

Urteil

ArbG Göttingen, § 55 Abs. 2 SGB VIII n. F., § 7 AGG, § 8 AGG, Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 33 Abs. 2 GG

Weibliches Geschlecht als Voraussetzung für Stelle in der Amtsvormundschaft

Ein Konzept mit dem Inhalt, die Aufgabe des Amtsvormunds nach § 55 Abs. 2 SGB VIII sowohl einer weiblichen als auch einem männlichen Beschäftigten zu übertragen, um den Mündeln zur Wahrung der Intimsphäre eine Auswahl zu ermöglichen, ist zulässig.

Besteht ein derartiges Konzept, so ist das entsprechende Geschlecht bei der Besetzung einer der Stellen eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne von § 8 Abs. 1 AGG.

Urteil des ArbG Göttingen vom 23.11.2011, 4 Ga 3/11 Ö (rkr.)

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten im Wege einstweiliger Verfügung über die vorläufige Unterlassung der Besetzung einer Stelle im öffentlichen Dienst. Der Kläger ist seit 1980 als Diplom-Sozialpädagoge im Allgemeinen Sozialdienst des Jugendamtes der Verfügungsbeklagten beschäftigt. Er erhält Vergütung nach Entgeltgruppe S 14 der Anlage C (VKA) zum TVöD.

In den Fällen, in denen ein Minderjähriger nach den § 1773 ff. BGB einen Vormund zu erhalten hat (z. B. Entziehung der elterlichen Sorge, rechtliche oder tatsächliche Verhinderung des Sorgeberechtigten) kann gem. § 1791 b BGB auch das Jugendamt zum Vormund (Amtsvormundschaft) bestellt werden. Das Jugendamt überträgt diese Aufgabe wiederum gemäß § 55 Abs. 2 SGB VIII einzelnen seiner Beamten oder Angestellten. Nach § 55 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII n. F. (ab dem 05.07.2012) sind das betroffene Kind bzw. der betroffene Jugendliche – soweit möglich – vor dieser Übertragung zu hören. Zu den Aufgaben des Vormunds gehört nach § 1800 BGB insbesondere auch die Sorge für die Person des Mündels.

Die Aufgaben des Amtsvormunds hat die Verfügungsbeklagte bislang lediglich einem (männlichen) Bediensteten übertragen, der im Verhinderungsfall von seinem (männlichen) Vorgesetzten vertreten wird. Die Verfügungsbeklagte führt derzeit ca. 85 Amtsvormundschaften, von denen 50 weibliche Mündel betreffen. Zum Zwecke der Erfüllung der zukünftigen Vorgaben nach § 55 Abs. 2 Satz 4 SGB VIII n. F. (ein vollzeitbeschäftigter Beamter oder Angestellter, der keine weiteren Aufgaben wahrnimmt, soll höchstens 50 Vormundschaften oder Pflegschaften führen) und zur Verbesserung der Betreuungsmöglichkeiten beabsichtigt die Verfügungsbeklagte,

die Aufgaben eines Amtsvormunds und eines Amtspflegers einem weiteren Bediensteten zu übertragen. Besetzt werden soll diese Funktion ausschließlich mit einer weiblichen Bewerberin.

Mit verwaltungsinternem Rundschreiben vom 26.09.2011 schrieb die Verfügungsbeklagte die Stelle einer Diplom-Sozialarbeiterin/-pädagogin mit dem Aufgabengebiet als Amtsvormündin und Amtspflegerin intern aus. Bewertet ist diese Stelle nach Entgeltgruppe S 12. Mit Schreiben vom 04.10.2011 bewarb sich der Verfügungskläger um die ausgeschriebene Stelle. Diese Bewerbung lehnte die Verfügungsbeklagte mit Schreiben vom 20.10.2011 ab, unter erneutem Hinweis darauf, dass die Stelle mit einer weiblichen Beschäftigten besetzt werden solle. [...]

Aus den Gründen:

Der Antrag ist zulässig, aber unbegründet. Dem Verfügungskläger steht der vorliegend allein in Betracht kommende Verfügungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht zu. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Diese Bestimmung enthält ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (BVerfG Beschluss vom 09.07.2007 – 2 BVR 206/07 – in NVwZ 2007, 1178 zu III. 2. a) der Gründe ...). Öffentliches Amt im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG sind weiterhin nicht lediglich Dienstposten für Beamte, sondern auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können (BAG Urteil vom 28.05.2002 – 9 AZR 751/00 – in AP Nr. 56 zu Art. 33 Abs. 2 GG zu A. II. 1. der Gründe; ...). Art. 33 Abs. 2 GG bezieht sich nicht nur auf Einstellungen, sondern auch auf Beförderungen und Versetzungen [...].

