

Urteil

VG Arnsberg, § 15 Abs. 3 LGG-NRW, § 7 AGG, § 8 Abs. 1 AGG, § 15 AGG, Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 14 Abs. 2 RiLi 2006/54/EG

Kommunale Frauenbeauftragte in NRW muss eine Frau sein

Der Landesgesetzgeber hat zum Zwecke der Herstellung der Gleichberechtigung an tatsächliche Gegebenheiten und spezifische Eigenschaften, Erfahrungen und Kenntnisse angeknüpft, die mit Blick auf die frauenspezifische Ausrichtung der Position einer Gleichstellungsbeauftragten nur Frauen haben können.

Urteil des VG Arnsberg vom 14.8.2013, - 2 K 2669/11

Aus dem Tatbestand

Der am 00.00.0000 geborene Kläger lebt seit dem 00.00.0000 in eingetragener Lebenspartnerschaft und steht als Kreisoberinspektor (BesGr. A 10 BBesO) im Dienst des Beklagten. Mit der vorliegenden Klage begehrt er von dem Beklagten Schadensersatz wegen Geschlechterdiskriminierung.

Der Beklagte schrieb mit Hausmitteilung vom 10. Februar 2011 (Nr. 07/2011) unter Ziff. 1 die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten aus. Im Einzelnen wurde in der Stellenausschreibung ausgeführt:

„Die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten ist neu zu besetzen. Die Gleichstellungsbeauftragte arbeitet an der Verwirklichung des Grundrechts der Gleichberechtigung von Männern und Frauen. Ihre Aufgaben ergeben sich somit aus dem Grundgesetz (GG), aus dem Landesgleichstellungsgesetz NW (LGG), aus der Kreisordnung NW (KrO) und der Hauptsatzung des Kreises.

Nach dem LGG unterstützt die Gleichstellungsbeauftragte die Verwaltung und wirkt mit bei allen Maßnahmen, die Auswirkungen auf die Gleichstellung von Frau und Mann haben oder haben könnten. Dies gilt insbesondere für soziale, organisatorische und personelle Maßnahmen. Dazu zählen u.a.: Stellenausschreibungen, Auswahlverfahren, Vorstellungsgespräche und die Aufstellung und Fortschreibung des Frauenförderplanes.

Weitere Arbeitsschwerpunkte sind z.B.: Entwicklung und Durchführung von Veranstaltungen und Projekten zu aktuellen frauenpolitischen Themen, Informations- und Öffentlichkeitsarbeit, Beratung und Unterstützung in Einzelfällen, Kontaktpflege und Kooperation mit anderen Gleichstellungsstellen, Institutionen, Organisationen und Gruppen innerhalb und außerhalb des Kreises, Teilnahme an regionalen und überregionalen Arbeitskreisen. Gelegentlich fallen Arbeiten außerhalb des üblichen

Arbeitszeitrahmens an.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen ist die Stelle mit einer Frau zu besetzen. Bewerberinnen sollten ein großes Interesse an frauenpolitischen Themen, ein Verständnis für die Problematik geschlechterspezifischer Benachteiligung, Kommunikations- und Konfliktfähigkeit, Einfühlungs- und Durchsetzungsvermögen und Lebenserfahrung mitbringen. Die Stelle wird nach EG 10 bzw. A 11 BBesG vergütet. [...]“

Der Kläger bewarb sich mit Schreiben vom 2. März 2011 auf diese ausgeschriebene Stelle und führte u.a. aus: In der zu besetzenden Stelle sehe er eine Herausforderung und Chance als erster männlicher Gleichstellungsbeauftragter Deutschlands unter Beweis zu stellen, dass diese Aufgaben auch von einem Mann bewältigt werden können. Er könne neben seinen ausgeprägten Kommunikationsfähigkeiten auch seine Erfahrungen aus seinem eigenen gesellschaftlichen Positionierungsprozess einbringen. Im Laufe seines Lebens habe er ein großes Interesse nicht nur für frauen- sondern auch gleichstellungspolitische Themen jedweder Art aufgebaut. Sowohl seine fachlichen Kenntnisse als auch seine Fähigkeiten im organisatorischen und Kommunikationsbereich habe er durch Fortbildungen gefestigt und erweitert. Sofern nicht beabsichtigt sei, ihm die Stelle zu übertragen, bitte er bereits jetzt um eine qualifizierte Absage.

