

# Schwerpunktbereichsklausur: Individualarbeitsrecht

## Antidiskriminierungs- und Kündigungsrecht\*

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Stephan Schmidt**, Wiss. Mitarbeiterin **Anna-Katharina Klus**, Bochum\*\*

*Die Klausur behandelt zwei Kernbereiche des examensrelevanten Individualarbeitsrechts. Im ersten Teil stehen Fragen des Antidiskriminierungsrechts im Vordergrund, insbesondere das Problem der Sprachanforderungen im Anforderungsprofil einer ausgeschriebenen Stelle sowie dasjenige des sog. „AGG-Hoppings“. Der zweite Teil fordert von den Prüflingen, spezielle Fragen des Kündigungsrechts mit solchen des Allgemeinen Teils des BGB zu verbinden.*

### Sachverhalt

#### Teil 1

K ist nach einem siebenjährigen Studium der Informatik endlich bereit für den Arbeitsmarkt und auf der Suche nach einer freien Stelle. Den an der Universität Warschau erworbenen Abschluss hat K zum Anlass genommen, sich persönlich und beruflich durch einen Umzug nach Deutschland weiterzuentwickeln. Er wohnt zunächst bei Verwandten in Erfurt, um einen ersten Anlaufpunkt sowie eine deutsche Adresse vorzuweisen.

Nach seiner Ankunft bewirbt er sich im ganzen Bundesgebiet auf viele, inhaltlich unterschiedliche Stellen, die teils im Zusammenhang mit seiner akademischen Ausbildung stehen, aber auch immer wieder abseits davon liegen. Zuletzt sieht er am 15.12. auf der Homepage des Telekommunikationsunternehmens (T) für den von der Wohnung des K 350 Kilometer entfernten Standort Bonn – einem Betrieb ohne Betriebsrat – folgende Stellenanzeige: „Android Software Entwickler (w/m/d)“. Nach einer Erläuterung des Stellenprofils mit den üblichen Anforderungen folgt ein Link mit der Angabe: „Bitte bewerben Sie sich hier online“, dem K sofort folgt. Im Online-Bewerbungsformular soll K nach einigen Angaben zu seiner Person und seinen Fähigkeiten zum Anforderungspunkt „Deutschkenntnisse“ zwischen „Deutsch Muttersprache“ und „anderweitige Deutschkenntnisse“ wählen. K wählt „anderweitige Deutschkenntnisse“. Er hat – wie ungefähr die Hälfte aller anderen Polen – Deutsch in der Schule und darüber hinaus auch im Studium gelernt. Im abschließend geforderten Motivationsschreiben verwendet K eine standardisierte Vorlage, die er bereits für andere Bewerbungen verwendet hat und passt diese nur knapp und floskelartig auf die Besonderheiten von T an.

---

\* Die Klausur wurde im Wintersemester 2019/2020 an der Ruhr-Universität Bochum als Abschlussklausur der Vorlesung „Vertiefung Individualarbeitsrecht“ von Prof. Dr. *Jacob Jousen* im Schwerpunktbereich 2 (Arbeit und Soziales) gestellt.

\*\* Der Autor *Schmidt* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (Prof. Dr. *Jacob Jousen*) und Rechtsreferendar am LG Essen. Die Autorin *Klus* ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. *Matteo Fornasier*, LL.M. [Yale]).

Am 20.12. erhält K eine Absage von T. K fühlt sich herabgesetzt. Deutsch als Muttersprache sei für Programmierer/-innen – was zutrifft – kein entscheidendes Kriterium. T habe zudem keine weitere Abstufung nach unterschiedlichen Deutschkenntnissen angeboten. Deshalb fordert er am 23.12. von T die Zahlung einer Entschädigung in Höhe von sechs Monatsgehältern. T lehnt dies ab und bietet K an, am 30.12. doch noch zu einem Vorstellungsgespräch zu erscheinen, was K jedoch seinerseits ohne Angabe von Gründen ablehnt. Vor Gericht meint T, dass K keine Entschädigung zustehen könne, da er – was stimmt – schon achtmal nach erfolglosen Bewerbungsverfahren Unternehmen auf Entschädigungen verklagt habe. Diese Tatsache, die Ablehnung des Vorstellungsgesprächs und auch die sonstigen Gesamtumstände zeigen nach Ansicht von T, dass es K bei seinen Bewerbungen nicht auf die konkrete Stelle abgesehen habe.

