

(2) Heute: Generelle Unzulässigkeit

- 48 Diese gesplante Lösung des BAG hat der EuGH in der Rs. Dekker⁴⁵ verworfen. Nach seiner Ansicht liegt eine Benachteiligung wegen des Geschlechts auch dann vor, wenn der Arbeitgeber eine geeignete Bewerberin wegen ihrer Schwangerschaft nicht einstellt, weil er aufgrund gesetzlicher Vorschriften Nachteile zu befürchten hat. Dies gelte unabhängig davon, ob sich auf die Stelle auch ein Mann beworben habe. Die Schwangerschaft einer Bewerberin stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit ihrem Geschlecht, so dass die Verweigerung ihrer Einstellung aus diesem Grund stets eine geschlechtsbezogene Diskriminierung sei.
- 49 Positiviert wird diese Rechtsprechung des EuGH durch die erwähnten neueren Richtlinienbestimmungen, die der deutsche Gesetzgeber insbesondere durch § 3 I 2 AGG umgesetzt hat: Danach liegt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts „auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft“ vor. § 3 I 2 AGG fingiert damit gerade für die Fälle eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, in denen sich nur Frauen um eine Stelle bewerben.
- 50 Infolge dieser Entscheidung des EuGH hat das BAG die Frage nach der Schwangerschaft einer Bewerberin nur noch ausnahmsweise für zulässig erachtet: Zum einen, wenn die angestrebte Tätigkeit (zB als Tänzerin oder Mannequin) infolge der Schwangerschaft *tatsächlich* nicht ausgeübt werden kann.⁴⁶ Zum anderen, wenn *rechtliche* Hindernisse, zB Beschäftigungsverbote nach dem MuSchG oder anderen gesetzlichen Vorschriften, der Aufnahme der Tätigkeit entgegenstehen – wie etwa bei einer Schwangeren, die sich auf eine Stelle in einer Praxis für Laboratoriumsmedizin beworben hatte, wo sie mit hochinfektiösem, die Leibesfrucht gefährdenden Material hätte umgehen müssen, so dass die Frage nach der Schwangerschaft nach Ansicht des BAG objektiv dem gesundheitlichen Schutz der Bewerberin und ihres ungeborenen Kindes diene.⁴⁷
- 51 Allerdings sind auch diese Ausnahmen mit den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen nicht vereinbar. In der Entscheidung *Mahlburg*⁴⁸ hat der EuGH festgestellt, dass es die Gleichbehandlungsrichtlinie verbietet, eine Schwangere nur deshalb nicht auf eine *unbefristete* Stelle einzustellen, weil während der Schwangerschaft ein Beschäftigungsverbot besteht. Dieser Ansicht hat sich das BAG mittlerweile angeschlossen: Maßgeblich sei, dass die Bewerberin bei einem *unbefristeten* Arbeitsverhältnis nach Ablauf des Mutterschutzes in der Lage ist, die vertraglich vereinbarte Tätigkeit zu erbringen; das vorübergehende Beschäftigungshindernis trete bei einer Berücksichtigung des Schutzzwecks der Gleichbehandlungsrichtlinie zurück.⁴⁹
- 52 Ob die Frage nach der Schwangerschaft ausnahmsweise dann zulässig ist, wenn die Arbeitnehmerin bei einem geplanten *befristeten* Arbeitsvertrag ihre Arbeitsleistung wegen eines Beschäftigungsverbot oder aus tatsächlichen Gründen überhaupt nicht oder nur zu einem im Verhältnis zur geplanten Gesamtdauer äußerst geringen Teil erbringen kann, hat das BAG zwar aktuell noch nicht beantwortet.⁵⁰ Freilich hat der EuGH diese Frage in der Rs. *Tele Danmark*⁵¹ klar zugunsten der Schwangeren entschieden, so dass heute von der **generellen Unzulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft** auszugehen ist.⁵² Nur unter ganz exceptionellen Umständen kommt eine Rechtfertigung dieser Frage nach § 8 I AGG in Betracht.⁵³

(3) Zwischenergebnis

- 53 D hatte ein „Recht zur Lüge“ und durfte die Frage nach der Schwangerschaft wahrheitswidrig beantworten. Mangels Widerrechtlichkeit der Täuschung besteht kein Anfechtungsgrund, so dass das Arbeitsverhältnis nicht durch Anfechtung aufgelöst worden ist.

⁴⁵ EuGH v. 8.11.1990 – Rs. C-177/88 – NJW 1991, 628 (629) – D./VJV Centrum.

⁴⁶ BAG v. 15.10.1992 – 2 AZR 227/92 – NJW 1993, 1154 (1155 f.).

⁴⁷ BAG v. 1.7.1993 – 2 AZR 25/93 – NZA 1993, 933.

⁴⁸ EuGH v. 3.2.2000 – Rs. C-207/98 – NZA 2000, 255 (256) – *Mahlburg/Land Mecklenburg-Vorpommern*.

⁴⁹ BAG v. 6.2.2003 – 2 AZR 621/01 – NZA 2003, 848 (849).

⁵⁰ Stürmer NZA 2001, 527 (529); Herresthal EzA § 16 BerzGG Nr. 6, S. 10.

⁵¹ EuGH v. 4.10.2001 – Rs. C-109/00 – NZA 2001, 1241 (1242 f.) – *Tele Danmark A/S/Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark*.

⁵² MüKoBGB/Thüsing AGG § 11 Rn. 21 ff. und § 3 AGG Rn. 21; Preis/Temming ArbR Rn. 789; Junker GK ArbR Rn. 154; Hromadka/Maschmann ArbR I § 5 Rn. 51.

⁵³ HWK/Rupp AGG § 7 Rn. 3; MüKoBGB/Thüsing AGG § 3 Rn. 21; Adomeit/Mohr AGG § 2 Rn. 38.

