

Schwerpunktbereichsklausur: Von Puffautos und Kaffeebohnen

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Tim Husemann**, Wiss. Mitarbeiterin **Antje Weirauch**, Bochum*

Der Fall wurde – gekürzt um die Problematik der Beteiligung des Betriebsrats – im Wintersemester 2015/1016 von Prof. Dr. Jacob Joussen als Vorlesungsabschlussklausur zur Vorlesung „Individualarbeitsrecht mit europäischen Bezügen“ im Schwerpunktbereich „Arbeit und Soziales“ gestellt.

Sachverhalt¹

K ist Betreiber einer Kaffeemanufaktur mit Sitz in Düsseldorf. K beschäftigt zwölf Mitarbeiter, davon sind zehn in der Produktion tätig und zwei als Auslieferungsfahrer. Der Produktionshelfer X ist Betriebsrat in der Kaffeemanufaktur. Einer der Auslieferungsfahrer ist A, der seit zwei Jahren bei K tätig ist und die Cafés in Bochum mit Kaffeebohnen beliefert. Da A im Kollegenkreis nicht gerne über sein Privatleben spricht, geht im Betrieb das Gerücht um, er sei homosexuell.

Anfang Januar 2015 schafft K ein neues Auslieferungsfahrzeug an. Dieses hat er – wie er findet – besonders werbewirksam gestalten lassen: Auf der Beifahrerseite des Autos ragen zwei nur mit roten Pumps bekleidete Frauenbeine aus einem Meer von Kaffeebohnen hervor. Darüber steht die Aufschrift „Verführerisch lecker“.

K hinterlässt dem V, der als die rechte Hand von K agiert, eine Notiz: „Lass unseren Schwulen mit dem neuen Wagen fahren, da freut er sich ☺.“ A findet später diese Notiz. Während A nunmehr mit dem neuen Fahrzeug fahren muss, behält Y, der andere Auslieferungsfahrer, sein ursprüngliches Auslieferungsfahrzeug. A ist empört. Die Werbung sei geschmacklos und einfach nur peinlich. Er erklärt gegenüber dem K: „Mit so einem Puffauto fahre ich nicht!“

Daraufhin erhält er am 15.1.2015 ein von K unterschriebenes Schreiben: „Sehr geehrter Herr A, wir haben Ihnen ein neues Dienstfahrzeug zugeteilt. Sie weigern sich jedoch grundlos, mit diesem ‚Puffauto‘, wie Sie es nennen, zu fahren. Wir weisen Sie darauf hin, dass Ihre schwulen Befindlichkeiten für uns bei der Auswahl unseres Wagenparks keine Rolle spielen können. Sollten Sie sich weiterhin weigern, dieses Dienstfahrzeug zu benutzen, sehen wir keine andere Möglichkeit, als Ihnen zu kündigen.“

A ist der Meinung, solche Beleidigungen müsse er sich nicht gefallen lassen, geschweige denn ihnen Folge leisten. Er weigert sich weiterhin, mit dem Auto zu fahren. Unterstützung bekommt er bei X, der sich – nachdem er Kenntnis des Sachverhalts bekommen hat – am 17.1.2015 schriftlich an K wendet und mitteilt:

„Als Betriebsrat teile ich Ihnen mit, dass ich mit der Versetzung des A in ein anderes Auto nicht einverstanden bin. Das nächste Mal fragen Sie mich vorher.“

* Die Autoren sind Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht von Prof. Dr. Jacob Joussen an der Ruhr-Universität in Bochum. Die Verf. danken ihm für wertvolle Hinweise.

¹ Der Sachverhalt ist inspiriert durch den der Entscheidung des ArbG Mönchengladbach, Urt. v. 14.10.2015 – 2 Ca 1765/15, zugrunde liegenden Fall.