#### Aufgabe 1

Steht K ein Anspruch auf Entschädigung zu?

#### Teil 2

Bei T kehrt auch nach dem Rechtsstreit mit K keine Ruhe ein. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Mitarbeitern X, der seit einem Jahr bei T beschäftigt ist, und Y fallen am 15.5. schwerwiegende Äußerungen. Nach der dritten Nachtschicht in Folge beschimpft X den Y nach dessen provozierenden Äußerungen über den Lieblingsverein des X als „türkischen Esel“. Nach weiteren Wortgefechten mit Y, dessen Großvater tatsächlich aus der Türkei stammt, zitiert X eine halbe Stunde später beim Aufeinandertreffen an der Stempeluhr einen seiner Lieblingspolitiker und ruft Y zu, dass man ihn „in Anatolien entsorgen solle“. T reagiert zunächst nicht, sodass Y die Presse einschaltet. Als dadurch der Großkunde (G) des T auf den Vorfall aufmerksam wird, erklärt dieser gegenüber T, dass er alle Geschäftsverbindungen mit T beenden werde, wenn T keine Maßnahmen gegenüber X ergreife. Am 28.5. kündigt T das Arbeitsverhältnis mit X fristlos. Das Schreiben lässt T am gleichen Tag um 16.45 Uhr bei X in den Hausbriefkasten einwerfen. Die Zustellung der Deutschen Post AG und auch anderer Anbieter im Stadtteil des X erfolgt stets zwischen 9 und 13 Uhr. Die allgemeinen Zustellzeiten der Deutschen Post AG enden um 16 Uhr. Bei anderen Anbietern ist die Postzustellung teils erst am frühen Abend beendet.

X erhebt am 19.6. Kündigungsschutzklage. T erklärt, dass für X keine wirtschaftlichen Schäden in Kauf genommen werden und dieser bereits wegen ähnlicher Verfehlungen abgemahnt worden sei. X erwidert darauf, dass der Streit mit Y nicht allein seine Schuld gewesen sei und T genügend andere Kunden habe.

#### Aufgabe 2

Ist die zulässige Kündigungsschutzklage begründet?

Prüfen Sie alle im Sachverhalt angelegten Probleme, ggf. auch hilfsgutachterlich.

### Anlage

Mai						
Montag	Dienstag	Mittwoch	Donnerstag	Freitag	Samstag	Sonntag
				1 Tag der Arbeit	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21 Christi Himmelfahrt	22	23	24
25	26	27	28	29	30	31 Pfingsten
Juni						
Montag	Dienstag	Mittwoch	Donnerstag	Freitag	Samstag	Sonntag
1 Pfingsten	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11 Fronleichnam	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30					

### Lösungsvorschlag

#### I. Anspruch auf Entschädigung, § 15 Abs. 2 S. 1 AGG

K könnte gegen T einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld haben, § 15 Abs. 2 S. 1 AGG.

#### 1. Anwendungsbereich

##### a) Persönlicher Anwendungsbereich, § 6 AGG

Gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 AGG sind grundsätzlich auch Bewerber als Beschäftigte im Sinne des AGG anzusehen. Problematisch ist an dieser Stelle jedoch, wie der Begriff des Bewerbers zu definieren ist.

Einerseits könnte man den Bewerber als eine Person definieren, die ihre Bewerbungsunterlagen eingereicht hat und außerdem subjektiv ernsthaft an der ausgeschriebenen Stelle interessiert ist (subjektiver Bewerberbegriff).<sup>1</sup> Auf die formale Stellung als Bewerber durch Einreichen einer Bewerbung kommt es nicht an.<sup>2</sup> Wird die Bewerbung in der Absicht abgegeben, nach der Ablehnung durch den potenziellen Arbeitgeber Entschädigungsansprüche nach dem AGG geltend zu machen, so ist davon auszugehen, dass es an der subjektiven Ernsthaftigkeit fehlt.<sup>3</sup>

Für den subjektiven Bewerberbegriff spricht zwar, dass dieser bereits zu einem frühen Zeitpunkt verhindert, dass die formale Stellung als Bewerber lediglich erworben wird, um im Anschluss Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche geltend machen zu können.<sup>4</sup> Entscheidend gegen diese Defi-

inition spricht jedoch der Wortlaut des Gesetzes, der keinerlei Anhaltspunkte für die Berücksichtigung subjektiver Elemente bietet.<sup>5</sup>

