

Lösungshinweise für den 2. Moot Court des Bundesarbeitsgerichts (2007/2008)

A. Klage gegen die Kündigung

I. Klagefrist nach § 4 KSchG

Die Frist ist eindeutig eingehalten und deshalb nicht zu thematisieren. Allenfalls sollte, nur klägerseitig, mit einem Satz darauf verwiesen werden, dass die Zustellung der Klage trotz der erheblichen Zustelldauer „demnächst“ iSv. § 167 ZPO erfolgte, weil der normale Geschäftsgang verzögerungslos eingehalten wurde. vgl. nur BAG 20. April 2000 - VII ZR 116/99 -

II. Überprüfung nach dem KSchG

1. Anwendbarkeit

Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 und § 23 Abs. 1 KSchG liegen vor und sollten deshalb nicht thematisiert werden.

2. Begründetheit der Kündigung

a) Kündigungsgründe

Es geht um eine Frage des Anforderungsprofils und des damit verbundenen Wegfalles der Beschäftigungsmöglichkeit, so dass einschlägig ist die Entscheidung

BAG 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 -,

die bei Neubestimmung des Anforderungsprofils die Maßstäbe der Prüfung einer betriebsbedingten Kündigung anlegt. Danach gilt:

„ ... Dabei unterliegt auch die Gestaltung des Anforderungsprofils der jeweiligen Arbeitsplätze der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Unternehmerdisposition des Arbeitgebers. Soweit für die sachgerechte Erledigung der Arbeitsaufgabe bestimmte persönliche oder sachliche Voraussetzungen erforderlich sind, kann die unternehmerische Entscheidung, welche Anforderungen an den Stelleninhaber zu stellen sind, nur auf offenbare Unsachlichkeit gerichtlich überprüft werden. Die Entscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten nur von Arbeitnehmern mit bestimmten Qualifikationen ausführen zu lassen, ist von den Arbeitsgerichten grundsätzlich jedenfalls dann zu respektieren, wenn die Qualifikationsmerkmale einen nachvollziehbaren Bezug zur Organisation der auszuführenden Arbeiten haben (zuletzt BAG 24. Juni 2004 - 2 AZR 326/03 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132) . Auch die Organisationsentscheidung zur Umstrukturierung des gesamten oder von Teilen eines Betriebs oder einzelner Arbeitsplätze, von der das Anforderungsprofil der im Betrieb nach Umstrukturierung verbleibenden Beschäftigungsmöglichkeiten erfasst wird, unterliegt damit nur einer Missbrauchskontrolle.

*...
Wenn allerdings die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsentschluss ohne nähere Konkretisierung praktisch deckungsgleich sind, so kann die Vermutung, die Unternehmerentscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht in jedem Fall von vornherein greifen. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber konkrete Angaben dazu machen, wie sich die Organisationsentscheidung auf die Einsatzmöglichkeiten auswirkt und in welchem Umfang dadurch ein konkreter Änderungsbedarf besteht (BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - BAGE 92, 71) . Erhöhte Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers sind insbesondere dann zu stellen, wenn der Arbeitgeber durch eine unternehmerische Entscheidung das Anforderungsprofil für Arbeitsplätze ändert, die bereits mit langjährig beschäftigten Arbeitnehmern besetzt sind. Sonst hätte der Arbeitgeber die naheliegende Möglichkeit, unter Berufung auf eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Unternehmerentscheidung eine missbräuchliche Umgehung des Kündigungsschutzes des betreffenden Arbeitnehmers dadurch zu erzielen, dass er in sachlich nicht gebotener Weise die Anforderungen an die Vorbildung des betreffenden Arbeitsplatzinhabers verschärft (zB perfekte französische Sprachkenntnisse, um mit ein oder zwei Kunden fremdsprachlich zu korrespondieren). Der Arbeitgeber hat insoweit*

darzulegen, dass es sich bei der zusätzlich geforderten Qualifikation für die Ausführung der Tätigkeit nicht nur um eine "wünschenswerte Voraussetzung", sondern um ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für eine Stellenprofilierung handelt (vgl. hierzu BAG 24. Juni 2004 - 2 AZR 326/03 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132).

