

Urteil

LAG Rheinland-Pfalz, §§ 8, 15 Abs. 2
AGG

Weibliches Geschlecht als wesentliche Voraussetzung für Erzieherin im Mädcheninternat

Die Unverzichtbarkeit eines bestimmten Geschlechts im weiteren Sinne liegt vor, wenn die Scham gegenüber dem anderen Geschlecht relevant wird. Dies ist immer dann der Fall, wenn Personen, die mit der Arbeitsleistung in Verbindung kommen, zur Wahrung ihrer Intimsphäre das andere Geschlecht zurückweisen. (Leitsätze der Redaktion)

Urteil d. LAG Rheinland-Pfalz v. 20.03.2008, AZ: 2 Sa 51/08, nrk. / BAG = 8 AzR 536/08

Aus dem Sachverhalt:

Mit der vorliegenden Klage verfolgt der Kläger einen Entschädigungsanspruch wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG).

Der Kläger ist ausgebildeter Diplom-Sozialpädagoge. [...]

In der Stellenbörse der Bundesagentur für Arbeit im Mai 2007 war eine Stelle bei dem staatlichen XY-Gymnasium U-Stadt ausgeschrieben, die auszuweisen wie folgt lautet:

„[...] Das Staatliche XY-Gymnasium V-Stadt sucht für sein Mädcheninternat [...] eine Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin, die bereit ist, Hausaufgabenbetreuung zu übernehmen und das sportliche sowie das Freizeitangebot für unsere Internatsschülerinnen und -schüler (Basketball, Volleyball, Badminton, Gymnastik, Tanz, Outdoor-Sportarten) durchzuführen und zu ergänzen. [...]“

Auf diese Stelle bewarb sich der Kläger. Mit Schreiben vom 24.05.2007 wurden ihm seine Bewerbungsunterlagen zurückgesandt mit dem Bemerkung die neue Stelleninhaberin müsse auch Nachtdienst im Mädcheninternat leisten, daher könnten bei der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle ausschließlich weibliche Bewerberinnen berücksichtigt werden.

[...]

Mit der bei Gericht am 30.08.2007 eingegangenen Klage macht der Kläger die Entschädigung teilweise geltend. Er vertritt die Auffassung, die Voraussetzungen des § 8 AGG seien nicht gegeben. Das staatliche XY-Gymnasium und das angeschlossene Internat stehe Mädchen und Jungen offen. Die Stellenausschreibung sei nicht geschlechtsneutral. Mit keinem Wort gehe die Ausschreibung auf die Anforderung ein, nämlich auf die angebliche Notwendig-

keit, Nachtschichten im Mädcheninternat durchzuführen. [...]

Das Arbeitsgericht hat der Klage entsprochen und eine Entschädigung von 6.750,00 als angemessene Entschädigung zugesprochen. Im Wesentlichen hat es ausgeführt, der Vortrag des beklagten Landes ergebe nicht, dass die unterschiedliche Behandlung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Art der auszuübenden Tätigkeit darstelle. [...]

[...] Insbesondere habe das beklagte Land nicht dargelegt, weshalb es organisatorisch nicht machbar sei, den Nachtdienst so zu organisieren, dass ein männlicher Bewerber nicht betroffen sei. [...] Jedenfalls sei das beklagte Land der ihm obliegenden Beweislast nicht nachgekommen, weil für den vom Kläger bestrittenen Vortrag überhaupt kein Beweis angetreten wurde. Einwendungen gegen die Höhe von 2,5 Monatsgehältern als 2.700,00 seien nicht erhoben worden. [...]

Aus den Gründen:

I. Die Berufung des beklagten Landes ist zulässig [...] (§§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 ArbGG i. V. m. § 520 ZPO). Das beklagte Land setzt sich in den innerhalb der Berufungsbegründungsfrist eingegangenen Schriftsätzen mit den tragenden Gründen des arbeitsgerichtlichen Urteils in ausreichender Form auseinander, bekämpft diese insbesondere auch mit dem Hinweis, das Gericht habe seine Pflicht verletzt, indem es das beklagte Land nicht auf erforderliche Beweisangebote hingewiesen habe. Auch mit den Rechtsausführungen des Arbeitsgerichts setzt sich das beklagte Land in hinreichender Form auseinander, wenn es seine Auffassung darlegt, eine organisatorische Möglichkeit, den Kläger auch als Erzieher auf einer Stelle im Mädcheninternat zu beschäftigen, sei wegen der Besonderheiten der Situation nicht durchführbar.

