



FRIEDRICH-ALEXANDER  
UNIVERSITÄT  
ERLANGEN-NÜRNBERG

RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
FACHBEREICH RECHTSWISSENSCHAFT

**Institut für Wirtschafts- und Arbeitsrecht  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und  
Arbeitsrecht**

Prof. Dr. Georg Caspers

Mandy Pigola

wissenschaftliche Mitarbeiterin

## **AGG und Kündigungen – Bedeutung und Reichweite des § 2 Abs. 4 AGG**

bearbeitet von:

Alexander Allousch

Matrikelnummer: 21404163

Studiengang: Internationales Wirtschaftsrecht (Dipl.)

Eichenberg 24

91074 Herzogenaurach

# Inhaltsverzeichnis

I. Einleitungsfall .....	1
II. Nationale Betrachtungsweise .....	2
A. Entstehungsgeschichte .....	2
B. Wortlaut.....	4
C. Systematik.....	4
III. Europarechtliche Aspekte.....	7
A. Transparenzgebot .....	8
B. Lösungsansätze zu § 2 Abs. 4 AGG.....	9
1. Nichtanwendung.....	9
2. Teleologische Reduktion .....	14
IV. Meinungsstand.....	14
A. BAG .....	15
B. Literaturmeinung nach Sagan .....	17
C. Literaturmeinung nach Diller, Krieger und Arnold .....	19
V. Eigene Meinung .....	21
VI. Lösungsvorschlag für den Einleitungsfall.....	25
VII. Literaturliste.....	i

## I. Einleitungsfall

Der Arbeitgeber A erfährt, dass sein Mitarbeiter H homosexuell ist. Da er „Schwule nicht leiden kann“ strukturiert er seinen Betrieb dergestalt um, dass der Arbeitsplatz des H wegfällt. Der A kündigt dem H folglich betriebsbedingt<sup>1</sup>. Es wird davon ausgegangen, dass sich der A an alle anderen kündigungsrelevanten Normen hält. In den darauffolgenden Tagen zeigt sich der A immer wieder erleichtert, dass er es geschafft hat, den H loszuwerden. Hierbei handelt es sich um eine sogenannte Exempelkündigung<sup>2</sup>: Der Arbeitgeber statuiert an einem seiner Mitarbeiter ein Exempel, um andere Arbeitnehmer abzuschrecken und seine Gesinnung zu verdeutlichen.

Fraglich ist, wie ein solcher Fall bewertet werden soll bzw. wie er überhaupt bewertet werden kann. Der A handelt hier subjektiv betrachtet eindeutig diskriminierend und daher mit einer verwerflichen Gesinnung. Andererseits hat er auch einen objektiv rechtfertigenden Grund für seine Reaktion. Daher ist es fraglich, ob der A überhaupt primär unrecht gehandelt hat. Vernachlässigt man den eventuell rechtfertigenden Umstand, so benachteiligt der A den H aufgrund seiner sexuellen Identität und handelt somit entgegen §§ 7 Abs. 1 i.V.m. 1 AGG. Die Benachteiligung besteht hier jedoch in Form einer Kündigung, so dass bei strenger und alleiniger Wortlautbetrachtung, die Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG greifen müsste, wonach das AGG für Kündigungen nicht anwendbar wäre. Die Folge wäre in diesem Fall, dass, obwohl unter anderem eine offensichtliche Diskriminierung vorliegt, die Kündigung wirksam wäre und zudem der H keine anderen Möglichkeiten mehr hätte sich gegen diese zu wehren. Dieses Ergebnis führt jedoch dazu, dass eine Diskriminierung zumindest toleriert, wenn nicht sogar honoriert wird. Sowohl das AGG als auch die Rechtsordnung im Ganzen sollten aber eben dies vermeiden.

---

<sup>1</sup> Preis, Arbeitsrecht S. 709

<sup>2</sup> Löwisch, BB 2006, 2189 (2190)

Somit stellt sich die Frage, was für eine Bedeutung und Reichweite § 2 Abs. 4 AGG in unserem arbeitsrechtlichen Gefüge spielt. Die nachfolgende Arbeit soll dies in Grundzügen erläutern, ohne auf alle möglichen Aspekte einzugehen, da diese nur im Rahmen einer ausführlicheren Arbeit betrachtet werden könnte.

## **II. Nationale Betrachtungsweise**

Um die Rolle des § 2 Abs. 4 AGG in unserem arbeitsrechtlichen System nachvollziehen zu können, soll nunmehr eine Betrachtung anhand von ausgewählten Aspekten im Rahmen des nationalen und des europäischen Rechts erfolgen.

### **A. Entstehungsgeschichte**

Da im nun Folgenden auf die Bedeutung des § 2 Abs. 4 AGG eingegangen werden soll, stellt sich natürlich die Frage nach dem Sinn und Zweck der Regelung. Diese Frage ist naturgemäß ebenfalls eng mit der Entstehungsgeschichte nicht nur des AGG, sondern mit der Norm selbst verbunden.

Das AGG als arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz ist in der jetzigen Form maßgeblich durch den europäischen Gesetzgeber und den EuGH geprägt. So ist es nicht verwunderlich, dass die Intention zu einem solchen Gesetz auf einer Maßgabe der EU beruht. Diskriminierungsschutz war schon immer ein wesentlicher Punkt in der europäischen Staatengemeinschaft, wie sich aus dem bereits 1957 in den Gründerverträgen enthaltenem Art. 119 EGV bezüglich der Gleichstellung bei der Entlohnung von Mann und Frau erkennen lässt. Das AGG ist allerdings primär ein Ergebnis der verpflichtenden Umsetzung der in den amtlichen Hinweisen enthaltenen Richtlinien 2000/43/EG; 2000/78/EG; 2002/73/EG und 2004/113/EG. Im deutschen Arbeitsrecht gilt – anders als in anderen Ländern – der Grundsatz, dass eine Kündigung nur dann wirksam ist, wenn sie auch gerechtfertigt ist. So verwundert es nicht, dass das KSchG eine

Vielzahl von Kündigungsgründen quasi als „Positivliste“<sup>3</sup> enumerativ beinhaltet. Die Abgrenzungen innerhalb des AGG finden sich allerdings mit den Benachteiligungsmerkmalen negativ verknüpft wieder, so dass, sollte das AGG vollumfänglich auch für Kündigungen gelten, ein doppelter Kündigungsschutz gelten würde. Um eben dies zu vermeiden, wurde bereits in dem AGG vorausgehenden Antidiskriminierungsgesetzentwurf ein § 2 Abs. 4 eingeführt, der lautete: „Für Kündigungen gelten vorrangig die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes“<sup>4</sup>. Dieser hatte den Sinn, für die Praxis klarzustellen, dass auch in Zukunft das KSchG bei Kündigungen primär maßgebend sein solle<sup>5</sup>. Bedingt durch die vorgezogenen Neuwahlen und der danach entstandenen Großen Koalition unter Angela Merkel, wurden jedoch Stimmen – vor allem im Bundesrat - laut, die sich gegen eine solche weiche Bestimmung aussprachen. Dies führte dazu, dass § 2 Abs. 4 AGG in seiner heutigen Form verabschiedet wurde und das, obwohl auch damals bereits Bedenken herrschten, ob diese Form den europarechtlichen Vorgaben genüge. Allerdings war die Richtung der Politik und der Legislativen klar erkennbar, wie durch die Äußerung des Mitglieds des Rechtsausschusses Christine Lambrecht belegt wird:

Aber ich gehe selbstverständlich davon aus, dass unsere Arbeitsgerichte dieses Gesetz richtlinienkonform auslegen werden und es dementsprechend angewandt wird. Dann wird sich zeigen, wie die Rechtsprechung dazu aussieht.<sup>6</sup>

Somit ist zum Einen klar, dass die eigentliche Aufgabe der Umsetzung den Gerichten zufallen sollte, zum Anderen aber auch, dass die europarechtlichen Vorgaben auf alle Fälle beachtet werden sollten. Das legt den Schluss nahe, dass die Bundesregierung gerade keinen „Freibrief zum Diskriminieren“<sup>7</sup> geben wollte.

