

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 15/2014 –

16.10.2014

Diskriminierende Kündigung in der Probezeit aufgrund von Behinderung – die Pflicht zum Treffen angemessener Vorkehrungen Anmerkung zu BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12

von Dr. Johanna Wenckebach, Beelitz

- | I. Thesen der Autorin | II. Wesentliche Aussagen der Entscheidung |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. Kündigungen aufgrund einer Behinderung oder eines anderen Diskriminierungsmerkmals nach § 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) sind stets unwirksam – auch in der Probezeit oder in Kleinbetrieben.2. Unberechtigte Stereotypisierungen sind Diskriminierungen. Auf eine diskriminierende Absicht kommt es nicht an.3. Der Begriff der Behinderung ist so auszulegen, dass der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung (UN-BRK) zur vollen Geltung verholfen wird.4. Das Recht auf angemessene Vorkehrungen sollte ausdrücklich normiert werden. | <ol style="list-style-type: none">1. Eine ordentliche Kündigung aufgrund eines verbotenen Diskriminierungsmerkmals ist unwirksam nach § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i. V. m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG, auch wenn die diskriminierte Person noch nicht durch das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) geschützt wird. Dem steht § 2 Abs. 4 AGG nicht entgegen.2. Eine symptomlose HIV-Infektion hat eine Behinderung im Sinne des AGG zur Folge. Für die Annahme einer Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben kommt es nicht auf eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Betroffenen an. Es genügt, dass er bei der Arbeit Stigmatisierungen ausgesetzt sein kann.3. Die Kündigung eines behinderten Arbeitnehmers wegen fehlender Einsatzmöglichkeiten ist nur wirksam, wenn der Arbeitgeber nicht imstande ist, das infolge der Behinderung vorliegende Beschäftigungshindernis |

durch angemessene Vorkehrungen zu beseitigen.

4. Die Verpflichtung zu angemessenen Vorkehrungen ergibt sich aus unionsrechtskonformer Auslegung des § 241 Abs. 2 BGB.

III. Sachverhalt

Die beklagte Arbeitgeberin stellt Arzneimittel her, die intravenös verabreicht werden.

Bei der Einstellungsuntersuchung – also noch während der Probezeit – gab der Kläger gegenüber dem Betriebsarzt an, HIV-infiziert zu sein. Er hatte keine Symptome und einen anerkannten Grad der Behinderung von 10. Der Arzt empfahl darauf dem Arbeitgeber, den Kläger nicht im sogenannten Reinraumbereich zu beschäftigen, für den er als chemisch-technischer Assistent eigentlich vorgesehen war. Diese ärztliche Empfehlung ist Teil eines standardisierten Verfahrens der Beklagten, das der Umsetzung von Leitlinien der EU-Kommission zur „Guten Herstellungspraxis bei der Herstellung von Arzneimitteln (...)“ dient. Unter Berufung auf diesen Leitfaden sprach die Arbeitgeberin dem Kläger eine ordentliche Kündigung aus. Der Kläger machte gerichtlich die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung sowie eine der Diskriminierung angemessene Geldentschädigung geltend. Das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg hatte angenommen, der Kläger werde durch die Kündigung nicht aufgrund einer Behinderung diskriminiert.

IV. Die Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat das Urteil aufgehoben und an das LAG zurückverwiesen.

Die Entscheidung hatte gleich mehrere wichtige Fragen zu klären:

1. Zum einen ging es darum, inwieweit das AGG im Falle einer diskriminierenden Kündigung zur Anwendung kommt, wenn die diskriminierte Person noch nicht unter den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) fällt. Hier bestand in der Literatur bisher Streit. Das BAG hat sich nun der Ansicht angeschlossen, die **Kündigungen auch außerhalb des spezialgesetzlichen Kündigungsschutzes für unwirksam hält, wenn diese eine Diskriminierung darstellen**. Die Unwirksamkeit einer diskriminierenden Kündigung ergibt sich in diesem Fall aus §§ 134 BGB i. V. m. §§ 7 Abs. 1, 3 und 1 AGG.

Zweifel aufgeworfen hatte § 2 Abs. 4 AGG, dort heißt es: *„Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz“*. Das Gericht hat nun jedoch klargestellt: § 2 Abs. 4 AGG kann aufgrund der eindeutigen europarechtlichen Vorgaben nicht dahin verstanden werden, dass diskriminierende Kündigungen nur unwirksam sein sollten, wenn die Voraussetzungen des KSchG erfüllt seien. Eine Kündigung darf in keinem Fall auf ein Diskriminierungsmerkmal gestützt werden.

