

Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 17. Oktober 2013  
- 8 AZR 742/12 -

I. Arbeitsgericht Siegen

Schlussurteil vom 5. Mai 2011  
- 1 Ca 1566/10 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 16. Mai 2012  
- 3 Sa 1420/11 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichworte:

Benachteiligung wegen des Geschlechts - Schwangerschaft - Kündigung  
- Beschäftigungsverbot

Gesetze:

AGG §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 2, § 3 Abs. 3, § 7 Abs. 1, § 15 Abs. 2, § 15  
Abs. 4; EFZG § 3 Abs. 1; KSchG § 4 Satz 1, § 7; MuSchG § 3 Abs. 1, § 9  
Abs. 1, § 9 Abs. 3, § 11 Abs. 1, §§ 21, 24

Leitsätze:

keine

# BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 742/12  
3 Sa 1420/11  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
17. Oktober 2013

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Oktober 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger

sowie die ehrenamtlichen Richter von Schuckmann und Avenarius für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 16. Mai 2012 - 3 Sa 1420/11 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten um einen Entschädigungsanspruch, weil sich die Klägerin wegen ihres Geschlechts benachteiligt sieht. 1

Die 1981 geborene, verheiratete Klägerin nahm am 6. Juli 2010 eine bis 5. Juli 2012 befristete Beschäftigung bei der Beklagten als Personalsachbearbeiterin zu einem monatlichen Bruttogehalt von 2.750,00 Euro auf. Nach § 2 des zugrunde liegenden Arbeitsvertrages vom 17. Juni 2010 sollten die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses als Probezeit gelten, innerhalb derer das Arbeitsverhältnis beiderseits mit einer Frist von zwei Wochen ohne Nennung von Gründen gekündigt werden können sollte. 2

Ab dem 28. September 2010 war die Klägerin arbeitsunfähig erkrankt. Die Beklagte zahlte nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG für die ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit bis 9. November 2010 das Entgelt fort. Vom 10. November bis 21. November 2010 erhielt die Klägerin Krankengeld. Die Beklagte kündigte unter dem 18. November 2010 das Arbeitsverhältnis zum 3. Dezember 2010. 3

Durch Rechtsanwaltsschreiben vom 22. November 2010 ließ die Klägerin der Beklagten mitteilen, dass sie schwanger sei. Die Anwälte baten die Beklagte zur Vermeidung einer Klage bis zum 29. November 2010 mitzuteilen, dass sie an der Kündigung „nicht festhalte“. Mit weiterem Schreiben vom 4

25. November 2010 übersandten sie ein ärztliches Schwangerschaftstest und teilten mit, dass ein ärztliches Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG ausgesprochen worden sei. Am 29. November 2010 forderte die Beklagte die Klägerin auf, sich betriebsärztlich untersuchen zu lassen. Daraufhin bestätigte der Betriebsarzt unter dem 22. Dezember 2010 sowohl die bestehende Schwangerschaft als auch das Beschäftigungsverbot.

Klage gegen die ihr ausgesprochene Kündigung erhob die Klägerin am 7. Dezember 2010, trug aber dem Arbeitsgericht die Tatsache ihrer Schwangerschaft erst im Gütetermin vom 27. Januar 2011 vor. Mit Eingang bei Gericht am 8. Februar 2011 erweiterte die Klägerin die Klage um Gehaltszahlungsansprüche und den streitgegenständlichen Entschädigungsanspruch. Vor Zustellung dieser Klageerweiterung „bestätigte“ die Beklagte mit Datum vom 9. Februar 2011 der Klägerin „hiermit die Rücknahme unserer vorgenannten Kündigung“.

Nachdem die Prozessbevollmächtigten der Beklagten mit dem 2. Februar 2011 ihr Mandat niedergelegt hatten, meldeten sich mit Schriftsatz vom 4. März 2011 ihre jetzigen Prozessbevollmächtigten beim Arbeitsgericht. Sie verwiesen auf die bereits erfolgte „Rücknahme“ der Kündigung und stellten klar, dies sei als Angebot zu verstehen, das Arbeitsverhältnis zu unveränderten Bedingungen fortzusetzen. Diesbezüglich setzten sie der Klägerin eine Erklärungsfrist bis 25. März 2011. Soweit die Klägerin nunmehr wegen des Beschäftigungsverbotes weitere Entgeltzahlung verlange, müsse zunächst geklärt werden, ob das Beschäftigungsverbot seine Ursache allein in der Schwangerschaft habe. In diesem Fall werde die Beklagte selbstverständlich ihrer Verpflichtung aus § 11 MuSchG nachkommen, ihr sei das Erstattungsverfahren nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) bekannt. Mit Schreiben vom 21. März 2011 machte die Klägerin geltend, von der Beklagten diskriminiert zu werden und forderte sie auf, die Unwirksamkeit der Kündigung durch Anerkenntnis der Klage zu bestätigen. Im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht am 5. Mai 2011 gaben die Prozessvertreter der Beklagten ein Anerkenntnis hinsichtlich des Kündigungsschutzantrags „vor dem Hintergrund der heutigen Ver-

suche einer gütlichen Einigung im vorliegenden Rechtsstreit“ ab. Ein entsprechendes Teil-Anerkenntnisurteil wurde vom Arbeitsgericht erlassen.

