

Lösungsskizze Fall 7 (Schwanger im Labor)

Problemkreise: gesetzliches Verbot, Form, Anfechtung (arglistige Täuschung, Eigenschaftsirrthum); zivilrechtliche Diskriminierungsverbote

Frage 1: Arbeitsverhältnis der A

Besteht wirksames AV zwischen A und X?

1. Abschluss eines wirksamen Arbeitsvertrages gem. § 611 BGB ?

Der Arbeitsvertragsschluss ist nicht spezialgesetzlich geregelt.¹ Er richtet sich daher nach den allgemeinen Vorschriften des BGB.

Stellenanzeige = *invitatio ad offerendum*, Ausfüllen des Bewerbungsbogens möglicherweise ebenso, kann aber dahinstehen, da jedenfalls in der „Einstellung“ zum 1.3. die erforderliche Willenseinigung mit dem Inhalt des § 611 liegt, daher (+)

2. Formunwirksamkeit nach § 125 BGB

- wegen Verstoßes gegen § 2 Nachweisgesetz? Nein, da Nichtigkeit des ArbeitsV dem durch das NachwG intendierten Schutz des AN zuwiderliefe.²

- wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 4 TzBfG? Nein, weil Folge nur die Unwirksamkeit der Befristung ist (vgl. Wortlaut).

3. AV gem. § 134 BGB iVm. § 4 I MuSchG nichtig ?

Dann müsste § 4 I MuSchG ein Verbotsgesetz iSv § 134 BGB sein.

Def.: = Vorschriften, die ein nach unserer Rechtsordnung grundsätzlich zulässiges Rechtsgeschäft wg. seines Inhalts oder der Umstände seines Zustandekommens untersagen, wobei sich das Verbot gerade gegen die Vornahme des RGeschäfts richten muß.³

- früher⁴: (+)

- seit EuGH, U.v. 5.5.1994⁵: eine derartige Auslegung des § 4 I MuSchG läuft der „Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen“ (Richtlinie 76/207/EWG) zuwider.⁶ Die Ungleichbehandlung der Frauen hinsichtlich der Bestandskraft ihres Arbeitsvertrages ist kein zwingendes Resultat aus dem Bestehen einer Schwangerschaft. Denn die Schwangerschaft ist nur vorübergehender Natur, daher wirkt auch das Beschäftigungsverbot nur vorübergehend.⁷

¹ Vgl. dazu Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2007, Rn. 149-189. Der von den Kölner Professoren Henssler und Preis vorgelegte Entwurf eines "Arbeitsvertragsgesetzes" (ArbVG) sieht einige Sonderregeln vor, welche die nachfolgend erörterten Probleme (z.B. Anfechtung, Fragerecht etc.) ausdrücklich regeln sollen, vgl. §§ 11-21 ArbVG (abgedruckt als Sonderbeilage zu Heft 21/2007 der NZA). Im Übrigen bleibt es aber auch danach bei den Regeln des BGB, vgl. § 1 I 2 ArbVG.

² Brox/Rüthers/Henssler (Fn. 1), Rn. 155.

³ Palandt/Heinrichs, § 134 Rn 1.

⁴ Etwa BAG v. 27.11.1956 AP Nr. 2 zu § 4 MuSchG; BAG v. 8.9.1988 AP Nr.1 zu § 8 MuSchG

⁵ EuGH NJW 1994, 2077; EuGH NJW 2000, 1019 („Mahlburg“).

⁶ Hinweis: Diese Richtlinie wird mit Wirkung zum 15.8.2009 durch die Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen ersetzt.

⁷ Zur Frage, ob das auch bei Befristung gilt, s. unten bei Fn. 20 und 21.

"Unter diesen Voraussetzungen würde es dem [...] verfolgten Schutzzweck zuwiderlaufen und dieser Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit nehmen, wenn man es zuließe, daß der Vertrag wegen der zeitweiligen Verhinderung der schwangeren Arbeitnehmerin, die Arbeit zu verrichten, für die sie eingestellt wurde, für nichtig erklärt oder angefochten werden könnte."

