

Gleichbehandlungsgebot und Mutterschutz

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1995. "Gleichbehandlungsgebot und Mutterschutz." In *Arbeitsgesetzgebung und Arbeitsrechtsprechung: Festschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Stahlhacke*, edited by Friedhelm Farthmann, Peter Hanau, Udo Isenhardt, and Ulrich Preis, 83–100. Neuwied: Luchterhand.



5. Gleichbehandlungsgebot und Mutterschutz

HERBERT BUCHNER

Inhaltsübersicht

	Seite
I. Der Wirkungsbereich des deutschen Mutterschutzrechtes	83
II. Neue Akzente und Fragen aufgrund der EuGH-Rechtsprechung	84
III. Die mutterschutzrechtlich relevanten Vorgaben des EuGH	85
1. Die vom EuGH entschiedenen Fallagen	85
a) Entscheidung vom 8. 11. 1990 – Rs C 177/88	85
b) Entscheidung vom 8. 11. 1990 – Rs C 179/88	86
c) EuGH vom 5. 5. 1994 – Rs C 421/92	86
d) EuGH vom 14. 7. 1994 – Rs C 36/93	87
2. Bindende Aussagen für das deutsche Recht	88
a) Ausschluß der Kündigung wegen Schwangerschaft	88
b) Keine Nichtigkeit von Arbeitsverträgen wegen mutterschutzrechtlicher <i>Beschäftigungsverbote</i>	89
c) Keine Anfechtung unbefristeter Arbeitsverhältnisse wegen Fehlens verkehrs wesentlicher Eigenschaften	90
d) Die ungelöste Problematik der Frage nach der Schwangerschaft	91
IV. Die Rechtsprechung des BAG	93
V. Ausweg aus dem Dilemma	96
1. Die Belastung des Arbeitgebers aus dem deutschen Mutterschutzgesetz	96
2. Der rechtstatsächliche Ausgangspunkt der »Dekker«-Entscheidung	97
3. Freistellung von der Lohnzahlungspflicht als mögliche Lösung des Konflikts	98
4. Verfassungsrechtliches Gebot der Limitierung der mutterschaftsbedingten Belastung des Arbeitgebers	99
5. Fazit	100

I. Der Wirkungsbereich des deutschen Mutterschutzrechtes

STAHLHACKE hat in der 5. Auflage seines Buches »Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis«¹ die Einwirkung des Mutterschutzrechtes auf Eingehung und Auflösung von Arbeitsverhältnissen noch mit klaren und kräftigen Strichen skizziert. Die vom BAG früher angenommene, zuletzt allerdings mit einem Fragezeichen versehene Nichtigkeit des Arbeitsvertrages bei Übernahme mutterschutzrechtlich (§ 8 MuSchG) verbotener Tätigkeiten durch eine schwangere Arbeitnehmerin wurde von ihm verneint. Jedoch wurde die Anfechtungsmöglichkeit eröffnet, sowohl nach § 119 Abs. 2 BGB wie nach § 123 BGB. Als verkehrswesentliche Eigenschaft einer Arbeitnehmerin wertete STAHLHACKE die Schwangerschaft, wenn eine Arbeitnehmerin nicht in der Lage ist, die vertragliche Arbeit zu verrichten. Für diesen Fall wollte er auch eine eigenständige Offenbarungspflicht der Einstellungsbewerberin annehmen, z. B. in dem vom BAG entschiedenen Fall, daß die ausschließlich als Nachtschwester eingestellte Arbeitnehmerin bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses schwanger war. Darüber hinaus nahm STAHLHACKE eine Offenbarungspflicht der Einstellungs-

¹ Der Band wurde von ihm zusammen mit PREIS in der 5. Auflage herausgegeben. Die Darstellung des Kündigungsschutzes nach dem Mutterschutzgesetz (3. Abschnitt § 1 des Bandes) ist jedoch nach wie vor von ihm allein bearbeitet.

bewerberin auf entsprechende Fragen des Arbeitgebers an; dessen Fragerecht wurde von STAHLHACKE bejaht. Weder sah er darin – entsprechend der Bewertung des BAG – einen unzulässigen Eingriff in die Intimsphäre noch – entgegen der Rechtsprechung des BAG² – eine ungerechtfertigte Benachteiligung der weiblichen gegenüber der männlichen Einstellungsbewerbern. Die Frage des Arbeitgebers sah STAHLHACKE im Hinblick auf die der Arbeitgeberseite überbürdete Kostenlast als verhältnismäßig und damit angemessen. Daraus ist wohl zu entnehmen, daß sich STAHLHACKE nicht direkt gegen die Anwendung des § 611 a BGB und die sogenannte gespaltene Lösung des BAG wenden, sondern daß er im Anschluß an HANAU/PREIS³ darauf abstellen will, daß die Zurücksetzung einer schwangeren Arbeitnehmerin im konkreten Fall aus sachlichen Gründen i. S. des § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB zu rechtfertigen ist. Damit war eine ausgewogene Lösung gewonnen.

II. Neue Akzente und Fragen aufgrund der EuGH-Rechtsprechung

Fast zeitgleich mit dem Abschluß der Arbeiten STAHLHACKES zur 5. Auflage ergingen die Entscheidungen des EuGH vom 8. 11. 1990 Rs C – 177/88 und 179/88⁴, aufgrund derer der Komplex der Auswirkungen der Schwangerschaft auf das Arbeitsverhältnis und speziell auch der Frage nach der Schwangerschaft weitgehend neu zu diskutieren und eventuell auch zu bewerten war. Das BAG hat in der Folgezeit in zwei Entscheidungen (Urteil vom 15. 10. 1992 und vom 1. 7. 1993⁵) an die EuGH-Entscheidung Rs 177/88 angeschlossen und die Zulässigkeit der Frage nach bestehender Schwangerschaft im Rahmen von Einstellungsverhandlungen erheblich eingeschränkt, aber keineswegs vollständig ausgeschlossen. Es folgten dann seitens des EuGH weitere Entscheidungen – die Urteile vom 5. 5. 1994⁶ und vom 14. 7. 1994⁷ –, die sich mit der Auflösung von Arbeitsverhältnissen wegen bestehender Schwangerschaft befaßten. Dabei wurden ganz unterschiedliche Sachverhalte neu bewertet. Wie schon die Entscheidung vom 8. 11. 1990 – Rs 179/88 erkennen ließ, wurde dabei vom EuGH keineswegs eine totale Nichtberücksichtigung der Schwangerschaft abverlangt. Die Rechtslage ist dadurch derzeit, obwohl man die Problematik zunächst als gelöst glaubte, alles andere als übersichtlich. Vor allem ist die Überlagerung des Mutterschutzrechtes durch den in der Richtlinie 76/207/EWG statuierten Gleichbehandlungsgrundsatz Männer/Frauen vom Grundsätzlichen her noch überhaupt nicht abgeklärt. Würde der Arbeitgeber in der Entscheidung über die Einstellung schwangerer Arbeitnehmerinnen rechtlich gebunden, bedeutete dies faktisch eine erhebliche Ausweitung des Mutterschutzes. Während der Arbeitgeber nach geltendem Mutterschutzrecht nur die betriebsorganisatorischen und sozialen Risiken der Schwangerschaft der bei ihm im Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmerinnen zu tragen hat, würde er bei einer Verpflichtung, bei Einstellungsentscheidungen eine

2 Siehe die Entscheidung vom 20. 2. 1986, EzA § 123 BGB Nr. 27.

3 ZfA 1988, 200.

4 EuGH, Rs. C 177/88, Slg. I 1990, S. 3941 = EuZW 1991, S. 89 und EuGH, Rs. C 179/88, Slg. I 1990, S. 3979 = EzZW 1991, S. 91.