Ihren Antrag auf Entschädigung wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hat die Klägerin damit begründet, dass die Beklagte das Beschäftigungsverhältnis gekündigt und daran auch festgehalten habe, als sie positive Kenntnis von der Schwangerschaft erlangt habe. Die Beklagte habe ihre Schwangerschaft ignoriert, statt die in der Zivilprozessordnung vorgesehenen Prozesshandlungen zu vollziehen. Schon bei der Mitteilung der Schwangerschaft sei die Beklagte aufgefordert worden, die Kündigung zurückzunehmen. Auch das ärztliche Schwangerschaftsattest habe nichts bewirkt. Obschon der Betriebsarzt das Beschäftigungsverbot bestätigt habe, habe die Beklagte Lohnzahlungen oder Ersatzleistungen nicht erbracht.

7

Soweit für die Revision von Bedeutung hat die Klägerin beantragt,

8

die Beklagte zu verurteilen, an sie 8.250,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit Klageerweiterung zu zahlen.

Zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags hat die Beklagte zunächst darauf verwiesen, die Kündigung in Unkenntnis der Schwangerschaft ausgesprochen zu haben. Soweit sie wegen des Beschäftigungsverbotes in Anspruch genommen werden sollte, habe sie nur aufgefordert, Auskunft über die Gründe für das Beschäftigungsverbot zu geben. Außerdem habe sie die Kündigung „zurückgenommen“ und schließlich den Kündigungsschutzantrag anerkannt.

9

Durch Schlussurteil vom 5. Mai 2011 hat das Arbeitsgericht den Zahlungsansprüchen der Klägerin entsprochen, soweit sie durch das Beschäftigungsverbot nach § 11 Abs. 1 MuSchG begründet waren. Den Entschädigungsanspruch hat es abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb insoweit ohne Erfolg. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Entschädigungsanspruch iHv. drei Bruttomonatsgehältern weiter.

10

## Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist unbegründet, weil die Klage unbegründet ist. Ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG steht der Klägerin nicht zu, weil sie nicht wegen ihrer Schwangerschaft und damit auch nicht wegen ihres Geschlechts von der Beklagten benachteiligt worden ist, § 15 Abs. 2 in Verb. mit § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 2 AGG. 11

A. Seine Entscheidung zum Entschädigungsanspruch hat das Landesarbeitsgericht im Wesentlichen wie folgt begründet: 12

Die Klägerin habe keine Verhaltensweisen der Beklagten dargelegt, die für sich genommen oder im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ihre Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten ließen. Die Kündigung sei ausgesprochen worden, ohne dass der Beklagten zu diesem Zeitpunkt die Schwangerschaft der Klägerin bekannt gewesen sei. Dass Festhalten an der wegen der mutterschutzrechtlichen Bestimmungen unwirksamen Kündigung sei wertneutral und keinem verpönten Kriterium aus § 1 AGG zuzuordnen. Ebenso lasse auch die Nichtgewährung von Leistungen, die nach den Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes zu erbringen waren, eine Benachteiligung wegen des Geschlechts nicht vermuten. Sofern darin die Verletzung allgemeiner arbeitsvertraglicher Verpflichtungen zu sehen sei, stelle dies nicht zugleich eine unzulässige Benachteiligung iSd. § 1 AGG dar. Die Klägerin habe ihre vertraglichen oder gesetzlichen Rechte gerichtlich geltend gemacht und durchgesetzt. Jedenfalls sei selbst im Falle einer Benachteiligung eine angemessene Entschädigung nicht festzusetzen. Es liege kein Wiederholungsfall vor, der Anlass für die Kündigung sei nicht schwangerschaftsbezogen. Die Dauer der Beeinträchtigung habe sich in Grenzen gehalten. Außerdem habe die Beklagte schon Anfang Februar 2011 zu erkennen gegeben, an der Kündigung nicht festhalten zu wollen und unwidersprochen hätten Versuche einer außergerichtlichen Einigung davor stattgefunden. Im Hinblick darauf sei es üblich, mit Zahlungen innezuhalten. Außerdem habe die Beklagte lediglich von ihrer rechtlichen Möglichkeit Gebrauch gemacht überprüfen zu lassen, ob eine Nichtbeschäftigung der Klä- 13

gerin wegen Arbeitsunfähigkeit oder wegen eines Beschäftigungsverbotes im Sinne des Mutterschutzgesetzes zu beachten gewesen sei.

