

tes Element des gesellschaftlichen Miterlebens darstellt und deren Verlust bzw. Nichteinräumung der Chance zur gesellschaftlichen Teilhabe einen besonders schützenswerten immateriellen Schaden darstellt, unabhängig davon, ob die Klägerin eingestellt worden wäre oder nicht.

Die schwer getroffene Persönlichkeitssphäre der Klägerin bliebe ohne wirksamen Schutz, der möglichen weiteren Diskriminierung seitens des Beklagten, die sich aus der im Verfahren nicht vom Beklagten glaubhaft gemachten Weiterleitung der Bewerbung der Frau W. ablesen läßt, würde nicht Einhaltung geboten, spräche das Gesetz nicht einen über den Ersatz des Vertrauensschadens hinausgehenden Schmerzensgeldanspruch zu.

Hierbei ist zu beachten, daß § 847 BGB, ohne daß es einer entsprechenden europarechtsgemäßen Auslegung bedürfte, neben der Ausgleichsfunktion auch eine Genugtuungsfunktion besitzt (vgl. etwa Palandt-Thomas, § 847 Anm. 1 b), also eine Bußfunktion. Die Zuerkennung des Schmerzensgeldes entfaltet dabei auch präventive Wirkung (BVerfGE 54, 136). Der Europäische Gerichtshof hat in den bereits zitierten Entscheidungen betont, daß das nationale Recht dabei insbesondere den Sanktionscharakter bei seiner Auslegung hervorheben solle.

Die Höhe des Anspruchs richtet sich dabei weder nach § 1 KSchG noch §§ 9, 10 KSchG. Die Regelung des § 1 KSchG bezieht sich hinsichtlich der Sechsmonatsfrist auf bereits eingegangene Arbeitsverhältnisse, ebenso die §§ 9, 10 KSchG im Rahmen von maximal 12 Monatsverdiensten. Insbesondere die in §§ 9, 10 KSchG geregelte Abfindung richtet sich nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit, was für die Einstellung ohne Belang bleibt (vgl. Birk, NZA 1984, 149).

Eine Anwendung dieser Normen ergäbe sich allenfalls, ginge man, so bei bestqualifizierten Personen, von einem Einstellungsanspruch und damit korrespondierenden Schadensersatz in Geld in Höhe des Erfüllungsinteresses aus, soweit die konkrete Beschäftigung nicht zumutbar oder dienlich ist (vgl. Pfarr/Bertelsmann, a.a.O., Rdnr. 149; ArbG Oberhausen, a.a.O., NZA 1985, 254). In diesem Zusammenhang muß auch die Gesetzesinitiative Hessens vom 11.05.1984, BR-Dr. 225/84, außer Betracht bleiben, die die dort vorgeschlagene Abfindung zwischen einem und zwölf Monatsverdiensten nach den §§ 9, 10 KSchG ausgerichtet hat.

Vielmehr hat unter Berücksichtigung des dem § 847 BGB zugrundeliegenden Maßstabs eine billige Entschädigung in Geld zu erfolgen und eben diese Formel ist ausschlaggebend (so richtig Zuleeg, RdA 1984, 331). Dabei sind unter Abwägung der gesamten Umstände des Einzelfalls die Schwere des Verstoßes, das gegebenenfalls wiederholte Fehlverhalten des Arbeitgebers, die konkrete Situation der diskriminierten Person sowie die besondere Sanktionsfunktion in die Wertung einzubeziehen (vgl. auch Pfarr/Bertelsmann, a.a.O., Rdnr. 149; ArbG Oberhausen, NZA 1985, 254).

Hierbei ist die Höhe des zu erwartenden Monatsverdienstes ein ausreichendes Kriterium, auch wenn die Klägerin die Arbeitsstelle nicht bekommen hätte (vgl. so auch ArbG Oberhausen, a.a.O., NZA 1985, 254). Unter Berücksichtigung der Abschreckungsfunktion durch präventive Wirkung mit mindestens einem Monatslohn als Untergrenze (s. Birk, NZA 1984, 148), der nicht ausschließbaren Wiederholung des Fehlverhaltens durch den Beklagten im Hinblick auf die Bewerbung der Frau W. sowie der Festsetzungsverpflichtung eines Schmerzensgeldes als spürbarer Sanktion spricht die Kammer einen Ersatz des immateriellen Schadens in Höhe von etwa sechs Monatsgehältern aus, dazu kommen die von der Klägerin aufgewandten Bewerbungskosten in Höhe von 0,15 DM.