2. Um eine direkte Diskriminierung festzustellen, ist immer ein Vergleich notwendig: Wäre eine andere Person besser behandelt worden als der Kläger? Es stellt sich die Frage, welche Anforderungen an diese „andere Person“ zu stellen sind. Das BAG stellte fest, die Beklagte könne sich nicht darauf beru-

fen, sie hätte auch einem Arbeitnehmer gekündigt, der z. B. an einer chronischen Hauterkrankung leidet. Denn auch so ein Arbeitnehmer sei behindert im Sinne des § 1 AGG, so das BAG. Die Frage, ob eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung vorliegt, müsse anhand eines **Vergleichs mit einem nicht-behinderten Arbeitnehmer** mit vergleichbarer Qualifikation vorgenommen werden. Einem chemisch-technischen Assistenten ohne Behinderung wäre im vorliegenden Fall nicht gekündigt worden, hielt das BAG fest. Eine Benachteiligung durch die Kündigung lag deshalb vor.

3. Das BAG musste sich des Weiteren zum **Begriff der Behinderung in § 1 AGG** äußern. Hierzu hatte das Gericht bereits festgestellt, dass der Begriff nach dem Willen des Gesetzgebers der Definition in § 2 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch (SGB) IX und in § 3 Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen (BGG) entspricht.¹ Danach sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.

Das unionsrechtliche Verständnis wird durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH)² geprägt. Dieser hat bereits klargestellt, dass es hinsichtlich der Diskriminierung behinderter Menschen einer UN-BRK-konformen Auslegung der Richtlinien bedürfe; für das Tatbestandsmerkmal der „Beeinträchtigung

der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft“ genügt nach dem unionsrechtlichen Verständnis **schon die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Teilhabe**.³

Das BAG hält fest, dass sich zwar der unionsrechtliche Begriff und das Verständnis von „Behinderung“ im deutschen Recht angenähert hätten, dass jedoch weiterhin Unterschiede bestünden. Um ein einheitliches Verständnis des Begriffs zu erreichen, hat das BAG nun entschieden: **Der im nationalen Recht verwendete Begriff sei nur insoweit heranzuziehen, als er ein weitergehendes Verständnis von Behinderung zugrunde lege als das Unionsrecht. Dort, wo letzteres einen weiteren Behinderungsbegriff zugrunde legt, ist § 1 AGG entsprechend auszulegen.**

Für den vorliegenden Fall bejahte das BAG gerade aufgrund einer *Möglichkeit* der Beeinträchtigung der Teilhabe des Klägers eine Behinderung – obwohl die Infektion des Klägers symptomlos verlief. Dass der Beklagte nicht in seiner Leistungsfähigkeit begrenzt werde, stehe einer Möglichkeit der Einschränkung der Teilhabe am Leben nicht entgegen. Eine **Teilhabebeeinschränkung ergebe sich vorliegend vielmehr aus den Stigmatisierungen**, denen der Kläger bei interpersonellen Beziehungen und bei der Arbeit ausgesetzt sei.

4. Die Erklärung der Beklagten, dem Kläger sei nicht aufgrund seiner Behinderung gekündigt worden, sondern aufgrund seiner Unfähigkeit, die ihm zugewiesenen Aufgaben auszuführen, ließ das BAG nicht gelten. Vielmehr geht das Gericht davon aus, dass die von der Beklagten angenommene (!) Unfähigkeit,

¹ BAG vom 16.02.2012 – 8 AZR 697/10 unter Hinweis auf BR-Drucks. 329/06, S. 31.

² EuGH vom 11.04.2013 – C-335/11 u. a. – [Ring] und vom 04.07.2013 – C-312/11 – [Kommission/Italien].

³ EuGH vom 11.04.2013 – C-335/11 u. a. – [Ring], Rn. 41 ff.

die Arbeitsleistung zu erbringen, auf die HIV-Infektion des Klägers zurück zu führen sei. Eine Benachteiligung aufgrund von Behinderung sei somit zu bejahen. Ob eine Person tatsächlich unfähig sei, die Arbeit zu erbringen, spiele aber für die Rechtfertigung der Diskriminierung eine Rolle.⁴

An dieser Stelle werden „angemessene Vorkehrungen“ bedeutsam: Eine diskriminierende Kündigung kann gemäß § 8 AGG durch „wesentliche berufliche Anforderungen“ eines Arbeitsplatzes gerechtfertigt werden. Der Senat hat nun jedoch klargestellt: **Eine Kündigung kann mit den spezifischen Anforderungen des Arbeitsplatzes nur gerechtfertigt werden, wenn der Arbeitgeber zuvor erwogen hat, eine Beschäftigung mithilfe angemessener Vorkehrungen zu ermöglichen.**

Das Gericht erläutert, dass sowohl die europarechtlichen Vorgaben zu angemessenen Vorkehrungen in Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG sowie in Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i, Art. 2 Unterabs. 4 UN-BRK bisher nicht in das deutsche Recht umgesetzt wurden. Die Bestimmungen der UN-BRK sind nach ausdrücklicher Aussage des EuGH⁵ integrierender Bestandteil des Unionsrechts und dadurch, so das BAG, sind sie zugleich Teil des deutschen Rechts. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zu angemessenen Vorkehrungen ergebe sich daher aus einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 241 Abs. 2 BGB.

