

Urteil

BAG, Richtlinie 76/207 EWG des Rates vom 9.2.1976, § 611 a BGB

Ebenfalls: Frage nach Schwangerschaft bei der Einstellung unzulässig

Die Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft bei der Einstellung stellt eine gem. § 611 a BGB unzulässige Diskriminierung wegen des Geschlechts dar, und zwar unabhängig davon, ob sich auch männliche Arbeitnehmer um denselben Arbeitsplatz bewerben.

Urteil des BAG vom 15.10.1992 – 2 AZR 227/92 –

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

Das Arbeitsverhältnis ist durch die von der Beklagten erklärte Anfechtung nicht aufgelöst worden. Zwar hat die Klägerin die Beklagte über das Bestehen einer Schwangerschaft getäuscht, diese Täuschung ist jedoch mangels Zulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft nicht rechtswidrig (§ 123 BGB).

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet:

Gegen die säumige Klägerin habe kein echtes Versäumnisurteil ergehen können, weil sich aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten kein Anfechtungsgrund ergebe. Denn die von der Beklagten behauptete ausdrückliche Frage nach der Schwangerschaft sei im Anschluß an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Frage des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 2 und 3 der Richtlinie 76/207 EWG unzulässig.

Ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB scheide aus, weil die Schwangerschaft kein Dauerzustand und deshalb keine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne dieser Vorschrift sei.

II. Dem folgt der Senat sowohl im Ergebnis wie auch in der Begründung und gibt damit die entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, u.a. im Urteil vom 20. Februar 1986 (– 2 AZR 244/85 – AP Nr. 31 zu § 123 BGB) im Anschluß an die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes im Urteil vom 8. November 1990 (Rechtsache C 177/88 Dekker, EuGHE 1990, 3941-3977 = AP Nr. 23 zu Art. 119 EWG-Vertrag)* auf.

In der Sache selbst hat der Senat im Anschluß an das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 22. September 1961 (BAGE 11, 270 = AP Nr. 15 zu § 123 BGB mit Anm. von Larenz) durch Urteil vom 20. Februar 1986 (– 2 AZR 244/85 – AP Nr. 31 zu § 123 BGB) entschieden, die Frage nach der Schwanger-

schaft vor der Einstellung sei nicht unzulässig, wenn sich nur Frauen um den Arbeitsplatz bewürben. Der Senat neige lediglich dann dazu, in der Frage nach der Schwangerschaft eine unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts zu sehen, wenn sich männliche und weibliche Arbeitnehmer gleichermaßen um denselben Arbeitsplatz bewürben. Diese sog. „gespaltene Lösung“ ist vom Senat (vgl. a.a.O.) im Hinblick auf die Neuregelung des § 611 a BGB, die ihrerseits das deutsche Arbeitsrecht an die Richtlinie Nr. 76/207 EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG 1976 L 39/40) angepaßt hat, gerechtfertigt worden.

a) Bei der Anwendung des nationalen Rechts – hier des § 611 a BGB – müssen nach dem Grundsatz der gemeinschaftskonformen Auslegung (so zur Richtlinie 76/207 EWG: Urteile des EuGH vom 10. April 1984 – Rechtsache 14/83 und 79/83 – AP Nr. 1 und 2 zu § 611 a BGB; BAG Urteil vom 14. März 1989 – 8 AZR 447/87 – AP Nr. 5 zu § 611 a BGB; Senatsbeschluß vom 21. Mai 1992 – 2 AZR 449/91 – zur Veröffentlichung bestimmt) die vom EuGH der Richtlinie 76/207 EWG entnommenen Grundsätze befolgt werden (vgl. auch BVerfGE 31, 145, 170; 75, 223, 240 f. und Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1825/82, 1 BvL 16/83 und 1 BvL 10/91 – NZA 1992, 270). Nach dem „Dekker“-Urteil (vgl. a.a.O.) darf der Arbeitgeber eine Bewerberin nicht wegen ihrer Schwangerschaft abweisen (Ziff. 12 der Entscheidungsgründe). Nach dieser Entscheidung ist eine Verweigerung der Einstellung aufgrund der finanziellen Auswirkungen der Fehlzeiten wegen der Schwangerschaft als Weigerung anzusehen, die im wesentlichen ihren Grund in der Schwangerschaft als solcher hat; eine solche Diskriminierung könne nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden, den der Arbeitgeber im Falle der Einstellung einer schwangeren Frau während deren Mutterschaftsurlaubs erleiden würde. Wenn die Tatsache der Schwangerschaft Motiv für die Einstellungsverweigerung sei, so komme es wegen der damit verbundenen Diskriminierung der Frau auch nicht darauf an (Entscheidungsgründe Ziff. 17), ob sich auf die selbe Stelle ein Mann beworben habe oder nicht.

