

Urteil

LAG Berlin-Brandenburg, §§ 15 Abs. 1, 7 Abs. 1, 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1, 22 AGG, Art. 1, 2 GG i.V.m. § 823 BGB

Entschädigung und Schadensersatz wegen Diskriminierung bei der Beförderung, die durch Statistik indiziert ist

1. Statistische Angaben können grundsätzlich ein Indiz für eine Diskriminierung wegen des Geschlechts sein. Die Tatsache, dass bei dem beklagten Arbeitgeber ohne Ausnahme alle 27 Führungspositionen nur mit Männern besetzt sind, obwohl Frauen 2/3 der Belegschaft stellen, ist ein ausreichendes Indiz i.S.v. § 22 AGG (Geschlechtsdiskriminierung).

2. Der Arbeitgeber kann sich regelmäßig nur auf diejenigen Tatsachen zur sachlichen Rechtfertigung einer Beförderungsentcheidung berufen, die er zuvor im Auswahlverfahren nach außen hat ersichtlich werden lassen.

3. Der nach § 15 Abs. 1 AGG zu leistende materielle Schadenersatz ist die Vergütungsdifferenz zwischen der tatsächlich erhaltenen und der Vergütung, die auf der höherwertigen Stelle gezahlt wird. Dieser Anspruch ist zeitlich nicht begrenzt.

4. Soweit die Klägerin bei der Beförderung wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden ist, liegt darin eine Herabwürdigung ihrer beruflichen Tätigkeit und zugleich eine Verletzung der Würde ihrer Person. Ein derartiger Eingriff ist regelmäßig schwerwiegend und verpflichtet zur Zahlung einer Entschädigung (hier 4.000 Euro für die Nichtbeförderung und 16.000 Euro für weitere, damit im Zusammenhang stehende Persönlichkeitsverletzungen).

Urteil des LAG Berlin-Brandenburg vom 26.11.2008, 15 Sa 517/08, n.rk., Leitsätze der Redaktion

Zum Sachverhalt:

Die Parteien stritten [...] ursprünglich im Wege der Stufenklage über Auskunftsansprüche bzgl. der Bezahlung des Herrn R. für die Zeit ab dem 10. Dezember 2006 und die Verpflichtung des Beklagten, die Klägerin entsprechend zu entlohnen. [...] Die Klägerin [hat] die Vergütungsdifferenz für die Zeit vom 01.01.2007 bis 31.07.2008 mit 28.214,66 Euro brutto berechnet. Sie ist der Ansicht, bei der Be-

förderungsentscheidung im Dezember 2006 sei sie wegen ihres Geschlechts gegenüber Herrn R. diskriminiert worden. Deswegen und wegen weiterer Benachteiligungen, u. a. weil sie ihre Rechte nach dem AGG geltend gemacht habe, stünden ihr eine Entschädigung zu, die sie erstinstanzlich mit mindestens 390.000,- Euro und zweitinstanzlich mit mindestens 90.000,- Euro angegeben hat. [...]

In einem Telefonat am Samstag, dem 9. Dezember 2006, teilte Herr Dr. M. der Klägerin mit, dass Herr R. sein Nachfolger werden solle.

Zu diesem Zeitpunkt ergab die Geschlechterverteilung beim Beklagten im außertariflichen Bereich folgendes Bild:

Ebene	Männer	Frauen	Gesamt
Ebene 1: Vorstand	3	0	3
Ebene 2: Direktoren	15	0	15
Ebene 3: Bezirksdirektoren	9	0	9
Ebene 4: Abteilungsdirektoren	8	4	12
Ebene 5: stellvertr. Bezirksdirektoren	3	1	4
Ebene 6: Abteilungsleiter	12	19	31
Ebene 7: Fachreferenten	2	3	5
Ebene 8: Fachjuristen	6	1	7
Ebene 9: Sonstige AT-Mitarbeiter	34	24	58
Gesamt	92	52	144
Gesamtbelegschaft	348	780	1128
Gesamtbelegschaft in Prozent	31	69	

Die letzte weibliche Direktorin, dies diese Funktion nicht nur kommissarisch ausfüllte, war 1976 altersbedingt ausgeschieden. In den höchsten zwei Gehaltsstufen des nachwirkenden Tarifvertrages und im außertariflichen Bereich sind 2/3 aller Männer und 1/3 aller Frauen eingruppiert. 95 % der Teilzeitkräfte sind beim Beklagten Frauen. Der Aufsichtsrat bestand aus 19 Männern und zwei Frauen. Bei dem Anfang des Jahres 2007 durchgeführten Entwicklungsaudit für die Ebenen Abteilungsleiter/Abteilungsleiter fungierten als Beobachter ausschließlich Männer. [...]

Hinsichtlich der Vergütung hat die Klägerin zwischen dem 01.01.2007 und dem 31.07.2008

28.214,66 EUR weniger erhalten als Herr R., wobei eine Vergütung als Teilzeitkraft berücksichtigt ist. [...]

Das Arbeitsgericht Berlin hat mit Urteil vom 30. Januar 2008 die Klage insgesamt abgewiesen. Es hat insofern ausgeführt, dass Indizien für eine Diskriminierung nicht zu sehen sind. [...]

Aus den Gründen:

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung ist zulässig (§§ 519, 520 ZPO) und hat in der Sache teilweise Erfolg.

Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin Schadensersatz wegen geschlechtswidriger Benachteiligung bei der Beförderung in Höhe von 28.214,66 Euro für die Zeit vom 01.01.2007 bis 31.07.2008 zu zahlen. Darüber hinaus muss er ihr künftig monatlich weitere 1.467,86 Euro brutto vergüten. Weiterhin ist der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Auskunft bzgl. des an Herrn R. gezahlten variablen Entgelts zu erteilen. Ferner steht der Klägerin wegen schwerwiegender Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts eine Entschädigung in Höhe von 20.000,- Euro zu. Insofern war das erstinstanzliche Urteil abzuändern. Die weitergehende Berufung hinsichtlich eines höheren Entschädigungsbegehrens (mindestens 90.000,- Euro; Antrag zu 7) und des Feststellungsantrages bzgl. materieller und immaterieller Schäden (Antrag zu 8) hat hingegen keinen Erfolg.

I.

Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin für die Zeit vom 1. Januar 2007 bis 31. Juli 2008 28.214,66 Euro brutto nebst Zinsen zu zahlen. Der Beklagte ist zum Schadensersatz in dieser Höhe verpflichtet, weil er die Klägerin bei dem beruflichen Aufstieg am 10. Dezember 2006 wegen des Geschlechts benachteiligt hat (§§ 15 Abs. 1, 7 Abs. 1, 1, 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG). [...]

3. Ob eine Benachteiligung im Sinne des AGG vorliegt, ist unter Beachtung der Beweislastregel des § 22 AGG zu prüfen.

Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. [...]

Da § 22 AGG den §§ 611 a Abs. 1 S. 3 BGB ersetzt und dieser Norm nachgebildet wurde (BT-Dr. 16/1780, = NZA Beil. zu Heft 16/2006, S. 30), ist davon auszugehen, dass sich insofern in rechtlicher Hinsicht nichts geändert hat. Schon §§ 611 a Abs. 1 S. 3 BGB enthielt eine zweistufige Regelung (BAG v. 5.2.2004 – 8 AZR 112/03 – NZA 2004, 540, 543). [...]

4. Die Klägerin hat im Rahmen der ersten Prüfungsstufe ausreichend dargelegt, dass Indizien dafür vorhanden sind, dass ihre Nichtberücksichtigung bei der Beförderung wegen des Geschlechts erfolgt ist. Als Indiz für eine Geschlechtsdiskriminierung bei einer Beförderung auf einen Führungsposten kann insbesondere auch eine Statistik über die Geschlechtsverteilung auf den einzelnen Hierarchieebenen herangezogen werden.

