

Die Kündigung als unmittelbare Diskriminierung

Anwendungsfälle des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

§ 7 Abs. 1 AGG verbietet Benachteiligungen von »Beschäftigten« aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe. Dazu gehören Geschlecht, Rasse und ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität. Einzelheiten dazu wurden bereits in dem Beitrag über Diskriminierungsverbote bei Einstellungen geschildert.¹ Eine »Benachteiligung« kann ersichtlich nicht nur in der Verweigerung einer Einstellung, sondern auch in einer Kündigung liegen.

Dass sie § 2 Abs. 4 AGG ausklammern will, hat sich als untauglicher Versuch erwiesen.² Wichtig ist der Diskriminierungsschutz insbesondere für solche Personen, die keinen gesetzlichen Kündigungsschutz genießen: Beschäftigte in Kleinbetrieben, Arbeitnehmer, die noch keine sechs Monate im Betrieb sind, und insbesondere die arbeitnehmerähnlichen Personen: Auch sie sind – wie § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGG deutlich macht – »Beschäftigte« im Sinne des § 7 Abs. 1.³ Für sie wird sich am meisten ändern, da sie im Regelfall wie nach dem US-amerikanischen hire-and-fire-Prinzip beschäftigt sind. Ihnen kommt so erstmals ein Stückchen Bestandsschutz zu.

Im Folgenden sollen nur Fälle behandelt werden, in denen eine »unmittelbare Diskriminierung« vorliegt. Schon damit sind genügend Probleme angesprochen. In späteren Beiträgen wird dann von diskriminierenden Auswahlprozessen (darf man bei der sozialen Auswahl noch aufs Alter abstellen?) sowie von mittelbar diskriminierenden Kündigungen die Rede sein, die beispielsweise dann vorliegen, wenn bei einer größeren Personalabbaumaßnahme zu 80 Prozent Frauen gekündigt werden, obwohl sie nur einen Anteil von 30 Prozent an der Gesamtbelegschaft ausmachen. Zur Begrifflichkeit: Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn das fragliche Merkmal des § 1 AGG bei der Kündigung zumindest als ein Faktor eine Rolle spielte, wenn – wie man sagt – unmittelbar beispielsweise am Geschlecht oder der Behinderung »angeknüpft« wurde.

Gleichgestellt ist der Fall, dass die Kündigung wegen Eigenschaften oder Verhaltensweisen erfolgte, die mit einem der fraglichen Merkmale unmittelbar in Zusammenhang stehen.

Beispiel ist das Tragen des viel zitierten islamischen Kopftuchs. Außerdem soll die Frage der Beweisbarkeit einbezogen werden, wo oft die entscheidenden Weichen gestellt werden.

Dass eine Person unmittelbar und ausdrücklich »als Frau« oder »als Mann« gekündigt wird, ist in heutiger Zeit höchst unwahrscheinlich.

Diskriminierung wegen des Geschlechts

Am ehesten ist es in einem Bereich denkbar, wo der Arbeitgeber nach seiner Auffassung absolute Freiheit genießt, also insbesondere bei freien Mitarbeitern und anderen arbeitnehmerähnlichen Personen. Auch dann muss allerdings der oder die Betroffene nach § 22 AGG »Indizien« darlegen, die für ein diskriminierendes Verhalten sprechen. Der Arbeitgeber hat etwa geäußert, Frauen seien sowieso mehr an der Familie interessiert oder überhaupt faul und geschwätzig – das würde sicherlich reichen, aber Beispiele dieser Art gehören ins Bilderbuch mit dem Titel »Der dumme Arbeitgeber« oder »Der Arbeitgeber als Bösewicht«.

