



INHALT

- *Erklärung der DGADR*
Einstieg in die Diskriminierungsfreiheit -
Ein Jahr Antidiskriminierungsrecht
- *Dr. Klaus Michael Alenfelder*
Die unwirksame Norm - § 2 Abs. 4 AGG
- *Dr. Klaus Michael Alenfelder*
§ 22 AGG
- *Frank Jansen*
Besprechung des LAG Thüringen
- 5 Ta 55/07 vom 19.06.2007
- *Frank Jansen*
Besprechung des VG Frankfurt
- 9 E 5341/06 vom 29.06.2007

KOOPERATIONSPARTNER

Deutsche Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht



<http://www.dgadr.de>

European Anti-Discrimination Council



<http://www.eacih.org>

EDITORIAL

Liebe Leserinnen und Leser,

seit dem 18.08.2006 gilt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz in Deutschland. In diesem ersten Jahr ist die vielbeschworene Klagewelle, die angeblich Arbeitgeber überrollen würde, ausgeblieben. Nur 0,1 bis 0,3 % aller arbeitsgerichtlichen Verfahren haben mit dem AGG zu tun.

Dessen ungeachtet ist zu erwarten, dass das AGG in den nächsten Jahren überragende Bedeutung erlangen wird. Näheres hierzu finden Sie in der in dieser Ausgabe abgedruckten Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht.

Ihr

Dr. K.M. Alenfelder

RA Dr. Klaus Michael Alenfelder
Herausgeber



Dr. Klaus Michael Alenfelder ist Fachanwalt für Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter für Wirtschaftsrecht, Ständiger Vertreter des European Anti-Discrimination Council, London, Rechtsexperte des Deutschen Antidiskriminierungsverbands, Präsident der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht.

Einstieg in die Diskriminierungsfreiheit – Ein Jahr Antidiskriminierungsrecht Erklärung der DGADR

Vorwort

Einstieg in die Diskriminierungsfreiheit – Ein Jahr Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Erklärung der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht v. 18.08.2007

1. AGG nicht abschaffbar

Am 18.08.2006 trat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft. Es beruht auf zwingenden EU-Vorgaben. Deutschland kann von diesen Vorgaben nur abweichen, wenn es aus der EU austritt oder alle anderen EU-Staaten einer Änderung zustimmen. Das AGG bleibt in wesentlichen Punkten hinter den zwingenden Vorgaben der EU-Richtlinien zurück. Die EU bereitet daher ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland vor, das zu massiven Strafzahlungen führen kann (mehrere Millionen Euro täglich bis zur regelgerechten Umsetzung).

2. Diskriminierung in Deutschland

Ein Verbot der Diskriminierung war in Deutschland überfällig.

Um bezeichnende Beispiele zu nennen:

- Immer noch verdienen Frauen 20 bis 25 % weniger als Männer und sind als Führungskräfte kaum vertreten.
- Ältere (ab 40 oder 50, je nach Branche) werden „entsorgt“ oder als „zu alt“ nicht eingestellt.
- Behinderte finden nur schwer eine Arbeit und haben nur selten die Möglichkeit, eine Führungsposition zu erreichen.

Dies ist in Deutschland so selbstverständlich, dass es die Opfer als „normal“ akzeptieren.

3. AGG notwendig

Das gesetzliche Diskriminierungsverbot im AGG ist daher notwendig.

Das AGG gilt für allgemeine Verträge im Zivilrecht, allerdings im wesentlichen beschränkt auf Massengeschäfte und private Versicherungen.

Schwerpunkt des AGG ist das Arbeitsrecht. Dort gilt es umfassend. Das AGG verbietet Arbeitgebern, Beschäftigte wegen bestimmter Merkmale zu benachteiligen (Diskriminierung) und verpflichtet sie, die Mitarbeiter vor Diskriminierung durch Kollegen, Vorgesetzte und Dritte (z.B. Kunden) zu schützen. Dazu gehört auch eine Schulung der Mitarbeiter über das AGG. Verboten ist Benachteiligung aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion und Weltanschauung, des Alters, der Behinderung und der sexuellen Identität. Verboten ist auch die Benachteiligung von Frauen wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft. Verstößt der Arbeitgeber dagegen, muss er u.a. Schadensersatz leisten (z.B. entgangenes Gehalt ohne Obergrenze, abschreckend hohes Schmerzensgeld, d.h. normalerweise ein Jahresgehalt, mindestens 30.000 €).

4. Gegenargumente unhaltbar

Sinn des Gesetzes ist, dass jeder Mensch nach seinen Fähigkeiten und Verdiensten beschäftigt, befördert und bezahlt werden soll. Vorurteile dürfen dabei keine Rolle spielen. Eigentlich sollte das eine Selbstverständlichkeit sein, die schon seit Jahrzehnten von der Verfassung gefordert wird. Allerdings gab und gibt es – vor allem von Arbeitgeberfunktionären – massive, unsachliche Kritik:

AGG schafft Vertragsfreiheit

Einige behaupten, das AGG beschränke die Vertragsfreiheit. **Das ist falsch:** Das AGG schafft erst Vertragsfreiheit. Vor dem AGG gab es Vertragsfreiheit nur für Arbeitgeber, die nach Belieben diskriminieren durften. Jetzt erhalten die Arbeitnehmer Vertragsfreiheit, da sie verlangen können, sachlich beurteilt zu werden: Freiheit **von** Diskriminierung statt Freiheit **zur** Diskriminierung.

AGG ist kein Gesinnungsrecht

Andere behaupten, das AGG sei ein Gesinnungsrecht. Das ist offensichtlich abwegig: Das AGG bestraft nicht eine Gesinnung, es verbietet, Mitmenschen zu entwürdigen.

Gesetze ändern Bewusstsein

Schließlich wird vorgetragen, Gesetze verändern nicht die diskriminierende Grundhaltung und können daher Diskriminierung in der Gesellschaft nicht ausschließen.

Richtig ist: Es wird immer Menschen geben, die ihre Mitmenschen entwürdigen und diskriminieren. Genauso wie es Menschen gibt, die stehlen und morden, obwohl es unter Strafe steht. Sollen wir das Strafgesetzbuch abschaffen, weil es

noch Verbrecher gibt? Nein - durch Gesetze werden die verbotenen Handlungen nicht abgeschafft. Aber eins wird allen klar: Diese Handlung ist gesellschaftlich geächtet. Und genau das führt bei vielen zum Umdenken und damit zur Änderung der Grundhaltung. Außerdem: Nur durch das AGG kann sich das Opfer wirksam gegen Entwürdigung wehren.

Versachlichung der Personalarbeit statt Bürokratisierung

Gerne tragen Arbeitgeberfunktionäre vor, das AGG schaffe teure Bürokratie. Arbeitgeber müssten genauer dokumentieren als früher. Das Gesetz selber schreibt so etwas nicht vor. Allerdings sollte ein Arbeitgeber in der Lage sein darzustellen, nach welchen Kriterien er eine Einstellung oder Beförderung durchgeführt hat. Das setzt voraus, dass er die Auswahlkriterien vorher festgelegt hat und diese bei den Bewerbern geprüft hat. Das jedoch sollte für vernünftige Personalarbeit selbstverständlich sein. Wie soll eine Personalentscheidung getroffen werden, wenn man nicht weiß, was der Bewerber mitbringen muss? Insgesamt ist die Personalarbeit mit dem AGG nicht aufwendiger als vorher. Sie ist jedoch anders, nämlich sachlicher.

