

2 AZR 227/92

4 Sa 157/92 Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

15. Oktober 1992

U r t e i l

Noll,

Amtsinspektorin

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgericht aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Oktober 1992 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Bitter sowie die ehrenamtlichen Richter Jansen und Binzek für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 1. April 1992 - 4 Sa 157/92 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Beklagte, die für eine schwangere Mitarbeiterin Frau R , eine Ersatzkraft benötigte, schloß nach einem Einstellungsgespräch am 2. September 1991 mit der Klägerin einen mündlichen Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit, aufgrund dessen die Klägerin als kaufmännische Angestellte für ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von 2750,-- DM tätig werden sollte. Am 4. September 1991 nahm die Klägerin, die zur Zeit der Einstellung im fünften Monat schwanger war (voraussichtlicher Entbindungstermin 11. Januar 1992) ihre Tätigkeit auf, wobei sie u. a. mit Frau R zusammenarbeitete. In einem Gespräch vom 12. September 1991 mit dieser Mitarbeiterin machte die Klägerin davon Mitteilung, schwanger zu sein mit der Behauptung, sie habe erst jetzt vom Arzt von ihrer Schwangerschaft erfahren.

Mit Schreiben vom 17. September 1991, das der Klägerin am gleichen Tage zugegangen ist, teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie fechte den Anstellungsvertrag "aus allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten, u. a. wegen Täuschung, Irrtums" an, weil die Klägerin der Firmenleitung beim Einstellungsgespräch die Schwangerschaft verschwiegen habe.

Die Klägerin, die in der Klageschrift noch angegeben hatte, sie habe der Beklagten beim Einstellungsgespräch mündlich von der Schwangerschaft Mitteilung gemacht, bestreitet, beim Einstellungsgespräch gefragt worden zu sein, ob sie schwanger sei. Zwar habe sie zum Zeitpunkt des Einstellungsgesprächs bereits von ihrer Schwangerschaft gewußt (ihr Mutterpaß stamme vom 13. Juni 1991), da sie aber nicht von sich aus verpflichtet gewesen sei, auf ihre Schwangerschaft hinzuweisen, sei das Arbeitsverhältnis nicht wirksam angefochten worden. Die angebliche Frage nach der Schwangerschaft verstoße im übrigen gegen § 611 a BGB. Sie bestreite, im Gespräch mit Frau R am 12. September 1991 erklärt zu haben, erst jetzt von der Schwangerschaft erfahren zu haben.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, daß das zwischen den Parteien begründete Arbeitsverhältnis weder durch die am 17. September 1991 zugegangene mündliche Kündigung, noch durch die am 17. September 1991 zugegangene schriftliche Kündigung aufgelöst ist, sondern über den 17. September 1991 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag behauptet, die Klägerin sei unter drei Bewerberinnen ausgesucht und beim Einstellungsgespräch ausdrücklich gefragt worden, ob sie schwanger sei und habe hierauf erklärt: "Nein, das müßte ich wissen". Obwohl die Klägerin mit Frau R , die sie habe vertreten sollen, zusammengearbeitet habe, habe sie erstmals im Gespräch vom 12. September 1991 von ihrer Schwangerschaft gesprochen. Dabei

habe sie wahrheitswidrig erklärt, erst jetzt durch Arztbesuch von der Schwangerschaft erfahren zu haben.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, das zwischen den Parteien begründete Arbeitsverhältnis bestehe über den 17. September 1991 hinaus fort; im übrigen, nämlich wegen der angeblichen Kündigungserklärungen, hat es die Klage abgewiesen, da unstreitig keine Kündigungen ausgesprochen worden seien. Die von der Beklagten gegen dieses Urteil eingelegte Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision der Beklagten ist unbegründet, so daß trotz der Säumnis der Revisionsbeklagten die Revision durch sog. unechtes Versäumnisurteil zurückzuweisen war, §§ 557, 381 Abs. 2 ZPO.

