

**AGG: Ältere Arbeitnehmer dürfen geschützt werden**

Nach dem AGG dürfen im Arbeitsleben Beschäftigte nicht wegen ihrer Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt werden. Regelt eine Dienstvereinbarung über Umsetzungen das Ziel, Arbeitnehmer vor möglicherweise altersbedingt steigenden Belastungen zu schützen, so stellt das ein legitimes sozialpolitisches Ziel dar, so das BAG. Zwar sei es zweifelhaft, ob Arbeitnehmer grds. mit zunehmendem Alter weniger flexibel seien. Allerdings sei es durch die Rechtsprechung anerkannt, dass die physische Belastbarkeit mit zunehmendem Alter abnimmt.

Quelle: Wolfgang Büser

**Geltung des Verbots von Altersdiskriminierung für Betriebs- und Dienstvereinbarungen; Schutz vor altersbedingt steigenden Belastungen als legitimes sozialpolitisches Ziel i.S.v. § 10 S. 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG); Voraussetzungen für die Bevorzugung älterer und Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer bei Um- bzw. Versetzung durch Punkteschema**

**Gericht:** BAG

**Entscheidungsform:** Urteil

**Datum:** 13.10.2009

**Referenz:** JurionRS 2009, 31301

**Aktenzeichen:** 9 AZR 722/08

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

LAG Berlin-Brandenburg - 12.06.2008 - AZ: 14 Sa 2187/07

**Rechtsgrundlagen:**

§ 1 AGG

§ 2 AGG

§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG

§ 6 AGG

§ 7 Abs. 2 AGG

§ 10 Abs. 1 AGG

§ 139 BGB

§ 315 BGB

§ 24b EStG

§ 1 Abs. 3 KSchG

§ 106 GewO

**Fundstellen:**

BAGE 132, 210 - 228

ArbR 2010, 118

ArbRB 2010, 71-72

AuA 2011, 56

AuR 2010, 224-225

AUR 2010, 224-225

BB 2010, 435

BB 2010, 1668-1671

DB 2010, 397-398

EBE/BAG 2010, 35-40

EzA-SD 4/2010, 3-6

FA 2010, 111

FA 2010, 154

GWR 2010, 100

JR 2010, 506

MDR 2010, 579

NZA 2010, 327-333

PersV 2010, 425

RdW 2010, 313-315

RiA 2010, 151

ZAP EN-Nr. 0/2010

ZAP EN-Nr. 231/2010

ZBVR online 2010, 2-6 (Volltext mit red. LS u. Anm.)

ZfPR online 2010, 15-19 (Volltext mit red. LS u. Anm.)

---

**BAG, 13.10.2009 - 9 AZR 722/08****Orientierungssatz:**

1. Die Diskriminierungsverbote des AGG ( §§ 1 bis 10 AGG ) sind auch von Betriebs- und Dienstvereinbarungen zu beachten. Die Unwirksamkeitsfolge des § 7 Abs. 2 AGG gilt für Vereinbarungen aller Art und damit auch für Betriebs- und Dienstvereinbarungen.

2. Die Regelung in einer Dienstvereinbarung, wonach an Arbeitnehmer mit steigendem Lebensalter mehr Punkte (Punkteschema) vergeben werden und die zugleich die Arbeitnehmer mit der geringsten Punktzahl zur Umsetzung/Versetzung vorsieht, stellt eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung iSv. § 1 AGG dar. Ein solches Punkteschema bevorzugt ältere und benachteiligt jüngere Arbeitnehmer. Denn mit an das steigende Lebensalter anknüpfender höherer Punktzahl verringert sich die Wahrscheinlichkeit, umgesetzt zu werden. Es handelt sich deshalb um eine unmittelbare Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG .

3. Eine solche unterschiedliche Behandlung kann durch ein legitimes Ziel gemäß § 10 Satz 1 AGG gerechtfertigt sein. Verfolgt eine Dienstvereinbarung über Umsetzungen das Ziel, Arbeitnehmer vor möglicherweise altersbedingt steigenden Belastungen zu schützen, stellt dies ein legitimes sozialpolitisches Ziel dar. Auf diese Weise kann das Risiko vermindert werden, dass durch die neue Arbeitssituation eine gesundheitliche Beeinträchtigung entsteht.

4. Die Ungleichbehandlung wegen des Alters ist nach § 10 Satz 1 AGG nur zulässig, wenn sie objektiv gerechtfertigt und angemessen ist. Objektiv gerechtfertigt ist sie dann, wenn Arbeitnehmer mit zunehmendem Alter hinsichtlich Umsetzungen schutzbedürftiger sind als jüngere Arbeitnehmer. Das verlangt die Prüfung, ob das verfolgte Interesse auf tatsächlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruht oder die Ungleichbehandlung nur aufgrund von bloßen Vermutungen oder subjektiven Einschätzungen vorgenommen wird. Aus § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG lässt sich nicht der Erfahrungssatz herleiten, mit zunehmendem Alter nehme typischerweise die Flexibilität ab. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG soll ältere Arbeitnehmer deshalb besser schützen, weil sie wegen ihres Alters typischerweise schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben. Ob ein Erfahrungssatz besteht, dass es Arbeitnehmern mit zunehmendem Alter regelmäßig schwerer fällt, unter veränderten Umständen aufgrund einer Versetzung zu arbeiten, ist zweifelhaft. In der Rechtsprechung ist lediglich anerkannt, dass die physische Belastbarkeit mit zunehmendem Alter abnimmt. Es sind weder ausschließlich positive Aussagen über die physische Leistungsfähigkeit junger Arbeitnehmer gerechtfertigt, noch sind rein negativ verallgemeinernde Aussagen über das Nachlassen dieser Leistungsfähigkeit mit zunehmendem Alter zutreffend.

#### **Amtlicher Leitsatz:**

1. Die Unwirksamkeitsfolge des § 7 Abs. 2 AGG gilt für Vereinbarungen aller Art und damit auch für Betriebs- und Dienstvereinbarungen.
2. Verfolgt eine Dienstvereinbarung über Umsetzungen das Ziel, Arbeitnehmer vor möglicherweise altersbedingt steigenden Belastungen zu schützen, stellt dies ein legitimes sozialpolitisches Ziel iSv. § 10 Satz 1 AGG dar.
3. Es ist zweifelhaft, ob ein Erfahrungssatz besteht, wonach es Arbeitnehmern mit zunehmendem Alter wegen sinkender Flexibilität regelmäßig schwerer fällt, nach Versetzung unter veränderten Umständen zu arbeiten. In der Rechtsprechung ist lediglich anerkannt, dass die physische Belastbarkeit mit zunehmendem Alter abnimmt.

