

DR. EKKEHARD HELMIG

RECHTSANWÄLTE - NOTAR

Dr. Ekkehard Helmig, D - 65189 Wiesbaden , Welfenstraße 2

per Boten

Gerichtshof der Europäischen Union
Kanzlei

L-2925 Luxemburg

Az. C-447/09

DR. EKKEHARD HELMIG
RECHTSANWALT UND NOTAR
helmig@notar-helmig.de

JAVIER RODRIGUEZ NIETO
RECHTSANWALT
rodriguez@notar-helmig.de

D-65189 WIESBADEN
WELFENSTRASSE 2

TELEFON: 06 11 - 77 87 2 - 0
TELEFAX: 06 11 - 77 87 2 - 11
WWW.NOTAR-HELMIG.DE

GERICHTSFACH 82

**BITTE IMMER ANGEBEN:
PR.-NR.: 34/08/Rod**

DATUM: 09.03.2010

Stellungnahme nach Artikel 23 Absatz 2 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs zu dem Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts (7 AZR 112/08) in der Rechtssache C-447/09

- | | |
|--------------|------------------|
| 1. des Herrn | - Kläger zu 1. - |
| 2. des Herrn | - Kläger zu 2. - |
| 3. des Herrn | - Kläger zu 3. - |

Prozessbevollmächtigte

zu 1.-3.:

Rechtsanwälte Dr. Helmig, Welfenstraße 2,
D-65189 Wiesbaden

gegen

Deutsche Lufthansa AG, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Wolfgang Mayrhuber und die Vorstandsmitglieder Stefan Lauer, Christoph Franz und Stephan Gemkow, Flughafen-Bereich West, D-60546 Frankfurt am Main,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Schmalz, Hansaallee 30-32,
D-60322 Frankfurt am Main

Namens und in Vollmacht der Kläger schlagen wir vor, die Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

Die Regelungen des Unionsrechts, insbesondere

- (i) **das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf,**

im Lichte von

Artikel 4 Absatz 3 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Europäische Union (ex-Artikel 10 EGV) und Artikel 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union,

und

- (ii) **die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge,**

sind dahin auszulegen,

dass sie der ständigen Rechtsprechung eines nationalen Gerichts, die eine tarifvertragliche Höchstaltersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten unter Berufung auf ein ohne Rechts- oder Tatsachengrundlage vermutetes altersbedingtes Risiko für den Luftverkehr anerkennt,

und

einer mit dem Ziel der Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs begründeten tarifvertraglichen Höchstaltersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten, wie sie in § 19 Absatz 1 des Manteltarifvertrages Nr. 5a für das Cockpitpersonal bei Lufthansa (MTV) niedergelegt ist,

entgegenstehen,

da insbesondere

- im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland für den Einsatz von Verkehrspiloten ein gesetzliches Höchstalter von 65 Jahren gilt,
- das gesetzliche Höchstalter von 65 Jahren von allen deutschen Fluggesellschaften mit Ausnahme nur einer von mehreren Fluggesellschaften der Beklagten des Ausgangsverfahrens tarif- und arbeitsvertraglich umgesetzt wird,
- und im Übrigen im Allgemeinen und in jedem Einzelfall keinerlei medizinische oder sonstige Erkenntnisse ersichtlich sind oder entgegen der Beweislastregel nach Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78/EU nicht bewiesen ist, die ein Risiko für den Luftverkehr durch den Einsatz von Verkehrspiloten im Alter über 60 Jahren belegen.

Inhaltsübersicht

I.	Weitere Regelungen des Unionsrechts und des Rechts der Bundesrepublik Deutschland, die für die Beantwortung der Vorlagefrage maßgeblich sind.....	5
1.	Unionsrecht.....	5
2.	Nationales Recht.....	7
II.	Zu der Formulierung der Vorlagefrage durch das vorlegende Gericht.....	9
1.	Unionsrechtlicher Rahmen für die Befristung von Arbeitsverträgen nach der Richtlinie 1999/70.....	10
2.	Befristung von Arbeitsverträgen durch Sozialpartner eines Mitgliedsstaates zum Zwecke der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit ist nicht durch die Richtlinie 1999/70 gedeckt und widerspricht ihrem Zweck.....	11
3.	Keine Bindung des Gerichtshofs an die Form der Vorlagefrage.....	12
III.	Vereinbarkeit der tarifvertraglichen Altersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten in § 19 Absatz 1 MTV mit der Richtlinie 2000/78.....	13
1.	Kein Anwendungsausschluss nach Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78.....	13
a)	§ 19 Absatz 1 MTV ist keine „im einzelstaatlichen Recht“ „vorgesehene“ Maßnahme im Sinne von Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78.....	14
b)	Jedenfalls ist § 19 Absatz 1 MTV nicht zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit „notwendig“ im Sinne von Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78.....	16
2.	Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV ist nicht nach Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 gerechtfertigt.....	20
a)	Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs ist kein „legitimes Ziel“ im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78.....	21
b)	Maßnahme ist jedenfalls nicht als Mittel zur Erreichung	

	des Ziels „erforderlich“ im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78.....	22
3.	Ein Alter unter 60 Jahren stellt keine „wesentliche und entscheidende Anforderung“ an den Beruf des Verkehrspiloten im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 dar.....	24
4.	Vorlegendes Gericht übergeht die Beweislastregeln der Richtlinie 2000/78.....	28
IV.	Verpflichtung des vorlegenden Gerichts als Unionsgericht, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen.....	30
V.	Beantwortung der Vorlagefrage.....	32

I. Weitere Regelungen des Unionsrechts und des Rechts der Bundesrepublik Deutschland, die für die Beantwortung der Vorlagefrage maßgeblich sind

- (1) Das vorliegende Gericht hat die für die Beantwortung der Vorlagefrage maßgeblichen Vorschriften des Unionsrechts und des einzelstaatlichen Rechts nicht in Summe berücksichtigt und gewürdigt. Von entscheidender Bedeutung sind zusätzlich auch die nachfolgenden Regelungen.

1. Unionsrecht

- (2) Das vorliegende Gericht beruft sich zur Rechtfertigung seiner bisherigen Rechtsprechung in Bezug auf die Anerkennung einer tarifvertraglichen Höchstaltersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten auf die Vorschrift des § 14 Absatz 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG). Das TzBfG setzt die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABl. 1999 L 175, S. 43) in nationales Recht um.
- (3) Aus der 6., der 14. und der 17. Begründungserwägung dieser Richtlinie

sowie aus dem dritten und dem fünften Absatz der Präambel und den Nummern 6 und 8 der Allgemeinen Erwägungen der Rahmenvereinbarung ergibt sich:

- Der Rat fordert die Sozialpartner der Mitgliedstaaten auf, auf allen geeigneten Ebenen Vereinbarungen zur Modernisierung der Arbeitsorganisation, darunter auch anpassungsfähige Arbeitsregelungen auszuhandeln, um die Unternehmen produktiv und wettbewerbsfähig zu machen.
- Die Unterzeichnerparteien der Rahmenvereinbarung wollten die allgemeinen Grundsätze und Mindestvorschriften für befristete Arbeitsverhältnisse niederlegen. Sie haben ihren Willen bekundet, durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse zu verbessern und durch den Schutz vor Diskriminierung die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern in befristeten Arbeitsverhältnissen zu sichern.
- Die in der Rahmenvereinbarung verwendeten Begriffe sind in der Rahmenvereinbarung im Einzelnen nicht definiert. Die Richtlinie 1999/70 überlässt es den Mitgliedstaaten, diese entsprechend ihrem nationalen Recht und/oder ihrer nationalen Praxis zu definieren, vorausgesetzt, sie stehen mit der Rahmenvereinbarung in Einklang.
- Die Rahmenvereinbarung erkennt an, dass Fragen der gesetzlichen Regelung der sozialen Sicherheit der Entscheidung der Mitgliedstaaten unterliegen.
- Unbefristete Arbeitsverträge sind die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses. Auch befristete Arbeitsverträge können jedoch den Bedürfnissen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer entsprechen, soweit sie für die Beschäftigung in bestimmten Branchen, Berufen und Tätigkeiten charakteristisch sind.

(4) Nach ihrem Paragraph 1 soll die Rahmenvereinbarung

„a) *durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qua-*

lität befristeter Arbeitsverhältnisse verbessern;“

- (5) Die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. 2000 L 303, S. 16) sieht in ihrer 31. Begründungserwägung vor:

„(31) 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. Allerdings obliegt es dem Beklagten nicht, nachzuweisen, dass der Kläger einer bestimmten Religion angehört, eine bestimmte Weltanschauung hat, eine bestimmte Behinderung aufweist, ein bestimmtes Alter oder eine bestimmte sexuelle Ausrichtung hat.“

- (6) Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 bestimmt:

„(1) 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.“

2. Nationales Recht

- (7) Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 wurde durch § 22 AGG mit Wirkung zum 18. August 2006 in deutsches Recht umgesetzt.

