

DR. HELMIG & HUSCHKE

RECHTSANWÄLTE UND NOTAR

Dr. Helmig & Huschke, D - 65189 Wiesbaden, Welfenstraße 2

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1

99084 Erfurt

- 7 AZR 112/08 -

In dem Rechtsstreit

Prigge u.a. ./ Deutsche Lufthansa AG

DR. EKKEHARD HELMIG
RECHTSANWALT UND NOTAR

STEFAN A. HUSCHKE
RECHTSANWALT

BENEDIKT SCHLEUTER
RECHTSANWALT

DR. AXEL SODTALBERS
RECHTSANWALT

JAVIER RODRIGUEZ NIETO
RECHTSANWALT

WELFENSTRASSE 2
D-65189 WIESBADEN

TELEFON: (06 11) 77 872 - 0
TELEFAX: (06 11) 77 872 - 11

Pr.Nr.: 0034/08/ Rod/sta
Datum: 11.03.2008
rodriguez@helmig-huschke.de

beantragen wir namens und in Vollmacht der Kläger, wie folgt für Recht zu erkennen:

- I. Das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 15.10.2007, Az.: 17 Sa 809/07, wird aufgehoben. Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 14.03.2007, Az.: 6 Ca 7405/06 abgeändert.
1. Es wird festgestellt,
 - a. dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger zu 1. und der Beklagten nicht auf Grund der Befristung in § 19 Abs. 1 des Manteltarifvertrages Nr. 5a für das Cockpitpersonal bei Lufthansa in der Fassung vom 14.01.2005 zum 30.11.2006 en-

dete, sondern als unbefristetes Arbeitsverhältnis über den 30.11.2006 hinaus fortbesteht,

- b. dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger zu 2. und der Beklagten nicht auf Grund der Befristung in § 19 Abs. 1 des Manteltarifvertrages Nr. 5a für das Cockpitpersonal bei Lufthansa in der Fassung vom 14.01.2005 zum 30.04.2007 endete, sondern als unbefristetes Arbeitsverhältnis über den 30.04.2007 hinaus fortbesteht,
- c. dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger zu 3. und der Beklagten nicht auf Grund der Befristung in § 19 Abs. 1 des Manteltarifvertrages Nr. 5a für das Cockpitpersonal bei Lufthansa in der Fassung vom 14.01.2005 zum 30.06.2007 endet, sondern als unbefristetes Arbeitsverhältnis über den 30.06.2007 hinaus fortbesteht,

2. Die Beklagte wird verurteilt,

- a. den Kläger zu 1. für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1.a. zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Flugkapitän B747-400 sowie als Check- und Trainingskapitän zur tarifvertraglich geregelten Arbeitszeit und einer monatlichen Bruttogrundvergütung in Höhe von € 16.908,26 zuzüglich Checkzulage in Höhe von monatlich € 1.073,71 sowie weiterer tarifvertraglicher Zulagen über den Ablauf des 30.11.2006 hinaus weiter zu beschäftigen,
- b. den Kläger zu 2. für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1.b. zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Flugkapitän A340 zur tarifvertraglich geregelten Arbeitszeit und einer monatlichen Bruttogrundvergütung in Höhe von € 16.908,26, einer Grundvergütung II in Höhe von

€ 918,45 sowie weiterer tarifvertraglicher Zulagen über den Ablauf des 30.04.2007 hinaus weiter zu beschäftigen,

- c. den Kläger zu 3. für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1.c. zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Flugkapitän B747-400 sowie als Check- und Trainingskapitän zur tarifvertraglich geregelten Arbeitszeit und einer monatlichen Bruttogrundvergütung in Höhe von € 16.908,26, einer Grundvergütung II in Höhe von € 1.283,55 zuzüglich Checkzulage in Höhe von monatlich € 1.073,71 sowie weiterer tarifvertraglicher Zulagen über den Ablauf des 30.11.2006 hinaus weiter zu beschäftigen,

II. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Hilfsweise wird beantragt:

Das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 15.10.2007, Az.: 17 Sa 809/07, wird aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Hessische Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Revisionsbegründung:

Die fristgerecht eingelegte Revision richtet sich gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 15.10.2007, Az.: 17 Sa 809/07.

Unbeschadet der nachfolgenden Gliederung beziehen sich alle Verfahrensrü-

gen und ihre Begründung auf alle Gliederungspunkte. Sachrügen und Verfahrensrügen werden ferner im jeweiligen Sachzusammenhang erhoben.

Das LAG hat die Berufung der Kläger gegen das ihre Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 14.03.2007, Az.: 6 Ca 7405/06, als unbegründet zurückgewiesen und zugleich die Revision zugelassen. Diese ist daher gemäß § 72 Abs. 1 ArbGG statthaft und wird mit der vorliegenden Revisionsschrift auch fristgemäß begründet.

Das Urteil des Berufungsgerichts beruht - ebenso wie das Urteil 1. Instanz - auf der fehlerhaften und im Wesentlichen unterbliebenen Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) sowie zwingenden Europäischen Gemeinschaftsrechts. Die tragenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Berufungsurteils stehen zudem in einem ursächlichen Zusammenhang mit verschiedenen Verstößen gegen wesentliche Verfahrensvorschriften.

Im Einzelnen:

A. Sachverhalt

I.

1.

Die Kläger sind bei der Beklagten langjährig als Flugzeugführer beschäftigt. Sie unterliegen aufgrund beiderseitiger Tarifbindung - im Falle des Klägers zu 2. kraft arbeitsvertraglicher Inbezugnahme - dem bei der Beklagten derzeit geltenden Manteltarifvertrag Nr. 5a für das Cockpitpersonal bei Lufthansa in der Fassung vom 14. Januar 2005 (MTV).

§ 19 Abs. 1 MTV regelt, dass sämtliche Arbeitsverhältnisse der Flugzeugführer bei der Beklagten mit Ablauf des Monats, in dem jeweils das 60. Lebensjahr vollendet wird, automatisch enden.

Auf Grund dieser Regelung mussten die Kläger zum 30.11.2006 (Kläger zu 1.), zum 30.04.2007 (Kläger zu 2.) und zum 30.06.2007 (Kläger zu 3.) aus dem Flugbetrieb bei der Beklagten ausscheiden.

2.

Sowohl die auf völkerrechtlicher Ebene als Standard für den zivilen Luftverkehr geltende ICAO-Convention (Annex 1, 2.1.10.1) als auch die hinsichtlich der Lizenzierung von Flugzeugführern zwingende internationale Rahmenregelung der JAR-FCL (1) (1.060) sehen übereinstimmend vor, dass ein Verkehrspilot im Zwei-Mann-Cockpit bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres eingesetzt werden darf, wenn der zweite Pilot das 60. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

3.

Das Luftfahrtbundesamt hat die JAR-FCL (1)-Regelung für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland durch Verordnung umgesetzt (1. Durchführungsverordnung zur Verordnung über Luftfahrtpersonal v. 15.04.2003). Gemäß § 4 1. DV LuftPersV dürfen Inhaber einer in der Bundesrepublik Deutschland ausgestellten Verkehrspilotenlizenz die Rechte ihrer Lizenz ohne Einschränkung bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres ausüben.

4.

Bei den meisten deutschen, europäischen und international bedeutenden Luftfahrtunternehmen ist tarifvertraglich und einzelvertraglich das Fliegen bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres die Regel. Die Regel basiert auf den internationalen Freiheiten der ICAO-Convention. Dies gilt unstreitig für die Gesellschaften Lufthansa CityLine, Lufthansa Cargo, Air Berlin, Augsburg Airways, Cirrus Airlines sowie Germanwings. Auf internationaler Ebene gilt die Altersgrenze 65 beispielsweise bei British Airways, Emirates, Air China, Air India, Jade Cargo und seit Dezember 2007 insbesondere auch bei allen US-Amerikanischen Fluggesellschaften.

5.

Die ICAO-Regelung ist - nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren - auch innerhalb der Rechtsordnung der USA, das heißt für alle Inlandsflüge verbindlich umgesetzt worden, wobei der Regelungsinhalt sogar erweitert wurde.

Am 11.12.2007 hat der US-Präsident den Gesetzesentwurf „H.R. 4343“ des

Kongresses unterzeichnet, welcher die ersatzlose Streichung der bisher in den USA geltenden und stark kritisierten „Age 60-Rule“ vorsieht.

Das Gesetz trat am 13.12.2007 in Kraft.

Dieses Gesetz, auch als „Fair Treatment for Experienced Pilots Act“ bezeichnet, führt dazu, dass sämtliche US-Amerikanischen Fluggesellschaften Piloten im Einklang mit der ICAO-Regelung bis zum Endalter von 65 Jahren zu beschäftigen haben.

- Beweis:**
1. Pressemitteilung der Federal Aviation Administration (FAA) vom 14.12.2007
 2. Gesetzentwurf des US-Kongresses „H.R. 4343“ vom 11.12.2007

in Kopie als Anlage R 1

in beglaubigter Übersetzung und Kopie als Anlage R 2

Abweichende tarif- oder einzelvertragliche Regelungen wird es in den USA nicht geben. Der Amerikanische Verband der Berufspiloten ALPA hat sich mit der Übernahme der ICAO-Regelung ausdrücklich einverstanden erklärt.

Im Gegensatz zu der ICAO-Regelung gibt es auf Inlandsflügen in den USA auch keine Einschränkung für den zweiten Piloten im Zweimann-Cockpit. Denkbar ist also z.B. eine Cockpitcrew, bestehend aus zwei 64-jährigen Piloten.

Beweis: wie vor

Allen Fluggesellschaften im Geltungsbereich dieses Gesetzes steht es frei, wegen der zuvor geltenden Altersgrenze bereits ausgeschiedene Piloten wieder einzustellen.

Beweis: wie vor

II.

Nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren am 15.10.2007 hat sich Herr Jürgen Raps in seiner Funktion als Bereichsvorstand Operations der Beklagten zu der streitgegenständlichen Altersgrenze erklärt. In einem Interview mit dem Fachblatt „Aero“ (Ausgabe 2/2008) äußert sich Herr Raps wie folgt:

„?...: *Wäre es nicht sinnvoll, auch für Lufthansa, die qualifizierten, erfahrenen Leute länger bei sich zu behalten, also das Cockpitpersonal nicht schon mit 60 Jahren in den Ruhestand zu schicken?*

Raps: *Der Gesetzgeber sieht ja vor, dass bis 65 geflogen werden darf, allerdings mit Auflagen: Es dürfen nicht beide Piloten im Cockpit über 60 sein. Wir haben im Moment einen gültigen Tarifvertrag, in dem das Endalter 60 Jahre vorgeschrieben ist.*

?...: *Gibt es bei Ihrem Tarifpartner die Bereitschaft, über dieses Thema zu reden?*

Raps: *Mit der Vereinigung Cockpit kann man über alles reden. (...) Fachliche Bedenken habe ich überhaupt keine. Wir sehen unsere Leute viermal pro Jahr im Simulator und darüber hinaus im Linientraining bzw. bei Linienchecks. Genauso wenig wäre die medizinische Qualifikation ein Problem, weil die Piloten ohnehin regelmäßig zur flugmedizinischen Tauglichkeitsüberprüfung gehen müssen.“*

Beweis:

1. Auszug aus der Zeitschrift „Aero“, Ausgabe 2/2008 in Kopie,

2. Zeugnis des Herrn Jürgen Raps, zu laden über die Beklagte

III.

Tarifvertragspartei des MTV sowie des bei der Konzernschwester Condor geltenden Manteltarifvertrages ist auf Gewerkschaftsseite jeweils die Vereinigung Cockpit e.V.

In dem von den Unterzeichnern ebenfalls betreuten Revisionsverfahren eines Condor-Piloten (Coldicott ./ Condor, Az. 7 AZR 946/07) wurde der unstreitige Sachverhalt eingeführt, dass Condor die dort geltende tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren aktuell nicht anwendet und wiederholt Piloten im Alter über 60 Jahren eingesetzt hat (Az.: 7 AZR 946/07, Revisionsbegründung vom 05.12.2007, S. 7ff.).

Die Kläger machen diesen unstreitigen und gerichtsbekanntem Sachverhalt zum Gegenstand auch des hiesigen Revisionsverfahrens.

Der Einsatz über 60-jähriger Piloten bei Condor wurde mit ausdrücklicher Zustimmung der Vereinigung Cockpit durchgeführt, wie sich nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in dem Berufungsverfahren der Kläger (15.10.2007) herausgestellt hat. In einer E-Mail vom 13.12.2007 dankt der Flottenchef Boeing 757 bei Condor, Herr Dirk Glinkowski, den betroffenen (über 60-jährigen) Piloten für ihren Einsatz und beruft sich dabei auf eine „Sondereinbarung mit der Vereinigung Cockpit“.

Beweis:

1. E-Mail des Herrn Dirk Glinkowski vom 13.12.2007 in Kopie,

Anlage R 4

2. Zeugnis des Herrn Dirk Glinkowski, zu laden über die Condor Flugdienst GmbH, Am Grünen Weg 3, 65451 Kelsterbach

Für das Abweichen von der bei Condor vormals geltenden Altersgrenze 60 wurde demnach eine eigene rechtliche Grundlage geschaffen.

Condor und Vereinigung Cockpit e.V. haben damit § 19 Abs. 1 des Manteltarifvertrages bei Condor (MTV Nr. 1 Cockpit CFG/CEB vom 01.01.2005) tarifvertraglich abgelöst und durch eine neue Regelung ersetzt, die ein Fliegen über 60 zur Regel macht. Condor und die Vereinigung Cockpit e.V. sind tariffähig und dazu in der Lage, sie sind Herr ihrer eigenen tarifvertraglichen Vereinbarung. Es kommt nicht darauf an, dass die jetzt von ihnen getroffene Vereinbarung, also auch bei Condor-Piloten über 60 fliegen zu lassen, noch nicht allgemeingültig veröffentlicht und verlautbart wurde, weil sich – außer in den anhängigen Rechtsstreitigkeiten – kein neuer Konfliktfall um die Wirksamkeit und die Geltung des alten § 19 Abs. 1 MTV ergeben hat. Jedenfalls ist immer dann von einer die tarifvertraglich vorgehende Regelung ablösenden Vereinbarung auszugehen, wenn sich tarifvertragsfähige Parteien darauf verständigen, abweichend von einem derzeit geltenden Tarifvertrag Regelungen zu treffen, die einem aktuellen Bedürfnis entsprechen. Soweit die Tarifvertragsparteien den Ausnahmecharakter im Einzelfall nicht beschränken und beschreiben, gilt der Tarifvertrag als generelle Regelung, die die generelle Regelung des vorgehenden Tarifvertrages ohne dessen Nachwirkung ersetzt und ablöst.

