



INHALT

- *Jörg Daniel*
Pressestelle Landeswohlfahrtsverband Hessen
Betriebliches Eingliederungsmanagement in hessischen Unternehmen und Verwaltungen
- *Dr. Klaus Michael Alenfelder*
Die unwirksame Norm, § 15 Abs. 4 AGG
- *Dr. Klaus Michael Alenfelder*
Beweisanträge
- *Frank Jansen*
Besprechung des LAG Berlin-Brandenburg
- 7 Sa 561/07 vom 24.07.2007
- *Frank Jansen*
Besprechung des LAG Baden-Württemberg
- 4 Sa 14/07 vom 18.06.2007

EDITORIAL

Liebe Leserinnen und Leser,

jetzt hat es – nicht unerwartet – § 622 BGB erwischt. Die Nichtberücksichtigung der Beschäftigungsdauer vor dem 25. Lebensjahr bei der Berechnung der Kündigungsfristen ist europarechtswidrig. Leider bedarf es offenbar erst gerichtlicher Entscheidungen, bis der Gesetzgeber seine Verantwortung wahrnimmt.

Dies gilt leider auch für die zahlreichen Tarifparteien, die nach wie vor AGG-widrige Regelungen zuhauf anwenden lassen, wohl wissend, dass sie reagieren müssen.

Hier muss sich schnell etwas ändern, denn Leidtragende sind die Mitgliedsfirmen, die die sich hieraus ergebenden Schadenersatzansprüche irgendwann bezahlen müssen. Dies kann nicht richtig sein.

Ihr

RA Frank Jansen
Herausgeber

KOOPERATIONSPARTNER



<http://www.dgadr.org>



<http://www.eacih.org>



Frank Jansen ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Vizepräsident der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht.

Deubner
Recht & Praxis

www.deubner-arbeitsrecht.de

Gesund am Arbeitsplatz: Der Landeswohlfahrtsverband fördert das „Betriebliche Eingliederungsmanagement“ in hessischen Unternehmen und Verwaltungen

Jörg Daniel
 Pressestelle Landeswohlfahrtsverband
 Hessen

Zehn hessische Unternehmen, die für die betriebliche Gesundheitsförderung ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter besonders viel tun, sind im Juni in Frankfurt am Main durch das Integrationsamt des Landeswohlfahrtsverbandes Hessen (LWV) ausgezeichnet worden. Sie erhielten eine Prämie für ein beispielhaftes „Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)“, welches kranken und behinderten Mitarbeitern eine berufliche (Wieder-)Eingliederung ermöglichen soll, zugleich aber auch Wert auf präventive Maßnahmen legt. *„Wir freuen uns, dass es schon jetzt in Hessen eine Reihe von Unternehmen gibt, die ein Betriebliches Eingliederungsmanagement als strategische Herausforderung angenommen haben und durch beispielgebende Maßnahmen für eine nachhaltige Integration ihrer behinderten und kranken Mitarbeiter sorgen“*, sagte LWV-Beigeordneter Dr. Peter Barkey, der gemeinsam mit Dr. Werner Scherer, Geschäftsführer der Vereinigung der Hessischen Unternehmerverbände e.V., die Unternehmen auszeichnete.

1. Motor und Motivator bei der betrieblichen Eingliederung

In Hessen ist das Integrationsamt des LWV Motivator für das Betriebliche Eingliederungsmanagement. Als zentrale Instanz für die berufliche Eingliederung von mehr als 90.000 Menschen mit Behinderungen steht es allen Arbeitgebern wie auch deren Beschäftigten mit Rat und Tat zur Seite, berät, unterstützt und fördert. Die in allen Bundesländern tätigen Integrationsämter können dabei Mittel aus der Ausgleichsabgabe einsetzen, die Unternehmen mit mehr als 20 Beschäftigten leisten müssen, wenn sie weniger als 5 % schwerbehinderte Menschen beschäftigen. Weitere wichtige Aufgabe ist die Durchführung von Kündigungsschutzverfahren bei Personen, die aufgrund ihrer Behinderung einen besonderen Kündigungsschutz besitzen. Um Kündigungen behinderter Menschen zu vermeiden, werden die Integrationsämter auch im Vorfeld beratend und vermittelnd tätig. Häufig gelingt dies, indem das Integrationsamt Hilfen bereitstellt, mit denen Arbeitsplätze

behindertengerecht ausgestattet werden. Häufig gelingt dies auch durch innerbetriebliche organisatorische Maßnahmen, für die das Integrationsamt Unterstützung anbietet. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement soll zu einem zentralen Ansatz ausgebaut werden.