Realistischer ist demgegenüber die Möglichkeit, dass mit Rücksicht auf Vorurteile über die Arbeitsfähigkeit von Frauen gekündigt wird. So hatte etwa das ArbG Herne⁴ über den Fall zu entscheiden, dass eine Landschaftsgärtnerin mit dem Argument gekündigt worden war, sie könne »als Frau« keine hohen Bäume fällen und keine Pflastersteine verlegen. Wie ihre Arbeitsleistung tatsächlich beschaffen war, spielte keine Rolle. In Großbritannien kam die Kündigung einer Thekenkraft vor die Gerichte, die damit begründet wurde, »als Frau« könne sie keine großen Bierfässer rollen, die von Zeit zu Zeit angeliefert würden. Manchmal trifft es auch Männer: Frauen hätten bei Gymnastikkursen die bessere Akzeptanz, so dass der Lehrer X gekündigt wurde.⁵ Der diskriminierende Charakter liegt hier auf der Hand. Nach Auffassung des LAG Köln ist dies auch dann der Fall, wenn eine Frau deshalb nicht auf einen freien Arbeitsplatz versetzt wird, weil dort Gewichte bis zu 50 kg getragen werden müssten: Es gebe durchaus Frauen, die dazu in der Lage seien, und Männer, die dies überfordere.⁶ Was geschieht, wenn im Kleinbetrieb mit acht Be-

1 Däubler AiB Heft 10/2006.

2 Däubler AiB Heft 12/2006.

3 Einzelheiten zur Einbeziehung von arbeitnehmerähnlichen Personen in den Diskriminierungsschutz Nollert-Borasio/Perrong, AGG, Basiskommentar, § 6 Rdnr. 7; Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert, Kommentar zum AGG, Baden-Baden 2006, Erläuterungen zu § 6 AGG.

4 17.1.1985 – 3 Ca 2105/85.

5 Alle Beispiele nach Schiek/Horstkötter, NZA 1998, 863.

6 LAG Köln v. 8.11.2000 – 3 Sa 974/00 – NZA-RR 2001, 232 für den Fall einer Einstellung.

schäftigten die einzige Frau ohne nähere Begründung gekündigt wird? Ist dies ein ausreichender Anhaltspunkt für eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts? Nach § 22 AGG muss der Betroffene »Indizien« vortragen, »die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen«. Ist dies ein solches Indiz? Die Gelehrten haben darüber noch wenig nachgedacht, so dass letztlich die Gerichte Maßstäbe entwickeln müssen. Am ehesten scheint mir eine differenzierende Lösung plausibel: Hatte die gekündigte Frau eine vergleichbare Tätigkeit wie alle oder die meisten übrigen Beschäftigten, wäre ein solches Indiz gegeben. Besaß sie dagegen eine Sonderfunktion (einzige Bürokräftin in einer kleinen Spedition), wird man zu einem abweichenden Ergebnis kommen; hier müssten weitere Anhaltspunkte wie frauenfeindliche Äußerungen hinzukommen.⁷ Dem Arbeitgeber steht es immer frei, sich auf einen sachlichen Grund zu berufen; je nach den Umständen wird ihm ein Beweis aber schwer fallen, wenn beim Gericht der Eindruck einer »Ausrede« entstanden ist. Eine wichtige Rolle kann die Schwangerschaft spielen. Zwar haben Schwangere nach § 9 Abs. 3 MuSchG einen umfassenden Kündigungsschutz, doch gilt dieser nicht für freie Mitarbeiter und andere arbeitnehmerähnliche Personen. Lediglich Heimarbeiterinnen sind nach § 1 Nr. 2 MuSchG erfasst. Soweit ein Dienstvertrag vorliegt, wäre eine auf die Schwangerschaft gestützte Kündigung unwirksam. Handelt es sich um zahlreiche aufeinander folgende Werkverträge, so müssen diese während der Schwangerschaft erneuert werden; die für Heimarbeiterinnen geltende Vorschrift des § 9 Abs. 4 MuSchG kann insoweit als Vorbild dienen. Schwangerschaftsbedingte Krankheiten dürfen den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses gleichfalls nicht in Gefahr bringen⁸, doch gilt dies nicht, wenn sich die Krankheit über die Schutzfristen hinaus fortsetzt.⁹ Dies ist durchaus angreifbar, da die kausale Verbindung mit einem geschlechtsspezifischen Merkmal nicht vom Zeitfaktor abhängt und an der Benachteiligung kein Zweifel besteht. Auch eine geplante Schwangerschaft darf nicht mitursächlich für eine Kündigung sein.¹⁰ Dies gilt auch dann, wenn von den Möglichkeiten der modernen Reproduktionsmedizin Gebrauch gemacht werden soll. Dies hat das ArbG Elmsborn¹¹ völlig übersehen, als es die Kündigung einer Zahnarthelferin aus einem Kleinbetrieb bestätigte, die ihrem

