Lösungsskizze Fall 6 (Schwanger im Labor)

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

Frage 1: Arbeitsverhältnis der A

Besteht wirksames AV zwischen A und X?

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

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

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 iVm § 2 NachwG

(-), da Nichtigkeit des ArbeitsV dem durch das NachwG intendierten Schutz des AN zuwiderliefe.²

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 RO grundsätzlich zulässiges RGeschäft 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. 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.⁶

"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 (Nachtarbeit) zu verrichten, für die sie eingestellt wurde, für nichtig erklärt oder angefochten werden könnte."

(-)

¹ Anschaulich dazu Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Aufl. 2007, Rn. 149-189. Der von Henssler und Preis vorgelegte Diskussionsentwurf eines "Arbeitsvertragsgesetzes" (DiskE-AVG) sieht dagegen spezielle Regeln vor, welche die nachfolgend erörterten Besonderheiten (z.B. Anfechtung, Fragerecht etc.) ausdrücklich regeln sollen, vgl. §§ 11-21 DiskE-AVG (abgedruckt als Sonderbeilage zu Heft 23/2006 der NZA). Ob der Gesetzgeber den Vorschlag aufgreift, ist zweifelhaft.

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 Zur Frage, ob das auch bei Befristung gilt, s. unten bei Fn. 18 und 19.

4. Wirksame Anfechtung des AV?

a) Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln?

- auf den AV findet grundsätzlich die allgemeine Rechtsgeschäftslehre Anwendung⁷
- aber die allgemeinen Regeln sind vielfältig modifiziert: Dauerschuldverhältnisse sind nur schwer rückabwickelbar (das Bereicherungsrecht ist auf punktuelle Austauschverträge zugeschnitten). Daher sollen Willensmängel keine Wirkung für die Vergangenheit haben, sofern der Vertrag faktisch durchgeführt („In-Funktion.gesetzt“) wurde. (**sog. fehlerhaftes Arbeitsverhältnis**).⁸ Konkret hat die Anfechtung daher nicht ex-tunc-Wirkung gem. § 142 BGB, sondern wirkt nur ex nunc.⁹

Vertiefung: Da die Anfechtung in der Wirkung einer Kündigung ähnelt, wird diskutiert, ob nicht die Kündigungsschutzregeln analoge Anwendung auf die Anfechtung finden. So könnte entsprechend §§ 13 III KSchG, 9 I MuSchG die Kündigung im vorliegenden Fall unwirksam sein.

Nach h.M. aber abzulehnen, denn Anfechtung und Kündigung sind wesensverschieden:

- die Kündigung reagiert auf eine Störung im Austauschverhältnis,
- die Anfechtung reagiert auf eine Störung in der Willensgrundlage.

Bei Ausschluss der Anfechtung oder ihrer Bindung an die Kündigungsregeln würde der Willensmangel keine angemessene Berücksichtigung finden; der Bestandsschutz soll aber nur bei fehlerfreier Willensgrundlage greifen.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.

c) Anfechtungsgrund

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

(-), da die Schwangerschaft nur vorübergehender Natur und daher mangels Dauerhaftigkeit keine Eigenschaft ist.¹¹

(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:¹²

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.¹³

Für die Frage nach einer Schwangerschaft gilt dazu folgendes:

⁷ BAG v. 5.10.1995 AP Nr. 140 zu § 123 BGB.

⁸ BAGE 5, 58 = AP Nr. 2 zu § 125 BGB = BELLING / LUCKEY Nr. 7.

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

¹⁰ Staudinger/Richardi, § 611 Rn 152 ff; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn. 1321.

¹¹ BAG v. 8.9.1988 AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG; Palandt/Heinrichs, § 119 Rn. 26.

¹² Bei der Täuschung ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Palandt/Heinrichs, § 123 Rn 10.

¹³ So jetzt ausdrücklich § 12 DiskE-AVG (Fn. 1).

