

Das BAG hat dem Arbeitgeber recht gegeben: Es ist – so das Gericht – nicht zu beanstanden, dass die Beklagte die höheren Leistungen zur betrieblichen Altersversorgung nur denjenigen Arbeitnehmern gewährt, die die in der GBV vorgesehene höhere Flexibilität zeigen müssen. Hierin liegt weder ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (zu Lasten der Arbeitnehmer am Kölner Standort) noch stellt der Vorgang eine unzulässige Maßregelung der betroffenen Arbeitnehmer dar. Mit dem Abstellen auf die Flexibilität des Arbeitseinsatzes als Grund für die Differenzierung verstößt die GBV auch nicht gegen verfassungsrechtliche oder sonstige übergeordnete Wertentscheidungen. Insbesondere ist die Verknüpfung von Regelungen zur Arbeitszeit und Arbeitseinsatzplanung mit Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nicht zu beanstanden. Regelungen zur flexibleren Gestaltung der Arbeitszeit ermöglichen einen kostengünstigeren Personaleinsatz und dienen damit den wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers. Dieser kann als Gegenleistung das Arbeitsentgelt erhöhen, und zwar auch in der Weise, dass er zusätzliche Beiträge zur betrieblichen Altersversorgung leistet. Tritt der von dem Arbeitgeber beabsichtigte betriebswirtschaftliche Konsteinsparungseffekt in einem Betrieb mangels Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung zur Flexibilisierung der Arbeitszeit nicht ein, so kann der Arbeitgeber demzufolge solche Betriebe von der Erhöhung angekündigter Gegenleistung (der betrieblichen Altersversorgung) ausnehmen. Die Grenzen solcher Forderungen sind dann erst dort zu suchen, wo die »andere Seite« zu einem rechtswidrigen Verhalten veranlasst werden soll, z.B. – so das BAG – zum Abschluss einer tarifwidrigen oder gesetzwidrigen – Betriebsvereinbarung. Bemerkenswert an der bundesarbeitsgerichtlichen Entscheidung ist auch, dass es augenscheinlich die Grenzen für die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung weiter zieht, als es das Hessische LAG getan hat. Während das LAG verlangt, dass die von dem Betriebsrat geforderte Gegenleistung des Arbeitgebers mit dem Zweck und Inhalt

des Mitbestimmungsrechts im Zusammenhang steht, scheint es das BAG ausreichen zu lassen, dass ein lediglich wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Geben und Nehmen besteht. Auch das kann für die Praxis durchaus Bedeutung erlangen.

### Fazit

Zurück zum Titel dieses Beitrags: »Was für Kaufleute gut ist, muss für Betriebsräte nicht schlecht sein.« Auch Verhandlungen auf dem Boden der Betriebsverfassung sind ein Geben und Nehmen und, was zum Gegenstand der Verhandlungen gemacht wird, entscheiden die Betriebsparteien im Rahmen ihrer Verhandlungstaktik selbst. Dabei kann es durchaus sinnvoll sein, gerade dort Bedingungen zu stellen, wo keine echten Mitbestimmungsrechte bestehen. Hier von Rechtsmissbrauch zu sprechen oder gar das Wort Erpressung in den Mund zu nehmen, ist gänzlich fehl am Platz. Wem möchte man es schon verwehren, die Gunst der Stunde zu nutzen. Andererseits: Verhandlungen sind keine Einbahnstraße. Das verdeutlichen gerade die beiden hier behandelten Entscheidungen. Nicht immer hat man selbst die besseren Karten auf der Hand und meistens – das gilt für Betriebsrat und Arbeitgeber allemal – sieht man sich zweimal im Leben. Wer vor diesem Hintergrund Verhandlungen führt und Forderungen formuliert, für den ist das Risiko geringer, bei der nächsten Verhandlungsrunde selbst einen »schwarzen Peter« ziehen zu müssen.

**DR. MICHAEL BACHNER** ist Partner von schneider:schwegler rechtsanwälte und Fachanwalt für Arbeitsrecht in Frankfurt a.M. ([www.schneider-schwegler.de](http://www.schneider-schwegler.de))

### Literaturhinweis

Däubler/Kittner/Klebe, Kommentar zum BetrVG, 11. Auflage, Bund-Verlag 2008, § 87 Rdnr. 9 ff.