In einem Vermerk vom 3. März 2011 ist seitens des Beklagten (Kreisdirektorin Q.) in den Verwaltungsvorgängen folgendes festgehalten worden: „H. I. wird die Besetzung der Stelle durch eine Frau nicht gerichtlich unterbinden; d.h. wir können die Stelle besetzen; er überlegt aber gemeinsam mit verdi an gerichtl. Möglichkeiten“. Mit Schreiben vom 29. April 2011 dankte der Beklagte dem Kläger für seine Bewerbung, teilte ihm aber mit, dass er beim Stellenbesetzungsverfahren als männlicher Bewerber nicht berücksichtigt werden könne. Das Landesgleichstellungsgesetz sehe in § 15 Abs. 3 zwingend vor, als Gleichstellungsbeauftragte eine Frau zu bestellen. Die vom Kläger hierzu gemachten Ausführungen habe er zur Kenntnis genommen. Die Regelungen des Landesgleichstellungsgesetzes hätten jedoch weiterhin Gültigkeit und seien von ihm zu beachten.

Gegen die nachfolgende Besetzung der Stelle der Gleichstellungsbeauftragten bei dem Beklagten mit einer Frau hat der Kläger nicht um gerichtlichen Rechtsschutz – insbesondere einstweiligen Rechtsschutz – nachgesucht. Mit Schreiben vom 15. Juli 2011 machte der Kläger gegenüber dem Beklagten einen auf § 15 AGG gestützten Entschädigungs- bzw. Schadensersatzanspruch i.H.v. insgesamt 3.368,40 Euro geltend. Zur Begründung führte er

aus: Die Absage und Nichteinladung zum Bewerbungsgespräch stelle einen Verstoß gegen die Vorschriften des AGG und somit eine Diskriminierung wegen des Geschlechts dar. Die Geschlechterdiskriminierung sei mit den europarechtlichen Vorgaben des Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen nicht zu vereinbaren. Ferner sei ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 3 Abs. 2 u. 3 GG gegeben.

Der Beklagte wies den vom Kläger geltend gemachten Entschädigungs- bzw. Schadensersatzanspruch mit Schreiben vom 11. August 2011 zurück. Zur Begründung führte er u.a. aus: Durch die Ablehnung der Bewerbung des Klägers sei keine unzulässige Benachteiligung aufgrund seines Geschlechts erfolgt. Nach dem LGG sei ausdrücklich eine Frau als Gleichstellungsbeauftragte zu bestellen. Aufgabe der Gleichstellungsbeauftragten sei u.a. die Förderung von Frauen um bestehende Benachteiligungen abzubauen. Die Gleichstellungsbeauftragte arbeite insbesondere in frauenrelevanten Organisationen mit. Das seien Organisationen, deren Arbeit sich auf negative Erfahrungen von Frauen und Mädchen mit Männern gründe (Frauenhäuser, Frauennetzwerke etc.). Nach der allgemeinen Lebenserfahrung sei davon auszugehen, dass diese Organisationen die Kooperation mit einer weiblichen Gleichstellungsbeauftragten nicht nur bevorzugen, sondern mit einem männlichen Gleichstellungsbeauftragten gar nicht zusammenarbeiten möchten oder können. Des Weiteren sei es Aufgabe der Gleichstellungsbeauftragten in Einzelfällen Beratung und Unterstützung anzubieten. Dies beinhalte auch, diskriminierten Frauen konkrete Hilfestellungen zu geben. Dabei sei es durchaus möglich, dass eine potentiell diskriminierte Frau, insbesondere im Bereich sexueller Belästigungen oder aufgrund geschlechtsbezogener persönlicher Herabsetzungen, sich gerade nicht einem männlichen Gleichstellungsbeauftragten anvertrauen würde.

Am 12. Oktober 2011 hat der Kläger die vorliegende Klage erhoben, mit der er sein Begehren weiter verfolgt. Zur Begründung führt er unter Wiederholung des bisherigen Vorbringens ergänzend aus: Er sei wegen seines Geschlechts von dem Beklagten im Bewerbungsverfahren diskriminiert worden. Dies sei mit europarechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. Die Regelung in § 5 GO NRW lasse offen, ob die Aufgaben einer Gleichstellungsbeauftragten allein von Angehörigen des weiblichen Geschlechts wahrgenommen werden können. Das Differenzierungskriterium sei nicht das Geschlecht, sondern das Vorhandensein der spezi-

fischen Kenntnisse und Erfahrungen. Auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18. März 2010 – 8 AZR 77/09 – könne sich der Beklagte nicht berufen. Schwerpunkt der Stellenausschreibung, die dieser Entscheidung zugrunde gelegen habe, sei die Tätigkeit in der Integrationsarbeit mit zugewanderten Frauen, sowohl in der Initiierung von Projekten und Beratung/Betreuung von Gruppen als auch in der Einzelberatung. Dieses Merkmal finde sich jedoch in der Stellenausschreibung des Beklagten nicht. Durch seine Sozialisation in der heterosexuell strukturierten Gesellschaft habe er sich die für die Befähigung zur Gleichstellungsbeauftragten notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verschafft. Im vorliegenden Fall sei seine Bewerbung allein aus formellen Gründen nicht berücksichtigt worden. Dies stelle eine diskriminierende Benachteiligung wegen seines Geschlechts dar. Auch greife die Begründung des Beklagten in seinem Ablehnungsschreiben nicht. Es gäbe auch Frauen, die ihr Problem lieber mit einem Mann besprechen. Außerdem gehe es bei den Gleichstellungsaufgaben nicht um eine reine Frauenförderung, sondern um eine Gleichstellung von Frauen und Männern. Auch Männern sei in manchen Bereichen gegenüber Frauen ein Gleichstellungsdefizit zu bescheinigen. [...]

