

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 4 Sa 123 öD/22

5 Ca 169 c/20 ArbG Elmshorn

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein - 4. Kammer - durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... und den ehrenamtlichen Richter ... und die ehrenamtliche Richterin ... auf die mündliche Verhandlung vom 14.06.2023

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des beklagten Kreises gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 21.04.2022 - 5 Ca 169 c/20 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.**
- 2. Die Revision wird zugelassen.**

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Telefax 0361 2636-2000
Save ID: govello-1143466074128-000000748
DE-Mail-Adresse: bag@bundesarbeitsgericht.de-mail.de

Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revision und Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten

einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Die Schriftform ist auch durch die Einreichung eines elektronischen Dokuments an das elektronische Postfach des oben genannten Gerichts gewahrt, wenn das elektronische Dokument mit einer qualifizierten Signatur der verantwortenden Person versehen ist oder das elektronische Dokument von der verantwortenden Person (einfach) signiert ist und auf einem der in § 46c Abs. 4 ArbGG genannten sicheren Übermittlungswege elektronisch versandt wird.

Im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind **ausschließlich in Papierform übermittelte** Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze in siebenfacher Ausfertigung einzureichen - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere Ausfertigung. Bei **elektronischer Einreichung** genügt die einmalige elektronische Übermittlung; bitte verzichten Sie insoweit auf die vorsorgliche Übersendung in Papiausfertigung.

Tatbestand:

Die klagende Partei begehrt nach einer erfolglosen Bewerbung auf eine vom beklagten Kreis ausgeschriebene Stelle als Gleichstellungsbeauftragte Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG.

Die Klagepartei wurde als Pseudohermaphrodit, mithin als intergeschlechtlicher Mensch, geboren. Das angeborene biologische Geschlecht stimmte bei der Geburt einst mit der geschlechtlichen Identität überein, d. h. auch diese ist nicht-binär, also eine Variante der Geschlechtsentwicklung. Zahlreiche medizinische Interventionen in der Kindheit beseitigten das angeborene biologische Geschlecht der Klagepartei. Sie kann auch heute weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden. Seit dem Jahr 2009 gilt die Klagepartei als schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 50.

Die Klagepartei hat einen Hochschulabschluss als Magistra Juris/Master of Laws, LL.M.. Sie war mehrere Jahre akademisch-wissenschaftlich im höheren Dienst an der Universität H. sowie der Universität G. tätig.

Der beklagte Kreis veröffentlichte im Oktober 2009 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“

Die klagende Partei bewarb sich mit E-Mail vom 24. Oktober 2019 auf diese Stelle und führte in dem Bewerbungsschreiben unter anderem Folgendes aus:

„Die Realisierung des Ideals einer Gesellschaft mit Vielfalt und Gleichberechtigung in allen Lebensbereichen ist mir ein großes persönliches Anliegen, seitdem ich weiß, dass ich als zweigeschlechtlich geborener aus rechtlicher, medizinischer und gesellschaftlicher Sicht ein absoluter Indikationsgrund für einen späten Schwangerschaftsabbruch bin.

Gerade im Bereich der Gleichberechtigung sowie der Geschlechtervielfalt liegen aufgrund meiner Lebensbiographie als Hermaphrodit seit Jahren meine besonderen fachlichen sowie persönlichen Interessen. Zur faktischen Ausgestaltung des im Jahre 2013 für zweigeschlechtlich geborene Menschen in Kraft getretenen § 22 Absatz 3 PStG habe ich den Rechtsweg beschritten, um meinen weiblichen Vornamen A. durch den zusätzlichen männlichen Vornamen M. ergänzen zu lassen, denn mir scheint es der versöhnlichste Weg beim Kampf der Geschlechter zu sein, wenn ich als Hermaphrodit den eindeutig zweideutigen Vornamen A. M. trage und damit für die friedliche Koexistenz beider Geschlechter in einer Person stehe. Auf diese Weise überwinde ich die uralte feindliche Variante, in der Mann und Frau Gegner sind und es über Jahrhunderte darum ging, zu beweisen, dass Frau die unterlegene Ausgabe Mensch und der Hermaphrodit die kumulative Vereinigung der Nachteile aus beiden Geschlechtern ist.

Außerordentlich gerne möchte ich meine fundierten Fachkenntnisse aus dem Familienrecht sowie meine individuellen Erfahrungen als zweigeschlechtlich geborener Mensch, der aufgrund von medizinischen Interventionen, die gegen das völkerrechtliche Folterverbot verstoßen, schwerbehindert ist, für die Gleichstellungstätigkeit in Ihrem Kreis D. einbringen.“

Der beklagte Kreis lud die klägerische Partei zu einem Vorstellungsgespräch vor der Auswahlkommission am 9. Dezember 2019 ein. Der Landrat und die Schwerbehindertenvertretung nahmen an dem Gespräch nicht teil. Weitere Vorstellungsgespräche mit anderen sich bewerbenden Personen fanden am 5. Dezember 2019 statt. Daran nahm der Landrat teil.

Mit E-Mail vom 10. Dezember 2019 teilte der beklagte Kreis der Klagepartei mit, die Auswahlkommission habe sich nach längerer Beratung dazu entschieden, unter den zahlreich eingegangenen Bewerbungen einer anderen Bewerberin die Position der Gleichstellungsbeauftragten des Kreises anzubieten.

Die Klagepartei hat die Auffassung vertreten, sie sei in nicht gerechtfertigter Weise wegen ihres Geschlechts, ihrer Rasse/ethnischen Herkunft und ihrer Behinderung benachteiligt worden. Sie hat behauptet, die Einladung zum Vorstellungsgespräch sei nur der Form halber erfolgt. Zu keinem Zeitpunkt sei sie ernsthaft in die Auswahl einbezogen worden. Sie hat die Auffassung vertreten, die Stellenausschreibung des beklagten Kreises, in der ausdrücklich nur Frauen angesprochen worden seien, begründe eine Vermutung für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts. Die Benachteiligung wegen des Geschlechts sei weder durch die Anforderung der konkreten Tätigkeit noch durch die Vorgaben des – aus ihrer Sicht verfassungswidrigen § 2 Abs. 3 Kreisordnung-SH (nachfolgend: § 2 Abs. 3 KrO-SH) gerechtfertigt. Ferner – so hat die klagende Partei gemeint – seien Hermaphroditen wegen ihrer genetischen Besonderheiten auch als ethnische Minderheit anzusehen, weshalb zugleich eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vorgelegen habe. Schließlich hat die klägerische Partei behauptet, der beklagte Kreis habe im Rahmen des Bewerbungsverfahrens auch gegen gesetzliche Verfahrensvorschriften zum Schutz und zur Förderung der Chancen von schwerbehinderten Personen verstoßen. Mangels Teilnahme der Schwerbehindertenvertretung an dem Bewerbungsgespräch müsse

davon ausgegangen werden, dass diese nicht ordnungsgemäß und unmittelbar über die Bewerbung unterrichtet und diese mit ihr erörtert wurde. Zudem sei die Absage ohne die nach § 164 Abs. 1 Satz 9 SGB IX geforderte Darlegung der Gründe erteilt worden. Auch sei die vakante Stelle der Bundesagentur für Arbeit nicht gemeldet worden.