Mitgeteilt von RA Dr. Klaus Bertelsmann, Hamburg

Urteil

ArbG HH, § 23 a BAT, § 2 BeSchFG, Art. 119 EWG-Vertrag, Art. 3 II GG, § 611 a BGB
Teilzeitbeschäftigung und Bewährungsaufstieg

Die Regelung des § 23 a BAT, die für Teilzeitbeschäftigte eine doppelt so lange Bewährungszeit für eine Höhergruppierung vorsieht, verstößt gegen das Diskriminierungsverbot des § 2 I BeSchFG.

Sie stellt auch eine unzulässige mittelbare Diskriminierung (siehe Ur. EuGH v. 13.5.1986, STREIT 4/86, 126 ff.) von Frauen dar, da mehr als 90 % der Teilzeitbeschäftigten weiblichen Geschlechts sind.

Urteil des ArbG Hamburg vom 7.5.1987 – 10 Ca 465/86 –

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin ist 52 Jahre alt, verheiratet und hat zwei Kinder. Sie ist seit Oktober 1972 bei der Beklagten als Protokollführerin beschäftigt. Die Klägerin arbeitete stets mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit einer entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten, abwechselnd an drei bzw. zwei Tagen pro Woche volltätig.

Die Klägerin ist seit dem 1. Oktober 1976 in die Vergütungsgruppe VII Fallgruppe 42 c BAT eingruppiert. Bei Vollzeitbeschäftigten beträgt die Bewährungszeit für die hier in Betracht kommende Höhergruppierung nach Vergütungsgruppe VI b Fallgruppe 2 BAT neun Jahre. Nach § 23 a Nr. 6 BAT ist für Halbtagsbeschäftigte die Höhergruppierung nur in der doppelten Bewährungszeit, also im Falle der Klägerin nach 18 Jahren zu erreichen. Bei neun-jähriger Bewährungszeit wäre diese mit Ablauf Oktober 1985 erfüllt gewesen.

Die Klägerin (macht) einen rückwirkenden Höhergruppierungsanspruch geltend. Das Personalamt lehnte den Antrag ab.

Aus den Gründen:

1. Die Klägerin hat Anspruch auf Vergütung gemäß Vergütungsgruppe VI b seit dem 1. November 1985. Es ist unerheblich, daß die Klägerin nur die Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit tätig war; die in Nr. 6 des § 23 a BAT vorgesehene Anrechnung für einen solchen Fall von nur zur Hälfte fin-

det nicht statt. Diese Bestimmung ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig (§ 134 BGB). Diese Teilnichtigkeit berührt allerdings die Wirksamkeit der anderen Tarifbestimmungen nicht, weil die Teilunwirksamkeit bei Tarifverträgen sich nur auf den nichtigen Teil beschränkt, nicht aber den gesamten Vertrag erfaßt.

a) § 23 a Nr. 6 BAT verstößt gegen § 2 Beschäftigungsförderungsgesetz, der eine Ungleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten wegen der Teilzeitarbeit gegenüber Vollzeitbeschäftigten verbietet, wenn hierfür keine sachliche Rechtfertigung vorliegt.

Die Verdoppelung der Bewährungszeit bei der Klägerin beruht auf dem Umfang der Teilzeitarbeit. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür fehlt. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß eine neun Jahre mit Halbtagsstätigkeit beschäftigte Protokollführerin bei Gerichten eine in bezug auf die vollständige Erfüllung ihrer Aufgaben geringere Erfahrung angesammelt hat als eine vollzeitbeschäftigte Protokollführerin. Beide müssen gleichermaßen voll den Anforderungen gewachsen sein, die bei der Verhandlung sowie bei der Vor- und Nachbereitungszeit an sie gestellt wird. Abweichungen von den gesetzlich bestimmten Aufgaben (GVG und Verfahrensordnungen) können unterschiedslos Verfahrensfehler darstellen.