4. Wirksame Anfechtung des AV?

a) **Anwendbarkeit** der Anfechtungsregeln?

- auf den AV findet grundsätzlich die allgemeine Rechtsgeschäftslehre und damit auch das Anfechtungsrecht Anwendung⁸
- aber: Ist das Arbeitsverhältnis bereits **in Vollzug gesetzt** worden, dann tritt an die Stelle der rückwirkenden Nichtigkeit die kündigungsähnliche Auflösung *ex-nunc*.⁹ Für die Vergangenheit wird das Arbeitsverhältnis wegen der Schwierigkeiten einer Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB als wirksam erachtet (**sog. Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis**).¹⁰

Zwischenergebnis: Die Anfechtungsmöglichkeit ist grundsätzlich gegeben (+)

b) **Anfechtungserklärung** (+)

- Wort "Anfechtung" nicht erforderlich; es muss lediglich der Wille deutlich werden, die Willenserklärung wegen Irrtums oder Täuschung nicht gelten lassen zu wollen.
- Form: § 623 BGB gilt nicht.¹¹

c) **Anfechtungsgrund**

(1) § 119 II BGB (verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person)¹²:

(-), da die Schwangerschaft nur vorübergehender Natur und daher mangels Dauerhaftigkeit keine Eigenschaft ist.¹³

(2) **§ 123 BGB:**

(aa) „Täuschung“ (Hervorrufen eines Irrtums) (+)

(bb) „Arglist“ (iF eines zumindest bedingt vorsätzlichen Willens zur Täuschung): hier (+), da A bei dem Gespräch wusste, daß sie schwanger war.

(cc) Kausalität ("durch") für WE (+)

(dd) Widerrechtlichkeit:¹⁴

Die Täuschung ist in der Regel rechtswidrig. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Frage unzulässig war. Dann besteht ein notwehrähnliches Recht zur Lüge.

Allgemein gilt, dass nur solche Fragen zulässig sind, an deren Beantwortung der AG ein *berechtigtes Interesse* hat.¹⁵

⁸ BAG v. 5.10.1995 AP Nr.140 zu § 123 BGB; BAGE 41, 54 = NJW 1984, 446 = AP Nr. 24 zu § 123 BGB = BELLING / LUCKEY, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, Nr. 8.

⁹ BAGE 41, 54 = NJW 1984, 446 = AP Nr. 24 zu § 123 BGB = BELLING / LUCKEY Nr. 8.

¹⁰ BAGE 5, 58 = AP Nr. 2 zu § 125 BGB = BELLING / LUCKEY Nr. 7. Vertiefung: Entsprechendes gilt beim fehlerhaften Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, sog. **Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft**, s. dazu BGHZ 55, 5, 8: „Es würde zu unerträglichen Ergebnissen führen und mit dem recht verstandenen Zweck jener Vorschriften nicht mehr vereinbar sein, eine derart auf Dauer angelegte und tatsächlich vollzogene Leistungsgemeinschaft, für die die Beteiligten Beiträge erbracht und Werte geschaffen, die Gewinnchancen genutzt und vor allem gemeinschaftlich das Risiko getragen haben, ohne weiteres mit rückwirkender Kraft aus dem Rechtsleben zu streichen und damit so zu behandeln, als ob sie niemals bestanden hätte.“

¹¹ § 19 I ArbVG sieht dagegen Schriftform vor.

¹² Nach § 19 II ArbVG soll dieser Anfechtungsgrund beim Arbeitsvertrag ganz ausgeschlossen sein.

¹³ BAG v.8.9.1988 AP Nr.1 zu § 8 MuSchG; Palandt/Heinrichs, § 119 Rn. 26.

¹⁴ Bei der Täuschung ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Palandt/Heinrichs, § 123 Rn 10.