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsklagendes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Oktober 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Reinfelder sowie die ehrenamtlichen Richter Preuß und Pfelzer für Recht erkannt:

#### **Tenor:**

Auf die Revision des Klägers wird des Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 12. Juni 2008 - 14 Sa 2187/07 - aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über

die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

## **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Umsetzung des Klägers.
- 2 Der 1964 geborene Kläger ist seit 1994 beim beklagten Land als Sozialarbeiter beschäftigt. Er ist Vater einer 2003 geborenen Tochter und seit November 2006 geschieden. Die geschiedene Ehefrau bewohnt eine eigene Wohnung. Die Ausübung des elterlichen Sorgerechts haben der Kläger und seine geschiedene Ehefrau so geregelt, dass sich die Tochter jeweils eine halbe Woche bei dem Kläger und eine halbe Woche bei seiner geschiedenen Ehefrau aufhält. Aufgrund eines berufsbegleitenden Studiums der Mutter hielt sich das Kind seit 2006 tatsächlich überwiegend beim Kläger auf. Bestandteil der Regelung zwischen den geschiedenen Eheleuten ist auch, dass das Kind jeweils mit Hauptwohnsitz abwechselnd bei seiner Mutter bzw. seinem Vater angemeldet wird. Seit November 2006 ist die Tochter mit ihrem Hauptwohnsitz bei dem Kläger gemeldet.
- 3 Der Kläger, der Ersatzmitglied des Personalrats ist, war bis zum 13. November 2006 als Sozialarbeiter an der C-Oberschule, einer Gesamtschule im gebundenen Ganztagsbetrieb, mit einer vollen Stelle tätig. Im Schuljahr 2006/2007 wurden an dieser Schule 1.047 Schüler und Schülerinnen unterrichtet. Neben dem Kläger waren im November 2006 an der C-Oberschule zumindest drei weitere Sozialarbeiter bzw. Sozialarbeiterinnen mit vollen Stellen und eine Sozialarbeiterin mit einer halben Stelle eingesetzt.
- 4 Das beklagte Land, der bei der zuständigen Senatsverwaltung gebildete Gesamtpersonalrat und der Personalrat der Dienstkräfte an zentral verwalteten Schulen schlossen die Dienstvereinbarung "Regelung der Umsetzung von Lehrkräften und dem weiteren pädagogischen Personal wegen vorhandener Personalungleichgewichte (DV Umsetzungen) vom 01. Oktober 2006" (im Folgenden DV Umsetzungen). Dort ist auszugsweise bestimmt:

### "1. Grundsätze

1.1 Personalausgleichsmaßnahmen (Umsetzungen) dienen ausschließlich dazu, alle B Schulen gleichmäßig mit den erforderlichen Lehrkräften und dem weiteren pädagogischen Personal auszustatten, die Schulprofile zu erhalten und die pädagogische und organisatorische Arbeit an den Schulen sicherzustellen.

Für die Innovation und Weiterentwicklung der Schulen ist es förderlich, wenn Beschäftigte ihre bisherigen Erfahrungen aus anderen Schulen einbringen. Die Tätigkeit an unterschiedlichen Schulen ist zu begrüßen. Betroffene Beschäftigte sollen Umsetzungen auch als Chance zur Erweiterung der beruflichen Erfahrungen nutzen.

1.2 Personalungleichgewichte können zwischen Schulen in einer Region und regionsübergreifend auftreten.

...

1.3 Bei allen Personalausgleichsmaßnahmen ist die auf der Grundlage der jeweiligen Organisationsrichtlinien festgelegte Ausstattung der Schulen nach Abzug von Langzeiterkrankten, in Mutterschutz befindlichen Beschäftigten und erwarteten Personalausritten (zwei Monate nach Umsetzungstermin) zugrunde zu legen.

### 2. Auswahlbereich

Die Zuordnung von Beschäftigten zu Personalausgleichsmaßnahmen wird in der Regel innerhalb einer Schule vorgenommen. ...

### 3. Auswahlgruppe

Bei der Auswahl sind alle Beschäftigten vergleichbarer Arbeitsgebiete einzubeziehen.

Vergleichbare Beschäftigte sind unabhängig von ihrem Beschäftigungsumfang

...

Weiteres pädagogisches Personal

...

### 4. Ausnahmen von der Zuordnung zu einer Auswahlgruppe

Von der Zuordnung zu einer Auswahlgruppe sind grundsätzlich ausgenommen

Schwerbehinderte Beschäftigte und Gleichgestellte, wenn der Wechsel zu einer Belastung der ihrer Behinderung zugrunde liegenden Beeinträchtigung führen würde

...

Mitglieder der Personal- und Schwerbehindertenvertretungen

...

### 5. Verfahren

...

5.5 Eine notwendige Auswahl findet unter Anwendung folgender Auswahlkriterien statt:

#### a) Lebensalter

Bis zu 30 Jahren	=	0 Punkte
Für jedes weitere Jahr	=	1 Punkt
Maximal	=	35 Punkte

#### b) Kinder im eigenen Haushalt

Bis zum vollendeten 12. Lebensjahr pro Kind	=	10 Punkte
Vom 13. bis zum 18. Lebensjahr pro Kind	=	5 Punkte
Alleinerziehende mit einem Kind oder mehreren Kindern, das/die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat/haben, insgesamt	=	10 Punkte
Maximal	=	35 Punkte

#### c) Pflegebedürftige Angehörige

mit nachgewiesener Pflegebedürftigkeit = 12 Punkte

Die Beschäftigten mit der geringsten Punktezahl werden zur Umsetzung vorgesehen. Soll davon abgewichen werden, kann die Paritätische Kommission den Vorgang erneut beraten.

Die abschließende Entscheidung trifft die/der Dienststellenleiter/in und stellt das Benehmen zu den beabsichtigten Umsetzungen mit den beteiligten Schulleiterinnen und Schulleitern her.

...

## 6. Inkrafttreten/Geltungsdauer

Diese Dienstvereinbarung gilt für Personalausgleichsmaßnahmen im Zeitraum 01. Oktober 2006 bis 31. Dezember 2009.

..."

