

Kerstin Feldhoff

Entschädigung nach dem AGG bei Kündigung unter Missachtung des Mutterschutzgesetzes

Anmerkung zu den Urteilen des Arbeitsgerichts Berlin v. 8.5.2015 – 28 Ca 18485/14 und Bundesarbeitsgerichts v. 12.12.2013 – 8 AZR 838/12

Beide Entscheidungen bewegen sich auf der Schnittstelle von Kündigungsschutzgesetz, Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz und Mutterschutzgesetz. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses war jeweils unter Verstoß gegen § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG während der Schwangerschaft ausgesprochen worden; die Aufsichtsbehörde (§ 9 Abs. 3 MuSchG) war nicht beteiligt. Die Klägerinnen hatten zum ersten die Kündigungen mit einer Feststellungsklage angegriffen. In beiden Fällen sind die Kündigungen des Arbeitsverhältnisses wegen Verstoß gegen das Mutterschutzgesetz für unwirksam erklärt worden. Zum zweiten hatten die Klägerinnen beantragt, ihnen eine angemessene Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG zuzusprechen. Auch mit diesem Antrag hatten die Klägerinnen Erfolg. Das Arbeitsgericht Berlin konnte ohne weiteres der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts folgen. Der 8. Senat hat im Dezember 2013 erstmalig entschieden, dass bei einer diskriminierenden Kündigung neben einer Klage gegen die Kündigung auch ein Entschädigungsanspruch nach dem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz in Betracht kommt. Zugleich wird klargestellt, dass eine Kündigung, die gegen § 9 MuSchG verstößt, eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts ist.

Zum Verhältnis von Kündigungsschutzrecht zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

Die Regelung des § 2 Abs. 4 AGG „für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz“ sorgt seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes im August 2006 für lebhafte Diskussionen, in wie weit damit die Anwendung des AGG bei der Überprüfung der Wirksamkeit von Kündigungen gesperrt ist.¹ Das BAG hat sich erstmals 2008 dahingehend festgelegt, dass das AGG den Diskriminierungsverboten in Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien auch für das Kündigungsrecht Geltung verschaffen soll. § 2 Abs. 4 AGG ist deshalb so auszulegen, dass das Kündigungsschutzgesetz und weitere spezifische Regelungen zum Kündigungsschutz, wie etwa § 626 BGB, weiterhin das vorrangige Kündigungsschutzsystem bilden.

In diesem System findet das AGG in zweifacher Hinsicht Geltung. Zum einen sind die Diskriminierungsverbote bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Kündigungsschutzgesetzes in der Weise zu beachten, dass sie Konkretisierungen des Begriffs der Sozialwidrigkeit darstellen.² Zum zweiten sind ordentliche Kündigungen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, d.h. während der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) und in Kleinbetrieben (§ 23 KSchG) unmittelbar am Maßstab des AGG zu messen. Diese Kündigungen sind grundsätzlich wirksam; unwirksam sind sie ausnahmsweise nur, wenn sie diskriminierend, treu- oder sittenwidrig sind oder gegen höherrangiges Recht verstoßen. Eine Kündigung außerhalb der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes, die gegen Diskriminierungsverbote des AGG verstößt, ist demnach gemäß § 134 BGB iVm § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unwirksam.³

Anders als Teile der Literatur weist das BAG darauf hin, dass für Klagen gegen diese Kündigungen die Klagfrist des § 4 KSchG zu beachten ist.⁴ Zugleich gilt die Beweislastregel des § 22 AGG. Hinsichtlich der Kausalität zwischen dem Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals und einer ungünstigeren Behandlung genügt es Hilfstatsachen vorzutragen, die nach allgemeiner Lebenserfahrung für eine überwiegende Wahrscheinlichkeit einer diskriminierenden Behandlung sprechen. Dabei ist nicht erforderlich, dass das Diskriminierungsmerkmal das ausschließliche Motiv für die unterschiedliche Behandlung ist; es genügt, wenn das Merkmal Bestandteil eines Bündels ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat.⁵ Erhält eine Arbeitnehmerin im Zusammenhang mit ihrer Kündigung also Kenntnis von Indizien, die die Annahme einer Diskriminierung iSd AGG begründen, kann sie diese auch außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes angreifen. Dabei muss sie die Klagfrist des § 4 KSchG beachten.