§ 22 AGG sieht vor:

„Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung

gung 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.“

- (8) § 4 des Luftverkehrsgesetzes (LuftVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Mai 2007 (BGBl. I S. 698), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24.08.2009 (BGBl. I S. 2942), regelt im einzelstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland die grundsätzliche Erlaubnispflicht für das Führen oder Bedienen von Luftfahrzeugen. § 4 Absatz 1 LuftVG bestimmt:

„(1) Wer ein Luftfahrzeug führt oder bedient (Luftfahrer) bedarf der Erlaubnis. Die Erlaubnis wird nur erteilt, wenn

...

- 4. der Bewerber eine Prüfung nach der Verordnung über Luftfahrtpersonal bestanden hat*

...“

- (9) § 29 LuftVG legt die ausschließlich staatliche Zuständigkeit für Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs und durch die Luftfahrt fest.

Die Regelung in § 29 Absatz 1 LuftVG lautet:

„(1) Die Abwehr von betriebsbedingten Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch die Luftfahrt (Luftaufsicht) ist Aufgabe der Luftfahrtbehörden und der Flugsicherungsorganisation. Sie können in Ausübung der Luftaufsicht Verfügungen erlassen.“

- (10) In § 127 der Verordnung über Luftfahrtpersonal (LuftPersV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Februar 1984 (BGBl. I S. 265), zuletzt geändert durch die Verordnung vom 2. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3536), hat die Bundesregierung bestimmt, bis zu welchem Höchstalter Inhaber einer Berufs- oder Verkehrspilotenlizenz die Rechte ihrer Lizenz gewerbsmäßig

ausüben dürfen:

„Der Inhaber einer in der Bundesrepublik Deutschland ausgestellten Berufs- oder Verkehrs Pilotenlizenz oder der Inhaber einer Lizenz gemäß § 46 Abs. 5 darf nach Vollendung des 60. Lebensjahres bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres die Rechte seiner Lizenz auch in Luftfahrzeugen mit einer Mindestbesatzung von einem Piloten bei der gewerbsmäßigen Beförderung von Fluggästen, Post oder Fracht, beschränkt auf das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland, ausüben. Der Inhaber einer Lizenz nach Satz 1 darf nach Vollendung des 65. Lebensjahres nicht mehr als Luftfahrzeugführer bei der gewerbsmäßigen Beförderung von Fluggästen, Post oder Fracht eingesetzt werden.“

- (11) Das Luftfahrtbundesamt (LBA) ist die nach § 29 LuftVG für die Luftaufsicht zuständige Exekutivbehörde (s.o.). Es hat am 15. April 2003 die Erste Durchführungsverordnung zur Verordnung über Luftfahrtpersonal (1. DV LuftPersV) erlassen und die Vorgabe des § 127 LuftPersV inhaltsgleich durch § 4 1. DV LuftPersV zum Zwecke des Verwaltungsvollzuges umgesetzt.

Das vorliegende Gericht hat § 4 1. DV LuftPersV bereits zitiert (Vorlagebeschluss, S. 4).

II. Zu der Formulierung der Vorlagefrage durch das vorliegende Gericht

- (12) Das vorliegende Gericht erwähnt in seiner Vorlagefrage *„Regelungen des nationalen Rechts“*, die angeblich *„eine auf Gründen der Gewährleistung der Flugsicherheit beruhende tarifliche Altersgrenzenregelung von 60 Jahren für Piloten anerkennen“*. Damit meint das vorliegende Gericht die Vorschrift des § 14 Absatz 1 TzBfG, wonach die Befristung eines Arbeitsvertrages zulässig ist, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist.
- (13) Es unterstellt mit dieser Formulierung und stützt seine bisherige Rechtsprechung im Wesentlichen darauf, dass § 14 Absatz 1 TzBfG eine nur mit der

Gewährleistung der Flugsicherheit begründete tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten bisher ermöglichte. Hierzu führt das vorlegende Gericht aus, dies sei jedenfalls nach der bis zum Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 geltenden nationalen Rechtslage zulässig gewesen (Vorlagebeschluss, Rn. 13 ff.). (Erst) nach Inkrafttreten des AGG könnte jedoch eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung von § 14 Absatz 1 TzBfG geboten sein, die die Unwirksamkeit der Altersgrenze zur Folge hat (Vorlagebeschluss, Rn. 12).

- (14) Das ist nicht richtig: Entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts war eine tarifvertragliche Höchstaltersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten bereits vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie 2000/78 für die Bundesrepublik Deutschland am 2. Dezember 2006 und vor dem Inkrafttreten des nationalen Umsetzungsgesetzes AGG am 18. August 2006 nicht über § 14 Absatz 1 TzBfG gerechtfertigt, soweit sie - wie im Ausgangsverfahren - nur mit der Gewährleistung der Luftverkehrssicherheit begründet wurde.

§ 14 Absatz 1 TzBfG ist als einzelstaatliche Ermächtigungsgrundlage für die im Ausgangsverfahren maßgebliche tarifvertragliche Höchstaltersgrenze nicht einschlägig.

Dies folgt aus einer Auslegung der Regelung in § 14 Absatz 1 TzBfG am Maßstab der Richtlinie 1999/70.

1. Unionsrechtlicher Rahmen für die Befristung von Arbeitsverträgen nach der Richtlinie 1999/70

- (15) Mit dem TzBfG hat die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge in nationales Recht umgesetzt.
- (16) Das Ziel der mit der Richtlinie 1999/70 durchgeführten Rahmenvereinbarung ist es gemäß Paragraph 1 lit. a), durch Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse zu

verbessern. Aus den dargelegten Begründungserwägungen der Richtlinie 1999/70 folgt, dass die Sozialpartner der Mitgliedstaaten aufgefordert sind, die Arbeitsorganisation zu modernisieren und anpassungsfähige Arbeitsregelungen auszuhandeln, um die Unternehmen produktiv und wettbewerbsfähig zu machen. Nur gesetzliche Regelungen der sozialen Sicherheit im Rahmen von Arbeitsverträgen unterliegen demzufolge der Entscheidung der Mitgliedstaaten.

2. Befristung von Arbeitsverträgen durch Sozialpartner eines Mitgliedsstaates zum Zwecke der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit ist nicht durch die Richtlinie 1999/70 gedeckt und widerspricht ihrem Zweck

- (17) Weder dem Wortlaut noch dem oben dargelegten - ausschließlich sozialpolitischen - Zweck der Richtlinie 1999/70 ist zu entnehmen, dass die Sozialpartner der Mitgliedstaaten durch die Rahmenvereinbarung zu Maßnahmen der Gefahrenabwehr oder der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit ermächtigt werden sollten. Um eine solche Maßnahme handelt es sich jedoch bei der im Ausgangsverfahren gegenständlichen Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV. Das sagt das vorlegende Gericht in der Begründung seiner Vorlageentscheidung selbst (Vorlagebeschluss, Rn. 53, 60).
- (18) Die Befugnis zum Erlass von Regelungen zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit ist schon vom Regelungsbereich der Richtlinie 1999/70 nicht erfasst. Sie ist deshalb nach der Richtlinie 1999/70 kein zulässiges Ziel für die Befristung eines Arbeitsvertrages durch die Sozialpartner und erfüllt nicht den Zweck und den Zielsetzungen der dem Richtlinien.
- (19) Die Rahmenvereinbarung verweist die Definition der Anwendungsmodalitäten der in ihr enthaltenen allgemeinen Grundsätze und Vorschriften in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und der Sozialpartner. Sie haben der Begriffe mit dem nationalen Recht und/oder der nationalen Praxis sicherzustellen. Sie sollen ferner gewährleisten, dass den Besonderheiten der konkreten Sachverhalte im Geltungsbereich der Richtlinie Rechnung getragen wird. Der den Mitgliedstaaten eingeräumte Spielraum ändert nichts daran, dass sie das unionsrechtlich vorgegebene Ergebnis erreichen müssen, wie

sich insbesondere aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit der 17. Begründungserwägung der Richtlinie 1999/70 ergibt (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juni 2006, Adeneler, C-212/04, Slg. 2006, I-6057, Rn. 68).

