

Fall 4

Wer fragt, bleibt dumm!

Die A beginnt am 2. Januar eine Tätigkeit als Einkaufsleiterin bei B. Im Rahmen des Einstellungsgesprächs hatte sie einige Tage vorher die Frage »Sind sie schwanger?« bewusst wahrheitswidrig verneint. Am 20. März legt A dem B ein ärztliches Attest vor, aus dem hervorgeht, dass sie im sechsten Monat schwanger ist. B fürchtet nun die Unannehmlichkeiten, die seiner »Erfahrung« nach durch Schwangerschaften entstehen. Insbesondere ist ihm klar, dass er wegen des Kündigungsverbotes des § 9 MuSchG keine Möglichkeit hat, der A, die im Übrigen einwandfreie Arbeit leistet, in nächster Zeit zu kündigen. Da er sich aber von A hintergangen fühlt, will er wissen, ob er das Arbeitsverhältnis durch Anfechtung beenden kann.

Kann er?

Schwerpunkte: Das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses; das Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 BGB und § 119 Abs. 2 BGB bei verschwiegener Schwangerschaft; das »Recht zur Lüge«; die Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers; die Rechtsprechung des BAG und des EuGH zur Frage nach der Schwangerschaft.

Lösungsweg

Einstieg: Gefragt ist nach der Möglichkeit der Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den B. Folglich befinden wir uns eigentlich im ganz »normalen« Zivilrecht und den dort geltenden Regeln zur Anfechtung nach den §§ 119 ff. BGB. Hier im Arbeitsrecht gibt es nun allerdings einige spezifische Besonderheiten, die man zur Vermeidung einer schlechten Note zwingend kennen muss. Beachte bitte, dass es sich bei dem vorliegenden Fall zudem um einen echten »Klassiker« aus dem Arbeitsrecht handelt: Die oben geschilderte Geschichte ist nämlich nachvollziehbar zeitlos, kam also schon vor 100 Jahren vor und wird auch in 100 Jahren noch vorkommen. Und wir schauen uns deshalb jetzt mal an, wie man das (nach heutigem Stand) auflöst.

Die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen der Lüge der A

1. Die Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln

Die Anfechtungsregeln sind auf den Arbeitsvertrag grundsätzlich anwendbar (BAG NZA 1996, 371). Insbesondere wird das Recht zur Anfechtung nicht durch das Recht

zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 BGB ersetzt (BAG NZA 2006, 624; BAG AP Nr. 3 zu § 119 BGB; *Schaub/Linck* § 34 Rz. 24). Andernfalls würden Kündigungsverbote und Kündigungsbeschränkungen (z.B. der im Sachverhalt genannte § 9 MuSchG) sämtliche Willensmängel bei Abschluss des Arbeitsvertrages unbeachtlich machen. Der Schutz, den Kündigungsverbote beinhalten, wird folglich nur gewährt, wenn das Arbeitsverhältnis im Übrigen rechtsfehlerfrei zustande gekommen ist.

Feinkost: Die Anfechtung hat aber bei einem bereits aufgenommenen Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht die von § 142 Abs. 1 BGB vorgesehene Rückwirkung (»*ex tunc*«). Sie beendet das Arbeitsverhältnis vielmehr nur mit **ex-nunc-Wirkung** (also erst ab dem Zeitpunkt der Anfechtung), da eine Rückabwicklung bereits in Vollzug gesetzter Arbeitsverhältnisse nach den §§ 812 ff. BGB, die auf Verträge über einmaligen Leistungsaustausch zugeschnitten sind, unter anderem wegen der Schwierigkeiten, die erbrachte Arbeitsleistung zurückzugewähren, für nicht durchführbar gehalten wird (BAG NZA 2001, 315; BAG NZA 1999, 584; BAG AP BGB § 123 Nr. 27; BAG AP BGB § 123 Nr. 24; *Söllner/Waltermann* § 28 II; *Brox/Rüthers/Henssler* Rz. 66; *Lieb/Jacobs* Rz. 132 ff.). Das eben Gesagte gilt allerdings nach der Rechtsprechung des BAG dann nicht, wenn das Arbeitsverhältnis schon vor der Anfechtungserklärung des Arbeitgebers – egal aus welchem Grund – **außer Vollzug gesetzt** wurde (BAG AP Nr. 24 und 27 zu § 123 BGB). In diesem Fall soll die Anfechtung auf den Zeitpunkt zurückwirken, an dem der Arbeitnehmer tatsächlich aufgehört hat zu arbeiten, denn insoweit könnten keine Abwicklungsprobleme nach den §§ 812 ff. BGB entstehen (BAG a.a.O.; *Brox/Rüthers/Henssler* Rz. 66). Das ist übrigens auch der Fall, wenn der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit arbeitsunfähig erkrankt war und demzufolge seine Arbeitsleistung nicht erbracht hat (BAG BB 1999, 796). Eine Rückabwicklung ist dann kein Problem.

