

Rechtsanwalt Dr. Klaus Bertelsmann\*

## Die Drei-Wochen-Frist für Kündigungsschutzklagen gegen diskriminierende Kündigungen im Spannungsfeld europarechtlicher Präklusionsvorgaben

Diskriminierende Kündigungen sind in der Rechtspraxis zwar nicht allzu oft anzutreffen, aber liegt ein solcher Fall vor, scheitern sie fast immer an der Klagefrist des § 4 KSchG. Dies muss nicht so sein, denn diese Norm wird gleichsam europarechtlich überwölbt, so dass die Präklusion nicht verfängt. Weshalb somit auch im Kündigungsrecht der europäische Vorranggrundsatz einschlägig ist, ist Gegenstand des nachstehenden Beitrags.

### I. Einleitung

Zur Verdeutlichung der Problematik sollen drei Fälle Pate stehen, diesen liegen erkennbar solche Konstellationen zu Grunde, die selten vorkommen bzw. bei denen jedenfalls solche Umstände der Kündigung fast nie bekannt werden.

**Fall 1:** Eine 48jährige Arbeitnehmerin erhält nach langjähriger Betriebszugehörigkeit (Betrieb ohne Betriebsrat) eine schriftliche Kündigung mit überzeugenden betriebsbedingten Gründen. Sie reicht keine Klage ein. Einige Monate später hört sie, im Restaurant in der Nähe des Stammtischs sitzend, wie der Personalleiter ihrer ehemaligen Firma dort vor Kollegen schwadroniert, dass man nunmehr endlich das Ziel erreicht habe, im Betrieb keine Frau mehr zu beschäftigen, die älter als 45 sei.

**Fall 2:** Der Arbeitnehmer Z hat seine neue Tätigkeit begonnen, nach vier Monaten wird sein Arbeitsverhältnis trotz bester Leistungen gekündigt. Z weiß, dass das KSchG für ihn nicht gilt, weil er die sechsmonatige Wartezeit des § 1 noch nicht erfüllt hat – er klagt nicht. Nach vier Monaten erfährt er von einem früheren Arbeitskollegen, jemand habe dem Chef von seiner Homosexualität erzählt, daraufhin habe der Chef sofort beschlossen, die Kündigung des Z aussprechen zu wollen.

**Fall 3:** Im Rahmen der Umsetzung einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG mit Interessenausgleich mit Namensliste wird nach Monaten deutlich, dass signifikant mehr Frauen (insbes. ältere) als Männer vom Arbeitsplatzver-

lust betroffen sind. Später stellt sich heraus, dass Arbeitgeber und Betriebsrat einvernehmlich geschlechtsspezifisch und altersdiskriminierend die Auswahl getroffen haben – insbesondere ältere Frauen sollten raus. Gleich nachdem dies bekannt wird, klagen drei Frauen gegen die vor mehreren Monaten ausgesprochenen Kündigungen.

Alle drei Betroffenen würden ihre Kündigungsschutzklagen verlieren – denn die einheitliche Rechtsprechung<sup>1</sup> und auch fast die gesamte Literatur<sup>2</sup> gehen davon aus, dass für Klagen gegen Kündigungen (und auch gegen Befristungen nach deren Ablauf) stets die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG einzuhalten ist – auch für solche Kündigungen, die gegen Diskriminierungsverbote verstoßen.<sup>3</sup> Diese Auffassung wird hier *nicht* geteilt, vielmehr kann die Frist angesichts des geltenden EU-Rechts nicht angewandt werden. Denn in den Fällen, in denen man sich bei Einreichung einer Kündigungsschutzklage auf Verstöße gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) berufen will, kann die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG bzw. eine Geltendmachungsfrist des § 15 IV AGG, erst dann beginnen, wenn der Betroffene von der Benachteiligung *Kenntnis erlangt*.

\* Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner im Rechtsanwaltsbüro *Dr. Bertelsmann und Gäbert* in Hamburg.

1 BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 30 am Ende mwN.

2 Ua *Adomeit/Mohr*, AGG, 2. Aufl. 2011, § 2 Rn. 240 u. § 15 Rn. 101; *Bauer/Krieger*, AGG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 67; *Deinert in Däubler/Bertzbach*, AGG, 3. Aufl. 2013, § 15 Rn. 97, wohl auch ebda. *Däubler*, § 2 Rn. 263; *Günther/Frey*, NZA 2014, 586; *Nägele in Gallner/Mestwerdt/Nägele*, KSchR, 5. Aufl. 2015, § 2 AGG Rn. 8; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 38; *APS/Preis*, KSchR, 4. Aufl. 2012, Grundlagen J Rn. 71 g; *Preis/Temming*, NZA 2010, 192; *v. Rottecken*, AGG-online, Std.: Nov. 2015, § 2 Rn. 66, 71; *ErfK/Schlachter*, 16. Aufl. 2016, § 2 AGG Rn. 18; *Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 38; *KR/Treber*, 11. Aufl. 2016, § 2 AGG Rn. 22; *Stein in Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, 2008, § 2 Rn. 62.

3 Manche sehen bei Geltung der Frist die Möglichkeit als gegeben an, neben einer Entschädigung nach § 15 II AGG auch einen Schadensersatz nach § 15 I AGG geltend zu machen – zu Einzelheiten s. unten Teil III 3 f.

## II. EU-Richtlinie 2000/78/EG und § 2 IV AGG

Ausgangspunkt der Prüfung, ob die Drei-Wochen-Frist auch für diskriminierende Kündigungen gilt, ist der sehr strikte Wortlaut des § 2 IV AGG:

„Für Kündigungen gelten *ausschließlich* die Bestimmungen zum allgemeinen und zum besonderen Kündigungsschutz.“

Diese Norm hat im Hinblick auf das bestehende EU-Recht zu erheblichen Auslegungsproblemen geführt. Die in § 2 IV AGG erwähnten Regelungen zum *allgemeinen Kündigungsschutz* sind vor allem der erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1–14 KSchG), insbesondere mit den Regelungen zur sozialen Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung. Geregelt sind dort auch die strikte Drei-Wochen-Frist des § 4 für die Anrufung des Arbeitsgerichts nach Zugang der Kündigung und auch die Folge des Wirksamwerdens der Kündigung nach § 7 KSchG bei Fristversäumnis. Weiterhin gehören zum allgemeinen Kündigungsschutz auch die BGB-Regelungen zur Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB). Zum *besonderen Kündigungsschutz* gehören Regelungen, auf die sich ausschließlich besondere Arbeitnehmergruppen berufen können (zB Schwangere, Betriebsratsmitglieder ua).<sup>4</sup>

Die strikte Festlegung des Gesetzgebers in § 2 IV AGG, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen des Kündigungsschutzes gelten, verblüfft angesichts der Tatsache, dass keine der drei arbeitsrechtlichen EU-Richtlinien zur Anti-Diskriminierung (2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG) Ausnahmen für den Bereich des Kündigungsschutzes erlaubt. Die drei Richtlinien nennen in Art. 3 I Buchst. c ihres jeweiligen Geltungsbereichs das Verbot der Diskriminierung bei den Arbeitsbedingungen „einschließlich der Entlassungsbedingungen“. Zu den Entlassungsbedingungen gehören als wichtigster Fall Entlassungen durch Ausspruch von Kündigungen.<sup>5</sup> Alle drei Richtlinien verlangen also die Geltung der jeweiligen Richtlinie auch im Bereich Kündigung. Zudem werden in diesen Richtlinien bei Verstößen Sanktionen verlangt, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen.<sup>6</sup> Aufgabe des AGG war und ist es, die Diskriminierungsverbote dieser drei Richtlinien in deutsches Recht transformieren.