Damit ist zugleich der Nachweis erbracht, dass jedenfalls bei der Fassung der Altersgrenze nach § 19 Abs. 1 MTV Lufthansa vom 14.01.2005 und derzeit Sicherheitsgesichtspunkte für die Altersgrenze insgesamt und überhaupt bei den Tarifvertragsparteien keine Rolle spielten. Es ist schlechterdings ausgeschlossen, dass in Kenntnis der derzeit laufenden Rechtsstreitigkeit über die Wirksamkeit der Altersgrenze die Tarifvertragsparteien Sicherheitsgesichtspunkte auch für die Vergangenheit reklamieren, wenn sie ohne jegliche inhaltliche Bezugnahme die tarifliche Altersgrenze für die Zulässigkeit des Fliegens in einem bestimmten Unternehmen nur von der Opportunität insbesondere des Bedarfs von Piloten ableiten, die über eine altersunabhängige aber gültige Lizenz für Verkehrspiloten verfügen.

Da die Gewerkschaft Vereinigung Cockpit e.V. dem Einsatz über 60-jähriger Piloten bei Condor zugestimmt hat, gleichzeitig aber die Altersgrenze 60 bei Condor verteidigt und verantwortet, ist ihr in dem vorbenannten Verfahren der Streit verkündet worden (Az. 7 AZR 946/07, Schriftsatz des Klägers vom 14.02.2008).

Die „Sondereinbarung“ zwischen Condor und der Vereinigung Cockpit liegt den Unterzeichnern nicht vor, der Beklagten hingegen mit Sicherheit, da Condor und Lufthansa unter anderem eine gemeinsame Rechtsabteilung führen. So wurde Condor in dem vorbenannten Verfahren (Az. 7 AZR 946/07) erstinstanzlich durch das Lufthansa-Justizariat vertreten.

IV.

Das Hessische LAG ist der Auffassung, die Arbeitsverhältnisse zwischen den Klägern und der Beklagten hätten auf Grund tarifvertraglicher Befristung mit Ablauf des Monats, in dem die Kläger jeweils das 60. Lebensjahr vollendet haben, geendet. Die für die Beendigung der Arbeitsverhältnisse maßgebliche Altersgrenze in § 19 Abs. 1 MTV sei rechtswirksam, weshalb es die mit der Berufung verfolgten, die gegenteilige Feststellung begehrenden Anträge der Kläger als unbegründet zurückgewiesen hat.

Das Berufungsgericht stützt sich dabei vornehmlich auf die bisherige Rechtsprechung sowohl des Bundesarbeitsgerichts als auch des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Wirksamkeit tarifvertraglicher Altersgrenzenregelungen für Verkehrsflugzeugführer (zuletzt BAG, Ur. v. 21.07.2004 - 7 AZR 589/03, EzA BGB 2002 § 620 Altersgrenze Nr. 5; BVerfG, Beschluss v. 25.11.2004 - BvR 2459/04, AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 25).

Diese Rechtsprechung zur Zulässigkeit von vorgezogenen Altersgrenzen für Verkehrsflugzeugführer sei auch nicht durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH, Ur. v. 22.11.2005 - C-144/04 [Mangold], AP Richtlinie 2000/78/EG) und wegen des dort anerkannten primärrechtlichen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters überholt. Die insbesondere durch das Bundesarbeitsgericht aufgestellten Grundsätze zur Beurteilung solcher berufsspezifischen Altersgrenzen hielten vielmehr auch den in der zitierten Entscheidung des EuGH sowie in der Richtlinie 2000/78/EG des Rats zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000 konkretisierten, gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben stand.

Die einschlägige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei auch nicht

durch das Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) überholt.

B. Sachrügen

I.

1.

Die Revision rügt die Verletzung materiellen Rechts durch das Hessische Landesarbeitsgericht, nämlich insbesondere die fehlerhafte Anwendung des primär gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters als allgemeinem Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (EuGH, Urt. v. 22.11.2005 - C-144/04 [Mangold], AP Richtlinie 2000/78/EG) einschließlich der dort bestimmten Beweislastverteilung, vgl. § 73 Abs. 1 ArbGG, §§ 545 Abs. 1, 546 ZPO.

Dabei wird insbesondere die unrichtige Auslegung und lückenhafte Berücksichtigung der Richtlinie 2000/78/EG gerügt, die als konkretisierende Anwendungsvorschrift zu dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot ebenfalls zwingend zu beachten ist.

Bei rechtsfehlerfreier Anwendung der RL 2000/78/EG und seiner Beweislastverteilung wäre das LAG zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte für die maßgebliche Frage der Sicherheitsbedenken gegen Flugzeugführer über 60 Jahre beweisbelastet ist und der Beklagten nicht der Nachweis dafür gelungen ist - dies auch als Verfahrensrüge -, die Altersgrenze in § 19 Abs. 1 MTV sei erforderlich und damit über Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG gerechtfertigt. Dies hätte das Berufungsgericht wegen der Beweislastregelung in Art. 10 Abs. 1 RL 2000/78/EG zwingend zu Ungunsten der Beklagten werten müssen. Es prüft diese Fragen nicht. In der Folge hätte das LAG bei richtiger Rechtsanwendung die Altersgrenze als nationale Maßnahme, die gegen das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstößt, außer Anwendung gelassen und für unwirksam erklärt.

2.

Entsprechendes gilt für die Anwendung des AGG durch das LAG. Das Berufungsgericht hat die §§ 8, 10, 22 AGG unrichtig angewendet oder zu Unrecht unangewendet gelassen, vgl. § 546 ZPO. Bei rechtsfehlerfreier Anwendung der genannten Vorschriften wäre das LAG zu dem Ergebnis gelangt, dass die mit der Altersgrenze in § 19 MTV unstreitig einhergehende altersbedingte Benachteiligung der Kläger nicht gerechtfertigt ist. Das LAG hätte bereits die Tatsache, dass die Beklagte keine Rechtfertigungsgründe für die Altersgrenze vorgetragen hat, wegen § 22 AGG zwingend zu Lasten der Beklagten werten müssen.

Weitere Sachrügen werden im jeweiligen Zusammenhang des Vortrags erhoben.

II.

1.

Mit dem LAG und im Gegensatz zu den Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil ist die grundsätzliche Anwendbarkeit des AGG auf den vorliegenden Fall gegeben. Auf Seite 9f. des angefochtenen Urteils weist das Berufungsgericht zu Recht darauf hin:

„Die Altersbefristung ist anhand des AGG zu überprüfen. Das AGG findet vorliegend Anwendung, da die beanstandete Benachteiligung nach Inkrafttreten des AGG eingetreten ist, nämlich mit Vollendung jeweils des 60. Lebensjahres der Kläger. Nachdem das AGG keine Übergangsregelung enthält, findet es auch dann Anwendung, wenn diese Benachteiligung auf einem vor Inkrafttreten des AGG abgeschlossenen Tarifvertrag beruht (...).“

2.

Mit dem Berufungsgericht gehen die Kläger ferner davon aus, dass die Altersgrenze in § 19 Abs. 1 MTV für sie jedenfalls eine unmittelbare Ungleichbe-

handlung wegen des Alters i.S.d. §§ 1, 3 Abs. 1 AGG bedeutet. Das LAG unterlässt allerdings eine Feststellung und Wertung der gegebenen unterschiedlichen Tatbestände der Ungleichbehandlung. Es sieht demnach eine altersbedingte Ungleichbehandlung, bewertet sie aber rechtsfehlerhaft im Ergebnis nicht als Benachteiligung und Altersdiskriminierung i.S.v. §§ 3, 7 AGG (Seiten 14-21 d. Urteils).

Dazu wird nachfolgend Stellung genommen.

III.

1.

In seiner Urteilsbegründung stellt das LAG die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage der Zulässigkeit tarifvertraglicher Altersgrenzen für Verkehrsflugzeugführer (S. 9-12 d. Urteils) derjenigen des Europäischen Gerichtshofs gegenüber (S. 12-13 d. Urteils). Anschließend fasst das Berufungsgericht die streitentscheidende Rechtsfrage – nur im Kern zutreffend - zusammen (S. 14 d. Urteils),

„Im Ergebnis geht es insbesondere darum, ob im Gegensatz zur dargestellten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Risikoerhöhung ab Vollendung des 60. Lebensjahres allgemein empirisch und/oder konkret bezogen auf den betroffenen Arbeitnehmer belegt sein muss und/oder ob im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung weniger einschneidende Maßnahmen (z.B. (...) Einsatz mit jüngeren Crewmitgliedern) geeignet und ausreichend wären.“

Die Rechtsprechung des BAG beruht nicht auf dieser Alternative zur Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sie verneint im Ergebnis die Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung und beruht deshalb nicht auf den Erwägungen „weniger einschneidende Maßnahmen“, sondern geht – wie das LAG an anderer Stelle im Urteil (Seite 9) darlegt – nur auf eine Prüfung von Artikel 12 Absatz 1 GG aus.

Dabei verkennt das LAG, dass bei der Auslegung nationalrechtlicher Bestimmungen - auch wenn sie Verfassungsrang haben - die Auslegung nationalen

Rechts dem Gemeinschaftsrecht nicht widersprechen darf. Der Grundsatz des Verbots einer Auslegung „contra legem“ gilt nur dann, wenn das nationale Gericht nationales Recht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auslegt (EuGH, C-461/03, Slg. 2005, I-10513, Rn. 21; Schlussanträge des Generalanwalts im Verfahren C-404/06, Rn. 39).

2.

Das LAG zitiert weiter § 10 Satz 1 und 2 AGG als Prüfungsmaßstab (S. 14f. d. Urteils), um nachfolgend das Ergebnis der berufungsgerichtlichen Prüfung voranzustellen:

„Die dargestellte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entspricht aber den Kriterien, unter denen nach § 10 Satz 1 und 2 AGG nicht von einer unzulässigen Altersdiskriminierung auszugehen ist. Die Kriterien des § 10 Satz 1 und 2 AGG (und nach Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG) entsprechen ferner dem Prüfungsmaßstab, den das Bundesverfassungsgericht bei der Überprüfung tarifvertraglicher Altersgrenzenregelungen anlegt (...).“

Das LAG beschränkt sich auf die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ohne aber im Sinne einer tragfähigen Urteilsbegründung auch nur im Ansatz darzulegen, wie diese Rechtsprechung auf den hier zu entscheidenden Fall zu übertragen ist und wie dieser hier zu entscheidende Fall von dieser Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts überhaupt betroffen ist. Man hat vielmehr beim Lesen der Entscheidung den Eindruck, als sehe das LAG von dieser Begründungslast bewusst ab, weil es meint, mit der Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei ohnehin schon alles gesagt, obwohl es selber einräumt, dass es mit dieser pauschalen und formelhaften Bezugnahme nicht weit her sein kann:

Die vorzitierte Begründung des Bundesarbeitsgerichts ist schon deshalb unrichtig, weil sich die Auslegung nicht am AGG und am Gemeinschaftsrecht orientiert, zu dem eine tragfähige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts überhaupt erst entwickelt werden muss. Das LAG sagt selber (S. 9 des Urteils), dass der Prüfungsmaßstab für die bisherige Rechtsprechung des BAG

„in der Tat ausschließlich Art. 12 Abs. 1 GG war und nicht §§ 1, 2, 7, 8 und 10 AGG oder das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“.

Das Gericht differenziert aber nicht, dass Erwägungen zu den beruflichen Zugangsbeschränkungen nach Artikel 12 GG nicht mit der hier erheblichen Frage identisch sind, ob eine willkürliche Altersgrenze ohne gesetzlich festgelegten Prüfungsrahmen zulässig, ob also ein bestimmtes Alter ohne Konkretisierung von weiteren, sich aus diesem Alter zwingend ergebenden Kriterien maßgeblich für eine Zugangsschranke sein darf, wenn international anerkannt ist, dass die Altersgrenze 60 keine Allgemeingültigkeit hat.

3.

Das LAG befasst sich auch nicht mit dem Zielkonflikt nationalstaatlicher Grundrechtsinterpretation zu übergeordnetem Gemeinschaftsrecht des Diskriminierungsverbots und dessen nationalgesetzlicher Umsetzung. Trotz seines ausdrücklichen Hinweises auf den beschränkten Prüfungsmaßstab der bisherigen Rechtsprechung des BAG geht es darauf nicht ein.

Das wäre aber zwingend notwendig gewesen mit der Folge, dass diese Auseinandersetzung unter dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts der Klage zum Erfolg verholfen hätte. Das LAG durfte es nicht dabei bewenden lassen, dass das erstinstanzliche Gericht der Rechtsprechung des BAG entsprach, ohne dagegen den Maßstab des Gemeinschaftsrechts anzulegen und das AGG anzuwenden und entsprechend auszulegen. Selbst wenn es sich in der Folge mit dem Gemeinschaftsrecht und dem AGG befasst, reduzieren sich seine Erwägungen immer wieder auf die auf Artikel 12 GG begrenzten Erwägungen, die zu einem Zeitpunkt angestellt wurden, als dem Gemeinschaftsrecht noch nicht die wesentliche Bedeutung für die Beurteilung von Diskriminierungen beigegeben wurde, die es nach der jüngsten Rechtsprechung des EuGH und dem AGG heute hat.

Im Ergebnis bedeutet die Reduzierung des Beurteilungsmaßstabs auf diese Rechtsprechung eine Nichtanwendung des Gemeinschaftsrechts und des AGG. Darauf beruht das Berufungsurteil und ist deshalb fehlerhaft.

Es verstößt auch gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Pro-

zessgrundrecht eines fairen Verfahrens und ist materiellrechtlich falsch, weil es geltendes Recht nicht anwendet.

IV.

1.

Gemäß § 10 Satz 1 AGG und gemäß Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG muss jede Ungleichbehandlung wegen des Alters (im Rahmen des nationalen Rechts) durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein.

