

Forum B

Schwerbehinderten- und Arbeitsrecht, betriebliches Eingliederungsmanagement
– Diskussionsbeitrag Nr. 16/2015 –

10.12.2015

Die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen und die fristgerechte Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen – Teil 2 Anmerkung zu BAG, Urteil vom 22.05.2014 – 8 AZR 662/13

von Prof. Dr. Katja Nebe, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

In Teil 2 der Anmerkung werden die im ersten Teil (Beitrag B15-2015) aufgeworfenen zentralen Problemstellungen aufgegriffen und fortgesetzt. In diesem Teil des Beitrags wird darauf eingegangen, wie hoch die Anforderungen an die Eignung von Bewerbern für eine sicherheitsrelevante Tätigkeit im Schwimmbad (hier u. a. Badeaufsicht einschließlich Rettungsdienst) gestellt werden dürfen, um bei Nichterfüllung die behinderungsbedingte Ungleichbehandlung gem. § 8 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) rechtfertigen zu können (2.). Elementar ist zudem die Frage nach der Verknüpfung zwischen dem sachlich begründeten Recht zur Differenzierung wegen der Behinderung und der Pflicht des Arbeitgebers, durch angemessene Vorkehrungen Teilhabehindernisse zu kompensieren (3.).

2. Anforderungen an die Eignung von Bewerbern – Sicherheit im Schwimmbad als Rechtfertigungsgrund gem. § 8 AGG

Der 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) nutzte die Gelegenheit, seine Rechtsauffassung zu den materiellen Diskriminierungsfragen zu verdeutlichen. Die sorgfältig begründeten Erwägungen sind zu begrüßen und verdienen angesichts der hohen praktischen Herausforderungen und der wenig transparenten Gesetzeslage Beachtung.

Ausgangspunkt ist § 8 AGG. Dieser gestattet eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Allerdings muss nicht der Grund [hier also eine Behinderung], auf den die Ungleichbehandlung gestützt wird, sondern ein mit dem Diskriminierungsgrund zusammenhängendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung

rung darstellen.¹ Von diesem Merkmal bzw. dessen Fehlen [hier besondere körperliche Fähigkeiten] muss wiederum die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit abhängen.²

a) Legitimer Zweck

Unter Bezug auf den Fall hebt der Senat zunächst hervor, dass die auszuübende Tätigkeit, soweit es um die Kontrolle des Badebetriebes einschließlich des Rettungsdienstes und um den Schwimmunterricht geht, die Sicherheit der Badegäste betrifft und körperliche Schwächen beträchtliche Konsequenzen haben können. Besondere körperliche Fähigkeiten an eine Schwimmbadaufsicht können daher wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen i. S. v. § 8 AGG sein. Besondere Sicherheitsanforderungen stellen zunächst einen rechtmäßigen Zweck dar.³

¹ So auch schon EuGH, 12.01.2010, C-229/08 Rs. Wolf, Rn. 35, ZESAR 2012, 391 = Slg. 2010, I-1; jüngst EuGH, 13.11.2014, C-416/13 Rs. Pérez, Rn. 36, NVwZ 2015, 427.

² BAG, a. a. O. (Fn. 4) Rn. 34.

³ Vgl. insoweit das Grundsatzurteil BAG, 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 547 = BehindertenR 2014, 134, wegen möglicher Übertragungsrisiken von HIV bei der Medikamentenproduktion; vgl. die zahlreiche Rechtsprechung zu den typischen Fallgruppen.

- *Polizei*, dazu jüngst EuGH, 13.11.2014, C-416/13 Rs. Pérez, Rn. 40, NVwZ 2015, 427.

- *Feuerwehr*, dazu jüngst EuGH, 12.01.2010, C-229/08 Rs. Wolf, Rn. 35, ZESAR 2012, 391 = Slg. 2010, I-1.

- Öffentlich bestellte *Sachverständige* oder *Prüfer*, OVG Saarland, 04.02.2015, 1 A 11/14, juris (Prüfsachverständige mit bauaufsichtlichen Tätigkeiten); OVG Bremen, 14.09.2010, 1 A 265/09, VerkMitt 2011, Nr. 34 (flugmedizinische Sachverständige); anders hingegen für „EDV-Sachverständige“ BVerwG, 01.02.2012, 8 C 24/11, NJW 2012, 1018.

- Oder in denen Gesundheitsgefahren für die *Allgemeinheit*, EuGH, 13.09.2011, C-447/09 Rs. Prigge, NZA 2011, 1039 (Piloten); auch insoweit EuGH, 12.01.2010, C-341/08 Rs.