Für die Frage nach einer Schwangerschaft gilt dazu folgendes:

Ursprünglich hat das BAG die Frage für zulässig gehalten, da die Schwangerschaft eine Belastung des AG im betrieblichen Arbeitsablauf und in finanzieller Hinsicht darstellt.¹⁶ Später hat das BAG die Frage nur für zulässig gehalten, wenn sich allein Frauen beworben haben, da dann keine geschlechtsspezifische Benachteiligung vorliege.¹⁷ Zuletzt wurde die Frage nur dann noch als zulässig betrachtet, wenn die schwangere Bewerberin für die angestrebte Arbeit *objektiv nicht geeignet* sei.¹⁸ Das komme bei unbefristeten Verträgen grundsätzlich nicht in Betracht, da Schwangerschaft nur ein vorübergehender Zustand sei.¹⁹ Bei befristeten Verträgen ist objektive Ungeeignetheit dagegen in folgenden Fällen denkbar:

- Schwangere kann wegen sogleich einsetzenden Mutterschutzfristen gar nicht beschäftigt werden (Bsp: Frau im 7. Monat, Vertrag über 3 Monate);²⁰
- Schwangere ist nach der Zweckbestimmung der Beschäftigung objektiv nicht geeignet (Tänzerin, Model);
- Schwangere unterliegt für die Dauer der Beschäftigung einem Beschäftigungsverbot.²¹

Heute: Subsumtion unter § 7 I, 1 Hs. AGG:

- A = "Beschäftigte" (vgl. § 6 I 2 AGG)
- "Benachteiligung" wegen des Geschlechts (+), vgl. §§ 1, 3 I 2 AGG
- Zulässigkeit gem. § 8 AGG wegen "wesentlicher und entscheidender beruflicher Anforderungen"? Ein Beschäftigungsverbot (hier: § 4 MuSchG) kann danach ein Grund zur Rechtfertigung einer an sich diskriminierenden Frage sein.²² Jedoch wird man mit der bisherigen Rechtsprechung danach differenzieren müssen, ob das Arbeitsverhältnis auf den wesentlichen Teil der Beschäftigungsverbotszeit befristet oder unbefristet war. Hier eigentlich Befristung, diese jedoch unwirksam gem. § 14 IV TzBfG i.V.m. § 16 TzBfG. Daher Frage wohl unzulässig.²³

Zwischenergebnis: § 123 BGB (-)

Ergebnis: der Arbeitsvertrag zwischen A und B ist durch die Erklärung der Anfechtung nicht mit ex-nunc-Wirkung beseitigt worden.

5. Kündigung des AV gem. § 626 BGB?

a) Anfechtungserklärung kann in Kündigungserklärung umgedeutet werden.²⁴ Diese ist jedoch formnichtig gem. §§ 125, 623 BGB.

b) Jedenfalls scheitert die Kündigung an **§ 9 MuSchG** (Kündigungsverbot)

6. Anspruch auf Vertragsaufhebung aus §§ 280 I, 241 II, 311 II, 249 BGB?

¹⁵ So ausdrücklich § 12 ArbVG.

¹⁶ Vgl. BAGE 11, 270 = NJW 1962, 74 f. = AP Nr. 15 zu § 123 BGB mit Anm. Larenz.

¹⁷ BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB.

¹⁸ BAG AP Nr. 8 zu § 611a BGB = NZA 1993, 257 = BELLING / LUCKEY Nr. 2.

¹⁹ Vgl. EuGH NJW 2000, 1019 „Mahlburg“; ebenso BAG NZA 2003, 848.

²⁰ BAG AP Nr. 8 zu § 611a BGB.