2. Der Ausschluss der Anfechtung wegen § 9 Abs. 1 MuSchG?

Man könnte darüber nachdenken, ob es angesichts der aus Sicht der Schwangeren gleichen Wirkung von Kündigung und Anfechtung nicht angezeigt ist, das Kündigungsverbot des § 9 Abs. 1 MuSchG auf die Fälle der Anfechtung zu übertragen. Schließlich ist eine Kündigung auch bei schwersten Verfehlungen der Frau wegen der besonderen Schutzwürdigkeit während der Schwangerschaft ausgeschlossen (BAG DB 1993, 1978). Hiergegen spricht allerdings der bereits unter 1. genannte Unterschied: Die §§ 119 ff. BGB schützen die freie Willensentschließung des Arbeitgebers. Der Kündigungsschutz zugunsten der Arbeitnehmerin greift nur, wenn das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung dieses durch §§ 119 ff. BGB gewährten Schutzes fehlerfrei zustande gekommen ist (ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 346).

3. Der Anfechtungsgrund

Es kommt im vorliegenden Fall eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung seitens der A nach § 123 Abs. 1 BGB in Betracht.

Voraussetzungen:

a) Zunächst muss A den B **getäuscht** haben. Täuschung im Sinne des § 123 BGB ist das Hervorrufen eines Irrtums über Tatsachen (*Jauernig/Mansel* § 123 BGB Rz. 3; *Palandt/Ellenberger* § 123 BGB Rz. 2). Die A hat die Frage des B nach einer Schwangerschaft falsch beantwortet. Damit hat A einen Irrtum über Tatsachen hervorgerufen und den B folglich getäuscht.

b) Diese Täuschung war auch **arglistig**, denn A wusste von der Schwangerschaft. Es ist außerdem nicht auszuschließen, dass diese Falschangabe mitursächlich für die Einstellung geworden ist mit der Folge, dass auch die Kausalität der Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung zu bejahen ist (BGH NJW 1964, 811). Eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB liegt somit vor.

c) Die Täuschung muss nun zudem auch **rechtswidrig** sein (bitte prüfen in § 123 BGB). Dieses Merkmal bezieht sich im Gesetz bei § 123 BGB zwar ausdrücklich nur auf die Drohung, was daran liegt, dass der Gesetzgeber ursprünglich davon ausging, dass arglistige Täuschungen grundsätzlich immer widerrechtlich sind (BGHZ 25, 217). Diese Regel kann aber – gerade im Arbeitsverhältnis – dann nicht zwingend gelten, wenn der die Anfechtung Erklärende die Täuschung durch eigenes rechtswidriges Verhalten herbeigeführt hat (BAG AP Nr. 35 zu § 123 BGB; *ErfKomm/Preis* § 611a BGB Rz. 361; *MünchArbR/Richardi* § 46 Rz. 39). Deshalb muss das Merkmal der Widerrechtlichkeit bzw. Rechtswidrigkeit in der Klausur bei der Täuschung ausdrücklich erwähnt und logischerweise dann auch geprüft werden (teleologische Reduktion).

