

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 483/09
2 Sa 2070/08
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. Januar 2011

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, die Richter am Bundesarbeitsgericht Böck und Breinlinger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Hermann und Dr. Pauli für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 12. Februar 2009 - 2 Sa 2070/08 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Entschädigungsanspruch der Klägerin wegen geschlechtsspezifischer Benachteiligung bei einer Beförderungsentcheidung. 1

Die Klägerin war seit dem 1. April 2002 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt, zuletzt als „Marketing Director International Division“ bei einer Bruttomonatsvergütung von etwa 8.700,00 Euro. 2

Die Beklagte ist ein Unternehmen der Musikbranche, das im Jahr 2005 aufgrund eines Joint Ventures zwischen der S und der B AG durch Verschmelzung der M GmbH und der R GmbH entstanden ist. Die Klägerin arbeitete in dem Bereich „International Marketing“, dem der Vizepräsident der Beklagten E vorstand. Sie war als „Director Pop“ Abteilungsleiterin. In dem Bereich gab es außerdem zwei männliche Abteilungsleiter, die Mitarbeiter L und G. Letztgenannter war vor dem Joint Venture bei der R GmbH beschäftigt. Zu dieser Zeit vertrat die Klägerin den damaligen Bereichsleiter E in aller Regel allein. Nach dem Joint Venture waren alle drei Abteilungsleiter jedenfalls fachlich im Rahmen ihrer Aufgabengebiete zur Vertretung berechtigt. Der Klägerin war die Befugnis eingeräumt, bei Abwesenheit des Herrn E Marketingpläne freizuschalten, was eine Budgetverantwortung iHv. 150.000,00 Euro einschloss. 3

Zeitlich später als der Klägerin wurde auch dem Mitarbeiter G diese Befugnis eingeräumt.

Die Stelle des Bereichsvorstands „International Marketing“, welche nach Beförderung des Herrn E zum „Senior Vice President Music Division“ frei geworden war und auf der Ebene der Hauptabteilungsleiter angesiedelt ist, wurde im Herbst 2005 dem Mitarbeiter G übertragen. Zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin schwanger, was Herrn E und den anderen für die Beförderungsentscheidung maßgeblichen Vorgesetzten bekannt war. Ihr war die Beförderungsstelle jedenfalls auch - wie konkret ist streitig - in Aussicht gestellt worden, ohne dass ihr mitgeteilt worden wäre, dass einer ihrer beiden männlichen Kollegen ebenfalls als Nachfolger in Betracht komme oder dass bei der Beförderungsentscheidung Proporzgesichtspunkte betreffend die ehemaligen Unternehmen S und B zu berücksichtigen seien. Der frühere Bereichsleiter E teilte der Klägerin am 13. Oktober 2005 mit, dass nicht sie, sondern der Mitarbeiter G zu seinem Nachfolger bestimmt worden sei. Am 14. Oktober 2005 fand ein weiteres Gespräch zwischen ihm und der Klägerin statt. Im Rahmen dieser Gespräche äußerte Herr E gegenüber der Klägerin, diese solle sich auf ihr Kind freuen.

4

Zum Zeitpunkt der Beförderungsentscheidung überwog der Frauenanteil an der Gesamtbelegschaft der Beklagten. Die Positionen des Präsidenten und des Vizepräsidenten waren zum Zeitpunkt der Beförderungsentscheidung jeweils mit einem Mann besetzt. Als Hauptabteilungsleiter waren eine Frau und im Übrigen Männer tätig. Nach dem Vorbringen der Klägerin gab es 10 Hauptabteilungsleiter.

5

Auf den insgesamt 17 Abteilungsleiterpositionen waren zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Beförderung 12 Männer und 5 Frauen tätig, darunter die Klägerin.