5 EzA § 123 BGB Nr. 37 und 39 (mit einer Anmerkung von mir).

6 NZA 1994, 609.

7 DB 1994, 1522.

bestehende Schwangerschaft unberücksichtigt zu lassen und dementsprechend auch nicht nach dieser zu fragen, gezwungen, schwangeren Arbeitnehmerinnen nicht nur ihr Arbeitsverhältnis zu sichern, sondern ihnen auch den Einstieg in das Arbeitsverhältnis, gegebenenfalls mit der Konsequenz sofortiger mutterschaftsbedingter Leistungserbringung, zu eröffnen. Es könnte demnach im Extremfall sein, daß ein Arbeitsverhältnis mit der Schutzfrist oder einer vom Arbeitgeber allein zu finanzierenden Beschäftigungsverbotszeit beginnt, daß die Arbeitnehmerin anschließend in Erziehungsurlaub geht und daß sie nach dessen Ablauf in das Arbeitsverhältnis vielleicht gar nicht mehr zurückkehrt. Der Arbeitgeber würde mit den Belastungen konfrontiert, ohne in Genuß der Arbeitsleistung zu kommen. Dies ist deshalb problematisch, weil Schutz und Fürsorge für die Mutter nach Art. 6 Abs. 4 GG der »Gemeinschaft« obliegen, die sie nicht unbegrenzt auf den Arbeitgeber abwälzen kann (dazu noch unter V 4). Zumindest ist zu fragen, auf welcher rechtlichen Grundlage solches von der EG verfügt werden könnte (siehe unter V 5).

III. Die mutterschutzrechtlich relevanten Vorgaben des EuGH

Der EuGH hat sich in vier Fällen mit mutterschutzrechtlichen Fragen befaßt, die durchgängig auf die Grundlage der Richtlinie 76/207/EWG »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« entschieden wurden. Die Richtlinie 92/85/EWG über »die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz« fand erst in der letzten Entscheidung aus dem Jahre 1994 Erwähnung, erlangte dort aber keine entscheidungserhebliche Bedeutung. In den vier Entscheidungen des EuGH standen unterschiedliche Sachverhalte zur Beurteilung (siehe im folgenden unter Ziff. 1). Ihr rechtlicher Gehalt ist dementsprechend auch differenziert, das Fazit für das deutsche Recht schwer zu ermitteln (dazu im folgenden unter Ziff. 2).

1. Die vom EuGH entschiedenen Fallagen

a) Entscheidung vom 8. 11. 1990 – Rs C 177/88⁸

In dieser aus dem niederländischen Rechtskreis stammenden Streitsache ging es um die Schadenersatzklage einer Frau, deren Bewerbung allein aus dem Grunde nicht berücksichtigt worden war, weil sie zum Zeitpunkt der Einreichung ihrer Bewerbung bereits schwanger war, was im Falle der Einstellung dazu geführt hätte, daß der Versicherer des Arbeitgebers die von diesem der Arbeitnehmerin zu erbringenden Lohnersatzleistungen nicht zu erstatten hätte; nach den Versicherungsbedingungen konnte die Erstattung verweigert werden, wenn der spätere Versicherungsfall im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsverhältnisses

⁸ EuGH, Rs. C 177/88, Slg. I 1990, S. 3941 = EzZW 1991, S. 89.

bereits vorherschaubar war. Unstrittig war, daß die Bewerberin aufgrund ihrer Qualifikation den Zuschlag erhalten hätte, wenn die Schwangerschaft nicht vorgelegen hätte. Der EuGH ließ die Problematik der versicherungsvertraglichen Regelung dahinstehen. Die Verweigerung der Einstellung allein wegen der finanziellen Auswirkungen der schwangerschaftsbedingten Fehlzeiten sei als unmittelbare Diskriminierung ein Verstoß gegen die Richtlinie 76/207/EWG. Wird auf die Schwangerschaft abgestellt, stehe die Einstellungsentscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Geschlecht, es werde also unmittelbar aufgrund des Geschlechts diskriminiert. Dem EuGH kommt es nicht darauf an, ob sich im Bewerberkreis auch ein Mann befindet. Die Diskriminierung wird darin gesehen, daß der Arbeitgeber die Bewerberin nicht ohne Rücksicht auf die sich aus der Schwangerschaft ergebenden kostenmäßigen Belastungen einstellt.

b) Entscheidung vom 8. 11. 1990 – Rs C 179/88⁹

In diesem aus Dänemark kommenden Fall ging es um die Entlassung einer Arbeitnehmerin, die seit Wiederaufnahme der Arbeit nach ihrem Mutterschaftsurlaub 100 Krankheitstage innerhalb eines Jahres aufwies. Die Kündigung wegen solcher krankheitsbedingter Fehlzeiten entsprach der Übung des Unternehmens. Die Besonderheit des vorliegenden Falles lag darin, daß die Krankheit – zwischen den Parteien unstrittig – Folge der Schwangerschaft und Entbindung war. Deshalb war, weil ein solches Schicksal männliche Arbeitnehmer nicht treffen könne, von der Arbeitnehmerin ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot geltend gemacht worden. Der EuGH lehnte dies ab. Die Richtlinie betreffe nicht den Fall, daß eine Krankheit durch Schwangerschaft oder Entbindung verursacht worden ist. Die Arbeitnehmerin sei zunächst durch den Mutterschaftsurlaub gegen arbeitsvertragliche Auswirkungen ihrer Gesundheitsstörungen geschützt. Bei Krankheiten, die nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs eintreten, bestehe keine Möglichkeit, zwischen den durch Schwangerschaft/Entbindung verursachten und anderen Krankheiten zu unterscheiden. Auch wenn bestimmte Gesundheitsstörungen spezifisch für das eine oder andere Geschlecht seien, wären männliche und weibliche Arbeitnehmer doch in gleichem Maße dem Krankheitsrisiko ausgesetzt.

c) EuGH vom 5. 5. 1994 – Rs C 421/92¹⁰

Nach diesem aus der Bundesrepublik stammenden Sachverhalt hatte sich eine Altenpflegerin auf die Stelle einer Nachtschwester in einem Altenheim beworben. Sie war auch eingestellt worden und sollte nach dem Arbeitsvertrag – aus familiären Gründen – ausschließlich im Nachtdienst eingesetzt werden. Nach zwei-monatiger Tätigkeit stellte sich heraus, daß sie schon im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages schwanger war. Der Arbeitgeber machte unter Berufung darauf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages wegen Verstoßes gegen § 8 MuSchG i.V.m. § 134 BGB geltend. Das dem EuGH vorliegende Arbeitsgericht verwies auch noch auf die nach herrschender Meinung bestehende Anfechtungsmöglichkeit gemäß § 119 Abs. 2 BGB. Der EuGH erachtete jedoch eine unzu-

⁹ EuGH, Rs. C 179/88, Slg. I 1990, S. 3979 = EuZW 1991, S. 91.

¹⁰ NZA 1994, 609.

lässige Diskriminierung als gegeben, weil die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, gleich ob infolge Nichtigkeit oder Anfechtung, nur Frauen betreffe. Dabei wurde berücksichtigt, daß die Verhinderung an der Arbeitsleistung nicht aus der Schwangerschaft selbst, sondern erst aus der gesetzgeberischen Anordnung des Nachtarbeitsverbots folgt. Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 76/207/EWG ermögliche ausdrücklich solche Schutzvorschriften zugunsten schwangerer Arbeitnehmerinnen. Es würde dem Schutzzweck dieser Regelung widersprechen, wenn man es zuließe, Arbeitsverhältnisse wegen eines bestehenden, dem Mutterschutz dienenden Beschäftigungsverbotes für nichtig zu erklären oder anfechten zu lassen. In der Abschlußformel der Entscheidung heißt es, daß die Richtlinie 76/207 es ausschließe, daß ein Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit, der sich auf eine nachts zu verrichtende Arbeit bezieht und der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in beiderseitiger Unkenntnis der Schwangerschaft geschlossen worden war, wegen des Nachtarbeitsverbotes für nichtig erklärt oder angefochten werde¹¹.