2. Demografischer Wandel – auch in den Betrieben

Das Betriebliche Eingliederungsmanagement, 2004 in das Sozialgesetzbuch Teil IX (Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen) aufgenommen, setzt vor allem auf die Trumpfkarte Prävention: Der Begriff „Management“ soll nicht nur modern wirken, er fordert alle Unternehmen auf, auch für ihre schwerbehinderten Mitarbeiter eine systematische Personalentwicklung zu betreiben – im eigenen Interesse, denn der demografische Wandel der kommenden Jahrzehnte macht vor Werkstören und Amtsstuben nicht Halt. Belegschaften, deren Ältester gerade mal 40 wurde, gehören dann der Vergangenheit an. Und wenn die Mitarbeiterschaft älter wird, nehmen die gesundheitlichen Probleme zu: Die Zahl behinderter und chronisch kranker Mitarbeiter wird in den Unternehmen ebenso wachsen wie die Zahl der krankheitsbedingten Ausfalltage anzusteigen droht – wenn es den Unternehmen nicht gelingt, durch ganzheitliche und präventive Maßnahmen gegenzusteuern. Die für das Integrationsamt des LWV zuständige Erste Beigeordnete des LWV, Evelin Schönhut-Keil, ist sich sicher: *„Eine frühzeitige Hilfestellung für behinderte Menschen ist wichtig, um deren Kreativität und Produktivität zu erhalten. Auch kann durch eine betriebliche Förderung Einiges dafür getan werden, dass die Gesundheit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erhalten bleibt und es erst gar nicht zu chronischen Erkrankungen oder gar Behinderungen kommt.“* All diese Überlegungen, so die LWV-Beigeordnete, gehören zum „Betrieblichen Eingliederungsmanagement“, vor allem aber soll die konkrete betriebliche Umsetzung der Gesundheitsförderung und der Eingliederung fixiert werden. Nur dann wird es auch möglich, den Erfolg zu messen und – falls erforderlich – Korrekturen vorzunehmen. Von den prämierten Unternehmen gehe daher auch eine Vorbildwirkung aus: *„Es geht nicht darum, einen zusätzlichen Aufwand schmackhaft zu machen. Wir wollen zeigen, dass auch die Unternehmen vom BEM profitieren. Sie sparen ja beispielsweise Lohnfortzahlungskosten und Kosten für Vertretungskräfte bei geringeren Krankenfehlzeiten ein.“* Ähnlich sieht das auch die Arbeitgeberseite: Während der Prämierungsveranstaltung beim Frankfurter Flughafenbetreiber Fraport begrüßte Scherer das wachsende Engage-

ment in den Betrieben: „Betriebliche Prävention und Eingliederungsmanagement werden von den hessischen Unternehmen als Ausdruck einer modernen Unternehmensphilosophie verstanden, deren wirtschaftlicher Erfolg im Wesentlichen auf der Motivation der Arbeitskraft von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern basiert“, betonte der Geschäftsführer während der Veranstaltung vor den rund 200 Unternehmensvertretern.

3. BEM und Integrationsvereinbarung

Doch was ist BEM eigentlich? Es umfasst grundsätzlich alle Maßnahmen, die dazu dienen, Beschäftigte mit gesundheitlichen Problemen oder einer Behinderung dauerhaft an einem geeigneten Arbeitsplatz einzusetzen. Es soll einsetzen, wenn Mitarbeiter innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind. BEM soll den betroffenen Mitarbeitern in einem kooperativen Verfahren, das heißt unter deren Mitwirkung, frühzeitig geeignete Hilfestellungen anbieten, um ihre Arbeitsfähigkeit zu erhalten bzw. zu verbessern. Viele Unternehmen beziehen dabei präventive Ansätze mit ein, denn Gesundheitsförderung soll nicht erst dann einsetzen, wenn bereits Behinderungen oder chronische Krankheiten vorliegen. Im Normalfall wird die konkrete betriebliche Umsetzung der Gesundheitsförderung und die Eingliederung kranker bzw. behinderter Mitarbeiter in einer Integrationsvereinbarung fixiert. In der Integrationsvereinbarung, die Arbeitgeber, Betriebs- oder Personalrat sowie Schwerbehindertenvertretung abschließen, werden Ziele zur Eingliederung behinderter Mitarbeiter beschrieben, sowie die Instrumente, mit denen die Ziele erreicht werden sollen. Dazu gehören Regelungen zur Personalplanung, Arbeitsplatzgestaltung, Gestaltung des Arbeitsumfelds, Arbeitsorganisation, Arbeitszeit etc., aber auch Angebote zur betrieblichen Prävention. Eine Integrationsvereinbarung soll „SMART“ sein:

- **S** steht für spezifisch: Die Vereinbarung ist auf die betriebliche Situation abgestimmt;
- **M** steht für messbar: Instrumente sind transparent, die Ziele nachprüfbar;
- **A** steht für akzeptabel: alle Beteiligten stehen hinter der Vereinbarung;
- **R** steht für realistisch: die anvisierten Ziele erscheinen erreichbar;
- **T** steht für terminiert: die Vereinbarung nennt Zeiträume, in denen die (Teil-)Ziele erreicht sein sollen.