Hinweis: Für den Fall, dass ein Anfechtungsgrund vorliegt, ist zum einen fraglich, ob für die Anfechtungserklärung entsprechend § 623 BGB ein **Schriftformerfordernis** besteht. Dies wird mit Hinweis darauf verneint, dass die Anfechtung der Beseitigung eines auf fehlerhafter Willensbildung beruhenden Rechtsgeschäfts diene und damit nicht mit der Kündigung bzw. dem Aufhebungsvertrag vergleichbar sei, bei denen es um die Beendigung eines in freier Selbstbestimmung eingegangenen Arbeitsvertrags gehe.⁵⁴ Zum anderen stellt sich die Frage, ob vor der Anfechtung eine **Anhörung des Betriebsrates** entsprechend § 102 BetrVG erforderlich ist. Auch dies wird verneint: Da der Betriebsrat die Einstellung eines Bewerbers nicht erzwingen könne, könne der Arbeitgeber auch ohne seine Mitwirkung über die Beendigung eines Arbeitsvertrags entscheiden, der auf einem Willensmangel beruhe.⁵⁵

54

C. Eintritt der innerprozessualen Bedingung

Der Hilfsantrag ist nur für den Fall gestellt worden, dass der Hauptantrag Erfolg hat. Dieser Fall ist vorliegend eingetreten, da das Arbeitsverhältnis nicht durch die Anfechtung aufgelöst wurde. Damit ist die (zulässige) innerprozessuale Bedingung eingetreten. 55

55

D. Erfolgsaussichten des Hilfsantrags

Der Hilfsantrag hat Aussicht auf Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist. 56

56

I. Zulässigkeit des Hilfsantrags

Der Hilfsantrag ist zulässig. Insoweit gelten die Ausführungen zur Zulässigkeit des Hauptantrags entsprechend (vgl. oben B. II.). Das **besondere Feststellungsinteresse** ergibt sich hier bereits aus der drohenden Präklusion nach §§ 4 S. 1, 7 KSchG. Darüber hinaus sind auch die **Verfahrensverbindungs voraussetzungen des § 260 ZPO** erfüllt. 57

57

Hinweis: Die Verfahrensverbindungs voraussetzungen sind bei einer Eventualklage **echte Zulässigkeitsvoraussetzungen**, da im Falle ihres Fehlens eine Abtrennung des Hilfsantrags nach § 145 ZPO nicht in Betracht kommt. Denn im abgetrennten Verfahren über den Hilfsantrag hinge die Entscheidung des Gerichts dann von einem in diesem Verfahren außerprozessualen Ereignis ab, dem Ausgang des Hauptverfahrens. 58

58

II. Begründetheit des Hilfsantrags

Der Hilfsantrag ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis der D nicht durch die vorsorglich erklärte außerordentliche Kündigung des B aufgelöst worden ist. 59

59

1. Wirksame Kündigungserklärung

Die Kündigung erfolgte hier schriftlich; das **Schriftformerfordernis** (§ 623 BGB) ist mithin gewahrt. Das Schreiben ist der D am 18.9.2019 zugegangen (§ 130 I 1 BGB). 60

60

Allerdings hat B die außerordentliche Kündigung nur vorsorglich erklärt. Die Kündigung ist als Gestaltungserklärung grundsätzlich **bedingungsfeindlich**, da dem Empfänger der Erklärung eine Ungewissheit über den Bestand seines Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dieser allgemeine Grundsatz lässt sich aus § 388 S. 2 BGB ableiten. Eine vorsorglich erklärte Kündigung steht jedoch unter der Bedingung, dass ein kündbares Arbeitsverhältnis noch besteht. Hierbei handelt es sich um eine zulässige **Rechtsbedingung**. Eine wirksame Kündigungserklärung liegt somit vor. 61

61

⁵⁴ Richardi/Annuß NJW 2000, 1231 (1233); Preis/Gotthardt NZA 2000, 348 (350).

⁵⁵ Richardi/Thüsing § 102 Rn. 27 f. mwN; aA Gamillscheg AcP 176 (1976), 197 (218).

2. Keine materielle Präklusion

62 Das Vorbringen der D dürfte nicht nach §§ 4 S. 1, 7 KSchG präkludiert sein.

a) Anwendbarkeit der Präklusionsvorschriften

63 Fraglich ist, ob die §§ 4 S. 1, 7 KSchG vorliegend anwendbar sind. Denn die D hat die vorgeschriebene Wartezeit nach § 1 I KSchG von sechs Monaten noch nicht erfüllt. Die in § 1 I KSchG vorgeschriebene Wartezeit betrifft nach ihrer systematischen Stellung indes nur das Erfordernis einer sozialen Rechtfertigung, nicht hingegen die Präklusionsvorschriften, deren Anwendbarkeit allein von den Voraussetzungen des § 23 KSchG abhängt.⁵⁶

b) Einhaltung der Drei-Wochen-Frist

64 Da die Drei-Wochen-Frist gem. § 4 S. 1 KSchG vorliegend gewahrt ist (vgl. oben B. III. 2. b)), kommt es nicht mehr auf § 4 S. 4 KSchG an. Daher kann offenbleiben, ob § 4 S. 4 KSchG auf den Fall der notwendigen vorherigen Zustimmung zur Kündigung nach § 17 II 1 MuSchG anzuwenden ist. Die für die Anwendbarkeit des § 4 S. 4 KSchG erforderliche Kenntnis des Arbeitgebers B von den den besonderen Kündigungsschutz auslösenden Umständen wäre zum maßgeblichen Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung zu bejahen gewesen.⁵⁷

3. Anhörung des Betriebsrats, § 102 BetrVG

65 Ein bestehender (!) Betriebsrat ist **vor jeder Kündigung** zu hören, § 102 I 1 BetrVG. Eine ohne dessen Anhörung ausgesprochene Kündigung ist **unwirksam**, § 102 I 3 BetrVG.