d) EuGH vom 14. 7. 1994 – Rs C 36/93¹²

Schließlich war noch der Fall aus Großbritannien zu entscheiden. Hier wurde eine Bewerberin anlässlich des bevorstehenden Mutterschaftsurlaubes einer anderen Arbeitnehmerin als deren Vertreterin eingestellt; allerdings sollte sich das Arbeitsverhältnis nicht auf die Zeit der Vertretung beschränken. Die Bewerberin war auch schon sechs Monate vorher zwecks Einarbeitung eingestellt und in ihrem Arbeitsverhältnis auch nicht auf die Vertretungszeit befristet, sondern unbefristet engagiert worden. Die Bewerberin war zum Zeitpunkt der Einstellung und Arbeitsaufnahme bereits schwanger, was ihr selbst aber erst zwei Wochen später bekannt wurde. Der Arbeitgeber kündigte nach Zugang der Mitteilung das Arbeitsverhältnis. Vor den englischen Gerichten hatte die Arbeitnehmerin keinen Erfolg, weil diese auf die betriebliche Notwendigkeit der Stellenbesetzung und die fehlende Verfügbarkeit der Arbeitnehmerin abstellten, die den Arbeitgeber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ebenso wie bei fehlender Verfügbarkeit eines männlichen Arbeitnehmers berechtige. Der EuGH verweist in seiner Entscheidung zunächst darauf, daß nach bisheriger Rechtsprechung die Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung darstelle. Wiederum wird dann Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 76/207 in bezug genommen, wonach konkrete Vorschriften zum Schutz der Frauen bei Schwangerschaft und Mutterschaft anerkannt sind. Das Gericht macht dann noch auf die Neuregelung des Art. 10 der Richtlinie 92/85/EWG aufmerksam, wonach die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Regelungen Kündigungsverbote für die Zeit ab Beginn der Schwangerschaft vorzusehen haben. Aus der Gesamtheit dieser Vorgaben möchte der EuGH den Schluß ziehen, daß die Verfügbarkeit der Arbeitnehmerin, auch »wenn sie für den Arbeitgeber zwangsläufig eine wesentliche Voraussetzung für die ordnungsgemäße Erfüllung des Arbeitsvertrages ist«, nicht für den vom Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Schutz der Frau während der Schwangerschaft bestimmend werden kann. Die mangelnde Verfügbarkeit wegen Schwangerschaft dürfe nicht mit mangelnder Verfügbarkeit

¹¹ Siehe Ziff. 26 des EuGH-Urteils.

¹² EuZW 1994, 523.

wegen Krankheit oder mit mangelnder Verfügbarkeit aus nichtmedizinischen Gründen verglichen werden. Die Beendigung eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrages lasse sich deshalb nicht damit rechtfertigen, daß die Arbeitnehmerin schwangerschaftsbedingt zeitweilig daran gehindert ist, die Arbeit zu verrichten, für die sie eingestellt wurde.

2. Bindende Aussagen für das deutsche Recht

Es geht nun darum festzustellen, wieweit die Aussagen des EuGH auf die Rechtslage auf nationaler Ebene einwirken und zu einer Änderung des geltenden Rechts der Bundesrepublik führen. Insoweit ist die Rechtslage nach den EuGH-Entscheidungen keineswegs so klar, wie vielfach angenommen wird. Dies resultiert daraus, daß die Aussagen in den vier Verfahren des EuGH von ganz unterschiedlichen tatsächlichen und rechtlichen Ausgangslagen bestimmt sind. Folgendes läßt sich in einer Gesamtbewertung festhalten:

a) Ausschluß der Kündigung wegen Schwangerschaft

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach Eintritt der Schwangerschaft wegen der den Arbeitgeber treffenden Mutterschutzlasten ist unzulässig. Die Entscheidung vom 8. 11. 1990 – Rs C 179/88 wertet in Ziff. 13 die Entlassung einer Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft als unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung, damit als Verstoß gegen die Richtlinie 76/207/EWG. Auch in der Entscheidung vom 14. 7. 94 wurde dies in einem Kündigungsfall nochmals hervorgehoben.

Dies steht im Ergebnis in voller Übereinstimmung mit dem in der Bundesrepublik seit jeher geltenden Mutterschutzrecht, das Kündigungen noch wesentlich weitergehend, nämlich schlechthin, nicht nur wenn sie aus mutterschaftsbedingten Gründen erfolgt, verbietet und nur in engen Ausnahmefällen mit behördlicher Zustimmung zuläßt. In diese Richtung geht nunmehr auch die Regelung in Art. 10 der Richtlinie 92/85, wonach die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um die Kündigung von Arbeitnehmerinnen während der Zeit vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs – das sind im Sprachgebrauch der Richtlinie die Schutzfristen i.S. §§ 3, 6 MuSchG – zu verbieten, soweit es nicht um Kündigung geht, die mit dem Zustand der Schwangerschaft nichts zu tun haben.

Allerdings geht es bei der EuGH-Rechtsprechung einerseits, den mutterschutzrechtlichen Kündigungsverboten andererseits um zwei ganz unterschiedliche Ansätze.

- Der EuGH entschied unter dem Postulat des Diskriminierungsverbotes, er konnte deshalb Kündigungen nur für unzulässig erklären, wenn sie Frauen geschlechtsbezogen diskriminieren. Dies ist – nach Meinung des EuGH – der Fall, wenn die Kündigung im Hinblick auf eine Schwangerschaft, und sei es auch nur wegen der mit dieser verbundenen finanziellen Lasten, erfolgt.
- Das Mutterschutzrecht verfolgt ein ganz anderes Anliegen. Eine Arbeitnehmerin soll sich während der Schwangerschaft keine Sorgen um den Arbeitsplatz

machen müssen. Sie wird nicht nur vor diskriminierenden, sondern schlechthin vor Kündigungen bewahrt, gegenüber den übrigen Arbeitnehmern also privilegiert. Diese Begünstigung wird aber durch die besonderen Belastungen, denen sie ausgesetzt ist, gerechtfertigt. Die EG hielt es immerhin für geboten, in Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 76/207 klarzustellen, daß diese Richtlinie Vorschriften zum Schutz der Frau bei Schwangerschaft oder Mutterschaft nicht entgegensteht. Sie hat aber selbst ein solch weitreichendes Kündigungsverbot erst mit der Richtlinie 92/85 angefordert.

b) Keine Nichtigkeit von Arbeitsverträgen wegen mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote

Eine Nichtigkeit von Arbeitsverträgen wegen Verstoßes der zugesagten Arbeiten gegen mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbote kann künftig nicht mehr angenommen werden. Das BAG war in seiner früheren Rechtsprechung von der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ausgegangen, wenn eine Arbeitnehmerin, die zum Zeitpunkt des Arbeitsvertragsabschlusses bereits schwanger war, Tätigkeiten übernahm, die sie im Hinblick auf die Beschäftigungsverbote der §§ 4, 8 MuSchG überhaupt nicht verrichten durfte¹³. Noch in der Entscheidung vom 8. 9. 1988¹⁴ ging das BAG davon aus, daß die Nichtigkeit der überwiegenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung entspreche. Nur für den Sonderfall, daß noch eine behördliche Genehmigung der grundsätzlich verbotenen Tätigkeit denkbar ist, wurde die Nichtigkeitsfolge abgelehnt.

Jedoch war die Annahme der Nichtigkeit schon zum damaligen Zeitpunkt keine überzeugende Lösung mehr¹⁵. Es konnte nicht übersehen werden, daß der Schutz der schwangeren Arbeitnehmerin (und ihres Kindes), dem die Beschäftigungsverbote ausschließlich dienen, keineswegs die Annahme der Nichtigkeit des abgeschlossenen Arbeitsvertrags erforderte. Genauso wie bei einem vor Eintritt der Schwangerschaft abgeschlossenen Arbeitsvertrag konnte der Schutz der Arbeitnehmerin dadurch sichergestellt werden, daß die Beschäftigung verboten wird. Die (starre) Nichtigkeitsfolge mußte spätestens in dem Moment als unangemessen gewertet werden, in dem das BAG auch ohne entsprechende arbeitsvertragliche Grundlage dem Arbeitgeber gegenüber der Arbeitnehmerin ein Umsetzungsrecht zubilligte und damit ermöglichte, daß der Arbeitnehmerin (mutterschutzrechtlich) zulässige Tätigkeiten übertragen werden, z. B. Tagarbeit statt Nachtschicht, Arbeit auf einem Gesundheitsgefährdungen vermeidenden Arbeitsplatz¹⁶. Der Schutz der Arbeitnehmerin wird keineswegs intensiviert, wenn der Arbeitsvertrag als nichtig bewertet wird. Im Gegenteil wird die Stellung der Arbeitnehmerin bei Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses und gleichzeitigem Verbot der Beschäftigung (sei es nur auf dem sie gefährdenden Arbeitsplatz oder generell) zweifellos verstärkt. Der Arbeitgeber, nicht die Arbeitnehmerin ist bei einer solchen rechtlichen Lösung belastet. Deshalb war allerdings die Frage nach Zulassung der Anfechtung anzuschließen. Diese Bewertung ist von

