

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	xxiii
Literaturverzeichnis .....	xxvii
A. Deutschland hat ein Diskriminierungsproblem .....	1
B. Anwendbarkeit des § 15 AGG auf diskriminierenden Kündigungen.....	5
I. Unionsrechtlicher Hintergrund des AGG .....	5
1. Die Bedeutung des primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.....	5
a) Art. 21 GRC .....	5
b) Art. 23 bis 26 GRC.....	6
c) Sekundärrechtliche Konkretisierung durch Art. 19 AEUV .....	6
aa) Die Bedeutung des Art. 19 AEUV .....	6
bb) Konsequenzen des Art. 19 AEUV .....	6
cc) Auf Grundlage von Art. 19 AEUV erlassene Richtlinien.....	7
2. Das AGG als Umsetzungsakt unionsrechtlicher Richtlinien.....	7
3. Bedeutung der Entstehungsgeschichte des AGG für die Auslegung ...	8
II. Umsetzungserfordernis im Bereich diskriminierender Kündigungen.....	9
1. Inhaltliche Vorgaben der Richtlinien an den Umsetzungsakt.....	9
a) Schutzmfang der Richtlinien .....	9
b) Rechtsfolge einer Diskriminierung i. S. d. Richtlinien .....	11
aa) Wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen...11	11

bb)	Die Regelung des Art. 6 Abs. 2 RL 2002/73/EG .....	12
c)	Beweislastverteilung i. S. d. Richtlinien .....	14
2.	Ausreichender Schutz durch zivilrechtliche Generalklauseln?.....	16
a)	Wirksamkeitsprüfung einer Kündigung.....	17
b)	Ausreichender Schutz durch zivilrechtliche Generalklauseln ...	17
aa)	Sittenwidrige Kündigungen nach § 138 Abs. 1 BGB.....	18
(1)	Schutzmfang des § 138 Abs. 1 BGB .....	18
(a)	Rechtsgeschäft.....	18
(b)	Der Verstoß gegen die guten Sitten .....	19
(c)	Beurteilungszeitpunkt und Inhalt der guten Sitten.....	19
(aa)	Beurteilungszeitpunkt.....	19
(bb)	Inhalt der guten Sitten .....	19
i.	Auslegungsbedürftiger Rechtsbegriff .....	19
ii.	Rechtsethische Prinzipien .....	21
iii.	Wertevorstellungen .....	21
iv.	Repräsentative Fallgruppen .....	21
v.	Konkretisierung des Begriffs der guten Sitten im Bereich des Arbeitsrechts .....	22
vi.	Einhaltung der Richtlinievorgaben nicht gewährleistet ....	23
(2)	Rechtsfolgen .....	25
(a)	Die Rechtsfolge des § 138 Abs. 1 BGB .....	25

(b) Die Rechtsfolge des § 138 BGB iVm. § 611a BGB a. F. bzw. § 823 Abs. 1 BGB .....	26
(aa) § 611a BGB a. F. ....	26
(bb) § 823 Abs. 1 BGB .....	27
i. Persönlichkeitsrechtsverletzung.....	27
ii. Beweislast i. R. d. § 823 Abs. 1 BGB.....	28
iii. Rechtsfolge des § 823 Abs. 1 BGB.....	28
(cc) Einhaltung der Richtlinievorgaben nicht gewährleistet ...	29
(3) Beweislast i. R. d. § 138 Abs. 1 BGB.....	30
(4) Umsetzung der Richtlinien nicht entbehrlich.....	31
bb) Treuwidrige Kündigungen nach § 242 BGB.....	32
(1) Schutzmfang von § 242 BGB.....	32
(a) Sonderverbindung .....	32
(b) Treu und Glaube/Verkehrssitte .....	33
(c) Interessenabwägung .....	34
(d) Einhaltung der Richtlinievorgaben nicht gewährleistet.....	35
(2) Rechtsfolge des § 242 BGB.....	35
(3) Beweislast i. R. d. § 242 BGB .....	36
(4) Umsetzung der Richtlinien nicht entbehrlich.....	37
cc) § 134 BGB in Verbindung mit einem gesetzlichen Verbot .....	37