Zehn ausgezeichnete Unternehmen: Vertreter der BEM-prämierten Betriebe sowie Organisatoren beim Gruppenfoto
Foto: Jörg Daniel

Kontakt und weitere Informationen:

Landeswohlfahrtsverband Hessen
Integrationsamt
Ständeplatz 6-10
34117 Kassel
Fon: 0561/1004-0
Fax: 0561/1004-2650
E-Mail: kontakt-integrationsamt@lww-hessen.de
Internet: www.integrationsamt-hessen.de

Diese zehn hessischen Unternehmen wurden prämiert:

Nordhessen:

- Daimler Chrysler AG, Werk Kassel
- K+S Kali GmbH Werk Werra, Philippsthal
- Orthopädische Klinik Kassel gGmbH
- DB Fahrzeuginstandhaltung GmbH, Werk Fulda

Mittelhessen:

- Buderus Edelstahl GmbH, Wetzlar

Südhessen:

- Adam Opel GmbH, Rüsselsheim
- FRAPORT AG, Frankfurt
- Klinikum der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität, Frankfurt
- Pirelli Deutschland GmbH, Breuberg
- Stadtverwaltung Offenbach

Die unwirksame Norm – § 15 Abs. 4 AGG

Dr. Klaus Michael Alenfelder

Das AGG führt in § 15 Abs. 4 AGG eine neue Fristenregelung für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ein. Der Beschäftigte muss danach seine Ansprüche auf Schadensersatz innerhalb von **zwei Monaten nach Zugang der Ablehnung der Bewerbung** bzw. nach Kenntnis der Diskriminierung schriftlich geltend machen, § 15 Abs. 4 AGG. Tarifliche Ausschlussfristen sind einzuhalten. Anschließend hat der Benachteiligte drei Monate Frist bis zur Klageerhebung, § 61b ArbGG. Die jetzige Regelung hat die ursprüngliche in den Entwürfen vorgesehene kurze Frist von sechs Monaten noch einmal drastisch verkürzt. Diese sehr kurze Frist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG ist wegen Verstoßes gegen EU-Vorgaben unwirksam.

Die Frist verstößt gegen die Vorgaben der EU Richtlinien, da sie die bisherige Regelung bei Diskriminierung wegen des Geschlechts, § 611a Abs. 4 BGB, verschlechtert (1. Stufe: zwei bis sechs Monate Frist, jetzt: zwei Monate). Dies verstößt gegen das EU-Verbot, den bislang bereits erreichten Schutzstandard vor Diskriminierung durch die Neuregelung abzusenken (**Absenktungsverbot**: Art. 8e Abs. 2 Richtlinie 76/2007/EWG; Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG).

Zudem verstößt sie gegen das **Prinzip der Effektivität des Rechtsschutzes**. Danach dürfen Fristen nicht so kurz sein, dass die Durchsetzung von Forderungen unmöglich ist oder wesentlich erschwert wird.

Der EuGH hielt es z.B. für unvereinbar mit dem **Grundsatz der Effektivität**, wenn Ansprüche wegen Lohndiskriminierung nur für den Zeitraum von zwei Jahren vor Anspruchstellung geltend gemacht werden können:

„Es wäre mit dem Grundsatz der Effektivität offensichtlich unvereinbar, würde man dem Arbeitgeber, der durch eine Täuschung die Verspätung der Klage des Arbeitnehmers zur Durchsetzung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts verursacht hat, gestatten, sich auf eine nationale Vorschrift zu berufen, die den Anspruch auf Zahlung rückständigen Arbeitsentgelts auf die zwei Jahre vor Klageerhebung beschränkt, da die Anwendung dieser nationalen Regelung die Erlangung von rückständigem Arbeitsentgelt, das wegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht gezahlt wurde, praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren kann.“

Dies gilt auch dann, wenn nach Fristablauf noch ein anderer Rechtsbehelf existiert, für den aber weniger günstige Verfahrensmodalitäten oder andere Voraussetzungen gelten als für vergleichbare Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen“.¹

Unter diesem Gesichtspunkt verstößt § 15 Abs. 4 AGG offensichtlich gegen das Effizienzgebot: Schon zwei Monate nach Ablehnung einer Bewerbung sollen alle Ansprüche wegen Diskriminierung ausgeschlossen sein. Da der normale Arbeitgeber davon Abstand nimmt, diskriminierende Motive einer Absage mitzuteilen, wird der Bewerber regelmäßig über die wahren Motive einer diskriminierenden Ablehnung getäuscht. Der diskriminierende Arbeitgeber verursacht also – wie bei Levez – die Verspätung der Klage durch Täuschung. Bereits dieses Beispiel zeigt die Ineffektivität des § 15 Abs. 4 AGG, der daher unwirksam ist und nicht angewendet werden darf.² Sogar noch offensichtlicher ist die Ineffektivität bei der Anwendung tariflicher Ausschlussfristen auf Bewerber. Wie soll ein Bewerber den Tarifvertrag und die darin enthaltenen Ausschlussfristen von Unternehmen kennen, bei denen er sich bewirbt? Gleichwohl soll er seine Ansprüche innerhalb der ihm unbekanntem Ausschlussfrist anmelden.