66 Hier hat B den Betriebsrat durch dessen Vorsitzenden (vgl. § 26 II 2 BetrVG) von der geplanten Kündigung in Kenntnis gesetzt. Die Unterrichtung ist **nicht formgebunden**, kann also auch mündlich erfolgen.⁵⁸ Die Mitteilung muss insbesondere die Art der Kündigung, die Person des zu kündigenden Arbeitnehmers und den maßgeblichen Kündigungsgrund enthalten.⁵⁹ Bei letzterem gilt der **Grundsatz der subjektiven Determinierung**, dh der Arbeitgeber muss nur die Gründe mitteilen, die aus seiner Sicht den Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmen.⁶⁰ Die Mitteilung des B entsprach diesen Anforderungen, weil die Mitteilung die geplante fristlose Kündigung der D wegen der unrichtigen Angaben über die bestehende Schwangerschaft konkret enthielt. Der Vorsitzende des Betriebsrates hat B daraufhin mitgeteilt, dass von dessen Seite keine Einwände gegen die Kündigung bestehen; eine Schriftform ist auch insoweit nicht erforderlich (vgl. § 102 II 2 BetrVG). Ob der entsprechende Beschluss im Betriebsrat ordnungsgemäß gefasst wurde, ist nicht ersichtlich. Dies ist aber auch ohne Bedeutung, da ein aus der Sphäre des Betriebsrats stammender Fehler einer ordnungsgemäßen Anhörung nach § 102 I BetrVG grundsätzlich nicht entgegensteht (sog. Sphärentheorie).⁶¹ Die in der Rechtsprechung anerkannte Ausnahme von der Sphärentheorie für Fälle, in denen der Arbeitgeber nach der Form der Mitteilung an ihn oder aus anderen Gründen sicher davon ausgehen muss, dass ein Beschluss, sei er ordnungsgemäß oder nicht, überhaupt nicht vorliegt,⁶² ist hier nicht einschlägig. Insbesondere liegt keine Spontanäußerung des Betriebsratsvorsitzenden vor, bei der für B offensichtlich gewesen wäre, dass der Betriebsrat noch keinen Beschluss gefasst hat. Die Betriebsratsanhörung ist also ordnungsgemäß durchgeführt worden, die Kündigung ist nicht nach § 102 I 3 BetrVG unwirksam.

⁵⁶ Bader NZA 2004, 65 (68) mwN.

⁵⁷ Vgl. dazu ausführlich → Fall 2 („Ungestörter Urlaub“) Rn. 77 ff.

⁵⁸ Richardi/Thüsing BetrVG § 102 Rn. 84.

⁵⁹ Vgl. nur Grüneberg/Weidenkaff BGB Vorb v § 620 Rn. 52.

⁶⁰ BAG v. 6.7.2006 – 2 AZR 520/05 – NZA 2007, 266 (267); BAG v. 15.11.1995 – 2 AZR 974/94 – NZA 1996, 419 (421); BAG v. 12.8.2010 – 2 AZR 945/08 – NZA 2011, 460 (462); Richardi/Thüsing § 102 Rn. 63; APS/Koch BetrVG § 102 Rn. 88.

⁶¹ Richardi/Thüsing BetrVG § 102 Rn. 105; Preis/Greiner KollArbR Rn. 2545 ff.

⁶² BAG v. 28.3.1974 – 2 AZR 472/73 – NJW 1974, 1726; BAG v. 28.2.1974 – 2 AZR 455/73 – NJW 1974, 1526.

4. Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung, § 626 I BGB

Fraglich ist weiterhin, ob die Voraussetzungen des § 626 BGB erfüllt sind. Zunächst müsste ein **wichtiger Grund** iSd § 626 I BGB vorliegen. Schuldhaftige Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers bei Abschluss des Vertrages können ein wichtiger Grund iSd § 626 I BGB sein. Voraussetzung ist allerdings, dass die Umstände zur Zeit der Kündigung für das Arbeitsverhältnis noch von Bedeutung sind.⁶³ D hat bei Abschluss des Arbeitsvertrags über ihre bestehende Schwangerschaft getäuscht. Dieser Umstand ist für das Arbeitsverhältnis auch weiterhin von Bedeutung, da D zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung noch schwanger ist. Sie hatte jedoch ein Recht zur Lüge über ihre Schwangerschaft (vgl. oben B. III. 2. d)). Obwohl das Vorliegen eines wichtigen Grundes kein Verschulden erfordert,⁶⁴ liegt es nahe, in Anlehnung an das **Maßregelungsverbot** nach § 612a BGB hier auch das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB zu verneinen.⁶⁵ Dies kann jedoch im Ergebnis dahinstehen, wenn die Kündigung schon aus anderen Gründen unwirksam ist.

5. Nichtigkeit der Kündigung gem. § 17 I 1 Nr. 1 MuSchG iVm § 134 BGB,

D war zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs, § 130 I BGB, schwanger und B hatte Kenntnis von der Schwangerschaft. Die Kündigung ist hier daher jedenfalls nach § 17 I 1 Nr. 1 MuSchG iVm § 134 BGB, nichtig. Dieses Kündigungsverbot gilt auch für die außerordentliche Kündigung.⁶⁶

6. Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung, § 140 BGB

Denkbar ist jedoch eine Umdeutung der Kündigung in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB. Im Zweifel wird bei der Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung eine ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Termin gewollt sein.⁶⁷ Eine Umdeutung setzt jedoch voraus, dass die ordentliche Kündigung als Minus wirksam wäre. Auch eine ordentliche Kündigung scheiterte aber vorliegend an § 17 I 1 Nr. 1 MuSchG iVm § 134 BGB.