Die klägerische Partei hat weiterhin die Auffassung vertreten, die Vorgehensweise des beklagten Kreises im Bewerbungsverfahren sei auch nicht nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig gewesen. Insbesondere könne sich der Kreis nicht darauf berufen, dass nach den gesetzlichen Vorschriften in Schleswig-Holstein nur weibliche Gleichstellungsbeauftragte und nicht auch andere von systematischer Ungleichbehandlung betroffene Personengruppen gewählt werden könnten. In Bezug auf intergeschlechtliche Personen fehle es an der erforderlichen Legitimation ihres Ausschlusses. Wenn Beschäftigte des weiblichen Geschlechts besonders häufig Ungleichbehandlung erfahren und derartige Defizite das Alltagsleben von Männern nicht im gleichen Maße prägten, gelte dies gerade auch für intergeschlechtliche Menschen. Angehörige dieses Geschlechts seien typischerweise im höchsten Maße für strukturelle Ungleichbehandlung und Defizite sensibilisiert.

Im Rahmen von § 15 Abs. 2 AGG halte sie eine Entschädigung von mindestens 7.000,00 EUR für angemessen. Diese liege knapp unter zwei Bruttomonatsvergütungen für die ausgeschriebene Stelle.

Die klagende Partei hat beantragt,

den beklagten Kreis zu verurteilen, an sie eine Entschädigung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die aber 7.000,00 EUR nicht unterschreiten sollte, nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der beklagte Kreis hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, die klagende Partei sei im Bewerbungsverfahren nicht nach § 7 AGG benachteiligt worden. Insbesondere habe er mit seiner Ausschreibung nicht gegen §§ 7, 1 AGG verstoßen. Die klagende Partei habe insoweit keine Indizien nach § 22 AGG bewiesen. Die klagende Partei habe im Hinblick auf die ausgeschriebene Stelle keine weniger günstige Behandlung erfahren als weibliche Bewerber. Auch wenn die Stelle in Anlehnung an § 2 Abs. 3 KrO-SH nur für Frauen ausgeschrieben worden sei, habe er – beklagter Kreis - zu keinem Zeitpunkt gegenüber der klagenden Partei kundgetan, sie wegen ihres Geschlechts beziehungsweise ihrer sexuellen Identität im weiteren Bewerbungsverfahren nicht (mehr) zu berücksichtigen. Vielmehr habe er die klagende Partei sowohl in das Auswahlverfahren einbezogen als auch zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Die klagende Partei habe damit die Chance erhalten, in einem persönlichen Gespräch von ihrer Eignung zu überzeugen. Aber selbst bei Unterstellung einer weniger günstigen Behandlung der klagenden Partei wegen ihres Geschlechts wäre eine solche - tatsächlich nicht vorliegende - unterschiedliche Behandlung gemäß § 8 Abs. 1 AGG zulässig gewesen. Denn die gesetzliche Grundlage in Schleswig-Holstein für kommunale Gleichstellungsbeauftragte sehe in § 2 Abs. 3 KrO-SH nur weibliche Gleichstellungsbeauftragte vor. Diese Regelung sei mit Artikel 3 Abs. 2 Satz 1 GG und Artikel 3 Abs. 3 Satz 1 GG sowie Artikel 12 und Artikel 33 Abs. 2 GG vereinbar.

Die klagende Partei sei auch nicht wegen ihrer Schwerbehinderung benachteiligt worden. Der beklagte Kreis hat die Auffassung vertreten, die klagende Partei habe insoweit keine Indizien vorgetragen. Der Vortrag, die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung sei nicht ordnungsgemäß erfolgt und diese nicht unmittelbar über die Bewerbung der klagenden Partei unterrichtet worden, sei eine anlasslose Behauptung ins Blaue hinein. Soweit die klagende Partei sich auf einen Verstoß nach § 164 Abs. 1 Satz 8 und 9 SGB IX beziehe, sei auch dieser Vortrag unbeachtlich. Denn die Schwerbehindertenvertretung sei mit der Auswahlentscheidung ausdrücklich einverstanden gewesen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz wird Bezug genommen auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils mit seinen dortigen Verweisungen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage in Höhe von 3.500,00 EUR stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, die klagende Partei sei durch die Ablehnung ihrer Bewerbung wegen ihres Geschlechts benachteiligt. Die ausschließlich an Frauen gerichtete Stellenausschreibung sei hierfür ein hinreichendes Indiz. Der beklagte Kreis habe die aus § 22 AGG folgende Vermutung eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot nicht widerlegt. Die Benachteiligung sei auch nicht nach § 8 AGG zulässig, da das weibliche Geschlecht im konkreten Fall keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die vom beklagten Kreis ausgeschriebene Tätigkeit einer Gleichstellungsbeauftragten sei. Es könne daher dahinstehen, ob § 2 Abs. 3 KrO-SH mit europäischen und verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar sei.

Im Hinblick auf die geltend gemachte Ungleichbehandlung wegen der „Rasse“, „ethnischen Herkunft“ und „Behinderung“ sei die Klage unbegründet. Eine Diskriminierung von Menschen wegen einer nicht-binären Geschlechtsintensität sei nur als Diskriminierung wegen des Geschlechts und nicht zugleich wegen der „Rasse“ oder „ethnischen Herkunft“ anzusehen. Hinsichtlich der Diskriminierung wegen einer Behinderung habe die klagende Partei zwar Indizien für eine Diskriminierung vorgetragen, dafür jedoch nicht die erforderlichen Beweise angeboten.

Wegen der ungerechtfertigten Benachteiligung der klagenden Partei wegen ihres Geschlechts sei ein Entschädigungsbetrag in Höhe von 3.500,00 EUR angemessen. Dies sei die Hälfte des Mindestbetrags, den die klagende Partei insgesamt für aus ihrer Sicht erfolgte Diskriminierung auch noch wegen ihrer „Rasse/ethnischen Herkunft“ und Behinderung geltend mache.

Der beklagte Kreis hat gegen das ihm am 7. Juni 2022 zugestellte Urteil am 29. Juni 2022 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbeurkundungsfrist bis 8. September 2022 am 7. September 2022 begründet.