4.1) Statistische Angaben können grundsätzlich ein Indiz für eine Geschlechtsdiskriminierung sein. Dies gilt unbestritten zumindest für mittelbare Diskriminierungen, wenn also ein scheinbar neutrales Kriterium (z. B. Teilzeit) als Anknüpfungspunkt dient, hiervon aber überwiegend Arbeitnehmer eines Geschlechts betroffen sind.

Außerhalb dieses Bereichs hat der EuGH die Heranziehung von Statistiken für den Nachweis einer geschlechtsbedingten Diskriminierung insbesondere dann genügen lassen, wenn das Entgeltsystem (EuGH 27.10.1993 – Enderby – NZA 1994, 797) oder das Einstellungssystem (EuGH 30.6.1988 – As. C-318/86 – Kommission ./ Frankreich – EuGHE 1998, 3359) völlig intransparent ist.

In der deutschen Rechtsprechung finden sich hierzu kaum Entscheidungen. Das LAG Köln (13.06.2006 – 9 Sa 1508/05 – Juris) hat statistische Nachweise nicht als Indiz gewertet. Dem Arbeitgeber stehe es frei, sich jeweils für die Bewerberin oder den Bewerber zu entscheiden, der nach seinem Dafürhalten die besten persönlichen und fachlichen Voraussetzungen für die Führungsaufgabe mitbringe. Er sei nicht verpflichtet, in einem bestimmten Verhältnis die Arbeitsplätze mit Männern und Frauen zu besetzen. Auch könne sich aus dem Fehlen von Bewerbungen weiblicher Mitarbeiter ergeben, dass der Männeranteil bei bestimmten Positionen überwiegt. Nach dem Tatbestand waren 30 % aller Beschäftigten Frau-

en, während in den Führungspositionen der Frauenanteil nur bei 7,5 % lag. Das Arbeitsgericht Lübeck (vom 29.05.2007 – 6 Ca 642/07 – Juris) hält es für denkbar, die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern statistisch auszuwerten, um eine Vermutung für eine Benachteiligung zu ermitteln. Im konkreten Fall waren hierfür jedoch nicht genügend Anhaltspunkte gesehen worden. Das LAG München wertet den Umstand, dass in einem Unternehmen der Anteil der Frauen in Führungspositionen in den letzten Jahren stark abgenommen hat und nunmehr sowohl deutlich unter dem deutschen Durchschnitt als auch unter dem Frauenanteil in dem betroffenen Unternehmen allgemein liegt, nicht als ausreichendes Indiz für eine Geschlechtsdiskriminierung, denn hierfür könne es ganz unterschiedliche Ursachen geben, zum Beispiel eine spezielle Unternehmensgeschichte oder keine ausgeprägte Unternehmenskultur hinsichtlich der Vereinbarung von Beruf und Familie (LAG München 7.8.2008 – 3 Sa 1112/07 – Juris Rn 52).

In der Literatur finden sich auch nur wenige Stellungnahmen. Grobys (NZA2006, 898, 902) hält eine aussagekräftige Statistik zumindest im Fall der übertariflichen Entlohnung für möglich. An einer solchen aussagekräftigen Statistik mangle es aber, wenn ein abgelehnter Bewerber eines bestimmten Geschlechts nur darlegt, dass gerade „seine“ Personengruppe im Betrieb oder einer bestimmten Abteilung unterrepräsentiert ist. Es gebe keinen Erfahrungssatz, wonach bestimmte Bevölkerungsgruppen bei Bewerbungen stets gleichmäßig vertreten sind und Belegschaften dementsprechend zusammengesetzt sein müssten. Nach Palandt-Grüneberg, 67. Aufl. 2008, § 22 AGG, Rn. 2 sind aussagekräftige Ergebnisse von Statistiken geeignete Indizien. Nach anderer Ansicht muss über das bloße statistische Überwiegen hinaus eine wertende Feststellung getroffen werden (KR-Pfeiffer, 8. Aufl. 2007, AGG Rn. 184). Wieder anderen reicht der konkrete statistische Nachweis, dass in einem Unternehmen auf einer Führungsebene nur eine geringe Anzahl oder keine Frauen tätig sind, als Vermutungswirkung für die Benachteiligung von Frauen aus (Däubler/Bertzbach-Bertzbach § 22 AGG Rn. 45 a; Meinel/Heyn/Herms § 22 AGG Rn. 26).

Die Kammer ist der Ansicht, dass statistische Nachweise schon deswegen berücksichtigungsfähig sein müssen, da anderenfalls eine verdeckte Diskriminierung bei Beförderungen („gläserne Decke“) nicht ermittelbar wäre.

Es kann nicht sein, dass die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung Diskriminierungen nur in Form der mittelbaren Diskriminierung und der Diskriminierung, bei der der Arbeitgeber Stellen nicht geschlechtsneutral ausschreibt, zur Kenntnis nimmt. Mit diesen beiden Diskriminierungstypen sind prak-

tisch sämtliche Fälle beschrieben, die in der deutschen Rechtsprechung eine Rolle spielen. Theoretisch kämen noch Fälle der offenen Diskriminierung in Betracht. In der Praxis sind sie irrelevant. Zutreffend wird davon ausgegangen, dass es Arbeitgeber gelernt hätten, wie sie eine materiell am Geschlecht orientierte Auswahlentscheidung trotz entsprechender Verbote erfolgreich tarnen können (Annuß NZA 1999, 738). Dass ein Arbeitgeber sich offen zur Diskriminierung bekennt, ist dem hiesigen Vorsitzenden in 17 Jahren nur ein Mal vor längerer Zeit passiert: Die Bewerbung eines Mannes war mit der Begründung abgelehnt worden, es handle sich um einen Frauenbetrieb, so die damalige Mitteilung des Geschäftsführers und einzigen Mannes.

Tatsächlich gibt es jedoch eine verdeckte Diskriminierung von Frauen in Deutschland, der sich die Rechtsprechung auch stellen muss.

Obwohl der Frauenanteil an den Beschäftigten in Betrieben der Privatwirtschaft 45 % beträgt, sind sie nur zu 26 % an Führungspositionen beteiligt, dies allerdings auch nur in Betrieben mit 1 – 9 Beschäftigten. Bei Betrieben mit 500 und mehr Beschäftigten sind Frauen auf der zweiten Führungsebene zu 12 % und auf der ersten Führungsebene zu 4 % beteiligt (2. Bilanz Chancengleichheit – Frauen in Führungspositionen, hrsg. von der Bundesregierung, Februar 2006, S. 9 f.). In Großunternehmen (mindestens 20 Mio. Euro Jahresumsatz und/oder über 200 Beschäftigte) betrug der Frauenanteil in Führungspositionen im Jahre 1995 4,8 % und im Jahre 2004 8,2 % (a.a.O., S. 12). Anfang des Jahres 2007 lag er bei 7,5 % und im Jahre 2008 nur noch bei 5,5 % (3. Bilanz Chancengleichheit – Europa im Blick, hrsg. von der Bundesregierung, April 2008, S. 28).

Damit liegt Deutschland auf dem siebtlezten Platz von 21 untersuchten Ländern in Europa (3. Bilanz a.a.O., S. 30). Es befindet sich im unteren Drittel, während die Frauenerwerbstätigenquote im Jahre 2006 mit 62,2 % in Deutschland innerhalb Europas im oberen Drittel liegt (a.a.O., S. 24). All dies kann nicht mit einer schlechteren Qualifikation von Frauen begründet werden, da Studentinnen in den letzten 20 Jahren gegenüber den Studenten bessere Durchschnittsnoten in den Zugangszeugnissen und sie auch sonst bessere Schulabschlüsse erreichen (2. Bilanz a.a.O., S. 15 f.). Es gibt starke Unterschiede in den Branchen. In den Banken ist jede vierte Führungskraft eine Frau (2. Bilanz a.a.O., S. 14). Im Gesundheits- und Sozialwesen und der privaten Dienstleistungsbranche beträgt der Frauenanteil in Führungspositionen hingegen 40 %, im Groß- und Einzelhandel 32 % (a.a.O., S. 11). Der Frauenanteil in Führungspositionen bei den obersten Bundesbehör-

den stieg von 8,7 % in 1996, über 15 % in 2002 auf 20,1 % in 2006 (3. Bilanz, a.a.O., S. 31). In den hundert größten Unternehmen fanden sich im Jahre 2004 neben 685 Männern nur vier Frauen in Vorstandspositionen (2. Bilanz a.a.O., S. 12), im Jahr 2008 war es exakt noch eine Frau (3. Bilanz a.a.O., S. 29).

