Gleichbehandlung als Problem

Offene Fragen zum Schutz vor Diskriminierung

Bearbeitet von
Klaus Adomeit

1. Auflage 2014. Buch. 92 S. Kartoniert
ISBN 978 3 415 05363 2

Zu Inhaltsverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1
Gleichbehandlung von Mann und Frau bei Einstellung von Arbeitnehmern

DB 1980, 2388 f. (Auszug)

I. Die rechtliche Konstruktion

„Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer … bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses … nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen“: so jetzt § 611a I 1 BGB (GleichbehandlungsG v. 13.8.1980). Das sieht auf den ersten Blick wie ein partieller *Kontrahierungszwang* aus: denn benachteiligt ist der Arbeitnehmer bei Nicht-Einstellung, und das Verbot der Nicht-Einstellung wäre eigentlich das Gebot zur Einstellung. Erst Abs. II stellt klar, dass der Gesetzgeber entgegen weitergehenden Forderungen *keinen* Kontrahierungszwang statuieren wollte (und wohl im Rahmen des GG auch nicht konnte). Verboten ist nicht die Nicht-Einstellung, sondern die Nicht-Einstellung aus einem bestimmten Motiv heraus: *wegen* „seines Geschlechts“. Noch knapper: ein bestimmtes Motiv zu haben ist verboten (sofern es sich manifestiert).

Nun ist schon zweifelhaft, ob das Gesetz (Zivilrecht!) in den Prozess der Motivbildung überhaupt eingreifen darf. Die Rechtsordnung vermeidet es aus guten Gründen, Sanktionen an bloße Motive zu knüpfen (Ausnahme: „niedrige Beweggründe“ beim Mord). Noch zweifelhafter ist das bei einem rechtlich freien Akt. Wenn der Arbeitgeber – aus Sicht des Gesetzgebers – den falschen Bewerber einstellt, so ist das wohl immer noch besser, als wenn er niemanden eingestellt hätte. Was man nicht tun muss, das darf man auch schlecht machen. Dogmatisch gesprochen: es gibt ein rechtmäßiges Alternativverhalten, das den Benachteiligten genauso benachteiligt hätte.

II. Erlaubte Motive

Differenzieren darf der Arbeitgeber nach § 611a I 2 nur, „… wenn ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die (vom Arbeitnehmer auszuübende) Tätigkeit ist“. Streng genommen ist das eigentlich *nie* der Fall, nicht einmal bei der Schließerin im Frauengefängnis, bestimmt nicht bei der „Mutterrolle im Theater“, höchstens bei der Amme. In einem großen Teil der Fälle wird einfach die Ökonomie durchschlagen: Parfum verkauft doch besser ein weiblicher Verkäufer, Damenoberbekleidung wird vorteilhafter von weiblichen Mannequins vorgeführt, Animierdamen sind durch normale Männer nicht ersetzbar! Unterschiedliche Absatzzahlen

müssen den überzeugen, der natürliche Unterschiede nicht mehr versteht („Consumer´s preference"!).

Aber es kann auch eine persönliche Motivation Respekt verdienen. Die Chefin eines Ladenbetriebes mag, durch bittere Lebenserfahrung, männerfeindlich sein. Will § 611a BGB sie eines Besseren belehren? Ein Privatbankier schätzt eher männliche Kassierer. Darf er das nicht? Hier ist doch wirklich einmal von Bedeutung, dass das Arbeitsverhältnis personenbezogen (§ 613) ist. Der Ausdruck „geschlechtsspezifische Differenzierung" ist sprachlich fürchterlich, aber in diesen Jahren sind solche Differenzierungen oft demonstrativ vorgenommen worden (Frauenbuchläden, Schwulenkneipen), gelten als besonders in und progressiv. Will hier § 611a schaffen, was die öffentliche Moral nicht geschafft hat? Damit würden unzulässigerweise intime Grundpositionen berührt. Da die individuell gesetzte Präferenz aus verfassungsrechtlichen Gründen vom Recht nicht angreifbar ist, muss die daraus folgende Differenzierung als „unverzichtbar" gesehen werden.