6

Mit ihrer am 13. März 2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen, der Beklagten am 22. März 2006 zugestellten Klage hat die Klägerin Entschädigung begehrt. Sie macht geltend, im Hinblick auf ihr Geschlecht bei der Beförderungsentscheidung benachteiligt worden zu sein. Bereits die Tatsache

7

ihrer Schwangerschaft sei geeignet, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Benachteiligung bei der Stellenbesetzung wegen ihres Geschlechts zu erbringen. Sie behauptet, Herr E habe ihr mehrfach mitgeteilt, dass sie seine Nachfolgerin werde. Bei der Bekanntgabe, dass nicht sie, sondern der Mitarbeiter G befördert werde, habe er ihr gegenüber geäußert, sie habe sich für die Familie entschieden und solle sich auf ihr Kind freuen. Außerdem habe er gefragt, warum sie sich so aufrege; immerhin sei sie noch in der „Job-Description“ enthalten, sonst würde man wiederkehrenden Müttern geringere wertige Arbeiten zuweisen.

Die Klägerin hat beantragt,

8

die Beklagte zu verurteilen, an sie eine angemessene, in das Ermessen des Gerichts gestellte Entschädigung in Geld, mindestens jedoch 17.062,50 Euro nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

9

Sie ist der Ansicht, die Klägerin habe keine hinreichenden Indiztatsachen für eine Benachteiligung wegen ihrer Schwangerschaft vorgetragen. Für die Beförderung des Mitarbeiters G hätten seine erstklassigen Kundenkontakte und Proporzgesichtspunkte betreffend den S-Unternehmensbereich und den Unternehmensbereich B gesprochen. Herr E habe der Klägerin lediglich erklärt gehabt, dass sie eine Chance auf Beförderung habe.

10

Das Arbeitsgericht hat der Klage auf Entschädigung in Höhe des von der Klägerin geforderten Mindestbetrags von 17.062,50 Euro nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Nach Zulassung der Revision hat der Senat mit Urteil vom 24. April 2008 (- 8 AZR 257/07 -) das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

11

Die Klägerin hat in der erneuten Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht ua. die Ansicht vertreten, Indiz für die Diskriminierung wegen ihres Geschlechts sei auch die mangelnde Repräsentation von Frauen in den Füh-

12

rungspositionen der Beklagten. Die tatsächliche Besetzung der Führungspositionen mache deutlich, dass bei der Beklagten eine „gläserne Decke“ bestehe, Frauen also ab einer bestimmten Hierarchiestufe keine Chance mehr hätten, befördert zu werden.

Die Beklagte hat behauptet, die von der Klägerin dargelegten statistischen Daten könnten keine Indizwirkung für deren geschlechtsbedingte Benachteiligung bei der Beförderungsentscheidung entfalten. 13

Das Landesarbeitsgericht hat nach Beweiserhebung durch Vernehmung des Zeugen E und Vernehmung der Klägerin als Partei die Klage erneut abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Klägerin weiterhin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt. 14

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an eine andere Kammer des Landesarbeitsgerichts (§ 563 Abs. 1 ZPO iVm. § 72 Abs. 5 ArbGG). 15

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Klägerin habe keinen Entschädigungsanspruch gegen die Beklagte, weil sie keine ausreichenden Indiztatsachen für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung vorgetragen habe. Hierfür reiche es weder aus, dass sie zum Zeitpunkt der Beförderungsentscheidung schwanger war noch dass sie Abwesenheitsvertreterin des Herrn E war oder dass dieser bei ihr den Eindruck erweckt habe, als seine Nachfolgerin vorgesehen zu sein. Selbst wenn man ihr die Beförderung konkret in Aussicht gestellt haben sollte, würde hierdurch die Beförderungsentscheidung nicht präjudiziert. Die Bemerkung des „Senior Vice President“ E, die Klägerin solle sich auf ihr Kind freuen, sei dahingehend zu würdigen, dass dieser sie lediglich habe trösten wollen. Bei einer anderen Bewertung wäre jedes persönliche Gespräch zwischen Vorgesetztem 16