Bemerkenswert ist auch der Anteil von Frauen in den Aufsichtsräten in hundert größten Unternehmen im Jahre 2005. Der Anteil läge nur bei 1,5 % (2. Bilanz a.a.O., S. 13), was durchaus dem Trend entspricht, dass der Frauenanteil immer stärker abnimmt, je gewichtiger der Führungsposten ist. Tatsächlich lag der Anteil der Frauen in den Aufsichtsräten jedoch bei 7,5 %. Dies hat einen einfachen Grund: Über 80 % der Frauen erhielten ihr Mandat durch die Arbeitnehmervertretungen (2. Bilanz a.a.O., S. 13).

All dies kann nicht auf Zufälle zurückgeführt werden. Es kann auch nicht damit begründet werden, dass die Vereinbarkeit von Familie und Beruf in Deutschland so schlecht gewährleistet ist (so aber die Vermutung des LAG München v. 7.8.2008 – 3 Sa 1112/07 – Juris Rn 52). Damit kann allenfalls erklärt werden, dass Frauen sich generell nicht im selben Maße wie Männer für eine Berufstätigkeit entscheiden. Unter der mangelnden Vereinbarkeit von Familie und Beruf leiden Frauen auf unteren Hierarchieebenen sicherlich mindestens genauso wie Frauen in Leitungspositionen. Warum findet man Frauen daher überproportional im unteren Hierarchiesegment? Hinzukommt, dass Frauen in Leitungspositionen auf Grund der besseren Vergütung zumindest eher in der Lage wären, Kinderbetreuung etc. privat zu organisieren und zu bezahlen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass mindestens auch diskriminierende Strukturen, Denk- oder Verhaltensweisen in den Betrieben die Aufstiegsmöglichkeiten von Frauen verhindern.

4.2) Die Tatsache, dass bei dem Beklagten ohne Ausnahme alle 27 Führungspositionen nur mit Männern besetzt sind, obwohl Frauen 2/3 der Belegschaft stellen, ist mehr als frappierend. Es ist ein ausreichendes Indiz im Sinne von § 22 AGG, um von einer Geschlechtsdiskriminierung auszugehen, wenn in einer solchen Situation erneut ein Mann statt einer Frau befördert wird.

Soweit das Arbeitsgericht meint, dass dem Verweis auf den geringen Anteil an Frauen in Führungspositionen keine entscheidende Bedeutung zukomme, weil dies auch überkommene gesellschaftliche Verhältnisse abbilden könne, ist dem nicht zu folgen. Zum einen wird damit zum Ausdruck gebracht, dass eine Diskriminierung erst dann rechtlich relevant ist,

wenn sie über das in der Gesamtgesellschaft verbreitete Maß hinausgeht. Eine derartige Einschränkung ist dem AGG oder dem Art. 3 GG nirgendwo zu entnehmen. Darüber hinaus wird bei dieser Auffassung nur unterstellt, aber nicht geprüft, ob nur überkommene gesellschaftliche Verhältnisse sich im Unternehmen des Beklagten abbilden. Tatsächlich ist das Nichtvorhandensein von Frauen auf den obersten 27 Führungspositionen keinesfalls Ausdruck des gesellschaftlichen Trends. Selbst in Großunternehmen, wozu der Beklagte zählt, sind in Deutschland auf der ersten Führungsebene 4 % und auf der zweiten Ebene 12 % Frauen vertreten, wobei der Frauenanteil an der Gesamtbelegschaft dort nur 33 % beträgt. Bei dem Beklagten beläuft sich der Frauenanteil aber auf 69 %. Selbst auf den Ebenen Abteilungsleiter abwärts bis zu den sonstigen außertariflichen Beschäftigten beträgt der Anteil der Frauen immer noch 44 %. Ein genügend großes Reservoir zur Beförderung auch von Frauen wäre also vorhanden gewesen. Nur oberhalb der Abteilungsleiter-Ebene bricht der Frauenanteil schlagartig ab. Stellt man den Beklagten als Inkassounternehmen mit privaten Banken gleich, müsste der weibliche Anteil an Führungskräften aber bei 25 % liegen, als Teil des privaten Dienstleistungsbereiches wären gar 40 % zu erwarten. Hiervon ist der Beklagte weit, weit entfernt.

Dies wird auch dann deutlich, wenn man sich die Entwicklung in der Vergangenheit ansieht. Frau G. hat die Funktion der Personaldirektorin nur kommissarisch übertragen erhalten. Zur Direktorin wurde sie nie ernannt. Insofern kann hier auch offen bleiben, ob die Behauptung der Klägerin zutrifft, dass Männer spätestens nach 2 Jahren bei entsprechender Tätigkeit den Direktortitel verliehen bekommen. Seit 1976 gibt es keine weitere Direktorin, Bezirksdirektorin oder Vorstandsfrau mehr bei dem Beklagten. Der Beklagte wendet demgegenüber ein, dass berücksichtigt werden müsse, dass „zahlreiche Direktoren“ eine Betriebszugehörigkeit von mehr als 30 Jahren aufwiesen (S. 10 des Schriftsatzes vom 9.9.2008, Bl. 1328 d. A.). Auch wenn die Betriebszugehörigkeitszeit nichts darüber zum Ausdruck bringt, ab wann die jeweilige Person in den Führungskreis aufgestiegen ist, so soll das Beklagtenargument dahingehend verstanden werden, dass eine Politik der Benachteiligung von Frauen möglicherweise in der Vergangenheit vorhanden war, dies jedoch keinen Schluss auf das aktuelle Vorgehen erlaube. Mit der gleichen Stringenz ließen sich auch offen diskriminierende Äußerungen in der Vergangenheit als irrelevant abtun, da nie ausgeschlossen werden kann, dass eine solche Geisteshaltung nunmehr nicht mehr vorhanden ist. Richtigerweise muss man aber von signifikanten Zuständen aus der Vergangenheit auf die Gegenwart schließen, außer wenn handfeste gegenläufige Tendenzen sichtbar werden.

Soweit der Beklagte sich auf die am 1. Februar 2007 eingestellte Frau R. und die ab 1. Dezember 2007 beschäftigte Frau M. (Pressesprecherin) beruft, haben diese bis heute unstreitig nicht den Status von Direktorinnen erhalten, auch wenn dies angedacht sein mag. Jedenfalls wird hierdurch nicht die Indizwirkung aufgehoben, die sich aus der Geschlechtsverteilung zum Zeitpunkt der Beförderungsscheidung ergibt.

Umgangssprachlich wird das hier zu beobachtende Phänomen „Gläserne Decke“ genannt. Frauen haben ab einer bestimmten Hierarchiestufe keine oder so gut wie keine Chancen mehr auf Beförderungen. Dies lässt aber mindestens in den Fällen, in denen die relevanten Zahlen der jeweiligen Branche in Deutschland gravierend unterschritten werden, den Schluss zu, dass in einem solchen Unternehmen eine Kultur herrscht, die die Chancengleichheit von Frauen besneidet. Die Realität bei dem Beklagten stellt sicherlich einen Extremfall dar. Dies betrifft sowohl die Momentaufnahme (keine Frau bei 27 Führungspositionen) als auch die zeitliche Entwicklung (in den 30 Jahren zuvor nur eine Frau mit faktischer Direktorinnentätigkeit).