- (20) Das TzBfG, mit dem die Richtlinie 1999/70 in nationales Recht umgesetzt wurde, ist entsprechend auszulegen. § 14 Absatz 1 TzBfG ist demnach im Sinne der Vorlage nicht als gesetzliche Grundlage oder als Rechtfertigung für die tarifvertragliche Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV einschlägig. Die Sozialpartner können sich grundsätzlich nicht auf § 14 Absatz 1 TzBfG als einzelstaatliche gesetzliche Ermächtigung für Maßnahmen der Gefahrenabwehr oder der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit berufen. Sie haben weder unionsrechtlich noch nationalrechtlich dafür eine auf einer Rechtsgrundlage beruhende Kompetenz.
- (21) § 14 Absatz 1 TzBfG spielt daher als nationale Regelung für die Beantwortung der Vorlagefrage keine Rolle, da sie nach der Richtlinie 1999/70 als Rechtsgrundlage für die Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV nicht in Betracht kommt.

3. Keine Bindung des Gerichtshofs an die Form der Vorlagefrage

- (22) Eine andere gesetzliche Rechtsgrundlage für die im Ausgangsverfahren maßgebliche Tarifnorm hat das vorlegende Gericht nicht benannt und ist auch nicht ersichtlich.
- (23) Die Vorlagefrage kann folglich richtigerweise ausschließlich darauf gerichtet sein zu fragen, ob die tarifvertragliche Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV mangels einzelstaatlicher Ermächtigungsgrundlage unmittelbar mit der Richtlinie 2000/78, die den primärrechtlichen Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 22. November 2005, Mangold, C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Rn. 75) konkretisiert (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 19. Januar 2010, Küçükdeveci, C-555/07, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 18 ff., 21), vereinbar ist.
- (24) In diesem Zusammenhang ist die Vorlagefrage dahingehend richtig einzuordnen, dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters nicht erst

durch den Gerichtshof „in der Rechtssache *Mangold* (...) entwickelt“ wurde (Vorlagebeschluss, Rn. 35): Das Verbot der Diskriminierung war stets ein gemeinschaftsrechtlichen grundlegendes und allgemeingültiges Gebot. Es folgt kodifiziert seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (ABl. 2007 C 306, S. 1) am 1. Dezember 2009 unmittelbar auch aus Artikel 21 Absatz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. 2007 C 303, S. 1). Nach Artikel 6 Absatz 1 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Europäische Union (ABl. 2008 C 115, S. 13) sind die Charta der Grundrechte und die Verträge rechtlich gleichrangig (vgl. Urteil *Kücükdeveci*, Rn. 22). Bei dem Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters handelt es sich mithin um geschriebenes Primärrecht der Europäischen Union, das der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung angewendet hat.

- (25) Der Gerichtshof ist an die Form der Vorlagefrage und an die Bezugnahme auf nur bestimmte Vorschriften des Unionsrechts durch das vorlegende Gericht nicht gebunden. Er ist nicht daran gehindert, dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts zu geben, die diesem bei der Entscheidung des bei ihm anhängigen Verfahrens von Nutzen sein können, und zwar unabhängig davon, ob das vorlegende Gericht bei seiner Fragestellung darauf Bezug genommen hat (Urteil des Gerichtshofs vom 12. Januar 2010, *Wolf*, C-229/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 32 mit weiteren Nachweisen; Urteil des Gerichtshofs vom 12. Januar 2010, *Petersen*, C-341/08, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 48).

III. Vereinbarkeit der tarifvertraglichen Altersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten in § 19 Absatz 1 MTV mit der Richtlinie 2000/78

- (26) Die tarifvertragliche Höchstaltersgrenze von 60 Jahren für Piloten in § 19 Absatz 1 MTV verstößt gegen Unionsrecht. Sie ist nicht vereinbar mit dem primärrechtlichen Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78.

1. Kein Anwendungsausschluss nach Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78

(27) Das vorliegende Gericht möchte wissen, ob die in § 19 Absatz 1 MTV bestimmte Altersgrenze überhaupt vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78 erfasst wird. Es meint, die Altersgrenze könnte, da sie nach den Vermutungsgrundsätzen seiner bisherigen Rechtsprechung mit dem Ziel der Gewährleistung der Luftverkehrssicherheit begründet worden ist, gemäß Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78 von den Vorgaben der Richtlinie ausgenommen sein (Vorlagebeschluss, Rn. 57).

(28) Das ist jedoch nicht der Fall. Das vorliegende Gericht verkennt grundlegend die fundamentale Bedeutung des Diskriminierungsverbots und seiner Verortung im Unionsrecht. Eine Altersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten unterliegt als tarifvertragliche altersbedingte Ungleichbehandlung dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78 unmittelbar selbst dann, wenn versucht würde, sie mit dem Ziel der Gewährleistung der Luftverkehrssicherheit zu begründen.

a) § 19 Absatz 1 MTV ist keine „im einzelstaatlichen Recht“ „vorgesehene“ Maßnahme im Sinne von Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78

(29) Nach Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78 bleiben (nur) „*die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen*“ die „*für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (...) notwendig sind*“ von der Richtlinie unberührt.

(30) Die Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV ist aber keine solche Maßnahme: Nach der durch nichts belegten Annahme in der Begründung des vorliegenden Gerichts berufen sich die Vertragspartner des MTV zur Rechtfertigung der Altersgrenze einzig auf das Ziel der Gewährleistung der Sicherheit des Flugverkehrs (Vorlagebeschluss, Rn. 53) und damit auf die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit.

(31) Im einzelstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland sind Tarifver-

träge und tarifliche Regelungen oder sonstige Maßnahmen der Sozialpartner aber grundsätzlich nicht dafür „vorgesehen“, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten. Das ist den Sozialpartnern nach der mitgliedstaatlichen Kompetenz- und Zuständigkeitsverteilung grundsätzlich verwehrt.

- (32) Die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland gewährt in Artikel 9 Absatz 3 Satz 1 GG die Koalitionsfreiheit, also das Grundrecht, „zur *Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden*“. Kern dieses Rechts ist die Möglichkeit, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände zu gründen und sich diesen anzuschließen. Die Koalitionsfreiheit ist demnach die verfassungsrechtliche Grundlage für jedes Handeln der Sozialpartner.
- (33) Das Begriffspaar „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ kennzeichnet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abschließend den verfassungsrechtlich gewährleisteten Sachbereich, den die Sozialpartner in eigener Verantwortung ohne staatliche Einflussnahme gestalten können (Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Mai 1970, 2 BvR 664/65, AP Art. 9 GG Nr. 16). Dieser verfassungsrechtliche Grundsatz wird in § 1 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) einfachgesetzlich ausgestaltet. Diese Regelung bestimmt, dass ein Tarifvertrag Rechtsnormen enthält, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können. Über einen Tarifvertrag können nach dem einzelstaatlichen Recht folglich nur sozialpolitische Aspekte behandelt werden wie zum Beispiel das Arbeitsentgelt, die Arbeitszeit, die Art des Beschäftigungsverhältnisses, Fragen der betrieblichen Altersversorgung, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb, Arbeitskampfmaßnahmen, etc. Das TVG ist - wie im Übrigen auch die Richtlinie 1999/70 – auf einen sozialpolitischen Regelungsbereich beschränkt.
- (34) Den Sozialpartnern in der Bundesrepublik ist es nach nationalem Recht nicht erlaubt, Tarifverträge oder sonstige sozialpolitische Maßnahmen aus Gründen der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit zu vereinbaren. Die öffentliche Sicherheit umfasst nach allgemein anerkannter, einzelstaatlicher Definition die Unversehrtheit der Individualrechtsgüter und den Bestand und das Funktionieren des Staates, kurzum die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung (vgl. z.B. Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 56. Auflage 2010, Artikel 13 GG Rn. 91). Dies zu gewährleis-

ten ist allein staatliche Aufgabe. Es ist zu erwarten, dass sich die Bundesrepublik Deutschland hierzu in der mündlichen Verhandlung entsprechend erklären wird.

