

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Vorwort | 7 |
| Abkürzungsverzeichnis | 19 |
| Einleitung und Gang der Darstellung | 23 |
| 1. Teil: Grundlagen | 27 |
| 1. Abschnitt: Kündigungsschutz | 27 |
| A. Ziel des Kündigungsschutzes | 27 |
| B. Historische Entwicklung | 29 |
| C. Verfassungsrechtlicher Hintergrund | 31 |
| I. Verfassungsrechtliche Position des Arbeitgebers | 32 |
| II. Verfassungsrechtliche Position des Arbeitnehmers | 33 |
| III. Kündigungsschutz als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips | 34 |
| IV. Ausgleich der Interessen | 35 |
| D. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG | 36 |
| I. Geltungsbereich | 37 |
| II. Zwingender Charakter | 38 |
| III. Verzicht | 39 |
| IV. Sozialwidrigkeit im Sinne des § 1 KSchG | 39 |
| E. Die zivilrechtlichen Generalklauseln | 40 |
| I. Kündigungsschutz nach § 138 BGB | 41 |
| II. Kündigungsschutz nach § 242 BGB | 42 |
| III. Fazit | 44 |
| F. Kündigung | 44 |
| I. Einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung | 44 |
| II. Die ordentliche Kündigung | 45 |
| G. Prozessuale Aspekte des Kündigungsschutzes | 46 |
| H. Ergebnis in Thesen | 47 |
| 2. Abschnitt: Diskriminierungsschutz | 48 |
| A. Definition von Diskriminierung | 48 |

| | |
|---|----|
| I. Soziologischer Ansatz | 49 |
| II. Juristischer Ansatz | 50 |
| 1. Unmittelbare Diskriminierung | 52 |
| a) Definition nach der Richtlinie 2000/78/EG | 52 |
| b) Definition nach der Richtlinie 2000/43/EG | 53 |
| c) Abgrenzung der Definitionen | 54 |
| d) Fallbeispiel | 55 |
| e) Fazit | 56 |
| 2. Mittelbare Diskriminierung | 56 |
| a) Sinn und Zweck | 56 |
| b) Fallbeispiel | 57 |
| c) Hypothetische Betrachtungsweise | 57 |
| d) Feststellung | 59 |
| e) Abgrenzung zur unmittelbaren Diskriminierung | 61 |
| B. Ziel des Diskriminierungsschutzes | 62 |
| C. Europarechtliche Grundlagen des Diskriminierungsschutzes | 63 |
| I. Vertrag über die Europäische Union (EUV) | 63 |
| II. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) | 65 |
| III. Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien | 67 |
| 1. Richtlinie 2000/43/EG | 67 |
| 2. Richtlinie 2000/78/EG | 68 |
| 3. Richtlinie 2006/54/EG | 68 |
| 4. Fazit | 69 |
| D. Verfassungsrechtlicher Hintergrund | 69 |
| I. Schutz der Menschenwürde | 70 |
| II. Die Gleichbehandlungsgebote des Art. 3 GG | 71 |
| E. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) | 72 |
| I. Ziel des Gesetzes | 72 |
| II. Sachlicher Anwendungsbereich | 73 |
| III. Schutz der Beschäftigten | 73 |
| 1. Persönlicher Anwendungsbereich | 73 |
| 2. Benachteiligungsverbot | 74 |
| F. Ergebnis in Thesen | 75 |