¹ die Diskussion zusammenfassend BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12.

² BAG v. 6.11.2008 – AZR 523/07; BAG v. 22.10.2009 – 8 AZR 642/08.

³ BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12.

⁴ BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12; von Teilen der Literatur wird eine nachträgliche Klagezulassung gem. § 5 KSchG verlangt, wenn die Klägerin erst nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG Kenntnis von den diskriminierenden Tatsachen erhält, vgl. Däubler/Bertzbach-Däubler AGG 3. Aufl. 2013 § 7 AGG Rn. 288 ff.; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger Kündigungsschutzrecht 9. Aufl. 2014 § 5 KSchG Rn. 14

⁵ BAG v. 24. 4. 2008 – 8 AZR 257/07; BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08.

Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG neben Kündigungsschutzklage

Ob neben der Feststellung, dass die Kündigung wegen Verstoßes gegen das AGG unwirksam ist, auch ein Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Betracht kommt, war bislang umstritten.⁶ Der 8. Senat des BAG hatte sich noch 2009 zunächst nur dahingehend geäußert, ein Entschädigungsanspruch sei nicht „systemwidrig“.⁷ Mit der o. g. Entscheidung des 8. Senats bejaht das BAG nunmehr ausdrücklich, dass diskriminierende Kündigungen einen Entschädigungsanspruch zur Folge haben können. Mittlerweile hat dies auch der 6. Senat bestätigt.⁸ Auch das Arbeitsgericht Berlin folgt dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Gerichte stützen sich zur Begründung auf den Normzweck des § 15 Abs. 2 AGG. Die Regelung setzt die Bestimmungen der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien um, die Sanktionen für einen Fall des Verstoßes fordern. Falls das nationale Recht Schadenersatz oder Entschädigung umfasst, erfordert ein „effektiver Rechtsschutz“ im Sinne des Europarechts, dass diese wirklich abschreckende Wirkung haben und in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen müssen.⁹

§ 15 Abs. 2 AGG enthält eine eigenständige Anspruchsgrundlage. Die Grundsätze des § 823 BGB iVm Art. 1, 2 GG für einen Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gelten nicht. Damit muss weder ein Verschulden des Arbeitgebers noch eine Herabwürdigung oder schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegen. Für den Anspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG ist einzige Tatbestandsvoraussetzung eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes.¹⁰ Die in der vorliegenden Entscheidung getroffene Aussage, eine merkmalsbezogene Belastung führe jedenfalls dann zu einem Entschädigungsanspruch, wenn „die Belastung – wie bei einer schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung – über das normale Maß hinausgehe“, ist in diesem Kontext zumindest missverständlich. Es muss dabei bleiben, dass jede festgestellte Benachteiligung nach § 1 AGG genügt, um den Entschädigungsanspruch auslösen; nichts anderes kann im Zusammenhang einer Kündigung gelten. Denn auch bei mildernden Maßnahmen

wie einer Versetzung oder Abmahnung kommt bereits ein Entschädigungsanspruch in Betracht.¹¹

