

gleichbarer vollbeschäftigter Arbeitnehmer des Betriebes ist.

Bei der nach § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO gebotenen Beurteilung der Sach- und Rechtslage sowie unter Berücksichtigung des dem entscheidenden Gericht zugebilligten Ermessens kommt es für den Senat nicht darauf an, mit welchen rechtstechnischen Mitteln der Ausschluß derjenigen Arbeitnehmer, die weniger als die Hälfte der regelmäßigen Wochenarbeitszeit tätig sind, erreicht wird. Dies kann geschehen durch Einschränkung des persönlichen Geltungsbereichs oder durch eine ausdrückliche Ausnahmeregelung im Tarifvertrag. Richtig ist zwar, daß die Tarifvertragsparteien nicht gezwungen werden können, für alle Arbeitnehmer einer Branche oder – beim bei Firmentarifvertrag – für alle Arbeitnehmer eines Betriebes Tarifnormen zu vereinbaren. Wenn sie aber Ansprüche auf betriebliche Leistungen vereinbaren, müssen sie dabei zwingendes Recht, also auch Art. 1 § 2 Abs. 1 BeschFG beachten.

Art. 1 § 6 Abs. 1 BeschFG gestattet es den Tarifvertragspartnern nicht, von diesem Grundsatz der Gleichbehandlung, wie er in Art. 1 § 2 Abs. 1 BeschFG niedergelegt ist, abzuweichen. Nach Art. 1 § 6 Abs. 1 BeschFG kann zwar "von den Vorschriften dieses Abschnitts ... zuungunsten des Arbeitnehmers durch Tarifvertrag abgewichen werden". Mit den in dieser Bestimmung genannten Vorschriften sind jedoch nur die Vorschriften der §§ 3-5 gemeint. Diese Bestimmungen haben einen anderen Charakter als die den allgemeinen Gleichheitssatz konkretisierende Bestimmung des Art. 1 § 2 Abs. 1 BeschFG. Es ist nicht vorstellbar, daß der Gesetzgeber eine unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer zulassen wollte, auch ohne daß es für diese unterschiedliche Behandlung sachliche Gründe gibt. Das Motiv für die Öffnungsklausel des Art. 1 § 6 Abs. 1 BeschFG 1985 liegt darin, daß die Tarifvertragsparteien sachlich gerechtfertigte Ausnahmeregelungen zu gesetzlichen Regelungen, insbesondere branchenspezifische Regelungen besser als der Gesetzgeber treffen können und dabei auch die Schutzinteressen der Arbeitnehmer ausreichend berücksichtigen (BAG Urteil vom 25. Januar 1989 – 5 AZR 161/ 88 –, zu III 1 der Gründe, zur Veröffentlichung vorgesehen). Dieser Zweck der gesetzlichen Regelung in Art. 1 § 6 Abs. 1 BeschFG rechtfertigt nur Ausnahmen von den eher technischen Vorschriften der §§ 3-5 BeschFG, nicht aber Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung, wie er in Art. 1 § 2 Abs. 1 BeschFG normiert wurde. Auch die Entstehungsgeschichte spricht für die hier vertretene Auslegung. Nach Auffassung der Bundesregierung ist davon auszugehen, daß tarifvertragliche Bestimmungen durch sachliche Gründe im Sinn des Art. 1 § 2 Abs. 1 BeschFG gerechtfertigt sind (vgl. BT-Drucks. 10/ 2102, S. 41, wie hier auch Berger-Delhey, ZTR 1989, 299, 303, m. w. Nachw.).

Urteil

LAG Kiel, § 611 a BGB

Ausschluß einer schwangeren Frau vom Bewerbungsverfahren ist Diskriminierung

Eine Benachteiligung iSd § 611 a BGB ist auch dann gegeben, wenn einer Frau wegen ihres Geschlechts und wegen einer bestehenden Schwangerschaft keine Gelegenheit zu einer Bewerbung gegeben wird.