Der beklagte Kreis wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag. Er vertritt ergänzend die Ansicht, die Formulierung der Ausschreibung sei schon kein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Geschlechts, da er sich insoweit vollständig am

Wortlaut von § 2 Abs. 3 KrO-SH orientiert habe. Eine selbständige Beschränkung durch ihn – beklagten Kreis – auf Bewerberinnen weiblichen Geschlechts sei damit nicht verbunden gewesen. § 2 Abs. 3 KrO-SH sei im Übrigen auch verfassungsgemäß und mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar. Insoweit beziehe er sich auf die zutreffenden Ausführungen des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein im Urteil vom 02.11.2017 – 2 Sa 262 d/17 -.

Das Landesarbeitsgericht habe seinerzeit zutreffend festgestellt, dass das weibliche Geschlecht eine zwingende berufliche Anforderung an die Tätigkeit der kommunalen Gleichstellungsbeauftragten darstelle. Der mit der Anforderung „weibliches Geschlecht“ verbundene Zweck sei rechtmäßig und angemessen.

Im Übrigen – so meint der beklagte Kreis – sei eine eventuelle Benachteiligung auch gerechtfertigt, weil das Amt der Gleichstellungsbeauftragten, das er ausgeschrieben habe, nur mit einer Frau besetzt werden könne. Die Tätigkeit der Gleichstellungsbeauftragten sei spezifisch darauf zugeschnitten, die Ungleichbehandlung von Mann und Frau zu bekämpfen, ratsuchende Frauen zu beraten und die Situation von Frauen zu verbessern. Etwaige Diskriminierungserfahrungen intergeschlechtlicher Personen seien grundlegend anders.

Zudem – so meint der beklagte Kreis – sei eine eventuelle Indizwirkung der Stellenausschreibung auch bereits durch die Einladung der klagenden Partei zum Vorstellungsgespräch widerlegt.

Die Einladung sei gerade im Hinblick auf die intergeschlechtliche Identität der klagenden Partei erfolgt, obwohl diese bereits einige formale Anforderungen der Stellenausschreibung nicht erfüllt habe. Er – beklagter Kreis – weise vorsorglich darauf hin, dass die klagende Partei bereits nicht einmal das Anforderungsprofil im Hinblick auf die streitgegenständliche Stellenausschreibung erfüllt habe, weshalb er schon aus diesem Grund von einer Einladung hätte absehen können. Dies habe er aber gerade nicht getan im Hinblick auf den Umstand, dass die klagende Partei bekundet habe, eine intergeschlechtliche Person zu sein. Er habe dabei auch nicht lediglich ein „pro forma“ Gespräch geführt. Der Landrat habe nur deshalb nicht teilgenommen, weil er

am 9. Dezember 2019 aufgrund kurzfristig wahrzunehmender Termine nicht im Kreis-
haus anwesend gewesen sei. Das von seinem Hauptausschuss bestimmte Auswahl-
gremium sei dennoch entscheidungsbefugt gewesen. Sowohl die Schwerbehinder-
tenvertretung als auch der Personalrat seien mit der getroffenen Stellenbesetzung
uneingeschränkt einverstanden gewesen (Beweis: Zeugnis des Leiters der Stabs-
stelle A., Zeugnis des (ehemaligen) Personalratsvorsitzenden R., Zeugnis des
Schwerbehindertenvertreters W.).

Im Übrigen habe bei der konkreten Auswahlentscheidung das Geschlecht der kla-
genden Partei überhaupt keine Rolle gespielt. Die klägerische Partei habe im Zuge
des Vorstellungsgesprächs keine ausreichende Erfahrung in politischer Frauen-
und/oder Gleichstellungsarbeit vorweisen können. Insgesamt hätten sich sechs Per-
sonen auf die Stelle beworben. Allen sich bewerbenden Personen seien aus Grün-
den der Chancengleichheit die in einem Fragenkatalog niedergelegten Fragen ge-
stellt worden, um so nach den Kriterien Eignung, Leistung und Befähigung sowohl
auf Basis der vorliegenden schriftlichen Bewerbungsunterlagen als auch der wäh-
rend der Gespräche gewonnenen persönlichen Eindrücke eine rechtlich einwandfrei
und transparente Personalentscheidung treffen zu können. Tatsächlich habe die kla-
gende Partei im Rahmen ihres eigenen Vorstellungsgesprächs im Vergleich zu der
später als Gleichstellungsbeauftragte bestellten Bewerberin nicht im vollen Umfang
zur Zufriedenheit des Auswahlgremiums die aus dem Fragenkatalog gestellten Fra-
gen beantwortet. So habe die klagende Partei bei den Fragen 1. und 2. nur eine sehr
allgemein gehaltene Antwort auf ihre Motivationslage erteilt, ohne insbesondere auf
den auf seiner Homepage hinterlegten Plan zur Chancengleichheit und Frauenförde-
rung einzugehen sowie die Tätigkeitsberichte der bisherigen Gleichstellungsbeauf-
tragten zu thematisieren. Demgegenüber habe die später bestellte Gleichstellungs-
beauftragte ausführlich und überzeugend ihre Motivation für die Bewerbung darge-
legt und umfassend erläutert. Bei ihr seien Kenntnisse über die Arbeitsgemeinschaft
der Gleichstellungsbeauftragten in Schleswig-Holstein vorhanden. Auch der Plan zur
Chancengleichheit und Frauenförderung sowie Tätigkeitsberichte seien ihr bekannt
gewesen. Handlungsbedarfe habe sie unter anderem gesehen bei dem Themenfeld
Beruf und Familie, den Auswirkungen der demografischen Entwicklung auf die Re-
gion D. sowie Mobilität, Pflege und den Beruf.

Zu den Fragen 3. und 4. habe für die klagende Partei eine bei den unterschiedlichen Gruppierungen herbeizuführende Bewusstseinsbildung für die Thematik „Gleichstellung“ in einer sehr differenzierten Ausprägung im Vordergrund gestanden, wobei der Sozialausschuss und der Korrekturausschuss entsprechend einzubinden seien. Zum Stichwort „Gender“ habe die klagende Partei nur sehr allgemein gehaltene Ausführungen gemacht. Demgegenüber habe die später bestellte Bewerberin zunächst den Kontakt zu bestehenden und teilweise bekannten Netzwerken angestrebt und überdies eine genaue Analyse der derzeitigen Situation zum Thema Gleichstellung innerhalb des Kreisgebiets als weiteres Ziel benannt, um darauf aufbauend neue Themen zu platzieren und entsprechende Schwerpunkte zu setzen. Vor diesem Hintergrund sei auch ihre Kooperations- und Vernetzungsfähigkeit deutlich höher zu bewerten als die der klagenden Partei.

Bei den Fragen 5., 6. und 7. habe die klagende Partei das Thema der Altersarmut in Bezug genommen, ohne dass ihr jedoch insoweit nähere Umstände aus der Region D. bekannt gewesen seien, weshalb von ihr auch kein weiterer Handlungsbedarf konkret benannt werden konnte. Demgegenüber habe die jetzige Gleichstellungsbeauftragte die Notwendigkeit erläutert, ihn – beklagten Kreis - als Arbeitgeber familienfreundlich weiter zu entwickeln und damit dessen Vorbildfunktion herauszustellen. So habe sie sich für Modellprojekte und deren Begleitung stark gemacht und überdies ihre Erfahrungen in der Netzwerkarbeit betont und zugleich praktische Erfahrungen aus diesem Bereich vorgetragen.