Aus den Entscheidungsgründen:

[...] Der Kläger kann den geltend gemachten Entschädigungs- bzw. Schadensersatzanspruch weder auf § 15 AGG (I.) noch auf Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. § 20 Abs. 6 LBG NRW und § 9 BeamtStG stützen (II.).

I.

Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Schadensersatz nach Maßgabe des § 15 Abs. 1 AGG (1.) und auch keinen Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG (2.). Die Regelungen des § 15 AGG dienen der Umsetzung von Art. 15 der RL 2000/43/EG, Art. 17 der RL 2000/78/EG und Art. 6, 8d der RL 76/207/EWG i.d.F. der RL 2002/73/EG. Danach haben die Mitgliedstaaten Sanktionen festzulegen, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Anwendung der jeweiligen Richtlinie zu verhängen sind, und alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um deren Durchführung zu gewährleisten.

1. Im vorliegenden Fall sind die Anspruchsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 AGG nicht erfüllt. Nach Maßgabe des Satzes 1 dieser Regelung ist der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Nach Satz 2 dieser Bestimmung gilt dies nicht, wenn der Arbeitgeber diese Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. [...]

a. Der Kläger steht als Kreisoberinspektor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu sei-

nem Dienstherrn. [...] Der Kläger ist Beamter, war zugleich Bewerber um einen Beförderungsdienstposten (hier BesGr. A 11 BBesO), ist damit „Beschäftigter i.S.d. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 u. Satz 2 AGG“ und fällt damit auch in den persönlichen Anwendungsbereich des AGG. Der Beklagte ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 1 AGG i.V.m. § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG als „Arbeitgeber“ passiv legitimiert. Indes liegen im vorliegenden Fall die weiteren Anspruchsvoraussetzungen des § 15 Abs. 1 AGG nicht vor [...].

aa. Ein Anspruch nach § 15 Abs. 1 AGG setzt zunächst voraus, dass der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG verstoßen hat. Diese Voraussetzung wäre erfüllt, wenn der Kläger gemäß der Begriffsbestimmung in § 3 Abs. 1 AGG unmittelbar benachteiligt worden wäre und diese Benachteiligung nicht aufgrund der §§ 8 bis 10 AGG oder nach § 5 AGG zulässig gewesen wäre (vgl. hierzu: BAG, Urteil vom 18.03.2010 – 8 AZR 77/09 –, NZA 2010, 872; Steinkühler, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) 2007, Zweiter Teil Rdnr. 365, 394). Diese Anspruchsvoraussetzungen sind im vorliegenden Fall aus mehreren (selbständig tragenden) Gründen nicht gegeben.

(1) Gemäß § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. [...] In Anwendung dieser Grundsätze ist der Kläger wegen seines Geschlechts zwar zunächst ungünstiger behandelt worden als tatsächliche oder potentielle Bewerberinnen, denn seine Bewerbung wurde ausweislich des Schreibens des Beklagten vom 29. April 2011 wegen seines Geschlechts abgelehnt. [...] Indes erfolgte die ungünstige Behandlung des Klägers nicht in einer „vergleichbaren Situation“ i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG. Allein die Tatsache, dass eine Person eine ungünstige Behandlung erfährt, stellt noch keine Zurücksetzung dar, die Rechtsfolgen entsprechend dem Regelungsziel des AGG auslösen könnte, (vgl. Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl., 2008, § 3 Rdnr. 10).

Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation setzt vielmehr voraus, dass der Kläger objektiv für die Position der Gleichstellungsbeauftragten geeignet war, denn vergleichbar ist die Auswahl-situation nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen. Objektiv ungeeignete Bewerber können gar nicht „wegen“ ihres Geschlechts benachteiligt werden, [...] (vgl. BAG, Urteil vom 12. 11.1998 – 8 AZR 365/97 –, BAGE 90, 170).

