

8 AZR 214/23

Gleichstellungsbeauftragte - zweigeschlechtliche Person

Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 14. Juni 2023 – 4 Sa 123 öD/22 – aufgehoben.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 21. April 2022 – 5 Ca 169 c/20 – teilweise abgeändert:

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die klagende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Tatbestand

- 1** Die Parteien streiten über einen Anspruch der klagenden Partei auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Benachteiligung ua. aufgrund des Geschlechts im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens um die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten.
- 2** Die klagende Partei verfügt über einen Hochschulabschluss als Magistra Juris/Master of Laws LL.M. und war mehrere Jahre akademisch-wissenschaftlich im höheren Dienst an verschiedenen Universitäten beschäftigt. Sie ist zweigeschlechtlich geboren und kann weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden. Sie bezeichnet sich selbst ua. als Hermaphrodit. Das angeborene biologische Geschlecht stimmt mit der geschlechtlichen Identität der klagenden Partei überein. Sie ist als schwerbehinderter Mensch anerkannt.
- 3** Der Beklagte ist ein Landkreis in Schleswig-Holstein. Er veröffentlichte im Oktober 2019 folgende Stellenausschreibung:

„Beim Kreis D ist zum nächstmöglichen Zeitpunkt die Position der

Gleichstellungsbeauftragten

unbefristet zu besetzen. Es handelt sich um eine Vollzeitstelle (derzeit 39 Wochenstunden), die grundsätzlich teilbar ist.

Die Gleichstellungsbeauftragte trägt zur Verwirklichung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in der Kreisverwaltung und im Kreisgebiet bei.

Die Tätigkeit umfasst folgende Aufgabenschwerpunkte:

- Mitwirken bei personellen, organisatorischen und sozialen Angelegenheiten
- Steuerungsunterstützende Beratung der Verwaltungsleitung, der Geschäftsbereiche und der politischen Gremien des Kreises D bei gleichstellungspolitischen Entscheidungen und Themen
- Koordinierung der Strategie des Gendermainstreamings
- Entwicklung gleichstellungsrelevanter Maßnahmen, Projekte, Fortbildungen
- Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie
- Sensibilisierung für geschlechtergerechte Strukturen und mögliche Formen der Diskriminierung
- Netzwerk- und Zusammenarbeit mit gesellschaftlichen Gruppen, Verbänden, Vereinen, Institutionen, Behörden sowie privaten und öffentlichen Unternehmen zur Verbesserung der Chancengleichheit
- Initiierung und Mitarbeit in Initiativen zur Verbesserung der Situation von Frauen im Kreis D
- Presse und Öffentlichkeitsarbeit zu gleichstellungsrelevanten Themen
- Beratung und Information Rat suchender Frauen

Sie sollten sich bewerben, wenn Sie über folgende Qualifikation verfügen:

einen Bachelorabschluss in der Fachrichtung Sozialwissenschaften/Erziehungswissenschaften, Allgemeine Verwaltung/Public Administration, Wirtschaftswissenschaften, Rechtswissenschaften oder einem vergleichbaren Studiengang

Wir wünschen uns:

- Erfahrungen in politischer Frauen- und/oder Gleichstellungsarbeit
- Kenntnisse des Arbeits-, Familien- und Sozialrechts
- Erfahrungen in Verwaltungstätigkeiten und in der Zusammenarbeit mit kommunalpolitischen Gremien
- Kommunikationsfähigkeit und Kooperationsbereitschaft
- Durchsetzungsvermögen, Verhandlungsgeschick und Konfliktfähigkeit
- Interkulturelle Kompetenz