- 5 Das beklagte Land regelte in den "Richtlinien für die Ausstattung der öffentlichen allgemein bildenden Schulen und Internate mit Stellen für Erzieher/innen und Sozialarbeiter/innen im Schuljahr 2006/2007" vom 10. November 2006 (im Folgenden Richtlinien) ua. die Anzahl der mit Erzieherinnen und Erziehern bzw. Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern zu besetzenden Stellen. Für den genehmigten Ganztagsbetrieb an Gesamtschulen bei gebundener Form werden danach 0,5 Stellen pro 50 Schüler/innen bei Schulen bis 300 und eine Stelle pro 100 Schüler/innen bei Schulen ab 300 Schüler/innen bereitgestellt. Dabei werden zunächst Erzieherstellen zugewiesen und erst jede dritte Stelle wird - sofern dies im Rahmen der stellenwirtschaftlichen Möglichkeiten liegt - als Sozialarbeiterstelle zugemessen (Ziff. 3.1.1 Richtlinien).
- 6 Am 20. Oktober 2006 füllte der Kläger auf Veranlassung des beklagten Landes einen Prüfbogen zur DV Umsetzungen aus. Ebenso füllten vier weitere Sozialarbeiter/innen der C-Oberschule entsprechende Prüfbögen aus. Das beklagte Land korrigierte die vom Kläger in seinem Prüfbogen errechnete Punktzahl von 32 auf 17 Punkte und vergab zwölf Punkte für das Lebensalter sowie fünf Punkte für das im eigenen Haushalt lebende Kind. Drei der anderen Sozialarbeiter/innen erhielten 25, 26 bzw. 28 Punkte allein aufgrund des Umstands, dass sie das 55., 56. bzw. 58. Lebensjahr vollendet hatten. Ein/e Sozialarbeiter/in erzielte eine Punktzahl von 36 Punkten.
- 7 Das beklagte Land teilte dem Kläger unter der Überschrift "Ihre Umsetzung zum Ausgleich von Personalungleichgewichten" mit Schreiben vom 9. November 2006 mit, es bestehe an der C-Oberschule ein "Personalungleichgewicht zwischen Sozialarbeiterinnen/Sozialarbeitern und Erzieherinnen", weshalb die Umsetzung von zwei Sozialarbeiterinnen/Sozialarbeitern an andere Schulen erforderlich sei. Die Maßnahme greife mit Wirkung vom 13. November 2006. Die Gesamtauswertung habe ergeben, dass der Kläger im Auswahlbereich der Sozialarbeiter die Dienstkraft mit der niedrigsten Punktzahl sei. Er wurde gebeten, den Dienst am 13. November 2006 in der H-Schule (Gesamtschule) aufzunehmen. In dem Schreiben vom 5. Dezember 2006 wird dem Kläger gegenüber geäußert, er werde aus zwingenden dienstlichen Gründen mit Wirkung vom 13. November 2006 mit voller Wochenstundenzahl an die H-Schule umgesetzt. Der Kläger hatte am 13. November 2006 den Dienst dort bereits aufgenommen. An der H-Schule, einer Schule mit 485 Schülern, war zu diesem Zeitpunkt kein weiterer Sozialarbeiter tätig. Bei allen Gesamtschulen in Berlin handelt es sich um Gesamtschulen für den Ganztagsbetrieb in gebundener Form. Sowohl die C-Oberschule als auch die H-Schule liegen in der Region F, für beide Schulen ist derselbe Personalrat zuständig.
- 8 Zu Beginn des Jahres 2007 verließ die Sozialarbeiterin, die an der C-Oberschule mit einer halben Stelle beschäftigt war, diese Schule. Es verblieben an der C-Oberschule drei auf vollen Stellen beschäftigte Sozialarbeiterinnen/Sozialarbeiter, die nach Auswertung der Prüfbögen zur DV Umsetzungen allein aufgrund ihres Lebensalters mindestens 25 Punkte erhalten hatten.
- 9 Der Kläger hat die Ansicht vertreten, er sei alleinerziehend iSd. DV Umsetzungen. Daher stünden ihm für die Betreuung der Tochter insgesamt 20 Punkte zu. Ferner sei er allein aufgrund seines Lebensalters gegenüber den Kollegen/Kolleginnen benachteiligt worden, die wegen ihres Alters 25, 26 und 28 Punkte erhielten. Ein legitimes Ziel, welches die Ungleichbehandlung wegen des Alters rechtfertige, bestehe nicht. Gesicherte Erkenntnisse, dass ältere Arbeitnehmer durch Umsetzungen stärker betroffen würden, gebe es nicht. Daher stelle die Umsetzung eine nicht gerechtfertigte unmittelbare Benachteiligung gemäß §§ 1 , 3 Abs. 1 Satz 1 AGG dar.

- 10** Der Kläger hat beantragt festzustellen, dass die Umsetzung des Klägers von der C-Oberschule an die H-Schule rechtsunwirksam ist.
- 11** Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat behauptet, im November 2006 sei nicht bekannt gewesen, dass eine Sozialarbeiterin mit einer halben Stelle Anfang 2007 die C-Oberschule verlassen würde. Frau W, die unstreitig die C-Oberschule freiwillig im November 2006 verlassen hatte, sei nicht zu den Sozialarbeiterinnen zu zählen, da sie als Erzieherin eingestellt worden sei. Das beklagte Land hat die Ansicht vertreten, die Berücksichtigung des Lebensalters bei der Auswahl nach der DV Umsetzungen sei durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt, weil ab einem gewissen Alter eine Umsetzung des Arbeitnehmers mangels entsprechender Leistungsfähigkeit und seitens des Arbeitgebers wegen längerer Einarbeitungszeit nicht sinnvoll sei. Die DV Umsetzungen sehe neben dem Lebensalter weitere Bewertungskriterien vor und ermögliche auch die Berücksichtigung individueller Gesichtspunkte.
- 12** Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage auf die Berufung des beklagten Landes abgewiesen. Mit der von dem Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter.

### **Entscheidungsgründe**

- 13** Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht ( § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO ). Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die Klage nicht abgewiesen werden. Wegen fehlender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann der Senat nicht abschließend darüber entscheiden, ob die Umsetzung unwirksam ist.
- 14** A. Die Klage ist zulässig.
- 15** I. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Zwar können nach § 256 Abs. 1 ZPO nur Rechtsverhältnisse Gegenstand einer Feststellungsklage sein, nicht bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses. Eine Feststellungsklage muss sich jedoch nicht notwendig auf das Rechtsverhältnis als Ganzes erstrecken. Sie kann sich auch auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (st. Rspr., vgl. Senat 21. Juli 2009 - 9 AZR 279/08 - Rn. 18; 13. März 2007 - 9 AZR 417/06 - Rn. 24, NZA-RR 2007, 549, jeweils mwN). Dies ist der Fall, wenn über die Wirksamkeit einer vom Arbeitgeber unter Berufung auf sein Direktionsrecht getroffenen Maßnahme, zB eine Versetzung oder Umsetzung, gestritten wird (st. Rspr. Senat 13. März 2007 - 9 AZR 417/06 - Rn. 25 mwN zu einer Versetzung, aaO.; BAG 30. August 1995 - 1 AZR 47/95 - zu I der Gründe, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 44 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 14 zu einer Umsetzung). Das beklagte Land hat den Kläger unter Berufung auf sein Direktionsrecht an eine andere Schule umgesetzt.
- 16** II. Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Da das beklagte Land weiterhin an der Wirksamkeit der von ihm getroffenen Maßnahme festhält, hat der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Klärung, ob er verpflichtet ist, seine Arbeitsleistungen an der H-Schule zu erbringen.
- 17** B. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob das beklagte Land den Kläger wirksam zur H-Schule umgesetzt hat. Hierzu bedarf es weiterer Feststellungen des Landesarbeitsgerichts.
- 18** I. Nach § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den

Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Das auf dem Arbeitsvertrag beruhende Weisungsrecht des Arbeitgebers ist wesentlicher Bestandteil eines jeden Arbeitsverhältnisses. Es ermöglicht dem Arbeitgeber, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht im Einzelnen nach Zeit, Art und Ort zu bestimmen (vgl. Senat 11. April 2006 - 9 AZR 557/05 - Rn. 16, BAGE 118, 22; BAG 23. Juni 1993 - 5 AZR 337/92 - zu I 3 der Gründe, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 42 = EzA BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 13). Durch die Ausübung des Weisungsrechts konkretisiert der Arbeitgeber die Pflicht zur Arbeitsleistung hinsichtlich Art der Tätigkeit, Ort und Zeit und füllt den arbeitsvertraglichen Rahmen aus (HWK/Lembke 3. Aufl. § 106 GewO Rn. 5). Bei der Ausübung des Weisungsrechts hat der Arbeitgeber die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen, das anzuwendende Kollektivarbeitsrecht und das Gesetz zu beachten. Insoweit kommt § 106 Satz 1 GewO nur klarstellende Bedeutung zu (vgl. ErfK/Preis 10. Aufl. § 106 GewO Rn. 4).