B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 14

I. Es kann dahinstehen, ob der sachliche Anwendungsbereich des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG eröffnet ist. 15

1. Die Klägerin sieht in der Kündigung vom 18. November 2010 eine der sie benachteiligenden Maßnahmen. § 2 Abs. 4 AGG bestimmt seinem Wortlaut nach, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Es ist umstritten, welche Bedeutung § 2 Abs. 4 AGG im Einzelnen zukommt (*vgl. zB Thüsing Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz Rn. 103 ff.; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 2 Rn. 55 ff.; Schleusener/Suckow/Voigt/Schleusener AGG 3. Aufl. § 2 Rn. 29 ff.; Däubler/Bertzbach/ Däubler AGG 3. Aufl. § 2 Rn. 256 ff.; ErfK/Schlachter 13. Aufl. § 2 AGG Rn. 17 f.*). Jedenfalls sind die Diskriminierungsverbote des AGG einschließlich der im Gesetz vorgesehenen Rechtfertigungen für unterschiedliche Behandlungen bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Kündigungsschutzgesetzes in der Weise zu beachten, als sie Konkretisierungen des Sozialwidrigkeitsbegriffs darstellen. Verstößt eine ordentliche Kündigung gegen Benachteiligungsverbote des AGG (§§ 1 bis 10 AGG), so kann dies zur Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 KSchG führen. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen (*BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - Rn. 28, BAGE 128, 238 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 82*). 16

2. Ob die Ausschließlichkeitsanordnung des § 2 Abs. 4 AGG, unabhängig von der Erhebung einer Kündigungsschutzklage und ungeachtet der Unwirksamkeit einer diskriminierenden Kündigung, darüber hinaus den Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG nicht „sperrt“ (*so zB KR/Treber 10. Aufl. § 2 AGG Rn. 27; Stein in Wendeling-Schröder/Stein AGG § 2 Rn. 50; Meinel/Heyn/Herms AGG § 2 Rn. 66 und § 15 Rn. 55; Schleuse-* 17

*ner/Suckow/Voigt/Schleusener AGG 3. Aufl. § 2 Rn. 30; ebenso - im Hinblick auf das gemeinschaftsrechtliche Sanktionsgebot in der Form eines Schadensausgleichs - Jacobs RdA 2009, 193, 196 und Stoffels RdA 2009, 204, 211; aA zB Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 2 Rn. 59; Sagan NZA 2006, 1257), kann der Senat im vorliegenden Fall dahinstehen lassen. Denn selbst bei unterstellter Anwendbarkeit des § 15 Abs. 2 AGG sind die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Entschädigungszahlung nicht erfüllt.*

II. Die Klägerin hat einen Entschädigungsanspruch nicht für alle von ihr angeführten Diskriminierungssachverhalte rechtzeitig innerhalb der Fristen der § 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG geltend gemacht. 18

1. Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss ein Anspruch nach Abs. 1 oder Abs. 2 des § 15 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Im Falle einer Bewerbung beginnt die Frist grundsätzlich mit dem Zugang der Ablehnung (§ 15 Abs. 4 Satz 2 AGG), nicht jedoch vor dem Zeitpunkt, in dem der Bewerber von seiner Benachteiligung Kenntnis erlangt (vgl. BAG 15. März 2012 - 8 AZR 37/11 - Rn. 55, BAGE 141, 48 = AP AGG § 15 Nr. 11 = EzA AGG § 15 Nr. 18). 19

2. Auch bei dem Erhalt einer Kündigung beginnt die Frist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Gekündigte von seiner Benachteiligung Kenntnis erlangt hat. Dies muss nicht mit dem Zugang der Kündigung zusammenfallen, ist aber vorliegend jedenfalls für den 22. November 2010 anzunehmen, da unter diesem Datum die Anwälte der Klägerin die Mitteilung an die Beklagte verfassten, die Klägerin sei schwanger. Jedenfalls ab dem 22. November 2010 wusste die Klägerin zum einen um die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung, zum anderen, dass sie schwanger war und hatte damit Kenntnis von allen Umständen, die eine Benachteiligung wegen ihres Geschlechts ausmachen konnten. Den Entschädigungsanspruch hat die Klägerin jedoch nicht bis 22. Januar 2011 geltend gemacht, sondern erst durch die Klageerweiterung vom 8. Februar 2011, der Beklagten am 15. Februar 2011 zugestellt. Dies wahrt die Frist des § 15 Abs. 4 AGG nicht, soweit die Klägerin an den Ausspruch der Kündigung anknüpfen will. Die Kla- 20



geerhebung wahrt aber hinsichtlich der Sachverhalte „Festhalten an der Kündigung“ und „Streit um den Mutterschutzlohn“ die Frist des § 15 Abs. 4 AGG.