Die bisherigen Beispiele passten auf Kleinbetriebe. Aber auch der Personalchef im Großbetrieb könnte denken (besser nicht sagen): Abteilungsleiter X ist misogyn, mit weiblichen Angestellten kann er nachgewiesenermaßen (Fall 1, Fall 2…) nicht zusammenarbeiten, also kommt *nur* ein männlicher Bewerber in Frage. Oder umgekehrt: er ist ein Casanova fellinieskenAusmaßes, also ist im Interesse sachlicher Betriebsatmosphäre besser ein Mann einzustellen, fast schon Fürsorgepflicht gegenüber den Bewerberinnen, sie solchen Gefährnissen nicht auszusetzen.

In allen bisher genannten Fällen ist die Argumentation plausibel, müsste bei vernünftiger Interpretation des Gesetzes passieren. Das Kraftwort „unverzichtbar" ist restriktiv auszulegen.

Wohl aber ist § 611a verletzt, wenn häufigere Krankheit bei Schwangerschaft, Komplikationen durch den Mutterschutz, Arbeitgeber zur Ablehnung motivieren. Es ging durch die Presse, als der Orchesterchef der Berliner Philharmoniker die Nichtexistenz von Frauen in seinem Hause erklärte: diesen sei im Falle von Schwangerschaft „Nachtarbeit" schon ab 20 Uhr verboten, dann aber begönnen die Konzerte. Diese Argumentation passiert nicht mehr, selbst Frauen sind überwiegend *nicht* schwanger, vermutlich wird § 611a gesellschaftliche Veränderungen bewirken.

III. Ersatz des Vertrauensschadens

Auf eine Verletzung des § 611a folgt kein Erfüllungsanspruch, auch keine Nichtigkeit des *anderen* Arbeitsverhältnisses, auch kein Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsschadens, sondern das negative Interesse wird ersetzt. Dies ist juristisch nicht konsequent: denn §§ 122, 307 BGB sind keine Sanktionen, betreffen nicht verbotenes Verhalten: man *darf* Scherzerklärungen abgeben, anfechtbare Verträge schließen, über Unmögliches kontrahieren.

Insofern ist aus Abs. II rückzuschließen, dass das „darf nicht“ des Abs. I nicht im vollen Sinne als Verbot zu verstehen ist. Zum Tatbestand gehört, dass der/die Arbeitnehmer(-in) auf die Einstellung *vertraut* hat und dieses Vertrauen enttäuscht ist (*Binkert*, JZ 1979, 749). Dann tut der Arbeitgeber gut daran, bei der Ausschreibung *deutlich* zu sagen, dass er nur Männer/Frauen sucht! (Ebenso Heide *Pfarr*, Bl. f. Steuer-, Sozialversicherung u. Arbeitsrecht 1980, 17 [20]). § 611b, der dies verbieten will und genau in die Gegenrichtung steuern möchte, ist nur eine Sollvorschrift (anders heute § 11 AGG) und gilt noch nicht einmal in dieser schwachen Form bei bestehenden Differenzierungsgründen. Einen Zwang, Vertrauen zu erwecken, das sicher enttäuscht werden muss, wird man dem Gesetz nicht entnehmen können; solchen Zwang dürfte kein Gesetz auferlegen.

2
Die Schwangerschaftsfrage

Anm. zu BAG vom 15.10.1992, JZ 1993, 846 ff.

Leitsatz: Die Frage nach der Schwangerschaft vor Einstellung einer Arbeitnehmerin enthält in der Regel eine unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechtes und verstößt gegen § 611a BGB, gleichgültig ob sich nur Frauen oder auch Männer um den Arbeitsplatz bewerben (BAG v. 15.10.1992, JZ 93, 844).