Arbeitgeber mitgeteilt hatte, sie habe die Absicht, sich einer künstlichen Insemination zu unterziehen.

Diskriminierung wegen Rasse und ethnischer Herkunft

Dass ein Afrikaner, ein Türke oder ein Russlanddeutscher ausdrücklich wegen der Hautfarbe bzw. der Herkunft gekündigt wird, ist wenig wahrscheinlich. Ein entsprechender Verdacht müsste durch Indizien wie beispielsweise abschätzige Bemerkungen des Arbeitgebers oder seiner Repräsentanten über »die Kanaken« oder »die Russen« belegt werden. Sind die Äußerungen streitig, so muss der Arbeitnehmer nach dem Wortlaut des § 22 AGG ihr Vorliegen beweisen. In der Literatur wird jedoch mit guten Gründen der Standpunkt vertreten, insoweit reiche eine »Glaubhaftmachung« aus.¹² Dies bedeutet, dass die Vorfälle nur als »überwiegend wahrscheinlich« (und nicht als »sicher feststehend«) bewiesen werden müssen. Im Kleinbetrieb wird man genauso wie beim Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts verfahren: Ist der Ausländer usw. der einzige unter mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern, dem gekündigt wird, so ist dies ein Indiz für eine unzulässige Benachteiligung. Dem Arbeitgeber steht es frei, im Einzelnen zu belegen, welche nicht-diskriminierenden Gründe für die Kündigung maßgebend waren.

Vorbehalte von Kunden oder Mitarbeitern gegen Ausländer und andere nicht zur lokalen Mehrheit zählende Personen¹³ sind ohne rechtliche Bedeutung. § 12 AGG verpflichtet im Gegenteil den Arbeitgeber, im Betrieb derartigen Vorstellungen entgegenzuwirken. Benötigt jemand als Angehöriger eines Nicht-EU-Staats eine Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis und fehlt diese oder fällt sie nachträglich weg, so ist wie nach bisherigem Recht eine Kündigung möglich. Die Richtlinien nehmen ausdrücklich die Staatsangehörigkeit aus, soweit diese für den Aufenthaltsstatus maßgebend ist.

Diskriminierung wegen Behinderung – die wichtigste Neuerung

Der Sonderkündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX beschränkt sich auf schwerbehinderte Arbeitnehmer und Auszubildende. § 127 Abs. 2 Satz 2 SGB IX bezieht die Heimarbeiter mit ein. Ausgeklammert bleiben alle anderen arbeitnehmerähnlichen Personen einschließlich der freien Mitarbeiter¹⁴ sowie alle Personen, die noch keine sechs Monate im Betrieb beschäftigt sind. Auch greifen die §§ 85 ff. SGB IX nicht ein, wenn das Arbeitsverhältnis ausschließlich im Ausland vollzogen wird.¹⁵ Wichtigste Ausnahme sind jedoch die so genannten einfachen Behinderten, die unter einem Grad der Behinderung (= GdB) von 50 liegen und auch keine Gleichstellung erlangt haben, die unter bestimmten Voraussetzungen ab einem GdB von 30 möglich ist.

