

Urteil

LAG Düsseldorf, §§ 5, 15 Abs. 1 und 2, 11, 22 AGG, 8 Abs. 4 LGG NRW
Stellenausschreibung mit frauenförderndem Hinweis

Eine Stellenausschreibung mit dem Hinweis, es besteht ein besonderes Interesse an Bewerbungen von Frauen, stellt keine Benachteiligung des abgelehnten Bewerbers nach § 15 Abs. 2 AGG dar, sondern eine geeignete Maßnahme zum Ausgleich bestehender Nachteile i.S.v. § 5 AGG, wenn Frauen in der entsprechenden Hierarchie- und Vergütungsebene gegenüber Männern unterrepräsentiert sind.
(Leitsatz der Redaktion)

Urteil des LAG Düsseldorf v. 12.11.2008, 12 Sa 1102/08 (rk., die beim BAG anhängige Revision, 8 AZR 4/09, wurde zurückgenommen)

Aus den Gründen:

A. Die Parteien streiten über einen Anspruch des Klägers auf Schadensersatz bzw. auf Entschädigung wegen Benachteiligung auf Grund seines Ge-

schlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses.

Die Beklagte [...] suchte [...] mit einer im Juli 2007 in der Tageszeitung, bei der Arbeitsagentur und im Internet veröffentlichten Ausschreibung „eine/n Diplom-Sportlehrer/in“ in einer auf 2 Jahre befristeten, nach Entgeltgruppe 10 TVöD vergüteten Teilzeittätigkeit. In dem Ausschreibungstext werden Aufgabenschwerpunkte, Tätigkeitsanforderungen und erwünschte Berufserfahrungen genannt. Weiterhin enthält der Text den Passus: „Es besteht ein besonderes Interesse an Bewerbungen von Frauen und von Schwerbehinderten“.

In der Laufbahngruppe des gehobenen Dienstes waren Ende Juli 2007 bei der Beklagten insgesamt 253 männliche Mitarbeiter und 241 weibliche Mitarbeiterinnen, in der Entgeltgruppe 10 TVöD (= A 11 BBG) 62 männliche Mitarbeiter und 54 weibliche Mitarbeiterinnen beschäftigt. Im Sportamt waren jeweils 2 Männer und 2 Frauen im gehobenen Dienst tätig. Im Schuldienst sind, beim Land Nordrhein-Westfalen beschäftigt, die männlichen Mitarbeiter gegenüber den weiblichen Mitarbeiterinnen deutlich unterrepräsentiert. [...]

Frau D. ist zum 01.11.2007 als Sportlehrerin für das Projekt „Sport- und Bewegungsmodell“ eingestellt worden. Sie ist die einzige in der Funktion des/der Sportlehrers/Sportlehrerin beschäftigte Mitarbeiterin bei der Beklagten.

Mit Schreiben vom 23.10.2007 [...] teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sich die Personalauswahlkommission für einen anderen Bewerber entschieden habe. [...]

Mit der im Februar 2008 vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf erhobenen Klage hat der Kläger die Beklagte auf Zahlung von Euro 38.338,56 (24 Monatsgehälter) in Anspruch genommen. Mit Schriftsatz vom 18.03.2008 hat er sein Zahlungsbegehren in Höhe von Euro 4.792,32 (3 Monatsgehälter) hilfsweise auf § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG gestützt.

B. Die Klage ist unbegründet und daher [...] insgesamt abzuweisen.

I. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG. [...]

Die Anspruchsvoraussetzungen nach § 15 Abs. 1 AGG sind nicht erfüllt. Für die Auswahl und Einstellung einer Sportlehrerin anstelle des Klägers spielte das Geschlecht keine Rolle. Das Geschlecht ist nicht einmal – in einer Mehrzahl von Auswahlkriterien, Erwägungen und Motiven bei der Einstellungsentscheidung – für die Beklagte mitbestimmendes Motiv gewesen. Diese Feststellung steht nach dem unstreitigen Parteivorbringen und dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer fest (§ 286

ZPO), so dass die Beweislastregel des § 22 AGG dem Kläger nicht weiter zugute kommen kann. [...]

II. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. [...]