- 19** II. Das Direktionsrecht des beklagten Landes war nicht durch arbeitsvertragliche Regelungen beschränkt. Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ( § 559 Abs. 2 ZPO ) gab es zwischen den Parteien weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Vereinbarung über einen ausschließlichen Einsatz des Klägers an der C-Oberschule.
- 20** III. Das beklagte Land war grundsätzlich berechtigt, einen Sozialarbeiter von der C-Oberschule an die H-Schule umzusetzen.
- 21** 1. Die Umsetzung des Klägers diene dem Zweck nach Ziff. 1.1 DV Umsetzungen, B Schulen gleichmäßig mit pädagogischem Personal auszustatten. Dabei können Personalungleichgewichte zwischen Schulen einer Region ausgeglichen werden (vgl. Ziff. 1.2 DV Umsetzungen).
- 22** 2. Nach Ziff. 1.3 DV Umsetzungen ist bei allen Personalausgleichsmaßnahmen die auf der Grundlage der jeweiligen Organisationsrichtlinien festgelegte Ausstattung der Schulen zugrunde zu legen. Auf der Grundlage der Richtlinien errechnete sich ein Überhang von jedenfalls mindestens einem Sozialarbeiter mit einer vollen Stelle. An der H-Schule war kein Sozialarbeiter tätig, obwohl dort mindestens eine Stelle mit einem Sozialarbeiter zu besetzen war. Unter Berücksichtigung der Schülerzahl an der C-Oberschule waren nach Ziff. 3.1.1 Richtlinien an dieser Schule von den insgesamt zehn Stellen für Erzieher/Sozialarbeiter drei mit Sozialarbeitern zu besetzen. Tatsächlich waren mindestens viereinhalb Stellen mit Sozialarbeitern besetzt. Ob noch eine weitere Stelle mit einer Sozialarbeiterin oder ob diese Stelle mit einer Erzieherin besetzt war, kann dahinstehen. Dies hätte den Überhang nur vergrößert. Im Übrigen verließ die Stelleninhaberin nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die C-Oberschule, und zwar nach dem Vortrag des Klägers im November 2006. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausführt, ist unerheblich, ob dem beklagten Land bereits im Zeitpunkt der Umsetzungsentscheidung bekannt gewesen war, dass eine der Sozialarbeiterinnen, nämlich diejenige, die auf der halben Stelle eingesetzt war, im Januar 2007 die C-Oberschule verlassen würde. Denn auch unter Berücksichtigung dieses Wechsels verblieb an der C-Oberschule ein Überhang von einem Sozialarbeiter, während an der H-Schule im November 2006 kein Sozialarbeiter tätig war. Nach den Bestimmungen in Ziff. 3.1.1 Richtlinien bestand unter Berücksichtigung der Schülerzahl von 485 an dieser Schule ein Bedarf für einen Sozialarbeiter. Nach dem nicht bestrittenen Vortrag des beklagten Landes findet an allen Gesamtschulen der Ganztagsbetrieb in gebundener Form statt, so dass an der H-Schule ein Bedarf für insgesamt vier Erzieher-/Sozialarbeiterstellen bestand, von der eine mit einem Sozialarbeiter zu besetzen war.
- 23** IV. An der C-Oberschule waren mehrere Sozialarbeiter/Sozialarbeiterinnen tätig. Das beklagte Land hatte deshalb nach den Ziff. 2 bis 5 DV Umsetzungen eine Auswahlentscheidung zu treffen.
- 24** Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die von dem beklagten Land getroffene Entscheidung habe den Vorgaben der DV Umsetzungen entsprochen. Die Umsetzung sei nicht gemäß §§ 1 , 7 Abs. 1 AGG , § 134 BGB unwirksam. Die Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer durch die Punktetabelle in Ziff. 5.5 Abs. 1 Buchst. a DV Umsetzungen sei nach § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG zulässig. Ein Arbeitsplatzwechsel bereite älteren Beschäftigten erfahrungsgemäß wesentlich mehr



Schwierigkeiten als jüngeren Arbeitnehmern.

- 25** Das hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.
- 26** 1. Das beklagte Land hat zutreffend die Auswahl unter den an der C-Oberschule beschäftigten Sozialarbeiterinnen/Sozialarbeitern vorgenommen. Nach Ziff. 2 DV Umsetzungen wird der Auswahlbereich in der Regel innerhalb einer Schule vorgenommen. An der C-Oberschule bestand gerade im Bereich der Sozialarbeiter ein Personalüberhang (Ziff. 3 DV Umsetzungen).
- 27** 2. Der Kläger war nicht gemäß Ziff. 4 DV Umsetzungen von der Zuordnung zu einer Auswahlgruppe ausgenommen. Er war lediglich Ersatzmitglied und damit nicht Mitglied der Personalvertretung. Er hat auch nicht geltend gemacht, dass er entsprechend den Bestimmungen in § 28 Personalvertretungsgesetz Berlin für ein ausscheidendes oder verhandeltes Personalratsmitglied nachgerückt ist.
- 28** 3. Es kann dahingestellt bleiben, ob gemäß Ziff. 4 DV Umsetzungen auch dann eine Ausnahme von der Zuordnung zu der Auswahlgruppe zu erfolgen hat, wenn sich durch eine Umsetzung der für den Kläger zuständige Personalrat ändern würde. Denn nach dem vom Kläger nicht bestrittenen Vortrag des beklagten Landes ist derselbe Personalrat sowohl für die C-Oberschule als auch für die H-Schule zuständig.
- 29** 4. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Kläger nach den Bestimmungen in Ziff. 5.5 Abs. 1 DV Umsetzungen lediglich 22 Punkte erzielte. Die anderen verbliebenen Sozialarbeiter/Sozialarbeiterinnen erhielten aufgrund ihres Lebensalters 25, 26 bzw. 28 Punkte. Der Kläger war damit bei Anwendung der Punktetabelle der Beschäftigte mit der geringsten Punktzahl und deshalb gemäß Ziff. 5.5 Abs. 2 DV Umsetzungen grundsätzlich zur Umsetzung auszuwählen.
- 30** a) Für sein Lebensalter standen dem 1964 geborenen Kläger rechnerisch zwölf Punkte zu.
- 31** b) Dem Kläger standen ferner zehn weitere Punkte für seine im eigenen Haushalt lebende Tochter, die das 12. Lebensjahr nicht vollendet hatte, zu. Dagegen erfüllte er entgegen seiner Auffassung nicht das Merkmal "alleinerziehend mit einem Kind oder mehreren Kindern", für das zusätzlich zehn Punkte vergeben werden. Dies folgt aus der Auslegung der Dienstvereinbarung.
- 32** aa) Die Auslegung von Dienst- und Betriebsvereinbarungen richtet sich wegen des normativen Charakters nach den Grundsätzen der Gesetzesauslegung. Auszugehen ist dementsprechend zunächst vom Wortlaut und dem durch ihn vermittelten Wortsinn. Darüber hinaus kommt es auf den Gesamtzusammenhang und die Systematik der Bestimmungen an. Von besonderer Bedeutung sind ferner Sinn und Zweck der Regelung. Der tatsächliche Wille der Betriebs- oder Dienstparteien ist zu berücksichtigen, soweit er in dem Regelwerk seinen Niederschlag gefunden hat. Im Zweifel gebührt derjenigen Auslegung der Vorzug, die zu einem sachgerechten, zweckorientierten, praktisch brauchbaren und gesetzeskonformen Verständnis der Regelung führt ( BAG 20. Januar 2009 - 1 ABR 78/07 - Rn. 33, AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 44 = EzA ZPO 2002 § 547 Nr. 2; 11. Dezember 2007 - 1 AZR 824/06 - Rn. 32, EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 21).
- 33** bb) Wie das Landesarbeitsgericht zu Recht erkannt hat, sind dem Kläger für seine im eigenen Haushalt aufgenommene Tochter zehn und nicht nur, wie das beklagte Land meint, fünf Punkte zuzuerkennen.
- 34** Ein Kind befindet sich auch dann im eigenen Haushalt des Arbeitnehmers, wenn es sich lediglich während der halben Woche oder jeweils an fünf Tagen in der Woche in seinem Haushalt aufhält. Ziff. 5.5 DV Umsetzungen verlangt nicht, dass das Kind ausschließlich im eigenen Haushalt des Arbeitnehmers lebt. Da eine Aufnahme in den eigenen Haushalt bereits dann anzunehmen ist, wenn das Kind in ein Betreuungs- und Erziehungsverhältnis aufgenommen und es neben dem örtlich gebundenen Zusammenleben in materieller Art versorgt und in immaterieller Art betreut wird (vgl. BFH 23. März 2005 - III R 91/03 - zu II 1 a der Gründe, BFHE 209, 338 zur Definition einer