...“

- 4** Die klagende Partei bewarb sich mit E-Mail vom 24. Oktober 2019 auf die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten. Der Beklagte führte am 5. Dezember 2019 unter Beteiligung des Landrats Auswahlgespräche mit mehreren Bewerbern. Am 9. Dezember 2019 führte der Beklagte ein Auswahlgespräch mit der klagenden Partei, an dem jedoch weder der Landrat noch die Schwerbehindertenvertretung teilnahmen. Mit E-Mail vom 10. Dezember 2019 teilte der Beklagte der klagenden Partei mit, dass sich die Auswahlkommission für eine andere Bewerberin entschieden habe.
- 5** Die klagende Partei hat vom Beklagten die Zahlung einer Entschädigung verlangt und die Auffassung vertreten, sie sei in nicht gerechtfertigter Weise ua. wegen ihres Geschlechts, ihrer ethnischen Herkunft und ihrer Behinderung benachteiligt worden. Sie sei nur der Form halber zum Auswahlgespräch eingeladen zu keinem Zeitpunkt aber ernsthaft in die Auswahl einbezogen worden.

- 6 Die Stellenausschreibung, die nur Frauen anspreche, begründe eine Vermutung für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts. Die Benachteiligung wegen des Geschlechts sei weder durch die Anforderungen der konkreten Tätigkeit noch durch die – aus ihrer Sicht verfassungswidrigen – landesrechtlichen Vorgaben gerechtfertigt, die die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten ausschließlich Frauen vorbehalten. Auch liege eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vor. Zweigeschlechtliche Menschen seien wegen genetischer Besonderheiten jedenfalls auch als ethnische Minderheit anzusehen. Der Beklagte habe im Übrigen im Rahmen des Bewerbungsverfahrens auch gegen gesetzliche Verfahrensvorschriften zum Schutz und zur Förderung der Chancen von schwerbehinderten Menschen verstoßen.
- 7 Ihre Benachteiligung im Bewerbungsverfahren sei nicht nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig gewesen. Insbesondere könne sich der Beklagte nicht darauf berufen, dass nach den gesetzlichen Vorschriften in Schleswig-Holstein nur Frauen als Gleichstellungsbeauftragte in Betracht kämen und nicht auch andere von systematischer Ungleichbehandlung betroffene Menschen. In Bezug auf zweigeschlechtliche Menschen fehle es an der erforderlichen Legitimation ihres Ausschlusses. Wenn Männer Benachteiligungen im Arbeitsleben nicht im gleichen Maße erfahren wie Frauen, gelte das gerade nicht für zweigeschlechtliche Menschen. Zweigeschlechtliche Menschen seien typischerweise im höchsten Maße für strukturelle Ungleichbehandlungen sensibilisiert und deshalb mindestens ebenso gut wie Frauen in der Lage, Frauen zu diesem Thema zu beraten.
- 8 Die klagende Partei hat zuletzt beantragt,
- den Beklagten zu verurteilen, an sie eine Entschädigung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die aber 7.000,00 Euro nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 9 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.
- 10 Das Arbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und den Beklagten zur Zahlung einer Entschädigung iHv. 3.500,00 Euro zzgl. Zinsen verurteilt. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter. Die klagende Partei begehrt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

- 11** Die Revision des Beklagten ist begründet. Die Klage auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG ist unbegründet. Der Beklagte hat die klagende Partei nicht wegen ihres Geschlechts oder eines anderen Grundes iSv. § 1 AGG benachteiligt.
- 12** I. Die klagende Partei hat entgegen der Auffassung der Vorinstanzen keinen Anspruch auf eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG gegen den Beklagten. Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Entschädigung liegen nicht vor.
- 13** 1. Der persönliche Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist zwar eröffnet. Die klagende Partei fällt nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG als sich für ein Beschäftigungsverhältnis bewerbende Person unter den persönlichen Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Der Beklagte ist Arbeitgeber iSv. § 6 Abs. 2 AGG.
- 14** 2. Der Beklagte hat die klagende Partei jedoch nicht unzulässig wegen ihres Geschlechts iSv. § 7 AGG benachteiligt. Die unterschiedliche Behandlung der klagenden Partei war nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig.
- 15** a) Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes (*st. Rspr., BAG 25. April 2024 – 8 AZR 143/23 – Rn. 22*).
- 16** b) Die klagende Partei wurde dadurch unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt, dass sie vom Beklagten für die ausgeschriebene Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten nicht berücksichtigt wurde, denn sie hat damit eine weniger günstige Behandlung erfahren als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Darauf, ob es überhaupt andere Bewerberinnen und Bewerber gegeben hat, ob deren Bewerbungen Erfolg hatten und ob sie die Stelle angetreten haben, kommt es nicht an (*vgl. BAG 25. April 2024 – 8 AZR 143/23 – Rn. 23 mwN*).
- 17** c) Das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG erfasst nicht jede Ungleichbehandlung, sondern nur eine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Zwischen der