Im konkreten Fall standen diese hohen Schutzgüter und die grundsätzlich notwendige besondere körperliche Fähigkeit nicht im Streit. Dies ist plausibel, denn insoweit unterscheidet sich die Anforderung an eine besondere körperliche Fähigkeit einer Badeaufsicht nicht von den aus der Rechtsprechung bereits bekannten Fällen über sicherheitsrelevante Altersgrenzen. Allerdings nimmt das geschützte Merkmal Behinderung normativ einen besonderen Stellenwert innerhalb der geschützten Merkmale ein.⁴ Hieraus lässt sich mit guten Gründen ein vergleichsweise höheres Begründungserfordernis bei einer behinderungsbedingten Ungleichbehandlung schlussfolgern. Allerdings ändert dies wiederum nichts an der Tatsache, dass auch die Sicherheit und Gesundheit Dritter, wie hier der Badegäste, als legitimer Zweck i. S. d. § 8 AGG und zwar auch im Falle einer behinderungsbedingten Ungleichbehandlung anzusehen ist.

b) Angemessenheit der beruflichen Anforderungen – Rechtfertigung durch praktische Konkordanz zwischen Gesundheitsschutz und Teilhabe-schutz

Der legitime Zweck „Sicherheit beim Badebetrieb“ vermag die wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen nur zu rechtfertigen, wenn diese wiederum angemessen sind. Mit Verweis auf EuGH-Rechtsprechung⁵ zitiert der 8. Senat zur An-

Petersen, NJW 2010, 587 (Vertragszahnärzte).

- Oder Gesundheitsgefahren für die *Kunden*, auch insoweit EuGH, 13.09.2011, C-447/09 Rs. Prigge, NZA 2011, 1039 (Piloten); BAG, 15.02.2012, 7 AZR 904/08, juris (Flugingenieure); aber auch EuGH, 12.1.2010, C-341/08 Rs. Petersen, NJW 2010, 587 (Vertragszahnärzte).

⁴ Zutreffend Kocher in EnzEUArbR/ Schlachter/ Heinig, § 5 Rn. 12 den besonderen Stellenwert der Merkmale Rasse, Geschlecht und Behinderung.

⁵ Konkret auf EuGH, 13.09.2011, C-447/09 Rs. Prigge, Rn. 71, NZA 2011, 1039 (Piloten).

gemessenheit die in der Rechtsprechung gängige Formel⁶, dass es sich bei den Rechtfertigungsgründen um *eng auszulegende Ausnahmen* vom Gleichbehandlungsgrundsatz handle und dementsprechend auch § 8 AGG eng auszulegen sei.⁷ Diese Position wirft weitergehende Fragen auf.

Die „Ausnahmeformel“ scheint gerade vor dem Hintergrund der besonderen Sachverhaltskonstellation sehr naheliegend, denn im konkreten Fall ging es lediglich um eine Beschäftigung während einer auf ein Jahr befristeten Elternzeitvertretung. Während dieser Zeit waren irgendwelche gesundheitlichen Leistungsbeeinträchtigungen bei der Klägerin wegen ihrer MS-Erkrankung anhand der vorgelegten Gutachten nicht zu prognostizieren. Die Beklagte wollte offensichtlich langfristige Gesundheitsprognosen aus dem im Prozess vorgelegten Gutachten einwenden, die über den Zeitraum der befristeten Vertragslaufzeit hinausgingen und daher ohnehin nicht zu berücksichtigen gewesen wären.⁸

Allerdings ist die Angemessenheit der Anforderungen in jedem Einzelfall eine zentrale Stellschraube im Widerstreit von Teilhaberechten einerseits und Sicherheitsinteressen andererseits. In der Weise, wie ein zu hohes Maß geforderter körperlicher Fähigkeit die Teilhabechancen körperlich beeinträchtigter Menschen verschlechtern kann, kann umgekehrt die Prävention vor Gesundheitsgefährdungen geschwächt werden, wenn die Fähigkeitsanforderungen zu niedrig gesetzt werden. Dieses Spannungsfeld darf nicht nur wegen grundrechtlich geschützter Rechtspositionen, sondern auch wegen anderer nor-

mativer Vorgaben⁹ nicht nach der Methode Regel-Ausnahme gelöst werden, sondern muss im Hinblick auf den hohen Rang beider Schutzgüter im Wege der Methode praktischer Konkordanz gelöst werden.¹⁰ Zur möglichst uneingeschränkten Verwirklichung der grundrechtlich gleichwertig geschützten Gesundheit und beruflichen Teilhabe gilt dann, wenn Gesundheitsrisiken vorzubeugen ist, umso mehr das Prinzip der praktischen Konkordanz mit einer hohen Verantwortlichkeit sowohl für einen effektiven und präventiven Gesundheitsschutz wie für einen effektiven und hohen Schutz vor Diskriminierungen.