...“

Von den Parteien wäre also zu argumentieren:

Kläger:

- praktisch seien die Anforderungen darauf hinausgelaufen, dass nur er gekündigt werde
- deshalb auch im Hinblick auf seine nicht unbedeutende Dauer der Tätigkeit erhöhte Anforderungen an die Darlegung des Arbeitgebers
- der Beklagte habe allenfalls eine wünschenswerte Voraussetzung formuliert, die nicht ausreiche

Beklagter:

- seine Entscheidung über das Anforderungsprofil sei nur auf Missbrauch zu prüfen, weil ein nachvollziehbarer Bezug zur Neuorientierung des Restaurants vorliege
- ein solcher liege nicht vor, er habe nichts gegen Kellner, sondern wolle nur Gäste gewinnen, insbesondere bei französischen Touristen, denen er ein Heimatgefühl geben wolle
- damit sei jedenfalls ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für eine Stellenprofilierung gegeben

Zusatzpunkte könnten die Teilnehmer gewinnen, wenn sie folgende Unterscheidung z.B. v. *Hoyningen-Huene NZA 1994, 1009, 1011* herausarbeiten:

Liegt kein Missbrauch und damit keine Änderung der Arbeitsanforderungen vor, so schafft der Arbeitgeber einen neuen Arbeitsplatz bei Wegfall des alten = die Identität und Kontinuität des Arbeitsplatzes entfällt. Damit liegen die Voraussetzungen dringender betrieblicher Erfordernisse vor, soweit nicht über mildere Mittel wie z.B. Umschulung der Einsatz auf dem neuen freien Arbeitsplatz möglich ist.

Hinweis: Natürlich können hier Diskriminierungsverbote nach dem AGG und dem zugrunde liegenden Europarecht (dazu unten) bei der Auslegung schon angebracht werden; positiv ist zu bewerten, wenn vor allem die Klägervorteile, die „einfachen“ kündigungsrechtlichen Fragen vorab thematisieren.

b) Sozialauswahl

Nichts an dem Sachverhalt deutet daraufhin, dass Kellner einen anderen Arbeitnehmer verdrängen will und sich darauf beruft. Bei dem hier sehr kleinen Kreis beschäftigter Arbeitnehmer, bei dem davon auszugehen ist, dass der Kläger die maßgeblichen Daten nennt, müsste er nach der ständigen Rechtsprechung „Namen“ nennen,

dazu KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 688 mit Nachweisen auch zur Gegenmeinung

wozu der Sachverhalt nichts hergibt. Das Thema ist deshalb nicht zu problematisieren.

III. AGG/europarechtlicher Diskriminierungsschutz wegen ethnischer Diskriminierung

1. Anlass zur Prüfung

Anknüpfungspunkt ist, dass der Aushang des Beklagten ersichtlich Personen mit engem Bezug zu Frankreich bevorzugt.

2. Anwendbarkeit

a) AGG

Problem: § 2 Abs. 4 AGG lautet:

„(4) Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.“

Seine Einfügung ins Gesetz wurde im Gesetzgebungsverfahren wie folgt begründet (Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 16/2022 S. 12):

„Die Änderung greift ein Anliegen des Bundesrates auf. Die Formulierung des Regierungsentwurfs

bestimmt, für Kündigungen gälten „vorrangig“ die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes. Das Verhältnis beider Gesetze zueinander soll dahin präzisiert werden, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz Anwendung finden. Dies erscheint sachgerechter, weil diese Regelungen speziell auf Kündigungen zugeschnitten sind. Die wesentlichen Bestimmungen des allgemeinen Kündigungsschutzes finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch sowie im Ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes. Bestimmungen zum besonderen Kündigungsschutz enthalten zum Beispiel der Zweite Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes, Artikel 48 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes, § 9 des Mutterschutzgesetzes, §§ 18, 19 des Bundeserziehungsgeldgesetzes, § 2 des Arbeitsplatzschutzgesetzes, § 2 des Eignungsübungsgesetzes, § 85 ff., § 96 Abs. 3 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch, § 47 des Bundespersonalvertretungsgesetzes, § 36 Abs. 3 Satz 3 des Bundesdatenschutzgesetzes, § 53 des Bundes- Immissionsschutzgesetzes oder § 21f des Wasserhaushaltsgesetzes.“

Andererseits bestimmt die Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (hiernach: RiLi) in Art. 3 Abs. 1 Buchstabe c), dass das dort geregelte Diskriminierungsverbot (Art. 1 und 2) auch für „Entlassungsbedingungen“ und damit natürlich auch für Kündigungen gilt. Die Umsetzungsfrist war am 19. Juli 2003 abgelaufen (Art. 16 Abs. 1).

