

in dem der Europäische Gerichtshof feststellt, daß für den Fall, daß sich ein Mitgliedsstaat dafür entscheidet, als Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot eine Entschädigung zu gewähren, diese Entschädigung über einen rein symbolischen Schadensersatz wie etwa die bloße Erstattung von Bewerbungskosten hinausgehen müsse.

Das Gericht hat somit die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot bei dem Abschluß des Arbeitsvertrages in Anwendung des bundesdeutschen Zivilrechts unter Außerachtlassung des richtlinienwidrigen § 611 a Abs. 2 BGB zu bestimmen.

Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ergibt sich aus §§ 823 Abs. 2, 611 a Abs. 1 BGB und 823 Abs. 1, 847 BGB. Der § 611 a Abs. 1 BGB ist als Schutzgesetz im Sinne der Vorschrift des § 823 Abs. 2 anzusehen.

Die Diskriminierung der Klägerin durch die Beklagte stellt gleichzeitig auch eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar, das als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt ist (Schwerdtner in: Münchner Komm. z. BGB 1978 Rdn. 153 zu § 12). Unter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht wird das Recht des einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit verstanden. Hierzu gehört auch die Ausfüllung einer Berufsrolle, die ein allgemein anerkanntes und wegen ihrer Gesellschaftsdienlichkeit unverzichtbares Element menschlicher Sinngabe ist, und deren Verlust einen besonderen immateriellen Schaden begründet.

§ 611 a Abs. 1 BGB hat den Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für den Bereich des Zugangs zur Beschäftigung weiter konkretisiert. Frauen dürfen beim Zugang zur Beschäftigung nicht benachteiligt werden, das Geschlecht bei der Auswahlentscheidung keine Rolle spielen. Stellt der Arbeitgeber gleichwohl auf das Geschlecht der Bewerberinnen oder Bewerber ab, so liegt darin eine Verletzung der individuellen Entfaltungsmöglichkeit und der Chancen zu gesellschaftlicher Teilhabe.

Diese erhebliche Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gilt nicht nur für diejenige Bewerberin, die im Falle einer diskriminierungsfreien Entscheidung eingestellt worden wäre, sondern für alle Bewerberinnen, denen aufgrund ihres Geschlechts keine Chance zur Berücksichtigung eingeräumt worden ist. Deshalb ist es auch unerheblich, ob die Klägerin die bestqualifizierte Bewerberin war und die Beklagte sie bei gesetzeskonformem Verhalten eingestellt hätte. Denn die Diskriminierung der Klägerin war wie oben ausgeführt, darin begründet, daß die Beklagte ihr allein aufgrund ihres Geschlechts keine Chance zur Berücksichtigung ihrer Bewerbung eingeräumt hat.

Ein Ersatz des Nichtvermögensschadens in Geld wird von der Rechtsprechung bejaht, wenn entweder eine objektiv erheblich ins Gewicht fallende

Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt oder wenn den Schädiger der Vorwurf schwerer Schuld trifft und die Persönlichkeitsphäre bei Versagen einer Entschädigung ohne Schutz bliebe. Beide Voraussetzungen sind bei einer diskriminierenden Auswahlentscheidung des Arbeitgebers erfüllt. Denn, wie der EuGH zutreffend festgestellt hat, blieben Bewerberinnen, die keine oder nur eine Entschädigung in Höhe der Bewerbungskosten verlangen könnten, ohne jeden wirksamen Schutz. Denn auf der Seite des diskriminierenden Arbeitgebers besteht kein wirkungsvoller Anreiz, Diskriminierungen zu unterlassen, wenn er ernsthaft nur mit wenigen DM-Beträgen Schadensersatz rechnen muß. Eine spürbare Sanktion, die sein Verhalten eher bestimmen wird und die deshalb den Anforderungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes entspricht, ist nur dann gegeben, wenn er damit rechnen muß, Schadensersatz wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts der diskriminierten Bewerberin zahlen zu müssen.

Die Höhe des Schmerzensgeldes muß den hier genannten Kriterien – Ausgleich der Persönlichkeitsrechtsverletzung und spürbare Sanktion für den Arbeitgeber – entsprechen. Die Beachtung der o.g. Kriterien führt dazu, der Klägerin einen Betrag von 15.002,31 DM zuzusprechen, da das Gericht eine Schadensersatzforderung in Höhe von etwa sechs Monatsgehältern, hier 15.000 DM für angemessen hält. Dazu kommen die Bewerbungskosten in Höhe von 2,31 DM.