Der Wortlaut des § 2 IV AGG steht dem Inhalt und dem Zweck der Richtlinien damit entgegen. Deshalb hat die strikte Regelung durch den Gesetzgeber massive Kritik erfahren: „An dieser Stelle tritt zum wiederholten Mal die Absicht des Gesetzgebers, wie auch vieler gesellschaftlicher Gruppen in Deutschland, zu Tage, sich den aus den Gleichbehandlungsrichtlinien ergebenden Konsequenzen zumindest teilweise zu entziehen.“<sup>7</sup> Die Regelung erweist sich „als weitgehend folgenlos, ein leicht durchschaubarer Trick eines ‚Rosstäuschers‘“.<sup>8</sup> „Dass der Gesetzgeber sich überhaupt zu einer derart wirren Regelung hat hinreißen lassen, lässt sich allenfalls aus der Gesetzgebungsgeschichte erklären“.<sup>9</sup> Diese Gesetzgebungsgeschichte soll hier nicht dargestellt werden, es sei auf die entsprechende Literatur verwiesen.<sup>10</sup>

Der Wortlaut des § 2 IV AGG ist klar und eindeutig: Für Kündigungen sind ausschließlich die Regelungen des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes anzuwenden, nicht aber die Normen des AGG. Dies ist nicht nur der Wortlaut des Gesetzes, sondern entspricht nach mancher Auffassung auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.<sup>11</sup> Bei Geltung des § 2 IV AGG wäre auch klar, dass die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG einzuhalten wäre und bei Nichteinhaltung dieser Frist eine Kündigung nach § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gelten würde.

Im hier zu behandelnden Zusammenhang ist vor allem zu betonen, dass bei allen Kündigungen eine Gegenwehr nur mit einem Kündigungsschutzprozess erfolgen kann. Die Kündigungsschutzklage muss jedoch nach § 4 KSchG stets spätestens innerhalb von *drei Wochen nach Zugang* der Kündigung eingereicht werden. Bei Benachteiligungen in Anwendung des AGG dagegen müssen/können Ansprüche auf Schadensersatz bzw. Entschädigung nach § 15 IV AGG innerhalb einer Frist *von zwei Monaten nach Kenntnisnahme* schriftlich beim Arbeitgeber geltend gemacht werden. Sowohl die Frist für eine Geltendmachung als auch vor allem der Fristbeginn erst ab Kenntnisnahme des diskriminierenden Grunds unterscheidet sich beim AGG deutlich vom KSchG.

## III. Rechtsunwirksamkeit von § 2 IV AGG oder europarechtskonforme Auslegung?

Die Regelung des § 2 IV AGG wurde von nahezu allen Autoren<sup>12</sup> wegen Nichterfüllung der Richtlinien als nicht mit dem EU-Recht vereinbar erachtet. Auch ein Verstoss gegen das im EU-Recht geltende „Transparenzgebot“ wurde gerügt.<sup>13</sup> Sehr unterschiedlich waren jedoch die Auffassungen dazu, welche Folgen dieser Verstoss gegen EU-Recht haben müsse. In der Literatur wurden in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des AGG höchst variantenreich sehr unterschiedliche Meinungen vertreten. Sie gingen von der Auffassung, dass § 2 IV AGG wegen EU-Widrigkeit schlicht nicht zu beachten und das AGG auch bei Kündigungen voll anzuwenden sei<sup>14</sup> über die Anwendung des

- 4 Die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 134, 138, 242 BGB) wiederum gehören aber nach Auffassung des BAG nicht zu den Bestimmungen zum Kündigungsschutz iSv § 2 IV AGG, sind also anwendbar BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 34.
- 5 Schon *EuGH*, ECLI:EU:C:2006:456 = Slg. 2006, I-6488 = NZA 2006, 839 Rn. 36, 37 – Chacón Navas; auch *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht 2004, 89.
- 6 Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG, Art. 6 II RL 2002/73/EG.
- 7 *v. Roetteken*, AGG-online, § 2 Rn. 65 unter Verw. auf Preis, NZA 2006, 1261.
- 8 So *v. Roetteken*, AGG-online, § 2 Rn. 66.
- 9 So *Bayreuther*, DB 2006, 1842.
- 10 S. *Bertelsmann* in *Rust/Falke*, AGG, 2007, § 2 Rn. 240; *Däubler* in *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 2 Rn. 256 f.; *v. Medem*, Kündigungsschutz u. AGG, 2008, 169 ff. (175 ff.); eingehend auch *ArbG Düsseldorf*, Urt. v. 12.3.2013 – 11 Ca 7393/11, BeckRS 2013, 67785 Rn. 103 ff.; *LAG Bremen*, NZA-RR 2010, 510 (511 f.).
- 11 *Bauer*, FS v. Hoyningen-Huene, 2014, 36; *Bauer/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 59; *v. Medem*, Kündigungsschutz u. AGG, 185; ausf. *Temming*, Anm. zu BAG, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182, Bl. 540–544, Rn. 37 ff. mwN (aA mit ausf. Anleitung) = NZA 2009, 361.
- 12 So in der Kommentarliteratur jew. mwN ua *Bauer/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 59, 59 a; *Bertelsmann* in *Rust/Falke*, AGG, § 2 Rn. 260 f.; *Nägele* in *Gallner/Mestwerdt/Nägele*, KSchR, § 2 AGG Rn. 4; *APS/Preis*, KSchR, Grundlagen J Rn. 71 a ff.; *Preis* in *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung u. Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl. 2015, Rn. 186, 187; *v. Roetteken*, AGG-online, § 2 Rn. 66; *ErfK/Schlachter*, AGG, § 2 Rn. 18; *Schleusener* in *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 29; *Stein* in *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 2 Rn. 56; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl. 2013, Rn. 108; *MüKoBGB/Thüsing*, 7. Aufl. 2015, § 2 AGG Rn. 23; nur *Löwisch*, BB 2006, 2189 (2191), sieht überhaupt keine Probleme im Verhältnis zum EU-Recht.
- 13 Dazu s. insbes. *Däubler* in *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 2 Rn. 262 a; *Krause*, Anm. zu *ArbG Osnabrück* v. 29.1.2007, LAGE § 2 AGG Nr. 1, S. 25, 26; *Schaub/Linck*, ArbR-HdB, 16. Aufl. 2015, § 36 Rn. 24; *v. Medem*, Kündigungsschutz u. AGG, 166 (195 ff.); *v. Roetteken*, AGG-online, § 2 Rn. 66; *KR/Treber*, KSchR, 11. Aufl. 2014, AGG, § 2 Rn. 9; *MüKoBGB/Thüsing*, AGG, § 2 Rn. 24.
- 14 *ZB Bayreuther*, DB 2006, 1842; *Däubler*, AiB 2006, 738; *Däubler* in *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 2 Rn. 263 mwN; *Diüwell*, FA 2007, 109; *Nägele* in *Gallner/Mestwerdt/Nägele*, KSchR, § 2 AGG Rn. 6; *Schleusener* in *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 29, 33; *Thüsing*, BB 2007, 1507; *Wenckeback*, AuR 2008, 71.