Haushaltsaufnahme iSd. § 64 Abs. 2 Satz 1 EStG ), kann ein Kind auch in mehrere Haushalte aufgenommen werden.

- 35** cc) Der Kläger ist entgegen seiner Auffassung allerdings nicht "Alleinerziehender" iSd. der DV Umsetzungen. Er hat deshalb keinen Anspruch auf zehn weitere Punkte.
- 36** (1) Als alleinerziehend wird eine Person, in der Regel ein Elternteil, bezeichnet, die das minderjährige Kind allein betreut und erzieht. Es handelt sich dabei um eine Person, die nicht mit einem anderen Erwachsenen, jedoch mit einem oder mehreren minderjährigen Kindern in einer Haushaltsgemeinschaft zusammenlebt, wobei das Kind nur eine unmittelbare Bezugsperson, nämlich die mit ihm bzw. ihnen zusammenlebende Person hat. Mit dem anderen Elternteil gibt es allenfalls Besuchskontakte. Bereits durch den Wortbestandteil "allein" in "Alleinerziehende" wird zum Ausdruck gebracht, dass es nicht genügt, wenn das Kind zeitlich überwiegend im Haushalt einer erwachsenen Person lebt und während dieser Zeit nur von dieser Person erzogen und betreut wird. Es darf keine weitere erwachsene Person, die das Kind ebenfalls betreut oder erzieht, vorhanden sein. Denn von einer "Alleinerziehung" kann nicht mehr gesprochen werden, wenn eine andere Bezugsperson während der übrigen Zeit das Kind erzieht und betreut.
- 37** (2) Auch nach Sinn und Zweck der DV Umsetzungen kann nicht angenommen werden, dass solche Arbeitnehmer "alleinerziehend" sind, die zwar tatsächlich zeitlich überwiegend ein Kind in ihrem eigenen Haushalt erziehen und betreuen, das Kind aber während der übrigen Zeit bei einer anderen Bezugsperson lebt. Der Umstand der "Alleinerziehung" wird in der DV Umsetzungen als Belastungsfaktor gewertet. Existiert eine weitere Bezugsperson ist die Belastung im Regelfall geringer. Denn in diesem Fall kann bei der Erziehung und Betreuung auf die Hilfe der anderen Bezugsperson zurückgegriffen werden. Der Arbeitnehmer hat auch anders als ein Alleinerziehender die Möglichkeit, in der Zeit, in der das Kind sich bei der anderen Bezugsperson aufhält, seinen Alltag frei von den alltäglichen Betreuungs- und Erziehungspflichten einzurichten.
- 38** (3) Insbesondere dann, wenn zwischen den Eltern die Absprache besteht, dass sich das Kind jeweils eine halbe Woche bei dem Vater und eine halbe Woche bei der Mutter aufhält und das Kind lediglich rein tatsächlich zeitlich überwiegend bei dem einen Elternteil wohnt, kann das Merkmal "alleinerziehend" iSd. DV Umsetzungen nicht angenommen werden. Jeder Elternteil hat das Recht, von dem anderen die Einhaltung der Absprache einzuhalten und kann auf diese Weise erreichen, dass er gerade zeitlich nicht überwiegend das Kind zu erziehen und zu betreuen hat.
- 39** (4) Der Kläger ist nach diesen Grundsätzen nicht alleinerziehend. Das Kind lebte auch im Jahr 2006 nicht ausschließlich in seinem Haushalt und hatte während des gesamten Jahres 2006 in seiner Mutter eine weitere Bezugsperson, die ebenfalls für die Erziehung und Betreuung in den Zeiten sorgte, in denen sich das Kind bei ihr aufhielt. Im Übrigen bestand ein gemeinsames Sorgerecht und die Absprache mit der geschiedenen Ehefrau, dass sich die Tochter jeweils eine halbe Woche bei dem Vater und eine halbe Woche bei der Mutter aufhält. Diese Umstände schließen nach den obigen Ausführungen die Annahme des Merkmals "alleinerziehend" aus.
- 40** (5) Ein Rückgriff auf die Bestimmung in § 24b EStG ist nicht möglich. Danach sind Steuerpflichtige "alleinstehend", wenn zu ihrem Haushalt mindestens ein Kind gehört, für das ihnen ein Freibetrag nach § 32 Abs. 6 EStG oder Kindergeld zusteht. Die DV Umsetzungen nimmt keinen Bezug auf die steuerrechtlichen Vorschriften. § 24b EStG enthält auch keine allgemeingültige, außerhalb des Steuerrechts geltende Definition des Begriffs "Alleinerziehende". Dieser Begriff wird im Übrigen lediglich in der Überschrift des § 24b EStG verwandt, aber nicht mehr in den Absätzen des § 24b EStG . Dort wird vielmehr von "alleinstehenden Steuerpflichtigen" gesprochen. Der Entlastungsbetrag soll die typischerweise höheren Lebenshaltungskosten alleinstehender Steuerpflichtiger berücksichtigen, die einen gemeinsamen Haushalt nur mit ihren Kindern führen (Schmidt/Loschelder EStG 28. Aufl. § 24b Rn. 1). Zweck des § 24b EStG ist demnach, eine steuerliche, also finanzielle Entlastung für alleinstehende Personen zu gewähren, wobei allerdings diese Entlastung nicht voraussetzt, dass der Steuerpflichtige das Kind allein erzieht. Dieser Zweck ist nicht mit dem durch die DV Umsetzungen verfolgten Zweck zu vergleichen. Durch die in der DV

Umsetzungen genannten Kriterien soll ermittelt werden, welche Person durch eine Umsetzung an eine andere Schule am wenigsten belastet wird. Dabei benennt die DV Umsetzungen besonders schützenswerte Personengruppen und besondere Merkmale, die als bereits vorhandene Belastungsfaktoren angesehen werden. Das zeigt die Regelung für Schwerbehinderte und Gleichgestellte. Sie sind nach Ziff. 4 DV Umsetzungen von der Zuordnung zu einer Auswahlgruppe ausgenommen, wenn der Wechsel zu einer Belastung der ihrer Behinderung zugrunde liegenden Beeinträchtigung führen würde. Damit wird deutlich, dass die DV Umsetzungen auch den Umstand, dass ein Arbeitnehmer ständig sein Kind allein erziehen und betreuen muss, als zusätzlich belastenden Faktor bewertet haben.