Benachteiligung und einem in § 1 AGG genannten Grund muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen (*st. Rspr., BAG 25. April 2024 – 8 AZR 143/23 – Rn. 25 mwN*). Vorliegend kann zu Gunsten der klagenden Partei unterstellt werden, dass sie die unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG wegen ihres Geschlechts erfahren hat.

- 18** d) Eine unmittelbare Benachteiligung der klagenden Partei wegen des Geschlechts wäre nach § 8 Abs. 1 AGG, Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG zulässig.
- 19** aa) § 8 Abs. 1 AGG ist unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eng auszulegen (*EuGH 6. März 2014 – C-595/12 – [Napoli] Rn. 41; BAG 19. Dezember 2019 – 8 AZR 2/19 – Rn. 37, BAGE 169, 217 jeweils mwN*). Danach kann nicht der Grund iSv. § 1 AGG, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist, sondern nur ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen (*BAG 19. Dezember 2019 – 8 AZR 2/19 – Rn. 38, aaO; vgl. zur RL 2000/78/EG: EuGH 17. November 2022 – C-304/21 – [Ministero dell'Interno (Limite d'âge pour le recrutement des commissaires de police)] Rn. 45 mwN*). Ein solches Merkmal – oder sein Fehlen – ist zudem nur dann eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung iSd. § 8 Abs. 1 AGG, wenn davon die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit abhängt (*BAG 19. Dezember 2019 – 8 AZR 2/19 – Rn. 39, aaO*).
- 20** bb) Nach den in Schleswig-Holstein geltenden landesrechtlichen Regelungen ist die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten – entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts – zwingend mit einer Frau zu besetzen. Die Bestellung der Gleichstellungsbeauftragten darf nach § 18 Abs. 1 Satz 3 Gesetz zur Gleichstellung der Frauen im öffentlichen Dienst Schleswig-Holstein (*GstG SH*) „nicht ohne Zustimmung der betroffenen Frau“ erfolgen. Für den Bereich der Landkreise folgt die zwingende Besetzung der Stelle der Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau aus dem Wortlaut von § 2 Abs. 3 Kreisordnung für Schleswig-Holstein (*KrO SH*). Der Begriff der Gleichstellungsbeauftragten wird dort ausschließlich in der weiblichen Form verwendet, obwohl ansonsten das Gesetz, etwa in §§ 6, 7 und 10 KrO SH, jeweils die männliche und die weibliche Form nutzt (*vgl. BAG 18. März 2010 – 8 AZR 77/09 – Rn. 27; LAG Schleswig-Holstein 2. November 2017 – 2 Sa 262 d/17 – zu II 2 b (1) (aa) der Gründe*).
- 21** cc) Die landesgesetzliche Beschränkung auf ein bestimmtes Geschlecht führt für sich genommen jedoch nicht zur Rechtfertigung einer auf sie gestützten Maßnahme. Die gesetzliche Vorgabe ist ihrerseits nur entscheidend, wenn bezüglich des geregelten Sachverhalts die Voraussetzungen von § 8 Abs. 1 AGG, Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG inhaltlich erfüllt sind. Die Beschränkung auf weibliche Gleichstellungsbeauftragte muss darüber hinaus im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 33 Abs. 2 GG verfassungsgemäß sein (*vgl. BAG 18. März 2010 – 8 AZR 77/09 – Rn. 27 mwN*). Diese

Voraussetzungen sind in Bezug auf die vorliegend anzuwendenden landesrechtlichen Regelungen gegeben.

