

Urteil

LAG Hamm, §§ 15 Abs. 2 und Abs. 4, 3 Abs. 2, 1, 22, 6 Abs. 1 AGG, § 61 b Abs. 1 ArbGG

Mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts – Vereinbarkeit Familie und Beruf

Auf dem zurückgesandten Lebenslauf der Klägerin hatte der Arbeitgeber neben der Textzeile „Verheiratet, ein Kind“ handschriftlich vermerkt „7 Jahre alt!“ und die sich dann ergebende Wortfolge „ein Kind, 7 Jahre alt!“ durchgängig unterstrichen. In dem darin liegenden Abstellen auf das Problem der Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Berufstätigkeit hat die Kammer eine nicht gerechtfertigte mittelbare Diskriminierung wegen des weiblichen Geschlechts gesehen (§ 3 Abs. 2, § 1 AGG).

Die durch den Vermerk des Arbeitgebers gemäß § 22 AGG begründete Vermutung einer (mittelbaren) Benachteiligung der Klägerin wegen ihres Geschlechts hat der Arbeitgeber nicht widerlegt, insbesondere nicht durch den Hinweis, dass eine junge Frau ohne Kind und mit besserer Qualifikation eingestellt worden sei.

Die Frage, ob die Klägerin ggf. einen höheren Entschädigungsbetrag beanspruchen konnte, stellte sich aus Gründen des § 61 b Abs. 1 ArbGG nicht. Innerhalb der dreimonatigen Klagefrist des § 61 b Abs. 1 ArbGG hatte die Klägerin (lediglich) 3.000 EUR eingeklagt.

Urteil des LAG Hamm vom 06.06.2013 – 11 Sa 335/13 (Revision beim BAG wurde anhängig – 8 AZR 753/13).

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Anspruch. Die Klägerin ist 1974 geboren. Sie ist verheiratet und hat ein Kind. Sie verfügt über einen Abschluss als Verwaltungs- und Bürokauffrau. (...) Die Beklagte betreibt einen lokalen Radiosender. Per Zeitungsanzeige vom 14.04.2012 suchte die Beklagte eine(n) „Buchhalter/-in“ mit abgeschlossener kaufmännischer Lehre. (...) Die Klägerin bewarb sich mit Anschreiben vom 14.04.2012. (...) Mit Schreiben vom 02.05.2012 erteilte die Beklagte eine Absage und teilte mit, „dass wir von Ihrer Bewerbung keinen Gebrauch machen können, da wir uns für einen anderen Bewerber entschieden haben“. Beigefügt waren „zu unserer Entlastung“ die Bewerbungsunterlagen. Auf dem zurückgesandten Lebenslauf fand die Klägerin neben der Textzeile „Verheiratet, ein Kind“ den bei der Beklagten handschriftlich angebrachten Vermerk vor: „7 Jahre alt!“, die so entstehende Wortfolge „ein Kind, 7 Jahre alt!“ ist durchgängig unterstrichen worden.

Mit Schreiben vom 06.06.2012 machte die Klägerin gegenüber der Beklagten eine Entschädigung

wegen Verstoßes gegen das AGG geltend. Die Beklagte antwortete unter dem 21.06.2012 ablehnend. Die Nichtberücksichtigung der Klägerin habe nichts mit dem Geschlecht, dem Familienstand oder der Unterhaltsberechtigung [sic] zu tun, es seien ausschließlich die Qualifikationen gewesen, die zur Einstellung einer Mitbewerberin geführt hätten.

Die Klage auf Zahlung einer Entschädigung von 3.000 EUR ist am 23.07.2012 bei dem Arbeitsgericht Siegen eingegangen. (...) Die Beklagte gibt an, sie habe Frau W1 eingestellt, eine junge Frau, die das Abitur habe, Ausbildungen zur Bankkauffrau und zur Steuerfachangestellten absolviert habe. (Zum weiteren Sachverhalt: Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 22.01.2013 abgewiesen, die Klägerin hat am 13. März 2013 Berufung eingelegt.)

Aus den Gründen:

(...)