(1) Schutzmumfang von § 134 BGB.....	37
(a) Rechtsgeschäft.....	37
(b) Verstoß gegen ein Verbotsgezetz .....	37
(aa) Gesetz .....	37
(bb) Verbot.....	38
(cc) Verstoß.....	39
(dd) Einhaltung der Richtlinievorgaben nicht gewährleistet ...	39
(2) Rechtsfolge des § 134 BGB.....	40
(3) Beweislast i. R. d. § 134 BGB.....	41
(4) Umsetzung der Richtlinien nicht entbehrlich.....	41
c) Nichterfüllung der Richtlinievorgaben durch zivilrechtliche Generalklauseln .....	41
d) Ausreichender Schutz des vor Einführung des AGG bestehenden nationalen Kündigungsschutzrechts? .....	44
aa) Allgemeiner Kündigungsschutz .....	44
(1) Schutzmumfang des § 1 Abs. 1 und 2 KSchG.....	44
(a) Numerus clausus der Kündigungsgründe .....	44
(b) Motivbündel .....	47
(c) Einhaltung der Richtlinien nicht gewährleistet.....	50
(2) Rechtsfolgen i. R. d. KSchG .....	51
(3) Beweislast .....	52

bb)	Umsetzung der Richtlinien nicht entbehrlich .....	53
cc)	Besonderer Kündigungsschutz .....	53
(1)	Verbotsgesetze .....	53
(2)	Zustimmungserfordernisse .....	53
(3)	Umsetzung der Richtlinien nicht entbehrlich.....	54
e)	Nichterfüllung der Richtlinienvorgaben durch vor Einführung des AGG bestehendes Kündigungsschutzrecht.....	54
f)	Nichterfüllung der Richtlinienvorgaben durch nationale Rechtslage .....	55
Die Bedeutung des § 2 Abs. 4 AGG für die Anwendbarkeit des § 15 AGG .....		55
.	Regelungsgehalt des § 2 Abs. 4 AGG .....	55
.	Wirkungen von Richtlinien.....	56
a)	Auswirkungen der Rechtssache <i>Mangold</i> .....	57
aa)	Fallkonstellation.....	57
bb)	Entscheidungsgründe.....	58
(1)	Konsequenzen der Entscheidung des EuGH .....	58
(a)	Grundsatz: keine unmittelbare Drittwirkung .....	59
(b)	Ausnahmen vom Verbot der unmittelbaren Drittwirkung.....	60
(aa)	Unmittelbare Wirkung von Richtlinien als Reflex .....	60
(bb)	Ausnahmeentscheidung: <i>Unilever</i> .....	62

(c) Ausschluss der unmittelbare Wirkung im Horizontalverhältnis .....	63
cc) Auswirkungen der Rechtssache <i>Küçükdeveci</i> .....	63
(1) Fallkonstellation .....	63
(2) Entscheidungsgründe .....	63
(3) Konsequenzen der Entscheidung des EuGH .....	64
3. Folgen der richtlinienwidrigen Umsetzung .....	65
4. Formale Vorgaben bei der Umsetzung von Richtlinien.....	66
a) Bedeutung von Richtlinien und Umsetzungsgrundsätze .....	66
aa) Bedeutung von Richtlinien.....	66
bb) Umsetzungsgrundsätze.....	66
(1) Verbindlichkeit.....	67
(a) Art der Umsetzung.....	67
(b) Ziel der Richtlinie .....	68
(2) Transparenzgebot.....	72
(3) Grundsatz der Effektivität.....	73
(4) Zitiergebot .....	73
(5) Absenkungsverbot .....	74
5. Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung .....	76
a) Erfordernis der Auslegung .....	76
b) Klassische Auslegungsmethoden .....	77

aa)	Wortlautauslegung .....	77
bb)	Systematische Auslegung .....	77
cc)	Historische Auslegung.....	78
dd)	Objektiv-teleologische Auslegung .....	78
c)	Richtlinienkonforme Auslegung und richterliche Rechtsfortbildung .....	79
aa)	Pflicht und Inhalt zur richtlinienkonformen Auslegung .....	79
bb)	Grenzen der Auslegung .....	81
cc)	Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung und deren Umfang.....	82
dd)	Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung.....	83
6.	Ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinien? .....	84
a)	Wortlaut von § 2 Abs. 4 AGG .....	84
b)	Unionsrechtskonformes Ergebnis über Auslegung .....	85
IV.	Bedeutung des § 2 Abs. 4 AGG für Kündigungen nach dem KSchG....	86
1.	Richtlinienkonforme Auslegung von § 2 Abs. 4 AGG.....	86
a)	Möglichkeit der Auslegung von § 2 Abs. 4 AGG .....	86
b)	Wertungen des AGG im Rahmen des Kündigungsgrundes ...	86
c)	Grundsatzurteil des BAG vom 6. November 2008.....	87
aa)	AGG-Wertungen im Rahmen der Sozialwidrigkeit.....	87
bb)	Fallkonstellation.....	87
cc)	Entscheidungsgründe.....	88