- 22** (1) Die landesrechtliche Vorgabe, die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau zu besetzen, ist nach § 8 Abs. 1 AGG, Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG nicht zu beanstanden. Aufgrund der Art der auszuübenden Tätigkeit und der Bedingungen ihrer Ausübung ist es eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung, dass die Gleichstellungsbeauftragte dasselbe Geschlecht aufweist wie die nach dem Gleichstellungsgesetz Schleswig-Holstein vorrangig zu fördernden weiblichen Beschäftigten. Dieses mit dem Geschlecht im Zusammenhang stehende Merkmal stellt eine Anforderung dar, die angemessen ist und einem rechtmäßigen Zweck iSv. § 8 Abs. 1 AGG, Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG dient.
- 23** (a) Mit der Vorgabe, Stellen für Gleichstellungsbeauftragte ausschließlich mit Frauen zu besetzen, verfolgt der Landesgesetzgeber einen rechtmäßigen Zweck.
- 24** (aa) Nach § 1 GstG SH dient das Gesetz der Verwirklichung des Grundrechts der Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Es fördert die Gleichstellung der Frauen im öffentlichen Dienst ua. durch die Schaffung von Arbeitsbedingungen, die die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ermöglichen und die Kompensation von Nachteilen, die vor allem Frauen als Folge der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung erfahren.
- 25** (bb) Dieser Zweck ist sowohl in der nationalen Rechtsordnung als auch im Unionsrecht anerkannt. Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG berechtigt den Gesetzgeber, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen (*BVerfG 25. Oktober 2005 – 2 BvR 524/01 – zu B I 2 b cc (3) der Gründe, BVerfGE 114, 357*). Nach Art. 3 RL 2006/54/EG iVm. Art. 157 Abs. 4 AEUV können die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben Maßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen im Arbeitsleben vorsehen. Nach Art. 23 Unterabs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union steht der Grundsatz der Gleichheit insbesondere der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen.
- 26** (cc) Die Förderung der Gleichstellung von Frauen im öffentlichen Dienst war auch nach den konkreten Verhältnissen in Schleswig-Holstein noch ein rechtmäßiger Zweck. Nach dem Fünften Gleichstellungsbericht der Landesregierung für den Zeitraum von 2014 bis 2017/2018 waren Frauen jedenfalls noch in gewissen Führungspositionen unterrepräsentiert, obwohl sie in den anderen

Entgelt- und Besoldungsgruppen überwiegend die Mehrheit bildeten (*vgl. LAG Schleswig-Holstein 2. November 2017 – 2 Sa 262 d/17 – zu II 2 b (1) (bb) (ii) (bbb) der Gründe*).