AGG nur in bestimmten Fällen (bei Kündigungen während der Wartezeit von sechs Monaten und in Kleinbetrieben von nicht mehr als zehn Beschäftigten) bis zur Möglichkeit einer – innerhalb dieser Auffassung wiederum sehr unterschiedlichen – europarechtskonformen Auslegung und Anwendung von § 2 IV AGG.<sup>15</sup> Manche meinten sogar, § 2 IV AGG sei uneingeschränkt zu beachten, deshalb die Regelungen des AGG auf Kündigungen nicht anwendbar.<sup>16</sup>

### 1. Die Rechtsprechung des BAG zu § 2 IV AGG

Auch in der Rechtsprechung würde die Nichtanwendung des AGG durch § 2 IV AGG für Kündigungen für unwirksam erachtet.<sup>17</sup> Die Diskussion um die Unionswidrigkeit des § 2 IV AGG hat sich aber nach Entscheidungen des BAG zur europarechtskonformen Auslegung des § 2 IV AGG stark entspannt. Das BAG hat sich in seiner Rechtsprechung dazu durchgerungen, die umstrittene Regelung des § 2 IV AGG so zu interpretieren, dass seiner Auffassung nach gerade noch eine richtlinienkonforme Auslegung erreicht werden kann.<sup>18</sup> Das BAG ging davon aus, dass es Auslegungsgrundsätzen widersprechen würde, „ein Gesetz ohne Not in einem Sinn zu verstehen, der dem Verbot des Selbstwiderspruchs zuwiderliefe und daher auch nicht als ‘Sinn’, sondern nur als der deutlichste Fall von ‘Un-Sinn’ bezeichnet werden könnte.“<sup>19</sup> Das BAG hat in mehreren Entscheidungen<sup>20</sup> folgende Grundsätze entwickelt:

- § 2 IV AGG sei keine Bereichsausnahme gegenüber dem AGG.<sup>21</sup> Er sei nicht wortgetreu anzuwenden, vielmehr wolle er nur verhindern, dass es neben der Kündigungsschutzklage auch noch eine Diskriminierungsklage wegen der Kündigung gäbe.
- § 2 IV AGG regele für Kündigungen nur das Verhältnis zwischen dem AGG und dem KSchG sowie den speziell auf Kündigungen zugeschnittenen Bestimmungen. Die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 134, 138, 242 BGB) würden von § 2 IV AGG nicht erfasst.<sup>22</sup>
- Das KSchG gelte auch im Zusammenhang mit den Diskriminierungsverboten des AGG, diese seien aber im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit zu beachten, da sie der Konkretisierung der Sozialwidrigkeit dienen sollen.<sup>23</sup>
- Ordentliche Kündigungen außerhalb der Geltung des KSchG (also während der sechsmonatigen Wartezeit des KSchG und in Kleinbetrieben ohne Geltung des KSchG) seien nicht von § 2 IV AGG erfasst,<sup>24</sup> sie seien unmittelbar am Maßstab des AGG zu messen.<sup>25</sup> Die Rechtsfolge der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung ergäbe sich aus § 134 BGB iVm § 7 KSchG.<sup>26</sup>
- Dennoch gelte die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG (Einreichung der Kündigungsschutzklage nach Zugang der Kündigung) auch für Kündigungen, die nicht dem KSchG unterfallen, also Kündigungen während der Wartezeit oder in Kleinbetrieben.<sup>27</sup>
- Bei Kündigungen, die nicht dem KSchG unterfallen, scheidet eine Entschädigung nach § 15 II AGG nicht von vornherein aus, ebenso auch nicht wie bei unter das KSchG fallenden Kündigungen.<sup>28</sup> Die Unwirksamkeit einer Kündigung kompensiere nicht eine in Anwendung des AGG zu konstatierende Persönlichkeitsrechtsverletzung.

- Bei Kündigungen, die nicht dem KSchG unterfallen (Wartezeit und Kleinbetriebe), finde die Beweislastregel von § 22 AGG Anwendung, das heißt, dass in diesen Fällen die Position der Arbeitnehmer etwas günstiger ist als bei der reinen Anwendung des Kündigungsschutzrechts.<sup>29</sup>

Das BAG hat in den genannten Entscheidungen primär auf den Zweck des § 2 IV AGG abgestellt und von der Vermeidung eines „zweiten Kündigungsrechts“ gesprochen,<sup>30</sup> es sollten nicht zwei eigenständige Kündigungsschutzsysteme nebeneinander bestehen. Das KSchG würde zur Rechtfertigung von Kündigungen bestimmte Gründe verlangen, während das AGG Kündigungen nur ausnahmsweise sanktionieren würde, nämlich wenn sie diskriminierend seien. Deshalb sei der an sich sehr klare Wortlaut des § 2 IV AGG im Wege der teleologischen Reduktion insoweit zu beschränken.<sup>31</sup> Indes: Eine Stellungnahme dazu, wie sich die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG (Fristbeginn ab Zugang der Kündigung) zur Zwei-Monats-Frist des § 15 IV AGG (Fristbeginn nach Kenntnismahme Diskriminierung) verhält, ist nicht vorhanden. Zudem ist weiterhin ungeklärt, ob neben oder anstelle der Kündigungsschutzklage materieller Schadensersatz nach § 15 I AGG (und wenn ja, innerhalb welcher Fristen) verlangt werden kann.

### 2. § 2 IV AGG und die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG

Nach § 4 KSchG muss jede Kündigung innerhalb von drei Wochen durch Einreichung einer Klage beim Arbeitsgericht

- 15 Für europarechtskonform noch auslegbar halten die Norm zB *Bauer/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 59; *Benecke*, AuR 2016, 11; *Bertelsmann in Rust/Falke*, AGG, § 2 Rn. 261 ff.; *APS/Preis*, KSchR, Grundlagen J Rn. 71 g; v. *Roetteken*, AGG-online, § 2 Rn. 66 a; *ErfK/Schlachter*, AGG, § 2 Rn. 17 f.; *KR/Treiber*, AGG, § 2 Rn. 10, 14 ff.; *Stein in Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 2 Rn. 39 ff.; *Zwanziger in Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, 12. Aufl. 2015, § 2 AGG Rn. 63 ff.
- 16 *Löwisch*, BB 2006, 2190.
- 17 Ausf. auch *ArbG Düsseldorf*, Urt. v. 12.3.2013 – 11 Ca 7393/11, BeckRS 2013, 67785 Rn. 103 ff.; *LAG Bremen*, NZA-RR 2010, 510.
- 18 Zur Kritik daran s. insbes. *Hey in Hey/Forst*, AGG, 2. Aufl. 2015, 55 (58); *Nägele in Gallner/Mestwerdt/Nägele*, KSchR, § 2 AGG Rn. 6; *APS/Preis*, KSchR, Grundlagen J Rn. 71 d; *Temming*, Anm. zu BAG, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 (Bl. 540–544) = NZA 2009, 361.
- 19 *BAGE* 128, 238 = NZA 2009, 361 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 Rn. 36.
- 20 *BAGE* 128, 238 = NZA 2009, 361 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182, Bl. 540–544, Rn. 38 ff. – Bildung Altersgruppen; *BAG*, NZA 2010, 280 Rn. 15 – Behinderung; *BAGE* 145, 296 = NZA 2014, 208 – Ausschluss ordentlicher Kündigung; *BAGE* 147, 60 = NZA 2014, 372, bes. Rn. 15 ff. – Kündigung in Wartezeit; zust. erwähnt bei *BAGE* 147, 89 = NZA-RR 2014, 185 Rn. 31 – Namensliste Insolvenz.
- 21 Schon *BAGE* 128, 238 = NZA 2009, 361 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182, Bl. 540–544, Rn. 40.
- 22 *BAGE* 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 22, 34.
- 23 *BAGE* 128, 238 = NZA 2009, 361 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182, Bl. 540–544, bes. Rn. 28 ff.
- 24 Dazu *BAG*, NZA 2015, 1380 Rn. 22 ff.
- 25 So *BAGE* 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 22; auch *LAG Sachsen-Anhalt*, Urt. v. 4.2.2011 – 6 Sa 237/10, BeckRS 2011, 75100.
- 26 *BAGE* 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 22.
- 27 *BAGE* 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 30.
- 28 *BAGE* 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 36; noch offen gelassen bei *BAG*, NZA 2010, 280 Rn. 16.
- 29 *BAGE* 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 41.
- 30 *BAGE* 128, 238 = NZA 2009, 361 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182, Bl. 540–544 Rn. 37.
- 31 *BAGE* 128, 238 = NZA 2009, 361 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182, Bl. 540–544, Rn. 29 ff.

