

Urteil mit Anmerkung

BAG, Art. 3, 33 GG; §§ 611 a, 823, 847 BGB; § 4 Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen vom 20. November 1990 (GBl. 1990 S. 433); Art. 2 EG-Richtlinie 76/207 vom 9. Februar 1976; Art. 177 Abs. 3 EG-Vertrag

Bevorzugung ja, aber nicht automatisch („Kalanke-Urteil“)

1. Die Quotenregelung des Bremer Landesgleichstellungsgesetzes (§ 4 Abs. 2 LGG) ist mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaft unvereinbar, weil sie weiblichen Bewerbern um eine Beförderungsstelle automatisch den Vorrang einräumt, wenn sie gleichqualifiziert sind wie männliche Mitbewerber. Die Regelung darf bei Auswahlentscheidungen nicht angewandt werden.

2. Die Gerichte der EU-Mitgliedsstaaten sind verpflichtet, nationales Recht soweit als möglich gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Sie dürfen aber dabei den erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht verändern, sondern nur den Spielraum nutzen, den die allgemeinen Auslegungsregeln lassen.

3. Der Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Diskriminierung wegen des Geschlechts setzt ein Verschulden des Arbeitgebers voraus (Bestätigung von BAGE 61, 209 und 220 = AP Nr. 5 und 6 zu § 611 a BGB). Eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der §§ 823, 847 BGB, wonach in Diskriminierungsfällen kein Verschulden erforderlich wäre, ist nicht möglich.

4. Die Verpflichtung nach Art. 177 Abs. 3 EGV, den Europäischen Gerichtshof anzurufen, bezieht sich nur auf die Auslegung von Normen des Gemeinschaftsrechts. Die Auslegungsbedürftigkeit von Rechtsätzen, mit denen der Europäische Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen beantwortet hat, reicht allein nicht aus, um zu einer erneuten Vorlage zu verpflichten.

(amtl. Leitsätze)

BAG, Urt. v. 5.3.1996 – AZR 590/92 (A) (LAG Bremen)

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Besetzung der Stelle eines Sachgebietsleiters beim Gartenbauamt der bekl. Stadt. Für diese Stelle haben sich sowohl der Kläger als auch die Streitverkündete beworben. Der Kläger ist Diplom-Ingenieur für Garten- und Landschaftspflege. Er arbeitet seit 1973 im Gartenbauamt der Bekl. im Sachgebiet 21 (Referat 21-1) als gartenbautechnischer Angestellter in der VergGr. III BAT. (...)

Im Beiblatt zum Amtsblatt Nr. 17 der Freien Hansestadt Bremen vom 24. Juli 1990 schrieb die Beklagte die Sachgebietsleiterstelle für das Sachgebiet 21 des Gartenbauamtes aus.

Aufgrund dieser Stellenbeschreibung sind der Kläger und die Streitverkündete in die engere Wahl gekommen. Außerdem hatten sich noch ein weiterer Mann und eine weitere Frau beworben. Auf Stellen der VergGr. II a/I b BAT sind Frauen bei der Beklagten erheblich unterrepräsentiert. Dies gilt insbesondere im Bereich des Gartenbauamtes.

Die Amtsleitung schlug den Kläger zur Beförderung vor. Der Personalrat verweigerte nach einem Vorstellungsgespräch mit den Bewerbern die Zustimmung zu diesem Vorschlag. Die angerufene

Schlichtung ergab eine Empfehlung zugunsten des Klägers. Der Personalrat erklärte daraufhin die Schlichtung für gescheitert und rief die Einigungsstelle an. Diese entschied am 20. Februar 1991 wie folgt:

„Die Zustimmung des Personalrats zu der Maßnahme der Besetzung der Stelle des Leiters/der Leiterin des Sachgebiets 21 des Gartenbauamtes mit Herrn K. wird nicht ersetzt. Begründung: Die Einigungsstelle ist mehrheitlich der Auffassung, daß beide Bewerber gleiche Qualifikation für diesen Dienstposten besitzen und daher – auch auf der Grundlage des Landesgleichstellungsgesetzes – der weiblichen Bewerberin der Vorrang gebührt.“

Dieses Ergebnis teilte die Beklagte dem Kläger am 5. 3. 1991 mit. Auf Antrag des Klägers hat daraufhin das Arbeitsgericht Bremen der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, die ausgeschriebene Stelle bis zu einer Entscheidung des Arbeitsgerichts in der Hauptsache zu besetzen. Auf die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung wurde zwischen den Parteien vor dem LAG am 31. 7. 1991 ein Vergleich geschlossen, der der arbeitsgerichtlichen Entscheidung entsprach. Die Beklagte übertrug die Aufgaben kommissarisch der Streitverkündeten. Mit seiner am 15. 3. 1991 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger von der Beklagten verlangt, die ausgeschriebene Stelle mit ihm zu besetzen, und hilfsweise begehrt, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

Mit Beschluß vom 22. Juni 1993 hat der Senat das Verfahren ausgesetzt und den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 177 Abs. 3 EGV angerufen. Zu klären war die Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 4 der Richtlinie des Rates vom 9. Februar 1976 (76/207/EWG) zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (BAGE 73, 269 = AP Nr. 193 zu Art. 3 GG). Der Europäische Gerichtshof hat die Auslegungsfragen beantwortet mit Urteil vom 17. Oktober 1995 – Rs C-450/93 – Kalanke¹.

