

Die Kündigung als mittelbare Diskriminierung

Wird bei einer Kündigung an das Geschlecht, die ethnische Zugehörigkeit, das Alter usw. angeknüpft, so liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor. Fälle dieser Art wurden in einem früheren Beitrag dargestellt und erörtert.¹ Dies sind relativ „krasse“ Fälle, die in der Realität (leider) vorkommen, die jedoch – vielleicht abgesehen von der Kündigung eines (einfachen) Behinderten wegen Krankheit – quantitativ nur einen kleinen Bruchteil aller Kündigungen ausmachen.

Eine unerlaubte Benachteiligung wegen eines der Merkmale des § 1 AGG liegt jedoch auch dann vor, wenn eine mittelbare Diskriminierung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG gegeben ist. Pauschal gesagt, geht es dabei um den Fall, dass der praktizierte Grundsatz durchaus „neutral“ ist, dass jedoch Frauen, Ausländer, Ältere usw. sehr viel stärker als andere von Nachteilen betroffen sind. Traditionelles Beispiel ist die Schlechterstellung von Teilzeitkräften: Erhalten sie eine geringere Stundenvergütung, geht dies im Wesentlichen zu Lasten von Frauen, die in dieser Beschäftigtengruppe im Durchschnitt der Fälle 80 – 90 % ausmachen.

Auch bei Kündigungen kann es solche mittelbaren Diskriminierungen geben, die allerdings in der bisherigen Praxis zu § 611a BGB eine relativ geringe Rolle gespielt

¹ Däubler, Die Kündigung als unmittelbare Diskriminierung, AiB 2007 Heft 1. Zur Unbeachtlichkeit des § 2 Abs.4 AGG s. Däubler, AiB 2006, 738 ff. Vertritt man insoweit eine andere Auffassung (z.B. Schlachter, Erfurter Kommentar, 7. Aufl. 2007, § 2 AGG Rn 14 f.), so ist das geltende Kündigungsschutzrecht jedenfalls richtlinienkonform auszulegen. Dies bedeutet, dass eine mittelbar diskriminierende Kündigung gegen § 242 BGB bzw. § 1 Abs.2 KSchG verstoßen würde, so dass insoweit das Ergebnis dasselbe ist.

haben.² So ist etwa denkbar, dass der Frauenanteil im Unternehmen bei 20 % liegt, während er in der Gruppe der von einem Personalabbau Betroffenen 40 % ausmacht. Dasselbe gilt selbstredend für ethnische Minderheiten, Behinderte, Ältere usw.

Der Begriff „mittelbare Diskriminierung“

§ 3 Abs. 2 AGG definiert die mittelbare Diskriminierung in wenig „verbraucherfreundlicher“ Weise. Der Benachteiligung (z. B. eine Kündigung) müssen „dem Anschein nach neutrale“ Vorschriften, Kriterien oder Verfahren zugrunde liegen, die jedoch die Merkmalsträger im Sinne des § 1 AGG wie Ausländer, Behinderte usw. gegenüber anderen Personen „in besonderer Weise“ benachteiligen können. Dies wäre etwa für eine fiktive Regel „Teilzeitkräfte erhalten kein Urlaubs- und Weihnachtsgeld“ der Fall. Die Feststellung eines nachteiligen Betroffenseins reicht jedoch für sich allein nicht aus. Von einer verbotenen Benachteiligung kann nach § 3 Abs. 2 AGG nicht die Rede sein, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren „durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt“ und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels „angemessen und erforderlich“ sind.³ Dies klingt alles sehr abstrakt und irgendwie blutleer; vermutlich ist dies auch die Ursache dafür, dass man in der Praxis außerhalb des Bereichs der Teilzeitarbeit so gut wie nie nach dem Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung fragt. Im Folgenden soll gleichwohl der Versuch unternommen werden, an wichtigen Beispielen eine Konkretisierung zu versuchen.⁴

² Schiek/Horstkötter, NZA 2004, 865

³ Zusammenfassende Erläuterung bei Däubler ZfA 2006, 479, 486 ff.; Nollert-Borasio/Perreng, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2006, § 3 Rn 12 ff.; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, München 2007, Rn 251 ff.