angegriffen werden, ansonsten gilt sie nach § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. Dies gilt für die Rüge der sozialen Rechtfertigung bei der ordentlichen Kündigung (§ 4 S. 1 KSchG) ebenso wie für die außerordentliche Kündigung (§ 13 I 1 KSchG), für eine Kündigung unter Verstoß gegen die guten Sitten (§ 13 I 1 KSchG), für Kündigungen im Kleinbetrieb (§ 23 I 2 und 3 KSchG) und für sonstige Rechtsunwirksamkeitsgründe (zB nicht ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG, bei Verstoß gegen Sonderkündigungsschutz bei Schwangeren, Schwerbehinderten oder nach Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz [BEEG]).

Sinn und Zweck ist, nach Ausspruch der Kündigung alsbald Klarheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu schaffen.<sup>32</sup> Zwar ist diesem Ziel grundsätzlich zuzustimmen, es ist jedoch für Kündigungen, die unter Verstoß gegen Diskriminierungsverbote erfolgen, problematisch.

Die Richtlinie 2000/78/EG verlangt in ihrem Art. 9 I, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass Betroffene ihre Ansprüche bei Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes unter anderem gerichtlich auf dem Gerichts- oder Verwaltungswege geltend machen können. Damit soll die Durchsetzung der notwendigen Sanktionen gewährleistet werden. Diese Garantie wird auch in den Erwägungsgründen hervorgehoben.<sup>33</sup> In Art. 9 III der Richtlinie ist dann geregelt, dass innerstaatliche Regelungen der Fristen für die Rechtsverfolgung betreffend den Gleichbehandlungsgrundsatz unberührt lassen.<sup>34</sup> Dies könnte eine Rechtfertigung der Drei-Wochen-Frist für Kündigungsschutzklagen sein.

Die Richtlinien verlangen jedoch auch, dass die Durchsetzung von Ansprüchen *effektiv* sein muss, es soll die Ausübung der durch Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte *nicht praktisch unmöglich* gemacht bzw. *nicht übermäßig erschwert* werden.<sup>35</sup> Nur unter diesem Vorbehalt ist es den Mitgliedstaaten unbenommen, für nationale Regelungen Fristen festzulegen, die insbesondere der Bedeutung der zu treffenden Entscheidungen für die Betroffenen, der Komplexität der Verfahren und der anzuwendenden Rechtsvorschriften, der Zahl der potenziell Betroffenen sowie den anderen zu berücksichtigenden öffentlichen oder privaten Belangen entsprechen.<sup>36</sup>

Bei Notwendigkeit der Einhaltung einer Frist von drei Wochen zur Klageeinreichung wäre eine Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung auf Grund von Diskriminierung massiv erschwert. Beim Ausspruch einer Kündigung besteht folgende Situation: hier agiert der Arbeitgeber einseitig und der Arbeitnehmer kann sich entscheiden, ob er gegen diese ihm gegenüber ausgesprochene klare und deutliche Maßnahme vorgehen will oder nicht. Oft sind dem Arbeitnehmer Kündigungsgründe nicht bekannt, diese stellen sich dann erst im Laufe eines Kündigungsschutzverfahrens heraus, sofern der Arbeitgeber sie vorträgt. Bei Kündigungen ist der Arbeitgeber gezwungen, die ihn zur Kündigung berechtigenden Gründe vorzutragen. Gelingt ihm dies, wird die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Es ist für Kündigungen nach dem KSchG mit der Notwendigkeit des Vortrags sie rechtfertigender Gründe also eine Art „Positivliste“ gegeben,<sup>37</sup> in welchen Fällen also die Kündigung zulässig und sachlich gerechtfertigt ist. Anders im AGG, in dem ausschließlich eine „Negativliste“ gegeben ist, die Kündigungen aus diskriminierenden Gründen für unwirksam erachtet.

Diese unterschiedliche Struktur ist zu erkennen:

- Gründe der „Positivliste“ sind vom Arbeitgeber nachzuweisen, diese hat er im Kündigungsschutzverfahren unter Anwendung der Beweislastgrundsätze vorzutragen. Der Arbeitnehmer muss nur eine Kündigungsschutzklage erheben, er muss Gründe für die arbeitgeberseitige Kündigung nicht kennen oder behaupten.
- Auf Gründe der „Negativliste“ müsste dagegen zuerst vom Arbeitnehmer hingewiesen werden, das heißt, die arbeitgeberseitigen Gründe können vom Arbeitnehmer nicht gerügt werden, ohne dass er *Kenntnis* dieser Gründe hat.
- Hieran lässt sich der Unterschied in der Durchsetzung möglicher bestehender Rechte des Arbeitnehmers deutlich erkennen, daraus wiederum das Bedürfnis für eine unterschiedliche Regelung der Fristen für die Klagen.

### 3. Wegfall bzw. späterer Beginn der Drei-Wochen-Frist

Entgegen der oben dargestellten herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur kann die Position, dass für alle Kündigungen die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG gilt, nicht geteilt werden. Eine EU-konforme Auslegung von § 2 IV AGG erfordert es, bei Kündigungen, die wegen eines behaupteten Verstoßes gegen Diskriminierungsverbote des AGG angegriffen werden, diese strikte Vorgabe der Klageeinreichung innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung nicht anzuwenden – es ist unverständlich, weshalb bisher „eine solche Handhabung nicht in Erwägung gezogen worden ist“.<sup>38</sup>

a) Ausgangspunkt des *Systems des KSchG* ist es, dass nach § 4 gegen jegliche Kündigungen innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung vorzugehen ist, ansonsten gilt nach § 7 KSchG die Kündigung von Anfang an als rechtswirksam. Ob der Arbeitnehmer von den Gründen der Kündigung weiß oder diese nicht einmal ahnen kann, ist gleichgültig, Kündigungen müssen bei ihrem Ausspruch dem Arbeitnehmer gegenüber nicht begründet werden. Begründungen müssen nur einem gegebenenfalls bestehenden Betriebsrat gegenüber gegeben werden, ansonsten wäre die Kündigung wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats unwirksam (§ 102 I 3 BetrVG). Kündigungsschutzklagen können deshalb oft nur eine „Klage ins Blaue“ sein oder aus „Sicherheitsgründen“ eingereicht werden. Nach Einreichung einer Kündigungsschutzklage hat aber dann der Arbeitgeber bei ordentlichen Kündigungen zu beweisen, dass die Kündigung durch einen sachlichen Grund im Rahmen des § 1 KSchG berechtigt („sozial gerechtfertigt“) ist.