Im Gegensatz zur Auffassung des Beklagten wird hiermit auch nicht richterrechtlich der Zwang zur Quotierung eingeführt. Jedem Arbeitgeber steht es auch weiterhin frei, Führungspositionen ausschließlich mit Männern zu besetzen. In einer gerichtlichen Auseinandersetzung muss er dann aber in der Lage sein, zumindest im zweiten Schritt die Gründe für die Bevorzugung eines Mannes nachvollziehbar zu belegen. Insofern führt die Berücksichtigung von Statistiken als Indiz für eine Diskriminierung allenfalls dazu, die jeweilige Auswahlentscheidung transparent zu gestalten. Will man sich dies sparen, was wiederum jeder Arbeitgeber frei entscheiden kann, wird faktisch allerdings ein Druck in Richtung einer gewissen Quotierung die Folge sein.

5. Auf der zweiten Prüfungsstufe ist dem Beklagten hier nicht der Nachweis gelungen, dass kein Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot vorliegt.

Der Beklagte beruft sich insofern darauf, dass zwar kein schriftliches Anforderungsprofil vorgelegen habe, bei den wesentlichen Entscheidungsträgern jedoch klar gewesen sei, dass der neue Personalleiter über Kenntnisse und Erfahrungen in der konzeptionellen Personalentwicklungsarbeit verfügen müsse. Voraussetzung für die Beförderung sei ein einschlägiges Universitätsstudium mit Schwerpunkt Personalwesen oder ein juristisches Studium gewesen. Dieser Einwand ist unsubstanziert. [...]

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber in der zweiten Prüfungsstufe sich regelmäßig nur auf diejenigen

Tatsachen zur sachlichen Rechtfertigung einer Beförderungsentcheidung berufen, die er zuvor im Auswahlverfahren nach außen ersichtlich hat werden lassen. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vom 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 – NZA 1994, 745).

Das BVerfG hat zu der Vorgängerregelung des § 611 a Abs. 1 BGB a. F. und für einen Einstellungsfall ausgeführt, dass hierbei auch die vorangegangenen Verfahrensschritte zu berücksichtigen sind. Andernfalls hätte es der Arbeitgeber in der Hand, durch geeignete Verfahrensgestaltung die Chancen von Bewerbern, die wegen ihres Geschlechts als weniger geeignet eingestuft werden, so zu mildern, dass eine abschließende Entscheidung praktisch unangreifbar wird (a.a.O. Rn. 47). [...]

Nachträglich vorgebrachte Gründe könnten nur dann als „sachlich“ im Sinne der Vorschrift angesehen werden, wenn besondere Umstände erkennen ließen, dass der Arbeitgeber diesen Grund nicht nur vorgeschoben hat. Dies könnte sich etwa daraus ergeben, dass sich während des Einstellungsverfahrens die Aufgabenstellung geändert hat oder sich z. B. ein Arbeitnehmer bewirbt, der für die zuge dachte Aufgabe geradezu prädestiniert ist (a.a.O. Rn. 53).

Das Bundesarbeitsgericht ist dem gefolgt (BAG v. 5.2.2004 – 8 AZR 112/03 – NZA 2004, 540). Das BVerfG hat später seine Rechtsprechung aus dem Jahre 1993 erneut aufgegriffen und betont, dass die Auslegung des § 611 a BGB nicht dazu führen dürfe, dass es der Arbeitgeber in der Hand hat, durch eine geeignete Verfahrensgestaltung die Chancen von Bewerbern wegen ihres Geschlechts so zu mindern, dass seine Entscheidung praktisch unangreifbar wird (BVerfG vom 21.09.2006 – 1 BvR 308/08 – NZA 2007, 195, 196). Auch das BAG ist bei dieser Linie geblieben (vom 14.8.2007 – 9 AZR 943/06 – NZA 2008, 99 Rn 47).

Diese Rechtsprechung ist teilweise als zu weitgehend kritisiert worden. Es müsse dem Arbeitgeber möglich sein, etwa eine Unpünktlichkeit des Bewerbers bei einem Vorstellungstermin oder dessen ungepflegte Erscheinung zu berücksichtigen (Meinel-Heyn-Herms § 22 AGG Rn. 32). Dies wäre nach der Rechtsprechung des BVerfG aber auch deswegen berücksichtigungsfähig, weil diese Umstände erst nach der entsprechenden Stellenausschreibung aufgetreten sind. Vereinzelt werden die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers als in nicht mehr zu rechtfertigender Weise überspannt angesehen (KR-Pfeiffer, 8. Aufl., AGG Rn. 188).

Die zur Absicherung des Art. 3 GG ergangene Rechtsprechung des BVerfG ist jedoch zutreffend. Gerade der hiesige Fall, in dem die der Entscheidung zugrunde liegenden Kriterien nie im Vorhinein nach außen

sichtbar gemacht wurden, lässt deutlich werden, dass eine Berücksichtigung rein interner Überlegungen es dem Arbeitgeber problemlos ermöglichen würde, jede Entscheidung zu rechtfertigen. Völlig zu Recht hat das BVerfG insofern darauf hingewiesen, dass der Arbeitgeber hinsichtlich der Gewichtung der Kriterien in seiner Entscheidung völlig frei ist. Diese Rechtsprechung überspannt auch nicht die Anforderungen. In den einschlägigen Kommentaren wird vielmehr geraten, den Gang der Entscheidungsfindung zu dokumentieren (Bauer/Göpfert/Krieger § 22 AGG Rn. 13; Däubler/Bertzbach-Bertzbach, 2. Aufl., § 22 AGG Rn. 66; Arbeitsgericht Berlin v. 28.4.2006 – 28 Ca 5196/06 – Juris). Diese Obliegenheit betrifft im Übrigen nur Arbeitgeber, die Personalentscheidungen auf dem Hintergrund einer Sachlage treffen, die Anlass für die Annahme einer Diskriminierung bietet.

Weil der Beklagte hier seine Auswahlkriterien vorab nicht nach außen dokumentiert hat, kann er sich hierauf auch nicht berufen. Gründe für ein Nachschieben liegen nicht vor, da dem Beklagten die in Betracht kommenden Personen und die vom ihm selbst aufgeführten Kriterien frühzeitig bekannt waren.

Daher kann der Beklagte auch nicht mit dem Rechtseinwand (Däubler/Bertzbach-Deinert § 15

AGG Rn. 163) gehört werden, die Klägerin sei schon nach objektiven Kriterien keine geeignete Bewerberin, da hierbei die gleichen Argumente vorgetragen werden. Die Teilzeittätigkeit der Klägerin soll nach ausdrücklichem Vortrag des Beklagten kein Grund für die negative Beförderungsentscheidung gewesen sein (Schriftsatz vom 30. Juni 2008, S. 30, Bl. 1040 d. A.). Darüber hinaus kommt ein Bewerber nach objektiven Umständen ernstlich nur dann nicht in Betracht, wenn er die erforderliche fachliche Qualifikation offenkundig nicht erfüllt (Schleusener u. a. – Voigt § 15 AGG Rn. 32). Davon kann bei der Klägerin nicht ausgegangen werden. Die Blätter zur Berufskunde (staatlich geprüfter Betriebswirt/staatlich geprüfte Betriebswirtin 2-IX A 25, S. 12) gehen vielmehr davon aus, dass Personen mit diesem Bildungsabschluss vereinzelt auch als Mitglieder der Geschäftsleitung bis ins Topmanagement vorstoßen.

Die Klägerin ist hier nicht eine völlig subalterne Kraft, sondern auch sie stand – wie Herr R. – einer Personalverwaltung einer Generaldirektion vor. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin offenkundig die erforderliche fachliche Qualifikation nicht erfüllt. [...] Hier geht es aber darum, ob der Beklagte mit dem Einwand gehört werden kann, die Klägerin sei nach den von ihm vorgegebenen Kriterien für die Stelle nicht geeignet. Dies wäre allenfalls dann möglich, wenn das Verlangen eines abgeschlossenen Hochschulstudiums für die Personaldirektorentätigkeit nach außen erkennbar hervorgetreten wäre. Gerade daran fehlt es aber.