Das Arbeitsverhältnis ist durch die von der Beklagten erklärte Anfechtung nicht aufgelöst worden. Zwar hat die Klägerin die Beklagte über das Bestehen einer Schwangerschaft getäuscht, diese Täuschung ist jedoch mangels Zulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft nicht rechtswidrig (§ 123 BGB).

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Gegen die säumige Klägerin habe kein echtes Versäumnisurteil ergehen können, weil sich aus dem eigenen

Vorbringen der Beklagten kein Anfechtungsgrund ergebe. Denn die von der Beklagten behauptete ausdrückliche Frage nach der Schwangerschaft sei im Anschluß an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Frage des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 2 und 3 der Richtlinie 76/207 EWG unzulässig. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 8. November 1990 komme die Versagung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht und stelle daher eine unmittelbare Diskriminierung mit der Folge dar, daß ein Arbeitgeber gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße, wenn er es ablehne, mit einer von ihm für geeignet befundenen Bewerberin einen Arbeitsvertrag zu schließen, weil er deswegen Nachteile befürchte. Dabei komme es auch nicht darauf an, daß die Beklagte gerade eine Schwangerschaftsvertretung gesucht habe, denn die Klägerin sei nach ihrer Einstellung durchaus in der Lage gewesen, die ihr übertragenen Aufgaben zu erfüllen; auch zeige gerade die vorliegende Fallkonstellation, daß die Frage nach der Schwangerschaft unmittelbar diskriminierend i. S. der Rechtsprechung des EuGH sei. Die Weigerung der Beklagten, die Klägerin weiterzubeschäftigen, hänge unmittelbar mit ihrem Geschlecht zusammen; dies sei also Motiv für die Beklagte und deshalb für die Klägerin diskriminierend gewesen.

Ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB scheidet aus, weil die Schwangerschaft kein Dauerzustand und deshalb keine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne dieser Vorschrift sei. Dagegen habe sich die Beklagte mit der Berufung auch nicht gewandt.

II. Dem folgt der Senat sowohl im Ergebnis wie auch in der Begründung und gibt damit die entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, u. a. im Urteil vom 20. Februar 1986 (- 2 AZR 244/85 - AP Nr. 31 zu § 123 BGB) im Anschluß an die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Urteil vom 8. November 1990 (Rechtssache C 177/88 Dekker, EuGHE 1990, 3941-3977 = AP Nr. 23 zu Art. 119 EWG-Vertrag) auf.

1. Der in der Revisionsinstanz allein noch anhängige allgemeine Feststellungsantrag ist nach § 256 ZPO zulässig. Da die Klägerin gegen das teilweise klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts, das die Kündigungsklage mangels Vorliegens von Kündigungserklärungen abgewiesen hat, kein Rechtsmittel eingelegt hat, ist diese Entscheidung insoweit rechtskräftig. Dies gilt aber nicht für den allgemeinen Feststellungsantrag auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über den 17. September 1991 hinaus. Dieser ist infolge Zurückweisung der von der Beklagten eingelegten Berufung und Einlegung ihrer Revision in der Revisionsinstanz angefallen. Diesen Antrag hat der Senat wegen der für das Arbeitsverhältnis und seine Folgewirkungen bedeutsamen Klarstellung als zulässig angesehen (Urteile vom 31. Mai 1979 - 2 AZR 473/77 - AP Nr. 50 zu § 256 ZPO und vom 20. März 1986 - 2 AZR 296/85 - AP Nr. 9 zu § 256 ZPO 1977; BAGE 57, 231 = AP Nr. 19 zu § 4 KSchG 1969).

