

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. Prämisse 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 Küçükdeveci	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 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 Transparenzgebot?	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