K nimmt den Brief des X und heftet ihn zu den anderen. Stattdessen teilt er X am 19.1.2015 schriftlich mit, dass er beabsichtige, A zu kündigen. X wird über den Sachverhalt informiert und erhält den später verwendeten Entwurf des Kündigungsschreibens. Nach dessen Lektüre ist er völlig entsetzt und beschließt, besser nichts mehr zu sagen.

Am 27.1.2015 erhält A folgenden Brief:

„Wir kündigen Ihr Arbeitsverhältnis zu Ende Februar 2015. Da eine weitere Tätigkeit keinen Sinn mehr hat, können Sie von heute an zu Hause bleiben.“

Der Brief ist am selben Tag von V unterzeichnet worden. Zwar ist V die rechte Hand von K, aber zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen ist er nicht ermächtigt worden. V hatte den Brief ohne Kenntnis des K geschrieben und abgeschickt, während K auf Geschäftsreise war. A fragt sich zwar, ob V überhaupt das Recht hat, ihm zu kündigen, ist aber so wütend, dass er auf keinen Fall mit V reden möchte. Er unternimmt daher nichts und bleibt fortan zu Hause. Am 12.2.2015 erhält er von K ein Schreiben, in dem dieser die Kündigung vom 27.1.2015 bestätigt.

Nachdem sich A von dem anfänglichen Schock erholt hat, erhebt er am 27.2.2015 Klage vor dem Arbeitsgericht Bochum. K könne das Arbeitsverhältnis so doch unmöglich wirksam beendet haben. Dass er das Auto nicht habe fahren wollen, sei schließlich kein Grund. K hätte es doch auch dem anderen Auslieferer zuteilen können. Dies und die Schreiben vom 15.1.2015 und vom 27.1.2015 zeigten doch, dass K es auf ihn abgesehen habe. K bestreitet dies. Er könne seine Fahrzeuge doch zuteilen, wie er wolle. Im Übrigen würde sich ein normaler Mensch doch gar nicht über diese Werbung aufregen. A solle daher nicht behaupten, er sei ungerecht behandelt worden.

Wird die Klage des A Erfolg haben?

Bearbeiterhinweis

Von Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit der Parteien ist auszugehen. Das folgende Bild zeigt das Fahrzeug, das A benutzen sollte.



Foto: picture alliance/dpa/Roland Weirauch

Lösungsvorschlag

Die Klage des A hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

A. Zulässigkeit**I. Sachliche Zuständigkeit**

Das Arbeitsgericht ist nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 3b, 8 Abs. 1 ArbGG sachlich zuständig, da um die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses im ersten Rechtszug gestritten wird. A ist Arbeitnehmer.² Das Arbeitsgericht entscheidet gem. §§ 2 Abs. 5, 46 Abs. 1 ArbGG im Urteilsverfahren.

II. Örtliche Zuständigkeit, §§ 2, 46 ArbGG, §§ 12 ff. ZPO

Das Arbeitsgericht Bochum müsste örtlich zuständig sein. In Betracht kommt eine örtliche Zuständigkeit nach § 48 Abs. 1a ArbGG.

Für den besonderen Gerichtstand des Arbeitsortes ist nach § 48 Abs. 1a S. 1 ArbGG der Ort maßgeblich, an dem der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung gewöhnlich tatsächlich erbringt. Erfolgt die Erbringung der Arbeitsleistung gewöhnlich an mehreren Orten, ist der Ort zu bestimmen, an dem die Arbeitsleistung überwiegend erbracht wird.³

K startet von Düsseldorf aus die Belieferung der Cafés, diese liegen jedoch alle im Bochumer Stadtgebiet, sodass K seine Arbeitsleistung überwiegend in Bochum erbringt, was für ein Verfahren nach § 2 Abs. 1 Nr. 3b ArbGG die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts in Bochum begründet.

III. Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit

Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit sind gegeben.

IV. Ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 253, 256 ZPO

A müsste ordnungsgemäß Klage erhoben haben. Er begehrt die Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht wirksam beendet wurde. Damit ist die Kündigungsschutzklage als besondere (negative) Feststellungsklage statthafte Klageart.

