

Aktenzeichen: 8 AZR 112/03
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 5. Februar 2004
- 8 AZR 112/03 -

I. Arbeitsgericht
Regensburg

Urteil vom 29. November 2001
- 4 Ca 3050/00 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 19. Dezember 2002
- 2 Sa 259/02 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Entschädigung wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung bei Einstellung

Gesetze:

BGB § 611a; ArbGG § 61b Abs. 1, § 9 Abs. 5, § 66 Abs. 1 Satz 1 und 2 aF; EGZPO § 26 Nr. 5; ZPO §§ 233 ff.

Leitsatz:

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 112/03
2 Sa 259/02
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
5. Februar 2004

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 5. Februar 2004 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux sowie den ehrenamtlichen Richter Bähringer und die ehrenamtliche Richterin Lorenz für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 19. Dezember 2002 - 2 Sa 259/02 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht München zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Beschreibung	Volljur. bzw. Anwältin zur Einarbeitung. Sicheres Auftreten, vorwieg. zivilrechtl. Bereich, Unfallregulierung, Mietrecht, einfache zivilrechtl. Streitigk., Textverarbeitg., **auch Wiedereinsteigerin**
Kenntnisse	
Betriebsart	Rechtsanwälte - Steuerberater
Arbeitsort	R
Arbeitszeit	Teilzeit
Gehalt/Lohn	n.Vereinb.
Frei ab	sofort
Befristet	Nein
Führerschein	
Alter	gleich
Stellenanzahl	1
BKZ	8130



KONTAKT

Arbeitgeber	Dr. H & H
	R
Rückfragen an	Herr Dr. H
Telefon	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 worden sei. Es sei eine Anwältin eingestellt worden, die in beiden juristischen Staatsprüfungen bessere Ergebnisse als der Kläger erzielt habe.

Mit Schreiben vom 7. Oktober 2000 verlangte der Kläger ohne Erfolg von den Beklagten wegen einer Geschlechtsdiskriminierung Schadensersatz in Höhe von 9.000,00 DM.

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 er-



wünscht seien. Die Beklagten müssten angesichts der Häufung der Indizien das Fehlen einer Diskriminierung beweisen. Der Kläger hat gemeint, die Beklagten hafteten gesamtschuldnerisch, denn sie träten nach außen wie eine Sozietät auf.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an den Kläger 4.601,63 Euro nebst Zinsen iHv. 5 % über dem Basiszinsatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungsgesetzes zu zahlen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie haben vorgetragen, passiv legitimiert sei nur der Beklagte zu 1., denn dieser sei Alleininhaber der Kanzlei. 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.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 29. November 2001 abgewiesen und in der Rechtsmittelbelehrung darauf hingewiesen, dass die Berufung innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils begründet werden müsse. Das Urteil ist dem Kläger am 13. März 2002 zugestellt worden. Der Kläger hat am 5. April 2002 Berufung eingelegt und diese am 13. Mai 2002 begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Auf einen Hinweis des Senats hat der Kläger am 22. Dezember 2003 beim Landesarbeitsgericht München einen Wiedereinsetzungsantrag im Hinblick auf die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist gestellt. Mit der Revision verfolgt der Kläger den Entschädigungsanspruch weiter.



Entscheidungsgründe

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.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dass die Berufung zwar zulässig, die Klage jedoch unbegründet sei. Nach den allgemeinen Grundsätzen habe der Kläger die Darlegungs- und Beweislast für eine Benachteiligung. Die Beweislastregel des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB gelte nur für den Benachteiligungsgrund. Der Kläger müsse deshalb darlegen und beweisen, dass die Beklagten für die geschlechtsspezifische Stellenausschreibung verantwortlich seien. Insoweit habe er nur Indizien für eine Verantwortlichkeit der Beklagten vorgetragen, die Verantwortlichkeit aber nicht bewiesen. Auch das Absageschreiben des Beklagten zu 1. vom 25. September 2000, in dem der Kläger als Volljuristin bezeichnet worden sei, lasse keine Vermutung für eine Geschlechtsdiskriminierung zu, genauso wenig wie die Tatsache, dass in der Kanzlei des Beklagten zu 1. nur weibliche Mitarbeiter als Arbeitnehmer beschäftigt seien. Dies gelte, weil der Beklagte zu 1. selbst ein Mann sei und weil gerichtsbekannt sei, dass bei der Einstellung von Juristen der Examensnote eine ganz wesentliche Bedeutung zukomme. Die spätere Stellenanzeige, mit der wiederum in lediglich weiblicher Form eine Rechtsanwaltsgehilfin gesucht worden sei, sei für den Einstellungsvorgang des Klägers unerheblich.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Die Berufung des Klägers ist zulässig.