Dem Anspruch des Verfügungsklägers steht daher nicht entgegen, dass seine Bewerbung sich nicht auf eine Beförderungsstelle, sondern auf eine geringer dotierte Stelle bezieht. Der somit aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Bewerbungsverfahrensanspruch, der Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über die Bewerbung (BVerfG Beschluss vom 01.08.2006 – 2 BVR 2364/03 – in NVwZ 2006, 1401 (1402/1403) zu IV. 2. b) der Gründe; ...), das subjektive Recht auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren ist im vorliegenden Fall jedoch nicht verletzt, weil der Verfügungskläger das von der Verfügungsbeklagten in zulässiger Weise festgelegte Anforderungsprofil des weiblichen Geschlechts nicht erfüllt und daher seine objektive Eignung fehlt. Entscheidend ist dabei nicht das formelle Anforderungsprofil gemäß der Ausschreibung vom 26.09.2011, sondern sind die Anforderungen, welche der Arbeitgeber unter Berücksichtigung

ichtigung der Erfordernisse der zu besetzenden Stelle stellen darf [...]. Fehler im Anforderungsprofil führen grundsätzlich auch zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens [...]. Das im vorliegenden Fall allein auf das weibliche Geschlecht bezogene Anforderungsprofil verstößt jedoch weder gegen die §§ 1, 3 Abs. 1, 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 AGG noch gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.

Die Benachteiligung wegen des Geschlechts ist im vorliegenden Fall nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Nach § 1 AGG ist Ziel dieses Gesetzes unter anderem, Benachteiligungen aus Gründen des Geschlechts zu verhindern oder zu beseitigen. Gemäß § 3 Abs. 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung dann vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Diese Benachteiligung ist jedoch gemäß § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Nach dieser Bestimmung ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

§ 8 AGG stellt mit der Voraussetzung der „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“ keine geringeren Anforderungen als der frühere § 611 a Abs. 1 Satz 2 BGB. Mithin muss das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit sein (BAG Urteil vom 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – in AP Nr. 1 zu § 8 AGG zu B II. 2. c) bb) (3) der Gründe – Textzeile 36; Urteil vom 18.03.2010 – 8 AZR 77/09 – in AP Nr. 2 zu § 8 AGG zu II. 3. b) aa) der Gründe – Textzeile 26; ...). Unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit ist das Geschlecht dann, wenn ein Angehöriger des anderen Geschlechts die vertragsgemäße Leistung nicht oder nicht ordnungsgemäß erbringen kann [...] und dieser Qualifikationsnachteil auf biologischen Gründen beruht. Eine gewisse Erheblichkeitsgrenze muss überschritten sein. Denn eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung kann nur dann angenommen werden, wenn das Merkmal nicht nur eine untergeordnete Rolle spielt, sondern zentraler Bestandteil für die auszuübende Tätigkeit ist, prägende Bedeutung hat [...].

Ein Geschlecht kann unverzichtbare Voraussetzung für eine Tätigkeit sein, wenn die Ausübung dieser Tätigkeit für das andere Geschlecht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen objektiv unmöglich ist [...]. Unverzichtbarkeit eines bestimmten

Geschlechts im engeren Sinn ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Entgegen der in der Ausschreibung vom 26.09.2011 mitgeteilten Auffassung ist eine Wahlmöglichkeit hinsichtlich eines weiblichen oder männlichen Vormunds gesetzlich nicht vorgeschrieben, besteht daher keine Unverzichtbarkeit aus rechtlichen Gründen. Auch tatsächliche Unverzichtbarkeit im engeren Sinn ist nicht gegeben. Die Aufgaben eines Amtsvormunds können sowohl von einer Frau als auch von einem Mann ausgeübt werden.

Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts ist jedoch auch dann zulässig, wenn Unverzichtbarkeit im weiteren Sinne gegeben ist, die dann vorliegt, wenn ein Angehöriger eines bestimmten Geschlechts die Arbeitsleistung zwar erbringen kann, jedoch schlechter als der eines anderen Geschlechts und dieser Qualifikationsnachteil auf biologischen Gründen beruht [...]. Entscheidende Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang dem unternehmerischen Konzept zu. Es kommt darauf an, welche (zulässigen) unternehmerischen Zwecke der Arbeitgeber mit der Einrichtung des Arbeitsplatzes verfolgt (BAG Urteil vom 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – a. a. O. zu B. II. 2. c) bb) (4) der Gründe – Textzeile 39; ...). Bei der Erstellung dieses unternehmerischen Konzepts können auch Beziehungen zu Dritten, Kunden oder sonstigen Personen, denen Leistungen erbracht werden

bzw. werden sollen, eine Rolle spielen (BAG Urteil vom 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – a. a. O.).