Ein anderer Ansatzpunkt für die Definition des Bewerberbegriffs knüpft an die formale Einreichung der Bewerbungsunterlagen (formaler Bewerberbegriff) an.<sup>6</sup> Hiernach ist es für die Bewerberstellung ausreichend, dass eine Person ihre Bewerbungsunterlagen eingereicht hat.<sup>7</sup> Auf die subjektive Ernsthaftigkeit des Bewerbers kommt es demgegenüber nicht an.<sup>8</sup>

Indem K das Online-Bewerbungsformular abgeschickt hat, hat er seine Bewerbungsunterlagen bei T eingereicht und ist nach dem formalen Bewerberbegriff als Bewerber im Sinne der Vorschrift zu anzusehen.

Es entspricht dem Sinn und Zweck des AGG – einen möglichst weitreichenden Schutz zu gewährleisten<sup>9</sup> –, wenn möglichst viele Personen unter den Anwendungsbereich des Gesetzes gefasst werden können. Einer etwaig vorwerfaren Gesinnung kann unter Zugrundelegung dieser Definition außerdem im Einzelfall über den Einwand des Rechtsmissbrauchs Rechnung getragen werden.<sup>10</sup> Die Definition nach dem formalen Bewerberbegriff ist daher vorzugswürdig. K ist Bewerber im Sinne von § 6 Abs. 1 S. 2 AGG und der persönliche Anwendungsbereich ist damit eröffnet.

##### b) Sachlicher Anwendungsbereich, § 2 AGG

Als Bewerber sucht K Zugang zu unselbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Damit ist auch der sachliche Anwendungsbereich gegeben.

##### 2. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG

Letztlich müsste auch ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG vorliegen.

##### a) Pönalisiertes Merkmal, § 1 AGG

Als pönalisiertes Merkmal nach § 1 AGG kommt die ethnische Herkunft in Betracht. Unter ethnischer Herkunft versteht man die Zugehörigkeit zu einer kulturell und/oder geschichtlich verbundenen, räumlich begrenzten Volksgruppe, die geprägt ist durch ein Gefühl gemeinschaftlicher Solidarität.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> Benecke, EuZA 2018, 403 (412).

<sup>6</sup> BAG NZA 2016, 1394 (1399); Preis/Temming (Fn. 3), § 34 Rn. 1579; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 157; Benecke, EuZA 2018, 403.

<sup>7</sup> Horcher, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 55, Stand 1.8.2020, AGG § 6 Rn. 16 m.w.N.; Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, AGG § 6 Rn. 3.

<sup>8</sup> Benecke, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum AGG, Stand 1.6.2020, § 6 Rn. 33 ff. m.w.N.; Schlachter (Fn.7), AGG § 6 Rn. 3.

<sup>9</sup> Schmidt, in: Schiek, Kommentar zum AGG, § 6 Rn. 4.

<sup>10</sup> BAG BeckRS 2012, 65090 (Rn. 53); Bauer/Krieger, SAE 2015, 75 (77).

<sup>11</sup> BAG BeckRS 2016, 119064 (Rn. 37).

<sup>1</sup> BAG NJW 2009, 3319 (3322); Horcher, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 55, Stand 1.8.2020, AGG § 6 Rn. 17; Bauer/Krieger, SAE 2015, 75.

<sup>2</sup> Horcher, NZA 2015, 1047.

<sup>3</sup> Preis/Temming, Individualarbeitsrecht, 6. Aufl. 2020, § 34 Rn. 1579.

<sup>4</sup> Preis/Temming (Fn. 3), § 34 Rn. 1579.

Kriterien für die Annahme einer ethnischen Herkunft sind beispielsweise eine gemeinsame Sprache, Traditionen, Bräuche und eine gemeinsame Geschichte.<sup>12</sup> K ist Pole. Die Polen stellen – unabhängig von der Staatszugehörigkeit<sup>13</sup> – eine westslawische Ethnie dar, die auf dem Staatsgebiet Polens und in der Diaspora leben. Das Merkmal der ethnischen Herkunft liegt somit vor.

*b) Unmittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 1 AGG*

K könnte unmittelbar im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt worden sein. Das ist der Fall, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die Sprache ist schon kein in § 1 AGG genannter Grund.<sup>14</sup> Eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG scheidet damit aus.<sup>15</sup>

*c) Mittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 2 AGG*

In Betracht kommt damit, durch die Möglichkeit, „Deutsch Muttersprache“ im Online-Bewerbungsformular auszuwählen, dass eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vorliegt. Eine mittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG besteht, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich.