| | |
|---|----|
| 2. Teil: Das Verhältnis von Kündigungsschutz und Diskriminierungsschutz | 77 |
| 1. Abschnitt: Die Regelung des § 2 Abs. 4 AGG als Wegweiser? | 78 |
| A. Anwendungsbereich | 78 |
| B. Problematik | 78 |
| C. Lösungsansätze | 80 |
| I. Unanwendbarkeit von § 2 Abs. 4 AGG | 80 |
| 1. Rechtssache Mangold/Helm | 80 |
| 2. Übertragung der Rechtssache Mangold/Helm auf § 2 Abs. 4 AGG | 82 |
| II. Teilweise Anwendbarkeit von § 2 Abs. 4 AGG | 83 |
| 1. Kündigung ausschließlich aus diskriminierendem Motiv | 84 |
| 2. Kündigung sowohl aus diskriminierendem Motiv als auch aus sonstigen Gründen | 85 |
| 3. Fazit | 85 |
| III. Richtlinienkonforme Auslegung von § 2 Abs. 4 AGG und Kündigungsschutzrecht | 86 |
| 1. Grundsätze richtlinienkonformer Auslegung | 86 |
| 2. Prämissen und Kernaussage dieser Ansicht | 88 |
| 3. Richtlinienkonforme Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln | 89 |
| 4. Der Wille des Gesetzgebers | 89 |
| 5. Konsequenzen richtlinienkonformer Auslegung | 90 |
| IV. Fazit | 91 |
| D. Stellungnahme | 91 |
| I. Ablehnung: Unanwendbarkeit des § 2 Abs. 4 AGG | 91 |
| 1. Keine Übertragbarkeit der Rechtssache Mangold/Helm auf § 2 Abs. 4 AGG | 91 |
| 2. Das Urteil des EuGH vom 19.1.2010 in der Rechtssache Kütükdeveci | 93 |
| 3. Kein Diskriminierungsprivileg für Kündigungen | 93 |
| 4. Fazit | 94 |
| II. Ablehnung: Teilweise Anwendbarkeit des § 2 Abs. 4 AGG | 94 |
| III. Vorrang richtlinienkonformer Auslegung | 96 |
| 1. Systematisierung nach Methodik, Auslegungsergebnis und Rechtsfolgen | 96 |
| 2. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes | 97 |
| 3. Anwendungsvorrang des Unionsrechts | 99 |

| | |
|--|-----|
| a) Grundsätze | 99 |
| b) Übertragung auf § 2 Abs. 4 AGG | 100 |
| 4. Unmittelbare Wirkung des Unionsrechts | 101 |
| a) Grundsätze | 101 |
| b) Übertragung auf § 2 Abs. 4 AGG | 102 |
| 5. Dogmatische Konsequenzen für § 2 Abs. 4 AGG | 104 |
| E. Ergebnis | 105 |
| 2. Abschnitt: Die Urteile des Bundesarbeitsgerichts vom 6.11.2008 | 105 |
| A. Fallkonstellation | 106 |
| B. Die Leitthese des BAG | 107 |
| C. Die wesentlichen Argumente des BAG | 107 |
| I. Übertragung der Rechtsprechung zu § 84 Abs. 1 und 2 SGB IX | 107 |
| II. Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG | 108 |
| 1. Systematik | 108 |
| 2. Historie | 109 |
| 3. Sinn und Zweck | 109 |
| D. Rechtliche Würdigung und Kritik | 110 |
| I. Zustimmung zu Ergebnis und Dogmatik des BAG | 110 |
| II. Kritik an der Auslegung des BAG | 112 |
| 1. Erweiterte richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG | 113 |
| a) Wortlaut der Norm | 113 |
| b) Systematik | 114 |
| aa) Normenkontext | 114 |
| bb) Die Behebung von Antinomien | 115 |
| cc) Rechtsethischer Kontext | 116 |
| c) Historie | 117 |
| aa) Richtlinienumsetzung | 117 |
| bb) Kompromisscharakter: Die Gesetzentwürfe zu § 2 Abs. 4 AGG | 118 |
| (1) Von „vorrangig“ zu „ausschließlich“ | 118 |
| (2) Der politische Handlungsdruck | 120 |
| (3) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 122 |
| cc) Aufhebung von § 10 S. 3 Nr. 6 und § 10 S. 3 Nr. 7 AGG | 122 |
| a.F. | 122 |
| dd) Die Rechtslage nach § 611 a BGB a.F. | 123 |
| d) Sinn und Zweck | 124 |
| 2. Verstoß gegen das Transparenzgebot? | 125 |
| 3. Vorlagepflicht an den EuGH? | 127 |