III. Im Ergebnis zutreffend hat das Landesarbeitsgericht erkannt, dass die Klägerin nicht wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden ist. 21

1. Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, wobei vorliegend die Klägerin eine Benachteiligung wegen ihres Geschlechts geltend macht. Der Kausalzusammenhang zwischen der benachteiligenden Handlung und dem Geschlecht der Klägerin ist dann gegeben, wenn die Benachteiligung an das Geschlecht der Klägerin anknüpft oder dadurch motiviert ist (*BT-Drucks. 16/1780 S. 32*). Ausreichend ist, dass ein in § 1 AGG genannter Grund Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat (*BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 - Rn. 37, BAGE 129, 181 = EzA AGG § 15 Nr. 1*). Nach der gesetzlichen Beweislastregelung des § 22 AGG genügt es, dass der Anspruchsteller im Streitfall Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Sodann trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat. 22

2. Als benachteiligende Handlung der Beklagten kommt unabhängig von der insoweit nicht gewährten Frist des § 15 Abs. 4 AGG, aber im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die der Klägerin unter dem 18. November 2010 ausgesprochene ordentliche, fristgemäße Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht. 23

a) Dass der Klägerin als Frau eine Kündigung ausgesprochen wurde, lässt für sich genommen keinen Schluss auf die Vermutung einer Ursächlichkeit zwischen der (*zu ihren Gunsten als Benachteiligung gewerteten*) Kündigungserklärung und ihrem Geschlecht als Diskriminierungsmerkmal zu. Ein in der Person des Anspruchstellers erfülltes Diskriminierungsmerkmal vermag eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine gesetzwidrige Motivation der Kündigungsentscheidung oder deren Verknüpfung mit einem pönalisierten Merkmal nach § 1 AGG nicht zu begründen (*st. Rspr., vgl. BAG 22. Oktober 2009 - 8 AZR* 24

642/08 - Rn. 28 f.; zuletzt 25. April 2013 - 8 AZR 287/08 - [Meister] Rn. 37). Der während der Probezeit erklärten Kündigung sind - sie wurde fristgemäß erklärt - keine Hinweise für eine Anknüpfung an ein Diskriminierungsmerkmal zu entnehmen. Die Beklagte hat die Kündigung auch erst ausgesprochen, nachdem der sechswöchige Zeitraum für die Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG abgelaufen war.

b) Die Klägerin war im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung schwanger. 25  
Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Beklagte dies nicht wusste. Diese Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin nicht mit einer Revisionsrüge angegriffen. Die geschlechtsspezifische, nur Frauen betreffende Tatsache einer Schwangerschaft kann bei Ausspruch der Kündigung keine Rolle gespielt haben.

3. Die Benachteiligung ist auch nicht darin zu sehen, dass die Beklagte, 26  
nachdem ihr die Schwangerschaft der Klägerin bekannt gemacht wurde, an der Kündigung „festgehalten“ hat.

a) Die Missachtung der zugunsten der werdenden Mutter gesetzlich be- 27  
stehenden Schutzpflichten durch den Arbeitgeber kann Indizwirkung für die Benachteiligung wegen des Geschlechts haben. Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 MuSchG ist die Kündigung gegenüber einer Frau während der Schwangerschaft auch dann unzulässig, wenn dem Arbeitgeber „zur Zeit der Kündigung“ die Schwangerschaft zwar unbekannt war, sie ihm aber innerhalb zweier Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird.

b) Die Klägerin hat durch Anwaltsschreiben vom 22. November 2010 und 28  
sodann durch weiteres Anwaltsschreiben vom 25. November 2010 unter Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung die Beklagte über ihre Schwangerschaft unterrichtet. Spätestens mit Zugang dieses zweiten Anwaltsschreibens musste die Beklagte damit rechnen, dass ihre Kündigung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG unzulässig war. Diese sich nach Ausspruch einer an sich diskriminierungsfreien Kündigung herausstellende Unzulässigkeit der Kündigung wegen bestehender Schwangerschaft entspricht der Europäischen Rechtslage, die in Art. 10 der

Richtlinie 92/85 ebenfalls allein auf die Tatsache der Schwangerschaft und nicht auf die Kenntnis des Kündigenden von dieser abstellt (*vgl. EuGH 29. Oktober 2009 - C-63/08 - [Pontin] Rn. 27, 37 bis 48, Slg. 2009, I-10467*).