V. Feststellungsinteresse, § 256 ZPO

A müsste zudem ein besonderes Feststellungsinteresse geltend machen. Ein solches ist bei Feststellungsklagen gem. § 256 ZPO stets erforderlich. Bei einer Kündigungsschutzklage ist dies wegen der Wirksamkeitsfiktion der §§ 4, 7 KSchG und dem evtl. drohenden Verlust des Arbeitsplatzes jedoch immer anzunehmen.

VI. Zwischenergebnis

Die Klage des A ist zulässig.

² Die Arbeitnehmereigenschaft des A war hier unproblematisch, zur Darstellung von Fällen, in denen dies nicht der Fall ist vgl. Greiner, Jura 2014, 273.

³ Hohmann, in: Nomos Kommentar zum ArbGG, 3. Aufl. 2014, § 48 Rn. 5.

B. Begründetheit

Die Klage des A müsste begründet sein. Dies ist der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis des A durch die Kündigung vom 27.1.2015 nicht wirksam beendet wurde.

I. Wirksamkeitsfiktion, §§ 4, 7 KSchG

Dazu dürfte zunächst keine Wirksamkeitsfiktion gem. §§ 4, 7 KSchG eingetreten sein. Zur Verhinderung der Wirksamkeitsfiktion muss der Arbeitnehmer gem. § 4 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Kündigungsschutzklage erheben. Ob A rechtzeitig Klage erhoben hat, hängt davon ab, wann ihm die schriftliche Kündigung zugegangen ist. Hierfür kommen zwei mögliche zeitliche Anknüpfungspunkte in Betracht: Der Zugang der Kündigungserklärung des V am 27.1.2015 oder der Zugang der Bestätigung der Kündigung am 13.2.2015.

1. Wirksame Vertretung?

Hinweis: Schon in diesem Zusammenhang kann die Frage angesprochen werden, ob K durch V überhaupt wirksam vertreten wurde.

Damit das Kündigungsschreiben des V vom 27.1.2015 überhaupt als Kündigung des K gesehen werden kann, müsste V den K wirksam vertreten haben. Dies ist zunächst abzulehnen, da V nicht zur Kündigung von Arbeitsverträgen ermächtigt war. Da die Kündigung ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt, ist eine Vertretung ohne Vertretungsmacht grundsätzlich gem. § 180 S. 1 BGB unzulässig.

Die Vertretung könnte jedoch ausnahmsweise gem. § 180 S. 2 BGB zulässig sein. Dies ist der Fall, wenn der Erklärungsempfänger die behauptete Vertretungsmacht nicht beanstandet. V hat durch Auftreten als Stellvertreter des K Vertretungsmacht behauptet. A hat dies nicht beanstandet. Eine Ausnahme im Sinne des § 180 S. 2 BGB liegt daher vor und führt zur Anwendbarkeit des § 177 BGB, demzufolge der Vertretene die Vertretung ohne Vertretungsmacht genehmigen kann. Eine Genehmigung gem. § 177 Abs. 1 BGB ist durch K erfolgt.

Damit ist die Vertretung des K durch V wirksam. V hat am 27.1.2015 wirksam die Kündigung ausgesprochen.

Hinweis: Die gerade i.V.m. Kündigungen regelmäßig herangezogene Norm des § 174 BGB betrifft demgegenüber Erklärungen des wirksam bevollmächtigten Vertreters, der seine Bevollmächtigung allerdings bei der Kündigungserklärung gegenüber dem Arbeitnehmer nicht nachweist.⁴

2. Frist eingehalten?

Für die Einhaltung der Frist des § 4 KSchG ist entscheidend, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist:

⁴ Valentini, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 38, Stand: 1.11.2013, § 174 Rn. 1.