Urteil des LAG Kiel vom 20.2.1990 – 2 Sa 561/89 –

Aus dem Sachverhalt:

Der beklagte Verein betreibt Rehabilitationseinrichtungen für Krebspatienten. Die Klägerin ist Ärztin. Zwischen den Parteien wurden drei Fristverträge abgeschlossen:

vom 1.11.1987 bis 30.11.1987 zur Vertretung einer erkrankten Kollegin,

vom 1.1.1988 bis 31.3.1988 zur Vertretung einer schwangeren Kollegin und

vom 1.6.1988 bis 30.6.1989 zur Vertretung einer Kollegin im Mutterschaftsurlaub.

Vom 1.4.1988 bis 31.5.1988 leistete die Klägerin ausschließlich Bereitschaftsdienst.

Im Mai 1989 wurde sie schwanger und machte dem Beklagten davon Mitteilung.

Im zur Entscheidung stehenden Verfahren verlangt die Klägerin Schadensersatz mit der Begründung, für eine am 1.8.1989 zu besetzende Assistenzarztstelle nur deshalb keinen Vertrag erhalten zu haben, weil sie weiblichen Geschlechts und schwanger gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Antrag auf Zahlung von Schadensersatz gemäß § 611 a Abs. 1 BGB sei unbegründet. Es könne dahinstehen, ob die Ablehnung der Bewerbung der Klägerin eine Diskriminierung ihres Geschlechts beinhalte, da sie jedenfalls nicht kausal für die Nichtberücksichtigung der Klägerin gewesen sei. Die Entscheidung zugunsten eines Herrn Dr. X sei bereits vor Bewerbung der Klägerin getroffen worden. Deshalb habe eine mögliche diskriminierende Einstellung gegenüber ihr nicht mehr ursächlich für die Nichtberücksichtigung werden können. Eine Ausschreibung der Stelle mit einer Bewerbungsfrist sei deshalb nicht erfolgt, weil sich der Beklagte entschlossen habe, den bei einer vorangegangenen Bewerbung für diese Stelle nicht berücksichtigten Dr. X einzustellen. Die Frage einer Diskriminierung der Klägerin hätte sich nur dann gestellt, wenn die Entscheidung zugunsten des anderen Bewerbers nach Eingang der Bewerbung der Klägerin gefallen wäre. Das treffe unstreitig nicht zu. Im übrigen sei zur Höhe des Anspruchs nicht schlüssig vorgetragen. § 611 a BGB gewähre nach allgemeiner Auffassung lediglich einen Anspruch auf Ersatz des sogenannten negativen Interesses, des Vertrauensschadens.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig. In der Sache selbst mußte sie auch Erfolg haben.

Ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien über die streitbefangene Stelle ist wegen eines vom Arbeitgeber zu vertretenden Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 611 a Abs. 1 BGB nicht begründet worden. Der Beklagte ist daher zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Nach § 611 a Abs. 1 BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder sonstigen Maßnahme, insbesondere bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen. Das aber ist im vorliegenden Fall geschehen.

Untersagt sind nach der genannten Regelung unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen infolge des Geschlechts einer Person. Die Diskriminierung liegt darin, daß die Person eines Geschlechts schlechter behandelt wird als die Person des anderen Geschlechts. Offen ist die Diskriminierung dann, wenn das Geschlecht als Auswahlmerkmal dient (Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 6. Aufl., § 165 I 3 a).

Daß das Geschlecht bei der Besetzung von Arztstellen bei dem Beklagten eine erhebliche Rolle spielt, bringt er selbst in seinem Schriftsatz vom 4. August 1989 zum Ausdruck. Danach stellt er bei der Besetzung von Stellen nicht in erster Linie auf für gute ärztliche Tätigkeit kennzeichnende Qualifikation, Erfahrung, Engagement ab, sondern, "wenn nicht gerade besondere Qualifikationen festgestellt werden könnten", auf die Einhaltung gleichmäßiger Besetzung durch Ärztinnen und Ärzte. Davon ausgehend, ist die Klägerin wegen ihres Geschlechts durch den Beklagten benachteiligt worden, weil ihr kein Vertrag angeboten wurde.

Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts ist die Diskriminierung der Klägerin, weil sie Frau ist und schwanger war, kausal für den Nichtabschluß des Vertrages geworden.

Bereits bei der "Maßnahme" im Sinne des § 611 a BGB, den späteren Stelleninhaber Dr. X vom Wiederfreiwerden der Stelle in Kenntnis zu setzen, ist die Klägerin mangels ihr übermittelter entsprechender Kenntnis benachteiligt worden. Dies geschah offensichtlich deshalb, weil sie als Frau die Stelle nicht erhalten sollte. Das ergibt sich eindeutig daraus, daß sie schon bei einer früheren Bewerbung im März 1989 mit der Begründung, daß bei ihr ein Schwangerschaftswunsch bestehe, abgelehnt worden war. Diese bereits in der Klageschrift enthaltene Behauptung ist von dem Beklagten im Verlaufe des Prozesses nicht bestritten worden. Ebenso hat der Beklagte die weitere Behauptung der Klägerin nicht bestritten, daß nämlich Herr Dr. W. ihr gegenüber am 13. Juni 1989 unter Bezugnahme auf die vorangegangene fehlgeschlagene Bewerbung dem Sinne nach zum Ausdruck gebracht habe, daß die Stelle auch jetzt für sie nicht in Betracht komme, darüber sei schon geredet worden, es werde ein männlicher Arzt eingestellt werden. In dieser Vorabentscheidung, daß die Stelle für die Klägerin wegen ihres Geschlechts und der daraus bedingten zunächst erwünschten und dann eingetretenen Schwangerschaft nicht in Betracht komme, liegt die Diskriminierung im Sinne des § 611 a BGB. Sie ist kausal dafür, daß die Klägerin nicht im selben Zeitpunkt wie Dr. X vom Wiederfreiwerden der auch von ihr lt. erster Bewerbung angestrebten Stelle in Kenntnis gesetzt wurde. Lediglich mit Dr. X setzte sich der leitende Arzt des Beklagten in Verbindung. Letzteres wiederum ist ursächlich dafür, daß eine erneute förmliche Bewerbung der Klägerin noch nicht vorlag, als der Beklagte nach seiner Darlegung

Herrn Dr. X die Zusage machte. Hinzu kommt als diskriminierender Umstand, daß auch ein Argument gegen die Besetzung der Stelle durch die Klägerin sei, daß "Ihr Ehemann als Arzt tätig sei", ohne Angaben darüber, welche mögliche berufliche Stellung die Frau des berücksichtigten Bewerbers hatte oder hat. Die alte Vorstellung, daß eine Frau nur einen Beruf auszuüben habe, wenn das Familieneinkommen nicht durch die Tätigkeit des Mannes gewährleistet sei, kommt darin zum Ausdruck.

Ist danach wegen der Benachteiligung der Klägerin als Frau ein Arbeitsverhältnis auf Dauer zwischen den Parteien nicht zustande gekommen, so hat der Beklagte gemäß § 611 a Abs. 2 BGB Schadensersatz zu leisten.

Nach § 611 a Abs. 2 BGB kann zwar nur ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens entstehen, worauf das Arbeitsgericht zu Recht hingewiesen hat. Das steht jedoch einem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht entgegen (BAG, Urteil vom 14.3.1989 in NZA 1990, S. 21).

In der geschlechtsspezifischen Benachteiligung kann eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegen. Dieses umfaßt das Recht des Einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und Entfaltung der individuellen Persönlichkeit. Es hat ein jeder Arbeitnehmer ein Recht, nach sachangemessenen Maßstäben beurteilt zu werden. "Ein Arbeitgeber, der bei der Auswahl zu Unrecht auf das Geschlecht abstellt, beeinträchtigt die Entfaltungsmöglichkeiten der Bewerber, die dem gesuchten Geschlecht nicht angehören. Darin liegt eine Herabwürdigung der beruflichen Fähigkeiten der ausgeschlossenen Bewerber" (vgl. BAG a.a.O.).