- (35) Insbesondere nach dem einschlägigen nationalen Luftverkehrsrecht sind Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs der Legislative und der Exekutive vorbehalten. Jedenfalls sind die Sozialpartner hierzu nicht befugt: Gemäß § 29 Absatz 1 LuftVG ist die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit durch die Luftfahrt ausschließlich Aufgabe der Luftfahrtbehörden. Die Bundesrepublik Deutschland wird dies in der mündlichen Verhandlung bestätigen.
- (36) Das Luftfahrtbundesamt (LBA) hat diese alleinige Zuständigkeit auch wahrgenommen, indem es für die Lizenzierung von Verkehrspiloten ein zulässiges Höchstalter von 65 Jahren – ohne jede Einschränkung - festgelegt hat (s.o., § 4 1. DV LuftPersV). Damit hat das LBA die gesetzliche Vorgabe aus § 127 LuftPersV in ihrer Funktion als zuständige Luftaufsichtsbehörde aktiv umgesetzt (s.o.).
- (37) Sowohl die Bundesregierung als auch das LBA haben mithin sicherheitsbedingte Einschränkungen des Einsatzes von Verkehrspiloten im Alter bis zu 65 Jahren ausdrücklich nicht für notwendig erachtet. Eine gesetzliche oder verwaltungsrechtliche, jedenfalls hoheitlich begründete Altersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten gibt es daher in der Bundesrepublik Deutschland auch nicht. Dies sagt das vorliegende Gericht selbst (Vorlagebeschluss, Rn. 5, 24). Neben den bestehenden luftverkehrsrechtlichen Regelungen ist nach der nationalen Normsetzungszuständigkeit kein Raum für die Herabsetzung des gesetzlichen Höchstalters von 65 Jahren auf nur 60 Jahre in einem einzelnen Tarifvertrag, um die Sicherheit des Luftverkehrs zu gewährleisten. Den Tarifvertragsparteien steht es in diesem Bereich nicht zu, den Gesetzgeber zu korrigieren oder nach ihrem Gutdünken zu „verbessern“.
- (38) Eine tarifvertragliche Höchstaltersgrenze von 60 Jahren, die, wie in § 19 Absatz 1 MTV geregelt, vom vorlegenden Gericht nur mit der Gewährleistung der Luftverkehrssicherheit begründet wird, ist mithin im einzelstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland nicht „vorgesehen“ im Sinne von Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78.

b) Jedenfalls ist § 19 Absatz 1 MTV nicht zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit „notwendig“ im Sinne von Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78

- (39) Selbst wenn der Gerichtshof entgegen der hier vertretenen Auffassung von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78 auf die Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV ausgehen sollte, so ist diese nach dem einzelstaatlichen Recht jedenfalls für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit im Sinne von Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie nicht „notwendig“.
- (40) Eine Regelung ist nämlich nur dann geeignet, die Verwirklichung des angestrebten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich den Zielen der Richtlinie gerecht werden kann, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (Urteil Petersen, Rn. 53; Urteil des Gerichtshofs vom 10. März 2009, C-169/07, Hartlauer, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 55). Dies ist bei der Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV nicht der Fall.
- (41) Es wurde bereits ausgeführt, dass das gesetzliche Höchstalter für den Einsatz von Verkehrspiloten national und international nicht bei 60 Jahren, sondern bei 65 Jahren liegt. Selbst die Beschränkung gemäß JAR-FCL 1.060, wonach bei einem Einsatz eines über 60 Jahre alten Piloten im Mehrperson Cockpit der weitere Pilot jünger als 60 Jahre sein muss (vgl. Vorlagebeschluss, S. 3 f.), gilt im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland ausdrücklich nicht. Das sagt das vorlegende Gericht selbst (Vorlagebeschluss, Rn. 24). Es belegt ohne es zuzugestehen, dass deshalb eine tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren wie diejenige in § 19 Absatz 1 MTV offenkundig nicht für die Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs erforderlich ist.
- (42) Mit der Regelung in § 19 Absatz 1 MTV wird nur in die Arbeitsverhältnisse im Verhältnis zur Gesamtpilotenschaft weniger Piloten innerhalb des Lufthansa-Konzerns eingegriffen. Eine Altersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten stellt auch tarif- und arbeitsrechtlich in der Bundesrepublik

Deutschland und selbst innerhalb des Lufthansa-Konzerns die absolute Ausnahme dar, wie nachfolgend dargestellt werden wird. Schon die tarifvertraglichen Regelungen sind nicht kohärent.

- (43) Ausnahmen bestehen hier bereits für die Piloten aller Lufthansa-Fluggesellschaften, die nicht dem Anwendungsbereich des MTV unterliegen.
- (44) Das Kerngeschäft des Lufthansa-Konzerns ist die Passagierbeförderung. Dieses Geschäftsfeld des Konzerns wird nach den eigenen Angaben der Beklagten des Ausgangsverfahrens durch die sogenannte „Lufthansa Passage Airline Gruppe“ ausgefüllt. Die „Lufthansa Passage Airline Gruppe“ setzt sich zusammen aus der „klassischen“ Fluggesellschaft der Beklagten, der „Deutsche Lufthansa“, ferner aus der Lufthansa Regional-Gruppe, bestehend aus den Fluggesellschaften Lufthansa CityLine, Air Dolomiti, Eurowings, Contact Air und Augsburg Airways. Letztere sind allesamt Tochtergesellschaften der Beklagten des Ausgangsverfahrens, die unter der Marke „Lufthansa“ oder „Lufthansa Regional“ am Markt tätig sind. Ferner zählen zu der „Lufthansa Passage Airline Gruppe“ zahlreiche weitere, von der Beklagten beherrschten Fluggesellschaften wie zum Beispiel Germanwings und Swiss. Eine weitere Tochtergesellschaft der Beklagten, die Lufthansa Cargo AG, ist innerhalb des Lufthansa-Konzerns im Rahmen des weiteren Geschäftsfelds „Logistik“ mit der Frachtbeförderung betraut. Lufthansa Cargo ist eine der weltweit größten Frachtfluggesellschaften mit über 4.500 Mitarbeitern.
- (45) Der MTV gilt nur für das Cockpitpersonal der Deutsche Lufthansa, nicht aber für die Piloten der übrigen Konzerngesellschaften. Die Höchstaltersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV wirkt sich demnach nur auf die Arbeitsverhältnisse derjenigen Piloten aus, die für die Deutsche Lufthansa im Einsatz sind. Alle weiteren Piloten des Lufthansa-Konzerns, also diejenigen der Lufthansa CityLine, Air Dolomiti, Eurowings, Contact Air, Augsburg Airways, Germanwings und Lufthansa Cargo unterliegen keiner vorgezogenen Altersgrenze von 60 Jahren, weder tarif- noch arbeitsvertraglich. Sie alle müssen im Einklang mit den gesetzlichen Regelungen bis zum Alter von 65 Jahren fliegen. Das gibt auch das vorlegende Gericht zu (Vorlagebeschluss, Rn. 3, 32). Auch die Beklagte des Ausgangsverfahrens wird dies in der mündlichen Verhandlung bestätigen.

- (46) Der angeblich durch eine tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren angestrebte „höhere Sicherheitsstandard“ (vgl. Vorlagebeschluss, Rn. 73), stünde das Pilotenalter dazu überhaupt in einer kausalen Beziehung, wäre demnach bereits innerhalb des Lufthansa-Konzerns durch den Einsatz einer großen Zahl von über 60jährigen Piloten unterlaufen. Dies aber wird die Beklagte des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung mit Sicherheit nicht bestätigen wollen. Sie geht von einem hohen Sicherheitsstandard aus, für dessen Bewertung das Alter der flugtauglichen Piloten keine sicherheitsrelevante Rolle spielt. Eine tarifvertragliche Maßnahme wie diejenige in § 19 Absatz 1 MTV, die die Arbeitsverhältnisse nur einiger Konzern-Piloten unter Berufung auf angebliche altersbedingte Sicherheitsrisiken mit Vollendung des 60. Lebensjahres enden lässt, ist damit offensichtlich widersprüchlich und willkürlich. Sie ist im Übrigen auch von der Beklagten nicht gewünscht.
- (47) Die Inkohärenz der Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV verdeutlicht sich weiter, wenn man die Situation der Piloten außerhalb des Lufthansa-Konzerns betrachtet. Das vorlegende Gericht übergeht die unstrittige Tatsache, dass auch die Piloten sämtlicher deutschen Fluggesellschaften außerhalb des Lufthansa-Konzerns derzeit auf der Grundlage der im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik geltenden gesetzlichen Regelungen gemäß § 127 LuftPersV und § 4 1. DV LuftPersV ohne jede Einschränkung bis zu einem Höchstalter von 65 Jahren eingesetzt werden: Dies gilt zum Beispiel für die Piloten der Fluggesellschaften LTU, Airberlin und Condor (dort seit dem 28.03.2008). Auch in den für sie geltenden Tarif- und Arbeitsverträgen gibt es keine vorgezogene Altersgrenze von 60 Jahren. Das vorlegende selektiert im Vorlagebeschluss nur den Sachverhalt, der vermeintlich zur Aufrechterhalten seiner vorurteilsbegründeten Rechtsprechung zu dienen scheint, während es entgegenstehenden unstrittigen Tatsachen keine Beachtung schenkt.
- (48) Die Inkohärenz tarifvertraglicher Regelungen zur Altersgrenze von Piloten ist im Lufthansa-Konzern manifest. Die tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten, wie sie § 19 Absatz 1 MTV bestimmt, ist die absolute Ausnahme. Das gilt auch für die gesamte Bundesrepublik. Verkehrspiloten arbeiten in Deutschland in der Regel, unstrittig bis zum Alter von 65 Jahren auf der Grundlage der allein verbindlichen gesetzlichen Lizenzierungsrege-

lungen. Sicherheitserwägungen liegen dem nicht zugrunde und stehen dem nicht entgegen. Für eine auf die Wahrung der öffentlichen Sicherheit zielende Regelungskompetenz der Sozialpartner ist kein Raum