Eine Berücksichtigung von Erwartungen Dritter setzt allerdings voraus, dass diese nicht selbst diskriminierend sind [...]. Die Berücksichtigung der Erwartungen Dritter darf nicht zur Perpetuierung eines überkommenen Rollenverständnisses führen [...]. Geht es aber nicht um Vorurteile und deren Verfestigung, sondern ist die Intimsphäre, die Scham gegenüber dem anderen Geschlecht betroffen, so dürfen auch subjektive Befindlichkeiten bzw. Empfindlichkeiten dazu führen, dass ein anderes Geschlecht bevorzugt wird [...]. Ob diese in der Regel gleichfalls gesellschaftlich bedingten Empfindlichkeiten vernünftig oder rational nachvollziehbar sind, ist dabei nicht entscheidend.

Diese Erwägungen führen im vorliegenden Fall zur Rechtmäßigkeit des Konzeptes der Verfügungsbeklagten, welches wiederum dazu führt, dass das Geschlecht eine wesentliche und entscheidende Anforderung darstellt. Die vom Vormund wahrzunehmende Personensorge kann im Einzelfall ein großes Näheverhältnis nicht nur erfordern, sondern auch nach sich ziehen. [...] Das von der Verfügungsbeklagten vorgetragene Konzept, auf subjektive Befindlichkeiten der Mündel beiderlei Geschlechts Rücksicht zu nehmen, ihnen aus diesem Grunde eine Auswahl zu ermöglichen, um letztlich die Erfolgchancen der Betreuung zu erhöhen, ist nachvollziehbar und nach den vorstehenden Erwägungen zulässig. Da es letztlich um die Zulässigkeit der Berücksichtigung nicht objektivierbarer Empfindungen geht, kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob eine Person des anderen Geschlechts objektiv dieselbe oder vielleicht sogar eine bessere Dienstleistung erbringen könnte. Entscheidend ist auch nicht, dass die Verfügungsbeklagte – ebenso wie in der Vergangenheit – nicht verpflichtet wäre, den Mündeln ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten.

Entscheidend ist allein, dass das von ihr vorgetragene Konzept jedenfalls zulässig ist.

Für die Durchführung dieses Konzepts hat dann aber das jeweilige Geschlecht zentrale Bedeutung. Dies führt dazu, dass das Geschlecht wiederum auch zentrale Bedeutung für die Ausübung der Tätigkeit des Amtsvormunds in der konkreten Konstellation hat. Das zulässige Konzept der Stadt lässt sich unter Berücksichtigung der derzeitigen Besetzung einer Stelle mit einem Mann nur durch die Besetzung der weiteren Stelle mit einer Frau durchführen. [...]

Nach § 8 Abs. 1 AGG müssen weiterhin der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen sein. [...] Denn der Zweck ist jedenfalls bereits dann rechtmäßig, wenn nicht gegen eine Verbotsnorm verstoßen wird (BAG Urteil vom 28.05.2009 – 8 AZR 536/08 – a. a. O. B. II. 2. e) bb) der Gründe – Textzeile 51 – m. w. N.), wofür im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte bestehen. Das Merkmal der Angemessenheit erfordert eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne, die sich an der bereits unter dem Gesichtspunkt der „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“ untersuchten Arbeitsorganisation zu orientieren hat [...]. Durchzuführen ist in diesem Zusammenhang letztlich eine Missbrauchskontrolle, sind Verstöße gegen das Willkürverbot zu prüfen [...]. Anhaltspunkte dafür, dass die Verfügungsbeklagte in willkürlicher oder offensichtlich unvernünftiger, unsachlicher Weise einen Arbeitsplatz eingerichtet hätte, für dessen Ausübung das weibliche Geschlecht unverzichtbar ist, bestehen jedoch nicht. Ihr Konzept muss (derzeit) zum Ausschluss von männlichen Bewerbern führen (bei Nachbesetzung der anderen Stelle zwangsläufig von Frauen). Ob das beabsichtigte zulässige und nachvollziehbare Konzept zur Verbesserung der Betreuung den von der Verfügungsbeklagten erhofften Erfolg hat, steht nicht fest und wird gegebenenfalls von ihr zu beobachten sein. Diese Unsicherheit begründet aber kein willkürliches oder unsachliches Handeln.

Die an das Geschlecht anknüpfende Ungleichbehandlung verstößt im vorliegenden Fall auch nicht gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Das AGG stellt eine Konkretisierung der Diskriminierungsverbote in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG dar [...]. Insbesondere stellt § 8 AGG an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung keine geringeren Anforderungen als Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Daher kann insofern auf die vorstehenden Ausführungen zur Zulässigkeit der Benachteiligung nach § 8 Abs. 1 AGG Bezug genommen werden [...], welche (zulässigen) unternehmerischen Zwecke der Arbeitgeber mit der Einrichtung des Arbeitsplatzes verfolgt. [...]