---

<sup>3</sup>Diller/Krieger/Arnold NZA 2006, S. 887 (888)

<sup>4</sup>BT-Drs. 15/5717 S. 5

<sup>5</sup>BT-Drs. 16/1780 S. 32

<sup>6</sup>Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 43. Sitzung Plenarprotokoll 16/43 S. 4049

<sup>7</sup>von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S.172

## **B. Wortlaut**

Obwohl § 2 Abs. 4 AGG nur von „Kündigungen“ spricht und damit theoretisch die Beendigung eines jeden Dauerschuldverhältnisses gemeint sein kann, bezieht sich diese Regelung eindeutig nur auf Beschäftigungsverhältnisse<sup>8</sup>. Aus dem Wortlaut ergibt sich auch, dass Kündigungen generell aus dem Anwendungsbereich des AGG ausgenommen sind, und zwar bedingungslos. Dies wiederum bedeutet, dass es nicht darauf ankommt, ob vergleichbarer Diskriminierungsschutz auf anderem Wege erreicht werden kann oder nicht<sup>9</sup>. Die Tatsache, dass gemäß dem Wortlaut ausschließlich andere Regelungen gelten sollen, bedeutet daher im Umkehrschluss, dass die Normen des AGG nicht gelten sollen. Die Aussagen, dass für Kündigungen ausschließlich die Kündigungsschutzbestimmungen gelten, und dass für Kündigungen in bestimmten Fällen auch das AGG gelten könne, sind von der immanenten Logik her nicht miteinander zu vereinbaren<sup>10</sup>.

Das bedeutet indes nicht, dass überhaupt kein Diskriminierungsschutz erfolgen soll, sondern lediglich, dass dieses Ziel nicht mit dem AGG als Mittel, sondern mit Hilfe der allgemeinen Regelungen des Kündigungsschutzes erreicht werden soll.

## **C. Systematik**

Aufgrund der systematischen Stellung von § 2 Abs. 4 AGG in Bezug auf Abs. 1 als Anwendungsbereich liegt es daher nahe, Abs. 4 als Bereichsausnahme zu qualifizieren. Es bleiben aber dennoch einige systematische Hürden zu überwinden. Zunächst ist die Problematik in Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG zu beachten. Während diese Norm nämlich explizit besagt, dass auch Entlassungsbedingungen in den Anwendungsbereich des AGG fallen, schließt der darauffolgende Abs. 4 „die praktisch bedeutsamste und regelmäßig kontroverseste Entlassungsmaßnahme,

---

<sup>8</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S.171

<sup>9</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006, 2583 (2584)

<sup>10</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 172

Kündigung“<sup>11</sup> aus. Das bedeutet, dass lediglich Aufhebungsverträge, Befristungen oder Bedingungen sowie Vereinbarungen von Altersgrenzen und ähnliche Sachverhalte im Anwendungsbereich verbleiben. Diese Art von Regelungstechnik ist sicherlich von einem rechtlichen Standpunkt aus möglich, sorgt aber dafür, dass der Eindruck erweckt wird, es gäbe einen weiteren Anwendungsbereich als er tatsächlich de lege lata existiert und ist somit „systematisch unschön“<sup>12</sup>. Auch in das restliche System des deutschen Zivilrechts lässt sich § 2 Abs. 4 AGG nicht ohne weiteres einfügen. So ist ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG durchaus grundsätzlich als Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB anzuerkennen<sup>13</sup>. Fraglich ist daher, ob auch eine Kündigung nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG unwirksam sein könnte. § 2 Abs. 4 AGG würde dementsprechend relevant werden in Bezug auf beispielsweise die Klageerhebungsfrist nach KSchG und somit zu einer ausschließlichen Anwendbarkeit von Kündigungsschutzrecht führen. Obwohl diese Deutung sicherlich möglich wäre, widerspräche sie doch in evidenter Form dem Wortlaut und dem gesetzgeberischen Willen. Das AGG soll aus dem Kündigungsschutzrecht herausgenommen werden, es ist daher also auch nicht möglich es mittelbar anzuwenden zu wollen. Das hat somit zur Folge, dass wegen § 2 Abs. 4 AGG der § 7 Abs. 1 AGG in Bezug auf Kündigungen gerade kein Verbot ist und somit die Ausnahme des Grundsatzes bildet. Eine diskriminierende Kündigung bleibt aber trotzdem natürlich rechtswidrig.

Zu diesem eher allgemeinen zivilrechtlichen Problem gesellen sich noch einige weitere aus dem Arbeitsrecht, von denen eines exemplarisch herausgegriffen werden soll. Es ist eben aus systematischer Sicht nicht nachvollziehbar, warum nach dem Willen des Gesetzgebers eine Maßnahme, die alternativ zur Kündigung erteilt wird, wie beispielsweise eine Versetzung aus rassistischen Motivationen, an dem Maßstab des AGG gemessen werden soll und die dann folgerichtig gemäß § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG unwirksam ist, aber eine aus ebendiesen Gründen erfolgte Kündigung vom AGG nicht gedeckt wird, obwohl es sachangemessen wä-

---

<sup>11</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 173

<sup>12</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 173

<sup>13</sup> Palandt/Weidenkaff § 7 AGG Rn. 5; Annuß, Betriebsberater 2006, 1629 (1634)

re, in beiden Fällen gleich zu handeln, da es sich mitunter um dieselbe Fehlerquelle handelt<sup>14</sup>. Einzig und allein eine subsidiäre Geltung des AGG wäre noch möglich und zwar in der Form, dass es Geltung erlangt, sollte weder das KSchG noch Normen des Sonderkündigungsschutzes greifen. So gilt, dass Kündigungen nach einer in der Literatur vertretenen Meinung im Kleinbetrieb oder während der Wartezeit, also gerade nicht in den Anwendungsbereich des KSchG fallend, genau deswegen nach dem AGG zu beurteilen sind<sup>15</sup>. Da hier auch nicht die Gefahr des doppelten Eingreifens von Schutzmechanismen besteht, ist diese Ansicht vertretbar. § 2 Abs. 4 AGG würde sich dementsprechend lesen: "...gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz, sofern sie überhaupt gelten"<sup>16</sup>. Diese immanente Bedingung wäre wohl vom Wortlaut durchaus noch gedeckt. Allerdings gilt es zu beachten, dass in § 2 Abs. 4 AGG nicht eng vom Kündigungsschutzgesetz die Rede ist sondern vom Kündigungsschutz. Der Kündigungsschutz ist jedoch nicht nur der enge Begriff des ersten Abschnitts des KSchG (§§ 1 – 14), sondern vor allem auch die Fallgruppen der zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242 BGB, die in gleicher Weise für alle Arbeitnehmer gelten<sup>17</sup>. Dies wurde auch vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung über die Kleinbetriebsklausel als angemahnter Schutz vor Diskriminierung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG bestätigt<sup>18</sup> und muss konsequenterweise auch auf Kündigungen in der Wartezeit erstreckt werden. Somit ist zu erkennen, dass es keine Kündigungen geben kann, bei denen kein Kündigungsschutz besteht. In diesem Sinne ist die Verweisung von § 2 Abs. 4 AGG wohl doch nachvollziehbar und systematisch keineswegs verfehlt, jedoch inhaltsleer.

Abschließend bleibt zu sagen, dass § 2 Abs. 4 AGG systematisch wohl nicht optimal gewählt wurde, er aber trotz dieser Tatsache angewandt werden könnte. Mitunter gilt es also festzuhalten, dass sowohl die Systematik als auch der Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG der Anwendung des

---

<sup>14</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 176

<sup>15</sup> FGN/Mayer § 1 KSchG Rn. 145

<sup>16</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 182

<sup>17</sup> APS/Preis, Grundlagen J., Rn. 33

<sup>18</sup> BVerfG vom 27.01.1998 - 1 BvL 22/93, BVerfGE 97, 169 (179)



AGG bezogen auf Kündigungen eindeutig entgegenstehen und eine restriktive Auslegung daher nicht möglich ist<sup>19</sup>. Dies bedeutet, dass Kündigungen nicht nach dem AGG überprüfbar sind.

### III. Europarechtliche Aspekte

Dass diskriminierende Kündigungen weder wünschenswert sind, noch der gängigen Rechtspraxis entsprechen, ist unbestritten. Sehr wohl umstritten ist jedoch die Frage, wie solche Kündigungen zu verhindern wären. Dass dies erreicht werden muss, ist nicht nur aus rein rechtstheoretischen Überlegungen heraus offensichtlich, sondern vor allem auch auf Grund der tatsächlichen Umsetzungspflicht aus Art. 288 AEUV. Dieser statuiert, dass das Richtlinienziel verbindlich national umgesetzt werden muss, wobei dies wiederum die vollständige Erreichung des Richtlinienziels bedeutet<sup>20</sup>. Daraus folgt, dass die in den jeweiligen Art. 3 Abs. 1 c) der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG enthaltenen Regelungen bezüglich des Geltungsbereiches eines Diskriminierungsverbotes in Bezug auf Entlassungsbedingungen nicht abschließend durch das AGG umgesetzt wurden. Entlassungsbedingungen umfassen jedoch gemäß der Navas – Rechtsprechung des EuGH<sup>21</sup> auch Kündigungen, so dass sich die Frage stellt, ob der deutsche Gesetzgeber seiner unionsrechtlichen Verpflichtung effektiv nachgekommen ist. Die Umsetzungsverpflichtung richtet sich aber nicht nur an den nationalen Gesetzgeber, sondern an alle Träger öffentlicher Gewalt, vor allem auch an die Gerichte<sup>22</sup>. Diese haben die Pflicht, die entsprechenden Normen „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den [ihnen] das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden“<sup>23</sup>. Das führt dazu, dass im Ergebnis wohl die deutschen zivilrechtlichen Generalklauseln im Lichte der Richtlinien ausgelegt werden müssen. Dies wiederum hat zur Folge, dass § 2 Abs. 4 AGG fordert, dass der Diskriminierungsschutz durch Kündigungsschutzrecht verwirklicht

---

<sup>19</sup> Sagan, NZA 2006, 1257 (1258)

<sup>20</sup> CR/Ruffert, Art. 288 AEUV, Rn. 27

<sup>21</sup> EuGH vom 11.07.2006, Rs. C -13/05 Navas, Slg. 2006, I-6467

<sup>22</sup> EuGH vom 19.01.2010, Rs. C – 555/07 Küçükdeveci, Slg. 2010, I-365

<sup>23</sup> EuGH vom 10.04.1984, Rs 14/83 Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891

werden soll. Dabei drängt sich allerdings die Frage auf, ob diese Norm damit den europarechtlichen Umsetzungsanforderungen genügt.