Und genau an dieser Stelle bei der Rechtswidrigkeit bzw. Widerrechtlichkeit der arglistigen Täuschung im Rahmen des § 123 BGB liegt der Prüfungsstandort der Probleme um die geflunkerten Antworten des Arbeitnehmers beim Einstellungsgespräch. Das werden wir uns jetzt am Beispiel der verschwiegenen Schwangerschaft in den Einzelheiten anschauen und beginnen mit dem wichtigsten Prinzip, das man zu beachten hat, nämlich:

Grundsatz: Die bewusste Falschbeantwortung einer Frage im Einstellungsgespräch ist nur dann eine rechtswidrige Täuschung im Sinne des § 123 BGB, wenn die vom Arbeitgeber gestellte Frage zulässig war. Ist die Frage unzulässig, steht dem Arbeitnehmer das sogenannte »**Recht zur Lüge**« zu (BAG NZA 2013, 1087; BAG NZA 2012, 34; *MünchArbR/Buchner*, § 38 Rz. 184). Das muss ihm dann übrigens auch zustehen, denn wenn er auf eine unzulässige Frage bloß schweigen oder das Ganze explizit nicht beantworten würde bzw. dürfte (z.B. mit einem Satz wie: »Dazu sage ich nichts!«), würde selbst der dämlichste Arbeitgeber verstehen, wo der Hase lang läuft mit der sehr wahrscheinlichen Folge, dass er den Arbeitnehmer nicht einstellt. Und damit das nicht passiert, darf man auf unzulässige Fragen eben flunkern, was das Zeug hält. Wie gesagt, ansonsten fragt nämlich der Arbeitgeber alles, was ihn so

interessiert und man müsste sich dann durch Schweigen oder Nichtbeantworten selbst verraten.

Nach dem soeben Gesagten lautet die entscheidende Frage somit, welche Fragen des Arbeitgebers denn nun **zulässig** und welche **nicht zulässig** sind. Die Beantwortung dessen ergibt sich aus einer Abwägung der widerstreitenden Interessen: Der Arbeitgeber will möglichst viel erfahren, da das Arbeitsverhältnis ja regelmäßig zu einer lang andauernden Beziehung führt; der Arbeitnehmer will aber nicht alles von sich *Preisgeben*, wobei hier vor allem das Allgemeine Persönlichkeitsrecht eine Rolle spielt.

Und deshalb darf der Arbeitgeber nur Fragen stellen, an deren wahrheitsgemäßer Beantwortung er ein berechtigtes, billiges- und schützenswertes Interesse hat. Das ist regelmäßig der Fall, wenn die Antwort für das angestrebte Arbeitsverhältnis von Bedeutung ist (MünchArbR/Buchner § 41 Rz.1; *Linnenkohl* in AuR 1983, 129; *Moritz* in NZA 1987, 329). Zu berücksichtigen ist im Übrigen, dass die Frage des Arbeitgebers selbst bei einem vorliegenden **objektiven Bezug** zum Arbeitsplatz nicht in Widerstreit zu gesetzgeberischen Grundentscheidungen stehen darf. Das ist insbesondere bei Diskriminierungsverboten von Bedeutung (z.B. geschlechtsspezifisches Diskriminierungsverbot, § 611a BGB a.F. – ersetzt durch die Regelungen des AGG, dazu noch später – oder dem Verbot der Diskriminierung Schwerbehinderter, § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX; zu Letzterem besteht seit der Einführung im Jahr 2001 ein Meinungsstreit, ob weiterhin die – zuvor überwiegend für zulässig erachtete – Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft im Sinne des SGB IX gestellt werden darf, s. u.a. *Joussen* in NJW 2007, 174 m.w.N.; das BAG hat diese Frage bislang ausdrücklich offen gelassen, vgl. BAG NZA 2012, 34 und nur festgehalten, dass im **bestehenden** Arbeitsverhältnis danach gefragt werden darf, um z.B. zu erfahren, ob für den evtl. schwerbehinderten Arbeitnehmer bspw. die Sonderregeln der §§ 85 ff. SGB IX greifen; siehe BAGE 141, 1). Im Hinblick auf das AGG, mit dem wir uns später noch näher befassen werden, kann man sich merken, dass an der Beantwortung von Fragen nach den in § 1 AGG genannten Eigenschaften grundsätzlich kein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers besteht, es sei denn, die Frage erscheint nach den Maßstäben der §§ 8–10 AGG gerechtfertigt (*Schaub/Linck* § 26 Rz. 16; lies bitte insoweit auch § 32 Bundesdatenschutzgesetz – BDSG).