2. In der Sache selbst hat der Senat im Anschluß an das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 22. September 1961 (BAGE 11, 270 = AP Nr. 15 zu § 123 BGB mit Anm. von Larenz) durch Urteil vom

20. Februar 1986 (- 2 AZR 244/85 - AP Nr. 31 zu § 123 BGB) entschieden, die Frage nach der Schwangerschaft vor der Einstellung sei nicht unzulässig, wenn sich nur Frauen um den Arbeitsplatz bewürben. Der Senat neige lediglich dann dazu, in der Frage nach der Schwangerschaft eine unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts zu sehen, wenn sich männliche und weibliche Arbeitnehmer gleichermaßen um denselben Arbeitsplatz bewürben. Diese sog. "gespaltene Lösung" ist vom Senat (vgl. aaO) im Hinblick auf die Neuregelung des § 611 a BGB, die ihrerseits das deutsche Arbeitsrecht an die Richtlinie Nr. 76/207 EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. EG 1976 L 39/40) angepaßt hat, gerechtfertigt worden.

a) Bei der Anwendung des nationalen Rechts - hier des § 611 a BGB - müssen nach dem Grundsatz der gemeinschaftskonformen Auslegung (so zur Richtlinie 76/207 EWG: Urteile des EuGH vom 10. April 1984 - Rechtsache 14/83 und 79/83 - AP Nr. 1 und 2 zu § 611 a BGB; BAG Urteil vom 14. März 1989 - 8 AZR 447/87 - AP Nr. 5 zu § 611 a BGB; Senatsbeschuß vom 21. Mai 1992 - 2 AZR 449/91 - zur Veröffentlichung bestimmt) die vom EuGH der Richtlinie 76/207 EWG entnommenen Rechtssätze befolgt werden (vgl. auch BVerfGE 31, 145, 170; 75, 223, 240 f. und Urteil vom 28. Januar 1992 - 1 BvR 1825/82, 1 BvL 16/83 und 1 BvL 10/91 - NZA 1992, 270). Nach dem "Dekker"-Urteil (vgl. aaO) darf der Arbeitgeber eine Bewerberin nicht wegen ihrer Schwangerschaft abweisen

(Ziff. 12 der Entscheidungsgründe). Nach dieser Entscheidung ist eine Verweigerung der Einstellung aufgrund der finanziellen Auswirkungen der Fehlzeiten wegen der Schwangerschaft als Weigerung anzusehen, die im wesentlichen ihren Grund in der Schwangerschaft als solcher hat; eine solche Diskriminierung könne nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden, den der Arbeitgeber im Falle der Einstellung einer schwangeren Frau während deren Mutterschaftsurlaubs erleiden würde. Wenn die Tatsache der Schwangerschaft Motiv für die Einstellungsverweigerung sei, so komme es wegen der damit verbundenen Diskriminierung der Frau auch nicht darauf an (Entscheidungsgründe Ziff. 17), ob sich auf die selbe Stelle ein Mann beworben habe oder nicht.

b) Insoweit hat der Senat in dem erwähnten Urteil bereits im gleichen Sinne entschieden (zu II 2 c der Gründe), nämlich die Frage des Arbeitgebers nach der Schwangerschaft diene dem Zweck, die Einstellung einer Schwangeren zu verhindern, andernfalls würde er die Frage nicht stellen; die schwangere Arbeitnehmerin werde und solle also gegenüber anderen Bewerbern/Bewerberinnen benachteiligt werden. Aufgrund der EuGH-Entscheidung - namentlich auch zur zweiten Fragestellung des vorlegenden Gerichts - sieht sich der Senat nicht zuletzt im Hinblick auf seine vorstehende Aussage gehindert, an der sog. gespaltenen Lösung festzuhalten, zumal die nationalen Gerichte die EWG-Richtlinien so auszulegen haben, daß sie i. S. ihrer Zielsetzung tatsächlich möglichst wirksam sind (Ziff. 23 des Dekker-Urteils, aaO; vgl. auch Grabitz/Pernice, Komm. zum EWG-Vertrag, Stand Dezember 1983, Art. 164 Rz 27; Wißmann, DB 1991, 650, 651). Da die auf der