⁴ Ausgeklammert bleibt die Frage nach mittelbar diskriminierenden Auswahlkriterien, die insbesondere beim Abstellen auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit bedeutsam wird (Benachteiligung Jüngerer und von

Personalabbau im ganzen Unternehmen

„Problemgruppe stärker betroffen“

Soll die Belegschaft z.B. wegen einer Vorgabe durch die ausländische Konzernspitze innerhalb von zwei Jahren um 15 % reduziert werden, so ist das ersichtlich eine „neutrale“ Regel, die sich nicht speziell gegen eine durch § 1 AGG geschützte Gruppe richtet. Dabei ist es jedoch denkbar, dass Frauen, Ausländer, Behinderte, religiöse Minderheiten und Personen einer bestimmten Altersgruppe unter den Ausscheidenden überproportional vertreten sind. Dies lässt sich allerdings manchmal nicht so ohne weiteres feststellen.

Über das zahlenmäßige Verhältnis Frauen zu Männern wird man zwar in der Personalabteilung unschwer Auskunft geben können, doch wird man dort (aus durchaus gutem Grund) häufig nicht wissen, wer zu ethnischen Minderheiten gehört. Zwar wird eine fremde Staatsangehörigkeit typischerweise aus der Personalakte ersichtlich sein, doch ist dies z. B. bei eingebürgerten Türken oder Italienern nicht der Fall. Der Name kann nur Anlass für Mutmaßungen sein. Ähnlich verhält es sich mit dem Vorliegen einer Behinderung: Zwar wird man anerkannte Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte in aller Regel erfassen können, doch schützt das AGG auch die sog. einfachen Behinderten im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX.⁵ Das Alter ist ermittelbar, wenngleich nicht immer aktuelle Statistiken verfügbar sein werden. Beim religiösen und weltanschaulichen

Frauen, die typischerweise eine kürzere Dauer der Betriebszugehörigkeit aufweisen).

⁵ Einzelheiten bei Däubler, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2007, § 1 Rn. 72 ff. (im Folgenden zitiert: Däubler/Bertzbach-Bearbeiter)

Bekenntnis und bei der sexuellen Orientierung bestehen demgegenüber wieder erhebliche Informationsprobleme.

Der Betriebsrat hat das Recht, verfügbare Informationen beim Arbeitgeber abzufragen, da er sie für seine Beteiligungsrechte an der Personalplanung (§ 92 BetrVG), bei der Erstellung von Auswahlrichtlinien (§ 95 Abs. 1 und 2 BetrVG) und bei der Anhörung vor Kündigungen (§ 102 Abs. 1 BetrVG) benötigt. Außerdem hat er nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Aufgabe, über die Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Vorschriften im Betrieb zu wachen; dies umfasst auch die von § 1 AGG gewollte Verhinderung von Diskriminierungen. Nach der Rechtsprechung des BAG⁶ muss der Arbeitgeber den Betrieb so organisieren, dass der Betriebsrat seine Kontrollaufgabe jederzeit erfüllen kann. Daraus folgt etwa die Pflicht, Daten über das Alter statistisch aufzubereiten oder auch Personen zu benennen, die aufgrund häufiger Krankheit als „einfache Behinderte“ in Betracht kommen. Ermittlungen über religiöse und weltanschauliche Überzeugungen oder die sexuelle Orientierung von Beschäftigten sind dem Arbeitgeber dagegen nicht zuzumuten – abgesehen davon, dass die Betroffenen jederzeit zur Verweigerung von Auskünften oder zu Falschangaben berechtigt wären. In der Praxis werden die Merkmale „Geschlecht“, „ethnische Zugehörigkeit“ und „Alter“ die größte Bedeutung haben.