Ob im zu entscheidenden Fall Anpassungen des Arbeitsplatzes⁶ möglich wä-

ren, um eine Beschäftigung des Klägers zu ermöglichen, muss das LAG nun klären. Auch die Frage, welche Vorkehrungen noch „angemessen“ wären, wurde zurückverwiesen. Die Maßnahmen dürften die Beklagte nicht unverhältnismäßig belasten, so das BAG.

V. Würdigung/Kritik

1. Das Verhältnis von Kündigungsschutz und Antidiskriminierungsrecht

Zu Recht hat das BAG klargestellt, dass **Diskriminierungen immer verboten** sind – und zwar im Falle von Kündigungen auch dann, wenn der durch das KSchG vorgesehene Schutz nicht zur Anwendung kommt, also zum Beispiel in Kleinbetrieben oder während der sogenannten Probezeit. Diese Ansicht hatten bereits zahlreiche Literaturstimmen vertreten.⁷ Für Unsicherheit hatte allerdings § 15 Abs. 2 AGG gesorgt: Demgemäß bestehen im Falle von Diskriminierungen Entschädigungsansprüche. Da Entschädigungen nach dem KSchG nicht vorgesehen sind, bestand die Sorge, Kündigungen in der Probezeit oder in Kleinbetrieben könnten durch das AGG womöglich stärker geschützt werden als in den Fällen, in denen das KSchG zur Anwendung kommt. Diese Sorge hielt das BAG für unberechtigt. Dabei weist es zu Recht darauf hin, dass § 15 AGG eine **Entschädigung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen** vorsieht. Eine solche zu gewähren kann auch dann geboten sein, wenn sich die Unwirksamkeit der Kündigung aus den Regeln des KSchG ergibt.⁸

⁴ Diese müsste die Beklagte beweisen; die Klärung dieser Frage wurde an das LAG zurück verwiesen.

⁵ EuGH vom 11.04.2013 – C-335/11 u. a. – [Ring], Rn. 28 ff.

⁶ Dies könnte schon das Tragen von Handschuhen sein.

⁷ Hier nur Zwanziger in Kittner/ Däubler/ Zwanziger, KSchR 8. Aufl., AGG Rn. 63; Stein in Wendeling-Schröder, AGG, § 2 Rn. 48.

⁸ So schon Wenckebach in AuR 2010, 499, 502.

2. Der Diskriminierungsbegriff

Wichtig ist zudem die Klarstellung des Gerichts, dass Stereotypisierungen eine Diskriminierung darstellen können – auch wenn **nicht beabsichtigt war**, jemand aufgrund eines von § 1 AGG verbotenen Unterscheidungskriteriums zu benachteiligen. Müssten Kläger eine solche Absicht nachweisen, wäre der Diskriminierungsschutz gänzlich ineffektiv. Das BAG legt des Weiteren das richtige Verständnis der Diskriminierungsverbote zugrunde, wenn es als **Vergleichsperson für die Feststellung der Benachteiligung einen Menschen ohne Behinderung** wählt. Dass eine Person bestimmte für den Arbeitsplatz erforderliche Eigenschaften („wesentliche berufliche Anforderungen, § 8 AGG) nicht erfüllt – was vom Arbeitgeber darzulegen wäre – kann eine Benachteiligung allenfalls rechtfertigen, lässt eine Benachteiligung jedoch nicht entfallen.

3. Der Begriff der Behinderung

Auch der Auslegung des Behinderungsbegriffs durch das BAG ist zuzustimmen. Die Definition in § 3 BGG wird gerade für die Merkmale kritisiert, die den Begriff im Vergleich zur UN-BRK beengen.⁹ Nun können diese beengenden Merkmale in der Praxis weggelassen werden – eine entsprechende europarechts- und UN-BRK-konforme Auslegung ist möglich, wie das vorliegende Urteil zeigt. Das erfordert aber eine wissenschaftliche Arbeit, die viele AnwenderInnen der Gesetze in der Praxis überfordern dürfte.¹⁰ Eine **transparente Lösung durch eine Anpassung der gesetzlichen Definitionen in § 3 BGG und § 2 SGB IX an die – ohnehin geltenden – Vorgaben der UN-BRK** wäre in der Praxis viel leichter handhabbar

⁹ Ausführlich dazu Welti/ Groskreutz/ Hlava/ Ramm/ Rambauser/ Wenckebach, Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes, 2014.