§ 1 AGG bezieht sich im Gegensatz dazu auf jede Form von Behinderung wie sie in § 2 Abs. 1 SGB IX definiert ist. Dies

7 Eingehender Däubler, Kündigungsschutz für Arbeitnehmer, Düsseldorf 2006 (Verbraucherzentrale), S. 83 f.

8 EuGH v. 30.6.1998 – C-394/96, NZA 1998, 871 – Brown.

9 EuGH v. 8.11.1990 – C-179/88, NZA 1991, 173, bestätigt durch EuGH v. 8.9.2005 – Rs. C-191/03, NZA 2005, 1105.

10 Schiek/Horstkötter, NZA 1998, 863, 864; zustimmend KR-Pfeiffer (7. Aufl., 2005) § 611a Rdnr. 29.

11 29.1.1997 – 1e Ca 1902/96, LAGE § 242 BGB Nr. 40.

12 Nollert-Borasio/Perrong, § 22 Rdnr. 57; Basiskommentar, § 22 Rdnr. 5; Däubler/Bertzbach-Bertzbach, § 22 Rdnr. 17 ff.

13 Vgl. die Definition bei Schiek AuR 2003, 44, 46

14 ErfK-Rolfs (6. Aufl., München 2006) § 85 SGB IX Rdnr. 3; KR-Etzel §§ 85–92 SGB IX Rdnr. 16.

15 BAG v. 30.4.1987 – 2 AZR 192/86, NJW 1987, 2766.

ist in der Amtlichen Begründung zum AGG ausdrücklich hervorgehoben worden;¹⁶ auch die Rechtsprechung verfährt entsprechend.¹⁷ Zu dieser Gruppe zählen insbesondere Personen, die aufgrund von Erkrankungen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 SGB IX erfüllen. Dies ist dann der Fall, wenn körperliche Funktionen, geistige Fähigkeiten oder die seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass für einen Zeitraum von mehr als sechs Monaten eine Abweichung von dem für das Lebensalter typischen Zustand vorliegt und daher die Teilhabe des Betroffenen am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.

Erfasst sind beispielsweise leichtere psychische Erkrankungen wie Platzangst, die die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigen. Dasselbe gilt für Bulimie; auch wer einen GdB von 30 oder 40 besitzt, aber keine Gleichstellung erreicht, ist erfasst.¹⁸ Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Kündigung wegen Krankheit bedürfen insoweit der Überprüfung, als in jedem Einzelfall zu fragen ist, ob die Voraussetzungen einer »einfachen« Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX erfüllt sind.¹⁹ Dies wird auch von der neuesten Rechtsprechung des EuGH bestätigt,²⁰ die darauf abstellt, ob eine Krankheit eine Behinderung zur Folge hat.

Weiter wird man das Verbot der Benachteiligung wegen Behinderung auf alle jene Schwerbehinderten anwenden, die aus dem Schutz der §§ 85 ff. SGB IX »herausfallen«. In vielen Fällen der krankheitsbedingten Kündigung wird eine einfache Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX vorliegen. Dies gilt insbesondere bei länger dauernden und bei wiederkehrenden Erkrankungen, die auf dieselbe Ursache zurückzuführen sind.

Liegt ein solcher Fall vor, ist nicht etwa eine Kündigung generell unzulässig (was sie ja auch bei Schwerbehinderten nach den §§ 85 ff. SGB IX nicht ist). Sie ist aber nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Dieser gestattet eine »Bezugnahme« auf Merkmale des § 1 AGG wie die Behinderung, wenn eine »wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung« nicht mehr erfüllt werden kann und diese nicht etwa »überzogen«, sondern angemessen ist und einen rechtmäßigen Zweck verfolgt. Dies wird in aller Regel nur bei nicht überbrückbaren betrieblichen Störungen der Fall sein. Lässt sich eine Ersatzkraft finden, ist die Kündigung nicht geboten. Da Art. 5 der Rahmenrichtlinie »angemessene Vorkehrungen« zugunsten Behinderter verlangt, ist dem Arbeitgeber ggfs. ein höherer Aufwand als bei einem nicht behinderten Arbeitnehmer zuzumuten, der vorübergehend (beispielsweise wegen Entzugs der Fahrerlaubnis) nicht mehr weiterbeschäftigt werden kann und der deshalb durch einen Leiharbeitnehmer ersetzt werden muss. § 8 Abs. 1 AGG ist ausschließlich tätigkeitsbezogen, stellt also darauf ab, dass »wesentliche und entscheidende« Teile einer bestimmten Funktion von dem Betroffenen nicht mehr erfüllt werden können. Die finanzielle Belastung des Arbeitgebers spielt insoweit keine