Zu berücksichtigen ist ferner folgende in Art. 13 Abs. 1 EG-Vertrag enthaltene Regelung:

„(1) Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags kann der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, 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.“

Die Folgerungen aus § 2 Abs. 4 AGG sind umstritten: Es wird vertreten:

- Kein Diskriminierungsschutz bei Kündigungen: *Schiefer, DB 2007, 54, 57*
- Unanwendbarkeit der Vorschrift wegen Verstoßes gegen das EG-Recht: z.B. *ArbG Osnabrück 5.2.2006 – 3 Ca 721/06* -, - *Schiek in Schiek § 2 AGG Rn. 13; Däubler, AiB 2006, 738 ff. Gaul/Naumann, ArbRB 2007, 15* vergleichbar auch die Ansicht: Anwendung des KSchG nur in dessen »Kernbereich«, soweit Benachteiligung möglich doch Anwendung des AGG: *Perreng/Nollert-Borasio, AiB 2006, 459, 460 f.*
- europarechtskonforme Auslegung des KSchG: z.B. *KR-Pfeiffer AGG Rn. 8 und Rn 20 f. Dafür kann auch die parlamentarische Debatte zum AGG angeführt werden: 16. Wahlperiode, 43. Sitzung: Justizministerin Zypris S. 4029, Abgeordneter Beck S. 4036, Abgeordnete Lambrecht S. 4037, Abgeordnete Däubler-Gmelin S. 4151, Abgeordnete Silvia Schmidt S. 4152.*
- Rückgriff auf § 134 BGB mit gleichem Ergebnis: *Meinel/Heyn/Herms § 2 AGG Rn. 64*
- Auslegung als „Beweislastregel“, wonach der Arbeitnehmer zu beweisen hat, dass eine sozial gerechtfertigte Kündigung doch durch ein verpöntes Merkmal motiviert ist: *Adomeit/Mohr § 2 AGG RN. 209, 216 und Bayreuther DB 2006, 1842, 1845 f.*

argumentiert werden müsste:

Kläger:

- es gilt der Vorrang des Europarechtes, der es dem nationalen Gesetzgeber versagt diesem unmittelbar entgegenstehende Gesetze zu erlassen, die dann als unwirksam zu behandeln sind. Das ist hier der Fall im Hinblick auf die genannte Richtlinie, aber auch auf den primärrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung, der auch und gerade ethnische Diskriminierung verbietet *hinzuweisen ist insoweit auf EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Mangold und die an diese Entscheidung anknüpfende BAG-Rechtsprechung - 26.4.2006 - 7 AZR 500/04 - betreffend Altersdiskriminierung*
- dass jedenfalls eine europarechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts, sei es des KSchG oder von § 134 BGB vorzunehmen ist, ergibt sich aus der allgemeinen Verpflichtung, nationales Recht bis zur Grenze der Auslegungsfähigkeit europarechtskonform auszulegen: *EuGH 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 – Pfeiffer u. a.* Diese Pflicht kann sehr weit gehen. *als Beispiel könnte hingewiesen werden auf BAG 24.1.2006 - 1 ABR 6/05 -*

Beklagter:

- Behandlung als unwirksam würde entgegen Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag, Art. 19 Anti-Rassismus-RiLi zu einer nicht vorgesehenen Drittwirkung von Richtlinien führen: *zur Drittwirkungsproblematik bei*