# Gegen HIV/AIDS-Diskriminierung

## Schutzmöglichkeiten nach dem AGG

Ende 2007 lebten in Deutschland 59.000 Menschen mit HIV/AIDS, davon 49.000 Männer, 10.000 Frauen, 350 Kinder. Von diesen Menschen leben 9.500 mit AIDS. Zur Verteilung nach dem Infektionsrisiko veröffentlichte das Robert-Koch-Institut folgende Zahlen: Homosexuelle und bisexuelle Männer: 34.500; Personen, die sich über heterosexuelle Kontakte infiziert haben: 7.500; Personen aus Ländern mit hohem HIV/AIDS-Bevölkerungsanteil: 7.500 (überwiegend

über heterosexuelle Kontakte infiziert); i.v.Drogengebraucher: 7.000 ; Häophile und Bluttransfusionsempfänger: 500 (überwiegend vor 1986 infiziert) und Mutter-Kind-Transmission: 550.<sup>1</sup> 31 % der Menschen mit HIV/AIDS sind arbeitslos. Nur 35 % arbeiten mehr als 34 Stunden die Wo-

<sup>1</sup> HIV/AIDS in Deutschland-Eckdaten. Epidemiologische Kurzinformation des Robert-Koch-Instituts; s. [www.rki.de](http://www.rki.de) unter Infektionskrankheiten A-Z.

che. In der Schweiz sind 70 % der Menschen mit HIV und AIDS erwerbstätig, davon 70 % in Vollzeit.<sup>2</sup>

### Allgemeines Diskriminierungsverbot im GG

Ein grundsätzliches Diskriminierungsverbot gegenüber Menschen mit HIV und AIDS ergibt sich aus dem Art. 3 Abs. 3 GG: »Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.«<sup>3</sup>

Zudem muss das allgemeine Persönlichkeitsrecht, abgeleitet aus Art. 2 Abs. GG (»jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit«) und Art. 1 Abs. 1 GG (Unantastbarkeit der Menschenwürde), einbezogen werden. Internationale Rahmenbedingungen spielen ebenfalls eine Rolle, da Deutschland sich völkerrechtlich zum Diskriminierungsschutz verpflichtet hat und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Art. 25 GG anerkannt hat. Das Benachteiligungsverbot, das Persönlichkeitsrecht und die völkerrechtlichen Verpflichtungen im GG binden unmittelbar die öffentliche Gewalt (Gesetzgebung, vollziehende Gewalt, Rechtsprechung, Verwaltung und hat als »verfassungsrechtliche Wertentscheidung« auch Auswirkungen auf die Privatrechtsordnung und die Rechtsbeziehungen unter Privaten.<sup>4</sup>

2 Michael Krone: HIV und Aids im Betrieb; verdi-Tagung: Menschenwürde verlang Respekt der Vielfalt 17. Februar 2007; siehe: [www.regenbogen.verdi.de/events/events\\_2007/tagung\\_lsbt\\_am\\_arbeitsplatz](http://www.regenbogen.verdi.de/events/events_2007/tagung_lsbt_am_arbeitsplatz)

3 Die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di hat auf ihrem Bundeskongress 2007 beschlossen, dass dieser Artikel um das Persönlichkeitsmerkmal sexuelle Identität erweitert werden soll; vgl. [www.bundeskongress.2007.verdi.de/antraege\\_beschluesse](http://www.bundeskongress.2007.verdi.de/antraege_beschluesse) (Antrag A 82: Erweiterung des Gleichheitsartikels im Grundgesetz); in den Bundesländern Berlin, Brandenburg, Bremen und Thüringen ist die sexuelle Identität im Gleichheitsartikel bereits aufgenommen.

4 Kurt Pärli/Alexander Caplazi/Caroline Suter: Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis. Eine vergleichende Untersuchung zur Situation in Kanada, Grossbritannien, Frankreich, Deutschland und Schweiz, Bern/Stuttgart/Wien 2007 Seite 279. Umfassend hier auch völkerrechtliche Regelungen zum Thema Arbeitsrecht und HIV/AIDS in Deutschland Seite 275 ff. und Seite 89-107.

5 Welti in: Schiek (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007 Seite 91 § 1 AGG Rdnr. 40.

6 Ebenda, S. 92 § 1 AGG Rdnr. 41.

7 BAG v. 3.4.2007 – 9 AZR 823/06. Das BAG hat in diesem Fall entschieden, dass einem öffentlichen Arbeitgeber auch vor dem AGG verwehrt war, eine Bewerberin um eine Stelle im öffentlichen Dienst (im konkreten Fall ging es um eine Beschäftigung im Polizeidienst) wegen einer Behinderung (GdB 40) zu benachteiligen. Aufgrund dieser Entscheidung wären auch Benachteiligungen von HIV-positiven im ÖD allein aufgrund der Verpflichtung der Umsetzung der EU-Richtlinie 200/78/EG Nr. 3 nicht rechtens (gewesen): Das BAG stellt ausdrücklich fest, dass die gesetzliche Regelung im SGB bezüglich des Merkmals Behinderung nicht gemeinschaftskonform ist.