- (49) Die tarifliche Inkohärenz des § 19 Absatz 1 MTV im Vergleich zu anderen tarifvertraglichen Regelungen wird widersprüchlich insbesondere durch die Pilotengewerkschaft „Vereinigung Cockpit e.V.“ (VC) aus tarifpolitischer Opportunität verursacht und aufrechterhalten. Die Pilotengewerkschaft VC hat den MTV im Lufthansa-Konzern vereinbart und unterzeichnet. Sie vertritt aber als Berufsverband der deutschen Verkehrsflugzeugführer und als tarifschließende Gewerkschaft die ganz überwiegende Mehrheit der Verkehrspiloten in Deutschland. Die VC hat als Gewerkschaft Tarifverträge mit Wirkung für alle anderen deutschen Fluggesellschaften innerhalb und außerhalb des Lufthansa-Konzerns abgeschlossen, die das gesetzliche Höchstalter von 65 Jahren für Piloten beibehalten, so zum Beispiel bei den Fluggesellschaften Airberlin, LTU, Germanwings, Lufthansa CityLine, Condor, Augsburg Airways und Contact Air.
- (50) Damit gibt die VC, die die benachteiligende Maßnahme in § 19 Absatz 1 MTV als Berufsverband und als Gewerkschaft verantwortet, offenkundig zu verstehen, dass sie eine Altersgrenze von 60 Jahren selbst nicht als „für die Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs notwendig“ oder überhaupt als kohärent erachtet. Die VC als Tarifvertragspartei nimmt damit offensichtlich selber keine Regelungskompetenz zur Bestimmung von Altersgrenzen aus Gründen der Luftverkehrssicherheit in Anspruch. Die Bundesrepublik Deutschland und die Beklagte des Ausgangsverfahrens werden in der mündlichen Verhandlung dazu klarstellen, dass sie die Fragen der Sicherheit im Luftverkehr nicht nach Fluggesellschaften oder Tarifbereichen unterscheiden. Sie gehen vorbehaltlos nur von der gesetzlichen Altersgrenze von 65 Jahren aus.
- (51) Damit ist belegt, dass eine tarifvertragliche Höchstaltersgrenze von 60 Jahren wie diejenige in § 19 Absatz 1 MTV, die nur innerhalb eines eng begrenzten Organisationsbereichs und nur für eines von zahlreichen Konzernunternehmen gilt, unmöglich dem Ziel der Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs (eines Mitgliedstaats) in kohärenter und systematischer Weise dienen kann und will, gerade weil ihr Regelungsbereich nur auf ein Einzelunternehmen begrenzt ist. Maßnahmen zur Gewährleistung

der Luftverkehrssicherheit können daher naturgemäß nur vom Gesetzgeber für das gesamte Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates bestimmt und nur von den Exekutivbehörden einheitlich umgesetzt werden, wenn der Gesetzgeber eine solche Regelung für erforderlich hielte. Eine im persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich begrenzte tarifvertragliche Maßnahme in nur einem Unternehmen, die den bereits gesetzlich festgelegten Sicherheitsstandard einseitig verschärft, kann folglich gar nicht „notwendig“ im Sinne von Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie 2000/78 sein.

- (52) Wie ungeeignet und widersinnig die Regelung in § 19 Absatz 1 MTV zur Erreichung des angeblichen Sicherheitsziels ist, zeigt sich auch darin, dass die Gültigkeitsdauer von Lizenzen für Verkehrspiloten unstreitig nicht von den Rechtswirkungen einer tarifvertraglichen Altersgrenze oder sonstigen tarifvertraglichen Bedingungen abhängig ist oder überhaupt beeinflusst wird. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens und die Bundesrepublik Deutschland werden dies in der mündlichen Verhandlung bestätigen.

2. Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV ist nicht nach Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 gerechtfertigt

- (53) Die in § 19 Absatz 1 MTV bestimmte Altersgrenze von 60 Jahren bewirkt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters bei den Entlassungsbedingungen im Sinne des Artikel 1, des Artikel 2 Absatz 1, Absatz 2 lit. a) und des Artikel 3 Absatz 1 lit. c) der Richtlinie 2000/78, wie das vorliegende Gericht – allerdings bezogen auf die einzelstaatlichen Regelungen des AGG – zu Recht ohne Weiteres annimmt (Vorlagebeschluss, Rn. 44).
- (54) Diese unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters ist nicht ausnahmsweise nach Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 (§ 10 Satz 1 AGG) gerechtfertigt.

a) Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs ist kein „legitimes Ziel“ im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78

- (55) Zunächst wird auch im Hinblick auf die Regelung in Artikel 6 Absatz 1 der

Richtlinie 2000/78 nochmals darauf hingewiesen, dass die Sozialpartner nach den einzelstaatlichen Regelungen schon nicht befugt sind, Ziele außerhalb des Bereichs der Sozialpolitik überhaupt zu annectieren oder solche Ziele durch Tarifverträge umzusetzen (siehe oben III.1.a), Rn. 29 ff.). Es gibt entgegen der unbelegten Vermutung des vorlegenden Gerichts auch nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass die Sozialpartner eine solche Befugnisanmaßung auch nur im Sinn gehabt hätten. Damit ist das mit der Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV verfolgte Ziel entgegen der Vorgabe in Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie schon nicht „im Rahmen des nationalen Rechts“ gerechtfertigt.

(56) Davon unabhängig folgt aus der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass Ziele, die als „legitim“ im Sinne der Bestimmung des Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 und damit als geeignet angesehen werden können, eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Alters zu rechtfertigen, nur sozialpolitische Ziele wie solche aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung sind (Urteil des Gerichtshofs vom 5. März 2009, Age Concern England, C-388/07, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 46, 49, 51, 52).

(57) Der Gerichtshof hat in der Rechtssache Age Concern England, C-388/07, in Beantwortung der dortigen 4. Vorlagefrage ausdrücklich für Recht erkannt (Hervorhebung durch Unterzeichner):

„2. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Bestimmung, die, wie Regulation 3 der im Ausgangsverfahren fraglichen Verordnung, keine genaue Aufzählung der Ziele enthält, die eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen des Alters rechtfertigen könnten, nicht entgegensteht. Nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 besteht die Möglichkeit, eine Ausnahme von diesem Grundsatz vorzusehen, jedoch nur für Maßnahmen, die durch rechtmäßige sozialpolitische Ziele wie solche aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung gerechtfertigt sind.

...“

- (58) Der Gerichtshof hat damit die Frage des vorlegenden Gerichts nach der Reichweite des Begriffs des „legitimen Ziels“ in Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 (Vorlagebeschluss, Rn. 54 ff.) bereits beantwortet. Das vorliegende Gericht hat diese unmissverständliche Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht zur Kenntnis genommen.
- (59) Das vorliegende Gericht sagt selbst, dass die Vertragsparteien des MTV mit der Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV keine Ziele sozialpolitischer Art verfolgen (Vorlagebeschluss, Rn. 60). Die Altersgrenze dient vielmehr ausschließlich der Gewährleistung der Flugsicherheit (Vorlagebeschluss, Rn. 60). Das ist unstreitig kein Ziel aus dem Bereich der Sozialpolitik und vermag daher den Anwendungsbereich des Rechtfertigungsgrundes in Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht zu eröffnen. Eine weitergehende Auslegung dieser Regelung ist entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts für die Beantwortung der Vorlagefrage nicht angezeigt.

b) Maßnahme ist jedenfalls nicht als Mittel zur Erreichung des Ziels „erforderlich“ im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78

- (60) Selbst wenn der Gerichtshof davon ausgehen sollte, dass das Ziel der Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs grundsätzlich von Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 umfasst ist, so ist jedenfalls eine tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten als Mittel zur Erreichung dieses Ziels nicht wie die internationale Praxis zeigt „angemessen und erforderlich“ im Sinne dieser Regelung.
- (61) Dies folgt aus den Gründen, die bereits gegen eine Notwendigkeit der Maßnahme nach Artikel 2 Absatz 5 der Richtlinie sprechen (siehe oben unter III.1.b), Rn. 39 ff.).
- (62) Den mitgliedstaatlichen Anforderungen an die Luftverkehrssicherheit wird abschließend durch die hoheitlichen Lizenzierungsbestimmungen in § 127 LuftPersV und § 4 1. DV LuftPersV in ausreichender Weise Rechnung getragen. Die Bundesrepublik wird dies in der mündlichen Verhandlung bestätigen.

