

Schwangerschaft vor Einstellung einer Arzthelferin [Urteilsanmerkung]

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1993. "Schwangerschaft vor Einstellung einer Arzthelferin [Urteilsanmerkung]." *Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (EzA)*, no. § 123 BGB Nr. 39 (254, 1993): 9–15.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Anmerkung

Der Entscheidung ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen. Auch gegen die Begründung läßt sich nichts einwenden, wenn man das Dilemma berücksichtigt, in dem das BAG bereits aufgrund seiner eigenen Rechtsprechung, insbesondere aber im Hinblick auf die Vorgaben des EuGH steckt. Das BAG hat versucht, das Beste aus der Situation herauszuholen. Deutlicher denn je zeigt sich aber, daß mit der alleinigen Ausrichtung der Rechtsprechung an den mittlerweile überstrapazierten Gleichbehandlungsgrundsatz die rechtlichen Grundstrukturen außer acht gelassen und befriedigende Lösungen nicht mehr zu gewinnen sind. Auf folgendes sei hier kurz hingewiesen:

1. Die Bewältigung der mutterschaftsbedingten Belastung der Frauen läßt sich nicht allein mittels des Gleichbehandlungsgrundsatzes lösen. Sozialpolitische Entscheidungen der Rechtsgemeinschaft sind hier gefordert. Ein maßgeblicher Teil der Problematik wurde dabei schon vor Jahrzehnten durch gesetzgeberische Maßnahmen gelöst und immer wieder behandelt, nämlich der Schutz der Arbeitnehmerinnen im Arbeitsverhältnis. Die Mutterschutzgesetze verschiedener Fassungen sehen hier seit vielen Jahrzehnten spezielle Arbeitsschutznormen für die Beschäftigung bis hin zu Beschäftigungsverboten, arbeits- und sozialrechtliche Lohnersatzleistungen sowie den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses vor, neuerdings für längere Zeiten nachwirkend auch Freistellungsansprüche zu Erziehungszwecken. Zugrunde liegen diesen Regelungen bewußte sozialpolitische Entscheidungen des Gesetzgebers, der damit insbesondere dem Verfassungsauftrag aus Art. 6 Abs. 4 GG — „Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft“ — nachkommt. Es ging bei der Schaffung der mutterschutzgesetzlichen Regelungen nicht primär um die Gleichstellung der Frau im Verhältnis zum Mann, wenngleich unzweifelhaft mit den im Mutterschutzgesetz vorgesehenen Beschäftigungsbeschränkungen, Kündigungsverboten und arbeits- bzw. sozialversicherungsrechtlichen Leistungen die aus der Mutterschaft folgenden Nachteile vermieden bzw. ausgeglichen werden sollen, die gemäß der heute üblich gewordenen Formel nur Frauen, nicht auch Männer treffen können. Insoweit bedeutet das Mutterschutzrecht natürlich ein Stück Nachteilsausgleich und bewirkt damit die Gleichstellung der Frauen, d. h. die Herstellung gleicher Bedingungen für Männer und Frauen im Arbeitsleben.

Diese Wirkung des Mutterschutzrechtes war allerdings bislang klar limitiert. Der Schutz beschränkte sich auf Arbeitnehmerinnen, d. h. bereits im Arbeitsverhältnis stehende Frauen. Das geltende Mutterschutzrecht enthält keine Regelungen für Frauen, die erst in

das Arbeitsverhältnis eintreten wollen. Hierüber bestand Konsens, wobei die Problematik nicht verkannt worden war, daß Frauen bei bestehender Schwangerschaft bei der Arbeitsplatzsuche Nachteile erwachsen. Der Gesetzgeber sah sich aber aus gutem Grunde nicht als befugt, deren Kompensation ohne weiteres den Unternehmen aufzuerlegen. Die Rechtfertigung für die Belastung der Arbeitgeber mit mutterschutzrechtlichen Beschränkungen und Leistungen liegt in dem bestehenden Arbeitsverhältnis, dem ja — siehe etwa nur die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall — nicht nur im Falle der Mutterschaft, aber eben gerade auch hier eine gewisse Fürsorge für die Arbeitnehmerinnen immanent ist. Dabei ist immer wieder, insbesondere im Rahmen des § 14 MuSchG, die Frage gestellt worden, wieweit den Arbeitgebern angesichts der Schutzpflicht der „Gemeinschaft“ (Art. 6 Abs. 4 GG) die Lasten der Mutterschaft überhaupt aufgebürdet werden können, ob sie nicht in größerem Umfang als nach den geltenden mutterschutzrechtlichen Vorschriften von der Gemeinschaft zu übernehmen sind (zur verfassungsrechtlichen Problematik siehe BVerfG vom 23. 4. 1974, BVerfGE 37, S. 121; Bula/Buchner, MuSchG, § 14 Anm. 7 ff.).