8 Kurt Pärli u. a.: Seite 284.

9 EuGH C-13/05.

10 Kurt Pärli u. a.: a.a.O. Seite 284.

11 Vgl. Welti: § 1 AGG Rdnr. 43.

12 Kurt Pärli u. a.: a.a.O. Seite 280.

13 [www.gib-aids-keine-chance.de/themen/fakten/verbreitung.php](http://www.gib-aids-keine-chance.de/themen/fakten/verbreitung.php); ebenso: Achim Lepke: Kündigung bei Krankheit. Berlin 2006 12. überarbeitete und wesentlich erweiterte Auflage Seite 44. Das Buch von Lepke bietet insbesondere für Arbeitsrechtler/-innen einen umfassenden Überblick über die aktuelle medizinische Entwicklung von HIV/AIDS. (ebenda Seite 427-438).

Einen umfassenden Diskriminierungsschutz im Arbeitsleben sollen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und das Arbeitsrecht auch für Menschen mit HIV/AIDS gewährleisten.

### Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht

Laut § 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist es das »Ziel des Gesetzes, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.« Das Gesetz führt zwar HIV-/AIDS-Diskriminierung nicht direkt auf, allerdings wird sie zumindest mittelbar und/oder unmittelbar von den Merkmalen Behinderung, sexuelle Identität und ethnische Herkunft erfasst.

### Merkmal Behinderung

Der Behindertenbegriff im AGG hängt nicht ab von der Anerkennung als schwerbehinderter Mensch (§ 2 Abs. 2, 69 SGB IX).<sup>5</sup>

Vielmehr ist der Begriff Behinderung nach einer Entscheidung des EuGH autonom gemeinschaftsrechtlich und einheitlich auszulegen.<sup>6</sup> Diese Rechtsauffassung hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit seiner Entscheidung vom 3.4.2007 ausdrücklich bestätigt.<sup>7</sup> In der bisherigen Praxis galten in Deutschland »Menschen mit einer asymptomatischen HIV-Infektion, d.h. Krankheit oder Krankheitsdispositionen ohne oder mit nur leichter körperlicher und psychischer Beeinträchtigung nicht als schwer behindert ...«<sup>8</sup> Daher wurden sie nicht unter das Merkmal Behinderung gefasst. Mit der Navas-Entscheidung<sup>9</sup> und der BAG-Entscheidung ist diese Rechtsposition nicht mehr aufrecht zu halten.

Vielmehr sind aufgrund der Rechtsprechung HIV-positive Personen – unabhängig von ihrer Arbeitsfähigkeit – als Behinderte im Sinne des AGG anzuerkennen.<sup>10</sup> Im Mittelpunkt steht die Beeinträchtigung an der gesellschaftlichen Teilhabe, die durch das Verhalten Anderer beeinträchtigt werden kann.

Dies gilt zweifelsohne für Menschen mit HIV.<sup>11</sup> Zudem fallen chronische Krankheiten unter den Begriff der Behinderung.<sup>12</sup> Die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung zählt HIV und AIDS in den Industrieländern zu den chronischen Krankheiten.<sup>13</sup>

### Merkmal sexuelle Identität

Da in Deutschland und in den Industriestaaten überwiegend homosexuelle Männer von HIV/AIDS betroffen sind, stellt die Benachteiligung aufgrund HIV/AIDS eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der sexuellen Identität dar und ist nach dem AGG nicht zulässig.

**Beispiel:**

Die britische Fluggesellschaft Dan Air begründete die ausschließliche Beschäftigung von Frauen als Bordpersonal u.a. mit dem Argument, dass Männer, die als Bordpersonal arbeiten wollen, zu einem hohen Anteil homosexuell seien. Um die HIV/AIDS-Gefährdung zu vermeiden, sei ein Ausschluss von (homosexuellen) Männern bei der Einstellung gerechtfertigt. Diese Einstellungspraxis wurde bereits 1986 in England als unmittelbare Diskriminierung von männlichen Bewerbern bewertet und als unzulässig erklärt. (Diskriminierung aufgrund des Geschlechts).<sup>14</sup>

Die unmittelbare Benachteiligung setzt homogene Vergleichsgruppen voraus. Dies bedeutet aber nicht, dass alle Personen einer Gruppe, die ein geschütztes Merkmal tragen, benachteiligt werden. Es reicht, wenn die Benachteiligung direkt an diesem Merkmal festgemacht wird.<sup>15</sup> Da bei HIV/AIDS in Deutschland überwiegend Schwule betroffen sind, kann in den meisten Fällen auch eine mittelbare Benachteiligung aufgrund des Merkmals der sexuellen Identität vorliegen.<sup>16</sup>

**Merkmal ethnische Herkunft**

Bei Bewerbungen oder Beschäftigten aus Ländern mit hohem HIV/AIDS-Bevölkerungsanteil kann bei Benachteiligung wegen HIV/AIDS eine Diskriminierung aufgrund des Merkmals ethnische Herkunft vorliegen.