Richtlinienausführlich: BAG 18. 2. 2003 – 1 ABR 2/02 -

- einen weitergehenden primärrechtlichen Grundsatz, der Diskriminierungen verbietet hat der EuGH nur auf schwacher Grundlage entwickelt
hingewiesen werden könnte auf den Schlussantrag von Generalanwalt Mazak, vom 15.2.2007 in Sachen C-411/05 – Palacios
aus der reinen Kompetenzvorschrift des Art. 13 EG-Vertrag
so EuGH 11.07.2006 - C-13/05 - Navas
kann er jedenfalls nicht hergeleitet werden,
im Übrigen sprechen die besseren Gründe gegen eine Drittwirkung solcher Rechtsgrundsätze zu Lasten des privaten Arbeitgebers
Zweifel auch bei BAG Vorlagebeschluss vom 27.6.2006 - 3 AZR 352/05 (A) -
- eine europarechtskonforme Auslegung anderer Gesetze scheitert am eindeutigen Willen des Gesetzgebers als Grenze auch der europarechtskonformen Auslegung
dazu BAG 18. 2. 2003 – 1 ABR 2/02 -
- durch die Ablehnung der Anwendbarkeit werden Arbeitnehmer nicht rechtlos gestellt, weil sie die Möglichkeit haben, notfalls Schadensersatzansprüche gegen den Staat durchzusetzen
dazu: EuGH 30. 9. 2003 – C-224/01 - Köbler

3. Vorliegen einer unerlaubten Benachteiligung

a) Prüfungsmaßstab

Dies ist parallel nach AGG - falls dessen Anwendbarkeit bejaht wird - und RiLi, falls es nur um eine europarechtskonforme Auslegung geht, zu prüfen. Soweit die Richtlinie nationalen Gestaltungsspielraum lässt, dürfte aber das AGG zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen heranzuziehen sein.

b) Anknüpfung an ethnische Herkunft

aa) Tatsächliche Fragen: Woran wird in der Anzeige angeknüpft?

Es wäre zu argumentieren:

Kläger:

- Angeknüpft wird an akzentfreies Französisch, wobei nur die regionale Färbung kein Problem ist. Trotz des Hinweises auf einen arabischen Hintergrund, steht die Stelle daher letztlich nur Menschen mit Verankerung in Frankreich oder zumindest im französischsprachigen Raum (Schweiz/frankofones Kanada) offen. Die Bedingung könnte allenfalls von solchen andersstämmigen Menschen erfüllt werden, die durch biografischen Zufall derartige Kenntnisse erlangt haben, so dass alle anderen Ethnien zumindest mittelbar ungleich behandelt werden.
§ 3 Abs. 2 AGG; Art. 2 Abs. 2 Buchst. b) RiLi

Beklagter:

- Es wird nur eine bestimmte Qualifikation gefordert. Der Bezug zur ethnischen Herkunft ist so weit, dass letztlich von einer daran anknüpfenden ungleichen Behandlung nicht gesprochen werden kann.

Nach der Entstehungsgeschichte gilt:

Das Gesetz soll einen umfassenden Schutz gegen jegliche Form der Benachteiligung von Menschen schaffen, lediglich weil sie einen anderen ethnischen Hintergrund haben. Nicht erfasst werden soll jedoch die örtliche, regionale oder soziale Herkunft.

BT-Drucks. 16/1780, S. 56

Ethnisch motivierte Benachteiligungen sollen jedoch lückenlos bekämpft werden. Die vom Gesetz gewählten Begriffe sind deshalb ansonsten umfassend und weit zu verstehen. Sie umfassen u. a. Hautfarbe, Abstammung, nationalen Ursprung und Volkstum im Sinne ethnischen Ursprunges

BT-Drucks. 16/1780, S. 30f.

Eine mittelbare Ungleichbehandlung liegt nach den genannten Vorschriften vor, wenn die angewandten Kriterien Personen wegen eines der verpönten Merkmale - hier ethnische Herkunft - „gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können“.

bb) Scheidet eine Diskriminierung aus, weil der Kläger ethischer Deutscher und damit (auch in Berlin) Angehöriger der Mehrheitsgesellschaft ist?