a) Die Zulässigkeit der Berufung gehört zu den in der Revision von Amts wegen zu prüfenden Prozessfortsetzungsvoraussetzungen. Gleichgültig, ob der Revisionskläger oder die Revisionsbeklagte die Berufung eingelegt hat, muss das Revisionsgericht von Amts wegen prüfen, ob die in den Vorinstanzen eingelegten Rechtsmittel ordnungsgemäß waren (*BGH 28. Januar 1954 - III ZR 356/51 - BGHZ 12, 161, 165; BAG 6. Oktober 1960 - 5 AZR 261/60 - AP ZPO § 212a Nr. 1, zu II 1 der Gründe; 18. August 1965 - 1 AZR 77/65 - BAGE 17, 278, 282 = AP ZPO § 244 Nr. 1, zu I 1 der Gründe; 28. Juni 1973 - 3 AZR 469/72 - AP ZPO § 518 Nr. 21; 25. Oktober 1973 - 2 AZR 526/72 - AP ZPO § 518 Nr. 22 = EzA ZPO § 518 Nr. 7*). Es kommt dabei nicht darauf



an, ob das Landesarbeitsgericht die Berufung als zulässig angesehen hat (*BAG 20. Februar 2001 - 9 AZR 44/00 - BAGE 97, 57 = AP BGB § 630 Nr. 26 = EzA BGB § 630 Nr. 23; 25. Oktober 1973 - 2 AZR 526/72 - aaO; 28. Juni 1973 - 3 AZR 469/72 - aaO*).

b) Der Kläger hat zwar im Streitfall die einmonatige Berufungsfrist eingehalten, weil er die Berufung am 5. April 2002 eingelegt hat, nachdem ihm das Urteil am 13. März 2002 zugestellt worden war (§ 66 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbGG aF). Der Kläger hat aber die Berufungsbegründungsfrist versäumt. Nach § 26 Nr. 5 EGZPO gelten für die Berufung die am 31. Dezember 2001 geltenden Vorschriften weiter, weil die mündliche Verhandlung des Arbeitsgerichts im Jahre 2001 geschlossen wurde. Die Berufung hätte danach bis zum 5. Mai 2002 begründet werden müssen, nämlich binnen eines weiteren Monats nach Einlegung der Berufung (§ 66 ArbGG aF). Die Übergangsvorschrift des § 26 EGZPO bezieht sich ausdrücklich auf das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses und damit auf alle durch das ZPO-RG bewirkten Gesetzesänderungen, soweit die Übergangsvorschriften einschlägig sind (*ausführlich BAG 30. Mai 2002 - 2 AZB 20/02 - EzA ArbGG 1979 § 66 Nr. 35*).

c) Die Frist für die Begründung der Berufung von einem Monat ab der Einlegung der Berufung galt trotz der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung durch das Arbeitsgericht. Nach § 9 Abs. 5 Satz 3 ArbGG beginnt die Frist für die Einlegung eines Rechtsmittels zwar nur, wenn die Partei oder der Beteiligte über das Rechtsmittel und das Gericht, bei dem das Rechtsmittel einzulegen ist, die Anschrift des Gerichts und die einzuhaltende Frist und Form schriftlich belehrt worden ist. Ist die Belehrung unterblieben oder unrichtig erteilt, muss das Rechtsmittel nach § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG binnen Jahresfrist eingelegt werden. Die Rechtsmittelbelehrung muss sich nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur auf die Einlegung, nicht auch auf die Begründung des Rechtsmittels erstrecken (*4. Juni 2003 - 10 AZR 586/02 - AP InsO § 209 Nr. 2 = EzA InsO § 209 Nr. 1; 5. November 1954 - 1 AZB 28/54 - AP ArbGG 1953 § 9 Nr. 1; 16. Dezember 1957 - 1 AZB 36/57 - AP ZPO § 519 Nr. 6; 7. September 1959 - 1 AZB 15/59 - AP ArbGG 1953 § 9 Nr. 12 mit Anm. Pohle; ebenso Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG § 9 Rn. 41 bis 43; Hauck/Helml ArbGG § 9 Rn. 17*). Dies gilt nicht nur bei einer unterbliebenen, sondern auch bei einer fehlerhaften Belehrung über die Rechtsmittelbegründungsfrist. Die Rechtsmittelbelehrung soll die rechtsunkundige Partei nämlich in die Lage versetzen, die gebotenen Schritte zu ergreifen und insbesondere einen Prozessbevollmächtigten nach § 11 Abs. 2 ArbGG