Aus den Gründen:

Die Revision hat nur teilweise Erfolg.

Der Kläger hat nicht deshalb Anspruch auf Übertragung der erstrebten Beförderungsstelle, weil schon jetzt feststünde, daß jede andere Entscheidung der Beklagten fehlerhaft wäre (A). Die Beklagte durfte ihrer Auswahlentscheidung jedoch nicht § 4 II des Gesetzes zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen vom 20. 11. 1990 – LGG (GBl 1990, 433) zugrunde legen, weil diese Regelung gegen das Recht der Europäischen

¹ s. STREIT 1995, S. 159 ff. m. Anm. Colneric

Gemeinschaft verstößt. Sie ist vielmehr verpflichtet, eine neue Auswahlentscheidung zu treffen, bei der § 4 II LGG keine Berücksichtigung finden darf (B). Die unrichtige Auswahlentscheidung der Beklagten begründet keinen Anspruch des Klägers auf Schmerzensgeld (C).

A. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Übertragung der begehrten Beförderungsstelle.

1. Art. 33 Abs. 2 GG eröffnet jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ergeben sich für den einzelnen Bewerber hieraus unmittelbare Rechte. Jeder kann verlangen, bei seiner Bewerbung nur nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien beurteilt zu werden. Die Behörde darf insbesondere nicht nach den in Art. 3 Abs. 3 GG mißbilligten Merkmalen differenzieren und einen Bewerber deshalb benachteiligen. Dies gilt nicht nur für Einstellungen, sondern auch für Beförderungen innerhalb des öffentlichen Dienstes.

Aus dem Verbot unzulässiger Differenzierung ergibt sich aber im Regelfall für einen benachteiligten Bewerber nur das Recht, daß der auf rechtlich nicht zu billigende Gesichtspunkte gestützte Ablehnungsbescheid aufgehoben wird. Der Bewerber ist so zu stellen, wie er stünde, wenn die Behörde die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG nicht verletzt hätte. Seine Bewerbung ist dann neu zu beurteilen. Ein unmittelbarer Anspruch auf Einstellung oder Beförderung kann sich allerdings ausnahmsweise dann ergeben, wenn sich nach den Verhältnissen im Einzelfall jede andere Entscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellt und mithin die Berücksichtigung dieses Bewerbers die einzig rechtmäßige Entscheidung ist (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG Urteil vom 31.3.1976 – 5 AZR 104/74 – BAGE 28, 62 = AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 2 GG; Urteil vom 5.8.1982 – 2 AZR 1136/79 – BAGE 40, I = AP Nr. 18 zu Art. 33 Abs. 2 GG; Urteil vom 9.11.1994 – 7 AZR 19/94 – AP Nr. 33 zu Art. 33 Abs. 2 GG).

2. Das Auswahlmessen der Beklagten ist im vorliegenden Fall nicht auf die vom Kläger gewünschte Entscheidung reduziert. Dies käme nur in Betracht, wenn der Kläger im Vergleich zu der Streitverkündeten als der einzigen verbliebenen Mitbewerberin nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Eignungskriterien qualifizierter wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Beklagte ist bei ihrer Entscheidung vielmehr davon ausgegangen, daß beide Bewerber gleichqualifiziert seien. Im Rahmen der eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung ist das nicht zu beanstanden.

Bei dieser Sachlage war die Besetzung der Stelle mit dem Kläger nicht die einzig rechtmäßige Ent-

scheidung, die die Beklagte treffen durfte. Der Kläger hat daher keinen unmittelbaren Anspruch auf Übertragung der Stelle.

Sind zwei Bewerber gleichqualifiziert im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG, verbleibt dem öffentlichen Arbeitgeber ein Auswahlmessen. Er kann Hilfskriterien zur Entscheidung heranziehen. Diese sind nicht zwingend festgelegt. Sie dürfen allerdings nicht sachwidrig sein, insbesondere nicht gegen die Grundsätze des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen. Geht der Arbeitgeber dennoch von unzulässigen Hilfskriterien aus, so ergibt sich daraus allein noch kein Anspruch des benachteiligten Bewerbers auf Übertragung der Stelle. Vielmehr kann dieser nur eine erneute Bescheidung unter Zugrundelegung anderer Hilfskriterien verlangen. Der Hauptantrag war danach abzuweisen, soweit er auf die Verurteilung der Beklagten gerichtet ist, dem Kläger die begehrte Stelle zu übertragen.

