

**AGG: Ältere Arbeitnehmer dürfen keine kürzere Frist bekommen**

Weil das Diskriminierungsverbot im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) auch Benachteiligungen aus Gründen des Alters verhindern oder beseitigen soll, darf einem älteren Arbeitnehmer nicht ein Arbeitsvertrag angeboten werden, der eine kürzere Befristung hat als ein vergleichbarer, der einem Jüngeren angeboten worden ist. Eine Anknüpfung an das Lebensalter der Arbeitnehmer ist laut BAG nicht erlaubt. Dadurch entfällt die Befristung insgesamt - der Arbeitgeber kann sie nicht „retten“, indem er sie an die längere Frist der jüngeren Arbeitnehmer angleicht.

Quelle: Wolfgang Büser

**Wissenschaftlicher Mitarbeiter wird durch vereinbarte Befristungsdauer wegen seines Alters unmittelbar benachteiligt; Unmittelbare Benachteiligung eines wissenschaftlichen Mitarbeiters durch vereinbarte Befristungsdauer wegen seines Alters; Befristung des Arbeitsverhältnisses; Verbot der Altersdiskriminierung; Anknüpfung an das Lebensalter bei einer Vereinbarung über die Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses; Unwirksamkeit einer Befristungsabrede durch unzulässige Benachteiligung bei der Befristungsdauer**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 06.04.2011

**Aktenzeichen:** 7 AZR 524/09

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2011, 21560

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Bonn - 01.09.2008 - AZ: 1 Ca 1281/08

LAG Köln - 12.02.2009 - AZ: 7 Sa 1132/08

**Rechtsgrundlagen:**

§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG

§ 7 Abs. 1 AGG

§ 7 Abs. 2 AGG

§ 10 S. 1, 2 AGG

§ 139 BGB

§ 140 BGB

Art. 12 Abs. 1 GG

§ 7 Halbs. 1 KSchG

Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG

§ 17 S. 1 TzBfG

§ 2 Abs. 1 WissZeitVG

§ 256 Abs. 1 ZPO

§ 559 Abs. 2 ZPO

**Fundstellen:**

ArbR 2011, 489

AuA 2012, 439-440

BB 2011, 2227

DB 2011, 2038-2039

DStR 2012, 2239

EzA-SD 17/2011, 4

GWR 2011, 429

NJW 2011, 8

NJW 2011, 3113-3116

NJW-Spezial 2011, 596

NZA 2011, 970-973

PersV 2012, 266

RdW 2012, 54-55

schnellbrief 2011, 4

ZTR 2011, 624-626

---

**BAG, 06.04.2011 - 7 AZR 524/09**

**Orientierungssatz:**

1. Eine an das Lebensalter des Arbeitnehmers anknüpfende Vereinbarung über die Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses benachteiligt diesen iSv. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG, wenn mit einem anderen - jüngeren - Arbeitnehmer in vergleichbarer Situation eine längere Befristungsdauer vereinbart worden wäre.
2. § 10 Satz 1 AGG lässt eine unterschiedliche Behandlung wegen Alters zu, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Nach § 10 Satz 2 AGG müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. Die Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters nach § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG erfordert demnach, dass sich die zugrunde liegende Maßnahme auf ein legitimes Ziel stützt und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält.
3. Eine unzulässige Benachteiligung bei der Befristungsdauer führt nach § 7 Abs. 2 AGG zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede. § 139 BGB ist auf das Verhältnis zwischen der Befristungsdauer und der Vereinbarung der Befristung nicht anwendbar. Es gibt keine Befristung ohne bestimmte Dauer.
4. Auch kann weder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung noch der Umdeutung nach § 140 BGB oder der Anwendung der Grundsätze zur "Anpassung nach oben" bei diskriminierender Vorenthaltung von Leistungen eine andere - längere - Befristungsdauer angenommen werden.

In Sachen

...