6. Es ist davon auszugehen, dass bei diskriminierungsfreier Auswahl die Klägerin die am besten geeignete Bewerberin gewesen wäre.

Teilweise wird angenommen, dass der auf Schadensersatz klagende Arbeitnehmer beweisen muss, dass er bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre (Bauer-Göpfert-Krieger § 22 AGG Rn. 11 Ausschreibung/Stellenanzeige). Autoren, die diese Rechtsauffassung vertreten, weisen konsequenterweise darauf hin, dass in der Praxis einem Bewerber nur selten der Nachweis gelingen wird, dass er/sie der bestgeeignete Bewerber war, sodass daher im Vordergrund der Schadensersatzanspruch des nicht-bestgeeigneten Bewerbers steht (Adomeit/Mohr § 15 AGG Rn. 24). Andere gehen davon aus, dass sich die Beweislastregel des § 22 AGG nicht nur auf den Tatbestand der Benachteiligung bezieht, sondern auf sämtliche Tatbestandselemente der Schutzvorschriften (Däubler/Bertzbach-Deinert § 15 AGG Rn. 157). Nach Ansicht des EuGH obliegt es dem Arbeitgeber, der über sämtliche eingereichten Bewerbungsunterlagen verfügt, zu beweisen, dass der Bewerber die zu besetzende Position auch dann nicht erhalten hätte,

wenn keine Diskriminierung stattgefunden hätte (EuGH vom 22.04.1997 – As. C – 180/95 – Draehmpaehl, Rn. 36, NZA 1997, 645).

Zutreffenderweise ist von einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast auszugehen. Auf der ersten Stufe reicht die Behauptung des Arbeitnehmers, der nicht über einen Einblick in das Auswahlverfahren verfügt, er sei der am besten geeignete Bewerber gewesen. Es ist dann Sache des Arbeitgebers, der als Einziger das Verfahren im Ganzen überblickt, darzulegen, aus welchem Grunde der klagende Arbeitnehmer nicht ausgewählt worden ist. Dies beinhaltet grundsätzlich auch die Möglichkeit des Hinweises, dass neben dem ausgewählten auch andere Arbeitnehmer vorrangig hätten berücksichtigt werden dürfen. Hierbei sind jedoch grundsätzlich die gleichen Überlegungen maßgebend, die zuvor unter Punkt 5 dargestellt wurden. Lasse man unbegrenzt alle Einwendungen des Arbeitgebers zu, dann könnte der Arbeitgeber grundsätzlich jede Entscheidung rechtfertigen.

Doch auch wenn man nicht auf die aus Art. 3 GG abgeleiteten Prinzipien zurückgreifen will, dann wären zumindest die einfach gesetzlichen Erwägungen heranzuziehen, die das BAG bei der Anwendung des betrieblichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aufgestellt hat. Das Bundesarbeitsgericht verlangt insofern, dass der Arbeitgeber die Differenzierungsgründe spätestens dann offen legen muss, wenn die Arbeitnehmer, die die Besserstellung für sich in Anspruch nehmen, an ihn herantreten. Insofern zitiert es die plastische Formel, dass es nicht angehen könne, dass ein Arbeitgeber zunächst so differenziert, wie es ihm passt, um dann im Streitfall nach Rechtfertigungsgründen Ausschau zu halten (BAG v. 9.9.1981 – AZR 1182/79 – AP Nr. 117 zu Art. 3 GG Rn. 37; offen lassend in neuerer Zeit BAG vom 03.07.2003 – 2 AZR 617/02 – BAGE 107, 56, Rn. 24 f. m. w. N.).

Der Beklagte hat nicht gegenüber der Klägerin die Kriterien umgehend offen gelegt, die ihn zu seiner Auswahlentscheidung motiviert haben sollen. Im Scheiben vom 03.01.2007 wird nur allgemein ausgeführt, dass die Beförderung „ausschließlich aus fachlichen Erwägungen heraus getroffen“ wurde.

7. Der nach § 15 Abs. 1 AGG zu leistende materielle Schadensersatz ist die Vergütungsdifferenz zwischen der tatsächlich erhaltenen und der Vergütung, die auf der höherwertigen Stelle gezahlt wird. Dieser Anspruch ist zeitlich nicht begrenzt.

Im Rahmen des Schadensersatzes ist nach zutreffender Ansicht für den bestqualifizierten Bewerber das positive Interesse (Bauer/Göpfert/Krieger § 15 AGG Rn. 24; Däubler/Bertzbach-Deinert § 15 AGG Rn. 34; Adomeit/Mohr § 15 AGG Rn. 23) und nicht

nur der Vertrauensschaden (so Meinel/Heyn/Herms § 15 AGG Rn. 27; Schleusener u. a. – Voigt § 15 AGG Rn. 18) zu ersetzen.

Fast durchgängig wird dem bestqualifizierten Bewerber in Fällen der Einstellung und/oder Beförderung jedoch nur ein zeitlich begrenzter Schadensersatz zugesprochen, wobei entweder auf die Gedanken des § 628 BGB, der §§ 9, 10 KSchG oder die Möglichkeit einer ersten Kündigung zurückgegriffen wird (Adomeit/Mohr § 15 AGG Rn. 27; Bauer/Göpfert/Krieger § 15 Rn. 27; Palandt/Weidenkaff, 67. Aufl. 2008, § 15 AGG Rn. 5). Nur wenige halten einen Endlosschaden für möglich (Däubler/Bertzbach-Deinert § 15 AGG Rn. 39 c, a. A. aber noch in der ersten Auflage § 15 AGG Rn. 39; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz 2007 Rn. 542).

Die Argumente für eine zeitliche Einschränkung überzeugen nicht. Warum sollte eine unterstellte frühestmögliche Kündigung des diskriminierenden Arbeitgebers grundsätzlich ein Arbeitsverhältnis selbst bei Nichteingreifen des Kündigungsschutzes beenden können? Sie wäre nicht anderes als eine Reaktion des Arbeitgebers auf die Geltendmachung der Rechte des unterlegenen Bewerbers, was eindeutig angesichts von § 16 AGG kein rechtmäßiges Alternativverhalten des Arbeitgebers wäre. Allenfalls wenn das Arbeitsverhältnis mit dem bevorzugten Bewerber rechtmäßig aus betriebsbedingten Gründen beendet worden wäre, käme eine zeitliche Begrenzung in Betracht. Dies wäre zumindest dann der Fall, wenn diese Gründe auch zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses des diskriminierten Bewerbers (Sozialauswahl, Sonderkündigungsschutz etc.) gereicht hätten. Vorliegend besteht das Arbeitsverhältnis von Herrn R. aber ungefährdet fort.

Auch Erwägungen nach § 628 Abs. 2 BGB und §§ 9, 10 KSchG können auf die hiesige Fallkonstellation nicht übertragen werden. Diesen Fällen ist gemeinsam, dass der Arbeitnehmer, wenn auch unter Druck, auf den weiteren Schutz des Arbeitsverhältnisses verzichtet, entweder weil der Arbeitgeber einen Grund für eine fristlose Kündigung bietet (§ 628 Abs. 2 BGB) oder trotz Unwirksamkeit der Kündigung ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist (§§ 9, 10 KSchG). Soweit der Arbeitgeber den Auflösungsantrag stellt, müsste der Arbeitnehmer Gründe für die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses geliefert haben. All diesen Konstellationen ist gemeinsam, dass der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden will oder er Gründe für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses schafft. In den Diskriminierungsfällen will der Arbeitnehmer aber nur in das entsprechende Arbeitsverhältnis hineinkommen, wenn auch vergeblich.

Seine einzige Handlung besteht darin, sich beworben zu haben oder Bewerber zu sein. Mehr trägt er zur Schadensentwicklung nicht bei. Es ist nicht nachvollziehbar, warum dies dem schädigenden Arbeitgeber zum Vorteil gereichen soll.