*aa) Neutrales Kriterium*

Die Sprache ist kein in § 1 AGG genanntes Kriterium und damit ein neutrales Kriterium.

*bb) Benachteiligende Wirkung*

Fraglich ist jedoch, ob der Anforderung „Deutsch Muttersprache“ eine benachteiligende Wirkung zukommt. Muttersprache ist die Sprache, die man von Kind auf oder als Kind als erstes lernt. Gemeint ist damit der primäre Spracherwerb. Sie ist typischerweise mit der Herkunft eines Menschen und dem Sprachraum, in dem er aufgewachsen ist, verbunden und damit auch (mittelbar) mit seiner ethnischen Herkunft.<sup>16</sup> Anders als sonstige Sprachkenntnisse lässt sich eine Mutter-

sprache per definitionem nicht neu erlernen. Als Anforderung schließt sie alle Bewerber aus, die nicht in ihrer frühen Kindheit ohne formalen Unterricht Deutsch gelernt haben, und dies ganz unabhängig davon, wie gut sie die deutsche Sprache beherrschen.<sup>17</sup> Damit kommt der Auswahlmöglichkeit „Deutsch Muttersprache“ eine benachteiligende Wirkung zu. Durch die Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch<sup>18</sup> bzw. die Nichteinstellung<sup>19</sup> ist K tatsächlich benachteiligt worden.<sup>20</sup>

*cc) „Wegen“ eines in § 1 AGG genannten Grundes – Kausalität, § 7 Abs. 1 AGG*

Die benachteiligende Wirkung müsste auf einem in § 1 AGG genannten Grund beruhen. Ausdrücklich wurde K von T nicht wegen seiner Ethnie abgelehnt. Jedoch genügt gemäß § 22 AGG das Vorliegen von Indizien, die die Vermutung begründen, dass die Benachteiligung wegen des Merkmals stattgefunden hat. Ein solches Indiz könnte hier in der Stellenausschreibung des T liegen. Eine Stelle darf gemäß § 11 AGG nicht entgegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden. Die Auswahlmöglichkeit „Deutsch Muttersprache“ im Online-Bewerbungsformular könnte insofern diskriminierend sein. Sie findet sich zwar nicht in der vorangestellten Stellenausschreibung selbst. Jedoch ist das Online-Bewerbungsformular derart eng damit verknüpft, dass es sich auch an diesem Maßstab messen lassen muss. Mit der Auswahlmöglichkeit „Deutsch Muttersprache“ oder „anderweitige Deutschkenntnisse“ wird deutlich, dass gerade nicht die Abfrage der Sprachkenntnisse, sondern die Frage Muttersprachler „ja oder nein“ im Mittelpunkt stand. Damit wird deutlich gemacht, dass lediglich Bedarf bzw. Interesse an solchen Kandidaten besteht, die im deutschen Sprachraum aufgewachsen sind.<sup>21</sup> Die ethnische Herkunft des K ist damit nach der Vermutung des § 22 AGG kausal für die Benachteiligung geworden.

<sup>12</sup> Roloff, in: Beck'scher Online-Kommentar zum ArbR, Ed. 56, Stand: 1.6.2020, § 1 Rn. 3 AGG.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Serr, in: Staudinger, Kommentar zum AGG, 2018, § 1 Rn. 18.

<sup>14</sup> Serr (Fn. 13), § 1 Rn. 19.

<sup>15</sup> A.A.: LAG Hessen BeckRS 2015, 72814 (Rn. 24 ff.); ArbG Berlin NZA-RR 2010, 16 (17); Baumgärtner, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum AGG, Stand 1.6.2020, § 1 Rn. 77.

<sup>16</sup> BAG NZA 2018, 33 (38); ähnlich BAG BeckRS 2016, 119064 (Rn. 39).

<sup>17</sup> LAG Hessen BeckRS 2015, 72814 (Rn. 29).

<sup>18</sup> So noch BAG NJW 2012, 3805 (3806); BAG NZA 2014, 82 (84).

<sup>19</sup> So inzwischen BAG NJW 2020, 2289 (2291).

<sup>20</sup> Zur Erforderlichkeit einer tatsächlichen Benachteiligung bei § 3 Abs. 2 AGG Roloff (Fn. 12), AGG § 3 Rn. 17.