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 6. April 2011

durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier,

die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Gallner und Schmidt sowie

die ehrenamtlichen Richter Güner und Zwisler

für Recht erkannt:

### **Tenor:**

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 12. Februar 2009 - 7 Sa 1132/08 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

### **Tatbestand**

- 1** Die Parteien streiten in erster Linie darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis aufgrund Befristung am 30. Juni 2008 geendet hat. Hilfsweise macht der Kläger den Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsvertrags geltend. Für den Fall des Obsiegens begehrt er seine Weiterbeschäftigung. Hilfsweise verlangt er Entschädigung wegen Altersdiskriminierung.
- 2** Der am 25. Januar 1968 geborene Kläger promovierte im Jahr 2003. Aufgrund eines zwischen ihm und dem Land Nordrhein-Westfalen am 31. Mai 2005 geschlossenen und vom 1. Juni 2005 bis zum 31. Mai 2007 befristeten Arbeitsvertrags war er bei der beklagten Universität als wissenschaftlicher Angestellter auf einer Stelle zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses beschäftigt. Neben der Erfüllung der ihm übertragenen Lehraufgaben arbeitete er an seiner Habilitation. Die Beklagte nimmt keine sog. Hausberufungen vor, dh. sie beruft keine "im eigenen Hause" habilitierten Wissenschaftler auf eine Professorenstelle. Vor dem 31. Mai 2007 beantragte das Institut für O eine Verlängerung des Arbeitsvertrags mit dem Kläger um zwei Jahre. Die Beklagte lehnte dies unter Hinweis auf einen Beschluss des Rektorats vom 21. November 2005 ab. Dieser Beschluss sieht vor, dass die Einstellung von wissenschaftlichem Personal auf befristet zu besetzenden Nachwuchsstellen in aller Regel nur zulässig ist, wenn das Beschäftigungsverhältnis vor dem vollendeten 40. Lebensjahr - ausnahmsweise spätestens ein halbes Jahr danach - endet. Am 14. Mai 2007 schlossen die Parteien einen Änderungsvertrag zum Arbeitsvertrag vom 31. Mai 2005, wonach der Kläger "befristet bis zum 30.06.2008 im Rahmen einer Befristung gem. §§ 1 ff. Wissenschaftszeitvertragsgesetz weiterbeschäftigt" wurde. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wäre der Arbeitsvertrag mit dem Kläger, der am 25. Januar 2008 sein 40. Lebensjahr vollendete, ohne den Rektoratsbeschluss mit einem über den 30. Juni 2008 hinausgehenden Endtermin - jedenfalls mit einer Dauer bis zum 31. Mai 2009 - vereinbart worden.
- 3** Unter dem 28. Januar/1. Februar 2008 beantragte das Institut für O erneut eine Verlängerung des Arbeitsvertrags um zwei Jahre. Das Rektorat der beklagten Universität lehnte den Verlängerungsantrag mit Schreiben vom 15. Februar 2008 ab und führte ua. aus:  
  
"Einer Weiterbeschäftigung auf einer Nachwuchsstelle steht der Rektoratsbeschluss vom

21.11.2005 entgegen, der grundsätzlich eine Beschäftigung eines Mitarbeiters über das vollendete 40. Lebensjahr hinaus ablehnt. Über Ausnahmen entscheidet das Rektorat, stellvertretend der Kanzler. Die abschließend vereinbarten Ausnahmetatbestände sind:

1. die Beschäftigung in einem Exzellenzbereich,
2. geringfügige (< 6 Monate) Überschreitung des 40. Lebensjahres,
3. Kindererziehungszeiten in Höhe der Überschreitung des 40. Lebensjahres.

Andere Konstellationen werden in Absprache mit dem Kanzler nicht mehr vorgelegt. Leider scheiden die Punkte 1 - 3 im vorliegenden Fall aus."

4 Mit seiner am 28. Mai 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Auffassung vertreten, die Befristung des Arbeitsvertrags vom 14. Mai 2007 benachteilige ihn ungerechtfertigt wegen seines Alters. Sie sei daher nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Im Hinblick auf die diskriminierende Ablehnung der Vertragsverlängerung mit Schreiben vom 15. Februar 2008 sei die Beklagte jedenfalls verpflichtet, ihm einen bis zum 30. Juni 2010 befristeten Vertrag anzubieten. Bestehe diese Verpflichtung nicht, habe die Beklagte eine Entschädigung wegen der Diskriminierung zu zahlen.

5 Der Kläger hat zuletzt beantragt

1. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten durch die Befristung im Änderungsvertrag vom 14. Mai 2007 nicht zum 30. Juni 2008 aufgelöst wird, sondern unverändert fortbesteht;

hilfsweise hierzu

2. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein Angebot auf Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags für den Zeitraum vom 1. Juli 2008 bis zum 30. Juni 2010 als vollbeschäftigter wissenschaftlicher Angestellter der Entgeltgruppe E 13 TVÜ-L zu unterbreiten;
3. für den Fall des Obsiegens mit den Anträgen zu 1. oder 2., die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten Arbeitsbedingungen als vollbeschäftigten wissenschaftlichen Mitarbeiter der Entgeltgruppe E 13 TVÜ-L weiterzubeschäftigen;

äußerst hilfsweise

4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung in angemessener Höhe zu zahlen.