3. Der für einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG erforderliche Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG ist zu bejahen. Die hier gegebenen Tatsachen lassen einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG vermuten. Die Beklagte hat die Vermutung nicht auszüräumen vermocht.

a) Die Klägerin ist i.S.d. § 3 AGG benachteiligt worden. Ein Nachteil liegt bei einer Auswahlentscheidung zur Stellenbesetzung vor, wenn eine Bewerbung abgelehnt wird, ohne zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein. Eine Benachteiligung kann in der Versagung einer Chance liegen. Durch die Nichteinladung wurde der Klägerin die Chance auf Einstellung versagt (vgl. BAG 19.08.2010 AP AGG § 15 Nr. 5 Rn. 51; BAG 23.08.2012 – 8 AZR 285/11 – AP AGG § 3 Nr. 9).

b) Nach dem unterbreiteten Sachverhalt ist eine Benachteiligung wegen des Geschlechts zu vermuten. Die Beklagte hat in den Bewerbungsunterlagen hinter der Angabe der Klägerin „verheiratet, ein Kind“ handschriftlich angefügt „7 Jahre alt!“ und die sich dann ergebende Wortfolge „ein Kind, 7 Jahre alt!“ durchgehend unterstrichen. Darin liegt ein Indiz gemäß § 22 AGG, dass dieser Gesichtspunkt für die Nichtberücksichtigung der Klägerin bedeutsam war. Dieses Indiz lässt eine Benachteiligung der Klägerin wegen ihres Geschlechts vermuten. Das Geschlecht gehört zu den nach § 1 AGG verpönten Merkmalen.

aa) Allerdings stellt ein Abstellen auf das Kriterium „ein Kind, 7 Jahre alt“ entgegen der Auffassung der Klägerin keine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts dar. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt,

als eine andere Person erfahren hat oder erfahren würde. In Satz 2 wird ergänzend klargestellt, dass bei der Stellenbesetzung eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vorliegt. Damit sind indes nur Tatsachen gemeint, die Männer und Frauen nicht in gleicher Weise betreffen können. Das Merkmal der Mutterschaft umfasst nur Umstände, die unmittelbar mit der Schwangerschaft und der Geburt zusammenhängen und untrennbar mit dem Geschlecht der Frau verbunden sind. Darunter fällt beispielsweise die Inanspruchnahme von Mutterschutzzeiten unmittelbar vor und nach der Geburt. Nicht erfasst sind hingegen Umstände, die sowohl die Frau wie auch den Mann aufgrund ihrer Elternschaft betreffen können. Aus diesem Grund stellt beispielsweise ein benachteiligendes Abstellen auf die Inanspruchnahme von Elternzeit keine unmittelbare Benachteiligung wegen Mutterschaft und damit keine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts dar (BAG 27.01.2011 AP TVöD § 17 Nr. 1 = NZA 2011, 1361). Gleiches gilt hier für das Merkmal „ein Kind, 7 Jahre alt“, auch dieses kann den Mann aufgrund seiner Elternschaft betreffen.

bb) Ein Abstellen auf das Merkmal „ein Kind, 7 Jahre alt“ erfüllt jedoch entgegen der Entscheidung des Arbeitsgerichts den Tatbestand einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG. Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich. Damit sind Konstellationen erfasst, in denen durch die angewandten Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Träger eines der Merkmale des § 1 AGG zahlenmäßig wesentlich stärker benachteiligt werden als Personen, bei denen dieses Merkmal nicht vorliegt. Es geht um Situationen, in denen die nachteilige Auswirkung typischerweise überwiegend gruppenangehörige Personen trifft: Dies kann die Vermutung begründen, dass gerade die Gruppenzugehörigkeit maßgebliche Ursache der Benachteiligung ist (ErfK-Schlachter, 13. Aufl. 2013, § 3 AGG Rn. 7 unter Hinweis u.a. auf EuGH 27.10.1993 „Enderby“ AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 50 = NZA 1994, 797 u. BAG 18.05.2006 AP TV SozSich § 8 Nr. 1 = NZA 2007, 103). Bei der Prüfung, ob eine mittelbare Benachteiligung gegeben ist, ist der Gesamtheit der Personen, die von der Regelung erfasst werden, die Gesamtheit

der Personen gegenüber zu stellen, die durch die Regelung benachteiligt werden. Im Vergleich dieser Gruppen ist zu überprüfen, ob die Träger eines Merkmals des § 1 AGG besonders benachteiligt sind (BAG 27.01.2011 AP TVöD § 17 Nr. 1 Rn. 28 = NZA 2011, 1361).