- 27** (b) Es ist eine wesentliche, entscheidende und angemessene berufliche Anforderung iSv. § 8 Abs. 1 AGG, Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG, dass die Gleichstellungsbeauftragte weiblich ist. Das ergibt eine Prüfung anhand der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben (*vgl. zur früheren Rechtslage in Nordrhein-Westfalen: BAG 12. November 1998 – 8 AZR 365/97 – zu B II 3 a der Gründe, BAGE 90, 170*).
- 28** (aa) Nach § 20 Abs. 1 iVm. § 23 Abs. 1 GstG SH gehört zu den Aufgaben der Gleichstellungsbeauftragten bei allen personellen, sozialen und organisatorischen Angelegenheiten auf die Gleichstellung von Frauen hinzuwirken. Sie ist insbesondere bei Stellenausschreibungen, Einstellungen, Beförderungen und Höhergruppierungen, Kündigungen und Entlassungen sowie vorzeitigen Versetzungen in den Ruhestand, einschließlich vorhergehender Planungen, zu beteiligen, § 20 Abs. 2 iVm. § 23 Abs. 1 GstG SH. Auf der Ebene der Landkreise ist die Gleichstellungsbeauftragte nach § 2 Abs. 3 Satz 1 KrO SH zur Verwirklichung der Gleichberechtigung von Mann und Frau zu bestellen. Verstößt eine Maßnahme des Landrats ua. gegen § 12 oder § 16 GstG SH, kann die Gleichstellungsbeauftragte nach § 2 Abs. 4 KrO SH Widerspruch erheben. § 12 GstG SH enthält Vorschriften zur Ermöglichung von Teilzeitarbeit und zum Schutz in Teilzeitarbeit Beschäftigter. § 16 GstG SH regelt den Schutz vor sexuellen Belästigungen. Auf der Ebene des beklagten Kreises konkretisiert § 10 Abs. 2 der Hauptsatzung des Kreises D die Aufgaben der örtlichen Gleichstellungsbeauftragten ua. dahin gehend, dass sie in der Beratung hilfesuchender Frauen tätig ist. Sie nimmt die Zusammenarbeit mit gesellschaftlichen Gruppen, Institutionen, Betrieben und Behörden in Bezug auf frauenspezifische Belange wahr.
- 29** (bb) Ausgehend von den durch Landesrecht zugewiesenen Tätigkeiten und Aufgaben, die Gleichstellungsbeauftragte in Schleswig-Holstein ausüben bzw. zu erfüllen haben, ist es eine wesentliche, entscheidende und angemessene berufliche Anforderung iSv. § 8 Abs. 1 AGG, Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG, dass die Gleichstellungsbeauftragte dasselbe Geschlecht aufweist, wie die Gruppe der weiblichen Beschäftigten, deren Gleichstellung sie zu fördern hat. Das im Einzelfall zu prüfen, ist Sache des nationalen Gerichts (*vgl. zu Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG: EuGH 17. November 2022 – C-304/21 – [Ministero dell'Interno (Limite d'âge pour le recrutement des commissaires de police) Rn. 51]*). Jedenfalls um einen Teil der Tätigkeiten einer Gleichstellungsbeauftragten in Schleswig-Holstein zu erbringen und die durch das Landesrecht zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen, ist das weibliche Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung, weil ansonsten der verfolgte Zweck gefährdet wäre. Zwar ist das weibliche Geschlecht keine zwingende Voraussetzung, um erfolgreich an der Gleichberechtigung von Männern und Frauen mitzuwirken und Maßnahmen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu entwickeln. Etwas anderes gilt jedoch für die Beratung von Frauen in Krisensituationen, insbesondere im Zusammenhang mit einer sexuellen Belästigung. In diesem Bereich ist das weibliche Geschlecht der Gleichstellungsbeauftragten eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung (*vgl. BAG 18. März 2010 – 8 AZR 77/09 –*

Rn. 30 f.) Die Beschränkung auf weibliche Gleichstellungsbeauftragte stellt sicher, dass Frauen eine weibliche Ansprechpartnerin für Gleichstellungsangelegenheiten haben, was bei typisierender Betrachtung die Bereitschaft steigert, die Hilfe der Gleichstellungsbeauftragten tatsächlich in Anspruch zu nehmen (*vgl. LAG Schleswig-Holstein 2. November 2017 – 2 Sa 262 d/17 – zu II 2 b (1) (bb) (ii) (aaa) der Gründe*).