B. Die Beklagte ist hingegen verpflichtet, die Bewerbung des Klägers neu zu bescheiden. Auf der Basis gleicher Eignung der Bewerber hat sie ihrer Auswahlentscheidung allein die Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG zugrunde gelegt. Das war unzulässig.

Die Beklagte durfte ihre Entscheidung nicht auf die Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG stützen. Nach dieser Vorschrift sind Bewerberinnen mit gleicher Qualifikation bei der Übertragung von Tätigkeiten einer höheren Vergütungsgruppe vorrangig zu berücksichtigen, wenn Frauen in den entsprechenden Funktions- oder Vergütungsebenen unterrepräsentiert sind. Die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen dieser Regelung sind zwar erfüllt; § 4 Abs. 2 LGG ist jedoch nicht anzuwenden, da er gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstößt. Das folgt aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 17. 10.1995 – Rs C-450/93 -Kalanke – (NZA 1995, 1095 = EuGRZ 1995, 546).

1. Der Senat hatte mit Beschluß vom 22. Juni 1993 im vorliegenden Verfahren dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob Art. 2 Abs. 4 der EG-Richtlinie 76/207 vom 9. 2.1976 dahin auszulegen sei, daß er auch Regelungen wie § 4 LGG zulasse, oder ob Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie solche Regelungen ausschließe (zur genauen Fragestellung s. Senatsbeschluß vom 22. Juni 1993 – BAGE 73, 269 = AP Nr. 193 zu Art. 3 GG). Zu dieser Vorlage sah sich der Senat gem. § 177 EGV verpflichtet. Er ging zwar davon aus, die Richtlinie erlaube eine solche Regelung, aber er hielt diese Auslegung nicht für offenkundig eindeutig.

Mit Urteil vom 17.10.1995 (a.a.O.) hat der Europäische Gerichtshof die Frage des Senats wie folgt beantwortet:

Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 ... steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der, wie im vorliegenden Fall, bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen die Frauen unterrepräsentiert sind, den weiblichen Bewerbern automatisch der Vorrang eingeräumt wird, wobei eine Unterrepräsentation dann vorliegen soll, wenn in den einzelnen Vergütungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gelten soll.

Der Europäische Gerichtshof ist davon ausgegangen, daß die Richtlinie 76/207 in Art. 2 Abs. 4 Maßnahmen zuläßt, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind (also nach Abs. 1 verboten wären), aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen. Das gelte für spezifisch Frauen begünstigende nationale Maßnahmen bei Beschäftigungszugang und Beförderung, soweit sie darauf gerichtet sind, die Fähigkeiten von Frauen zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn zu verwirklichen (Nr. 18 und 19 der Gründe). Die geltenden Rechtsvorschriften über die Gleichbehandlung seien nicht ausreichend, um faktische Ungleichheiten zu beseitigen (Nr. 20 der Gründe). Der Gerichtshof hebt aber hervor, daß Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie als Ausnahme von dem in Art. 2 Abs. 1 enthaltenen individuellen Diskriminierungsverbot eng auszulegen sei (Nr. 21 der Gründe). Unter Nr. 22 und Nr. 23 der Gründe stellt der Europäische Gerichtshof folgendes fest:

(22) Eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt, geht aber über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreitet damit die Grenzen der in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme.

(23) Außerdem setzt eine solche Regelung insofern, als sie darauf abzielt, daß in allen Vergütungsgruppen und auf allen Funktionsebenen einer Dienststelle mindestens ebensoviel Frauen wie Männer vertreten sind, an die Stelle der in Art. 2 Abs. 4 vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte.

2. Bei Anwendung dieser Auslegungsgrundsätze enthält § 4 Abs. 2 LGG eine Regelung, die unzulässig ist, weil sie Frauen bei gleicher Qualifikation automatisch den Vorrang einräumt. Sie sieht nämlich keine regelmäßige Berücksichtigung von Härtefällen vor, die ihre automatische Wirkung aufheben könnte.

a) Die Unvereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie ergibt sich nicht schon daraus, daß § 4 Abs. 2 LGG die personelle Entscheidung selbst beeinflußt. Allerdings hatte der Generalanwalt in seinen Schlußanträgen diese Auffassung vertreten. Er meinte, Förderung der Chancengleichheit könne immer nur im Vorfeld von Einstellungen und Beförderun-

gen zugelassen werden, weil sonst das durch die Frauenförderung angestrebte Ergebnis selbst geregelt werde. Diese Unterscheidung von Chance und Ergebnis ist nicht angebracht. Bei Einstellungen und Beförderungen läßt sie sich schon rein tatsächlich nicht durchhalten, weil die Auswahlentscheidung selbst unmittelbar durch Umstände, Erwartungen und Vorurteile beeinflußt wird, die die Chancen von Frauen typischerweise mindern. Aber auch rechtlich hat die Unterscheidung keine Grundlage. Sie läuft auf die These hinaus, daß die Chancennachteile der Frauen nicht durch Sanktionen kompensiert werden dürfen, die die entscheidenden Personen unmittelbar binden, die drohende Benachteiligung also verhindern. Ein solcher Grundsatz findet in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie keine Stütze.