Ursprünglich hat das BAG die Frage für zulässig gehalten, da die Schwangerschaft eine Belastung des AG im betrieblichen Arbeitsablauf und in finanzieller Hinsicht darstellt. Der Arbeitgeber müsse aber 'in dezenter Art und Weise' fragen.¹⁴ Später hat das BAG die Frage als geschlechtsbezogene und damit verbotene Diskriminierung iSv § 611a BGB a.F. angesehen. Die Frage sei aber dann zulässig, wenn sich nur Frauen bewerben, da dann keine geschlechtsspezifische Benachteiligung vorliege.¹⁵ Zuletzt wurde die Frage nur dann noch als zulässig betrachtet, wenn die schwangere Bewerberin für die angestrebte Arbeit *objektiv nicht geeignet* sei.¹⁶ Das komme bei unbefristeten Verträgen grundsätzlich nicht in Betracht, da Schwangerschaft nur ein vorübergehender Zustand sei.¹⁷ 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);¹⁸
- Schwangere ist nach der Zweckbestimmung der Beschäftigung objektiv nicht geeignet (Tänzerin, Model);
- Schwangere unterliegt für die Dauer der Beschäftigung einem Beschäftigungsverbot.¹⁹

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 geschlechtsspezifisches Beschäftigungsverbot

(hier: § 4 MuSchG) kann danach ein Grund zur Rechtfertigung einer an sich diskriminierenden Frage sein.²⁰ 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. § 125 BGB iVm 14 IV TzBfG. Daher Frage wohl unzulässig.

Zwischenergebnis: § 123 BGB (-)

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

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 ?

¹⁴ Vgl. BAG 11, 270 = AP Nr. 15 zu § 123 BGB mit Anm. Larenz.

¹⁵ BAG AP Nr. 31 zu § 123 BGB.

¹⁶ BAG AP Nr. 8 zu § 611a BGB = NZA 1993, 257 = BELLING / LUCKEY Nr. 2.

¹⁷ Vgl. EuGH NJW 2000, 1019 „Mahlburg“; ebenso BAG NZA 2003, 848.

¹⁸ BAG AP Nr. 8 zu § 611a BGB.

¹⁹ 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“.

²⁰ Vgl. Palandt/Weidenkaff, AGG, § 8 Rn. 2.

- Behinderung ist nicht nur vorübergehender Natur und daher grundsätzlich verkehrswesentliche Eigenschaft.²¹ Jedoch kommt es auf die Tauglichkeit für das konkrete Rechtsgeschäft, hier also die konkrete Beschäftigung an.²² Danach nur dann zu bejahen, wenn sich die Behinderung auf die Eignung der Person für die Arbeit auswirkt.²³ 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").²⁴ 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 (-)

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 spezialgesetzliche Diskriminierungsverbot in § 611a BGB a.F. nur auf das Geschlecht bezogen war.²⁵

- Diese Argumentation des BAG ist mit der Einführung eines Diskriminierungsverbots in § 81 II SGB IX überholt worden.²⁶ Dieses verweist nun pauschal auf das AGG, statuiert somit gleichermaßen für Schwerbehinderte umfassenden Diskriminierungsschutz.²⁷ 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 (-).

Frage 3: Ansprüche des C

Anspruch des C auf Schadensersatz

gem. § 15 I AGG?

²¹ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 119 Rn. 26 (Krankheit und Leiden).

²² Palandt/Heinrichs, aaO, Rn. 25.

²³ Vgl. BAG U.v.21.2.1981 AP Nr.35 zu § 123 BGB.

²⁴ Palandt/Heinrichs, AGG, § 1 Rn. 5.

²⁵ Vgl. zuletzt noch BAGE 96, 123 = NJW 2001, 1885.

²⁶ Vgl. Bachmann, ZfA 2003, 43, 66.

²⁷ Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht (2007), Rn. 153.

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.²⁸ 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

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 iVm § 253 I BGB?

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.²⁹ Daher dürfte die Entschädigung geringer zu bemessen sein.

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

²⁸ BAG SAE 2000, 60; MüKo/Thüsing, AGG, § 15 Rn. 17.

²⁹ Palandt/Weidenkaff, AGG, § 15 Rn. 6.