### **A. Transparenzgebot**

Zu beachten ist hier insbesondere das unionale Verfassungsprinzip<sup>24</sup> der Transparenz. Dieser gewachsene Grundsatz der EU, wurde durch den EuGH mehrfach konkretisiert und soll dazu dienen, eine so bestimmte und deutliche Rechtslage zu schaffen, dass „die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen“<sup>25</sup>. Die Wahrung des Diskriminierungsverbotes funktioniert de facto im deutschen Recht allerdings nicht über das AGG, sondern lediglich über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB. Aus diesen lässt sich allerdings nicht entnehmen, welche Unterscheidungsmerkmale oder Bedingungen für deren Rechtfertigung zugrunde gelegt werden<sup>26</sup>, da diese erst durch das AGG bzw. die Richtlinien selbst konkretisiert werden. Zudem ist auch noch in Art. 18 Abs. 3 RL 2000/78/EG, 16 Abs. 2 RL 2000/43/EG, 2 Abs. 1 Uabs. 2 RL 2002/73/EG jeweils ein Zitiergebot enthalten. Das bedeutet, dass bei einer entsprechenden Umsetzung amtlich deutlich gemacht werden muss, dass mit Bezug auf diese Richtlinie gehandelt wird. Zwar enthalten das Umwandlungsgesetz und auch das AGG entsprechende Verweise, jedoch nicht die Bestimmungen zum Kündigungsschutz. Verstößt ein Mitgliedsstaat gegen das Zitiergebot, so sieht der EuGH dies als nicht ausreichende Umsetzung an<sup>27</sup>. Denkbar wäre indes die Argumentation, dass § 2 Abs. 4 AGG, der dem Zitiergebot entspricht, mit seinem Verweis ins Kündigungsschutzrecht somit das Zitiergebot auf dieses überträgt. Die Frage, ob dies erforderlich bzw. vertretbar ist - zumal der unionsrechtlich gewünschte Zustand im Fall des deutschen Kündigungsschutzrechts bereits zuvor bestand - kann dahinstehen, denn ob ein solcher Diskriminierungsschutz „durch die Hintertür“ mit Hilfe der zivilrechtli-

---

<sup>24</sup> CR/Calliess Art. 1 EUV Rn. 75

<sup>25</sup> EuGH vom 10.05.2001 – Rs. C – 144/99 Kommission / Niederlande, Slg. 2001, I-3541;  
EuGH vom 23.03.1995 – Rs. C – 365/93 Kommission/Griechenland, Slg. 1995, I-499

<sup>26</sup> Sagan, NZA 2006, 1257 (1258)

<sup>27</sup> EuGH vom 27.11.1997 – Rs. C – 137/96 Parlament / Rat, Slg. 1997, I-6749

chen Generalklauseln dazu geeignet ist das Transparenzgebot zu wahren<sup>28</sup>, dürfte mehr als fraglich sein. Somit ist der deutsche Gesetzgeber seiner Erfüllungspflicht aus Art. 288 AEUV augenscheinlich nicht nachgekommen.

## **B. Lösungsansätze zu § 2 Abs. 4 AGG**

Die Problematik der „diskriminierungsrechtlich orientierten Auslegung der bestehenden Schutzinstrumente“<sup>29</sup> ist eine Möglichkeit der Lösung in Hinblick auf den Diskriminierungsschutz bei Kündigungen. Ein anderer Lösungsversuch setzt an der Wurzel des Übels selbst, dem § 2 Abs. 4 AGG an<sup>30</sup>. Die Lösungsvarianten würden in diesem Sinne zum einen zu einer Nichtanwendung der Norm gelangen oder diese teleologisch reduzieren bzw. analog anwenden.

### **1. Nichtanwendung**

Zunächst soll der wohl schwerwiegendere Eingriff betrachtet werden, nämlich die vollständige Nichtanwendung der Regelung. Sollte eine solche europarechtlich nicht gefordert sein, scheidet allerdings auch eine partielle Nichtanwendung aus. Die Regelung des § 2 Abs. 4 AGG könnte sowohl gegen Primärrecht, gegen den gemeinschaftsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz, gegen die Richtlinien als auch gegen das in diesen enthaltene Absenkungsverbot verstoßen.

#### **a) Primärrechtsverstoß**

Zuerst wird ein möglicher Primärrechtsverstoß betrachtet. Maßgeblich sind hierfür die EuGH-Entscheidungen in den Sachen Mangold<sup>31</sup> und Küçükdeveci<sup>32</sup>. Der zunächst noch als eine Art Gemeinschaftsgrundrecht formulierte Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung<sup>33</sup> hat nach

---

<sup>28</sup> Domröse, NZA 2006, 1320 (1323)

<sup>29</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S.196

<sup>30</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S.196

<sup>31</sup> EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C – 144/04 Mangold, Slg. 2005, I-9981

<sup>32</sup> EuGH vom 19.01.2010 – Rs. C – 555/07 Küçükdeveci, Slg. 2010, I-365

<sup>33</sup> EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C – 144/04 Mangold, Slg. 2005, I-9981

dem Vertrag von Lissabon eine Aufwertung erfahren, in der Form, dass nunmehr ein geschriebenes und allgemein verbindliches Grundrecht gemäß Art. 6 EUV i.V.m. Art. 21 GRCh vorhanden ist. Dies lässt die Argumentation des Gerichtshofes in seinem der Sache Mangold nach bestätigenden Urteil Küçükdeveci in neuem Licht erscheinen<sup>34</sup>. Demnach wäre es nicht nur nötig, sondern auch geboten, eine Vorschrift, die gegen das Primärrecht verstößt außer Anwendung zu lassen. Dieser Meinung wurde sowohl in der Rechtsprechung<sup>35</sup> als auch in der Literatur<sup>36</sup> zum Teil gefolgt. Allerdings gilt es zu beachten, dass in beiden Entscheidungen die Vorschriften selbst bereits einen Verstoß gegen das Unionsrecht beinhalten und somit der Gesetzgeber schon eine unwirksame Norm konstituiert hat. Dass eine solche Norm auf Grund des Vorrangs des Europarechts jedoch außer Anwendung zu lassen ist, ist eine europarechtliche Tatsache, die bereits in einer Entscheidung des EuGH Ende der 70er Jahre geprägt wurde<sup>37</sup>. In dem hier vorliegenden Fall differenziert § 2 Abs. 4 AGG allerdings nicht nach einem diskriminierenden Merkmal und stellt somit auch keinen direkten Verstoß gegen Primärrecht dar. Eine Differenzierung geschieht hier lediglich aufgrund unterschiedlicher Arbeitgebermaßnahmen. Ein Verstoß gegen das Primärrecht der Union scheidet daher aus, kann also auch nicht zur Nichtanwendung von § 2 Abs. 4 AGG führen.

b) Allgemeiner Gleichbehandlungssatzverstoß

Allerdings könnte stattdessen ein Verstoß gegen den gemeinschaftsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz zu einer Nichtanwendung führen. Denn obwohl keine personelle Ungleichbehandlung vorliegt, werden doch vergleichbare Fallkonstellationen, nämlich Maßnahmen des Arbeitgebers, unterschiedlich behandelt<sup>38</sup>. In ständiger Rechtsprechung des EuGH sind auch die nationalen Umsetzungen von Richtlinien an dem allgemeinen Gleichheitssatz zu bewerten<sup>39</sup>. Das heißt, dass es unzulässig wäre, bei

---

<sup>34</sup> Matthias Pechstein, Entscheidungen des EuGH, S. 110

<sup>35</sup> ArbG Osnabrück vom 05.02.2007 - 3 Ca 778/06, ZIP 2007, 1284 (1285)