Auch der Europäische Gerichtshof ist der Auffassung des Generalanwalts offensichtlich nicht gefolgt. Er vermerkt zwar in Nr. 23 der Entscheidungsgründe ebenfalls, daß das Ergebnis einer Quotenregelung über die bloße Förderung der Chancengleichheit hinausgehen kann, wenn ein zu weitreichender Einfluß auf das Auswahlresultat genommen wird. Diese Feststellung wird aber ausdrücklich auf eine automatisch wirkende Quotenregelung beschränkt („eine solche Regelung“). Hätte der Gerichtshof dem weitergehenden Begründungsansatz des Generalanwalts folgen wollen, wären die vorangestellten Überlegungen, auf die es entscheidend ankommen sollte, überflüssig und irreführend gewesen. Das kann nicht gemeint sein (ähnlich Colneric, BB 1996, 265, 268; Dieball/Schiek, EuroAS 1995, 185, 186 f.).

b) § 4 Abs. 2 LGG ist dennoch mit Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG unvereinbar. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs steht das Gemeinschaftsrecht einer nationalen Regelung entgegen, die Bewerberinnen bei gleicher Qualifikation mit männlichen Mitbewerbern *automatisch* den Vorrang einräumt. Dies ist hier der Fall, weil bei Erfüllung der genannten Tatbestandsmerkmale der Vorrang ohne weitere Prüfung eingreift, die Vorschrift also keine regelhaften Ausnahmen vorsieht und damit absolut und unbedingt wirkt (vgl. a.a.O., Nr. 22 der Gründe).

aa) Der Senat ist allerdings in seinem Vorlagebeschluß davon ausgegangen, § 4 Abs. 2 LGG könne verfassungskonform dahin ausgelegt werden, daß er Härtefälle nicht erfassen wolle. Er hat zwar in diesem Zusammenhang beispielhaft eine nordrhein-westfälische Regelung erwähnt, aber nicht präzisiert und auch nicht präzisieren müssen, wann ein Härtefall im Sinne des Bremer Gesetzes anzunehmen ist, unter welchen Voraussetzungen also eine Ausnahme in Betracht käme. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Begründung die vom Senat erwogene verfas-

sungskonforme Auslegung lediglich referiert (Nr. 9 der Gründe). Er hat sich jedoch im Entscheidungstext auf die Fragen des Senats beschränkt und keine Aussage zu Regelungen mit Härtekláuseln getroffen. Die Bezugnahme auf „Regelungen wie im vorliegenden Fall“ rechtfertigt nicht die Annahme, der Europäische Gerichtshof habe damit Quotenregelungen generell beurteilen und beanstanden wollen, gleichgültig, welche Ausnahmen und Einschränkungen sie enthalten. Dagegen spricht, daß der Senat in seiner Vorlagefrage die verfassungskonforme Auslegung der bremischen Regelung nicht erwähnt und auch in seiner Begründung den Umfang etwaiger Ausnahmen nicht näher thematisiert hat.

Ist deshalb davon auszugehen, daß sich die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nur auf automatisch wirkende Regelungen bezieht, bleibt zu prüfen, ob § 4 LGG einschränkend dahin ausgelegt werden kann, daß er Ausnahmen zuläßt, die eine unzulässige Automatik vermeiden. Dies ergibt sich aus dem Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muß ein nationales Gericht die Auslegung innerstaatlichen Rechts soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck einschlägiger Richtlinien ausrichten, um das mit ihnen verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Art. 189 Abs. 3 EGV zu genügen (EuGH Urteil vom 14.7.1994 – Rs C-91/92 – Faccini Dori – Slg. 1994 I, 3347, 3357). Dazu verpflichtet schon das rechtsstaatliche Gebot, die Einheit der Rechtsordnung zu wahren.

bb) Der Senat bleibt dabei, daß auch der bremische Gesetzgeber nicht jede Ausnahme ausschließen wollte. Die insoweit schon im Beschluß vom 22.6.1993 angesprochenen „Härtefälle“ sind jedoch im Hinblick auf die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu präzisieren. Dabei zeigt sich, daß die denkbaren Ausnahmetatbestände nicht weit genug sind, um den Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht zu vermeiden.

(1) Die Grenzen einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung werden bestimmt durch die allgemeinen Auslegungsregeln. Insoweit gilt nichts anderes als für die verfassungskonforme Auslegung. Die Auslegung darf jedoch den erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht verändern (vgl. zuletzt etwa BVerfG Beschluß vom 24.5.1995, BVerfGE 93, 37, 79 f.; BVerfGE 35, 263, 278 ff.).