32 APS/Hesse, KSchR, § 4 KSchG Rn. 3.

33 ZB Erwägungsgrund 28 der RL 2000/78/EG.

34 Dazu s. *Mohr in Franzen/Gallner/Oetker*, Komm. zum Europäischen ArbR, 2016, 520 Art. 9 Rn. 1. Die Regelung kann aber nicht so verstanden werden, dass jegliche Überprüfung durch eine europarechtliche Kontrolle entfällt, s. v. *Medem*, Kündigungsschutz u. AGG, 413.

35 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:418 = Slg. 2010, I-7006 = NZA 2010, 869 Rn. 25 – Bulicke.

36 *EuGH*, ECLI:EU:C:2009:666 = Slg. 2009, I-10505 = NZA 2009, 1327 Rn. 48 – Pontin.

37 Begriff bei *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2006, 888, und *Bauer/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 56; aufgenommen auch bei *BAGE* 147, 60 = NZA 2014, 372 Rn. 31.

38 So *Däubler*, Anm. zu BAG v. 12.12.2013, AP AGG § 15 Nr. 17.

Ausgangspunkt von § 4 und § 7 KSchG ist es also, dass die Drei-Wochen-Frist für *alle* Kündigungen einzuhalten ist. Dabei werden seit 2004 auch Kündigungen umfasst, bei denen nicht die fehlende soziale Rechtfertigung nach dem KSchG gerügt wurde, sondern andere Unwirksamkeitsgründe<sup>39</sup>, wie etwa Sittenwidrigkeit, Verstoß gegen Treu und Glauben von § 242 BGB, formale Fehler, wie zB bei einer nicht ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats, Verstoß gegen das Maßregelungsverbot.

Wird die Drei-Wochen-Frist nicht eingehalten, gilt die Fiktion des § 7 KSchG, nach dem die Kündigung dann von Anfang an rechtswirksam ist. Dies ist ein in sich geschlossenes und schlüssiges System – *sämtliche* Kündigungen sind innerhalb von drei Wochen nach Zugang anzugreifen.

Angelpunkt des *Systems des AGG* aber ist es, dass jegliche Benachteiligung auf Grund der im AGG definierten Merkmale untersagt ist. Ob eine Maßnahme einen Verstoß gegen das AGG darstellt, kommt vor allem auf die Motive des agierenden Arbeitgebers an. Daher knüpft das AGG hinsichtlich der Möglichkeit einer Gegenwehr gegen Ungleichbehandlungen auch nicht an das bloße objektive Bestehen eines Tatbestands an, sondern daran, dass der Betroffene von der ihm gegenüber ausgeübten Benachteiligung *Kenntnis* erlangt. Erst dann beginnen Fristen zu laufen. Nach AGG würde (erst) dann eine eingeschränkte Beweislastumkehr nach § 22 erfolgen, wenn der Arbeitnehmer Indizien beweist (dh glaubhaft gemacht hat), die eine Benachteiligung wegen eines Merkmalgrundes vermuten lassen.

Ohne nach verschiedenen Maßnahmen zu differenzieren bestimmt das AGG in seinem § 15 IV generell eine Frist von zwei Monaten zur schriftlichen Geltendmachung von Ansprüchen nach § 15 I und II AGG, die mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Die Situation bei einer diskriminierenden Kündigung ist identisch der Lage bei sonstigen Diskriminierungen, die erfolgen, bei denen aber die Ungleichbehandlung selbst nicht zur Kenntnis des Betroffenen kommt. Bei solchen Ungleichbehandlungen aus diskriminierenden Gründen aber (zB im Zusammenhang mit Abmahnungen, Abfindungen, Aufhebungsverträgen, Zahlung geringerer Vergütung wegen des Geschlechts, Bewerbungen, Fortbildungsveranstaltungen, Weisungen, Versetzungen, Vergünstigungen usw) ist eine Zwei-Monats-Frist zur schriftlichen Geltendmachung gegenüber dem Arbeitgeber geregelt – und diese Frist beginnt erst ab *Kenntnis* der Ungleichbehandlung.

Der Gesetzgeber hat in § 15 IV AGG seine Auffassung dokumentiert, dass man bei Benachteiligungen nach dem AGG nicht an formal gesetzte abstrakte Fristen anknüpfen darf, sondern vielmehr berücksichtigen muss, dass Betroffene häufig erst im Nachhinein von einer Benachteiligung Kenntnis erlangen. Deshalb wurde für Ansprüche auf Schadensersatz und/oder Entschädigung und deren schriftliche Geltendmachung beim Arbeitgeber eine Frist von zwei Monaten festgelegt, die „zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt“, beginnt.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass die Tarifvertragsparteien die Zwei-Monats-Frist für die schriftliche Geltendmachung der Ansprüche beim Arbeitgeber länger oder kürzer regeln können (§ 15 IV 1 Hs. 2 AGG), sie können aber nicht den Beginn der Frist mit Kenntniserlangung verändern.<sup>40</sup>

b) Der *EuGH* wiederum hat im Falle *Bulicke* entschieden, dass bezüglich des Fristbeginns ab Kenntnisnahme eine Differenzierung zwischen dem Bereich Diskriminierung bei Be-

werbungen und sonstigen Diskriminierungen nicht zulässig ist.<sup>41</sup> Hier hat er – wie in diversen anderen Problembereichen des AGG – den deutschen Gesetzgeber korrigiert.

Die Luxemburger Richter gehen dabei von den europarechtlichen Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität aus. Der Grundsatz der Äquivalenz bedeutet, dass bei innerstaatlichen Regelungen zur Umsetzung von EU-Recht die entsprechenden „Verfahren nicht weniger günstig gestaltet sein dürfen als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen“.<sup>42</sup> Der Grundsatz der Effektivität verlangt, dass die innerstaatlichen Regelungen die Ausübung der durch EU-Recht „verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen“.<sup>43</sup>

Die Entscheidung des *EuGH* vom 8.7.2010 hat diese Grundsätze auf die Regelung des § 15 IV AGG in Bezug auf die Ungleichbehandlung bei einer Bewerbung angewendet. Deutlich wird gesagt:<sup>44</sup>

„Das Primärrecht der Union und Art. 9 der Richtlinie ... sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Verfahrensvorschrift nicht entgegenstehen, wonach derjenige, der bei der Einstellung wegen des Alters diskriminiert worden ist, seine Ansprüche auf Ersatz des Vermögens- und Nichtvermögensschadens gegenüber denjenigen, von dem diese Diskriminierung ausgeht, innerhalb von zwei Monaten geltend machen muss, sofern

- zum einen diese Frist nicht weniger günstig ist als die für vergleichbare innerstaatliche Rechtsbehelfe im Bereich des Arbeitsrechts,
- zum anderen die Festlegung des Zeitpunkts, mit dem der Lauf dieser Frist beginnt, die Ausübung der von der Richtlinie verliehenen Rechte nicht unmöglich macht oder übermäßig erschwert.“

Der *EuGH* hat im Prinzip eine Zwei-Monats-Frist für die Geltendmachung der Rechte auf Schadensersatz und/oder Entschädigung als zeitlich ausreichend erachtet. Er hat jedoch betont, dass – entsprechend dem Grundsatz, im nationalen Recht alle vergleichbaren Bereiche gleich zu behandeln – hinsichtlich des Beginns der Frist diese Diskriminierung bei Bewerbungen anderen Ungleichbehandlungen gleichzustellen ist, hier also erst ab Kenntnis der Benachteiligung zu laufen beginnen kann.