<sup>36</sup> HK – AGG/ Däubler § 2 Rn. 263, § 7 Rn. 190

<sup>37</sup> EuGH vom 09.03.1978 – Rs. 106/77 Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal, Slg. 1978, 629

<sup>38</sup> Vgl. Thüsing Diskriminierungsschutz, Rn. 115

<sup>39</sup> EuGH vom 25.11.1986, Rs. 201, 202/85 Kühn / Landwirtschaftskammer Weser-Ems

Kündigungen Diskriminierungen zu erlauben und bei anderen Arbeitgebermaßnahmen nicht. § 2 Abs. 4 AGG zielt jedoch nicht darauf ab, bei Kündigungen keinen Diskriminierungsschutz zu gewähren, sondern verweist lediglich auf ein anderes System zu dessen Bewertung. Die unbestimmten Rechtsbegriffe des KSchG und die allgemeinen zivilrechtlichen Generalklauseln können, bedingt durch ihren äußerst weiten Anwendungsbereich, durchaus dafür sorgen, dass ein äquivalentes Schutzniveau erreicht werden kann. Ob diese auch immer zu einem richtlinienkonformen Ergebnis führen, darf bezweifelt werden. Allerdings reichen diese Zweifel doch kaum aus, die umfassende Nichtanwendung von § 2 Abs. 4 AGG zu bestimmen<sup>40</sup>. Außerdem gilt es hierbei auch noch Art. 288 AEUV zu beachten, der explizit erwähnt, dass Form und Mittel der Umsetzung den jeweiligen Mitgliedsstaaten überlassen sind, so dass durchaus vom nationalen Gesetzgeber hinsichtlich der Verhaltensweisen des Arbeitgebers unterschieden werden darf, sofern die Differenzierung objektiv gerechtfertigt ist. Die Kündigung als Statusmaßnahme unterscheidet sich daher bereits in ihrer grundlegenden Art von anderen Maßnahmen wie etwa der Versetzung<sup>41</sup>. Die einzig vergleichbare Maßnahme zur Kündigung ist die Einstellung, die gewissermaßen als Spiegelbild dient und somit eine funktionale Verwandtschaft zur Kündigung aufweist. Folgendes gilt es jedoch dabei zu bedenken. Der deutsche Arbeitgeber hat bei Kündigungen noch wesentliche Hürden außerhalb des AGG zu überwinden, bei der Einstellung indes nicht<sup>42</sup>. Daher ist keine wirklich vergleichbare Ausgangssituation mehr gegeben, und dies bedeutet wiederum, dass auch keine Ungleichbehandlung von Vergleichbaren gegeben ist. § 2 Abs. 4 AGG verstößt somit auch nicht gegen den gemeinschaftsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz.

---

Slg. 1986, 3477

<sup>40</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S.201

<sup>41</sup> Sagan, NZA 2006, 1257 (1260)

<sup>42</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S.202

c) Richtlinien- und Absenkungsverbotsverstoß

Wie bereits vorher erwähnt, könnte diese Regelung jedoch gegen das Transparenzgebot verstoßen. Fraglich ist, ob sie auch materiell gegen die entsprechenden Richtlinien verstößt, woraus sich eine Nichtanwendungspflicht der Gerichte wegen eines Verstoßes gegen die Umsetzungspflicht ergäbe. Die Richtlinie als solche muss national gemäß Art. 288 AEUV umgesetzt werden, hat also regelmäßig keine unmittelbare Wirkung im Gegensatz zu einer Verordnung. Allerdings gibt es auch hiervon Ausnahmen. Im Verhältnis des Unionsbürgers zu einem Mitgliedstaat wird dies in ständiger Rechtsprechung des EuGH angenommen, soweit dem Bürger daraus keine Nachteile erwachsen<sup>43</sup>. Fraglich ist jedoch, ob diese Grundsätze auch auf eine horizontale Ebene übertragbar sind und somit auch zwischen Privaten gelten können. Denn genau dies müsste der Fall sein, da Kündigungssachverhalte wohl hauptsächlich zwischen Privaten und nicht in einem Verhältnis mit dem Staat vorliegen. Grundsätzlich muss unterschieden werden zwischen der echten Horizontalwirkung, bei der die Richtlinie als regelrechte Anspruchsgrundlage dienen soll, und der unechten Horizontalwirkung, bei der geltend gemacht wird, dass eine nationale Norm gegen eine Richtlinie verstoße und daher nicht angewendet werden dürfe<sup>44</sup>. Für den Fall des § 2 Abs. 4 AGG wäre die zweite Variante maßgeblich. Leider hat es der EuGH bisher vermieden zu dieser Problematik eine eindeutige Stellung zu beziehen. Zwar hat er in seinen Entscheidungen zu CIA Security<sup>45</sup> und Unilever<sup>46</sup> den Richtlinien unmittelbare Bedeutung im Verhältnis zu Privaten zugemessen, allerdings eben nicht *expresis verbis*, so dass diese Entscheidungen nicht verallgemeinert werden können. Hinzu kommt, dass der EuGH sich beständig weigert, entsprechende Schlussanträge einiger Generalanwälte, wie z.B. Colomer in der Sache Pfeiffer<sup>47</sup>, tatsächlich umzusetzen, auch wenn er sie nicht ausdrücklich zurückweist. Daher kann dies nur so gedeutet werden, dass dementspre-

---

<sup>43</sup> EuGH vom 04.12.1974 – Rs. 41/74 Van Duyn / Home Office, Slg. 1974, 1337

<sup>44</sup> Hartsch/Koenig/Pechstein Europarecht, Rn. 393, 394

<sup>45</sup> EuGH vom 30.04.1996 – Rs. C – 194/94 CIA Security International, Slg. 1996, I-2201

<sup>46</sup> EuGH vom 26.09.2000 – Rs. C – 443/98 Unilever, Slg. 2000, I-7535

<sup>47</sup> Schlussanträge II 27.4.2004 Rn 29 ff zu u.a. C – 397/01 bis C – 403/01, Slg. 2004, I-8853

chende Ansätze nicht weiter verfolgt werden sollen<sup>48</sup>. Dies wäre wohl auch sinngemäß verfehlt, denn eine entsprechende Regelung würde dazu führen, dass es immer zu einer Belastung für die Partei kommen würde, die nach der nationalen, aber rechtswidrigen, Lage Recht haben würde. Im Ergebnis käme es daher doch zu einer Belastung von Privaten, was aber genau das Argument ist, mit dem eine echte Horizontalwirkung vom EuGH ausgeschlossen wird<sup>49</sup>. So kann es mit Blick auf § 2 Abs. 4 AGG nicht zu einer Nichtanwendung wegen eines unmittelbaren Richtlinienverstößes kommen.

Allein die Nichtanwendung aufgrund eines Verstoßes gegen das Absenkungsverbot wäre europarechtlich noch denkbar. Gemäß den Art. 8 Abs. 2 RL 2000/78 EG, 6 Abs. 2 RL 2000/43 EG, 8e Abs. 2 RL 76/207/EWG darf die Umsetzung der Richtlinien nicht zu einer Absenkung des bereits innerstaatlich erreichten Diskriminierungsschutzniveaus führen. Relevant wird es insoweit, als dass durch das Umsetzungsgesetz, dessen Kernstück das AGG ist, auch die §§ 611a BGB, 81 Abs. 2 SGB IX a.F. weggefallen sind und § 2 Abs. 4 AGG eben dafür keinen gleichwertigen Ersatz bietet, was wiederum zu einem Verstoß gegen das Absenkungsverbot führen könnte<sup>50</sup>. Aufgrund der Tatsache jedoch, dass das Absenkungsverbot sicherlich keine zerstörerischere Kraft besitzt als die übrigen Richtliniennormen, ist es ausgeschlossen, dass ein solcher Verstoß zu einer Nichtanwendung von § 2 Abs. 4 AGG führt, zumal auch primärrechtliche Bedenken gegenüber der bloßen Existenz einer so enthaltenen Richtliniennorm bestehen<sup>51</sup>. Somit muss man zu dem Ergebnis gelangen, dass die Nichtanwendung des § 2 Abs. 4 AGG europarechtlich nicht geboten ist, noch nicht einmal partiell. Die Regelung darf also weiterbestehen, auch wenn es eine erhebliche Anzahl von Stimmen in der Literatur<sup>52</sup> gibt, die verlauten lassen, dass, sollte der EuGH sich mit dieser Problematik auseinandersetzen, er wohl diese Norm des deutschen Rechts, in Folge seiner bisherigen Recht-

---

<sup>48</sup> Thüsing, ZIP 2004, 2304

<sup>49</sup> Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 394

<sup>50</sup> APS/Preis, Grdl. J, Rn. 71a

<sup>51</sup> von Medem, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S.219 f.