c) Die Klägerin hatte schon mit ihrem Schreiben vom 22. November 2010 die Beklagte gebeten, um keine Klage erheben zu müssen, bis zum 29. November 2010 zu erklären, dass „sie an der Kündigung nicht festhalte“. Dem ist die Beklagte nicht nachgekommen, vielmehr hat sie in der Folgezeit die Klägerin aufgefordert, ihre Angaben durch eine betriebsärztliche Untersuchung bestätigen zu lassen. 29

Diesem „Festhalten“ an einer möglicherweise unzulässigen Kündigung kommt Indizwirkung iSd. § 22 AGG nicht zu. Dass die Beklagte nicht bis zum 29. November 2010 mitgeteilt hat, an der Kündigung nicht „festzuhalten“, „damit wir hier keine Klage erheben müssen“, wirkte sich im Gegenteil rechtswahrend für die Klägerin aus. 30

aa) Auch die schwangere Arbeitnehmerin ist gehalten, den gesetzlichen Unwirksamkeitsgrund des § 9 Abs. 1 MuSchG innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG vor dem Arbeitsgericht geltend zu machen. Die fehlende Zustimmung der obersten Landesbehörde nach § 9 Abs. 3 MuSchG führt nicht zur Nichtigkeit der Kündigung, außerdem müssten auch Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe innerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG geltend gemacht werden (*vgl. BAG 9. Juni 2011 - 2 AZR 703/09 - Rn. 22*). Die von der Klägerin verlangte Mitteilung, „an der Kündigung nicht festzuhalten“ hätte also, wäre sie erfolgt, eine Klageerhebung wegen der Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht überflüssig gemacht. 31

bb) Als einseitiges Rechtsgeschäft kann die zugangsbedürftige Willenserklärung der Kündigung nach dem Zugang an den Gekündigten vom Kündigenden grundsätzlich nicht mehr einseitig zurückgenommen werden (*BAG 29. Januar 1981 - 2 AZR 1055/78 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 35, 30; vgl. 26. November 1981 - 2 AZR 509/79 - BAGE 37, 135; 19. August 1982 - 2 AZR 230/80 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 40, 56; Thüsing AuR 1996, 245; Fischer* 32

*NZA 1999, 459; HaKo/Gallner 3. Aufl. § 4 KSchG Rn. 79*). Die Gestaltungswirkung seiner Willenserklärung kann der kündigende Arbeitgeber nicht mehr allein beseitigen, eine einseitige Kündigungsrücknahme ist ihm verwehrt. Die Wirkungen einer Kündigung können nur durch eine Vereinbarung beseitigt werden, durch die der gekündigte Arbeitnehmer ein Fortsetzungsangebot des Arbeitgebers annimmt. Steht nicht endgültig fest, ob der Arbeitnehmer das Angebot des Arbeitgebers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses annehmen will, muss er vorsorglich Kündigungsschutzklage erheben, um die Wirkung des § 7 KSchG zu vermeiden. Sogar bei einer offensichtlich rechtsunwirksamen Kündigung gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam, wenn der betroffene Arbeitnehmer sich nicht rechtzeitig mit einer Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung wendet und ihre Rechtsunwirksamkeit nicht rechtzeitig geltend macht.

cc) Sowohl dem Schreiben der Klägerin vom 22. November 2010 als auch ihrer Klageerweiterung vom 8. Februar 2011, mit der sie der Beklagten vorhält, an der Kündigung trotz positiver Kenntnis ihrer Schwangerschaft „festzuhalten“, lässt sich entnehmen, dass sie dies verstanden hatte. Auch nachdem die Beklagte, am 9. Februar 2011 gegenüber der Klägerin und in der Nachricht vom 10. Februar 2011 an das Arbeitsgericht, die „Rücknahme“ der Kündigung bestätigt hatte, blieb eine Reaktion der anwaltlich beratenen Klägerin aus. Dies setzte sich fort, nachdem die neuen Prozessbevollmächtigten der Beklagten unter dem 4. März 2011 die Rechtslage im Hinblick auf die ausgesprochene Kündigung im Grundsatz zutreffend erläuterten. Die Anwälte der Klägerin stellten weiter darauf ab, dass die Beklagte schon während des Gütetermins die Gelegenheit ausgelassen habe zu erklären, dass sie an der Kündigung nicht festhalte und verwiesen darauf, dass die Klägerin selbst keine weiteren Erklärungen abgeben müsse, da sie gegen die ungerechtfertigte Kündigung Klage erhoben habe. Dies stand der Klägerin frei. Sie kann jedoch, wenn sie zu einer außergerichtlichen Bereinigung selbst nicht beiträgt, der Beklagten keine Benachteiligung vorhalten, wenn diese ihrerseits an dem Prozessweg festhält, um den in Unkenntnis der Schwangerschaft der Klägerin geschaffenen Kündigungssachverhalt aus der Welt zu schaffen. Dies hat die Beklagte dann durch Anerkennt-

33

nis im Kammertermin vom 5. Mai 2011 getan. Indizwirkung iSd. § 22 AGG kommt ihrem Verhalten jedoch nicht zu.