Das LAG stellt hierzu fest (S. 15f. d. Urteils):

„Ein legitimes Ziel liegt vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sichert die tarifvertragliche Altersgrenze für Verkehrsflugzeugführer die ordnungsgemäße Erfüllung der Berufstätigkeit und dient der Sicherheit des Luftverkehrs und dem Schutz von Leben und Gesundheit der Besatzungsmitglieder, Passagiere und Menschen der überflogenen Gebiete. Dass dies im Rahmen des nationalen Rechts ein legitimes Ziel darstellt, steht außer Frage.“

Diese Fraglosigkeit ist nicht richtig: Für jedes legitime Ziel bedarf es zwingend einer gesetzlichen Vorgabe (vgl. EuGH, Ur. v. 16.10.2007 - C-411/05 [Palacios], NJW 2007, 3339).

Sowohl nach der Rechtsprechung des EuGH zur RL 2000/78/EG als auch nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz müssen benachteiligende Maßnahmen aus dem Gesetz oder dem Tarifvertrag auch transparent sein, d.h. deren Differenzierungszweck muss sich aus der Maßnahme selbst oder mindestens aus deren jeweiligem Kontext der zulässigen Norm entnehmen lassen (so ausdrücklich EuGH, Ur. v. 16.10.2007 - C-411/05 [Palacios], NJW 2007, 3339, Ziff. 56f.; BAG, Ur. v. 20.07.1993 - 3 AZR 52/93, AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 11).

Das Berufungsgericht legt den Rechtfertigungstatbestand entgegen der Ziel-

setzung der RL 2000/78/EG und des AGG aus, überdehnt zu Unrecht dessen Tragweite und unterlässt dazu jede Tatsachenfeststellung. Bei richtiger Anwendung der Vorschrift hätte das LAG folgern müssen, dass Tarifnormen als kollektiv ausgeübte Privatautonomie (BAG, Urt. v. 14.10.1997 - 7 AZR 811/96, AP § 1 TVG Metallindustrie Nr. 155; Urt. v. 11.03.1998 - 7 AZR 800/96, AP § 620 BGB Altersgrenze Nr. 15) keine Zielsetzungen aus dem Bereich der öffentlichen Sicherheit verbindlich vorgeben dürfen, soweit keine Ermächtigungsgrundlage des staatlichen Gesetzgebers existiert oder mit der Tarifnorm von existierenden gesetzlichen Vorgaben grundlos abgewichen wird.

2.

So verkennt das LAG den Erwägungsgrund Nr. 25 zur RL 2000/78/EG, den Rechtfertigungsgrund in Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG und dessen Umsetzung in § 10 Satz 1 AGG näher beleuchtet. Dort heißt es:

„Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters stellt ein wesentliches Element zur Erreichung der Ziele der beschäftigungspolitischen Leitlinien und zur Förderung der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung dar. Ungleichbehandlungen wegen des Alters können unter bestimmten Umständen jedoch gerechtfertigt sein und erfordern daher besondere Bestimmungen, die je nach der Situation der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein können. Es ist daher unbedingt zu unterscheiden zwischen einer Ungleichbehandlung, die insbesondere durch rechtmäßige Ziele im Bereich der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes und der beruflichen Bildung gerechtfertigt ist, und einer Diskriminierung, die zu verbieten ist.“

(Hervorhebungen durch die Unterzeichner)

Die wesentliche Aussage dieses Erwägungsgrundes ist, dass nationale Maßnahmen der Ungleichbehandlung überhaupt nur dann zulässig sind, wenn sie sich auf die besonderen Belange eines Mitgliedstaates beziehen und diese aus den Bereichen der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarktes oder der beruflichen Bildung abgeleitet werden.

Dem Erwägungsgrund 25 der zitierten Richtlinie ist unmissverständlich zu ent-

nehmen, dass Ungleichbehandlungen wegen anderer Ziele als denen, die in dem Bildungsgrund 25 genannt sind oder mit ihnen verglichen werden können, stets als unzulässige Diskriminierung im Sinne des Gemeinschaftsrechts anzusehen sind.

Das Gericht verkennt den Bedeutungsumfang gemeinschaftsrechtlicher Regelungen für den Gemeinschaftsbezug zu regelnder Umstände völlig: Die Sicherheit im Luftverkehr macht nicht an den Grenzen der Mitgliedsstaaten halt und ist auch keine Besonderheit eines einzelnen Mitgliedstaates. Die Internationalisierung des Luftverkehrs über nationale Grenzen und die Grenzen der Mitgliedsstaaten hinweg, verbietet eo ipso eine nur nationale Betrachtungsweise. Würde man den Gedankengang des LAG überhaupt als zulässige Erwägung für eine gerichtliche Entscheidung annehmen, müsste das LAG mindestens die gemeinschaftsweite Auswirkung des Luftverkehrs in Erwägung ziehen und auf die Auswirkungen in allen Mitgliedsstaaten unter Anwendung ausschließlich von Kriterien des Gemeinschaftsrechts anwenden.

Die Fähigkeit eines Piloten, ein Flugzeug sicher zu führen, wirkt sich in der gesamten Gemeinschaft und weltweit aus. In diesem Zusammenhang aber gibt es keine Regelungsmöglichkeit von nationalem Recht unterhalb des übergeordneten Gemeinschaftsrechts. Diese Erwägungen der allgemeinen Sicherheit sind in der Richtlinie nicht verortet, wie der 25. Erwägungsgrund der Richtlinie belegt.

3.

Eine altersbedingte Differenzierung von Verkehrsflugzeugführern unter Berufung auf die Sicherheit des Luftverkehrs ist in den Gesetzen und Verordnungen der Bundesrepublik Deutschland und der übrigen Mitgliedstaaten nicht vorgesehen. Diesen Umstand der fehlenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage hat das LAG nur rechtsfehlerhaft gewürdigt. § 4 1. DV LuftPersV sieht für Inhaber einer in der Bundesrepublik Deutschland ausgestellten Verkehrspilotenlizenz die Wahrnehmung der Lizenzrechte - ohne Einschränkungen - bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres vor. Das gilt ohne Unterschied, ob der Pilot ein Fracht-, Post- oder Passagierflugzeug fliegt. Andere gesetzliche Vorschriften aus dem Regelungsbereich der Luftverkehrssicherheit, die ein im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern abweichendes Höchstalter für Piloten oder auch nur dahingehende Zielsetzungen beinhalten, gibt es nicht.

V.

1.

Den Parteien des streitgegenständlichen MTV wurde auch über § 14 Abs. 1 TzBfG nicht die Befugnis eingeräumt, Regelungen aus dem Bereich der Sicherheit des Luftverkehrs und damit der öffentlichen Sicherheit als Ersatz - Gesetz- und Ordnungsgeber zu treffen. § 1 TzBfG bestimmt in Umsetzung der Richtlinie 1999/70/EG des Rates v. 28.06.1999 über befristete Arbeitsverträge das Ziel des Gesetzes dahin,

„Teilzeitarbeit zu fördern, die Voraussetzungen für die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge festzulegen und die Diskriminierung von teilzeitbeschäftigten und befristet beschäftigten Arbeitnehmern zu verhindern.“

Das TzBfG verfolgt demnach völlig andere, arbeitsmarktpolitische Ziele und gibt für das Verfahren der Kläger eigentlich nichts her. Nach Auffassung der Kläger findet das TzBfG auf den Sachverhalt dieses Rechtsstreits keine Anwendung.

In diesem Zusammenhang hätte das Berufungsgericht auch ein aktuelles Urteil des EuGH zur Frage der Zulässigkeit einer tariflichen Altersgrenze von 65 Jahren berücksichtigen müssen (EuGH, Ur. v. 16.10.2007 - C-411/05 [Palacios], NJW 2007, 3339). Dort hat der EuGH nicht die tarifliche Klausel, welche die Zwangsverrentung regelt, sondern die dem Tarifvertrag notwendig zu Grunde liegende nationalgesetzliche Ermächtigungsgrundlage am Maßstab der RL 2000/78/EG überprüft.

Das legitime Ziel i.S.d. § 10 Satz 1 AGG (Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG) hat der EuGH dabei in erster Linie aus der gesetzlichen Regelung und ihrem Kontext ermittelt, nicht aber aus der tarifvertraglichen Umsetzungsmaßnahme selbst (EuGH, aaO, Ziff. 53, 58ff.). Bei Berücksichtigung dieser Entscheidung hätte das LAG erst recht erkennen müssen, dass in Anwendung von § 10 Satz 1 AGG (Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG) und nach der Rechtsprechung des EuGH die gesetzgeberische arbeitsmarktpolitische Zielsetzung, d.h. das „legitime Ziel im Rahmen des nationalen Rechts“ (EuGH, aaO, Ziff. 66) für die Ungleichbehandlung zu ermitteln ist. Dann wäre das Berufungsgericht im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis gelangt, dass in Ermangelung einer gesetzlichen Er-

mächtigungsgrundlage für die Altersgrenze in § 19 Abs. 1 MTV kein legitimes Ziel aus dem Bereich der Luftverkehrssicherheit geltend gemacht werden kann, auch weil diese Regelung erkennbar kein arbeitsmarktpolitisches Ziel verfolgt.

Das wird auch durch die tarifvertragliche Ablösung der Altersgrenze zwischen Condor und der Vereinigung Cockpit (s.o. A.III.) deutlich.

Rechtsfehlerhaft sind daher insbesondere die oberflächlichen Ausführungen des LAG auf Seite 19f. des Berufungsurteils:

„Die Tarifvertragsparteien sind auch nicht gehindert, Sicherheitserwägungen zu verfolgen. Im Rahmen des § 10 Satz 1 AGG besteht Einigkeit darüber, dass zu den eine unterschiedliche Behandlung wegen Alters rechtfertigenden Zielen jedenfalls auch Gemeinwohlinteressen zählen, (...).“

Entgegen der Auffassung des LAG steht es den Tarifvertragsparteien - wie umfassend dargelegt - aber nicht zu, sich zu Vertretern von gesetzlich zu regelnden Gemeinwohlinteressen aufzuspielen. Das wird in der aktuellen Literatur zu dem Palacios-Urteil ebenso gesehen. So sagt beispielsweise Bayreuther in einer Besprechung der Palacios-Entscheidung (Bayreuther, DB 2007, 2425), der EuGH fokussiere sich dort

„fast ausnahmslos auf die staatliche Ermächtigungsnorm“

und nicht auf die eigentliche Tarifnorm: ohne gesetzliche Ermächtigungsnorm kann es keine wirksame Tarifnorm geben.

2.

Die Gesetzgebungsbegründung zu § 14 Abs. 1 TzBfG befasst sich bei der Festlegung zulässiger Sachgründe für Befristungen ausschließlich mit arbeitsmarktpolitischen Zielen, so z.B.

- die Anerkennung eines vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs,
- die Erleichterung des Berufsstarts,

- die Vertretung eines anderen Arbeitnehmers,
- das Recht der Rundfunkanstalten und Bühnen, aus Gründen der Programmplanung oder der künstlerischen Gestaltung Mitarbeiter befristet einzustellen,
- die vorübergehende Beschäftigung aus sozialen Gründen (Wehrdienst, Studium, etc.) u.w.m. (BT-Drucks. 14/4374, S. 18f.).

Fragen der öffentlichen Sicherheit schwebten dem Gesetzgeber als Regelungsgegenstand dieses Gesetzes jedenfalls nicht vor. Eine Analogie ist nicht zulässig.

Der Gesetzgeber stellt die Antidiskriminierungszielsetzung, die hinter dem TzBfG und der RL 1999/70/EG steht, hervor: Nach § 611a BGB ist das Geschlecht kein in der Person der Arbeitnehmers liegender Grund für die Befristung des Arbeitsvertrages (BT-Drucks. 14/4374, S. 19). Dies muss in Anwendung des primärrechtlichen Grundsatzes des Verbots der Altersdiskriminierung in gleicher Weise auch für das kalendarische Alter einer Person gelten.

Letztlich werden über das TzBfG die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in Teilbereichen geregelt. Die Arbeits- und Tarifvertragsparteien können unter Zuhilfenahme dieses Gesetzes Arbeits- und Sozialpolitik betreiben. Nicht mehr und nicht weniger. Fragen der öffentlichen Sicherheit sind dem Regelungsbe- reich dieses Gesetzes entzogen, weil sie ohnehin jenseits der Kompetenz- grenze der Tarifvertragsautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG liegen.

3.

Tarifvertragsparteien sind Vereinigungen „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, Art. 9 Abs. 3 GG. Das Begriffspaar „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ kennzeichnet abschließend den Sachbereich, den die Koalitionen in eigener Verantwortung ohne staatliche Einflussnahme gestalten können (BVerfG, Beschl. v. 26.05.1970 - 2 BvR 664/65, AP Art. 9 GG Nr. 16). In einfachgesetzlicher Ausgestaltung dieses verfassungsrechtlichen Grundsatzes bestimmt § 1 TVG, dass ein Tarifvertrag Rechtsnormen enthält, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Über den Tarifvertrag können folglich Aspekte behandelt wer-

den wie z.B. Arbeitsentgelt, Arbeitszeit, Art des Beschäftigungsverhältnisses, Arbeitsbedingungen, Mitbestimmung, Arbeitskampf, usw.

Fragen der Sicherheit des Luftverkehrs, d.h. der Luftaufsicht, gehören demgegenüber nicht zu den Bereichen, die Tarifvertragsparteien in eigener Kompetenz regeln dürfen. Gemäß § 29 Abs. 1 Luftverkehrsgesetz ist die Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch die Luftfahrt ausschließliche Aufgabe der Luftfahrtbehörden und der für die Flugsicherung zuständigen Stelle. Der insoweit zuständige Verordnungsgeber, das Luftfahrtbundesamt, hat die Frage der Höchstbefristung von Lizenzen für Verkehrsflugzeugführer und damit auch die mögliche Höchstbeschäftigungsdauer von Verkehrspiloten in § 4 1. DV LuftPersV abschließend geregelt.

Deutlich wird dies auch dadurch, dass die Gültigkeitsdauer von Lizenzen für Verkehrspiloten nicht von tarifvertraglichen Altersgrenzen oder sonstigen tarifvertraglichen Bedingungen abhängig ist oder überhaupt beeinflusst wird.