In unserem Fall ergibt sich daraus folgendes Bild: Zwar hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, von einer Schwangerschaft zu erfahren, denn eine solche stellt ihn regelmäßig vor finanzielle und personelle Belastungen. Allerdings betrifft die Frage naturgemäß eher die Frauen dieser Welt und verstößt deshalb grundsätzlich und eindeutig gegen § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG (= Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz → löste im Jahr 2006 den damaligen § 611a BGB ab). Die Frage nach der Schwangerschaft ist damit **unzulässig** (BAG NZA 2003, 848; LAG Köln DB 2012, 2872).

Durchblick: Insoweit übrigens hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) eine erhebliche Rolle bei der Entwicklung der Rechtslage in Deutschland gespielt. Der durch das AGG obsolet gewordene § 611a BGB beruhte nämlich auf der europäischen Richtlinie 76/207/EWG vom 09.02.1976 und hat in Verbindung mit diversen Urteilen des EuGH zu einer stetigen Fortentwicklung der BAG-Rechtsprechung im Hinblick auf die Geschichte mit der Befragung der Bewerberinnen nach

einer Schwangerschaft geführt: Während das BAG die Frage nach der Schwangerschaft wegen des durchaus gegebenen Interesses des Arbeitgebers bis in die 70er-Jahre hinein für zulässig hielt (BAG AP BGB § 123 Nr. 15; vgl. dazu schon kritisch Falkenberg in BB 1970, 1015), entschied das Gericht nach Einführung des § 611a BGB am 21.08.1980 (BGBl. I S. 1308), dass die Frage nur dann zulässig sei, wenn sich ausnahmslos Frauen auf den Arbeitsplatz beworben hätten (BAG NZA 1986, 739; BAG NJW 1989, 929). Das allerdings wurde mit Rücksicht auf ein Urteil des EuGH (EuGH BB 1991, 693) aufgegeben und fortan danach differenziert, ob die Schwangerschaft mit der zu verrichtenden Tätigkeit unvereinbar ist und der Schutz des ungeborenen Kindes oder der Mutter in Frage steht (BAG NJW 1994, 148). Dem wiederum trat die Literatur mit dem zutreffenden Hinweis entgegen, dass die Schwangerschaft ja nur ein vorübergehender Zustand sei und deshalb die Argumentation des BAG in jedem Falle bei unbefristeten Tätigkeiten nicht greifen könne (*Schulte/Westenberg* in NJW 1995, 761). Im Anschluss an zwei Urteile des EuGH aus dem Jahre 2001 (EuGH NZA 2001, 2451 und EuGH NZA 2001, 1243) hat sich dem auch das BAG angeschlossen und mit Urteil vom 06.02.2003 die Frage nach der Schwangerschaft – zumindest bei **unbefristeten** Arbeitsverhältnissen – grundsätzlich für unzulässig erklärt (NZA 2003, 848 = DB 2003, 1795). Inwieweit dies dann auch für **befristete** Arbeitsverhältnisse gelten soll, bei denen die Arbeitnehmerin unter Umständen für einen beachtlichen Zeitraum der Vertragsdauer dem Beschäftigungsverbot des MuSchG unterliegt und folglich den Vertrag nicht erfüllen kann, bleibt abzuwarten. Der EuGH hat insoweit aber bereits im Jahre 2001 entschieden, dass die Unterscheidung zwischen befristeten und unbefristeten Verträgen – zumindest in Dänemark, dort spielte der Fall – unzulässig ist (NZA 2001, 1243). Das würde demnach vermutlich vom EuGH auch in Anwendung auf deutsches Recht nicht anders beurteilt werden (vgl. dazu auch EuGH NZA 2001, 2451 sowie *Paul* in DB 2000, 974 und *Thüsing* in DB 2001, 2453). Mit Urteil vom 11. Oktober 2012 hat übrigens das LAG Köln festgestellt, dass auch bei einer befristeten Anstellung die Schwangerschaft nicht offenbart werden müsse (DB 2012, 2872). Besonders pikant: Die Bewerberin hatte sich als – Achtung! – **Schwangerschaftsvertretung** beworben, obwohl sie selbst schwanger war. Das LAG Köln meinte gleichwohl: Auch bei der Bewerbung als Schwangerschaftsvertretung muss die eigene Schwangerschaft nicht offenbart werden (→ DB 2012, 2872).

