

Bundesarbeitsgericht

Hugo-Preuß-Platz 1

99084 Erfurt

**Büro zur Umsetzung von
Gleichbehandlung e.V. (BUG)**

Greifswalder Str. 4

(im Haus der Demokratie und
Menschenrechte)

Vorderhaus, 2. Etage, Raum 201

10405 Berlin

Tel: 0049 (0)30 688 366 18

Fax: 0049 (3)30 311 603 73

www.bug-ev.org

Berlin, den 05.07.2012

In dem Rechtsstreit

nimmt das Büro für Gleichbehandlung e.V. (BUG) als Beistand des Revisionsklägers nach § 23 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 AGG ergänzend zum klägerischen Vortrag Stellung und bittet das Gericht folgendes zu bedenken:

Zur Anwendbarkeit des § 15 Abs. 2 AGG

Dem klägerischen Antrag zu 2.) steht eine Unanwendbarkeit des AGG auf die Kündigung durch die Beklagte nicht entgegen. Insbesondere ist der Entschädigungsanspruch des Klägers aus § 15 Abs. 2 AGG nicht durch § 2 Abs. 4 AGG ausgeschlossen. Denn letztere Vorschrift ist dahingehend auszulegen, dass § 15 Abs. 2 AGG auch bei Kündigungen während der Wartezeit zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Arbeitgeber unzulässigerweise eine Kündigung mit einem Diskriminierungsmerkmal des § 1 AGG begründet.

1.) Bereits der Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG erweist sich als auslegungsbedürftig, aber auch auslegungsfähig. Nach der genannten Vorschrift gelten für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz. Der Entschädigungsanspruch des § 15 Abs. 2 AGG regelt indes nicht unmittelbar Kündigungen im engeren Sinne. Es handelt sich vielmehr um einen Sekundäranspruch, welcher an eine diskriminierende Kündigung lediglich anknüpft, eine solche zwar zur Voraussetzung hat, aber sodann eine Entschädigungspflicht als Rechtsfolge statuiert. Diese Entschädigungspflicht dient letztlich dem Ausgleich für

erlittene Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Die Rechtmäßigkeit der Kündigung und somit den Bestand des Arbeitsverhältnisses berührt die Vorschrift dagegen nicht. Entsprechend erfasst § 2 Abs. 4 AGG schon von seinem Wortlaut her nicht den Sekundäranspruch des § 15 Abs. 2 AGG.

LAG Bremen, Urt. v. 29.06.2010 –1 Sa 29/10–, juris, Rz. 59; ArbG Stuttgart, Urt. v. 16.03.2011 –30 Ca 1772/10–, juris, Rz. 45; *Ley*, BB 2010, 2512; *Blessing*, Rechtsfolgen diskriminierender Kündigungen unter Geltung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, S. 194 f.; vgl. auch *Treber* in Etzel/Bader (u.a.), KR, 9. Auflage 2009, § 2 AGG Rn. 27; *Stein* in Wendeling-Schröder/ders., AGG, § 2 Rn. 53.

2.) Diese enge Auslegung des Kündigungsbegriffs des § 2 Abs. 4 AGG, der jedenfalls nicht auch an Kündigungen anknüpfende Sekundäransprüche erfasst, ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte der Norm. Das AGG setzt die Richtlinien 2000/43/EG¹, 2000/78/EG², 2002/73/EG³ und 2004/113/EG⁴ um.

BGBl. I vom 17. August 2006, S. 1897.

Diese bezwecken einen umfassenden Diskriminierungsschutz. So betont der europäische Gesetzgeber in der 4. Begründungserwägung der Richtlinie 2000/78/EG, die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und der Schutz vor Diskriminierung sei ein allgemeines Menschenrecht. Er stütze sich maßgeblich auf den damaligen Art. 13 EGV, wonach den europäischen Institutionen generelle Befugnisse eingeräumt wurden, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Insbesondere betonen die 4. Begründungserwägung, letzter Satz, sowie die 9., 11., 16., 20. und 27. Begründungserwägungen, dass der Bereich Beruf und Beschäftigung eines der wichtigsten Anwendungsgebiete des Diskriminierungsschutzes aus der

¹ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22.

² Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

³ Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 2002 L 269/15.

⁴ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37.