Der Ausgleich mutterschaftsbedingter Belastungen noch nicht im Arbeitsverhältnis stehender Frauen ist zweifellos nicht Aufgabe der Unternehmen. Darum geht es aber letztlich, wenn eine Einstellungsverpflichtung zugunsten schwangerer Arbeitnehmerinnen begründet wird.

Die Gleichstellung der Frauen im Verhältnis zur Stellung der Männer erfolgt nicht dadurch, daß ihnen das gewährt wird, was den Männern geleistet wird, sondern daß den Arbeitgebern die sozialpolitische Verantwortung für völlig außerhalb des Arbeitsverhältnisses begründete Belastungen der Frauen aufgebürdet wird. Die für den Schutz und die Fürsorge zugunsten der Mütter verfassungsrechtlich berufene „Gemeinschaft“ hat es sich mehr als einfach gemacht, wenn sie es als Diskriminierung ausweist, daß der Arbeitgeber die aus der Mutterschaft folgenden Lasten für noch nicht in Arbeitsverhältnissen stehende Frauen nicht zu übernehmen bereit ist.

Die Merkwürdigkeit der rechtlichen Entwicklung sollte angesichts der wohlklingenden Formeln der Rechtsprechung zum Gleichheitssatz Männer/Frauen nicht völlig in Vergessenheit geraten:

a) Zunächst wurde — schon nicht ganz unproblematisch — der Arbeitgeber mit weitgehenden Beschränkungen und Leistungspflichten konfrontiert, mittels derer die im Arbeitsverhältnis stehenden Frauen unter entsprechender Entlastung der Gemeinschaft im Falle der Mutterschaft sichergestellt werden; dies ließ sich mit der weitgespannten sozialen Verantwortung des Arbeitgebers gera-

de noch begründen. Zumindest traf der Gesetzgeber insoweit eine klare sozialpolitische Entscheidung. Unstrittig war dabei, daß eine entsprechende Verantwortung des Arbeitgebers gegenüber den noch nicht im Arbeitsverhältnis stehenden Frauen nicht bestand, und daß diese auch keinen Anspruch darauf hatten, in ein Arbeitsverhältnis übernommen zu werden, um die arbeitsrechtlichen Leistungen nach dem Mutterschutzgesetz zu erlangen. Dementsprechend wurde dem Arbeitgeber im Rahmen der Einstellungsverhandlungen die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft zugebilligt. Dies wurde später lediglich unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes in Frage gestellt — zu Unrecht, weil dabei schon übersehen war, daß es nicht eigentlich um den Schutz der Persönlichkeit (Geheimhaltung persönlicher Daten), sondern um die Frage ging, ob schwangeren Einstellungsbewerberinnen aus ihrer Mutterschaft Nachteile bei der Einstellungsentscheidung der Arbeitgeber entstehen dürften. Diese Frage war zu bejahen, solange dem Arbeitgeber nicht die sozialpolitische Verantwortung für die nicht im Arbeitsverhältnis stehenden Frauen auferlegt war.

b) Gerade dies soll aber nun offensichtlich unter Heranziehung des Gebotes des Gleichbehandlungssatzes Männer/Frauen geschehen. Formal wird darauf abgestellt, daß die Frage nach der Schwangerschaft bei Einstellungsverhandlungen nur Frauen, nicht Männern gestellt wird; bereits darin wird eine Ungleichbehandlung gesehen. Vorgeworfen wird aber genaugenommen nicht diese Frage, sondern eine eventuelle Entscheidung, daß bei Vorliegen der Schwangerschaft nicht eingestellt wird. Würde man dem Arbeitgeber die Nichteinstellung zubilligen, auch wenn die Vermeidung der sozialpolitischen Belastungen aus der Mutterschaft tragender Grund ist, könnte die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft bei Einstellungsverhandlungen nicht unzulässig sein. Es liegt keine Diskriminierung vor, wenn der Arbeitgeber die persönlichen Daten erhebt, die er für seine Einstellungsentscheidung braucht. Über die Verweigerung der Frage nach der Schwangerschaft versucht die Rechtsprechung heute, unter dem Etikett des Gleichbehandlungsgrundsatzes Männer/Frauen die sozialpolitische Verantwortung des Arbeitgebers für schwangere Arbeitnehmerinnen in Richtung auf eine Einstellungspflicht zu erweitern. Die „Gemeinschaft“ i. S. Art. 6 Abs. 4 GG wird zugleich von ihrer Verantwortung, der sie bislang schon nicht hinreichend nachgekommen ist, entlastet.

