

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. AGG-Merkmale als "Kündigungsverbote"?
3. Die AGG-Problematik im Kündigungsrecht
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Alter
 - 4.2 Behinderung
 - 4.3 Ethnische Herkunft
 - 4.4 Geschlecht
 - 4.5 HIV-Infektion

1. Allgemeines

Der kündigende Arbeitgeber muss nicht nur an das KSchG und **besondere Kündigungsbeschränkungen** denken. Die so genannten **AGG -Merkmale** verlangen ebenfalls **Beachtung**. Das Antidiskriminierungsrecht schlägt nämlich trotz § 2 Abs. 4 AGG auch auf Kündigungen durch - insbesondere dann, wenn es um **Kündigungsgründe** geht, die **in der Person eines Mitarbeiters** liegen. Hier läuft der Arbeitgeber schnell Gefahr, mit dem AGG in Konflikt zu kommen.

Praxistipp:

Eine unmittelbare Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG hinterlegten Merkmale dürfte kaum in Betracht kommen. Kein Arbeitgeber wird einen Mitarbeiter allein wegen eines AGG -Merkmals kündigen. Viel gefährlicher sind die mittelbaren Benachteiligungen, bei denen ein AGG -Merkmal indirekt betroffen sein kann. Hier sollte ein Arbeitgeber alles daran setzen, jeden Zusammenhang zwischen ihrem Kündigungsgrund und einem verbotenen Differenzierungskriterium zu vermeiden. Er muss nach objektiven Kriterien suchen, die nichts mit den AGG -Merkmalen zu tun haben.

Wohl **jeder Arbeitnehmer** erfüllt **eins der Merkmale**, derentwegen nach § 1 AGG nicht benachteiligt werden darf. Zumindest das **Geschlecht Mann/Frau** ist bei jedem Mitarbeiter betroffen. Würde ein AGG -Merkmal stets zu einem **Kündigungsverbot** führen, wären alle Arbeitnehmer unkündbar. Das kann es nicht sein. So lässt das AGG - zum Beispiel in den §§ 8 ff. - unter bestimmten Bedingungen sogar selbst **Benachteiligungen** zu, wenn sie - um es auf eine Kurzformel zu bringen - **sachlich gerechtfertigt** sind. Dabei schließt § 2 Abs. 4 AGG - "*Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz*" - die Anwendbarkeit der AGG -Merkmale im Kündigungsrecht nicht aus. Eine etwaige **AGG -widrige Benachteiligung** ist **im Rahmen der sozialen Rechtfertigung** einer Kündigung zu prüfen.

2. AGG-Merkmale als "Kündigungsverbote"?

Das AGG **verbietet** in § 1 die **Benachteiligung von Arbeitnehmern** wegen

- ihrer Rasse oder ihrer ethnischen Herkunft,
- ihres Geschlechts,
- ihrer Religion oder Weltanschauung,
- ihrer Behinderung,
- ihres Alters oder
- ihrer sexuellen Identität.

Sämtliche der hier benannten Merkmale sind **Eigenschaften**, die **in der Person eines Arbeitnehmers** liegen.

§ 3 AGG definiert unter anderem die Begriffe

- **unmittelbare Benachteiligung** (§ 3 Abs. 1 AGG) und
- **mittelbare Benachteiligung** (§ 3 Abs. 2 AGG).

§ 7 AGG sagt ausdrücklich, dass **Beschäftigte** nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden dürfen.

Beispiel:

Arbeitnehmerin N stammt aus dem Nicht-EU-Staat X. Arbeitgeber A kündigt ihr Arbeitsverhältnis (was selten vorkommen dürfte), weil sie aus dem Nicht-EU-Staat X stammt. Hier liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des AGG -Merkmals "ethnische Herkunft" vor. Arbeitgeber A kündigt Mitarbeiter M aus dem Nicht-EU-Staat Y, weil er schon mehrere Wochen arbeitsunfähig krank ist. Bei vergleichbaren deutschen Arbeitnehmern und Mitarbeitern aus EU-Staaten spricht A in ähnlichen Fällen keine personenbedingte Kündigung aus. Hier könnte schon ein Ansatzpunkt für die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung sein

Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine **unterschiedliche Behandlung** wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals **zulässig**, *"wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist"*. Insoweit wird das Benachteiligungsverbot aus § 1 AGG schon wieder relativiert.

3. Die AGG-Problematik im Kündigungsrecht

§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG sagt: *"Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund sind nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf: die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen (...)"*.

Würde § 1 AGG wirklich so anzuwenden sein, dass die dort hinterlegten Merkmale einer Kündigung immer entgegenstehen, hätten Arbeitgeber seit Inkrafttreten des AGG ein **Problem**. Sie dürften weder

- in- und ausländischen Arbeitnehmern,
- Männern oder Frauen,
- noch Gläubigen oder Atheisten,
- behinderten Menschen,
- alten oder jungen Menschen und auch keinen
- Heterosexuellen, Homosexuellen, A- oder Transsexuellen

kündigen. Da **auf jeden Arbeitnehmer** mindestens **eins dieser AGG -Merkmale** zutrifft, wäre jeder im Geltungsbereich des AGG eingestellte Arbeitnehmer sofort **unkündbar**, weil seine Kündigung doch eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung wegen eines Merkmals sein könnte. Das kann es nicht sein.

Für **Kündigungen**, sagt § 2 Abs. 4 AGG , gelten ausschließlich die **Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz**. Das heißt in der Auslegung des BAG: Das AGG schafft bei Kündigungen keinen alternativen Weg zum allgemeinen und besonderen Kündigungsrecht (BAG, 06.11.2008 - 2 AZR 523/07). Trotzdem werden die AGG -Merkmale berücksichtigt: *"Verstößt eine ordentliche Kündigung gegen Diskriminierungsverbote des AGG (§§ 1 - 10 AGG), so kann dies zur Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 KSchG führen. Dem steht § 2 Abs. 4 AGG nicht entgegen"* (BAG, 06.11.2008 - 2 AZR 523/07).