und Mitarbeiter unmöglich. Die behauptete Bemerkung des Herrn E über die Behandlung wiederkehrender Mütter habe sich in der Beweisaufnahme nicht bestätigt. Die Begründung der Auswahlentscheidung durch die Beklagte mit Proporzgesichtspunkten erst im Laufe des Rechtsstreits sei nicht als Indiz zu werten, weil der Arbeitgeber nicht verpflichtet sei, nicht berücksichtigte Bewerber über die Gründe ihrer Ablehnung zu informieren. Den von der Klägerin angeführten statistischen Daten zur mangelnden Repräsentation von Frauen auf Führungsebenen komme keine Indizwirkung zu, weil sich eine solche nur aus dem Zahlenverhältnis von Bewerbungen beider Geschlechter einerseits und deren Berücksichtigung andererseits ergeben könne. Die Gesamtbetrachtung der von der Klägerin vorgebrachten Hilfstatsachen erbringe keine Vermutung für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung, weil es am inneren Zusammenhang der jeweils für sich allein keine Vermutung begründenden Umstände fehle, da diese unterschiedliche Teilbereiche des Vorgangs beträfen. Die angebliche auf die „Job-Description“ bezogene Äußerung des Herrn E könnte, auch wenn sie so gefallen sein sollte, nicht im Rahmen einer Gesamtbetrachtung unterstützend für eine Indizwirkung herangezogen werden, weil gerade der Klägerin unstreitig keine schlechtere Position habe zugewiesen werden sollen.

- B. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 17
- I. Die Revision ist begründet. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die von der Klägerin vorgetragene Hilfstatsachen lösten die Vermutungswirkung des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB in der bis 17. August 2006 geltenden Fassung (*im Folgenden: § 611a BGB aF*) nicht aus, verstößt gegen § 563 Abs. 2 ZPO und gegen § 286 Abs. 1 ZPO. 18
- II. Ob die Klage begründet ist, kann der Senat nicht abschließend entscheiden, weil die Sache noch nicht zur Entscheidung reif ist, § 563 Abs. 3 ZPO. 19

- Die Begründung, mit der das Landesarbeitsgericht einen Entschädigungsanspruch der Klägerin gem. § 611a Abs. 2 und 5 BGB aF verneint hat, ist rechtsfehlerhaft. 20
1. Zutreffend beurteilt das Landesarbeitsgericht den geltend gemachten, auf einer möglichen Benachteiligungshandlung im Herbst 2005 gründenden Entschädigungsanspruch nach § 611a BGB aF. Gem. § 33 AGG ist diese Vorschrift weiterhin maßgeblich für mögliche Benachteiligungen des Beschäftigten wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, die zeitlich vor dem Inkrafttreten des Gesetzes am 18. August 2006 stattgefunden haben. 21
 2. Die Ausschlussfristen der § 611a Abs. 4 Satz 3 BGB aF und § 61b Abs. 1 ArbGG in der bis zum 17. August 2006 geltenden Fassung sind eingehalten (*vgl. Senat 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*). 22
 3. Hinsichtlich eines Verstoßes gegen das in § 611a Abs. 1 BGB aF geregelte Diskriminierungsverbot ist das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin als Arbeitnehmerin von der Beklagten als Arbeitgeberin gegenüber dem Mitarbeiter G bei ihrem beruflichen Aufstieg benachteiligt wurde, indem diesem als Nachfolger von Herrn E die gegenüber der Abteilungsleiterposition höherwertige Position des Bereichsvorstands „International Marketing“ übertragen wurde. 23
 4. Ebenfalls zutreffend geht das Berufungsgericht mit der vorausgegangenen Entscheidung des Senats (*24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*) davon aus, dass es für die Benachteiligung des Anspruchstellers wegen seines Geschlechts ausreicht, wenn in einem Motivbündel, das die Entscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht als Kriterium enthalten gewesen ist. Die Revision rügt aber zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, der Klägerin sei es nicht gelungen, Hilfstatsachen darzulegen und unter Beweis zu stellen, die eine solche Mitursächlichkeit vermuten lassen. 24