Die klagende Partei habe daher im Rahmen ihres Bewerbungsgesprächs nachweislich einen schlechteren Eindruck ihrer fachlichen Qualifikation vermittelt als die berücksichtigte Bewerberin.

Der beklagte Kreis beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 21.04.2022 - 5 Ca 169 c/20 – abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die klagende Partei beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und macht sich dessen Argumentation zu eigen. Die klägerische Partei betont, dass für die Indizwirkung der Stellenausschreibung die Rechtsauffassung des beklagten Kreises zum Zeitpunkt der Ausschreibung entscheidend sei. Zu diesem Zeitpunkt und noch bis zum Ende der ersten Instanz sei die beklagte Partei davon ausgegangen, die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten nur mit einer Frau besetzen zu dürfen. Mit Nichtwissen bestreite sie – klagende Partei –, dass alle Vorstellungsgespräche dem Fragenkatalog gefolgt seien, dass die bestellte Gleichstellungsbeauftragte die Fragen zur vollen Zufriedenheit des Auswahlgremiums beantwortet und die Schwerbehindertenvertretung mit der Stellenbesetzung einverstanden gewesen sei. Ebenfalls bestreite sie mit Nichtwissen, dass die Einstellungsentscheidung allein aus fachlichen Gründen erfolgt sei.

Die Rechtfertigung der Benachteiligung wegen ihres Geschlechts zum Ausgleich bestehender Ungleichheiten im Verhältnis Mann/Frau sei nicht zulässig. Im Verhältnis Frau/nicht-binäre Person gelte das Gleichbehandlungsverbot im vollen Umfang, weshalb eine Frau nicht gegenüber einer nicht-binären Person bevorzugt werden dürfe. Sofern § 2 Abs. 3 KrO-SH insoweit nicht verfassungskonform auslegbar sei, sei die Norm verfassungswidrig. Eine solche Ungleichbehandlung sei in ihrem Fall nicht gerechtfertigt. Sie sei als intergeschlechtliche Person ebenso wie eine Frau befähigt, die konkret einschlägigen Aufgaben der ausgeschriebenen Stelle auszuführen. Die für die Gleichstellung der Geschlechter beauftragte Person müsse sich benachteiligten Geschlechtern annehmen. Für eine erfolgreiche Wahrnehmung ihrer Aufgaben sei es wichtig, die Verhältnisse im Einzelfall aus der Sicht des benachteiligten Geschlechts beurteilen zu können. Dies gelte schon für die Fähigkeit und Bereitschaft,

spezifische Gleichstellungsdefizite zu entdecken und zu benennen, um diese abzustellen. Bisher sei die Thematik fast ausschließlich im Verhältnis „Männer und Frauen“ diskutiert worden. Die für die Tätigkeit erforderlichen Eigenschaften seien eher von Frauen zu erwarten. Erst recht seien diese erforderlichen Eigenschaften jedoch bei intergeschlechtlichen Menschen gegeben.

Aus dem unsubstantiierten Vortrag des beklagten Kreises – so meint die klägerische Partei - sei nicht erkennbar, mit welcher Begründung eine intergeschlechtliche Person nicht ebenso wie eine Frau geeignet sei, sich für die Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie einzusetzen. Sofern der beklagte Kreis auf das Bewusstsein für typische Diskriminierungen und Probleme als Frau abstelle, sei darauf hinzuweisen, dass sie - klagende Partei - derartige Diskriminierungen täglich erlebe. Der Umstand, dass intergeschlechtliche Personen häufig übersehen und im Bewusstsein ihrer Mitmenschen nicht mitgedacht würden, führe dazu, dass sie regelmäßig als entweder männlich oder weiblich gelesen würden. So sei dies auch bei ihr - klagender Partei - der Fall, die ihr Leben lang als Frau gesehen und behandelt worden sei. Demnach stehe ihre Intergeschlechtlichkeit weder einem Verständnis für die Situation von Frauen noch ihrer Eignung entgegen, ratsuchenden Frauen zur Seite zu stehen.

Die beklagte Partei habe auch mit ihrem weiteren Vortrag nicht die Vermutung entkräftet, dass sie - klagende Partei - die Stelle auch aufgrund ihrer Intergeschlechtlichkeit nicht bekommen habe. Sie gehe weiterhin davon aus, lediglich pro forma eingeladen worden zu sein. Das Bewerbungsverfahren habe sich ausschließlich an Frauen gerichtet und auch nur diese seien ernsthaft für die Stelle in Betracht gezogen worden. Vor dem Hintergrund, dass ihr – wie sie behauptet – jedenfalls nicht alle Fragen des Fragenkatalogs gestellt worden seien, müsse sie – klägerische Partei – davon ausgehen, dass der beklagte Kreis gerade nicht nach einem bestimmten oder gar identischen Verfahren bei allen sich Bewerbenden vorgegangen sei. Selbst wenn sie – klagende Partei – im Ergebnis im Bewerbungsverfahren schlechter beurteilt worden wäre, würde dies nicht die Vermutung für die Kausalität der Benachteiligung erschüttern. Das Diskriminierungsmerkmal „Geschlecht“ sei Bestandteil des Motiv-

bündels gewesen. Sofern der beklagte Kreis davon ausging, Positionen ausschließlich mit Frauen besetzen zu dürfen, müsse davon ausgegangen werden, dass ihr – der klagenden Partei – Geschlecht unabhängig von ihrem Auftreten im Bewerbungsgespräch die Entscheidung auch beeinflusst habe.

Die Vermutung werde auch nicht aufgrund ihrer angeblich fehlende Qualifikationen für die Stelle erschüttert. Sie erfülle die Anforderungen. Es sei nicht richtig, dass sie - klagende Partei - angeblich auch im Zuge ihres Vorstellungsgesprächs keine ausreichenden Erfahrungen in politischer Frauen- und/oder Gleichstellungsarbeit habe vorweisen können. Vielmehr habe sie - die klagende Partei - auf die bereits in ihrem Lebenslauf aufgeführten Tätigkeiten in diesem Bereich hingewiesen. Sie habe unter anderem als Mitglied beim ... e.V. eine tragende Rolle im Projekt "Aktionärinnen fordern Gleichberechtigung" gehabt, habe im Rahmen dessen zahlreiche Hauptversammlungen besucht und habe dort Fragen zur Geschlechtergerechtigkeit gestellt.

