

Aktenzeichen: 8 AZR 365/97
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 12. November 1998
- 8 AZR 365/97 -

I. Arbeitsgericht
Minden

Urteil vom 13. Mai 1996
- 3 Ca 2038/95 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 10. April 1997
- 17 Sa 1870/96 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Ja

Entscheidungsstichwort:

Entschädigung wegen Geschlechtsdiskriminierung bei Ein-
stellung

Gesetz:

BGB § 611 a; ArbGG § 61 b; Gleichbehandlungsrichtlinie
76/207/EWG vom 9. Februar 1976 Art. 2 Abs. 2; GG Art. 3
Abs. 2, Art. 33 Abs. 2; Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-
Westfalen vom 17. Oktober 1994 §§ 5, 12

Leitsätze:

1. § 611 a Abs. 2 Satz 1 BGB stellt nicht auf die formale Po-
sition eines allein durch die Einreichung eines Bewerbungs-
schreibens begründeten Status als "Bewerber", sondern auf die
materiell zu bestimmende objektive Eignung als Bewerber ab.
Deshalb kann im Stellenbesetzungsverfahren nur benachteiligt
werden, wer sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objek-
tiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt.

2. Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts
ist gemäß § 611 a Abs. 1 BGB nur zulässig, wenn die Differen-
zierung sich an der auszuübenden Tätigkeit orientiert und ein
bestimmtes Geschlecht "unverzichtbare Voraussetzung" für die-
se Tätigkeit ist. Allein ein sachlicher Grund rechtfertigt
keine geschlechtsbezogene Differenzierung.

3. Das weibliche Geschlecht ist keine unverzichtbare Voraus-
setzung der Bestellung zur Gleichstellungsbeauftragten gemäß
§ 5 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen.

8 AZR 365/97
17 Sa 1870/96 Hamm

Verkündet am
12. November 1998

Bartel,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. November 1998 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ascheid, die Richter Dr. Wittek und Dr. Müller-Glöge sowie den ehrenamtlichen Richter Noack und die ehrenamtliche Richterin Iskra für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 10. April 1997 - 17 Sa 1870/96 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger fordert Entschädigung wegen Benachteiligung im Stellenbesetzungsverfahren einer kommunalen Gleichstellungsbeauftragten.

Der am 1969 geborene Kläger legte im Jahre 1989 das Abitur mit Berufsausbildung zum Schlosser ab. Danach absolvierte er bei der Nationalen Volksarmee der DDR den Grundwehrdienst. Seit dem Sommersemester 1991 studierte er an der Freien Universität Berlin Rechtswissenschaften mit dem Wahlfach „Arbeitsrecht“. Die neun Klausuren zum Ersten Juristischen Staatsexamen schrieb er im September und Oktober 1995. Die mündliche Prüfung fand am 9. Februar 1996 statt. Der Kläger bestand das Erste Juristische Staatsexamen und begann am 1. August 1996 den Referendardienst im Lande Berlin. Im Sommersemester 1996 nahm er an der Freien Universität Berlin das Studium in den Studiengängen Japanologie, Religionswissenschaften und Geschichte auf.

Im Lande Nordrhein-Westfalen wurde mit Wirkung vom 17. Oktober 1994 die Gemeindeordnung des Landes (GO NW) neu gefaßt. Danach lauten:

„§ 5

Gleichstellung von Frau und Mann

- (1) Die Verwirklichung des Verfassungsgebots der Gleichberechtigung von Frau und Mann ist auch eine Aufgabe der Gemeinden. Zur Wahrnehmung dieser Aufgabe können die Gemeinden Gleichstellungsbeauftragte bestellen.
- (2) In kreisangehörigen Städten und Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern sowie in kreisfreien Städten sind grundsätzlich hauptamtlich tätige Gleichstellungsbeauftragte zu bestellen.
- (3) Die Gleichstellungsbeauftragte wirkt bei allen Vorhaben und Maßnahmen der Gemeinde mit, die die Belange von Frauen berühren oder Auswirkungen auf die Gleichberechtigung von Frau und Mann und die Anerkennung ihrer gleichberechtigten Stellung in der Gesellschaft haben. Das Nähere regelt die Hauptsatzung.“