In der Benachteiligung eines Stellenbewerbers wegen des Geschlechts liegt danach regelmäßig eine Persönlichkeitsverletzung. Die Zahlung einer Entschädigung hängt, wie das Bundesarbeitsgericht in der genannten Entscheidung weiter ausführt, insbesondere ab vom Grad des Verschuldens, Art und Schwere der Benachteiligung, Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessenschädigung, Anlaß und Beweggrund des Handelns und geschützter Sphäre, in die der Eingriff erfolgt. Dabei ist bei der Bemessung der Entschädigung an den Monatsverdienst der klagenden Partei anzuknüpfen, die sie erzielt hätte, wenn ihre Bewerbung erfolgreich gewesen wäre. Lt. zweitem Leitsatz des genannten BAG-Urteils hat die Entschädigung grundsätzlich der Arbeitsvergütung für einen Monat zu entsprechen. Sie kann aber bei Anwendung der vom BGH bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vertretenen Abwägungsgrundsätze im Betrag abweichen oder ganz entfallen. Danach erscheint der erkennenden Berufskammer der von der Klägerin als untere Grenze angegebene Betrag von 1.000,- DM angemessen.

Zwar hat der Beklagte eindeutig gegen das Diskriminierungsverbot des § 611 a BGB, wie ausgeführt, verstoßen. Ihm muß jedoch zugute gehalten werden, daß Anlaß und Beweggrund seines Handelns auch darin bestand, eine gleiche Anzahl von Ärztinnen und Ärzten zu beschäftigen, und daß der Beklagte im Zeitpunkt mangelnden Vertragsangebotes gegenüber der Klägerin entsprechend verfahren war. Desweiteren ist bei Art und Schwere der Benachteiligung zu berücksichtigen, daß das Interesse der Klägerin an einer Tätigkeit bei dem Beklagten begrenzt war und sich nur auf einen Zeitraum erstreckte, der erforderlich war, um die Voraussetzungen für eine eigene Niederlassung zu erfüllen.

Mitgeteilt von RAin Birgitta Brunner-Peters, Mölln

Beschluß

OLG Frankfurt, § 1672 BGB,
Art. 3 MSA, Art. 263 türkZGB
Kein ex-lege-Gewaltverhältnis

Der sog. Stichtentscheid des Vaters nach Art. 263 Abs. 2 türkZGB enthält kein nach Art. 3 MSA zu beachtendes gesetzliches Gewaltverhältnis zwischen Eltern und Kindern.

Beschluß des OLG Frankfurt/M., 1 UF 20/ 89 v. 6.3.1989

Zum Sachverhalt:

Die Kindeseltern, beide türkische Staatsangehörige, hatten sich getrennt. Die Kindesmutter hatte vor dem Gericht beantragt, ihr während der Dauer des Getrenntlebens die elterliche Sorge für den gemeinsamen Sohn S., geboren 1984, zu übertragen.

Das Amtsgericht hat mit Beschluß vom 19.1.1989 den Antrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

Nach Art. 263 türkZGB "üben die Parteien während ihrer Ehe die elterliche Gewalt gemeinsam aus. Gem. Abs. II entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten der Vater. Vorliegend hat der Antragsgegner dahin entschieden, daß das Kind an den Werktagen in seinem Haushalt – bei seinen Eltern – leben soll, während die Antragstellerin und Kindesmutter es an Samstagen und Sonntagen zu sich nehmen soll."

Da der Vater auch den Kontakt des Kindes zur Mutter nicht unterbindet, sei es auch nicht erforderlich, über das nach türkischem Recht bestehende Gewaltverhältnis hinaus nach Art. 3 MSA Schutzmaßnahmen für den Minderjährigen zu ergreifen.