Wenn es auf den Zeitpunkt, in dem V die Kündigung ausspricht (27.1.2015), ankommt, dann ist die Klage (27.2.2015) verfristet.

Wenn auf den Zeitpunkt der Genehmigung (13.2.2015) abzustellen ist, dann wäre die Klage noch rechtzeitig.

Nach einer Ansicht kommt es nur auf den Zeitpunkt der Kündigungserklärung an, da der Arbeitnehmer sich ohnehin nur noch gegen inhaltliche Fehler der Kündigung wenden könne.⁵ In diesem Fall stünden die Mängel bereits bei Erklärung der Kündigung fest und es sei nicht erforderlich, den Arbeitnehmer bis zur Genehmigung besonders zu schützen.⁶ Auch der Arbeitgeber werde dadurch nicht benachteiligt, da es ihm freistehe, die Kündigung zu genehmigen oder nicht⁷ und die Präklusionsfrist für eine Klage seinerseits nicht gelte.⁸

Nach anderer Ansicht ist in solchen Fällen auf den Zeitpunkt der Genehmigung abzustellen: Dem Arbeitgeber sei eine Kündigung durch einen nicht ermächtigten Vertreter, die aufgrund der fehlenden Vertretungsmacht nicht vom Willen des Arbeitgebers gedeckt sei, nicht zuzurechnen. Dies würde erst durch seine Genehmigung geschehen.⁹ Dass diese Rückwirkung entfaltet (vgl. § 184 Abs. 1 BGB), sei für die Präklusionsfrist nicht von Belang.¹⁰ Denn § 4 S. 1 KSchG knüpfe den Beginn der Frist an den Zugang der Kündigungserklärung, also auch an die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Arbeitnehmer.¹¹ Gleiches müsse dann auch für die Genehmigung gelten.¹² Das arbeitgeberseitige Interesse an der Klärung der Wirksamkeit der Kündigung beginne bei Kündigungen durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erst mit der Genehmigung.¹³

Hinweis: An dieser Stelle muss ein Streitentscheid erfolgen. Beide Ansichten sind vertretbar. Schon aus klausurtaktischen Gründen bietet es sich jedoch an, wie hier vorgeschlagen, dem BAG zu folgen.

A hat somit die Frist des § 4 KSchG eingehalten. Die Wirksamkeit der Kündigung wird nicht gem. §§ 4, 7 KSchG fingiert.

⁵ Stiebert, NZA 2013, 657 (660).

⁶ Stiebert, NZA 2013, 657 (660).

⁷ Stiebert, NZA 2013, 657 (660).

⁸ Dem stünde schon der Wortlaut des § 4 KSchG entgegen, der nur von der Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers spreche, vgl. Stiebert, NZA 2013, 657 (659 f.).

⁹ BAG AP KSchG 1969 § 4 Nr. 70.

¹⁰ Vgl. allgemein Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 184 Rn. 2; zur Verjährung Gursky, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 184 Rn. 38 m.w.N.

¹¹ BAGE 143, 84.

¹² BAGE 143, 84.

¹³ BAGE 143, 84.

II. Kündigungserklärung

1. Schriftform, § 623 BGB

Die Kündigung müsste für ihre Wirksamkeit gem. § 623 BGB die Schriftform wahren. Dies ist der Fall.

2. Wirksame Vertretung

V hat K wirksam vertreten.

Hinweis: Hier fiel die Prüfung der wirksamen Vertretung mit der Einhaltung der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG zusammen. Wäre dies nicht der Fall, müsste man die Thematik des § 180 BGB an dieser Stelle problematisieren.

3. Unwirksamkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 Hs. 1 AGG?

Hinweis: Kann auch als separater Prüfungspunkt behandelt werden.

Die Kündigung könnte gem. § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 Hs. 1 AGG unwirksam sein. Dies setzt jedoch voraus, dass das AGG auf Kündigungen anwendbar ist. Dem könnte § 2 Abs. 4 AGG entgegenstehen.