(2) Das bremische Gesetz sieht nach seinem Wortlaut Ausnahmen nicht vor. Die Formulierung, Frauen seien vorrangig zu berücksichtigen, läßt für einen allgemeinen Regel-Ausnahme-Tatbestand keinen Raum. Dies entsprach auch dem gesetzgeberischen Willen. Ausnahmetatbestände mit unbestimmten Rechtsbegriffen können unversehens zu mittelbarer Diskriminierung führen (Pfarr in Anm.

zu AP Nr. 193 zu Art. 3 GG, unter IV). Es ist davon auszugehen, daß der bremische Gesetzgeber § 4 Abs. 2 LGG von vergleichbaren Regelungen in anderen Gleichstellungsgesetzen bzw. bereits vorliegenden Entwürfen abheben wollte, um diese Gefahr zu vermeiden (vgl. auch Colneric, BB 1996, 265, 266). Er kannte die vergleichbare Vorschrift in Nordrhein-Westfalen (§ 25 Abs. 5 Satz 2 LBG NW i.d.F. vom 31.10.1989), die einen allgemein gefaßten Ausnahmetatbestand enthält (vgl. auch Sitzungsprotokoll der Bremischen Bürgerschaft, 12. Wahlperiode, 74. Sitzung vom 7.11.1990, S. 5024 ff.).

Wortlaut und erkennbarer gesetzgeberischer Wille stehen danach einer Auslegung des Gesetzes entgegen, wonach in jedem Einzelfall eine Abwägung nach individuellen Besonderheiten vorzunehmen wäre. Das ist ein entscheidender Unterschied z.B. zu der nordrhein-westfälischen Quotenregelung, der nicht durch eine einschränkende Auslegung eingebnet werden darf. Soweit wollte der Senat auch in seinem Vorlagebeschluß vom 22. 6.1993 (a.a.O.) nicht gehen.

(3) Andererseits folgt weder aus den gesetzgeberischen Materialien noch aus sonstigen Umständen, daß der bremische Gesetzgeber selbst dann keine Ausnahmen zulassen wollte, wenn die Bevorzugung einer Bewerberin dem Zweck des Gesetzes gerade zuwiderliefe oder wenn verfassungsrechtlich gleichrangig geschützte Positionen betroffen sind. Zu denken ist einmal an Fälle, in denen Frauen mit männlichen Bewerbern konkurrieren, die eine geschlechtsuntypische Berufsbiographie haben, z.B. alleinerziehende Väter. Zu denken ist ferner an den Schutz Schwerbehinderter, der jetzt ausdrücklich in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG erwähnt wird, aber auch schon zuvor zu den unverzichtbaren Aufgaben eines Sozialstaates gehörte (vgl. BVerfGE 84, 133 = AP Nr. 70 zu Art. 12 GG). Auch hier kann unterstellt werden, daß der Gesetzgeber ein Abweichen von der Vorrangregelung zugelassen hätte, wenn ihm das Problem bewußt gewesen wäre. Eine einschränkende Auslegung in so krassen Fallgestaltungen würde nämlich Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 LGG nicht verändern.

Aber angesichts des offensichtlich bewußten Verzichts auf eine differenzierte Härteregelung können weitergehende Ausnahmetatbestände nicht ergänzt werden, ohne den gesetzgeberischen Willen zu verfälschen. Die möglichen Ausnahmen beschränken sich somit auf atypische Fälle, bei denen die Zweckwidrigkeit des Ergebnisses und die Ungerechtigkeit einer starren Handhabung auf der Hand liegen. Eine derart begrenzte Abschwächung hebt aber die nach dem Wortlaut des Gesetzes vorgesehene automatische Bevorzugung weiblicher Bewerber nicht auf. Das Gesetz begründet keine Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung des Ergebnisses und fordert infolgedes-

sen auch kein regelhaftes Prüfprogramm. Die Erfüllung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen hat vielmehr ohne weitere Prüfung der Konsequenzen unmittelbar zur Folge, daß die Bewerberin vorrangig zu berücksichtigen ist. Diese Rechtsfolge ergibt sich automatisch. Ausnahmen, die das Ergebnis noch beeinflussen könnten, sind gerade dadurch gekennzeichnet, daß sie sich durch das Gewicht ihrer Programmwidrigkeit von selbst aufdrängen. Sie sind gleichsam „Störfälle“ des automatischen Entscheidungsprozesses, stellen aber die gesetzlich vorgeschriebene Automatik nicht in Frage.