6 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, die Befristung sei wirksam. Die im Rektoratsbeschluss vom 21. November 2005 festgelegte unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern aufgrund deren Alters sei durch legitime Ziele gerechtfertigt, erforderlich und angemessen. Unterstelle man zugunsten des Klägers eine unzulässige Altersdiskriminierung, folge hieraus nicht die Unwirksamkeit der Befristungsabrede. Der Kläger stünde sonst besser als ohne die Benachteiligung, denn der letzte Arbeitsvertrag wäre auch ohne den Rektoratsbeschluss nur befristet bis zum 31. Mai 2009 abgeschlossen worden.

7 Das Arbeitsgericht hat dem Befristungskontroll- und dem Weiterbeschäftigungsantrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte weiterhin das Ziel der Klageabweisung. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

8 Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht der Befristungskontrollklage entsprochen. Über die weiteren Anträge hatte der Senat nicht zu befinden.

9 A.

Der zulässige Klageantrag zu 1. ist begründet.

10 I.

Bei ihm handelt es sich ausschließlich um eine Befristungskontrollklage nach § 17 Satz 1 TzBfG . Dem Antragswortlaut "... sondern unverändert fortbesteht" kommt keine eigenständige Bedeutung im Sinne einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO zu. Dies ergibt die Auslegung des Klageantrags unter Hinzuziehung der Klagebegründung. Dort wird ausschließlich begründet, warum das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der vereinbarten Befristung im Änderungsvertrag vom 14. Mai 2007 zum 30. Juni 2008 geendet haben soll. Andere Beendigungstatbestände sind zwischen den Parteien nicht im Streit.

11 II.

Der Klageantrag zu 1. ist begründet. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass die Befristung im Änderungsvertrag vom 14. Mai 2007 gegen § 7 Abs. 1 AGG verstößt und deshalb nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam ist.

12 1.

Die Befristung gilt nicht bereits nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 7 Halbs. 1 KSchG als wirksam. Die Klage ist am 28. Mai 2008 und damit noch vor dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrags beim Arbeitsgericht eingegangen. Die materiell-rechtliche Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG wird nach ständiger Rechtsprechung des Senats auch durch die Erhebung einer Klage vor dem Ablauf der vereinbarten Vertragslaufzeit gewahrt (vgl. etwa BAG 23. Juni 2010 - 7 AZR 1021/08 - Rn. 12 m.w.N., EzA BGB 2002 § 620 Altersgrenze Nr. 8).

13 2.

Die Dauer der vereinbarten Befristung benachteiligt den Kläger wegen seines Alters iSv. § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG . Die Befristung des Arbeitsvertrags ist deshalb nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam.

14 a)

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ( AGG ) findet auf den Streitfall Anwendung. Die Vereinbarung einer Befristung des Arbeitsverhältnisses ist eine Entlassungsbedingung nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG . Solche Bedingungen sind neben Kündigungen - unbeschadet der Sonderregelung des § 2 Abs. 4 AGG - auch alle anderen Beendigungstatbestände. Sie beziehen sich sowohl auf das "Ob" als auch auf das "Wie" der Beendigung und umfassen damit auch die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aufgrund einer vereinbarten Befristung endet (vgl. z.B. Schleusener in: Schleusener/Suckow/Voigt AGG 3. Aufl. § 2 Rn. 9).

15 b)

Nach § 7 Abs. 2 AGG sind Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, unwirksam. Nach § 7 Abs. 1 Halbs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe - hierzu gehört auch das Alter - benachteiligt werden. Der Kläger wurde durch die Vereinbarung der Befristung im Vertrag vom 14. Mai 2007 wegen seines Alters benachteiligt. Die unterschiedliche Behandlung war nicht

zulässig.

16 aa)

Der Kläger wurde durch die im Vertrag vom 14. Mai 2007 vereinbarte Befristungsdauer wegen seines Alters unmittelbar benachteiligt.

17 (1)

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (*vgl. BAG 8. Dezember 2010 - 7 ABR 98/09 - Rn. 62 m.w.N.*).

