

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	21
I. Das primäre Gemeinschaftsrecht	21
1. Art. 6 II EU	21
2. Art. 13 EG	22
3. Art. 141 EG	22
4. Allgemeiner, ungeschriebener Gleichheitssatz	22
5. Die Grundrechtscharta	23
6. Konsequenzen der Rechtsprechung des EuGH	23
II. Die Antidiskriminierungs-Richtlinien	24
1. Die Richtlinie 2000/43/EG	24
2. Die Richtlinie 2000/78/EG	24
3. Die Richtlinie 2002/73/EG	24
III. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz	25
1. § 2 IV AGG	25
a) Anwendbarkeit des AGG	26
aa) Ausschluss	26
(1) Richtlinienkonforme Auslegung	26
(a) Mittel der richtlinienkonformen Auslegung	27
(b) Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung	27
(2) Auslegung	27
(a) Wortlaut	27
(b) Systematische Auslegung	28
(c) Teleologische Auslegung	28
(d) Historische Auslegung	28
(e) Auslegungsergebnis	29
(3) Teleologische Reduktion	29
(a) Teleologische Reduktion bei allen Kündigungen	29
(b) Teleologische Reduktion außerhalb des KSchG	30
bb) Ergebnis	31
b) § 2 IV AGG als Regel der Beweislast	31
c) Zwischenergebnis	32
2. Die Problemstellung	32
B. Das Kündigungsrecht im Einzelnen	33
I. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches	33

1. Die Kontrolle durch die Generalklauseln	33
a) Bisheriges Verständnis	34
b) Vorgaben der Richtlinien	34
aa) Sanktionsdefizit	35
bb) Auslegungsmöglichkeit	35
cc) Transparenz	36
dd) Zitiergebot	38
ee) Sachgerechtigkeit	39
c) Zusammenfassung	40
2. § 622 II S. 1 BGB	41
a) Unmittelbare Diskriminierung	42
b) Mittelbare Diskriminierung	42
aa) Prüfungsumfang	44
(1) Artt. 2 II b) i), 6 I RL 2000/78/EG	45
(2) Kumulative Prüfung	46
(3) Nur Art. 2 II b) i) RL 2000/78/EG	46
(4) Stellungnahme	47
bb) Sachlich rechtfertigendes, rechtmäßiges Ziel	47
(1) Beschäftigungspolitik	48
(2) Arbeitsmarkt	49
(3) Zwischenergebnis	50
cc) Angemessenheit und Erforderlichkeit des Mittels	50
(1) Anzuwendender Maßstab	50
(2) Subsumtion	51
dd) Zwischenergebnis	52
c) Zusammenfassung	52
3. § 622 II S. 2 BGB	52
a) Unmittelbare Diskriminierung	53
b) Rechtfertigung	53
aa) Art. 6 I RL 2000/78/EG	53
(1) Legitimes Ziel	54
(2) Ergebnis	55
bb) Art. 7 I RL 2000/78/EG	55
cc) Art. 4 I RL 2000/78/EG	56
dd) Richtlinienkonforme Auslegung	56
c) Zusammenfassung	56
4. § 626 I BGB mit diskriminierendem Motiv	57
a) Herausgreifende verhaltensbedingte Kündigung	57
aa) Diskriminierung	58