Die Frage ist streitig:

gegen Schutz für Angehörige der Mehrheit: z.B. Schiek, AuR 2003, 44 ff.; Adomeit/Mohr § 1 AGG Rn. 35 für einen derartigen Schutz: z.B. Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 180; vgl. Däubler/ Bertzbach-Däubler, § 1 AG Rn. 30

Es wäre zu argumentieren:

Kläger:

- Herkunft ist Herkunft, es ist unangebracht jemanden wegen eines nicht zu verändernden Merkmals beruflich zu benachteiligen
- im Übrigen gibt es das abschreckende Beispiel der Apartheid

Beklagter:

- Bei dem Verbot der ethnischen Diskriminierung geht es um Benachteiligungen innerhalb einer Gesellschaft; das trifft typischerweise nur Minderheiten, nicht die dominierende Mehrheit.

c) legitimierende Gründe

aa) sachlicher Grund nach § 3 Abs. 2 AGG/Art. 2 Abs. 2 Buchst. b) RiLi

Danach muss die ungleiche Behandlung durch „ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt“ sein und die angewandten Mittel müssen „zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“ sein.

Die Frage der Kellner in „ethnischen Restaurants“ wird - üblicherweise bezogen auf direkte Benachteiligung, die sich aus § 8 AGG/Art. 4 RiLi rechtfertigen muss - als Standardproblem behandelt und unterschiedlich beantwortet:

gegen Rechtfertigung: Schiek, AuR 2003, 44 ff.

dafür die wohl h.M.: Thüsing, ZfA 2001, 397 ff. und Adomeit/Mohr § 8 AGG Rn. 42 sowie Meinel/Heyn/Herms § 8 AGG Rn. 13; ähnlich auch KR-Pfeiffer AGG Rn. 116

Hier kommt hinzu dass es „nur“ um Sprachkenntnisse eines bestimmten Niveaus geht. Für das Verbot der Benachteiligung wegen der Staatsangehörigkeit ist es grundsätzlich zulässig, Sprachkenntnisse eines gewissen Niveaus zu verlangen

EuGH 6. 6. 2000 - C- 281/98 - Angonese

Diese sollen im Einzelfall auch die Einstellung eines Muttersprachlers erfordern können, wenn dieser einen deutlich besseren und aus der Arbeitsaufgabe gerechtfertigten Zugang zu bestimmten Kunden oder Mandanten findet.

Bauer/Göpfert/Krieger, § 8 AGG Rn. 31 ; KR-Pfeiffer AGG Rn. 116

Hier wäre zu argumentieren:

Kläger:

- ein ethnisches Anknüpfen ist nicht gerechtfertigt; der Stil eines Restaurants erschließt sich nicht allein oder in erster Linie über die Kellner.
- dass im Hinblick auf die erwünschten französischen Touristen als Kunden französische Sprachkenntnisse gefordert werden, mag berechtigt sein. Solche haben er aber auch in ausreichendem Umfang
- (m.E. zentrales Argument) selbst wenn das Anknüpfen an die Muttersprachlichkeit für das Aubergine grundsätzlich gerechtfertigt ist, so ist doch ein Kündigung, anders als möglicherweise eine Einstellungspolitik, nicht verhältnismäßig und damit angemessen.

Beklagter:

- Die berechtigten Ziele und Mittel müssen vor dem Hintergrund der betrieblichen Zwecksetzungen gesehen werden. Diese legt der Arbeitgeber fest. Ihm muss es daher auch ohne gerichtliche Eingriffe erlaubt sein, auf eine Umgestaltung seiner Zwecksetzungen bezogen auf die Marktpositionierung hinzuwirken und daraus die notwendigen Folgerungen zu ziehen, auch mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen.

bb) Positive Maßnahme bezogen auf arabisch stämmige Bewerber nach § 5 AGG/Art. 5 RiLi?

zulässig sind unterschiedliche Behandlungen, wenn „durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen“ ua. der ethnischen Herkunft „verhindert oder ausgeglichen werden sollen.“

Das könnte man im Hinblick auf die allgemeinkundigen Nachteile dieser Bevölkerungsgruppe in Frankreich annehmen, jedoch gibt es folgende Probleme:

Das Europarecht eröffnet »den Mitgliedsstaaten« positive Maßnahmen. Streitig ist, ob der Gesetzgeber der Mitgliedsstaaten die entsprechenden Regelungen selbst treffen muss

verneinend: BVerwG 18. 7. 2002 – 3 C 54/01 – sowie ausführlich m. Nachw. Däubler/ Bertzbach-Hinrichs, § 5 AGG Rn. 16; ebenso Raasch in Rust/Wolf § 5 AGG Rn. 34 ff. bejahend: ErfK-Schlachter, § 5 Rn. 2

Selbst bei Bejahung könnte aber § 5 AGG eine ausreichende Rechtfertigung auch für private Arbeitgeber darstellen.

von den Parteien zu argumentieren wäre zudem:

Kläger:

- der Aushang ist viel zu unbestimmt, um tatsächlich eine positive Maßnahme darzustellen, weil er sich nicht ausschließlich an Menschen aus Frankreich mit arabischem Hintergrund richtet
- Im übrigen sind nur angemessene Maßnahmen zulässig, dazu gehört nicht die Kündigung

Beklagter:

- Es muss reichen, wenn sich ein Arbeitgeber entschließt, solchen benachteiligten Personen im Zusammenhang mit einer Umstrukturierung bevorzugte Chancen einzuräumen

IV. Andere Ungleichbehandlungsgebote

1. Staatsangehörigkeit

Für Angehörige von Mitgliedsstaaten der EG verbietet Art. 39 Abs. 2 EG-Vertrag und Art. 7 der EWG-FreizügigkeitsVO (EWG-VO Nr. 1612/68 vom 15. Oktober 1968 – ABl. EG Nr. L 257, S. 1 ff., zuletzt geändert durch Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004, ABl. L vom 30. April 2004 Nr. 158 S. 77) die - auch mittelbare - Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit. Es gibt zudem für andere Staaten vergleichbare Rechtsgrundlagen. Kellner könnte jedoch nur wegen seiner, zu unterstellenden, deutschen Staatsangehörigkeit mittelbar benachteiligt sein. Die EG-rechtlichen Grundlagen betreffen nur grenzüberschreitende Sachverhalte. Ein solcher liegt eindeutig nicht vor. Die Teilnehmer sollten zu diesem Aspekt nichts sagen, aber ggf. auf Nachfrage antworten können.

2. arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Seine Anwendung im Kündigungsschutzrecht ist von jeher umstritten

vgl. nur KR-Griebeling 8. Aufl. § 1 KSchG Rn. 233 f.

Soweit hier nach dem KSchG eine Rechtfertigung der Kündigung angenommen wird, läge darin ein sachliches Differenzierungsmerkmal, so dass dieser Grundsatz nicht greift. Auch darauf sollten die Teilnehmer nur auf Nachfrage eingehen können.

B. Zahlungsklage

1. Ansprüche aus § 15 AGG

a) Anwendbarkeit

Wichtig ist, dass die Argumentation aus § 2 Abs. 4 AGG - siehe oben - nicht ausschließt, allein für Entschädigungsansprüche die Anwendbarkeit des AGG zu bejahen.

so Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006, 887 ff.

Damit könnte sogar die Europarechtskonformität des § 2 Abs. 4 AGG gerechtfertigt werden. Umgekehrt ist nicht ausgeschlossen, allein das KSchG europarechtskonform auszulegen, ohne die Anwendbarkeit des § 15 AGG zu bejahen.

Im übrigen könnte die Weigerung von Leblanc, die Kündigung zurück zu nehmen, als Ablehnung einer Neubewerbung gedeutet werden, was den Anwendungsbereich eröffnen könnte.

b) Ansprüche

aa) § 15 Abs. 1 AGG/materieller Schaden

Ist nicht Streitgegenstand; verlangt wird eine „Entschädigung“

bb) § 15 Abs. 2 AGG/immaterieller Schaden

- Schaden/Schadenshöhe

Immaterielle Schäden liegen wohl vor, stehen aber nicht außerhalb jeder Problematisierung etwa mangels Persönlichkeitsrechtsverletzung wegen fehlender Zielgerichtetheit.