18 (2)

Das ist hier der Fall. Der Kläger erfuhr gegenüber einer hypothetischen Vergleichsperson in vergleichbarer Situation eine ungünstigere Behandlung, weil sein Arbeitsvertrag lediglich bis zum 30. Juni 2008 befristet wurde. Mit einer hypothetischen Vergleichsperson wäre ein Vertrag mit längerer Befristungsdauer abgeschlossen worden. Nach den mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen und damit für den Senat gemäß § 559 Abs. 2 ZPO bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wäre die Änderungsvereinbarung vom 14. Mai 2007, mit der das befristete Arbeitsverhältnis verlängert worden ist, ohne den Rektoratsbeschluss vom 21. November 2005 von vornherein mit einem anderen, nach dem 30. Juni 2008 liegenden Beendigungstermin geschlossen worden. Einem jüngeren, im Übrigen aber vergleichbaren Beschäftigten wäre ein Vertrag mit längerer Vertragslaufzeit angeboten worden.

19 bb)

Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, war die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nicht nach § 10 AGG zulässig.

20 (1)

§ 10 Satz 1 AGG lässt - unbeschadet des § 8 AGG - eine unterschiedliche Behandlung wegen Alters zu, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Nach § 10 Satz 2 AGG müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. Die Rechtfertigungsgründe werden in § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG zunächst in Form einer Generalklausel umschrieben. § 10 Satz 3 AGG zählt sodann sechs Anwendungsfälle auf. Diese stellen, wie das Wort "insbesondere" deutlich macht, keinen abschließenden Katalog, sondern die Generalklausel konkretisierende Beispiele dar (*vgl. BAG 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08 - Rn. 35 m.w.N., AP AGG § 3 Nr. 3 = EzA AGG § 10 Nr. 3; 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 40 m.w.N., BAGE 129, 181*). Bei Anwendung der Generalklausel des § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG müssen die nationalen Gerichte sicherstellen, dass der Grundsatz des Verbots der Diskriminierung aus Gründen des Alters nicht ausgehöhlt wird. Deshalb genügen allgemeine Behauptungen, dass eine bestimmte Maßnahme geeignet sei, der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung zu dienen, nicht zur Darlegung eines legitimen Ziels i.S.d. § 10 AGG. Vielmehr müssen zumindest aus dem allgemeinen Kontext der betreffenden Maßnahme abgeleitete Anhaltspunkte die Feststellung des hinter ihr stehenden Ziels ermöglichen, um die Rechtmäßigkeit, die Angemessenheit und die Erforderlichkeit der zu seiner Erreichung eingesetzten Mittelgerichtlich überprüfen zu können. Als rechtmäßig sind jedenfalls Ziele anzusehen, die als sozialpolitische Ziele im allgemeinen Interesse stehen (*vgl. BAG 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08 - Rn. 39 m.w.N., a.a.O.*). Insgesamt erfordert die Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters nach § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG - ebenso wie nach der nahezu wortgleichen Regelung in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (*Richtlinie 2000/78/EG*) - der Sache nach, "dass sich die zugrunde liegende Maßnahme auf

ein legitimes Ziel stützt und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält" (*Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 6. Mai 2010 in der Rechtssache - C-499/08 -[Andersen] Rn. 47, dort auch unter Rn. 41 bis 46 zur Bedeutung und Einordnung der Worte "objektiv und angemessen" sowie "angemessen und erforderlich"; vgl. dazu auch EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 65, Slg. 2009, I-1569*).

21 (2)

Hier kann zugunsten der Beklagten angenommen werden, dass diese mit der wegen des Alters des Klägers gewählten Befristungsdauer legitime Ziele verfolgte. Das hierzu gewählte Mittel, das Arbeitsverhältnis des Klägers kürzer zu befristen als das vergleichbarer jüngerer Arbeitnehmer, war zur Erreichung der Ziele aber weder erforderlich noch angemessen.