Für die Praxis relevant ist weiterhin, dass ein Verschulden des Arbeitgebers nicht vorausgesetzt wird. In beiden Sachverhalten hatten die Arbeitgeber vorgetragen, sie hätten nicht gewusst bzw. nicht sicher gewusst, dass die Schwangerschaft im Zeitpunkt der Kündigung noch bestehe. Zu Recht haben die Gerichte diesen Einwand nicht gelten lassen. In beiden Fällen lagen den Arbeitgebern ärztlich attestierte Anzeigen über die Schwangerschaft vor. Zweifel am Bestehen der Schwangerschaft, so das Arbeitsgericht Berlin, muss der Arbeitgeber ggf. durch Nachfragen ausräumen. Vermeintliche Gutgläubigkeit, Nichtwissen oder Ungewissheit über das Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals hindern den Anspruch auf Entschädigung nicht. Das Verschulden ist erst im Rahmen der Höhe des Entschädigungsanspruchs zu berücksichtigen (s.u.).¹²

Das BAG bestätigt, dass für den Entschädigungsanspruch die gesetzlichen Fristen (§§ 15 Abs. 4 Satz 1 AGG, 61 b Abs. 1 ArbGG) zu wahren sind.

Missachtung der Mutterschutzvorschriften als unmittelbare Benachteiligung wegen Geschlecht

Das Arbeitsgericht Berlin greift den Rechtssatz des BAG auf, die Missachtung der Schutzvorschriften des Mutterschutzgesetzes durch Ausspruch einer Kündigung während der Schwangerschaft indiziere eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Schwangerschaft und damit wegen des Geschlechts gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG iVm § 1 AGG. Die Norm setzt die ständige Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes um, wonach jede ungünstigere Behandlung einer Frau *wegen* Schwangerschaft oder Mutterschaft eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts ist.¹³ Da eine Kündigung *wegen* Schwangerschaft oder aus einem im Wesentlichen auf der Schwangerschaft beruhenden Grund nur bei Frauen in Betracht kommt, stellt sie nach Auffassung des Gerichtshofes eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.¹⁴ Die hiernach notwendige Kausalität zwischen der Schwangerschaft und dem Kündigungsverhalten des Arbeitgebers liegt nach Ansicht der Gerichte auf der Hand, wenn die Kündigung gegen die Schutzvorschrift des § 9 MuSchG verstößt. Verstärkt wird dieser Kausalzusammenhang noch, wenn der Arbeitgeber, wie in

⁶ vgl. für Teile der Literatur Däubler/Bertzbach-Däubler AGG 3. Aufl. 2013 § 15 AGG Rn. 1 m.w.N.

⁷ BAG v. 22.10.2009 – 8 AZR 642/08.

⁸ BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 im Fall einer Diskriminierung wegen Behinderung.

⁹ BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07 unter Hinweis auf EuGH v. 22.4.1997 – C 180/95 – Draehmpaehl; vgl. z. B. Erwägungsgrund Nr. 35 und Art. 23 der Richtlinie 2006/54/EG.

¹⁰ BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07; BAG v. 18.3.2010 – 8 AZR 1044/08; Däubler Anm. zu BAG v. v. 12.12.2013 – 8 AZR 838/12, BAG AP Nr. 17 zu § 15 AGG.

¹¹ BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 ; BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07 für eine Versetzung.

¹² BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07; Däubler/Bertzbach-Deinert AGG 3. Aufl. 2013 § 15 AGG Rn. 58.

¹³ auch Erwägungsgrund Nr. 23 der EU-Richtlinie 2006/54 weist auf die st. Rsp. des EuGH seit 8.11.1990 – C 177/88 – Dekker hin.

¹⁴ EuGH v. 30.6.1998 – C 394/96 – Brown; EuGH v. 8.9.2005 – C 191/03 – McKenna.

beiden Fällen, die Möglichkeit eines geschlechtsspezifischen Kündigungsverbotes erkannt und dennoch gekündigt hat.