	Inhaltsverzeichnis	9
bb) Wichtiger Grund	59	
cc) Ergebnis	61	
b) Verhaltensbedingte Kündigung ohne aktuelle Vergleichsfälle	61	
aa) Wichtiger Grund	62	
bb) Diskriminierendes Motiv	62	
(1) Konzeption des deutschen Rechts – objektiver Maßstab ..	62	
(2) Diskriminierung	63	
(3) Konsequenzen	63	
(a) Entschädigung	64	
(b) Bedenken	64	
(aa) Virtuelle Ungleichbehandlung sicher	64	
(bb) Keine virtuelle Ungleichbehandlung	65	
cc) Ergebnis	66	
c) Sonderfall: Druckkündigung	66	
d) Sonderfall: Außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen bei Unkündbarkeit	66	
e) Zusammenfassung	67	
5. Ergebnis zum BGB	67	
II. Das Kündigungsschutzgesetz	68	
1. § 1 II S. 1 1. Var. KSchG – Personenbedingte Kündigung	68	
a) Religionsausübung im rein privaten Arbeitsverhältnis	69	
aa) Abgrenzung zur verhaltensbedingten Kündigung	70	
(1) Rechtsprechung des BAG	70	
(2) Kritik	70	
bb) Soziale Rechtfertigung	71	
(1) Bisherige Rechtslage	72	
(2) Antidiskriminierungs-Richtlinien	73	
(a) Diskriminierung wegen der Religion	73	
(aa) Unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung ..	73	
(bb) Rechtfertigung	74	
(b) Diskriminierung wegen des Geschlechts/der ethnischen Herkunft	77	
(aa) Mittelbare Diskriminierung	78	
(bb) Tatbestandliche Rechtfertigung	79	
cc) Ergebnis	79	
b) Religionsausübung im öffentlichen Dienst	80	
aa) Anwendbarkeit des Arbeitsrechts	81	
bb) Personenbedingte Kündigung	81	
(1) Unmittelbare Diskriminierung	83	
(2) Rechtfertigung	83	

(a) Kein Bürgerkontakt	83
(b) Bürgerkontakt	84
(3) Mittelbare Diskriminierung	85
cc) Ergebnis	85
c) Zusammenfassung zur Religionsausübung	85
d) Kündigung wegen Krankheit	86
aa) Krankheit als Behinderung nach Richtlinie 2000/78/EG	87
(1) Anhaltspunkte aus der Richtlinie	87
(2) Art. 13 EG	88
(3) Mitgliedstaatlicher Begriff	89
(4) Einheitliche Auslegung	89
(5) Stellungnahme	90
bb) Analoge Anwendung der Richtlinie	91
(1) Voraussetzungen einer Analogie	91
(a) Ausschluss mangels Regelungskompetenz	92
(b) Ansicht des Europäischen Gerichtshofs	92
(c) Stellungnahme	92
(2) Ergebnis	93
cc) Zusammenfassung	94
e) Kündigung wegen Behinderung	94
aa) Nationale Handhabung	96
bb) Richtlinie 2000/78/EG	98
(1) Unmittelbare Diskriminierung	98
(2) Rechtfertigung	98
(a) Art. 4 I RL 2000/78/EG	98
(b) Art. 5 RL 2000/78/EG	99
(3) Begrenzung nur auf Schwerbehinderte	100
cc) Konsequenzen	101
(1) Richtlinienkonforme Auslegung	101
(2) Bedenken	101
dd) Zusammenfassung	103
f) „Low performer“	103
aa) Alter	104
bb) Behinderung	104
cc) Zusammenfassung	105
2. § 1 II S. 1 2 Var. KSchG – Verhaltensbedingte Kündigung	105
3. § 1 II S. 1 3. Var. KSchG – Betriebsbedingte Kündigung	105
a) Gestaltende unternehmerische Entscheidung	106
aa) Nationaler Prüfungsumfang	107
bb) Antidiskriminierungs-Richtlinien	108

(1) Diskriminierung	108
(a) Mittelbare Diskriminierung	108
(b) Tatbestandliche Rechtfertigung	109
(aa) Unternehmerfreiheit als gerechtfertigtes Ziel ..	109
(bb) Verhältnismäßigkeit	110
(c) Ergebnis	111
cc) Zusammenfassung	111
b) Sozialauswahl	111
aa) Lebensalter	112
(1) Diskriminierung	113
(2) Rechtfertigung nach § 10 I S. 3 Nr. 6 AGG a.F.	113
(3) Rechtfertigung nach der Richtlinie 2000/78/EG	114
(a) Art. 6 I RL 2000/78/EG	115
(aa) Legitimes, gerechtfertigtes Ziel	115
(bb) Verhältnismäßigkeit	116
(b) Art. 7 I RL 2000/78/EG	118
(c) Nochmals: § 10 I S. 3 Nr. 6 AGG a.F.	120
(4) Zusammenfassung	121
bb) Betriebszugehörigkeit zu Lasten des Jüngeren	121
(1) Mittelbare Diskriminierung	121
(2) Rechtfertigung	122
(a) Legitimes Ziel	122
(bb) Verhältnismäßigkeit	123
(3) Zusammenfassung	124
cc) Betriebszugehörigkeit zu Lasten der Arbeitnehmerinnen	124
(1) Diskriminierung	125
(a) Unmittelbare Diskriminierung	126
(b) Mittelbare Diskriminierung	126
(aa) Rechtssache Cadman	127
(bb) Übertragbarkeit dieses Gedankens	127
(cc) Andere Rechtfertigung	128
(2) Zusammenfassung	129
dd) Kumulation der Kriterien (Lebensalter + Betriebszugehörigkeit)	130
(1) Verhältnismäßigkeit	130
(2) Bisher: Stets müssen alle Kriterien berücksichtigt werden ..	131
(3) Lösungsversuch	131
(a) Auslegungsgrenze	132
(b) Weiteres Vorgehen	133
(4) Zusammenfassung	134