Die Tarifvertragsparteien können sich deshalb in diesem Zusammenhang nicht auf legitime Ziele berufen.

Das LAG hätte folglich bereits zu Beginn seiner Prüfung der Altersgrenze in § 19 Abs. 1 MTV am Maßstab von § 10 Satz 1 AGG feststellen müssen, dass eine tarifliche Höchstaltersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten - von den Tarifvertragsparteien angeblich unter Berufung auf die Sicherheit des Luftverkehrs vereinbart - nicht durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, weil es für diese tarifliche Zielsetzung keinen gesetzlichen Spielraum gibt.

Die Lizenzierung als Verkehrspilot ist nur von gesetzlichen Vorschriften bestimmt. Für sie gilt keine tarifvertragliche Zuständigkeit. Das gilt auch für Altersgrenzen wie in § 19 Abs. 1 MTV, die die Nutzung einer vollgültigen, die Altersgrenze überschreitenden Lizenz ohne Ermächtigungsgrundlage begrenzt. Dies ist in der Tat ein eigenständiger Gesichtspunkt der Verletzung von Art. 12 GG, auf die das Bundesarbeitsgericht abstellt. Die Erwägungen des Bundesarbeitsgerichts zur Zulässigkeit der Altersgrenze 60 nach Art. 12 GG befassen sich aber nicht mit der Diskrepanz, dass die Lizenzierung, d. h. der Nachweis der Fähigkeit, ein Verkehrsflugzeug nach internationalen und nationalen Sicherheitsvorschriften zu führen, mit einer willkürlichen tariflichen Altersgrenze

nicht vereinbar ist und dafür auch als legitimes Ziel eine rechtliche Ermächtigungsgrundlage fehlt.

Dieses Verständnis von den Grenzen tariflicher Zielsetzungsprärogativen steht auch in Einklang mit dem lediglich begrenzten Geltungsbereich von (nicht für allgemeinverbindlich erklärten) Tarifverträgen. Es ist anmaßend, wenn die Tarifvertragsparteien meinen, in einem (Firmen-)Tarifvertrag wie dem MTV gesetzlich bereits geregelte Fragen der Luftaufsicht abweichend bewerten zu können.

VI.

Nach Ansicht des LAG liegt ein legitimes Ziel für die Altersgrenze im Wesentlichen darin begründet, dass die Tätigkeit von Flugzeugführern im Alter über 60 Jahren mit einem höheren „Gefährdungspotential“ belastet sei (S. 16f. d. Urteils). Dieses Gefährdungspotential sei zwar nicht belegt (S. 18f. d. Urteils), es beruhe aber im Kern

„auf der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Gefahr einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit mit zunehmendem Alter größer wird.“

(S. 16 d. Urteils)

„Nach der Lebenserfahrung ist - individuell durchaus völlig unterschiedlich ausgeprägt - mit zunehmendem Lebensalter mit zunehmender Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit und dem Risiko altersbedingter Ausfallerscheinungen und unerwarteter Fehlreaktionen zu rechnen.“

(S. 18 d. Urteils)

1.

Der Begriff „Gefährdungspotential“ ist ein wertender unbestimmter Rechtsbegriff ohne jegliche Konturen. Schon die Wortwahl „Potential“ lässt den grundlie-

genden Denkfehler des LAG deutlich werden, es müsse sich nicht mit der Beweiserheblichkeit von Tatsachen für die Ausfüllung des Begriffs befassen. Denn „Potential“ ist immer eine Funktion von Variablen, die in der Summe „Gefährdung“ definieren. Variable tragen als Begriff die Unbestimmtheit ihres Inhalts mit sich. Das Ergebnis der Anwendung von Variablen, aus der eine wertende Schlussfolgerung gezogen werden könnte, ist immer abhängig von wertenden Einzelheiten der Variablen. Werden Variable als Tatsachen nicht definiert und prozessrechtlich korrekt durch unstreitigen Vortrag oder Beweiserhebung festgestellt, ist jedes Ergebnis zwangsläufig willkürlich.

Die gleichen Erwägungen gelten für den vom LAG verwendeten unbestimmten Rechtsbegriff (Seite 17 des Urteils) der „konkret erhöhten Gefährdung“.

Der Bundesgerichtshof erfaßt diese Fragestellung der Variablen als Verstoß gegen die Denkgesetze unter dem Begriff der „Ambivalenz“ (BGH, Urt. v. 12. März 2004 - V ZR 257/03, NJW 2004, 1876, 1879). Er sagt in dieser Entscheidung in ständiger Rechtsprechung:

„Ein Verstoß gegen Denkgesetze liegt unter anderem dann vor, wenn Umständen Indizienwirkungen zuerkannt werden, die sie nicht haben können, oder wenn die Ambivalenz von Indizientatsachen nicht erkannt wird.“

Ambivalenz, also die Deutungsmöglichkeit in verschiedene Richtungen, kann nie zu einem sicheren Urteil in nur eine Richtung führen. Die Ambivalenz kann nur aufgehoben werden, wenn sie durch Beweiserhebung von Tatsachen der Eindeutigkeit weichen muss. Solange Ambivalenz wegen in einen Prozeß nicht eingeführten Tatsachen besteht, gibt es ohne Beweiserhebung keine richterliche Entscheidungsgrundlage. Daraus folgt nach der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Hervorhebung durch die Unterzeichner):

„Geht das Erstgericht – wie hier – auf Grund einer fehlerhaften Beweiswürdigung von der Nichterweislichkeit einer entscheidungserheblichen Tatsachenbehauptung aus, so bestehen konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit der getroffenen Feststellungen (es folgt ein Zitat, die Unterzeichner). Hierbei genügt es, wenn nur ein tragendes Element der erstinstanzlichen Beweiswürdigung in seiner Aussagekraft ge-

schmälert wird ..., weil bereits dann die Unrichtigkeit oder Lückenhaftigkeit der getroffenen Feststellungen als Folge der konkreten Anhaltspunkte nicht ausgeschlossen werden kann (Rimmelpacher, NJW 2002, 1897, 1902).“

2.

Es ist ebenso ein Verstoß gegen Denkgesetze, wenn das LAG (Seite 17 d. Urts., 1. Absatz) ausführt:

„Sachgrund i.S.d. § 14 TzBfG und Ziel i.S.d. § 10 AGG ist nicht die Vermeidung einer vom einzelnen Arbeitnehmer ausgehenden konkret erhöhten Gefährdung, sondern der durch Beschäftigung von Verkehrsflugzeugführern über das 60. Lebensjahr hinaus eintretenden erhöhten abstrakten Gefährdung. Damit sind auf der Grundlage von Erfahrungswerten beruhende generalisierende Regelungen zulässig (BVerfG 25. November 2004 – 1 BvR 2459/04 – aaO).“

Nochmals klarstellend: Das TzBfG spielt für diesen Rechtsstreit keine Rolle.

Weder „Lebenserfahrung“ noch „zunehmendes Alter“, die das LAG als weitere unbestimmte Rechtsbegriffe ohne nähere Konkretisierung einführt, sind mit Tatsacheninhalt gefüllt, also fehlen definierte Variablen. Mit ihnen kann folglich ein „Potential“ als Ergebnisgrundlage für eine Rechtsfolge nicht festgestellt werden, es sei denn, man anerkennt ein daran liegendes Vorurteil als zulässigen rechtlichen Gesichtspunkt im Widerspruch zu den Grundlagen unseres Rechts an. Ein Vorurteil ist aber, auf Immanuel Kant zurückgehend,

„ein Grundsatz aus subjektiven Ursachen der Sinnlichkeit, welche fälschlicherweise für objektive Gründe des Verstandes gehalten werden“;

es hat in dem streng geordneten Verfahren der richterlichen Rechtsfindung keine Daseinsberechtigung.

Variablen hängen vom Beruf, vom Gesundheitszustand, Berufsethos, technische Bedingungen etc. ab. Sie müssen also immer vom konkreten Einzelfall

hergeleitet werden, weil „allgemeine Lebenserfahrung“, auch wenn sie von einem Richter formuliert wird, keine Allgemeingültigkeit jedenfalls für Berufszweige entfalten kann, in denen der Richter nicht zuhause ist. Insbesondere ist es verfahrens- und materiellrechtlich fehlerhaft, wenn ein Richter ohne nähere Begründung auf die eigene Sachkunde und Lebenserfahrung verweist, um auf diesem Wege eine ordnungsgemäße Beweiserhebung entbehrlich zu machen (so ausdrückl. BGH, Beschl. v. 16.01.2007 - VI ZR 166/06, VersR 2007, 1008, Ziff. 3; ähnlich auch BVerfG, Beschl. v. 25.10.2002 - 1 BvR 2116/01, Ziff. 22).

3.

Die Ansicht des Landesarbeitsgerichts – bei allem persönlichen Respekt - verstößt gegen grundlegende verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Denkgesetze. Versucht man sie nachzuvollziehen und in eine prozessgerechte Denkkategorie einzuordnen, kommt man zu dem Ergebnis:

Die Tatsache, dass es keine Beweise für ein an das Alter 60 festzumachendes altersbedingtes Sicherheitsrisiko gibt – das sieht auch das Landesarbeitsgericht so –, besagt – entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts – nicht, dass der Beweis darüber nicht geführt werden könnte, wie er vom Kläger auch angeboten wurde. Es handelt sich nicht um einen Sachverhalt, der dem Beweis nicht zugänglich wäre. Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, das Risiko sei nicht bewiesen, aber auch nicht widerlegt, ist demnach eine unzulässige Beweiswürdigung oder – besser – Beweisergebnisvorwegnahme, deren zwingende Prämissen die Beweiszugänglichkeit und die Beweiserheblichkeit sind. Im Ergebnis also würdigt das Gericht in Wirklichkeit Beweise, die es verfahrenswidrig gar nicht erhoben hat. Es verletzt damit die grundlegende Bestimmung des § 286 ZPO, indem es unterlässt, die für die richterliche Überzeugung maßgeblichen Gründe anzugeben. Der Einklang mit den für den Denkprozess notwendig vorausgesetzten Ergebnissen der Rechtsprechung des BAG ersetzt die Darlegung von Tatsachen und die Notwendigkeit der Tatsachenermittlung nach § 286 ZPO nicht.

Ist der Sachverhalt der Beweisführung zugänglich, muß zwingend Beweis erhoben werden und kann dieser nicht durch Erfahrungssätze ersetzt werden, die für sich wiederum unter den gleichen Voraussetzungen beweisbedürftig und dem Beweis zugänglich sind.

4.

Das sieht das LAG im Grunde ebenso, ohne allerdings die zutreffenden Rechtsfolgen daraus zu ziehen. Es stellt auf Seite 15 des angefochtenen Urteils fest:

„Voraussetzung hiernach ist ein legitimer Grund für die Altersgrenze, der als gerichtlich überprüfbarer Sachgrund bezeichnet werden kann.“

Entgegen seiner eigenen Erkenntnis hat das LAG die Tatbestandsmerkmale des „Sachgrundes“ nicht definiert und verfahrenswidrig nicht festgestellt oder aus dem Parteivortrag geschlossen. Der Hinweis auf die Überprüfbarkeit des Sachgrundes macht deutlich, dass das Gericht darin einen dem Beweis zugänglichen Tatbestand sieht, den es jedoch ablehnt zu erforschen, weil es meint, dies auf Grund der nur auf Art. 12 GG gestützten Rechtsprechung des BAG nicht tun zu müssen.

5.

Wenn demnach, wie vorgetragen, die Unstreitigkeit, dass an das konkrete Alter 60 keine Sicherheitserwägung geknüpft werden kann, nach § 138 ZPO gegeben ist, verbietet sich, dass das Gericht eigene Vorstellungen einbringt, die nicht durch den Parteivortrag gedeckt sind, weil die Parteien die Herren des Verfahrens und des Parteivortrags sind. Entgegen der Auffassung des LAG ist die Bezugnahme der Beklagten auf die Rechtsprechung des BAG wegen des von den Klägern wiederholt unter Beweisantritt vorgetragenen Sachverhalts zum Fehlen von Sicherheitsaspekten (Berufungsbegründung der Kläger v. 29.05.2007, S. 13-19; S. 33-35; S. 37-39; Schriftsatz der Kläger vom 28.08.2007, S. 3f.) kein zulässiges Bestreiten, mit der Folge der unmittelbaren Anwendung von § 138 ZPO.

Das Gericht hat den Sachverhalt nicht zu gestalten, sondern so, wie er vorgetragen wird, zu beurteilen. Das Gericht darf die Erwägungen der Lebenserfahrung gegen den oder ergänzend zum Parteivortrag nicht anstellen. Es durfte deshalb das Argument, das angebliche Risiko sei nicht widerlegt, erst gar nicht in die Begründungserwägung aufnehmen, insbesondere auch deshalb nicht, weil die Existenz des Risikos selber nicht bewiesen ist. Ein die Entscheidung tragender Verfahrensfehler liegt auch dann vor, wenn das Vorgericht Tatsa-

chen verwendet, die von den Parteien nicht vorgetragen wurden (BGH, Ur. v. 19.03.2004 - V ZR 104/03, NJW 2004, 2152).

Auch wenn das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil aus anderen Gründen für richtig hält, muß es dennoch zwingend eigene Feststellungen treffen, weil mindestens die Möglichkeit einer anderen Entscheidung besteht (BGH, Ur. v. 19.03.2004 - V ZR 104/03, NJW 2004, 2152).

Die Verfahrensfehler des LAG liegen demnach darin, dass es das erstinstanzliche Urteil nicht im vollem Umfang überprüft hat und darin, dass es eigene Feststellungen unterlassen hat, obwohl Anlass dafür bestand, über die Frage der altersbedingten Beeinträchtigung eines Piloten ab dem 60. Lebensjahr die angebotenen Beweise zu beheben. Die Verfahrensfehler liegen ferner darin, dass es die gebotene Beweiserhebung durch eine vermeintlich eigene Lebenserfahrung ersetzt hat und die angebliche Nicht-Widerlegung den Klägern zum Nachteil gereichen ließ (BGH, Ur. v. 09.03.2005 - VIII ZR 266/05, BGHZ 162, 313 in Fortführung des Urteils vom 14.07.2004 - VIII ZR 164/03, BGHZ 160, 83 = NJW 2004, 2757).