- a) Die zweistufige Regelung des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF lässt die Beweislastverteilung unberührt, senkt aber das Beweismaß dahingehend, dass der klagende Arbeitnehmer lediglich Tatsachen vortragen muss, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen (*vgl. Senat 5. Februar 2004 - 8 AZR 112/03 - BAGE 109, 265 = AP BGB § 611a Nr. 23 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 3*). Solche Vermutungstatsachen können in Äußerungen des Arbeitgebers bzw. anderen Verfahrenshandlungen begründet sein, welche die Annahme einer Benachteiligung wegen des Geschlechts nahe legen (*Senat 5. Februar 2004 - 8 AZR 112/03 - aaO*). Werden vom Arbeitnehmer Hilfstatsachen vorgetragen, die für sich genommen nicht zur Begründung der Vermutungswirkung ausreichen, ist vom Tatrichter eine Gesamtbetrachtung dahingehend vorzunehmen, ob die Hilfstatsachen im Zusammenhang gesehen geeignet sind, die Vermutungswirkung zu begründen (*Senat 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*). 25
- b) Die durch das Berufungsgericht vorgenommene Würdigung, die Vermutungswirkung sei durch den Vortrag der Klägerin nicht ausgelöst, ist revisionsrechtlich nur beschränkt überprüfbar. Ob der Anspruchsteller der durch § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF modifizierten Darlegungslast genügt hat, unterliegt ebenso der freien Überzeugung des Tatsachengerichts nach § 286 Abs. 1 ZPO wie dies hinsichtlich der Erbringung des „Vollbeweises“ durch die darlegungs- und beweispflichtige Partei der Fall ist. Eine vom Berufungsgericht gem. § 286 Abs. 1 ZPO vorgenommene Würdigung ist revisionsrechtlich nur darauf überprüfbar, ob sie möglich und in sich widerspruchsfrei ist, gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt und ob alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände in sich widerspruchsfrei beachtet worden sind (*Senat 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*). 26
- c) Diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab hält die Würdigung des Berufungsgerichts nicht stand. 27

aa) Nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, aus dem von der Klägerin vorgetragene Zahlenmaterial ergäben sich keine Indizien dafür, dass ihre Beförderung wegen ihres Geschlechts unterblieben ist. 28

Aus Statistiken können sich grundsätzlich Indizien für eine Geschlechtsdiskriminierung ergeben (zu § 22 AGG: Senat 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - NZA 2011, 93). Ausreichend sind auf der ersten Stufe des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF Indizien, die aus einem regelhaft einem Geschlecht gegenüber geübten Verhalten auf eine geschlechtsspezifisch (mit-)motivierte Entscheidung schließen lassen. Eine Vermutung für ein derart regelhaft Frauen benachteiligendes Verhalten kann sich aus statistischen Daten aber nur dann ergeben, wenn sie sich konkret auf den betreffenden Arbeitgeber beziehen und im Hinblick auf dessen Verhalten einem Geschlecht gegenüber aussagekräftig sind. Gegen die Berücksichtigung von Statistiken spricht nicht, dass damit möglicherweise von in der Vergangenheit erfolgten Diskriminierungen auf die Gegenwart geschlossen wird. Ein regelhaft dem Geschlecht gegenüber geübtes Verhalten kann nämlich gerade nur durch die Betrachtung der Vergangenheit ausgemacht werden (vgl. Senat 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - aaO). 29

Zulässigerweise hat das Berufungsgericht weder das zahlenmäßige Geschlechterverhältnis in der Belegschaft der Beklagten einerseits und auf den Führungsebenen andererseits noch das zahlenmäßige Geschlechterverhältnis auf der Abteilungsleitersebene einerseits und der Hauptabteilungsleitersebene andererseits noch das Absinken des Frauenanteils ab der Ebene der Abteilungsleiter als Indiz für die geschlechtsbezogene Benachteiligung der Klägerin gewertet. Die dargelegten Zahlen indizieren keine so genannte „gläserne Decke“ zwischen der Hierarchieebene der Abteilungsleiter und der der Hauptabteilungsleiter und lassen auch kein generell frauenfeindliches Klima bei der Beklagten vermuten. Der Schluss auf eine regelhafte Nichtberücksichtigung von Frauen bei Beförderungsentscheidungen ab einer bestimmten Ebene setzt zwar nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, voraus, dass die Bewerbersituation bei den einzelnen Beförderungsentscheidungen dargelegt wird. Eine Benachteiligung kann nämlich auch bereits in der Gestaltung des Auswahlverfahrens liegen (Senat 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - NZA 2011, 30