Lässt sich eine statistische Überrepräsentierung einer Gruppe nicht belegen, bedeutet dies anders als nach früherem Recht nicht, dass damit eine mittelbare Benachteiligung ausscheiden müsste. Vielmehr kann nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 2 AGG auch ohne statistische Unterlagen die Benachteiligung bestimmter Personen plausibel gemacht werden. Ausgangspunkt für die Gleichbehandlungsrichtlinie wie für das

⁶ NZA 2003, 1348 = AuR 2004, 70

AGG ist eine Entscheidung des EuGH zur Nichtdiskriminierung von EG-Ausländern: Eine englische Regelung hatte ein Sterbegeld nur dann vorgesehen, wenn der verstorbene Arbeitnehmer in britischer Erde bestattet wurde. Dies war als diskriminierend beanstandet worden, weil Nicht-Briten häufiger außerhalb der Insel beerdigt würden.⁷ Statistiken waren hierzu verständlicherweise nicht verfügbar. Auch eine unvollständige Statistik und die Benennung einer Reihe von Einzelfällen müssen daher genügen.⁸ Einbezogen ist auch der Fall, dass die Statistik nur eine relativ schwache Überrepräsentation der „Problemgruppe“ unter den Benachteiligten aufweist; allerdings dürften dann die Anforderungen an die Rechtfertigung erheblich geringer als bei einer deutlichen Überrepräsentierung sein.⁹

Sachliche Rechtfertigung

Liegt eine Benachteiligung in diesem Sinne vor, so ist als nächstes zu fragen, ob sie einem „rechtmäßigen Ziel“ dient. Dies ist nur dann der Fall, wenn dieses in keinerlei Zusammenhang mit einem der Merkmale des § 1 AGG steht.¹⁰ Die „Erhöhung des durchschnittlichen Leistungsstandes“ kann deshalb nicht als Zweck dafür dienen, in besonderem Umfang Personen mit gesundheitlichen Einschränkungen im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX in den Personalabbau einzubeziehen. Auch die Einsparung von Kosten ist für sich allein kein ausreichender Grund, um einseitig bestimmte Personengruppen zu belasten. Das verfolgte Ziel muss vielmehr – so Müller-Glöße¹¹ – zumindest gleiches Gewicht wie das Benachteiligungsverbot haben. Auch der EuGH hat dies in Bezug auf staatliche Haushaltserwägungen

⁷ EuGH EuZW 1996, 117 – O’Flynn

⁸ Zur mittelbaren Benachteiligung ohne statistischen Nachweis Däuberl/Bertzbach-Schrader/Schubert § 3 Rn 47 ff.

⁹ Schlachter, Gedächtnisschrift Blomeyer, Berlin 2004, S. 358

¹⁰ Schiek, AuR 2003, 47

¹¹ Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., § 611a BGB Rn. 33

so gesehen.¹² Das bessere Funktionieren des Unternehmens ist jedoch letztlich immer ein legitimes Ziel.¹³

Liegt diese Voraussetzung vor, stellt sich das weitere Problem, dass die Benachteiligung für die Erreichung des Ziels „angemessen und erforderlich“ sein muss. Gibt es beispielsweise eine „neutralere“ Variante mit identischem oder ähnlichem Effekt, so ist diese zu wählen.¹⁴ An der Erforderlichkeit würde es weiter dann fehlen, wenn von einem Omnibusfahrer im Nahverkehr gute deutsche Sprachkenntnisse verlangt würden, obwohl er praktisch nie von Fahrgästen kontaktiert wird. Grundkenntnisse, die für die Orientierung im Verkehr erforderlich sind, wären dagegen selbstredend notwendig - stellt sich nach einiger Zeit heraus, dass diese fehlen, könnte durchaus eine Kündigung in Betracht kommen. In allen Fällen ist sehr genau nach einer tatsächlichen (und nicht nur vorgeschobenen) sachlichen Rechtfertigung zu fragen. Sie muss vom kündigenden Arbeitgeber bewiesen werden. Scheitert er damit, ist die Kündigung als mittelbar diskriminierend unwirksam.

