

Leitsätze des Verfassers:

1. Ein Arbeitgeber, der eine Bewerberin wegen ihrer Schwangerschaft nicht einstellt, verwirklicht den Tatbestand einer unmittelbaren Diskriminierung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 und des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates. Dies gilt auch dann, wenn sich um die fragliche Stelle ausschließlich Frauen beworben haben.
2. Eine unmittelbare Diskriminierung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber durch die Einstellung erhebliche finanzielle Nachteile erleidet.
3. Im Falle der unmittelbaren Diskriminierung ist der Schadensersatzanspruch der abgewiesenen Bewerberin nicht vom Verschulden des Arbeitgebers abhängig.

EuGH, Urt. v. 8. 11. 1990 – C-177/88, ZIP 1991, 117 = DB 1991, 286

Kurzkomentar:

Wolfgang Däubler, Dr. iur., Universitätsprofessor in Bremen

1. Schwangerschaft von Bewerberinnen wird in der Regel im Zusammenhang mit dem Fragerecht des Arbeitgebers diskutiert: Man unterstellt, daß die Offenbarung einer Schwangerschaft in 99 von 100 Fällen jede Einstellungschance zunichte macht. Dabei verweist man gerne auf die Möglichkeit des Arbeitgebers, seine Beurteilung der „Eignung“ so zu steuern, daß eben typischerweise eine andere Bewerberin oder ein anderer Bewerber eingestellt wird.

Dem EuGH waren vom Hoge Raad der Niederlande Fragen aus einem Fall vorgelegt worden, bei dem die Dinge anders lagen. Eine schwangere Bewerberin war von der Auswahlkommission als am besten geeignet eingestuft, dann jedoch gleichwohl nicht eingestellt worden. Grund war für den Arbeitgeber das sog. Siekengeldreglement, wonach bei „vorhersehbarer Krankheit“ (zu der auch die Schwangerschaft gezählt wurde) die Lohnfortzahlungskosten nicht erstattet werden. Finanziell sei man als Stiftung nicht in der Lage, unter diesen Umständen einen Vertreter einzustellen, sondern müsse das vorgesehene Angebot an Bildungsveranstaltungen reduzieren.

2. Der EuGH präzierte zum einen den Begriff der unmittelbaren Diskriminierung: Sie liege vor, wenn die Einstellung aus einem Grund verweigert werde, der „ausschließlich für eines der beiden Geschlechter“ gelte. Damit ist die Nicht-Einstellung wegen Schwangerschaft erfaßt. Die wirtschaftlichen Nachteile seien nur Folgen eines geschlechtsspezifischen Merkmals und deshalb ohne Bedeutung.

Liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, stellt sich das Problem der Sanktion. Im Anschluß an die frühere Rechtsprechung wird betont, sie müsse „eine wirklich

abschreckende Wirkung“ gegenüber dem Arbeitgeber haben. Entscheide sich ein nationales Recht dafür, in solchen Fällen keinen Einstellungsanspruch, sondern Schadensersatz vorzusehen, dürfe dieser nicht vom Verschulden abhängen: Die Richtlinie kenne an keiner Stelle eine Ermächtigung für ein solches zusätzliches Merkmal.

3. Die praktische Bedeutung der Entscheidung liegt nicht so sehr im Bereich des Diskriminierungsbegriffs. Immerhin ist wichtig, daß es nicht auf irgendwelche „bösen Absichten“, sondern allein darauf ankommt, daß der Arbeitgeber seine Entscheidung bewußt von einem geschlechtsspezifischen Umstand abhängig macht. Ganz gravierende Konsequenzen ergeben sich jedoch bei den Rechtsfolgen: Die Rechtsprechung des BAG (DB 1989, 2279), wonach Schadensersatz in entsprechender Anwendung des § 847 BGB zu leisten ist, setzt auf seiten des Arbeitgebers Verschulden voraus und läßt sich deshalb nicht mehr aufrechterhalten. Erst recht gilt dies für die These, die Umstände könnten im Einzelfall auch dafür sprechen, auf jeden Schadensersatz zu verzichten (BAG DB 1989, 2281). Der EuGH hat seine Aussagen auch nicht auf den Fall beschränkt, daß die abgewiesene Bewerberin mit hinreichender Sicherheit den Arbeitsplatz erhalten hätte. Vielmehr geht es um jede Form unmittelbarer Diskriminierung, also auch jene Fälle, in denen die Bewerberin auch bei diskriminierungsfreiem Verfahren nicht zum Zuge gekommen wäre.

4. Unter rein juristischen Aspekten ist der Entscheidung des EuGH zuzustimmen. Dennoch empfindet man ein gewisses Unbehagen angesichts der Tatsache, daß das Verhalten des Arbeitgebers ungleich verständlicher war als in praktisch allen anderen Diskriminierungsfällen. Die vorübergehende Reduzierung der betrieblichen Tätigkeit, die nach dem unwiderlegten Vorbringen der Arbeitgeberseite drohte, ist eine Folge, die ein wenig an das „fiat iustitia pereat mundus“ erinnert. In der Praxis wird ein solcher (scheinbarer) Avantgardismus nur dazu führen, daß sich noch seltener Auswahlkommissionen finden, die die schwangere Bewerberin für die geeignetste erklären. Die eigentliche Ursache für die Nicht-Einstellung lag in der fehlenden Erstattung der Lohnfortzahlungskosten – ihre diskriminierende Wirkung hätte der EuGH möglicherweise durchaus in seine Erwägungen einbeziehen können. Zumindest täte der Gesetzgeber gut daran, hier Abhilfe zu schaffen. Würde dann noch immer diskriminiert, könnte man dem EuGH auch sozialpolitisch guten Gewissens zustimmen. Dies gilt insbesondere auch für die bemerkenswerte Stellungnahme zur Verschuldensfrage.