Das *BAG* hat in zwei auf das *EuGH*-Urteil zeitlich folgenden Entscheidungen vom 15.3.2012<sup>45</sup> und vom 21.6.2012<sup>46</sup> den Verstoß der Regelung des § 15 IV 2 AGG gegen den Effektivitätsgrundsatz wie auch der *EuGH* verneint. Es hat jedoch in Anwendung der Ausführungen des *EuGH* zum Äquiva-

39 Vorher galt für diese Bereiche keine Frist zur Einreichung einer Kündigungsschutzklage.

40 Ebenso wenig wie die Drei-Monats-Frist für die gerichtliche Geltendmachung nach § 61 b ArbGG.

41 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:418 = Slg. 2010, I-7006 = NZA 2010, 869 – Bulicke.

42 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:418 = Slg. 2010, I-7006 = NZA 2010, 869 Rn. 25 – Bulicke.

43 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:418 = Slg. 2010, I-7006 = NZA 2010, 869 Rn. 25 – Bulicke.

44 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:418 = Slg. 2010, I-7006 = NZA 2010, 869 Rn. 42 – Bulicke.

45 *BAGE* 141, 48 = NZA 2012, 910 – Schwerbehinderung.

46 *BAGE* 142, 143 = NZA 2012, 1211, bes. Rn. 25 (Verfahren Bulicke, Folgeentscheidung nach *EuGH* v. 8.7.2010, ECLI:EU:C:2010:418 = Slg. 2010, I-7006 = NZA 2010, 869).

Würde man auch bei Kündigungen, deren diskriminierender Hintergrund sich erst später herausstellt, auf der Drei-Wochen-Frist beharren, stünde das Recht des Vorgehens gegen Diskriminierungen bei Kündigungen nur „auf dem Papier“,<sup>57</sup> der vom Gemeinschaftsrecht verlangte effektive Rechtsschutz wäre nicht mehr gegeben. Überdeutlich aber sollte sein, dass es jedenfalls nicht dem Effektivitätsprinzip entspricht, dass in *allen Bereichen* des deutschen Anti-Diskriminierungsrechts Fristen erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, an dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt, nicht aber bei diskriminierenden Kündigungen.

Eine EU-konforme Auslegung von § 2 IV AGG iVm § 4 KSchG muss daher notwendig zu dem Ergebnis kommen, dass der *Zeitpunkt der Kenntnisnahme*, der als Beginn von Fristen für alle anderen Diskriminierungen gilt, auch bei diskriminierenden Kündigungen zu Grunde zu legen ist.

Auch die dann an die Kenntnisnahme anzuknüpfende Frist muss in EU-konformer Weise bestimmt werden:

Das Vorgehen gegen diskriminierende Kündigungen sollte entsprechend dem System des AGG die schriftliche Geltendmachung innerhalb von zwei Monaten nach § 15 IV sein. Dies wäre eine relativ weitreichende Fristverlängerung. Ein Anspruch, der die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung wegen Verstoßes gegen das AGG betrifft, müsste so nur innerhalb von zwei Monaten nach Kenntniserlangung der Benachteiligung beim Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht werden. Weitere Fristen als die Verjährungsfristen würden nicht greifen, da die in § 61 b ArbGG geltende Drei-Monats-Frist zur Klageeinreichung nach schriftlicher Geltendmachung nur für Entschädigungsansprüche gilt.

Will man die EU-konforme Auslegung auf das *geringstmögliche Maß* begrenzen, könnte mit Mühe noch vertreten werden, dass ab Kenntnisnahme der Benachteiligung die Drei-Wochen-Frist analog des § 4 KSchG beginnt. Eine Kündigungsschutzklage, welche die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des AGG betrifft, müsste so innerhalb von drei Wochen ab dem Zeitpunkt eingereicht werden, in dem der Betroffene von der durch die diskriminierende Kündigung erfolgten Benachteiligung *Kenntnis* erlangt.

Nach dem AGG würden dann Ansprüche aus Annahmeverzug im Falle des Erfolgs einer Kündigungsschutzklage ab dem Zeitpunkt bestehen, ab dem entsprechende Ansprüche beim Arbeitgeber geltend gemacht worden sind bzw. ab Zustimmung der Kündigungsschutzklage.

e) Die Diskussion zu § 4 iVm § 7 KSchG ist in der Literatur bisher kaum geführt worden.<sup>58</sup> Die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG wird hingenommen.<sup>59</sup>

Allerdings ist eine Korrektur der strikten Anwendung der Drei-Wochen-Frist bei diskriminierenden Kündigungen in der Literatur vor allem von *Däubler* in der Form gefordert worden, dass bei Kenntnisnahme der Diskriminierung nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist eine nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage nach § 5 KSchG ermöglicht werden solle.<sup>60</sup>

Diese Auffassung hat sich nicht durchgesetzt. Die Struktur des § 5 KSchG stellt insbesondere darauf ab, dass der gekündigte Arbeitnehmer trotz Anwendung aller ihm zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage rechtzeitig zu erheben. Es muss ein Hindernis (Standardfälle: Unfall, Störungen im Postverkehr, eine die Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigende schwere psychische Krise)<sup>61</sup> bezüglich der Erhebung

der Klage vorgelegen haben, nach Wegfall dieses Hindernisses ist dann innerhalb von zwei Wochen Antrag auf nachträgliche Zulassung zu erheben. Auch bei Nichterhebung der Kündigungsschutzklage wegen eines Irrtums über die Erfolgsaussichten einer Klage (zB bei Unkenntnis der diskriminierenden Motive des Arbeitgebers) kann keine nachträgliche Klagezulassung erfolgen, höchstens dann einmal, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer arglistig über die Erfolgsaussichten einer Klage getäuscht hat.<sup>62</sup> Die Struktur des § 5 KSchG passt nicht zu Sachverhalten, bei denen ein Arbeitnehmer von der Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung erst später erfährt.

Auch wäre es unverständlich, wenn für alle Diskriminierungen die Geltendmachung innerhalb einer Zwei-Monats-Frist des § 15 IV AGG erfolgen müsste und dann speziell nur für diskriminierende Kündigungen eine weitere absolute Ausschlussfrist gelten sollte, nämlich die Sechs-Monats-Frist des § 5 III 2 KSchG.

Es erscheint nahe liegender, eine europarechtskonforme Anpassung über die Anwendung von Fristen ab Kenntnisnahme zu entwickeln.

f) Einige wenige Stimmen versuchen, den unhaltbaren Ergebnissen der praktisch völlig herrschenden Meinung bei der Anwendung der Drei-Wochen-Frist auch für diskriminierende Kündigungen dadurch auszuweichen, dass sie zwar die Wirksamkeit der Kündigung nach Ablauf der Klagefrist unterstellen, es dann aber ermöglichen wollen, Entschädigung (ausschließlich) nach § 15 II AGG<sup>63</sup> oder Schadensersatz nach § 15 I AGG (mit Ausnahme der Naturalrestitution) plus gegebenenfalls Entschädigung nach § 15 II AGG<sup>64</sup> durchzusetzen.

Manche verneinen jegliche Möglichkeit von Entschädigung oder Schadensersatz bei Wirksamkeit der Kündigung auch bei nicht rechtzeitiger Kündigungsschutzklage.<sup>65</sup>

Allerdings ist selbst bei den Stimmen, die Ansprüche neben oder statt der Kündigungsschutzklage für möglich halten, strittig, innerhalb welcher Fristen die entsprechenden Ansprüche geltend gemacht werden können/müssen.

57 *Däubler* in *Däubler/Bertzach*, AGG, § 7 KSchG Rn. 290. Der Versuch (Rn. 291), über die Konstruktion einer nachträglichen Klagezulassung nach § 5 KSchG bei späterer Kenntnis der Diskriminierung die Zulassung verspäteter Klagen zu ermöglichen, erscheint angesichts der Möglichkeit der unionskonformen Auslegung nicht notwendig.