<sup>52</sup> HBD/v. Steinau-Seinrück/Schneider, § 2 AGG Rn. 22  
ErfK/Schlachter § 2 AGG Rn. 17

sprechung, kippen wird, unter anderem auch auf Grund der von der Kommission bereits eingelegten Rüge zulasten der Bundesregierung<sup>53</sup>.

## 2. Teleologische Reduktion

Die einzig noch verbleibende Alternative zu einer Nichtanwendung bleibt die teleologische Reduktion von § 2 Abs. 4 AGG bzw. die analoge Anwendung des AGG. Sowohl die erste als auch die zweite Alternative setzen jedoch das Vorhandensein einer planwidrigen Regelungslücke voraus, die im Falle der teleologischen Reduktion zu weit gefasst wäre<sup>54</sup>. Allerdings muss man im Falle der hier betrachteten Norm sagen, dass der deutsche Gesetzgeber sehr wohl wusste, was er mit dieser Norm „anrichtet“ und dies sogar gewollt war, wie sich aus der Entstehungsgeschichte dieser Norm ergibt. Von einer planwidrigen Lücke zu sprechen, ist daher nicht naheliegend. Allerdings könnte sich die Planwidrigkeit durch die Europarechtswidrigkeit ergeben. Dem ist allerdings nicht zu folgen, da so die Regelungsabsichten auf europäischer Ebene vorrangig zu denen auf nationaler Ebene wären und dies nicht mit dem Umsetzungserfordernis der Richtlinien zu vereinbaren wäre<sup>55</sup>. Es gilt somit festzuhalten, dass der deutsche Gesetzgeber, da er gezielt auf das Kündigungsschutzrecht verweist, zwar möglicherweise gegen das Transparenzgebot verstoßen hat, dies allerdings nicht planwidrig geschah, womit sowohl eine teleologische Reduktion als auch eine Analogie nicht durchführbar sind.

## IV. Meinungsstand

Da nun ausführlich auf die bestehenden sowohl dogmatischen als auch rechtspolitischen Probleme hingewiesen wurde, soll im anschließenden Teil etwas genauer betrachtet werden, inwieweit der Meinungsstand in der deutschen Literatur und Rechtsprechung gediehen ist und was für

---

<sup>53</sup> Aufforderungsschreiben der Europäischen Kommission vom 31.01.2008 zum Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/2362

<sup>54</sup> Schwacke, juristische Methodik, S. 140

<sup>55</sup> Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 416 f.



konkrete Lösungsansätze für den Umgang mit § 2 Abs. 4 AGG existieren. Dabei soll zunächst auf die Rechtsprechung des BAG als höchstes deutsches Arbeitsgericht eingegangen werden. Sodann sollen, stellvertretend für die zahlreichen in der Literatur existierenden Meinungen, exemplarisch zwei Ansichten der Jurisprudenz erläutert werden. Den Abschluss sowohl dieses Themas als auch der Arbeit selbst soll danach die Position des Verfassers zu den hier aufgeworfenen Themen bilden.

## **A. BAG**

„Verstößt eine innerstaatliche Regelung gegen den gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatz, ist das nationale Gericht gehalten, eine diskriminierende nationale Bestimmung außer Anwendung zu lassen“<sup>56</sup>. So die Entscheidung des BAG unter Bezugnahme auf die EuGH – Entscheidung in der Sache Mangold<sup>57</sup>. Es würde daraus folgend naheliegen, dass das BAG in seiner Rechtsprechung zum § 2 Abs. 4 AGG einen entsprechenden Weg gehen könnte. Da wie bereits vorher erläutert allerdings die entsprechende Regelung nicht gegen den gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatz verstößt, ist es auch nur konsequent, dass das BAG diesen Weg nicht beschritten hat. In seinem Urteil vom 06.11.2008 betont das BAG, dass eine richtlinienkonforme Auslegung von § 2 Abs. 4 AGG möglich und auch geboten ist. Die Vorschriften des AGG sind demnach im Rahmen der Sozialwidrigkeit von Kündigungen zu prüfen, entweder über § 1 KSchG oder über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB. Das BAG hat zu den §§ 84 Abs. 1, Abs. 2 SGB IX bereits davor ähnlich entschieden. Es geht davon aus, dass bezüglich der Regelung „ - ihr Wortlaut ihren Sinn nicht vollständig abbildet“<sup>58</sup>. Eingegangen wird speziell auch auf die systematischen Argumentationen, dass der Gesetzgeber innerhalb einer Norm – wie der § 2 AGG - nicht zwei diametral entgegengerichtete Aussagen treffen wollte, und dass Abs. 4 ähnlich wie die vorhergehenden Absätze eine inhaltliche Kohärenz herstellen soll zwischen dem Antidiskriminierungsrecht einerseits und dem Kündigungsrecht

---

<sup>56</sup> BAG 26.04.2006 - 7 AZR 500/04, NJW 2006, 3599

<sup>57</sup> EuGH 22.11.2005 – Rs. C – 144/04 Mangold, Slg. 2005, I-9981

<sup>58</sup> BAG 06.11.2008 - 2 AZR 701/07, NJW 2009, 3323 (3325)

andererseits, zumal beide auf der selben normhierarchischen Stufe stehen. Im Ergebnis gelangt das BAG so zu einer – seiner Meinung nach – richtlinienkonformen Auslegung, die auch den Anforderungen der Richtlinie entspricht, da diese Anwendung regelmäßig dazu führt, dass eine rein diskriminierende Kündigung unwirksam sei und dies die schärfste kündigungsrechtliche Sanktion darstelle. Zudem lässt sich der früheren Rechtsprechung des BAG entnehmen, dass es eine unternehmerische Entscheidung deren Entschluss aufgrund eines maßregelnden oder gar diskriminierenden Moment beruht, für rechtsmissbräuchlich qualifizieren und somit verwerfen würde<sup>59</sup>.

Obwohl die Ansicht des BAG sichtlich darum bemüht scheint, den europarechtlichen Diskriminierungsverbotsmaßgaben gerecht zu werden, so ist sie doch aus drei Gründen „methodisch unhaltbar“<sup>60</sup>. Zunächst setzt sich das BAG nicht nur über den Wortlaut und auch den Willen des Gesetzgebers hinweg, das AGG nicht, auch nicht mittelbar, auf Kündigungen anzuwenden, sondern übersieht auch, dass die Regelung des Abs. 4 gegenüber der des Abs. 2 als *lex specialis* Anwendungsvorrang genießt. Außerdem findet auch die richtlinienkonforme Auslegung ihre Grenzen in einer Auslegung *contra legem*<sup>61</sup>. Die Entscheidung des BAG bedeutet daher nichts Geringeres als die Korrektur einer gesetzgeberisch nicht durchdachten Norm. Die Tatsache, dass in diesem Fall keine vorhandenen Rechtspositionen verkürzt werden, ist der einzige Grund, warum es sich bei einem solchen Vorgehen nicht um einen verfassungswidrigen Eingriff handelt<sup>62</sup>. Die damit verbundene und auch vom Gesetzgeber ursprünglich intendierte Wertung, dass diskriminierende Kündigungen nicht zulässig sind, wird jedoch dadurch gewährleistet. Daher gilt es dem BAG im Ergebnis zuzustimmen, auch wenn es dogmatisch wohl doch noch zweifelhaft erscheint. Folgt man dieser Auffassung, so verbleibt es allerdings bei einer Bedeutung des § 2 Abs. 4 AGG bezüglich anderer AGG – Regelungen. Namentlich dürfte nach konsequenter Fortsetzung der Sichtweise

---

<sup>59</sup> BAG 22.04.2004 - 2 AZR 385/03, NZA 2004, 1158

<sup>60</sup> APS/Preis, GrdIge J, Rn. 71d

<sup>61</sup> EuGH vom 04.07.2006 Rs. C – 212/04 Adeneler, Slg. 2006, I-6057

<sup>62</sup> BVerfG vom 25.01.2011 - 1 BvR 918/10, NJW 2011, S. 836

des BAG ein Anspruch der Betroffenen nach § 15 Abs. 1, Abs. 2 AGG ausgeschlossen sein. Allerdings hat das BAG diesbezüglich noch keine endgültige Stellung bezogen.

Nachfolgend sollen noch zwei ausgewählte Meinungen der Literatur und Rechtsprechung betrachtet werden, um die verschiedenen Lösungsansätze zu verdeutlichen, gerade auch in Hinblick auf die Frage, ob die übrigen Rechtsfolgen des AGG (§§ 13 – 16) berücksichtigt werden sollten.

## **B. Literaturmeinung nach Sagan**

Zunächst soll die Ansicht von Adam Sagan dargestellt werden, der mit seinem Aufsatz maßgebliche Argumente gegen die Anwendung von § 2 Abs. 4 AGG liefert und auf die Folgen dieses Richtlinienverstoßes hinweist<sup>63</sup>.