²¹ Vgl. BAG NZA 1993, 933; nach dem EuGH soll das zu verneinen sein, wenn die Schwangere befristet für 6 Monate eingestellt wird und davon 4 Monate wegen Beschäftigungsverbots nicht arbeiten kann, EuGH NJW 2002, 123. Im deutschen Schrifttum wird das kritisiert, vgl. etwa Herrmann SAE 2003, 125; drastisch Brox/Rüthers/Henssler (Fn. 1), Rn. 169: „Der EuGH wird mittelbar zum Anstifter für Eingehungsbetrug“.

²² Vgl. Palandt/Weidenkaff, AGG, § 8 Rn. 2.

²³ Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ArbVG soll die Frage nach der Schwangerschaft generell unzulässig sein.

²⁴ BGH NJW 1975, 1700.

a) Anwendbarkeit der c.i.c. neben § 123 BGB zu bejahen.²⁵

b) Voraussetzungen:

- Vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB (+)
- Pflichtverletzung: Aus den zu 4.c. genannten Gründen ("Recht zur Lüge") zu verneinen.

Frage 2: Arbeitsverhältnis der B

Bestehen eines AV zwischen B und X?

1. Abschluss eines wirksamen AV: (+)

2. Nichtig gem. § 142 BGB aufgrund wirksamer Anfechtung?

a) anwendbar (+)

b) Anfechtungsgrund: **§ 119 II BGB ?**

Behinderung = verkehrswesentliche Eigenschaft ?

- Behinderung ist nicht nur vorübergehender Natur und daher grundsätzlich verkehrswesentliche Eigenschaft.²⁶ Jedoch kommt es auf die Tauglichkeit für das konkrete Rechtsgeschäft, hier also die konkrete Beschäftigung an.²⁷ Danach nur dann zu bejahen, wenn sich die Behinderung auf die Eignung der Person für die Arbeit auswirkt.²⁸ Das ist hier laut Sachverhalt nicht der Fall: (-)

Zwischenergebnis: Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages gem. § 119 II BGB (-)

c) Anfechtungsgrund **§ 123 BGB?**

(1) Täuschung durch Hervorrufen eines Irrtums? (+)

(2) Arglist = Vorsatz (+)

(3) Kausalität für die Abgabe der WE ? (+)

(4) Widerrechtlichkeit ?

Nur dann, wenn Frage des AG zulässig war

hier: Frage nach der **Parteizugehörigkeit**

- Möglicherweise unzulässig gem. § 7 I iVm § 1 AGG ("Weltanschauung"). Weltanschauung muss aber "über eine ähnliche Geschlossenheit verfügen wie ein religiöses Bekenntnis" (arg.: Wortlaut "oder").²⁹ Bei bloßer Parteiangehörigkeit zu verneinen.

- Aber: Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre des AN (Art. 2 I, 5 GG); da kein berechtigtes betriebliches Interesse des AG an der Frage besteht, ist die Lüge des AN nicht widerrechtlich:³⁰ (-)

hier: Frage des AG nach der **Schwerbehinderteneigenschaft**

- Früher hat das BAG die Frage auf Grund der rechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite und der betrieblichen Auswirkungen der Einstellung als berechtigt anerkannt; es bestehe keine Parallele zur Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft, weil das Diskriminierungsverbot in § 611a BGB a.F. nur auf das Geschlecht bezogen war.³¹

²⁵ Vgl. BGH NJW 1998, 301 und dazu schon **Fall 6** (Massandra).

²⁶ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 119 Rn. 26 (Krankheit und Leiden).

²⁷ Palandt/Heinrichs, aaO, Rn. 25.

²⁸ Vgl. BAG U.v.21.2.1981 AP Nr.35 zu § 123 BGB.

²⁹ Palandt/Heinrichs, AGG, § 1 Rn. 5.

³⁰ Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ArbVG soll die Frage nach der Parteizugehörigkeit generell unzulässig sein.

³¹ Vgl. zuletzt noch BAGE 96, 123 = NJW 2001, 1885.