II. Die Berufung ist auch begründet.

Nach durchgeführter Beweisaufnahme kann die Kammer die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch des Klägers nicht feststellen. Hierbei geht die Kammer im Wesentlichen von folgenden tatsächlichen Feststellungen aus, welche durch die Beweisaufnahme mit Vernehmung des Zeugen Dr. A. bestätigt wurden:

Es bestand eine Übung im Hause, dass in dem Mädcheninternat vier Erzieherinnenstellen vorgesehen sind und im Jungeninternat drei Erzieherinnenstellen. Eine Erzieherin ist durch Ausscheiden der bisherigen Stelleninhaberin frei geworden. Im Mädcheninternat sind 120 Plätze, im Jungeninternat 76 Plätze, sodass auch insoweit ein Zahlenverhältnis von vier zu drei besteht. [...]

An den Wochenenden sind die Häuser durchgängig mit einem Erzieher bzw. einer Erzieherin besetzt. Ab 21.30 Uhr ist nur noch eine Kraft pro Mädchen- bzw. Jungeninternat im Haus. Die Dienstenteilung wird so geregelt, dass ohne konkrete Anweisung des Schulleiters eine Kraft immer nur einen Nachtdienst macht und dann die drei weiteren Nachtdienste von den anderen Kolleginnen übernommen werden, also eine tägliche Abwechslung stattfindet und bei den Betreuern im Jungeninternat entsprechend verfahren wird. Die Mädchen sind zwischen 13 und 22 Jahre alt. Aufgabe des Nachtdienstes ist es für die Lichtschluss und die Nachtruhe zu sorgen, dabei ist es auch Aufgabe zu kontrollieren, ob alle Mädchen im Zimmer sind. Eine Begehung eines jeden Zimmers ist dazu erforderlich, ggf. auch ein Aufsuchen der Duschzonen bzw. Sanitäreinrichtungen, wenn sich das Mädchen nicht in dem Zimmer befindet. Bei der morgendlichen Aufgabe des Weckens ist es auch erforderlich, dass die Erzieherinnen und Erzieher in die einzelnen Zimmer gehen, weil das Wecken nicht mehr durch ein lautes Signal erfolgt. Dazu ist es zum Teil notwendig, dass die betreffende Person auch die Schülerin, wenn sie fester schläft, entweder anfasst oder an der Decke zieht.

Die Mädchen bewegen sich auch zum Aufsuchen der Duschen oder Sanitäreinrichtungen im Nachthemd und kommen häufig mit umgeschlungenen Handtuch in die Zimmer zurück. Im Krankheitsfall kümmert sich die Erzieherin um die Schülerin und entscheidet dann, welche Maßnahmen angebracht sind. Jede Erzieherin hat ihr eigenes Zimmer im Mädchenhaus auf den unterschiedlichen Etagen. In diesen Zimmern halten sich die Erzieherinnen dann auch auf, wenn sie im Nachtdienst tätig sind und sind dann jederzeit für Anfragen zu erreichen, etwa wenn nachts ein Krankheitsfall auftritt. In den Erzieherinnenzimmern befindet sich eine Waschgelegenheit und eine Toilette, aber keine Dusche, diese muss in der Gemeinschaftseinrichtung mitbenutzt werden.

Der Schulleiter selbst betritt das Erdgeschoss des Mädcheninternats, in dem sich die Gemeinschaftsräume befinden und auch ein Erzieherinnenzimmer. Auch Jungen ist es erlaubt dieses Erdgeschoss zu betreten, es ist jedoch untersagt in den Wohnbereich der Mädchen zu gehen, im Jungenhaus ist es umgekehrt den Mädchen untersagt. Wenn es notwendig ist, dass männliche Personen den Wohnbereich betreten, wird immer eine Erzieherin vorausgeschickt um zu ermitteln, ob ein Zugang möglich ist. Die Freizeitangebote hinsichtlich der sportlichen Aktivitäten richten sich im Regelfall an beide Geschlechter ebenfalls die Hausaufgabenbetreuung.