Hinweis: Der Betriebsrat muss grundsätzlich vor jeder Kündigung, mithin auch zu einer *hilfsweise* erklärten ordentlichen Kündigung, angehört werden. Hört der Arbeitgeber den Betriebsrat nur zu einer außerordentlichen Kündigung an, kommt eine Umdeutung in eine ordentliche Kündigung mangels Anhörung grundsätzlich nicht in Betracht; die ordentliche Kündigung wäre nach § 102 I 3 BetrVG unwirksam. Eine Ausnahme besteht, wenn der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat und einer ordentlichen Kündigung somit erkennbar nicht entgegengetreten wäre.⁶⁸

Die von B ausgesprochene außerordentliche Kündigung der D ist nichtig. Eine Umdeutung in eine ordentliche Kündigung gem. § 140 BGB kommt nicht in Betracht. Damit ist auch der Hilfsantrag begründet.

E. Ergebnis

Die Klage der D hat in vollem Umfang Aussicht auf Erfolg.

⁶³ Grüneberg/Weidenkaff BGB § 626 Rn. 43.

⁶⁴ Preis/Temming ArbR Rn. 3083.

⁶⁵ IErg ebenso Schaub ArbR-HdB/Linck § 108 Rn. 11 ff.

⁶⁶ ErfK/Schlachter MuSchG § 17 Rn. 6: „alle Arten von Kündigungen“.

⁶⁷ Brox/Rüthers/Henssler ArbR Rn. 645.

⁶⁸ BAG v. 20.9.1984 – 2 AZR 633/82 – NZA 1985, 286 (287); Grüneberg/Weidenkaff BGB Vorb v § 620 Rn. 56.

Frage 2: Anspruch der M auf Weiterbeschäftigung

- 73 Vorliegend verlangt M, über den 31.12.2019 hinaus im Betrieb des B weiterbeschäftigt zu werden. In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 611a I, 613 BGB iVm § 242 BGB iVm Art. 1 I, 2 I GG. Sofern ein Arbeitnehmer Beschäftigung verlangt, ist zwischen dem **Beschäftigungsanspruch** und dem **Weiterbeschäftigungsanspruch** zu unterscheiden.

A. Beschäftigungsanspruch

- 74 Der **Beschäftigungsanspruch** ist das **Recht des Arbeitnehmers, nicht nur bezahlt, sondern auch tatsächlich beschäftigt** zu werden. Ein solcher Anspruch ist im Dienstvertragsrecht des BGB (§§ 611 ff. BGB) nicht ausdrücklich erwähnt. Der Dienstvertrag verpflichtet den Dienstberechtigten lediglich, dem Dienstverpflichteten die vertraglich vereinbarte Vergütung zu zahlen. Er ist berechtigt, die Dienstleistung zu fordern, aber nicht zu ihrer Annahme verpflichtet.
- 75 Nach dem BAG hat der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag indes einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung.⁶⁹ Grundlage ist die **Wertentscheidung der Art. 1 I, 2 I GG**, die über die Generalklausel des § 242 BGB in das Arbeitsvertragsrecht hineinwirkt. Die Achtung vor dem grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrecht verlange, dass der Arbeitnehmer nicht zur Untätigkeit mit Entgeltzahlung veranlasst werden dürfe, sondern die Möglichkeit erhalten müsse, seine beruflichen Fähigkeiten durch stetige Tätigkeit zu erhalten und fortzubilden. Der Beschäftigungsanspruch muss nur dann zurücktreten, wenn überwiegende schützenswerte Interessen des Arbeitgebers bestehen. Die Frage nach dem Beschäftigungsanspruch stellt sich also nur, wenn das Bestehen des Arbeitsverhältnisses unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist.
- 76 Hier ist aber gerade der (Fort-)Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien umstritten, so dass der Beschäftigungsanspruch nicht dem Begehren der M entspricht.

B. Weiterbeschäftigungsanspruch

- 77 Ist der **Bestand** des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien streitig, sei es, dass der Arbeitnehmer eine arbeitgeberseitige Kündigung nicht akzeptiert und mit der Kündigungsschutzklage angreift, sei es, dass der Arbeitnehmer – wie hier – die Unwirksamkeit einer Befristung des Arbeitsverhältnisses geltend macht, so kommt ein sog. **Weiterbeschäftigungsanspruch** in Betracht.
- 78 Ein spezieller sog. **betriebsverfassungsrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch** ist in § 102 V 1 BetrVG geregelt.⁷⁰
- 79 Das BAG anerkennt darüber hinaus aber auch einen sog. **allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch** und stützt diesen auf die gleiche dogmatische Grundlage (§ 242 BGB iVm Art. 1 I und 2 I GG) wie den Beschäftigungsanspruch.⁷¹ Voraussetzung dafür ist, dass eine Interessenabwägung ergibt, dass das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers das entgegenstehende Interesse des Arbeitgebers überwiegt. Hierzu wurden **drei Fallgruppen** entwickelt:⁷²
- 80 ■ **Offensichtliche Unwirksamkeit der Kündigung:** Wenn für einen verständigen Beobachter kein ernsthafter Zweifel an der Unwirksamkeit der Kündigung besteht, stehen einer tatsächlichen Beschäftigung idR keine schützenswerten Interessen des Arbeitgebers entgegen. Hier ist v.a. an Fälle der §§ 102 I, 103 BetrVG, § 17 MuSchG und § 168 SGB IX zu denken.
- 81 ■ **Unwirksamkeit der Kündigung nach erstinstanzlicher Entscheidung:** Sofern die erste Instanz des Verfahrens die Kündigung für unwirksam erklärt und der Arbeitgeber keine zusätzlichen Umstände vorgetragen hat, aus denen sich ein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung ergibt, besteht der Weiterbeschäftigungsanspruch.