- (63) Im Übrigen wäre selbst die Einhaltung der internationalen Bestimmung in JAR-FCL 1.060 - sie gilt im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik nicht - ein zur Erreichung des Ziels der Gewährleistung der Luftverkehrssicherheit ebenso geeignetes, dabei aber milderes Mittel (vgl. Vorlagebeschluss, Rn. 65). Nochmals deutlich: Das vorlegende Gericht verkennt, dass die Anwendung der Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV den Einsatz von Flugzeugführern im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben insgesamt verhindert.
- (64) Die Vorschrift in JAR-FCL 1.060 setzt international den Rahmen und den verbindlichen Mindestmaßstab für die Sicherheit im Luftverkehr bei dem Einsatz von Verkehrspiloten. Wegen § 19 Absatz 1 MTV läuft aber auch diese Regelung leer. Alle Piloten, die bei der Beklagten des Ausgangsverfahrens wegen der Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV mit Vollendung des 60. Lebensjahres zum Ausscheiden gezwungen werden, dürfen gemäß JAR-FCL 1.060 international noch weitere fünf Jahre als Verkehrspilot arbeiten. Die Regelung des § 19 Absatz 1 MTV läuft daher auch dem grundlegenden Prinzip der beruflichen Freizügigkeit zuwider.
- (65) Die Beschränkung in JAR-FCL 1.060 begründet entgegen der Annahme des vorlegenden Gerichts (Vorlagebeschluss, Rn. 24, 29) keine Sicherheitsbedenken hinsichtlich eines Einsatzes im Alter über 60 Jahren. Die JAR-FCL 1.060 schließt Sicherheitsbedenken gerade aus: 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 der Annahme des vorlegenden Gerichts 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 gibt, welcher der beiden Piloten in einem Zweimanncockpit ausfällt und auch keine Vermutung dafür, dass stets der ältere Pilot ausfällt, spielt die Altersgrenze unter Sicherheitsaspekten überhaupt keine Rolle. Es bleibt bei der Ratio der JAR-FCL Regel, die jedem der beiden Piloten altersunabhängig stets die volle Verantwortlichkeit zutraut und durch jeden von ihnen gewährleistet sieht. Dass die Bestimmung in JAR-FCL 1.060 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 grundlegende Abwendung von dem Kriterium des Alters überhaupt.

3. Ein Alter unter 60 Jahren stellt keine „wesentliche und entscheidende Anforderung“ an den Beruf des Verkehrspiloten im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 dar

- (66) Nach der Bestimmung des Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78, die durch § 8 AGG in nationales Recht umgesetzt wurde, stellt eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in Artikel 1 der Richtlinie genannten Diskriminierungsgründe steht, dann keine Diskriminierung dar, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.
- (67) Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich betont, dass nicht der Grund, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist (hier: das Alter der Piloten), sondern ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen muss (vgl. Urteil Wolf, Rn. 35).
- (68) Das vorlegende Gericht hat diese bedeutsame Unterscheidung grundlegend verkannt. Es hat in der Begründung seiner Vorlageentscheidung schon kein Merkmal benannt, das mit dem Alter der durch § 19 Absatz 1 MTV benachteiligten Piloten im Zusammenhang steht oder auch nur stehen könnte und eine berufliche Anforderung darstellte. Das vorlegende Gericht hat den Gerichtshof lediglich um Auslegung ersucht, ob ein Alter unter 60 Jahren selbst eine entscheidende berufliche Anforderung an die Tätigkeit des Verkehrspiloten darstellen kann (Vorlagebeschluss, Rn. 67 ff., 71, 72).
- (69) Da es solche Merkmale nicht gibt, ist der Anwendungsbereich des Artikels 4 Absatz 1 der Richtlinie schon nicht eröffnet. Ein Zusammenhang zwischen dem in § 19 Absatz 1 MTV bestimmten Höchstalter von 60 Jahren und irgendwelchen (körperlichen oder sonstigen) Merkmalen ist nicht dargelegt, wie das vorlegende Gericht mit der (fehlenden) Begründung seiner

Vorlagefrage belegt. Das wird wie bereits vorgetragen durch das vorliegende Gericht ausdrücklich mit dem Hinweis bestätigt, dass es keine wissenschaftliche, medizinischen oder sonstige Belege für eine nur sich aus dem Alter ergebende Voraussetzung zur Ausübung des Pilotenberufs gibt.

(70) Es gibt solche Merkmale auch nicht: Sämtliche Inhaber einer Verkehrspilotenlizenz im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland und weltweit müssen sich – bis zum gesetzlichen Höchstalter von 65 Jahren - regelmäßig einer sachverständigen flugmedizinischen Untersuchung unterziehen, um die Gültigkeit der Lizenz aufrecht zu erhalten. Mit diesen Untersuchungen wird laufend festgestellt, ob der Lizenzinhaber weiterhin für die Berufsausübung körperlich und geistig geeignet und damit flugtauglich ist. Dem jeweils überprüften Piloten wird ein sogenanntes „Tauglichkeitszeugnis“ erteilt, das seinerseits Voraussetzung für die erstmalige Erteilung oder für die Aufrechterhaltung der Lizenz ist. Das Verfahren für diese medizinischen Untersuchungen ist luftaufsichtsrechtlich genauestens festgelegt in den §§ 20 ff. der Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung in der Fassung vom 10. Juli 2008 (BGBl. I S. 1229), zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 18. Januar 2010 (BGBl. I S. 11) (LuftVZO) sowie insbesondere über § 20 Absatz 2 LuftVZO in Verbindung mit den Bestimmungen über die Anforderungen an die Tauglichkeit (JAR-FCL 3 deutsch) vom 27. März 2007 (Banz. Nr. 94a vom 23. Mai 2007). Das einzige Merkmal mithin ist die Feststellung der Flugtauglichkeit im Sinne des Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie. Die Feststellung des Merkmals „Flugtauglichkeit“ ist vom Alter unabhängig.

(71) In den Vorschriften der LuftVZO sind die ausschließliche luftsicherheitsrechtliche Zuständigkeit, das alleinige Entscheidungsermessen der Luftfahrtbehörde LBA und die einzuhaltenden Verfahren geregelt. Ein wie auch immer gearteter Einschätzungsspielraum der Sozialpartner besteht daneben nicht. § 20 Absatz 6 LuftVZO bestimmt (Hervorhebung durch Unterzeichner):

„(6) Das Luftfahrt-Bundesamt wird ermächtigt, **soweit dies zur Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs notwendig ist, durch Rechtsverordnungen die Einzelheiten zu regeln**, die zur Durchführung

1. (...)

2. *der vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung im Bundesanzeiger bekannt gemachten Fassung der Bestimmungen über **Anforderungen an die Tauglichkeit** (JAR-FCL 3 deutsch), die **Lizenzierung von Piloten** von Flugzeugen (JAR-FCL 1 deutsch), von Piloten von Hubschraubern (JAR-FCL 2 deutsch) und von Flugingenieuren (JAR-FCL 4 deutsch) sowie nach den dieses Luftfahrtpersonal betreffenden Vorschriften der Verordnung über Luftfahrtpersonal **erforderlich sind.**“*

(72) Ein Zusammenhang zwischen der Flugtauglichkeit von Verkehrspiloten und einem Alter unter 60 Jahren existiert nach diesen Bestimmungen nicht. Die Untersuchungen werden unterschiedslos bis zum gesetzlichen Höchstalter von 65 Jahren durchgeführt. Die Bundesrepublik Deutschland sowie die Beklagte des Ausgangsverfahrens werden dies in der mündlichen Verhandlung bestätigen.