Richtlinie 76/207 EWG beruhende Vorschrift des § 611 a BGB in der Interpretation des Senats im Urteil vom 20. Februar 1986 (- 2 AZR 244/85 - AP Nr. 31 zu § 123 BGB) sachlich in allen Fällen wirkungslos bleibt, in denen ein männlicher Mitbewerber nicht vorhanden ist oder die Frau - selbst wenn letzteres der Fall wäre - dies jedenfalls nur selten bzw. unter erschwerten Bedingungen erfährt, gibt der Senat in Befolgung einer gemeinschaftskonformen Auslegung die gespaltene Lösung zugunsten einer generalisierenden Verhinderung der Diskriminierung schwangerer Frauen auf, ohne daß noch auf die vor Verkündung des EuGH-Urteils an der Senatsrechtsprechung geäußerte Kritik (vgl. Bellgart, BB 1986, 2414; Coester, Anm. zu AP Nr. 31 zu § 123 BGB; Colneric, BB 1986, 1573; Donat, BB 1986, 2413; Heilmann, AiB 1987, 190; Hunold, NZA 1987, 4, 5; Walker, DB 1987, 273, 275) eingegangen zu werden braucht.

aa) Dem läßt sich nach Auffassung des Senats nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Richtlinie 76/207 EWG, zu deren Durchführung § 611 a BGB ins Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt wurde, führe selbst nicht zu der Verpflichtung, ein Arbeitsverhältnis einzugehen (so EuGH vom 10. April 1984 - Rechtssache 79/83 - AP Nr. 2 zu § 611 a BGB). Einer schwangeren Bewerberin, die auf Befragen bei der Einstellung wahrheitswidrig ihren Zustand verschweige, werde aber ein Arbeitsplatz verschafft, wenn der Arbeitgeber zu einer Anfechtung nicht berechtigt sei (vgl. etwa Walker, DB 1987, 273, 276). Dabei wird nicht berücksichtigt, daß es gerade Ziel der Richtlinie (Art. 1) ist, den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen insbesondere hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung zu erleichtern, was in Art. 3 dahin konkretisiert

wird, daß bei den Bedingungen des Zugangs zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgt. Ließe man daher, nachdem der Zugang mit Hilfe des Diskriminierungsverbots erleichtert wurde, anschließend wieder eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zu, würde der Sinn der Richtlinie in ihr Gegenteil verkehrt. Eine derartige Handhabung der Richtlinie stünde, wenn sie nicht schon durch Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie unterbunden wird (vgl. dazu EuGH-Urteil vom 8. November 1990 - Rechtssache C 179/88 - AP Nr. 24 zu Art. 119 EWG-Vertrag, zu 11 und 13 der Gründe), jedenfalls im Widerspruch zu Ziff. 23 des "Dekker"-Urteils (aaO), wonach die Richtlinie im Sinne ihrer Zielsetzung möglichst wirksam auszuulegen ist.

bb) Es ist schließlich nicht Sache der Arbeitsgerichte (so aber Hunold, NZA 1987, 4, 7), die Interpretation der auf der EWG-Richtlinie 76/207 beruhenden Vorschrift des § 611 a BGB an den Auswirkungen des Arbeitsmarktes zu orientieren, zumal die These kaum beweisbar ist, bei grundsätzlicher Unzulässigkeit der Frage nach vorliegender Schwangerschaft wirke sich dies im Ergebnis zu Lasten der berufstätigen Frau aus (ebenso Coester, Anm. zu AP Nr. 31 zu § 123 BGB). Allenfalls läßt sich argumentieren, die Abwälzung der mutterschaftsbedingten ökonomischen Belastungen auf die Arbeitgeber zeuge von gesetzgeberischem Versagen und bedürfe gegebenenfalls des korrigierenden Eingriffs (so Generalanwalt Darmon in seinem Schlußantrag Ziff. 46 ff. in der Rechtssache C 177/88 Dekker, aaO). Im übrigen hat das BVerfG (Beschluß vom 23. April 1974 BVerfGE 37, 121, 126-128) am Beispiel des § 14

Abs. 1 Satz 1 MuSchG entschieden, es sei kein Verstoß gegen die Verfassung, Arbeitgeber und Krankenkassen mit finanziellen Folgen des gesetzlichen Mutterschutzes zu belasten.

c) Allerdings neigt der Senat dazu, eine Anfechtung durchgreifen zu lassen, wenn das eingegangene Vertragsverhältnis überhaupt nicht realisiert werden kann, d. h. wenn die Bewerberin für die angestrebte Arbeit objektiv nicht geeignet ist. Auch der EuGH hat in Ziff. 14 des "Dekker"-Urteils angemerkt, das Diskriminierungsverbot gelte für den Arbeitgeber nur hinsichtlich einer von ihm "für geeignet befundenen Bewerberin".