Mitgeteilt von RA Klaus Bertelsmann, Hamburg

Urteil mit Anmerkung

BVerwG, § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG

Ortszuschlag bei Kinderbetreuung

Pflege und Erziehung eines minderjährigen unverheirateten Kindes stellen im Sinne der Bestimmungen über den Ortszuschlag, ebenso und gleichwertig wie die Leistung einer Geldrente, Gewährung von Unterhalt dar.

Eine Auslegung des Unterhaltsbegriffs, welche den wirtschaftlichen Wert tatsächlicher Betreuungsleistungen unberücksichtigt läßt, ist verfassungsrechtlich nicht vertretbar.

Urteil des BVerwG vom 15.11.1984 – 2 C 24.82 – (OVG BF I 86/80)

Aus den Gründen:

Die Klägerin, die gegenüber ihrem geschiedenen Ehemann nicht zum Unterhalt verpflichtet ist und deshalb nicht unter § 40 Abs. 2 Nr. 3 BBesG fällt, hat nach der Ehescheidung ihre 1965 geborene Tochter dauernd in ihre Wohnung aufgenommen. Sie gewährt ihr außerdem Unterhalt aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen (§§ 1601 ff. BGB). Daß die Klägerin ihrer Tochter in dem hier maßgeblichen Zeitraum vor deren Volljährigkeit Unterhalt gewährt hat,

folgt schon daraus, daß sie ihre Tochter gepflegt und erzogen hat (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). Auch diese Leistung, mit der die Klägerin ihre Verpflichtung, zum Unterhalt ihres minderjährigen, unverheirateten Kindes beizutragen, erfüllt hat (vgl. hierzu auch BGH, Urteile vom 2. Juli 1980 -IV b ZR 519/80- (NJW 1980, 2306) und vom 28. Januar 1981 -IV b ZR 573/80 (NJW 1981, 923)), ist Gewährung von Unterhalt im Sinne des § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG. Zu diesem Ergebnis ist bereits das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 24. Januar 1984 -3 AZR 205/82- gelangt. (in STREIT 4/84, S. 136)

Was als Gewährung von Unterhalt auf Grund gesetzlicher Verpflichtung im Sinne des § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG zu verstehen ist, richtet sich mangels eigenständiger Regelung im Bundesbesoldungsgesetz nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Der Unterhalt, dessen Maß sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen bestimmt, umfaßt den gesamten Lebensbedarf einschließlich der Kosten einer angemessenen Vorbildung zu einem Beruf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der Erziehung (§ 1610 Abs. 1 und 2 BGB).

Eltern haben die Unterhaltspflicht gegenüber ihren Kindern nach Maßgabe des § 1606 Abs. 3 BGB anteilig zu erfüllen. Hiervon geht auch § 1610 Abs. 3 S. 1 BGB bei der Bestimmung des Mindestregelbedarfs des Kindes aus, der erst zusammen mit der Pflege und Erziehung des Kindes dessen Gesamtunterhalt deckt. Aus dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, daß hiervon abweichend nur derjenige Beamte Anspruch auf Ortszuschlag nach Stufe 2 haben soll, der für den vollen Unterhalt der in seine Wohnung aufgenommenen Person aufkommt. Eine solche einschränkende Auslegung rechtfertigt sich insbesondere nicht schon aus der Wortfolge „Unterhalt gewähren“ oder aus der fehlenden Beifügung quantifizierender Begriffe (z. B. „überwiegend“, „mindestens zur Hälfte“ oder dergleichen), mit denen das Maß der Unterhaltsgewährung näher bestimmt wird. Letzteres legt im Gegenteil nahe, daß jedes Maß an Unterhaltsleistung ausreichend ist.

Bis zu welcher Grenze unbedeutende Zuschüsse des Beamten zu den Lebenshaltungskosten des Unterhaltsberechtigten keine Unterhaltsgewährung im Sinne des § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG darstellen, weil der Beamte sonst durch die Gewährung des Ortszuschlages der Stufe 2 in gleichheitswidriger Weise überalimentiert würde, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Die von der Klägerin durch Pflege und Erziehung erbrachte Unterhaltsleistung, mit der sie – wie bereits dargelegt – ihre Unterhaltspflicht gegenüber ihrer minderjährigen unverheirateten Tochter erfüllt hat, ist keinesfalls geringwertig, sondern entspricht dem vollen Barunterhalt und liegt deshalb jedenfalls jenseits einer solchen Grenze.