Eine verbotene mittelbare Benachteiligung wegen des weiblichen Geschlechts setzt deshalb voraus, dass sich in der durch die Maßnahme oder Regelung benachteiligten Gruppe im Vergleich zur begünstigten Gruppe wesentlich mehr Frauen befinden als Männer (BAG 19.01.2011 AP AGG § 3 Nr. 7 Rn. 33).

Die Möglichkeit einer mittelbaren Diskriminierung ist etwa angenommen worden, wenn bei einer Stellenausschreibung fehlerfreie Deutschkenntnisse gefordert werden; dies hat typischerweise besonders nachteilige Auswirkungen auf Bewerber anderer ethnischer Gruppen (LAG Hamm 17.07.2008 – 16 Sa 544/08 – NZA-RR 2009, 13). Eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts ist bejaht worden, wenn Teilzeitbeschäftigte für Überstunden in der Zeitspanne zwischen dem regulären Ende ihrer Arbeitszeit und derjenigen von Vollzeitbeschäftigten geringer vergütet werden als die von Letzteren erbrachten regulären Arbeitsstunden, wenn die Ungleichbehandlung wesentlich mehr Frauen als Männer betrifft (EuGH 06.12.2007 -C-300/06 – AP EG Art. 141 Nr. 17 = NZA 2008, 31).

In der Literatur wird eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts beispielsweise angenommen, wenn bei einer Einstellung die Anforderung besonderer zeitlicher Flexibilität gestellt wird. Eine solche berufliche Anforderung ist geeignet, Frauen besonders stark zu beeinträchtigen, weil diese auch heute noch überwiegend für Familie und Haushalt zuständig sind (Bauer-Göpfert-Krieger, AGG, 3. Aufl. 2011, § 3 AGG Rn. 38 a.E.). Feldhoff nimmt ein Problem mittelbarer Diskriminierung wegen des Geschlechts an, wenn es um Fragen der Vereinbarkeit von Beruf und familiären Pflichten geht, weil diese noch immer überwiegend Frauen gesellschaftlich zugewiesen sind und von ihnen erfüllt werden (jurisPK-Familie und Beruf-Feldhoff, 2009, Kapitel 8.1 Vorbemerkungen Rn.1, 2 = S. 421).

Entsprechendes gilt hier für das Merkmal „ein Kind, 7 Jahre alt“. Mit diesem Merkmal ist die Frage der Vereinbarkeit von beruflicher Tätigkeit und Betreuung eines minderjährigen Kindes im Grundschulalter in den Blick genommen. Die Thematik „Vereinbarkeit von Familie [mit minderjährigen Kindern] und Beruf“ betrifft in der gesellschaftlichen Realität der Bundesrepublik ganz vorrangig die Frauen. So stimmen die oben genannten Stimmen in der Literatur darin überein, dass die Kinderbetreuung nach wie vor überwiegend als Aufgabe der Frau gesehen wird und vorrangig von Frauen wahrgenommen wird

(Bauer-Göpfert-Krieger, aaO; jurisPK-Familie und Beruf-Feldhoff aaO). Bestätigt findet sich dieser Befund in den Daten und der Auswertung des Mikrozensus 2010 durch das Statistische Bundesamt (Keller, Haustein, Vereinbarkeit von Familie und Beruf - Ergebnisse des Mikrozensus 2010, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Januar 2012, S. 30 - 50; destatis/ .../WirtschaftStatistik/ ...Vereinbarkeit-FamilieBeruf...). Demzufolge beeinflussen Familiengründung und Kinder insbesondere bei den Frauen das Erwerbsverhalten. Während bei den Müttern die höchste Erwerbstätigkeitsquote von etwa 70 % erst im Alter von 40 bis 50 Jahren erreicht wird, sind Väter durchgängig häufiger erwerbstätig als Männer ohne Kind. Aktiv erwerbstätig sind 60 % der Mütter und 84 % der Väter. Von den erwerbstätigen Müttern arbeiten wiederum 70 % (nur) in Teilzeit, während es bei den Vätern nur knapp 6 % sind. Mit zunehmendem Alter des Kindes steigt die Erwerbstätigenquote der Mütter deutlich an, während bei den Vätern die Beteiligung am Erwerbsleben weitgehend unabhängig vom Heranwachsen der Kinder ist. Wenn beide Partner erwerbstätig sind, ist eine Vollzeitbeschäftigung des Vaters in Kombination mit einer Teilzeittätigkeit der Mutter das mit Abstand häufigste Arbeitszeitmodell. Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf stellt vor allem für Frauen eine besondere Herausforderung dar (Keller, Haustein, aaO S. 31, 33, 34, 43; vgl. auch: Schleusener-Suckow-Voigt, AGG, 3. Aufl. 2011, § 22 AGG Rn. 32 [Voigt]).