Die hier vertretene Auffassung deckt sich – vergleichbar – mit der Ansicht des Bundesgerichtshofs, der im Urteil vom 12. März 2004 (V ZR 257/03, NJW 2004, 1876, 1879) sagt (Hervorhebungen durch die Unterzeichner):

„Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich weder das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte noch die Erforderlichkeit erneuter Feststellungen mit der Erwägung verneinen, das Ergebnis der erstinstanzlichen Beweiswürdigung unterliege zwar „gewissen Zweifeln“, sei aber aus anderen Gründen richtig (zum Beispiel aus Gründen der Lebenserfahrung, die Unterzeichner). Zu dieser Schlussfolgerung konnte das Berufungsgericht nur auf Grund einer eigenständigen Würdigung der in erster Instanz erhobenen Beweise gelangen. Dies stellt jedoch, worauf die Revision zutreffend hinweist, der Sache nach eine erneute Tatsachenfeststellung dar, die aber nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 ZPO das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte und das Gebotensein nochmaliger Feststellungen gerade voraussetzt.“

6.

Die Erkenntnis, dass der in der nationalen Rechtssprechung traditionell und unreflektiert angewendete Vermutungssatz, wonach mit zunehmendem Alter automatisch die Leistungsfähigkeit nachlasse, in sich altersdiskriminierend sein könnte, findet - wie bereits dem LAG gegenüber dargelegt - auch Eingang in die Entscheidungsfindung der Arbeitsgerichte. So heißt es in einem aktuellen Urteil des LAG Hannover (Urt. v. 13.07.2007 - 16 Sa 274/07; ZIP 2008, 132, 135):

„Mit dem ArbG ist auch davon auszugehen, dass ein zunehmendes Alter nicht automatisch zu einer verminderten Leistungsfähigkeit führt. Eine physisch verminderte Leistungsfähigkeit kann ausgeglichen werden durch Erfahrungswissen, Routine und ähnliche weitere Fähigkeiten älterer Arbeitnehmer.“

Die Kläger machen sich die Ausführungen des LAG Hannover ausdrücklich zu Eigen. Es bestätigt das - insoweit bahnbrechende - Urteil des Arbeitsgerichts Osnabrück vom 05.02.2007 (Az.: 3 Ca 677/06), auf das die Kläger bereits im Berufungsverfahren ausführlich Bezug genommen haben (Berufungsbegründung vom 29.05.2007, S. 37ff.).

7.

Versteht man die Ausführung des LAG auch als Auslegungsversuch des Manteltarifvertrages, so verkennt das Gericht die Auslegungsbedingungen, die an eine Vertragsauslegung gestellt werden müssen. Der BGH versteht eine Inhaltsbestimmung im Wege juristischer Auslegung stets als „verstehende Interpretation von Tatsachen“. Sie wird von Normen des materiellen Rechts (§§ 133, 157 BGB) und daraus entwickelten methodischen Anweisungen geleitet. Auf Grund dieser normativen Vorgaben fällt der Vorgang des juristischen Verstehens einer Vereinbarung durch richterliche Vertragsauslegung in den Bereich der Anwendung materiellen Rechts, deren Überprüfung durch das Berufungsgericht sich nach § 513 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 546 ZPO richtet. (BGH, Urt. v. 14.07.2004 - VIII ZR 164/03, BGHZ 160, 83 = NJW 2004, 2757). Ob sich danach die Überprüfung des vom erstinstanzlichen Gericht ermittelten Inhalts eines Tarifvertrages nach § 529 ZPO oder nach § 546 ZPO richtet, hängt nach dieser Rechtssprechung des BGH davon ab, ob es sich um

eine Frage der Tatsachenfeststellung (§ 529 ZPO) oder der Rechtsanwendung (§ 546 ZPO) handelt. Tatfragen und Rechtsfragen hängen bei der Ermittlung des Inhalts auch von Tarifverträgen eng zusammen, weil es sich hierbei um einen „komplexen Akt des Verstehens“ handelt, der tatsächliche und materiell-rechtliche Elemente einschließt. Demnach, wenn das LAG durch Einführung unbestimmter Rechtsbegriffe selber Tatbestände beschreibt, muss es deren Inhalte empirisch erforschen und normativ bestimmen. Das LAG wendet aber weder § 529 ZPO noch § 546 ZPO an und verstößt deshalb gegen grundlegende Auslegungsregeln, weil es weder verfahrensrechtlich § 529 ZPO noch materiell-rechtlich § 546 ZPO anwendet.

8.

Einen hinreichenden eigenen Sachverstand hat das LAG nicht, ein solcher Sachverstand wird auch nicht durch die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ersetzt oder überflüssig.

VII.

Das LAG verkennt für die Zielsetzung den eigentlichen Sinn des dem AGG zu Grunde liegenden Europäischen Antidiskriminierungsrechts und verstößt mit der Berücksichtigung eines unbestimmten und uferlosen angeblichen Satzes der allgemeinen Lebenserfahrung im Ergebnis gegen seine Pflichten aus Art. 10 EG-Vertrag.

1.

Die zitierte Schlussfolgerung des LAG ist ratio decidendi. Ohne diese wäre das Gericht zu einer anderen Entscheidung dahingehend gekommen, dass nach richterlicher Tatsachenfeststellung jedenfalls bei Arbeitnehmern, die noch nicht das gesetzliche Renteneintrittsalter erreicht haben, nicht generalisierend von einem altersabhängigen Leistungsabfall ausgegangen werden darf. Das gilt bei Flugzeugführern für die Ausübung ihres Berufs und der damit verbundenen, permanenten Leistungskontrollen (vgl. Schriftsatz der Kläger v. 28.08.2007, S. 3f.) sowie altersunabhängigen persönlichen und technischen Redundanzen im Flugbetrieb. In der Folge ist die Annahme eines höheren

„Gefährdungspotentials“ bei Flugzeugführern im Alter über 60 Jahren nicht haltbar, weder abstrakt noch auf die Kläger bezogen. Die Tarifvertragsparteien können sich auch deshalb nicht auf ein legitimes Ziel i.S.v. § 10 AGG berufen, weshalb die Altersgrenze in § 19 Abs. 1 MTV nicht gerechtfertigt und damit unwirksam ist.

Der vom LAG unzulässig verwendete Erfahrungssatz kann in Bezug auf die hier streitgegenständliche Altersgrenze 60 nur wie folgt ausgelegt werden, soll er überhaupt einen konkreten Regelungsinhalt haben:

„Es ist zu vermuten / die Tarifvertragsparteien können zulässigerweise vermuten, dass Verkehrsflugzeugführer ab einem Alter von 60 Lebensjahren den an sie gestellten Anforderungen nicht in demselben Maße gewachsen sind wie jüngere Piloten.“

Diese Annahme ist, wie das Gericht zutreffend darlegt, durch nichts belegt. Sie liefert nicht nur kein „legitimes Ziel“ i.S.v. § 10 AGG und i.S.v. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG; die Urteilsbegründung ist selbst Altersdiskriminierung i.S. des AGG und des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters und kann mit Blick auf den Schutzzweck der europarechtlichen Vorgaben nicht mehr bestehen (so ausdrückl. Brors, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 25; für eine regelmäßige Überprüfung der Leistungsfähigkeit statt der Anwendung eines Vermutungssatzes auch Boecken/Joussen, TzBfG, § 14 Rn. 113).

2.

Die Vermutungsgrundlage, die das LAG anwendet, setzt einzig und willkürlich an dem kalendarischen Alter der Arbeitnehmer an und knüpft daran als Prämisse einen negativ besetzten angeblichen Erfahrungssatz:

Das ist ein klassischer Zirkelschluss.

Piloten, die in das altersmäßige Raster der Vermutungsgrundlage fallen, wird auf der Basis dieses Zirkelschlusses die Möglichkeit des Gegenbeweises genommen. Damit wird ihnen im Ergebnis der staatliche Rechtsschutz unter Verletzung von Art. 20 GG verweigert. Sie werden schlechter behandelt als jüngere Arbeitnehmer, die die gleiche Arbeit erbringen, indem ihnen das Recht auf

Arbeit genommen wird.

Soweit sich das LAG bei der Anwendung dieses Vermutungssatzes auf Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts beruft und diese unreflektiert übernimmt, hat es Art. 10 EG rechtsfehlerhaft unangewendet gelassen, vgl. § 546 ZPO. Die vom LAG zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen (BAG, Ur. v. 21.07.2007 - 7 AZR 589/03 - EzA BGB 2002 § 620 Altersgrenze Nr. 5; BVerfG, Beschl. v. 25.11.2004 - 1 BvR 2459/04 - AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 25) sind organschaftliche Handlungen eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft. Als solche sind sie stets auf ihre (Noch-)Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit dem primärrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung zu überprüfen und bei widersprechender neuerer Erkenntnis zu unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht zwingend außer Anwendung zu lassen (Art. 10 EG, Grds. des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts). Diese Prüfungspflicht ist gemeinschaftsrechtlicher Natur und obliegt sämtlichen mitgliedstaatlichen Gerichten im Rahmen ihrer Aufgabe, die Geltung des Gemeinschaftsrechts unter fortschreitenden Erkenntnissen zu gewährleisten, wie die Rechtsprechung des EuGH belegt (EuGH, Ur. v. 22.11.2005 - C-144/04 [Mangold], AP Richtlinie 2000/78/EG, Ziff. 77).

Das LAG durfte sich demzufolge nicht auf den oben dargestellten - gemeinschaftsrechtswidrigen - Vermutungssatz zurückziehen, den es im Gemeinschaftsrecht auch nicht gibt. Hätte das Berufungsgericht den Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts beachtet und den zitierten Vermutungssatz auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht geprüft, hätte es nach den mit der Berufung verfolgten Anträgen des Klägers entschieden (s.o., vgl. RGZ 118, 384).

VIII.

Das Berufungsgericht hat die Beweislastregelung in § 22 AGG missverstanden und verkannt. Dies wird seitens der Revision als unrichtige Anwendung materiellen Rechts und des Verfahrensrechts gerügt, vgl. § 546 ZPO.

1.

In langen Ausführungen - sämtlich ratio decidendi - gelangt das LAG zunächst zu dem Ergebnis, es könne zulässigerweise ein empirisch nicht belegtes, aber zumindest auch nicht widerlegtes, „erhöhtes abstraktes Gefährdungsrisiko“ oder „Gefährdungspotential“ bei Flugzeugführern im Alter über 60 Jahren vermutet werden (S. 16-19 d. Urteils). Hierauf beruhe das legitime Ziel für die Altersgrenze in § 19 Abs. 1 MTV (S. 16 d. Urteils). Die verfahrensfehlerhafte, da beweisvereitelnde Annahme einer derartigen Vermutung wird von der Revision nachfolgend auch mit der Verfahrensrüge erweiternd angegriffen.

Soweit das LAG feststellt (S. 16 d. Urteils), nach den Grundsätzen der nationalen Befristungskontrolle habe die Beklagte

„auch nicht nachzuweisen, dass allgemein oder abstrakt ab Vollendung des 60. Lebensjahres medizinisch belegbar das Risiko von Fehlleistungen älterer Verkehrsflugzeugführer wächst und auch nicht durch erhöhte Erfahrung kompensiert wird oder dass dies konkret bei dem Kläger der Fall ist“,

ist dies verfahrensrechtlich und materiellrechtlich falsch. Die Beklagte hat die Beweislast für die angeblichen Sicherheitsrisiken ab dem Alter 60. Mit Blick auf § 22 AGG sind die vorgenannten Erwägungen des LAG unhaltbar geworden. Unrichtig ist es daher insbesondere, wenn das LAG weiter ausführt (S. 17ff. d. Urteils):

„Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht dem ebensowenig entgegen wie § 22 AGG.

(...)

Auch das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und § 22 AGG führen weder dazu, dass im Rahmen der Überprüfung tarifvertraglicher Altersgrenzen für Verkehrsflugzeugführer der Nachweis zu führen wäre, dass allgemein mit der Beschäftigung von Verkehrsflugzeugführern nach Vollendung des 60. Lebensjahres eine erhöhte Gefährdungslage eintritt oder dass dies bei der konkreten Weiterbeschäftigung des Klägers der Fall ist (...).

Die Altersgrenze dient der Vermeidung eines Sicherheitsrisikos. Ob ein Risiko besteht, bemisst sich nicht danach, ob und in welchem Grad seine Realisierung empirisch belegt ist.

(...)

Die Tätigkeit eines Flugzeugführers ist mit berufsspezifischen Risiken verbunden. Nach der Lebenserfahrung ist - individuell durchaus völlig unterschiedlich ausgeprägt - mit zunehmendem Lebensalter mit zunehmender Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit und dem Risiko altersbedingter Ausfallerscheinungen und unerwarteter Fehlreaktionen zu rechnen. Diese Prämisse mag für den Bereich der Verkehrsflugzeugführer nicht empirisch belegt sein. Sie ist nach dem derzeitigen Stand aber auch nicht empirisch widerlegt.“

Dies ist eine nach den prozessualen Denkgesetzen unzulässige Erwägung. Es gibt keinen prozessualen und materiellrechtlichen Rechtssatz, der besagte, ein tatsächlich nicht vorhandener Umstand könne unter Beweislastgesichtspunkten in Erwägung gezogen werden, weil sein Eintreten nicht ausgeschlossen werden könne oder nicht widerlegt sei. Dass schon die vom Gericht angeführte „Prämisse“ - sie ist identisch mit dem bereits diskutierten „Gefährdungspotential“ - einen Zirkelschluss darstellt, wurde bereits ausgeführt.

Wäre diese Aussage unter Beweislastregelungen richtig, und die Aussage „sie ist nach dem derzeitigen Stand aber auch nicht empirisch widerlegt“ der Beweislast der Kläger zugeordnet, hätte das Gericht zwingend den von den Klägern wiederholt angebotenen Beweis (Berufungsbegründung v. 29.05.2007, S. 34, 38; Schriftsatz der Kläger vom 28.08.2007, S. 3f.) erheben müssen.

2.