⁶⁹ Grundlegend BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54 – NJW 1956, 359 (360); vgl. auch Grüneberg/Weidenkaff BGB § 611 Rn. 118.

⁷⁰ Ausführlich dazu Richardi/Thüsing BetrVG § 102 Rn. 212 ff.

⁷¹ Grundlegend BAG (GS) v. 27.2.1985 – GS 1/84 – NZA 1985, 702 (703 f.); kritisch dazu Lieb/Jacobs Arbeitsrecht Rn. 385 ff.

⁷² Junker GK ArbR Rn. 393; Dütz/Thüsing Arbeitsrecht Rn. 453; MHdB ArbR/Rachor § 131 Rn. 10 ff.

- **Besondere Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers:** Diese können einen Weiterbeschäftigungsanspruch v. a. dann rechtfertigen, wenn für die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers besondere Fähigkeiten oder Kenntnisse notwendig sind und ohne Weiterbeschäftigung der Verlust oder eine Minderung dieser Fähigkeiten bzw. Kenntnisse zu befürchten ist (Bsp.: Flugzeugpilot). 82

Der Weiterbeschäftigungsanspruch ist eine **einstweilige (dh vorläufige) Regelung** für den Zeitraum der Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Er rechtfertigt sich aus dem Weiterbeschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers, das in den genannten Konstellationen das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung überwiegt. Der Anspruch ist das Ergebnis einer konkreten Interessensabwägung; er besteht unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich erloschen ist oder fortbesteht. Deshalb kann er auch nicht rückwirkend entfallen, wenn zB die Wirksamkeit der Kündigung später im Kündigungsschutzprozess rechtskräftig festgestellt wird. 83

Hinweis: Umgekehrt **beeinflusst** der Weiterbeschäftigungsanspruch **nicht die materielle Rechtslage**. Deshalb entstehen Rückabwicklungsprobleme, wenn der Arbeitgeber aufgrund des Weiterbeschäftigungsanspruches den Arbeitnehmer weiterbeschäftigt und den (vermeintlich geschuldeten) Lohn zahlt, sich jedoch später herausstellt, dass das Arbeitsverhältnis wirksam beendet worden ist. Die Rechtsprechung differenziert danach, ob das Arbeitsverhältnis aufgrund des Weiterbeschäftigungsanspruches bis zur Beendigung des Rechtsstreits einvernehmlich weitergeführt wurde oder ob der Arbeitnehmer den Weiterbeschäftigungsanspruch gegen den Willen des Arbeitgebers gerichtlich durchgesetzt hatte. Im ersten Fall gelten die Regeln für das fehlerhafte Arbeitsverhältnis, im zweiten Fall muss nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden, wobei die Vermutung besteht, dass Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt grundsätzlich gleichwertig sind und sich daher gegenseitig saldieren.⁷³ 84

Das BAG hat ausdrücklich festgestellt, dass die Grundsätze des Weiterbeschäftigungsanspruches auch gelten, wenn um die **Wirksamkeit einer Befristung oder auflösenden Bedingung des Arbeitsverhältnisses** gestritten wird.⁷⁴ 85

Der betriebsverfassungsrechtliche Beschäftigungsanspruch nach § 102 V 1 BetrVG kommt nur bei Kündigungen, nicht aber bei Befristungen in Betracht. In Bezug auf die Konstellationen, in denen der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch anerkannt ist, mangelt es hier an einer erstinstanzlichen Gerichtsentscheidung zugunsten der M. Auch kann diese keine besonderen Beschäftigungsinteressen vorbringen. Ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch der M kommt daher vorliegend nur dann in Betracht, wenn die Befristung des Arbeitsverhältnisses offensichtlich unwirksam ist. 86

Die **Unwirksamkeit der Befristung** ist damit hier **Vorfrage** für das Bestehen des Weiterbeschäftigungsanspruches. 87

I. Wirksamkeit der Befristung

Der Arbeitsvertrag der M wurde auf den Zeitraum vom 1.7.2019 bis zum 31.12.2019 befristet (sog. **Zeitbefristung**, vgl. § 3 I 2 Alt. 1 TzBfG). Damit endet das Arbeitsverhältnis grundsätzlich mit Ablauf der vereinbarten Zeit, ohne dass es einer Kündigung bedarf, § 620 I, III BGB, § 15 I TzBfG. Diese Rechtsfolge tritt jedoch nur bei einer wirksamen Befristung ein. Ist die Befristung unwirksam, gilt der Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen und kann nur durch eine Kündigung aufgelöst werden (§ 16 TzBfG). 88

1. Befristungskontrollklage

Um zu verhindern, dass die Befristung unabhängig vom Vorliegen etwaiger Unwirksamkeitsgründe als von Anfang an rechtswirksam gilt, muss die M spätestens⁷⁵ innerhalb von drei Wochen nach dem ver- 89

⁷³ Dütz/Thüsing ArbR Rn. 454.

⁷⁴ BAG v. 13.6.1985 – 2 AZR 410/84 – NZA 1986, 562 (565).

⁷⁵ Auch vor dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses ist eine Befristungskontrollklage bereits zulässig, BAG v. 23.6.2010 – 7 AZR 1021/08 – NZA 2010, 1248.

einbarten Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses (31.10.2019), eine sog. **Befristungskontrollklage**⁷⁶, dh eine Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der konkreten Befristung nicht beendet ist, erheben, § 17 S. 1, S. 2 TzBfG iVm § 7 KSchG.⁷⁷ Die Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruchs kann mit der Befristungskontrollklage als uneigentlicher Eventualantrag für den Fall des Erfolgs im Hauptantrag verbunden werden.⁷⁸

2. Spezielle Befristungskontrolle

- 90 Eine Befristung ist zunächst zulässig, wenn sie nach Spezialvorschriften (zB § 21 BEEG) außerhalb des TzBfG (vgl. § 23 TzBfG) zulässig ist (spezielle Befristungskontrolle). Solche Spezialvorschriften sind vorliegend nicht einschlägig.

3. Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund, § 14 I TzBfG

- 91 Damit richtet sich die Wirksamkeit der Befristung vorliegend nach den Vorschriften des TzBfG. Nach § 14 I 1 TzBfG ist eine Befristung des Arbeitsvertrags zulässig, wenn sie **durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt** ist. § 14 I 2 TzBfG zählt beispielhaft („insbesondere“) sachlich rechtfertigende Gründe auf. Dabei ist vorab festzuhalten, dass aus Art. 6 IV GG kein generelles Verbot der Befristung von Arbeitsverhältnissen werdender Mütter folgt, aber die Schwangerschaft im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist.⁷⁹
- 92 B begründet die Befristung mit der ungewissen künftigen Absatzentwicklung. Dies entspricht keinem der in § 14 I 2 TzBfG genannten Befristungsgründe. § 14 I 2 Nr. 1 TzBfG ist nicht einschlägig. Auch wenn diese Regelung auf einen vorübergehenden betrieblichen Bedarf an der Arbeitsleistung abstellt,⁸⁰ steht vorliegend gerade nicht von vornherein fest, dass der Bedarf an Arbeitskraft nur vorübergehend ist; vielmehr ist dieser ungewiss. Fraglich ist daher, ob die konkrete Befristung aus sonstigen Gründen nach § 14 I 1 TzBfG sachlich gerechtfertigt ist. Das **Risiko der künftigen Absatzentwicklung** und damit des künftigen Arbeitskräftebedarfs ist der unternehmerischen Betätigung immanent und fällt in die Sphäre des Arbeitgebers. Es darf nicht durch die Befristung der Arbeitsverträge auf die Arbeitnehmer abgewälzt werden.⁸¹ Die ungewisse künftige Absatzentwicklung ist damit kein sachlicher Grund iSd § 14 I TzBfG.

4. Zulässige sachgrundlose Befristung gem. § 14 II und III TzBfG

- 93 Die Befristung könnte vorliegend jedoch als sog. erleichterte Befristung nach § 14 II TzBfG auch ohne sachlichen Grund zulässig sein. Nach § 14 II 1 TzBfG ist eine kalendermäßige Befristung ohne sachlichen Grund bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Innerhalb dieses Zeitraums darf das befristete Arbeitsverhältnis höchstens dreimal verlängert werden.
- 94 Die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung besteht aber nach § 14 II 2 TzBfG nicht, wenn mit demselben Arbeitgeber **bereits zuvor** ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dieses sog. **Vorbeschäftigungsverbot** sollte eine sachgrundlose Befristung nach früherer Rechtsprechung des BAG aber dann nicht verbieten, wenn das Ende des letzten Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliegt.⁸² Anderenfalls wäre die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien und die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig beeinträchtigt, da sich der Arbeitgeber allein dadurch gehindert sähe, den Arbeitnehmer einzustellen, weil mit diesem vor „Urzeiten“ einmal ein Arbeitsverhältnis bestanden habe.

⁷⁶ Vgl. etwa BAG v. 6.10.2010 – 7 AZR 569/09 – NZA 2011, 477 ff. (nachträgliche Zulassung einer Befristungskontrollklage nach § 17 S. 2 TzBfG iVm § 5 KSchG).

⁷⁷ Vergleichbar der materiellen Präklusion im Rahmen der Kündigungsschutzklage.

⁷⁸ ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 17 Rn. 17.

⁷⁹ BAG v. 6.11.1996 – 7 AZR 909/95 – NZA 1997, 1222 (1223).

⁸⁰ Hierunter fallen insbesondere die Projektbefristung und die Saisonarbeit, vgl. BAG v. 7.11.2007 – 7 AZR 484/06 – NZA 2008, 467 (469 f.); BAG v. 29.1.1987 – 2 AZR 109/86 – NZA 1987, 627.

⁸¹ BAG v. 22.3.2000 – 7 AZR 758/98 – NZA 2000, 881 (882); Laux/Schlachter/Schlachter TzBfG § 14 Rn. 32.

⁸² BAG v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09 – NZA 2011, 905.

Diese Auslegung des § 14 II 2 TzBfG hat das BVerfG jedoch verworfen: Die vom BAG statuierte Drei-Jahres-Frist, bei der es sich an der Regelverjährung nach § 195 BGB orientierte, verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG, da es sich hierbei (auch angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 14 II 2 TzBfG!) um eine verfassungswidrige Rechtsfortbildung gegen den Willen des Gesetzgebers handelt.⁸³ Ausnahmsweise sei das Vorbeschäftigungsverbot jedoch aufgrund verfassungskonformer Auslegung nicht anzuwenden, wenn die Vorbeschäftigung lange zurückliegt, ganz anders geartet oder von kurzer Dauer war. Dieser „Klarstellung“ des BVerfG ist das BAG gefolgt.⁸⁴

Hier bestand zwischen M und B zwar bereits zuvor ein befristetes Arbeitsverhältnis, allerdings vor über 20 Jahren, zudem nur ganz kurz und mit anderem Inhalt. Demnach greift das Vorbeschäftigungsverbot hier auch nach der „neuen“ verfassungskonformen Auslegung durch das BVerfG und der diesem folgenden neuen Rechtsprechung des BAG⁸⁵ nicht, so dass die sachgrundlose Befristung der M gem. § 14 II TzBfG zulässig ist. 95