- 30** Für die optimale Zusammenarbeit mit gesellschaftlichen Gruppen, Institutionen, Betrieben und Behörden in Bezug auf frauenspezifische Belange, kann das weibliche Geschlecht der Gleichstellungsbeauftragten ebenfalls als wesentlich, entscheidend und angemessen angesehen werden (*vgl. BAG 18. März 2010 – 8 AZR 77/09 – Rn. 31*). Dabei ist es nicht entscheidend, dass einige der Aufgaben der Gleichstellungsbeauftragten nicht das Vorhandensein des betreffenden Merkmals erfordern (*BAG 19. Dezember 2019 – 8 AZR 2/19 – Rn. 39 mwN, BAGE 169, 217*). Dagegen kann die berechtigte Erwartung der nach dem Gleichstellungsgesetz Schleswig-Holstein vorrangig zu fördernden weiblichen Beschäftigten, sich beispielsweise in bestimmten Beratungssituationen an eine Frau wenden zu können, berücksichtigt werden (*vgl. zu berechtigten Erwartungen Dritter: EuGH 15. Juli 2021 – C-804/18 ua. – [WABE] Rn. 65; anders dagegen, wenn es sich um einen besonderen Kundenwunsch im Einzelfall handelt, den der Arbeitgeber erfüllen möchte: EuGH 14. März 2017 – C-188/15 – [Bouagnaoui und ADDH] Rn. 40 f.*).
- 31** (cc) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die Beschränkung auf Personen weiblichen Geschlechts als Gleichstellungsbeauftragte nicht lediglich im Verhältnis zu männlichen, sondern auch gegenüber zweigeschlechtlichen Bewerbern gerechtfertigt. Der Einwand der klagenden Partei, zweigeschlechtliche Menschen seien mindestens ebenso gut wie Frauen geeignet, geschlechtsspezifische Benachteiligungen zu erkennen und abzustellen, weil sie aufgrund ihres Geschlechts stetigen Benachteiligungen im Alltag ausgesetzt seien, greift im Ergebnis nicht durch. Dabei kann der Vortrag der klagenden Partei als zutreffend unterstellt werden, dass zweigeschlechtliche Menschen im Alltag typischerweise vielfältigen Benachteiligungen ausgesetzt sind. Allerdings stehen dabei regelmäßig nicht Benachteiligungen aufgrund der Annahme, die betroffenen Personen seien weiblich, sondern Benachteiligungen aufgrund der Zweigeschlechtlichkeit im Vordergrund. Es kommt vorliegend nicht entscheidend darauf an, ob die betroffene zweigeschlechtliche Person im Einzelfall als Frau „gelesen“ wurde und deshalb mit den Benachteiligungen als Frau vertraut ist. Die gesetzliche Regelung ist notwendig abstrakt-generell und kann deswegen nicht darauf abstellen, ob eine einzelne Person überwiegend als zweigeschlechtlich oder häufiger als Frau oder Mann angesehen wird, was ohnehin von der subjektiven Wahrnehmung abhängt.
- 32** (2) Die Beschränkung auf weibliche Gleichstellungsbeauftragte nach dem Gleichstellungsgesetz Schleswig-Holstein und der Kreisordnung Schleswig-Holstein ist auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und Art. 33 Abs. 2 GG verfassungsgemäß.