An beiden Voraussetzungen fehlt es hier bereits. Entscheidend ist an dieser Stelle (noch) nicht, dass in Nordrhein-Westfalen durch § 15 Abs. 3 Satz 1 LGG

explizit geregelt worden ist, dass als Gleichstellungsbeauftragte eine Frau zu bestellen ist. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang vielmehr das Aufgabenfeld der Gleichstellungsbeauftragten, wie es insbesondere in § 17 LGG, § 5 GO NRW bzw. § 3 KrO NRW definiert ist. Danach wirkt die Gleichstellungsbeauftragte bei allen Vorhaben und Maßnahmen mit, die die Belange von Frauen berühren oder die Auswirkungen auf die Gleichstellung von Frau und Mann haben. Die Stellenausschreibung vom 10. Februar 2011 greift diese gesetzlich vorgegebenen Aufgabenfelder auf und stellt neben der Tätigkeitsbeschreibung und den Arbeitsschwerpunkten als Anforderungsprofil vor allem darauf ab, dass u.a. „ein großes Interesse an frauenpolitischen Themen, ein Verständnis für die Problematik geschlechterspezifischer Benachteiligung [...]“ mitgebracht werden soll. Die Bewerbung des Klägers vom 2. März 2011 lässt indes nicht ansatzweise erkennen, dass und inwiefern er über besondere Erfahrungen mit frauenspezifischen Themen, insbesondere im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Familie und Beruf, spezifischen Anforderungen der Arbeitsbedingungen, als Ansprechpartner für Themen in psychosozialen Notlagen von Frauen, wie beispielsweise die der Gewalt gegen Frauen oder die der sexuellen Belästigung etc., verfügt. [...]

Soweit der Kläger sowohl in seiner Bewerbung als auch in der Klagebegründung und in der mündlichen Verhandlung darauf abgestellt hat, er sei homosexuell und lebe mit einem Mann in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, ergibt sich daraus allein nicht ansatzweise ein konkreter Anhaltspunkt für eine objektiv vorhandene Kompetenz auf dem Gebiet von Gleichstellungsfragen zwischen Männern und Frauen. [...]

Das Gericht geht mit Blick auf den Inhalt der Bewerbung vom 2. März 2011 darüber hinaus davon aus, dass der Kläger sich schon subjektiv nicht ernsthaft um die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten bei dem F. beworben hat, sondern von vornherein die Zahlung eines Schadensersatzes bzw. einer Entschädigung angestrebt hat. Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG ist, dass eine ernsthafte Bewerbung vorliegt. Rechtsmissbräuchliche Bewerbungen sind vom Zugang zu Sanktionsleistungen ausgeschlossen, (vgl. BAG, Urteil vom 17. August 2010 – 9 AZR 839/08 –, NJW 2011; v. Roetteken, AGG, a. a. O., § 15 Rdnr. 38).

Dass es dem Kläger von vornherein nicht um die zu besetzende Stelle sondern um Schadensersatz ging, ergibt sich bereits daraus, dass er in seiner Bewerbung keine konkreten Darlegungen dazu gemacht hat, dass und inwiefern er bislang theoretische oder praktische Erfahrungen und Kenntnisse auf

dem Gebiet der Gleichstellung zwischen Männern und Frauen oder im Hinblick auf frauenspezifische Fragestellungen erworben hat. Er führt vielmehr breit aus, weshalb aus seiner Sicht die Besetzung der Stelle der Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau unzulässig sei. Es handelte sich von vornherein – wie er auch in der mündlichen Verhandlung selbst einräumte – um eine provokative Bewerbung. Bestätigt wird dies auch dadurch, dass der Kläger kein gerichtliches Konkurrentenschutzverfahren eingeleitet und insbesondere auch nicht um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht hat, um klären zu lassen, ob das Stellenbesetzungsverfahren fehlerhaft war oder um zumindest vorläufig seinen Bewerbungsverfahrensanspruch zu sichern. [...]

(2) Unabhängig hiervon und selbständig tragend war dem Beklagten die mit der nur an Frauen gerichteten Stellenausschreibung verbundene (formale) Benachteiligung von Männern auch gemäß § 8 Abs. 1 AGG gestattet. Gemäß § 24 Nr. 1 AGG gilt § 8 Abs. 1 AGG entsprechend für Beamtinnen und Beamte, (vgl. auch v. Roetteken, AGG, a. a. O., § 8 Rdnr. 19). Nach Maßgabe dieser Bestimmung ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes (hier des Geschlechts) zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der ausübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Diese beruflichen Anforderungen können sich insbesondere auch aus Rechtsvorschriften ergeben, (vgl. Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl., 2013, § 8 Rdnr. 8).