ee) Schwerbehinderung	134
(1) Diskriminierung	135
(2) Umsetzungsdefizit	135
(a) Verpflichtungsumfang	136
(b) Prärogative des nationalen Gesetzgebers	137
(3) Zusammenfassung	137
ff) Objektiv gerechtfertigte Kündigung aus „Diskriminierungsmotiv“	137
(1) Kündigung ohne Sozialauswahl	138
(a) Diskriminierung	139
(b) Beendigungswirkung	139
(aa) Subjektive, richtlinienkonforme Auslegung	139
(bb) Kumulativ §§ 242, 138 BGB	140
(cc) § 7 I AGG i.V.m. § 134 BGB	140
(cc) Weitere Konsequenzen	140
(aa) Entschädigung nach AGG	140
(bb) Entschädigung nach BGB	142
(cc) § 9 I S. 2 KSchG analog	143
(dd) Entschädigung neben Unwirksamkeit	143
(d) Stellungnahme	143
(aa) Unwirksamkeit	143
(bb) Anspruch in Geld	145
(cc) Konkrete Ausgestaltung	146
(e) Zusammenfassung	147
(2) Letztentscheidung aus diskriminierendem Motiv	148
(a) Konsequenzen	148
(b) Bedenken	148
(c) Zusammenfassung	149
gg) Unkündbarkeit	149
(1) Diskriminierung	150
(2) Rechtfertigung nach Art. 6 I RL 2000/78/EG	151
(a) Legitimes Ziel	151
(b) Verhältnismäßigkeit	152
(aa) Problem: Alter <i>und</i> Betriebszugehörigkeit	152
(bb) § 10 I S. 3 Nr. 7 AGG a.F.	153
(cc) Konsequenzen aus der Aufhebung	154
(dd) Stellungnahme	155
(3) Rechtfertigung nach Art. 7 I RL 2000/78/EG	157
(a) Starre Unkündbarkeit	158
(b) Grobe Fehlerhaftigkeit	158

(4) Problem: Rückwirkung	159
(5) Zusammenfassung	159
hh) Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur, § 1 III S. 2 KSchG	159
(1) Bisherige Auffassung	160
(2) Diskriminierung	161
(a) ArbG Osnabrück	161
(b) Literaturbewertung	162
(c) ArbG Bielefeld	163
(d) LAG Niedersachsen und andere Instanzgerichte	163
(e) BAG	164
(f) Stellungnahme	164
(aa) Schlechterstellung	164
(bb) Abbau von Vorteilen	165
(cc) Erforderlichkeit einer ausgewogenen Altersstruktur	165
(3) Zusammenfassung	166
ii) Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit in § 1 IV, V S. 2 KSchG	167
(1) Diskriminierung	168
(2) Richtlinienkonforme Auslegung	169
(a) Wortlaut	170
(b) Systematik	170
(c) Sinn und Zweck	170
(d) Teleologische Reduktion	171
(e) Ergebnis	172
(3) Rechtfertigung wegen Arbeitnehmervertretungsbeteiligung	172
(4) Zusammenfassung	173
jj) Sonderfall: Druckkündigung	173
(1) Unechte Druckkündigung	174
(2) Echte Druckkündigung	174
(a) Auslegung unter Beachtung des Europarechts	176
(b) Zurechenbarkeit des Drucks	176
(aa) Druck von außen	177
(bb) Druck von innen	178
(3) Ausgleichsansprüche	178
(a) Anspruchsgegner/Passivlegitimation	179
(b) Anspruchsgrund	179
(aa) §§ 280 I, 241 II BGB	179
(bb) § 823 I BGB	180
(cc) § 826 BGB	180