b) Insoweit hat der Senat in dem erwähnten Urteil bereits im gleichen Sinne entschieden (zu II 2 c der Gründe), nämlich die Frage des Arbeitgebers nach der Schwangerschaft diene dem Zweck, die Einstellung einer Schwangeren zu verhindern, andernfalls würde er die Frage nicht stellen; die schwangere Arbeitnehmerin werde und solle also gegenüber

* Anm. der Red.: nachstehend abgedruckt

anderen Bewerbern/Bewerberinnen benachteiligt werden. Aufgrund der EuGH-Entscheidung – namentlich auch zur zweiten Fragestellung des vorliegenden Gerichts – sieht sich der Senat nicht zuletzt im Hinblick auf seine vorstehende Aussage gehindert, an der sog. gespaltenen Lösung festzuhalten, zumal die nationalen Gerichte die EWG-Richtlinien so auszulegen haben, daß sie i.S. ihrer Zielsetzung tatsächlich möglichst wirksam sind (Ziff. 23 des Dekker-Urteils, a.a.O.; vgl. auch Grabitz/Pernice, Komm. zum EWG-Vertrag, Stand Dezember 1983, Art. 164 Rz. 27; Wißmann, DB 1991, 650, 651). Da die auf der Richtlinie 76/207 EWG beruhende Vorschrift des §611 a BGB in der Interpretation des Senats im Urteil vom 20. Februar 1986 (– AZR 244/85 – AP Nr. 31 zu §123 BGB) sachlich in allen Fällen wirkungslos bleibt, in denen ein männlicher Mitbewerber nicht vorhanden ist oder die Frau – selbst wenn letzteres der Fall wäre – dies jedenfalls nur selten bzw. unter erschwerten Bedingungen erfährt, gibt der Senat in Befolgung einer gemeinschaftskonformen Auslegung die gespaltene Lösung zugunsten einer generalisierenden Verhinderung der Diskriminierung schwangerer Frauen auf, ohne daß noch auf die vor Verkündung des EuGH-Urteils an der Senatsrechtsprechung geäußerte Kritik (vgl. Bellgärt, BB 1986, 2414; Coester, Anm. zu AP Nr. 31 zu §123 BGB; Colneric, BB 1986, 1573; Donat, BB 1986, 2413; Heilmann, AiB 1987, 190; Hunold, NZA 1987, 4, 5; Walker, DB 1987, 273, 275) eingegangen zu werden braucht.

aa) Dem läßt sich nach Auffassung des Senats nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Richtlinie 76/207 EWG, zu deren Durchführung §611 a BGB ins Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt wurde, führe selbst nicht zu der Verpflichtung, ein Arbeitsverhältnis einzugehen (so EuGH vom 10. April 1984 – Rechtssache 79/83 – AP Nr. 2 zu §611 a BGB). Einer schwangeren Bewerberin, die auf Befragen bei der Einstellung wahrheitswidrig ihren Zustand verschweige, werde aber ein Arbeitsplatz verschafft, wenn der Arbeitgeber zu einer Anfechtung nicht berechtigt sei (vgl. etwa Walker, DB 1987, 273, 276). Dabei wird nicht berücksichtigt, daß es gerade Ziel der Richtlinie (Art. 1) ist, den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen insbesondere hinsichtlich des *Zugangs zur Beschäftigung zu erleichtern*, was in Art. 3 dahin konkretisiert wird, daß bei den Bedingungen des Zugangs zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgt. Ließe man daher, nachdem der Zugang mit Hilfe des Diskriminierungsverbots erleichtert wurde, anschließend wieder eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zu, würde der Sinn der Richtlinie in ihr Gegenteil ver-