2. Der Kläger hat weder eine unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts erfahren, noch ist ihm ein immaterieller Schaden, für den ihn die Beklagte zu entschädigen hätte, entstanden. Daher ist ein Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG nicht gegeben.

a) Das Ausschreibungs-, Auswahl- und Besetzungsverfahren begründet nicht i. S. v. § 22 AGG die Vermutung, dass der Kläger, unabhängig davon, ob auch andere Gründe für die Einstellungsentscheidung der Beklagten maßgeblich waren, wegen seines Geschlechts benachteiligt wurde.

b) Der Kläger hat schriftsätzlich behauptet, dass der Zeuge M. als im Sportamt zuständiger Sachbearbeiter anlässlich eines vor der Ausschreibung geführten Telefonats geäußert habe, dass ihm, M., für die zu besetzende Stelle „eine Frau lieber sei“. Diesen Vortrag hat er in der Verhandlung vor der Kammer derart verstanden wissen wollen, dass „bei einem Telefonat Herr M. meinte, dass ich ja qualifiziert sei, wobei er in einem Nebensatz anfügte, dass ihm eine Frau aber lieber sei. So äußerte sich Herr M. sinngemäß. Ob die Äußerung ernst oder amüßant gemeint war, vermag ich nicht zu bewerten.“

Mit dem – strittigen – Vortrag hat der Kläger zwar ein Indiz angeführt, das eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen könnte. Er ist jedoch beweisfällig geblieben. [...]

Daher kann ein Entschädigungsanspruch allein darauf gestützt werden, dass die Beklagte mit dem inkriminierten Passus das Gebot der geschlechtsneutralen Ausschreibung verletzt habe.

Nach einhelliger Rechtsmeinung scheidet ein Entschädigungsanspruch nur wegen Verletzung des § 11 AGG aus (Wendeling-Schröder/Stein, § 11 Rz. 25, ErfK/Schlachter, 8. Aufl., § 11 Rz. 2, Schiek/Schmidt, AGG, § 11 Rz. 6, Rust/Falke, AGG, § 11 Rz. 23). Allerdings lässt ein Verstoß gegen § 11 AGG die Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen des verpönten Merkmals vermuten (BVerfG vom 21.09.2006, 1 BvR 308/03, Juris Rz. 15, BAG Urteil vom 24.04.2008, 8 AZR 257/07, Juris Rz. 34, vgl. Adomeit/Mohr, AGG, § 22 Rz. 53).

Anders liegen die Dinge, wenn ein Rechtfertigungsgrund nach § 3 Abs. 2, §§ 8 bis 10 AGG oder eine positive Maßnahme nach § 5 AGG vorliegt. In dieser Konstellation sind geschlechtsspezifische Formulierungen in der Ausschreibung nicht zu beanstanden (Wendeling-Schröder/Stein, § 11 Rz. 13, Schiek/Schmidt, § 11 AGG Rz. 5, Rust/Falke, § 11 AGG Rz. 12).

Hiervon richtigerweise ausgehend hat das Arbeitsgericht dem in der Ausschreibung enthaltenen Passus „Es besteht ein besonderes Interesse an Bewerbungen von Frauen und von Schwerbehinderten“ einen geschlechtsspezifischen Einschlag entnommen. Das Gericht hat weiterhin der Beklagten zwar zugestanden, in der Ausschreibung auf die landesgesetzliche Frauenförderung hinweisen zu dürfen (vgl. auch ArbG Lingen, Urteil vom 19.01.2006, 1 Ca 419/05, Juris Rz. 19). Es hat ihr jedoch angelastet, vom Gesetzeswortlaut des § 8 Abs. 4 LGG NRW („In der Ausschreibung sind sowohl die männliche als auch die weibliche Form zu verwenden, es sei denn, ein bestimmtes Geschlecht ist unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit. In der Ausschreibung ist darauf hinzuweisen, dass Bewerbungen von Frauen ausdrücklich erwünscht sind und Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt berücksichtigt werden, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen“) abgewichen zu sein, und hieraus auf eine Benachteiligung des Klägers mit der Folge des Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG gefolgert.

Dem vermag die Kammer nicht beizupflichten.