Die Stelle, auf die sich etwa 20 Bewerberinnen und der Kläger gemeldet hatte, wurde auch ausge-

richtet auf den Sportbereich, sie wurde dann mit einer Frau besetzt, die eine zweijährige Sportfachausbildung durchlaufen hat. Deren Eingruppierung erfolgt als Erzieherin. Die Eingruppierung nach BAT war die Vergütungsgruppe Vc BAT.

[...]

III. Ein Anspruch des Klägers ergibt sich nicht aus § 15 Abs. 2 AGG.

Danach ist bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. [...]

Mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vom 14.08.2006 sollte die frühere Rechtsposition infolge Geschlechtsdiskriminierung benachteiligter Beschäftigter nicht verschlechtert werden. Die in § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB enthaltene Formulierung, ob ein bestimmtes Geschlecht „unverzichtbare Voraussetzungen für die Tätigkeit“ ist, ist in ihrem sachlichen Gehalt für die Frage, ob eine Benachteiligung wegen des Geschlechts gerechtfertigt ist, nicht zugunsten der auswählenden Arbeitgeber aufgeweicht worden.

Die von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bislang hierzu aufgestellten Anforderungen sind also nach wie vor heranzuziehen. Danach geht das Merkmal über den bloßen sachlichen Grund hinaus, der die Ungleichbehandlung rechtfertigt. Bei Unverzichtbarkeit im engeren Sinne ist an Fälle zu denken, in denen einem Arbeitnehmer die Erfüllung der geschlechtsneutral formulierten Arbeitsaufgabe tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist. Unverzichtbarkeit im weiteren Sinne ist in Konstellationen zu

bejahren, in denen Beschäftigte eines bestimmten Geschlechtes die Arbeitsleistung zwar erbringen können, jedoch schlechter als Beschäftigte des anderen Geschlechts und dieser Qualifikationsnachteil auf biologischen Gründen beruht (vgl. BAG Urteil vom 14.08.2007, 9 AZR 943/06 = NZA 2008, 99 ff.).

Eine Unverzichtbarkeit im eigentlichen Sinne liegt nicht vor. Es ist weder eine tatsächliche Unverzichtbarkeit noch eine rechtliche Unverzichtbarkeit gegeben. Die tatsächliche Unverzichtbarkeit bilden die Fälle biologische Notwendigkeit. Abzustellen ist auf die Tätigkeit selbst und zwar auf die eigentliche Tätigkeit. Als Testfrage hierzu bietet sich an, ob der Arbeitgeber den Arbeitsplatz dauerhaft unbesetzt gelassen hätte, wenn nur Bewerber des unerwünschten Geschlechts zur Verfügung gestanden hätten. Zur tatsächlichen Unverzichtbarkeit sind wohl auch die Fälle der Authentizitätswahrung zu rechnen (z. B. kann Damenmode authentisch nur von Damen vorgeführt werden).

Zur rechtlichen Unverzichtbarkeit gehören alle diese Fälle, in denen ein Gesetz die Beschäftigung des jeweils anderen Geschlechts verbietet.

Die Unverzichtbarkeit im weiteren Sinne ist dann gegeben, wenn ein Arbeitnehmer eines bestimmten Geschlechts die berufliche Tätigkeit tatsächlich schlechter ausüben kann als Angehörige des anderen Geschlechts. Die Minderleistung muss biologisch bedingt sein, wenn auch nicht unmittelbar sondern auch reflektiert durch Dritte mit denen der Arbeitnehmer zu tun hat. Dies ist in den Fällen gegeben, wo die Scham gegenüber dem anderen Geschlecht relevant wird. Bei solchen Sachverhalten sind keine Vorurteile gegenüber Männern oder Frauen entscheidend, sondern ein Gefühl, das zwar gesellschaftlich geformt sein mag, aber dennoch biologisch begründet ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn Personen, die mit der Arbeitsleistung in Verbindung kommen, zur Wahrung ihrer Intimsphäre das andere Geschlecht zurückweisen. Dann ist eine Differenzierung zwischen den Geschlechtern zulässig. Wie vernünftig das Schamgefühl oder wie verbreitet es ist, ist nicht relevant. Entscheidend ist allein der Grund zur Differenzierung (vgl. auch Thüsing, Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer – zur Unverzichtbarkeit im Sinne des § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB, RDA 2001, 319 ff.).