(c) Kündigung der Druckausübenden	181
(4) Zusammenfassung	181
kk) Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung	181
(1) Diskriminierung	183
(a) Rechtmäßiges Ziel	183
(b) Verhältnismäßigkeit	183
(aa) Regelung unverhältnismäßig	184
(bb) Regelung verhältnismäßig	184
(cc) Stellungnahme	184
(2) Zusammenfassung	185
ll) Abfindungshöhe bei Auflösung durch das Gericht	185
(1) Gerichtliche Praxis	187
(a) Diskriminierung	187
(b) Rechtfertigung	187
(c) Ergebnis	188
(2) Höchstgrenzen nach § 10 II S. 1 KSchG	188
(a) Diskriminierung	188
(aa) Legitimes Ziel	189
(bb) Verhältnismäßigkeit	189
(b) Ergebnis	190
(3) Rückausnahme nach § 10 II S. 2 KSchG	190
(a) Diskriminierung	191
(b) Abbau von Vorteilen	191
(4) Zusammenfassung	192
4. Ergebnis zum KSchG	192
III. Sonstige kündigungsrechtliche Vorschriften	193
1. § 9 MuSchG	193
a) Diskriminierung	194
b) Anderweitiger Diskriminierungsschutz	194
aa) Generalklauseln/KSchG	194
bb) Sperrwirkung des § 9 MuSchG	194
cc) Umsetzungsdefizit	195
c) Zusammenfassung	196
2. § 85 SGB IX	196
a) Diskriminierung	197
b) Umsetzungsdefizit	197
aa) Erfordernis der richtlinienkonformen Auslegung	198
bb) Das Erfordernis aus Art. 5 RL 2000/78/EG	198
c) Zusammenfassung	199
3. § 90 I Nr. 3 a) SGB IX	199

a)	Diskriminierung wegen hohen Alters	200
aa)	Formale Betrachtung	200
bb)	Materieller Gehalt	200
(1)	Erfordernis des Widerspruchs	201
(2)	Keine Belehrungspflicht	201
(3)	§ 144 I S. 2 Nr. 1 SGB III	201
(4)	Stellungnahme	202
b)	Diskriminierung wegen niedrigen Alters	202
c)	Zusammenfassung	203
4.	§ 90 II SGB IX	203
a)	Diskriminierung	204
b)	Tatbeständliche Rechtfertigung	204
aa)	Rechtmäßiges Ziel	204
bb)	Verhältnismäßigkeit	205
(1)	Wiedereinstellungsanspruch	205
(2)	§ 175 I SGB III	205
(3)	Allgemeiner Kündigungsschutz	206
(4)	Stellungnahme	206
c)	Zusammenfassung	206
5.	§ 91 V SGB IX	206
a)	Diskriminierung	207
aa)	Ausgleich des Zustimmungserfordernisses	208
bb)	Schlechterstellung	208
cc)	§ 91 III SGB IX	209
dd)	Ergebnis	209
b)	Zusammenfassung	209
6.	§§ 125 I S. 1 Nr. 2, 126 I S. 2 InsO	210
a)	Berücksichtigung von Lebensalter und Betriebszugehörigkeit	210
b)	Wegfall der Berücksichtigung der Schwerbehinderung	210
aa)	Diskriminierung	210
bb)	Umsetzungsdefizit	211
c)	Beschränkung auf grobe Fehlerhaftigkeit	212
aa)	Altersdiskriminierung	212
bb)	Richtlinienkonforme Auslegung	213
cc)	Rechtfertigung durch Insolvenzzweck	213
d)	Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur	214
aa)	Vergleich mit § 1 III S. 2 KSchG	214
bb)	Abbau von Vorteilen	215
e)	Schaffung einer ausgewogenen Geschlechterstruktur	215
f)	Zusammenfassung	216

