

Diskriminierungsverbot in der Wartezeit

[BAG 6. Senat, Urteil vom 19.12.2013 - 6 AZR 190/12](#)

Leitsätze

1. Eine ordentliche Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das Kündigungsschutzgesetz (noch) keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, ist nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unwirksam. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen.
2. Eine symptomlose HIV-Infektion hat eine Behinderung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zur Folge. Das gilt so lange, wie das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten sowie die darauf beruhenden Stigmatisierungen andauern.

Orientierungssatz zur Anmerkung

§ 2 Abs. 4 AGG sichert den Vorrang des gesetzlichen Kündigungsschutzrechts. Kündigt ein Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis, das nicht dem Kündigungsschutz unterliegt, und verletzt er das Verbot der Benachteiligung im Hinblick auf ein in § 1 AGG genanntes Merkmal, so ist eine ordentliche Kündigung unmittelbar nach § 134 BGB i.V.m. §§ 1, 7 AGG unwirksam.

A. Problemstellung

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer vom Kläger als diskriminierend angegriffenen Wartezeitkündigung und eine angemessene Entschädigung in Geld.

Die Beklagte stellte den Kläger am 01.12.2010 als chemisch-technischen Assistenten befristet ein und wollte ihn zur Produktion von Arzneimitteln im sog. Reinraumbereich einsetzen. Bevor es dazu kam, teilte der Kläger mit, er sei symptomfrei HIV-infiziert. Diese Beeinträchtigung wird mit einem GdB von 10 bewertet. Die Beklagte sah wegen der HIV-Infektion keine Einsatzmöglichkeit und kündigte das Arbeitsverhältnis mit der in der Probezeit verkürzten Kündigungsfrist. Der Arbeitnehmer hat Klage erhoben und macht geltend, die angegriffene Kündigung diskriminiere ihn wegen seiner Behinderung. Bei entsprechenden Vorkehrungen sei eine Beschäftigung möglich gewesen. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Auf die Revision des Klägers hat das BAG das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Denn das Landesarbeitsgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, der Kläger werde nicht wegen einer Behinderung benachteiligt. Insbesondere habe es nicht geprüft, ob der Arbeitgeber durch angemessene Vorkehrungen einen Einsatz des Klägers im Reinraum hätte ermöglichen können.

Zunächst setzt sich der Sechste Senat des BAG mit der herrschenden Meinung zur Auslegung der Regelung in § 2 Abs. 4 AGG auseinander. Dieser Auslegung war auch das Landesarbeitsgericht gefolgt, indem es annahm, als Unwirksamkeitsgrund für die Wartezeitkündigung käme allenfalls § 242 BGB in Betracht. Der Sechste Senat des BAG bricht mit der herrschenden Meinung: „Eine ordentliche Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das Kündigungsschutzgesetz (noch) keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, ist nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unwirksam. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen.“

Damit macht der Sechste Senat nicht nur den Weg frei zur Anwendung des § 134 BGB, sondern er verbessert auch die prozessuale Rechtsstellung der Behinderten bei diskriminierenden Kündigungen. Denn so verschiebt sich nach Maßgabe des § 22 AGG die Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Arbeitgebers, der die Indizien für eine Benachteiligung wegen einer Behinderung gesetzt hat. Als unerheblich sieht der Sechste Senat das Fehlen von gesetzlichen Verpflichtungen an, wie sie Arbeitgebern gegenüber schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten behinderten Menschen insbesondere in § 81 Abs. 4 und § 84 Abs. 1 SGB IX auferlegt sind. Der Senat stellt klar, dass die Arbeitgeber auch für „einfach“ Behinderte wie dem Kläger angemessene Vorkehrungen zu ergreifen haben.

C. Kontext der Entscheidung

Der Sechste Senat vermeidet eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der umstrittenen Rechtsprechung des Zweiten Senats zu § 2 Abs. 4 AGG. Nach dessen Ansicht „zielt“ diese Bestimmung zwar darauf ab, „den Diskriminierungsverboten in Übereinstimmung mit dem in das nationale Antidiskriminierungsrecht umgesetzten europäischen Recht – auch für das Kündigungsrecht – Geltung zu verschaffen oder zu erhalten“. Aber: „Für den Weg, auf dem dies geschieht, sollen allerdings ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz (mit der Folge) maßgeblich sein ..., dass ... Diskriminierungsverbote nicht als eigene Unwirksamkeitsnormen angewendet werden“ (BAG v. 06.11.2008 - 2 AZR 523/07 - BAGE 128, 238 = DB 2009, 626 Rn. 40; bestätigend: BAG v. 22.10.2009 - 8 AZR 642/08 Rn. 15; BAG v. 05.11.2009 - 2 AZR 676/08 Rn. 24; BAG v. 20.06.2013 - 2 AZR 295/12 Rn. 36). Geschickt verweist der Sechste Senat darauf, dass das BAG mit dem Urteil vom 06.11.2008 die Rechtsfrage zu Gunsten des Vorrangs des gesetzlichen Kündigungsschutzrechts entschieden habe. Dieser greife jedoch nicht bei Wartezeitkündigungen. Hier sei der zu weit gefasste Wortlaut des § 2 Abs. 4 AGG: „Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen des allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzes“ teleologisch zu reduzieren. Denn für ordentliche Kündigungen in der Wartezeit und in Kleinbetrieben gelten nach § 1 Abs. 1 und § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG keine Bestimmungen des „allgemeinen Kündigungsschutzes“.