Rolle, da sie sich nicht auf die Tätigkeit als solche bezieht. Dies bedeutet, dass in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung²¹ eine Kündigung nicht mehr auf übergroße Entgeltfortzahlungskosten gestützt werden kann.²² Damit ist in vielen Fällen eine krankheitsbedingte Kündigung nur noch schwer zu begründen. Denkbar ist, dass nicht der Gekündigte selbst, wohl aber ein naher Angehöriger Träger des Merkmals »Behinderung« ist. Das AGG greift auch in einem solchen Fall ein.²³ Muss etwa eine Mutter wegen eines behinderten und pflegebedürftigen Kindes häufig zu Hause bleiben und ihre gesetzlichen Rechte nach § 616 BGB und nach § 45 SGB V voll ausschöpfen, so wäre ein entsprechender Konfliktfall gegeben.²⁴ Eine Kündigung aus diesem Anlass würde gegen § 7 Abs. 1 AGG verstoßen.

Diskriminierung wegen Religion und Weltanschauung

Ähnlich wie das Geschlecht und die ethnische Zugehörigkeit wird die Religionszugehörigkeit als solche kaum je als Kündigungsgrund bemüht. Etwas anderes gilt nur bei Kirchen und ihren Einrichtungen, die beispielsweise den Kirchenaustritt oder einen Verstoß gegen kirchliche Grundüberzeugungen im Privatleben als Kündigungsgrund werten. Dies hat berechtigte Kritik erfahren,²⁵ der jedoch hier nicht näher nachzugehen ist: § 9 AGG will die überkommenen Strukturen aufrechterhalten, aus dem AGG selbst lässt sich daher ein Wandel nicht begründen. Konfliktpunkte haben sich im »normalen« Arbeitsverhältnis im Zusammenhang mit religiös motivierter Kleidung und Gebetszeiten ergeben. Das BAG hat das Tragen eines muslimischen Kopftuchs durch eine Warenhausverkäuferin nicht als Kündigungsgrund anerkannt;²⁶ dies folge aus der Religionsfreiheit, der im konkreten Fall keine relevanten Gegeninteressen des Arbeitgebers gegenüber gestanden hätten. Nach dem AGG wäre eine Kündigung eine Benachteiligung wegen der Religion, die nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 gerechtfertigt werden könnte. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn ein »Käuferboykott« wegen der fraglichen Person einsetzen und für sie auch keine andere Beschäftigungsmöglichkeit vorhanden wäre. Genauso ist beim Turban eines Sikh zu verfahren.²⁷ Eine Kollision mit der Arbeitspflicht kann sich bei

16 BR-Drucksache 329/06, S. 31, 9. Abs. der Erläuterungen zu § 1 AGG.

17 ArbG Berlin v. 13.7.2005 – 86 Ca 24618/04, NZA-RR 2005, 608. Ebenso die einheitliche Auffassung in der Literatur; s. die Nachweise bei Däubler/Bertzsch-Däubler § 1 Rdnr. 75.