Kein nennenswerter Missbrauch des Gesetzes

Immer wieder wird von angeblichem Massenmissbrauch des AGG erzählt. Eine Klagewelle von Berufsbewerbern (von einigen als „AGG-Hopper“ bezeichnet) wurde prophezeit. Gesehen hat diese Berufsbewerber noch niemand: Weder Gerichte noch Rechtsschutzversicherungen haben Hinweise auf Massenmissbrauch des AGG. Zur Abwehr der nicht vorhandenen Gefahr wurde gar eine schwarze Liste ins Internet gestellt, um Menschen zu brandmarken, die sich gegen Diskriminierung wehren. Dort kann sich jeder Arbeitgeber über angeblich „renitente“ Arbeitnehmer informieren und diese melden. Während andere Staaten Diskriminierer auf schwarze Listen setzen, werden in Deutschland die Opfer angeprangert, die es wagen, sich zur Wehr zu setzen. Ein Vorgang, der an Absurdität nicht zu übertreffen ist.

Wirtschaftlichkeit – Allgemein

Unablässig wird behauptet, das AGG schade der Wirtschaft und führe zu mehr Arbeitslosigkeit. Das ist falsch. Diskriminierung ist nicht nur unmoralisch, Diskriminierung ist auch wirtschaftlich schädlich. Jede Untersuchung zeigt - Diskriminierung ist wirtschaftlich ineffizient, sie schmälert den Gewinn der Unternehmen.

Befragte Unternehmen bestätigten unter anderem folgende Vorteile der Diskriminierungsfreiheit:

„Der Krankenstand sinkt und Mitarbeiter können besser an das Unternehmen gebunden werden. Zudem können neue Märkte und neue Kunden erreicht werden. Generell verbessern sich die Leistungen. Auch das Ansehen bei Kunden und potentiellen Mitarbeitern verbessert sich deutlich.

Vor allem aber: Die Qualität der Mitarbeiter wird besser. Entscheidet ein Unternehmen konsequent nach Leistung statt nach Vorurteilen, werden die besseren Mitarbeiter eingestellt und befördert. Und dadurch gewinnt das Unternehmen insgesamt. Schließlich sind auch die Mitarbeiter besser motiviert, denn sie sehen, dass ihre Leistung sich für sie lohnt (höherer Lohn und Beförderung).“

Preis der Gerechtigkeit

Aber selbst wenn man unterstellt, Diskriminierung würde die Unternehmensgewinne steigern – wäre das ein Grund Diskriminierung zu akzeptieren? Oder genauer gefragt: Was ist uns Gerechtigkeit wert? Und wenn Wirtschaft vor Menschenwürde geht, was opfern wir als nächstes? Denn eins muss endlich erkannt werden: Wer diskriminiert, tritt die Menschenrechte mit Füßen. Das ist nicht hinnehmbar.

Motive des Widerstands

Trotz der eindeutigen Argumente und der klaren Rechtslage werden immer noch sachlich nicht fundierte Kampagnen gegen das AGG geführt. Warum?

Letztlich scheint es einigen darum zu gehen, die Freiheit zur Diskriminierung zu erhalten, die verschämt als „Vertragsfreiheit“ bezeichnet wird.

Getragen wird diese Kampagne vor allem von einigen Arbeitgeberfunktionären. Dabei erstaunt folgendes: Das AGG beruht auf mehreren EU-Richtlinien. Diese wurden überwiegend im Jahre 2000 erlassen. Seitdem ist dieses Gesetz nicht mehr zu verhindern und seitdem müsste jedem Sachverständigen bekannt sein, welche Anforderungen das Gesetz an Arbeitgeber stellen würde. Statt im Jahr 2000 Gegenargumente vorzubringen, schwiegen die Funktionäre. Statt nach der Verabschiedung der Richtlinien Arbeitgeber zu informieren und insbesondere Tarifverträge diskriminierungsfrei umzugestalten, schwiegen die Funktionäre. Erst im Jahre 2004 begann die haltlose Kampagne gegen das AGG. Man spiegelte den eigenen Mitgliedern vor, das Gesetz könne noch verhindert werden: Ablenkung von eigenen Fehlern statt dringend erforderliche Information und Hilfestellung. Die deutschen Arbeitgeber wurden von führenden Funktionären im Stich gelassen. Hätten die Verbände bereits 2001 ihren Mitgliedern bei der Vorbereitung auf das Gesetz

geholfen, wäre den Arbeitgebern Aufwand und Rechtsunsicherheit erspart geblieben.

5. Abschluss

Zusammenfassend ist festzuhalten: Das AGG ist ein wichtige, erster Schritt für mehr Gerechtigkeit in Deutschland, insbesondere im Arbeitsleben. Zugleich ist es eine Chance für Unternehmen in Deutschland, Personalarbeit sachlich und effizient zu gestalten.

Die unwirksame Norm - § 2 Abs. 4 AGG

Dr. Klaus Michael Alenfelder

Zu den „last minute“-Änderungen im AGG gehört § 2 Abs. 4 AGG. Bis zur letzten Sekunde hatten Lobbyisten und Funktionäre der Arbeitgeberverbände □ erfolgreich - versucht, Änderungen zugunsten der Arbeitgeber in das AGG einzubauen. Diese Änderungen sind überwiegend wegen Verstoßes gegen EU-Vorgaben unwirksam. Dazu gehört auch § 2 Abs. 4 AGG. Danach sollen bei Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Diese Vorschrift ist aber unwirksam.¹ Sie ist gegenüber den EU-Richtlinien nachrangig. Verstößt eine Regelung des Kündigungsschutzgesetzes beispielsweise gegen die Richtlinien, ist sie unanwendbar. Es muss im Einzelfall geprüft werden, ob die deutschen Vorschriften noch angewendet werden dürfen. In der Rechtsache Mangold ./ Helm stellte der EuGH die Unwirksamkeit des § 14 Abs. 3 TzBfG wegen Altersdiskriminierung fest. Dabei verpflichtete er jedes nationale Gericht, alle Vorschriften, die dem Verbot der (Alters-) Diskriminierung entgegenstehen, nicht mehr anzuwenden:

„Es obliegt daher dem **nationalen Gericht**, bei dem ein Rechtsstreit über das Verbot der **Diskriminierung** wegen des Alters anhängig ist, im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, zu gewährleisten und die volle **Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu garantieren, indem es jede möglicherweise ent-**

gegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt.“²

Diese Rechtsprechung des EuGH hat das BAG ausdrücklich bestätigt.³ Der EuGH habe mit dem auf den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts beruhenden Verbot der Altersdiskriminierung begründeten Unanwendbarkeitsausspruch nicht die mit den deutschen Zustimmungsgesetzen auf die Gemeinschaft übertragenen Kompetenzen überschritten. Das BAG führte dazu weiter aus:

„Der Senat ist an den mit einem Verstoß gegen das Ziel der RL 2000/78/EG und mit einem Verstoß gegen das auf allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts beruhenden Verbot der Altersdiskriminierung begründeten Unanwendbarkeitsausspruch des Europäischen Gerichtshofs gebunden. Die Entscheidung des Gerichtshofs beruht auf der Auslegung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft i.S.d. Art. 234 Abs. 1 Buchst. a EG und hält sich im Rahmen der dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG übertragenen Zuständigkeiten. Mit der auf das Verbot der Altersdiskriminierung gestützten Begründung hat der Gerichtshof die ihm durch die deutschen Zustimmungsgesetze zu den Europäischen Verträgen übertragenen Kompetenzen nicht überschritten. Gleiches gilt für die Ausführungen zum Verstoß gegen das Ziel der RL 2000/78/EG i.V.m. mit den Grundsätzen zur Vorwirkung einer Richtlinie. [...]

Nach Art. 220 EG sichert der Europäische Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrags. Hierzu entscheidet er nach Art. 234 Abs. 1 Buchst. a EG in einem Vorabentscheidungsverfahren über die Auslegung des Vertrags. Dadurch soll eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Gerichte gewährleistet werden [...].