Soweit das Bundesarbeitsgericht in einer älteren Entscheidung, (vgl. BAG, Urteil vom 12.11.1998 – 8 AzR 367/97 –, a.a.O.) ausgeführt hat, dass § 5 Abs. 3 GO NRW die Gemeinden nicht zwingend verpflichtet, eine Frau zur Gleichstellungsbeauftragten zu bestellen, weil nach § 12 GO NRW die Funktionsbezeichnungen beide Geschlechter betreffen, ist diesem (eher formal geprägten) Argumentationsansatz durch die Neuregelung des Landesgleichstellungsgesetzes vom 9.11.1999 (GV. NRW S. 590) der Boden entzogen, denn § 15 Abs. 3 LGG schreibt ausdrücklich und damit auch für die Verwaltung bindend vor, dass als Gleichstellungsbeauftragte (nur) eine Frau zu bestellen ist (vgl. auch Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht Nordrhein-Westfalen, Bd. 1, GO NRW, § 5 Anm. 6). Nach der aktuellen Gesetzeslage in Nordrhein-Westfalen ist damit das weibliche Geschlecht für die Tätigkeit als Gleichstellungsbeauftragte unverzichtbare Voraussetzung i.S.d. § 8 Abs. 1 AGG.

Berufliche Anforderungen dürfen nach § 8 Abs. 1 AGG nur dann aufgrund der Art der spezifischen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung zu einer Benachteiligung im Hinblick auf ein in § 1 AGG genanntes Merkmal führen, wenn dies einem rechtmäßigen Zweck dient und angemessen ist. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

Hintergrund ist, dass derzeit in Nordrhein-Westfalen immer noch in einzelnen Laufbahngruppen und dort in den Besoldungs- und Entgeltgruppen unterschiedliche geschlechterspezifische Verteilungen bestehen. Ausweislich des Dritten Berichts des Ministeriums für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen (2012) zur Umsetzung des Landesgleichstellungsgesetzes in der Landesverwaltung Nordrhein-Westfalen, betrug im Berichtszeitraum der Frauenanteil im einfachen Dienst ein Drittel, im mittleren und gehobenen Dienst lag er bei 61,5 % bzw. 59,1 % und im höheren Dienst bei 47,4 %. Im Berichtszeitraum gab es in der Landesverwaltung Nordrhein-Westfalen insgesamt 34.078 Beförderungen und Höhergruppierungen, die sich sehr ungleich auf Frauen und Männer verteilten. 63,4 % aller Beförderungen und Höhergruppierungen entfielen auf Männer, ihr Anteil an allen Beschäftigten lag jedoch lediglich bei 43,9 %. Besonders groß waren die Differenzen diesbezüglich im gehobenen Dienst. Auf die große Gruppe der (hauptsächlich weiblichen) Lehrkräfte, die rund 60 % der Beschäftigten im gehobenen Dienst ausmacht, entfallen (wegen grundsätzlich geringeren Beförde-

rungsmöglichkeiten) nur knapp 10 % der Beförderungen und Höhergruppierungen in der Laufbahngruppe, ca. zwei Drittel hingegen auf den (hauptsächlich männlichen) Bereich der Polizei. Es zeigt sich aber, dass sowohl bei den Lehrkräften als auch bei den Polizeikräften im gehobenen Dienst die Frauenanteile an den Beschäftigten zurückbleiben. Auch für die übrigen Laufbahngruppen gilt dies ganz überwiegend, wobei der Unterschied im mittleren und höheren Dienst bei den Beamtinnen niedriger liegt.

Auch die Einzelbetrachtung der Ressorts zeigt, dass Frauen gemessen an ihrem jeweiligen Beschäftigtenanteil nach wie vor in den meisten Ressorts bei Beförderungen im Land Nordrhein-Westfalen unterrepräsentiert sind. Die Situation verschlechterte sich überwiegend sogar im Vergleich zu 2006. Ein Grund für die Unterrepräsentanz von Frauen bei Beförderungen ist in der hohen Teilzeitquote von Frauen zu sehen, denn der Anteil beförderter oder höher gruppierter Teilzeitkräfte liegt deutlich unter ihrem Bereich an den Beschäftigten insgesamt. [...]

Der Zweck des AGG besteht – wie dessen § 1 zeigt – darin, bestehende Benachteiligungen in einem Beschäftigungsverhältnis – u.a. auch im Hinblick auf das Geschlecht des Arbeitnehmers – zu verhindern oder zu beseitigen. Diese Art rechtmäßiger Zwecksetzung verfolgt auch die Regelung des § 15 Abs. 3 Satz 1 LGG, die bestimmt, dass als Gleichstellungsbeauftragte eine Frau zu bestellen ist, (vgl. hierzu auch v. Roetteken, AGG, a.a.O., § 8 Rdnr. 58; Wankel/Horstkötter, in: Schiek/Dieball/Horstkötter/Seidel/Vieten/Wankel, Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, 2. Aufl., 2002, § 15 LGG NRW Rdnr. 2546), denn es geht in diesem Amt – wie die Aufgabenstellung zeigt: z.B. die Aufstellung und Änderung von Frauenförderplänen (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 LGG) oder die Beratung und Unterstützung der Beschäftigten in Fragen der Gleichstellung (§ 17 Abs. 2 LGG) oder auch als Ansprechpartner in psychosozialen Notlagen von Frauen (insbesondere bei sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz) oder die Beratung von Betroffenen in Frauenhäusern etc. – um Problem- und Lebenslagen mit frauenspezifischen Charakter.