93). Gerade, wenn wie hier mangels Ausschreibung gar kein Bewerbungsverfahren durchgeführt worden ist, ist die Gefahr diskriminierender Entscheidungen mangels Transparenz besonders hoch. Darüber, ob im Sinne einer „gläsernen Decke“ bei der Beklagten regelhaft der Aufstieg von Frauen in bestimmte Führungspositionen verhindert wurde, kann jedoch nur die statistische Betrachtung der Beförderungspolitik bzgl. derjenigen Ebenen Aufschluss geben, zwischen denen die gläserne Decke vermutet wird. Um nämlich beurteilen zu können, ob signifikant weniger Frauen als Männer die Hierarchiestufe *oberhalb* einer angenommenen „gläsernen Decke“ erreichen, muss festgestellt werden, wie viele Frauen *unterhalb* dieser angekommen sind. Hierüber sagt der Anteil von Frauen an der Gesamtbelegschaft nichts aus (*Senat 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - aaO*).

Auch der Vergleich des aktuellen Frauenanteils auf der Ebene der Abteilungsleiter einerseits und der Hauptabteilungsleiter andererseits ergibt nicht, dass zwischen beiden Ebenen regelhaft der Aufstieg von Frauen verhindert wird. Dabei weist das Berufungsgericht zutreffend darauf hin, dass vorliegend das Zahlenverhältnis schon nicht signifikant ist. Einem Frauenanteil von 10 % bei den Hauptabteilungsleitern (*bei angenommenen zehn Stellen auf dieser Ebene*) steht ein Frauenanteil von 29,4 % auf der Ebene der Abteilungsleiter gegenüber. Bereits die Beförderung der Klägerin bei Nachrücken eines Mannes führte dazu, dass der Frauenanteil auf der Hauptabteilungsleitersebene dem auf der Abteilungsleitersebene fast entspräche. Außerdem ist unklar, von welchen Abteilungsleiterpositionen tatsächlich eine Beförderung zur Hauptabteilungsleiterin denkbar ist, ob also überhaupt für die Hauptabteilungsleiterstellen ein Reservoir von 17 Abteilungsleiterstellen existiert und wie lange die jeweiligen Frauen bereits Abteilungsleiterpositionen inne haben. Dementsprechend bildet auch das Absinken des Frauenanteils oberhalb der Ebene der Abteilungsleiter kein Indiz für eine „gläserne Decke“. Die Besetzung der Position des Präsidenten und des Vizepräsidenten mit jeweils einem Mann hat, worauf das Berufungsgericht zu Recht hinweist, keinerlei statistische Signifikanz.

31

Die fehlende Repräsentation von Frauen auf der Führungsebene entsprechend ihrem Anteil an der Gesamtbelegschaft lässt auch entgegen der