Durch Art. 234 Abs. 1 EG ist dem Gerichtshof im Verhältnis zu den Gerichten der Mitgliedstaaten die abschließende Entscheidungsbefugnis über die Auslegung des Vertrags sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der dort genannten abgeleiteten gemeinschaftsrechtlichen Akte übertragen worden (BVerfG, Beschl. v. 25.07.1979 □ 2 BvL 6/77, BVerfGE 52, 187, 200). Die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs erstreckt sich nicht nur auf die Entscheidung über die Rechts-

¹ SCHIEK, AGG, § 2 Rdnr. 12; JANSEN, Tagung der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht, Bonn 03.02.2007; ALENFELDER, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, S. 4.

² EuGH, Urt. v. 22.11.2005 - C-144/04, NZA 2005, 1345 = DRsp-online Nr. 2006/15993 Rdnr. 77.

³ BAG, Urt. v. 26.04.2006 - 7 AZR 500/04, NZA 2006, 1162 = DRsp-online Nr. 2006/20394.

gültigkeit der Normen des Gemeinschaftsrechts, sondern auch über die nach seiner Auffassung existierenden ungeschriebenen Normen des Gemeinschaftsrechts und ihre Auslegung, die als primäres Gemeinschaftsrecht Geltung entfalten (BVerfG, Beschl. v. 29.05.1974 - 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271, 281). [...] **In diesem Rahmen ist der Europäische Gerichtshof in einem Vorabentscheidungsverfahren über die Auslegung und Konkretisierung vorhandener Kompetenzen der Gemeinschaft im Lichte und im Einklang mit den Vertragszielen auch zu einer Rechtsfortbildung des Gemeinschaftsrechts berufen** (BVerfG, Beschl. v. 08.04.1987 - 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, 223, 242). Lediglich eine von den Zustimmungsgesetzen nicht mehr gedeckte Handhabung oder Fortbildung des Vertrags durch den Gerichtshof ist als unverbindlich anzusehen (BVerfG v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134/92, BVerfGE 89, 155, 188).⁴

Mit Urteil vom 11.07.2006 hat der EuGH festgestellt, dass die Antidiskriminierungsvorschriften zwingend auf nationales Kündigungsrecht anzuwenden sind.⁵ § 2 Abs. 4 AGG darf daher von deutschen Gerichten nicht angewendet werden.

Zudem verstößt die Regelung gegen das **Absenkungsverbot**.⁶ Bereits nach alter Rechtslage war eine geschlechtsdiskriminierende Kündigung unwirksam. Nach § 2 Abs. 4 AGG hingegen sind auch diskriminierende Kündigungen wirksam, sofern sie nicht gegen andere Vorschriften verstoßen.

Schließlich verletzt § 2 Abs. 4 AGG auch das **Effektivitätsgebot**. Die EU-Vorgaben verlangen eine effiziente Bekämpfung der Diskriminierung. Wird aber die Kündigung, die im Arbeitsrecht härteste Sanktion, nicht auf Diskriminierung geprüft, wird der Schutz gerade dort entzogen, wo er besonders wichtig ist. Die Bekämpfung von Diskriminierung wird dann auf die unwichtigeren Bereiche beschränkt. Verboten wäre es dann, Frauen 1 % weniger Lohn als Männern zu zahlen. Zulässig

⁴ BAG, Urte. v. 26.04.2006 - 7 AZR 500/04, NZA 2006, 1162 = DRsp-online Nr. 2006/20394 Rdnr. 12-14.

⁵ EuGH, Urte. v. 11.07.2006 - C-13/05, Sonia Chacón Navas ./ Eures Colectividades SA, DRsp Nr. 2006/22704; ebenso: ArbG Osnabrück v. 05.02.2007 - 3 Ca 730/06, DRsp-online Nr. 2007/12244; vgl. LAG Baden-Württemberg, Urte. v. 18.06.2007 - 4 Sa 14/07, DRsp-online Nr. 2007/14266, für Kündigungen außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes: Anwendbarkeit des AGG über §§ 242, 138 BGB.

⁶ Absenkungsverbot des Art. 8 e II RL 76/2007/EWG; Art. 8 II RL 2000/78/EG.

hingegen wäre es, Frauen wegen ihres Geschlechts zu kündigen und ihnen 100 % des Lohns zu nehmen. Dies ist widersinnig und ineffektiv.

§ 2 Abs. 4 AGG verstößt daher offensichtlich gegen die EU-Vorgaben und darf nach den zwingenden Vorgaben des EuGH, der EU Regelungen und der darauf basierenden Rechtsprechung des BAG nicht angewandt werden. Auch diese Regelung ist Ergebnis hektischer Lobbyarbeit der Arbeitgeberverbände Ende Juni und Anfang Juli 2006. Wie sich auch an § 2 Abs. 4 AGG zeigt, waren diese Vorschläge der Arbeitgeberlobbyisten Veränderungen auf IKEA-Niveau. Zu den unvermeidlichen Unsicherheiten, die mit einem neuen Gesetz mit neuer Begrifflichkeit verbunden sind, wurden ohne Not Missverständlichkeiten eingebaut, die die Rechtsanwendung erschweren.

§ 22 AGG - Glaubhaftmachung

Dr. Klaus Michael Alenfelder

Eine entscheidende Frage für die Wirksamkeit des AGG ist die der Beweislast. Durch überzogene Anforderungen an die Beweislast kann jede Antidiskriminierungsklage abgewehrt werden. Trotz eindeutiger und für die deutschen Gerichte bindender Vorgaben der Beweiserleichterung gibt es immer noch Unsicherheiten bei der Anwendung der speziellen Beweislastvorgaben für das AGG.

1. Grundsätzliche Probleme der Beweislast

Das Opfer einer Diskriminierung ist grundsätzlich in einer bedeutend schwächeren Position als der Arbeitgeber. Der Arbeitgeber hat alle oder jedenfalls die meisten Informationen darüber, ob eine Benachteiligung vorliegt (z.B. bei Gehältern) und wie diskriminierende Entscheidungen zustande gekommen sind. Diese Position wird noch dadurch verstärkt, dass die Zeugen in aller Regel Arbeitnehmer des Arbeitgebers sind. Ihr Lebensunterhalt und ihre berufliche Zukunft hängen direkt vom Wohlwollen des Arbeitgebers ab. Die Bereitschaft dieser Arbeitnehmer, gegen den Arbeitgeber auszusagen, ist daher sehr gering.⁷ Daher ist eine Beweiserleichterung erforderlich und

⁷ Vgl. PALMER, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht, 11/2006, S. 23, 24.

mit der EU-Beweislastrichtlinie⁸ erstmals ausdrücklich eingeführt worden. Der EuGH hatte bereits zuvor diese Beweisgrundsätze entwickelt.

Erwägungsgrund 17 der Beweislastrichtlinie verweist ausdrücklich auf dieses Grundproblem:

„Der klagenden Partei stünde unter Umständen kein wirksames Mittel zur Verfügung, um die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor den nationalen Gerichten durchzusetzen, wenn der Beweis des Anscheins einer Diskriminierung nicht dazu führte, dem Beklagten die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass sein Verhalten in Wirklichkeit nicht diskriminierend ist.“

Auch die RL 2006/54/EG⁹ führt in Art. 30 der Erwägungsgründe aus:

„Der Erlass von Bestimmungen zur Beweislast ist wesentlich, um sicherzustellen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung wirksam durchgesetzt werden kann. Wie der Gerichtshof entschieden hat, sollten daher Bestimmungen vorgesehen werden, die sicherstellen, dass die Beweislast — außer im Zusammenhang mit Verfahren, in denen die Ermittlung des Sachverhalts dem Gericht oder der zuständigen nationalen Stelle obliegt — auf die beklagte Partei verlagert wird, wenn der Anschein einer Diskriminierung besteht.“

Dementsprechend muss der Anspruchsteller Indizien glaubhaft machen, die eine Benachteiligung wegen eines geschützten Diskriminierungsmerkmals vermuten lassen. Gelingt ihm dies, trägt der Beklagte die Beweislast dafür, dass andere sachliche Gründe die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder die unterschiedliche Behandlung nach dem AGG zulässig ist, § 22 AGG.