- 41** V. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann aufgrund der bisherigen Feststellungen nicht geprüft werden, ob die Umsetzung wegen unzulässiger Benachteiligung im Sinne der §§ 1, 7 AGG unwirksam ist. Dabei ist nicht die konkrete Umsetzungsentscheidung des beklagten Landes auf eine unzulässige Benachteiligung nach dem AGG zu prüfen, sondern die DV Umsetzungen als kollektivrechtliche Grundlage der Auswahlentscheidung.
- 42** 1. Das beklagte Land traf keine eigene Auswahlentscheidung nach § 315 BGB, sondern wandte lediglich die DV Umsetzungen an. Es errechnete auf der Grundlage der nach der DV Umsetzungen maßgeblichen Sozialdaten die Punkte gemäß Ziff. 5.5 DV Umsetzungen und ermittelte den Kläger wegen der geringsten Gesamtpunktzahl als umzusetzenden Sozialarbeiter. Es kommt deshalb darauf an, ob das Punkteschema der DV Umsetzungen gegen das Verbot der Altersdiskriminierung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 iVm. §§ 1, 10 AGG verstößt und deshalb nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam ist. Nur dann war das beklagte Land berechtigt, von einer eigenen Auswahlentscheidung nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB abzusehen.
- 43** 2. Das AGG findet auf den Streitfall Anwendung.
- 44** a) Mit dem Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Umsetzungsgesetz) vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) ist am 18. August 2006 das AGG in Kraft getreten. Für Benachteiligungen wegen des Alters, die zeitlich nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes liegen, gelten die §§ 1 bis 18 AGG ohne Einschränkung (§ 33 AGG) (BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 25, EzA AGG § 15 Nr. 1; Suckow in Schleusener/Suckow/Voigt AGG 2. Aufl. § 33 Rn. 3). Die DV Umsetzungen wurde am 1. Oktober 2006 und damit nach Inkrafttreten des AGG erlassen.
- 45** b) Die Parteien unterfallen dem persönlichen Anwendungsbereich des AGG. Der Kläger ist als Arbeitnehmer Beschäftigter im Sinne des AGG (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG). Das beklagte Land ist Arbeitgeber im Sinne des AGG. Es beschäftigt Arbeitnehmer (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AGG).
- 46** 3. Die Diskriminierungsverbote des AGG (§§ 1 bis 10 AGG) sind von Betriebsvereinbarungen und Dienstvereinbarungen zu beachten. Die Unwirksamkeitsfolge des § 7 Abs. 2 AGG gilt für Vereinbarungen aller Art und damit auch für Betriebs- und Dienstvereinbarungen (vgl. ErfK/Schlachter § 7 AGG Rn. 3; Meinel/Heyn/Herms AGG § 7 Rn. 51).
- 47** 4. Ziff. 5.5 Abs. 1 Buchst. a DV Umsetzungen benachteiligt jüngere Arbeitnehmer unmittelbar wegen ihres Lebensalters.
- 48** a) Die Berücksichtigung des Lebensalters im Punkteschema stellt eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung dar. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.
- 49** b) Bei dem Alter handelt es sich um einen in § 1 AGG genannten Grund, wobei unter Alter das Lebensalter zu verstehen ist. Dies folgt aus dem gesetzlichen Wortlaut und auch aus der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/1780 S. 31; BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 36,

- 50** c) Da die weniger günstige Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgen muss, ist ein Kausalitätszusammenhang erforderlich. Dieser ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an einen in § 1 AGG genannten oder mehrere in § 1 AGG genannte Gründe anknüpft oder dadurch motiviert ist (BT-Drucks. 16/1780 S. 32). Ausreichend ist ferner, dass ein in § 1 AGG genannter Grund Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat ( BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 37; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt § 3 Rn. 11; Meinel/Heyn/Herms § 3 Rn. 7; HK-AGG/Schrader/Schubert 2. Aufl. § 3 Rn. 37).
- 51** Das ist hier gegeben. Die in Ziff. 5.5 Abs. 1 Buchst. a DV Umsetzungen geregelte Vergabe von Punkten führt zu einer Bevorzugung älterer und damit zugleich Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer. Mit an das steigende Lebensalter anknüpfender höherer Punktzahl verringert sich die Wahrscheinlichkeit, umgesetzt zu werden. Nach Ziff. 5.5 Abs. 2 DV Umsetzungen sind bei einer Auswahlentscheidung die Beschäftigten mit der geringsten Punktzahl zur Umsetzung vorgesehen.
- 52** 5. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob die Berücksichtigung des steigenden Lebensalters in der DV Umsetzungen gemäß § 10 AGG zulässig ist. § 10 Satz 1 AGG lässt eine unterschiedliche Behandlung wegen des 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.
- 53** a) Die unterschiedliche Behandlung in der DV Umsetzungen ist durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt. Das folgt nicht schon aus § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG , sondern aus der Generalklausel des § 10 Satz 1 AGG .
- 54** aa) § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG ist vorliegend nicht anwendbar. Die Vorschrift begründet legitime Ziele zum Schutz älterer Beschäftigter. Dabei macht das Wort "insbesondere" deutlich, dass es sich nicht um einen abschließenden Katalog, sondern um Beispielfälle handelt ( BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 40, EzA AGG § 15 Nr. 1; Voigt in Schleusener/Suckow/Voigt § 10 Rn. 11; Meinel/Heyn/Herms § 10 Rn. 13; Kamanabrou RdA 2006, 321, 330). Nach § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG können zulässige unterschiedliche Behandlungen wegen des Alters ua. bei Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen vorgenommen werden, um den Schutz Jugendlicher, älterer Beschäftigter und Personen mit Fürsorgepflichten sicherzustellen. Entgegen der Ansicht der Revision handelt es sich bei Versetzungen bzw. Umsetzungen, die auf der Grundlage bestimmter Auswahlkriterien erfolgen, um Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen iSd. § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG . Unter solchen Bedingungen sind alle Umstände, aufgrund derer und unter denen die Arbeitsleistung zu erbringen ist, zu verstehen. Auch ein Vergleich mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG zeigt, dass zu den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen auch einseitige Maßnahmen wie Versetzungen gehören (vgl. auch BT-Drucks. 16/1780 S. 31, wonach die Aufzählung im 2. Halbsatz in § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG der Konkretisierung dient).
- 55** Die Anwendbarkeit dieser Regelung scheitert allerdings daran, dass ein Arbeitnehmer ab Vollendung des 31. Lebensjahres offensichtlich kein älterer Beschäftigter iSv. § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG ist.
- 56** bb) Die legitimen Ziele folgen aus § 10 Satz 1 AGG .
- 57** (1) Dort werden die legitimen Ziele, aufgrund derer eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters erfolgen kann, zwar nicht abschließend aufgezählt. Es ist aber nicht zu beanstanden, dass die Gründe für eine zulässige Ungleichbehandlung wegen des Alters nicht förmlich in einer ausdrücklichen besonderen Gesetzesvorschrift wiedergegeben werden. Auch aus Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG lässt sich nicht ableiten, dass eine nationale Regelung, die nicht die Ziele genau angibt, die nach dieser Bestimmung als rechtmäßig angesehen werden könnten, von einer Rechtfertigung nach dieser Bestimmung ohne Weiteres ausgeschlossen wäre. Fehlt es an einer solchen genauen Angabe, ist es allerdings wichtig, dass andere, aus dem allgemeinen Kontext der