Außerdem verstößt die Fristenregelung gegen die Vorgabe des EuGH, dass „*nationale Rechtsvorschriften den Grundsatz der Gleichwertigkeit einhalten [müssen], wonach Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nicht ungünstiger sein dürfen als für gleichartige Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen*“.³ Zur Feststellung der Gleichwertigkeit können die kurzen Fristen des § 4 KSchG und des § 17 TzBfG nicht herangezogen werden. Sie sollen schnelle Klarheit schaffen über die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis fortbesteht. In derartigen Fällen ist eine schnelle Klärung notwendig, da beide Parteien bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses laufende Pflichten zu erfüllen haben (Arbeitsleistung, Zuweisung von Arbeit). Zudem ist eine schnelle Klärung wegen der mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Verpflichtungen und Rechte aus den Sozialversicherungen erforderlich. Bei § 15 AGG stehen jedoch Schadensersatzansprüche im Vordergrund. Deren Klärung ist bei Diskriminierung ebenso wenig eilbedürftig wie bei jedem anderen

1 EuGH, Urt. v. 01.12.1998 – C-326/96, „Levez“; vgl. EuGH, Urt. v. 16.05.2000 – C-78/98, „Preston“.

2 Vgl. EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04, „Mangold“ ./ „Helm“.

3 EuGH, Urt. v. 16.05.2000 – C-78/98, „Preston“.

Schadensersatzanspruch, z.B. aus Vertrag oder unerlaubter Handlung. Es sind im Regelfall keine laufenden Pflichten zu erfüllen, über die schnell Gewissheit geschaffen werden müsste.

Auch das BAG verweist bei der Prüfung von Ausschlussfristen nicht auf beispielsweise § 4 KSchG. Es betont vielmehr das „Leitbild des gesetzlichen Verjährungsrechts“.⁴ Als Vergleichsmaßstab ist daher § 195 BGB heranzuziehen. Das BAG hält zwar Ausschlussfristen von mindestens drei Monaten für wirksam.⁵ Allerdings handelt es sich dabei um vertraglich vereinbarte Fristen, die das BAG als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu prüfen hatte. Der europarechtliche Grundsatz der Gleichwertigkeit verlangt hingegen den Vergleich der Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG mit den normalen Fristen für vergleichbare Ansprüche. § 15 AGG regelt Schadensersatzansprüche. Derartige Ansprüche außerhalb des Diskriminierungsrechts unterfallen ab Kenntnis der dreijährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB.

Es ist daher die allgemeine Verjährungsfrist des BGB anzuwenden.⁶

Beweisanträge

Dr. Klaus Michael Alenfelder

Häufig sind die einzigen Zeugen einer Diskriminierung die Opfer selbst. Ihre Aussage muss im Verfahren berücksichtigt werden. Andernfalls wäre das Diskriminierungsverbot in der Praxis wirkungslos. Dabei ist die Aussage im Rahmen einer Parteivernehmung in den Prozess einzufüh-

ren, auch wenn keine Zustimmung der Gegenseite vorliegt.

Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil vom 27.10.1993⁷ ausgeführt hat, ist bei Vieraugengesprächen zur Herstellung der Waffengleichheit die Aussage der beweisbelasteten Partei zu berücksichtigen. Die Bedeutung dieses Grundsatzes hat das BVerfG in der Entscheidung vom 21.02.2001 betont, wobei es wegen der Missachtung dieses Gebots von einer generellen Vernachlässigung von Grundrechten sprach.⁸ Die Anhörung der Partei ist jedoch kein Beweismittel.⁹ Sie hat jedenfalls minderes Gewicht gegenüber einer Parteivernehmung oder einer Zeugenaussage. So besteht bei einer Anhörung keine Strafbarkeit wegen falscher uneidlicher Aussage und die ZPO sieht insoweit keine Protokollierung vor.

Im Übrigen sehen die EU-Richtlinien und das AGG vor, dass die Glaubhaftmachung i.S.d. § 22 AGG zur Umkehr der Beweislast führt. Der Anspruchsteller muss lediglich überwiegend wahrscheinlich machen, dass eine Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals vorliegt. Um diese überwiegende Wahrscheinlichkeit belegen zu können, muss dem Opfer von Diskriminierung die Möglichkeit eingeräumt werden, unter den jeweils nach nationalem Rechtsverständnis grundsätzlich zulässigen Mitteln zur Überzeugungsbildung des Gerichts das effizienteste zu nutzen. Andernfalls würden Umfang und Bedeutung der Regelung zur Glaubhaftmachung in den EU-Richtlinien grundsätzlich verkannt.

Die Parteivernehmung ist vorliegend das effizienteste Mittel, das von der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich anerkannt ist. Bei europarechtskonformer Auslegung des § 448 ZPO ist bei AGG-Verfahren – jedenfalls bei entsprechendem Beweisangebot – das Opfer der Diskriminierung immer im Rahmen der Parteivernehmung zu hören.