Schließlich müsse sie - klägerische Partei - mangels entsprechender Hinweise weder auf der Website der beklagten Partei noch in den Gleichstellungsberichten seit dem Bewerbungsverfahren davon ausgehen, dass es zum Zeitpunkt der Bewerbung keine inklusionsbeauftragte Person i.S.v. § 181 SGB IX gegeben habe. Dies indiziere auch eine Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird Bezug genommen auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des beklagten Kreises ist zulässig. Sie ist statthaft und form- und fristgerecht eingelegt und ordnungsgemäß innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet worden. In der Sache hat die Berufung jedoch keinen Erfolg, sie ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die klagende Partei gegen den beklagten Kreis Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung gemäß § 15

Abs. 2 AGG in Höhe von EUR 3.500,00 hat. Die Angriffe der Berufung rechtfertigen keine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG setzt einen Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot voraus, wobei § 7 Abs. 1 AGG sowohl unmittelbare als auch mittelbare Benachteiligungen verbietet. Das Benachteiligungsverbot in § 7 Abs. 1 AGG untersagt im Anwendungsbereich dieses Gesetzes eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, unter anderem auch wegen des Geschlechts.

Der beklagte Kreis hat die klagende Partei unmittelbar im Sinne von § 3 Abs. 1 AGG wegen ihres Geschlechts benachteiligt. Die klagende Partei hat insoweit gemäß § 22 AGG Indizien bewiesen, die eine Benachteiligung wegen ihres Geschlechts vermuten lassen. Der beklagten Partei ist es nicht gelungen, darzulegen und zu beweisen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Zudem war diese Benachteiligung auch nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Weder der konkrete Stellenzuschnitt noch die gesetzliche Regelung des § 2 Abs. 3 KrO-SH berechtigen zur Annahme, dass wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit und den Bedingungen ihrer Ausübung allein das weibliche Geschlecht eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Dies mag möglicherweise im binären Verhältnis zwischen dem weiblichen und dem männlichen Geschlecht gelten. Einen Ausschluss von intergeschlechtlichen Personen rechtfertigen jedoch weder der konkrete Stellenzuschnitt noch die landesgesetzliche Regelung in § 2 Abs. 3 KrO-SH. Zutreffend hat das Arbeitsgericht schließlich auch eine Entschädigung in der Höhe von EUR 3.500,00 als angemessen angesehen. Dazu im Einzelnen:

I. Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet. Für die klagende Partei ergibt sich dies aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG. Die klagende Partei ist als sich für ein Beschäftigungsverhältnis bewerbende Person Beschäftigte im Sinne des AGG. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass die klagende Partei eine Bewerbung eingereicht hat. § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AGG enthält einen formalen Bewerberbegriff. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass es insoweit

auf eine „subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung“ nicht ankommt (BAG, Urteil vom 19.12.2019 – 8 AZR 2/19 -, zitiert nach Juris Rn 22). Unabhängig davon liegen für das Berufungsgericht aber auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Bewerbung der klagenden Partei nicht mit einer ernsthaften Bewerbungsabsicht eingereicht wurde.

II. Der beklagte Kreis hat die klagende Partei unmittelbar wegen ihres Geschlechts benachteiligt.

1. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Vor diesem Hintergrund erfährt eine sich erfolglos bewerbende Person – und zwar unabhängig davon, ob sie bereits vorab aus dem Bewerbungs- /Stellenbesetzungsverfahren ausgeschieden wurde oder nicht– stets eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 1 AGG, weil sie eine weniger günstige Behandlung erfährt (BAG, Urteil vom 19.12.2019 – 8 AZR 2/19 -, zitiert nach Juris Rn 29). Demnach wurde die klagende Partei wegen der Nichteinstellung im Sinne von § 3 Abs. 1 AGG benachteiligt.

2. Die klagende Partei hat die unmittelbare Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 1 AGG auch wegen des Geschlechts erfahren.

a. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt nicht nur Männer vor Diskriminierung wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierung wegen ihres weiblichen Geschlechts, sondern schützt auch Menschen, die sich – wie die klagende Partei – diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierung wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts (BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 – zitiert nach Juris, Rn 58).

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. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG lässt es ohne Weiteres zu, sie in den Schutz einzubeziehen. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG spricht ohne Einschränkung allgemein von „Geschlecht“, was auch ein Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich sein kann (BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 – zitiert nach Juris, Rn 59).

Die klagende Partei, die als intergeschlechtlicher Mensch geboren wurde und auch heute weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuzuordnen ist, wird daher vom Schutz des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst und folglich auch von §§ 1, 3 und 7 AGG.

b. Die klagende Partei hat gemäß § 22 AGG Tatsachen vorgetragen, die eine Benachteiligung aufgrund ihres Geschlechts vermuten lassen. Dem beklagten Kreis ist es nicht zur Überzeugung der Berufungskammer gelungen, darzulegen und zu beweisen, dass ausschließlich andere als die in § 1 AGG – hier Geschlecht – genannte Gründe zu einer ungünstigeren Behandlung der klagenden Partei geführt haben.

aa. Die klagende Partei hat im gemäß § 22 AGG geforderten Maß Indizien vorgetragen, die eine Benachteiligung wegen ihres Geschlechts vermuten lassen.

(1) Die Vermutungstatsache muss – entweder für sich genommen oder im Rahmen einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts – aus objektiver Sicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung auch wegen eines in § 1 AGG – hier Geschlecht – genannten Grundes erfolgt ist. Einen zwingenden Indizienschluss für eine Verknüpfung der Benachteiligung mit einem Benachteiligungsmerkmal müssen die vorgetragenen Hilfstatsachen nicht zulassen. Für die Beweiswürdigung ist gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO die freie Überzeugung des Tatsachengerichts maßgebend.

(2) Schreibt der Arbeitgeber eine Stelle unter Verstoß gegen § 11 AGG aus, so begründet dies die Vermutung nach § 22 AGG, dass die sich erfolglos bewerbende Person im Auswahlverfahren wegen eines Grundes im Sinne von § 1 AGG unmittelbar benachteiligt wurde. Dafür reicht es allerdings noch nicht aus, wenn die Ausschreibung lediglich Formulierungen enthält, die „auf den ersten Blick“ den Anschein erwecken, es liege ein Verstoß gegen § 11 AGG vor. Eine Vermutung im Sinne des § 22 AGG besteht vielmehr nur, wenn die Stellenausschreibung gegen § 11 AGG verstößt. Eine geschlechtsspezifisch formulierte Stellenausschreibung lässt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen, dass die abgelehnte Person des in der Ausschreibung nicht bezeichneten Geschlechts aus diesem Grund nicht eingestellt wurde (BAG, Urteil vom 05.02.2004 – 8 AZR 112/03 -, zitiert nach Juris Rn 63; BAG, Urteil vom 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – zitiert nach Juris Rn 23).