3. Die Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG ist daher mit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 4 der Richtlinie nicht vereinbar. Zu dieser Feststellung bedarf es keiner erneuten Vorlage an den Europäischen Gerichtshof. Die Vorlagepflicht nach Art. 177 Abs. 3 EGV bezieht sich nur auf die Auslegung von Normen des Gemeinschaftsrechts, nicht dagegen auf alle hierzu in Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs aufgestellten Rechtssätze, mögen diese auch ihrerseits – wie im vorliegenden Fall – interpretationsbedürftig sein. Der Europäische Gerichtshof entscheidet im Verfahren nach Art. 177 EGV nicht darüber, wie die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf den Ausgangsfall anzuwenden sind. Er präzisiert vielmehr nur in Form abstrakter Rechtssätze den Inhalt der gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift, nach dem er gefragt wurde. Die Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die Rechtssätze ist dann Sache des nationalen Gerichts (ständige Rechtsprechung, zuletzt z.B. EuGH Urteil vom 31.5.1995 – Rs C-400/93 – Royal Copenhagen – EuZW 1995, 575). Würde die Vorlagepflicht des Art. 177 Abs. 3 EGV auch auf alle Unklarheiten und Restzweifel erstreckt, die trotz der Antworten des Europäischen Gerichtshofs im Vorabentscheidungsersuchen noch verbleiben, so ließe das vielfach – und auch hier – darauf hinaus, ihm die Entscheidung des Einzelfalls zu übertragen. Das aber ist von Art. 177 EGV gerade nicht gewollt.

Inwieweit andere nationale Gleichstellungsvorschriften mit einer weitergehenden Ausnahmeregelung als sie hier durch Auslegung festzustellen ist, mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, hat der Senat nicht zu entscheiden (vgl. dazu etwa Colneric, BB 1996, 265, 268; Dieball/Schick, EuroAS 1995, 185, 186; Heilmann/Hoffmann, AuA 1995, 406; s. auch VerwG Gelsenkirchen Beschluß vom 21.12.1995 – 1 K 6303/94 – (n.v.) einerseits und OVG NRW Beschluß vom 19.12.1995 – 6 B 2688/95 – (EuZW 1996, 158) andererseits, jeweils zur Frauenförderungsregelung in § 25 Abs. 5 Satz 2 LBG NRW). Es ist jedoch festzuhalten, daß die gemeinschaftsrechtlichen Bedenken, die die bremische Quotenregelung

unanwendbar machen, gegenüber anderen Gleichstellungsregelungen nicht bestehen, soweit diese eine regelhafte Prüfung in jedem Einzelfall vorsehen. Der notwendige Zwischenschritt einer Prüfung nach bestimmten Kriterien – in den verschiedenen Gesetzen unterschiedlich gewichtet –, der im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit ein Abweichen von der Bevorzugung von Frauen nicht nur zuläßt, sondern u.U. sogar fordert, hebt die Automatik auf, die nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs mit Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG unvereinbar ist. Es handelt sich nicht nur um einen graduellen, sondern um einen wesentlichen Unterschied im Vergleich zu der bremischen Regelung.

4. Ist eine Norm des nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar, führt das zwar nicht zu ihrer Nichtigkeit. Sie darf aber nicht angewandt werden (vgl. schon Vorlagebeschluß vom 22.6.1993, a.a.O., unter C III der Gründe). Die Beklagte durfte also ihre auf der Basis gleicher Qualifikation zu treffende Auswahlentscheidung nicht auf § 4 Abs. 2 LGG stützen. Damit ist ihre Entscheidung rechtsfehlerhaft. Der Kläger hat Anspruch darauf, daß die

Beklagte eine erneute Auswahlentscheidung trifft, wobei die Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG nicht mehr zugrunde gelegt werden darf.

C. Die Revision ist unbegründet, soweit das Landesarbeitsgericht den Antrag des Klägers auf Verurteilung zur Zahlung von Schmerzensgeld abgewiesen hat. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung seines Persönlichkeitsrechts nicht zu.

Die Beklagte hat den Kläger allerdings wegen seines Geschlechts benachteiligt, indem sie die Auswahlentscheidung auf die europarechtswidrige Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG stützte. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt in der Diskriminierung wegen des Geschlechts eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Ist dem Arbeitgeber ein Schuldvorwurf zu machen, kann gem. § 823 Abs. 1 i.V.m. § 847 BGB ein Anspruch auf Geldentschädigung begründet sein, wenn der Eingriff erheblich ist. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist abhängig vom Grad des Verschuldens, von Art und Schwere der Benachteiligung, von Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessenschädigung sowie von Anlaß und Beweggrund des Handelnden (vgl. BAG Urteile vom 14.3.1989 – 8 AZR 447/87 und 8 AZR 351/86 – BAGE 61, 209 und 220 = AP Nr. 5 und Nr. 6 zu § 611 a BGB).