Personalabbau in bestimmten Bereichen

Wird nicht im ganzen Unternehmen, sondern nur in einzelnen Abteilungen, Bereichen usw. Personal abgebaut, so ist Bezugsgruppe für die überproportionale Betroffenheit allein der fragliche Bereich. Hier stellt sich allerdings insofern eine Zusatzfrage, als dessen Auswahl selbst diskriminierenden Charakter haben kann. Denkbar ist z. B., dass eine Bank oder ein Warenhausunternehmen gerade solche Zweigstellen schließt, in denen besonders viele ältere Arbeitnehmer oder ethnische Minderheiten beschäftigt sind. Oder: Nur der Reinigungsdienst

¹² EuGH, EuGHE I 2000, 2467 ff. - Jorgensen

¹³ EuGH NJW 1986, 3020 Tz. 35 - Bilka

¹⁴ Horstkötter/Schiek AuR 1998, 228 unter Hinweis auf die Praxis in den USA

(mit sehr hohem Frauenanteil) wird an eine Drittfirma vergeben, während andere Bereiche davon verschont bleiben.¹⁵ In diesen Fällen, zu denen typischerweise auch die Aufgabe der eigenen Kantine gehört, liegt die Benachteiligung darin, dass in dem betroffenen Arbeitsbereich mehr Frauen, Ausländer, Behinderte usw. als im Gesamtunternehmen beschäftigt sind.

Eine Rechtfertigung kann sich aus betriebswirtschaftlichen Gründen ergeben. Die Zweigstelle mit den zahlreichen älteren Beschäftigten hat wirtschaftlich die schlechtesten Ergebnisse und verliert außerdem laufend Kunden. Allerdings ist in einem solchen Fall zu beachten, dass die geringere Rentabilität mit den höheren Gehältern zusammenhängen kann, die Ältere kraft ihrer durch Erfahrung angereicherten Arbeitsleistung erhalten. Dies müsste als Grund, der mit dem verpönten Merkmal unmittelbar in Zusammenhang steht, aus der Bewertung ausscheiden.¹⁶ Lässt sich nur eine bestimmte Funktion outsourcen, eine andere jedoch nicht, kann dies eine Rechtfertigung darstellen. Allerdings ist nicht verständlich, weshalb das BAG¹⁷ diese Möglichkeit in einem konkreten Fall zwar beim Reinigungsdienst, nicht aber bei den Pförtnern bejahte: Ihre Funktion wird in vielen Fällen genauso von Fremdfirmen übernommen.

Fehlt es an einer solchen sachlichen Rechtfertigung, sind auch hier die ausgesprochenen Kündigungen wegen Verstoßes gegen § 7 Abs. 1 AGG in Verbindung mit 134 BGB unwirksam.

Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, die Schließung einer Filiale oder die Fremdvergabe bestimmter Aufgaben sei Ausfluss seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Das

¹⁵ S. den Fall BAG 26.01.2005 NZA 2005, 1059, 1062

¹⁶ Ebenso im Bereich des Diskriminierungsverbots wegen des Geschlechts Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, 1997, S. 88 f.; Fuchsloch, Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung, 1995, S. 139; Horstkötter/Schiek AuR 1998, 228

¹⁷ NZA 2005, 1059, 1062

AGG kennt genauso wenig wie die Richtlinien einen Vorbehalt zugunsten der unternehmerischen Freiheit. Die Tatsache, dass die Rechtsprechung des EuGH reine Kosteneinsparung nicht genügen lässt, sondern ein besseres Funktionieren des Unternehmens verlangt¹⁸, macht hinreichend deutlich, dass das Gemeinschaftsrecht keine unantastbare Entscheidungsmacht des Arbeitgebers kennt. Im Übrigen sei darauf verwiesen, dass auch nach herkömmlichem deutschem Verständnis unternehmerische Entscheidungen gegen geltendes Recht verstoßen können¹⁹ und dann keine „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ für eine Kündigung begründen. In den letzten Jahren ist dies insbesondere im Zusammenhang mit der Verlagerung der Buchführung ins Ausland problematisch geworden.²⁰