22 (a)

Die Beklagte verfolgt mit der bei ihr geltenden Regelung, wissenschaftliche Nachwuchskräfte auf den Qualifikationsstellen bis höchstens zur Erreichung eines Lebensalters von 40 1/2 Jahren zu beschäftigen, verschiedene Ziele. Zum einen soll die Regelung dazu dienen, das Erstberufungsalter von Professoren herabzusetzen und damit im Interesse der Allgemeinheit sicherzustellen, dass aus Steuermitteln qualifizierte Nachwuchswissenschaftler möglichst lange der selbstständigen Forschung zur Verfügung stehen. Zum anderen soll der laufende Zustrom junger Wissenschaftler und neuer Ideen gewährleistet werden. Und schließlich soll sie verhindern, dass Inhaber von Nachwuchsstellen erst in einem Lebensalter, in dem eine berufliche Neuorientierung nicht mehr oder nur noch schwer möglich ist, realisieren, ihre angestrebte Habilitation und das Ziel einer Hochschulprofessur nicht erreichen zu können. Dabei ist - entgegen der, im Ergebnis allerdings offengelassenen Fragestellung des Landesarbeitsgerichts - nicht entscheidend, ob der Beschluss des Rektorats vom 21. November 2005 wegen eines unzulässigen Eingriffs in das Recht auf Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG unwirksam ist. Nähme man dies an, folgte allein daraus nicht, dass die mit einer Altersgrenze begründete Befristung des Arbeitsvertrags des Klägers eine ungerechtfertigte Benachteiligung wäre. Maßgeblich ist allein, ob die zur Begründung der - an das Lebensalter anknüpfenden - Befristungsdauer vorgebrachten Ziele i.S.d.. § 10 Satz 1 AGG legitim und die Mittel zur Erreichung dieser Ziele i.S.d.. § 10 Satz 2 AGG angemessen und erforderlich sind.

23 (b)

Die von der Beklagten verfolgten Ziele unterfallen keinem der in § 10 Satz 3 AGG genannten Beispielfälle. Sie mögen zwar iSv. § 10 Satz 1 AGG legitim sein. Das gewählte Mittel ist aber weder erforderlich noch angemessen.

24 (aa)

Keines der Ziele unterfällt einem der in § 10 Satz 3 AGG aufgeführten Beispielfälle. Insbesondere sind die Voraussetzungen des § 10 Satz 3 Nr. 3 Alt. 2 AGG nicht gegeben. Nach § 10 Satz 3 Nr. 3 Alt. 2 AGG ist die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand möglich. Die Vorschrift zielt auf ältere Beschäftigte, deren Rentenalter bereits absehbar ist und bei denen einer aufwendigen Einarbeitung am Arbeitsplatz eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Mindestdauer einer produktiven Arbeitsleistung gegenüberstehen soll (*BT-Drucks. 16/1780 S. 36*). Im vorliegenden Fall geht es der Beklagten nicht darum, Beschäftigte nur bis zu einem bestimmten Alter auf den Nachwuchsstellen einzustellen, um auf diesen Stellen eine Mindestbeschäftigungszeit bis zum Eintritt in den Ruhestand zu erreichen.

25 (bb)

Zugunsten der Beklagten kann angenommen werden, dass die von ihr 25 mit der Ungleichbehandlung verfolgten Ziele legitim sind. Das gewählte Mittel ist aber nicht verhältnismäßig.

26 (aaa)

Die von der Beklagten verfolgten Ziele mögen legitim i.S.d.. § 10 Satz 1 AGG sein. So hat das Bundesverfassungsgericht die Vorgabe einer die Mobilität des wissenschaftlichen Personals sichernden Regelaltersgrenze für die Erstberufung, die beim Abschluss des Qualifikationswegs nicht überschritten sein sollte, als probates Mittel zur Verfolgung hochschulpolitischer Reformziele anerkannt (vgl. BVerfG 27. Juli 2004 - 2 BvF 2/02 - zu B IV der Gründe, BVerfGE 111, 226 [BVerfG 27.07.2004 - 2 BvF 2/02]). Auch stellen die Schaffung einer hochwertigen Lehre und die optimale Verteilung von Professorenstellen auf die Generationen legitime Ziele iSv. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG dar (EuGH 18. November 2010 - C-250/09 und C-268/09 - [Georgiev] Rn. 68, NZA 2011, 29 [EuGH 18.11.2010 - Rs. C-250/09; Rs. C-268/09]). Schließlich mag auch das Ziel, im objektiven Interesse der Nachwuchswissenschaftler Sackgassen in ihrer Erwerbsbiographie zu vermeiden, iSv. § 10 Satz 1 AGG legitim sein.