1. Die Praxis wird sich auf die Entscheidung des 2. Senats einstellen. Die bisher in manchen Betrieben routinemäßig erfolgte Frage nach der Schwangerschaft bei jeder Bewerberin wird entfallen, ebenso ein solcher Passus in Personalfragebögen, vgl. § 94 BetrVG. In Großbetrieben wird die Untersuchung durch den Betriebsarzt vor der Einstellung gesteigerte Bedeutung erlangen (vgl. *Zeller* BB 1991, 1124). In vielen nicht ganz so großen Betrieben und bei wichtigen zu besetzenden Arbeitsplätzen wird die inkriminierte Frage vermutlich doch immer wieder gestellt werden. Diese Vermutung gründet sich auf Bedürfnisse der Praxis wie auch darauf, dass die dogmatische Herleitung des Frageverbots bis heute zweifelhaft bleibt.
2. Im Leitsatz des BAG fällt zunächst eine Ungenauigkeit auf. Die Frage nach der Schwangerschaft „vor Einstellung einer Arbeitnehmerin" soll unzulässig sein. Es ist keineswegs eine Pedanterie, darauf hinzuweisen, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt keineswegs Arbeitnehmerin der Beklagten war. Beim Bewerbungsgespräch traten sich beide Parteien als Bürgerin X (oder Gesellschaft X) und Bürgerin Y gegenüber, mit aller bürgerlichen Freiheit des Wortes wie der Frage. Eine Kompetenz des Arbeitsrechts, solche fundamentale Freiheit zu beschränken, ist nicht leicht herzuleiten. Zwar bezieht sich das Diskriminierungsverbot des § 611a BGB, worauf der Senat sich beruft, schon auf den „Arbeitgeber", aber verboten sind benachteiligende Vereinbarungen oder Maßnahmen erst „bei" der Begründung des Arbeitsverhältnisses, nicht vorher. Die Erstreckung von arbeitsrechtlichen Regeln bereits auf das Vorstadium ließe sich allenfalls aus dem Gesichtspunkt der „culpa in contrahendo" verstehen, was prozessual auch der sachlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 I Nr. 3 c ArbGG entspräche. Aber dieses Vermächtnis des großen R. v. *Ihering* ist keineswegs unkritisch anwendbar (vgl. mit dem Abstand internationaler Sicht R. *Zimmermann*, The Law of Obligations – Roman Foundations and the Civilian Tradition, Cape Town, 1991, S. 244, vorgestellt von D. *Giesen* JZ 1992, 33). Auch fehlt im Vorstadium während des Einstellungsgesprächs, das Spezifi-

sche der Arbeitnehmerstellung: Fremdbestimmtheit, Weisungsunterworfenheit, Abhängigkeit. Der erwünschte Abschluss mag für die Bewerberin wichtig, vielleicht sogar existentiell wichtig sein, dies gibt es aber auch bei vielen anderen Verträgen, bei Kredit-, Erlass-, Umschuldungs-, Mietverträgen, ohne eine Befugnis, deshalb zu schwindeln. Das BAG hätte also besser Problemerörterung und den Leitsatz bei § 123 BGB angesiedelt (vgl. P. *Hanau*, in Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht. Aufl. 1992, S. 177; ebenso auch H. *Buchner* in Richardi/Wlotzke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht 1992, § 38 Rn. 166), weil die Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen ganz ohne Zweifel ein arbeitsrechtliches Problem ist.

3. Eine Frau zu fragen, ob sie schwanger sei – es sei denn der Ehemann fragt seine eigene Frau –, gilt als taktlos, Verstoß gegen Sitte und Anstand, als Verletzung von Intimität und Persönlichkeit. Diese vorjuristische Wertung beeinflusst auch stark die rechtliche Betrachtungsweise. Hier gilt es aber zu unterscheiden. Die Frage des möglichen späteren Arbeitgebers (oder die des von diesem beauftragten Personalleiters) hat nichts mit unziemlicher Neugier zu tun, dagegen viel mit personalwirtschaftlicher Kalkulation. Das MutterschutzG legt dem Arbeitgeber, dessen Arbeitnehmerin schwanger ist oder wird, schwere Lasten auf: Beschäftigungsverbote (§§ 3 ff.), Kündigungsverbot (§ 9), Teilhaftung für Arbeitsentgelt (§§ 11, 14), indirekte Auswirkungen des ErziehungsgeldG. Diese Leistungen wird jedes fühlende Herz der Schwangeren und baldigen Mutter gönnen, aus Sicht des Arbeitgebers sind es pure Kosten, die er ohne Gegenleistung zu tragen hat. Hinzu kommen oft noch schwangerschaftsbedingte Krankheitstage mit den Folgen aus LohnfortzahlungsG /§ 616 BGB.

