

Beschluss

OVG Sachsen-Anhalt, §§ 1 AGG, 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG, 24 Nr. 1 AGG, § 5 Abs. 1 MuSchG, RL 2002/73/EG

Verkürzung der Elternzeit wegen Schwangerschaft

1. Die Schwangerschaft der Klägerin und das ihr erteilte ärztliche Beschäftigungsverbot sind Tatsachen, die die Beklagte bei der Bescheidung des Antrags der Klägerin auf Verkürzung der Elternzeit nicht berücksichtigen darf.

2. Berücksichtigt ein Dienstherr die Schwangerschaft einer Bediensteten als Grund für die Ablehnung ihrer Rückkehr an ihren Arbeitsplatz vor dem Ende des Erziehungsurlaubs, so stellt dies eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.

Beschluss des OVG Sachsen-Anhalt vom 21.04.2011, 1 L 26/10

Aus den Gründen:

Die Klägerin begehrt im Berufungsverfahren nunmehr nur noch die Aufhebung von Bescheiden der Beklagten, durch die diese ihre Zustimmung zur Verkürzung der der Klägerin gewährten Elternzeit widerrufen hat.

Die Klägerin steht als Kriminaloberkommissarin (BesGr. A 10 BBesO) im Dienst des Landes Sachsen-Anhalt. Mit Bescheid vom 3. September 2007 war der Klägerin antragsgemäß vom 23. Oktober 2007 bis 26. August 2008 Elternzeit gewährt worden. Nachdem sich die Klägerin am 24. Juni 2008 wegen einer vorzeitigen Beendigung der Elternzeit mit Ablauf des 30. Juni 2008 telefonisch mit der Beklagten in Verbindung gesetzt hatte und ihr am Folgetag ebenfalls telefonisch mitgeteilt wurde, dass sie einen schriftlichen Antrag stellen müsse, beantragte die Klägerin mit vom 23. Juni 2008 datierenden und am 26. Juni 2008 bei der Beklagten eingegangenem Schreiben eine Verkürzung der Elternzeit auf den 30. Juni 2008 unter Dienstbeginn mit Vollzeitbeschäftigung. Mit Bescheid vom 27. Juni 2008 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass ihre Elternzeit mit Ablauf des 30. Juni 2008 antragsgemäß ende und sie ihren Dienst mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden am 1. Juli 2008 im Polizeirevier C-Stadt/RKD wieder aufnehmen möge.

Bereits am 24. Juni 2008 hatte der die Klägerin behandelnde Arzt für diese ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG ab 1. Juli 2008 ausgesprochen; hiervon erhielt die Beklagte am 3. Juli 2008 Kenntnis. Einem Gesprächsvermerk der Beklagten vom 14. Juli 2008 zufolge habe die Klägerin in einem persönlichen Gespräch eingeräumt, bei Beantragung der Verkürzung der Elternzeit bereits gewusst zu haben, dass sie aufgrund des Beschäftigungsverbotes

nicht arbeiten würde. Mit Bescheid vom 14. Juli 2008 hat die Beklagte ihren Bescheid vom 27. Juni 2008 aufgehoben und festgestellt, dass die Klägerin ihre Elternzeit mit Ablauf des 26. August 2008 beende. Zugleich wurde die Klägerin zum Dienstantritt am 27. August 2008 aufgefordert.