¹⁰ Zumal eine aktuelle empirische Untersuchung aufzeigt, dass die Kenntnisse zur UN-BRK gering sind: Welti et al., oben Fn. 9.

und ist deshalb sinnvoll.

Äußerst wichtig für das Verständnis von Diskriminierungen und Barrieren ist außerdem die klare Aussage des Gerichts: Die für die Annahme einer Behinderung notwendige **Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben kann auch dann gegeben sein, wenn jemand voll leistungsfähig ist, aber aufgrund von Vorurteilen für weniger leistungsfähig gehalten wird**. Dem liegt das Verständnis zugrunde, dass Menschen nicht an sich „behindert sind“, sondern *durch Barrieren behindert werden*, und dass diese Barrieren sich teilweise „in den Köpfen“ aufbauen.

4. Angemessene Vorkehrungen

Das BAG hat mit Recht darauf hingewiesen, dass eine gesetzliche Verpflichtung von Arbeitgebern besteht, angemessene Vorkehrungen zu erwägen, bevor eine Kündigung wegen fehlender Einsatzmöglichkeiten ausgesprochen wird.¹¹ Unionsrecht und UN-BRK machen hierzu eindeutige und verbindliche Vorgaben. Ob allerdings der vom BAG gewählte § 241 Abs. 2 BGB der richtige Ansatzpunkt für eine Verankerung dieses Rechtsinstruments ist, ist zweifelhaft. Auch an § 12 AGG wäre zu denken¹², der den entscheidenden Normen (§§ 1, 3, 7, 8 AGG) zumindest systematisch näher liegt.

Doch ohnehin darf der Gesetzgeber seine Aufgabe, die Pflicht der Arbeitgeber zu angemessenen Vorkehrungen durch Gesetz auszugestalten, nicht den Gerichten überlassen. Selbst wenn eine europarechts- und UN-BRK-konforme Auslegung des AGG möglich ist und die Gerichte hierzu verpflichtet sind: **Eine transparente – also aus-**

¹¹ Dazu auch Rosendahl, Anspruch auf behinderungsgerechte Beschäftigung – unmittelbar klagbarer Anspruch auch auf eine konkrete Tätigkeit möglich, Beitrag B3-2013 unter www.reha-recht.de.

¹² Kocher/ Wenckebach, § 12 AGG als Grundlage für Ansprüche auf angemessene Vorkehrungen, Soziales Recht 2013, S. 17–28.

drückliche – Regelung des Rechtsanspruchs auf angemessene Vorkehrungen ist sowohl im Interesse der Berechtigten als auch der Verpflichteten.¹³ Insbesondere bedarf es einer Klärung, unter welchen Voraussetzungen Vorkehrungen „angemessen“ sein sollen. All dies in die Vorgabe, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils Rücksicht zu nehmen (§ 241 Abs. 2 BGB), hineinzulesen, wird der Bedeutung angemessener Vorkehrungen keinesfalls gerecht. Ob auch andere Betroffene angesichts dieser Rechtsunsicherheiten den Mut des hiesigen Klägers aufbringen, sich den Belastungen¹⁴ eines solchen Prozesses und der gerichtlichen Analyse ihrer Leistungsfähigkeit auszusetzen, ist höchst fraglich.

VI. Fazit

Dies ist eine wichtige Entscheidung, die das Arbeitsrecht voranbringt und zentrale Fragen (vorerst) klärt, um die teils heiße Diskussionen herrsch(t)en. Insbesondere die ausführliche Auseinandersetzung mit angemessenen Vorkehrungen ist ein notwendiger Beitrag zur bisher fehlenden gesetzlichen Umsetzung der Vorgaben der UN-BRK. Eben-diese zu gewährleisten und zu gestalten ist jedoch vorrangig Aufgabe des Gesetzgebers, dem mit diesem Urteil der **Handlungsbedarf sehr deutlich aufgezeigt** wird.

Ihre Meinung zu diesem Diskussionsbeitrag ist von großem Interesse für uns. Wir freuen uns auf Ihren Beitrag.

¹³ Für eine ausdrückliche Regelung ebenfalls: Aichele, V., Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention, Positionen Nr. 5.

¹⁴ Eindrücklich dazu die Schilderungen des BAG selbst zu dem Verhalten des Klägers im vorliegenden Prozess in den Rn. 75 ff.