Es war sozialpolitisch keineswegs zwingend gewesen, Arbeitgeber so stark zur Finanzierung von Schwangerschaft heranzuziehen. Andere durchaus zivilisierte Rechtsordnungen haben anders entschieden. Das spanische Recht, seit mehr als zehn Jahren beherrscht von einer sozialistischen Parlamentsmehrheit und Regierung, gewährt nur die Suspendierung des Arbeitsvertrages für 16 (bei uns: 14) Wochen bei Schwangerschaft und Mutterschaft; während dieser Zeit ruhen Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag (Art. 45 I d, 48 IV Arbeiterstatut). Ein solcher rechtsvergleichender Blick auf einen anderen EG-Staat ist keineswegs müßig, sondern, wie sich zu 6. zeigen wird, höchst relevant.

Ganz ohne Zweifel ist Schwangerschaft ein höchst erwünschter Zustand (früher befand man die Schwangere „in guter Hoffnung"), der jedwede Unterstützung verdient, jedenfalls gilt dies für Staaten mit z. Zt. negativer Reproduktionsrate wie Deutschland; dies hat schließlich sogar kosmische Bedeutung, denn das Ende von Zeugung, Empfängnis und Geburt wäre das Ende der Menschheit. Nur, so fragt der Arbeitgeber, wieso betrifft das mich? Das Arbeitsrecht will nicht sehen, dass der großzügig besonderen Arbeitnehmergruppen gewährte Sozialschutz in genauer Proportion die Einstel-

lungschancen solcher Schützlinge herabsetzt, also von ihrer Aussicht nimmt, jemals solchen Schutz zu genießen (vgl. *Hunold* NZA 1987, 4: weitere Verschlechterung der Berufschancen von Frauen). Diese kontraproduktive Wirkung ist fatal, aber unvermeidlich. In der aktuellen wirtschaftlichen Lage wird noch schärfer gerechnet, und dies muss sogar aus sozialen Gründen sein, ist schon fast eine Pflicht des Arbeitgebers im Interesse der bestehenden Arbeitsverhältnisse. Normative Hilfskonstruktionen zur Vermeidung der fatalen Kontraproduktivität wirken schließlich noch mehr kontraproduktiv. Wenn der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin nach Erfahrungen mit solcher Rechtsprechung zur Schwangerschaftsvertretung nur noch männliche Bewerber einstellt, was unkontrollierbar möglich ist, so ist dies kein Sieg für die Emanzipation (ebenso *Zeller* BB 1993, 219). Wenn der nichtschwangeren Bewerberin ihre wahrheitsgemäße Versicherung nicht geglaubt wird („Sie kennen natürlich BAG v. 15.10.1992 so gut wie ich!") ist dies eine durch höchstrichterliche Rechtsprechung ermöglichte, ja indizierte Demütigung.

4. Das Arbeitsrecht musste sich aus zwingenden sachlichen und sozialpolitischen Notwendigkeiten vom allgemeinen Privatrecht entfernen, aber bei den Regeln über den Vertragschluss sollte es wenigstens in Sichtweite bleiben. Diese Regeln gehören noch nicht einmal nur zum Privatrecht, sondern schon zur Allgemeinen Rechtslehre, etwa auch unter Einfluss des Völkerrechts (F. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, S. 177 ff.). Dass die Einhaltung eines durch Täuschung erreichten Vertrages vom Getäuschten – unter welchen rechtstechnischen Voraussetzungen auch immer, Anfechtung ist nur ein Beispiel – nicht erzwungen werden darf, ist wohl eine elementare rechtsethische Einsicht (vgl. *Zimmermann*, wie zu 1, S. 664 ff., unter Auswertung von *Ulpian*, Dig. 4, 3, 1, pr. 1–4). Das Moment möglicher Arglist wird keineswegs durch gegebene und sozial anerkannte Schutzbedürftigkeit abgeschwächt, sondern es nimmt in dem Maße zu, in dem infolge des zu erwartenden Schutzes dessen Tatbestand (Schwangerschaft) erkennbare Bedeutung für die Willensbildung des Partners hatte. „Der Handelnde muss wissen, dass der andere Teil durch die Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird, d. h. dass dieser bei wahrheitsgemäßer Erklärung nicht oder nur zu anderen Bedingungen abgeschlossen hätte" (Palandt-*Heinrichs*, § 123 BGB Rn. 11 unter Zitierung von OLG Frankfurt/M, VersR 1992, 42). Das Rechtsprechungszitat entstammt keinesfalls zufällig dem Versicherungsrecht, einem Rechtsgebiet, in dem man in langer Tradition über Risiken und deren Bedeutung für Vertragsschlüsse besonders intensiv nachgedacht hat und zum Ergebnis gekommen war (vgl. § 16 VVG), dass ein gesteigertes und erkennbares Risiko beim Partner gesteigerte wahrheits-, wenn nicht gar Offenbarungspflicht für den bedingt, der mit ihm kontrahieren will (vgl. *Adomeit*, Arbeitsrecht für die