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall ist festzustellen, dass das beklagte Land nicht lediglich einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung zur Rechtfertigung der Benachteiligung des männlichen Bewerbers, des Klägers, herangezogen hat. Entscheidend sind die beruflichen Anforderungen, wie sie für die vertragsgemäße zu erbringen-

de Leistung erforderlich sind. Wesentlich sind diese Anforderungen, wenn ein hinreichend großer Teil der Gesamtforderung des Arbeitsplatzes betroffen sind. Das beklagte Land hat sich nicht lediglich auf sachliche Gründe oder Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte berufen, um die berufliche Anforderung zu beschreiben.

Hierbei ist unschädlich, dass in der Stellenausschreibung auf einen Nachtdienst nicht hingewiesen wird. Dem beklagten Land ist es nicht verwehrt, sich auf die Begleitumstände einer Stelle einer Erzieherin im Mädcheninternat zu berufen. Dass eine Erzieherin im Mädcheninternat eingesetzt werden soll, ist eindeutig der Stellenausschreibung zu entnehmen. Hierbei ist es dem beklagten Land zu gestatten, die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aus den Umständen herzuleiten, die zwingend und notwendig mit der Tätigkeit einer Erzieherin in dem Mädcheninternat des Gymnasiums zusammenhängen. Aus der Stellenausschreibung ergibt sich im übrigen auch nicht, dass die Hausaufgabenbetreuung, das sportliche und das Freizeitangebot ausschließlicher Tätigkeitsbereich sein soll. [...]

Der Kläger kann abstrakt gesehen zwar die Arbeitsleistung erbringen, er kann sie jedoch nur schlechter als das andere Geschlecht. Dieser Qualifikationsnachteil beruht auf biologischen Gründen. Die Minderleistung ist biologisch bedingt und zwar reflektiert durch die Schülerinnen mit denen die betreuende erziehende Person zu tun hat. Hier wird die Scham gegenüber dem anderen Geschlecht relevant. Hier sind keine Vorurteile gegen Frauen oder Männer entscheidend, sondern ein Gefühl, dass zwar gesellschaftlich geformt sein mag, aber dennoch biologisch begründet ist.

[...]

Es ist dargestellt, dass zumindest in den Nachtschichtfällen die Erzieherin ganz konkrete private in den Intimbereich führende Zusammenkünfte mit den Mädchen im Alter zwischen 13 und 22 Jahren haben wird. So ist eine Verpflichtung, die Zimmer aufzusuchen, bei deren Nichtauffinden den Sanitärbereich oder gar die Duschen aufzusuchen, zwangsläufig mit Situationen verbunden, in denen sich die Mädchen nicht mehr so frei fühlen können, wenn die betreffende Person nicht weiblichen Geschlechts ist.

Der Hinweis der Klägervertreterin, in der mündlichen Verhandlung, die Mädchen hätten überwiegend einen biologischen Vater, mit dem sie auch in entsprechende Kontakte geraten, verfängt nicht. Die Situation ist nicht vergleichbar bei einem nicht zur Familie gehörenden männlichen Erzieher.

Im vorliegenden Fall wird die Scham gegenüber dem anderen Geschlecht relevant. Die Schülerinnen könnten sich nicht so frei entfalten und bewegen, wie

sie dies machen, wenn eine weibliche Aufsichtsperson mit ihnen in den entsprechenden Kontakt tritt. Auf Zahl und Umfang von krankheitsbedingten Berührungen kommt es entscheidungserheblich nicht an. Die Nachtdienste, die nach der Darstellung des Zeugen wechselweise so geleistet werden, dass jede vierte Nacht eine Erzieherin einen Nachtdienst hat, machen hinsichtlich und der dort aufzuwendenden Arbeitszeit 25% der Tätigkeit aus, es kann somit nicht mehr von einem unerheblichen Teil der Arbeitsleistung ausgegangen werden.

Somit ist das Tatbestandsmerkmal gegeben, dass das weibliche Geschlecht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen der Ausübungen, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, jedenfalls sofern es für die ausgeschriebene Stelle einer Erzieherin im Mädcheninternat vorausgesetzt wird. Der Zweck, die Stelle mit einer weiblichen Person zu besetzen, ist rechtmäßig und die Anforderung ist auch angemessen, anderweitig kann sie nicht erledigt werden. Der Auffassung des Arbeitsgerichts ist nicht zu folgen, wonach dem beklagten Land es durchaus möglich wäre, den Dienstplan so zu organisieren, dass der Kläger die Nachtdienst nur im Jungeninternat verrichtet. [...]