Als Fazit ist festzustellen: Mit formalistischer Argumentation aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz Männer/Frauen und unter Ausnutzung der in der Rechtsprechung dazu entwickelten formelhaften Umschreibungen wird die Frage nach der Schwangerschaft als Verstoß gegen den Gleichheitssatz Männer/Frauen ausgewiesen.

In Wahrheit wird ein Stück Sozialpolitik gestaltet. Dabei erfolgt eine weitere Lastenverschiebung von der Gemeinschaft auf die Arbeitgeber, zu der sich der Gesetzgeber bislang aus guten — auch verfassungsrechtlich bedingten — Gründen nicht hat durchringen können. Auch die EG-Richtlinie zum Mutterschutz enthält zu dieser Problematik keine Aussage. Sie beschränkt sich wie das nationale Recht auf den Schutz der im Arbeitsverhältnis stehenden Frauen. Die Sicherstellung der nicht im Arbeitsverhältnis stehenden Frauen blieb, obwohl wesentlich diffiziler, offen; wenn ihnen Schutz zugebracht werden sollte, hätte es nahegelegen, in der Richtlinie gerade darauf einzugehen.

2. Geht man von der Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei Einstellungen aus, bedeutet dies noch nicht, daß die Frage nach der Schwangerschaft schlechthin ausgeschlossen ist. Festgelegt ist damit nur, daß — worauf der EuGH in seiner Entscheidung vom 8. 11. 1990 — Rs. C 177/88 = EzA § 611 a BGB Nr. 7 abstellte — die sozialpolitische Belastung aus der Mutterschaft (speziell den auferlegten Geldleistungspflichten) nicht zum Anlaß genommen werden darf, die Einstellung zu verweigern. Unberührt davon bleibt aber, wie die Entscheidung des EuGH vom gleichen Tage in der Rechtssache 179/88 erkennen läßt, das Recht des Arbeitgebers, auf die Verfügbarkeit der Arbeitskräfte zu achten; in dieser Entscheidung hatte der EuGH sogar eine Kündigung wegen längerer Ausfallzeiten, die als Nachwirkung aus einer Schwangerschaft anzusehen waren, gebilligt (siehe dazu des näheren Buchner, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 38 Anm. 94 ff.). Auf die Sicherung der Verfügbarkeit einer Einstellungsbewerberin zum Zeitpunkt des Arbeitsantritts geht nunmehr offensichtlich, wie die vorstehende Entscheidung erkennen läßt, auch die Rechtsprechung des BAG hinaus. Die Tatsache, daß die Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt des geplanten Beginns des Arbeitsverhältnisses und während der gesamten Zeit ihrer Schwangerschaft für die arbeitsvertraglich vorgesehene Aufgabe nicht einsetzbar war, soll dazu führen, die Fragen zur Schwangerschaft zu rechtfertigen. Das bedeutet, daß der Arbeitgeber im Hinblick auf Arbeitsplatz bzw. Arbeitsaufgabe klären muß, ob eine bestehende Schwangerschaft den Einsatz der Arbeitnehmerin ausschließt. Ein gleichwohl begründetes Arbeitsverhältnis würde dann seinen Sinn verlieren und zu einem bloßen Versorgungsverhältnis für die Arbeitnehmerin werden, das dem Arbeitgeber nicht mehr zuzugemutet werden soll. In zwei Fallgruppen wird dies jedenfalls relevant:

a) bei Eingreifen von Beschäftigungsverboten, wenn diese vom Beginn des Arbeitsverhältnisses an gelten, weil dann die Arbeitnehmerinnen auf ihren Arbeitsplätzen wegen Gesundheitsgefährdung nicht eingesetzt werden dürfen,

b) für längere Ausfallzeiten bei nur kurzfristig abgeschlossenen Arbeitsverhältnissen, insbesondere bei Aushilfsarbeitsverhältnissen; wenn eine Arbeitnehmerin z. B. befristet als Aushilfe zur Überbrückung des Arbeitsausfalls eines Stammarbeitnehmers angestellt wird, kann sie die ihr zugedachte Funktion nicht erfüllen, wenn sie selbst während der geplanten Einsatzzeit ausfällt.