Sonderproblem Aufhebungsverträge

In vielen Fällen wird ein beabsichtigter Personalabbau nicht allein durch Kündigungen bewerkstelligt. Vielmehr legt der Arbeitgeber den Beschäftigten nahe, Aufhebungsverträge mit Abfindung zu schließen oder auch eine Eigenkündigung mit anschließendem „Abwicklungsvertrag“ auszusprechen. Dies ändert zunächst nichts an der Tatsache, dass in der Gruppe der insgesamt von der Personalmaßnahme Betroffenen bestimmte „Merkmalsträger“ überproportional vertreten sind. Liegt ein solcher Sachverhalt nicht vor, weil das zahlenmäßige Verhältnis ausgewogen oder die Differenzierung gerechtfertigt ist, so ändert sich daran durch die Aufteilung zwischen freiwillig und gezwungen Ausscheidenden nichts, auch wenn etwa unter den Gekündigten Frauen, ethnische Minderheiten usw. besonders stark repräsentiert sind.

¹⁸ S. oben Fn 10 ff.

¹⁹ BAG AP Nr. 20 zu § 1 KSchG; Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rn. 271

²⁰ Dazu Däubler, AiB 2003, 14 ff.

Werden zunächst nur Aufhebungsverträge angeboten, dabei aber die Adressaten „einseitig“ ausgewählt, kann dies eine unzulässige Diskriminierung sein. Die Frage ist wenig erörtert. Durch das Angebot eines Aufhebungsvertrags wird dem Einzelnen vor Augen geführt, dass auf seine Dienste verzichtet werden kann. Dies stellt eine Benachteiligung dar²¹, weil damit in einer Situation des geplanten Personalabbaus die Möglichkeit einer betriebsbedingten Kündigung angedeutet wird. Anders verhält es sich nur dann, wenn diese für zwei oder drei Jahre ausgeschlossen ist; hier lässt sich das Angebot – wie in sonstigen Fällen – primär als Chance begreifen. Dass das Arbeitgeberangebot u. U. als Nachteil zu qualifizieren ist, wird nicht zuletzt an einer Entscheidung des ArbG Berlin²² deutlich, das dem Arbeitgeber durch einstweilige Verfügung verbot, den Arbeitnehmer immer wieder zu Trennungsgesprächen einzuladen.²³

Werden etwa Aufhebungsverträge nur Frauen mit Kindern angeboten, so läge darin sogar eine unmittelbare Diskriminierung, für die eine Rechtfertigung nach § 8 AGG nicht ersichtlich ist. Eine mittelbare Diskriminierung wäre gegeben, wenn dasselbe gegenüber „Personen mit erwerbstätigem Ehegatten“ geschehen würde, was erfahrungsgemäß primär Frauen benachteiligt.

Sonderproblem: Einbeziehung von arbeitnehmerähnlichen Personen

In manchen Unternehmen stellt sich das Problem, ob Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen wie z. B. freie Mitarbeiter zwei selbstständige Gruppen sind, in denen jeweils

²¹ Vgl. Däubler/Bertzbach-Däubler § 7 Rn. 8: Auch faktische Beeinträchtigungen können eine Benachteiligung sein. Für Einbeziehung der Aufhebungsverträge auch Nollert-Borasio/Perrong § 7 Rn 30

²² V. 01.12.2003, AuR 2004, 235

²³ Vgl. weiter KR-Pfeiffer § 611a BGB Rn. 90

separat das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung zu prüfen ist. Da § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGG in diskriminierungsrechtlicher Hinsicht Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen vollständig gleichstellt, besteht kein Anlass zu einer Trennung. Baut etwa eine Rundfunkanstalt in der Gruppe der Journalisten ausschließlich freie Mitarbeiter ab, obwohl diese zu 90 % aus Frauen bestehen, während deren Anteil unter den Festangestellten nur 30 % ausmacht, so läge eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts vor. Die leichtere Kündbarkeit von freien Mitarbeitern stellt keine sachliche Rechtfertigung dar: Andernfalls könnte der nationale Gesetzgeber das Verbot mittelbarer Diskriminierung dadurch unterlaufen, dass er bestimmten Beschäftigtengruppen keinen oder einen geringeren Kündigungsschutz gewährt. Eine Rechtfertigung ist also nur nach den allgemeinen Grundsätzen möglich.²⁴

Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats

Verstößt der Arbeitgeber grob gegen Vorschriften des AGG, so kann der Betriebsrat nach § 17 Abs. 2 AGG auf Unterlassung entsprechender Maßnahmen klagen. Wird dem Betriebsrat eine diskriminierend zusammengesetzte Liste mit beabsichtigten Kündigungen nach § 102 BetrVG zur Kenntnis gegeben oder wird eine entsprechende Politik der Aufhebungsverträge betrieben, so kann er dagegen nach § 17 Abs. 2 AGG in Verbindung mit § 23 BetrVG vorgehen. Sind die Kündigungen allerdings einmal ausgesprochen oder die Abfindungsverträge abgeschlossen, können die Betroffenen ihre Rechte nach § 17 Abs. 2 AGG nur noch selbst geltend machen. Auch in einem solchen Fall darf der Betriebsrat aber nicht untätig bleiben: Sobald er den Eindruck hat, dass bei einer Personalabbauaktion bestimmte Gruppen überproportional betroffen sind, sollte er dem

²⁴ Dazu oben Fn 10 ff.

nachgehen; wegen der Kompliziertheit der Materie wird sich häufig die Einschaltung eines Rechtsanwalts empfehlen.

Mittelbare Diskriminierung im Kleinbetrieb?

Kleinbetriebe, die § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG aus dem allgemeinen Kündigungsschutz ausnimmt, können im Extremfall 20 Beschäftigte haben, da Teilzeitkräfte mit bis zu 20 Wochenstunden nur zur Hälfte mitzählen. Dennoch stößt der „statistische Beweis“ hier auf Schwierigkeiten, da die Benachteiligung des einzigen Merkmalsträgers, z. B. der einzigen Frau oder des einzigen Ausländers, auch auf Zufall beruhen kann. Insoweit ist man auf andere Anhaltspunkte angewiesen.

Eine mittelbare Diskriminierung scheidet dann aus, wenn die Voraussetzungen einer unmittelbaren Diskriminierung dargetan sind. Wird etwa der einzige Mann unter sieben vergleichbaren Beschäftigten gekündigt, ist dies ein ausreichendes Indiz für das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung.²⁵ Gelingt es dem Arbeitgeber, dies zu widerlegen, weil er beispielsweise einen arbeitsbezogenen Grund anführt, so kann man die Frage stellen, ob nicht eine mittelbare Diskriminierung vorliegt. Dies wird im Grundsatz plausibel sein. Hat der Arbeitgeber für seine Kündigung aber einen diskriminierungsfreien Grund, der eine sachliche Rechtfertigung im Sinne des § 3 Abs.2 AGG darstellt,²⁶ so ist sein Vorgehen rechtlich nicht zu beanstanden. Auch wenn es keine vergleichbaren Arbeitnehmer gibt und deshalb eine unmittelbare Diskriminierung im Regelfall ausscheidet, dürfte eine mittelbare Benachteiligung plausibel sein. Insoweit führt das Antidiskriminierungsrecht

²⁵ Einzelheiten bei Däubler, AiB 2007, Heft 1; Däubler/Bertzbach-Bertzbach § 22 Rn 30

²⁶.Dazu oben Fn 10 ff.

dazu, dass auch im Kleinbetrieb Kündigungen nur aus sachbezogenen und aner kennenswerten Gründen möglich sind.²⁷

²⁷ So bereits zum bisherigen Recht auf der Grundlage des § 242 BGB LAG Schleswig-Holstein v. 14.04.1998, AuR 1998, 376