Wenn es einen Umstand nicht gibt, kann sein Nichtvorhandensein nicht bewiesen werden, wie das LAG selbst sagt. Dann ist denknotwendig der Gegenbeweis ausgeschlossen. Substanz bekäme die Überlegung nur, wenn das Gericht Anhaltspunkte hätte, dass das, was nicht ist, werden könne. Einen solchen mystischen Hintergrund scheint das Gericht durch die Formulierung „nach dem derzeitigen Stand“ anzunehmen. Aber auch für eine solche An-

fangsvermutung gibt es außer der Allgemeinerkenntnis, dass man mit zunehmenden Lebensjahren älter wird, im Sinne richterlicher Tatsachenfeststellung nichts Greifbares.

Der 31. Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG stellt demgegenüber klar:

„Eine Änderung der Regeln für die Beweislast ist geboten, wenn ein glaubhafter Anschein einer Diskriminierung besteht. Zur wirksamen Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist eine Verlagerung der Beweislast auf die beklagte Partei erforderlich, wenn eine solche Diskriminierung nachgewiesen ist.“

Die entsprechende Umsetzung dieses Richtlinienziels in Art. 10 Abs. 1 RL 2000/78/EG lässt den Ausführungen des LAG keinen Raum:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit ihrem nationalen Gerichtswesen die erforderlichen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.“

(Hervorhebungen durch die Unterzeichner)

Und schließlich die unmissverständliche Umsetzung der Gemeinschaftsvorgaben in § 22 AGG:

„Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.“

Es ist rechtsfehlerhaft, dass in dem sonst so ausführlich begründeten Berufungsurteil die Beweislastregelung des § 22 AGG nur kurz erwähnt, aber in keiner Weise definiert oder subsumiert wird (vgl. Berufungsurteil, S. 17f.). Das LAG hat rechtsfehlerhaft übersehen, dass die Beklagte für sämtliche Tatbestandsmerkmale des Rechtfertigungsgrundes in § 22 AGG, mithin für die mit der Ungleichbehandlung verfolgte Zielsetzung sowie für deren Angemessenheit und Erforderlichkeit zwingend beweispflichtig ist und letztlich beweisfällig geblieben ist.

Das Urteil des LAG beruht demnach auf der Nichtanwendung von § 22 AGG.

3.

Nach § 22 AGG musste das LAG entgegen seiner Ansicht (Seite 17f. des Urteils) den Nachweis einzelfallbezogen zulassen, ob von einem einzelnen Arbeitnehmer eine Gefährdung ausgeht oder nicht. Dieser Nachweis entfällt auch dann nicht und erst recht nicht, wenn ein legitimes Ziel definiert wäre, das hier ebenfalls nicht gegeben ist.

Die bewusste Ablehnung des Gerichts, Tatsachen festzustellen und den dazu streitigen Vortrag der Parteien zu würdigen, stellt im Ergebnis eine Rechtsverweigerung dar und verletzt damit fundamental Gemeinschaftsrecht und nationales Recht, das Rechtsstaatsprinzip und das Recht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 GG.

4.

Soweit das LAG selbst eingestehen muss, altersbedingte Risiken bei Verkehrsflugzeugführern und damit auch die Berechtigung entsprechender „Vorsichtsmaßnahmen“ in Form vorgezogener Altersgrenzen seien nicht einmal in abstrakter Form belegt (vgl. S. 16-18 d. Urteils, s.o.), geht dies wegen § 22 AGG zwingend zu Lasten der Beklagten (vgl. Brors, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 8 Rn. 25, § 10 Rn. 89), wenn man nicht schon nach § 138 Abs. 3 ZPO den unstreitigen Vortrag des Klägers als zwingend richtig zu berücksichtigen hat. Dies hat das LAG - materiellrechtlich fehlerhaft, da unter Verstoß gegen § 22 AGG - verkannt.

5.

Das LAG gesteht der Beklagten zu, mit der bloßen Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG berufe sie sich zulässig auf ein altersbedingtes Risiko beim Einsatz von Piloten nach Vollendung des 60. Lebensjahres. Diese Annahme ist nach allgemeinem Prozessrecht streitiger Vortrag, der zwingend zur Beweiserhebung führen musste, die das LAG verfahrenswidrig unterlassen hat. Die Beklagte vertritt diese Ansicht in dem vom LAG dargelegten Zusammenhang auch gar nicht. Hätte das LAG die Bezugnahme auf die Rechtsprechung über die Gesichtspunkte aus Art. 12 GG dargelegt, hätte es festgestellt, dass die Beklagte die vom LAG vertretene Rechtsauffassung selber nicht vertritt. Art. 12 GG war im Verhältnis der rechtlichen Argumentationen zwischen den Prozessparteien nicht diskutiert.

6.

Das LAG kann auch nicht die Fragestellung unversehens in den Bereich der Tarifvertragsparteien verweisen mit der Begründung, die Beklagte sei nicht Tarifvertragspartei. Auch der Kläger ist nicht Tarifvertragspartei. Im bilateralen Verhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten kommt es auf die einvernehmliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag an, der ausschließlich durch dieses privatautonome Verhältnis bestimmt ist, ohne das es auf die Tarifvertragsparteien ankäme. Maßgeblich ist allein, dass die Beklagte dem Klageanspruch nach dem AGG unter Berufung auf den MTV entgegentritt.

7.

Die Feststellungen, die Beklagte müsse den Nachweis des Sicherheitsrisikos nicht erbringen, weil es in die Beurteilung der Tarifvertragsparteien falle, ist ferner unrichtig, da nicht festgestellt ist, dass die Tarifvertragsparteien Sicherheitserwägungen überhaupt getroffen haben. Dafür wäre die Beklagte beweispflichtig, die dazu nichts vorgetragen hat. Die Unterstellung, die Tarifvertragsparteien hätten bei der Festlegung der Altergrenze Sicherheitsaspekte überhaupt in Erwägung gezogen, ist durch nichts belegt, Tatsachenfeststellungen trifft das Gericht nicht, der Parteivortrag der Beklagten gibt dafür keinen Anhalt. Die durch den Bereichsvorstand Raps getätigten offiziellen Äußerungen der Beklagten (s.o. A.II., vgl. Anlage R 3) sprechen dagegen.

IX.

1.

Da die tarifliche Altersgrenze von 60 Jahren weit über die zwingenden, gemäßigteren Vorgaben der nationalen und internationalen Luftaufsicht hinausgeht, besteht auch kein Grund, für den Fall der Aufhebung der Altersgrenze 60 bei der Beklagten ein „Horrorszenario“ heraufzubeschwören (S. 19 d. Urteils):

„Die Konsequenz der entgegengesetzten Auffassung wäre in der Tat, es darauf ankommen zu lassen - quasi in einem großen Feldversuch - ob der Einsatz von Flugzeugführern über das 60. Lebensjahr hinweg sich in zählbar höheren Unfallzahlen im Flugverkehr niederschlägt.“

Für eine Urteilsbegründung sind diese Erwägungen unzulässig.

Die Unhaltbarkeit der Auffassung des LAG ergibt sich unmittelbar aus der Logik der ICAO-Convention: Es gibt unwiderlegt in der gesamten internationalen Luftfahrt keine altersbedingten Unfälle. Es gab Unfälle, die altersunabhängig auf menschliches Fehlverhalten im Cockpit zurückzuführen waren. Ein solches Risiko ist der Luftfahrt und jeder anderen Art des Verkehrs immanent: das ist in den Grenzen einer nicht perfekten Technik das allgemeine Risiko, wenn man sich der Chancen der Technik bedienen will. Für jede Verkehrsform gibt es deshalb redundante Mechanismen, diese Risiken zu begrenzen. Dazu gehört die Ausbildung und die ständige Überprüfung der Fähigkeit jedes einzelnen Piloten. Diese Mechanismen sind wirksam und haben sich bewährt. Die mehrfach zitierte ICAO-Convention ist ein klassisches Beispiel für die Risikominimierung durch den Einsatz zweier Piloten: Jeder Pilot stellt im Verhältnis zum anderen eine 100%-ige Redundanz dar, weil jeder Pilot für sich alleine in der Lage ist, das Flugzeug in jeder Krisenlage zu beherrschen.

Die ICAO-Regelung ist auch eine Risikoentscheidung nach dem Maßstab menschenmöglicher Risikobegrenzung: Beide Piloten – jeder von ihnen steht für die volle Leistung – stellen redundante Funktionen dar, die sich vollständig ergänzen, aber auch ersetzen (können). Zugleich gibt es – und nur dann ist die ICAO-Regelung richtig verstanden - unter permanentem technischen Fortschritt redundante technische Systeme, die das Fliegen im Zweimanncockpit unter höchsten Sicherheitskriterien sicher machen. Dies wird vom Landesar-

beitsgericht nicht gesehen und nicht in Erwägung gezogen, hätte sich aber erschlossen, hätte es den Vortrag der Kläger nicht verfahrenswidrig und materiellrechtlich fehlerhaft ignoriert.

Jeder der beiden Piloten im Zweimanncockpit trägt unabhängig vom anderen die 100 %ige Sicherheitsverantwortung, ist zu 100 % unabhängig vom anderen sicherheitsfähig. Mit diesem Verständnis der völligen - altersunabhängigen - Selbständigkeit jedes einzelnen Piloten altersunabhängig ist auch dem vom BAG angesprochenen Ansatz, den Einsatz von Piloten nach Vollendung des 60. Lebensjahres trotz der ICAO-Convention und JAR-FCL als „problematisch“ anzusehen, der Boden entzogen (BAG, Urt. v. 27.11.2002 - 7 AZR 655/01).

2.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind überdies praxisfern und befremdlich. Es gibt diesen „großen Feldversuch“ längst, im täglichen nationalen wie internationalen Luftverkehr. Er liegt in der Änderung der ICAO-Regularien zum 23.11.2006 begründet, die im internationalen Luftverkehr ein Höchstalter von 65 Jahren als verbindlichen Standard festgelegt hat. Die Beschäftigung zahlreicher Piloten im Alter über 60 Jahren bei deutschen sowie ausländischen Fluggesellschaften, auch in Großraumflugzeugen und auf der Langstrecke, ist unstreitig und hat sich - im Gegensatz zu der Befürchtung des LAG - nicht in höheren Unfallzahlen niedergeschlagen. Es gibt – unstreitig – auch nach Ansicht des LAG keinen Beleg für das Gegenteil.

Diesem zwingenden Ist-Zustand kann und will sich auch die einflussreiche US-Amerikanische Luftfahrtbehörde FAA nicht entziehen (s.o. A.I.5.). Aus diesem Grund wurde dort mit allem Nachdruck und der Unterstützung sowohl der nationalen Pilotenvereinigung ALPA als auch der Politik eine Änderung der Gesetzeslage herbeigeführt, die - wie das deutsche Pendant in § 4 1. DV Luft-PersV - keinerlei altersbedingte Einschränkungen vorsieht.

Die demgegenüber von dem Berufungsgericht wiederholt ohne jede Tatsachengrundlage bemühten „internationalen Fachkreise“ und „internationalen Empfehlungen“ (S. 16, 19 d. angefochtenen Urteils), die angeblich ein unterschiedsloses vorzeitiges Ausscheiden der Verkehrspiloten befürworten oder stützen sollen, existieren nicht.

Das LAG hat dazu keine eigenen Tatsachenfeststellungen getroffen. Das hätte es nach § 286 ZPO aber tun müssen, weil, anders als in der Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nicht bewiesene Tatsachen aus den „internationalen Fachkreisen“ herangezogen werden, die so nicht Gegenstand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts waren.

3.

Der Kläger geht in Einklang mit der ICAO-Convention davon aus, dass die willkürliche Altergrenze 60 wegen der stimmigen Redundanz in dieser Convention kein tragfähiges Kriterium sein kann. Jede Erwägung darüber fällt in die Kompetenz der für die Luftsicherheit zuständigen Behörden, die Erwägungen zu persönlichen Anforderungen und technischen Voraussetzungen in einer einheitlichen Betrachtungsweise anstellen können. In einem Arbeitsrechtsstreit haben diese Erwägungen keinen Platz.

X.

Das Berufungsgericht hat den aus der – hier nicht einschlägigen - nationalen Befristungskontrolle bekannten Rechtsbegriff des „Sachgrundes“ bemüht und diesen auf das in § 10 Satz 1 AGG enthaltene Tatbestandsmerkmal des „legitimen Ziels“ übertragen. Liegt der Sachgrund und damit das legitime Ziel vor, können die weiteren Rechtsbegriffe der „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ der Maßnahme nach rechtsirriger Ansicht des LAG ungeprüft bejaht werden. Die zweite Instanz hat mithin ihrer gerichtlichen Subsumtion einen unvollständigen Obersatz vorangestellt und damit die über § 10 AGG gebotene Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Altersgrenze fehlerhaft nur im Ansatz vorgenommen.

1.

Das LAG stellt die Erforderlichkeit einer Altersgrenze von 60 Jahren für Verkehrsflugzeugführer ohne gesonderte Prüfung und Tatsachenfeststellung lapidar fest (S. 20 d. Urteils; Hervorhebung durch die Unterzeichner):

„Die Maßnahme ist angemessen und erforderlich gemäß § 10

Satz 2 AGG. Angemessenheit und Erforderlichkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG wurde vom Bundesarbeitsgericht bereits bejaht (BAG 21. Juli 2004 - 7 AZR 589/03 - aaO). Der Maßstab ist identisch. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen der nach demselben Kriterium erfolgten Prüfung der Zulässigkeit der tarifvertraglichen Altersgrenze als subjektive Zulassungsbeschränkung (BVerfG 25. November - 1 BvR 2459/04 - aaO). Die Erforderlichkeit folgt hiernach aus dem angestrebten Zweck, dem Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter.

Das hieße im Klartext „der vermeintliche Zweck heiligt die Mittel“, ohne allerdings die Eignung und Wirksamkeit der Mittel zu belegen.

Der Begriff der Erforderlichkeit einer staatlichen (oder tariflichen) Maßnahme, die in Grundrechte oder gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheiten eingreift oder Diskriminierungstatbestände verwirklicht, wird von dem EuGH und dem Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit solcher Eingriffe oder Verstöße - soweit ersichtlich - einheitlich verwendet. Erforderlich ist eine Maßnahme demnach, wenn sie geeignet ist, den mit ihr erstrebten Zweck zu erreichen und sie das mildeste Mittel darstellt, um den erstrebten Zweck zu erreichen (vgl. BVerfG, Ur. v. 09.06.2004 - 1 BvR 636/02, AP Art. 12 GG Nr. 135; EuGH, Ur. v. 23.10.2007 - C-112/05 [Kom/Bundesrepublik], NJW 2007, 3481, 3485, Ziff. 73 m.w.N.).

