

Urteil

BAG, § 611 aBGB

Entschädigung wegen Diskriminierung
bei Stellenausschreibung durch die
Bundesagentur für Arbeit

Bedient sich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung eines Dritten - z.B. der Bundesanstalt (jetzt Bundesagentur) für Arbeit - und verletzt dieser die Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung, so ist dem Arbeitgeber dieses Verhalten in der Regel zuzurechnen.

BAG, Urteil vom 5.2.2004, 8 AZR 112/03

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien streiten über Entschädigungsansprüche des Klägers wegen einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung bei der Einstellung.

Die Beklagten betreiben eine Rechtsanwaltskanzlei. Mit Schreiben vom 15. September 2000 bewarb sich der Kläger, der zwei juristische Staatsexamen in Bayern abgelegt hat, auf eine Stellenausschreibung, die sich am 12. September 2000 auf der Internetseite des Arbeitsamtes befand und in der die Kanzlei der Beklagten als Arbeitgeberin angegeben war. Über die Stelle hatte der Beklagte zu 1. die Bundesanstalt für Arbeit telefonisch informiert. Die Anzeige trägt die Überschrift "Volljuristin" und lautet wie folgt:

Stellenbeschreibung: "Kenntnisse: Volljur. bzw. Anwältin zur Einarbeitung. Sicheres Auftreten, vorwieg. zivilrechtl. Bereich, Unfallregulierung, Mietrecht, einfache zivilrechtl. Streitigk., Textverarbeitung, **auch Wiedereinsteigerin**. Betriebsart: Rechtsanwältin - Steuerberater, Arbeitszeit: Teilzeit [...] Arbeitgeber: Dr. H & H R, Rückfragen an Herr Dr. H. nur schriftliche Bewerbung"

Mit Schreiben vom 25. September 2000 teilte der Beklagte zu 1. dem Kläger auf seine "Bewerbung als Volljuristin" mit, dass die Stelle als "Volljuristin" durch jemand anderen besetzt wbrden sei. Es sei eine Anwältin eingestellt worden, die in beiden juristischen Staatsprüfungen bessere Ergebnisse als der Kläger erzielt habe.

[...] Der Kläger hat ausgeführt, ein Schadensersatzanspruch sei auf Grund einer Geschlechtsdiskriminierung begründet. Aus der Stellenausschreibung im Internet und dem Ablehnungsschreiben ergebe sich die Vermutung, dass die Beklagten ausschließlich eine Mitarbeiterin gesucht hätten und seine Bewerbung aus diesem Grunde abgelehnt worden sei. Den Beklagten sei es mit ihrem teilweise widersprüchlichen und später korrigierten Vortrag, insbesondere zum Ausschreibungstext und der Angabe der angeblichen Tätigkeit eines weiteren männlichen Rechtsanwalts, nicht gelungen, darzulegen und zu

beweisen, dass nicht geschlechtsbezogene Gründe die Ablehnung bedingt hätten. Die Ausschreibung sei von den Beklagten, nicht vom Arbeitsamt verfasst worden. Auf Grund der detaillierten Beschreibung der Stelle müsse nämlich angenommen werden, dass der Sachbearbeiter des Arbeitsamtes die genannten Kriterien von den Beklagten übernommen habe. Die Beklagten hätten erstmals eineinhalb Jahre nach Einreichung der Klage vorgetragen, dass das Arbeitsamt selbst die geschlechtsbezogene Formulierung gewählt habe. Weiter müsse berücksichtigt werden, dass in der Kanzlei nur Mitarbeiterinnen beschäftigt seien. Von einer Entscheidung über die Stellenbesetzung auf Grund der Examensnoten, sicherem Auftreten, Textverarbeitungskenntnissen, Promotionsabsicht oder der bayerischen Herkunft dürfe nicht ausgegangen werden, denn diese Kriterien seien in der Ausschreibung nicht genannt worden. Zudem stamme gerade der Kläger aus dem bayerischen Raum, nicht dagegen die eingestellte Rechtsanwältin. Schließlich ergebe sich aus einer weiteren geschlechtsspezifischen Stellenanzeige der Beklagten für eine Rechtsanwaltsgehilfin in der Mittelbayerischen Zeitung vom 2. Juni 2001, dass nur Mitarbeiterinnen in der Kanzlei erwünscht seien. Die Beklagten müssten angesichts der Häufung der Indizien das Fehlen einer Diskriminierung beweisen. [...]