(3) Ob eine Ausschreibung an ein solches Merkmal anknüpft und den Adressatenkreis unzulässigerweise beschränkt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei sind Stellenausschreibungen unter Berücksichtigung des objektiven Inhalts, typischen Sinns und der normalerweise beteiligten Verkehrskreise so zu verstehen, wie sie von einer verständigen und redlich sich bewerbenden Person verstanden werden (BAG, Urteil vom 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – zitiert nach Juris Rn 26). Zugrunde zu legen sind dabei die Verständnismöglichkeiten einer durchschnittlichen sich bewerbenden Person.

(4) Die Formulierung der streitgegenständlichen Stellenausschreibung ist ein Indiz im Sinne des § 22 AGG dafür, dass die klagende Partei auch aufgrund ihres Geschlechts nicht eingestellt wurde. Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Ausschreibung nach dem oben geschilderten Verständnishorizont nur an weibliche Bewerberinnen gerichtet ist und Männer und nicht-binäre Personen ausschließt.

Nach dem objektiven Empfängerhorizont stellt die Ausschreibung eine selbständige Erklärung des beklagten Kreises dar. Für sich bewerbende Personen ist – entgegen der Ansicht des beklagten Kreises – gerade nicht erkennbar, dass sich die Stellenausschreibung auch an andere als weibliche Personen richtet. Zwar wird in der Stel-

lenausschreibung nicht explizit ausgeführt, es werde nur eine weibliche Person gesucht. Mit dem Eingangssatz in der Stellenausschreibung, beim Kreis D. sei zum nächstmöglichen Zeitpunkt die Position der Gleichstellungsbeauftragten unbefristet zu besetzen, hat der beklagte Kreis zur Überzeugung des Berufungsgerichts vom Empfängerhorizont und den Verständnismöglichkeiten einer durchschnittlichen sich bewerbenden Person hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, es werde nur eine weibliche Bewerberin gesucht. Zwar gibt es kein anerkanntes Genus, das dem dritten Geschlecht entspricht und das in der Ausschreibung verwendet werden könnte. Allerdings war es zum Zeitpunkt der Ausschreibung bereits gängige Praxis und damit regelmäßig Teil des Erklärungshorizontes von sich bewerbenden Personen, dass bei Verwendung eines einzigen Genus durch den Zusatz „m/w/d“ die Unbeachtlichkeit des Geschlechts dargestellt wird. Im vorliegenden Fall hätte der Zusatz auch „w/d“ lauten können, wenn der beklagte Kreis allein Männer ausschließen wollte. Aufgrund des rein weiblichen Genus ohne jeden Zusatz musste eine durchschnittliche sich bewerbende Person hingegen davon ausgehen, dass die Ausschreibung sich nur an Frauen richtete (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.09.2011 – 17 O 99/10 – zitiert nach Juris Rn 32 zu einer Ausschreibung als „Geschäftsführer“ ohne ergänzenden Zusatz).

Soweit der beklagte Kreis darauf hinweist, er habe sich bei der Formulierung des Ausschreibungstextes schlicht am Wortlaut des § 2 Abs. 3 KrO-SH orientiert, so mag dies sicherlich zutreffen. Der Wortlaut des § 2 Abs. 3 KrO-SH spricht im § 2 Abs. 3 Satz 2 von „die Gleichstellungsbeauftragte“. Auch in den nachfolgenden Sätzen des § 2 Abs. 3 wird stets von „die Gleichstellungsbeauftragte“ gesprochen. Der Wortlaut des § 2 Abs. 3 KrO-SH lässt daher keinen Zweifel zu, dass nach seinem Inhalt nur eine weibliche Person als Gleichstellungsbeauftragte beim Kreis eingestellt werden darf. Wenn der beklagte Kreis sich insoweit auf diese Vorschrift stützt, so belegt dies neben dem Inhalt der Stellenausschreibung, dass er explizit diese Stelle nur für Frauen ausschrieb.

bb. Dem beklagten Kreis ist es nicht zur Überzeugung der Berufungskammer (§ 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO) gelungen, die Vermutungswirkung, die sich aus der Stellenausschreibung ergibt, zu widerlegen. Sofern eine Vermutung nach § 22 AGG besteht,

muss der Arbeitgeber vortragen und gegebenenfalls nach dem Maßstab des Vollbeweises beweisen, dass es ausschließlich andere Gründe waren, auf die die weniger günstige Behandlung gestützt wurde (BAG, Urteil vom 23.01.2020 – 8 AZR 484/18 – zitiert nach Juris, Rn 36; BAG, Urteil vom 26.01.2017 – 8 AZR 736/15 – zitiert nach Juris Rn 28). Sobald das Merkmal nach § 1 AGG eine auch nur untergeordnete Rolle im Motivbündel des Arbeitgebers spielt, liegt eine unzulässige Anknüpfung an dieses Merkmal vor. Der Arbeitgeber muss also zur Widerlegung der Vermutung substantiiert vortragen und gegebenenfalls beweisen, dass das in § 1 AGG genannte Merkmal – hier Geschlecht der klagenden Partei – nicht Teil des Motivbündels war, dass der Maßnahme – Ablehnung der klagenden Partei – zugrunde lag.

Die erkennende Kammer ist nicht davon überzeugt, dass das Geschlecht der klagenden Partei im Motivbündel der Absagegründe überhaupt keine Rolle gespielt hat.

(1) Zwar hat der beklagte Kreis die klagende Partei zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Ob es sich dabei – wie die klagende Partei meint – nur um eine „pro Forma“-Veranstaltung gehandelt hat, kann unentschieden bleiben. Denn entscheidend ist, dass damit noch nicht die Überzeugung der Berufungskammer begründet werden kann, das Geschlecht der klagenden Partei habe im Motivbündel der Absagegründe überhaupt keine Rolle gespielt. Die Entscheidung über die Auswahl zum Vorstellungsgespräch wird regelmäßig auch noch nach anderen Kriterien getroffen als die finale Auswahlentscheidung. Dies gilt im vorliegenden Fall erst recht, weil der beklagte Kreis als öffentlicher Arbeitgeber gemäß § 165 Satz 3 SGB IX verpflichtet war, die schwerbehinderte klagende Partei zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Von einer offensichtlich fehlenden fachlichen Eignung der klagenden Partei war nicht auszugehen. Dem steht der Umstand entgegen, dass sie einen Hochschulabschluss als Magistra Juris / Master of Laws, LL.M aufweisen kann und mehrere Jahre akademisch-wissenschaftlich im höheren Dienst an den Universitäten H. und G. tätig war. Angesichts des geforderten Bachelor-Abschlusses in der Fachrichtung Sozialwissenschaften/Erziehungswissenschaften, Allgemeine Verwaltung/Public Administration, Wirtschaftswissenschaften, Rechtswissenschaften oder einem vergleichbaren Studiengang gibt es für die Berufungskammer keine Anhaltspunkte dafür, dass die klagende Partei bereits offensichtlich fachlich ungeeignet war. Dies hat der beklagte