- 33** (a) Die landesrechtliche Vorgabe, die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau zu besetzen, verletzt zweigeschlechtliche Menschen nicht in ihrem Gleichheitsgrundrecht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Die Benachteiligung von zweigeschlechtlichen Menschen gegenüber Frauen ist durch das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG zugunsten von Frauen als kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt.
- 34** (aa) Die klagende Partei kann sich als zweigeschlechtlicher Mensch auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG berufen. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt nicht nur Männer vor Diskriminierungen wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierungen wegen ihres weiblichen Geschlechts, sondern schützt auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts. Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen. Die Vulnerabilität von Menschen, deren geschlechtliche Identität weder Frau noch Mann ist, ist in einer überwiegend nach binärem Geschlechtsmuster agierenden Gesellschaft besonders hoch (*BVerfG 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 – Rn. 58 f., BVerfGE 147, 1*).
- 35** (bb) Die Ungleichbehandlung iSv. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG von zweigeschlechtlichen Menschen gegenüber Frauen in Bezug auf die Möglichkeit als Gleichstellungsbeauftragte zu arbeiten, ist jedoch durch das Fördergebot des Art. 3 Abs. 2 GG als kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt. Die Förderungspflicht des Art. 3 Abs. 2 GG ist grundsätzlich geeignet, die Rechte aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG einzuschränken (*vgl. BVerfG 24. Januar 1995 – 1 BvL 18/93 ua. – zu D I 1 der Gründe, BVerfGE 92, 91*). Die kollidierenden Verfassungsgüter sind entsprechend dem Grundsatz der praktischen Konkordanz in der Weise in Ausgleich zu bringen, dass die Einschränkung des Gleichheitsgrundrechts der klagenden Partei aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG aufgrund von Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt ist.
- 36** (cc) Die Regelung des Art. 3 Abs. 2 GG, dass Männer und Frauen gleichberechtigt sind, soll nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen (*vgl. BVerfG 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/82 ua. – zu C I 1 der Gründe mwN, BVerfGE 85, 191*). Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt (*BVerfG 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 – Rn. 60, BVerfGE 147, 1*).
- 37** (dd) Das Gleichstellungsgesetz Schleswig-Holstein fördert die Gleichstellung der Frauen im öffentlichen Dienst ua. durch die Schaffung von Arbeitsbedingungen, die die Vereinbarkeit von

Familie und Beruf ermöglichen und die Kompensation von Nachteilen, die vor allem Frauen als Folge der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung erfahren. Damit dient es entsprechend dem nach seinem Wortlaut für Männer und Frauen geltenden Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen im Arbeitsleben (vgl. zur Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 3 Abs. 2 GG auf Männer und Frauen: BVerfG 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 – Rn. 60, BVerfGE 147, 1; Boysen in v. Münch/Kunig 7. Aufl. Art. 3 Rn. 163; BeckOK GG/Kischel Stand 15. September 2024 GG Art. 3 Rn. 183; Dutta/Fornasier NZA 2021, 605, 611).

- 38** (ee) Zur Erreichung dieses Zwecks ist die landesgesetzliche Vorgabe, die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten zwingend mit einer Frau zu besetzen, verhältnismäßig im Sinne einer geeigneten, erforderlichen und angemessenen Regelung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber bei der Umsetzung des Gleichstellungsauftrags aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ein weiterer Gestaltungsspielraum im Hinblick auf diejenigen Maßnahmen zukommt, die er zur Durchsetzung der Geschlechtergleichheit in der gesellschaftlichen Wirklichkeit ergreift (BVerfG 15. Dezember 2020 – 2 BvC 46/19 – Rn. 98, BVerfGE 156, 224). Das gilt im Rahmen der unionsrechtlichen Vorgaben auch für die gesetzgeberische Annahme, aufgrund der ihr obliegenden Aufgaben sei das weibliche Geschlecht eine zwingende Voraussetzung für die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit einer Gleichstellungsbeauftragten (vgl. ThürVerfGH 6. März 2024 – 23/18 – zu C II 3 a aa (3) (b) (bb) der Gründe). Die gesetzliche Vorgabe, die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau zu besetzen, ist idS geeignet, das Ziel der Gleichstellung von Frauen zu fördern. Damit ist das verfassungsrechtliche Geeignetheitsgebot erfüllt, das keine vollständige Zielerreichung, sondern lediglich eine Eignung zur Förderung des Ziels voraussetzt (vgl. zum verfassungsrechtlichen Begriff der Geeignetheit: BVerfG 7. April 2022 – 1 BvL 3/18 ua. – Rn. 300 mwN, BVerfGE 161, 163). Die Beschränkung auf Frauen ist auch erforderlich, weil kein gleich wirksames Mittel zur Erreichung des Ziels zur Verfügung steht, das zweigeschlechtliche Menschen weniger und die Allgemeinheit nicht stärker belastet (vgl. zum verfassungsrechtlichen Begriff der Erforderlichkeit: BVerfG 1. Februar 2023 – 1 BvL 7/18 – Rn. 139 mwN, BVerfGE 166, 1). Schließlich ist die landesgesetzliche Regelung auch angemessen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Ausschluss von nicht weiblichen Personen vom Amt der Gleichstellungsbeauftragten eine Beeinträchtigung von hoher Intensität darstellt. Insbesondere sind nicht weibliche Personen auch in ihrer Berufsfreiheit betroffen, denn Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert sowohl die freie Wahl des Berufs als auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes (BVerfG 25. Januar 2011 – 1 BvR 1741/09 – Rn. 69 mwN, BVerfGE 128, 157). Im Ergebnis stehen der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung jedoch nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs (vgl. zum verfassungsrechtlichen Begriff der Angemessenheit: BVerfG 27. April 2022 – 1 BvR 2649/21 – Rn. 203 mwN, BVerfGE 161, 299). Insoweit wird ergänzend auf die Ausführungen unter Rn. 20 ff. zu den vorliegend erfüllten Voraussetzungen einer wesentlichen, entscheidenden und angemessenen beruflichen Anforderung iSv. § 8 Abs. 1 AGG, Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG verwiesen.