Es bedarf hier keiner Vertiefung, ob ein Entschädigungsanspruch nach § 15 AGG entfällt, wenn sich der öffentliche Arbeitgeber an verwaltungsgesetzliche Bestimmungen hält, die ihm bei einer Ausschreibung den Hinweis auf die Frauenförderung vorschreiben (krit. zur Haftungseinschränkung bei Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen: Wendeling-Schröder/Stein, § 15 AGG Rz. 57 ff. m.w.N.). Ein Verstoß gegen textliche Vorgaben wird, weil die Normen (hier: § 8 Abs. 4 Satz 2 LGG NRW) kein Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB zu sein pflegen, regelmäßig schadensersatzrechtlich folgenlos bleiben.

Entscheidend für die Ersatzpflicht nach § 15 AGG ist vielmehr, ob die in einer Ausschreibung zu Tage tretende unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen von § 5 AGG abgedeckt ist. Das wäre der Fall, wenn „durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen“.

a) Dabei ist in einem ersten Schritt der Ausschreibungstext nach § 133, § 157 BGB und den daraus entwickelten methodischen Anweisungen auszulegen, wobei der objektive Empfängerhorizont, also die Sicht der potentiellen Bewerber, maßgebend ist. Mit dem Hinweis in der Stellenausschreibung, dass an Bewerbungen von Frauen ein besonderes Interesse bestehe, man sich hierüber sehr freue, Bewerbungen auch von Frauen ausdrücklich erwünscht seien o.ä.,

will der öffentliche Arbeitgeber – für Bewerber erkennbar – regelmäßig auf die ihm gesetzlich auferlegte Förderung von Frauen in unterrepräsentierten Bereichen hinweisen (vgl. Schiek/Vieten, Frauengleichstellungsgesetze, 2. Aufl., § 6 BGleG, Rz. 913) und diese zur Bewerbung ermutigen. Der Hinweis bezweckt Frauenförderung im Rahmen des gesetzlich Gebotenen und Zulässigen. Indem entsprechend der Zielsetzung, die Unterrepräsentanz zu beseitigen, qualifizierte Bewerberinnen entweder unmittelbar angesprochen oder mittelbar aus ihrer erhöhten Zahl gewonnen werden sollen, wird das Prinzip der Bestenauslese nicht in Frage gestellt. Der Hinweis enthält zwar eine geschlechtsspezifische Aussage, wirkt jedoch auf den potentiellen Bewerberkreis nicht etwa wie ein konstitutives Anforderungsprofil, das den nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auszuwählenden Bewerberkreis de facto auf Frauen beschränkt. Das belegt die Faktizität: Auf die Ausschreibung bewarben sich in großer Zahl auch Männer, darunter der Kläger, um die Sportlehrer-Stelle.

b) Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der in die Stellenausschreibung aufgenommene Hinweis, dass ein besonderes Interesse an Bewerbungen von Frauen bestehe, eine zum Ausgleich bestehender Nachteile geeignete und angemessene Maßnahme i. S. v. § 5 AGG ist.

Die Unterrepräsentanz einer Merkmalsgruppe ist ein ausgleichsfähiger Nachteil im Sinne der Vorschrift (Wendeling-Schröder/Stein § 5 AGG Rz. 12, Däubler/Hinrichs, AGG, 2. Aufl., § 5 Rz. 23). Vorliegend ist zur Ermittlung des Repräsentanzverhältnisses von Männern und Frauen auf die bei der Beklagten in der Laufbahngruppe des gehobenen Dienstes Beschäftigten abzustellen: Eine andere Vergleichsgruppe lässt sich nicht sachgerecht bilden, weil zum einen die Beklagte keine Mitarbeiter auch nur annähernd in der Funktion des Sportlehrers beschäftigt und zum anderen die im Sportamt im gehobenen Dienst tätigen Mitarbeiter angesichts ihrer geringen Zahl (4) nicht repräsentativ für die Beschäftigtenzahlen nach Geschlecht sind.

Bei der Beklagten sind in der Laufbahngruppe des gehobenen Dienstes, auch in der Vergütungsgruppe (Entgeltgruppe 10 TVöD = A 11 BBG) Frauen gegenüber Männern unterrepräsentiert (253 : 241 bzw. 62 : 54). Der geringere Frauenanteil auf dieser Hierarchie- und Vergütungsebene indiziert eine Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern. Diesen Nachteil darf nach § 5 AGG ein Arbeitgeber durch positive Maßnahmen ausgleichen.