2. EU-konforme Auslegung des § 22 AGG

Der Wortlaut des Gesetzes ist missverständlich. Nach § 22 AGG wird die Beweislast erst dann umgekehrt, „wenn im Streitfall die eine Partei Indizien **beweist**, die eine Benachteiligung ... vermuten lassen“.

Diese Formulierung senkt den bisherigen Schutz ab, wie er in § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB festgelegt

war: „Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen **glaubhaft** macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen“, wird die Beweislast umgekehrt. Ein solches Absenken des Rechtsschutzes zu Lasten der Diskriminierten ist aber ausdrücklich untersagt¹⁰:

„Die Umsetzung dieser Richtlinie darf keinesfalls als Rechtfertigung für eine Absenkung des von den Mitgliedstaaten bereits garantierten allgemeinen Schutzniveaus in Bezug auf Diskriminierung in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen benutzt werden.“

Soweit die deutsche Regelung gegen EU-Vorgaben verstößt, ist sie EU-konform auszulegen, d.h. es muss anstelle von „Tatsachen beweisen“ „glaubhaft machen“ gelesen werden. Ist eine europarechtskonforme Auslegung nicht möglich, darf die Regelung nicht angewandt werden und die Vorgabe der EU-Richtlinie ist einzufügen.¹¹

Eine EU-konforme Auslegung der Beweislastregelung ist hier möglich und geboten.¹² So führte das BAG am 06.02.2003 aus:

„Ein nationales Gericht muss die Auslegung innerstaatlichen Rechts soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien ausrichten, um das mit ihnen verfolgte Ziel zu erreichen. Dieser Grundsatz folgt aus dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht. Dabei kommt der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs besondere Bedeutung zu.“¹³

Wird das deutsche Recht anders ausgelegt, ist es daher europarechtswidrig.¹⁴

⁸ RL 97/80/EG des Rates v. 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

⁹ RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 05.07.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung).

¹⁰ Absenkungsverbot des Art. 8 e II RL 76/2007/EWG; Art. 8 II RL 2000/78/EG.

¹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 22.11.2005 - C-144/04, Mangold ./ Helm; BAG, Urt. v. 26.04.2006 - 7 AZR 500/04; ArbG Osnabrück, Urt. v. 05.02.2007 - 3 Ca 730/06.

¹² SCHIEK-KOCHER, AGG, § 22 Rdnr. 16.

¹³ BAG, Urt. v. 06.02.2003 - 2 AZR 621/01, EzA BGB 2002 § 611a Nr. 1 = BAGE 104, 304 = DRsp-online Nr. 2003/8809; EuGH, Urt. v. 10.04.1984 - 14/83 und 79/83, EzA § 611a BGB Nr. 1 = DRsp Nr. 1996/13681; BAG, Urt. v. 15.10.1992 - 2 AZR 227/92, BAGE 71, 252 = AP Nr. 8 zu § 611a BGB; BAG, Beschl. v. 27.06.1995 - 1 ABR 62/94, AP Nr. 7 zu § 4 BetrVG 1972.

¹⁴ SCHIEK-KOCHER, AGG, § 22 Rdnr. 16; vgl. THÜSING, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, M. 2007, Rdnr. 645 f.; BAUER/EVERS, NZA 2006, 898, 901; FRITON/BUG, Rechtsgutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages □ WD 6 □ 3000-164/06, S. 22.

Unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers ist die Formulierung des § 22 AGG ohnedies EU-konform zu verstehen. Ursprünglich¹⁵ lautete der Entwurf des § 22 AGG: „Wenn im Streitfall die eine Partei Tatsachen **glaubhaft** macht, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen ...“. Die Neuformulierung vom Juli 2006 soll diesen Inhalt nicht ändern, sondern lediglich klarstellen, dass eine Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherung nicht zulässig ist, so die Begründung der Änderung.¹⁶ Dementsprechend ist die Glaubhaftmachung von Tatsachen ausreichend.

Im Übrigen verstößt diese Regelung bei anderer Auslegung gegen die Vorgaben der Beweislast-RL 97/80/EG, sowie gegen Art. 8 RL 2000/43/EG¹⁷ und Art. 10 RL 2000/78/EG¹⁸:

„(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) Absatz 1 lässt das Recht der Mitgliedstaaten, eine für den Kläger günstigere Beweislastregelung vorzusehen, unberührt“.¹⁹

3. Beweiserleichterung als Verfassungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG

Die Beweiserleichterung ist zwingendes Verfassungsgebot, das sich unmittelbar aus Art. 3 Abs. 2 GG ergibt. Das Bundesverfassungsgericht erklärte dazu eindeutig:

„Ist es einer Klägerin, wie hier, gelungen, eine Benachteiligung überwiegend wahrscheinlich zu

¹⁵ Bis zur 3. Lesung am 29.06.2006.

¹⁶ BT-Drucks. 16/2022, S. 13.

¹⁷ RL 2000/43/EG des Rates v. 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

¹⁸ RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

¹⁹ Art. 10 RL 2000/78/EG.

machen, so trägt nach § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ausschließlich nicht auf das Geschlecht bezogene Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Auch diese Regelung hat das Landesarbeitsgericht in einer Weise ausgelegt und angewendet, die dem gesetzlichen Benachteiligungsverbot weitgehend seine **grundrechtswahrende Funktion** nimmt.“²⁰

Da Art. 3 Abs. 2 GG seit dieser Entscheidung nicht geändert worden ist, sind die deutschen Gerichte auch insoweit gem. § 31 BVerfGG an diese Rechtsprechung gebunden. Ein abweichendes Verständnis dieser Aussagen würde das Auslegungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich des Grundgesetzes in Frage stellen.

4. Anforderungen an die Glaubhaftmachung

Der Anspruchsteller muss also sogenannte Vermutungstatsachen, aus denen sich ergibt, dass eine unterschiedliche Behandlung auf Diskriminierungsgründen beruht, vortragen und glaubhaft machen. Als Mittel zur Vermutung der Kausalität eines Benachteiligungsgrundes dienen Indizien. Dabei handelt es sich um Tatsachen, aus denen sich Rückschlüsse auf die Motivation des Benachteiligten ergeben, etwa Äußerungen des Arbeitgebers gegenüber dem Benachteiligten selbst oder gegenüber Dritten.²¹

Verlangt ist lediglich eine Darlegung, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts als wahrscheinlich erscheinen lässt.²² Die Wahrscheinlichkeit muss 50 % oder mehr betragen.²³ Dabei kann sich eine ausreichende Wahrscheinlichkeit auch aus einer Gesamtschau mehrerer Indizien

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 16.11.1993 - 1 BvR 258/86, DRSp-online Nr. 1994/2412.

²¹ BAUER/GÖPFERT/KRIEGER, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, zu § 22 Rdnr. 6; SCHIEK-KOCHER, AGG, § 22 Rdnr 16 ff.

²² BAG, Urt. v. 05.02.2004 - 8 AZR 112/03, NZA 2004, 540 = DRSp-online Nr. 2004/5968; PFARR/BERTELSMANN, Diskriminierung im Erwerbsleben 1989, S. 75; SCHLACHTER, Wege zur Gleichberechtigung 1993, S. 179 f., 405 f.; WESTENBERGER, Die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts 2001, S. 130, 131; SCHIEK-KOCHER, AGG, § 22 Rdnr. 16 ff.

²³ SCHIEK-KOCHER, AGG, § 22 Rdnr. 18; Stork, 2006, S. 310.

ergeben, die jedes für sich allein noch keine Wahrscheinlichkeit begründen.²⁴

Eine Erklärung ins Blaue hinein reicht nicht aus.²⁵ Andererseits ist zu beachten, welche Informationen dem Beschäftigten überhaupt zugänglich sind.