(73) Die Altersgrenze von 60 Jahren in § 19 Absatz 1 MTV ist damit innerhalb des luftverkehrsrechtlichen Systems der Lizenzerteilung und Tauglichkeitsprüfung ein Fremdkörper. Die Rechtswirkungen des § 19 Absatz 1 MTV beschränken sich auf die diskriminierende Beendigung der Arbeitsverhältnisse mit der Beklagten des Ausgangsverfahrens. Mit der regelgerechten Feststellung der Flugtauglichkeit sind die Fähigkeit und die Unbedenklichkeit für die Ausübung des Piloten abschließend geklärt (siehe oben, Rn. 52). Das ist in keinem Einzelfall des Ausgangsverfahrens überhaupt streitig. Die Bundesrepublik Deutschland sowie die Beklagte des Ausgangsverfahrens werden dies in der mündlichen Verhandlung bestätigen.

(74) Auch die weiteren Ausführungen des vorlegenden Gerichts zu Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 (§ 8 AGG) sind nicht haltbar:

Das vorlegende Gericht sagt selbst, dass die Begriffe „wesentlich und entscheidend“ im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie das Gleiche meinen wie der merkmalsbezogene Begriff „unverzichtbar“ (Vorlagebeschluss, Rn. 68). Nach richtiger Definition durch das vorlegende Gericht bedeutet dies, dass „eine entscheidende berufliche Anforderung vorliegt, wenn ohne sie die vertragsgemäße Tätigkeit nicht oder nicht ordnungsgemäß ausgeübt werden kann“ (Vorlagebeschluss, Rn. 68).

- (75) Gleichzeitig räumt das vorlegende Gericht in der Entscheidungsbegründung aber ein, dass (i) der deutsche Gesetzgeber für Verkehrspiloten ein uneingeschränkt zulässiges Höchstalter von 65 Jahren festgelegt hat und (ii) die Piloten anderer deutscher Fluggesellschaften völlig unproblematisch bis zum Alter von 65 Jahren tätig sind (siehe oben, III.1.b); vgl. Vorlagebeschluss, Rn. 3, 5, 24, 32) und tarifvertraglich sein müssen.
- (76) Die Frage nach einer Rechtfertigung der Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV über Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 stellt sich damit erst gar nicht, weil die Begründung des vorliegenden Gerichts selbst das Merkmal des Alters als „unverzichtbar“ ausschließt. Das vorlegende Gericht will im Umkehrschluss nicht sagen, dass diejenigen Piloten der Fluggesellschaften Airberlin, LTU, Lufthansa CityLine, Condor, Germanwings, Augsburg Airways, Eurowings, Contact Air, Air Dolomiti und weitere, die derzeit im Alter über 60 Jahren Großraumflugzeuge steuern und täglich tausende Passagiere befördern, „die vertragsgemäße Tätigkeit nicht ordnungsgemäß“ ausüben.
- (77) Soweit das vorlegende Gericht unterstellt, mit § 19 Absatz 1 MTV strebten die Tarifvertragsparteien für einen Teilbereich des Lufthansa-Konzerns angeblich einen „höheren Sicherheitsstandard“ als der Gesetzgeber an (Vorlagebeschluss, Rn. 71), so belegt es damit gerade, dass die Festlegung eines Alters unter 60 Jahren als wesentliche und entscheidende Anforderung an den Beruf des Verkehrspiloten nicht angemessen oder gar erforderlich ist. Eine eigene Risikoeinschätzung durch die Sozialpartner ist nach den klaren gesetzlichen Vorgaben – entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts – nicht vorgesehen (vgl. nur § 20 Absatz 6 LuftVZO, siehe oben Rn. 71). Es steht dem vorlegenden Gericht schon nicht zu, den Sozialpartnern überhaupt eine Kompetenz für die gegenüber den vom Gesetzgeber bestimmten Sicherheitsstandards für einen „höheren Sicherheitsstandard“ zuzubilligen. Das Gericht selbst hat denknötwendig mangels eigenen Sachverständs keine Kriterien, die den Unterschied zwischen den gesetzlichen Standards und einem wie immer gearteten höheren Niveau ausmachen könnten. Den Tarifvertragsparteien mangelt es nicht weniger am Sachverständ dafür. Die Erwägungen des vorlegenden Gerichts sind mithin nicht von solchen tragfähigen Fakten bestimmt, die für die Annahme eines Merkmals nach Artikel 4 Absatz 1 auch nur ansatzweise geeignet wären.

(78) Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 scheidet mithin als Rechtfertigungsgrund für die Maßnahme offenkundig aus. Die Bundesrepublik Deutschland wird im Rahmen ihrer Stellungnahme an den Gerichtshof, jedenfalls aber in der mündlichen Verhandlung, bestätigen, dass aus ihrer Sicht als luftverkehrsrechtlicher Gesetzgeber ein Alter unter 60 Jahren keine wesentliche und entscheidende Anforderung an den Beruf des Verkehrspiloten darstellt. Sie wird auch bestätigen, dass deshalb die gesetzlichen Regelungen zur Altersgrenze von 65 Jahren darauf beruhen. Andernfalls hätte die Bundesregierung und hätte die deutsche Luftfahrtbehörde LBA niemals gesetzlich festgelegt, dass Verkehrsflugzeugführer die Rechte aus ihrer Lizenz uneingeschränkt bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres ausüben dürfen.

4. Vorlegendes Gericht übergibt die Beweislastregeln der Richtlinie 2000/78

(79) Die Beklagte des Ausgangsverfahrens benachteiligt die Kläger durch die Anwendung der Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV unmittelbar wegen ihres Alters. Dies ist selbst nach der Auffassung des vorlegenden Gerichts völlig unstrittig (vgl. Vorlagebeschluss, Rn. 44).

(80) Nach Artikel 10 Absatz 1 in Verbindung mit dem 31. Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78 hat die Beklagte des Ausgangsverfahrens in einem solchen Fall zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat. Dies bedeutet insbesondere, dass die Beklagte nach dieser Bestimmung das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes beweisen muss. Auch die einzelstaatliche Regelung in § 22 AGG sieht dies unmissverständlich vor. Das nationale Gesetz hat die Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie unzureichend umgesetzt. Während die Richtlinie auf der Klägersseite eine Vermutung für die Annahme einer Diskriminierung genügen lässt, um die Beweislastumkehr zu bewirken, verlangt das AGG in § 22 einen Vollbeweis für die Diskriminierung und unterläuft damit das Ziel der Beweislastumkehr nach der Richtlinie.

(81) Die Beklagte des Ausgangsverfahrens und die Vertragsparteien des MTV sind ihrer Beweislast nicht ansatzweise nachgekommen. Sie sind bisher je-

den Beweis für die Rechtfertigung der Altersgrenze schuldig geblieben. Sie haben im Ausgangsverfahren nicht einmal den Versuch unternommen, die Erforderlichkeit der Altersgrenze in § 19 Absatz 1 MTV sachlich zu belegen oder gar zu beweisen. Im Gegenteil widerlegt die Beklagte tatsächlich jede Rechtfertigung der Altersgrenze bereits dadurch, dass sie in den meisten ihrer Konzerngesellschaften Piloten bis zum Alter von 65 Jahren beschäftigt (siehe oben, Rn. 43 ff.). Auch die Vertragsparteien des MTV widerlegen schon die Vermutung eines etwaigen Sicherheitsrisikos dadurch, dass sie für die übrigen Fluggesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland keine tarifvertragliche Altersgrenze von 60 Jahren vereinbart haben (siehe oben, Rn. 49 ff.).

- (82) Es ist ferner völlig unstrittig, dass es keinerlei medizinische, empirische oder sonstige wissenschaftliche Erkenntnisse gibt, die abstrakt oder konkret belegen würden, dass von Verkehrspiloten im Alter über 60 Jahren ein - altersbedingtes - Sicherheitsrisiko ausgeht. Das vorlegende Gericht gibt dies unumwunden zu (Vorlagebeschluss, Rn. 24, 61). Die Bundesrepublik Deutschland wird dies im Rahmen ihrer schriftlichen Stellungnahme an den Gerichtshof und in der mündlichen Verhandlung bestätigen.
- (83) Bereits dies hätte dem vorlegenden Gericht bei Beachtung und unionsrechtskonformer Anwendung des § 22 AGG den Weg weisen müssen zu einer abschließenden Entscheidung im Ausgangsverfahren in Form der Feststellung der Unwirksamkeit des § 19 Absatz 1 MTV.
- (84) Das vorlegende Gericht hat die oben genannten Beweislastregelungen aber insgesamt unangewendet gelassen. Es hat sich überhaupt nicht mit der Beweislast auseinandergesetzt, obwohl sich dies angesichts des eindeutigen Sachverhalts und der klaren unionsrechtlichen und einzelstaatlichen Regelungen geradezu aufdrängte. In dem ansonsten so umfangreich begründeten Vorlagebeschluss spielt die Beweislastverteilung keine Rolle: Die Regelung in Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 und ihre einzelstaatliche Umsetzung in § 22 AGG sind dort mit keinem Wort erwähnt. Vielmehr legitimiert das vorlegende Gericht mit dem Ignorieren der aus der Richtlinie bestimmten Beweislastfragen den schon im Revisionsverfahren gerügten massiven Verstoß gegen prozessuale Fragen der Beweislastverteilung: Es billigte gen die Verfahrensrügen, dass das Landesarbeitsgericht die Beklagten von der Beweisführung entbunden wurde, **weil** sie sich auf

die ständige Rechtsprechung des vorlegenden Gerichts berufen könne. Dieser gravierende Verstoß schon gegen nationales Prozessrecht verletzt unmittelbar die Bestimmungen nach Artikel 10 der Richtlinie und die darin enthaltene Schutzfunktion der Beweislastregelung.