Eine Differenzierung nach dem Kriterium „ein Kind, 7 Jahre alt“ ist im hier zu entscheidenden Fall nicht sachlich gerechtfertigt durch ein rechtmäßiges Ziel, das die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich erscheinen lässt (§ 3 Abs. 2 letzter Halbsatz AGG). Bauer-Göpfert-Krieger bejahen eine Rechtfertigung des Einstellungskriteriums „zeitliche Flexibilität“ beispielhaft für den Anwaltsberuf, für den zeitliche Flexibilität notwendige Voraussetzung sei (Bauer-Göpfert-Krieger, AGG, 3. Aufl. 2011, § 3 AGG Rn. 38 a.E.). Vergleichbare rechtfertigende Umstände i.S.d. § 3 Abs. 2 letzter Halbsatz AGG sind bei dem hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht feststellbar.

c) Mit der handschriftlichen Ergänzung und der Unterstreichung der Wortfolge „ein Kind, 7 Jahre alt!“ in den Bewerbungsunterlagen der Klägerin ist eine Hilfsstatsache gegeben, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lässt.

Nach § 22 AGG ist von einer Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes auszugehen, wenn eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen des in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Dann trägt die andere Par-

tei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Eine weniger günstige Behandlung wegen des fraglichen Merkmals ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an das Merkmal anknüpft oder dadurch motiviert ist. Ausreichend ist, dass das Merkmal Bestandteil eines Motivbündels war, das die Entscheidung beeinflusst hat (BAG 23.08.2012 AP AGG § 3 Nr. 9 – 8 AZR 285/11 – Rn. 30 mwN). Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (BAG 23.08.2012 AP AGG § 3 Nr. 9 – 8 AZR 285/11 – Rn. 30). Die Hilfsstatsache muss nicht zwingend den Schluss auf die Kausalität zulassen. Es reicht aus, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung für eine Verknüpfung der Benachteiligung mit dem fraglichen Merkmal des § 1 AGG eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht (BAG 23.08. 2012 AP AGG § 3 Nr. 9 – 8 AZR 285/11 – Rn. 32; BAG 22.07.2010 AP AGG § 22 Nr. 2 – 8 AZR 1012/08). Die handschriftlichen Ergänzung und Unterstreichung der Wortfolge „ein Kind, 7 Jahre alt!“ spricht nach der allgemeinen Lebenserfahrung dafür, dass die damit gekennzeichnete Problematik der Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Berufstätigkeit Teil eines Motivbündels war, das zur Ablehnung der Bewerbung der Klägerin geführt hat.

Diese Indizwirkung ist durch das Vorbringen der Beklagten nicht ausgeräumt. Der Hinweis, dass die

eingestellte Bewerberin besser qualifiziert sei, widerlegt die Vermutung nicht. In § 15 Abs. 2 AGG ist bestimmt, dass der Entschädigungsanspruch bei einer Nichteinstellung auf maximal drei Monatsgehälter beschränkt ist, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Aus dieser Gesetzesformulierung geht hervor, dass nicht nur Benachteiligungen bei der Auswahlentscheidung selbst sondern auch Benachteiligungen im Auswahlverfahren sanktioniert werden. So hat das BAG eine Benachteiligung bereits in der Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch gesehen (BAG 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – AP AGG § 8 Nr.1 = NZA 2009,1016; Schleusener-Suckow-Voigt, AGG 3. Aufl. 2011, § 15 Rn. 34 [Voigt]). Durch den Hinweis auf die Einstellung einer besser qualifizierten Bewerberin ist nicht nachgewiesen, dass das pönalisierte Merkmal bei der Entscheidung überhaupt keine Rolle gespielt hat. Der Nachweis muss so geführt werden, dass der Einfluss unzulässiger Kriterien positiv ausgeschlossen werden kann (BAG 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 – AP BGB § 611 a Nr. 23 = NZA 2004, 540; Schleusener-Suckow-Voigt, AGG 3. Aufl. 2011, § 22 Rn. 47 [Voigt]).