**Adressat des Merkmals**

Personen, die wegen der im AGG aufgeführten Merkmale diskriminiert werden, müssen nicht tatsächlich über das ihnen zugeschriebene Merkmal verfügen. Es reicht aus, wenn der Diskriminierende das Merkmal vermutet. Der Diskriminierte muss seine fehlende Zugehörigkeit auch nicht beweisen.<sup>17</sup> Dies wäre auch problematisch: Bei einer vermuteten Behinderung aufgrund von HIV/AIDS müsste die benachteiligte Person sonst beweisen, dass sie HIV-positiv oder an AIDS erkrankt ist. Im oben genannten Beispiel der Fluggesellschaft Dan Air hätten abgelehnte heterosexuelle Bewerber zudem beweisen müssen, dass sie homosexuell sind (so vom Arbeitgeber unterstellt). Der Merkmalsträger muss auch nicht Subjekt der diskriminierenden Maßnahme sein. So ist im Fall von HIV/AIDS an den Fall zu denken, dass ein Beschäftigter benachteiligt wird (z.B. Ausschluss von einer sonst vorgenommenen Beförderung), weil sein Lebenspartner HIV-positiv oder an AIDS erkrankt ist und der Arbeitgeber vermutet, dass der Beschäftigte höhere Ausfallzeiten hat, um seinen Partner zu pflegen.<sup>18</sup>

**Mehrfachdiskriminierung**

In den meisten Fällen von Benachteiligung wegen HIV/AIDS liegt mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Mehrfachdiskriminierung vor (§ 4 AGG). In der Regel werden die verpönten Merkmale Behinderung und sexuelle Identität miteinander

verbunden. Dies spielt bei der geschuldeten Entschädigung nach § 15 AGG eine wichtige Rolle. Die Mehrfachdiskriminierung ist bei der Bemessung einer Entschädigung durch einen höheren Betrag zu berücksichtigen.<sup>19</sup>

**Pflichten des Arbeitgebers**

Nach § 12 AGG muss der Arbeitgeber im Betrieb/in der Dienststelle erforderliche Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligung treffen. Er muss die Beschäftigten auf das AGG aufmerksam machen und im Rahmen der Fort- und Weiterbildung beispielsweise über HIV/AIDS aufklären. Bei Benachteiligungen und Verhaltensweisen gegen Menschen mit HIV/AIDS hat er dafür zu sorgen, dass sie unterbleiben. Verstoßen Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen gegen dieses Verbot, so kann dieses Verhalten durch Abmahnung, Versetzung oder Kündigung geahndet werden.

**Rechte der Diskriminierten**

Handelt der Arbeitgeber bei Verstößen nicht, so kann der/die Benachteiligte unter Umständen die Arbeitsleistung ohne Verlust des Entgelts verweigern (§ 14 AGG). Zuvor sollte die betreffende Person sich aber mit einer Beschwerde an die zuständige Stelle des Betriebes, des Unternehmens oder der Dienststelle wenden. Die Einschaltung der Beschwerdestelle ist aber nicht zwingend. Der Arbeitgeber ist zur Einrichtung einer Beschwerdestelle verpflichtet. Zudem steht dem Benachteiligten eine Entschädigung bzw. ein Schadensersatz zu (§ 15 AGG).

**Diskriminierungsverbote im BetrVG**

§ 75 BetrVG bestimmt das betriebliche Diskriminierungsverbot. In Abs. 1 heißt es: »Arbeitgeber und Betriebsrat haben darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere, dass jede Benachteiligung von Personen aus Gründen ihrer Rasse oder wegen ihrer ethnischen Herkunft, ihrer Abstammung oder sonstigen Herkunft, ihrer Nationalität, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihrer Behinderung, ihres Alters, ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Identität unterbleibt.« Ausdrücklich wird in Abs. 2 festgehalten, dass Arbeitgeber

14 Vgl. Ausführlich: Gregor Heemann: AIDS und Arbeitsrecht. Rechtliche Fragen bei der Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland und England; Baden-Baden 1992 Seite 145 ff.

15 Christiane Nollert-Borasio/Martina Perreng: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Basiskommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen, Frankfurt am Main 2006 Seite 78 § 3 AGG Rdnr. 6 ff.

16 Zur Problematik/Differenzierung der unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vgl.: Fußnote 14: ebenda § 3 AGG Rdnr. 1-27; Schrader/Schubert: § 3 AGG Rdnr. 15-65. in: Däubler/Bertzach (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, Baden-Baden 2007.

17 Vgl. Schrader/Schubert: § 3 AGG Rdnr. 35.

18 Vgl. ebenda: § 3 AGG Rdnr. 36.

19 BT-Drucksache 16/1780 vom 8.6.2006 Seite 38.

und Betriebsrat »die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern« haben. Zwar finden sich HIV und AIDS ebenso wie Krankheit nicht im Merkmalskatalog des BetrVG, trotzdem sind sie implizit enthalten. Zu den Pflichten des Betriebsrats gehört zudem die Eingliederung und Förderung von Schwerbehinderten und sonstiger schutzbedürftiger Personen, die Integration ausländischer Arbeitnehmer/-innen und die Vereinbarkeit von Familie und Beruf (§ 80 BetrVG).