Richtlinie sein sollte. Art. 3 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2000/78/EG ordnet dann auch explizit die Geltung des Diskriminierungsschutzes für „die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts“ an. Ein entsprechender Wille des bundesdeutschen Gesetzgebers, diese europäischen Vorgaben auch umzusetzen, ergibt sich nicht zuletzt aus der Vorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG, welcher die Formulierungen der Richtlinie fast wortgleich übernimmt. Indizien für eine bewusste Aussparung des Kündigungsrechts finden sich weder in den Gesetzgebungsmaterialien zur Richtlinie 2000/78/EG noch in den Beratungen zum AGG.

Vgl. die Nachweise in BAG, Urt. v. 6. November 2008 –2 AZR 523/07–, juris, Rz. 37 f. Ebenso *Blessing*, S. 118, 147. Siehe auch die Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission vom 28. Dezember 2009 zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/2362, S. 2-4, siehe Anhang 1.

Noch weniger finden sich Hinweise darauf, dass Persönlichkeitsrechtsverletzungen für ausgerechnet den Fall entschädigungsfrei gestellt werden sollten, dass die Verletzungen im Zusammenhang mit einer Kündigung erlitten wurden. Im Gegenteil sollte ein lückenloser Diskriminierungsschutz auf hohem Niveau erzielt werden.

Vgl. LAG Bremen, Urt. v. 29.06.2010 –1 Sa 29/10–, juris, Rz. 60; ArbG Stuttgart, Urt. v. 16.03.2011 –30 Ca 1772/10–, juris, Rz. 46.

3.) Aus alledem folgt, dass es sich bei § 2 Abs. 4 AGG um eine Ausnahmegvorschrift handelt. Als solche ist sie schon aus allgemeinen methodischen Erwägungen eng auszulegen, so dass sich eine Erstreckung des Kündigungsbegriffs auf den Sekundäranspruch des § 15 Abs. 2 AGG verbietet. Dieser Befund wird durch eine systematische Auslegung der Norm bestärkt. Auf § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG wurde bereits hingewiesen. Zur Vermeidung eines Widerspruchs innerhalb derselben Vorschrift des § 2 AGG muss dem Abs. 2 ein eigenständiger Regelungsbereich verbleiben. Die „Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen“ des Abs. 2 müssen also einen unterschiedlichen Regelungsgegenstand haben als die „Kündigungen“ des Abs. 4.

BAG, Urt. v. 6. November 2008 –2 AZR 523/07–, juris, Rz. 36;
ebenso LAG Bremen, Urt. v. 29.06.2010 –1 Sa 29/10–, juris, Rz. 59.

Der vermeintliche Widerspruch dieser beiden Absätze löst sich auf, wenn Abs. 4 lediglich als eine Konkurrenzregelung zur reibungslosen Verzahnung von Antidiskriminierungsrecht und Kündigungsschutzrecht verstanden wird (dazu sogleich). Jedenfalls streitet § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG, der die Erstreckung des Diskriminierungsschutzes auf das Arbeitsumfeld ausdrücklich anordnet, für den zusätzlichen Schutz des Benachteiligten nach § 15 Abs. 2 AGG. Umgekehrt muss dem Kündigungsbegriff des § 2 Abs. 4 AGG als Tatbestandsmerkmal einer Ausnahmegvorschrift ein enges Verständnis zugrunde gelegt werden, wonach ein Sekundäranspruch, der an Persönlichkeitsrechtsverletzungen bei Gelegenheit einer Kündigung anknüpft, nicht erfasst wird.

4.) Die teleologische Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG kommt zum selben Ergebnis. Die Gesetzgebungsgeschichte, die Gesamtschau der Vorschriften des AGG und nicht zuletzt auch der Gesetzestitel beweisen das gesetzgeberische Ziel der Schaffung eines allumfassenden Schutzes vor Diskriminierungen. § 2 Abs. 4 AGG bezweckt vor diesem Hintergrund nicht etwa eine punktuelle Herabsetzung des Schutzniveaus für einen Bereich, der sowohl dem europäischen als auch dem bundesdeutschen Gesetzgeber von zentraler Wichtigkeit war. Sinn und Zweck der Regelung ist es vielmehr, das Antidiskriminierungsrecht mit dem Kündigungsrecht zu verzahnen und Doppelungen zu vermeiden. So sind etwa die Wertungen des AGG in den Begriff der Sozialwidrigkeit nach § 1 Abs. 1 KSchG hineinzulesen bzw. bei der Auslegung der §§ 134, 138 und 242 BGB zu berücksichtigen.