Die Indizwirkung ist weiter auch nicht durch den Umstand widerlegt, dass die berücksichtigte Bewerberin eine junge Frau ohne Kinder ist. Insoweit ist anerkannt, dass die geschlechtsspezifische Benachteiligung in einer solchen Situation darin liegt, dass an das geschlechtsspezifische Kriterium der Vereinbarkeit von Kinderbetreuung und Berufstätigkeit (s.o.) angeknüpft worden ist und ein hypothetischer männlicher Bewerber nach der Lebenserfahrung nicht wegen des Kriteriums „ein Kind, 7 Jahre alt“ benachteiligt worden wäre (vgl. Bauer-Göpfert-Krieger, AGG, 3. Aufl. 2011, § 3 AGG Rn. 19 a.E. für den Fall der Bevorzugung einer nicht schwangeren Bewerberin gegenüber einer schwangeren Bewerberin mit möglicherweise besseren Noten). Der Hinweis der Beklagten, bei einer Bewerberin mit einem siebenjährigen Kind sei die zu erwartende Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses durch die Aufgabe der Kinderbetreuung geringer zu veranschlagen als bei einer jungen Frau ohne Kind, die ja im Verlaufe des – hier befristeten – Arbeitsverhältnisses schwanger werden könne, findet keine zureichende Stütze in der Lebenserfahrung, um hinreichend sicher ausschließen zu können, dass die Familiensituation der Klägerin keinerlei Rolle innerhalb eines Motivbündels für die Ablehnung ihrer Bewerbung gespielt hat. Weitere Umstände für eine Widerlegung der Indizwirkung sind nicht ersichtlich.

3. Der Klägerin steht eine Entschädigung in der ausgeteilten Höhe von 3.000 EUR zu. Nach § 15 Abs. 2 AGG kann die benachteiligte Person bei Vorliegen der

Voraussetzungen der §§ 15 Abs. 2, Abs. 1, 7 Abs. 1, 3 Abs. 2, 1 AGG wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung beanspruchen. Bei einer Nichteinstellung darf die Entschädigung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahlentscheidung nicht eingestellt worden wäre. Der zuerkannte Betrag unterschreitet diese Grenze deutlich. Die zuerkannte Entschädigung von 3.000 EUR liegt etwas unter dem 1½fachen des Monatsentgelts der ausgeschriebenen Stelle. Dieser Betrag ist angemessen; auf jeden Fall ist er nicht zu hoch bemessen. Bei der Festsetzung der Entschädigung sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Zu diesen zählen etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalles.

Ferner ist auch der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen, so dass auch bedeutsam ist, dass der Betrag zur Erzielung einer wirklich abschreckenden Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber geeignet ist (BAG 23.08.2012 – 8 AZR 285/11 – AP AGG § 3 Nr. 9 Rn. 38; BAG 22.01.2009 – 8 AZR 906/07 – AP AGG § 15 Nr. 1 Rn. 82). In der Kommentarliteratur wird ausgeführt, dass der angemessene Entschädigungsbetrag bei einer Einstellungsdiskriminierung in den meisten Fällen innerhalb einer Spanne von 500 EUR bis 10.000 EUR liegen werde (Schleusener-Suckow-Voigt, AGG 3. Aufl. 2011, § 15 Rn. 50 [Voigt]) oder dass regelmäßig eine Entschädigung von ein bis eineinhalb Monatsentgelten angemessen sein dürfte (Bauer-Göpfert-Krieger, AGG, 3. Aufl. 2011, § 15 AGG Rn. 35). Hier hat die Kammer insbesondere berücksichtigt, dass es sich nicht um einen Fall der unmittelbaren Benachteiligung handelt, sondern „nur“ um eine mittelbare Benachteiligung. Andererseits geht es um eine Problematik, deren Bedeutsamkeit für die Beschäftigungssituation weiblicher Beschäftigter Gegenstand eines seit Jahren breit geführten gesellschaftspolitischen Diskurses ist. Art und Schwere der Beeinträchtigung und der Gesichtspunkt abschreckender Wirkung lassen den Betrag von 3.000 EUR geboten erscheinen. Ob ggf. auch ein (etwas) höherer Betrag angemessen wäre, kann dahingestellt bleiben. Innerhalb der dreimonatigen Klagefrist des § 61 b Abs. 1 ArbGG hat die Klägerin einen konkret bezifferten Klageantrag über lediglich 3.000 EUR anhängig gemacht.