Entgegen der Auffassung des LAG folgt die Erforderlichkeit eines Eingriffs wegen des Willkürverbots niemals aus dem damit verfolgten Zweck, mit anderen Worten: Der Zweck heiligt nicht die Mittel. Anderenfalls könnte man Berufspiloten - unter Berufung auf den angeblich bezweckten Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter - genauso gut bereits ab dem 51. Lebensjahr die Tätigkeit im Cockpit generell untersagen. Eine solche Maßnahme korrespondierte im Übrigen auch mit dem oben bereits als zu unbestimmt kritisierten Vermutungssatz (der in Wirklichkeit nur ein Vorurteil ist, s.o.), wonach mit zunehmendem Alter automatisch die Leistungsfähigkeit nachlasse. Im Ergebnis wäre der Willkür Tür und Tor geöffnet, das Verhältnismäßigkeitsprinzip - als verfassungsrechtliches Gebot über Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG garantiert - würde in fataler Weise unterlaufen.

2.

Das Berufungsgericht hätte hier die Erforderlichkeit der Altersgrenze abstrakt und einzelfallbezogen gesondert überprüfen und durch Tatsachen belegen müssen. Es sagt selber (Seite 20 des Urteils):

„Auf Grund von Erfahrungswerten können generalisierende Regelungen erlassen werden.“

Diese Aussage setzt aber eben voraus, dass es solche Erfahrungswerte überhaupt gibt, deren Existenz das LAG richtig selbst verneint. Fehlt das Eine, kann es das Andere nicht geben.

Dieser eigenständige Prüfungsschritt hat im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stets zu erfolgen. In der Folge wäre das LAG zu dem Ergebnis gelangt, dass entsprechend den nationalen und internationalen Luftverkehrsregelungen ein Fliegen über 60 unter den Bedingungen der ICAO-Convention ein ebenso geeignetes, aber dabei milderes Mittel zur Erreichung des angeblich mit der Altersgrenze bezweckten Ziels der Sicherheit im Luftverkehr darstellt.

Das verkennt das LAG, wenn es ausführt (S. 21 d. Urteils), die Möglichkeit, Verkehrsflugzeugführer nach Vollendung des 60. Lebensjahres entsprechend ICAO und JAR-FCL mit jüngeren Crewmitgliedern einzusetzen, stelle

„keine mildere, schonendere oder weniger eingreifende Maßnahme“

dar, sondern

„den Verzicht auf die Maßnahme selbst“.

Diese Feststellung ist unschlüssig, weil das Gericht – stünde ihm das überhaupt ohne eigene Tatsachenfeststellung zu - auf die Definition einer milderen Maßnahme und ihrer praktischen Anwendung verzichtet: Das LAG setzt zu Unrecht das Ziel eines sicheren Luftverkehrs mit dem Mittel der Altersgrenze 60 als Maßnahme gleich und entfernt sich so vollends von einer Erforderlichkeitsprüfung. Konsequenter - aber rechtsfehlerhafter - zieht sich das Berufungsgericht an dieser Stelle (S. 21 d. Urteils) wieder auf den Bereich des legitimen

Ziels zurück, ohne die Erforderlichkeit zu prüfen:

„Legitimität des Ziels im Rahmen des nationalen Rechts wiederum ist nicht nur dann gegeben, wenn internationale Mindeststandards eingehalten und nicht überboten werden.“

Das mag sein, damit ist aber über die Erforderlichkeit der Maßnahme noch nichts gesagt. Aber selbst wenn man das annähme: Soweit die internationalen Standards und luftaufsichtsrechtlichen Regelungen ohne nachweisbaren Grund und mit Wirkung für lediglich eine einzelne Fluggesellschaft überboten werden, ist dies offensichtlich nicht „erforderlich“ i.S.v. § 10 AGG. Unabhängig davon dürfen diese internationalen Standards nach nationalem Recht ohnehin nicht, jedenfalls nicht über Tarifverträge, überboten werden, da insoweit keine Rechtsgrundlage gegeben ist (s.o. B.IV, B.V.).

3.

Nochmals deutlich: Das LAG verkennt völlig, dass die Anwendung der Altersgrenze in § 19 Abs. 1 MTV den Einsatz von Flugzeugführern im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben verhindert. Die ICAO-Convention und die Lizenzierungsvorschriften der JAR-FCL (1) und des § 4 1. DV LuftPersV - allesamt Regelungen, die ausdrücklich als zwingender Maßstab für die Sicherheit im Luftverkehr gelten - laufen leer. Alle Piloten, die bei der Beklagten wegen des MTV zum Ausscheiden gezwungen werden, dürften von Gesetzes wegen - national und international - mit gültigen Lizenzen noch weitere fünf Jahre als Berufspilot arbeiten.

Maßnahmen - auch in Tarifverträgen -, die den ausdrücklichen und abschließenden Willen des Gesetz- und Verordnungsgebers (vgl. hier § 29 LuftVG, s.o. B.V.3.; § 4 1. DV LuftPersV) dadurch missachten, dass sie die gesetzlich vorgesehenen Regelungswirkungen ausweiten und damit einhergehende Eingriffe in die Rechte der Betroffenen erhöhen, sind per se nicht erforderlich: Eine zusätzliche (tarif- oder einzelvertragliche) Herabsetzung des Höchstalters ist jedenfalls zur Zielerreichung eines sicheren Luftverkehrs nicht „besser geeignet“ als die bestehenden Maßnahmen der Luftaufsichtsbehörden. Dies haben auch die Tarifvertragsparteien und die Beklagte zu keinem Zeitpunkt vorgebracht.

Das LAG selbst belegt die Rechtsfehlerhaftigkeit seiner Subsumtion des Sachverhaltes unter den Rechtsbegriff der „Erforderlichkeit“ i.S.v. § 10 AGG, indem es ausführt (S. 20f. des Urteils, Hervorhebungen durch die Unterzeichner):

„Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird ferner nicht dadurch verletzt, dass eine generalisierende Regelung getroffen wird.

(...)

In diesem Zusammenhang kann offen bleiben, ob den Tarifvertragsparteien im Bereich von Altersgrenzen eine Einschätzungsprärogative zukommt oder dies wegen des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung und nach § 10 AGG ausgeschlossen ist. Auch der nationale Gesetzgeber wäre zu einer generalisierenden Regelung befugt (...).“

Dies wird als unrichtige Anwendung des § 10 AGG gerügt.

Der nationale Gesetzgeber „wäre“ nicht nur zu einer generalisierenden Regelung „befugt“. Er hat von dieser Befugnis über § 29 Luftverkehrsgesetz und § 4 1. DV LuftPersV Gebrauch gemacht und ein generelles Höchstalter für Berufspiloten von 65 Jahren festgesetzt.

Das LAG hätte diese Tatsache bei der Frage der Erforderlichkeit einer tarifvertraglichen Altersgrenze von 60 Jahren zwingend und mit dem oben dargestellten Ergebnis berücksichtigen müssen.

4.

Die ICAO-Convention beschreibt, wie schon dargelegt, den zutreffenden Maßstab: Nach dieser Regelung soll bei einem Zweimanncockpit ein Pilot unter 60 Jahren sein, wenn der zweite Pilot über 60 Jahre ist. Damit ist inhaltlich und tatsächlich das Gegenteil bewiesen, ein Pilot im Alter über 60 Jahren stelle ein irgendwie geartetes Risiko dar. Denn wenn es nur zwei Piloten im Cockpit gibt und einer ausfällt, dann trägt der andere stets zu 100 % die Sicherheitsverantwortung und die Sicherheitsfähigkeit für den gesamten Flug. Da es keinen Anhaltspunkt dafür geben kann, welcher der beiden Piloten in einem Zwei-

manncockpit ausfällt, spielt die Altersgrenze unter Sicherheitsgesichtspunkten überhaupt keine Rolle, weil, wie gesagt, jedem einzelnen Piloten stets die volle Verantwortlichkeit zugetraut und abverlangt wird. Dass die ICAO-Regelung überhaupt eine Altersdifferenzierung vornimmt, zollt seit der Einführung des Zweimann-Cockpits als Regelbesatzung keinen Tribut an die Skepsis gegenüber dem Alter 60, sondern ist nur historisch zu sehen als eine Abwendung von dem Kriterium des Alters überhaupt.

Der Tarifvertrag aber, der die Altersgrenze 60 unbedingt festschreibt, führt - wie bereits dargelegt - dazu, dass die ICAO-Convention bei der Beklagten überhaupt keine Anwendung finden kann, weil es danach keinen Piloten über 60 im Cockpit geben kann. Da die ICAO-Convention in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und weltweit die Regel ist und selbst bei Schwestergesellschaften der Beklagten erfüllt wird (s.o. A.I.4.), verletzt der MTV den Gleichheitsgrundsatz nach Gemeinschaftsrecht allgemein und im Verhältnis zu den Piloten bei der Beklagten im Besonderen.

XI.

Die unstreitige Tatsache, dass in anderen Tochtergesellschaften des Lufthansa-Konzerns Flugzeugführer bis zum Alter von 65 Jahren beschäftigt werden, die Kläger aber demgegenüber mit Vollendung des 60. Lebensjahres ihre Tätigkeit für die Beklagte beenden müssen, reicht nach Ansicht des LAG nicht aus, um einen Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz annehmen zu können (S. 24 d. Urteils):

„Im Konzern kommt eine unternehmensübergreifende Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vielmehr allenfalls dann in Betracht, wenn vom herrschenden Unternehmen ausgehend bestimmte Leistungen üblicherweise konzernerneinheitlich erbracht werden und auf den Fortbestand dieser Übung ein schützenswertes Interesse für die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen entstanden ist (...). Umstände, die vorliegend für die konzernbezogene Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sprechen könnten, sind weder dargelegt noch sonst ersichtlich.“

Diese Ausführungen im Berufungsurteil sind sachfremd.

Es geht nicht um Leistungen im Sinne oder im Rahmen betrieblicher Übungen, die das LAG möglicherweise im Auge hat. Entgegen der Ansicht des LAG haben die Kläger dargelegt, dass für den fliegerischen Einsatz der Piloten im Konzern keine Unterschiede hinsichtlich der Arbeitsleistungen gemacht werden. Da alle Piloten die gleiche Arbeit in gleichen Fluggeräten erbringen müssen und können, haben sie den Anspruch darauf, diese Leistungen altersunabhängig erbringen zu können. Es verstößt gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn bei den meisten Konzerngesellschaften Piloten bis 65 fliegen müssen, bei der Beklagten aber nur bis 60 fliegen dürfen.

Folglich beruht die Entscheidung des LAG auch auf der fehlerhaften Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, vgl. §§ 545, 546 ZPO.

XII.

Das LAG unterstellt zu Gunsten der Kläger, die Beklagte habe ein erhebliches Interesse an deren Weiterbeschäftigung und darüber hinaus keinerlei Sicherheitsbedenken hinsichtlich ihres Einsatzes über das 60. Lebensjahr hinaus (S. 25 des Urteils).

Dieser Sachverhalt wird bestätigt durch die aktuellen und offiziellen Äußerungen des Bereichsvorstands bei der Beklagten, Herrn Jürgen Raps (s.o. A.II.).

Materiell- und verfahrensrechtlich fehlerhaft verneint das LAG indes einen Zusammenhang zwischen diesen öffentlichen Aussagen der Beklagten und den Interessen der Parteien des MTV (S. 25 des Urteils). Soweit das LAG andeutet, die Wirksamkeit einer wegen Alters benachteiligenden tarifvertraglichen Norm sei im Rechtsstreit unabhängig vom Tatsachenvortrag der Parteien von Amts wegen zu prüfen (S. 26 des Urteils), ist dies zwar für sich gesehen richtig. Dabei hätte das LAG aber im Rahmen richtiger Anwendung des § 293 ZPO zwingend dem Umstand berücksichtigen müssen, dass die arbeitgeberseitige Vertragspartei des MTV, die Arbeitsrechtliche Vereinigung Hamburg

e.V. (AVH), letztlich nur die Interessen der Beklagten 1:1 vertritt. Auf diesen Umstand haben die Kläger umfassend hingewiesen (vgl. Schriftsatz der Kläger vom 28.08.2007, S. 4ff.) So ist das Vorstandsmitglied der Deutsche Lufthansa AG, Herr Stefan Lauer, auch im Vorstand der AVH vertreten (vgl. ebenda).

Das LAG hätte die unstreitige Interessenlage bei der Beklagten folglich - von Amts wegen, vgl. § 293 ZPO und insbesondere nach den Beweisanträgen der Kläger, s.o. - zum Anlass nehmen müssen, zu prüfen, ob die Parteien des MTV mit Vereinbarung der Altersgrenze 60 überhaupt Sicherheitsinteressen und damit ein „legitimes Ziel“ i.S.v. § 10 Satz 1 AGG verfolgen, obwohl die Kläger dies unter umfassendem Beweisantritt bestritten haben (s.o.). Gegenteiliges hat auch die Beklagte zu keiner Zeit vorgetragen. Sie hat sich - ohne Tatsachenvortrag - lediglich auf die Rechtsprechung des BAG zurückgezogen.

Das LAG hat §§ 286, 293 ZPO unrichtig angewendet, indem es die entsprechenden Beweisanträge der Kläger übergangen hat und ohne nähere Darlegung davon ausgeht, § 19 Abs. 1 MTV lägen aus Sicht beider Vertragsparteien Sicherheitsbedenken zu Grunde. Ohne diesen Verfahrensverstoß hätte das LAG festgestellt, dass die streitgegenständliche Altersgrenze nicht über § 10 AGG gerechtfertigt ist, da es bereits an einem legitimen Ziel für die Regelung fehlt.

Die weitere Vertragspartei des MTV, die Vereinigung Cockpit e.V., hat offensichtlich ebenfalls kein sicherheitsrelevantes Interesse an einem Endalter von 60 Jahren. Im Berufungsverfahren wurde bereits umfänglich vorgetragen - und ist unstreitig - dass die Vereinigung Cockpit in anderen Konzerntarifverträgen (Lufthansa Cityline) oder einzelvertraglich (Lufthansa Cargo) eine Altersgrenze von 65 Jahren für Piloten vereinbart hat (Berufungsbegründung vom 29.05.2007, Seite 38f.).