Unabhängig davon ist eine sachgrundlose Befristung hier auch nach § 14 III TzBfG zulässig: M hatte bei Beginn ihres befristeten Arbeitsverhältnisses ihr 52. Lebensjahr vollendet und war zuvor über 20 Jahre beschäftigungslos iSd § 138 I Nr. 1 SGB III. Zweck dieser Vorschrift ist es, die Einstellungs-chancen älterer Arbeitssuchender zu verbessern; die Vorgängerregelung hatte der EuGH in seiner berühmten „Mangold“-Entscheidung⁸⁶ wegen Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung für unionsrechtswidrig erklärt, weshalb der deutsche Gesetzgeber bei der (nunmehr unionsrechtskonformen) Neufassung der Norm im Jahre 2007 zusätzlich das Erfordernis vorheriger Beschäftigungslosigkeit aufgenommen hat. Ein Vorbeschäftigungsverbot besteht bei § 14 III TzBfG nicht. 96

Hinweis zur Geltung des TzBfG in Kleinbetrieben bzw. vor Erfüllung der Wartezeit des § 1 I KSchG: 97

Die strengen Vorgaben des TzBfG zur Zulässigkeit von Befristungsabreden sollen verhindern, dass der Arbeitgeber durch den Abschluss befristeter Arbeitsverträge den Kündigungsschutz nach dem KSchG umgeht. Vor Inkrafttreten des TzBfG vertrat das BAG daher die Ansicht, dass Befristungsabreden in Kleinbetrieben und Befristungen von bis zu sechs Monaten keiner Befristungskontrolle unterliegen, da in diesen Fällen mangels Anwendbarkeit des KSchG (vgl. §§ 23 I, 1 I KSchG) keine Umgehung des Kündigungsschutzes drohe (sog.-Umgehungsrechtsprechung).⁸⁷ Nunmehr ist jedoch anerkannt, dass die Beschränkungen des TzBfG auch für Befristungsabreden in Kleinbetrieben (dh solche, die die Voraussetzungen des § 23 I KSchG nicht erfüllen) und unabhängig davon gelten, ob der Arbeitnehmer die Wartezeit des § 1 I KSchG infolge der Befristung seines Arbeitsverhältnisses erfüllt.⁸⁸

5. Wahrung der Schriftform

Die Befristung bedarf schließlich gem. § 14 IV TzBfG zu ihrer Wirksamkeit der **Schriftform**. Diese ist hier gewahrt. 98

Hinweis: Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung die Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses an (sog. **Prozessbeschäftigung**), liegt eine Zweckbefristung nach § 3 I 2 Alt. 2 TzBfG vor, welche nach § 14 IV TzBfG formbedürftig ist. Wird die Schriftform nicht gewahrt, steht der Arbeitnehmer nach § 16 S. 1 TzBfG weiterhin in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber und zwar unabhängig davon, ob das Gericht die Wirksamkeit der Kündigung und damit die wirksame Beendigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses feststellt.⁸⁹ 99

⁸³ BVerfG v. 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 – NZA 2018, 774.

⁸⁴ BAG v. 23.1.2019 – 7 AZR 733/16 – NZA 2019, 700; BAG v. 21.8.2019 – 7 AZR 452/17 – NZA 2020, 40.

⁸⁵ Vgl. BAG v. 21.8.2019 – 7 AZR 452/17 – NZA 2020, 40.

⁸⁶ EuGH v. 22.11.2005 – C-144/04 – NZA 2005, 1345 (1347f.) – Werner Mangold/Rüdiger Helm.

⁸⁷ BAG v. 12.10.1960 – 3 AZR 65/59 – AP Nr. 16 zu § 620 BGB befristeter Arbeitsvertrag.

⁸⁸ BAG v. 6.11.2003 – 2 AZR 690/02 – NZA 2005, 218 (219); ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 14 Rn. 7.

⁸⁹ BAG v. 22.10.2003 – 7 AZR 113/03 – NZA 2004, 1275 (1276f.).

6. Anhörung des Betriebsrats, § 102 I BetrVG

- 100 Einer **Anhörung des Betriebsrats** gem. § 102 I BetrVG bedurfte es nicht. Eine Anhörungspflicht besteht nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung, nicht hingegen aus anderen Gründen beendet wird.

II. Zwischenergebnis

- 101 Der Arbeitsvertrag wurde wirksam befristet.

III. Ergebnis

- 102 M hat keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

Frage 3: Bestehen die von C geltend gemachten Ansprüche?

A. Anspruch auf Einstellung

I. Anspruch aus § 15 I AGG

- 103 C könnte gegen B einen Anspruch auf Einstellung aus § 15 I AGG iVm § 7 I AGG iVm § 249 I BGB haben.

1. Anwendungsbereich

- 104 Zunächst müsste der sachliche und persönliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet sein.
Sachlich findet das AGG nach § 2 I Nr. 1 AGG auf den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit Anwendung; die Norm erfasst die gesamte Vertragsanbahnungsphase, insbesondere den Bewerbungsprozess.⁹⁰
 Hier hat C sich als Arbeitnehmerin bei B beworben, so dass der sachliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet ist.
- 105 **Persönlich** gilt das AGG für Beschäftigte, § 6 I S. 1 AGG. Beschäftigte sind nicht nur Arbeitnehmer (§ 6 I S. 1 Nr. 1 AGG), sondern gerade auch **Bewerber** (§ 6 I S. 2 AGG).
- 106 C ist Bewerberin. Das AGG ist demzufolge auch in persönlicher Hinsicht anwendbar.

2. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot, § 7 I AGG iVm § 1 AGG

- 107 Es müsste weiterhin ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus § 7 I AGG iVm § 1 AGG vorliegen. § 7 I AGG verbietet jede Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe. Danach ist eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität unzulässig.
- 108 Durch seine beiden handschriftlichen Vermerke könnte B gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen haben. Wegen des Vermerks „(-) Ossi“ kommt eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft in Betracht. In Bezug auf die Bemerkung „außerdem viel zu fett“ ist eine Benachteiligung wegen einer Behinderung denkbar.