32

Revision nicht auf allgemein in Bezug auf Frauen aufstiegsfeindliche und damit diskriminierende Strukturen, Denk- oder Verhaltensweisen bei der Beklagten schließen. Zum einen müsste hierfür feststehen, welche Beförderungspeditionen bei der Beklagten existierten und existieren, von welchen Positionen eine Beförderung denkbar ist und wie sich der Frauenanteil bezogen auf diese darstellt. Es ist nämlich nicht zwingend, dass für jede von Frauen besetzte Position überhaupt eine Beförderungsmöglichkeit auf eine höhere Ebene besteht. Aber selbst unter der Prämisse, es existiere tatsächlich ein größeres Reservoir für die Beförderung von Frauen als für die von Männern, ergibt sich nichts Abweichendes. Statistiken über die Geschlechterverteilung in Gesamtbelegschaft und auf Führungsebenen sind nur Momentaufnahmen, die keine Aussage etwa über die Betriebszugehörigkeitsdauer der Geschlechter treffen. Auch die bloße Abbildung (*diskriminierender*) gesellschaftlicher Verhältnisse im Unternehmen stellt keine rechtlich relevante Diskriminierung dar. Ein Arbeitgeber ist nämlich nicht in der Lage, geschweige denn verpflichtet, gesellschaftliche Gegebenheiten, die der Erwerbstätigkeit und/oder dem beruflichen Aufstieg von Frauen entgegenstehen, durch seine Personalpolitik auszugleichen. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass ein beruflicher Aufstieg häufig eine nicht unerhebliche Flexibilität voraussetzt (*zB Bereitschaft zur Leistung von Überstunden, Teilnahme an Fortbildungsmaßnahmen und Tagungen, Durchführung von Dienstreisen und Versetzungsbereitschaft an andere Standorte*), welche sich mit der häufig von Frauen ausschließlich oder überwiegend wahrgenommenen Kindererziehung nicht oder nur schlecht vereinbaren lässt. Auch wirken sich längere Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit wegen Arbeitsfreistellungen infolge von Schwangerschaft, Mutterschutz und (*bislang überwiegend von Frauen in Anspruch genommener*) Elternzeit negativ auf die Chancen zum beruflichen Aufstieg aus, obwohl der Arbeitsplatz als solcher während dieser Zeiten der Arbeitnehmerin grundsätzlich garantiert ist. Dabei müssen Aufstiegsvoraussetzungen bzw. -hindernisse durchaus nicht ihrerseits immer verbotene Diskriminierungen von Arbeitnehmerinnen darstellen. Häufig können diese sogar durch sachliche Gründe iSd. § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF gerechtfertigt sein (*vgl. Senat 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 - NZA 2011, 93*).

bb) Ebenfalls frei von Rechtsfehlern ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, allein die Kenntnis von der Schwangerschaft der Klägerin begründe keine Vermutung der Benachteiligung der Klägerin durch die Beklagte wegen des Geschlechts. Zwar liegt eine unmittelbare geschlechtsbezogene Benachteiligung bei richtlinienkonformer Auslegung des § 611a BGB aF auch dann vor, wenn negativ auf Auswahlkriterien abgestellt wird, die ausschließlich von den Angehörigen eines Geschlechts erfüllt werden können, wie dies bei der Schwangerschaft der Fall ist. Dies stellt nunmehr § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG ausdrücklich klar. Der Senat hat bereits im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits in seinem vorangegangenen Urteil vom 24. April 2008 (- 8 AZR 257/07 - AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6) darauf hingewiesen, dass allein die Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft der Klägerin zum Zeitpunkt der Personalentscheidung die Vermutungswirkung des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF nicht auslöst. 33

Auch die Wertung des Berufungsgerichts, es führe für sich genommen nicht zu der Vermutung einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung, dass die Beklagte erstmals im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits die Beförderung des Mitarbeiters G mit Proporzgesichtspunkten begründet habe, lässt weder einen revisionsrechtlich relevanten Verstoß gegen § 286 ZPO erkennen noch verletzt diese Wertung § 563 Abs. 2 ZPO. Der Senat hat in der aufhebenden Entscheidung vom 24. April 2008 lediglich ausgeführt, das Berufungsgericht hätte dieser Behauptung nachgehen und prüfen müssen, ob hieraus die Vermutungswirkung des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF folge. Dieser Vorgabe des Senats ist das Berufungsgericht mit revisionsrechtlich nicht zu beanstandendem Ergebnis gefolgt. 34

cc) Die vom Berufungsgericht im Rahmen des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF vorzunehmende Gesamtbewertung aller Umstände (*Senat 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - AP AGG § 33 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 611a Nr. 6*) hält der revisionsrechtlichen Überprüfung jedoch nicht stand. 35