27 (bbb)

Das von der Beklagten gewählte Mittel - die Reduzierung der an sich 27 nach § 2 Abs. 1 WissZeitVG möglichen Befristungsdauer - ist zur Erreichung der Ziele weder erforderlich noch angemessen (*verhältnismäßig im engeren Sinn*). Zur Senkung des Erstberufungsalters von Professoren der Beklagten erscheint die Altersgrenze für befristete Verträge mit Habilitanden ohnehin ungeeignet, nimmt doch die Beklagte keine sog. Hausberufungen vor. Ferner ist sie aber auch deshalb unverhältnismäßig, weil die Habilitation nicht notwendig der Vorbereitung einer universitären Laufbahn dient. Nicht jeder Habilitand wird nach erfolgreicher Habilitation Professor. Nichts anderes gilt für das Interesse der Forschung und Lehre an der kontinuierlichen Fluktuation der Nachwuchswissenschaftler. Es wäre unverhältnismäßig, die Höchstdauer der Zeitbefristungen nach dem WissZeitVG im Hinblick auf das Lebensalter noch weiter zu reduzieren. Im Übrigen hängt - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat - das Ausmaß der Fluktuation im wissenschaftlichen Bereich der Universitäten und staatlichen Hochschulen nicht davon ab, wie alt die Bewerber zum Zeitpunkt der Beendigung ihres Beschäftigungsverhältnisses sind, sondern davon, wie lange sie auf den von ihnen besetzten Stellen verweilen. Dass sich die Verweildauer der Wissenschaftler auf den ohnehin nur befristet zu besetzenden Stellen in Abhängigkeit vom Lebensalter verkürzt oder verlängert, ist nicht ersichtlich. Auch zur Vermeidung beruflicher Sackgassen ist die an das Lebensalter anknüpfende Reduzierung der Befristungsdauer jedenfalls unangemessen, nimmt sie doch auch den Habilitanden, die keine universitäre Laufbahn im Auge haben, die Möglichkeit, sich im Rahmen eines nach dem WissZeitVG befristeten Arbeitsverhältnisses zu habilitieren.

28 3.

Das Landesarbeitsgericht hat frei von Rechtsfehlern angenommen, dass die unzulässige Benachteiligung des Klägers bei der Befristungsdauer gemäß § 7 Abs. 2 AGG zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede "an sich" führt. Das Arbeitsverhältnis des Klägers hat deshalb nicht etwa zu einem späteren Zeitpunkt, sondern - jedenfalls aufgrund der Befristungsabrede - überhaupt nicht geendet.

29 a)

§ 139 BGB ist auf das Verhältnis zwischen der Befristungsdauer und der Vereinbarung der Befristung nicht anwendbar. § 139 BGB setzt die Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts voraus. Der unwirksame Teil des Rechtsgeschäfts muss von dem wirksamen in dem Sinn trennbar sein, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil hätte vorgenommen werden können (*Palandt/Ellenberger BGB 70. Aufl. § 139 Rn. 10*). Dies ist hier nicht der Fall. Die Befristungsvereinbarung ist nur Teil eines Rechtsgeschäfts, nämlich des Arbeitsvertrags. Sie ist als einheitliche Klausel auch nicht teilbar. Es gibt keine Befristung ohne bestimmte Dauer (vgl. *[bei der unwirksamen Länge der Ausschlussklausel] BAG 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 - zu II 5 f der Gründe, BAGE 116, 66*).

30 b)



Weder im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung noch der Umdeutung nach § 140 BGB oder der Anwendung der Grundsätze zur "Anpassung nach oben" bei diskriminierender Vorenthaltung von Leistungen kann eine andere - längere - Befristungsdauer angenommen werden.

31 aa)

Durch die Unwirksamkeit der gesamten Befristungsvereinbarung entsteht keine Vertragslücke, die durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen ist. Die Beklagte hat deutlich zum Ausdruck gebracht, vor dem Hintergrund des Rektoratsbeschlusses zur Altersgrenze gerade die gewählte Befristungsdauer zu wünschen. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet aus, wenn eine der Vertragsparteien einen abschließenden Willen zum Ausdruck gebracht hat (*vgl. Palandt/Ellenberger BGB § 157 Rn. 3 m.w.N.*).

32 bb)

Der unwirksam bis zum 30. Juni 2008 befristete Vertrag kann nicht nach § 140 BGB in einen bis zu einem anderen Beendigungstermin befristeten Vertrag umgedeutet werden. § 140 BGB erfordert das Vorliegen eines nichtigen Rechtsgeschäfts, das den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht. Die nichtige Befristungsvereinbarung ist kein Rechtsgeschäft, sondern Teil eines solchen, nämlich des - gerade nicht nichtigen - Arbeitsvertrags.