- (85) Das vorlegende Gericht unterstellt in seiner Vorlageentscheidung wiederholt, ein von Piloten nach Vollendung des 60. Lebensjahres angeblich „ausgehendes“, „erhöhtes“ Sicherheitsrisiko, das „erkannt“ worden sei (Vorlagebeschluss Rn. 65, 71, 73). Nochmals: Dieses angebliche Sicherheitsrisiko gibt es nicht und das vorlegende Gericht hat keinen kompetenten Sachverstand für die Annahme von Kriterien, die ein „erhöhtes“ Sicherheitsrisiko bestimmten könnten. Der Begründungszusammenhang aus der Annahme, solcher Kriterien überhaupt in die Begründung einer gerichtlichen Entscheidung aufzunehmen, ist Willkür und beruht auf einem bloßem Vorurteil. Das vorlegende Gericht meint entgegen der ausdrücklichen Beweislastregelung in der Richtlinie, schon dadurch, dass sich die Beklagte auf die frühere Rechtsprechung des vorlegenden Gerichts zu der Wirksamkeit tariflicher Altersgrenzen von 60 Jahren für Piloten berufe, sei die Altersgrenze zu rechtfertigen (Vorlagebeschluss, Rn. 27). Diese Legitimation ist ebenso willkürlich. Das vorlegende Gericht stellt damit seine traditionelle Rechtsprechung in der Wertigkeit sowohl materiellrechtlich wie prozessrechtlich über zwingende unionsrechtliche Bestimmungen der Richtlinie. Aber die frühere Rechtsprechung des vorlegenden Gerichts ist, auch wenn es ausdrücklich „an ihr festhalten möchte“ (Vorlagebeschluss Rn. 35), kein Selbstzweck und vermag für sich nicht die der Beklagten auferlegte Beweislast im Hinblick auf das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu ersetzen.

IV. Verpflichtung des vorlegenden Gerichts, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen

- (86) Das vorlegende Gericht unterstellt und vermutet ein zusätzliches, von Verkehrspiloten im Alter über 60 Jahren ausgehendes Sicherheitsrisiko (siehe oben, Rn. 85), obwohl keine wissenschaftlichen Erkenntnisse existieren und obwohl die Beklagte des Ausgangsverfahrens und die mitgliedstaatliche Luftfahrtbehörde ein solches Risiko selbst nicht sehen (siehe oben, Rn.

82). Der Erfahrungssatz, den das vorlegende Gericht mit seiner bisherigen Rechtsprechung aufgestellt hat, lautet demnach: *„Es kann zulässigerweise vermutet und unterstellt werden, dass Verkehrspiloten ab einem Alter von 60 Jahren den an sie gestellten beruflichen Anforderungen nicht in demselben Maße gewachsen sind wie jüngere Piloten.“*

- (87) Diese Rechtsprechung des vorlegenden Gerichts und der Versuch, entgegen der unionsrechtlichen Vorgaben an ihr festzuhalten, ist selbst altersdiskriminierend und verstößt gegen den unionsrechtlichen Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78: Die Vermutungsgrundlage des vorlegenden Gerichts setzt einzig und willkürlich an dem kalendarischen Alter der betroffenen Piloten an und knüpft daran als Prämisse einen negativ besetzten, von ihm selbst geschaffenen durch nichts belegten Erfahrungssatz, der die Beweislastregel in Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 missachtet. Diese Missachtung der zwingenden Beweislastregel durch das vorlegende Gericht ist im Ergebnis eine Rechtsverweigerung gegen die mit der Richtlinie 2000/78 verfolgten Ziele zu Lasten der Kläger des Ausgangsverfahrens.
- (88) Soweit das vorlegende Gericht dennoch an seiner Rechtsprechung festhalten möchte, missachtet es gleichzeitig das Effizienzgebot und den Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts. Nach Artikel 4 Absatz 3 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Europäische Union ergreifen die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen ergeben und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.
- (89) Die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen und deren Pflicht, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen zu treffen, obliegt allen Trägern öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten, wie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung betont (vgl. Urteil Küçükdeveci, Rn. 47 mit weiteren Nachweisen). Demnach obliegt es dem nationalen Gericht, bei dem ein Rechtsstreit über das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78 anhängig ist, im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen

aus dem Unionsrecht ergibt, sicherzustellen und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten, indem es erforderlichenfalls jede diesem Verbot entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt (vgl. Urteil Küçükdeveci, Rn. 51, Urteil Mangold, Rn. 77).

- (90) Unter dieser Maßgabe und mit Blick auf die oben dargelegte mitgliedstaatliche Sach- und Rechtslage erwägt das vorlegende Gericht nicht einmal, dass es aus eigener unionsrechtlicher Verpflichtung und in seiner Funktion als „ordentliches Unionsgericht“ (vgl. GA Bot, Schlussanträge vom 7. Juli 2009, C-555/07, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rn. 55) die fragliche Bestimmung in § 19 Absatz 1 MTV hätte unangewendet lassen müssen. Es musste den Gerichtshof nicht zuvor nach Artikel 267 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union um Vorabentscheidung zu ersuchen (so ausdrücklich auch Schubert, EuZW 2010, 180, 182).
- (91) Gleichzeitig begründet die Tatsache, dass das vorlegende Gericht die unionsrechtlichen Regelungen zur Beweislast überhaupt ignoriert hat, den Vorwurf der Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren gemäß Artikel 47 Satz 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zum Nachteil der Kläger des Ausgangsverfahrens. Die Beweislastverteilung in Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78 ist nach dem 31. Erwägungsgrund der Richtlinie ein zentrales Instrument der benachteiligten Person, die Anwendung der Richtlinie zur Wahrung ihres Rechts auf Gleichbehandlung und damit die Gewährleistung des mit der Richtlinie verfolgten Ziels zu sichern.

V. Beantwortung der Vorlagefrage

- (92) Auf die Vorlagefrage ist daher zu antworten:

Die Regelungen des Unionsrechts, insbesondere

- (i) das Verbot der Diskriminierung wegen des Al-**

ters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf,

im Lichte von

Artikel 4 Absatz 3 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Europäische Union (ex-Artikel 10 EGV) und Artikel 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union,

und

- (ii) die Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge,

sind dahin auszulegen,

dass sie der ständigen Rechtsprechung eines nationalen Gerichts, die eine tarifvertragliche Höchstaltersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten unter Berufung auf ein ohne Rechts- oder Tatsachengrundlage vermutetes altersbedingtes Risiko für den Luftverkehr anerkennt,

und

einer mit dem Ziel der Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs begründeten tarifvertraglichen Höchstaltersgrenze von 60 Jahren für Verkehrspiloten, wie sie in § 19 Absatz 1 des Manteltarifvertrages Nr. 5a für das Cockpitpersonal bei Lufthansa (MTV) niedergelegt ist,

entgegenstehen,

da insbesondere

- **im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland für den Einsatz von Verkehrspiloten ein gesetzliches Höchstalter von 65 Jahren gilt,**
- **das gesetzliche Höchstalter von 65 Jahren von allen deutschen Fluggesellschaften mit Ausnahme nur einer von mehreren Fluggesellschaften der Beklagten des Ausgangsverfahrens tarif- und arbeitsvertraglich umgesetzt wird,**
- **und im Übrigen keinerlei medizinische oder sonstige Erkenntnisse ersichtlich sind, die ein zusätzliches Risiko für den Luftverkehr durch den Einsatz von Verkehrspiloten im Alter über 60 Jahren belegen.**

Dieser Stellungnahme sind fünf beglaubigte Abschriften für das Gericht, sowie weitere beglaubigte Abschriften für die Beklagte des Ausgangsverfahrens, für die Kommission und für die Bundesrepublik Deutschland beigelegt.

Dr. Ekkehard Helmig
Rechtsanwalt

Javier Rodriguez Nieto
Rechtsanwalt