Die unterhaltsrechtlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts sind für die Auslegung der besol-

dungsrechtlichen Regelung mangels einer eigenständigen abweichenden Normierung auch hinsichtlich der Art der Unterhaltsgewährung maßgeblich. Hieraus folgt, daß § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG nicht nur Unterhaltsleistungen in Form einer Geldrente (§ 1612 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern auch die Gewährung von Unterhalt in anderer Art (§ 1612 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB) umfaßt. Pflege und Erziehung eines minderjährigen unverheirateten Kindes (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB) stellen deshalb auch im Sinne der Bestimmungen über den Ortszuschlag ebenso und gleichwertig wie Leistung einer Geldrente Gewährung von Unterhalt dar (vgl. BVerfGE 17, 1 (12 f.); 21, 329 (341); vgl. auch BGHZ 70, 151 (154 f.); BGH, Urteil vom 8. April 1981 - IV b ZR 587/80 - (NJW 1981, 1559)).

Eine Auslegung des Unterhaltsbegriffs, welche den wirtschaftlichen Wert tatsächlicher Betreuungsleistungen unberücksichtigt läßt, ist verfassungsrechtlich nicht mehr vertretbar (vgl. BVerfGE 17, 1 (12 f.)). Hiervon abgesehen ist der Anwendungsbereich des § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG seit den durch Art. 1 § 1 Nr. 5 des Haushaltsstrukturgesetzes vom 18. Dezember 1975 (BGBl. I S. 3091) eingetretenen Änderungen des Ortszuschlagsrechts nicht mehr auf ledige Beamte vor Vollendung des 40. Lebensjahres begrenzt, sondern kommt nunmehr außer für alle ledigen auch für geschiedene Beamte in Betracht.

Daß die Vorschrift dann, wenn es sich bei der nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommenen Person um ein minderjähriges unverheiratetes Kind des Beamten handelt, für das er gemäß § 40 Abs. 4 BBesG anteilig Ortszuschlag in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen Stufe 2 und 3 erhält, nur gelten soll, wenn der Beamte auch den vollen Barunterhalt erbringt, hat der Gesetzgeber in § 40 BBesG in seiner geltenden Fassung nicht zum Ausdruck gebracht.

Anmerkung:

Gemäß § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG erhalten ledige oder geschiedene Beamtinnen den Ortszuschlag der Stufe 2 (ca. 100,- bis 120,- DM), wenn sie ihr Kind nicht nur vorübergehend in ihre Wohnung aufgenommen haben und ihm Unterhalt gewähren, weil sie gesetzlich oder sittlich dazu verpflichtet sind. Die öffentlichen Dienstherrn sind bislang davon ausgegangen, daß für die Beurteilung, ob dem Kind aus gesetzlicher oder sittlicher Pflicht Unterhalt gewährt wird, von Bedeutung ist, ob und in welcher Höhe dem Kind eigene Mittel, gleich welcher Art für den Unterhalt zur Verfügung stehen. Zu diesen schädlichen Mitteln wurden auch kinderbezogene Einkünfte der Mutter wie z. B. Ortszuschlag und Kindergeld gerechnet (Bundesbesoldungsgesetz Verwaltungsvorschrift Nr. 40.2.8.). Nachdem für die Angestellten des öffentlichen Dienstes das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 24.01.1984 - 3AZR 205/82 - eine solche Auslegung des § 40 Abs. 2 Nr. 4 über § 29 Abschnitt B Abs. 2 Nr. 4 BAT für nicht rechtens erklärt hatte, hat nun auch das Bundesverwaltungsgericht

entsprechendes für die Beamtinnen entschieden. Danach ist das Abstellen auf die eigenen Mittel des Kindes nicht vom Gesetz gedeckt, für die Gewährung von Unterhalt gemäß § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG genügt die Ausübung der alleinigen Personensorge gemäß § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB (Pflege und Erziehung). Die öffentlichen Dienstherren haben ihre Besoldungspraxis daraufhin geändert, *allerdings grundsätzlich nicht für vergangene Zeiträume*. Sie lassen eine Nachzahlung nur für die Zeit ab 1. Juni 1984 zu. Das begegnet rechtlichen Bedenken. Den Beamtinnen werden die Bezüge in aller Regel durch Kassenanordnungen angewiesen. Kassenanweisungen sind, auch wenn sie in Abdruck der Beamtin bekannt gemacht werden, keine Verwaltungsakte, vgl. BVerwGE 24, S. 235. Es gelten deshalb auch nicht die Regeln für die Änderung von Verwaltungsakten mit Wirkung für die Vergangenheit oder bei einer Änderung der höchststrichlichen Rechtsprechung. Daß die betroffenen Beamtinnen ihren Anspruch nicht früher geltend gemacht haben, kann ihnen nicht zum Nachteil gereichen, denn selbst wenn dieses Verhalten als Verzicht ausgelegt würde, wäre ein solcher gemäß § 2 Abs. 3 BBesG unwirksam. Der Anspruch wird rückwirkend nur durch die Verjährung begrenzt. Ansprüche auf Beamtenbezüge verjähren gemäß § 197 BGB in 4 Jahren. Beim Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen haben die betroffenen Beamtinnen deshalb derzeit einen Anspruch auf Nachzahlung der zu Unrecht nicht bezahlten Bezüge bis zurück zum 01.01.1981. Anders ist es bei den Angestellten des öffentlichen Dienstes, für die gemäß § 70 BAT eine halbjährige Ausschußfrist für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Arbeitgeber besteht.