Mögliche Vermutungstatsachen sind z.B.:

- geschlechtsspezifische oder sonst diskriminierende **Ausschreibung**;²⁶
- **Äußerungen** oder andere Handlungen des Arbeitgebers gegenüber dem Benachteiligten oder gegenüber Dritten, die Benachteiligung wegen des Geschlechts nahe legen;²⁷
- **Entlassung** eines älteren Arbeitnehmers **und Neueinstellung** eines deutlich jüngeren Mitarbeiters für diese Stelle;²⁸
- die **Benachteiligung** selbst, wenn keine sachliche Begründung ersichtlich ist, z.B. Zahlung geringeren Gehalts an eine Frau gegenüber Männern für gleiche oder gleichwertige Arbeit;²⁹
- **Statistiken** können gleichfalls Indizien für eine Diskriminierung sein.³⁰

²⁴ Vgl. SCHIEK-KOCHER, AGG, § 22 Rdnr. 18.

²⁵ BT-Drucks. 16/1780, S. 47.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.11.1993 - 1 BvR 258/86, DRsp-online Nr. 1994/2412; BAG, Urt. v. 27.04.2000 - 8 AZR 295/99; ErfK/SCHLACHTER, BGB, § 611b Rdnr. 4; BAG, Urt. v. 05.02.2004 - 8 AZR 112/03, NZA 2004, 540 = DRsp-online Nr. 2004/5968.

²⁷ BVerfG, Beschl. v. 16.11.1993 - 1 BvR 258/86; BAG, Urt. v. 05.02.2004 - 8 AZR 112/03; BAUER/GÖPFERT/KRIEGER, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, zu § 22 Rdnr. 6; SCHIEK-KOCHER, AGG, § 22 Rdnr. 16 ff.

²⁸ Vgl. O'CONNOR v. Consolidated Coin Caterers, USA, 134 L.Ed.2d 433, 116 S.Ct 1307 (1996).

²⁹ ArbG Berlin v. 05.07.1990 - 4 Ca 16/90; PFARR/BERTELSMANN, Gleichbehandlungsgesetz, S. 483; DIESELBEN, Diskriminierung, S. 74.

³⁰ BT-Drucks. 16/1780 S. 47; BAG, Urt. v. 05.02.2004 - 8 AZR 112/03; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 18.06.2007 - 4 Sa 14/07; vgl. SCHIEK-KOCHER, AGG, § 22 Rdnr. 30; KR-PFEIFFER, 8. Aufl., AGG Rdnr. 24 ff.; WIRBMAN, FS WLOTZKE, S. 807, 810; in den USA sind Statistiken als Mittel der Glaubhaftmachung seit langem anerkannt, z.B.: Teamsters vs. United States 431 U.S. 324 (1977): Minderheiten waren bei den besser bezahlten Positionen nur mit 0,7 % vertreten; HAZELWOOD, School District v. United States, 433 U.S. 299 (1977): bestehen erhebliche statistische Disparitäten zwischen der allgemeinen Bevölkerung

Die Glaubhaftmachung einer diskriminierenden Grundeinstellung genügt zur Umkehr der Beweislast. Eine solche diskriminierende Grundeinstellung des Arbeitgebers kann aus dem allgemeinen, nicht direkt auf diesen Beschäftigten gerichteten Verhalten gefolgert werden (z.B. frauenfeindliche Werbung des Arbeitgebers, altersdiskriminierende Ausschreibungen für andere Stellen). Gehört der Beschäftigte einer vom Arbeitgeber so diskriminierten Gruppe an, gilt jede Benachteiligung als diskriminierend.³¹

Häufig liegen die Informationen, die für die Glaubhaftmachung notwendig sind, ausschließlich dem Arbeitgeber vor. Auch in diesen Fällen ist eine effiziente Rechtsdurchsetzung zu sichern. Daher ist nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast vorzugehen.³² Der Beschäftigte behauptet die Diskriminierung und legt dar, warum ihm keine genaueren Ausführungen möglich sind. Anschließend muss der Arbeitgeber zu dieser Behauptung im Einzelnen Stellung nehmen. Unterlässt er dies, gilt die Diskriminierung als zugestanden. Legt der Arbeitgeber eine substantiierte Darstellung vor, muss der Beschäftigte nun die Diskriminierung glaubhaft machen. Nur durch dieses Verfahren kann beispielsweise eine Lohnungleichbehandlung erfolgreich angegriffen werden, da die Arbeitnehmer in der Regel zur Verschwiegenheit über die Höhe ihrer Bezüge verpflichtet werden und damit dem Diskriminierten in der Praxis keine Zeugen zur Verfügung stehen. Zudem hat sich die abgestufte Darlegungs- und Beweislast z.B. bei der Sozialauswahl bewährt.³³

Den Arbeitgeber trifft zudem eine Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis zur Herausgabe solcher Unterlagen und Informationen, an denen ein billigenwertes Interesse des Anspruchstellers be-

und den Mitarbeitern eines Betriebs, ist dies ein prima facie-Beweis für Diskriminierung; Watson vs. Fort Worth Bank & Trust, 487 U.S. 977 (1988): Statistischer Diskriminierungsbeweis bei Beförderungen.

³¹ Vgl. SCHLACHTER, Wege zur Gleichberechtigung 1993, S. 406; ArbG Berlin v. 05.07.1990 - 4 Ca 16/90, wonach früheres diskriminierendes Verhalten ein Indiz darstellt.

³² So schon BVerfG, Beschl. v. 06.10.1999 - 1 BvR 2110/93, NJW 2000, 1483 f.

³³ Vgl. BAG, Urt. v. 27.09.1984 - 2 AZR 62/83, DRsp-online Nr. 1992/6540 = EzA § 2 KSchG Nr. 5; v. ALTROCK, DB 1987, 433; BERKOWSKY, NJW 1983, 1292; FALKENBERG, DB 1984, 1984; WESTHOFF, DB 1983, 2465.

steht, soweit die Verpflichtung keine übermäßige Belastung des Vertragspartners darstellt.³⁴

Ist die Benachteiligung wegen eines geschützten Diskriminierungsmerkmals wahrscheinlich, muss der Arbeitgeber den vollen Beweis führen.³⁵ Er muss nachweisen, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt oder rechtfertigende, sachliche Gründe vorliegen.

Es handelt sich auch um eine Benachteiligung, wenn neben dem Diskriminierungsmerkmal auch noch andere Gründe für die Maßnahme maßgeblich waren. Ausreichend ist es, wenn in einem Motivbündel, das die Entscheidung beeinflusst hat, das geschützte Diskriminierungsmerkmal als Kriterium enthalten gewesen ist.³⁶ Besteht die Vermutung der Benachteiligung zur Überzeugung des Gerichts, wird es für den Arbeitgeber nur sehr schwer möglich sein zu beweisen, dass der Benachteiligungsgrund für seine Entscheidung überhaupt keine Rolle gespielt hat.³⁷

Soweit der Arbeitgeber vorträgt, dass seine Entscheidung auf diskriminierungsfreien Gründen beruht, sind grundsätzlich nur Kriterien zu berücksichtigen, die bei Ausschreibung oder im Bewerbungsverfahren mitgeteilt wurden. Nachgeschobene Gründe sind nur unter engen Voraussetzungen zuzulassen. Denn der Arbeitgeber kann nach der Entscheidung für einen Bewerber seine Kriterien so zusammenstellen, dass un schwer der eingestellte Bewerber tatsächlich der „Bessere“ ist.³⁸

5. Zusammenfassung

Die Beweislage für die Opfer von Diskriminierung ist in aller Regel schlecht. Das AGG gibt aber mit der Beweiserleichterung eine handhabbare Mög-

lichkeit, Ansprüche wegen Diskriminierung durchzusetzen. Allerdings sind die neuen Regeln ungewohnt. Schwierigkeiten in den ersten Verfahren sind daher nicht ausgeschlossen.