13 BAG, AP Nr. 2 zu § 4 MuSchG, AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG.

14 EzA § 8 MuSchG Nr. 1.

15 Siehe auch meine Stellungnahme in BULLA/BUCHNER MuSchG, 5. Aufl. (1981), Vorbem. §§ 3 bis 8 Rdnr. 24.

16 Siehe BULLA/BUCHNER MuSchG, Vorbem. §§ 3 bis 8 Rdnr. 24.

STAHLHACKE bereits 1991¹⁷ vertreten worden. Insoweit wurde durch die Entscheidung des EuGH vom 5. 5. 1994 mittels des Rückgriffs auf das europarechtliche Diskriminierungsverbot rechtlich nur bestätigt, was bereits vorher aufgrund Auslegung der §§ 4, 8 MuSchG i.V.m. § 134 BGB nach deren Sinn und Zweck zu fordern war.

c) Keine Anfechtung unbefristeter Arbeitsverhältnisse wegen Fehlens verkehrswesentlicher Eigenschaften

Der EuGH will im Falle eines auf unbefristete Zeit abgeschlossenen Arbeitsvertrages allerdings darüber hinausgehend auch eine Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Arbeitnehmerin ausschließen, und zwar auch dann, wenn die von der Arbeitnehmerin zugesagte Tätigkeit von Anfang an unter ein mutterschaftsrechtliches Beschäftigungsverbot fällt¹⁸. Allerdings hatte auch im damaligen Fall die Arbeitnehmerin, da ihr selbst die Schwangerschaft noch nicht bekannt war, die Arbeit zunächst aufgenommen und vier Wochen lang bis zu ihrer Erkrankung erbracht. Ob dies für die Bewertung des EuGH eine Rolle spielt, läßt sich nicht erkennen; die Aussagen des Urteils sprechen dagegen. Der EuGH stellt betont darauf ab, daß die Arbeitnehmerin nur zeitweilig an der Verrichtung ihrer Tätigkeit gehindert war. Das mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbot – im konkreten Fall das Verbot der Nachtarbeit – wirke »nur für eine gemessen an der Gesamtdauer des Vertrags beschränkte Zeit«. Die schwierige, im deutschen Recht nie recht befriedigend gelöste Frage, unter welchen Voraussetzungen eine zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehende Schwangerschaft eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Arbeitnehmerin ist, wird damit vom EuGH differenzierend beantwortet:

– Bei einem auf unbefristete Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis ist die Schwangerschaft als – gemessen an der zumindest als unbefristet geplanten Tätigkeit – zeitweiliger Zustand keine wesentliche Eigenschaft. § 119 Abs. 2 BGB stellt darauf ab, ob der Arbeitsvertrag bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgeschlossen worden wäre; es kommt darauf an, ob eine Eigenschaft der Person »im Verkehr als wesentlich anzusehen ist«. Damit ist das Anfechtungsrecht bereits nach der bürgerlich-rechtlichen Regelung von einer rein subjektiven Bestimmung gelöst und durch objektive Elemente gebunden. Daß Schwangerschaft nicht schlechthin als verkehrswesentliche Eigenschaft einer Arbeitnehmerin gesehen werden kann, entspricht seit jeher allgemeiner Meinung – siehe insoweit bereits STAHLHACKE¹⁹. Allerdings verlangt STAHLHACKE, daß die Arbeitnehmerin in der Lage ist, die vertragliche Arbeit zu verrichten. In gewissem Umfang, nämlich während der gesetzlichen Schutzfrist, ist sie dies nie. Der dadurch bedingte Arbeitsausfall kann die Eignung der Arbeitnehmerin also nicht schon in Wegfall bringen. Daß darüber hinausgehende Arbeitszeiten wegen sonstiger Beschäftigungsverbote entfallen, kann dann aber die Eignung der Arbeitnehmerin auch nicht schlechthin entfallen lassen. Wo wäre hier die Grenze zu ziehen? Der Fall weiterreichender Beschäftigungsverbote wird normalerweise im Zusammen-

¹⁷ Siehe 5. Aufl. des Bandes über den Kündigungsschutz, Rdnr. 804.

¹⁸ Urteil vom 5. 5. 1994, NZA 1994, 609.

¹⁹ Kündigung und Kündigungsschutzrecht im Arbeitsverhältnis, Rdnr. 805.

hang mit der Anfechtungsmöglichkeit aus § 119 Abs. 2 BGB auch gar nicht genannt, obwohl er von der praktischen Bedeutung her wesentlich mehr ins Gewicht fällt als die in der Regel genannten »Tänzerinnen und Mannequins«, bezüglich derer offensichtlich allgemein unterstellt wird, daß sie ihre Arbeit nicht mehr verrichten können²⁰. Sie sind aber als solche von der Schwangerschaft rechtlich längst nicht so betroffen wie die unter Beschäftigungsverboten nach §§ 3 ff. MuSchG fallenden Arbeitnehmerinnen (allerdings kann natürlich auch für sie ein Beschäftigungsverbot eingreifen). Die Entwicklung wird wohl, nunmehr forciert durch den EuGH, dahingehen, daß mutterschaftsbedingte Ausfallzeiten im Rahmen des § 119 Abs. 2 BGB bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen nicht mehr berücksichtigungsfähig sind. Die zeitweilig fehlende Verfügbarkeit wird, wenn sie gleich zu Beginn des Arbeitsverhältnisses gegeben ist, genauso bewertet, wie wenn sie später auftritt.

– Hingegen wird der zeitweilige Ausfall dann im Rahmen des § 119 Abs. 2 BGB berücksichtigt, wenn das Arbeitsverhältnis nur als befristet abgeschlossen ist und es aufgrund der Ausfallzeit praktisch nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden kann. Dabei muß es wesentlich auf die Befristungsdauer ankommen. Ein Fünfjahresvertrag ist anders zu beurteilen als ein sechsmonatiges Beschäftigungsverhältnis, dessen Laufzeit durch die Ausfallzeiten praktisch belegt wäre. Es wird darauf abzustellen sein, ob das Arbeitsverhältnis noch eine sinnvolle Funktion erfüllt, und zwar auch für den Arbeitgeber, nicht nur für die Arbeitnehmerin. Es muß also nicht nur dazu führen, daß der Arbeitnehmerin einige soziale Wohltaten zugute kommen, sondern daß sie auch einen angemessenen, das Unternehmen des Arbeitgebers fördernden Beitrag leistet. Die zu beanspruchende Dauer des Arbeitsverhältnisses muß an dessen Funktion gemessen werden. Diese ist Leistungsaustausch, nicht bloß Versorgung der Arbeitnehmer²¹.

d) Die ungelöste Problematik der Frage nach der Schwangerschaft

Das ungelöste Problem ist nach wie vor – auch nach den 1994 ergangenen EuGH-Entscheidungen – die Berechtigung des Arbeitgebers, im Rahmen von Einstellungsverhandlungen nach bestehender Schwangerschaft zu fragen.

Der Entscheidung des EuGH vom 8. 11. 1990 – Rs C 177/88 will das BAG in Übereinstimmung mit einer verbreiteten Meinung die Unzulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft entnehmen. Der EuGH hatte allerdings nur festgestellt, daß die Weigerung eines Arbeitgebers, eine schwangere Arbeitnehmerin im Hinblick auf die finanziellen Folgekosten einzustellen, eine Diskriminierung darstelle. Es ging – siehe Ziff. 12 der Entscheidung – ausdrücklich nur darum, daß die Einstellung aufgrund der finanziellen Auswirkungen der schwangerschaftsbedingten Fehlzeiten verweigert worden war. Damit ist der Komplex der Einstellungsverweigerung nicht abschließend behandelt und vor allem ist – entgegen der Bewertung des BAG – die Problematik des Fragerechtes nicht präjudiziert. Unmittelbar ist die Problematik des Fragerechtes vom EuGH zweifellos nicht angesprochen worden.

²⁰ Auch STAHLHACKE a.a.O., Rdnr. 805.

²¹ Auf die daraus abzuleitende Opfergrenze zu Lasten des Arbeitgebers weist auch SOWKA NZA 1994, 969, hin.