In § 12 GO NW 1994 heißt es:

„Die Funktionsbezeichnungen dieses Gesetzes werden in weiblicher oder männlicher Form geführt.“

Aufgrund dieser Änderung der Gemeindeordnung beschlossen die Gremien der Beklagten, einer kreisangehörigen Stadt mit etwa 37.000 Einwohnern, die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten mit einer Wochenarbeitszeit von 30 Arbeitsstunden sowie einer Vergütung nach Vergütungsgruppe IV b der Anlage 1 a zum BAT einzurichten.

Danach wurde in verschiedenen regionalen Zeitungen folgende Stellenausschreibung veröffentlicht:

„Bei der Stadt P (ca. 37.000 Einwohner)

ist die neu eingerichtete und unmittelbar dem Stadtdirektor unterstellte Teilzeitstelle (30 Wochenstunden) einer

Gleichstellungsbeauftragten

baldmöglichst zu besetzen.

Aufgabe ist es, Gleichstellungsprobleme aufzuzeigen und Lösungsmöglichkeiten zur Verwirklichung des Verfassungsauftrages der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Rahmen der kommunalen Aufgabenstellung zu entwickeln. Dazu wirkt die Gleichstellungsbeauftragte bei allen Vorhaben und Maßnahmen der Stadt mit, die die Belange von Frauen berühren und Auswirkungen auf die Gleichberechtigung von Frau und Mann und die Anerkennung ihrer gleichberechtigten Stellung in der Gesellschaft haben.

Die konkrete Aufgabenstellung wird in einer Dienstanweisung geregelt.

Bewerberinnen sollen über eine dem Fachgebiet entsprechende Fachhochschulausbildung oder eine ähnliche Qualifikation verfügen. Erfahrungen in der Frauenarbeit und in der Kommunalverwaltung wären von Vorteil. Außerdem sollten sie verantwortungs- und kontaktfreudig sein, Einfühlungs- und Überzeugungsvermögen haben sowie Eigeninitiative und Bereitschaft zur konstruktiven und kooperativen Zusammenarbeit zeigen.

Die Vergütung erfolgt nach Vergütungsgruppe IV b 1 a BAT.

Bewerbungen mit den üblichen Unterlagen (Lebenslauf, Lichtbild, Zeugniskopien und Tätigkeitsnachweisen) sind innerhalb von vier Wochen nach Erscheinen dieser Anzeige zu richten an

die Stadt P
Haupt- und Personalamt P .“

Insgesamt gingen 13 Bewerbungen bei der Beklagten ein. Nachdem der Haupt- und Finanzausschuß des Rates der Beklagten am 28. Juni 1995 beschlossen hatte, aus fachlichen Gründe keine der 13 Bewerberinnen einzustellen, sondern die Stelle nochmals auszuschreiben, wurde folgende Stellenausschreibung in verschiedenen regionalen Zeitungen veröffentlicht:

„Bei der Stadt P (ca. 37.000 Einwohner)

ist die neu eingerichtete und unmittelbar dem Stadtdirektor unterstellte Teilzeitstelle (30 Wochenstunden) einer

Gleichstellungsbeauftragten

baldmöglichst zu besetzen.

Die Vergütung erfolgt nach Vergütungsgruppe IV b 1 a BAT.

Aufgabe ist es, Gleichstellungsprobleme aufzuzeigen und Lösungsmöglichkeiten zur Verwirklichung des Verfassungsauftrages der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Rahmen der kommunalen Aufgabenstellung zu entwickeln. Dazu wirkt die Gleichstellungsbeauftragte bei allen Vorhaben und Maßnahmen der Stadt mit, die die Belange von Frauen berühren und Auswirkungen auf die Gleichberechtigung von Frau und Mann und die Anerkennung ihrer gleichberechtigten Stellung in der Gesellschaft haben.