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. [...] Das Geschlecht des Bewerbers habe bei der Einstellung keine Rolle gespielt. Dies ergebe sich daraus, dass die Kanzlei weitere Männer beschäftige bzw. beschäftigt habe. So bestehe eine Zusammenarbeit mit einem männlichen Rechtsanwalt in Salzburg. Auch sei einmal ein Rechtsanwalt zur Probe eingestellt gewesen und aus anderen Gründen wieder ausgeschieden. Im Übrigen seien sie für die Formulierung der Ausschreibung des Arbeitsamtes im Internet trotz der detaillierten Angaben der Anzeige nicht verantwortlich. Das Arbeitsamt sei nicht beauftragt worden, ausschließlich eine Volljuristin zu suchen. Das ergebe sich auch aus einem späteren Schreiben des Beklagten zu 1. vom 21. Februar 2001 an das Arbeitsamt. Auswahlkriterium sei in erster Linie die sich aus den Examensnoten ergebende bessere Qualifikation gewesen. Die Bezeichnung des Klägers als Volljuristin im Ablehnungsschreiben vom 25. September 2000 beruhe auf einem Schreibversehen einer Bürokräft. [...]

Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagten einen Anspruch auf Entschädigung wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung nach § 611a Abs. 2 BGB.

[...]

Nach § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer ua. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist nur dann zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist (§ 611a Abs. 1 Satz 2 BGB).

aa) Der Kläger hat dargelegt, dass er als Mann im Bewerbungsverfahren nicht berücksichtigt worden ist und die Stelle als Rechtsanwalt nicht erhalten hat. Da zudem das weibliche oder männliche Geschlecht keine unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs ist, ist der Ausnahmefall einer zulässigen Diskriminierung nach § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gegeben.

bb) Der Kläger hat gem. § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB Tatsachen glaubhaft gemacht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen.

(1) Die zweistufige Regelung des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB bezieht sich, wie das Landesarbeitsgericht zunächst zutreffend ausgeführt hat, auf den Benachteiligungsgrund, also auf die Tatsache der Benachteiligung aus geschlechtsspezifischen Gründen. Die Glaubhaftmachung durch den Arbeitnehmer lässt die Beweisverteilung zunächst unberührt, sie senkt nur das Beweismaß. Dabei ist die Glaubhaftmachung nicht als Glaubhaftmachung iSd. § 294 ZPO zu verstehen; verlangt ist lediglich eine Darlegung, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts als wahrscheinlich erscheinen lässt [...]. Überdies handelt es sich nicht um eine Vermutungsregelung iSd. § 292 ZPO[...]. Die Vorschrift ist vielmehr so zu verstehen, dass der klagende Arbeitnehmer eine Beweislast des Arbeitgebers dadurch herbeiführen kann, dass er Hilfsfakten darlegt und ordnungsgemäß unter Beweis stellt, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen. Hierzu genügt die Überzeugung des Gerichts von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen Geschlechtszugehörigkeit und Nachteil. Solche Vermutungstatsachen können in Äußerungen des Arbeitgebers bzw. anderen Verfahrenshandlungen begründet sein, die die Annahme einer Benachteiligung wegen des Geschlechts nahe legen [...]. Es genügen Indizien, die aus einem regelhaft einem Geschlecht gegenüber geübten Verhalten auf eine solchermaßen motivierte Entscheidung schließen lassen [...]. Ist die Benachteiligung aus geschlechtsspezifischen Gründen nach diesen Grundsätzen überwiegend wahrscheinlich, muss nunmehr der Arbeitgeber den vollen Beweis führen, dass die Benachteiligung aus rechtlich zulässigen Gründen erfolgte [...].