Maßnahme abgeleitete Anhaltspunkte die Feststellung des hinter der Maßnahme stehenden Ziels ermöglichen, damit dessen Rechtmäßigkeit sowie die Angemessenheit und Erforderlichkeit der zu seiner Erreichung eingesetzten Mittel gerichtlich überprüft werden können ( EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 43, 44, 45, NZA 2009, 305; BAG 26. Mai 2009 - 1 AZR 198/08 - Rn. 37, AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 200 = EzA BetrVG 2001 § 112 Nr. 31). Letztlich ist es Sache des nationalen Gerichts zu prüfen, ob die fragliche Regelung einem solchen rechtmäßigen Ziel entspricht. Ferner hat das nationale Gericht zu überprüfen, ob der nationale Gesetz- und Verordnungsgeber angesichts des Wertungsspielraums, über den die Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik verfügen, davon ausgehen durfte, dass die gewählten Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich waren (EuGH 5. März 2009 - C-388/07 - [Age Concern England] Rn. 52, aaO.).

- 58** (2) Die DV Umsetzungen geht davon aus, Umsetzungen stellen mit steigendem Lebensalter eine stärkere Belastung dar. Dies folgt bereits aus dem Punkteschema. Die Punkte steigen mit dem Lebensalter und reduzieren die Wahrscheinlichkeit, bei einer Versetzung ausgewählt zu werden. Das Ziel, möglichst die Arbeitnehmer umzusetzen, die hierdurch am wenigsten belastet werden, wird durch die anderen Kriterien des Punkteschemas nach Ziff. 5.5 Abs. 1 DV Umsetzungen bestätigt. Als in diesem Sinne schutzbedürftig wird neben dem steigenden Lebensalter die Betreuung von Kindern und pflegebedürftigen Angehörigen berücksichtigt. Schwerbehinderte und Gleichgestellte sind nach Ziff. 4 DV Umsetzungen sogar von der Zuordnung zu einer Auswahlgruppe ausgenommen, wenn der Wechsel zu einer Belastung der ihrer Behinderung zugrunde liegenden Beeinträchtigung führen würde.
- 59** Zu den legitimen sozialpolitischen Zielen gehört es auch, besondere Belastungen, denen Arbeitnehmer bei der Ausübung ihrer Arbeitstätigkeit ausgesetzt sind, zu vermindern. Daher stellt es ein legitimes sozialpolitisches Ziel dar, wenn bei der Auswahl, welcher Arbeitnehmer an einer anderen Schule einzusetzen ist, auf Belastungsfaktoren wie das Lebensalter Rücksicht genommen wird. Auf diese Weise kann das Risiko vermindert werden, dass durch die neue Arbeitssituation eine gesundheitliche Beeinträchtigung entsteht.
- 60** Da die in Ziff. 5.5 Abs. 1 DV Umsetzungen genannten Auswahlkriterien damit sozialpolitische Ziele verfolgen, stellt sich im vorliegenden Fall nicht die Frage, ob nach der Richtlinie 2000/78/EG auch reine Arbeitgeberinteressen als legitime Ziele iSd. § 10 Satz 1 AGG angesehen werden dürfen (zum Meinungsstand hinsichtlich der legitimen Ziele vgl. BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 44 ff., EzA AGG § 15 Nr. 1).
- 61** b) Die Ungleichbehandlung wegen des Alters ist nach § 10 Satz 1 AGG nur zulässig, wenn sie objektiv gerechtfertigt und angemessen ist. Objektiv gerechtfertigt ist sie dann, wenn Arbeitnehmer mit zunehmenden Alter hinsichtlich Umsetzungen schutzbedürftiger sind als jüngere Arbeitnehmer.
- 62** aa) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, mit der Umsetzung an eine andere Schule sei nicht nur der Ortswechsel, sondern auch die Einbindung in ein anderes Kollegium und die Zuständigkeit für eine andere Schülergruppe verbunden. Das bereite erfahrungsgemäß älteren Beschäftigten wesentlich mehr Schwierigkeiten als jüngeren Arbeitnehmern. Diese könnten flexibler auf Veränderungen reagieren. Es entspreche einem anerkannten Erfahrungssatz, dass mit dem Alter typischerweise die Mobilität abnehme.
- 63** bb) Das hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht wird noch, gegebenenfalls durch Sachverständigengutachten, aufzuklären haben, ob die Umsetzungen nach der DV Umsetzungen typischerweise ältere Arbeitnehmer stärker belasten.
- 64** (1) Der Begriff "objektiv" in § 10 Satz 1 AGG verlangt die Prüfung, ob das verfolgte Interesse auf tatsächlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruht oder ob die Ungleichbehandlung nur aufgrund von bloßen Vermutungen oder subjektiven Einschätzungen vorgenommen wird. Das Landesarbeitsgericht stützt sich für die Annahme seines Erfahrungssatzes auf § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG . Hieraus leite sich der vom Gesetzgeber anerkannte Erfahrungssatz ab, dass mit dem Alter

typischerweise die Mobilität abnehme. Das trifft schon nicht zu. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG soll ältere Arbeitnehmer deshalb besser schützen, weil sie wegen ihres Alters typischerweise schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben ( BAG 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - Rn. 39, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 44, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82).