- 39** (b) Die landesrechtliche Vorgabe, die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau zu besetzen, verletzt zweigeschlechtliche Menschen nicht in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus

Art. 33 Abs. 2 GG. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter sind nach Maßgabe des Grundsatzes der Bestenauslese zu besetzen. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen (*BVerfG 20. September 2016 – 2 BvR 2453/15 – Rn. 18, BVerfGE 143, 22; BAG 25. Juli 2024 – 8 AZR 24/24 – Rn. 23 mwN*). Art. 33 Abs. 2 GG ist jedoch nicht verletzt, wenn ein dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG unterfallendes Merkmal ausnahmsweise vorausgesetzt wird und aufgrund der Anforderungen des Amtes Bewerber ohne die fragliche Eigenschaft ungeeignet sind und besondere verfassungsrechtliche Gründe für die Schaffung eines solchen Amtes sprechen (*BAG 18. März 2010 – 8 AZR 77/09 – Rn. 38 mwN; LAG Niedersachsen 24. Februar 2023 – 16 Sa 671/22 – zu B II 4 b cc (4) der Gründe*).

- 40** (3) Die Entscheidung des Senats zur Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten nach der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (*BAG 12. November 1998 – 8 AZR 365/97 – zu B II 3 a der Gründe, BAGE 90, 170*) steht vorliegend der Annahme nicht entgegen, dass die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten nach den landesgesetzlichen Bestimmungen nur Frauen übertragen werden kann. Die nicht tragende Begründung ist zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu inhaltlich abweichenden landesrechtlichen Regelungen ergangen und stellte entscheidend auf den dortigen Parteivortrag ab.
- 41** 3. Die klagende Partei kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, der Beklagte habe sie unzulässig wegen anderer Gründe iSv. § 1 AGG benachteiligt, ua. ihrer (Schwer-)Behinderung oder ihrer ethnischen Herkunft. Soweit die klagende Partei – wie hier – eine formale Qualifikation nicht aufweist oder eine formale Anforderung nicht erfüllt, die unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit oder des Berufs an sich ist, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass die Bewerbung ausschließlich aus diesem Grund ohne Erfolg blieb. In einem solchen Fall liegt regelmäßig kein Kausalzusammenhang zwischen der benachteiligenden Behandlung und einem in § 1 AGG genannten Grund vor (*vgl. BAG 14. Juni 2023 – 8 AZR 136/22 – Rn. 45 mwN*). Das ist vorliegend der Fall. Es besteht die zwingende Anforderung eines anderen Geschlechts.
- 42** II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Spinner

Berger

Krumbiegel

N. Reiners

F. Rojahn