Es findet bei unterstellter Wirksamkeit der Kündigung, da der Kläger um seinen Arbeitsplatz gebracht wurde, auch die Drei-Monats-Grenze keine Anwendung, so dass der Entschädigungsbetrag unbegrenzt ist. Andernfalls ist dies offen für Diskussionen. Letztlich gibt die Argumentation zur Schadenshöhe in der Literatur für diesen Fall praktisch nichts her. Als Argumente wären anzubringen:

Kläger:

- er wurde um seinen Arbeitsplatz gebracht.
- immerhin war er schon einige Zeit dabei.
- die angenommenen Rechtfertigungsgründe sind wegen seines Lebenslaufes und den immerhin vorhandenen Sprachkenntnissen neben der Sache

Beklagter:

- er ist nur ein kleiner, zudem noch in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlicher Arbeitgeber
- es lag kein krasser Fall von Rassismus vor, sondern es ging um immerhin nachvollziehbare Überlegungen

Zudem wäre je nach Ausgang der Kündigungsschutzklage zu berücksichtigen, ob die immateriellen Auswirkungen anhalten.

- Ausschlussfrist/§ 15 Abs. 4 AGG

Geltend zu machen ist schriftlich binnen zwei Monaten. Die Form könnte problematisch sein, weil nicht das Exemplar aus der Rechtsantragsstelle zugestellt wird, sondern nur eine beglaubigte Abschrift. Die Rechtsprechung lässt es aber seit jeher ausreichen, dass die Klage selbst grundsätzlich schriftlich einzureichen ist (§ 253 Abs. 5 ZPO).

BAG 24. Juni 1960 - 1 AZR 29/58 - für tarifliche Ausschlussfristen

Zudem gilt § 126 BGB nicht, weil die Geltendmachung keine Willenserklärung darstellt.
zu dem vergleichbaren Fall tariflicher Ausschlussfristen und Fax: BAG 11.10.2000 - 5 AZR 313/99 -

Das ist allerdings streitig: *a.A. Annuß/Kortstock Anmerkung zu BAG AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 154 und Schmitt SAE 2001, 306 ff.*

Die Frist ist bezogen auf den Zugang eingehalten.

Hier liegt nicht der Schwerpunkt des Falles. Beide Seiten sollten nur kurz auf diesen Punkt eingehen; die Klägerseite nur, wenn es von Beklagtenseite angesprochen wird, nicht schon im Schriftsatz.

2. Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Ist Streitgegenstand, da nach § 253 BGB auch „Entschädigung“, wird auch nicht durch § 15 AGG verdrängt (dort Abs. 5), läuft aber bei Anwendung des AGG praktisch parallel.

Von Bedeutung ist es nur, wenn man - z.B. wegen § 2 Abs. 4 AGG - die Anwendbarkeit des AGG verneint. Die Rechtsprechung hat, bevor § 611a BGB aF diesen Aspekt gesetzlich geregelt hat, eine Geschlechtsdiskriminierung für relevant in diesem Bereich gehalten und Schmerzensgeld von bis zu einem Monatseinkommen zugesprochen, soweit eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung vorlag, was aber nicht unumstritten war, weil in diesem Bereich der Gesetzgeber allein handlungsbefugt sein soll.

BAG 14.3.1989 - 8 AZR 447/87 -

zur Gegenauffassung: R.Scholz Anmerkung zu BAG AP BGB § 611a Nr. 6

Hinsichtlich der Höhe wäre zu argumentieren:

Kläger:

- Es liegt eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung vor, da an seine Herkunft angeknüpft wurde und der Beklagte ihn immerhin um seinen Arbeitsplatz bringen wollte. Wegen dieses schwerwiegenden Eingriffs gibt es keinen Grund hinter einem Monatsgehalt zurück zu bleiben.

Beklagter:

- Die ganze Angelegenheit hatte keinerlei persönlichkeitsbezogenen Aspekt, so dass auch keine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt. Jedenfalls hat ein Schmerzensgeld aber hinter der Höchstgrenze von einem Monatsgehalt zurück zu bleiben.

C. EuGH-Vorlage

Eine solche (Art. 234 EG-Vertrag) sollten die Teilnehmer nur anregen, falls sich das Verfahren in die „falsche“ Richtung entwickelt. Auf Nachfrage sollten sie allerdings mit den Voraussetzungen vertraut sein.