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung in § 15 Abs. 3 Satz 1 LGG auch angemessen i.S.d. § 8 Abs. 1 AGG. Es geht in diesem Amt hauptsächlich um die Gleichstellung von Frauen und Männern, insbesondere den derzeit (noch) bestehenden Abbau von Nachteilen für Frauen im privaten und öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis. Der Landesgesetzgeber wollte vor dem Hintergrund des geringeren Frauenanteils in einzelnen Laufbahnen, der weiteren Zunahme von Teilzeitbeschäftigten bei Frauen und des geringeren Anteils an Frauen bei Be-

förderungen bzw. Höhergruppierungen mit dem LGG die Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst herbeiführen und der strukturellen Benachteiligung von Frauen im öffentlichen Dienst entgegenwirken. (Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Landesregierung zum LGG vom 27.05.1999, LT-Drs. 12/3959 S. 40 f.) Der Gesetzgeber durfte, ohne seinen verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraum oder seine Einschätzungsprärogative zu überschreiten, um eine echte Gleichstellung herbeizuführen, zu einer derart pauschalen Regelung greifen und eine Bestellung von Männern in dieses Amt von vornherein ausschließen, (vgl. auch: v. Roetteken, AGG, a. a. O., § 8 Rdnr. 77; v. Roetteken, Bundesgleichstellungsgesetz, Bd. 1, BGleichG § 16 Rdn. 99).

Ein weiterer sachlicher und tragfähiger Grund für den Ausschluss von Männern ergibt sich aus der Aufgabe der Gleichstellungsbeauftragten, in Problem- und Lebenslagen zu beraten, deren grundlegender Charakter ein frauenspezifischer ist. Die Empathie von Frauen und Männern ist unterschiedlich. Es geht nicht darum, dass nicht auch Männer – insbesondere mit der entsprechenden Sozialisation wie der Kläger – Verständnis für die Probleme der Frauen haben könnten. Frauen können aber Empfindungen anderer Frauen anders, und zwar auch aus ihrer eigenen Erfahrung verstehen. Frauen sind in der Lage – gerade bei sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz oder bei Problemen mit Familie und Beruf – aus der eigenen Gefühls- und Gedankenwelt heraus, sich in andere Frauen einzufühlen. Die Distanz, sich in diesen Fragen von einer Frau an eine andere Frau zu wenden, ist geringer als zu Männern. Die Bestellung eines Mannes zur Gleichstellungsbeauftragten birgt die (typisierende) Gefahr, dass sich Frauen diesem gegenüber – zumindest in frauenspezifischen Angelegenheiten – nicht anvertrauen und die Funktion der Gleichstellungsbeauftragten als Instrument der Gleichstellung als bloßer politischer Programmsatz und als Hülse ohne Kern übrig bleibt (vgl. auch Mayer, Die Frauenbeauftragte in der kommunalen Verwaltung, 1996, S. 21).

Die Beschränkung auf die Bestellung allein von Frauen zur Gleichstellungsbeauftragten steht auch im Einklang mit Art. 3 Abs. 2 u. 3 Satz 1 GG, insbesondere auch vor dem Hintergrund des Abs. 2 Satz 2, wonach der Staat zum einen die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung fördert und zum anderen auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirkt. Diese verfassungsrechtliche Regelung beinhaltet zugleich ein Gleichberechtigungsgebot, sie enthält den bindenden Auftrag an den Staat, für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter

durchzusetzen und zielt auch auf eine de facto Angleichung der Lebensverhältnisse ab. Die Gleichberechtigung der Geschlechter soll danach auch in der gesellschaftlichen Wirklichkeit durchgesetzt und überkommene Rollen überwunden werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.9.1995 – 1 BvL 18/93 u.a., BVerfGE 92, 91; BVerwG, Urteil vom 18.07.2002 – 3 C 54.01 -, DVBl. 2003, 139; vgl. auch OVG NRW, Beschluss vom 26.08.2010 – 6 B 540/10 -, DÖD 2010, 298).