Das BAG meint in seiner Entscheidung vom 15. 10. 1992²², die Frage diene nur dem Zweck, die Einstellung einer schwangeren Bewerberin zu verhindern, sie also zu benachteiligen. Es stellt deshalb die Frage nach der Schwangerschaft der Nichteinstellung gleich und bewertet sie im Sinne der EuGH-Entscheidung als Diskriminierung. Dabei wird aber übergangen, daß der EuGH nur der Nichteinstellung zur Vermeidung der finanziellen Folgekosten rechtliche Anerkennung verweigert hat. Die Entscheidung vom 8. 11. 1990 äußert sich nicht zu der Frage, wie die Nichteinstellung einer schwangeren Bewerberin zu bewerten ist, wenn die Verfügbarkeit der Stelleninhaberin im Interesse der Sicherung des Betriebsablaufs das für den Arbeitgeber maßgebliche Entscheidungsmotiv ist. Grundsätzlich bestimmt sich die Zulässigkeit des Fragerechts des Arbeitgebers aufgrund einer Interessenabwägung; der Arbeitgeber darf zur Wahrnehmung der betrieblichen Interessen die Verfügbarkeit der Einstellungsbewerber durch entsprechende Erhebungen klären. Dies muß auch für die mutterschaftsbedingten Ausfallzeiten gelten. Die Entscheidung des EuGH vom 8. 11. 1990 steht dem nicht entgegen.

Es läßt sich sicher nicht ausschließen, daß der EuGH es auch als diskriminierend bewerten würde, wenn eine schwangere Einstellungsbewerberin im Hinblick auf anzuerkennende betriebsbedingte Besetzungsbedürfnisse nicht berücksichtigt wird. Ohne weiteres unterstellen kann man dies jedoch nicht. Vor allem ist es vom EuGH bis jetzt noch nicht entschieden worden, so daß insoweit noch keine die Gerichte der Mitgliedstaaten bindende Rechtsprechung des EuGH vorliegt. Und erst recht liegt eine solche noch nicht vor, soweit es um das diesbezügliche Fragerecht des Arbeitgebers zur Abklärung der Verfügbarkeit der Einstellungsbewerber geht.

Auch die Entscheidung vom 5. 5. 1994 enthält darüber keine Aussage. Sie läßt nur nicht zu, daß die zeitweilige Verhinderung der Arbeitnehmerin an der Nachtarbeit zur Nichtigklärung des Arbeitsverhältnisses oder zu einer Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns führt. Sie befaßt sich aber nicht mit den Rechtsfolgen für den Fall, daß der Arbeitgeber auf die Besetzung des Arbeitsplatzes zum Zeitpunkt des Einstellungstermins angewiesen ist, oder mit dem Fall, daß eine Arbeitnehmerin befristet für die Zeit des mutterschaftsbedingten Ausfalls einer anderen Arbeitskraft eingestellt wird.

Schließlich läßt auch die Entscheidung des EuGH vom 14. 7. 1994 keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die Entscheidung über die Zulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft und die Auswirkung falscher Auskünfte der Einstellungsbewerberin zu. Nach ihrem Ausgangssachverhalt war zwar Anlaß der Einstellung die Notwendigkeit, eine andere aus mutterschaftsbedingten Gründen ausfallende Arbeitnehmerin zu vertreten. Der Arbeitgeber hatte im Rahmen der Einstellungsverhandlungen die Bewerberin nach bestehender Schwangerschaft aber gar nicht gefragt. Bemerkenswert ist auch die ausdrückliche Feststellung des EuGH im Sachverhalt: »Nach den Akten wußte die Klägerin bei Abschluß des Arbeitsvertrages nicht, daß sie schwanger war.« Wenn man davon ausgeht, daß im Sachverhalt eines obergerichtlichen Urteils nur Tatsachen von entscheidungserheblicher Bedeutung berücksichtigt werden, besteht wohl Grund zu der An-

²² AP Nr. 8 zu § 611 a BGB.

nahme, daß für den EuGH die fehlende Kenntnis der Arbeitnehmerin für die Bewertung nicht ohne Bedeutung war. Es kam hinzu, daß im damaligen Fall der Arbeitgeber die Einstellung zeitlich nicht entsprechend dem Vertretungsfall befristet, sondern eine spätere anderweitige Verwendung vorgesehen hatte. Zu entscheiden hatte der EuGH auch lediglich über die Wirksamkeit der vom Arbeitgeber nach Bekanntwerden der Schwangerschaft ausgesprochenen Entlassung. Diese wäre nach dem genannten Ausgangssachverhalt auch nach traditionellem deutschen Mutterschaftsrecht wegen Verstoßes gegen § 9 MuSchG nicht zulässig gewesen. Eine Anfechtung kam weder nach § 119 Abs. 2 BGB in Betracht, weil eine Befristung des Arbeitsverhältnisses fehlte und nicht einmal eine klare Ausrichtung des Arbeitsverhältnisses auf den Vertretungsbedarf zu erkennen war, noch konnte sie auf § 123 BGB gestützt werden, da die Arbeitnehmerin mangels entsprechender Frage schon keine Offenbarungspflicht hatte, die sie im übrigen mangels eigener Kenntnis der Schwangerschaft auch gar nicht verletzt haben konnte. Die Entscheidung war damit auf der Grundlage des mutterschutzrechtlichen Kündigungsverbotes zu treffen und bedurfte keines Rückgriffs auf das Diskriminierungsverbot.

Es geht deshalb auch nicht an, aus ihr überschießende Rückschlüsse in der Richtung zu ziehen, daß der EuGH die Berücksichtigung betrieblicher Besetzungsbedürfnisse bei der Einstellungsentscheidung und entsprechende Fragen zur Verfügbarkeit der Einstellungsbewerber für unzulässig halten würde. Zwar ist im Urteil des EuGH davon die Rede, daß der vom Gemeinschaftsrecht gewährleistete Schutz für die Frau während der Schwangerschaft nicht von der Frage abhängen dürfe, ob ihre Anwesenheit in der ihrer Mutterschaft entsprechenden Zeit für das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens unerlässlich ist²³. Gezielt war die Äußerung aber auf die Darlegung der Unzulässigkeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses²⁴. Auch wenn man eine Ausweitung auf den Einstellungsvorgang erwarten sollte, hätten die deutschen Arbeitsgerichte diese Fragen dem EuGH erst vorzulegen.

IV. Die Rechtsprechung des BAG

Das BAG betont in seiner Entscheidung vom 15. 10. 1992²⁵ das Erfordernis der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts und damit auch die Notwendigkeit, daß »die vom EuGH der Richtlinie 76/207/EWG entnommenen Rechtssätze befolgt werden«. Obwohl das BAG in diesem Zusammenhang selbst feststellt, daß nach der EuGH-Entscheidung C 177/88 die Einstellung nicht aufgrund der finanziellen Auswirkungen der schwangerschaftsbedingten Fehlzeiten verweigert werden darf und daß die Diskriminierung nicht mit den den Arbeitgeber treffenden finanziellen Nachteilen gerechtfertigt werden könne, spricht es zugleich davon, daß nach dem »DEKKER-Urteil« der Arbeitgeber eine Bewerberin »nicht wegen ihrer Schwangerschaft« abweisen dürfe. Die letztgenannte – weiterreichende – Feststellung findet sich in der Entscheidung C 177/88 gerade nicht. Es könnte aber immerhin ein auch rechtlich relevanter Unterschied

²³ Ziff. 26 der Entscheidungsgründe.

²⁴ Siehe Ziff. 27 der Entscheidungsgründe.

²⁵ AP Nr. 8 zu § 611 a BGB, siehe II 2 a der Entscheidungsgründe.

sein, ob der Arbeitgeber eine Bewerberin nur wegen der befürchteten finanziellen Lasten nicht berücksichtigt oder ob er auf die sofortige Besetzung der Stelle, also die Verfügbarkeit der Arbeitnehmerin angewiesen ist. Nachdem sonst von deutschen Arbeitsgerichten alle möglichen Variationen einer Frage an den EuGH herangetragen werden, ist nicht recht erkennbar, warum das BAG die Erweiterung der EuGH-Aussage aus der Entscheidung C 177/88 in eigener Kompetenz vornimmt. Es hätte, nachdem es selbst bislang vom Fragerecht des Arbeitgebers ausging und diese Rechtsprechung nur in Befolgung der EuGH-Entscheidung zurücknahm, die konkrete Frage einer eventuellen Relevanz der Verfügbarkeit der Arbeitnehmerin für die Einstellungsentscheidung durchaus nochmals dem EuGH vorlegen können und wohl auch müssen; zumindest hätte die unterschiedliche Ausgangslage in der Entscheidung vom 15. 10. 1992 nicht übergangen werden dürfen. Die stillschweigende Gleichsetzung der »Abweisung wegen finanzieller Auswirkungen der Schwangerschaft« und der weiterreichenden Formel der »Abweisung wegen Schwangerschaft« war jedenfalls nicht gerechtfertigt. Schon gar nicht gebilligt werden kann die Gleichsetzung dieser Bindung der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers mit der Problematik des Fragerechts. Auch hier war zu differenzieren und der begrenzte Gehalt der Entscheidung des EuGH zu beachten.