In diesen beiden Fällen kann damit gerechnet werden, daß das BAG die Frage nach der Schwangerschaft billigen wird.

Erwarten kann der Arbeitgeber bei einer Neueinstellung auch, daß der Arbeitnehmer bei Dienstantritt verfügbar ist, eine Arbeitnehmerin also z. B. das Arbeitsverhältnis nicht gerade mit der Inanspruchnahme von Schutzfristen und anschließendem Erziehungsurlaub eröffnet. Allerdings setzt dies voraus, daß die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft zugelassen wird. Dazu ist das BAG aber nicht schlechthin bereit. Doch kann darauf vertraut werden, daß das BAG noch flexible Formeln entwickelt.

3. Zu fragen bleibt allerdings, ob die vom BAG nunmehr eingeschlagene mittlere Linie mit der neuesten Entscheidung des EuGH vom 5. 5. 1994 — Rs. C 421/92 (EuZW 1994, S. 375 = EzA § 8 MuSchG Nr. 2) in Einklang zu bringen ist.

a) In dieser Entscheidung war über die Wirksamkeit eines Arbeitsverhältnisses und die Möglichkeit einer Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB für einen Fall zu befinden, in dem sich eine bei Arbeitsvertragsabschluß bereits schwangere Einstellungsbewerberin zur Übernahme eines Nachtdienst Arbeitsplatzes verpflichtete. Sie durfte gemäß § 8 MuSchG nicht beschäftigt werden. Von Arbeitgeberseite wurde deshalb unter Bezugnahme auf die geltende Rechtslage die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages gemäß § 134 BGB bzw. Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB geltend gemacht. Der EuGH entschied auf Vorlage, daß die Richtlinie 76/207/EWG es ausschließe, daß ein Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit, der sich auf eine nachts zu verrichtende Tätigkeit bezieht und der zwischen Arbeitgeber und einer schwangeren Arbeitnehmerin in beiderseitiger Unkenntnis der Schwangerschaft geschlossen wurde, wegen des nach dem nationalen Recht während der Schwangerschaft geltenden Nachtarbeitsverbotes für nichtig erklärt wird bzw. daß er vom Arbeitgeber aufgrund eines Irrtums über die wesentlichen Eigenschaften der Arbeitnehmerin bei Vertragsabschluß angefochten wird.

Maßgebend für den EuGH war offensichtlich, daß das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, aber nur zeitweilig nicht erfüllbar war. Hält man dies für ausschlaggebend, müßte auch in einem Fall wie dem vom BAG zu entscheidenden (Gesundheitsgefährdung wegen drohender Infektion) darauf abgestellt werden, daß

das Arbeitsverhältnis unbefristet abgeschlossen, die Gesundheitsgefährdung der Arbeitnehmerin und damit ihre Nichteinsatzbarkeit nur zeitweilig während der Schwangerschaft gegeben war. Daß die Arbeitnehmerin in dem vom EuGH entschiedenen Fall zunächst, weil ihr die Schwangerschaft zu Beginn selbst nicht bekannt war, die Arbeit für einige Wochen aufgenommen hatte, gewann für die rechtliche Bewertung offensichtlich keine Bedeutung. Allerdings stellt der EuGH in seiner Entscheidung betont heraus, daß der Arbeitsvertrag in beiderseitiger Unkenntnis der Schwangerschaft abgeschlossen worden war. Denkbar ist demnach, daß anders, d. h. auf Nichtigkeit des Arbeitsvertrages entschieden worden wäre, wenn die Arbeitnehmerin die Schwangerschaft schon gekannt hätte. Von dem vom EuGH verfolgten sozialpolitischen Anliegen her könnte dies allerdings nicht recht überzeugen.