Die Regelung in § 23 a Nr. 6 BAT ist auch nicht als tarifliche Regelung eine durch § 6 Beschäftigungsförderungsgesetz gestattete ungünstige Abweichung, denn von dem in § 2 Abs. 1 BeschfördG aufgestellten Grundsatz kann auch durch Tarifverträge nicht abgewichen werden, weil das dessen Aushöhlung bewirken und dem Zweck des BeschfördG entgegenstehen würde.

b) Wegen des unter a) festgestellten Fehlens eines sachlichen Differenzierungsgrundes verstößt die Anrechnungsklausel in § 23 a Nr. 6 BAT auch gegen den in Art. 3 I GG festgelegten Gleichheitsgrundsatz, der wegen der Drittwirkung der Grundrechte auch die Tarifparteien bindet.

Der in der zeitlich geringeren Arbeitsleistung liegende Unterschied wird durch die zeitanteilig geringere Vergütung gerechtfertigt berücksichtigt.

c) § 23 a Nr. 6 BAT verstößt auch gegen das in Artikel 119 EWG-Vertrag aufgestellte Gebot der gleichen Entgeltsleistung für Männer und Frauen und gegen das in der Richtlinie 75/117 EWG bestimmte Diskriminierungsverbot.

Diese Bestimmungen richten sich nicht nur gegen unmittelbare, in Differenzierungen nach Geschlechtern liegende Diskriminierungen, sondern auch gegen mittelbare (vgl. EuGH, Urteil vom 13.5.1986, in: BB 86, 1509 = STREIT 4/86, S 127).

Diese Diskriminierung liegt in der unterschiedlich hohen Vergütung für Männer und Frauen, denn durch sie werden im Bundesdurchschnitt – und ähn-

lich im Öffentlichen Dienst – mehr als 90 %, also wesentlich mehr Frauen als Männer benachteiligt, was im wesentlichen mit der Rolle der Frau in der Familie und insbesondere bei der Kinderbetreuung zusammenhängt (vgl. BAG, Urteil vom 14.10.86, in: BB 1987, 829 = STREIT 2/87, S. 57 m.w.N.).

Aufgrund ihrer mittelbar diskriminierenden Wirkung ist die in § 23 a Nr. 6 BAT getroffene Bestimmung über unterschiedliche Bewährungsdauer jedenfalls im Bereich der gerichtlichen Protokollführung unwirksam, denn wegen der gleichen Anforderungen an alle Protokollführerinnen und Protokollführer (vgl. oben a)) besteht kein „wirkliches Bedürfnis“ für eine unterschiedliche, durch die Mittelbarkeit praktisch diskriminierend wirkende Entlohnung gleicher Arbeitsleistung (BAG a.a.O.).

d) Die unter c) angegebenen mittelbar diskriminierend wirkende Differenzierung in § 23 a Nr. 6 BAT verstößt auch gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz aus Artikel 3 Abs. 2 Grundgesetz. Es liegt eine ungleiche Behandlung gleicher Tatbestände vor. Auch im Rahmen dieses Grundrechtsgebots ist mittelbare Diskriminierung unzulässig. Die betreffende Feststellung des einen wirksamen Schutz der Grundrechte generell gewährleistenden EuGH vom 13. Mai 1986 gilt insoweit auch unmittelbar (vgl. Bundesverfassungsgericht, Solange – II – Beschluß vom 22.10.86 in NJW 87, 577).

e) Die hier vorliegende geschlechtsspezifische mittelbare Diskriminierung verstößt schließlich auch gegen das Ungleichbehandlungsverbot des § 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB und gegen das Verbot geschlechtsbegründeter unterschiedlicher Vergütung. Auch insofern wirkt sich die Feststellung des EuGH unmittelbar aus.

2. Die Klägerin hat Anspruch auf Zahlung von 1.486,06 DM brutto als Nachzahlung der Differenz zwischen den Vergütungsgruppen VII und VI b BAT für die Zeit vom 1. November 1985 bis 31. Oktober 1986.

mitgeteilt von Dr. Ninon Colneric,
Richterin am ArbG Oldenburg

BONNBONN

Wir haben uns entschlossen, die Arbeit des Deutschen Bundestages, seiner Fraktionen und Ausschüsse nicht länger zu ignorieren. Wir beginnen deshalb in diesem Heft mit einer (ständigen) Rubrik, die über das berichtet, was an der Arbeit des Bundestages und seiner Gremien speziell Frauen, insbesondere Juristinnen betrifft. Sollte diese Rubrik einmal dürftig, oder ganz ausfallen, so liegt dies ausnahmsweise nicht an uns.