Nach einer Ansicht solle § 2 Abs. 4 AGG die Anwendung der in Umsetzung der europarechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien geschaffenen gesetzlichen Regelungen im Bereich der Kündigungen vollständig ausschließen.¹⁴ Die Regelung des § 2 Abs. 4 AGG verstoße daher gegen Unionsrecht, denn die Antirassismusrichtlinie und die Rahmenrichtlinie erstreckten ihren sachlichen Anwendungsbereich ausdrücklich auch auf Entlassungsbedingungen. Der EuGH habe in der Entscheidung „Chacon Navas“¹⁵ das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters auf die Kündigung bezogen. Wegen des Verbots der Auslegung contra legem sei eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich. Allerdings greife die Argumentation des EuGH in den Rechtssachen „Mangold“¹⁶ und „Kücükdeveci“¹⁷ auch hier: § 2 Abs. 4 AGG sei auch an der Europäischen Grundrechtecharta (EUGRCh) zu messen und verstoße gegen Art. 20, 21 EUGRCh. Ein Verstoß sei gegeben, wenn ganze Sachbereiche von vornherein aus dem Antidiskriminierungsrecht herausgenommen würden. § 2 Abs. 4 AGG sei deshalb unanwendbar, so dass eine Anwendung der übrigen Normen des Gesetzes möglich sei.¹⁸

¹⁴ Bayreuther, DB 2006, 1842; Sagan, NZA 2006, 1257 f.; Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt, Kommentar zum AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 28 ff.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 11.7.2006 – C-13/05 (Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA).

¹⁶ EuGH, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04 (Werner Mangold v. Rüdiger Helm).

¹⁷ EuGH, Urt. v. 19.1.2010 – C-555/07 (Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG).

¹⁸ Vgl. Sagan, NZA 2006, 1257 (1259 f.); Schleusener (Fn. 14), § 2 Rn. 28 ff.; ähnlich v. Steinau-Steinrück/

Nach anderer Ansicht sage § 2 Abs. 4 AGG hingegen nur, dass Diskriminierungsverbote nicht als eigene Unwirksamkeitsnormen angewendet werden sollen¹⁹. § 2 Abs. 4 AGG könne richtlinienkonform ausgelegt werden: Die Diskriminierungsverbote des AGG seien bei Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des KSchG in der Weise zu beachten, dass sie Konkretisierungen des Begriffs der Sozialwidrigkeit darstellten. Bei Verstoß einer ordentlichen Kündigung gegen Diskriminierungsverbote des AGG sei daher u.U. die Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 KSchG gegeben.²⁰

Der Streit kann jedoch dahinstehen, wenn die Kündigung bereits aus anderen Gründen unwirksam ist.

Hinweis: Bei einem Streitentscheid sind beide Ansichten vertretbar. Entweder wird daraufhin die AGG Problematik an dieser Stelle behandelt oder (wie hier vorgeschlagen) später im Rahmen der Kündigung.

III. Besonderer Kündigungsschutz

Es liegen keine Anhaltspunkte für einen besonderen Kündigungsschutz vor.

IV. Beteiligung des Betriebsrats

Der Betriebsrat war vor der Kündigung gem. § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG zu hören, dabei sind gem. § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Dies geschieht hier am 19.1.2016. Da X sich entschließt nunmehr besser zu schweigen, gilt seine Zustimmung sogar gem. § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG nach Ablauf von einer Woche, d.h. am 26.1.2015, als erteilt. Die am 27.1.2015 ausgesprochene Kündigung ist damit nicht wegen fehlender Beteiligung des Betriebsrates unwirksam.

V. Allgemeiner Kündigungsschutz

Die Kündigung könnte wegen eines Verstoßes gegen das KSchG unwirksam sein. Das setzt zunächst dessen Anwendbarkeit voraus. Als Arbeitnehmer, der zwei Jahre, also länger als sechs Monate, bei K beschäftigt ist, fällt A in den persönlichen Anwendungsbereich des KSchG gem. § 1 KSchG. Der betriebliche Anwendungsbereich gem. § 23 KSchG ist ebenfalls eröffnet, da im Betrieb des A zwölf Arbeitnehmer, also nicht weniger als fünf, beschäftigt sind. Das KSchG ist somit anwendbar.