Die Voraussetzungen eines Schmerzensgeldanspruchs sind danach hier nicht erfüllt. Auch wenn man davon ausgeht, daß in der geschlechtsspezifischen Diskriminierung eines Stellenbewerbers normalerweise eine erhebliche Persönlichkeitsverletzung liegt (so BAG, a.a.O.), ist der vorliegende Fall anders zu beurteilen. Es fehlt bereits an dem gem. § 823 Abs. 1 BGB erforderlichen Verschulden. Die Beklagte hat ein Gesetz angewandt, von dessen Gültigkeit sie zum damaligen Zeitpunkt ausgehen durfte. Ob ein Verschulden in Betracht käme, wenn die Unanwendbarkeit der Regelung offensichtlich gewesen wäre, bedarf hier keiner Entscheidung. Gegen die Annahme solcher Offensichtlichkeit spricht schon der Gang des vorliegenden Verfahrens (vgl. nur den Vorlagebeschluß des Senats vom 22.6.1993, a.a.O.). Ebenso fehlt das Merkmal eines schweren Eingriffs. Die Beklagte wollte sich gesetzestreu verhalten. Anlaß und Beweggründe ihres Handelns waren nicht zu beanstanden. Eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Klägers kann danach nicht angenommen werden.

Eine andere Anspruchsgrundlage ist nicht gegeben. § 611 a BGB in der zum hier maßgeblichen Zeitpunkt (1991) geltenden Fassung sah keinen allgemeinen Entschädigungsanspruch vor. Ein solcher ist erst durch die zum 1.9.1994 in Kraft getretene Neufassung in das Gesetz eingefügt worden. Auch in

seiner Neufassung setzt § 611 a BGB Verschulden voraus. Es erscheint zwar zweifelhaft, ob diese Einschränkung mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaft vereinbar ist, oder ob dieses nicht vielmehr eine verschuldensunabhängige Sanktion verlangt (vgl. EuGH Urteil vom 8.11.1990 – Rs C-177/88 – Dekker – NZA 1991, 171; ebenso Vorlagebeschluß des Arbeitsgerichts Hamburg vom 22.5.1995 – 21 Ca 74/95 – EzA § 611 a BGB Nr. 10). Dies ändert aber nichts daran, daß es zum Zeitpunkt der hier zu beurteilenden Diskriminierung an einer gesetzlichen Grundlage fehlte, die diesen Anforderungen genügen könnte. Eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der §§ 823 Abs. 1, 847 BGB, wonach in Fällen der Diskriminierung auf ein Verschulden zu verzichten wäre, ist nicht möglich.

Anmerkung

Das BAG-Urteil soll nachfolgend unter zwei Gesichtspunkten betrachtet werden:

1. Welche Auswirkungen hat/hatte es für den Kläger.
2. Welche Veränderungen bringt es für vergleichbare gesetzliche Regelungen.

zu 1:

Der Kläger hat „automatisch“ keinen unmittelbaren Anspruch auf die angestrebte Beförderungsstelle, da das Auswahlmessen der Beklagten – der Stadt Bremen –, bei gleicher Qualifikation der BewerberInnen, nicht auf den Kläger reduziert ist. Allerdings muß über die Bewerbung neu entschieden werden, unter Außerachtlassung des EG-rechtswidrigen „Hilfskriteriums“ des § 4 Abs. 2 BremLGG. Eine erneute Auswahlentscheidung findet nur zwischen den verbliebenen gleichqualifizierten Bewerbern (der Kläger/die Streitverkündete) statt. Dem öffentlichen Arbeitgeber bleibt dabei ein Auswahlmessen, er kann zulässige Hilfskriterien heranziehen. Desweiteren hat der Kläger in diesem vorliegenden Fall keinen Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, auch wenn normalerweise in der geschlechtsspezifischen Diskriminierung bei Stellenbewerbung von einer erheblichen Persönlichkeitsverletzung auszugehen ist.¹ Verschulden des Arbeitgebers ist nicht gegeben, ebenso fehlt es am Merkmal des schweren Eingriffs. Nach der Rechtsprechung des BAG hat die beklagte Stadt ein Gesetz angewandt, von dessen Gültigkeit sie zum damaligen Zeitpunkt ausgehen konnte. Das BAG

1 vgl. BAG, Urt. v. 14.3.1989, AP Nr. 5 und 6 zu § 611 a BGB

geht kurz auf die verschuldensunabhängige Haftung eines Arbeitgebers bei Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ein, wie sie der EuGH in seiner Entscheidung „Dekker“ vom 8. 11. 1990² herausgearbeitet hat, eine gemeinschaftskonforme Auslegung der §§ 823 Abs. 1, 847 BGB sei aber nicht möglich. An dieser Stelle wäre zu prüfen, inwieweit diese Auffassung des BAG vor dem EuGH Bestand hätte. Ein Vorabentscheidungsverfahren (gemäß Art. 177 Abs. 3 EGV) müßte diese Frage klären.