Den hiergegen von der Klägerin mit Schreiben vom 1. August 2008 eingelegten Widerspruch hat die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 23. Januar 2009 zurückgewiesen. Zu dessen Begründung führte die Beklagte aus, es seien nachträglich Tatsachen eingetreten, die – wären sie rechtzeitig bekannt gewesen – sie dazu berechtigt hätten, der Verkürzung der Elternzeit nicht zuzustimmen. Die Klägerin habe in ihrem Antrag auf vorzeitige Beendigung der Elternzeit vom 23. Juni 2008 nicht erwähnt, dass eine erneute Schwangerschaft vorliege, obwohl auf der Kopie des Mutterpasses, die erst am 14. Juli 2008 bei ihr eingegangen sei, als Feststellungsdatum der Schwangerschaft der 23. Juni 2008 angegeben worden sei. Die erneute Schwangerschaft sei erst mit Eingang des Beschäftigungsverbotes am 3. Juli 2008 bekannt geworden, obgleich die Klägerin gem. § 5 Abs. 1 MuSchG zur Mitteilung hierüber verpflichtet gewesen wäre. Die Klägerin habe ihrem Dienstherrn wissentlich Informationen vorenthalten, die für die Entscheidung über die vorzeitige Beendigung der Elternzeit wesentlich gewesen seien. Mit dem Verschweigen des Beschäftigungsverbotes habe sie vorgegeben, ab dem 1. Juli 2008 ihre Arbeitskraft wieder anbieten zu wollen und zu können. In einem Gespräch am 14. Juli 2008 habe die Klägerin eingeräumt, dies getan zu haben, um ab diesem Zeitpunkt wieder die vollen Bezüge beziehen zu können. Hierin liege eine arglistige Täuschung. Das Verhalten der Klägerin stelle einen besonderen Verstoß gegen § 5 Abs. 1 MuSchG und §§ 54, 55 BG LSA dar, da durch das Beschäftigungsverbot berechnete Interessen des Arbeitgebers tangiert gewesen seien.

Am 19. Februar 2009 hat die Klägerin beim Verwaltungsgericht Magdeburg Klage erhoben und vorgetragen, ihr sei für die Zeit vom 1. Juli 2008 bis 26. August 2008 zu Unrecht keine Besoldung gezahlt worden. [...]

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 24. November 2009 die Klage abgewiesen. [...]

II.

Der Senat entscheidet über die Berufung der Klägerin gem. § 130 a Satz 1 VwGO ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss, weil er die Berufung einstimmig für begründet und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht für erforderlich hält. Die Beteiligten sind hierzu gehört worden (§§ 130 a Satz 2, 125 Abs. 2 Satz 3 VwGO).

Die gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Magdeburg – 5. Kammer – vom 24. November 2009 gerichtete Berufung der Klägerin ist zulässig und begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen, soweit sie auf Aufhebung der streitgegenständlichen Bescheide gerichtet war. Die Klage ist insoweit zulässig, insbesondere mangelt es der Klägerin für das reine Anfechtungsbegehren gem. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht am erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis. Der in den angefochtenen Bescheiden vom 14. Juli 2008 und 23. Januar 2009 beschiedene Antrag der Klägerin auf vorzeitige Beendigung der Elternzeit hat sich zwar infolge Zeitablaufs erledigt. Jedoch haben die Bescheide – soweit sie zugleich den Bescheid der Beklagten vom 27. Juni 2008 aufheben – Auswirkungen auf den Besoldungsanspruch der Klägerin; denn während der Elternzeit entfiel ihr Anspruch auf Dienstbezüge gem. § 80 BG LSA. Mit Aufhebung der streitgegenständlichen Bescheide lebt der Bescheid vom 27. Juni 2008 wieder auf, demzufolge die Beklagte der von der Klägerin beantragten Beendigung ihrer Elternzeit mit Ablauf des 30. Juni 2008 zugestimmt hat; mit dem vorgesehenen Dienstantritt zum 1. Juli 2008 korrespondiert der entsprechende Besoldungsanspruch der Klägerin.

Die Klage der Klägerin ist insoweit auch begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 14. Juli 2008 in Gestalt ihres Widerspruchsbescheides vom 23. Januar 2009 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin dadurch in ihren Rechten, weshalb beide Bescheide aufzuheben wären (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). [...]

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften zur geschlechtsspezifischen Diskriminierung von Schwangeren stellt sich die Rechtslage im Falle der Klägerin wie folgt dar: Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG (des Rates v. 09.02.1976 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, Amtsblatt Nr. L 039 v. 14.02.1976 S. 0040 – 0042, www.jura.uni-augsburg.de) ist jede Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, zu denen auch die Voraussetzungen für die Rückkehr des Arbeitnehmers an seinen Arbeitsplatz nach dem Erziehungsurlaub gehören, verboten (vgl. EuGH, Urt. v. 27.02.2003, C-320/01, Rs. Busch, Rn. 38, Juris). Art. 5 Abs. 1 der RL 76/207/EWG lautet:

„Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschl. der Entlassungsbedingungen beinhaltet,

dass Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden.“

Mit der RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 (Amtsblatt Nr. L 269 v. 05.10.2002, S. 0015 – 0020, www.jura.uni-augsburg.de) wurde die RL 76/207/EWG geändert. Art. 5 RL 76/207/EWG wurde gestrichen, die oben zitierte Regelung ist nun gem. Art. 1 Ziff. 3 der RL 2002/73/EG Bestandteil des geänderten Art. 3 Abs. 1 lit. c) der RL 76/207/EWG und lautet:

„(1) Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung bedeutet, dass es im öffentlichen und privaten Bereich einschließlich öffentlicher Stellen in Bezug auf folgende Punkte keinerlei unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geben darf: [...]

c) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen sowie das Arbeitsentgelt nach Maßgabe der Richtlinie 75/117/EWG;“

Die vom Europäischen Gerichtshof in der Rechtssache Busch (a. a. O.) getroffene Feststellung, wonach die Voraussetzungen einer vorzeitigen Beendigung des Erziehungsurlaubs zu den Arbeitsbedingungen i. S. d. RL 76/207/EWG gehören, ist danach auch in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 lit. c) RL 76/207/EWG n. F. aufrecht zu erhalten. Die letztgenannte Regelung stellt zudem ausdrücklich klar, dass der geschlechtsspezifische Gleichbehandlungsgrundsatz auch im öffentlichen Bereich einschl. öffentlicher Stellen gilt. Die RL 2002/73/EG ist gem. ihrem Art. 3 am Tag ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft, mithin am 05.10. 2002 in Kraft getreten und vorliegend anwendbar. Mit Gesetz vom 14.08.2006 (BGBl. I S. 1897) hat der Bundesgesetzgeber das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung beschlossen, das u. a. auch der Umsetzung der RL 2002/73/EG dient. Art. 1 des Gesetzes vom 14.08.2006 ist als allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) am 18.08.2006 in Kraft getreten und regelt in §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 2:

„§ 1 Ziel des Gesetzes

Ziel des Gesetzes ist, 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.

§ 2 Anwendungsbereich

(1) Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten

Grund sind nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf: [...]

2. die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen, insbesondere in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen und Maßnahmen bei der Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses sowie beim beruflichen Aufstieg ...“

§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG entspricht Art. 3 Abs. 1 lit. c) RL 76/207/EWG n. F. Gem. § 24 Nr. 1 AGG gelten die Vorschriften dieses Gesetzes unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend für Beamtinnen und Beamte des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Gemeindeverbände sowie der sonstigen Aufsicht des Bundes und eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

Aufgrund der vorgenannten Regelungen sieht der Senat keinen Anlass für die Annahme, die zu privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes könne wegen des Beamtenstatus der Klägerin Abweichungen rechtfertigen. Berücksichtigt ein Arbeitgeber bzw. Dienstherr die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin bzw. einer Bediensteten als Grund für die Ablehnung ihrer Rückkehr an ihren Arbeitsplatz vor dem Ende des Erziehungsurlaubs, so stellt dies eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar (vgl. EuGH in der Rechtssache Busch, a.a.O., Rn. 39 unter Verweis auf die Urteile Dekker [Vorabentscheidung v. 08.11.1990, C-177/88, Rn. 12, Juris] und Mahlburg [Vorabentscheidung vom 03.02.2000, C-207/98, Rn. 20, Juris], beide zur Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft sowie Tele Danmark [Vorabentscheidung v. 04.10.2001, C-109/00, Rn. 31, Juris] zur Nichterneuerung eines befristeten Vertrages). Der Europäische Gerichtshof stellt in der Rs. Busch (a. a. O., Rn. 40, 47) weiter fest, dass die Arbeitnehmerin nicht verpflichtet ist, dem Arbeitgeber mitzuteilen, dass sie schwanger ist, da der Arbeitgeber bei der Anwendung von Arbeitsbedingungen ihre Schwangerschaft nicht berücksichtigen darf.