Eine solche Ungeeignetheit liegt im Streitfall allerdings nicht vor. Abgesehen davon, daß die Beklagte die Klägerin als kaufmännische Angestellte für geeignet angesehen hat, wie die Tatsache der Einstellung auf unbestimmte Zeit und die anstandslose Beschäftigung bis zum 17. September 1992 belegen, kann von einer Nichtgeeignetheit (Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie) und/oder einem bestimmten Geschlecht als unverzichtbare Voraussetzung für die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit (§ 611 a Abs. 1 Satz 2 BGB) nur ausgegangen werden, wenn die angestrebte Tätigkeit überhaupt nicht aufgenommen werden kann oder darf, z. B. bei einem Mannequin oder einer Tänzerin (vgl. auch den von der Bundesregierung der EG-Kommission übermittelten Ausnahmekatalog, BArbBl. 11/1987, 40 ff.). Zu denken wäre auch an Fälle, in denen Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz einer Beschäftigung der Bewerberin entgegenstehen oder in denen von vornherein eine Tätigkeit z. B. in einem befristeten Arbeitsver-

trag wegen sogleich eintretender Mutterschutzfristen, Erziehungsurlaub etc. (vgl. u. a. Bulla/Buchner, MuSchG, 5. Aufl., § 5 Rz 10 - 12; Gröninger/Thomas, MuSchG, § 9 Rz 53; Heilmann, MuSchG, § 5 Rz 22; ders. ArbuR 1987, 118, 120; Zmarzlik/Zipperer, MuSchG, 5. Aufl., § 9 Rz 35; Meisel/Sowka, MuSchG, § 9 Rz 40) nicht möglich ist. Eine solche Ausnahmesituation lag hier jedenfalls nicht vor, denn die Beklagte hat die Klägerin nicht befristet eingestellt, sondern eine Beschäftigung war ab 4. September 1991 immerhin bis sechs Wochen (§ 3 Abs. 2 MuSchG) vor dem 11. Januar 1992 (voraussichtlicher Entbindungstermin) und im Anschluß an die Mutterschaft möglich. Die Klägerin sollte also als Schwangerschaftsvertretung nicht gerade nur eine bestimmte, festliegende Zeit zur Verfügung stehen, so daß sie infolge gleichzeitiger Beschäftigungsverbote aufgrund eigener Schwangerschaft eine Tätigkeit für die Beklagte überhaupt nicht übernehmen konnte. Dies hat auch das Landesarbeitsgericht festgestellt, ohne daß die Revision dies gerügt hätte.

d) Die Klägerin hat folglich nicht arglistig gehandelt, wenn sie die Frage nach der Schwangerschaft - von diesem Sachvortrag der Beklagten war wegen der Säumnis der Klägerin auszugehen (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 50. Aufl., § 557 Anm. 2) - falsch beantwortete, weil die Frage unzulässig war. Eine rechtswidrige, arglistige Täuschung, die zur Anfechtung des Arbeitsvertrages berechtigte, lag deshalb nicht vor (ständige Rechtsprechung des BAG seit Urteil vom 5. Dezember 1957 - 1 AZR 594/56 - AP Nr. 1 zu § 123 BGB; vgl. zuletzt Senatsurteil vom

21. Februar 1991 - 2 AZR 449/90 - EzA § 123 BGB Nr. 35, zu II 2
der Gründe).

Hillebrecht

Triebfürst

Bitter

Peter Jansen

Binzek