58 Ansätze zur Benennung der Problematik bereits 2007 bei *Bertelsmann* in *Rust/Falke*, AGG, § 2 Rn. 269, und *Däubler* in *Däubler/Bertzach*, AGG, 1. Aufl. 2007, § 7 KSchG Rn. 288 ff.; später auch bei *v. Medem*, Kündigungsschutz u. AGG, 415 ff.; *Nägele* in *Gallner/Mestwerdt/Nägele*, KSchR, § 2 AGG Rn. 8; *KR/Treber*, AGG, § 2 Rn. 23.

59 *Stein* in *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 2 Rn. 62: „Dagegen bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen das Eingreifen der Ausschlussfrist des § 4 KSchG ...“.

60 Schon 2007 vertreten von *Däubler* in *Däubler/Bertzach*, AGG, § 7 KSchG Rn. 288 ff., bes. 291; später von *v. Medem*, Kündigungsschutz u. AGG, 418 ff.; *KR/Treber*, AGG, § 2 Rn. 23; *Zwanziger* in *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, § 5 KSchG Rn. 14; zust. auch *Hanau*, ZIP 2007, 2387.

61 Zu den Einzelfällen nachträglicher Zulassung von Klagen s. ua *APS/Hesse*, KSchR, § 5 KSchG Rn. 15 ff.; *KR/Friedrich*, KSchG, § 5 Rn. 29 ff.

62 *Preis* in *Stahlbache/Preis/Vossen*, Kündigung u. Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn. 1952, 1955.

63 Überblick s. ua *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 241; *ErfK/Schlachter*, AGG, § 2 Rn. 19.

64 Überblick zu dieser Diskussion s. insbes. *Däubler* in *Däubler/Bertzach*, AGG, § 2 Rn. 262 a, 263 a; *Nägele* in *Gallner/Mestwerdt/Nägele*, KSchR, § 2 AGG Rn. 8; *ErfK/Schlachter*, AGG, § 2 Rn. 18; *KR/Treber*, AGG, § 2 Rn. 27; *MüKoBGB/Thüsing*, § 3 Rn. 23.

65 *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2006, 888: aber Entschädigung nach § 15 II AGG bei diskriminierender wirksamer Kündigung.

lenzgrundsatz zu Recht entschieden, dass im Rahmen der unionskonformen Auslegung des § 15 IV 2 AGG die Frist nicht mit dem Zugang der Ablehnung der Bewerbung durch den Arbeitgeber beginnen könne. Vielmehr könne entsprechend den anderen Diskriminierungsbereichen der Beginn der Frist nicht vor dem Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Bewerber Kenntnis von der Benachteiligung erlangt. Dieser unionskonformen Auslegung kann gefolgt werden – unabhängig von der Kritik daran, dass das BAG schon dann Kenntnis bejaht, wenn dem Bewerber nur Indizien iSv § 22 AGG bekannt sind.

c) Analog der Ausführungen des *EuGH* muss festgestellt werden, dass die Pflicht zur Einhaltung der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG auch für diskriminierende Kündigungen sowohl das Äquivalenzprinzip als das Effektivitätsprinzip<sup>47</sup> verletzt.

aa) Nach dem Grundsatz der *Äquivalenz* müssen innerstaatliche Regelungen in gleicher Weise für Klagen gelten, die auf der Verletzung des Unionsrechts gründen, wie für solche, die auf die Verletzung des innerstaatlichen Rechts gestützt sind, sofern diese Klagen einen ähnlichen Gegenstand und Rechtsgrund haben.<sup>48</sup> Dabei ist die Stellung der innerstaatlichen Verfahrensnorm im gesamten Verfahren, im Verfahrensablauf und bei den Besonderheiten des Verfahrens zu vergleichen.<sup>49</sup>

Das System für Kündigungen, dass alle Kündigungen innerhalb von drei Wochen nach Zugang durch Klage anzugreifen sind, auch auf diskriminierende Kündigungen zu erstrecken, könnte als Äquivalent im Sinne der Anforderungen des EU-Rechts gewertet werden. Dann würden die Vorgaben für Kündigungsschutzklagen gegen diskriminierende Kündigungen den Vorgaben entsprechen, wie sie für Kündigungsschutzklagen in allen anderen Bereichen gelten.<sup>50</sup>

Dieser auf die pure Zeitdauer abstellende Vergleich greift zu kurz. Der Erstreckung des Systems auch auf diskriminierende Kündigungen steht entgegen, dass die Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit diskriminierender Maßnahmen nicht an den Zeitpunkt der erfolgten Diskriminierung anknüpft, sondern an den Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Diskriminierung durch den Betroffenen selbst. Das AGG bestimmt, dass Arbeitnehmer nicht aus einem der im AGG genannten Gründe benachteiligt werden dürfen – erfolgt dies dennoch, sind Maßnahmen des Arbeitgebers oder Bestimmungen in Vereinbarungen rechtunwirksam. Diese *Rechtsunwirksamkeit* nach AGG bezieht sich auf sämtliche Bereiche, in denen Diskriminierungen erfolgen, nur nicht auf diskriminierende Kündigungen.

In Abwägung zwischen der gleichen Wirkung innerhalb des Systems der §§ 4 und 7 KSchG und der ungleichen Wertung innerhalb des Systems des AGG muss in Ansehung der EU-Richtlinien das Erfordernis der Äquivalenz – zu Gunsten einer stärkeren Berücksichtigung dieses Grundsatzes – das Prinzip des Fristenbeginns ab *Kenntnisnahme* stärker gewertet werden als die schlichte Festsetzung einer gesetzten Frist, die auf die Besonderheiten des Anti-Diskriminierungsrechts der Richtlinie (und des sonstigen AGG) keine Rücksicht nimmt.

Insofern verstößt die Verpflichtung zur Einreichung von Kündigungsschutzklagen innerhalb einer Drei-Wochen-Frist ab Zugang der Kündigung hinsichtlich solcher Kündigungen, bei denen sich der Betroffenen auf Diskriminierung beruft, gegen das EU-Recht beherrschende Äquivalenzprinzip. Bei diskriminierenden Kündigungen können Fristen

erst ab dem Zeitpunkt beginnen, in dem der Betroffene von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

bb) Neben dem Äquivalenzprinzip ist bei der Anwendung und Umsetzung von EU-Recht, insbesondere auch Richtlinien, das Effektivitätsprinzip relevant.