### Diskriminierungsfelder im Berufsleben

Benachteiligungsverbote des AGG beziehen sich auf das gesamte Bewerbungsverfahren (von der Ausschreibung bis zum Vertragsabschluss), auf das laufende Beschäftigungsverhältnis, auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die nachvertragliche Phase. Arbeitgeber haben einen diskriminierungsfreien Zugang zu den von ihnen angebotenen Arbeitsplätzen zu gewährleisten. Dies schließt eine diskriminierungsfreie Ausschreibung der Stelle ein (§ 11 AGG), unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die Stelle selbst ausschreibt oder über Dritte ausschreiben lässt. Für Menschen mit HIV/AIDS sind insbesondere das Fragerecht des Arbeitgebers und die Kündigung von zentraler Bedeutung.

### Fragerecht des Arbeitgebers

Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber einem Bewerber/einer Bewerberin beschränkt sich nur auf solche Tatsachen, die mit der Stelle, auf die sich jemand bewirbt, zusammenhängen. Fragen die darüber hinausgehen sind unzulässig. Das Frageverbot bezieht sich auch auf die Merkmale des § 1 AGG.<sup>20</sup> Die Frage nach einer Behinderung ist nur zulässig, wenn sie arbeitsplatzbezogen ist, weil die Behinderung die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit einschränkt. Bei einfachen Behinderungen, die die Einsatzfähigkeit auf dem fraglichen Arbeitsplatz nicht beeinträchtigen, ist die Frage unzulässig.<sup>21</sup> Ebenso ist die Frage nach

der Anerkennung als Schwerbehinderter oder einer Gleichstellung ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach dem AGG als auch nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX.<sup>22</sup> Aufgrund des EG-Recht (Art. 5 Richtlinie 2000/78/EG) besteht für Arbeitgeber zudem eine Verpflichtung, die Einstellung behinderter Menschen durch angemessene Maßnahmen zu fördern und zu ermöglichen.<sup>23</sup> Die Frage nach einer HIV-Infektion ist nach übereinstimmender Auffassung grundsätzlich unzulässig, da sie die Arbeitsfähigkeit nicht nachhaltig einschränkt. Ebenso wenig sind Dritte durch Ansteckung gefährdet. Diese Unzulässigkeit bezieht sich auch auf die Frage nach der HIV-Erkrankung, da sie nur von kurzer und einmaliger Dauer ist, aber keine dauerhafte und wiederkehrende Erkrankung darstellt.<sup>24</sup>

Umstritten ist das Frageverbot bezüglich HIV bei tätigkeitsbezogener Ansteckungsgefahr. Heilmann vertritt richtigerweise die Auffassung, dass die Frage nach einer HIV-Infektion in aller Regel nicht zutreffend beantwortet werden kann, da der größte Teil der Bevölkerung keinen HIV-Test absolviert habe und »im festen Glauben an die Nichtinfizierung mit ‚Nein‘ antworten würde«. <sup>25</sup> Insbesondere heterosexuelle Bewerberinnen und Bewerber können die Frage nicht zutreffend beantworten, da sie in den Industriestaaten nicht zur Risikogruppe zählen. Das AGG verbietet die Frage nach der Zugehörigkeit zu einem verpönten Merkmal nach § 1 AGG. Die Frage nach HIV/AIDS stellt eine unzulässige indirekte Frage nach den Merkmalen sexuelle Identität und ethnische Herkunft dar – da Menschen mit diesen Persönlichkeitsmerkmalen in Deutschland am häufigsten betroffen sind – und darf daher auch nicht auf medizinische und pflegerische Berufe angewandt werden.

Auch aus medizinischen Gründen besteht kein Anlass zur Frage nach HIV. In Deutschland sind bisher keine HIV-Übertragungen vom medizinischen Personal auf Patienten bekannt.<sup>26</sup> Seit Anfang der achtziger Jahre, als HIV/AIDS in Deutschland auftrat, sind hier nur 57 HIV/AIDS-Erkrankungen aufgetreten, die bei Beschäftigten als Berufskrankheit anerkannt wurden.<sup>27</sup> Jarke weist zu Recht daraufhin, dass Beschäftigte im Gesundheitswesen, die Träger von HIV sind, aus medizinisch-fachlicher Sicht ihre Berufe ohne Gefährdung von Patienten ausüben können. Daher gilt für diese Beschäftigtengruppen auch das Frageverbot bezüglich HIV.<sup>28</sup> In Fällen von einer HIV-Infektion von Beschäftigten im Gesundheitswesen reicht eine intensive Schulung über die allgemeinen Hygiene-, Schutz- und Unfallverhütungsmaßnahmen und Angebotsuntersuchungen nach der BioStoffV, um den Infektionsschutz zu sichern.<sup>29</sup> Das Fragerecht bezüglich der AIDS-Erkrankung wurde bisher in der Literatur überwiegend bejaht, weil bei fortschreitender Erkrankung mit einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit gerechnet wurde. Diese Sichtweise entspricht nicht mehr den medizinischen Erkenntnissen. Aufgrund der medikamentösen Behandlungen seit Mitte der neunziger Jahre können Menschen mit AIDS auf längere Sicht voll arbeitsfähig sein.<sup>30</sup> Bei AIDS handelt sich um eine Krankheit, die den Betroffenen bei der Teilhabe am