- 109 **Hinweis:** Eine gute Klausurlösung trennt hier klar zwischen den unterschiedlichen Benachteiligungsgründen.

⁹⁰ BeckOK ArbR/Roloff AGG § 2 Rn. 4.

a) Unmittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft („(-) Ossi“)

Das AGG differenziert zwischen unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligungen, vgl. § 3 I, II AGG. 110
 Nach § 3 I AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG
 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleich-
 baren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Demgegenüber liegt „lediglich“ eine mittel-
 bare Diskriminierung (§ 3 II AGG) vor, wenn dem Anschein nach an neutrale Merkmale angeknüpft
 wird, Konsequenz dieser Anknüpfung jedoch ist, dass sich diese auf eine bestimmte Personengruppe iSd
 § 1 AGG nachteilig auswirkt.⁹¹

Hier wurde die Bewerbung unter anderem aufgrund der ostdeutschen Herkunft nicht berücksichtigt, 111
 so dass nur – wenn die ostdeutsche Herkunft als Ethnie iSd § 1 AGG angesehen werden kann – eine un-
 mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vorliegen kann.

Zu fragen ist daher, ob die Qualifikation einer Person als „Ossi“ eine unzulässige Benachteiligung 112
 wegen der ethnischen Herkunft iSd § 1 AGG darstellt. Unter einer ethnischen Herkunft versteht man
 eine Zusammengehörigkeit, welche auf gemeinsamer Geschichte, Sprache oder Kultur basiert.⁹² Allein
 das subjektive Verständnis einer Personengruppe als ethnische Gruppierung genügt mithin nicht. Ob
 Ostdeutsche als Ethnie in diesem Sinne angesehen werden können, ist umstritten.

Teilweise will man Ostdeutsche nicht als Ethnie ansehen, da die über Jahre entstandene gesamtdeutsche 113
 Kultur (gemeinsame Sprache, Geschichte etc.) stärker verbinde als die unterschiedliche Entwick-
 lung von BRD und DDR nach dem 2. Weltkrieg trenne.⁹³ Der Begriff der ethnischen Herkunft sei noch
 nicht erfüllt, wenn lediglich die Herkunft aus einem bestimmten Territorium oder Ort die Personen
 miteinander verbindet.⁹⁴ Aufgrund der nur geringen Unterschiede hinsichtlich Tradition, Sprache, Ge-
 schichte etc. von Ost- und Westdeutschen könnten beide für sich betrachtet keine Ethnie darstellen.⁹⁵

Andere betrachten Ostdeutsche dagegen als Ethnie und verweisen auf das real existierende gesell- 114
 schaftliche Problem der Diskriminierung von Ostdeutschen.⁹⁶ Die Herkunft aus einem bestimmten Bun-
 desland kann aber auch nach dieser Ansicht nur ausnahmsweise eine ethnische Herkunft sein, wenn be-
 stimmte Zusammengehörigkeitsmerkmale (Dialekt, Tradition) objektiv vorhanden sind.

Schließlich will man den Begriff der Ethnie subjektiv, dh aus der Sicht des Diskriminierenden bestim- 115
 men und entscheidend auf das Vorstellungsbild desselben abstellen.⁹⁷ Dabei wird darauf verwiesen, dass
 es nach dem AGG genügt, wenn die Absicht des Diskriminierenden, wegen eines verbotenen Merkmals
 diskriminieren zu wollen, sich objektiv als eine Benachteiligung darstellt (vgl. § 7 I Hs. 2 AGG).⁹⁸

Gegen die letztgenannte Ansicht spricht, dass § 7 I Hs. 2 AGG nur den untauglichen Versuch, nicht 116
 aber das „Wahndelikt“ erfasst. Ein solch untauglicher Versuch liegt indes nur vor, wenn der Arbeitge-
 ber den fraglichen Bewerber irrtümlich wegen eines Merkmals benachteiligt, das bei diesem Bewerber
 zwar tatsächlich nicht vorliegt, aber nach § 1 AGG pönalisiert wäre, wenn es vorliegen würde. Daher
 kommt es hier nicht auf die (rechtliche) Vorstellung des B an, dass die geographische Herkunft aus Ost-
 deutschland eine ethnische ist. Entscheidend ist vielmehr, ob die ostdeutsche Herkunft eine ethnische
 begründet. Dies ist indes mit der Argumentation der erstgenannten Ansicht zu verneinen, so dass hier
 keine unzulässige Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft anzunehmen ist (aA gut vertretbar).
 Dabei ist auch zu beachten, dass § 7 AGG nicht jede Diskriminierung, sondern nur die aus den in § 1
 AGG abschließend genannten Gründen verbietet und daher nicht auf alle Handlungsweisen erstreckt
 werden kann, die man als moralisch diskriminierend empfindet.

⁹¹ BeckOK ArbR/Roloff AGG § 3 Rn. 17.

⁹² Junker GK ArbR Rn. 157.

⁹³ ArbG Stuttgart v. 15.4.2010 – 17 Ca 8907/09 – NZA-RR 2010, 344 (344).

⁹⁴ ArbG Stuttgart v. 15.4.2010 – 17 Ca 8907/09 – NZA-RR 2010, 344 (344).

⁹⁵ ArbG Stuttgart v. 15.4.2010 – 17 Ca 8907/09 – NZA-RR 2010, 344 (344); iErg auch MüKoBGB/Thüsing
 AGG § 1 Rn. 21.

⁹⁶ Bauer/Krieger/Günther AGG § 1 Rn. 23.

⁹⁷ Greiner DB 2010, 1940 (1941); BeckOK ArbR/Roloff AGG § 1 Rn. 2 f.

⁹⁸ Greiner DB 2010, 1940 (1941).