Der Streitfall erfordert keine Klärung, ob funktionell oder organisatorisch abgrenzbare Gruppen oder Bereiche, z.B. die bei der Anstellungsbehörde

beschäftigte Lehrerschaft, in bestimmten Fächern, Schulformen oder Leitungspositionen, als sachgerechte Bezugsgröße für die Ermittlung einer Über- oder Unterrepräsentanz in Betracht kommen (vgl. Schiek/Schmidt, AGG, § 7 Rz. 13).

Da im gehobenen Dienst bei der Beklagten und speziell in der Entgeltgruppe 10 TVöD Vergütungsgruppe Frauen, wenn auch nicht gravierend, unterrepräsentiert sind, ist die explizit an Frauen gerichtete Ermutigung, sich zu bewerben, sachlich zutreffend. Anders können die Dinge liegen, wenn der frauenförderliche Hinweis in Konstellationen ergeht, in denen tatsächlich eine Unterrepräsentanz nicht vorliegt (vgl. Schiek/Schmidt, AGG, § 7 Rz. 13).

Der Hinweis in der Ausschreibung ist i. S. v. § 5 AGG geeignet, die mit der Unterrepräsentanz der Frauen verbundenen Nachteile auszugleichen. Denn er kann für sie ein notwendiger oder zusätzlicher Anreiz sein, sich um die Stelle zu bewerben.

Mit dem Passus „Es besteht ein besonderes Interesse an Bewerbungen von Frauen (und von Schwerbehinderten)“ wird eine angemessene Maßnahme ergriffen. Dem Passus lässt sich weder ein Vorgriff auf die Auswahlentscheidung entnehmen noch liefert er den männlichen Bewerbern begründeten Anlass für die Mutmaßung, dass nicht nach Prinzip der Bestenauslese verfahren werden soll. Diese durften vielmehr davon ausgehen, dass die Beklagte mit dem Hinweis ihrer rechtlichen Verpflichtung zur Frauenförderung

genügen und das obligatorische Bekenntnis abgeben wollte. Mit dem inkriminierten Passus hat daher die Beklagte unter Abwägung der Exspektanzen der zurückgesetzten Gruppe, i.e. der männlichen und nicht schwerbehinderten Bewerber um die Sportlehrer-Stelle, den ihr in § 5 AGG gelassenen Spielraum bei der Wahl und Gestaltung von positiven Maßnahmen nicht überschritten.

Weil es nach § 5 AGG nicht der Beklagten obliegt, die in § 8 Abs. 2 Satz 2 LGG NRW vorgegebene Formulierung zu verwenden, löst die Wahl einer Formulierungsvariante nicht bereits die Entschädigungspflicht nach § 15 Abs. 2 AGG aus. Überdies ist bei der Inhaltskontrolle von derartigen Hinweisen zu bedenken, dass zum einen eine Ausschreibung sich zwangsläufig auf eine knappe Formulierung beschränken muss und ggf. noch weitere Gruppen, insbesondere schwerbehinderte Menschen, ansprechen will und zum anderen jede auch immer gewählte kurze Formulierung nur ungenügend die rechtliche und tatsächliche Komplexität und Problematik der Gleichbehandlung einerseits und der Förderung benachteiligter Gruppen andererseits einfängt, etwa inwieweit nach § 5 AGG positive Maßnahmen (i.c. für Frauen) bei einer europarechtskonformen Auslegung insbes. im Licht der EGRL 2000/78 und der Rechtsprechung des EuGH zulässig sind oder nicht (vgl. Wendeling-Schröder/Stein, § 5 AGG, Rz. 2, 7, Rust/Falke/Raasch, § 5 Rz. 19 ff., ferner Schiek/Vieten, Frauengleichstellungsgesetze, § 8 LGG NRW, Rz. 2502). Daher dürfen die Anforderungen an den Inhalt nicht überspannt werden.