b) Die Verbindlichkeit der Vorgaben des EuGH ist allerdings ihrerseits fragwürdig. Er stützt seine Entscheidung auf die Richtlinie 76/207/EWG, die den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung verwirklichen will. Die Richtlinie ist in ihrer Verbindlichkeit jedoch selbst zweifelhaft, da sie nicht auf eine spezielle Ermächtigung im damaligen EWG-Vertrag gestützt werden konnte. Art. 119 EWGV sichert nur den Grundsatz der Lohngleichheit; seiner Konkretisierung diente die Richtlinie 75/117/EWG, die gegenüber Art. 119 EWGV nichts substantiell Neues brachte. Der gleichberechtigte Zugang zum Arbeitsverhältnis ist nicht mehr Inhalt des Art. 119 EWGV; dies wurde auch nie anders gesehen. Die Richtlinie 76/207/EWG konnte auch nicht auf andere Sozialnormen des EWG-Vertrages gestützt werden. Der Rat konnte deshalb als Rechtsgrundlage der Richtlinie nur Art. 235 EWGV benennen. Daß dies ein recht problematisches Verfahren war, konnte nie übersehen werden (siehe meine Stellungnahme in ZFA 1993, S. 329); seit der Maastrichtentscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist dies nunmehr für jedermann deutlich geworden.

c) Das BAG sollte deshalb seine Linie, die auf die Verfügbarkeit der Arbeitnehmerin abstellt, weiterverfolgen, weil nur so konsequente und auch die Arbeitgeberinteressen berücksichtigende Lösungen möglich sind. Natürlich bedeutet die vorstehende Entscheidung des BAG eine gewisse Einschränkung des Schutzes schwangerer Bewerberinnen. Der Schutz wäre vollkommener, wenn auch in einem Fall wie diesem die Frage nach der Schwangerschaft verwehrt wäre. Die Gesundheitsgefahren für die Arbeitnehmerin ließen sich auch dadurch vermeiden, daß dem Arbeitgeber nur die Beschäftigung verboten wird (natürlich unter Aufrechterhaltung der Lohnfortzahlung nach § 11 MuSchG), — d. h. der Arbeitnehmerin zugebilligt wird, die Schwangerschaft bei den Einstellungsverhandlungen zu verschweigen, sie vor dem ersten Arbeitseinsatz aber zu mel-

den. Eine befriedigende Lösung wäre dies zweifellos nicht. Den Arbeitgeber zur Einstellung von Arbeitnehmerinnen zu zwingen, die die vorgesehenen Aufgaben längerfristig nicht übernehmen können, nur um den Bewerberinnen eine arbeitsrechtliche und soziale Absicherung zu verschaffen, ist keine zumutbare Lösung mehr. Sie mag dem EuGH erstrebenswert erscheinen, der allein den Gesichtspunkt der Gleichstellung Männer/Frauen verfolgt. Sie ist aber für ein Gericht nicht akzeptabel, das die Interessen aller Beteiligten zum Ausgleich zu bringen hat.

Das BAG ist auch verfahrensmäßig auf dem richtigen Weg. Es war durchaus in der Lage, selbst festzustellen, daß die Frage nach der Schwangerschaft im vorliegenden Fall richtliniengemäß war. Es hat viel zu sehr überhandgenommen, daß nationale Gerichte, noch bevor sie selbst die Rechtsgrundlagen unter Berücksichtigung der EG-Richtlinien prüfen, den EuGH mit einer Frage über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bemühen. Dessen bedarf es meist nicht. Nicht selten hätten die nationalen Gerichte mit der Rechtsauslegung durchaus selbst zurechtkommen können, begehrten sie statt dessen aber eine rechtsfortbildende Entscheidung des EuGH.

4. Eine kleine Anmerkung nur am Rande: Verwunderung muß eine Passage in II 2 c des Urteils hervorrufen, wonach nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts davon auszugehen war, daß für den Beklagten die Einstellung einer weiblichen Person an der Pforte unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit war, was schon zu einer entsprechenden Ausschreibung geführt hatte. Es ist aber nicht zu erkennen, wieso die vorgesehene Tätigkeit in einer Praxis für Laboratoriumsmedizin — auch speziell die Position an der Pforte — für Männer ungeeignet sein soll. Daran wurde aber scheinbar nicht Anstoß genommen.

Prof. Dr. Herbert Buchner, Augsburg