Kreis wohl auch so gesehen, denn anderenfalls hätte er die klagende Partei nicht einladen müssen. Angesichts dieser gesetzlichen Verpflichtung kann aus der Einladung zum Vorstellungsgespräch noch keine Aussage über die spätere Motivlage des beklagten Kreises bei den Absagegründen abgeleitet werden. Im Gegenteil: Der beklagte Kreis hat noch zeitlich folgend nach der Absage in den erstinstanzlichen Schriftsätzen explizit die Auffassung vertreten, die Position sei nur für Frauen ausgeschrieben worden, er habe sich von § 2 Abs. 3 KrO-SH leiten lassen und sich insoweit auch verpflichtet gesehen. Angesichts einer solchen klaren Äußerung des beklagten Kreises noch erstinstanzlich vermag die Berufungskammer nicht anzunehmen, dass für die Absage im Motivbündel das Geschlecht der klagenden Partei überhaupt keine Rolle mehr gespielt hat. Gerade der ständige Hinweis des beklagten Kreises auf § 2 Abs. 3 KrO-SH belegt, dass das weibliche Geschlecht bei der Besetzung der Stelle für ihn Relevanz hatte, ja wohl angesichts der klaren Regelung in § 2 Abs. 3 KrO-SH aus seiner Sicht wohl auch haben musste.

(2) Auch das nunmehr in der Berufungsinstanz vom beklagten Kreis geschilderte Auswahlverfahren – Vergleich zwischen der klagenden Partei und der später bestellten Gleichstellungsbeauftragten – führt bereits nicht schlüssig dazu, dass im Motivbündel der Absagegründe das Geschlecht der klagenden Partei überhaupt keine Rolle spielte. Mangels eines schlüssigen Vortrages musste daher das Berufungsgericht keine Beweisaufnahme durchführen. Denn aus dem Vortrag des beklagten Kreises geht insoweit lediglich hervor, warum er gemeint hat, dass die später bestellte Person als Gleichstellungsbeauftragte aus seiner Sicht fachlich qualifizierter war als die klagende Partei. Dies ist für sich genommen aber nicht geeignet, die Vermutung des § 22 AGG zu widerlegen (BAG, Urteil vom 13.10.2011 – 8 AZR 608/10 – zitiert nach Juris Rn 50). Eine etwaige bessere Eignung einer bevorzugten Mitbewerberin schließt eine Benachteiligung wegen des Geschlechts einer anderen sich bewerbenden Person nicht aus. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG, wonach selbst dann eine Entschädigung zu leisten ist, wenn die Person auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Die Vermutung ist eben erst dann widerlegt, wenn ausschließlich andere Gründe tragend für die Benachteiligung waren. Sobald das Geschlecht der klagenden Partei auch nur eine un-

tergeordnete Rolle im Motivbündel der Absagegründe der beklagten Partei eingenommen hat, liegt eine Benachteiligung im Sinne von § 3 AGG vor (BAG, Urteil vom 22.10.2009, 8 AZR 642/08 – zitiert nach Juris, Rn 279).

Auch insoweit gilt, dass der Vortrag des beklagten Kreises sich – was das Auswahlverfahren angeht – erschöpft in der Darlegung der fachlichen Gründe und der aus seiner Sicht besseren Eignung der ausgewählten Person. Dies ist aber kein schlüssiger Vortrag bezogen darauf, dass ausschließlich andere Gründe als jene aus § 1 AGG für die Auswahl eine Rolle gespielt haben. Der beklagte Kreis hielt über zwei Instanzen an der Auffassung fest, er habe sich an § 2 Abs. 3 Kro-SH zu orientieren. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass dann – wenn auch möglicherweise untergeordnet – bei der Auswahlentscheidung das Geschlecht der klagenden Partei eine Rolle gespielt hat. Denn sie ist nicht, wie vom Wortlaut des § 2 Abs. 3 KrO-SH verlangt, eine Frau. Insoweit liegt im Vortrag des beklagten Kreises ein innerer Widerspruch. Er kann sich nicht einerseits darauf stützen, er habe sich bei der Auswahlentscheidung nur von fachlichen Kriterien – bessere Eignung – leiten lassen, gleichzeitig aber immer wieder zu betonen, er sei an § 2 Abs. 3 KrO-SH gebunden. Aufgrund dieser inneren Widersprüche ist seine Behauptung, das Geschlecht der klagenden Partei habe bei der Auswahlentscheidung überhaupt keine Rolle gespielt, er habe sich von rein fachlichen Gründen leiten lassen, un schlüssig und nicht geeignet, die Vermutungswirkung des § 22 AGG zu widerlegen.

III. Unerheblich ist insoweit für den Anspruch aus § 15 Abs. 2 AGG, dass der beklagte Kreis – was nachvollziehbar ist – sich an § 2 Abs. 3 KrO-SH gebunden fühlte. Anders als der Schadensersatzanspruch aus § 15 Abs. 1 AGG ist der Entschädigungsanspruch des § 15 Abs. 2 AGG gerade verschuldensunabhängig. Auch ein diskriminierendes Motiv wird nicht vorausgesetzt und Unkenntnis der Rechtslage schützt nicht vor Entschädigungspflichten. Die Berufungskammer verkennt insoweit nicht, dass sich der beklagte Kreis § 2 Abs. 3 KrO-SH verpflichtet sah. Da die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG aber eben verschuldensunabhängig ist, trifft ihn dennoch die Entschädigungspflicht, wenn sich herausstellen sollte, dass die landesgesetzliche Vorschrift aus verfassungsrechtlichen oder europarechtlichen Gründen

den Ausschluss von intergeschlechtlichen Personen nicht vorsehen darf, mithin für deren Ausschluss kein Grund gemäß § 8 AGG gegeben ist (dazu nachfolgend IV).

IV. Die unmittelbare Benachteiligung der klagenden Partei wegen ihres Geschlechts war auch nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig.

1. Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit und der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

a. § 8 Abs. 1 AGG dient der Umsetzung von unter anderem Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG in das Nationale Recht. Danach können die Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung 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 (BAG, Urteil vom 19.12.2019 – 8 AZR 2/19 -, zitiert nach Juris, Rn 35).

b. § 8 Abs. 1 AGG ist dabei unionskonform in Übereinstimmung mit der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eng auszulegen (BAG, Urteil vom 19.12.2019 – 8 AZR 2/19 -, zitiert nach Juris, Rn 37). Danach kann nicht der Grund im Sinne von § 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, Urteil vom 19.12.2019 – 8 AZR 2/19 -, zitiert nach Juris, Rn 38). Ein solches Merkmal – oder sein Fehlen – ist zudem nur dann eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG, wenn davon die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit abhängt. Der Begriff „wesentli-

che und entscheidende berufliche Anforderung“ im Sinne der Antidiskriminierungsrichtlinien der Europäischen Union bezieht sich auf eine Anforderung, die von der Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben ist. Er kann sich hingegen nicht auf subjektive Erwägungen erstrecken, die nicht durch entsprechende objektive Analysen belegt sind. Es muss ein direkter, objektiv überprüfbarer Zusammenhang zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit bestehen. Dabei ist es nicht entscheidend, wenn einige der Aufgaben nicht das Vorhandensein des betreffenden Merkmals erfordern (BAG, Urteil vom 19.12.2019 – 8 AZR 2/19 -, zitiert nach Juris, Rn 39).