20 Vgl. Christiane Nollert-Borasio/Martina Perreng: a.a.O. § 2 Rdnr. 10.

21 Vgl. Wolfgang Däubler: § 7 AGG Rdnr. 36 in: Däubler/Bertzach: a.a.O.

22 Ebenda Rdnr. 35.

23 Christiane Nollert-Borasio/Martina Perreng: a.a.O. § 2 Rdnr. 15 f.

24 Vgl. Gregor Heemann:a.a.O. Seite 63f; Kurt Pärli u. a.: a.a.O. Seite 290f; Achim Lepke: a.a.O. Rdnr. 391ff;falsch daher: Becker: § 29 in: Kittner/Zwanziger (Hrsg.): Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis; Frankfurt 4.überarbeitete und aktualisierte Ausgabe 2007 (Becker bejaht das Fragerecht nach der HIV-Erkrankung, offensichtlich meint er aber die Frage nach der AIDS-Erkrankung. Bei der akuten HIV-Erkrankung handelt es sich um Erkrankungserscheinungen kurz nach der Infizierung mit HIV. Unter AIDS-Erkrankung wird allgemein das Endstadium der HIV-Infektion verstanden). Ebenso falsch: Heinz Sträßner/Manuela Ill-Groß: AIDS und Krankenhaus (Pflegeeinrichtungen), in: Pflege und Krankenhausrecht 4.Jg. 4/01 Seite 93 f.

25 Joachim Heilmann: AIDS und (Arbeits-)Recht in BB 1989 Seite 1415.

26 Jens Jarke: Betriebsärztinnen/-ärzte und chronisch infiziertes Personal, in: Praktische Arbeitsmedizin Ausgabe 1 Juli 2005 Seite 9.

27 Sabine Wicker, René Gottschalk, Holger F.Rabenau: Gefährdungen durch Nadelstichverletzungen. Betrachtung aus arbeitsmedizinischer und virologischer Sicht; in: Deutsches Ärzteblatt Jg. 104 Heft 45 9.11.2007 Seite A 3104.

28 Ebenda Seite 14.

29 Ebenda Seite 12.

30 Kurt Pärli u. a.:a.a.O. Seite 291.

Leben in der Gesellschaft einschränkt. Daher gelten AIDS-Kranke als Behinderte im Sinne des AGG. Diese Funktionsbeeinträchtigung bemisst sich nach dem Grad der Behinderung (GdB) und wird anhand »Anhaltspunkte für die ärztliche Gutachtertätigkeit« festgelegt.

#### Bei HIV/AIDS bestehen folgende GdB:

- HIV-Infektion ohne klinische Symptomatik 10
- HIV-Infektion mit klinischer Symptomatik:  
geringe Leistungsbeeinträchtigung (z.B. bei Lymphadenopathiesyndrom [LAS]) 30–40  
stärkere Leistungsbeeinträchtigung (z.B. bei AIDS-related complex [ARC]) 50–80  
schwere Leistungsbeeinträchtigung (AIDS-Vollbild) 100

Außergewöhnliche seelische Begleiterscheinungen sind ggf. zusätzlich zu berücksichtigen.<sup>31</sup>

Die gezielte Frage nach der Krankheit AIDS, die überwiegend bei Menschen mit einem verpönten Merkmal des AGG auftritt, diskriminiert in Deutschland verdeckt homosexuelle Männer oder Menschen mit ethnischer Herkunft. Daher ist die konkrete Frage nach AIDS auch aufgrund dieses Sachverhalts unzulässig. Da sowohl die Frage nach HIV als auch nach AIDS unzulässig ist, kann es auch keine Offenbarungspflicht seitens des Bewerbers oder Beschäftigten geben. Eine Offenbarungspflicht/Mitteilungspflicht würde das Frageverbot bzgl. der verpönten Merkmale unterlaufen und gegen die Persönlichkeitsrechte des Bewerbers/Beschäftigten verstoßen.