Zur Beantwortung der Rechtsfrage, ob die Diskriminierung wegen einer fehlenden entscheidenden beruflichen Eignungsvoraussetzung zulässig sei (§ 8 AGG), verlangt der Sechste Senat eine sorgfältige Prüfung, ob durch angemessene Vorkehrungen – etwa durch das Tragen von Spezialhandschuhen – das vom Arbeitgeber vorgebrachte Risiko der Verunreinigung der im Reinraum hergestellten Medikamente ausgeschlossen werden kann. Zur Begründung der Pflicht zur Prüfung und Durchführung angemessener Vorkehrungen beruft sich der Sechste Senat auf die Rechtsprechung des Achten Senats (dazu: BAG v. 27.01.2011 - 8 AZR 580/09 Rn. 34 ff.). In Übereinstimmung mit diesem geht er davon aus, dass trotz fehlender Umsetzung der Vorgaben Arbeitgeber schon jetzt verpflichtet seien, entsprechend Art. 5 RL 2000/78/EG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i, Art. 2 Unterabs. 4 des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 13.12.2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention – BRK) angemessene Vorkehrungen zu ergreifen, um Behinderten u.a. die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen. Dazu gehöre es nach Art. 2 Unterabs. 4 i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BRK Änderungen und Anpassungen vorzunehmen, die notwendig und geeignet sind, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt in einem integrativen Umfeld ihr Recht auf Arbeit verwirklichen können.

Der Sechste Senat hat damit die richtige Konsequenz aus der Überlagerung des nationalen Kündigungsschutzrechts durch das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union und der Vereinten Nationen gezogen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Arbeitgeber müssen vor Ausspruch von ordentlichen Kündigungen gegenüber behinderten Arbeitnehmern auch dann, wenn der Zugang der Kündigung noch innerhalb der ersten sechs Monate (sog. Wartezeit) erfolgt, ernsthaft prüfen, ob sie durch zumutbare Anpassungen oder Änderungen behinderungsbedingte Beschäftigungsschwierigkeiten beheben können. Das steht an sich schon seit 2001 in § 84 Abs. 1 SGB IX. Diese Bestimmung war jedoch bisher durch das Urteil des Sechsten Senats vom 24.01.2008 (6 AZR 96/07 - NZA-RR 2008, 405 Rn. 33; a.A. Deinert, JR 2007, 177, 180; Gagel, jurisPR-ArbR 22/2007 Anm. 3) praktisch wirkungslos gemacht worden, weil der Senat annahm, das Nichtdurchführen des Präventionsverfahrens während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses sei unerheblich. Nach dem hier besprochenen Urteil ist diese Auffassung nicht mehr aufrechtzuerhalten. Denn das in § 84 Abs. 1 SGB IX geregelte Präventionsverfahren dient der Suche danach, wie das infolge der Behinderung vorliegende Beschäftigungshindernis durch angemessene Vorkehrungen beseitigt werden kann. Die vom Sechsten Senat 2008 vorgenommene teleologische Einschränkung auf Arbeitsverhältnisse, die dem Kündigungsschutz unterliegen, muss deshalb aufgegeben werden.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

Zum ersten Mal hat das BAG nach § 23 Abs. 1 Satz 1 AGG einen Verein als Beistand der sich diskriminiert fühlenden Partei zugelassen. Dazu hat das BAG den Satzungszweck, das diskriminierungsfreie Zusammenleben u.a. durch die kostenlose Unterstützung und Beratung bei Diskriminierungen insbesondere in Gerichtsverfahren zur Durchsetzung des Rechtsschutzes Betroffener zu fördern, als ausreichend angesehen. Es hat zudem den Nachweis verlangt, dass der Verein die nach § 23 Abs. 1 Satz 2 AGG erforderliche Mindestanzahl an Mitgliedern hat.

Der Sechste Senat hat die Kumulierung der Klageziele (1) Feststellung der Unwirksamkeit der diskriminierenden Kündigung und (2) Entschädigung für die diskriminierende Kündigung als zulässig angesehen:

„§ 2 Abs. 4 AGG steht einem solchen Verständnis des § 15 Abs. 2 AGG nicht entgegen“.

Damit hat er den Weg beschrieben, die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes in das Kündigungsschutzrecht einzupassen.