<sup>21</sup> Bei einer Differenzierungsmöglichkeit zwischen unterschiedlichen Deutschkenntnissen („verhandlungssicher“, „fortgeschritten“, „gute Kenntnisse“, „Grundlagen“) wäre es auch möglich, dass T mit der Frage nach den Deutschkenntnissen ausschließlich darauf abzielte, sich Informationen über das Sprachniveau und die Qualität der Beherrschung der deutschen Sprache durch die Bewerbenden zu verschaffen. Dann ließe sich dem Online-Bewerbungsformular nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit entnehmen, dass T nur „Muttersprachler“ im oben genannten Sinn sucht und anderweitig erworbene Sprachkenntnisse nicht genügen lässt; siehe BAG BeckRS 2016, 119064 (Rn. 41).

*dd) Rechtfertigung, § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG*

Es könnte jedoch eine Rechtfertigung im Sinne des § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG vorliegen, die die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung ausschließen würde. Hierfür müssten die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. Die Entscheidung eines Arbeitgebers, bestimmte Anforderungen an potenzielle Bewerber zu stellen, um die bestmögliche Verrichtung der späteren Tätigkeit sicherzustellen, fällt grundsätzlich in dessen Entscheidungsspielraum und stellt somit ein rechtmäßiges Ziel im Sinne des § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG dar.<sup>22</sup> Jedoch sind muttersprachliche Deutschkenntnisse für in der IT-Branche tätige Programmierer kein entscheidendes Qualifikationsmerkmal und dieses Ziel des Arbeitgebers ist damit sachlich nicht gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung gemäß § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG scheidet aus.

*d) Zwischenergebnis*

Es liegt eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG vor, die zu einem Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG führt.

*3. Entschädigung, § 15 Abs. 2 S. 1 AGG*

K hat somit grundsätzlich einen Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 AGG.

*4. Ausschluss wegen Rechtsmissbrauchs, § 242 BGB*

Dem Anspruch könnte jedoch der Einwand des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB entgegenstehen.<sup>23</sup> Hiernach darf sich niemand auf unrechtmäßig erworbene Rechte oder Rechtsgüter berufen. Das wäre der Fall, wenn K sich lediglich beworben hätte, um den formalen Status als Bewerber zu erhalten und anschließend Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 S. 1 AGG geltend machen zu können.<sup>24</sup> Rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt vor, wenn objektiv trotz Einhaltung der formalen Regelungen das Ziel der europäischen Richtlinien, auf denen das AGG beruht, nicht eingehalten werden kann und durch objektive Anhaltspunkte erkennbar wird, dass die Bewerbung subjektiv allein auf eine Entschädigung gerichtet ist.<sup>25</sup>

K hat sich auf verschiedene, über das gesamte Bundesgebiet verteilte Stellen beworben. Die von T ausgeschriebene Stelle befindet sich im 350 Kilometer entfernten Bonn. Als Erklärung hierfür kommt in Betracht, dass K unbedingt eine Anstellung finden möchte und dafür auch bereit ist, umzuziehen.<sup>26</sup> Dies gilt für K im Besonderen, da seine derzeitige Adresse lediglich ein erster Anlaufpunkt in Deutschland sein soll. Damit stellt das Bewerbungsverhalten des K für sich

genommen kein aussagekräftiges Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar. Auch, dass er sich auf Stellen unterhalb seiner Qualifikation beworben hat, könnte mit seinem dringenden Wunsch nach einer Arbeitsstelle zu erklären sein.

Die Verwendung eines standardisierten Bewerbungsschreibens könnte hingegen Ausdruck einer nicht ernstgemeinten Bewerbung sein. Wie viel Mühe sich ein Bewerber mit seinen Bewerbungsunterlagen gibt, ist aber vielmehr ein Grund für den Arbeitgeber, sich für oder gegen einen Bewerber zu entscheiden, als dass es die Vermutung auf rechtsmissbräuchliches Verhalten zulassen würde. Zudem spricht ein „effizienter Arbeitsaufwand“ beim Verfassen des Bewerbungsschreibens nicht gegen die Ernsthaftigkeit der Bewerbung.<sup>27</sup>