7. Ergebnis zum sonstigen Kündigungsrecht	216
IV. Aufhebung/Änderung von § 611a BGB, § 81 II S. 2 SGB IX	216
1. § 611a BGB a.F.	216
2. § 81 II S. 2 SGB IX a.F.	217
3. Verschlechterungsverbot	218
a) Alte Situation	218
b) Das neue Recht, insbesondere die objektiv gerechtfertigte Kündigung	219
c) Auswirkung	221
4. Zusammenfassung	221
V. Die Beweislastverteilung	221
1. Regelungsinhalt	222
2. Die Beweislast im Kündigungsrecht	224
a) Urteilsverfahren und Beschlussverfahren	224
b) Abgestufte Darlegungs- und Beweislast	224
aa) Konsequenzen	224
bb) Lösungsmöglichkeit	225
(1) Anscheinsbeweis	226
(2) Teleologische Reduktion des § 2 IV AGG	226
(3) Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 138, 286 ZPO, § 46 II ArbGG	227
c) § 1 III S. 3 KSchG	228
d) § 1 V S. 1 KSchG und § 125 I S. 1 Nr. 1 InsO	228
aa) Beweis des Gegenteils	229
bb) Absenkung des Beweismaßes	229
e) Zusammenfassung	230
VI. Materielle Präklusion	231
1. Die Anforderungen aus den Antidiskriminierungs-Richtlinien	232
2. Der Inhalt von § 4 KSchG	232
3. Schadensersatz/Entschädigung nach Fristablauf	233
4. Korrektur über § 5 KSchG	234
a) Bisherige Auffassung	234
b) Notwendigkeit und Möglichkeit der Korrektur	235
c) § 5 III S. 2 KSchG	236
5. Zusammenfassung	236
VII. Schutz für Nicht-Merkmalsträger	237
1. Rechtssache Coleman	237
a) Problemstellung	237
b) Schlussanträge und Entscheidung	237
2. Stellungnahme	238
3. Zusammenfassung	238

C. Die Konsequenzen der Richtlinienverstöße	239
I. Unmittelbare Wirkung der Antidiskriminierungs-Richtlinien	239
1. Verhältnis Staat – Privater	240
a) Der Staat als Arbeitgeber	240
aa) Der Staatsbegriff des EuGH	241
bb) Privatrechtliche Organisationsform	241
cc) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	242
(1) Fallgruppenbildung	242
(2) Einheitliche Betrachtung	242
(3) Kriterien des EuGH	243
(4) Stellungnahme	243
b) Richtlinieninhalt zu Gunsten des Bürgers	243
c) Richtlinieninhalt zu Lasten des Bürgers	244
2. Verhältnis Privater – Privater	245
a) Ursprüngliches Verständnis	245
aa) Keine unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung	245
bb) Unilever/CIA Security/Wells	246
cc) Gegenstimmen	247
b) Rechtsprechungsänderung	248
aa) Mangold	248
(1) Horizontale Richtlinienwirkung	248
(2) Ungeschriebenes Diskriminierungsverbot	249
(3) Bewertung des BAG	249
(4) Analyse	249
bb) Adeneler	251
cc) Palacios de la Villa	251
(1) Schlussantrag des Generalanwalts	252
(2) Entscheidung	252
c) Stellungnahme	253
3. Anwendung auf die Antidiskriminierungs-Richtlinien	254
a) Fristablauf	255
b) Hinreichend bestimmt und inhaltlich unbedingt	255
II. Ungeschriebene Diskriminierungsverbote	258
1. Stellungnahmen in der Literatur	258
2. Folgerungen für deutsches „richtlinienwidriges“ Recht	259
3. Stellungnahme des BAG	260
4. Chacon Navas	260
5. Palacios de la Villa	261
a) Generalanwalt Mazak	261
b) Entscheidung	262

6. Aktuelle Vorlagen	263
a) BAG	263
b) LAG Düsseldorf	263
c) Ausblick	264
7. Stellungnahme	264
a) Dogmatische Betrachtung	264
aa) Ungeschriebene Diskriminierungsverbote als Primärrecht ..	265
bb) Anwendungsvorrang	266
b) Einordnung und praktische Bewertung	267
III. Staatshaftungsanspruch	269
1. Voraussetzungen	270
2. Anwendbarkeit auf die Antidiskriminierungs-Richtlinien	270
IV. Ergebnis	271
D. Fazit	273
Literaturverzeichnis	275
Sachwortverzeichnis	284