4. In den Monaten November 2010 bis Februar 2011 hat die Beklagte zunächst Gehaltszahlungen nicht geleistet, obwohl unstreitig ab dem 22. November 2010 ein ärztliches Beschäftigungsverbot ausgesprochen worden war. 34

a) Der Anspruch auf Mutterschutzlohn nach § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG besteht nur, wenn allein das mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbot dazu führt, dass die Schwangere mit der Arbeit aussetzt. Für die Zeit, in der die Schwangere arbeitsunfähig krank ist, ist dieser alleinige Ursachenzusammenhang nicht gegeben. Das Beschäftigungsverbot hat in diesem Fall zwar die Wirkungen der § 3 Abs. 1, §§ 21, 24 MuSchG, begründet aber keine Vergütungspflicht nach § 11 MuSchG. Insoweit verbleibt der Schwangeren dann nach § 3 Abs. 1 EFZG der auf sechs Wochen begrenzte Anspruch auf Entgeltfortzahlung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Die Abgrenzung, ob eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliegt oder ob ohne eine aktuelle Arbeitsunfähigkeit das Leben oder die Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet sind, hat der behandelnde Arzt in seinem Ermessen vorzunehmen (*vgl. BAG 9. Oktober 2002 - 5 AZR 443/01 - zu I 4 der Gründe, AP MuSchG 1968 § 11 Nr. 23 = EzA MuSchG § 11 nF Nr. 23*). 35

Dabei kommt der schriftlichen Bescheinigung nach § 3 Abs. 1 MuSchG ein hoher Beweiswert zu. Die Arbeitnehmerin genügt ihrer Darlegungslast zur Suspendierung der Arbeitspflicht und zur Begründung eines Anspruchs nach § 11 Abs. 1 MuSchG zunächst durch Vorlage dieser ärztlichen Bescheinigung über das Beschäftigungsverbot (*BAG 21. März 2001 - 5 AZR 352/99 - zu II 3 der Gründe, BAGE 97, 215, 220*). Der Arbeitgeber, der ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG anzweifelt, kann vom ausstellenden Arzt Auskunft über die Gründe verlangen, soweit diese nicht der Schweigepflicht unterliegen. Der Arzt hat dem Arbeitgeber sodann mitzuteilen, von welchen tatsächlichen Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmerin er bei Erteilung seines Zeugnisses ausgegangen ist und ob krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorgelegen hat 36

(BAG 9. Oktober 2002 - 5 AZR 443/01 - zu I 6 der Gründe). Legt die Arbeitnehmerin trotz Aufforderung des Arbeitgebers keine entsprechende ärztliche Bescheinigung vor, ist der Beweiswert eines zunächst nicht näher begründeten ärztlichen Beschäftigungsverbotes erschüttert. Nur wenn der Arbeitgeber die tatsächlichen Gründe des Beschäftigungsverbotes kennt, kann er prüfen, ob er der Arbeitnehmerin eine andere zumutbare Arbeit zuweisen kann, die dem Beschäftigungsverbot nicht entgegensteht. Das Mutterschutzgesetz hindert den Arbeitgeber auch nicht, Umstände darzulegen, die ungeachtet der medizinischen Bewertung den Schluss zulassen, dass ein Beschäftigungsverbot auf unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen beruht (BAG 7. November 2007 - 5 AZR 883/06 - Rn. 17 mwN, AP MuSchG 1968 § 3 Nr. 21 = EzA MuSchG § 3 Nr. 10).

b) Erstmalig wurde die Beklagte von den Anwälten der Klägerin mit Schreiben vom 25. November 2010 davon unterrichtet, dass für die Klägerin ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen und insoweit eine Tätigkeit ausgeschlossen ist. Eine ärztliche Bescheinigung ist dabei nicht überreicht worden, nur eine Bescheinigung des Arztes über die Schwangerschaft als solche. In der Folgezeit fand dann auf Verlangen der Beklagten eine betriebsärztliche Untersuchung der Klägerin statt. Der Betriebsarzt bestätigte aus arbeitsmedizinischer Sicht sowohl die bestehende Schwangerschaft als auch das Beschäftigungsverbot, das der behandelnde Frauenarzt bereits der Krankenkasse angezeigt hatte. Mit Schriftsatz vom 4. März 2011 hat die Beklagte dann durch ihren neuen Prozessbevollmächtigten anzweifeln lassen, dass das Beschäftigungsverbot seinen Grund allein in der Schwangerschaft hat. Gleichzeitig hat sie für den Fall, dass sich ergeben sollte, dass bei der Klägerin kein krankhafter, die Arbeitsunfähigkeit begründender Befund gegeben ist, die Beachtung von § 11 MuSchG zugesagt und dabei darauf verwiesen, dass ihr das U2-Verfahren zum Ausgleich des fortzuzahlenden Entgeltes bekannt sei. Auf diesen zutreffenden Hinweis hat die Klägerin nicht oder nicht rechtskonform reagiert, indem sie auf die bloße Tatsache eines Beschäftigungsverbotes weiterhin verwies. Dies hat das Arbeitsgericht für eine Verurteilung der Beklagten ausreichen lassen, die Beklagte hat von einer Berufung insoweit abgesehen.