Zurück zum Fall: Vorliegend ist die ganze Sache aber kein Problem, denn in unserem Fall steht nix von einem befristeten Vertrag oder einem möglichen Beschäftigungsverbot, zumal die A als Sekretärin kaum einem im MuSchG normierten Verbot unterliegen würde. Die Frage des B nach der Schwangerschaft war demnach auf jeden Fall unzulässig. Deren Falschbeantwortung durch A stellt deshalb **keine** rechtswidrige arglistige Täuschung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB dar.

ZE: Somit scheidet eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB aus.

b) Weiterhin kann eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB in Betracht kommen. Dann müsste die Schwangerschaft der A eine verkehrswesentliche Eigenschaft sein. Verkehrswesentliche Eigenschaften einer Person sind neben ihren körperlichen Merkmalen auch die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und Beziehungen zur Umwelt, soweit sie nach der Verkehrsanschauung – für die Arbeit – von Bedeutung und nicht nur vorübergehender Natur sind (*Palandt/Ellenberger* § 119 BGB Rz. 24). In Bezug auf eine Schwangerschaft fehlt es vor allem an Letzterem, da die Schwangerschaft der Frau

nicht auf Dauer »anhafet« (ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 352). Ferner handelt es sich bei der Schwangerschaft um einen natürlichen Zustand und nicht um eine Eigenschaft der Frau (BAG NJW 1992, 2173).

Wichtig: Im Rahmen der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ist im Übrigen noch zu beachten, dass die Anfechtungsfrist des § 121 Abs. 1 BGB im Arbeitsrecht in Anlehnung an die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB **zwei Wochen** beträgt. Dies wird mit der im Ergebnis vergleichbaren Wirkung von Anfechtung und außerordentlicher Kündigung begründet (ErfKomm/Preis § 611a BGB Rz. 356 f.). Merken.

ZE.: Auch eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ist ausgeschlossen.

Ergebnis: B kann das Arbeitsverhältnis mit der A nicht durch eine Anfechtung des Arbeitsvertrages beenden.

