die Tarifvertragsparteien des BAT angesichts der von ihnen vereinbarten Lebensalterstufen offensichtlich nicht wollten, dass alle Angestellten in derselben Vergütungsgruppe eine gleich hohe Grundvergütung erhalten. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, den wegen ihres Alters benachteiligten Angestellten die Vergütung vorzuenthalten, die den nicht benachteiligten Angestellten zustand. Insoweit besteht kein entscheidender Unterschied zwischen einer gleichheitswidrigen Benachteiligung und einer unzulässigen Diskriminierung, wenn dem Gleichheitssatz bzw. dem Diskriminierungsverbot nur dadurch Rechnung getragen werden kann, dass den Benachteiligten derselbe Anspruch auf Vergütung eingeräumt wird wie den gleichheitswidrig begünstigten bzw. nicht diskriminierten Angestellten (*vgl. zum Gleichheitssatz ErfK/Schmidt 11. Aufl. Art. 3 GG Rn. 58 mwN*). Bei einer Entgeltstaffelung nach dem Alter in einem Tarifvertrag bedeutet dies, dass bis auf die höchste alle Entgeltstufen benachteiligend sind (*Henssler/Tillmanns FS Rolf Birk S. 179, 190; Meinel/Heyn/Herms AGG 2. Aufl. § 10 Rn. 45c*).
- 43 c) Entgegen der Ansicht des beklagten Landes schützt es die Regelung in § 15 Abs. 3 AGG, wonach der Arbeitgeber bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet ist, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt, nicht vor einer Anpassung „nach oben“. Die Vorschrift bezieht sich auf Schadensersatzansprüche und begrenzt nur Ansprüche auf Entschädigungsleistung (*Löwisch DB 2006, 1729, 1731; ErfK/Schlachter 11. Aufl. § 7 AGG Rn. 6*). Zur Beseitigung einer Diskriminierung durch eine den Diskriminierungsverboten genügende Regelung verhält sie sich nicht.
- 44 III. Das beklagte Land hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

Fischermeier

Brühler

Spelge

Lauth

M. Jostes