Reg.rätin Marianne Grabrucker, München

Beschluß

VG Gelsenkirchen, §§ 218 a StGB, 8 Beihilfe VO NRW

Beihilfe bei Schwangerschaftsabbruch

Einzige Voraussetzung für eine Beihilfezahlung eines Bundeslandes zum Schwangerschaftsabbruch einer Beamtin ist ein Nachweis für die Rechtmäßigkeit des Abbruchs, der nur die ärztliche Indikationsfeststellung, nicht aber die Gründe dafür enthalten muß.

VG Gelsenkirchen, Beschluß vom 11.1.1985 – 17 K 196/84 –

Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Beamtin, hatte einen Schwangerschaftsabbruch aufgrund sozialer Indikation vornehmen lassen. Sie begehrte hierfür von dem beklagten Land NRW die Beihilfezahlung. Das Land verweigerte diese Leistung zunächst.

Nachdem dann die Parteien das Verfahren in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt hatten, hatte das VG über die Kosten zu entscheiden.

Aus den Gründen:

Die Kosten des Rechtsstreits sind dem beklagten Land aufzugeben, da die Klägerin die nach der BVO

erforderlichen Nachweise für die Durchführung eines nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs gegenüber der Festsetzungsstelle erbracht hat.

Schon die Verwaltungsverordnung zu § 8 BVO führt unter Ziffer 18.1 aus, daß dem Antrag hierzu die – von der Klägerin vorgelegten – Bescheinigungen über die Indikationsfeststellung nach § 219 StGB und die Durchführung des Beratungsverfahrens nach § 218 b StGB beizufügen sind. Darüberhinaus enthält die Beihilfenverordnung keine weiteren Anspruchsvoraussetzungen. Daraus folgt, daß die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs sich allein aus den Vorschriften des Strafgesetzbuches beurteilt. Dabei folgt die Kammer der Auffassung, daß die Feststellungserklärung nach § 219 StGB lediglich eine Erklärung des Inhalts durch einen Arzt erfordert, ob die Voraussetzungen des § 218 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 3 StGB gegeben sind. Diese Feststellung kann auch dadurch erfolgen, daß in der Bescheinigung lediglich das Ergebnis der ärztlichen Beurteilung mitgeteilt wird, ohne daß die Gründe im einzelnen in der Bescheinigung dargelegt zu werden brauchen.

Es bedarf keiner weiteren Begründung, daß insbesondere im Fall einer Notlage nach § 218 a Abs. 2 Nr. 3 die Offenlegung der Gründe, die zur Vornahme des Eingriffs geführt haben, einen schwerwiegenden Eingriff in die Intimsphäre der Beihilfe beanspruchenden Beamtin bedeuten würde. Mit dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesverwaltungsgericht vgl. BVerfG, Beschl. v. 19. Juli 1972 2 BvL 7/71 – BVerfGE 33.367; BVerwG, Urteil vom 3. September 1970 – II C 130.67 – BVerwGE 36.53; Urteil vom 24. Februar 1982 – 6 C 877 – ZBR 1982, 157; Urteil vom 5. Mai 1983 – 5 C 112.81 – NJW 83, 2954 ist davon auszugehen, daß die Offenbarung solcher Einzelheiten, soweit man sie nicht ohnehin dem vor jedem Eingriff geschützten Wesens Kern der Grundrechtsverbürgung des Art. 2 Abs. 1 GG zuordnet, von der Beihilfeberechtigten nur verlangt werden kann, wenn sich dies im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als erforderlich erweist.

Von einem solchen Interesse der Allgemeinheit kann bei der hier allein maßgeblichen beihilferechtlichen Beurteilung aber nicht ausgegangen werden, da der hier in Rede stehende Betrag der Beihilfe offenkundig geringfügig ist und sich zudem auf eine einmalige Leistung des beklagten Landes bezieht, so daß dies den mit der Darlegung der Gründe einer Notlage nach § 218 a Abs. 2 Nr. 3 StGB verbundenen Eingriff in die Intimsphäre der Klägerin nicht rechtfertigen kann.

Mitgeteilt von RAin Malin Bode, Bochum