Die konkrete Aufgabenstellung wird in einer Dienstanweisung geregelt.

Bewerberinnen sollten über eine dem Fachgebiet entsprechende Hochschul-/Fachhochschulausbildung im sozialen oder sozialpädagogischen Bereich bzw. über eine vergleichbare Qualifikation verfügen.

Wir erwarten

- fundierte frauenpolitische Kenntnisse sowie Fähigkeit zur Wahrnehmung und Lösung von Gleichstellungsproblemen.

Erwünscht sind

- Erfahrungen in der Frauenarbeit und in der Kommunalverwaltung.

Sie bringen folgende Eigenschaften mit

- Fähigkeit zu selbständiger konzeptioneller Arbeit und eigenen Initiativen,
- Bereitschaft zur konstruktiven und kooperativen Zusammenarbeit,
- Verantwortungsbewußtsein, Kontaktfähigkeit,
- Einfühlungs- und Überzeugungsvermögen,
- Durchsetzungskraft sowie Verhandlungsgeschick.

Bewerbungen mit den üblichen Unterlagen (Lebenslauf, Lichtbild, Zeugniskopien und Tätigkeitsnachweisen) sind innerhalb von vier Wochen nach Erscheinen dieser Anzeige zu richten an

die Stadt P

Haupt- und Personalamt P

.“

Auf diese zweite Stellenausschreibung bewarben sich insgesamt 17 Frauen und der Kläger.

Die handschriftliche Bewerbung des Klägers vom 20. September 1995 ging am 25. September 1995 bei der Beklagten ein und hatte folgenden Wortlaut:

„Sehr geehrte Damen und Herren,
ich bewerbe mich um die von Ihnen ausgeschriebene Stelle eines Frauenbeauftragten. Gleichzeitig bitte ich Sie, mir mitzuteilen, welche Unterlagen noch benötigt werden, da ich dieses Schreiben zur Fristwahrung zunächst ohne Anlagen an Sie richte.“

Die Beklagte antwortete dem Kläger mit Schreiben vom 26. September 1995, daß aus § 5 Abs. 3 der Gemeindeordnung NW eindeutig hervorgehe, die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten könne nur von einer Frau wahrgenommen werden. Von daher könne die Bewerbung des Klägers zum Frauenbeauftragten keine Berücksichtigung finden.

Der Kläger machte mit Schreiben vom 23. Oktober 1995 einen „Schadenersatzanspruch gem. § 611 a Abs. 2 Satz 1 BGB“ geltend und forderte die Beklagte zur Zahlung von drei Monatsgehältern auf. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 26. Oktober 1995 ab, weil es ihrer Ansicht nach eindeutig sei, daß Gleichstellungsbeauftragte nur Frauen sein könnten.

Mit der am 29. November 1995 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger geltend gemacht, die Beklagte habe ihn im Stellenbesetzungsverfahren wegen seines Geschlechts benachteiligt. Das weibliche Geschlecht sei keine unverzichtbare Voraussetzung einer Gleichstellungsbeauftragten bei der Beklagten. Insbesondere ergebe sich dies nicht aus § 5 der Gemeindeordnung NW, denn die Funktionsbezeichnungen dieser Gemeindeordnung seien gemäß § 12 jeweils in weiblicher und männlicher Form zu lesen. Die Funktionen einer Gleichstellungsbeauftragten könnten nicht nur von einer Frau, sondern genauso gut von einem Mann

wahrgenommen werden. Hilfsweise hat er geltend gemacht, sähe § 5 Abs. 3 der Gemeindeordnung zwingend das weibliche Geschlecht als Bestimmungsvoraussetzung vor, würde dieses Landesgesetz gegen die EWG-Richtlinie vom 9. Februar 1976 und gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstoßen und nichtig sein.