kehrt. Eine derartige Handhabung der Richtlinie stünde, wenn sie nicht schon durch Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie unterbunden wird (vgl. dazu EuGH-Urteil vom 8. November 1990 – Rechtssache C 179/88 – AP Nr. 24 zu Art. 119 EWG-Vertrag, zu 11 und 13 der Gründe), jedenfalls im Widerspruch zu Ziff. 23 des „Dekker“-Urteils (a.a.O.), wonach die Richtlinie im Sinne ihrer Zielsetzung möglichst wirksam auszu-
legen ist.

bb) Es ist schließlich nicht Sache der Arbeitsgerichte (so aber Hunold, NZA 1987, 4, 7), die Interpretation der auf der EWG-Richtlinie 76/207 beruhenden Vorschrift des §611 a BGB an den Auswirkungen des Arbeitsmarktes zu orientieren, zumal die These kaum beweisbar ist, bei grundsätzlicher Unzulässigkeit der Frage nach vorliegender Schwangerschaft wirke sich dies im Ergebnis zu Lasten der berufstätigen Frau aus (ebenso Coester, Anm. zu AP Nr. 31 zu §123 BGB). Allenfalls läßt sich argumentieren, die Abwälzung der mutterschaftsbedingten ökonomischen Belastungen auf die Arbeitgeber zeuge von gesetzgeberischem Versagen und bedürfe gegebenenfalls des korrigierenden Eingriffs (so Generalanwalt Darmon in seinem Schlußantrag Ziff. 46 ff. in der Rechtssache C 177/88 Dekker, a.a.O.). Im übrigen hat des BVerfG (Beschuß vom 23. April 1974 BVerfGE 37, 121, 126–128) am Beispiel des §14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG entschieden, es sei kein Verstoß gegen die Verfassung, Arbeitgeber und Krankenkassen mit finanziellen Folgen des gesetzlichen Mutterschutzes zu belasten.

c) Allerdings neigt der Senat dazu, eine Anfechtung durchgreifen zu lassen, wenn das eingegangene Vertragsverhältnis überhaupt nicht realisiert werden kann, d.h. wenn die Bewerberin für die angestrebte Arbeit objektiv nicht geeignet ist. Auch der EuGH hat in Ziff. 14 des „Dekker“-Urteils angemerkt, das Diskriminierungsverbot gelte für den Arbeitgeber nur hinsichtlich einer vom ihm „für geeignet befundenen Bewerberin“.

Eine solche Ungeeignetheit liegt im Streitfall allerdings nicht vor. Abgesehen davon, daß die Beklagte die Klägerin als kaufmännische Angestellte für geeignet angesehen hat, wie die Tatsache der Einstellung auf unbestimmte Zeit und die anstandslose Beschäftigung bis zum 17. September 1992 belegen, kann von einer Nichtgeeignetheit (Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie) und/oder einem bestimmten Geschlecht als unverzichtbare Voraussetzung für die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit (§611 a Abs. 1 Satz 2 BGB) nur ausgegangen werden, wenn die angestrebte Tätigkeit überhaupt nicht aufgenommen werden kann oder darf, z.B. bei einem Mannequin oder einer Tänzerin (vgl. auch den von der Bundesre-