Dem steht nicht entgegen, dass nach § 15 Abs. 6 AGG kein Anspruch des diskriminierten Bewerbers auf den beruflichen Aufstieg besteht. Damit stellt der Gesetzgeber nur sicher, dass der Arbeitgeber in seiner Personalbesetzungspolitik frei bleiben soll, zu materiellem Schadensersatz ist er aber trotzdem verpflichtet, was sich schon aus § 15 Abs. 1 AGG ergibt.

Meinel/Heyn/Herms (§ 15 AGG Rn. 27) meinen jedoch, dass der Gesetzgeber durch diese Vorschrift zu erkennen geben wollte, dass der diskriminierende Arbeitgeber vor Doppelbelastungen zu schützen ist. Der verwendete Begriff der Doppelbelastung ist suggestiv. Eine Doppelbelastung existiert tatsächlich nicht. Die Einstellung oder Beförderung des bevorzugten Bewerbers stellt eine Gewinnsituation dar. Zwar ist für ihn das Entgelt zu zahlen, doch erlangt der Arbeitgeber die Möglichkeit, diese Arbeitskraft zu nutzen, um so mit diesem und mit anderen Arbeitnehmern Gewinn zu erzielen. Eine Belastung stellt hingegen unstreitig der zu leistende Schadensersatz gegenüber dem diskriminierten Bewerber dar, weil diese Zahlung ohne Gegenleistung erfolgt. Dass der Gesetzgeber jedoch eine einfache Belastung des diskriminierenden Arbeitgebers mit Schadensersatzansprüchen in Geld im Gegensatz zum sonstigen Schadensersatzrecht habe beschränken wollen, dafür gibt es keine Anhaltspunkte.

Eine derartige Einschränkung der allgemeinen Kriterien des Schadensersatzrechts im Falle diskriminierender Beförderungsentscheidungen lassen sich vor allem auch deswegen nicht begründen, weil die Rechtsprechung außerhalb des Diskriminierungsrechts dem bestgeeigneten Bewerber ebenfalls einen unbegrenzten Schadensersatzanspruch auf die höhere Vergütung zugesteht, wenn seine Stelle inzwischen besetzt ist. In der einschlägigen Kommentarliteratur zum AGG wird dies durchgängig nicht beachtet. Für Konkurrentenschutzstreitigkeiten im Bereich von Art. 33 Abs. 2 GG entspricht dies ständiger Rechtsprechung (BAG v. 19.2.2008 – 9 AZR 70/07 – NZA 2008, 1016). Im Gegensatz zur Auffassung von Meinel/Heyn/Herms zur Vermeidung angeblicher Doppelbelastungen geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Arbeitgeber im konkreten Fall nicht nur gegenüber einem, sondern gegenüber vier Bewerbern unbegrenzten Schadensersatz schuldet (vgl. die vier Entscheidungen BVerwG vom 17.08.2005 mit den Aktenzeichen 2 C 36-39/04 – Juris). Da die nationale Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen einen zeit-

lich unbegrenzten Schadensersatzanspruch gewährt, wäre auch nach europarechtlichen Vorgaben hier ein geringerer Schadensersatz nicht möglich. Das AGG dient der Umsetzung europarechtlicher Richtlinien. Hierbei muss der nationale Gesetzgeber darauf achten, dass Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden, wie nach Art und Schwere gleichartiger Verstöße gegen das nationale Recht (vgl. EuGH vom 22.04.1997 – C – 180/95 – Draehmpaehl, NZA 1997, 645 Rn 29).

8. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beklagte die Pflichtverletzung nach § 15 Abs. 1 Satz 2 nicht zu vertreten hätte.

Der Beklagte beruft sich insofern im Wesentlichen darauf, es läge schon keine Diskriminierung vor. Unabhängig hiervon trägt er nicht vor, welche Personen wann die Beförderungsentscheidung getroffen haben sollen, sodass auch nicht nachprüfbar ist, ob der Beklagte hierfür haftet. Darüber hinaus dürften diese Personen auch Organe im Sinne der §§ 30, 31 BGB gewesen sein, sodass eine Entschuldigungsmöglichkeit nicht gegeben ist. Es muss daher nicht entschieden werden, ob § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG europarechtswidrig ist.

9. Der Klägerin ist auch nicht ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB zuzurechnen.

Der Beklagte beruft sich insofern darauf, dass der Klägerin Anfang des Jahres 2006 bei einem gemeinsamen Abendessen in Berlin von Herrn Dr. M. mitgeteilt worden ist, dass er aller Voraussicht nach die Leitung einer neu zu gründenden Rechtsabteilung übernehmen werde. Als sein Nachfolger käme Herr R. oder ein externer Bewerber in Betracht.

Eine solche Mitteilung kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass nunmehr ein Bewerbungsverfahren eröffnet sei und der Beklagte um geeignete Bewerbungen bitte. Im Gegenteil wurde der Klägerin schon von vornherein die Aussichtslosigkeit einer möglichen Bewerbung ihrer Person vor Augen geführt. Jedenfalls kann hieraus nicht abgeleitet werden, dass die Klägerin zu einer Initiativbewerbung verpflichtet gewesen wäre. Im Übrigen hat Herr Dr. M. dies als seine Ansicht kundgetan, ohne dass der Beklagte jemals bis heute mitgeteilt hätte, dass Herr Dr. M. über die Nachfolge seiner Stelle auch nur hätte mitentscheiden dürfen.

Der Klägerin kann auch nicht vorgehalten werden, sie hätte einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch nehmen müssen.

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ab der Mitteilung des Arbeitgebers vom Ausgang des Auswahlverfahrens dem unterlegenen Bewerber eine ausreichende Zeitspanne zur Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes verbleiben muss und der Bewerber hierzu auch verpflichtet ist (BGH v. 6.4.1995 – III ZR 183/94 – BGHZ 129, 226, 229). Regelmäßig wird hierbei eine Zeitspanne von zwei Wochen für erforderlich gehalten (a.a.O. S. 230 f.).

Selbst wenn man in der Mitteilung von Herrn Dr. M. im Telefonat vom 09.12.2006 (Samstag) eine ausreichende Mitteilung über den Ausgang des Bewerbungsverfahrens sehen wollte, so erfolgt die Umsetzung dieser Beförderungsentscheidung spätestens am Montag, dem 11.12.2006, was sich aus dem entsprechenden Aushang ergibt. Insofern verblieb der Klägerin keinesfalls genügend Zeit, um einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. [...]

11. Die Höhe der Vergütungsdifferenz ist zwischen den Parteien unstreitig, zumal die Klägerin hierbei berücksichtigt hat, dass sie ihre Tätigkeit nicht vollzeitig ausübt. [...]

II.

Der Beklagte ist ferner verpflichtet, der Klägerin auch in der Zukunft über das bezogene Gehalt hinaus monatlich weitere 1.467,86 Euro brutto zu zahlen.

Die Klage ist gemäß § 259 ZPO zulässig, da die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Beklagte entsprechende Leistungen nicht freiwillig erbringen wird. Insofern ist der Beklagte schon jetzt zur Zahlung auch der künftigen Gehaltsdifferenzansprüche zu verurteilen.

Die Höhe ist von der Klägerin unstreitig zutreffend berechnet worden. Sie stellt die Differenz zwischen ihrem Gehalt und dem Gehalt des Herrn R. dar.

III.

[...] Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin Auskunft über die Höhe des an Herrn R. gezahlten variablen Entgelts für das laufende Jahr, jeweils bis zum Ablauf des ersten Quartals im Folgejahr, beginnend mit dem 31. März 2009, zu erteilen. Hierfür gelten dieselben Kriterien wie zuvor. Die Klägerin ist auf diese Auskunft angewiesen, da sie anderenfalls ihren Schadensersatz hinsichtlich des variablen Entgeltbestands nicht berechnen kann.

IV.

Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 20.000,00 EUR zu zahlen. In diesem Umfang hat die Berufung Erfolg. [...] Der Entschädigungsanspruch ergibt sich aus einer schwerwiegenden Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin (Art. 1. 2 GG i.V.m. § 823 BGB).

1. Schon in der so genannten Soraya-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1973 ist die rechtliche Grundlage für einen Geldleistungsanspruch in Art. 1 und 2 GG erblickt worden (BVerfGE 34, 269, 292). [...]

Die Herleitung dieses Anspruchs aus § 823 BGB i.V.m. Art. 1 und 2 GG beruht auf dem Gedanken, dass ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde (BGH vom 05.12.1995 a.a.O. Rn. 13).

2. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als eigenständiges Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt worden. Es gewährleistet die engere persönliche Lebenssphäre und die Einhaltung ihrer Grundbedingungen und damit auch den Schutz der persönlichen Ehre. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt eine Verpflichtung der staatlichen Gewalt, dem Einzelnen die Entfaltung seiner Persönlichkeit zu ermöglichen und ihn vor Persönlichkeitsgefährdungen durch Dritte zu schützen. Auf diesen Schutzauftrag geht der Anspruch auf Ausgleich des immateriellen Schadens bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen zurück. Voraussetzung für den Anspruch auf Geldentschädigung ist eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts und die mangelnde Möglichkeit anderweitiger Genugtuung. Bei Anwendung dieser Tatbestandsmerkmale haben die Gerichte die Fundierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Würde des Menschen zu beachten (BVerfG v. 4.3.2004 – 1 BvR 2098/01 – NJW 2004, 2371 Rn. 13 f.). Der Schutz der Menschenwürde ist absolut und erstreckt sich auf alle Lebensbereiche (a.a.O. Rn. 16), somit auch auf das Arbeitsverhältnis.

Der Arbeitnehmer ist in doppelter Hinsicht hinsichtlich der Verletzung seines Persönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis gefährdet. Zum einen verbringt er einen zeitlich hohen Anteil im Arbeitsverhältnis. Zum anderen befindet er sich in einem einseitigen Abhängigkeitsverhältnis, was im Direktionsrecht des Arbeitgebers seinen Ausdruck findet.

3. Das BAG geht daher davon aus, dass der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer Fürsorge- und Schutzpflichten wahrzunehmen hat. „Dies verbietet auch die Herabwürdigung und Missachtung eines Arbeitnehmers. Dieser hat daher Anspruch darauf, dass auf sein Wohl und seine berechtigten Interessen Rücksicht genommen wird, dass er vor Gesundheitsgefahren, auch psychischer Art, geschützt wird, und dass er keinem Verhalten ausgesetzt wird, das bezweckt oder bewirkt, dass seine Würde verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird“ (BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223, 227 Rn. 78). Der Arbeitgeber ist in diesem Zusammenhang insbesondere auch zum Schutz der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers verpflichtet, wobei das zuvor dargestellte Verhalten als „Mobbing“ bezeichnet wird (a.a.O. Rn. 79). [...]

Unabhängig von den arbeitsrechtlichen Besonderheiten kommt ein Entschädigungsanspruch auf dieser Rechtsgrundlage nur in Betracht, wenn eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt und die Beeinträchtigung nach der Art der Verletzung nicht auf andere Weise befriedigend ausgeglichen werden kann (Rn. 123). Eine Auswahl, die zu Unrecht auf das Geschlecht abstellt, stellt eine erhebliche Verletzung der Würde der Person dar, die eine Entschädigungszahlung rechtfertigt (BAG 14.3.1999 – 8 AZR 447/87 – Juris).

4. Bei Anwendung dieser Kriterien kann die Klägerin sich zu Recht auf eine schwerwiegende Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts berufen, die nicht auf andere Weise befriedigend ausgeglichen werden kann.

4.1) Soweit die Klägerin bei der Beförderung wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden ist, liegt darin eine Herabwürdigung ihrer beruflichen Fähigkeiten und zugleich eine Verletzung ihrer Würde als Person (BAG v. 14.03.1999 – 8 AZR 447/87 – Juris Rn. 18). Ein derartiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist regelmäßig schwerwiegend und verpflichtet zur Zahlung einer Entschädigung (a.a.O. Rn. 27 f.).

Doch auch zahlreiche weitere Geschehnisse stellen eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin dar. So wird vom objektiven Erklärungsinhalt mit dem Aushang vom 10. Dezember 2006 (Bl. 147 d.

A.) für alle Beschäftigten mitgeteilt, dass Herr R. zusätzlich zur Personalleitung der Generaldirektion M. auch mit sofortiger Wirkung die Personalleitung für die Generaldirektion Berlin übernimmt. Da mindestens seit Sommer 2003 die Personalleitung für die Generaldirektion Berlin durch die Klägerin wahrgenommen worden war, wird hiermit objektiv zum Ausdruck gebracht, dass der Klägerin diese Stellung entzogen wird. [...] Prozessual hat der Beklagte eingeräumt, dass der Aushang missverständlich formuliert sein könnte. Es habe nur zum Ausdruck gebracht werden sollen, dass der ehemalige Personaldirektor nunmehr als Personalleiter bezeichnet wird. Eine Diskriminierungsabsicht habe hierin nicht gelegen. Die Personalleitung der Generaldirektion Berlin sei Herrn R. nicht übertragen worden. Hierfür sei nach wie vor die Klägerin zuständig. Auch wenn der Beklagte intern im Verhältnis zur Klägerin damit richtig stellt, dass ihre berufliche Position nicht angetastet werden soll, vermeidet er doch eine Richtigstellung in der Betriebsöffentlichkeit. Der Aushang vom 10.12.2006 ist nie berichtigt worden. Nach außen wird der Eindruck des Kompetenzentzuges weiter aufrechterhalten.

Nachdem die Klägerin sich gegen den Eindruck des Kompetenzentzuges und einer Diskriminierung bei der Beförderungsentscheidung wehrt, wird sie einer Behandlung ausgesetzt, die sie herabwürdigt und bewusst unter Druck setzt. Am 20. Dezember 2006 wird ihr von Herrn R. entgegengehalten, sie solle über ihre berufliche Zukunft nachdenken. [...]

Die Schikanemaßnahmen gegenüber der Klägerin setzten sich im Schreiben vom 3. Januar 2007 fort. In diesem Schreiben wird die Klägerin aufgefordert „ihren arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zukünftig nachzukommen und im Rahmen ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtungen den Weisungen ihres Vorgesetzten, Herrn Personalleiter R., nachzukommen“. [...] Man fragt sich, wie oft der Beklagte gegenüber außertariflichen Mitarbeitern auf die Einhaltung arbeitsvertraglicher Verpflichtung hinweist, obwohl entsprechende Verfehlungen gerade nicht bestehen sollen. [...]

Da an diesem Schreiben noch der Klebezettel von Herrn R. vorhanden war, dass der Inhalt mit Herrn Dr. M. abgesprochen gewesen sei, das Schreiben dann aber von dem Vorstandsmitglied Herrn Dr. H. unterzeichnet wurde, wird auch klar, dass insofern ein abgestimmtes Vorgehen dieser Vorgesetzten gegenüber der Klägerin stattfindet.

Mit Schreiben vom 8. Februar 2007 setzte der Beklagte sein Bemühen fort, die Klägerin unter Druck zu setzen. In diesem Anwaltsschriftsatz heißt es: „Im Übrigen sind wir aber beauftragt Ihnen mitzuteilen, dass derzeit unternehmensintern geprüft wird, ob aufgrund der vollzogenen Änderungen weitere Maß-

nahmen, insbesondere auf der Leitungsebene in M. und Berlin, erforderlich sind oder werden. Über die Ergebnisse dieser Prüfung werden wir Sie, soweit sie Ihre Frau Mandantin betreffen sollten, zur gegebenen Zeit informieren.“

Im erstinstanzlichen Urteil war davon ausgegangen worden, dass derartige Überlegungen Teil der unternehmerischen Freiheit seien. Dies ist sicherlich richtig. Hierbei ist jedoch nicht beachtet worden, dass die Klägerin dezidiert vorgetragen hat, dass in der Besprechung in der Personalabteilung am Vormittag des 20. Dezember 2006 von Herrn R. ausgeführt worden ist, dass weitere Änderungen nicht geplant seien. Daher sei nicht nachvollziehbar, warum hierzu innerhalb von sechs Wochen ein anderer Standpunkt eingenommen werde.