Besprechung des LAG Thüringen - 5 Ta 55/07 vom 19.06.2007

Frank Jansen

Die sittenwidrige/ treuwidrige Kündigung

1. Leitsatz des Bearbeiters

Eine ausgesprochene Kündigung, mit der der Arbeitgeber die Erkrankung eines Arbeitnehmers mit einer Kündigung maßregeln will, ist eine unzulässige Rechtsausübung, die dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht.

Eine solche Kündigung stellt nicht nur einen Fall von willkürlicher Mitarbeiterbehandlung dar, sondern enthält auch eine menschenverachtende Komponente.

LAG Thüringen, Beschluss v. 19.06.2007 - 5 Ta 55/07

2. Der Fall

Der Beschwerdeführer wendet sich in Form der Beschwerde gegen den vom Arbeitsgericht Nordhausen erlassenen Beschluss vom 26.03.2007, welcher den Antrag auf Prozesskostenbewilligung aufgrund fehlender Erfolgsaussichten der Klage zurückweist.

Der Beschwerdeführer begehrt Prozesskostenhilfe für die Durchführung einer Klage, mit der er sich gegen eine ausgesprochene Kündigung wendet. Er verlangt Weiterbeschäftigung sowie über den Kündigungszeitpunkt hinaus Abrechnung und Zahlung seiner Vergütung.

Der Kündigung lag ein Verkehrsunfall zugrunde, den der Beschwerdeführer am 16.11.2006 auf dem Heimweg von der Arbeit erlitt und infolgedessen er für einen Tag ins Krankenhaus eingeliefert wurde. Anschließend wurde er bis zum 23.12.2006 arbeitsunfähig geschrieben. Seine unverzügliche Krankmeldung erfolgte am 17.11.2006 durch seine Schwester.

Mit Schreiben vom 17.11.2006, welches dem Beschwerdeführer am 30.11.2006 zugeing, kündigte der Beschwerdegegner das Arbeitsverhältnis zum

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 06.10.1999 - 1 BvR 2110/93, NJW 2000, 1483 f.

³⁵ SCHIEK-KOCHER, AGG, § 22 Rdnr. 51; zu § 611a BGB: BAG, Urt. v. 05.02.2004 - 8 AZR 112/03, EzA BGB 2002, § 611a Nr. 3; PRÜTTING, RdA 1999, 107, 111; BERGWITZ, DB 1999, 94, 98.

³⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.11.1993 - 1 BvR 258/86, DRsp-online Nr. 1994/24121; BAG, Urt. v. 05.02.2004 - 8 AZR 112/03; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 08.11.2005 - 5 Sa 277/05, DRsp-online Nr. 2005/21489; MünchKomm/MÜLLER-GLÖGE, BGB, § 611a Rdnr. 7; SCHIEK-KOCHER, AGG, § 22 Rdnr. 21.

³⁷ BAUER/GÖPFERT/KRIEGER, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, zu § 22 Rdnr. 7.

³⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 05.02.2004 - 8 AZR 112/03, EzA BGB 2002, § 611a Nr. 3.

24.11.2006. Eine Begründung der Kündigung erfolgte Seitens des Beschwerdegegners nicht.

3. Die Entscheidung

Das LAG Thüringen hat der Beschwerde des Beschwerdeführers stattgegeben und den Beschluss des Arbeitsgerichts Nordhausen vom 26.03.2007 aufgehoben.

Zur Begründung führte das Gericht aus, dass die Arbeitnehmer bei Nichtanwendung des Kündigungsschutzgesetzes durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt sind.

Im Rahmen dieser Generalklauseln ist auch der objektive Gehalt der Grundrechte zu beachten. Der verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Dispositionen ist damit in jedem Fall gewährleistet. Die Arbeitsgerichte haben dabei zu entscheiden, wie weit dieser Schutz im Einzelnen reicht.

In sachlicher Hinsicht gehe es darum, die Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremde Motive beruhenden Kündigungen zu schützen.³⁹ Insofern könne außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes ausgesprochene Kündigungen insbesondere wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) oder wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) rechtsunwirksam sein.⁴⁰

Die Vorschrift des § 242 BGB ist neben § 1 KSchG nur im beschränkten Umfang anwendbar.

Sind Umstände im Rahmen des § 1 KSchG zu würdigen, die eine Kündigung als sozial ungerechtfertigt erscheinen lassen, kommen insofern keine Verstöße gegen Treu und Glauben in Betracht.

Der Beschwerdeführer hat nach Ansicht des Gerichts Gründe vorgetragen, welche nicht im Rahmen des § 1 KSchG zu würdigen sind. Tatsächlich liege auch kein typischer Fall von § 1 KSchG vor.

Die ausgesprochene Kündigung des Beschwerdegegners verstoße gegen die Grundsätze von Treu und Glauben. Der Beschwerdegegner habe im Erkrankungsfall von Mitarbeitern nach Guts-herrenart unabhängig von eigenen nachvollziehbaren wirtschaftlichen Interessen und ohne Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Interessen

der Mitarbeiter wie z.B. auf Achtung ihrer Menschenwürde und Persönlichkeit das Kündigungsrecht ausgeübt und damit bereits das Krankwerden als solches mit der Erteilung der Kündigung gemäßregelt.

Die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie und damit auch des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts finde unabhängig vom Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzgesetzes ihre Grenze in der Verpflichtung zur Achtung der Menschenwürde.

Mit dieser Verpflichtung stehe es nicht im Einklang, wenn in einem Arbeitsverhältnis bereits das bloße Auftreten einer Erkrankung als solcher zum Anlass einer Kündigung genommen werde. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beruhe auf einer rücksichtslosen, arbeitsunfähig werdende Mitarbeiter maßregelnden und diskriminierenden Willkürhaltung, welche mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbar ist.

4. Anmerkung des Bearbeiters

Ergebnis: Der Arbeitnehmer wird auf Grund des Kündigungsschutzgesetzes sowie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben vor willkürlichen Kündigungen durch den Arbeitgeber geschützt, weil ein ungerechtfertigter Entzug des Arbeitsplatzes für die Berufsausübung des Arbeitnehmers nicht zugelassen werden darf. Ein Recht zu ungerechtfertigten Kündigungen kann weder aus den Grundrechten des Arbeitgebers abgeleitet werden, noch darf dem Arbeitnehmer das sozialstaatlich gebotene Minimum seiner Berufsausübung entzogen werden. Art. 12 GG ist damit nicht nur Grundlage des Kündigungsschutzes, sondern eines allgemeinen Bestandschutzes.

Der Kündigungsschutz i.S.d. Kündigungsschutzgesetzes ist eine Ausprägung des Sozialstaatsgedanken. Bei Arbeitnehmern ohne Kündigungsschutz gewährleisten die zivilrechtlichen Generalklauseln den durch Art. 12 Abs. 1 GG gebotenen Mindestschutz der Arbeitnehmer.⁴¹

Im Rahmen dieser Generalklauseln ist der objektive Gehalt der Grundrechte, vor allem Art. 12 Abs. 1 GG, zu beachten. Arbeitnehmer sind vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen. Eine Kündigung, die das gebotene Maß an sozialer Rück-

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.01.1998 - 1 BvL 15/87.

⁴⁰ BAG, Urt. v. 23.06.1994 - 2 AZR 617/93; NJW 1995, 275.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 27.01.1998 - 1 BvL 15/87.

sichtnahme nicht wahr, verstößt gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und ist damit unwirksam.⁴²

Insofern ist der Arbeitgeber vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung gehalten, unter Zugrundlegung der gegebenen Tatsachen eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, in die die Belange des Arbeitgebers ebenso einfließen wie diejenigen des Arbeitnehmers.