Nur durch die Parteivernehmung wird den Vorgaben von Art. 6 Abs. 1 EMRK und dem darauf beruhenden Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 27.10.1993¹⁰ entsprochen. Es kann dahinstehen, ob in Verfahren ohne EU-Bezug eine Anhörung ausreicht, wie dies das

4 BAG, Urt. v. 28.09.2005 – 5 AZR 52/05, BB 2006, 327; BAG, Urt. v. 25.05.2005 – 5 AZR 572/04, DB 2005, 2136.

5 BAG, Urt. v. 28.09.2005 – 5 AZR 52/05, BB 2006, 327.

6 SCHIEK-KOCHER, AGG, § 15 Rdnr. 56 ff.; JANSEN, NJW 2007, 18 f.; Busch, AiB 2006, 467 f.; ALENFELDER, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, S. 30; DERS., Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Tagung der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht, 03.02.2007; DERS., Überblick über das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Tagung des Kuratoriums Deutsche Altenhilfe, 22.02.2007; DERS., The German Anti-Discrimination Law, General Assembly AGE, Brüssel, 20.04.2007; DERS., Ausgewählte Probleme des AGG, Tagung der Deutschen Gesellschaft für Antidiskriminierungsrecht, Berlin, 21.05.2007; ders., Schulung AGG für die obersten Landesbehörden des Saarlandes, Saarbrücken, 20.06.2006; ähnlich REBHANN/KLETEČKA zur Regelung in Österreich: unanwendbar wegen Verstoßes gegen das Gebot der Gleichwertigkeit, da die in Österreich für Diskriminierungen vorgesehene sechsmonatige Frist – ein Jahr bei Belästigungen – kürzer ist als die allgemeine dreijährige Verjährungsfrist ab Kenntnis des § 1489 ABGB.

7 Urt. des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte v. 27.10.1993, NJW 1995, 1413 f.

8 BVerfG, Beschl. v. 21.02.2001 – 2 BvR 140/00, NJW 2001, 2531.

9 Vgl. SCHELLHAMMER, Zivilprozess, Rdnr. 504.

10 Urt. des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte v. 27.10.1993, NJW 1995, 1413 f.

BAG im Urteil vom 06.12.2001¹¹ vertritt. Bei Anwendung von EU-Richtlinien und darauf beruhenden nationalen Gesetzen wie dem AGG sind jedoch zwingend die Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 EMRK und des zitierten Urteils des EGMR zu berücksichtigen, da die EMRK integraler Bestandteil des EU-Rechts ist.¹² Diese Vorgaben verlangen eine Parteivernehmung, wie das BAG im Urteil vom 06.12.2001¹³ ausführt.

Damit erhält das Instrument der Parteivernehmung eine wesentliche Bedeutung bei der Durchsetzung von Ansprüchen wegen Diskriminierung.

Besprechung des LAG Berlin-Brandenburg – 7 Sa 561/07 vom 24.07.2007

Frank Jansen

Kündigungsfristen – frühere Jahre zählen

1. Leitsatz des Bearbeiters

§ 622 Abs. 2 Satz 2 BGB verstößt gegen das europarechtliche Verbot der Diskriminierung wegen Alters und ist damit bei der Berechnung der entsprechenden Kündigungsfrist nicht anzuwenden.

ArbG Berlin, Urt. v. 08.02.2007 – 2 Ca 16610/06

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.07.2007 – 7 Sa 561/07

2. Der Fall

Die am 25.06.1980 geborene Klägerin war bei dem Beklagten seit 2001 als Rechtsanwalts- und Notariatsfachangestellte, Sachbearbeiterin für Hausverwaltungsangelegenheiten beschäftigt. Der Beklagte kündigte der Klägerin mit Schreiben vom 21.08.2006 fristlos, hilfsweise fristgemäß „zum nächstzulässigen Termin“.

Er wirft ihr im Ergebnis vor, dass sie entgegenkommene Geldbeträge unterschlagen habe. Die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung ist streitig; für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung stellte sich die Frage der sich ergebenden Dauer der Kündigungsfrist.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beklagte nicht dargelegt und unter Beweis gestellt habe, dass es allein der Klägerin obliegen habe, die eingegangenen Barzahlungen noch am selben Tag, spätestens binnen drei Werktagen bei der Bank auf das entsprechende Hauskonto einzuzahlen.

Es bestünden vielfältige Möglichkeiten, wie es zu Differenzen zwischen den von dem Beklagten vorgelegten Quittungen und Einzahlungen auf die entsprechenden Hauskonten habe kommen können.

Der Zugriff auf die Kasse sei nach dem Vortrag der Klägerin auch Dritten möglich gewesen.

Das LAG hat dies bestätigt und angenommen, dass das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31.10.2006 beendet worden sei. Die gesetzliche Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 Nr. 2 BGB würde zwei Monate zum Monatsende betragen, da das Arbeitsverhältnis länger als fünf Jahre bestanden habe.

§ 622 Abs. 2 Satz 2 BGB sei wegen Verstoßes gegen Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG nicht anzuwenden. Die Richtlinie verbietet unter anderem unmittelbare und mittelbare Schlechterbehandlung (Diskriminierung) wegen Alters.

§ 2 Abs. 4 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zieht die Regelung des BGB in den gesamten Komplex der Gleichbehandlung ein, so dass auch § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB der Prüfung einer europarechtlichen Vorgabe unterzogen werden kann.