VI. Soziale Rechtfertigung der Kündigung

Infolgedessen ist die Kündigung unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist, § 1 Abs. 1 KSchG. Dies ist gem. § 1 Abs. 2 KSchG der Fall, wenn die Kündigung nicht durch

personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe gerechtfertigt ist. In Betracht kommt eine verhaltensbedingte Kündigung des A.

1. Verletzung von Vertragspflichten durch steuerbares Verhalten

Dazu müsste A seine Vertragspflichten durch steuerbares Verhalten verletzt haben. Eine solche Verletzung könnte in der Weigerung des A, das „Puffauto“ zu fahren, zu sehen sein. Dies ist aber nur dann eine Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflicht, wenn eine Vertragspflicht überhaupt besteht. Dies setzt voraus, dass die Weisung, das „Puffauto“ zu fahren, rechtmäßig ist.

a) Rechtsgrundlage für die Weisung: § 106 GewO

Dazu müsste K die Weisung im Rahmen seines Weisungsrechts nach § 106 GewO erteilt haben. Das Weisungsrecht findet seine Grenzen u.a. in gesetzlichen Regelungen, wozu auch das AGG gehört.²¹

aa) Verstößt die Weisung gegen § 7 AGG?

Die Weisung könnte gegen § 7 AGG verstoßen.

(1) Anwendbarkeit des AGG?

Dazu müsste das AGG zunächst anwendbar sein. Der persönliche Anwendungsbereich ist eröffnet, denn A ist Beschäftigter im Sinne von § 6 Abs. 1 AGG. Auch der sachliche Anwendungsbereich ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG eröffnet, da die Weisung Arbeitsbedingungen des A betrifft, nämlich das zu nutzende Fahrzeug. Das AGG ist somit anwendbar.

(2) Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes?

Die Weisung müsste eine Benachteiligung aufgrund eines in § 1 AGG genannten Grundes darstellen. Hier kommt eine unmittelbare Benachteiligung wegen der sexuellen Identität des A in Betracht.

Die Homosexualität gehört zur sexuellen Identität, allerdings gibt es nur Gerüchte, dass A schwul ist. Nach § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG²² ist es aber gerade nicht notwendig, dass das Merkmal auch tatsächlich vorliegt. Es reicht aus, wenn zur Benachteiligung auf ein nur vermutetes Merkmal abgestellt wird. Insoweit erfüllt das Abstellen auf die - vermeintliche - Homosexualität hier die Voraussetzungen des AGG.

Grundsätzlich wäre A darüber hinaus beweisbelastet für das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen, aber er könnte evtl. gem. § 22 AGG Indizien vortragen, die eine Benachtei-

Schneider, in: *AnwaltKommentar zum Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2010, § 2 AGG Rn. 21; Bayreuther, DB 2006, 1842; Wenckebach, AuR 2008, 70 (71); Thüsing, BB 2007, 1506 (1507); Düwell, FA 2007, 107 (109); Däubler, in: Däubler/Bertzbach, *Handkommentar zum AGG*, 3. Aufl. 2013, § 2 Rn. 256 ff.

¹⁹ Vgl. BAG NZA 2009, 361 (365).

²⁰ Vgl. BAG NZA 2009, 361 (363).

²¹ BAG NZA 2013, 1160 Rn. 27; Wank, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, *Kommentar zur GewO*, 8. Aufl. 2011, § 106 Rn. 15; Preis, in: *Erfurter Kommentar zur GewO*, 16. Aufl. 2016, § 106 Rn. 4.