Nachschlag: Die Offenbarungspflicht

Ob auf unzulässige Fragen beim Einstellungsgespräch wahrheitsgemäß geantwortet werden muss, ist die eine Seite der Medaille. Ob der Arbeitnehmer von sich aus bestimmte Angaben zu seiner Person machen muss, ist allerdings eine ganz andere Frage. Tatsächlich kann es im Einzelfall die Pflicht geben, einige Dinge ungefragt zu offenbaren. Wird diese Offenbarungspflicht verletzt, liegt eine Täuschung durch **Unterlassen** vor, die zur Anfechtung nach § 123 BGB berechtigt (*Palandt/Ellenberger* § 123 BGB Rz. 5). Eine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers besteht aber nur dann, wenn die betreffenden Umstände entweder dem Bewerber die Erfüllung seiner vorgesehenen arbeitsvertraglichen Leistungspflicht von vornherein unmöglich machen oder für die Eignung für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind, sodass der Arbeitgeber deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwarten darf (BAG NJW 2013, 1115; NZA 1996, 371). Das ist der Fall, wenn diese Umstände die Erfüllung der Arbeitsleistung unmöglich machen oder sonst ausschlaggebende Bedeutung für den Arbeitsplatz haben: So ist der Bewerber z.B. verpflichtet, etwa bestehende Wettbewerbsverbote zu offenbaren; oder wer sich für einen Bäckerjob bewirbt und eine Mehlstauballergie hat, muss diese ebenso offenbaren wie ein Fernfahrer seine Alkoholabhängigkeit (vgl. auch BAG NJW 1991, 2723 → zur Frage, ob ein Transsexueller sein wahres Geschlecht offenbaren muss; BAG AP Nr. 35 zu § 123 BGB; MünchArbR/*Buchner* § 41 Rz. 164). Merken kann man sich insoweit die Regel, dass eine Offenbarungspflicht dann **nicht** besteht, wenn eine entsprechende Frage des Arbeitgebers unzulässig wäre, wie etwa bei der Schwangerschaft (LAG Köln DB 2012, 2872). Die Fälle der Offenbarungspflicht sind damit begrenzter als jene des Fragerechts. Schließlich lässt sich festhalten, dass bei Fehlen der Offenbarungspflicht und damit Verneinen einer Täuschung im Sinne des § 123 BGB gleichwohl ein Irrtum im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB vorliegen kann, da der Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft weiter ist als jener der aufklärungspflichtigen Tatsache. Um auch hier die Verbindung zum Fragerecht

herzustellen: Darf der Arbeitgeber nach bestimmten Dingen nicht fragen, so sind diese in aller Regel auch nicht verkehrswesentlich im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB (vgl. aktuell auch den interessanten Fall des BAG aus der NJW 2015, 1899, wo eine Arbeitnehmerin dem Chef ihre zukünftige Schwangerschaft bzw. den Wunsch dazu ankündigt, zu diesem Zeitpunkt aber bereits schwanger ist).

Übrigens: Die Offenbarungspflicht besteht vice versa, also auch der Arbeitgeber muss einen Stellenbewerber von sich aus auf Umstände hinweisen, die für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses von Bedeutung sind (z.B. schon konkret geplanter späterer Abbau der ausgeschriebenen Stelle, vgl. etwa BAG NZA 2005, 1298).

Gutachten

B kann seine auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit A gerichtete Willenserklärung beseitigen, wenn die Voraussetzungen für eine Anfechtung vorliegen.

1. Grundvoraussetzung hierfür ist, dass die Anfechtungsregeln auf den Arbeitsvertrag überhaupt Anwendung finden können. Zweifelhaft ist dies deswegen, weil es sich bei dem Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) um eine Spezialregelung handeln könnte. Zudem besteht bei einer Anfechtung die Gefahr, dass Kündigungsverbote und -beschränkungen umgangen werden. Letztlich überzeugen diese Bedenken jedoch nicht. Zum einen muss eine Möglichkeit bestehen, Willensmängel beim Abschluss des Arbeitsvertrages zu berücksichtigen. Zum anderen besteht ein Schutzbedürfnis hinsichtlich des Eingreifens von Kündigungsverböten nur, wenn das Arbeitsverhältnis rechtsfehlerfrei zustande gekommen ist.

2. Möglicherweise ist die Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln jedoch wegen § 9 Abs. 1 MuSchG ausgeschlossen. Aus Sicht der Schwangeren macht es keinen Unterschied, ob das Arbeitsverhältnis infolge Anfechtung oder Kündigung beendet wird. Schließlich ist eine Kündigung regelmäßig auch bei schwersten Verfehlungen der Frau wegen der besonderen Schutzwürdigkeit während der Schwangerschaft ausgeschlossen. Für eine Anfechtungsmöglichkeit auch gegenüber der Schwangeren spricht jedoch der bereits vorstehend angesprochene unterschiedliche Schutzzweck. Die §§ 119 ff. BGB schützen die freie Willensentscheidung des Arbeitgebers. Der Kündigungsschutz zugunsten der Arbeitnehmerin greift dagegen nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis im Rahmen der allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln fehlerfrei zustande gekommen ist.