Die überschießende Interpretation der EuGH-Entscheidung durch das BAG ist um so weniger verständlich als das BAG selbst dann an seinem ohne Not aufgestellten Postulat der EG-Widrigkeit der Frage nach der Schwangerschaft doch nicht uneingeschränkt festzuhalten vermag.

Bereits in der Entscheidung vom 15. 10. 1992 will es die Anfechtung durchgreifen lassen, »wenn das eingegangene Vertragsverhältnis überhaupt nicht realisiert werden kann, das heißt, wenn die Bewerberin für die angestrebte Tätigkeit objektiv nicht geeignet ist«. Dies soll nach Meinung des BAG gegeben sein, wenn »die angestrebte Tätigkeit überhaupt nicht aufgenommen werden kann oder darf«, wofür wieder einmal in Fortsetzung alter Tradition auf die Tätigkeit des Mannequins oder der Tänzerin, dann allerdings auch zutreffend auf die unter Beschäftigungsverboten fallenden Arbeitnehmerinnen verwiesen wird.

Noch weiter ging das BAG in der nachfolgenden Entscheidung vom 1. 7. 1993²⁶. Hier wurde die Frage nach Vorliegen der Schwangerschaft für den Fall als »richtliniengemäß (Art. 2 Nr. 3 der Richtlinie 76/207/EWG)« zugelassen, daß die Frage dem Schutz der schwangeren Bewerberin dient. Dies wird vom BAG bei Eingreifen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotes gemäß § 4 Abs. 1, 2 MuSchG angenommen – nach dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt sollte die Arbeitnehmerin gesundheitsgefährdende Arbeiten i.S. § 4 MuSchG verrichten. Es kann aber keine Frage sein, daß alle anderen in § 4 MuSchG genannten Beschäftigungsverbote und genauso die in § 8 MuSchG angeführten, letztlich auch die gemäß § 3 Abs. 1 MuSchG verfügten sowie auch die gemäß § 3 Abs. 2 und § 6 MuSchG pauschaliert bestehenden Beschäftigungsverbote in gleicher Weise dem Schutz der Gesundheit von Mutter und Kind dienen, damit mit den gleichen Konsequenzen bedacht werden müssen, d. h. das Fragerecht des Arbeitgebers eröffnen.

²⁶ EzA § 123 BGB Nr. 39.

Damit gibt es also weitreichende Fallagen, in denen das BAG die Frage nach der Schwangerschaft doch zuläßt. Dies kann zweifellos nicht mit dem Hinweis auf die Äußerung des EuGH in der Entscheidung C 177/88 begründet werden, daß das Diskriminierungsverbot für den Fall gelte, daß der Arbeitgeber eine Bewerberin »für geeignet befunden« habe, denn diese Äußerung betraf, wie die EuGH-Entscheidung unschwer erkennen läßt, nicht die Einsatzfähigkeit zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, sondern die grundsätzliche Eignung der Arbeitnehmerin (ihre fachliche und persönliche Qualifikation) unabhängig von Schwangerschaft oder Mutterschaft. Es ging dem EuGH damals durchaus nicht um die Frage, wie sich mutterschutzrechtliche Beschäftigungsverbote auf die Verfügbarkeit der Arbeitnehmerin auswirken. Dies ist in der EuGH-Entscheidung gerade nicht behandelt worden – deshalb ja die vorstehend geäußerte Anregung, den EuGH zu dieser Frage noch anzurufen.

Es kann kaum übersehen werden, daß der schwangeren Einstellungsbewerberin in Fallagen, wie sie vom BAG in der Entscheidung vom 1. 7. 1993 angesprochen wurden, der Weg in das Arbeitsverhältnis versperrt wird. Im Interesse des Gesundheitsschutzes von Mutter und Kind ist dies keineswegs unbedingt erforderlich. Es läßt sich denken, die Fragen nach der Schwangerschaft bei Einstellung zu unterbinden und es wie im bereits bestehenden Arbeitsverhältnis darauf ankommen zu lassen, daß die Arbeitnehmerin selbst nach Arbeitsantritt ihre Schwangerschaft meldet und damit das Eingreifen der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote auslöst. Wer bei Eintritt der Schwangerschaft bereits in einem Arbeitsverhältnis steht, wird vom Arbeitgeber auch nicht mehr nach bestehender Schwangerschaft gefragt, um die Beschäftigungsverbote aktualisieren zu können. Es ist schließlich nicht ausgeschlossen, daß dem Schutzbedürfnis einer neueingestellten Arbeitnehmerin ebenso wie bei den schon im Arbeitsverhältnis befindlichen Mitarbeiterinnen nach Anzeige der Schwangerschaft durch Umsetzung auf einen nicht gesundheitsgefährdenden Arbeitsplatz Rechnung getragen wird.

Die vom BAG in den Entscheidungen vom 15. 10. 1992 und vom 1. 7. 1993 dem Arbeitgeber offengehaltenen Fragemöglichkeiten sind im Ergebnis gleichwohl zu begrüßen und sogar für geboten zu erachten. Die Begründung des BAG kann aber nicht befriedigen. Das Fragerecht des Arbeitgebers müßte grundsätzlich anerkannt werden, soweit es um die Verfügbarkeit der Einstellungsbewerberin geht. Das BAG hat in den zwei genannten Entscheidungen sowieso fast alles zusammengetragen, was nach der bisherigen Bewertung im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung zur Rechtfertigung des Fragerechts geltend gemacht wurde. Die EuGH-Rechtsprechung könnte eine Akzentverschiebung nur insoweit bewirken, als nach ihr die den Arbeitgeber treffende finanzielle Belastung allein nicht mehr als Rechtfertigung genügt, sondern auf den Gesichtspunkt der Verfügbarkeit abgestellt werden muß²⁷. Man ersieht daraus, daß es nicht hilfreich war, die Frage nach der Schwangerschaft aus der vom BAG entwickelten differenzierenden Lösung herauszunehmen und der pauschalierenden Lösung des Diskriminierungsverbotes zu unterstellen, die letztlich doch nicht durchgehalten werden kann. Es müssen nunmehr die Sachgründe, die bislang zur Rechtfertigung des Fragerechts herangezogen wurden, dazu dienen, die Diskriminierung, die ja nur ein Verbot sachwidriger Behandlung sein kann, zu verneinen.

27 Siehe bereits meine Stellungnahme im Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 38 Anm. 87 ff.

V. Ausweg aus dem Dilemma

1. Die Belastung des Arbeitgebers aus dem deutschen Mutterschutzgesetz

Die geltende Rechtslage ist alles andere als befriedigend, sowohl was Rechtsklarheit angeht wie auch bezüglich der materiellen Lastenverteilung.