18 S. den Fall ArbG Berlin aaO, Neurodermitis, die zu einem GdB von 40 führte.

19 Ebenso Thüsing/Wege NZA 2006, 136, 139.

20 EuGH 11.7.2006 – C-13/05 – DB 2006, 1617 – Chacón Navas.

21 Grundlegend BAG v. 23.6.1983 – 2 AZR 15/82, AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG v. 16.2.1989 – 2 AZR 299/88, AP Nr. 20 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG v. 29.7.1993 – 2 AZR 155/93, AP Nr. 27 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

22 Ebenso Thüsing NZA 2006, 777.

23 Däubler/Bertzsch-Däubler § 1 Rdnr. 97 f. m. w. N.

24 Ebenso Brodil, in: Tomandl/Schrammel (Hrsg.), Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, Wien 2005, S. 68.

25 Budde, AuR 2005, 353 ff.; vgl. auch Däubler, RdA 2003, 204.

26 BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, NZA 2003, 483.

27 Vgl. ArbG Hamburg v. 3.1.1996 – 19 Ca 141/95, AuR 1996, 243.

Gebetszeiten ergeben. Soweit sie in die offiziellen Pausen oder in andere Formen der Arbeitsunterbrechung gelegt werden, ist die betriebliche Ordnung nicht gestört, die Vorname der religiösen Handlungen daher unproblematisch.²⁸ Tritt eine Kollision ein, ist durch Rücksprache mit dem Vorgesetzten nach einer Lösung zu suchen.²⁹ Ist diese nicht erreichbar, dürfte die Arbeitspflicht den Vorrang haben. Bei religiösen Feiertagen von Minderheitsreligionen sollte man grundsätzlich genauso entscheiden, d. h. zunächst eine einvernehmliche Regelung versuchen; der Arbeitgeber sollte beispielsweise eine unbezahlte Freistellung anbieten.³⁰ Bei Schichtplänen ist im Rahmen des Möglichen darauf Rücksicht zu nehmen, dass Moslems an Freitagen und Juden an Samstagen grundsätzlich nicht arbeiten sollen. Unterbleiben derartige Abstimmungsversuche, wäre die Kündigung wegen Arbeitsverweigerung an den Feiertagen nicht »letztes Mittel« und daher rechtswidrig.

Diskriminierung wegen Alters

In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit darüber, dass das Erreichen einer bestimmten Altersgrenze (etwa von 65 Jahren) keinen Kündigungsgrund nach dem KSchG darstellt.³¹ Das Alter ist auch dann kein Kündigungsgrund, wenn sich das Unternehmen ein »jugendliches Image« geben möchte und deshalb langjährige Beschäftigte zu »Imagebelastungen« werden. Heute lässt sich dieses Kündigungsverbot auf § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 AGG stützen. Es gilt auch außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG sowie gegenüber arbeitnehmerähnlichen Personen. Ausgeschlossen ist weiter, einem älteren Arbeitnehmer mit der Begründung zu kündigen, Ältere seien nicht flexibel und leistungsfähig und würden keinerlei neue Ideen mehr entwickeln. Insoweit handelt es sich um ein »Stereotyp«, also eine Pauschalvorstellung, die genauso wenig eine Kündigung rechtfertigen kann wie unbewiesene Annahmen über die angeblich geringere Qualität von Frauen- oder Ausländerarbeit.

Das Erreichen eines bestimmten Lebensalters begründet auch keine Vermutung dafür, dass der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen könne.³² Der Arbeitgeber ist zudem verpflichtet, das Nach-

lassen der Leistungsfähigkeit wegen Alters hinzunehmen.³³ Bleibt die Leistung des älteren Arbeitnehmers jedoch deutlich hinter der vergleichbarer Beschäftigter mit ähnlichem Alter zurück, so kann dies auf ungenügendem Einsatz beruhen, was nach Abmahnung eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt.³⁴ Kann davon nicht die Rede sein, weil sich der Betroffene im Rahmen seiner Möglichkeiten bemüht, so kommt nur eine personenbedingte Kündigung in Betracht. Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung des BAG, dass das Leistungsniveau vergleichbarer Arbeitnehmer während eines längeren Zeitraums um mehr als ein Drittel unterschritten wird und auch eine Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz ausscheidet.³⁵ Allerdings ist in solchen Fällen heute immer zu prüfen, ob nicht eine Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX vorliegt. Gerade das Zurückbleiben hinter der Leistung Gleichaltriger könnte ein gewichtiges Indiz in dieser Richtung sein.