Beispiel:

Arbeitgeber A kündigt Putzfrau P, weil sie schon über mehrere Monate arbeitsunfähig krank ist. P kommt aus dem Nicht-EU-Staat Z. A's Kündigung ist nun nicht schon deswegen unwirksam, weil P Frau ist und aus dem Nicht-EU-Staat Z kommt. Im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit ist aber zu berücksichtigen, ob die bei P vorliegenden AGG -Merkmale die Kündigung beeinflusst haben können. Hier wäre dann möglicherweise zu prüfen, ob tatsächlich eins der AGG -Merkmale greift.

Die Diskriminierungsverbote des AGG - einschließlich der im AGG vorgesehenen **Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung** - sind bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des KSchG so zu beachten, dass sie die **Konkretisierung des Begriffs der Sozialwidrigkeit** darstellen (BAG, 06.11.2008 - 2 AZR 523/07 - mit Hinweis auf BAG 07.12.2006 - 2 AZR 182/06 - und die Prüfung des betrieblichen Eingliederungsmanagements). Insoweit wird man die AGG -Merkmale bei der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** beachten und fragen, ob die Kündigung hätte verhindert werden können, wenn in Frage kommende AGG -Merkmale nicht vorgelegen hätten.

Beispiel:

Im vorausgehenden Fall wäre P auch dann personenbedingt wegen Krankheit gekündigt worden, wenn sie nicht Frau (sondern Mann) wäre und aus der Bundesrepublik oder einem anderen EU- oder Nicht-EU-Staat stammen würde. Insoweit wird ihre Kündigung, wenn auch die sonstigen Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung wegen Krankheit vorliegen, sozial gerechtfertigt sein.

Die durch die Anwendung des KSchG für diskriminierende Kündigungen ermöglichte **Sanktion der Unwirksamkeit** einer Kündigung stellt im Übrigen die schärfste kündigungsrechtliche Sanktion dar, weil sie der diskriminierenden Willenserklärung **Kündigung** die Rechtsverwirkung ex tunc nimmt und sie damit - rechtlich - **ungeschehen** macht (BAG, 06.11.2008 - 2 AZR 523/07).

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der wichtigsten **Entscheidungen** zum Thema personenbedingte Kündigung und AGG -Merkmale **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

4.1 Alter

Grundsätzlich gilt das **Benachteiligungsverbot** aus den §§ 1 , 7 Abs. 1 AGG . Eine unterschiedliche Behandlung ist jedoch nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig, wenn dieses Merkmal wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende **berufliche Anforderung** darstellt - sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Eine besondere **Rechtfertigung der Ungleichbehandlung** wegen Alters enthält § 10 AGG : danach muss die Benachteiligung objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein (BAG, 17.06.2009 - 7 AZR 112/08 (A)) .

4.2 Behinderung

Beweist ein schwerbehinderter Beschäftigter oder Bewerber **Indiztatsachen**, die eine Benachteiligung wegen seiner Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber nach § 22 AGG die **Beweislast** dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorliegt. Entsprechendes gilt für unstrittige **Hilfstatsachen** - wie hier die unterbliebene Einladung zum Vorstellungsgespräch: Die Vermutung eines Verstoßes gegen das Verbot der Benachteiligung schwerbehinderter Menschen aus § 81 Abs. 2 Satz 1 BGB leitet sich aus der Hilfstatsache der unterbliebenen Einladung zum Vorstellungsgespräch entgegen § 82 Satz 2 SGB IX ab (BAG, 21.07.2009 - 9 AZR 431/08).

4.3 Ethnische Herkunft

*"Ändert der Unternehmer das **Anforderungsprofil** einer Tätigkeit in der Weise, dass die Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift verlangt wird, und ist ein seit langem beschäftigter Arbeitnehmer*

ausländischer Herkunft nicht in der Lage, die **deutsche Sprache** so zu erlernen, dass er Arbeitsanweisungen lesen kann, so liegt eine **mittelbare Diskriminierung** des Arbeitnehmers vor, wenn die Arbeit so organisiert werden kann, dass die schriftliche Sprachbeherrschung nicht erforderlich ist. Die unternehmerische Entscheidung ist wegen Verstoßes gegen § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG unwirksam. Eine hierauf gestützte betriebsbedingte Kündigung erweist sich als sozialwidrig. Dem steht § 2 Abs. 4 AGG nicht entgegen" (LAG Hamm, 17.07.2008 - 16 Sa 544/08 - Leitsätze).

4.4 Geschlecht

"Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist zulässig, wenn das Geschlecht des Stelleninhabers eine wesentliche und **entscheidende Anforderung** i.S.d. § 8 Abs. 1 AGG darstellt" (Leitsatz). Danach ist eine **unterschiedliche Behandlung zulässig**, wenn der Grund dafür in der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt - sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Tätigkeit bei **Fehlen des Merkmals** entweder gar nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann (BAG, 28.05.2009 - 8 AZR 536/08 - männlicher Bewerber als "Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin" für ein Mädcheninternat).

4.5 HIV-Infektion

"1. Eine **ordentliche Kündigung**, die einen Arbeitnehmer, auf den das **Kündigungsschutzgesetz (noch) keine Anwendung** findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, ist nach § 134 BGB iVm. § 7 Abs. 1, §§ 1m 3 AGG **unwirksam**. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen. 2. Eine symptomlose HIV-Infektion hat eine Behinderung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zur Folge. Das gilt solange, wie das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten sowie die darauf beruhende Stigmatisierung andauern" (BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 190/12).