Mittlerweile wurden neue Bewerbungsgespräche mit dem Kläger und der Streitverkündeten Frau G. geführt. Die Tatsache, daß die Streitverkündete die Beförderungsstelle bereits mehrere Jahre „besetzte“, durfte bei der erneuten Entscheidung nicht berücksichtigt werden. Befördert wurde allerdings abermals Frau G., da sie „für den Dienstposten persönlich besser geeignet sei“, so ein Sprecher der Bremer Umweltbehörde.³

Der Anwalt des Klägers teilte daraufhin der Presse mit, sein Mandant werde auch gegen diese Entscheidung klagen, da er das Bremische Personalvertretungsgesetz für verfassungswidrig hält.⁴

zu 2:

§ 4 Abs. 2 BremLGG, wonach Frauen „bei der Übertragung einer Tätigkeit in einer höheren Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppe (...) bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen“ sind, wenn eine Unterrepräsentation (4 Abs. 5 S. 1 BremLGG) vorliegt, ist EG-rechtswidrig,⁵ weil sie keine sog. „Härteklausel“ enthält (interessant sind die in diesem Zusammenhang vom BAG gemachten Ausführungen im Vorabentscheidungsverfahren sowie in der vorliegenden Entscheidung). Die Bindungswirkung dieser EuGH-Entscheidung bezieht sich nur auf gleichgelagerte Rechtsfragen.⁶ Allein die Regelung des § 5 NGG (Niedersächsisches Gleichberechtigungsgesetz) ist vergleichbar mit der leistungsabhängigen Entscheidungsquote ohne Härteklausel des § 4 Abs. 2 BremLGG.⁷ Alle anderen Gleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder sind von dieser EuGH-Ent-

scheidung nicht betroffen, weil sie eine sog. „Härtefallregelung“ beinhalten.⁸

Das BAG hebt hervor, daß der EuGH seine Entscheidung ausdrücklich auf automatisch wirkende Quotenregelung beschränkt hat und somit auch nicht den weitreichenderen Ausführungen des Generalanwalts im Verfahren vor dem EuGH⁹ gefolgt sei. An anderer Stelle heißt es: „Das ist ein entscheidender Unterschied z.B. zu der nordrhein-westfälischen Quotenregelung, der nicht durch einschränkende Auslegung eingegeben werden darf“... oder: „Es ist jedoch festzustellen, daß die gemeinschaftsrechtlichen Bedenken, die die bremische Quotenregelung unanwendbar machen, gegenüber anderen Gleichstellungsregelungen nicht bestehen, soweit diese eine regelhafte Prüfung in jedem Einzelfall vorsehen. Der notwendige Zwischenschritt einer Prüfung nach bestimmten Kriterien – in den verschiedenen Gesetzen unterschiedlich gewichtet –, der im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit ein Abweichen von einer Bevorzugung von Frauen nicht nur zuläßt, sondern u.U. sogar fordert, hebt die Automatik auf, die nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs mit Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207 unvereinbar ist. Es handelt sich nicht nur um einen graduellen, sondern um einen wesentlichen Unterschied im Vergleich zu der bremischen Regelung“.

Bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit rechtlicher Regelungen mit EG-Recht, so sollten dem EuGH diese Zweifel im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens in Frageform vorgelegt werden,¹⁰ wie es das VG Gelsenkirchen in seinem Beschluß v. 21. 12. 1995¹¹ getan hat. In diesem Jahr ist mit einer Entscheidung des EuGH zu rechnen, um über die Vorlage des VG Gelsenkirchen zu befinden, ob § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG NRW mit EG-Recht im Einklang steht.¹²

Heike Dieball, Dieckholzen/Hildesheim

2 NZA 91, 171

3 siehe: FR 25.10.96, S. 4

4 Weser Kurier v. 31.10.96

5 EuGH, Urt. v. 17.10.1995, „Kalanke“, STREIT 1996, S. 159ff. m. Anm. Ninon Colneric; ausführl.: siehe oben

6 ausführl.: Heike Dieball/Dagmar Schiek, EuroAS 95, S. 185 ff.

7 vgl.: Nieders. Ministerialblatt v. 8.11.95, Nr. 39/95, 1173, in dem in einem gemeinsamen Runderlaß der Staatskanzlei und des Frauenministeriums v. 27.10.95 darauf hingewiesen wird, § 5 NGG so auszulegen, „daß den weiblichen Bewerbern nicht automatisch“ beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen der Vorrang eingeräumt wird

8 ausführlich: Heike Dieball/Dagmar Schiek, ebenda

9 STREIT 96, S. 159 ff.

10 zur Verpflichtung eines Vorabentscheidungsersuchen: Art. 177 Abs. 3 EGV; ausführlich: Heike Dieball, in Schiek/Buhr/Dieball u.a., Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, Kommentar für die Praxis, Köln 1996, Rn. 80 ff.

11 abgedruckt in diesem Heft, S. 72 ff.

12 anders: OVG Münster, EuZW 96, 158, VG Trier sowie VG Saarlouis; siehe dazu auch: ArbG Berlin, STREIT 1996, S. 79; bestätigt durch: LAG Berlin, Urt. v. 8.8.96