Die Kündigungsgründe müssen dabei so gewichtig sein, das hierdurch betriebliche oder wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers derart beeinträchtigt sind, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber nicht mehr billigenwert und ihm damit auch nicht mehr zumutbar ist.⁴³

Weiterhin bedarf es einer negativen Zukunftsprognose. Auch hier ist hervorzuheben, dass die Kündigung keine Sanktion für in der Vergangenheit liegende Störungen ist, sondern dass es allein darauf ankommt, ob die Vertragsstörung auch in Zukunft bestehen wird. Zum Kündigungszeitpunkt müssen also objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang rechtfertigen.

Häufige Kurzkrankheiten in der Vergangenheit können für ein entsprechendes Erscheinungsbild in der Zukunft sprechen. Unerheblich sind dabei Fehlzeiten bis zu sechs Wochen.⁴⁴

Bei der lang andauernden Arbeitsunfähigkeit gibt es ebenfalls keine bestimmten Bemessungszeiträume. Das BAG hat in seiner Entscheidung aufgenommen, eine lang andauernde Erkrankung sei eine acht Monate bestehende Arbeitsunfähigkeit.⁴⁵ Bei der Arbeitsunfähigkeit auf Dauer kann in aller Regel von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen ausgegangen werden.⁴⁶

Schließlich hat der Arbeitgeber den Grundsatz der ultima ratio zu beachten.

⁴² BAG, Urt. v. 21.02.2001 - 2 AZR 15/00, DRsp-online Nr. 2002/7703.

⁴³ VON HOYNINGEN-HUENE/LINCK, KSchG, § 1 Rdnr. 180; KÜFNER-SCHMIDT, Beendigung von Arbeitsverhältnissen, S. 129.

⁴⁴ BAG, Urt. v. 25.11.1982 - 2 AZR 140/81, AP Nr. 7 zu § 1 KschG Krankheit.

⁴⁵ BAG, Urt. v. 29.04.1999 - 2 AZR 431/98, DRsp-online Nr. 1999/9084 = AP Nr.36 zu § 1 KSchG Krankheit.

⁴⁶ BAG, Urt. v. 28.02.1990 - 2 AZR 401/89; DRsp-online Nr. 1992/5903 = AP Nr. 25 § 1 KSchG Krankheit.

Der Arbeitgeber hat die aufgeführten Grundsätze auch dann zu beachten, wenn eine Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes nicht in Betracht kommt. Auch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ist der Arbeitgeber daran gehalten, eine umfassende Prüfung nach diesen Grundsätzen durchzuführen.

Besprechung des VG Frankfurt - 9 E 5341/06 vom 29.06.2007

Frank Jansen

Bei der Gewährung von Bekleidungsgeld darf nicht nach Lebensalter unterschieden werden

1. Leitsatz des Bearbeiters

Bei der Gewährung von Bekleidungsgeld als Aufwandsentschädigung darf nicht nach dem Lebensalter der Beamtinnen und Beamten unterschieden werden.

Eine Rechtfertigung für diese Benachteiligung lässt sich auch nicht aus §§ 8 Abs. 1, 10 AGG herleiten.

VG Frankfurt Urt. v. 29.06.2007 - 9 E 5341/06

2. Der Fall

Der 1947 geborene Kläger ist Polizeibeamter und begehrt mit der Klage die Zahlung eines monatlichen Bekleidungsgeldes i.H.v. von 15,34 € ab dem 01.01.2006.

Laut der zum Zeitpunkt der Klage geltenden tabellarischen Anlage zu den Bekleidungs- und Verfahrensvorschriften erhielten Polizeibeamte bis zur Vollendung des 55. Lebensjahres monatlich ein Bekleidungsgeld i.H.v. 15,25 €; von der Vollendung des 55. bis zur Vollendung des 58. Lebensjahres erhielten sie ein monatliches Bekleidungsgeld von 7,42 €. Beamte, die das 58. Lebensjahr vollendet hatten, erhielten kein Bekleidungsgeld mehr, es sei denn, ihre Dienstzeit wurde über das 59. Lebensjahr hinaus verlängert.

Der Kläger erhielt aufgrund seines Alters seit Beginn des Jahres 2006 kein Bekleidungsgeld mehr. Dagegen wehrt er sich mit seiner Klage.

Die Beklagte vertritt dagegen die Auffassung, die Differenz des Kleidergeldzuschusses nach Lebensjahren berücksichtige, dass der betroffene Personenkreis in diesem Zeitraum im Hinblick auf die noch abzuleistenden Dienstjahre im geringe-

ren Umfang Bekleidungsstücke zu ersetzen habe, als ein Beamter in den Dienstjahren vor der Vollendung des 55. Lebensjahres.

3. Die Entscheidung

Dem Grunde nach hatte der Kläger Erfolg. Das Verwaltungsgericht Frankfurt hat seiner Klage i.H.v. 15,25 € stattgegeben. Bei der Gewährung von Bekleidungsgeld als Aufwandsentschädigung darf nicht nach Lebensalter der Beamtinnen und Beamten unterschieden werden.

Grundlage des Leistungsanspruchs ist § 7 Abs. 2 HBesG. Danach erhalten Beamte, die zum Tragen von Dienstkleidung verpflichtet sind, freie Dienstkleidung oder einen Bekleidungszuschuss (§ 7 Abs. 2 Satz 1 HBesG). Als Polizeibeamter erfüllt der Kläger die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Satz 2 HBesG.

Die Verwaltungsvorschrift bestimmt die Höhe des Bekleidungsgeldes in unmittelbarer Anknüpfung an das Lebensalter der Leistungsempfänger und benachteiligt den Kläger damit aufgrund seines Lebensalters. Dabei handele es sich um eine unmittelbare Diskriminierung i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG.

Eine Rechtfertigung für diese Benachteiligung bestehe nicht. § 8 Abs. 1 AGG kann diese Unterscheidung nicht rechtfertigen, weil weder die Art der dienstlichen Tätigkeit des Klägers oder ihm vergleichbarer Personen im vollzugspolizeilichen Dienst noch die Bedingungen der Ausübung dieses Dienstes eine Differenzierung nach dem Lebensalter rechtfertigen.

Auch aus § 10 AGG lasse sich keine Rechtfertigung herleiten. Es fehle schon an einem legitimen Ziel i.S.d. Vorschrift. Dies wäre nur der Fall, wenn sich die Anknüpfung an das Lebensalter deshalb als nötig erweist, weil sonst ein anderweitig bestimmtes objektives und angemessenes Ziel nicht erreichbar wäre.

Die Besserstellung jüngerer Polizisten und Polizistinnen bei der Gewährung bzw. Zahlung eines Kleidergeldzuschusses enthält somit eine unmittelbare Diskriminierung älterer Beamtinnen und Beamten wegen ihres höheren Alters.

4. Anmerkung des Bearbeiters

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz soll u.a. Altersdiskriminierung beim Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen verhindern oder beseitigen.

Dieses Verbot der Altersdiskriminierung bereitet im deutschen Arbeitsrecht besondere Schwierigkeiten und birgt vielerorts Risiken für Arbeitgeber und Sozialpartner. Sowohl zahlreiche Rechtsvorschriften in Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen als auch hergebrachte arbeitsvertragliche Gestaltungen differenzieren zwischen Altersgruppen von Arbeitnehmern. Arbeitgeber orientierten sich bislang bei der Einstellung an Lebensalter und Berufserfahrung. Tarifvertragsparteien machten die Vergütung von der Betriebszugehörigkeitsdauer oder Berufspraxis abhängig oder vereinbarten die kündigungslose Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen einer bestimmten Altersgrenze. Der deutsche Gesetzgeber differenziert im Kündigungsschutzrecht und bei Kündigungsfristen nach Kriterien mit Altersbezug.

Im Hinblick auf die demografische Entwicklung kommt auch in Zukunft dem Schutz Älterer im Beschäftigungsverhältnis besondere Bedeutung zu. Dies entspricht der allgemeinen Tendenz, der Verdrängung älterer Menschen aus dem Arbeitsprozess Einhalt zu gebieten, und gleichsam umgekehrt ihren längeren Verbleib im Arbeitsleben zu fördern. Gleichzeitig müssen im Hinblick auf die konkrete Tätigkeit auch Höchstaltersgrenzen zulässig sein.