3. Sind die Anfechtungsregeln vorliegend anwendbar, so muss B ein Anfechtungsgrund zur Seite stehen. In Betracht kommt zunächst eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 BGB.

a) Dann muss A den B getäuscht haben. Täuschung bedeutet das Hervorrufen eines Irrtums über Tatsachen. Die A hat die Frage des B nach einer Schwangerschaft unrichtig beantwortet. Aufgrund dessen ging B bei der Einstellung von dem Nichtbestehen einer Schwangerschaft aus. Damit ist eine Täuschung gegeben.

b) A muss arglistig, das heißt mit Täuschungswillen, gehandelt haben. A wusste von der Schwangerschaft. Es ist außerdem nicht auszuschließen, dass die Falschangabe mit-

ursächlich für die Einstellung geworden ist und A hiermit gerechnet hat. Damit ist eine arglistige Täuschung insgesamt zu bejahen.

c) Die Täuschung muss außerdem rechtswidrig sein. Dieses Erfordernis ergibt sich aus einer Gleichstellung der Drohungs- und der Täuschungsvariante im Rahmen von § 123 BGB. Der Gesetzgeber ging nämlich davon aus, dass arglistige Täuschungen immer widerrechtlich sind. Das kann aber – gerade im Arbeitsverhältnis – dann nicht sein, wenn der Anfechtende die Täuschung durch eigenes rechtswidriges Verhalten herbeigeführt hat. Es kommt somit für die Rechtswidrigkeit der Täuschung darauf an, ob B ein rechtlich schützenswertes Interesse an einer wahrheitsgemäßen Antwort hatte. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die Antwort für das angestrebte Arbeitsverhältnis von Bedeutung ist. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Frage des Arbeitgebers selbst bei einem vorliegenden objektiven Bezug zum Arbeitsplatz nicht in Widerstreit zu gesetzgeberischen Grundentscheidungen stehen darf. Dies ist insbesondere bei gesetzlichen Diskriminierungsverboten von Bedeutung. Nach dem Gesagten hat B infolge der durch den monatelangen Ausfall der Schwangeren entstehenden betrieblichen Belastungen zwar ein Interesse, das Bestehen einer Schwangerschaft im Einstellungsgespräch zu klären. Jedoch ist dieses Interesse rechtlich nicht schützenswert, weil naturgemäß nur Frauen betroffen sind und daher ein Verstoß gegen das Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG vorliegt. A ist insoweit grundsätzlich ein Recht zur Lüge zuzubilligen. Aus diesem Grunde liegt eine rechtswidrige Täuschung nicht vor. Eine Anfechtung gemäß § 123 Abs. 1 BGB scheidet damit aus.

4. Möglicherweise kann sich B auf ein Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB berufen. Voraussetzung hierfür ist, dass er sich bei dem Abschluss des Arbeitsvertrags über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person geirrt hat. Dann muss die Schwangerschaft der A als eine verkehrswesentliche Eigenschaft angesehen werden können. Verkehrswesentliche Eigenschaften einer Person sind neben ihren körperlichen Merkmalen auch die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und Beziehungen zur Umwelt, soweit sie nach der Verkehrsanschauung von Bedeutung und nicht nur vorübergehender Natur sind. In Bezug auf eine Schwangerschaft fehlt es vor allem an Letzterem, da die Schwangerschaft der Frau nicht auf Dauer »anhftet«. Ferner handelt es sich bei der Schwangerschaft um einen natürlichen Zustand und nicht um eine Eigenschaft der Frau. Ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB besteht somit ebenfalls nicht.

Ergebnis: B kann das Arbeitsverhältnis mit der A nicht durch eine Anfechtung des Arbeitsvertrags beenden.