In Anwendung dieser Maßstäbe ist der von der Beklagten in der Ausschreibung verwendete Passus nicht zu beanstanden.

c) Nimmt man gleichwohl zu Gunsten des Klägers [an], dass der inkriminierte Passus nicht als Frauenförderungsmaßnahme nach § 5 AGG zulässig sei, ist – als weiterer Prüfungsschritt – die Feststellung zu treffen, ob der implizite Verstoß gegen das Gebot der geschlechtsneutralen Ausschreibung gemäß § 22 AGG die Vermutung für einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot selbst begründet und eine i. S. v. § 15 Abs. 2 AGG entschädigungspflichtige Persönlichkeitsrechtsverletzung eingetreten ist.

Im Streitfall ist nach dem unstreitigen Sachvortrag der Parteien und dem als richtig unterstellten Vortrag des Klägers nicht feststellbar oder nur zu vermuten, dass das in der Ausschreibung seitens der Beklagten bekundete „besondere Interesse an Bewerbungen von Frauen“ zu einem immateriellen Schaden führte.

Im Allgemeinen kommt eine Geldentschädigung bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur in Betracht, wenn es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt und die Beeinträchtigung

nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann. Ob der Eingriff schwerwiegend ist, hängt insbesondere von seiner Bedeutung und Tragweite, weiterhin von Anlass und Beweggrund des Handelnden, von dem Grad seines Verschuldens und von der geschützten Sphäre, in die der Eingriff erfolgte, ab. Geringfügige Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht lösen keine Entschädigungsansprüche aus (BGH, Urteil vom 05.10.2004, VI ZR 255/03, Juris Rz. 22/13).

Geht es um eine Benachteiligung aus Gründen des § 1 AGG, gilt allerdings die Besonderheit, dass jede Diskriminierung auch die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts indiziert (§ 22 AGG) und § 15 Abs. 2 GG den in den Erwägungsgründen Nr. 31, 32 und 35 sowie nach Art. 11 EGRL 2000/78 angesprochenen Viktimierung-, Präventions- und Pönalisierungszwecken zusätzlich Rechnung tragen soll. Auch wenn in § 15 Abs. 2 AGG die anerkannten Regeln über die Entschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht aufgegeben werden, muss daher das Erfordernis einer – eine Entschädigung in Geld gebietende – Erheblichkeit der Verletzung des Persönlichkeitsrechts im Fall der Benachteiligung eines Stellenbewerbers wegen des Geschlechts als durchweg erfüllt angesehen werden (vgl. BAG, Urteil vom 14.03.1989, 8 AZR 447/87, Juris Rz. 28, Urteil vom 15.02.2005, 9 AZR 635/03, Juris Rz. 24, Wendeling-Schröder/Stein, § 15 AGG, Rz. 38 ff., Adomeit/Mohr, § 15 AGG Rz. 39, vgl. Schiek/Kocher, § 15 AGG Rz. 31 ff.). Ausnahmsweise liegen die Dinge anders, wenn die Verletzungshandlung von geringer Relevanz ist und ohne signifikanten Benachteiligungseffekt bleibt (Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2. Aufl., § 15 Rz. 58, a.A. Schiek/Kocher, § 15 AGG, Rz. 42).

So verhält es sich im Streitfall. Der Passus, dass ein „besonderes Interesse an Bewerbungen von Frauen“ bestehe, ist eingebettet in eine sonst nach Form und Inhalt völlig geschlechtsneutral gehaltene Ausschreibung. Die Beklagte wollte ersichtlich der gesetzlichen Obliegenheit zur Frauenförderung genügen, ohne damit vom Prinzip der Bestenauslese abzugehen. Wie die eingegangenen Bewerbungen belegen, wurden durch den Passus weder der Kläger noch andere männliche Bewerber von der Bewerbung abgehalten.

Auch die weiteren Geschehnisse lassen – abgesehen von der Geltendmachung eines durch Nichtbeachtung des Prinzips der Bestenauslese entstandenen Vermögensschadens – keine erhebliche persönliche Betroffenheit des Klägers erkennen. [...]

In der Gesamtschau aller Umstände hält die Kammer daher – eine unzulässige Benachteiligung durch den inkriminierten Ausschreibungspassus unterstellt – die Persönlichkeitsrechtsverletzung für so geringfügig, dass diese nicht nach § 15 Abs. 2 AGG zu entschädigen ist. [...]