In diesem Zusammenhang ist auch Art. 33 Abs. 2 GG zu sehen. Dass der Gesetzgeber zum Zwecke der Herstellung der Gleichberechtigung an tatsächliche Gegebenheiten und spezifische Eigenschaften, Erfahrungen und Kenntnisse, die mit Blick auf die frauenspezifische Ausrichtung der Position einer Gleichstellungsbeauftragten nur Frauen haben können angeknüpft hat, stellt einen hinreichenden sachlichen Differenzierungsgrund dar (vgl. auch v. Roetteken, AGG, a.a.O., § 8 Rdnr. 77; v. Roetteken, , BGleichG, a.a.O. § 16 Rdn. 100; Böhm, Frauenförderungsgesetz Sachsen-Anhalt, Ordner I, Mai 2003, § 14 FrFG LSA Rdnr. 61; Mayer, a.a.O. S. 21, 22; Weinriever-Hofer/Limburg/Dohrn, Gesetz zur Gleichstellung der Frauen im öffentlichen Dienst (GstG) für Schleswig-Holstein, § 18 Anm. 2.6; vgl. auch LT-Drcks 12/3959 S. 41 f.; a.A. soweit ersichtlich nur Kremer, in: VR 2002, 15, 18).

Auch ein Verstoß gegen das Europarecht ist weder seitens des Klägers dargetan noch sonst ersichtlich. Art. 14 Abs. 1 a) der RL 2006/54/EG untersagt im Hinblick auf die Auswahlentscheidung zum Zugang zur Beschäftigung oder zum beruflichen Aufstieg jedwede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, jedoch können die Mitgliedstaaten nach Abs. 2 dieser Regelung vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines geschlechtsbezogenen Merkmals keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Auch hat der Europäische Gerichtshof, (vgl. EuGH, Urteil vom 30. Juni 1988 – 318/86 -, Slg 1988, 3559, Rn. 17), entschieden, dass die Mitgliedsstaaten berechtigt sind, bestimmte Beschäftigungsfunktionen den Angehörigen eines bestimmten Geschlechts vorzubehalten.

Von der Ausnahmeregelung in Art. 14 Abs. 2 der RL 2006/54/EG hat der Gesetzgeber durch die §§ 8 und 5 AGG in zulässiger Weise Gebrauch gemacht. In diesem Zusammenhang ist es zulässig, durch die

Beschränkung des Amtes der Gleichstellungsbeauftragten auf Frauen zum einen den spezifischen Anforderungen an das Amt Rechnung zu tragen und zum anderen die Akzeptanz der Tätigkeit von Gleichstellungsbeauftragten vor allem bei weiblichen Beschäftigten zu erhöhen und deutlich zu machen, dass es bei der Tätigkeit von Gleichstellungsbeauftragten im Kern um die Gleichstellung von Frauen mit Männern und damit um die Herbeiführung einer Gleichstellung auch in tatsächlicher Hinsicht im Beschäftigungsverhältnis geht, (vgl. v. Roetteken, , BGleichG, a.a.O. § 16 Rdn. 100).

(3) Unabhängig davon ergibt sich im vorliegenden Fall eine Rechtfertigung für die Ausschreibung der Stelle der Gleichstellungsbeauftragten in weiblicher Form auch aus der Vorschrift des § 5 AGG. Nach Maßgabe dieser Regelung ist ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 AGG sowie in § 20 AGG genannten Gründen eine unterschiedliche Behandlung auch dann zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen (sog. positive Maßnahmen). Die Vorschrift steht eigenständig neben den Rechtfertigungsgründen der §§ 8 bis 10 AGG („ungeachtet“), (vgl. auch Voigt, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, a.a.O., § 5 Rdnr. 10). § 5 AGG dient damit dem Zweck, Maßnahmen zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung hinsichtlich der in § 1 AGG genannten Merkmale zu gestatten (vgl. v. Roetteken, AGG, a.a.O., § 5 Rdnr. 4). Um eine derartige positive Maßnahme handelt es sich bei der Regelung des § 15 Abs. 3 Satz 1 LGG, wonach als Gleichstellungsbeauftragte zwingend eine Frau zu bestellen ist, (vgl. hierzu auch: Berghahn/Schultz, Rechtshandbuch für Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte, Stand: Mai 2013, 3.11 Nordrhein-Westfalen, Rdnr. 8; Bau-

er/Göpfert/Krieger, AGG, a.a.O., § 5 Rdnr. 7), da diese Regelung – wie bereits oben ausgeführt – eine geeignete und angemessene Maßnahme darstellt, durch die die bestehenden Nachteile wegen des Geschlechts verhindert bzw. ausgeglichen werden sollen. [...]

bb. Unabhängig hiervon hat der Kläger auch deshalb keinen Anspruch auf Schadensersatz, da den Beklagten kein Verschulden trifft. § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG stellt klar, dass ein Schadensersatzanspruch nach Satz 1 nur besteht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung zu vertreten hat (vgl. Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, a.a.O., § 15 Rdnr. 15; v. Roetteken, AGG, a.a.O., § 15 Rdnr. 49) und setzt gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass der Beklagte die Stellenbewerbung des Klägers aus geschlechtsspezifischen Gründen zumindest fahrlässig abgelehnt haben muss. [...] Hat der Beklagte mit Blick auf den die Behörde bindenden Grundsatz des Gesetzvorhangs und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung lediglich ein für ihn bindendes und geltendes Gesetz angewandt, hätte er allenfalls nur dann gegenüber dem Kläger mit der Stellenbewerbungsabsage fahrlässig gehandelt, wenn er von der Gültigkeit dieses Gesetzes zum Zeitpunkt der Absage nicht hätte ausgehen dürfen. [...]