(2) Als Indiz, welches zur Begründung einer Geschlechterdiskriminierung herangezogen werden kann, ist zunächst eine gegen § 611b BGB verstoßende, d. h. geschlechtsspezifische Stellenausschreibung anzusehen [...]. Ein solcher Verstoß begründet grundsätzlich die Vermutung, dass ein Arbeitnehmer eines bestimmten Geschlechts, unabhängig davon, ob noch andere Gründe für die Einstellungsentscheidung maßgeblich waren, wegen seines Geschlechts benachteiligt worden ist. Im Streitfall war die Stellenausschreibung nur an Frauen gerichtet. In der Ausschreibung wurden dreimal geschlechtsspezifische Formulierungen verwendet, nämlich die Begriffe Volljuristin, Anwältin, Wiedereinsteigerin.

Diese Stellenausschreibung ist den Beklagten zuzurechnen, so dass bereits hiernach eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Benachteiligung aus geschlechtsspezifischen Gründen gegeben ist.

Es kann dahinstehen, ob der Kläger nicht bereits hinreichend in tatsächlicher Hinsicht dargelegt hat, dass der Beklagte zu 1. die geschlechtsspezifische Formulierung durch das Arbeitsamt selbst veranlasste. Hierfür könnte zum einen sprechen, dass die Beklagten erstmals später als ein Jahr nach Klageeinreichung, nachdem ein Güte- und ein Kammertermin durchgeführt und fünf Schriftsätze durch die Beklagten eingereicht worden sind, im zweiten Kammertermin vor dem Arbeitsgericht vorgetragen haben, die Stellenausschreibung des Arbeitsamtes beruhe nicht auf den Wünschen des Beklagten zu 1. Zum anderen könnte dafür sprechen, dass nach der Erlasslage die Bundesanstalt (jetzt Bundesagentur) für Arbeit, die nach § 1 Abs. 1 Satz 3 SGB III die Gleichstellung von Männern und Frauen als durchgängiges Prinzip verfolgen muss, zur Ausschreibung von Stellen grundsätzlich eine geschlechtsneutrale Formulierung zu wählen hat und nur auf besonderen Wunsch des Arbeitgebers innerhalb eines geringen Spielraums ein besonderes Geschlecht zu nennen ist [...].

Doch selbst wenn man der Behauptung des Beklagten zu 1. Glauben schenkt, wonach nicht er die geschlechtsspezifische Form veranlasst hat, sondern das Arbeitsamt diese aus eigenem Antrieb gewählt hat, ändert dies aus Rechtsgründen nichts an der Zurechnung. Primärer Adressat der Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung nach § 611b BGB ist der Arbeitgeber. Bedient sich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung eines Dritten, zum Beispiel eines Stellenvermittlers, wie hier der Bundesanstalt (jetzt Bundesagentur) für Arbeit, und verletzt ein so eingeschalteter Dritter die Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung, so ist diese Pflichtverletzung dem Arbeitgeber zuzurechnen. Den Arbeitgeber trifft im Falle der Fremdausschreibung die Sorgfaltspflicht, die Ordnungsmäßigkeit

der Ausschreibung zu überwachen. Dies gilt nicht nur im Falle der Einschaltung eines Personalberatungsunternehmens, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber sich zur Ausschreibung der Hilfe der Bundesanstalt für Arbeit bedient [...]. Für die Entscheidung des Streitfalls ist dabei unerheblich, ob es sich bei der Haftung des Arbeitgebers nach § 611a Abs. 2 BGB um eine verschuldensunabhängige vorvertragliche Haftung des Arbeitgebers oder um eine reine Gefährdungshaftung im vorvertraglichen Bereich handelt [...]. Fest steht jedenfalls, dass der Gesetzgeber, den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs folgend [...], allein den objektiven Verstoß des Arbeitgebers gegen das Diskriminierungsverbot sanktioniert hat. Es geht deshalb nicht um die Zurechnung des Verschuldens des eingeschalteten Dritten, sondern allein um die Zurechnung von dessen Handlungsbeitrag im vorvertraglichen Vertrauensverhältnis [...]. Im Ergebnis besteht jedenfalls eine volle Verantwortlichkeit desjenigen, der sich des Dritten bedient.

cc) Die Beklagten haben die Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen des Geschlechts nicht entkräftet.