Der Kläger hat in der Güteverhandlung am 2. Februar 1996 zu Protokoll erklärt, er wisse nicht, ob er die Stelle angenommen und das Studium aufgegeben hätte, wenn er die Stelle bekommen hätte. Schriftsätzlich hat der Kläger behauptet, vor seiner Bewerbung bei der Beklagten habe er sich bereits grundsätzliche Gedanken dahin gehend gemacht, ob er nach dem Abschluß seines Jurastudiums die Ausbildung im juristischen Referendardienst fortsetzen oder eine andere geeignete Stelle suchen sollte. Zur Zeit seiner Bewerbung habe er damit rechnen müssen, daß er bei Bestehen der Ersten Juristischen Staatsprüfung etwa 12 Monate bis zur Einstellung in den juristischen Referendardienst des Landes Berlin hätte warten müssen. In dieser Situation habe ihn sein Cousin Falk S darüber informiert, daß die Beklagte in regionalen Zeitungen die Besetzung einer Stelle eines/einer Frauenbeauftragten ausgeschrieben habe. Er habe diese Stellenausschreibung der Beklagten zwar nie selbst gesehen, ihm sei aber diese Stelle interessant erschienen, weil er während seines Studiums die Probleme der Ungleichbehandlung der Frauen im Arbeitsleben kennengelernt habe. Er habe die Möglichkeit gesehen, auf der von der Beklagten ausgeschrieben Stelle zur Lösung dieser Ungleichbehandlung von Frauen im Arbeitsleben beizutragen. Desweiteren habe er sich auf dieser Stelle im allgemeinen Kommunalrecht weiterbilden können. Die Arbeitsstelle sei für ihn interessant gewesen, weil seine Tante in Bad O wohne und er selbst in Bad

O einen Nebenwohnsitz habe. Er habe sich dann dafür entschieden, für den Fall der Einstellung den juristischen Referendardienst nicht aufzunehmen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine Entschädigung zu zahlen, deren Höhe vom Gericht zu bestimmen sei, mindestens jedoch in Höhe eines Monatsgehaltes der(s) Gleichstellungsbeauftragten von 3.000,00 DM.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, § 5 Abs. 3 Gemeindeordnung NW schreibe zwingend die Besetzung der nach § 5 Abs. 2 einzurichtenden Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau vor. Diese landesgesetzliche Besetzungsregelung sei sachlich gerechtfertigt, weil die Gleichstellungsbeauftragte innerhalb der Gemeinde die Gleichberechtigung fördern und Frauen bei ihren Problemen helfen solle. Eine solche Gleichstellungsbeauftragte solle Ansprechpartner aller Frauen einer Gemeinde und nicht nur solcher Frauen sein, die sich vielleicht von sich aus mit ihren Problemen auch einem Mann anvertrauen würden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Kläger sich nur zum Schein beworben habe und deshalb die Erhebung eines Entschädigungsanspruchs rechtsmißbräuchlich sei. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist nicht begründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen.

A. Das Landesarbeitsgericht hat im wesentlichen ausgeführt, die Beklagte schulde dem Kläger keine Entschädigung gemäß § 611 a Abs. 2 BGB. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Erhebung des Entschädigungsanspruchs gegen Treu und Glauben verstoße, denn die Beklagte habe § 611 a Abs. 1 BGB nicht verletzt. Nach § 5 Abs. 3 Gemeindeordnung NW sei die Beklagte gesetzlich verpflichtet, die bei ihr zu errichtende Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau zu besetzen. Hierbei handele es sich um eine nach § 611 a Abs. 1 Satz 2 BGB, Art. 3 Abs. 2 und 3 GG und Art. 2 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie vom 9. Februar 1976 zulässige Differenzierung nach dem Geschlecht, weil die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit den Einsatz eines bestimmten Geschlechts sachlich rechtfertige. Im übrigen habe die Beklagte einen etwaigen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nicht zu vertreten.