Zwar hat K bereits – jeweils nach erfolglosen Bewerbungsverfahren – achtmal Unternehmen auf Entschädigung verklagt, jedoch indiziert dies nicht die Grundlosigkeit der jeweiligen Klagen. Somit ist auch dies kein hinreichendes Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Bewerbungsverhalten.<sup>28</sup> Bestätigt wird diese rechtliche Einschätzung auch dadurch, dass das AGG für seine Durchsetzbarkeit und Durchsetzungskraft auf die Mitwirkung Betroffener angewiesen ist, wie sich aus § 17 Abs. 1 AGG ergibt. Würde man nun die vermehrte Durchsetzung eigener Ansprüche aus dem AGG als Indiz für einen Rechtsmissbrauch werten, würde dies dem Zweck von § 17 Abs. 1 AGG zuwiderlaufen.<sup>29</sup>

Als weiterer Anhaltspunkt für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten hat K auch eine nachträgliche Einladung zu einem Bewerbungsgespräch bei T abgelehnt. Relevanter Zeitpunkt für die Beurteilung, ob rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegt, ist jedoch der Zeitpunkt der Bewerbung.<sup>30</sup> Die nachträgliche Einladung und die Absage des K lagen zeitlich erst danach und können für den Rechtsmissbrauchseinwand somit keine Rolle spielen. Gleiches gilt für die Geltendmachung der hohen Entschädigungsforderung des K, die mit sechs Monatsgehältern deutlich oberhalb der Grenze von § 15 Abs. 2 S. 2 AGG liegt.

Im Ergebnis liegen damit keine ausreichenden Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des K vor.<sup>31</sup>

*5. Ergebnis*

K hat gegen T einen Anspruch auf angemessene Entschädigung in Geld, § 15 Abs. 2 S. 1 AGG. Die genaue Höhe des Anspruchs steht im Ermessen des Gerichts.

**II. Begründetheit der Kündigungsschutzklage**

Die Kündigungsschutzklage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung von T aufgelöst worden ist.

<sup>22</sup> BAG NZA 2018, 33 (39).

<sup>23</sup> Zur unionsrechtlichen Zulässigkeit siehe EuGH NJW 2016, 2796 (2798).

<sup>24</sup> BAG NZA 2017, 310 (314).

<sup>25</sup> BAG NZA 2017, 310 (315); vgl. auch *Armbrüster/Wollenberg*, JuS 2020, 400 (403).

<sup>26</sup> Vgl. auch BAG BeckRS 2017, 112923 (Rn. 143); LAG Hessen NZA-RR 2018, 584 (587).

<sup>27</sup> BAG NJW 2017, 1409 (1414).

<sup>28</sup> Vgl. BAG BeckRS 2017, 112923 (Rn. 144 ff.).

<sup>29</sup> *Kocher*, in: Schiek (Fn. 9), § 17 Rn. 1.

<sup>30</sup> BAG BeckRS 2017, 112923 (Rn. 142); LAG Hessen NZA-RR 2018, 584 (587).

<sup>31</sup> Eine a.A. ist ebenso vertretbar.

*1. Kündigungserklärung*

Eine wirksame schriftliche (§ 623 BGB) Kündigungserklärung liegt vor.

*2. Materielle Präklusionsfrist, §§ 13 Abs. 1 S. 2, 4 S. 1, 7 KSchG*

Um die Fiktion einer von Anfang an rechtswirksamen Kündigung zu verhindern, müsste X die Unwirksamkeit der Kündigung innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Wochen durch Einreichung einer Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht geltend gemacht haben.

Der Fristbeginn richtet sich hierbei nach den allgemeinen Regeln der §§ 187 ff. BGB. Entscheidend für den Fristbeginn im Sinne des § 187 Abs. 1 BGB ist damit der Zugang der Kündigungserklärung. Gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 BGB geht eine schriftliche Erklärung unter Abwesenden zu, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dieser unter normalen Umständen davon Kenntnis nehmen kann. Am 28.5. kündigte T das Arbeitsverhältnis mit X fristlos und ließ das Kündigungsschreiben noch am gleichen Tag um 16:45 Uhr in dessen Hausbriefkasten werfen. Mit dem Einwurf in den Briefkasten ist die Kündigung in den Machtbereich des X gelangt. Problematisch ist, wann X unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte. Grundsätzlich richtet sich dies nach den gewöhnlichen Verhältnissen und Gepflogenheiten. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist hierbei nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen.<sup>32</sup> Bei Hausbriefkästen wird überwiegend vertreten, dass sie nach Ende der örtlichen Zustellzeiten geleert werden, sodass dies den für den Zugang relevanten Zeitpunkt darstellt.<sup>33</sup> Nach anderer Ansicht ist die Zustellung durch die Deutsche Post AG, welche grundsätzlich um 16:00 Uhr endet, maßgeblich.<sup>34</sup> Teilweise wird sogar vertreten, dass ein noch späterer Zeitpunkt – ca. 17–18 Uhr – maßgeblich sei, da private Zusteller vereinzelt auch am späten Nachmittag und frühen Abend noch zustellen.<sup>35</sup>