37

c) In Anbetracht der Rechtslage ist dem Verhalten der Beklagten auch 38  
insoweit keine Indizwirkung im Sinne eines geschlechtsdiskriminierenden Ver-  
haltens beizumessen. Ihre gesetzliche Pflicht zur Entgeltfortzahlung nach § 3  
EFZG hatte die Beklagte bis 9. November 2010 in vollem Umfang, also für  
sechs Wochen, erfüllt. Wenn dann ohne Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung  
hierüber von einem ab dem 22. November 2010 greifenden Beschäftigungsver-  
bot nach § 3 MuSchG unterrichtet wurde, setzte streng genommen ihre sofortige  
Pflicht zur Entrichtung des Arbeitsentgeltes nach § 11 Abs. 1 MuSchG noch  
nicht ein. Davon ist erst nach der Mitteilung des Betriebsarztes vom  
22. Dezember 2010 auszugehen, nach der das Beschäftigungsverbot „nicht  
anzutasten“ sei. Der weitere Einwand der Beklagten vom 4. März 2011, in dem  
sie die Monokausalität des Beschäftigungsverbotes in der Schwangerschaft  
bezweifelte, ist nicht aufgeklärt worden. Der Beklagten hätte, um unzweifelhaft  
ihre Pflicht nach § 11 Abs. 1 MuSchG auszulösen, eine ärztliche Bescheinigung  
über das Beschäftigungsverbot und dass dies allein auf die Schwangerschaft  
zurückzuführen ist, vorgelegt werden müssen. Zwar hätte die Beklagte ihrer-  
seits nicht ohne Weiteres eine betriebsärztliche Untersuchung der Klägerin ver-  
langen dürfen, darauf jedoch hat sich die Klägerin eingelassen mit der Folge,  
dass danach zwischen den Parteien das Beschäftigungsverbot als solches un-  
streitig wurde. Die Pflicht zur Entgeltfortzahlung nach § 11 MuSchG ist indes  
rechtlich nicht endgültig geklärt worden.

IV. Hat die Beklagte somit weder durch die Erklärung der Kündigung, noch 39  
durch das „Festhalten“ an dieser und schließlich auch nicht beim Streit um die  
Fortzahlung des Arbeitsentgeltes wegen des Beschäftigungsverbotes gegen  
Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes verstoßen, so lässt sich auch in einer  
Gesamtschau ihr Verhalten entgegen der mit der Revision vertretenen Auffas-  
sung nicht als Belästigung iSd. § 3 Abs. 3 AGG würdigen.

1. Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG 40  
liegt auch dann vor, wenn von einer Belästigung iSd. § 3 Abs. 3 AGG auszuge-  
hen ist. Dabei ist die Belästigung eine Benachteiligung, wenn unerwünschte  
Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 AGG genannten Grund in Zusammen-

hang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

Die Würdeverletzung und ein „feindliches Umfeld“ - als Synonym für „ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld“ - müssen für die Verwirklichung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 Abs. 3 AGG kumulativ vorliegen. Soweit vertreten wird, dass „das feindliche Umfeld“ vorrangig eine Konkretisierung des Maßstabes für den bei einer Belästigung gem. § 3 Abs. 3 AGG voraussetzenden Schweregrad der unerwünschten Belästigung darstelle (*in diesem Sinne: ErfK/Schlachter 13. Aufl. § 3 AGG Rn. 19; Meinel/Heyn/Herms AGG § 3 Rn. 36*), ist dem nicht zu folgen. Zwar deutet die Begründung des Gesetzentwurfes vom 8. Juni 2006 darauf hin, dass mit dem Begriff „feindliches Umfeld“ kein zusätzliches Tatbestandsmerkmal aufgestellt werden sollte. In der BT-Drucks. heißt es: „insbesondere durch das Schaffen eines von Einschüchterungen ... gekennzeichneten Umfeldes“ (*BT-Drucks. 16/1780 S. 33*). Dafür, dass „die Schaffung eines feindlichen Umfeldes“ eine weitere Tatbestandsvoraussetzung des § 3 Abs. 3 AGG ist, welche kumulativ vorliegen muss, spricht jedoch, dass der Gesetzgeber in § 3 Abs. 3 AGG von dem „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien“ vom 16. Dezember 2004 abgewichen ist. In diesem, letztlich nicht Gesetz gewordenen Entwurf waren die Würdeverletzung und das feindliche Umfeld noch mit „insbesondere“ (*vgl. BT-Drucks. 15/4538 S. 5*) und nicht mit „und“ wie im späteren Gesetzestext, dem geltenden § 3 Abs. 3 AGG, verbunden. Im Hinblick auf diesen eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 3 AGG ergibt sich die Klarstellung des Gesetzgebers, dass beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen (*so auch Adomeit/Mohr AGG 2. Aufl. § 3 Rn. 233; MüKoBGB/Thüsing 6. Aufl. § 3 AGG Rn. 56; v. Roetteken AGG Stand Oktober 2013 § 3 Rn. 367; Däubler/Bertzbach/Schrader/Schubert AGG 3. Aufl. § 3 Rn. 66 ff.; Schiek AGG § 3 Rn. 73; Wendtland in Gaier/Wendtland AGG § 2 Rn. 92; Bauer/Göpfert/Krieger AGG 2. Aufl. § 3 Rn. 45; Schaub/Linck ArbR-HdB 15. Aufl. § 36 Rn. 36*). Durch