§ 622 Abs. 2 Satz 2 BGB sieht vor, dass für die Bestimmung der gesetzlichen Kündigungsfristen nur solche Betriebszugehörigkeitszeiten berücksichtigt werden, die ab Vollendung des 25. Lebensjahres zurückgelegt worden sind.

Mit dieser Vorschrift würden jüngere Arbeitnehmer allein aufgrund ihres Lebensalters gegenüber älteren Arbeitnehmern benachteiligt. Denn für sie gäbe es eine Verlängerung der Kündigungsfrist aufgrund ihres Lebensalters auch dann nicht, wenn sie die entsprechende Betriebszugehörigkeit aufweisen würden. Die Revision ist zugelassen.

3. Anmerkungen des Bearbeiters

Das AGG schützt unabhängig vom Mindest- oder Höchstalter jeden Beschäftigten vor Benachteiligung wegen seines Alters. Es geht dabei nicht ausschließlich um den Schutz älterer Beschäftigter. Auch jüngere Beschäftigte können wegen ihres Alters benachteiligt werden.

11 BAG, Urt. v. 06.12.2001 – 2 AZR 396/00, DB 2002, 1328.

12 EuGH v. 28.03.1996, Slg. 1996, I-1759 – „Gutachten 2/94“; EuGH, Urt. v. 29.05.1997 – C-299/95, „Kremzow“, Slg. 1997, I-2629.

13 BAG, Urt. v. 06.12.2001 – 2 AZR 396/00, DB 2002, 1328.

Eine Kopplung des Arbeitsentgelts an das Lebensalter ist daher Benachteiligung wegen des Alters zu Lasten der jüngeren Beschäftigten. Das Benachteiligungsverbot wegen Alters kann sich auch auf Sozialpläne, Abfindungen, Kündigungsfristen und Einstellungsvoraussetzungen auswirken. Die Entscheidung des LAG kommt für Experten des AGG nicht überraschend. So hat bereits Alenfelder in seiner ersten Ausgabe „Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht – Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz“ (Rdnr. 61) darauf hingewiesen, dass § 622 BGB unter den geschilderten Voraussetzungen unwirksam ist.¹⁴

Es ist eigentlich nicht nachzuvollziehen, dass fast eineinhalb Jahre nach Einführung des AGG diese auf der Hand liegenden Fallstricke immer noch nicht dazu geführt haben, dass sich der Gesetzgeber mit dieser Problematik befasst.

Dies gilt genauso für die etlichen Tarifverträge, beispielsweise seien hier nur genannt der Manteltarifvertrag und der Entgelttarifvertrag des Groß- und Außenhandels/Verlage Hessen, die immer noch klar AGG-widrige Regelungen beinhalten.

Gesetzgeber, Tarifparteien sowie die Arbeitgeber sind nun wirklich gefordert, das AGG ordentlich umzusetzen.

Besprechung des LAG Baden-Württemberg – 4 Sa 14/07 vom 18.06.2007

Frank Jansen

Mittelbare Altersdiskriminierung durch Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten

1. Leitsatz des Bearbeiters

Eine ausgesprochene Kündigung wegen altersbedingter Fehlzeiten stellt unter Beachtung eines allgemeinen statistischen Vergleichs keine Altersdiskriminierung nach § 7 Abs. 2 AGG dar und verstößt nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 18.06.2007 – 4 Sa 14/07

2. Der Fall

Der Kläger wendet sich mit dem Rechtsmittel der Berufung gegen das arbeitsgerichtliche Urteil vom 01.03.2007.

Diesem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Parteien streiten darüber, ob das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen aufgrund der ordentlichen Kündigung der Beklagten vom 12.09.2006 mit Ablauf des 30.04.2007 beendet ist.

Der im Jahre 1952 geborene Kläger ist seit 1981 bei der Beklagten als Gipser beschäftigt.

Die Kündigung basiert auf krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers. Die Fehlzeiten beruhten auf verschiedenen Ursachen.

In der Zeit von 1996 bis 2005 betrug die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers 346 Arbeitstage, im Jahr 2006 betrug die Fehltagel 101 Arbeitstage.

Der Kläger ist der Ansicht, dass auch bei Kleinbetrieben der Arbeitgeber ein verfassungsrechtlich gebotenes Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme wahren muss und ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt lassen darf.

Mit Urteil vom 01.03.2007 hat das Arbeitsgericht die Klage mit der Begründung zurückgewiesen, dass das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde. Aktuell beschäftige die Beklagte nicht mehr als 10 Arbeitnehmer. Die Kündigung der Beklagten sei auch nicht treuwidrig, da die krankheitsbedingten Ausfälle des Klägers in den Jahren 2004 bis 2006 nicht unerheblich seien.

3. Die Entscheidung

Das LAG Baden-Württemberg hat hierzu in seinem Urteil entschieden, dass die Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 01.03.2007 (17 Ca 8522/06) zurückgewiesen wird.

Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt, dass nach der grundlegenden Entscheidung des BVerfG zum Kündigungsschutz im sogenannten Kleinbetrieb die beschäftigten Arbeitnehmer keinen allgemeinen Kündigungsschutz nach § 1 KSchG haben.¹⁵

Den Arbeitnehmern in Kleinbetrieben sei angesichts der schwerwiegenden und grundrechtlich geschützten Belange der Arbeitgeber das größere

¹⁴ ALENFELDER, Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht, Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Rdnr. 61.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17.

rechtliche Risiko eines Arbeitsplatzverlustes zuzumuten.

Die Arbeitnehmer seien aufgrund zivilrechtlicher Generalklauseln vor sitten- und treuwidriger Ausübung des Kündigungsschutzes des Arbeitgebers geschützt.

Nach Erwägung des BVerfG dürfe bei einem personenbezogenen Kündigungsmotiv ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben.¹⁶

Die Grenze der Treuwidrigkeit einer Kündigung im Kleinbetrieb ist deutlich unterhalb der Schwelle zu ziehen, die für die soziale Rechtfertigung einer krankheitsbedingten Kündigung nach § 1 KSchG gilt.¹⁷

Die vorzunehmende Interessenabwägung hat sich deshalb darauf zu beschränken, ob sich das auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützte Kündigungsmotiv auch angesichts der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers als einleuchtend erweist.

Die erhöhte Fehlquote des Klägers ist nicht ganz unerheblich, da nach der ständigen Rechtsprechung Fehlzeiten von mehr als sechs Wochen für den Arbeitgeber eine erhebliche wirtschaftliche Belastung darstellen.¹⁸

Bezüglich der zukünftigen Krankheitsentwicklung wurde berücksichtigt, dass die Erkrankungen überwiegend wiederholt auftraten. Die Erkrankungen des Klägers beruhten schwerpunktmäßig auf grippalen Infekten, Magenbeschwerden und orthopädischen Leiden.

Die Beklagte musste damit annehmen, dass die krankheitsbedingten Fehlzeiten des Klägers noch zunehmen würden. Denn statistisch betrachtet steigen die Arbeitsunfähigkeitszeiten mit zunehmendem Alter.

Es ist auch eine angesichts der langjährigen Betriebszugehörigkeit des Klägers und seines Alters einleuchtende Erwägung, dass die Beklagte als Arbeitgeberin eines Kleinbetriebs bestrebt war, die Entgeltfortzahlungskosten zu reduzieren. Somit könne nicht angenommen werden, die Kündigung sei willkürlich und auf sachfremde Erwägungen gestützt.

Die Kündigung ist nicht wegen unzulässiger Altersdiskriminierung unmittelbar gem. § 7

Abs. 2 AGG oder mittelbar aufgrund der zivilrechtlichen Generalklauseln nach §§ 138, 242 BGB unwirksam.¹⁹

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des BAG liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Regelung oder Maßnahme zwar neutral gefasst ist, ihre Anwendung jedoch tatsächlich prozentual erheblich mehr den einen als den anderen Personenkreis benachteiligt und diese unterschiedliche Behandlung nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist.²⁰

§ 3 Abs. 2 AGG hat diese Regelung weitgehend übernommen.

Hiernach liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, sie sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

Ob eine mittelbare Benachteiligung gegeben ist, ist regelmäßig mit Hilfe eines statistischen Vergleichs zu ermitteln.²¹

Aus dem vorgelegten Zahlenmaterial ergibt sich, dass eine unmittelbare Diskriminierung nicht gegeben ist. Die krankheitsbedingten Fehlzeiten des 54jährigen Klägers überschreiten die durchschnittlichen Fehlzeiten der 55-65-jährigen Maurer erheblich.

Eine mittelbare Diskriminierung hätte nur dann vorliegen können, wenn dem Kläger wegen Fehlzeiten gekündigt worden wäre, die über den durchschnittlichen Fehlzeiten der jüngeren Arbeitnehmer gelegen, sich aber noch im Rahmen der durchschnittlichen Fehlzeiten vergleichbarer Arbeitnehmer seiner Altersgruppe gehalten hätten.

Das LAG stellt weiterhin klar, dass bei Kündigungen außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes der Diskriminierungsschutz in die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB einfließen muss. Jede andere Beurteilung stünde nicht im Einklang mit den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben.

16 GRAGERT, NZA 2000, 961, 968.

17 LETTL, NZA-RR 2004, 57, 60.

18 BAG, Urt. v. 16.02.1989 – 2 AZR 299/88, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 20.

19 LAG BW, Urt. v. 18.06.2007 – 4 Sa 14/07, Altersdiskriminierung im Kleinbetrieb.

20 EuGH, Urt. v. 27.10.1993 – C 127/92, AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 50; BAG, Urt. v. 20.08.2002 – 9 AZR 750/00, AP TVG § 1 Tarifverträge Süßwarenindustrie.

21 EzA § 23 KSchG.

4. Anmerkungen des Bearbeiters

Auf die Arbeitsverhältnisse in sogenannten Kleinbetrieben ist der erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes mit Ausnahme der §§ 4–7 und 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 KScG nicht anzuwenden.