(1) Übertragung der Grundsätze der Rechtsprechung zu § 81 Abs. 1 SGB IX .....	88
(a) Fallkonstellation des Urteils vom 17. Dezember 2006 .....	88
(b) Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.....	88
(c) Konkretisierung der Sozialwidrigkeit .....	89
(2) Auslegung .....	91
(a) Das Wortlautargument.....	91
(b) Systematische Auslegung .....	92
(c) Gesetzgebungsgeschichte .....	93
(d) Teleologische Auslegung .....	96
(e) Unionsrechtskonformität.....	98
(f) Konkretisierung der Sozialwidrigkeit durch Diskriminierungsverbote.....	99
2. Unanwendbarkeit von § 2 Abs. 4 AGG .....	99
3. Teilweise Anwendbarkeit des AGG.....	101
a) Ausschließliche Anwendung des § 15 AGG .....	101
b) Ausschluss lediglich von Art. 15 AGG .....	101
4. Uneingeschränkte Anwendbarkeit von § 2 Abs. 4 AGG .....	106
5. AGG-Wertungen ausschließlich als Konkretisierung der Sozialwidrigkeit .....	107
6. Anwendbarkeit von § 15 AGG ausgeschlossen.....	108

V. Bedeutung von § 2 Abs. 4 AGG für Wartezeitkündigungen und Kündigungen im Kleinbetrieb.....	109
1. Berücksichtigung der Diskriminierungsverbote i. R. d. §§ 138, 242 BGB .....	109
2. Unmittelbare Anwendbarkeit des AGG auf Kündigungen.....	110
3. Unanwendbarkeit von § 2 Abs. 4 AGG auf zivilrechtliche Generalklauseln.....	111
4. Grundsatzentscheidung des BAG .....	114
a) Unwirksamkeit diskriminierender Kündigungen nach § 134 BGB iVm. § 7 Abs. 1, §§ 1,3 AGG .....	114
b) Fallkonstellation .....	115
c) Entscheidungsgründe .....	115
aa) Gesetzgebungsgeschichte .....	116
bb) Zweck des § 2 Abs. 4 AGG .....	118
cc) Wortlaut von § 2 Abs. 4 AGG .....	120
dd) Frage der Besserstellung einer Gruppe von Gekündigten....	122
(1) Entschädigungsanspruch nach Art. 15 Abs. 2 AGG .....	122
(2) Beweislastverteilung .....	125
5. Anwendbarkeit von § 15 AGG.....	126
a) Andeutung des Sechsten Senats.....	126
b) Bejahung der Ansprüche nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG .....	126
aa) Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG .....	127

bb)	Fallkonstellation.....	127
cc)	Entscheidungsgründe.....	128
dd)	Kritik an der Entscheidung des BAG vom 12.12.2013 .....	128
VI.	Gegenüberstellung der Entscheidungspraxis .....	129
1.	Gemeinsamkeiten der Begründungen der Senate des BAG .....	129
2.	Differenzierte Begründung der Senate.....	130
3.	Relevanz von Diskriminierungsverboten bei Kündigungen.....	132
VII.	Anwendbarkeit von § 15 AGG .....	132
1.	Kündigungen, die dem KSchG unterfallen.....	132
2.	Kündigungen während der Wartezeit und in Kleinbetrieben .....	134
C.	Rechtsfolgen des § 15 AGG bei diskriminierenden Kündigungen.....	135
I.	§ 15 AGG .....	135
1.	Entstehung und Hintergrund der Norm .....	135
a)	Umsetzung von Richtlinien .....	135
b)	Orientierung an § 611a BGB a. F. und § 81 Abs. 2 SGB IX ...	136
aa)	Ursprüngliche Fassung von § 611a BGB a. F.....	136
bb)	Reaktion des BAG auf die EuGH-Rechtsprechung.....	137
cc)	Rechtsprechungsentwicklung des EuGH .....	137
dd)	§ 611a Abs. 2 BGB i. d. F. des Zweiten Gleichberechtigungsgesetzes vom 24.6.1994.....	137
ee)	Die Entscheidung <i>Draehmpael</i> .....	138