²² Wortlaut: „[...] dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.“

ligung vermuten lassen und zu einer Beweislastverschiebung führen würden.²³

Fraglich ist, ob die Schreiben des K (Abmahnung; Kündigung) i.V.m. der Weisung, das neue Auslieferungsfahrzeug zu fahren, als ausreichendes Indiz für eine Benachteiligung zu werten sind. Hier ist zu trennen:

Lassen die Schreiben hinreichend vermuten, dass die Weisung, das „Puffauto“ zu fahren, auf der Homosexualität des A beruht? Die Abmahnung folgt zeitlich erst auf die Weisung, das Auto zu fahren; dies gilt jedoch nicht für den Zettel, den A später findet.

Damit ist zumindest dieser Zettel ein ausreichendes Indiz, dass die Weisung auf dem genannten Grund beruht.

Im Hinblick auf die Frage, ob die Weisung auf der Homosexualität beruht, liegt ein ausreichendes Indiz vor. K müsste hier den vollen Gegenbeweis erbringen, was ihm kaum gelingen dürfte.

Von dem Umstand, ob die Weisung auf der sexuellen Orientierung des A beruht, ist allerdings die Frage zu trennen, ob das Fahren des „Puffautos“ überhaupt eine Benachteiligung darstellt.

Hier muss nach wie vor A den vollen Beweis erbringen, § 22 AGG ist auf diese Tatbestandsvoraussetzung nicht anwendbar.²⁴ Der Wortlaut der Vorschrift, („die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen“), könnte hier auf eine weites Verständnis hindeuten, ist jedoch mit Blick auf die europäische Herkunft der Vorschrift nur auf den Kausalzusammenhang und nicht auch auf das Vorliegen der Benachteiligung an sich zu beziehen.²⁵

Nach § 3 Abs. 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Erfährt A hier eine weniger günstige Behandlung, weil er mit dem neuen Auslieferungsfahrzeug fahren muss?

A selbst bejaht dies, was schon aus seiner Reaktion deutlich wird. Für die Beurteilung, ob eine weniger günstige Behandlung vorliegt, kommt es jedoch auf die objektive Einschätzung eines verständigen Dritten an.²⁶

Hinweis: An dieser Stelle sollte eine vertiefende Argumentation erfolgen, warum das Fahren in dem Auto eine Benachteiligung darstellt oder nicht. Entscheidend ist, dass hier der Maßstab (subjektives Empfinden des A vs. Einschätzung eines verständigen Dritten) thematisiert wird.

Es spricht viel dafür, dass ein verständiger Dritter sich nicht an der Werbung gestört hätte, zumal es durchaus üblich ist, dass Firmenwagen, insbesondere Lieferfahrzeuge, Werbung aufweisen. Der Umstand an sich stellt also keine Benachteiligung dar. Ist es dann aber die besondere Form der Werbung, die auch von einem verständigen Dritten als Benachteiligung eingestuft werden könnte? Auch dies ist zu verneinen. Dass in der Werbung unbedeckte Frauenbeine gezeigt werden, ist nicht unüblich und würde auch einen verständigen Dritten nicht irritieren. Selbst wenn er diese Art von Werbung nicht gutheißt, ist nicht anzunehmen, dass er sich daran in der Form stören würde, dass er in der Weisung, das betreffende Auto zu fahren, eine Benachteiligung sehen würde. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein verständiger Dritter die Werbung mit der Firma und nicht mit A selbst in Verbindung bringen würde, sodass A in dieser Hinsicht keine Rufschädigung droht.

Eine Benachteiligung des A liegt somit nicht vor.

Hinweis: Hier lässt sich - unter genauerer Argumentation - auch eine andere Auffassung vertreten.

(3) Ergebnis zum Verstoß gegen AGG

Die Weisung des K verstößt nicht gegen das AGG und ist aus diesem Grund nicht unwirksam.

bb) Verstößt die Weisung gegen betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht?