[...]

Das Verhalten am 1. April 2007 zeigt, dass nunmehr Herr R. versucht, die Klägerin zu demütigen. Normale Höflichkeitsformen werden nicht eingehalten, mit der Frage „Was wollen Sie denn hier?“ wird der Klägerin vielmehr ihre Überflüssigkeit bedeutet. Die Frage hätte Herr R. sich als Personaldirektor auch selbst beantworten können, da ihm kaum entgangen sein dürfte, dass die Klägerin innerhalb der Projektgruppe Gehaltsbänder dem Lenkungsgremium angehörte. [...]

Auch das Verhalten des Justitiars bei dem außergerichtlichen Vergleichsgespräch am 22. August 2007 ist von einem Einschüchterungsversuch gegenüber der Klägerin geprägt. Herr Dr. M. lamentiert nicht allgemein darüber, dass längere Rechtsstreite für alle Beteiligten sehr anstrengend sein könnten und er um sein eigenes körperliches und seelisches Wohl fürchtet, sondern aus der Position der Überlegenheit des Arbeitgebers, der fast jederzeit verdeckt unter dem Mantel des Direktionsrechts sanktionierend gegen Arbeitnehmer vorgehen kann, wird nur der Klägerin zur genauen Überlegung geraten, ob sie diesen Rechtsstreit durchstehen könne. Sie solle insbesondere prüfen, ob sie das körperlich und seelisch aushalte.

[...]

Hierzu ist auch ein Vorfall zu zählen, den die Klägerin auf Seite 70 des Berufungsbegründungsschriftsatzes schildert. Danach wurde im Rahmen einer Abteilungsvideokonferenz im April 2008 von Herrn R. eine Person gesucht, die bestimmte Aufgaben wahrnehmen sollte. Die Klägerin meldete sich hierzu. [...] Auch wenn es gut sein kann, dass Herr R. einfach nicht mitbekommen hat, wer sich für die Aufgabe meldete, so zeigt seine Reaktion jedoch, dass er die Klägerin weiterhin herablassend behandelt. Normal wäre es gewesen, wenn er sich für seine Versehen wenigstens kurz entschuldigt hätte.

[...]

Die hiesige Handlung bewegt sich mit Sicherheit am untersten Ende dessen, was noch berücksichtigungsfähig ist. Das BAG verweist insofern aber zutreffend darauf, dass einzelne Handlungen für sich allein betrachtet noch keine Rechtsverletzungen darstellen können, die Gesamtschau der einzelnen Handlungen oder Verhaltensweisen jedoch zur Annahme einer Vertrags- oder Rechtsgutverletzung führen können (BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 593/06 – NZA 2008, 223 Rn. 56). Insofern ist auch dieses Verhalten noch der fortgesetzten Persönlichkeitsrechtsverletzung der Klägerin zuzurechnen. All diesen Verhaltensweisen ist gemeinsam, dass der Klägerin Schwierigkeiten bereitet oder mindestens angedroht werden. Selbst Gesundheitsbeeinträchtigungen werden in den Raum gestellt.

4.2) Die oben dargestellten Verhaltensweisen stellen eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung dar. Die Beeinträchtigung der Art der Verletzung kann auch nicht auf andere Weise befriedigend ausgeglichen werden.

Dieses Verhalten ist auch deswegen so schwerwiegend, weil diese Personen gerade als Personalleiter, Justitiar oder zuständiges Vorstandsmitglied dafür zuständig wären, für die Einhaltung rechtmäßiger Standards auch gegenüber scheinbar unbequemen Arbeitnehmern zu sorgen. Dieses schikanöse Verhalten gerade auch durch diese Vorgesetzten kann nicht einfach mit einer lapidaren Entschuldigung oder Ähnlichem aus der Welt geschafft werden. Die Schwere der Persönlichkeitsverletzung ergibt sich auch daraus, dass ein Großteil des Verhaltens des Beklagten als Reaktion auf die Wahrnehmung vermeintlicher Rechte durch die Klägerin nach dem AGG angesehen werden kann. Für diese rechtliche Einordnung sprechen allein schon der enge zeitliche Zusammenhang und der Umstand, dass die Maßnahmen des Beklagten erstmals aufgetreten sind, nachdem die Klägerin ihre Rechte angemeldet hat.

Unterlassungsansprüche nach § 16 AGG stellen ebenfalls keinen befriedigenden Ausgleich dar, da allenfalls für die Zukunft die Einschüchterungen und Entwürdigungen untersagt werden könnten, die schon in der Vergangenheit aufgetreten waren. Ein Unterlassungstitel, wonach z. B. dem Beklagten untersagt wird, die Klägerin grundlos mit Belastungen bis in den gesundheitlichen Bereich hinein zu bedrohen, wäre sinnlos, wenn der Beklagte auf andere Einschüchterungsszenarien ausweicht. Er könnte – abgesehen von den Prozess- und Rechtsanwaltskosten – sanktionslos erst einmal neue Einschüchterungsversuche starten, bis auch diese ihm gerichtlich untersagt werden. Daher kann ein angemessener Weg nur darin bestehen, gerichtlicherseits Entschädigungszahlungen festzulegen.

4.3) Die oben angegebenen Verhaltensweisen sind auch dem Beklagten zuzuordnen. Herr Dr. H. ist als Vorstandsmitglied unstreitig Organ des Beklagten im Sinne von §§ 30, 31 BGB. Das Gleiche gilt jedoch auch für Herrn R. und Herrn Dr. M. als Personalleiter und Justitiar. Zu den Aufgaben eines Personalleiters gehört es, dafür zu sorgen, dass Beschäftigte nicht in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt werden. Gleiches gilt für den Justitiar. Dies hat zur Folge, dass der Beklagte sich auf Entschuldigungsgründe nicht berufen kann (Palandt-Sprau, 67. Aufl. 2008, § 831 BGB Rn. 3; zum Bereich des Diskriminierungsrechts Bauer/Göpfert/Krieger § 15 AGG Rn. 18 f.).

4.4) Die hier festgesetzte Entschädigung ist in ihrer Höhe notwendig, aber auch ausreichend. [...] Hinsichtlich der Nichtberücksichtigung bei der Beförderung ist im vorliegenden Fall auch zu beachten, dass durch den materiellen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 die Klägerin einen hohen Ausgleich erhält, was auch dem Präventionsgedanken Rechnung trägt. Hinsichtlich der übrigen Handlungen bleibt festzustellen, dass sie sich über einen Zeitraum von mehr einem Jahr hingezogen haben. Andererseits kam es weder zu Gewaltandrohungen oder Gewaltanwendungen. Auch sind keine schwerwiegenden Beleidigungen ausgesprochen worden. Erschwerend ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Herabwürdigungen und Einschüchterungen durch Organmitglieder des Beklagten erfolgten, sodass dem Präventionsgedanken größeres Gewicht zukommt. Bei dem Beklagten handelt es sich um ein Großunternehmen, sodass die finanzielle Leistungsfähigkeit als gut einzuschätzen ist. [...]

Sollte in der unterbliebenen Beförderung keine Persönlichkeitsrechtsverletzung zu sehen sein, dann wäre für die zeitlich nachfolgenden Handlungen des Beklagten zumindest eine Entschädigung in Höhe von 16.000,00 EUR gerechtfertigt.

All diese Momente rechtfertigen es, eine Entschädigung in Höhe von insgesamt 20.000,00 EUR festzusetzen. [...]

Hinweis der Redaktion:

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist beim BAG anhängig, Az: 5 AZN 1023/08.