In besonders gelagerten Einzelfällen kann ein (jüngeres oder höheres) Alter von der Tätigkeit selbst gefordert sein, so dass § 8 Abs. 1 AGG eingreift. Jugendmoden können schwerlich von älteren Damen und Herren präsentiert werden, und die Rolle des »weisen Alten« im Theater sollte nicht von einem 22-jährigen verkörpert werden. Allerdings ist auch in solchen Fällen vor starren Altersgrenzen zu warnen; so hat der französische Kassationshof entschieden, eine Altersgrenze von 39 Jahren für einen Tänzer bei den »Folies Bergères« lasse sich nicht mehr rechtfertigen.³⁶

Diskriminierung wegen sexueller Identität

Schon vor über zehn Jahren hat das BAG eine Kündigung während der Probezeit beanstandet, weil sie ausschließlich wegen des homosexuellen Verhaltens des Arbeitnehmers in der Privatsphäre ausgesprochen worden war und deshalb gegen § 242 BGB verstieß.³⁷ Damals wurde mit dem aus Art. 1 und 2 GG folgenden Recht zur eigenen Lebensgestaltung argumentiert, das sich nur dann Beschränkungen gefallen lassen müsse, wenn sich – was hier nicht der Fall war – negative Auswirkungen auf den betrieblichen Bereich ergeben würden. Heute folgt dasselbe Ergebnis aus § 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 AGG: Die sexuelle Identität darf auch nicht mitbestimmend für eine Kündigung sein, es sei denn, durch sie könnten »wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen« im Sinne des § 8 Abs. 1 nicht erfüllt werden. Dies ist schwer vorstellbar.

Wer in seiner Freizeit atypischen, aber nicht strafbaren sexuellen Neigungen folgt, ist gegen Kündigungen aus diesem Anlass gleichfalls geschützt. Aus der Rechtsprechung ist an den Fall eines Krankenpflegers zu erinnern, der sich in einer Talkshow zu sadomasochistischen Praktiken bekannte und dessen Kündigung vom ArbG Berlin³⁸ für unwirksam erklärt wurde. Auch die Mitwirkung an Softpornos, bei denen exhibitionistische Neigungen zum Ausdruck kamen, stellte nach Auffassung des ArbG Passau³⁹

28 LAG Hamm v. 18.1.2002 – 5 Sa 1782/01, NZA 2002, 675.

29 LAG Hamm v. 26.2.2002 – 5 Sa 1582/01, NZA 2002, 1090.

30 S. schon LAG Düsseldorf v. 14.2.1963 – 7 Sa 581/62, JZ 1964, 258.

31 BAG v. 20.11.1987 – 2 AZR 284/86, DB 1988, 1501, 1502; aus der Literatur Kittner/Däubler/Zwanziger, § 1 KSchG Rdnr. 117; KR-Etzel § 1 KSchG Rdnr. 289 jeweils mwN. Eine andere Frage ist, dass ein Arbeitsverhältnis auf das 65. Lebensjahr befristet werden kann.

32 So ausdrücklich BAG v. 20.11.1987 – 2 AZR 284/86, NZA 1988, 617, 619.

33 Kittner/Däubler/Zwanziger, § 1 KSchG Rdnr. 144; KR-Etzel, § 1 KSchG Rdnr. 385 jeweils mwN.

34 BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784.

35 BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02, NZA 2004, 784, 788.

36 Dazu Langlois, Droit Social 2006, 155 ff.

37 BAG v. 23.6.1994 – 2 AZR 617/93, NZA 1994, 1080.

38 7.7.1999 – 36 Ca 30545/98, BB 2000, 1042.

39 11.12.1997 – 2 Ca 711/97 D., NZA 1998, 427.

kein kündigungsrelevantes Verhalten dar. Berufet sich der Arbeitgeber in Bereichen außerhalb des KSchG nicht ausdrücklich auf solche Vorfälle, so muss die gekündigte Person Indizien glaubhaft machen. Diese können auch in einem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der fraglichen Aktivität und der Kündigungserklärung liegen.