hinzuzuziehen. Frist und Form der Begründung müssen dann von diesem beachtet werden (*ebenso Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG § 9 Rn. 43*).

d) Der Wiedereinsetzungsantrag des Klägers ist begründet.

aa) Der Senat kann über diesen Wiedereinsetzungsantrag entscheiden. Für die Entscheidung über eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sieht das Gesetz in § 237 ZPO an sich die Zuständigkeit des Gerichts vor, dem die Entscheidung über die nachgeholte Prozesshandlung zusteht. Hiernach wäre für eine Wiedereinsetzung im vorliegenden Fall das Landesarbeitsgericht berufen, da diesem die Entscheidung über die nachgeholten Prozesshandlungen, die jetzt begründeten Berufungen, zustand.

Der Bundesgerichtshof hat wiederholt in Revisionsverfahren entschieden, dass das Revisionsgericht im Rahmen der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung, ob die Berufung zulässig war, über einen vom Berufungsgericht übergangenen (6. Oktober 1952 - III ZR 369/51 - BGHZ 7, 280, 283 f.) oder erstmals im Revisionsrechtszug gestellten (14. Januar 1953 - VI ZR 50/52 - insoweit in BGHZ 8, 303 nicht abgedruckt, vgl. aber Anm. Lersch LM ZPO § 310 Abs. 2 Nr. 1) Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungs- oder Berufungsbegründungsfrist selbst urteilen kann (vgl. 4. November 1981 - IVb ZR 625/80 - VersR 1982, 187; 24. Juni 1987 - IVa ZR 138/86 - BGHR ZPO § 233 Rechtsmittelschrift 3; 12. Mai 1989 - IVb ZB 25/89 - NJW-RR 1989, 962; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO § 237 Rn. 3). Eine Beeinträchtigung der für die Partei nach § 238 Abs. 3 ZPO bestehenden Chance, dass das nach § 237 ZPO zuständige Gericht mit bindender Wirkung für das Rechtsmittelgericht die Wiedereinsetzung gewährt, kommt allenfalls dann in Betracht, wenn das Revisionsgericht - im möglichen Gegensatz zur Vorinstanz - die Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung für nicht gegeben hält und diese deshalb im Falle einer Entscheidung versagen würde. Gelangt das Revisionsgericht dagegen zu dem Ergebnis, dass die Wiedereinsetzung ohne weiteres zu gewähren ist, so stehen die Interessen der säumigen Partei einer entsprechenden Entscheidung durch das Revisionsgericht nicht entgegen. Hier greifen die prozesswirtschaftlichen Gründe, in Fällen einer in der Berufungsinstanz unterbliebenen Entscheidung über die Wiedereinsetzung von der Notwendigkeit einer Nachholung durch das Berufungsgericht abzusehen und zugleich das Revisionsgericht für entscheidungsbefugt zu erachten, ein. Sie stehen einer Aufhebung des Berufungsurteils sowie einer Zurückverweisung der Sache allein zur Nachholung der Wiedereinsetzungsentscheidung durch das Berufungsgericht entgegen und ermöglichen es, im Rahmen des Revisionsverfahrens eine entsprechen-



de Entscheidung zu treffen. Verwehrt wäre dem Revisionsgericht lediglich eine das Gesuch zurückweisende Entscheidung (*BGH 7. Oktober 1981 - IVb ZB 825/81 - NJW 1982, 887; 24. Juni 1987 - IVa ZR 138/86 - aaO*). Diesen Grundsätzen des Bundesgerichtshofs schließt sich der erkennende Senat an.