90er Jahre, 1991, S. 57, im Anschluss an E. *Loritz,* SAE 1983, 92 zu BAG v. 7.10.1981)

5. Das Arbeitsverhältnis ist oder soll sein ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, jedenfalls eine Rechtsbeziehung mit enger persönlicher Nähe, nur mit gegenseitigem Vertrauen zu verwirklichen. Wie soll das gut gehen, wenn am Anfang eine Täuschung stand? Am 2.9.1991 schloss man den Vertrag, als die Eingestellte im fünften Monat schwanger war, eine amtliche Bestätigung bereits seit zweieinhalb Monaten besaß, aber nach dem BAG-Urteil, ergangen als unechtes Versäumnisurteil gegen die Beklagte, bestand ihr Arbeitsverhältnis über den 17.9.1991 hinaus – wie lange? – fort. Es hätte aber die Anfechtungserklärung die ihr zukommende Rechtswirkung – im Arbeitsrecht ohnehin nur für die Zukunft! – haben müssen. Recht und Wahrheit haben eine enge Verbindung, die nicht ohne Beschädigung des Rechtsganzen auflösbar ist. Ein „Recht zur Lüge" zu propagieren ist rechtsethisch einfach unzulässig, es bedeutete das an alle ergehende Signal: verfolge deine Interessen so rücksichtslos, wie du nur immer kannst! Das wäre ein schlechter, sehr unkantischer Imperativ! Die Klägerin unseres Falles hat offenbar viermal gelogen: vor der Einstellung gegenüber der Arbeitgeberin („Nein, das müsste ich wissen …"), nach der Einstellung gegenüber der Kollegin R („erst jetzt … erfahren …"), in der Klage gegenüber dem Arbeitsgericht mit der Behauptung, sie habe beim Einstellungsgespräch die Schwangerschaft mitgeteilt, zuletzt, wohl gegenüber dem LAG, mit der korrigierten Behauptung, sie sei gar nicht gefragt worden und habe sich zur Offenbarung auch nicht bemüßigt gefühlt. Dies erinnert an die alte Vorlesungsanekdote vom Fall des zerbrochenen Kruges mit der Einlassung des auf Schadensersatz verklagten Entleihers: 1. habe ich den Krug nie bekommen, 2. war er schon entzwei, als ich ihn bekam, 3. war er noch ganz, als ich ihn zurückgab. Justitia verhüllt ihr Haupt, wenn jemand mit solchen Kunststückchen einen Prozess gewinnt. Dass die Beklagte bis zum Urteil der 3. Instanz gefochten hat, zeigt eine verständliche Erbitterung über den so erschlichenen Kündigungsschutz: erst acht Monate absoluter Schutz gemäß § 9 KSchG, dann, mit oder ohne Beschäftigung (vgl. G. *Hueck*, KSchG, 10. Aufl. 1980, § 1 Rn. 34), der relative Schutz des KSchG mit eventuellen Abfindungsverhandlungen.

6. Der 2. Senat anerkennt die Bedeutung des Europarechts und tut etwas, was selten ein Senat des BAG tut, er „gibt auf", nämlich seine frühere Rechtsprechung (vgl. dazu kritisch Brigitte *Buschbeck-Bülow* JZ 1987, 311). Dies wird man leicht als eine beispielhafte europäische Einstellung werten, und *Richardi* (in Richardi/Wlotzke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. I 1992, § 44 Rn. 43 Fn. 104) hatte schon in diesem Sinne votiert. Es bleiben aber trotzdem allerstärkste Zweifel. Die Richtlinie 76/207/EWG „zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung …" v. 9.2.1976 ist nun