B. Der Begründung des Berufungsurteils kann nicht gefolgt werden, sie ist in mehreren Punkten rechtsfehlerhaft.

I. Die Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts, § 5 Abs. 3 Gemeindeordnung NW enthalte die zwingende Vorgabe, die einzurichtende Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau zu besetzen, ist unzutreffend. Der Wortlaut der Norm legt zwar die Annahme nahe, das Gesetz erwarte die Besetzung der Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau, doch enthält das Gesetz keine zwingende Regelung dieses Inhalts.

1. Die Pflicht kreisangehöriger Städte und Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern sowie der kreisfreien Städte, hauptamtlich tätige Gleichstellungsbeauftragte zu bestellen, folgt aus § 5 Abs. 2 Gemeindeordnung NW. Besondere Anforderungen an die Person stellt das Gesetz nicht auf. Insbesondere wird in § 5 Abs. 2

ebensowenig wie in § 5 Abs. 1 Gemeindeordnung NW ein bestimmtes Geschlecht für die Bestellung vorausgesetzt, denn der Begriff „Gleichstellungsbeauftragte“ wird in der Mehrzahl verwendet. Deshalb ist nicht erkennbar, ob Frauen und Männer oder allein Frauen für die Bestellung in Betracht kommen. Demgegenüber steht derselbe Begriff in § 5 Abs. 3 Gemeindeordnung NW in der Einzahl und spricht damit von den Aufgaben einer (weiblichen) Gleichstellungsbeauftragten. Doch befaßt sich § 5 Abs. 3 allein mit den Aufgaben und den Funktionen der Gleichstellungsbeauftragten, eine Regelung der Bestellung und insbesondere der persönlichen Voraussetzungen einer Bestellung findet sich in diesem Absatz nicht. Damit folgt aus dem Wortlaut des Gesetzes keine Einschränkung der bestellungsfähigen Personen auf Angehörige des weiblichen Geschlechts. Zudem steht § 12 der Gemeindeordnung NW einer den Wortlaut der Norm übersteigenden Auslegung des § 5 entgegen. Danach sind Funktionsbezeichnungen der Gemeindeordnung NW in weiblicher oder männlicher Form zu führen. Damit hat das Gesetz verdeutlicht, daß es im Interesse einer sprachlichen Vereinfachung jeweils die Funktionsbezeichnungen nur in einer Geschlechtsform anspricht, jedoch im Einzelfall die geschlechtlich zutreffende sprachliche Fassung gemeint sei. Damit spricht § 5 Abs. 3 mit der gewählten weiblichen Fassung zugleich männliche Amtsinhaber und deren Aufgaben an.

2. Ob die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Bediensteten der eingeschalteten Ministerien des Landes andere Vorstellungen verfolgten, ist für die Gesetzesauslegung unerheblich. Ein besonderer Wille des Landtages des Landes Nordrhein-Westfalen ist jedenfalls nicht erkennbar geworden. Zudem hätte ein entsprechender Wille Ausdruck im Gesetzeswortlaut selbst finden müssen, denn angesichts der in Art. 3 Abs. 2 GG uneinschränkbar gewährleisteten Gleichberechtigung der Geschlechter hätte eine landesgesetzliche Regelung, die hiervon abweichen wollte,

dies unmißverständlich ausdrücken müssen. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Landesgesetzgeber überhaupt die Stelle einer kommunalen Gleichstellungsbeauftragten allein den Angehörigen eines Geschlechts vorbehalten darf, ohne gegen Art. 3 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 GG zu verstoßen. Aus dem gleichen Grunde erübrigt sich die Vorlage an den EuGH wegen der fraglichen Vereinbarkeit mit der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG vom 9. Februar 1976.

II. Das Berufungsurteil ist weiterhin rechtsfehlerhaft, weil es angenommen hat, ein Verstoß gegen § 611 a Abs. 1 BGB liege bereits dann nicht vor, wenn die Differenzierung nach dem Geschlecht „sachlich gerechtfertigt“ sei.