Entgegen der Auffassung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht weder durch den Hinweis der Regierungshauptsekretärin, wonach die Berufung wohl zulässig sei, noch im Rahmen des Endurteils konkludent eine Wiedereinsetzung gewährt.

bb) Der Kläger hat nach dem Hinweis des Senats binnen zwei Wochen einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt. Dieser ist trotz des Ablaufs der Jahresfrist (§ 234 Abs. 3 ZPO) zulässig.

Wie das Bundesarbeitsgericht entschieden hat, ist § 234 Abs. 3 ZPO jedenfalls im arbeitsgerichtlichen Verfahren dann nicht anzuwenden, wenn das Revisionsgericht aus allein in der Sphäre des Gerichts liegenden Gründen nicht innerhalb eines Jahres darüber entschieden hat, ob die Revision form- und fristgerecht eingelegt worden ist, und beide Parteien auf Grund gerichtlicher Verfügungen der Auffassung sein können, der Rechtsstreit werde demnächst materiell-rechtlich entschieden (*2. Juli 1981 - 2 AZR 324/79 - BAGE 35, 364 = AP ZPO § 234 Nr. 13; vgl. auch 15. Dezember 1982 - 7 AZR 40/81 - zur Versäumnung der Revisionsbegründungsfrist; enger BGH 1. Juni 1987 - II ZB 43/87 - VersR 1987, 1237; OLG Rostock 16. Juni 1999 - 6 U 2/98 - OLGR Rostock 1999, 374; OLG Düsseldorf 5. November 1992 - 8 U 175/91 - NJW-RR 1994, 1215*).

Der Schutzzweck des § 234 Abs. 3 ZPO, die Gefährdung der formellen Rechtskraft zu beschränken und den Bestand der an ihren Eintritt geknüpften Rechte des Prozessgegners zu schützen, tritt auch nach der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs ausnahmsweise zurück, soweit der Prozessgegner auf den Eintritt der Rechtskraft nicht vertrauen darf und der Antragsteller den Ablauf der Ausschlussfrist nicht zu vertreten hat; insbesondere wenn dem Antragsgegner und dem Gericht das Rechtsmittel, wegen dessen nicht rechtzeitiger Vornahme die Wiedereinsetzung begehrt wird, schon längst vor Ablauf der Jahresfrist bekannt ist, oder das Gericht aus allein in seiner Sphäre liegenden Gründen nicht innerhalb eines Jahres entscheiden konnte, die Parteien aber mit einer Entscheidung in der Sache rechnen durften (*Zöller/Greger ZPO § 234 Rn. 12; OLG Stuttgart 8. November 2001 - 6 W 30/01 - NJW-RR 2002, 716; KG Berlin 20. Januar 1999 - 24 W 6942/98 - NJW-*



RR 1999, 1244; OLG Schleswig-Holstein 13. Oktober 1989 - 9 U 215/85 - NJW-RR 1990, 1215; Stein/Jonas/Roth ZPO § 234 Rn. 9).

Entsprechend liegt der Fall hier. Der Beklagte zu 1. konnte auf Grund eines ausdrücklichen Hinweises des Landesarbeitsgerichts, dass es die Berufung für zulässig halte und auf Grund der Entscheidung in der Sache nicht darauf vertrauen, dass eine Rechtskraft der arbeitsgerichtlichen Entscheidung eingetreten war. Zudem gebietet der Grundsatz des fairen gerichtlichen Verfahrens eine Ermöglichung des Wiedereinsetzungsantrages.

cc) Dem Kläger ist Wiedereinsetzung wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist zu gewähren.