Sagan geht hier von der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der deutschen Regelung aus und begründet diese wie folgt: Die richtlinienkonforme Auslegung von § 1 KSchG scheitert daran, dass für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung es nur auf das objektive Vorliegen von Kündigungsgründen ankomme<sup>64</sup>. Zudem würde sie genauso wie die entsprechende Auslegung der §§ 138, 242 BGB einen offensichtlichen Verstoß gegen das Transparenzgebot bilden, da das „Hineinlesen“ der Richtlinie in Generalklauseln keine Umsetzung im Sinne des europäischen Gesetzgebers wäre. Zudem wird deutlich auf die ebenfalls damit verbundene unzureichende Umsetzung der Beweisregelung hingewiesen. Die Art. 8 Abs. 1 RL 2000/43, 10 Abs. 1 RL 2000/78 statuieren ein abgesenktes Beweismaß für den Arbeitnehmer. Weder die abgestufte Darlegungs- und Beweislast der §§ 138 Abs. 2, Abs. 3 ZPO noch eine Annäherung an § 22 AGG, noch eine verfassungskonforme weite Auffassung des § 286 ZPO haben eine vergleichbare Erleichterung zur Folge. Zudem sei eine richtlinienkonforme Auslegung von § 2 Abs. 4 AGG auf Grund der Eindeutigkeit des Wortlaufes nicht möglich. Die Folge dieses Richtlinienverstoßes sei vor allem,

---

<sup>63</sup> Sagan, NZA 2006, 1257 (1257)

<sup>64</sup> BAG, 25.11.1982 - 2 AZR 140/81, BAGE 40, 361 (367)

dass es keine eindeutige Rechtsfolge im Falle einer diskriminierenden Kündigung gibt<sup>65</sup>. Sagan schlägt nunmehr eine Auslegung im doppelten Sinne vor, nämlich, dass einmal dem Gemeinschaftsrecht entsprechende Sanktionen und gleichzeitig auch der Wille des Gesetzgebers verfolgt werden sollen. Das bedeutet im Ergebnis, dass bezüglich der Kündigung deren Unwirksamkeit aus § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 134 BGB folge, was im Ergebnis sowohl dem gemeinschaftsrechtlichen als auch dem nationalen Bewusstsein entspreche. Die Frage des Schadensersatzes nach § 15 Abs. 1 AGG wird dahin gehend gelöst, dass der europäische Gesetzgeber nur die Möglichkeit einer entsprechenden Sanktion in der Richtlinie umschreibt, sie also keineswegs erfolgen muss. Da dem Arbeitnehmer mit der Unwirksamkeit der Kündigung sein Arbeitsplatz auch weiterhin erhalten bleibt, handelt es sich um einen Schadensersatz in Form der Naturalrestitution. Da der deutsche Gesetzgeber aber gerade keine Doppelsanktion wollte und dies durch § 2 Abs. 4 AGG auch kennzeichnet, wird von diesem europarechtlichen Mittel also kein Gebrauch gemacht. Dasselbe gilt für einen möglichen Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG.

Diese doch sehr eingängige Darstellung ist auf jeden vertretbar, aber natürlich auch auf gewisse Kritik gestoßen. Eine ausführliche Auflistung der in der Literatur vertretenen Gegenargumente kann hier in der nötigen Kürze jedoch nicht dargestellt werden. Pars pro toto sei hier nur angeführt, dass das BAG durch die Entscheidung vom 06.11.2008 eben diesen § 2 Abs. 4 AGG sehr wohl für richtlinienkonform auslegbar hält unter Verweis auf die innerhalb dieser Regelung nicht einheitlichen verwendeten gesetzgeberischen Worte „Entlassungsbedingungen“ und „Kündigungen“<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Klumpp, NZA 2005, S. 848 (850)

<sup>66</sup> Adomeit/Mohr, NJW 2009, 2255 (2255)

### C. Literaturmeinung nach Diller, Krieger und Arnold

Als zweites soll nun die Ansicht von Diller, Krieger und Arnold dargestellt werden, die in ihrem Aufsatz die Frage nach einem doppelten Kündigungsschutz durch die entsprechenden Regelungen des KSchG und BGB einerseits und durch das AGG andererseits beantworten.

Zunächst wird hier die Unterscheidung getroffen zwischen einer Kündigung, die allein auf diskriminierenden Merkmalen beruht, z.B. die Kündigung eines Arbeitnehmers mit der Begründung, dass er homosexuell sei und einer Kündigung, die objektiv gerechtfertigt ist, aber gleichzeitig ein diskriminierendes Moment enthält. Die erste Art von Kündigungen ist natürlich sozial ungerechtfertigt und war als solche auch bereits vor Einführung des AGG nicht haltbar<sup>67</sup>. Demzufolge sei auch der europäischen Richtlinie Genüge getan, da durch Einführung des AGG auch keine Absenkung des bereits erreichten diskriminierungsschutzrelevanten Niveaus realisiert wird. Im darauf folgenden Teil wird nun die zweite Art von Kündigungen betrachtet. Eine mögliche Darstellung dazu liefert das am Anfang erwähnte Fallbeispiel. Den Autoren nach wäre es völlig eindeutig, dass ohne die subjektive Motivation des Arbeitgebers die Umstrukturierungsmaßnahme zu einer betriebsbedingten Kündigung führen würde. Nach bis dahin ständiger Rechtsprechung kam es bei Kündigungen nur auf die objektiv erfüllten Merkmale an<sup>68</sup>. Fraglich wäre indes, wie weit die mit dem AGG verbundenen Wertungen zu einem Paradigmenwechsel führen könnten. Denn es wäre offensichtlich, dass ein bloßes Abstellen auf die Regelungen des Kündigungsschutzrechtes nicht ausreichen würde, da dies zur Folge hätte, dass eine diskriminierende objektiv gerechtfertigte Kündigung wirksam wäre. Eine mögliche Lösung des Problems wäre es, § 2 Abs. 4 AGG dahingehend auszulegen, dass das AGG doch angewandt wird. Jedoch wäre dies eine Auslegung contra legem, die das BAG seit jeher ablehnt<sup>69</sup>. Allerdings wäre eine Auslegung der problematischen Regelung insoweit möglich, dass § 15 Abs. 2 AGG nicht ausgeschlossen wird, denn

---

<sup>67</sup> BAG, 23.06.1994 - 2 AZR 617/93, NJW 1995, 275

<sup>68</sup> BAG, 11.04.1985 - 2 AZR 239/84, NJW 1986, 3159

<sup>69</sup> BAG, 18.02.2003 - 1 ABR 2/02, NZA 2003, 742

weder das allgemeine noch das besondere Kündigungsschutzrecht kennen einen Schadensersatzanspruch für Nichtvermögensschaden<sup>70</sup> und genau darum handelt es sich bei einer diskriminierenden Maßnahme. Es sei nämlich davon auszugehen, dass eine objektiv gerechtfertigte Kündigung wirksam sei, so dass eben kein Vermögensschaden eintreten würde. Der Vorteil dieser Lösung wäre, dass mit ihr sowohl die Vorgaben des Kündigungsschutzrechts als auch die von der Richtlinie geforderten wirksamen und abschreckenden Sanktionen erreicht würden. Abschließend kann somit gesagt werden, dass nach der Lösung von Diller, Krieger und Arnold eine allein auf diskriminierenden Merkmalen beruhende Kündigung unwirksam, eine objektiv gerechtfertigte Kündigung jedoch wirksam ist. Sollte Letztere aber ein diskriminierendes Moment enthalten, so stehe dem Betroffenen ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG zu, der systematisch auch nicht durch § 2 Abs. 4 AGG gesperrt würde.

Auch diese Ansicht ist mit guten Argumenten belegt und daher sehr gut vertretbar. Allerdings können auch gegen die hier vorgebrachten Darlegungen wiederum Gegenargumente angeführt werden. Pars pro toto sei hier erwähnt, dass eine solche Auslegung im Hinblick auf den doch sehr eindeutig formulierten Wortlaut und gesetzgeberischen Willen zumindest fragwürdig erscheint.