Im Stadtteil des X erfolgt die Zustellung durch die Deutsche Post AG und auch andere Anbieter erfahrungsgemäß bis spätestens 13:00 Uhr. Zwar stellen einige private Anbieter in der Gegend auch erst am Abend zu, für eine objektive Vergleichbarkeit und im Sinne der Rechtssicherheit kann dies

jedoch keine Rolle spielen.<sup>36</sup> Der Einwurf des Briefs erfolgte am 28.5. sowohl nach 13:00 Uhr als auch nach 16:00 Uhr, sodass mit einer Kenntnisnahme durch X am 28.5. nicht zu rechnen war. Demnach ging die Kündigung erst am 29.5. zu. Damit begann die Frist gemäß § 187 Abs. 1 BGB am 30.5. um 0:00 Uhr zu laufen. Fristende ist gemäß § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB der 19.6. um 24:00 Uhr. X hat am 19.6. Kündigungsschutzklage erhoben und damit die Frist gewahrt.

*3. Wichtiger Kündigungsgrund*

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB müsste zunächst ein an sich wichtiger Grund vorliegen und anschließend eine Interessenabwägung im Einzelfall vorgenommen werden, ob es für den Arbeitgeber zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist fortzusetzen, oder ob die Umstände es erlauben, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen.

*a) An sich wichtiger Grund*

Möglich ist, dass der durch G ausgeübte Druck auf T ursächlich für die Kündigung war und damit ein Fall der sog. *echten Druckkündigung* vorliegt, für die nach § 626 Abs. 1 BGB besonders strenge Maßstäbe gelten.<sup>37</sup> Eine solche liegt vor, wenn der Grund der Kündigung in dem von Dritten auf den Arbeitgeber ausgeübten Druck, einen bestimmten Arbeitgeber zu entlassen, liegt und der Arbeitnehmer selbst keinen Anlass zur Kündigung geliefert hat.<sup>38</sup> Abzugrenzen ist diese von der *unechten Druckkündigung*, bei der der gekündigte Arbeitnehmer einen objektiven Anlass zur Kündigung gibt.<sup>39</sup>

Die Störung des Betriebsfriedens durch die fremdenfeindlichen bzw. rassistischen Äußerungen von X stellen eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB und damit eine Vertragspflichtverletzung dar.<sup>40</sup> Neben der Störung des Betriebsfriedens durch die rassistischen Äußerungen sind auch das Ansehen und die Außenbeziehungen von T, ebenso der Schutz des angegriffenen Arbeitnehmers Y vor Verletzungen seines Persönlichkeitsrechts betroffen. Es liegt damit ein an sich wichtiger, verhaltensbedingter Grund vor.<sup>41</sup> Damit hat X einen objektiven, verhaltensbedingten Grund für die Kündigung gegeben. Es handelt sich also um eine unechte Druckkündigung, bei der nicht die besonderen Voraussetzungen der echten Druckkündigung, sondern die allgemeinen Maßstäbe für einen verhaltens- bzw. personenbedingten Kündigungsgrund im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB gelten.<sup>42</sup>

<sup>32</sup> BAG AP KSchG 1969 § 5 Nr. 19, Rn. 21; BAG NZA 2015, 1183 (1187); BAG NJW 2019, 3666 (3667).

<sup>33</sup> BAG AP KSchG 1969 § 5 Nr. 19, Rn. 21; BAG NZA 2015, 1183 (1187); BAG NJW 2019, 3666 (3667).

<sup>34</sup> LAG Hamburg, Urt. v. 13.2.2014 – 8 Sa 68/13, Rn. 30 f. (juris).

<sup>35</sup> 17 Uhr: LAG München, Urt. v. 2.2.2011 – 11 Sa 17/10, Rn. 72 (juris); LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 14.12.2018 – 9 Sa 69/18, Rn. 52 (juris); 14 Uhr: LAG München, Urt. v. 5.3.2008 – 7 Ta 2/08, Rn. 13 (juris); nicht mehr nach 16 Uhr: LAG Köln NZA-RR 2011, 180 (182); 18 Uhr: *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 130 Rn. 6.