33 cc)

Eine Aufrechterhaltung der vereinbarten Befristung mit verlängerter Befristungsdauer kommt auch nicht etwa vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zum Anspruch benachteiligter Arbeitnehmer auf "Anpassung nach oben" in Betracht. Ist eine - gesetzliche oder tarifliche - Regelung unwirksam, weil sie unter Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG einem Arbeitnehmer eine Leistung vorenthält oder kürzt, kann dieser einen Anspruch auf die Leistung haben (*vgl. BAG 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 -Rn. 35 f., BAGE 129, 93; 24. September 2003 - 10 AZR 675/02 - zu II 4 der Gründe, BAGE 108, 17*). Dies ist auf eine den Arbeitnehmer benachteiligende Befristungsdauer nicht übertragbar. Sie stellt keine einseitig gewährte Leistung des Arbeitgebers dar, sondern ist als Vereinbarung eine einheitliche belastende Regelung, die nicht in einen belastenden und einen begünstigenden Teil aufgespalten werden kann. Im Übrigen begegnete es erheblichen Bedenken, den ungerechtfertigt benachteiligten Arbeitnehmer mit der Unsicherheit zu belasten, welche Dauer seines Arbeitsvertrags die "richtige" ist. Dies gilt insbesondere wegen der von ihm nach § 17 Satz 1 TzBfG einzuhaltenden Klagefrist.

34 c)

Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht schließlich davon aus, dass der Annahme eines unbefristeten Fortbestands des Arbeitsverhältnisses bei diskriminierender Befristungsdauer § 15 Abs. 6 AGG nicht entgegensteht. § 15 Abs. 6 AGG schließt seinem Wortlaut nach einen gegen den Arbeitgeber gerichteten Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsverhältnisses oder auf Gewährung des beruflichen Aufstiegs aus. Der in dieser Regelung zum Ausdruck kommende Schutz der Privatautonomie gebietet nicht die entsprechende Anwendung des § 15 Abs. 6 AGG auf eine nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksame Befristungsabrede. Es fehlt an der erforderlichen Vergleichbarkeit der Interessenlage. § 15 Abs. 6 AGG trägt der grundrechtlich geschützten Auswahlfreiheit des Arbeitgebers Rechnung (*vgl. z.B. Adomeit/Mohr AGG § 15 Rn. 113*). Es ist wertungsmäßig ein Unterschied, ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, einen von ihm abgelehnten Arbeitnehmer einzustellen oder auf einer anderen (Beförderungs-)Position zu beschäftigen, oder ob er verpflichtet ist, einen Arbeitnehmer, den er aus eigener Willensentscheidung auf einer bestimmten Position eingestellt hat, weiterzubeschäftigen.

35 d)

Auch die Argumentation der Beklagten, der Kläger stünde bei der Annahme eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses letztlich aufgrund der Diskriminierung besser, als er ohne sie gestanden hätte,

vermag die Annahme eines zu einem späteren - nicht diskriminierenden - Zeitpunkt befristeten Arbeitsvertrags nicht zu rechtfertigen. § 7 Abs. 2 AGG begründet keinen Schadensersatzanspruch des benachteiligten Arbeitnehmers, sondern normiert als Rechtsfolge und Sanktion der diskriminierenden Vereinbarung deren Unwirksamkeit.

**36** B.

Die Klageanträge zu 2. und 4. sind dem Senat als echte, nur für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1. gestellte Hilfsanträge nicht zur Entscheidung angefallen. Auch über den zu 3. gestellten Weiterbeschäftigungsantrag war nicht zu befinden. Er ist inhaltlich auf die Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag gerichtet. Die Entscheidung des Senats über den Feststellungsantrag wird mit der Verkündung rechtskräftig.

**37** C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO . 37

---

Linsenmaier  
Gallner  
Schmidt  
M. Zwisler

Für den durch Ablauf der Amtszeit an der Unterschrift gehinderten Richter Güner. Linsenmaier

Der Senat hat die Legitimität der von dem beklagten Arbeitgeber für die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters vorgebrachten Ziele zu dessen Gunsten unterstellt. Jedenfalls war das gewählte Mittel - die an das Lebensalter des Arbeitnehmers anknüpfende Befristungsdauer - zur Erreichung der Ziele weder erforderlich noch angemessen.

Von Rechts wegen!

Verkündet am 6. April 2011

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.