Der Kläger durfte sich auf die Richtigkeit der beiden unrichtigen Belehrungen verlassen. Das ergibt sich aus dem verfassungsrechtlich verankerten Prinzip des Vertrauensschutzes sowie aus dem Sinn und Zweck der Belehrungspflicht. Der Vertrauensschutz gilt unabhängig davon, ob sich die Belehrung an eine rechtskundige Person, dh. an einen Rechtsanwalt, richtet oder nicht. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden (Rechtsstaatsprinzip). Der Bürger darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Gerichte entsprechend dieser Bindung rechtmäßig handeln. Das gilt insbesondere bei einer Belehrung, die den Bürger über seine Rechte in Kenntnis setzen soll. Die Parteien müssen prinzipiell nicht klüger sein als das zuständige Gericht (*so auch BAG 23. November 1994 - 4 AZR 743/93 - AP ArbGG 1979 § 9 Nr. 12 = EzA ArbGG 1979 § 9 Nr. 9 zur fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung über eine Rechtsmittelfrist*). Die Belehrungsvorschriften sollen verhindern, dass eine Partei ein Rechtsmittel allein deswegen verliert, weil sie nicht unterrichtet worden ist. Das gilt auch für eine fehlerhafte Belehrung über die Berufungsbegründungsfrist, insbesondere wenn ein zusätzlicher, auch nichtrichterlicher, Hinweis seitens des Landesarbeitsgerichts erfolgt ist, dass die Frist gewahrt sei. Der Sinn der Belehrungspflicht würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn eine Partei auf Grund des vom Gericht veranlassten Irrtums das Rechtsmittel verlieren würde. Der Gefahr eines Rechtsmittelverlustes auf Grund einer derartigen unrichtigen Belehrung kann nur begegnet werden, indem sich die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung des Gerichts nicht zum Nachteil der unterlegenen Partei auswirkt.

Der Kläger war danach ohne sein Verschulden an der Einhaltung der Berufungsbegründungsfrist gehindert. Er hat sich auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung



des Arbeitsgerichts verlassen und nicht bis zum 5. Mai 2002 eine Berufungsbegründungsschrift eingereicht.

2. Die Klage ist begründet. Der Kläger hat einen Anspruch auf Entschädigung gem. § 611a Abs. 2 BGB, denn die Beklagten haben gegen das in § 611a Abs. 1 BGB geregelte Diskriminierungsverbot verstoßen.

a) Der Kläger hat die Fristen für die Geltendmachung des Anspruchs beachtet. Hierzu gehört die nach § 611a Abs. 4 BGB vorgesehene Ausschlussfrist. Der Kläger hat innerhalb von sechs Monaten nach Ablehnung seiner Bewerbung - die mit Schreiben vom 25. September 2000 erfolgte - seinen Anspruch mit Schreiben vom 7. Oktober 2000 geltend gemacht. Der Kläger hat des Weiteren die nach § 61b Abs. 1 ArbGG einzuhaltende Klagefrist von drei Monaten nach Ablehnung des Antrags durch den Arbeitgeber eingehalten, denn die Klage ist am 7. November 2000 beim Arbeitsgericht eingegangen.

b) Der Kläger wurde bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses wegen seines Geschlechts iSv. § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB benachteiligt und hat deshalb einen Anspruch auf Entschädigung gem. § 611a Abs. 2 BGB. Die Beklagten haben die Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen des Geschlechts nicht entkräftet.

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 (*Pfarr/Bertelsmann Diskriminierung im Erwerbsleben* 1989 S. 75; *Schlachter Wege zur Gleichberechtigung* 1993 S. 179 ff., 405 ff.; *Westenberger Die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts* 2001 S. 130, 131). Überdies handelt es sich nicht um eine Vermutungsregelung iSd. § 292 ZPO (*MünchKomm-Müller-Glöße BGB § 611a Rn. 35, 36*). Die Vorschrift ist vielmehr so zu verstehen, dass der klagende Arbeitnehmer eine Beweislast des Arbeitgebers dadurch herbeiführen kann, dass er Hilfstatsachen 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 (*BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - BVerfGE 89, 276 = AP BGB § 611a Nr. 9 = EzA BGB § 611a Nr. 9; vgl. auch Pfarr/Bertelsmann Diskriminierung im Erwerbsleben* 1989 S. 74). Es genügen Indizien, die aus einem regelhaft einem Geschlecht gegenüber geübten Verhalten auf eine solchermaßen motivierte Entscheidung schließen lassen (*Schlachter Wege zur Gleichberechtigung* 1993 S. 406). 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 (*Prütting RdA* 1999, 107, 111; *Bergwitz DB* 1999, 94, 98; *Dieterich/Neef/Schwab AR-Blattei SD 550 (Hergenröder) „Beweislast“ Rn. 68*).