Fazit

Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG bringt in vielen Fällen eine Akzentverschiebung; Kündigungen be-

dürfen einer stärkeren Rechtfertigung. Dies gilt insbesondere in Bereichen, in denen das KSchG keine Anwendung findet. Eine Kündigung wegen Krankheit wird in vielen Fällen nicht mehr möglich sein. Weitere Beschränkungen folgen aus dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung, auf das in einem späteren Beitrag eingegangen wird.

DR. WOLFGANG DÄUBLER ist Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen

Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen durch Tarifvertrag

Ein Überblick über die BAG-Rechtsprechung

In etlichen Tarifverträgen sind betriebsbedingte Kündigungen ab Erreichen eines bestimmten Lebensalters und/oder ab Erfüllung einer bestimmten Betriebszugehörigkeit ausgeschlossen. Vielfach werden auch im Zusammenhang mit Unternehmensumstrukturierungen betriebsbedingte Änderungs-, manchmal darüber hinaus auch betriebsbedingte Beendigungskündigungen durch Tarifvertrag im Rahmen von Beschäftigungssicherungs- oder Arbeitsplatzsicherungsvereinbarungen ausgeschlossen bzw. eingeschränkt. Ändert sich nach Abschluss der Tarifvereinbarung die tatsächliche Situation – plant beispielsweise das Unternehmen weitere Restrukturierungsmaßnahmen vor Ablauf der Laufzeit des Tarifvertrags (ein Betrieb oder Betriebsteil soll geschlossen oder aber ein Betriebsteil ausgegliedert werden und die betroffene Belegschaft oder aber Teile von ihr widersprechen dem Betriebsübergang) – so stellt sich die Frage, wie weit der tariflich vereinbarte Kündigungsschutz dann reicht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der tarifliche Kündigungsausschluss mit Zustimmung der Eigentümer – beispielsweise in den Aufsichtsgremien – erfolgt ist. Eine Fragestellung, die gerade bei Haustarifverträgen öfter eine Rolle spielt.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) geht im Grundsatz davon aus, dass in den Fällen altersgesicherter und aufgrund tariflicher Vorschriften wegen langer Betriebszugehörigkeit bzw. höheren Lebensalters unkündbarer Arbeitnehmer eine außerordentliche Kündigung ausnahmsweise mit so genannter Auslaufrist zulässig ist, wenn das Unternehmen gänzlich stillgelegt wird. Diese Rechtsprechung stellt dar-

auf ab, dass es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist, ein Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten, wenn für den Arbeitnehmer ersichtlich keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht.¹ Die grundgesetzlich gesicherte Berufs- bzw. Gewerbefreiheit des Unternehmers schließe es aus, ein unzumutbares – sozusagen sinnleertes – Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten.² Insoweit wird wohl davon auszugehen sein, dass regelmäßig die Geschäftsgrundlage für den Kündigungsschutztarifvertrag entfallen ist und sich hieraus die Kündigungsberechtigung ergibt.

Stilllegung einzelner Betriebe oder Betriebsteile

Wird nur ein Betrieb eines Unternehmens oder ein Betriebsteil bzw. eine Abteilung eines Betriebs stillgelegt, so ist die Rechtslage differenziert zu betrachten. Insbesondere ist der Arbeitgeber gehalten, den tariflichen Schutzzweck derartiger Beschäftigungssicherungsvereinbarungen gerade in besonderen Krisensituationen nicht durch die Stilllegung eines Betriebs oder Betriebsteils zu unterlaufen.

Anknüpfungspunkt: Regelung des § 626 BGB und Auslaufrist

Dabei knüpft die neuere Rechtsprechung des BAG ausschließlich an § 626 BGB an und versucht, einer Schlechterstellung der besonders geschützten Arbeitnehmer ge-

¹ BAG v. 28.3.1985, AP BGB § 626 Nr. 86; 5.2.1998, AP BGB § 626 Nr. 143.

² Vgl. BAG v. 18.10.2000, NZA 2001, 219.