Diese beiden Meinungen können natürlich nicht das ganze Spektrum an vertretenen Meinungen sowohl in der Literatur als auch der Rechtsprechung abdecken. Sie dienen lediglich dazu, zu verdeutlichen, wie weitreichend die Unterschiede im Bezug auf diese semantisch einfach scheinende Regelung des § 2 Abs. 4 AGG sein können. Der deutsche Gesetzgeber hat somit für großes Konfliktpotential gesorgt, dass weder in dieser Form beabsichtigt, noch in diesem Ausmaß voraussehbar gewesen ist. „Allein schon dies macht das Gesetz zu einem Beschäftigungsprogramm für Anwälte und Gerichte“<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Bauer/Göpfert/Krieger, § 15 Rn. 34

<sup>71</sup> Willemsen/Schweibert, NJW 2006,2583 (2592)

## V. Eigene Meinung

Abschließend soll im nun Folgenden die Meinung des Verfassers dieser Arbeit dargestellt werden. Außer Frage steht, dass diskriminierenden Kündigungen im deutschen Recht keine Wirksamkeit zukommen darf. Das Ziel ist klar, der Weg jedoch nicht. Die vorliegende Arbeit hat aufgezeigt, dass zwar alle Wege nach Rom führen, dass es aber auf jedem Weg auch Hindernisse zu überwinden gilt. Ich möchte daher versuchen, die meiner Meinung nach größten Hindernisse zu vermeiden und einen möglichst einfachen Weg zu finden.

Mein Lösungsvorschlag für den Umgang mit § 2 Abs. 4 AGG sieht daher wie folgt aus. Alle unsere Auslegungsformen sind nur soweit möglich, wie sie nicht gegen den Wortlaut verstoßen. Diese feste Grenze gilt es einzuhalten. Eine Umgehung wie es Diller, Krieger und Arnold gemacht haben, scheidet daher meiner Meinung nach, obwohl sie semantisch sehr gelungen ist, aus. Ich würde mich daher dem BAG insoweit anschließen, als dass in diesem Fall auf die unbestimmten Rechtsbegriffe der §§ 1 KSchG, 138, 242 BGB abzustellen ist. Wie allerdings bereits erläutert, kann das zu dogmatischen Schwierigkeiten führen. Eine Lösung für dieses Problem ist daher, dass die Auslegung der allgemeinen und besonderen Generalklauseln nicht auf den Vorschriften des AGG beruht, sondern auf dem vorrangig geltenden Unionsrecht<sup>72</sup>, namentlich Art. 6 EUV i.V.m. Art. 21 GRCh. Die Frage nach einem damit verbundenen Verstoß gegen das Transparenzgebot ist dahingehend zu lösen, dass man sich vergegenwärtigt, dass § 2 Abs. 4 AGG mit seinem Wortlaut ausschließlich auf die Regelungen zum Kündigungsschutz verweist und das AGG als solches nicht ausschließt. Da eben nicht ausdrücklich im Wortlaut steht, dass die Wertungen des AGG bzw. die entsprechenden europarechtlichen Grundrechte nicht gelten, muss davon ausgegangen werden, dass auch die im Unionsrecht und daher auch im AGG enthaltenen Wertungen sich nahtlos in die Einheit der Rechtsordnung einfügen und daher ihre Berechtigung im Kündigungsschutzrecht haben. Eine andere Rechtfertigung dafür, dass kein

---

<sup>72</sup> APS/Preis, GrdG J, Rn. 71g

Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegt, ist dass dieses Schutzniveau für diskriminierende Kündigungen bereits vor der Richtlinie im deutschen Recht erreicht wurde. Mitunter handelt es sich also nicht um eine neue implizite Generalklauselauslegung, sondern um ein gewachsenes Element des deutschen Rechts, da „keine Handlung, kein Rechtsgeschäft mit gesetzlichen Ver- oder Geboten oder mit den guten Sitten sich in Widerspruch setzen darf“<sup>73</sup>. Es muss daher im Ergebnis Potthoff zugestimmt werden, der sagte, dass „die Verpflichtung, einen Vertrag nach Treu und Glauben zu erfüllen, [...] die Verpflichtung, ihn nicht gegen Treu und Glauben zu lösen [umschließt]“<sup>74</sup>. Es ist daher meiner Meinung nach schlicht unnötig einen Rechtssatz, der seit nunmehr fast 100 Jahren existiert und angewandt wird, gesetzgeberisch auf Biegen und Brechen zementieren zu wollen. Damit ist, so meine ich, das Hindernis des Transparenzgebotes effektiv beseitigt. Dies bedeutet für meine Ansicht im Ergebnis, dass eine Kündigung, die nur aufgrund eines diskriminierenden Merkmals ausgesprochen wird, gemäß den §§ 138, 242 BGB unwirksam ist. Schwieriger ist die Behandlung gerade der Fälle in denen eine zwar objektiv gerechtfertigte, aber auch gleichzeitig diskriminierende Kündigung ergeht. Ich stimme Diller, Krieger und Arnold insoweit zu, dass nach unserem heute gültigen Kündigungsschutzrecht eine objektiv gerechtfertigte Kündigung auch wirksam sein sollte. Folgende Überlegungen sind nämlich hierbei zu beachten. Ein Arbeitnehmer, der noch keine 6 Monate bei seinem Arbeitgeber beschäftigt ist, fällt nicht unter § 1 KSchG. Wird er jedoch entlassen, so kann er für sich einen wertungsmäßig analogen Rechtsschutz aus §§ 138, 242 BGB fordern. Bei einer objektiv gerechtfertigten Kündigung würde dies allerdings zu keinen Rechtsfolgen führen. Die im nationalen Kündigungsschutzrecht enthaltenen Begriffe wie „Sittenwidrigkeit“ und „sozial ungerechtfertigt“ sind allerdings am Maßstab der Rechtsordnung immanenten rechtsethischen Werte und Prinzipien zu messen<sup>75</sup>. Das bedeutet wiederum, dass immer auch eine Abwägung der Betroffenen Grundrechte erfolgen muss. Daher muss neben dem Betroffenen

---

<sup>73</sup> RAG 24.04.1924, ARS 6, 96 (99)

<sup>74</sup> Potthoff, Probleme des Arbeitsrechts, S. 121

<sup>75</sup> Palandt/Ellenberger § 138 Rn. 2



auch der Kündigende betrachtet werden. Trotz der verwerflichen Gesinnung des Arbeitgebers sollte meiner Meinung nach darauf geachtet werden, dass es sich nachwievor um seine Arbeitsstätte handelt, und dass es für ihn eine sehr große Zumutung wäre, einen Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, für den er keine Verwendung mehr hat oder der durch seine Art nicht mehr zum wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens beitragen kann. Dies spricht meines Erachtens dafür, eine objektiv gerechtfertigte Kündigung als wirksam zu bewerten. Allerdings wäre die bloße Wirksamkeit der Kündigung auch für mich keine vertretbare Lösung. Ich bin daher davon überzeugt, dass dem Betroffenen ein Entschädigungsanspruch zustehen sollte. Jedoch würde ich nicht den Weg gehen, § 2 Abs. 4 AGG dahingehend auszulegen, dass ein Anspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG möglich wäre, da dies zu einer Inkohärenz meiner Argumentation führen würde. Ebenso scheidet ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 7 AGG aus, da – wie oben bereits erläutert - § 7 AGG für Kündigungen kein wirksames Verbotsgesetz ist. Möglich wäre es, einen entsprechenden Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zu generieren, und zwar in dem Sinne, dass eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes i.S.d. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG vorliegt. Ein immaterieller Schadensersatz kann nach dem Recht der unerlaubten Handlungen unter dem Gesichtspunkt der Genugtuung und der Prävention bestehen<sup>76</sup>. Dieser hat jedoch zwei Voraussetzungen. Es muss eine derart schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes vorliegen, dass die dadurch entstandene Schädigung nur durch dieses Mittel einen befriedigenden Ausgleich finden kann<sup>77</sup>. Hier bin ich der Meinung, dass die verwerfliche Gesinnung des Kündigenden sehr wohl dazu geeignet ist, eine große psychische Belastung bei dem Betroffenen auszulösen und der Kündigende somit keineswegs schützenswert ist, zumal er sein Ziel nämlich den Betroffenen aus seinen Augen zu entfernen, mit einem objektiv gerechtfertigten Kündigungsgrund – meiner Meinung nach - erreicht. Das Unrecht dieser Handlung sollte daher auf keinen Fall belohnt werden. Allerdings bestehen auch berechnete Zweifel, ob es sich wirklich um einen derart schweren Eingriff