Zudem lagen in beiden entschiedenen Sachverhalten weitere Anhaltspunkte iSd § 22 AGG vor, die die Vermutung einer geschlechterspezifischen Diskriminierung begründen konnten. Im Fall des Arbeitsgerichts Berlin hatte der Arbeitgeber, bereits einmal während der Mutterschutzfristen gekündigt; auch diese Kündigung war wegen Verstoß gegen § 9 MuSchG für unwirksam erklärt worden. Nach Verhängung eines individuellen Beschäftigungsverbotes (§ 3 Abs. 1 MuSchG) kündigte der Arbeitgeber erneut. Im Fall des Bundesarbeitsgerichts war ebenfalls ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen worden. Der Arbeitgeber war darüber verärgert und hatte die Arbeitnehmerin – erfolglos – zur Weiterarbeit gedrängt. Die Wertung dieser Verhaltensweisen als Indiz für geschlechterspezifische Diskriminierung liegt auf einer Linie mit der Systematik der EU-Mutterschutzrichtlinie 92/85/EG und der Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54/EG. Der Schutzzweck des Mutterschutzgesetzes und der Normzweck des § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG sind miteinander verzahnt und gleichrangig. Benachteiligt ein Arbeitgeber eine werdende Mutter wegen der Inanspruchnahme des Mutterschutzes in Form eines Beschäftigungsverbotes liegt darin zugleich ein Verstoß gegen das geschlechterspezifische Benachteiligungsverbot.¹⁵

Beide Kündigungen erfolgten während der Schwangerschaft. Der Fall des Bundesarbeitsgerichts, Zugang der Kündigung unmittelbar vor einem operativen Schwangerschaftsabbruch wegen Tod des Fötus, veranlasste das Gericht zu Überlegungen über den Endzeitpunkt einer Schwangerschaft. Das Gericht stellt klar, dass eine Schwangerschaft durch eine Entbindung (gegebenenfalls durch Kaiserschnitt) einer Lebend- oder Totgeburt, einen Schwangerschaftsabbruch (Spontanabort oder artifizieller Abort) oder eine Fehlgeburt endet. Kündigungen vor diesem Endzeitpunkt sind Kündigung während der Schwangerschaft und damit gem. § 9 MuSchG unwirksam.¹⁶

Ergänzend ist auf die Rechtsprechung des EuGH zu Kündigungen außerhalb der Schutzfristen hinzuweisen. In dem einen Fall hatte der EuGH die Kündigung eines Arbeitgebers während einer krankheitsbedingten Fehlzeit in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit einer In-vitro-Fertilisation als unmittelbare Geschlechterdiskriminierung bewertet.¹⁷

Im anderen Fall hatte der Arbeitgeber die Kündigungsentscheidung während der Schwangerschaft gefällt und entsprechende Vorbereitungen zur Ersetzung der Arbeitnehmerin getroffen, die Kündigungserklärung aber erst nach der Schutzfrist abgegeben. Wegen Umgehung des Schutzzwecks der Mutterschutzrichtlinie bewertet der EuGH auch diese Kündigung als diskriminierend, soweit die Kündigungsentscheidung auf der Schwangerschaft und/oder Geburt eines Kindes beruht.¹⁸

Daraus folgt, dass Kündigungen, die aus Gründen einer (geplanten) Schwangerschaft oder Mutterschaft (ggf. im Rahmen eines „Motivbündels“) ausgesprochen werden, einen Verstoß gegen das Verbot der unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG darstellen können. Dies gilt auch, wenn die Kündigung außerhalb der Schutzfristen des MuSchG erfolgt.¹⁹