Betrachtet man den Ausgangssachverhalt der EuGH-Entscheidung vom 5. 5. 1994 – die im Nachtdienst nicht einsetzbare Altenpflegerin –, würde das Verbot, eine bestehende Schwangerschaft bei der Einstellungsentscheidung zu berücksichtigen, bedeuten, daß die Bewerberin ungeachtet der fehlenden Einsatzmöglichkeit einzustellen und, wenn eine Umsetzung auf einen Tagesarbeitsplatz nicht möglich ist, gemäß § 11 MuSchG zu entlohnen ist. In dem vom EuGH entschiedenen Fall war immerhin zunächst noch eine Arbeitsleistung von vier Wochen erbracht worden. Nicht anders aber könnte entschieden werden, wenn die Bewerberin die Schwangerschaft bereits bei Arbeitsantritt oder schon bei den Einstellungsverhandlungen bekanntgibt. Dann wäre der Einsatz auf dem arbeitsvertraglich vorgesehenen Arbeitsplatz von Anfang an, im Extremfall bis zu neun Monaten, ausgeschlossen, wobei der Arbeitgeber 7 1/2 Monate alleiniger Kostenträger ist; lediglich in den letzten sechs Wochen würde er teilweise durch Leistungen der sozialen Krankenversicherung entlastet. Je nach Einkommenshöhe der Arbeitnehmerin würde dies aber nur eine Entlastung um einen mehr oder weniger bedeutsamen Bruchteil der Vergütung bedeuten. Während der ganzen Zeit muß der Arbeitsplatz, der von der schwangeren Arbeitnehmerin nicht eingenommen werden kann, anderweitig besetzt werden, was aber, da er der schwangeren Arbeitnehmerin reserviert bleiben muß, nur befristet, und damit zum Teil nicht mit der gewünschten hinreichenden Qualifikation möglich ist. Wenn tarifliche Regelungen nicht entsprechend den Anforderungen des BAG²⁸ einschränkend formuliert sind, kann hinzukommen, daß der Arbeitgeber für die gesamte Ausfallzeit der Arbeitnehmerin noch die Jahressonderleistungen zu zahlen hat. Wenn dann schließlich die Arbeitnehmerin – wenn auch nur in Ausnahmefällen – nach Inanspruchnahme und Ablauf des Erziehungsurlaubs aus dem Arbeitsverhältnis wieder ausscheiden würde, wäre offensichtlich, daß eine solche rechtliche Ausgestaltung des Mutterschaftsrechtes nicht mehr mit dem prinzipiellen Charakter des Arbeitsverhältnisses als Leistungsaustauschverhältnis in Einklang gebracht werden kann. Nur wenn die Arbeitnehmerin die Arbeit nach Ablauf der Schutzfristen und eines eventuellen Erziehungsurlaubs beim Arbeitgeber für längere Zeit aufnimmt, kann die durch die Schwangerschaft bedingte Kostenbelastung als dem Sinn des Arbeitsverhältnisses noch entsprechend dem Arbeitgeber zugemutet werden.

Es wäre eine zu einfache Lösung, die sich aus dem deutschen Mutterschutzgesetz ergebenden Zahlungspflichten des Arbeitgebers über eine undifferenzierte Anwendung des Gleichheitssatzes auf Einstellungsvorgänge auch auf die noch nicht im Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmerinnen zu erstrecken. Es kumulieren sich in der momentanen Phase der Rechtsentwicklung die vom EuGH geforderte Gleichstellung der Frauen mit dem arbeitsrechtlich ausgestalteten Mutterschutz-

²⁸ Siehe dazu Urteil vom 10. 2. 1993, NZA 1993, 801.

recht der Bundesrepublik (vor allem der Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers). Daraus ergeben sich die hier angesprochenen Probleme.

2. Der rechtstatsächliche Ausgangspunkt der »Dekker«-Entscheidung

Die Frage der dem Arbeitgeber zumutbaren Belastung und der Ansatz für eine ausgewogene Lösung der Konfliktlage wird bei genauerem Studium der Dekker-Entscheidung deutlich. Die finanziellen Lasten aus den mutterschaftsbedingten Ausfallzeiten werden in den anderen Mitgliedstaaten der EG überwiegend von der sozialen Krankenversicherung getragen. Grundsätzlich hätte selbst im Dekker-Fall der Arbeitgeber die Lohnkosten für die Ausfallzeiten der schwangeren Arbeitnehmerin von der Versicherung erstattet erhalten. Dies drohte im konkreten Fall nur daran zu scheitern, daß sich die Versicherung wenigstens nach den Versicherungsbedingungen auf die Einstellung der Arbeitnehmerin durch den Arbeitgeber trotz Kenntnis der Schwangerschaft berufen konnte. In der Konsequenz des Dekker-Urteils muß es allerdings liegen, daß die entsprechende Versicherungsbedingung für unwirksam zu erklären ist. Daran kann nach der DEKKER-Entscheidung kein Zweifel sein; diese hatte sich mit dieser Frage nur nicht mehr zu befassen. Der EuGH hat aber in Ziff. 13 seiner Entscheidung die Problematik angesprochen, daß Regelungen der genannten Art den Arbeitgeber »einem solchen Druck aussetzen, daß er sich veranlaßt sieht, die Einstellung einer schwangeren Frau abzulehnen«, so daß eine solche Regelung selbst »eine Diskriminierung im Sinne der Richtlinie bewirken würde«.

Damit ist die Problematik durchaus richtig lokalisiert. Sie liegt in den staatlichen Vorschriften, die den Arbeitgeber zum fast vollständigen Kostenträger des schwangerschaftsbedingten Arbeitsausfalls, und zwar nicht mehr nur bei kurzzeitiger Verhinderung, sondern auch bei langdauerndem Ausfall der Arbeitnehmerin machen. Der Generalanwalt hatte im DEKKER-Verfahren²⁹ darauf aufmerksam gemacht, daß sich deutlich zeige, daß die Schwierigkeiten darin liegen, daß »manche Rechtsordnungen die Arbeitgeber mit der teilweisen Zahlung des Krankengeldes während des Mutterschaftsurlaubs belasten«. In der Bundesrepublik ist der Arbeitgeber bei Beschäftigungsverboten vor Beginn der Schutzfristen allerdings Kostenträger, während der Schutzfristen im Regelfalle teilweise, bei höherem Einkommen der Arbeitnehmerin unter Umständen zu einem weit überwiegenden Teil. Im DEKKER-Verfahren wurde nicht einmal vorausgesetzt, daß die ohne Rücksicht auf ihre Schwangerschaft einzustellende Arbeitnehmerin im Falle schwangerschaftsbedingten Arbeitsausfalls auch Leistungen bekommt. Der Generalanwalt hatte darauf hingewiesen³⁰, daß durchaus sein könne, daß neuingestellte Arbeitnehmerinnen im Hinblick auf die kurze Beschäftigungsdauer die rechtlichen Voraussetzungen für ein von der Krankenversicherung zu beziehendes Krankengeld noch nicht erfüllen. Sie können dann ebensowenig Leistungen beanspruchen wie ein entsprechend versicherter männlicher Arbeitnehmer. Auf dieser Grundlage läßt sich selbstverständlich wesentlich leichter auf die Einstellungspflicht des Arbeitgebers erkennen, als wenn diese vom ersten Tag

²⁹ Siehe Ziff. 28 seiner Schlußanträge, Entscheidungssammlung I, S. 3941.

³⁰ Siehe Ziff. 27 seiner Schlußanträge.

an den Arbeitgeber trotz fehlender Gegenleistung der Arbeitnehmerin zur Lohnfortzahlung in voller Höhe verpflichtet.

3. Freistellung von der Lohnfortzahlungspflicht als mögliche Lösung des Konflikts

Damit zeichnet sich eine mögliche Lösung des Konflikts ab, die erforderlichenfalls vom deutschen Gesetzgeber realisiert werden müßte, wenn die Rechtsprechung nicht zu einer sinnvollen Begrenzung des Geltungsanspruchs des Diskriminierungsverbotes gelangt. Die Lösung müßte dahingehen, daß der Arbeitgeber gegenüber der mit einem Einstellungsanspruch bedachten schwangeren Einstellungsbewerberin bei deren fehlender Einsatzmöglichkeit von der Vergütungspflicht freigestellt wird³¹.

Ganz offensichtlich ist dies die vom EG-Recht her vorgezeichnete Lösung.

Der Arbeitgeber darf zwar nach der DEKKER-Entscheidung die Einstellung einer schwangeren Bewerberin nicht wegen befürchteter finanzieller Folgekosten ablehnen. Das EG-rechtliche Diskriminierungsverbot erfordert aber nicht, der Arbeitnehmerin bei Wegfall jeglicher Einsatzmöglichkeit die volle Vergütung zu gewähren. Daß aus der gegenteiligen Rechtslage in Deutschland wenigstens ein Teil der Problematik der Einstellungspflicht resultiert, wird durch die DEKKER-Entscheidung gerade verdeutlicht.