Die berufsrichterliche Würdigung, der Hinweis des Zeugen E im Rahmen der Bekanntgabe der „schon längst getroffenen Beförderungsent- 36

scheidung“ an die Klägerin, diese solle sich auf ihr Kind freuen, könne keine Indizwirkung dafür entfalten, dass die Entscheidung etwas mit ihrer Schwangerschaft zu tun habe, verstößt gegen die Bindungswirkung des § 563 Abs. 2 ZPO. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind dahingehend zu verstehen, dass es dieser Äußerung keinerlei Indizwirkung beimisst, sie also als geschlechtsneutral betrachtet. Der Senat hat zwar in seiner aufhebenden Entscheidung nicht die Würdigung des Berufungsgerichts beanstandet, diese Äußerung habe ein Trostpflaster sein sollen und keine Erklärung für die getroffene Personalentscheidung, weshalb sich nicht schon aus ihr allein die Vermutung einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung ergebe. Er hat aber darin einen Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO gesehen, dass das Berufungsgericht die Äußerung nicht im Rahmen einer Gesamtbetrachtung in seine Würdigung miteinbezogen hat. Damit hat der Senat seiner Entscheidung für das Landesarbeitsgericht bindend (§ 563 Abs. 2 ZPO) zugrunde gelegt, dass es sich nicht um eine geschlechtsneutrale Bemerkung gehandelt hat. Dem widerspricht es, wenn das Berufungsgericht der Äußerung jegliche Indizwirkung abspricht. Zudem ist die Würdigung des Berufungsgerichts nicht frei von Denkfehlern, weil auch tröstende Worte nach der Beförderungsentscheidung Hinweise auf deren Motive geben können, wenn sie nämlich auf diskriminierende Vorverständnisse des Entscheidungsträgers schließen lassen. Der Senat hat in der aufhebenden Entscheidung ausdrücklich ausgeführt, eine Äußerung, die auf eine im Unternehmen der Beklagten übliche Frauendiskriminierung hinweise, könne die Vermutung der gesetzeswidrigen Benachteiligung der Klägerin aufgrund ihrer Schwangerschaft begründen. Die Nichtbeachtung des § 563 Abs. 2 ZPO durch das Berufungsgericht war ohne Rücksicht auf eine Revisionsrüge von Amts wegen zu berücksichtigten (*zu § 565 Abs. 2 ZPO idF bis 31. Dezember 2001: BGH 23. Juni 1992 - XI ZR 227/91 - NJW 1992, 2831*).

dd) Ebenfalls gegen § 563 Abs. 2 ZPO und gegen § 286 Abs. 1 ZPO verstößt die Würdigung des Berufungsgerichts, es könne - das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin als zutreffend unterstellt - keine Indizwirkung entfalten, dass die Klägerin Abwesenheitsvertreterin des Herrn E war und wenn ihr gegenüber der Eindruck erweckt worden sei, sie sei als dessen Nachfolgerin

37

vorgesehen. Der Senat hat in der aufhebenden Entscheidung ausdrücklich festgestellt, es sei nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht dies nicht als ausreichendes Indiz gewertet habe, dass es das Vorbringen der Klägerin aber im Rahmen der erforderlichen Gesamtschau hätte berücksichtigen müssen. Damit hat er seiner Entscheidung bindend iSd. § 563 Abs. 2 ZPO zugrunde gelegt, dass der Tatsache der Abwesenheitsvertretung eine - wenn auch allein nicht ausreichende - Indizwirkung zukommt. Er hat weiter bindend festgestellt, dass das behauptete konkrete Inaussichtstellen der Nachfolge ein im Rahmen der Gesamtschau zu würdigendes Indiz darstellt. Das Berufungsgericht führt im Widerspruch hierzu aus, der Arbeitgeber sei bis zur Grenze der Willkür auch bei weitreichenden Zusagen in seiner späteren Personalentscheidung frei und verneint mit diesem Argument letztlich jegliche Indizwirkung. Dies verstößt gleichzeitig gegen § 286 Abs. 1 ZPO. Für die Frage der Vermutungswirkung des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF kommt es nämlich nicht darauf an, ob der Arbeitgeber sich mit seiner Ankündigung einer (*möglichen*) Beförderung im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Zusicherung gebunden hat. Vielmehr ist entscheidend, ob eine von der ursprünglichen Planung abweichende Personalentscheidung bei Schwangerschaft der für die Beförderungsstelle ursprünglich vorgesehenen Arbeitnehmerin die Vermutung für deren geschlechtsspezifische Benachteiligung, gegebenenfalls in Zusammenschau mit anderen Indizien, begründet.