Die Beklagten können sich insoweit zunächst nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Mitbewerberin W. für die Tätigkeit als Rechtsanwältin besser geeignet gewesen sei und daher eine Benachteiligung des Klägers ausscheide. Die bessere Eignung eines anderen Bewerbers schließt eine Benachteiligung nicht aus. Denn nicht allein der bestplatzierte Bewerber kann benachteiligt sein, wie gerade die Regelungen von § 611a Abs. 3 BGB, § 61b Abs. 2 Satz 1 ArbGG zeigen. Nach diesen Vorschriften erhalten Bewerber, die auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wären, eine Entschädigung, für die lediglich eine Höchstgrenze der Entschädigung bestimmt worden ist. Für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung reicht es aus, wenn Personen, die an sich für die Tätigkeit geeignet wären, von vornherein wegen ihres Geschlechts nicht für die Einstellung in Betracht gezogen werden (BAG 27. April 2000 – 8 AZR 295/99 –). Eine Benachteiligung liegt auch dann vor, wenn neben der Geschlechtsdiskriminierung auch noch andere Gründe für die Maßnahme maßgeblich waren. Ausreichend ist es, wenn in einem Motivbündel, das die Entscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht als Kriterium enthalten gewesen ist [...].

Soweit die Beklagten im Verfahren nachgeschoben haben, dass allein ein bayerisches Prädikatsexamen, eine Promotionsabsicht und eine regionale Verbundenheit zu Bayern und – später – zum Raum Regensburg Einstellungs Voraussetzungen gewesen seien, so sind diese Kriterien schon deshalb fraglich, weil sie im Gegensatz zu ganz anderen Kriterien in

der Ausschreibung mit keinem Wort erwähnt waren und der Beklagte zu 1. in einem späteren Fax an die Bundesanstalt für Arbeit betreffend ein späteres Stellenangebot diese Voraussetzungen wiederum nicht genannt hat. Jedenfalls genügen diese nachgeschobenen Kriterien nicht den Erfordernissen, die das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung vom 16. November 1993 (– 1 BvR 258/86 – a.a.O.) aufgestellt hat. Ein Nachschieben von Einstellungs-voraussetzungen ist danach grundsätzlich nicht als Nachweis einer geschlechtsneutralen Entscheidung anzuerkennen. Es muss vielmehr positiv nachgewiesen werden, dass trotz des späteren Vorbringens besondere Umstände vorliegen, wonach die geltend gemachten Gründe keine Vorwände gewesen sind. Hierzu ist erforderlich, dass in dem Motivbündel, das die Auswahlentscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht des abgewiesenen Bewerbers überhaupt nicht als negatives oder das andere Geschlecht als positives Kriterium enthalten ist. Dieser Nachweis ist den Beklagten vorliegend nicht gelungen. Das Arbeitsgericht hat zwar den Zeugen U zu der Frage gehört, welche Kriterien dieser in einem Auswahlverfahren den Beklagten an die Hand gegeben hat, nach dessen Aussage gehörte hierzu das bayerische Prädikatsexamen und die regionale Verbundenheit. Der Kläger hat aber zum einen immer bestritten, dass sich die Beklagten an ein solches Auswahlkonzept überhaupt gehalten haben und zum anderen widerlegen diese zusätzlichen Kriterien nicht die – gleichzeitig – erfolgte Diskriminierung auf Grund des Geschlechts. Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass das Geschlecht des Klägers überhaupt keine Rolle bei der Auswahlentscheidung gespielt hat. Nur das würde einen Anspruch nach § 611a Abs. 2 BGB ausschließen.

c) Da der Kläger auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, steht ihm eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsgehältern zu (§ 611a Abs. 3 BGB). Das Landesarbeitsgericht hat – von seinem Standpunkt aus konsequent – keine Feststellungen zur Höhe des Monatsgehalts und zur Angemessenheit der Entschädigung getroffen. Die Kriterien der vom Landesarbeitsgericht festzusetzenden Entschädigung sind die Art und Schwere der Benachteiligung, der Anlass und der Beweggrund des Handelns sowie das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis einer abschreckenden Wirkung der Sanktion (vgl. Münch-Komm-Müller-Glöge BGB § 611a Rn. 51, 52). Eine Festsetzung der Entschädigungshöhe durch den Senat ist nicht möglich. Aus diesem Grund ist eine Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht erforderlich.

[...]