1. § 611 a Abs. 1 Satz 2 BGB erlaubt eine geschlechtsbezogene Unterscheidung nur dann, wenn die Differenzierung sich an der auszuübenden Tätigkeit orientiert und ein bestimmtes Geschlecht „unverzichtbare Voraussetzung“ für diese Tätigkeit ist. Der Wortlaut der Norm ist eindeutig und entspricht der europarechtlichen Vorgabe, die Differenzierungen nur erlaubt, wenn ein bestimmtes Geschlecht „unabdingbare Voraussetzung“ der beruflichen Tätigkeit darstellt (Art. 2 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG vom 9. Februar 1976). Eine unverzichtbare Voraussetzung in diesem Sinne stellt erheblich höhere Anforderungen an das Gewicht des die Ungleichbehandlung rechtfertigenden Umstandes als ein sachlicher Grund, denn das Geschlecht ist nur dann unverzichtbar, wenn ein Angehöriger des jeweils anderen Geschlechts die vertragsgemäße Leistung nicht erbringen könnte und dieses Unvermögen auf Gründen beruht, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügen.

2. Ein abweichender Schluß kann nicht aus § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB gezogen werden. Wenn dort im Rahmen der Regelung der Darlegungs- und Beweislast

das Gesetz neben der unverzichtbaren Voraussetzung auch sachliche Gründe anspricht, die eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter rechtfertigen können, betrifft dies nicht die (gegebenenfalls verdeckte) unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts, sondern die gleichfalls nach § 611 Abs. 1 Satz 1 BGB verbotene mittelbare Diskriminierung. Die Richtlinie 76/207/EWG vom 9. Februar 1976 verbietet mittelbare Diskriminierungen. § 611 a Abs. 1 Satz 1 BGB dient der Umsetzung dieser Richtlinie und ist gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Deshalb wird das Verbot der mittelbaren Diskriminierung von § 611 a BGB mitumfaßt. Da eine mittelbare Diskriminierung nicht durch das Abstellen auf ein bestimmtes Geschlecht begründet wird, kann es insofern den Fall nicht geben, daß das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung der Differenzierung ist. Eine mittelbare Diskriminierung ist aber ausgeschlossen, wenn die sich beim Vergleich der begünstigten und benachteiligten Gruppen ergebende Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG Urteil vom 5. März 1997 - 7 AZR 581/92 - AP Nr. 123 zu § 37 BetrVG 1972, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

Die Vergabe einer beruflichen Position wie die einer Gleichstellungsbeauftragten ausschließlich an Angehörige des weiblichen Geschlechts würde (offen) unmittelbar an das Geschlecht anknüpfen und könnte deshalb nicht durch bloße sachliche Gründe gerechtfertigt werden.

3. Die Voraussetzung der Unverzichtbarkeit des weiblichen Geschlechts für die Besetzung der Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten bei der Beklagten ist von der insofern darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht dargetan worden.

a) Insbesondere ergibt sich die Unverzichtbarkeit nicht aus der Gemeindeordnung NW. Die nach der Gemeindeordnung NW der Gleichstellungsbeauftragten gestellte Aufgabe, an allen Vorhaben und Maßnahmen der Gemeinde mitzuwirken, die die Belange von Frauen berühren und Auswirkungen auf die Gleichberechtigung von Frau und Mann und die Anerkennung ihrer gleichberechtigten Stellung in der Gesellschaft haben, läßt es offen, ob sie allein von Angehörigen des weiblichen Geschlechts wahrgenommen werden könnte. Vielmehr werden spezifische Kenntnisse oder Erfahrungen der Stelleninhaber gesetzlich nicht vorausgesetzt. Deshalb kann nicht beurteilt werden, ob diese Voraussetzungen allein von den Angehörigen eines bestimmten Geschlechts oder gegebenenfalls nur eines Teiles der Angehörigen eines bestimmten Geschlechts erfüllt werden können. Sollte letzteres der Fall sein, wäre Differenzierungskriterium nicht das Geschlecht, sondern das Vorhandensein der spezifischen Kenntnisse und Erfahrungen.