Auch der Hinweis der Mutter, die genannte Vorschrift des türkischen Rechts verstoße gegen den deutschen ordre public, nahm das Gericht nicht auf: da alle Beteiligten türkische Staatsangehörige seien, käme die Nichtanwendung des nach Heimatrecht bestehenden gesetzlichen Gewaltverhältnisses einer Aufkretzierung fremden Rechts nahe. Die Kindesmutter solle und könne in dem in der Türkei anhängigen Scheidungsverfahren eine vorläufige Regelung der elterlichen Sorge gem. Art. 137 türkZGB beantragen.

Auf die Beschwerde der Mutter hat das Oberlandesgericht den Beschluß des Familiengerichts vom 19.1.1989 aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das Familiengericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

Das gemäß § 621 e I und III ZPO zulässige Rechtsmittel der Mutter führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, weil er an einem wesentlichen Verfahrensmangel (§ 539 ZPO entsprechend) leidet.

Auf das Sorgerechtsverfahren findet § 1672 BGB Anwendung, weil das Kind hier seinen ständigen Aufenthalt hat (Art. 2 MSA). Die Ausnahmenvorschrift des Art. 3 MSA (ex-lege-Gewaltverhältnis) kommt vorliegend entgegen der Auffassung des Amtsgerichts deswegen nicht zur Anwendung, weil das türkische ZGB ein derartiges Verhältnis nicht kennt. Aus Satz 2 des Art. 263 türkZGB läßt sich Gegenteiliges nicht herauslesen, vielmehr ergibt sich aus Art. 137 ZGB, daß der Richter die notwendigen Maßnahmen hinsichtlich des Sorgerechts ergreifen kann (vgl. auch Ansay: "Das neue türkische Scheidungsrecht" in StAZ 9/ 88, S. 252 ff.). Kommt es also nicht auf den Stichtentscheid des Vaters, sondern allein auf das Wohl des Kindes an, so hat das Familiengericht den gesamten Sachverhalt umfassend aufzuklären (§ 12 FGG), wozu auch die persönliche Kontaktaufnahme des Richters mit dem inzwischen fünfjährigen Kind gehört (§ 50 b FGG). Dies ist nachzuholen.

Mitgeteilt von RAin Bräuninger-Morgenstern, Dreieich

Anmerkung der Redaktion:

Art. 263 türkZGB entspricht Art. 274 I, II schweizZGB (a. F.). Hier wie dort heißt es, daß bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern über die elterliche Gewalt der Vater entscheidet. In der Kommentierung zu Art. 274 schweizZGB (a. F.) wird bestätigt, daß dieses Entscheidungsrecht dem Vater auch bei Getrenntleben der Eltern zusteht, allerdings nur, solange nicht der Richter nach Art. 165, 170 schweizZGB eine Anordnung getroffen hat. Da es neben der richterlichen Trennung auch im türkischen Recht das einfache Getrenntleben gibt (Art. 162 türkZGB), bedarf es auch keines förmlichen Verfahrens, etwa auf Scheidung oder Gestattung des Getrenntlebens, um richterliche Entscheidungsbefugnis zur Regelung der elterlichen Sorge anzunehmen, so daß letztlich hier von einem ex-lege-Gewaltverhältnis nicht auszugehen ist.

Vergl. hierzu auch: Heldrich, IPrax 1984, 220; ders. IPrax 1989, 311, sowie KG OLGZ 75, 119; OLG Frankfurt/M. FamRZ 1980, 730

Beschluß

OLG Celle, §§ 12 II GKG,
9 II BRAGO

Streitwertmindestgrenze im Scheidungsverfahren

Auf die Beschwerde der Prozeßbevollmächtigten der Antragstellerin hat das OLG den Streitwertfestsetzungsbeschluß des Amtsgerichts teilweise geändert und den Wert des Streitgegenstandes anderweitig auf 11.200,- DM (Ehescheidung: 10.200,- DM, Versorgungsausgleich: 1000,- DM) festgesetzt.

Beschluß des OLG Celle, v. 11.5.1990 – 19 WF 84/ 90 –