- Diese Argumentation des BAG ist mit der Einführung eines Diskriminierungsverbots zugunsten behinderter Menschen (§ 81 II SGB IX) überholt worden.³² Dieses verweist auf das AGG, statuiert somit für Schwerbehinderte umfassenden Diskriminierungsschutz.³³ Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft ist daher unzulässig, wenn die Nichtbehinderung nicht gem. § 8 AGG von wesentlicher Bedeutung ist. Das ist hier nicht der Fall, so dass die Frage des X unzulässig war und daher falsch beantwortet werden durfte.

Ergebnis: Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages gem. § 123 BGB (-).

3. Kündigung

- a) Kündigungserklärung (+), aber nicht schriftlich, daher (-)
 b) Im Übrigen: Kein wichtiger Grund, da wahrheitswidrige Antwort zulässig war (s.o.). Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX) ist dagegen erst nach 6-monatiger Beschäftigung erforderlich (vgl. § 90 I Nr. 1 SGB IX). Umdeutung in ordentliche Kündigung ist möglich, diese ist wegen unwirksamer Befristung auch nicht ausgeschlossen (vgl. § 16 Satz 2 TzBfG). Jedoch ist die Kündigungsfrist (4 Wochen) noch nicht abgelaufen. Auch könnte Kündigung als Sanktion für (zulässige) Falschbeantwortung hier gegen § 242 BGB oder § 612a BGB verstoßen.

Frage 3: Ansprüche des C

Anspruch des C auf Schadensersatz

gem. § 15 I AGG?

Dann, wenn C auf Grund seines Geschlechts von X diskriminiert worden ist.

1. Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, §§ 1, 7, 11 AGG?

- a. Grundsätzlich: Gemäß § 22 AGG begründen Indizien für Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes die *Vermutung* eines Verstoßes iSd § 7 AGG. Hier derartige Indizien in Form der Ausschreibung (sog. unmittelbaren Benachteiligung, § 3 I 1 AGG) (+)
- b. Aber: Nach BAG und h. Lit.³⁴ setzt „Benachteiligung“ eines Bewerbers voraus, dass
- eine subjektiv ernsthafte Bewerbung vorliegt (+)
 - der Bewerber objektiv geeignet ist (zumindest kein Rechtsmissbrauch); er muss aber nicht der beste sein. (+)

2. Unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt nach § 8 AGG

(-), da kein Grund wegen der "Art der Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung", aus dem heraus dem Beruf nicht von beiden Geschlechtern nachgekommen werden kann, ersichtlich ist. (+)

3. Verschulden, § 15 I 2 AGG: Fahrlässigkeit (+)

4. Ausschlussfrist, § 15 IV: 2 Monate, hier: eingehalten

³² Bachmann, ZfA 2003, 43, 66.

³³ Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht (2007), Rn. 153.

³⁴ BAG SAE 2000, 60; MüKo/Thüsing, AGG, § 15 Rn. 17.

5. Rechtsfolge:

a) Anspruch auf Ersatz von Vermögensschäden (§ 15 I): hier keine ersichtlich, da C die Stelle mangels Qualifikation nicht erhalten hätte und auch sonst kein entgangener Verdienst oder vergebliche Bewerbungskosten dargetan.

b) angemessene Entschädigung wegen immaterieller Schäden, § 15 II AGG?

Angemessenheit hängt von Schwere des Verstoßes etc. ab. Hier eher geringer Verstoß. Die Begrenzung der Entschädigung auf drei Monatsgehälter, wenn der Bewerber auch bei diskriminierungsfreiem Verfahren den Arbeitsplatz nicht erhalten hätte (§ 15 II 2), stellt nur eine *Obergrenze*, aber keine *Untergrenze* dar.³⁵ Daher dürfte die Entschädigung geringer zu bemessen sein.

Ergebnis: Der Anspruch des C ist - begrenzt auf maximal drei Monatsgehälter - gegeben.

³⁵ Palandt/Weidenkaff, AGG, § 15 Rn. 6.