Musste die Klägerin dementsprechend ihre erneute Schwangerschaft ihrem Dienstherrn nicht mitteilen, gilt dies entsprechend für das ihr ärztlich attestierte, auf § 3 Abs. 1 MuSchG gestützte Beschäftigungsverbot vom 24.06.2008, da dieses eine Schwangerschaft voraussetzt. Nach § 3 Abs. 1 MuSchG dürfen werdende Mütter nicht beschäftigt werden, soweit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist. Nach der Rechtspre-

chung des Europäischen Gerichtshofes ist eine zielorientierte Auslegung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes geboten. Könnte einer schwangeren Arbeitnehmerin die Rückkehr an ihren Arbeitsplatz vor Ende des Erziehungsurlaubs mit der Begründung verwehrt werden, dass ein vorübergehendes Verbot sie darin hindere, bestimmte Arbeitsleistungen, für die sie eingestellt wurde, zu erbringen, so würde dies dem Schutzzweck der Art. 2 Abs. 3 der RL 76/207 sowie Art. 4 Abs. 1 und 5 der RL 92/85 zuwider laufen und nähme diesen Bestimmungen einen Teil ihrer praktischen Wirksamkeit (so EuGH in der Rechtssache Busch, a. a. O., Rn. 43). In der Rechtssache Mahlburg (a. a. O., Rn. 24) führte der EuGH aus:

„Die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers ist zwar für den Arbeitgeber zwangsläufig eine wesentliche Voraussetzung für die ordnungsgemäße Erfüllung des Arbeitsvertrags, doch kann der vom Gemeinschaftsrecht gewährleistete Schutz für die Frau während der Schwangerschaft und nach der Entbindung nicht von der Frage abhängen, ob die Anwesenheit der Betroffenen in dem ihrer Mutterschaft entsprechenden Zeitraum für das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens, in dem sie beschäftigt ist, unerlässlich ist. Die gegenteilige Auslegung nähme den Bestimmungen der Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit.“

Im Falle Mahlburg verhielt es sich im Übrigen so, dass die dortige Klägerin für die angestrebte Position einer OP-Schwesternstelle wegen ihrer Schwangerschaft und aufgrund eines mit diesem Zustand zusammenhängenden gesetzlichen Beschäftigungsverbots (Verbot nach §§ 3-5 MuSchG, werdende Mütter in Bereichen, in denen sie schädlichen Einwirkungen von gesundheitsgefährdenden Stoffen ausgesetzt sind, zu beschäftigen [vgl. Rn. 13]), die für die angestrebte Stelle vorgesehenen Tätigkeiten von Anfang an nicht ausüben konnte (vgl. Rn. 2). Der EuGH stellt ausdrücklich fest:

„... (ist es) einem Arbeitgeber nicht erlaubt, die Einstellung einer schwangeren Bewerberin deshalb abzulehnen, weil er diese aufgrund eines aus der Schwangerschaft folgenden Beschäftigungsverbots auf dem auf unbestimmte Zeit zu besetzenden Arbeitsplatz nicht von Anfang an und für die Dauer ihrer Schwangerschaft beschäftigen darf“ (vgl. Rs. Mahlburg, a. a. O., Rn. 27).

Hieran gemessen erweist es sich im vorliegenden Fall nicht als entscheidungserheblich, dass die Klägerin bei vorzeitiger Beendigung ihres Erziehungsurlaubs nicht – und sei es auch nur für kurze Zeit – an ihren

Arbeitsplatz zurückkehren konnte und dies auch wusste.

Eine andere Rechtsauffassung ergibt sich auch nicht aufgrund von nationalen Vorschriften, insbesondere nicht aus der Mitteilungspflicht der Klägerin gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 MuSchG. Auch insoweit hat der Europäische Gerichtshof bereits in der Rechtssache Mahlburg (a. a. O.) ausgeführt, dass die Ausübung der Rechte, die Frauen nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 3 der RL 76/207 (a. F.: „diese Richtlinie steht nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft entgegen“) gewährt werden, nicht zum Nachteil beim Zugang zur Beschäftigung und bei den Arbeitsbedingungen führen darf und dass die Richtlinie insofern auf eine inhaltliche, nicht formelle Gleichheit abzielt (Rn. 26). Die Anwendung der Vorschriften zum Schutz der werdenden Mutter dürfe für diese keine Nachteile beim Zugang zur Beschäftigung mit sich bringen (Rn. 27). Die in § 5 Abs. 1 MuSchG normierte Soll-Vorschrift über die Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber darf der Arbeitnehmerin bzw. Beamtin mit hin nicht zum Nachteil gereichen. Im Übrigen muss das nationale Gericht nationale Vorschriften ggf. außer Anwendung lassen, um die volle Wirksamkeit der RL 76/207 EWG (bzw. der Nachfolgerichtlinie 2002/73/EG) sicherzustellen (vgl. EuGH, Rs. Busch, a.a.O., Rn. 49).