### Ärztliche Untersuchung

Routineuntersuchungen bezüglich HIV/AIDS sind laut BAG nicht zulässig.<sup>32</sup> Dies gilt sowohl für das Bewerbungsverfahren als auch für das bestehende Arbeitsverhältnis. Für einen HIV-Test ist die Zustimmung des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin erforderlich. Der Nationale AIDS-Beirat (NAB) hat als unabhängiges Beratungsgremium des Bundesgesundheitsministeriums bereits 1987/1988 mehrere Voten gegen HIV-Tests für medizinisches Personal veröffentlicht, um der Ausgrenzung von Menschen mit HIV/AIDS entgegenzuwirken.<sup>33</sup> Jarke verweist richtigerweise darauf, dass Ärzte/Ärztinnen im Rahmen von Einstellungsuntersuchungen nicht alle Untersuchungen durchführen dürfen, die sie oder der Arbeitgeber für sinnvoll halten. Dies gelte insbesondere für HIV. Hier sei das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers/der Bewerberin höher einzustufen.<sup>34</sup>

### Kündigungen

Entgegen des Wortlauts in § 2 Abs. 4 AGG bezieht sich das Diskriminierungsverbot aufgrund der im § 1 AGG genannten Merkmale auf die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Das Gesetz ist insofern nicht richtlinienkonform. Der EuGH hat die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots auf Kündigungen bestätigt (EuGH

11.7.06 – C-13/05).<sup>35</sup> Zwanziger macht richtigerweise darauf aufmerksam, dass bei krankheitsbedingten Kündigungen die europarechtlichen Vorgaben hinsichtlich des Diskriminierungsverbots wegen Behinderung berücksichtigt werden müssen.<sup>36</sup> Ebenso muss bei Kündigungen, bei denen die sexuelle Identität eine Rolle spielt, eine genaue Prüfung erfolgen, ob hier nicht ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vorliegt. »Ein an sich gegebener Kündigungsgrund entfällt, wenn die tatsächlich ausgesprochene Kündigung zumindest auch (...) wegen eines verbotenen Merkmals ausgesprochen wird soweit dies zu unterschiedlicher Behandlung mit anderen AN führt.«<sup>37</sup> Dies bedeutet evtl., dass dieser Personenkreis rechtlich besser steht, als kündigungsrechtlich geschützte Arbeitnehmer, dies ist aber hinzunehmen.<sup>38</sup> Kündigungen aufgrund von HIV/AIDS sind daher unzulässig, da sie im Zusammenhang mit einem verpönten Merkmal stehen. Beachtet werden muss des Weiteren der Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte nach § 2 Abs. 2 SGB IX. Ihre Kündigung ist nur mit Zustimmung des Integrationsamtes möglich (§ 85 SGB IX). Ausgeklammert von diesem Sonderkündigungsschutz sind einfach Behinderte. Bei krankheitsbedingter Kündigung aufgrund von AIDS kommt es entscheidend darauf an, ob eine erhebliche betriebliche Störung vorliegt. Däubler bemerkt zu Recht, dass das undifferenzierte Abstellen auf die Höhe der Fehlzeiten sich vor dem Hintergrund der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf nicht mehr rechtfertigen lässt. »Die Pflicht des Arbeitgebers, sich um eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu kümmern, folgt gemeinschaftsrechtlich aus Art. 5 der Rahmenrichtlinie, wonach »angemessene Vorkehrungen« zu treffen sind, um Menschen mit Behinderung »die Ausübung eines Berufes« zu ermöglichen.«<sup>39</sup>

Nach § 8 Abs. 1 AGG wäre eine Kündigung bei einfacher Behinderung nur möglich, wenn eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung nicht mehr erfüllt würde. Diese Regelung ist ausschließlich tätigkeitsbezogen. Daher kann eine Kündigung nicht mehr auf übergroße Entgeltfortzahlungen gestützt werden. Vielmehr ist auch bei einfacher Behinderung zu prüfen, ob eine Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz oder bei veränderten Arbeitsbedingungen möglich ist.<sup>40</sup>

Unzulässig sind Drückkündigungen, weil andere Arbeitnehmer/-innen oder Dritte (Kunden) sich weigern, mit HIV-

31 Vgl. [www.anhaltspunkte.vsbinfo.de/nr/26/26.16.htm](http://www.anhaltspunkte.vsbinfo.de/nr/26/26.16.htm)

32 Vgl. Jarke: a.a.O. Seite 15; BAG v. 12.8.1999 – 2 AZR 55/99.

33 Vgl. Kurt Pärli u. a.: a.a.O. Seite 610.

34 Jarke: a.a.O. Seite 15.

35 Christiane Nollert-Borasio/Martina Perreng: a.a.O. zu § 2 AGG Rdnr. 58ff; ebenso Däubler: a.a.O.: § 2 AGG Rdnr. 256 ff.; s. auch Fußn. 9.

36 Bertram Zwanziger: § 111 Gleichbehandlung Rdnr. 45 in Zwanziger/Kittner: a.a.O.

37 Vgl. ebenda Rdnr. 45.

38 Ebenda Rdnr. 44.

39 Däubler: § 7 Benachteiligungsverbot Rdnr. 223 f. in Däubler/Bertzbach: a.a.O.

40 Ebenda Rdnr. 229 ff.

positiven oder AIDS-Kranken zusammen zu arbeiten. Eine solche Kündigung wäre wirkungslos.<sup>41</sup> Für das AGG gilt keine Kleinbetriebsklausel, daher zählt der Kündigungsschutz im Rahmen des AGG auch für Beschäftigte und Bewerbungen für Kleinbetriebe, in denen das KSchG nicht anwendbar ist.