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 19.04.1990 den Schwellenwert von seinerseits fünf Arbeitnehmer als Messzahl für Kleinbetriebe, in denen der Betriebsinhaber noch eng mit seinen Mitarbeitern zusammenarbeitet, als gerechtfertigt angesehen.²²

Zur Begründung führt das BAG aus, die Inhaber kleinerer Betriebe hätten Schwierigkeiten bei der Anwendung des komplizierten Kündigungsrechts, so dass sie teilweise schon aus diesem Grund von Einstellungen Abstand nähmen.

Kleinbetriebe würden des Weiteren durch langwierige Kündigungsschutzverfahren bzw. durch Abfindungszahlungen wirtschaftlich erheblich mehr belastet als die Inhaber größerer Betriebe.

Kleinbetriebe könnten häufig kaum Reserven bilden. Sie müssten deshalb in die Lage versetzt werden, Schwankungen der Auftragslage durch größere personalwirtschaftliche Flexibilität auszugleichen.

Daher sollten Entlassungen leichter zu ermöglichen sein, um der Funktionsfähigkeit des Betriebs und des Betriebsfriedens Rechnung zu tragen.

Die Arbeitnehmer von Kleinbetrieben sind aber nicht schutzlos willkürlichen und grundlosen Kündigungen des Arbeitgebers ausgesetzt. Bei Arbeitnehmern ohne Kündigungsschutz gewährleisten die zivilrechtlichen Generalklauseln den durch Art. 12 Abs. 1 GG gebotenen Mindestschutz der Arbeitnehmer.

Es stellt grundsätzlich eine Altersdiskriminierung nach dem AGG dar, wenn ein älterer Arbeitnehmer wegen Fehlzeiten gekündigt wird, die über den durchschnittlichen Fehlzeiten der jüngeren Arbeitnehmer liegen, sich aber noch im Rahmen der durchschnittlichen Fehlzeiten vergleichbarer Arbeitnehmer seiner Altersgruppe bewegen.

Der Gesetzgeber hat in § 2 Abs. 4 AGG geregelt, dass für Kündigungen „*ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz*“ gelten. Er wollte damit klarstellen, dass die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes unberührt bleiben, und verdeutlichen, dass Rechtsstreitigkeiten bei Kündigungen auch nach dem In-Kraft-Treten des AGG aus-

schließlich nach dem allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz zu entscheiden sind.

Nach einhelliger Ansicht in der arbeitsrechtlichen Literatur ist der Wortlaut dieser Ausnahmenvorschrift eindeutig europarechtswidrig, weil sich die dem AGG zugrunde liegende EU-Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 in ihrem Anwendungsbereich unstreitig auch auf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen bezieht. Unterschiedlich beurteilt wird in der Literatur nur die Reichweite der europarechtskonformen Auslegung.

Das Arbeitsgericht Osnabrück hat sich als eines der ersten Arbeitsgerichte mit der Entscheidung vom 05.02.2007 (3 Ca 721/06) dieser Meinung angeschlossen. In der Urteilsbegründung heißt es: „*Die Vorschriften des AGG finden auf die Kündigung trotz der in § 2 Abs. 4 AGG geregelten Ausnahme Anwendung.*“

Bezüglich einer wegen altersbedingt erhöhter Fehlzeiten ausgesprochenen Kündigung bieten §§ 3, 7 Abs. 2 AGG entsprechenden Schutz.

§ 3 AGG stellt eine Zentralnorm des Gleichbehandlungsrechts dar. Sie nennt die wichtigsten Formen der Benachteiligung.

Für die Feststellung der unmittelbaren Benachteiligung können andere Personen in vergleichbarer Lage herangezogen werden. Problematisch dabei ist, wie die andere Person in vergleichbarer Lage zu ermitteln ist.

Von Relevanz für die Vergleichsperson sind die Art der Tätigkeit, die Vorbildung und die Arbeitsplatzbedingungen.

Eine gleiche Hierarchieebene oder gleiche Tätigkeiten müssen dabei nicht stets gegeben sein. Insgesamt ist für das Finden einer vergleichbaren Person eine Gesamtbetrachtung notwendig.

Für die Feststellung der unmittelbaren Benachteiligung können als Vergleichspersonen auch hypothetische Vergleichspersonen herangezogen werden. Eine solche Vergleichsperson kann sogar selbst einen Merkmalsträger darstellen.²³

²² BverfG, Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 15/87, EzA § 23 KSchG Nr. 17.

²³ SCHIEK, NZA 2004, 873, 874; STORK, ZEuS 2005, 1, 36.

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

BESTELLSCHEIN



Gleich gebührenfrei faxen an:

0800 5121913

Deubner Verlag GmbH & Co. KG • Kundenservice • Oststraße 11
50996 Köln • Tel.: 0221 937018-39 • www.deubner-stuern.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**
- ✓ 25.500 redaktionell aufbereitete arbeitsrechtliche Entscheidungen,
- ✓ über 200 Bundesgesetze mit Änderungsketten und Versionierungsfunktion,
- ✓ über 800 kommentierte Musterklagen, Formulare, Checklisten und Verträge.

Ja, ich bestelle die CD-Rom + das erste Update

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