- 65** (2) Erfahrungssätze sind Hilfsmittel. Die Feststellung von allgemein anerkannten Erfahrungssätzen ist als Tatfrage der Tatsacheninstanz vorbehalten (vgl. für Handelsbrauch und Verkehrssitte BGH 11. Mai 2001 - V ZR 492/99 - zu II 1 c der Gründe, NJW 2001, 2464 [BGH 11.05.2001 - V ZR 492/99]). Dabei ist es dem Tatsachengericht nicht verwehrt, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Erfahrungssatzes zu beurteilen, wenn es dazu über ausreichende Sachkunde und Lebenserfahrung verfügt. Andernfalls hat es sich der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen (vgl. BGH 2. Oktober 2003 - I ZR 150/01 - zu II 2 a der Gründe, BGHZ 156, 250; 1. April 1993 - I ZR 136/91 - zu II 1 b der Gründe, NJW-RR 1993, 1000 [BGH 01.04.1993 - I ZR 136/91]). Unerheblich ist dabei, dass die Parteien keinen entsprechenden Beweis angetreten haben. Der Antritt eines Sachverständigenbeweises ist ohnehin nur Anregung an das Gericht. Die Zuziehung eines Sachverständigen zur Unterstützung des Gerichts ist gemäß § 144 Abs. 1 ZPO durch die Tatsachengerichte stets nach pflichtgemäßen Ermessen zu prüfen ( Senat 12. August 2008 - 9 AZR 632/07 - Rn. 25, AP GewO § 109 Nr. 1 = EzA GewO § 109 Nr. 7; BAG 9. November 1973 - 4 AZR 27/73 - zu VI 1 der Gründe, BAGE 25, 371).
- 66** (3) Die Zuständigkeit für eine andere Schülergruppe stellt keine allein durch die Umsetzung verursachte besondere Belastung dar. Dieser Wechsel der zu betreuenden Schüler ist der Tätigkeit unabhängig von der Umsetzung immanent. Schließlich werden kontinuierlich je Schuljahr neue Schulklassen in die Schule aufgenommen und verlassen andere Schulklassen mit erfolgreichem Abschluss die Schule. Auch der Ortswechsel an eine andere Schule ist nicht geeignet, eine pauschale altersspezifische Differenzierung vorzunehmen. Beide Schulen befinden sich im Bezirk F von B. Es hängt vom Wohnort im Hinblick auf die Lage der Schule und nicht vom Alter ab, ob durch die Umsetzung an eine andere Schule eine Wegebelastung eintritt. Deshalb hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht angenommen, die mit dem Alter abnehmende Mobilität könne die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Allerdings muss ein Sozialarbeiter nach einer Umsetzung an eine andere Schule mit anderen Kollegen zusammenarbeiten und sich auf die dort praktizierten pädagogischen Konzepte einstellen. Die Arbeitsabläufe können ferner unterschiedlich ausgestaltet sein.
- 67** (4) Ob es Arbeitnehmern mit zunehmendem Alter regelmäßig schwerer fällt, unter diesen partiellen Veränderungen zu arbeiten, ist zweifelhaft. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die physische Belastbarkeit mit zunehmendem Alter abnimmt ( BAG 17. Juni 2009 - 7 AZR 112/08 (A) - Rn. 21; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 54, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82). Eine durch die Umsetzung herbeigeführte höhere physische Belastung ist weder vorgetragen noch ersichtlich.
- 68** Deshalb kann allenfalls eine altersbedingt sinkende Flexibilität und deshalb gesteigerte psychische Belastung durch Veränderungen des Arbeitsumfelds in Betracht kommen. Hierzu wird teilweise angenommen, dass die körperlichen und geistigen Fähigkeiten eines Menschen sich im Laufe des Lebens mit unterschiedlicher Geschwindigkeit und in verschiedenen Richtungen verändern. So bleibe - bis zu einem gewissen Punkt - mit zunehmendem Alter durchaus die Lernfähigkeit erhalten und das Erfahrungswissen nehme zu. Die Lerngeschwindigkeit verringere sich aber mit zunehmendem Alter (vgl. dazu Senne Auswirkungen des europäischen Verbots der Altersdiskriminierung auf das deutsche Arbeitsrecht S. 45 ff. jeweils mwN). Darum sind weder ausschließlich positive Aussagen über die Leistungsfähigkeit junger Arbeitnehmer gerechtfertigt, noch sind rein negativ verallgemeinernde Aussagen über das Nachlassen der Leistungsfähigkeit von älteren Arbeitnehmern zutreffend (vgl. BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 54, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82).

**69**

cc) Das Landesarbeitsgericht wird deshalb aufzuklären haben, ob erfahrungsgemäß Arbeitnehmer ab vollendetem 31. Lebensjahr mit zunehmendem Lebensalter durch die aufgrund der Umsetzung eintretenden typischen Belastungen wie Einbindung in ein anderes Kollegium und Einarbeitung in ein neues pädagogisches Konzept stärker belastet sind als jüngere Arbeitnehmer.

- 70** c) Kommt das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis, dass der von ihm bereits angenommene Erfahrungssatz besteht, hat es die weiteren Voraussetzungen einer zulässigen unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters in der DV Umsetzungen zu prüfen. Die unterschiedliche Behandlung muss angemessen sein. Darüber hinaus müssen nach § 10 Satz 2 AGG die eingesetzten Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich, also verhältnismäßig sein (vgl. BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 55, EzA AGG § 15 Nr. 1).
- 71** d) Kommt das Landesarbeitsgericht dagegen zu dem Ergebnis, dass die unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nach § 10 Satz 1 AGG nicht objektiv gerechtfertigt ist, wäre Ziff. 5.5 DV Umsetzungen unwirksam. Das Berufungsgericht müsste dann prüfen, ob die Umsetzung des Klägers billigem Ermessen nach § 315 BGB entspricht.
- 72** aa) Wäre das nach Lebensalter gestaffelte Punkteschema in Ziff. 5.5 Abs. 1 Buchst. a DV Umsetzungen unwirksam, dürfte die DV Umsetzungen hinsichtlich der Auswahlkriterien insgesamt nicht angewandt werden. Ziff. 5.5 DV Umsetzungen stellt ein in sich geschlossenes und sinnvolles System der Punktvergabe dar. Deshalb ist die gesamte Regelung in Ziff. 5.5 DV Umsetzungen unwirksam, wenn eine Berücksichtigung des Lebensalters als ein Auswahlkriterium unzulässig wäre. Dies folgt aus der nach ihrem Rechtsgedanken grundsätzlich auch auf Betriebsvereinbarungen/Dienstvereinbarungen anwendbaren Bestimmung des § 139 BGB (vgl. dazu BAG 19. Februar 2008 - 1 AZR 1004/06 - Rn. 40, BAGE 125, 366).
- 73** bb) Die Unwirksamkeit von Ziff. 5.5 DV Umsetzungen führt nicht zu einer Unwirksamkeit der Umsetzung. Die Beschränkung der Auswahlentscheidung des beklagten Landes durch die DV Umsetzungen fällt lediglich weg. Ob die konkrete Weisung wirksam ist, richtet sich nur noch danach, ob sie billigem Ermessen gemäß § 315 BGB entspricht.
- 74** Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind (vgl. Senat 11. April 2006 - 9 AZR 557/05 - Rn. 35, BAGE 118, 22). Ob die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle ( § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB ) (vgl. Senat 23. Januar 2007 - 9 AZR 624/06 - Rn. 29, AP AVR Diakonisches Werk § 1 Nr. 14). Vorliegend hat das Landesarbeitsgericht aus seiner Sicht konsequent keine Prüfung vorgenommen, ob die Weisung billigem Ermessen entsprach. Dies wird es gegebenenfalls nachzuholen haben.

---

Düwell  
Reinfelder  
Krasshöfer  
Preuß  
Pfelzer

Verhältnis zu bisheriger Rechtsprechung:

zu Orientierungssatz 4: BAG 17. Juni 2009 - 7 AZR 112/08 (A) -; 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 97 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 17; 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82

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.