2. Der Kläger hat gegen den Beklagten auch keinen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Nach Maßgabe dieser Bestimmung kann ein benachteiligter Beschäftigter wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Der Eintritt eines immateriellen Schadens (in Form der Persönlichkeitsverletzung) wird nach der Gesetzeskonzeption im Falle einer verbotenen Benachteiligung unwiderlegbar vermutet. D.h. es kommt für die Zahlung einer Entschädigung nicht darauf an, ob der benachteiligte Beschäftigte sich tatsächlich diskriminiert fühlt oder gar psychische Schäden erleidet. Die „Dünn- oder Dickhäutigkeit“ des betroffenen Arbeitnehmers spielt daher auch für die Höhe der Entschädigung keine Rolle, (vgl. Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, a.a.O., § 15 Rdnr. 36).

Im Gegensatz zu § 15 Abs. 1 AGG ist der Entschädigungsanspruch nach Abs. 2 verschuldensunabhängig. Die Regelung des § 15 Abs. 1 Satz 2 AGG gilt weder unmittelbar noch analog für § 15 Abs. 2 AGG, (vgl. v. Roetteken, AGG, a.a.O. § 15 Rdnr. 49a, 54; Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2007, § 15 Rdnr. 58; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, a.a.O., § 15 Rdnr. 32). § 15 Abs. 2 AGG enthält nur eine Rechtsfolgenregelung, für die Anspruchsvoraussetzungen ist auf § 15 Abs. 1 AGG zurückzugreifen, (vgl. BAG, Urteil vom

24.01.2013 – 8 AZR 429/11 -, NJW 2013, 2055), so dass auch im Rahmen dieses Entschädigungsanspruchs ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG vorliegen muss (vgl. auch Nds. OVG, Urteil vom 10.01.2012 – 5 LB 9/10 -, NVwZ-RR 2012, 733).

Das erkennende Gericht hat bereits oben unter I.1.b.aa.(1) festgestellt – auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen –, dass der Kläger nicht in einer vergleichbaren Situation i.S.d. § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 3 Abs. 1 AGG war, da er bereits als objektiv ungeeigneter Bewerber nicht „wegen“ seines Geschlechts benachteiligt werden konnte. Darüber hinaus fehlt es – wie bereits oben dargestellt – mit Blick auf den Inhalt des Bewerbungsschreibens vom 2. März 2011 und des Verhaltens des Klägers danach auch an einer subjektiv ernsthaften Bewerbung. Darüber hinaus war die nur an Frauen gerichtete Ausschreibung der Stelle der Gleichstellungsbeauftragten nach § 15 Abs. 3 Satz 1 LGG sowohl i.V.m. § 8 AGG als auch (unabhängig hiervon) i.V.m. § 5 AGG gerechtfertigt. Hierzu wird auf die Ausführungen unter I.1.b.aa.(2) und (3) verwiesen.

Schließlich ist der Entschädigungsanspruch unabhängig hiervon auch wegen des erheblichen Mitverschuldens des Klägers ausgeschlossen. § 254 Abs. 1 BGB ist auch im Rahmen des § 15 Abs. 2 AGG anwendbar. (vgl. Däubler/Bertzbach, AGG, a. a. O. § 15 Rdnr. 68; v. Roetteken, AGG, a. a. O., § 15 Rdnr. 58). Dieses Mitverschulden des Klägers überwiegt und führt im vorliegenden Fall zu einem Ausschluss eines Entschädigungsanspruchs, da der Kläger es unterlassen hat, nach der Ablehnung seiner Bewerbung um gerichtlichen einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen. [...]

II.

Der Kläger hat gegen den Beklagten auch keinen Schadensersatzanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. § 20 Abs. 6 LBG NRW und § 9 BeamStG wegen unterbliebener Beförderung. Ein Beamter kann von seinem Dienstherrn Ersatz des ihm durch die Nichtbeförderung entstandenen Schadens verlangen, wenn der Dienstherr bei der Vergabe eines Beförderungsamtes den aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Anspruch des Beamten auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl schuldhaft verletzt hat, ihm das Amt ohne diesen Rechtsverstoß voraussichtlich übertragen worden wäre und er es nicht schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Rechtsgrundlage dieses – unabhängig vom Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB, Art. 34 Satz 1 GG) bestehenden – Anspruchs ist das Beamtenverhältnis, (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.11.2012 – 2 C 6.11 -, ZBR 2013, 246) [...].