Dies hätte zur Folge, dass sie dann ebenfalls unwirksam wäre, denn eine Weisung, die unter Missachtung der Mitbestimmungsrechte erfolgt, ist nach Ansicht des BAG und herrschender Lehre unwirksam (sog. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung).²⁷

(1) Bestehendes Mitbestimmungsrecht:

Voraussetzung ist zunächst das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts. Ein solches könnte evtl. aus § 99 BetrVG folgen, welcher hier aber wegen weniger als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern nicht anwendbar ist.

Hinweis: Nur ergänzend, d.h. für Mitarbeiter, die die fehlende Anwendbarkeit übersehen, sei auf den folgenden Prüfungspunkt hingewiesen:

(2) Verletzung des Mitbestimmungsrechts

Außerdem liegt in der Zuteilung eines anderen Fahrzeugs keine Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG, so dass ein Mitbestimmungsrecht auch aus diesem Grunde nicht besteht.

²³ Zum Regelungskonzept des § 22 AGG vgl. *Schlachter*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 16. Aufl. 2016, § 22 AGG Rn. 1.

²⁴ *Roloff*, in: *Beck'scher Online-Kommentar zum AGG*, Ed. 38, Stand: 1.12.2015, § 22 Rn. 3 mit Verweis auf BT-Drs. 16/2022, S. 30.

²⁵ So etwa auch *Schlachter* (Fn. 23), § 22 Rn. 2.

²⁶ Vgl. BAG NZA 2010, 561; BAG NZA 2012, 555.

²⁷ BAG AP Nr. 5 zu § 84 ArbGG 1979; *Wank* (Fn. 21), § 106 Rn. 16; *Reichold*, in: *Münchener Handbuch zum ArbR*, 3. Aufl. 2009, § 36 Rn. 25; a.A. die sog. Theorie der erzwingbaren Mitbestimmung: *Richardi*, in: *Kommentar zum BetrVG*, 12. Aufl. 2010, § 87 Rn. 104 ff.

cc) Ergebnis Verletzung von Vertragspflicht

Damit bestand eine Vertragspflicht und A hat hiergegen verstoßen.

2. Verhältnismäßigkeit

Die Kündigung müsste zudem verhältnismäßig sein. Ausprägung dieser Anforderung bei einer verhaltensbedingten Kündigung ist, dass der Arbeitgeber das zu beanstandende Verhalten zunächst abmahnt. Dies ist hier geschehen. Die Abmahnung erfüllt die an sie gesetzten Anforderungen der Hinweis- und Warnfunktion.²⁸

3. Konkrete Interessenabwägung

Schließlich müsste die Kündigung einer konkreten Interessenabwägung standhalten. Der Werbung als Recht des K, seine (Berufs-) Tätigkeit auszuüben, steht das Persönlichkeitsrecht des A, gegen seinen Willen nicht mit einem solchen Auto fahren zu müssen, gegenüber.

Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ist hier jedoch eher nur marginal tangiert, so dass eine Interessenabwägung zugunsten des K ausfällt.

VII. Einhaltung der Kündigungsfrist

K müsste die gesetzliche Kündigungsfrist des § 622 BGB eingehalten haben. Diese hängt bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber gem. § 622 Abs. 2 BGB von der Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers ab. A ist seit zwei Jahren für K tätig. Gem. § 622 BGB Abs. 2 Nr. 1 BGB beträgt die Kündigungsfrist somit einen Monat zum Ende eines Kalendermonats. A erhielt die Kündigung zu Ende Februar 2015 am 27.1.2015. Die Kündigungsfrist wurde folglich eingehalten.

VIII. Ergebnis

Die Kündigung des A ist somit wirksam und die Klage damit unbegründet. Das Arbeitsgericht wird die Kündigungsschutzklage abweisen.

²⁸ Zur Abmahnung vgl. *Eisemann*, in: Küttner, Personalbuch, 22. Aufl. 2015, Stichwort: Abmahnung Rn. 1 ff.