## Fazit

Das Antidiskriminierungsrecht zeichnet sich durch persönlichkeitsrechtliche und sozialstaatliche Dimensionen aus. Für Menschen mit HIV/AIDS bietet es die Perspektive der Inklusion auf dem Arbeitsmarkt. Arbeitgeber, Gewerkschaften und Betriebsräte sind im Rahmen des AGG und des Betriebsverfassungsgesetzes wichtige Handlungspartner für Menschen mit HIV/AIDS.<sup>42</sup> Auswahlrichtlinien im Sinne des § 95 BetrVG und Personalfragebogen, die der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen (§ 94 BetrVG), müssen im Hinblick auf HIV/AIDS diskriminierungsfrei sein. Alle anderen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats sollten im Hinblick auf den Antidiskriminierungsschutz

genutzt werden; Betriebsvereinbarungen aufgrund § 75 BetrVG und zum AGG<sup>43</sup> sollten ggf. ergänzend einfache Behinderungen, chronische Erkrankungen (einschl. HIV/AIDS) als Merkmale einbeziehen. Betriebsräte sollten das Klagerecht nach § 17 AGG nutzen. Die Bundesagentur für Arbeit qualifiziert derzeit Fallmanger/-innen, um Menschen mit HIV besser in Jobs zu vermitteln.<sup>44</sup> Das Frageverbot wegen HIV/AIDS-Status kann aber nicht bedeuten, dass es eine Schweigepflicht über die eigenen Persönlichkeitsmerkmale gibt. Vielmehr gibt es ein »Recht auf die eigene Krankheit«.<sup>45</sup> Diskriminierungsfreiheit bedeutet letztendlich, mit den eigenen Persönlichkeitsmerkmalen offen umgehen zu können, ohne das Risiko der Benachteiligung einzugehen.

**HARTWIG MALLMANN** arbeitet als Gewerkschaftssekretär in der ver.di-Bundesverwaltung im Ressort 14 Bereich Gewerkschaftliche Bildung. Er führt u.a. Seminare zur Gleichstellung von Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Arbeitswelt durch.

41 Ebenda Randnr. 261

42 Vgl. hierzu den praxisorientierten »Leitfaden der IAO zu HIV/AIDS in der Welt der Arbeit«: [www.ilo.org/aids](http://www.ilo.org/aids)

43 Vgl. [http://mitbestimmung.verdi.de/data/musterbetriebsvereinbarung\\_agg.pdf](http://mitbestimmung.verdi.de/data/musterbetriebsvereinbarung_agg.pdf)

44 Pressemitteilung der BA: Presse Info 076 vom 30.11.2007

45 Heilmann:a.a.O. Seite 1413



Hierzu finden Sie im Internet:

Aktuelle Links zum Thema Aids/HIV am Arbeitsplatz

# Fünf Jahre AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht

Ein wirkungsvoller Schutz für Arbeitnehmer?

## Hier lesen Sie

- wie das Gesetz die Verbraucher vor »hinterhältigen« Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen schützt
- wann auch Arbeitnehmer vor mehrdeutigen Bestimmungen in ihrem Arbeitsvertrag geschützt werden
- welche Klauseln in Arbeits- und Tarifverträgen rechtlich unwirksam sein können

Allgemeine Geschäftsbedingungen kennt jeder als das so genannte Kleingedruckte, beispielsweise beim Versandhandelskauf oder bei den Beförderungsbedingungen von Verkehrsbetrieben. Aus der Sicht desjenigen, der solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufstellt, ist das Erstellen von generellen Bedingungen, die für sämtliche abzuschließenden Verträge gelten sollen, aus verschiedenen Gründen vorteilhaft. So kann er die vertraglichen Bedingungen genau auf die jeweilige Geschäftsbeziehung zuschneiden. Er kann sich auch vor Nachteilen schützen, die sich aus der allgemeinen Rechtslage ergeben. Für die ande-

re Vertragspartei ist dies häufig nachteilig, etwa weil der Verwender dazu neigt, Risiken auf den anderen abzuwälzen oder weil der andere womöglich gar keine Kenntnis von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erhält. Oftmals wird die andere Seite gar keine Handlungsspielräume sehen und sich deshalb den AGB des Verwenders fügen. Vor diesen Gefahren wollte der Gesetzgeber den Vertragspartner eines AGB-Verwenders schützen und schuf im Jahre 1976 das AGBG (Allgemeine Geschäftsbedingungen-Gesetz). In dessen § 23 war allerdings eine Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht vorgesehen. Dadurch sollte die Ar-