Maßgebliche Kriterien für die Höhe der Entschädigung

Die Kriterien für die Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG bemessen sich nach den Umständen des Einzelfalls und dem Zweck der Norm; die Bemessung des Entschädigungsanspruchs ist grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters. Zu den Umständen des Einzelfalls gehört in erster Linie das diskriminierende Verhalten des Arbeitgebers, Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und Beweggrund des Handelns, das Vorliegen eines Wiederholungsfalls und eine etwa geleistete Wiedergutmachung.²⁰ Das BAG weist darauf hin, dass die Obergrenze des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG nicht zur Anwendung kommt. Da es um einen Ausgleich für die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geht, darf nicht die Vergütung der Maßstab sein. Bei einem Bruttoentgelt von 750 € hat das BAG deshalb eine Entschädigung in Höhe von 3000 € nicht beanstandet. Das besonders rücksichtslose Verhalten des Arbeitgebers trägt dieser Höhe Rechnung. Demgegenüber hat das Arbeitsgericht Berlin nur eine Entschädigungssumme von 1500 € ausgeurteilt. Bei diesem Fall war zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber bereits zum zweiten Mal während der Schwangerschaft gekündigt hatte. Das Gericht geht zwar darauf ein, dass der Arbeitgeber damit die Arbeitnehmerin zum zweiten Mal den Belastungen einer Kündigung aussetzt, erwähnt den Wiederholungsfall zur Begründung der Entschädigungssumme aber nicht ausdrücklich. Jedoch ist der

¹⁵ vgl. Feldhoff in: juris-PK Familie und Beruf, Kap. 8.3 Rn. 30; Feldhoff Anm. zum Urteil des Arbeitsgerichts Wiesbaden vom 30. 10. 2008 in: JurisPR-ArbR 30/2009.

¹⁶ zur Diskussion um Begriff der „Entbindung“ zur Erreichung der vier weiteren Monate des Kündigungsschutzes vgl. Zipprich in juris-PK Familie und Beruf, Kap. 5.16 Rn. 26 ff.

¹⁷ EuGH v. 26. 2. 2008 – C 506/06 – Mayr

¹⁸ EuGH v. 11.10.2007 – C 460/06 – Paquay

¹⁹ vgl. Feldhoff in juris-PK Familie und Beruf, Kap. 8.3 Rn. 25 ff.; Porsche Anm. zu EuGH v. 11.10.2007 – Paquay, STREIT 2009, 13, 15, f.

²⁰ BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07; Däubler/Bertzbach-Deinert AGG 3. Aufl. 2013 § 15 AGG Rn. 72

Umstand eines Wiederholungsfalls regelmäßig bei der Höhe der Entschädigung zu berücksichtigen.²¹

Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen. Die Höhe der Entschädigung ist auch danach zu bemessen, was zur Erzielung einer abschreckenden Wirkung erforderlich ist. Der Arbeitgeber soll von künftigen Diskriminierungen abgehalten werden, wobei die Entschädigung in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss.²²

Beide Gerichte gehen nicht darauf ein, ob und inwieweit die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers in die Abwägung zur Höhe der Entschädigung einbezogen worden sind. Das Bundesarbeitsgericht hat bisher nur in einer anderen Entscheidung einen kurzen Hinweis zur Anwendbarkeit des Kriteriums gegeben.²³ Dieses Kriterium ist aber angesichts der Normzwecke „fühlbare Sanktion und abschreckende Wirkung“ von Bedeutung. Eine Entschädigungssumme, die für einen Arbeitgeber wirtschaftlich nicht von Belang ist, wird kaum diese Zwecke entfalten. Daher muss sich eine Entschädigungssumme, die diese Zwecke ernst nimmt, auch an den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens orientieren. Eine nur symbolische Summe wird dem nicht gerecht.²⁴

²¹ BAG v. 18.3.2010 – 8 AZR 1044/08; Däubler/Bertzbach-Deinert AGG 3. Aufl. 2013 § 15 AGG Rn. 78

²² BAG v. 18.3.2010 – 8 AZR 1044/08

²³ BAG v. 21.6.2012 – 8 AZR 364/11

²⁴ Däubler/Bertzbach-Deinert AGG 3. Aufl. 2013 § 15 AGG Rn. 74 f.; Däubler Anm. zu BAG v. v. 12.12.2013 – 8 AZR 838/12, BAG AP Nr. 17 zu § 15 AGG; ErfK/Schlachter 14. Aufl. 2014 § 15 AGG Rn. 9