Bei der Umsetzung des *Effektivitätsgrundsatzes* ist nach dem *EuGH* zu beachten, dass eine nationale Verfahrensvorschrift keine Fristen setzen darf, die die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert.<sup>51</sup> Auch in diesem Zusammenhang verweist der *EuGH* darauf, dass dabei die Stellung der innerstaatlichen Verfahrensnorm im gesamten Verfahren, im Verfahrensablauf und bei den Besonderheiten des Verfahrens zu berücksichtigen ist. Zudem seien die Grundsätze zu beachten, die dem nationalen Rechtssystem zu Grunde liegen.<sup>52</sup>

Hinsichtlich des Effektivitätsgrundsatzes bei diskriminierenden Kündigungen<sup>53</sup> muss darauf verwiesen werden, dass Diskriminierungen nicht bei der Maßnahme selbst erkannt werden können, sondern sich insbesondere durch diskriminierende Motive darstellen. Deshalb knüpfen Fristen zur Gegenwehr in allen Bereichen von Ungleichbehandlungen (außer Kündigungen) auch an den Zeitpunkt der Kenntniserlangung an. Eine Gegenwehr an schlichtes Handeln des Arbeitgebers anzuknüpfen, bei dem eine Wertung als diskriminierend nicht erkennbar ist, würde leerlaufen, das heißt ineffektiv sein.<sup>54</sup> Ein Beharren auf der Drei-Wochen-Frist bei diskriminierenden Kündigungen wäre „eine unverhältnismäßige Gewichtung des Interesses an Rechtssicherheit gegenüber dem Schutz vor Diskriminierungen“.<sup>55</sup> Die Wahrnehmung von Rechten, sich gegen Diskriminierungen zu wehren, muss an die Kenntnis der Diskriminierung anknüpfen, nur dann ist eine Gegenwehr rechtlich überhaupt möglich.

d) Nach der hier vertretenen Auffassung ist festzustellen, dass der Grundsatz des § 7 KSchG, nach dem die Nichteinreichung einer Kündigungsschutzklage innerhalb der Drei-Wochen-Frist dazu führt, dass die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam gilt, sowohl gegen das Äquivalenzprinzip als auch das Effektivitätsprinzip verstößt. Beide Grundsätze sind jedoch bei der Umsetzung von EU-Richtlinien einzuhalten. Diese Feststellung muss dazu führen, dass in den Fällen diskriminierender Kündigungen nicht die Drei-Wochen-Frist gilt, sondern wie für alle anderen Fälle auch die gesetzlich normierte Frist des § 15 IV AGG mit der Anforderung einer schriftlichen Geltendmachung beim Arbeitgeber innerhalb von zwei Monaten nach Kenntnisnahme.<sup>56</sup>

47 Zum Inhalt beider Prinzipien s. ua *Mohr* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Komm. zum Europäischen ArbR, 520 Art. 9 Rn. 2, 3; v. *Medem*, Kündigungsschutz u. AGG, 415 ff.

48 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:418 = Slg. 2010, I-7006 = NZA 2010, 869 Rn. 26 – Bulicke.

49 *Ausf. EuGH*, ECLI:EU:C:2010:418 = Slg. 2010, I-7006 = NZA 2010, 869 Rn. 29 – Bulicke unter Verw. auf frühere Entscheidungen.

50 So v. *Medem*, Kündigungsschutz u. AGG, 415 f.

51 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:418 = Slg. 2010, I-7006 = NZA 2010, 869 Rn. 36.

52 *EuGH*, ECLI:EU:C:2010:418 = Slg. 2010, I-7006 = NZA 2010, 869 Rn. 35.

53 Auch v. *Medem*, Kündigungsschutz u. AGG, 416 ff.

54 Und: selbstverständlich beginnt die Frist zum Ausspruch von außerordentlichen Kündigungen nach § 626 II 2 BGB zwei Wochen nach Kenntnisnahme des wichtigen Grundes.

55 v. *Medem*, Kündigungsschutz u. AGG, 417.

56 So bereits 2007 *Bertelsmann* in *Rust/Falke*, AGG, § 2 Rn. 269.

Bei einer Entschädigung nach § 15 II AGG wird zum Teil vorausgesetzt, dass die Entschädigungsansprüche innerhalb der Drei-Wochen-Frist geltend gemacht werden müssen,<sup>66</sup> von anderen Stimmen in der Literatur<sup>67</sup> und einem Teil der Rechtsprechung<sup>68</sup> wird die Zwei-Monats-Frist des § 15 IV AGG zu Grunde gelegt oder die Frage noch offen gelassen.<sup>69</sup>

Beim Schadensersatz nach § 15 I AGG wird von manchen Autoren vorausgesetzt, dass die Ansprüche innerhalb der Drei-Wochen-Frist zusammen mit einer Kündigungsschutzklage geltend gemacht werden müssen,<sup>70</sup> jedenfalls soweit sie auf der Unwirksamkeit der Kündigung abstellen,<sup>71</sup> zum Teil wird die Zwei-Monats-Frist des § 15 IV AGG zu Grunde gelegt<sup>72</sup> bzw. wiederum noch offen gelassen.<sup>73</sup>

Diese Problematiken möglicher Ansprüche auf Entschädigung und/oder Schadensersatz bestehen jedoch unabhängig von der Entscheidung, ob die Drei-Wochen-Frist des KSchG auch für diskriminierende Kündigungen zu gelten hat oder aber nicht. Das soll an dieser Stelle aber nicht vertieft werden.

#### IV. Fazit

Die Anwendung der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG auch auf Kündigungen aus diskriminierenden Gründen/Motiven ist nach den EU-Richtlinien zur Anti-Diskriminierung unzulässig. Das EU-Recht ist im Zweifel so auszulegen, dass seinen Zielen bestmögliche Wirksamkeit verliehen wird – es soll einen „effet utile“ haben.<sup>74</sup> Aus dem Gebot europarechtskonformer Auslegung, insbesondere der Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität bei der Umsetzung von Richtlini-

en in nationales Recht, folgt, dass für die Gegenwehr gegen solche diskriminierenden Kündigungen nur die Zwei-Monats-Frist zur Geltendmachung beim Arbeitgeber des § 15 IV AGG maßgeblich sein kann. Zumindest aber dürfte auch bei Anwendung der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG diese Frist erst ab dem Zeitpunkt beginnen, in dem der Betroffene von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. ■

66 LAG Köln, Beschl. v. 1.9.2009 – 7 Ta 184/09, BeckRS 2009, 72164; im Rahmen einer Entfristungsklage auch LAG Baden-Württemberg, v. 24.6.2014 – 15 Sa 46/13 (jetzt anhängig beim BAG, 8 AZR 677/14). Für § 15 II AGG offen gelassen bei BAGE 129, 181 = NZA 2009, 945; BAG, NZA 2010, 280; NJW 2011, 2458 Rn. 20; wohl auch Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006, 888 (890).

67 Ausf. Nägele in Gallner/Mestwerdt/Nägele, KSchR, § 2 AGG Rn. 8; auch v. Roetteken, AGG-online, § 2 Rn. 74; ErfK/Schlachter, AGG, § 2 Rn. 19; Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 38; KR/Treber, AGG, § 2 Rn. 24; Jacobs, RdA 2009, 196; Wenckebach, AuR 2010, 502; wohl auch Preis in Stahlhackel/Preis/Vossen, Kündigung u. Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn. 187 c, 189; Hey in Hey/Forst, § 2 Rn. 57.

68 In der Rspr. wird die Einhaltung der Drei-Wochen-Frist nicht verlangt von LAG Bremen, NZA-RR 2010, 510; ArbG Düsseldorf, Urt. v. 12.3.2013 – 11 Ca 7393/11, BeckRS 2013, 67785.

69 Wohl auch BAG, NZA 2010, 280; BAGE 147, 50 = NZA 2014, 722; Diller/Krieger/Arnold, NZA 2006, 888.

70 APS/Preis, KSchR, Grundlagen J Rn. 71 g; auch LAG Bremen, NZA-RR 2010, 510.

71 KR/Treber, AGG, § 2 Rn. 21.

72 Ausf. Nägele in Gallner/Mestwerdt/Nägele, KSchR, § 2 AGG Rn. 8; v. Roetteken, AGG-online, § 2 Rn. 72 a; wohl auch Schleusener in Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 38; etwas unklar ErfK/Schlachter, AGG, § 2 Rn. 18 f.

73 BAG, NJW 2011, 2458 Rn. 20; wohl auch Benecke, AuR 2016, 13.

74 Thüsing, Europäisches ArbR, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 50.