41



die gegenüber dem Entwurf geänderte Wortwahl hat der Gesetzgeber auch der Kritik Rechnung getragen, dass der Entwurf den Begriff der Belästigung uferlos ausdehne und unnötigerweise über die Richtlinienvorgabe hinausgehe. Mit den vom Gesetzgeber vorgenommenen Änderungen entspricht § 3 Abs. 3 AGG auch dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (*BAG 24. September 2009 - 8 AZR 705/08 - Rn. 29, AP AGG § 3 Nr. 2 = EzA AGG § 3 Nr. 1*).

Im Ergebnis ist immer eine wertende Gesamtschau aller Faktoren bei der Beurteilung, ob ein feindliches Umfeld geschaffen wurde, vorzunehmen. Diese Gesamtschau unterliegt revisionsrechtlich nur einer eingeschränkten Überprüfung. Die tatrichterliche Würdigung darf dem Berufungsgericht nicht entzogen werden. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, ob das Landesarbeitsgericht Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, alle wesentlichen Umstände des Einzelfalls beachtet und hinreichend gewürdigt hat und ob es in die vorzunehmende Gesamtschau die wesentlichen Umstände des Einzelfalles in nachvollziehbarer Weise miteinbezogen hat sowie ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*BAG 24. September 2009 - 8 AZR 705/08 - Rn. 33*).

42

2. Nach dem unstreitigen Sachverhalt, wie ihn das Landesarbeitsgericht festgestellt hat, hat die Beklagte kein „feindliches Umfeld“ im Sinne eines frauen- oder mutterschaftsfeindlichen Verhaltens geschaffen. Die Kündigung erfolgte in Unkenntnis der Schwangerschaft, war somit geschlechtsneutral. Das „Festhalten“ an der Kündigung wirkte sich in Anbetracht der Rechtsunkenntnis der Klägerin interessengerechter aus, als es eine sofortige Erklärung, man leite aus der Kündigung keine Rechte mehr her, für die notwendige Erhebung der Klage innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG gewesen wäre. Ob die Beklagte tatsächlich nach § 11 MuSchG zur Fortzahlung des Arbeitsentgeltes gegenüber der Klägerin verpflichtet war, ist bzgl. der Voraussetzungen nicht aufgeklärt worden, allerdings rechtskräftig zuungunsten der Beklagten entschieden. Der Beklagten, die auf eine Berufung insoweit verzichtet hat, bei der Verfolgung von

43

Rechtspositionen eine mutterschaftsfeindliche und frauendiskriminierende Einstellung zu unterstellen, ist ohne weitere Anhaltspunkte dafür entgegen der Rechtsauffassung der Revision nicht zulässig. Der Arbeitgeber ist gehalten, die besonderen Verpflichtungen zum Schutz der werdenden Mutter nach den Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes einzuhalten. Dies bedeutet nicht, dass er bei begründeten Zweifeln in zulässiger Weise seine Rechte nicht ausüben dürfte. Das Beschäftigungsverbot für die Klägerin ab dem 22. November 2010 schloss sich nahtlos an die Zeit der Arbeitsunfähigkeit vom 28. September bis zum 21. November 2010 an. Dies lässt die geäußerten Zweifel der Beklagten, ob das Beschäftigungsverbot nicht auch krankheitsbedingte Ursachen haben könnte, jedenfalls nicht als frauenfeindliche und geschlechtsspezifische Belästigung einer schwangeren Arbeitnehmerin erscheinen.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

44

Hauck

Böck

Breinlinger

v. Schuckmann

F. Avenarius