ff)	Unionsrechtswidrigkeit von § 611 a BGB a. F.....	138
2.	Sinn und Zweck von § 15 AGG.....	139
a)	Schadensausgleich.....	139
aa)	Sanktionsfunktion .....	139
bb)	Präventionselement.....	141
cc)	Genugtuungselement.....	141
b)	Effektive Durchsetzung .....	142
II.	Schadenersatz nach § 15 Abs. 1 AGG.....	143
1.	Anspruchsvoraussetzungen.....	143
a)	Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot .....	143
b)	Verschuldenserfordernis, § 15 Abs. 1 S. 2 AGG.....	144
aa)	Wortlaut von § 15 Abs. 1 S. 2 AGG .....	144
bb)	Unionsrechtswidrigkeit .....	144
(1)	Vorgaben der Richtlinien.....	145
(a)	Anforderungen an die Sanktion.....	145
(b)	Kein Verschulden .....	145
(2)	Vorgaben der Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich des Verschuldens .....	146
(a)	Die Rechtssachen <i>Dekker</i> und <i>Draehmpael</i> .....	146
(b)	Kein Verschulden nach EuGH-Rechtsprechung .....	147
(3)	Absenkungsverbot .....	148

(4) Rechtsfolge des Unionsrechtsverstoßes .....	149
(a) Auslegung von § 15 Abs. 1 S. 2 AGG im Sinne der Richtlinien.....	150
(aa) Wortlaut von § 15 Abs. 1 S. 2 AGG .....	150
(bb) Gesetzgebungsgeschichte von § 15 Abs. 1 S. 2 AGG ...	151
(cc) Gesetzessystematik von § 15 Abs. 1 S. 2 AGG .....	151
(dd) Teleologische Auslegung von § 15 Abs. 1 S. 2 AGG ....	152
(ee) Richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung ...	152
(ff) Ausschluss der richtlinienkonformen Auslegung .....	153
(b) Unanwendbarkeit von § 15 Abs. 1 S. 2 AGG .....	153
(c) Ergebnisberichtigung durch Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 EUV?.....	153
(aa) Der unionsrechtliche Grundrechtsschutz .....	154
(bb) Das Verhältnis von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 EUV .....	155
(cc) Inhalt von Art. 20, 21 GRC .....	157
i. Art. 20 GRC.....	157
ii. Art. 21 GRC.....	158
iii. Das Verhältnis von Art. 21 GRC und Art. 19 AEUV .....	159
(dd) Grundrechtsverstoß in ähnlich gelagerten Fällen .....	159
(ee) Verschuldenserfordernis kein Verstoß gegen Unionsgrundrechte .....	160

(d) Ergebnisberichtigung aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes.....	161
(aa) Inhalt des Effektivitätsgrundsatzes.....	162
(bb) Verschuldenserfordernis als Verstoß gegen das Effektivitätsgebot.....	162
cc) Handlungsbedarf des Gesetzgebers.....	163
c) Erfordernis eines Schadens.....	164
aa) Schadenersatzklage verbunden mit Kündigungsschutzklage .....	164
(1) Lohnausfallkosten .....	164
(2) Rechtsverfolgungskosten.....	164
(3) Arztkosten .....	166
bb) Isolierte Schadenersatzklage .....	166
2. Konsequenz der Unionsrechtswidrigkeit des Verschuldenserfordernisses .....	167
III. Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG .....	168
1. Rechtsfolgen- oder Rechtsgrundverweisung .....	168
2. Anspruchsvoraussetzungen des § 15 Abs. 2 AGG .....	170
a) Unzulässige Benachteiligung .....	170
b) Verschulden .....	171
3. Rechtsfolge: angemessene Entschädigung in Geld .....	172
a) Angemessenheit i. S. d. § 15 Abs. 2 AGG.....	172

aa)	§ 15 Abs. 2 S. 1 AGG .....	172
bb)	Die Höchstgrenze des § 15 Abs. 2 S. 2 AGG .....	172
b)	Angemessenheit i. S. zivilrechtlicher Regelungen .....	172
aa)	§ 253 Abs. 2 BGB.....	172
bb)	§ 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 1, 2 GG .....	174
cc)	§ 611a BGB a. F.....	175
dd)	Eignung der zivilrechtlichen Vorgaben begrenzt.....	175
c)	Angemessenheit i. S. d. unionsrechtlichen Rechtsprechung ...	176
d)	Angemessenheit i. S. d. nationalen Rechtsprechung .....	177
e)	Nationale Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben .....	178
4.	Entschädigungshöhe bei diskriminierenden Kündigungen .....	179
5.	Prozessuales Vorgehen .....	179
D.	Fazit .....	181