---

<sup>76</sup> BGH vom 05.12.1996 - VII ZR 108/95; NJW 1996, S. 984

<sup>77</sup> Palandt/Sprau, § 823 Rn. 124

handelt, da die Voraussetzungen für eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sehr streng sind. Weitere Ausführungen zu diesem Thema sind leider in Anbetracht des Umfangs und des Schwerpunktes dieser Arbeit nicht möglich. Ob dieser Ansicht gefolgt wird, kann dahinstehen, da sich neben einem solchen noch ein anderer Anspruch realisieren lassen könnte, der noch besser zu dieser Situation passen würde. Gemeint ist hier ein Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB als sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. Dieser Anspruch drängt sich einem geradezu auf, da das Merkmal der Sittenwidrigkeit im Zusammenhang mit Kündigungen auch in § 138 BGB bereits anerkannt ist und ihm Sinne der Einheit der Rechtsordnung wohl auch hier angewandt werden sollte. Auch das Merkmal der Vorsätzlichkeit wird bei einer Diskriminierung regelmäßig gegeben sein, vor allem da es nicht auf das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, sondern nur auf die tatsächlichen Umstände, die zu dieser führen, ankommt<sup>78</sup>. Die Tatsache, dass die Kündigung nach §§ 138, 242 BGB objektiv gerechtfertigt wird, steht dem nicht entgegen. Der aus diesen Normen gewährte Kündigungsschutz ist, so meine ich, primär objektiv ausgerichtet und nur im Sonderfall der rein diskriminierenden Kündigung subjektiv bestimmt genug, um eine solche unwirksam erscheinen zu lassen. Diese Argumentation findet ihre Bestätigung, wenn anstatt Kündigungen andere Arbeitgebermaßnahmen betrachtet werden. In diesen Fällen ergibt sich nämlich ganz klar eine Anspruchskonkurrenz zu den Normen des AGG und den §§ 823, 826 BGB<sup>79</sup>. Da allerdings das AGG wegen der Sperrwirkung von § 2 Abs. 4 AGG nicht anwendbar ist, bleiben nur noch die Regeln über den Kündigungsschutz, sowie die normalen zivilrechtlichen Ansprüche, zu denen eben auch § 826 BGB gehört. Alternativ könnte man hier auch die Möglichkeit eines Rechtsmissbrauches in Betracht ziehen, da der Kündigende die - meiner Meinung nach anzuwendenden - Regeln des Kündigungsschutzrechtes hier bewusst ausnutzt, um den Betroffenen zu schädigen. Eine unzulässige Rechtsausübung verstößt jedoch gegen Treu und Glauben<sup>80</sup> und wäre somit gemäß § 242 BGB nicht

---

<sup>78</sup> BGH, 24.09.1987 - III ZR 187/86, BGHZ 101, 380 (388)

<sup>79</sup> Palandt/Weidenkaff, § 3AGG Rn. 10

<sup>80</sup> Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 38f

zulässig. Das würde ich allerdings nicht zum Anlass nehmen um die objektiv gerechtfertigte, diskriminierende Kündigung im Ergebnis nun doch als unwirksam anzusehen. Denn die normale Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 242 BGB ist lediglich ein Schadensersatz. In diesem Fall sollte also, um keine Wertungswidersprüche zu erzeugen, ebenfalls ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB gelten.

## **VI. Lösungsvorschlag für den Einleitungsfall**

Aufgrund der Umstrukturierung des A verringert sich das Arbeitsvolumen und er muss einen Arbeitsplatz im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidung abbauen<sup>81</sup>. Es ist somit gerechtfertigt, dass, unter Berücksichtigung der kündigungsschutzrelevanten Normen, ein Arbeitnehmer, namentlich der H, seinen Arbeitsplatz verliert. Es ist allerdings nicht gerechtfertigt, dass der A dem H auch oder vielleicht besonders deswegen kündigt, weil er homosexuell ist. Insofern liegt ein Verstoß gegen geltendes Antidiskriminierungsrecht vor, und der H wurde in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht durch den A widerrechtlich und vorsätzlich verletzt. Zudem stellt eine derartige Kündigung auch einen Verstoß gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“<sup>82</sup> dar, ist daher sittenwidrig. Dies alles führt somit bei H auch zu einer seelischen Beeinträchtigung. Zudem zeugt eine derartige Kündigung von einer bewussten Ausnutzung des geltenden Kündigungsschutzrechtes zu Lasten eines Arbeitnehmers, ein Verhalten das als solches auf keinem schutzwürdigen Interesse des Kündigenden beruht<sup>83</sup> und somit einen Fall der *exceptio doli praesentis* i.e.S. darstellt, die zu einem „rechtlich – sittlichen Vorwurf“<sup>84</sup> führt. Damit gelangt man zu dem Ergebnis, dass der H zwar die Kündigung hinnehmen, aber gleichzeitig noch Schadensersatzansprüche wegen Nichtvermögensschaden gemäß § 823 Abs. 1 BGB, Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG und § 826 BGB (doppelt) geltend machen kann.

---

<sup>81</sup> KDZ/Deinert, § 1 KSchG Rn. 352

<sup>82</sup> BGH, 09.07.1953 - IV ZR 242/52, BGHZ 10, 228 (232)

<sup>83</sup> Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet, § 242 Rn. 80

<sup>84</sup> MüKo/Roth/Schubert, § 242 Rn. 235

## VII. Literaturliste

**Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen:** Rechtsgrundlage und Reichweite des Schutzes vor diskriminierenden Kündigungen, NJW 2009, S. 2255 ff.

**Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen:** Rechtsgrundlage und Reichweite des Schutzes vor diskriminierenden Kündigungen, NJW 2009, S. 2255 ff.

**Annuß, Georg:** Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, S. 1629 ff.

**Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.):** Kündigungsrecht: Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Aufl., München 2012 (zitiert APS/*Bearbeiter*)

**Bamberger, Heinz-Georg/Roth, Herbert (Hrsg.):** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1 – 610, 2. Aufl., München 2007 (zitiert Bamberger/Roth/*Bearbeiter*)

**Bauer, Jobst-Hubertus/ Göpfert, Burkard/Krieger, Steffen:** Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 3. Aufl., München 2011 (zitiert Bauer/Göpfert/Krieger)

**Calliess, Christian/Ruffert, Mathhias:** EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, München 2011 (zitiert: CR/*Bearbeiter*)

**Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin (Hrsg.):** Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2008 (zitiert als HK-AGG/*Bearbeiter*)

**Diller, Martin/Krieger, Steffen/Arnold, Christian:** Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, S. 888 ff.

**Domröse**, Ronny: Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf? – Besprechung von EuGH, Urt. v. 11.7.2006 – Rs. C-13/95 Chacòn Navas, NZA 2006, S. 1320 ff.

**Fiebig**, Stefan/**Gallner**, Inken/**Nägele**, Stefan (Hrsg.): Kündigungsschutzrecht, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2007 (zitiert FGN/*Bearbeiter*)

**Franzen**, Martin: Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin u.a. 1999

**Haratsch**, Andreas/**Koenig**, Christian/**Pechstein**, Matthias: Europarecht, 8. Aufl., Tübingen 2012

**Hümmerich**, Klaus/**Boecken**, Winfried/**Düwell**, Joses (Hrsg.): AnwaltKommentar Arbeitsrecht: Band 1, 2. Aufl., Bonn 2010 (zitiert HBD/*Bearbeiter*)

**Hümmerich**, Klaus/**Boecken**, Winfried/**Düwell**, Joses (Hrsg.): AnwaltKommentar Arbeitsrecht: Band 1, 2. Aufl., Bonn 2010 (zitiert HBD/*Bearbeiter*)

**Kittner**, Michael/**Däubler**, Wolfgang/**Zwanziger**, Bertram: Kündigungsschutzrecht, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2011 (zitiert KDZ/*Bearbeiter*)

**Klump**, Steffen: Diskontinuität und ihre Folgen für das Antidiskriminierungsrecht, NZA 2005, S. 848 ff.

**Löwisch**, Manfred: Kündigungen unter dem AGG, BB 2006, S. 2189 ff.

**von Medem**, Andreas, Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht Band 268, Berlin 2008

**Müller-Glöge**, Rudi/**Preis**, Ulrich/**Schmidt**, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., München 2012 (zitiert ErfK/*Bearbeiter*)

**Palandt**, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl, München 2012  
(zitiert: Palandt/Bearbeiter)

**Pechstein**, Matthias: Entscheidungen des EuGH Kommentierte Studienauswahl, 6. Aufl., Tübingen 2011

**Potthoff**, Heinz: Probleme des Arbeitsrechts: Rechtspolitische Betrachtungen eines Volkswirts, Jena 1912

**Preis**, Ulrich: Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 3. Aufl., Köln 2009

**Säcker**, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241 – 432, 6. Aufl., München 2012 (zitiert MüKo/Bearbeiter)

**Sagan**, Adam: Die Sanktion diskriminierender Kündigungen nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, S. 1257 ff.

**Schwacke**, Peter: Juristische Methodik mit Technik der Fallbearbeitung, 5. Aufl., Stuttgart 2011

**Thüsing**, Gregor: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz: das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, München 2007

**Thüsing**, Gregor: Zu den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung: Irritationen und Hinweise in der Rechtssache Pfeiffer: EuGH v. 5.10.2004, ZIP 2004, S. 2301 ff.

**Willemssen**, Heins-Josef/**Schweibert**, Ulrike: Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2006, S.2583 ff.

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig verfasst habe. Die Stellen der Arbeit, die anderen Quellen im Wortlaut oder dem Sinn nach entnommen wurden, sind durch Angaben der Herkunft kenntlich gemacht.

---

Alexander Allousch