| | |
|---|-----|
| a) Acte-clair-Doktrin | 128 |
| b) Der Beschluss des BVerfG vom 25.2.2010 | 129 |
| III. Fazit | 131 |
| E. Ergebnis: Das „Gießkannenprinzip“ des BAG | 131 |
| 3. Teil: Rechtsfolgen diskriminierender Kündigungen | 133 |
| 1. Abschnitt: Konsequenzen aus den Urteilen des BAG vom 6.11.2008 | 133 |
| A. Neue Definition des Begriffs der Sozialwidrigkeit nach dem KSchG? | 133 |
| I. Unbestimmter Rechtsbegriff oder rechtstechnischer Begriff? | 134 |
| II. Dogmatische Umsetzung der Vorgabe des BAG | 135 |
| 1. Auslegung der Generalklausel des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG | 135 |
| 2. Berücksichtigung der Diskriminierungsverbote des AGG im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes | 136 |
| a) Grundlagen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes | 136 |
| b) Die Rechtsprechung des LAG Berlin-Brandenburg | 137 |
| aa) Fallkonstellation | 137 |
| bb) Die Argumentation des LAG | 137 |
| cc) Berücksichtigung der Wertungen des AGG | 138 |
| c) Stellungnahme | 139 |
| 3. Systematische Auslegung des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG | 141 |
| a) Die Vorgabe des BAG als Ausgangspunkt | 141 |
| b) Grundlagen der systematischen Auslegung | 141 |
| c) Übertragung auf § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG | 142 |
| III. Fazit | 144 |
| IV. Auswirkungen auf die mittelbar diskriminierende Kündigung | 144 |
| B. Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln im Sinne des AGG? | 147 |
| C. Unwirksamkeit diskriminierender Kündigungen – KSchG oder AGG? | 148 |
| I. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nach dem KSchG | 148 |
| II. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nach dem AGG | 149 |
| III. Die Andeutungen des BAG | 149 |
| 1. Rechtsgrundlage der Unwirksamkeit gemäß § 1 KSchG | 149 |
| 2. Prozessuale Geltendmachung nach den §§ 4, 7 KSchG | 151 |
| a) Dogmatisch konsequente Folge des Auslegungsergebnisses | 151 |
| b) Europarechtskonformität der befristeten Klagemöglichkeit | 151 |
| c) Spätere Kenntnis von diskriminierenden Gründen: Nachträgliche Zulassung der Klage? | 153 |
| aa) Die These von Bertelsmann: Zwei-Monats-Frist im Sinne des § 15 Abs. 4 AGG | 153 |

| | |
|--|-----|
| bb) Nachträgliche Klagezulassung im Sinne des § 5 KSchG | 154 |
| cc) Fazit | 156 |
| IV. Anwendbarkeit der Beweislastregel des § 22 AGG | 157 |
| 1. Grundlagen der Beweislast | 157 |
| a) Rosenbergsche Normentheorie | 157 |
| b) § 1 Abs. 2 S. 4 und Abs. 3 S. 3 KSchG | 157 |
| c) § 22 AGG | 159 |
| 2. Richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG | 161 |
| a) Europarechtliche Anforderungen an die Beweislast | 161 |
| b) Anknüpfung an das Auslegungsergebnis des BAG | 162 |
| c) Kein ausreichender Schutz vor Diskriminierungen durch die Beweislastregeln des KSchG | 162 |
| d) § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB a.F.: Absenkungsverbot der Richtlinien | 163 |
| e) Berücksichtigung des § 22 AGG im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln | 164 |
| 3. Fazit | 164 |
| V. Fazit: Unwirksamkeit nach „Maßgabe“ des KSchG | 164 |
| D. Ergebnis | 165 |
| 2. Abschnitt: Anspruchsgrundlagen der Beschäftigten bei Vorliegen diskriminierender Kündigungen | 165 |
| A. Die Ansprüche aus § 15 AGG | 166 |
| I. Grundlagen | 166 |
| 1. Europarechtliche Verpflichtung zur Sanktion | 166 |
| 2. Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG | 168 |
| a) Anspruchsvoraussetzungen | 168 |
| b) Exkurs: Verschuldensabhängige Haftung mit Europarecht vereinbar? | 169 |
| aa) Europarechtliche Bedenken | 169 |
| bb) Lösungsansätze | 170 |
| c) Umfang des Schadensersatzes | 172 |
| 3. Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG | 173 |
| a) Anspruchsvoraussetzungen | 173 |
| b) Angemessenheit der Entschädigung | 174 |
| 4. Die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG | 175 |
| a) Geltungsbereich | 176 |
| b) Europarechtskonformität der Ausschlussfrist | 176 |
| c) Ergänzung durch die Klagefrist des § 61 b ArbGG | 177 |