b) Daß die Beklagte im Rahmen der Stellenbesetzung über das Gesetz hinausgehende geschlechtsspezifische Voraussetzungen aufgestellt und damit eine unverzichtbare Voraussetzung für die Stellenbesetzung geschaffen habe, ist gleichfalls nicht dargetan worden. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob die Beklagte hierzu überhaupt nach Abschluß des Stellenbesetzungsverfahrens noch vortragen könnte. Wegen der hervorragenden Bedeutung der Stellenausschreibung für die Frage, welche Differenzierungsgründe im späteren gerichtlichen Verfahren noch berücksichtigt werden können, wird auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. November 1993 (- 1 BvR 258/86 - BVerfGE 89, 276 = AP Nr. 9 zu

§ 611 a BGB) verwiesen. Danach geht das Bundesverfassungsgericht sogar davon aus, es handele sich um ein Nachschieben von Rechtfertigungsgründen, wenn die Differenzierungsgründe nicht bereits in der Ausschreibung und während des Auswahlverfahrens formuliert vorlagen.

In der Stellenausschreibung hat die Beklagte die Formulierungen der Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen wiedergegeben und hinsichtlich der individuellen Vorbildung eine Hochschul-/Fachhochschulausbildung im sozialen oder sozialpädagogischen Bereich bzw. eine vergleichbare Qualifikation erwartet. Bewerber sollten fundierte frauenpolitische Kenntnisse sowie die Fähigkeit zur Wahrnehmung und Lösung von Gleichstellungsproblemen, Erfahrungen in der Frauenarbeit und in der Kommunalverwaltung sowie die Fähigkeit zu selbständiger konzeptioneller Arbeit und eigenen Initiativen, Bereitschaft zur konstruktiven und kooperativen Zusammenarbeit, Verantwortungsbewußtsein, Kontaktfähigkeit, Einfühlungs- und Überzeugungsvermögen und Durchsetzungskraft sowie Verhandlungsgeschick mitbringen. Auch diese Voraussetzungen sind nicht von solcher Natur, als daß sie allein von den Angehörigen des weiblichen Geschlechts erfüllt werden könnten. Ob der einzelne Bewerber diese Voraussetzungen erfüllt, ist nicht von seinem Geschlecht, sondern von seiner Vor- und Ausbildung sowie seinen weiteren Befähigungen abhängig. Damit hat die Beklagte keine Einstellungsvoraussetzungen aufgestellt, die das Vorhandensein des weiblichen Geschlechts zur unverzichtbaren Voraussetzung der Stellenbesetzung machen. Insbesondere hat die Beklagte nicht dargelegt, daß die im Verhältnis zu ihren Bürgerinnen auftretenden Betreuungssituationen ausschließlich von Frauen wahrgenommen werden könnten, weil ein Mann die

von der Gleichstellungsbeauftragten geschuldete vertragsgemäße Leistung nicht erbringen kann. Die Beklagte hat z. B. nicht aufgezeigt, daß allein eine Frau diese Aufgabe erfüllen kann, weil anderenfalls die Bürgerinnen sich nicht oder nicht vollständig der Gleichstellungsbeauftragten offenbaren würden. Insofern kann auf das von der Bundesregierung in ihrer Mitteilung an die EG-Kommission (Bundesarbeitsblatt 1987, 11, 40) gewählte Beispiel des Betreuungskonzepts eines Frauenhauses verwiesen werden. Daß die Beklagte ein entsprechendes Konzept aufgestellt habe, ergibt sich nicht einmal ansatzweise aus den veröffentlichten Stellenausschreibungen.

III. Der Kläger erfüllt jedoch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen nach § 611 a Abs. 2 Satz 1 BGB nicht.