(2) Als Indiz, welches zur Begründung einer Geschlechterdiskriminierung herangezogen werden kann, ist zunächst eine gegen § 611b BGB verstoßende, dh. geschlechtsspezifische Stellenausschreibung anzusehen (*BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - BVerfGE 89, 276 = AP BGB § 611a Nr. 9 = EzA BGB § 611a Nr. 9; BAG 27. April 2000 - 8 AZR 295/99 -; ErfK/Schlachter BGB § 611b Rn. 4*). Ein solcher Verstoß begründet grundsätzlich die Vermutung, dass ein Arbeitnehmer eines be-



stimmten 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 (*Slupik/Holpner RdA 1990, 24; Antwort der Bundesregierung aus einer Fragestunde des Bundestages zu § 611b BGB RdA 1984, 108; Leitfaden Frauenförderung - Frauenspezifische Regelungen des SGB III und angrenzender Vorschriften, hrsg. von der Bundesanstalt für Arbeit/Landesarbeitsamt Nord Stand Juni 2003 S. 18*).

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 Fremd-



ausschreibung die Sorgfaltspflicht, die Ordnungsmäßigkeit der Ausschreibung zu überwachen. Dies gilt nicht nur im Falle der Einschaltung eines Personalberatungunternehmens, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber sich zur Ausschreibung der Hilfe der Bundesanstalt für Arbeit bedient (*ErfK/Schlachter BGB § 611b Rn. 2; Soergel-Raab BGB 12. Aufl. § 611b Rn. 3; Staudinger/Richardi/Annuß BGB § 611b Rn. 4*). 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 (*zur rechtlichen Einordnung des § 611a Abs. 2 BGB ausführlich Westenberger Die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts 2001 S. 84 ff. mwN; Treber NZA 1998, 856, 859*). Fest steht jedenfalls, dass der Gesetzgeber, den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs folgend (*vgl. EuGH 22. April 1997 - Rs C-180/95 - Draehmpaehl - Slg. I 1997, 2195 = NZA 1997, 645*), 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 ebenso MünchKomm-Müller-Glöße BGB § 611a Rn. 48, der § 278 BGB anwendet, weil er § 611a Abs. 2 BGB als verschuldensabhängige Haftung ansieht*). 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 (*BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - BVerfGE 89, 276 = AP BGB § 611a Nr. 9 mit Anm. Schlachter = EzA BGB § 611a Nr. 9; MünchKomm-Müller-Glöge BGB § 611a Rn. 7*).

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 - aaO) 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. *MünchKomm-Müller-Glöße 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.

d) Die Beklagten zu 1. bis 4. sind passiv legitimiert. Bei den Beklagten handelt es sich um eine Außensozietät. Eine solche Außensozietät liegt vor, wenn die Rechtsanwälte im Briefkopf der Kanzlei aufgeführt sind, ohne dass in irgendeiner Weise auf das bloße Bestehen eines Anstellungsverhältnisses hingewiesen wird, so dass nach außen hin der Anschein einer Zugehörigkeit der Rechtsanwälte zu einer Sozietät besteht. Das gilt zum Beispiel, wenn ein gemeinsames Praxisschild oder gemeinsame Briefbögen benutzt werden. Dann müssen sich die Beteiligten nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht an dem von ihnen gesetzten Rechtsschein einer Sozietät festhalten lassen (st. Rspr. BGH 24. Januar 1978 - VI ZR 264/76 - BGHZ 70, 247, 249; 24. Januar 1991 - IX ZR 121/90 - NJW 1991, 1225; 8. Juli 1999 - IX ZR 338/97 - WM 1999, 1846, 1847). Dies liegt hier vor, denn die Beklagten zu 1. bis 4. haben, wie sich bereits aus der Klageerwiderung ergibt, einen gemeinsamen Briefbogen benutzt, aus dem sich nicht ergab, dass der Beklagte zu 1. Alleininhaber der Kanzlei ist. Die Beklagten zu 1. bis 4. haften also wie eine echte Sozietät, dh. als Gesamtschuldner, denn das Rechtsverhältnis ist nach außen entsprechend den Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) zu bestimmen (vgl. BGH 6. Juli 1971 - VI ZR 94/69 - BGHZ 56, 355).

III. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben.

Hauck

Dr. Wittek

Laux

Bähringer

Lorenz



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