Nach alledem folgt aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht mit einem vorübergehenden Beschäftigungsverbot aufgrund von Schwangerschaft der Arbeitnehmerin gerechtfertigt werden kann (vgl. EuGH, Rs. Busch, a. a. O., Rn. 41, 43; Rs. Mahlburg, a. a. O., Rn. 21, 24, 25).

Auch hat der Europäische Gerichtshof mehrfach entschieden, dass eine geschlechtsspezifische Diskriminierung nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden kann, den der Arbeitgeber bei Abkür-

zung der Elternzeit einer Schwangeren bzw. bei Einstellung oder Weiterbeschäftigung einer Schwangeren erleiden würde (vgl. etwa Rs. Busch, a. a. O., Rn. 44 m. w. N.). Gleichmaßen wird in der Rechtssache Busch (a. a. O., Rn. 46) festgestellt:

„Dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens mit dem Antrag auf ihre Rückkehr die Absicht verfolgte, das Mutterschaftsgeld, das höher als das Erziehungsgeld ist, und den vom Arbeitgeber zu zahlenden Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu erhalten, kann eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hinsichtlich der Arbeitsbedingungen nicht rechtfertigen.“

Der Europäische Gerichtshof hat damit dem vom Arbeitgeber monierten Motiv der dortigen Klägerin (vgl. Rn. 22) und dem Vortrag der deutschen Regierung, die Klägerin habe obwohl ihr bewusst gewesen sei, dass sie aufgrund der Maßnahmen zum Schutz der werdenden Mutter einen Großteil ihrer Aufgaben nicht werden verrichten dürfen, den Vorteil des Arbeitgeberzuschusses zum Mutterschaftsgeld begehrt, ein solches Verhalten sei nicht mit den Loyalitätspflichten innerhalb eines Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren und komme einem Rechtsmissbrauch sehr nahe (Rn. 33), eine Absage erteilt. Auf die finanziellen Motive der Klägerin kommt es hiernach nicht entscheidungserheblich an.

Die angefochtenen Bescheide finden auch in einem der anderen in § 1 Abs. 1 Satz 1 VwVfG LSA i. V. m. § 49 Abs. 2 VwVfG genannten Widerrufsgünde keine Rechtsgrundlage. Insbesondere stellt das Ersuchen an die Klägerin im Bescheid vom 27. Juni 2008:

„Nehmen Sie Ihren Dienst bitte am 01.07.2008 im Polizeirevier C-Stadt/RKD wieder auf. Ihre wöchentliche Arbeitszeit beträgt 40 Stunden“, keine mit der Zustimmung zur Verkürzung der Elternzeit verbundene Auflage i. S. d. § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG dar, der die Klägerin infolge des ärztlichen Beschäftigungsverbots nicht (fristgemäß) nachgekommen ist. Der in § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG verwendete Begriff der Auflage entspricht der Legaldefinition in § 36 Abs. 2 Satz 4 VwVfG. Auflage ist danach eine zusätzliche, mit einem Verwaltungsakt verbundene, selbständig erzwingbare hoheitliche Anordnung (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Aufl., § 49 Rn. 38 a; § 36 Rn. 29). Eine derartige Rechtsverbindlichkeit ist dem schlichten Hinweis der Beklagten nicht beizumessen. Es handelt sich um keine vollstreckbare Aufsichtsmaßnahme der Beklagten, sondern um einen Verweis auf die sich aus den Dienstpflichten der Klägerin (vgl. §§ 73 Abs. 1 Satz 1, 72 Abs. 6 BG LSA in der damals geltenden Fassung i. V. m. § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbZVO Pol) ergebenden Auswirkungen der Verkürzung der Elternzeit.