Sie wirkte aber darüber hinaus aktiv an der Weiterbeschäftigung über 60-jähriger Piloten bei Condor und damit an der Aufhebung der von ihr selbst vereinbarten tarifvertraglichen Altersgrenze mit (s.o. A.III.). Sicherheitsbedenken bestanden insoweit keine. Unter Berücksichtigung dieser nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung bekannt gewordenen Tatsache wäre das LAG - entgegen den rechtsfehlerhaften Ausführungen im Berufungsurteil, Seiten 21ff. - zu dem entscheidungserheblichen Schluss gelangt, dass nicht nur die Beklagte, sondern auch die Tarifvertragsparteien übereinstimmend der Ansicht

sind, von Piloten im Alter über 60 Jahren gehe kein zusätzliches, die Flugsicherheit beeinträchtigendes Risiko aus.

C. Weitere Verfahrensrügen

I.

Die Revision rügt weitere Verfahrensverletzungen des LAG.

Das LAG hat unter Versagung rechtlichen Gehörs und unter Verstoß gegen §§ 286, 355, 411a ZPO die zahlreichen Beweisanträge der Kläger zu der beweisbedürftigen, da entscheidungserheblichen Frage übergangen, ob zusätzliche Sicherheitsrisiken bei dem Einsatz von Flugzeugführern im Alter über 60 Jahren bestehen.

II.

1.

Das Landesarbeitsgericht hat in grundsätzlicher Weise seine Aufgaben und Pflichten als Berufungsinstanz verkannt, insbesondere indem es die bereits in erster Instanz angebotenen Beweisfragen – jedenfalls nicht erkennbar – nicht geprüft hat. Es hat es auch unterlassen, die Tatsachenfeststellungen, von denen die erste Instanz ausging und auf die sie ihr Urteil gestützt hat, auf den Vortrag der Kläger hin zu überprüfen. Es hat es verfahrenswidrig abgelehnt, erneute Feststellungen zu dem zwischen den Parteien streitigen Sachverhalt zu treffen und damit die Verfahrensfehler der ersten Instanz – wenn auch teilweise mit anderer, aber nicht richtigerer Begründung - wiederholt.

Die Funktion des Berufungsverfahrens ist es nach der Neugestaltung des Berufungsrechts hingegen, das erstinstanzliche Urteil auf Fehler zu überprüfen und Fehler zu korrigieren, nicht zu wiederholen. Der BGH stellt nach der Reform des Berufungsrechts, durch die eine zweite Tatsacheninstanz weggefallen ist (BGH, Beschl. v. 28.05.2003 - XII ZB 165/02, NJW 2003, 2531), die gesetzgeberische Absicht der „Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung“ des objek-

tiv fehlerhaften erstinstanzlichen Urteils in den Vordergrund seiner Rechtsprechung.

Das Landesarbeitsgericht ist seiner Pflicht zur Inhaltskontrolle des erstinstanzlichen Urteils nicht nachgekommen, weil es weder die Verfahrensrügen gewürdigt noch die konkreten Anhaltspunkte für die Fehler der ersten Instanz berücksichtigt hat (BGH, Ur. v. 12. März 2004 - V ZR 257/03, NJW 2004, 1876, 1879; gegen die Literaturmeinung; BT-Drucksache 14/722, Seite 100).

2.

Das LAG stellt fest, in der luftverkehrsmedizinischen Wissenschaft bestehe

„keine einheitliche Auffassung zu einem erhöhten Gefährdungspotential beim Einsatz von Flugzeugführern nach Vollendung des 60. Lebensjahres (...) - die in einem Rechtsstreit vor dem Hessischen Landesarbeitsgericht, Az. 8 Sa 715/03, eingeholt und zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangenden Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. Kriebel (Bl. 218 f d.A.) und Prof. Dr. Bachmann (Bl. 251 f d.A.) belegen dies (...).“

(Seite 16 d. Urteils)

Diese Würdigung des LAG ist ratio decidendi. Unabhängig von der Beweislast ist die Frage, ob altersbedingte Risiken bei Verkehrsflugzeugführern im Alter über 60 Jahren wissenschaftlich haltbar oder aber widerlegt sind, im hiesigen Verfahren nach Auffassung des LAG entscheidungserheblich.

Die Kläger haben in der Berufungsbegründung vom 29.05.2007 (S. 14, 34, 38) sowie mit Schriftsatz vom 28.08.2007 (S. 3f.) Sachverständigenbeweis für ihren Vortrag angeboten, altersbedingte Sicherheitsrisiken bei Verkehrsflugzeugführern bestünden nachweislich nicht.

Wie aus dem obigen Zitat ersichtlich, hat das LAG zwei von der Beklagten vorgelegte, aus dem Jahr 2003 stammende Fremdgutachten im Rahmen seiner Beweiswürdigung berücksichtigt, ohne diese über § 411a ZPO als Beweismittel oder als Beweisergebnis in das Verfahren einzubeziehen. Damit hat

die Berufungsinstanz die §§ 286, 355 ZPO fehlerhaft angewendet, vgl. § 546 ZPO. Wenn überhaupt hätte das LAG die Gutachten allenfalls als Parteivortrag berücksichtigen dürfen.

Die Kläger wollten demgegenüber den Gegenbeweis führen (s.o.). Die zweite Instanz hat die wiederholten Beweisantritte unter Versagung rechtlichen Gehörs (vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.10.1990 - 2 BvR 183/90, NJW 1991, 285) und unter Verstoß gegen § 286 ZPO (vgl. BGH, Urte. v. 29.01.1992 - VIII ZR 202/90, BGHR ZPO § 286 Zeugenbeweis Nr. 2) übergangen.

In dem Tatbestand und in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils werden die Beweisanträge der Kläger nicht erwähnt oder auf andere Weise berücksichtigt. Aus dem zweitinstanzlichen Urteil ergibt sich auch nicht, warum die Klärung dieser nach den eigenen Ausführungen des LAG beweisbedürftigen Frage unterbleiben können soll.

Im Gegenteil beruft sich das LAG schlicht darauf, die Prämisse eines mit zunehmendem Alter höher werdenden Risikos altersbedingter Ausfallerscheinungen und unerwarteter Fehlreaktionen sei

„nach dem derzeitigen Stand aber auch nicht empirisch widerlegt.“

(S. 18f. d. Urteils)

Die Kläger haben unter Beweisantritt vorgetragen, dass es keine Erkenntnisse zu Risiken ab einem Alter von über 60 Jahren gibt (s.o.). Sie haben Anspruch darauf, dass ihnen die Rechtsfolgen unstreitigen Vortrages (§ 138 ZPO) zugute kommen und das daraus folgende, für sie günstigere Urteil tragen. Es gibt keinen tragfähigen verfahrensrechtlichen Grundsatz, dass ein unstreitiger Sachverhalt zu Ungunsten einer Prozesspartei durch vom Gericht eingeführte unbelegte Allgemeinplätze unterlaufen werden darf. Dazu ist bereits ausführlich vorgetragen worden.

Wäre eine entsprechende Beweiserhebung durchgeführt worden und wäre damit der Verfahrensverstoß unterblieben, hätte dies zu dem Ergebnis geführt, dass - im Gegensatz zu dem Verfahren aus dem Jahre 2003, in welchem die Gutachten erstattet wurden - nach dem heutigen Stand der Wissenschaft die

generelle Annahme altersbedingter Risiken bei Flugzeugführern im Alter ab 60 Jahren als reines Vorurteil entlarvt worden wäre. In der Folge hätte das Landesarbeitsgericht in Ermangelung eines angeblich höheren „Gefährdungspotentials“ bei Piloten im Alter ab 60 Jahren der Berufung der Kläger stattgegeben. Als die fraglichen Gutachten der Herren Prof. Bachmann und Prof. Kriebel im Jahre 2003 in Auftrag gegeben wurden, existierte die - auf zahlreichen medizinischen Gutachten basierende - internationale ICAO-Vorgabe, die ein Fliegen bis 65 ermöglicht, noch nicht. Bereits aus der medizinisch-wissenschaftlichen Einschätzung zahlreicher Experten, die dieser weltweit gültigen Luftverkehrsregelung zu Grunde liegt, käme ein Sachverständigengutachten heute möglicherweise zu dem klaren Ergebnis, dass zusätzliche Risiken beim Einsatz von Piloten im Alter über 60 Jahren widerlegt sind.

Damit beruht das Urteil des LAG auf der Verletzung des Verfahrens, vgl. §§ 545, 546 ZPO.

3.

Lediglich vorsorglich und unter Verwahrung gegen jede inhaltliche Verwertung der Fremdgutachten weisen die Kläger - wie bereits in den Vorinstanzen - nochmals darauf hin, dass beide Sachverständigen, Herr Prof. Dr. Bachmann und Herr Prof. Dr. Kriebel, übereinstimmend zu dem Ergebnis gelangen, ein Einsatz über 60-jähriger Berufspiloten im Einklang mit den Regeln der JAR-FCL (1) (seit 23.11.2006 auch in der ICAO-Convention umgesetzt)

beseitige jedes etwaige altersbedingte Risiko für den Flugverkehr

(Gutachten Prof. Dr. Kriebel, S. 8, 10, 13, 23, 35; Gutachten Prof. Dr. Bachmann, S. 14, 27f.; vgl. Schriftsatz der Kläger vom 02.02.2007, S. 6ff, 10f.; Berufungsbegründung der Kläger vom 29.05.2007, S. 32ff.).

Es gab demnach bereits im Jahre 2003 eine einheitliche Auffassung zu einem angeblich erhöhten Gefährdungspotential beim Einsatz von Flugzeugführern nach Vollendung des 60. Lebensjahres, nämlich die, dass nach den schon damals zwingend geltenden Lizenzierungsregelungen (Einsatz bis zum Alter von 65 Jahren, wenn der weitere Pilot jünger als 60 Jahre ist) zusätzliche Risiken ausgeschlossen sind (s.o.). Trotz des intensiven Vortrages der Kläger würdigt das LAG die Ergebnisse der Gutachten aber dahingehend (S. 16 d.

Urteils), dass

„in der luftverkehrsmedizinischen Wissenschaft und der Luftverkehrstechnik nach wie vor keine einheitliche Auffassung zu einem erhöhten Gefährdungspotential beim Einsatz von Flugzeugführern nach Vollendung des 60. Lebensjahres besteht - die in einem Rechtsstreit vor dem Hessischen Landesarbeitsgericht, Az. 8 Sa 715/03, eingeholten und zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangenden Gutachten der Sachverständigen Prof. Dr. Kriebel (Bl. 162 f d.A.) und Prof. Dr. Bachmann (Bl. 195 f d.A.) belegen dies - (...)"

Diese entscheidungserhebliche Feststellung des LAG ist unrichtig und verletzt - unabhängig von der Frage der Verwertbarkeit der Gutachten, s.o. - auch das Verfahren nach § 286 ZPO. Das LAG nimmt eine unvollständige, im Kern falsche Beweismwürdigung vor und begründet diese überhaupt nicht. Die Ergebnisse der fraglichen Gutachten hat es im Urteil nicht (einmal auszugsweise) zitiert oder in der mündlichen Verhandlung mit den Parteien erörtert, seine fehlerhafte Feststellung, dass die Gutachten angeblich zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen würden, hat es in keiner Weise dargelegt und mit dem detaillierten - gegenteiligen - Vortrag der Kläger hat es sich nicht auseinandergesetzt.

Es handelt sich folglich um einen schweren Fehler der Beweismwürdigung des LAG, der einer erneuten Prüfung durch das Revisionsgericht unterliegt (vgl. nur BGH, Urteil vom 14.10.2003 - VI ZR 425/02, NJW 2004, 425).

Hätte das LAG die Gutachten rechtsfehlerfrei gewürdigt (s.o.), hätte sich dies ganz entscheidend zu Gunsten der Kläger auf die rechtliche Wertung ausgewirkt. Das LAG hätte nämlich in der Folge erkannt, dass bereits 2003 ein angebliches altersbedingtes Risiko bei Flugzeugführern im Alter ab 60 Jahren nach übereinstimmender Ansicht von flugmedizinischen Experten jedenfalls auszuschließen war, soweit man sich lediglich an die gesetzlichen Vorgaben hält.

Gegebenenfalls noch bestehende Zweifel des LAG an einer solchen Würdigung wären beseitigt worden, hätte das Berufungsgericht im Einklang mit § 286 ZPO die zahlreichen Beweisantritte der Kläger durch Einholung eines

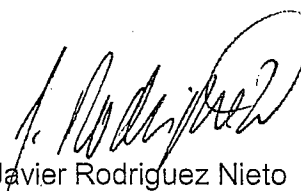
aktuellen Sachverständigengutachtens berücksichtigt. Dieses aktuelle Sachverständigengutachten hätte im Gegensatz zu den im Jahr 2003 erstatteten Gutachten die aktuellen Entwicklungen im internationalen Flugverkehr (s.o. A.I.2.-A.I.5.), insbesondere die auf übereinstimmenden flugmedizinischen Erkenntnissen fußende Änderung der ICAO-Convention zum 23.11.2006 berücksichtigt.

Auf der Grundlage dieses - rechtsfehlerfrei festgestellten - Sachverhaltes wäre das LAG im Rahmen der Anwendung des § 10 AGG zwingend zu dem folgenden Ergebnis gelangt: Eine über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende tarifvertragliche Altersgrenze, die alle Piloten bei der Beklagten nach Vollendung des 60. Lebensjahres ausschließt, ist nicht „erforderlich“ i.S.v. § 10 AGG, da ein Einsatz der Piloten entsprechend den Vorgaben der JAR-FCL (1) / § 4 1. DV LuftPersV und der ICAO-Convention zur Zielerreichung ebenso geeignet, dabei aber milder, d.h. weniger eingreifend ist.

Dann hätte das LAG mangels Vorliegen von Rechtfertigungsgründen nach § 10 AGG die Rechtsunwirksamkeit der Altersgrenze festgestellt und den Anträgen der Kläger vollumfänglich stattgegeben.



Dr. Ekkehard Helmig
Rechtsanwalt



Javier Rodriguez Nieto
Rechtsanwalt