BAG, Urt. v. 6. November 2008 –2 AZR 523/07–, juris, Rz. 28, 39; Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Europäische Kommission vom 28. Dezember 2009 zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/2362, S. 2-4; zustimmend *Blessing*, S. 147; *Adomeit/Mohr*, AGG, 2. Auflage 2011, § 2 Rn. 228 ff.

Die Notwendigkeit solch einer Verzahnung besteht allerdings nur, wenn Doppelungen drohen. Dies ist bei dem Sekundäranspruch des § 15 Abs. 2 AGG indes nicht der Fall. Denn bei der Entschädigungspflicht handelt es sich um ein eigenständiges Rechtsinstitut, das Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit einer Entschädigungspflicht sanktioniert, nicht jedoch den Bestand des Arbeitsverhältnisses zum unmittelbaren

Regelungsgegenstand hat (siehe oben).

LAG Bremen, Urt. v. 29.06.2010 –1 Sa 29/10–, juris, Rz.61; ArbG Stuttgart, Urt. v. 16.03.2011 –30 Ca 1772/10–, juris, Rz. 46; *Blessing*, S. 194; *Treber* in Etzel/Bader (u.a.), KR, AGG § 2 Rn. 27; *Stein* in Wendeling-Schröder/ders., AGG, § 2 Rn. 50; v. *Medem*, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 423.

Ein Nebeneinander von Deliktsrecht und Kündigungsrecht ist auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit langem anerkannt. So sperrt das Kündigungsrecht beispielsweise nicht einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, der aus einer schuldhaften Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erwächst.

BAG, Urt. v. 22.10.2009 –8 AZR 642/08–, juris, Rz. 16 mit Verweis auf BAG, Urt. v. 24. April 2008 –8 AZR 347/07–.

5.) Diese Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG steht auch im Einklang mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 EU-Grundrechte-Charta. Der Anwendungsbereich der Grundrechte-Charta ist nach deren Art. 51 Abs. 1 eröffnet. Denn der Erlass des AGG diene der legislativen Umsetzung europäischer Richtlinien (siehe oben) und somit der Durchführung des Rechts der Union.

Vgl. *Kingreen* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 51 GRCh, Rn. 8 ff.

Die Bundesrepublik Deutschland ist Adressatin des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 20 der Grundrechte-Charta bei der Durchführung des Unionsrechts. Dies schließt insbesondere die Legislative mit ein.

Rossi in Calliess/Ruffert, Art. 20 GRCh, Rn. 7 f.

Verstünde man § 2 Abs. 4 AGG entgegen der hier vertretenen Auffassung als Sperrklausel für den Diskriminierungsschutz bei Kündigungen, ergäbe sich daraus eine Ungleichbehandlung von Kündigungen und sämtlicher anderer die Arbeitsbedingungen betreffenden Sachverhalte. Während Menschen bei Beförderungen, Versetzungen, Entlohnung, Nichteinstellung und während der Arbeitsverrichtung auch mittels des

Sekundäranspruches aus § 15 Abs. 2 AGG wirksam, verhältnismäßig und abschreckend vor Diskriminierungen geschützt ist, müsste sie Diskriminierungen etwa wegen einer Behinderung bei Kündigungen hinnehmen. Gerade der Diskriminierungsschutz bei der Nichteinstellung liefe praktisch ins Leere, wenn bei einer Kündigung kein entsprechender Schutz gewährleistet würde.

Vgl. *Wenckebach*, ArbuR 2010, 499.

Eine solche Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte ist nicht durch legitime gesetzgeberische Erwägungen gerechtfertigt.

6.) Sollte das Gericht den obigen Ausführungen im Ergebnis nicht folgen, regen wir an, dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV die folgenden Fragen vorzulegen:

- a) Verstößt eine Regelung wie § 2 Abs. 4 AGG, die bestimmt, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten, gegen europäisches Recht, insbesondere Art. 20 EU-Grundrechte-Charta?
- b) Falls die erste Frage verneint wird: muss eine solche Regelung im Lichte des europäischen Rechts, insbesondere der Art. 3 Abs. 1 lit. c, Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG dahingehend ausgelegt werden, dass sie einen nach nationalem Recht infolge einer Diskriminierung zu gewährenden Entschädigungsanspruch wie § 15 Abs. 2 AGG nicht sperrt?

Büro zur Umsetzung von Gleichbehandlung (BUG) e.V.
vertreten durch Vera Egenberger