Andererseits bedürfen auch jüngere Beschäftigte eines gewissen Schutzes vor entsprechenden Benachteiligungen. Dies gilt beispielsweise für ihren Zugang zum Beruf nach der Ausbildung.

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass der Zweck des Gemeinschaftsrecht und insbesondere der Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG⁴⁷ darin besteht, einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung u.a. wegen des Alters im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten zu schaffen.

Art. 2 Abs. 1 RL 2000/78/EG bestimmt, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen des Alters geben darf. Nach Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung gerechtfertigt und

⁴⁷ RL 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

die Mittel zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich sind.

Bei Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht hat sich der Gesetzgeber entschlossen, neben der Regelung in Bezug auf die beruflichen Anforderungen (§ 8 AGG) ein differenziertes Regelwerk aufzustellen, in dem weitere Ausnahmen vom Verbot der unterschiedlichen Behandlung normiert werden.

Nach der Systematik der gesetzlichen Regelung sieht § 10 Satz 1 AGG vor, dass die Vorschrift ungeachtet des § 8 AGG gilt. Wo immer eine Rechtfertigung bereits nach § 8 AGG zulässig ist, weil das Alter eine „wesentliche und entscheidende“ berufliche Anforderung darstellt, ist eine Prüfung nach § 10 AGG entbehrlich. Mindestanforderungen an das Alter oder Höchstaltersgrenzen, die durchaus eine Ungleichbehandlung nach § 8 Abs. 1 AGG rechtfertigen können, werden in § 10 Satz 3 Nr. 2 und 3 AGG ausdrücklich erwähnt und sind daher an dieser Stelle zu prüfen. Ist eine unmittelbare Diskriminierung nicht nach §§ 8 oder 10 AGG gerechtfertigt, ist diese Maßnahme unzulässig.

Die Prüfung, ob eine Ungleichbehandlung wegen des Alters nach § 10 AGG gerechtfertigt ist, erfolgt in zwei Schritten: Zunächst ist das Vorliegen eines sachlichen Grundes, also eines objektiv nachvollziehbaren, legitimen Ziels zu prüfen. In einem zweiten Schritt ist dann die Verhältnismäßigkeit der Mittel (angemessen und erforderlich) im Hinblick auf die Bedeutung des Nachteils für die betroffenen Beschäftigten festzustellen.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 22.11.2005⁴⁸ zu Recht darauf abgestellt, dass die frühere Altersregelung im TzBfG zu pauschal war und zu wenig auf die individuellen Verhältnisse älterer Menschen Rechnung getragen hat.

So verhält es sich auch in diesem Fall. Das Lebensalter der Beamtinnen und Beamten allein sagt nichts über den wesentlich verringerten oder wegfallenden Bedarf an neuer oder erneuter Dienstkleidung aus. Bekleidung kann jederzeit in einer Weise verschmutzen oder beschädigt werden, die einen Ersatz, Reparatur oder Neuanschaffung erforderlich machen. Nur darauf kann es im Rahmen einer Rechtfertigung durch Art. 6 Abs. RL 200/78/EG ankommen.

IMPRESSUM

ZfAD - Zeitschrift für Antidiskriminierungsrecht

Herausgeber:

Dr. Klaus Michael Alenfelder und Frank Jansen
kma@alenfelder.de
kanzlei@goeb-jansen.de

Redaktion:

Helene Sobotta (verantwortlich), Regine Henke

Anschrift für Redaktion und Verlag:

Deubner Verlag GmbH & Co. KG
 Oststraße 11, D-50996 Köln
 Telefon +49 221 937018-39
 Telefax +49 221 937018-90
 E-Mail: helene.sobotta@deubner-verlag.de
www.deubner-arbeitsrecht.de

Deubner Verlag GmbH & Co. KG
 Sitz in Köln · Registergericht Köln HRA 16268
 Steuer-Nr. 5219/5708/0162

Persönlich haftende Gesellschafterin:

Deubner Verlag Beteiligungs-GmbH
 Sitz in Köln · Registergericht Köln HRB 37127

Geschäftsführer: Alfred Mertens,
 Dr. Heinz Weinheimer

Alle Informationen wurden mit Sorgfalt ermittelt und geprüft. Es kann jedoch keine Gewähr übernommen werden. Eine Haftung ist ausgeschlossen.

Vervielfältigungen jeder Art sind nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Verlags gestattet. Alle Rechte vorbehalten.

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck und Vervielfältigung auch auszugsweise nicht gestattet.

© 2007 Deubner Verlag

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 - C-144/04, Mangold ./.
 Helm, DRsp-online Nr. 2006/15993.

BESTELLSCHEIN



Gleich gebührenfrei faxen an:

0800 5121913

Deubner Verlag GmbH & Co. KG • Kundenservice • Oststraße 11
50996 Köln • Tel.: 0221 937018-39 • www.deubner-steuern.de

**Bestellen Sie jetzt Ihr Exemplar des aktuellen PraxisModul
Arbeitsrecht und profitieren Sie von folgenden Vorteilen:**

- ✓ praxisorientierte Fachbeiträge zum individuellen und kollektiven Arbeitsrecht aus dem Praxishandbuch von Düwell/Rieble/Weyand
- ✓ **exklusiv auf CD-ROM die 2. Auflage des digitalisierten Fachbuchs zum Antidiskriminierungsrecht von Dr. Klaus Michael Alenfelder**
- ✓ 23.000 redaktionell aufbereitete arbeitsrechtliche Entscheidungen,
- ✓ über 200 Bundesgesetze mit Änderungsketten und Versionierungsfunktion,
- ✓ über 700 kommentierte Musterklagen, Formulare, Checklisten und Verträge.

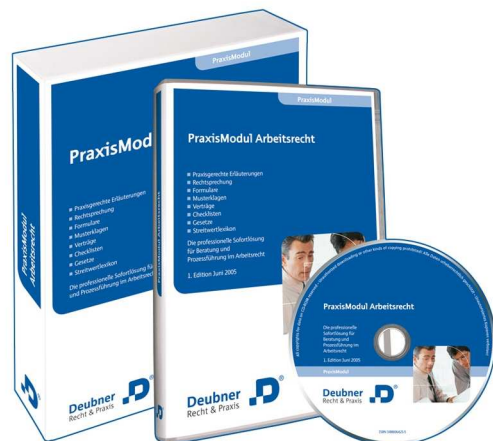
Ja, ich bestelle die CD-Rom

PraxisModul Arbeitsrecht

Alles für Ihre arbeitsrechtliche
Mandatsbearbeitung auf einer CD-ROM –
leicht recherchierbar, praxisgerecht
aufbereitet und sofort einsetzbar!

ISBN: 978-3-88606-621-6

Preis 156 Euro inkl. Versandkosten, zzgl. USt.



Gleich bestellen und gebührenfrei faxen an 0800 5121913:

Deubner Verlag GmbH & Co. KG, Oststraße 11, 50996 Köln, kundenservice@deubner-verlag.de, 0221 937018-39

Absender:

Kanzlei/Institution

Name/Vorname

Straße/Nr.

PLZ/Ort

Datum/Unterschrift

27 18 01

Deubner
Recht & Praxis

Deubner Verlag GmbH & Co. KG mit Sitz in Köln • Amtsgericht Köln HRA 16268 • Steuer-Nr. 5219/5708/0162 • Mit den Geschäftsführern Alfred Mertens und Dr. Heinz Weinheimer • persönlich haftende Gesellschafterin ist die Deubner Verlag Beteiligungs-GmbH • HRB 37127 Dresdner Bank AG Köln • Konto 937 259 300 • BLZ 370 800 40