Daß die Lösung durch Freistellung von der Entgeltzahlungspflicht gewonnen werden kann, ist schließlich aus der Richtlinie 92/85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz vom 19. 10. 1992 zu erkennen. Diese auf Art. 118 a EGV gestützte Richtlinie sieht in Art. 11 Ziff. 1 und 2 zwar zunächst vor, daß im Falle einer wegen Gesundheitsgefährdung erfolgten Beurlaubung nach Art. 6 und 8 der Richtlinie (Beschäftigungsverbot im Sinne des deutschen Mutterschutzrechts) sowie bei Eingreifen des Mutterschutzurlaubs im Sinne Art. 8 der Richtlinie (das sind die Schutzfristen im Sinne des deutschen Mutterschutzrechts) das Arbeitsentgelt fortzuzahlen oder eine angemessene Sozialleistung zu gewähren ist. Den Mitgliedstaaten wird jedoch in Art. 11 Ziff. 4 freigestellt, den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts bzw. auf Sozialleistung davon abhängig zu machen, daß bestimmte Bedingungen für das Entstehen des Anspruchs erfüllt werden. Damit ist ermöglicht, im nationalen Recht vorzusehen, daß Lohn/Lohnersatz erst ab einer bestimmten Laufzeit des Arbeitsverhältnisses zu zahlen ist. In Satz 2 der Ziff. 4 ist dies dahingehend begrenzt, daß keinesfalls vorgesehen sein darf, »daß dem voraussichtlichen Zeitpunkt der Entbindung eine Erwerbstätigkeit von mehr als zwölf Monaten unmittelbar vorausgegangen sein muß«. Das heißt, daß vorausgehende Erwerbstätigkeit bis zu zwölf Monaten verlangt werden darf. Damit wird sichergestellt, daß vor Bezug der Lohnfortzahlung bzw. des Lohnersatzes eine gewisse Arbeits-

³¹ Eine entsprechende Überlegung wurde bereits vor längerem von HANAU/PREIS ZfA 1988, 200/201 geäußert.

leistung erbracht wird. Vor allem ist gewährleistet, daß die eingestellte schwangere Bewerberin nicht ab dem Zeitpunkt der Einstellung trotz Wegfalls der Arbeitsleistung die volle Vergütungspflicht des Arbeitgebers in Anspruch nehmen kann.

4. Verfassungsrechtliches Gebot der Limitierung der mutterschaftsbedingten Belastung des Arbeitgebers

Eine Begrenzung der Inanspruchnahme des Arbeitgebers für mutterschaftsbedingte Lasten muß schon aus verfassungsrechtlichen Gründen gefordert werden. Es erscheint ausgeschlossen, den Arbeitgeber zur Einstellung schwangerer Bewerberinnen unter voller Belastung mit den in §§ 11, 14 MuSchG vorgesehenen Leistungen zu zwingen. Nach Art. 6 Abs. 4 GG hat jede Mutter Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft. Dazu hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 23. 4. 1974³² klargestellt, daß der Entgeltsschutz als Teil der die Gemeinschaft treffenden Schutzpflicht zum Teil auf Kosten des Arbeitgebers, d. h. durch dessen gesetzliche Verpflichtung zur Lohnfortzahlung gewährleistet werden kann. Die Kosten des Mutterschutzes brauchen von Verfassungen wegen nicht ausschließlich vom Staat getragen zu werden; die Gemeinschaft kann nach Meinung des Verfassungsgerichts den Entgeltsschutz zumindest teilweise auf andere Weise sicherstellen.

Die rechtstatsächliche Ausgangslage der damals bestehenden Lastenverteilung zwischen Bund, Krankenkassen und Arbeitgebern ist in der Entscheidung von 1974 detailliert festgehalten. Rund 22% der Frauen verdienten damals mehr als 800 DM netto pro Monat, nur 6,3% mehr als 1.200 DM. Verhältnismäßig gering war deshalb das Volumen des vom Arbeitgeber aufzubringenden Mutterschaftsgeldzuschusses. Die Belastung des Arbeitgebers aus § 14 MuSchG bewertete das Bundesverfassungsgericht damals als »maßvoll«. Zwanzig Jahre später wäre es an der Zeit, angesichts der Lohnentwicklung das Verhältnis zwischen der statisch gebliebenen Leistung der Sozialversicherung bzw. des Staates und den stetig angewachsenen Leistungen des Arbeitgebers neu auf den Prüfstand zu stellen. Dabei wäre in die Gesamtbewertung der bestehenden Lastenverteilung auch die Lohnfortzahlungspflicht des § 11 MuSchG mit einzubeziehen, die vom Bundesverfassungsgericht 1974 in wenig überzeugender Weise separiert worden war. Die heute den Arbeitgeber nach §§ 11, 14 MuSchG zugemutete Kostenbelastung dürfte die verfassungsrechtlich kritische Grenze sicher erreicht haben. Dabei muß berücksichtigt werden, daß der Arbeitgeber neben der Kostenbelastung auch die betriebsorganisatorischen Schwierigkeiten der Überbrückung des zeitweiligen Ausfalls der Arbeitsleistung zu bewältigen hat. Da die Stellen nur befristet besetzt werden können, lassen sich hinreichend qualifizierte Kräfte nicht immer gewinnen, so daß der Arbeitgeber auch die damit verbundenen betrieblichen Effizienzverluste zu tragen hat. Ungeachtet dessen eine unbeschränkte Einstellungspflicht bezüglich schwangerer Arbeitnehmerinnen mit allen daraus folgenden Lasten aufzuzwingen, stieße zweifellos auch an die verfassungsrechtlichen Grenzen.

³² AP Nr. 1 zu § 14 MuSchG 1968.

5. Fazit

Die erforderliche Limitierung der Inanspruchnahme des Arbeitgebers kann damit auf verschiedenen Wegen erfolgen.

Die Rechtsprechung könnte entsprechend der vom BAG bereits verfolgten Linie trotz grundsätzlicher Anerkennung der EuGH-Entscheidung die Frage nach der Schwangerschaft zwecks Klärung der Verfügbarkeit der Einstellungsbewerberin zweckbezogen, nämlich orientiert an den Beschäftigungsverboten und an der Funktion des geplanten Arbeitsverhältnisses, zulassen. Man kommt dann zu Entlastungsmöglichkeiten zugunsten des Arbeitgebers jedenfalls bei Eingehung befristeter Arbeitsverhältnisse und bei möglichem Eingreifen von Beschäftigungsverboten, – kurz gesagt bei Scheitern des Arbeitsverhältnisses als Leistungsaustauschverhältnis.

Der Gesetzgeber müßte, wenn – erzwungen durch die Rechtsprechung des EuGH – die Arbeitsgerichte das Fragerecht schlechthin verwehren oder jedenfalls in praktisch nur unbedeutendem Umfang billigen, den Ausschluß der Vergütungspflicht des Arbeitgebers in dem von der Richtlinie 92/95 zur Verfügung gestellten Rahmen vorsehen. Eventuell ließe sich dies auch (unter Heranziehung des Gesichtspunkts des Rechtsmißbrauchs) richterrechtlich erreichen.

Wenn auf dem einen oder anderen Wege eine ausgewogene Lösung nicht erzielt werden kann, wäre auf die verfassungsrechtlichen Grenzen zu verweisen. Einer uneingeschränkten Belastung des Arbeitgebers steht Art. 6 Abs. 4 GG entgegen. Im übrigen könnte es dann nicht ausbleiben, daß die Rechtsgrundlage der Richtlinie 76/207/EWG, aus der die Einstellungspflicht bzw. Unzulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft abgeleitet werden, zur Überprüfung gestellt würde. Sie ist auf den EWG-Vertrag, »insbesondere auf Art. 235« gestützt. Im Lichte der Maastrichtentscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist dies, wie ich bereits an anderer Stelle³³ dargelegt habe, alles andere als überzeugend, bislang aber kaum diskutiert.

Die Lösung der anstehenden Probleme ist damit alles andere als einfach. Man darf gespannt sein, was STAHLHACKE in der nächsten Ausgabe seines »Kündigungsrecht« uns an Überlegungen und Bewertungen mit auf den Weg gibt.

³³ Siehe dazu meinen Beitrag ZfA 1993, 329/330; zur Möglichkeit verfassungsgerichtlicher Überprüfung kompetenzwidrig erlassener Richtlinien sei auf meine These in DB 1994, 1472 verwiesen.