1. Danach kann nur der bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld beanspruchen. Aus dem Gesamtzusammenhang des § 611 a BGB in Verbindung mit § 61 b ArbGG ergibt sich zwar, daß nicht nur der bestgeeignete Bewerber im Sinne von § 611 a Abs. 2 Satz 1 BGB benachteiligt sein kann, sondern weitere Bewerber im selben Stellenbesetzungsverfahren benachteiligt sein können. Doch setzt das Gesetz nicht irgendeine Beteiligung am Stellenbesetzungsverfahren voraus, sondern der Bewerber muß im Sinne des Gesetzes benachteiligt worden sein. Schutzzweck des § 611 a Abs. 2 BGB ist die Entschädigung des objektiv geeigneten Bewerbers wegen der durch sein Geschlecht bedingten Benachteiligung im Verfahren. Objektiv ungeeignete Bewerber können gar nicht „wegen“ ihres Geschlechts benachteiligt werden. Wie sich aus der vom Bundestagsausschuß für Frauen und Jugend geänderten

Fassung des § 611 a Abs. 2 BGB (vgl. BT-Drucks. 12/7333, S. 21) ergibt, sollte nicht „jeder“, sondern nur „der“ benachteiligte Bewerber Entschädigung beanspruchen können. § 611 a Abs. 2 Satz 1 BGB stellt damit nicht auf die formale Position eines allein durch die Einreichung eines Bewerbungsschreibens begründeten Status als „Bewerber“, sondern zudem auf die materiell zu bestimmende objektive Eignung als Bewerber ab. Im Besetzungsverfahren kann danach nur im Rechtssinne benachteiligt werden, wer sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt.

2. Der Kläger hat sich nach den tatsächlichen Feststellungen des Arbeitsgerichts nicht subjektiv ernsthaft um die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten beworben, sondern von vornherein die Zahlung einer Entschädigung angestrebt. Wegen der ungewöhnlichen Form der Bewerbung und vor allem des Fehlens eines Lebenslaufs sowie aller Angaben zur Vorbildung und bisherigen Tätigkeit darf sogar gefragt werden, ob die „Sechszeilen-Bewerbung“ des Klägers vom 20. September 1995 um die Stelle einer „Frauenbeauftragten“ nicht entsprechend § 118 BGB rechtlich unerheblich war, weil die Erklärung vom Kläger in der Erwartung abgegeben wurde, die Beklagte werde den Mangel der Ernstlichkeit seiner Bewerbung nicht verkennen. Jedenfalls kann der Würdigung des Arbeitsgerichts, die vom Landesarbeitsgericht nicht näher behandelt worden ist, als zutreffende Tatsachenfeststellung zugrunde gelegt werden, der Kläger habe mit seiner Bewerbung bei der Beklagten von Anfang an überhaupt keine Begründung eines Arbeitsverhältnisses beabsichtigt, sondern allein die Zahlung einer Entschädigung nach § 611 a Abs. 2 BGB bezweckt. Der vor allem auf die persönliche Erklärung des Klägers im Gütetermin vom 2. Februar 1996

und den persönlichen Eindruck vom Kläger in den mündlichen Verhandlungen gegründeten Annahme des Arbeitsgerichts, der Kläger habe die Tätigkeit als Gleichstellungsbeauftragte überhaupt nicht annehmen wollen, begegnen keine revisionsrechtlichen Bedenken.

3. Zudem war der Kläger kein objektiv geeigneter Bewerber um die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten. Der Kläger konnte zur Zeit seiner Bewerbung keine theoretischen und/oder praktischen Erfahrungen vorweisen, die ihn befähigt hätten, das Amt einer Gleichstellungsbeauftragten einer Stadt von etwa 37.000 Einwohnern wahrzunehmen. Seine Befähigungen und Erfahrungen entsprachen nicht den von der Beklagten in den Stellenausschreibungen vorausgesetzten. Daß der Kläger den Inhalt dieser Inserate nicht gekannt haben will, ändert nichts an seiner objektiv zu bestimmenden Nichteignung. Der Kläger kam von vornherein nicht für die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle in Betracht. Die Beklagte ist deshalb nicht zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet. Die Klage ist unbegründet.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Ascheid

Dr. Wittek

Müller-Glöge

Noack

R. Iskra