gierung der EG-Kommission übermittelten Ausnahmekatalog, BArbBl. 11/1987, 40 ff.). Zu denken wäre auch an Fälle, in denen Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz einer Beschäftigung der Bewerberin entgegenstehen oder in denen von vornherein eine Tätigkeit z.B. in einem befristeten Arbeitsvertrag wegen sogleich eintretender Mutterschutzfristen, Erziehungsurlaub etc. (vgl. u.a. Bula/Buchner, MuSchG, 5. Aufl., § 5 Rz. 10-12; Gröninger/Thomas, MuSchG, § 9 Rz. 53; Heilmann, MuSchG, § 5 Rz. 22; ders. ArbuR 1987, 118, 120; Zmarzlik/Zipperer, MuSchG, 5. Aufl., § 9 Rz. 35; Meisel/Sowka, MuSchG, § 9 Rz. 40) nicht möglich ist. Eine solche Ausnahmesituation lag hier jedenfalls nicht vor, denn die Beklagte hat die Klägerin nicht befristet eingestellt, sondern eine Beschäftigung war ab 4. September 1991 immerhin bis sechs Wochen (§ 3 Abs. 2 MuSchG) vor dem 11. Januar 1992 (voraussichtlicher Entbindungstermin) und im Anschluß an die Mutterschaft möglich. Die Klägerin sollte also als Schwangerschaftsvertretung nicht gerade nur eine bestimmte, festliegende Zeit zur Verfügung stehen, so daß sie infolge gleichzeitiger Beschäftigungsverbote aufgrund eigener Schwangerschaft eine Tätigkeit für die Beklagte überhaupt nicht übernehmen konnte. Dies hat auch das Landesarbeitsgericht festgestellt, ohne daß die Revision dies gerügt hätte.

d) Die Klägerin hat folglich nicht arglistig gehandelt, wenn sie die Frage nach der Schwangerschaft – von diesem Sachvortrag der Beklagten war wegen der Säumnis der Klägerin auszugehen (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 50. Aufl., § 557 Anm. 2) – falsch beantwortete, weil die Frage unzulässig war. Eine rechtswidrige, arglistige Täuschung, die zur Anfechtung des Arbeitsvertrages berechnete, lag deshalb nicht vor (ständige Rechtsprechung des BAG seit Urteil vom 5. Dezember 1957 – 1, AZR 594/56 – AP Nr. 1 zu § 123 BGB; vgl. zuletzt Senatsurteil vom 21. Februar 1991 – 2 AZR 449/90 – EzA § 123 BGB Nr. 35, zu II 2 der Gründe).

Hinweis der Red.: s. dazu – immer noch aktuell – Malin Bode, Anm. zu ArbG Frankfurt STREIT 1/83, S. 33 ff.

Urteil

EuGH, Art. 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976

Frage nach Schwangerschaft bei Einstellung unzulässig („Dekker-Urteil“)

- 1) *Ein Arbeitgeber verstößt unmittelbar gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Artikel 2 Absatz 1 und 3 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, wenn er es ablehnt, mit einer von ihm für geeignet befundenen Bewerberin einen Arbeitsvertrag zu schließen, weil er wegen der Einstellung einer schwangeren Frau Nachteile zu befürchten hat, die sich aus einer staatlichen Regelung über die Arbeitsunfähigkeit ergeben, wonach eine mit Schwangerschaft und Entbindung zusammenhängende Verhinderung an der Arbeitsleistung einer Verhinderung wegen Krankheit gleichsteht.*
- 2) *Für die Beantwortung der ersten Frage macht es keinen Unterschied, daß sich kein Mann um die freie Stelle beworben hat.*
- 3) *Die Richtlinie 76/207/EWG überläßt es zwar den Mitgliedsstaaten, die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot unter den verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen, die zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie geeignet sind; entscheidet sich ein Mitgliedstaat jedoch für eine Sanktion, die sich in den Rahmen einer zivilrechtlichen Haftungsregelung einfügt, so reicht jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen aus, um die volle Haftung seines Urhebers auszulösen, ohne daß die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden können.*

(amtlicher Leitsatz)

Urteil des EuGH v. 8.11.1990 – C – 177/88 –

Aus dem Sachverhalt:

Der Hoge Raad der Nederlanden hat mit Urteil vom 24. Juni 1988 gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag vier Fragen nach der Auslegung der Artikel 2 und 3 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40; im folgenden: „die Richtlinie“) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen Frau E.J.P. D. und der Stichting VJV. Im Juni 1981 bewarb sich Frau D. um eine Stelle als Erzieherin in der vom VJV betriebenen Bildungsstätte für junge Erwachsene. Am 15. Juni 1981 teilte sie