| | |
|--|-----|
| II. Aktuelle Rechtslage: Auswirkungen des § 2 Abs. 4 AGG | 178 |
| 1. Rechtsfolge der Unwirksamkeit diskriminierender Kündigungen als Sanktion? | 178 |
| a) Die Etymologie des Begriffs „Sanktion“ | 179 |
| b) Schärfste kündigungsrechtliche Reaktion? – die Aussage des BAG | 180 |
| c) Stellungnahme | 180 |
| aa) Keine „wirklich abschreckende Wirkung“ für die Zukunft | 180 |
| bb) Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung von Annahmeverzugslohn gemäß § 615 BGB | 181 |
| cc) Schadensersatz- oder Entschädigungsleistungen im Sinne der Richtlinie 2006/54/EG | 182 |
| dd) Fazit | 182 |
| 2. Anwendbarkeit von § 15 AGG auf diskriminierende Kündigungen? | 183 |
| a) Richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG | 184 |
| aa) Verstoß gegen das Gebot der effektiven Sanktionierung | 184 |
| bb) Differenzierung zwischen diskriminierenden Kündigungen und anderen Benachteiligungen europarechtlich nicht haltbar | 184 |
| cc) Der Wille des Gesetzgebers als Auslegungsgrenze? | 185 |
| (1) Rechtsfolgen im nationalen Kündigungsrecht ausreichend? | 185 |
| (2) Systematik des AGG: § 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 32 AGG | 186 |
| (3) Zweck des § 2 Abs. 4 AGG: kein „zweites Kündigungsrecht“ | 187 |
| dd) Keine Differenzierung bei Vorliegen eines Motivbündels | 188 |
| ee) Fazit | 189 |
| b) Lösungsansatz | 189 |
| aa) Schadensersatzanspruch gemäß § 15 Abs. 1 AGG | 189 |
| (1) Koppelung an die Geltendmachung der Kündigungsschutzklage | 189 |
| (2) Dreistufige Ausschlussfrist mit materiellrechtlicher Wirkung | 191 |
| bb) Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG | 192 |
| (1) Trennung von Bestandsschutz und finanzieller Entschädigung | 193 |
| (2) Kein „echtes“ Wahlrecht des Arbeitnehmers | 193 |
| (3) Persönlichkeitsrechtsverletzung als dogmatischer Anknüpfungspunkt | 194 |

| | |
|---|------------|
| 3. Verstoß gegen das Transparencygebot? | 195 |
| III. Fazit | 196 |
| B. Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG | 197 |
| C. Der vertragliche Anspruch aus § 280 BGB | 198 |
| D. Deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 1 und 2 BGB | 200 |
| I. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts | 200 |
| II. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG | 201 |
| E. Sonstige Ansprüche | 202 |
| F. Ergebnis | 203 |
| 4. Teil: Gesamtergebnis | 205 |
| 1. Abschnitt: Tabellarische Zusammenfassung der Rechtsfolgen und Ansprüche bei Vorliegen diskriminierender Kündigungen | 205 |
| 2. Abschnitt: Schlusswort | 207 |
| Anhang: Entwurf zur Änderung der aktuellen Rechtslage | 211 |
| I. Synopse zur Änderung des KSchG | 212 |
| II. Synopse zur Änderung des AGG | 217 |
| III. Synopse zur Änderung des ArbGG | 220 |
| IV. Erläuterung zu den vorgenommenen Änderungen | 221 |
| 1. Kündigungsschutzgesetz | 221 |
| a) § 1 KSchG | 221 |
| b) § 1 b KSchG | 222 |
| c) § 5 KSchG | 223 |
| d) § 9 KSchG | 223 |
| e) § 23 KSchG | 224 |
| 2. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz | 224 |
| a) § 2 AGG | 224 |
| b) § 7 AGG | 224 |
| c) § 15 AGG | 225 |
| 3. Arbeitsgerichtsgesetz – § 61 b ArbGG | 225 |
| Literaturverzeichnis | 227 |