ee) Schließlich verstößt es gegen § 563 Abs. 2 ZPO und gegen § 286 Abs. 1 ZPO, wenn das Berufungsgericht zwar im Rahmen des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF eine Gesamtbetrachtung der vorgebrachten Indizien für notwendig hält, jedoch dabei für die Annahme von Indizien für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung zur Voraussetzung macht, dass den „vorgebrachten Argumenten“ ein „roter Faden“ inne wohnen müsse. Diesen verneint das Landesarbeitsgericht, weil die „herangezogenen Umstände“ jeweils andere „Teilbereiche“ des gesamten Vorgangs betreffen. Dies widerspricht der bindenden rechtlichen Beurteilung des Senats, wonach alle von der Klägerin glaubhaft gemachten Tatsachen zu berücksichtigen sind und zwar insbesondere ihre Funktion als Abwesenheitsvertreterin, die Behauptung, ihr sei

38

konkret die Nachfolge in Aussicht gestellt worden, die Äußerung des Herrn E, sie solle sich auf ihr Kind freuen und gegebenenfalls dessen streitige Äußerung darüber, wie ansonsten bei der Beklagten mit Müttern verfahren werde. Damit hat der Senat gerade nicht zur Bedingung gemacht, dass die für die Glaubhaftmachung einer Benachteiligung vorgetragenen Tatsachen denselben Bereich betreffen müssen.

Sinn der Gesamtbetrachtung ist, Indizien, die für sich genommen den Tatrichter nicht von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit geschlechtsdiskriminierender Motive überzeugen konnten, darauf zu überprüfen, ob sie in der Gesamtschau eine entsprechende Überzeugung erbringen. Aus welchen Bereichen diese Indizien stammen, ist hierfür nicht von Bedeutung. Gerade wenn die Vermutung im konkreten Fall mit einer diskriminierenden Grundhaltung des Arbeitgebers begründet wird, ist dem immanent, dass die einzelnen Umstände aus verschiedenen Teilbereichen stammen und sich weder zeitgleich ereignen noch von denselben Personen gesetzt worden sind. Der innere Zusammenhang der vorgebrachten Tatsachen ist nicht Voraussetzung der Vermutung einer gesetzwidrigen Benachteiligung. Vielmehr kann sich gerade erst aus diesen Tatsachen eine „Benachteiligungskultur“ im Unternehmen ergeben.

39

5. Der Senat kann nicht selbst in der Sache entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO. Zum einen darf er seine Würdigung der vorgebrachten Indizien für eine Benachteiligung der Klägerin nach § 286 ZPO nicht an die Stelle der Würdigung des Tatsachengerichts setzen. Zum anderen könnte der Beklagten entsprechend ihrer diesbezüglichen Darlegungs- und Beweislast (§ 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF) der Nachweis gelingen, dass ausschließlich nicht auf die Schwangerschaft der Klägerin bezogene sachliche Gründe ihre Auswahlentscheidung gerechtfertigt haben, wenn das Berufungsgericht von einer Vermutung für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung der Klägerin ausgehen sollte.

40

Sofern das Landesarbeitsgericht dem Grunde nach einen Entschädigungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte bejaht, wird es auch über die Höhe dieses Anspruchs zu befinden haben, wobei die Obergrenze im

41

Hinblick darauf, dass die Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin keine Berufung eingelegt hat, bei dem dort ausgeurteilten Betrag liegt.

C. Wegen des Erfordernisses einer einheitlichen Kostenentscheidung war diese dem Schlussurteil vorzubehalten. Dabei wird das Landesarbeitsgericht auch über die Kostentragung für die Revision mitzuentscheiden haben. 42

Hauck

Böck

Breinlinger

Hermann

Pauli