<sup>36</sup> LAG Hamburg, Urt. v. 13.2.2014 – 8 Sa 68/13, Rn. 30 f. (juris).

<sup>37</sup> Vgl. m.w.N. *Preis*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 626 Rn. 235.

<sup>38</sup> *Junker* (Fn. 6), Rn. 412.

<sup>39</sup> *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2019, Rn. 405.

<sup>40</sup> Dazu *Vossen*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 626 Rn. 220 f. m.w.N.

<sup>41</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Fall BAG NZA 1999, 1270.

<sup>42</sup> *Niemann*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, § 626 Rn. 185.

*b) Umfassende Interessenabwägung**aa) Negative Prognose*

Nach dem Prognoseprinzip können Vorfälle aus der Vergangenheit nur dann für die Interessenabwägung herangezogen werden, wenn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung davon auszugehen ist, dass diese Gründe das Arbeitsverhältnis auch in Zukunft wieder belasten werden.<sup>43</sup> X ist bereits in der Vergangenheit wegen ähnlicher Verfehlungen aufgefallen, dennoch hat sich ein solcher Zwischenfall im konkreten Fall wiederholt. Dies zeigt, dass auch künftig mit einem ähnlichen Verhalten zu rechnen ist und der Vorfall keine Ausnahme darstellt.

*bb) Ultima-ratio-Grundsatz*

Die außerordentliche Kündigung ist für den Arbeitgeber stets das letzte Mittel, um auf etwaiges Fehlverhalten seiner Arbeitnehmer zu reagieren, sodass sie grundsätzlich immer erst dann in Betracht kommt, wenn alle anderen möglichen, aber mildereren Mittel versagt haben.<sup>44</sup> Als solches gleich geeignetes, milderes Mittel käme hier eine Abmahnung in Betracht. T hat X jedoch bereits wegen ähnlicher Vorfälle in der Vergangenheit abgemahnt. Ebenfalls ist nicht zu erwarten, dass eine ordentliche Kündigung künftige Vertragsstörungen vermieden hätte. Die außerordentliche Kündigung war für T damit das letzte wirksame Mittel, um auf das Verhalten des X zu reagieren.

*cc) Übermaßverbot*

Insgesamt müsste jedoch auch dem Übermaßverbot ausreichend Rechnung getragen worden sein. Das ist der Fall, wenn die außerordentliche Kündigung angemessen ist.<sup>45</sup>

Die Äußerungen erfolgten zwar als Reaktion auf eine Provokation des Y und in Folge einer aufgeheizten Stimmung nach mehreren Nachtschichten. Jedoch hat X den Y gezielt und schwerwiegend beleidigt. Die Äußerungen hat X außerdem – mit zeitlichem Abstand – wiederholt getätigt. Zudem besteht durch die negative Berichterstattung für den Betrieb des T nun ein Imageproblem. Dies führt so weit, dass T und seinem Betrieb wirtschaftliche Nachteile drohen, wenn G die Geschäftsbeziehungen mit T tatsächlich beendet. Auch mit Blick auf die kurze Beschäftigungsdauer des X von lediglich einem Jahr ist es T nicht zumutbar, wegen des Verhaltens des X solche wirtschaftlichen Schäden in Kauf zu nehmen und ihn zu schützen. Die außerordentliche Kündigung war daher angemessen.

Alles in allem überwiegt damit das Interesse des T an der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

*4. Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 2 S. 1 BGB*

T müsste die Kündigung innerhalb der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB erklärt haben. Entscheidend ist, dass die Erklärung in diesem Zeitraum beim Arbeitnehmer zugegangen ist. Der Vorfall zwischen X und Y fand am

15.5. statt. An diesem Tag erhielt auch T Kenntnis davon. Nach § 187 Abs. 1 BGB begann die Zwei-Wochen-Frist damit am 16.5. um 0:00 Uhr zu laufen. Gemäß § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB ist Fristende der 29.5. um 24:00 Uhr. Wie bereits geprüft, ging die Kündigung X am 29.5. zu und damit noch innerhalb der Frist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB.

*5. Ergebnis*

Die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung liegen vor. Die Kündigungsschutzklage ist unbegründet.

<sup>43</sup> BAG NJW 2012, 407 (409).

<sup>44</sup> Junker (Fn. 6), Rn. 404.

<sup>45</sup> Junker (Fn. 6), Rn. 407.