Die Rechtsprechung gibt erste praktische Anleitungen zu einer solch schutzzweckorientierten Differenzierung im Rahmen von § 8 AGG. So werden Altersgrenzen für Sachverständige je nach Sicherheitsrelevanz ihrer fachlichen Expertise als angemessen bestätigt (so bei Sachverständigen für Flugsicherheitsmedizin oder Gebäudesicherheit) oder als unangemessen beanstandet (so bei EDV-Sachverständigen).¹¹ Auch in der Entscheidung zur HIV-Wartezeitkündigung ist nicht die Rede von einer engen Auslegung der Sicherheitsrichtlinien zur Medikamentenherstellung; es wird nicht nach einer „hinreichend konkreten Gefahr“ (so beim Kopftuchverbot¹²), sondern nach einem überhaupt

⁶ So auch schon EuGH, 12.01.2010, C-341/08 Rs. Petersen, Rn. 60, NJW 2010, 587 (Vertragszahnärzte); ebenso Kocher in: EnzEUArbR/Schlachter/Heinig, § 5 Rn. 180.

⁷ BAG, a. a. O. (Fn. 4, Teil 1 des Beitrags) Rn. 40.

⁸ Sachlich nachvollziehbar insoweit der Hinweis BAG, a. a. O. (Fn. 4, Teil 1 des Beitrags) Rn. 41.

⁹ EuGH, 13.09.2011, C-447/09 Rs. Prigge Rn. 52 ff., NZA 2011, 1039 (Piloten) zur Gesundheit als besonderes Schutzgut in Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG, zur fehlenden Umsetzung dessen im AGG wiederum BVerwG, 01.02.2012, 8 C 24/11, Rn. 24 ff., NJW 2012, 1018.

¹⁰ Zum Ausgleich deutlich BAG, 19.12.2013, 6 AZR 190/12, Rn. 81, NZA 2014, 547 = BehindertenR 2014, 134. Anschaulich die zu kurz greifende Deutung, mutterschutzbezogener Arbeitsschutz sei eine zulässige, aber eng auszulegende Ausnahme vom geschlechterbezogenen Gleichbehandlungsgrundsatz, dazu ausführlich Nebe, Betrieblicher Mutterschutz ohne Diskriminierungen, S. 113 ff.; hierauf rekurrend Trstenjak, Schlussanträge, 31.03.2009, C-63/08, Slg. 2009/10467, Rn. 46 ff.

¹¹ Vgl. Nachweise in Fn. 1.

¹² BVerfG, 27.01.2015, 1 BvR 471/10, juris.

„messbaren Sicherheitsrisiko“ (so beim Beschäftigungsverbot von HIV-Infizierten im Reinraumbereich) gefragt.¹³

3. Keine Rechtfertigung ohne Prüfung angemessener Vorkehrungen

Die Wirksamkeit der Methode der praktischen Konkordanz wird letztlich maßgeblich von der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen abhängen. Auch wenn im Urteil mangels Entscheidungserheblichkeit nicht ausgeführt ist, wie die Pflicht vorliegend konkret ausgestaltet werden könnte, ist schon deren systematische Einordnung für die weitere Effektivierung des Gleichstellungsrechts sehr zu begrüßen. Das hier besprochene Urteil ist unter den öffentlich dokumentierten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts eines der ersten, welches das Unterlassen angemessener Vorkehrungen eng mit dem Benachteiligungsvorwurf verknüpft.¹⁴ Angemessene Vorkehrungen haben eine wichtige Schlüsselfunktion zur tatsächlichen und materiellen Gleichstellung behinderter Menschen. Sie sind verpflichtend in Art. 5 Richtlinie (RL) 2000/78/EG sowie in Art. 27 Abs. 1 S. 2 Buchst. i), Art. 2 UAbs. 4 UN-BRK niedergelegt und gelten im Wege der unionsrechtskonformen sowie zugleich völkerrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts.¹⁵ Der Begriff „angemessene Vorkehrungen“ ist dahin gehend zu verstehen, dass er die Beseitigung der verschiedenen Barrieren umfasst, die die volle und wirksame Teilhabe der Menschen mit Behinderung am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen

Arbeitnehmern, behindern.¹⁶ In dieser zutreffenden Begriffsbestimmung kommt das biopsychosoziale Wechselwirkungsmodell der Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) zum Ausdruck, welches die Behinderung nicht isoliert anhand der körperlichen bzw. gesundheitlichen Beeinträchtigungen eines Menschen (defizitorientierte Betrachtung) bemisst, sondern erst unter Einbeziehung der jeweils hinderlichen und/oder versagten förderlichen Umweltbedingungen/ Kontextfaktoren (Barrieren) die Behinderung als Teilhabestörung versteht.¹⁷ Die Beseitigung der Barrieren ist damit Sache der hierfür jeweils Verantwortlichen, z. B. des Arbeitgebers als Organisationsverantwortlicher für seinen Betrieb, und nicht mehr individuelles Schicksal.

Zwar fehlt im AGG eine allgemeine Umsetzungsvorschrift zu Art. 5 RL 2000/78/EG, gleichwohl besteht inzwischen kein Zweifel mehr, dass jeder (potentielle) Arbeitgeber infolge richtlinienkonformer Auslegung der (arbeits)vertragsrechtlichen Generalklauseln¹⁸ zu angemessenen Vorkehrungen zugunsten behinderter Bewerber/ Beschäftigter und zwar unabhängig vom Grad der Beeinträchtigung verpflichtet ist. Die RL 2000/78/EG nennt in Erwägungsgrund Nr. 20 mögliche Vorkehrungsmaßnahmen, den Arbeitsplatz behinderungsgerecht zu gestalten, z. B. durch die Gestaltung der Räumlichkeiten oder durch eine Anpassung von Arbeitsgeräten, Arbeitsrhythmus (einschließlich einer

¹³ BAG, a. a. O. (Fn. 10).

¹⁴ Daneben sind die Grundsatzentscheidung des 6. Senats zur HIV-Wartezeit-Kündigung, a. a. O. (Fn. 10) und die Entscheidung zur Ablehnung des gehbehinderten Bewerbers bei nicht barrierefrei zugänglichem Arbeitsplatz BAG, 26.06.2014, 8 AZR 547/13, ZTR 2014, 731 zu nennen.

¹⁵ Grundlegend BAG, 19.12.2013, a. a. O., (Fn. 10), Rn. 51 ff.; Nebe in Gagel, SGB II/III, Vorbem. zu §§ 112 ff. SGB III, Rn. 1a ff.

¹⁶ BAG, 22.05.2014, a. a. O. (Fn. 4, Teil 1 des Beitrags).

¹⁷ EuGH, 11.04.2013, C-335/11 Rs. Ring und Skouboe Werge, ZESAR 2013, 415 = NZA 2013, 553, mit Anm. Welti/Großkreuz RP-Reha, 2014, Heft 1, S. 25 ff.

¹⁸ Die Rechtsprechung verweist auf § 241 Abs. 2 BGB, vgl. grundlegend BAG, 19.12.2013, a. a. O. (Fn. 10); in der Literatur wird z. T. auch auf § 618 BGB zurückgegriffen, vgl. früh so schon Kohte, jurisPR-ArbR 47/2005 Anm. 1.

Verkürzung der Arbeitszeit)¹⁹ oder Aufgabenverteilung sowie Ausbildungs- und Einarbeitungszeiten.

Zu diesen oder vergleichbaren Maßnahmen sind Arbeitgeber verpflichtet, wenn sie dadurch nicht unverhältnismäßig belastet werden. Wird eine besondere Belastung der Arbeitgeber wiederum durch staatliche Leistungen²⁰ kompensiert, greift der Einwand unverhältnismäßiger Belastung nicht. Damit liegt die Verantwortung für die Identifizierung möglicher Barrieren und deren Überwindung

durch angemessene Vorkehrungen unter Einschluss staatlicher Leistungen ganz klar beim Arbeitgeber. Schon in der Bewerbungssituation müssen sich Arbeitgeber ihrer Gestaltungsverantwortung gem. Art. 5 RL 2000/78/EG bewusst sein.

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

¹⁹ Ausdrücklich hierzu EuGH, 11.04.2013, C-335/11 Rs. Ring und Skouboe Werge, a. a. O. (Fn. 33).

²⁰ Zu den vielfältigen sozialrechtlichen Leistungsansprüchen wiederum MüAHB/Sozialrecht-Nebe, § 22 Rn. 18, 26 f.