einmal eine Richtlinie, über die es in Art. 189 III des Vertrages heißt, sie sei „für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich", überlasse jedoch „den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Mittel". Richtlinien schaffen grundsätzlich kein unmittelbar geltendes Recht (E. *Grabitz*, in Grabitz, EWG-Vertrag, nach 4. Ergänzungslieferung 1990, Art. 189 Rn. 51). Im Einzelnen sind die Abgrenzungen allerdings schwer zu finden und verschwimmen im Nebel der Expertendiskussionen (vgl. J. *Ebsen*, Zur Koordinierung der Rechtsdogmatik beim Gebot der Gleichberechtigung von Männern und Frauen zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Verfassungsrecht, RdA 1993, 11). Leicht lassen sich aber zwei Haltungen unterscheiden: Soll man in vorauseilendem Gehorsam so europäisch wie nur irgend möglich agieren? Oder darf man erst die künftigen Entscheidungen des nationalen Gesetzgebers abwarten und die darauf erfolgenden Reaktionen, bis dahin aber dem bisher geübten Recht treu bleiben? Die letztgenannte Haltung haben der französische Conseil d'Etat und der deutsche BFH verfochten (Einzelheiten bei *Grabitz* aaO Art. 189 Rn. 62). Für eine solche bewahrende Haltung auch im Arbeitsrecht spricht viel, weil unser Gesetzgeber keinesfalls untätig geblieben ist, sondern mit Einführung der §§ 611a, 611b, 612 III, 612a in das BGB im Jahre 1980 weitgehende, schon fast systemsprengende Änderungen vollzogen hat, sowie weil noch weitergehende Änderungen legislatorisch vorbereitet werden. Eine Haftung auf Schadensersatz ohne Pflichtverletzung wäre schon Strafe, und dafür gibt es keinerlei supranationale Regelungskompetenz.

Das Urteil des EuGH (2. Kammer) vom 8.11.1990 (AP Art. 119 EWG-Vertrag Nr. 23) betrifft weder das Fragerecht des möglichen Arbeitgebers noch das Anfechtungsrecht des getäuschten Arbeitgebers (ebenso H. *Wißmann* DB 1991, 650), sondern einen Fall der Nicht-Einstellung bei offen liegender Schwangerschaft. Dieser eher leitsatzartigen, kaum begründeten Entscheidung hätte sich das BAG nicht ohne sehr genaue Vorprüfung anschließen, schon gar nicht unterwerfen sollen (insofern unrichtig H. *Wißmann* a. a. O. S. 651: „Roma locuta, causa finita"; vgl. auch *Schiefer* DB 1993, 38).

Ganz allgemein muss man kritisch feststellen, dass das methodologische Niveau vieler Urteile des EuGH sehr viel zu wünschen übrig lässt (wohlwollender, aber pro domo M. *Zuleeg*, Der Schutz sozialer Rechte…, EuGRZ 1992, 329). Wenn der EuGH für seine Entscheidungen allgemeine Beachtung durch die Judikatur (fast schon blinde Unterwerfung) in allen zwölf Mitgliedstaaten anstrebt, dann wäre nicht nur das Recht des Vorlagestaates (im Fall Dekker: Niederlande) mit dem EGRecht zu vergleichen, sondern es müsste vergleichend das Recht der übrigen elf Mitgliedstaaten aufgearbeitet und gegenübergestellt werden. Speziell zum rechtlich gebotenen Verhalten gegenüber einer möglicherweise oder erklärtermaßen schwangeren Bewerberin: wenn das Recht des Vorlagestaates dem Arbeitgeber gegenüber einer

schwangern Arbeitnehmerin weniger Pflichten auferlegt als das deutsche Recht, ist es europarechtlich eher vertretbar, aus dem Kontakt zur Bewerberin schon mit enger oder weiterer Auslegung ein Arbeitsverhältnis entstehen zu lassen oder zu fingieren, ohne dass dies dann für das deutsche Arbeitsrecht irgendwelche Überzeugungskraft hätte. Das BAG landet hier in einer Rationalitätsfalle: es hatte immer gern vernommen, dass aus seinen Entscheidungen schon Richterrecht mit allgemeiner Verbindlichkeit entstehe, und vermeint nun, an jedes Wort aus Luxemburg gebunden zu sein. Die Rechtssuchenden beim BAG haben aber Anspruch auf die sorgfältige Überprüfung vor solcher Übernahme. Eine Grundsatzdiskussion ist fällig!