Wesentlich ist also, dass ein direkter, objektiv durch entsprechende Analysen belegter und überprüfbarer Zusammenhang zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit besteht. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen dieser von § 8 Abs. 1 AGG verlangten Voraussetzung trägt der Arbeitgeber (BAG, Urteil vom 19.12.2019 – 8 AZR 2/19 -, zitiert nach Juris, Rn 41).

2. Die unmittelbare Benachteiligung der klagenden Partei wegen ihres Geschlechts war unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Vorgaben nicht ausnahmsweise nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Der beklagte Kreis hat nicht dargetan, dass für die streitgegenständliche Stelle ausschließlich das weibliche Geschlecht die wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Die Berufungskammer sieht sich zwar in Übereinstimmung mit der Entscheidung der 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 02. November 2017 (2 Sa 262 g/17), gegen die seinerzeit die Nichtzulassungsbeschwerde durch Beschluss des Bundesarbeitsgerichts verworfen wurde. Auch die hier erkennende Kammer vertritt in Übereinstimmung mit der Entscheidung des hiesigen Landesarbeitsgerichts vom 02. November 2017 die Auffassung, dass ein männlicher Bewerber, der aufgrund seines Geschlechts nicht in die Bewerberauswahl für die zu besetzende Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten nach § 2 Abs. 3 KrO-SH einbezogen wurde, nicht unzulässig wegen seines Geschlechts benachteiligt wird. Die Berufungskammer hält insoweit ebenso wie bereits die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts mit der Entscheidung vom 2. November

2017 weiterhin § 2 Abs. 3 KrO-SH in Verbindung mit dem Gleichstellungsgesetz Schleswig-Holstein als mit Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG sowie Art. 12 GG und Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar, soweit es um den Ausschluss von männlichen Bewerbern von der Stelle der Kommunalen Gleichstellungsbeauftragten geht. Dies gilt allerdings nur im binären Verhältnis zwischen Mann und Frau. Mit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 zum Schutz von Menschen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, bedarf es anderer Rechtfertigungsgründe für den Ausschluss dieser Personen von der Gleichstellungsbeauftragten-Stelle. Die bisherigen Argumente für eine Beschränkung auf Frauen gelten nur im binären Verhältnis zum männlichen Geschlecht. Im Verhältnis zu den Menschen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, reichen für deren Nichtberücksichtigung bei der Gleichstellungsbeauftragten-Stelle nicht nur Rechtfertigungsgründe, die für den Ausschluss männlicher Bewerber vorliegen, sondern es bedarf der Rechtfertigungsgründe, die auch den Ausschluss von Personen des dritten Geschlechts tragen (so zutreffend Bettinghausen, BB 2018, Seite 375; Dutta/Fornasier, *Jenseits von männlich und weiblich – Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienst des Bundes*, Studie im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Seite 85 f.; ähnlich problematisierend von Rottcken, „Das „dritte“ Geschlecht“, Auswirkungen auf das Gleichstellungsrecht, GiP 3/2019, Seite 31).

Mit der Anerkennung des Schutzes von Personen, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuzuordnen sind, durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ist es nach Auffassung des Berufungsgerichtes nicht gerechtfertigt, neben den Männern auch Personen, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuzuordnen sind, von der Gleichstellungsbeauftragten-Stelle auszuschließen. Weder der konkrete Zuschnitt der ausgeschriebenen Stelle noch die gesetzliche Regelung in § 2 Abs. 3 KrO-SH rechtfertigen es gemäß § 8 AGG, die klagende Partei wegen ihres Geschlechts bei der Besetzung der Stelle zu benachteiligen. Dazu im Einzelnen:

a. Die konkret vom beklagten Kreis ausgeschriebene Stelle verlangt es angesichts des Stellenzuschnitts nicht, als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ausschließlich das weibliche Geschlecht anzusehen. Es gibt nach Auffassung des Berufungsgerichts keinen direkten, objektiv durch entsprechende Analysen belegten und überprüfbaren Zusammenhang zwischen der vom beklagten Kreis aufgestellten beruflichen Anforderung – weibliches Geschlecht – und der auf die Stelle zugeschnittenen konkreten Tätigkeit. Zwar stimmt das Berufungsgericht der Auffassung des beklagten Kreises zu, dass nach wie vor im binären Verhältnis zwischen männlichem und weiblichem Geschlecht ein Ausschluss der Männer unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt ist. Dies folgt bereits aus den in der Stellenbeschreibung genannten Aufgaben, zu denen auch die Beratung und Information ratsuchender Frauen und die Initiierung und Mitarbeit in Initiativen zur Verbesserung der Situation von Frauen im Kreis gehört. In Übereinstimmung mit der Entscheidung des hiesigen Landesarbeitsgerichts vom 02. November 2017 (2 Sa 262 d/17) ist in diesem binären Verhältnis unter Berücksichtigung des konkreten Stellenzuschnitts eine Begrenzung auf Frauen zulässig. Nach Auffassung des Berufungsgerichts gilt nach wie vor, dass unter den aktuellen Verhältnissen nach allgemeiner Lebenserfahrung, d. h. den typischen Gegebenheiten, anzunehmen ist, dass die Arbeit einer Frau als Gleichstellungsbeauftragte von den weiblichen Beschäftigten als hilfreich, unterstützend wahrgenommen wird, die Funktionsinhaberin also als Person aufgefasst wird, der sich weibliche Beschäftigten mit ihren frauenspezifischen oder zumindest so empfundenen Problemen in einer Weise anvertrauen können, wie dies üblicherweise gegenüber einem Mann nicht als möglich aufgefasst wird (auf dieses Abgrenzungskriterium weist von Roetteken, a.a.O. Seite 30 zutreffend hin). Solche psychologischen Faktoren spielen also eine wichtige Rolle, um den Zweck der Aufgabenerfüllung der Gleichstellung nicht zu gefährden.

Diese Überlegungen gelten allerdings nur im binären Verhältnis zwischen Mann und Frau und finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 3 Abs. 2 GG. Für Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehören, kann dies nicht per se gelte. Sie von vornherein von der hier ausgeschriebenen Stelle mit deren konkreten Zuschnitt auszuschließen, lässt sich nicht mit § 8 Abs. 1 AGG rechtfertigen.

aa. Bereits das Bundesarbeitsgericht hat darauf hingewiesen, dass auch ein Mann grundsätzlich in gleicher Weise wie eine Frau an der Gleichberechtigung von Männern und Frauen mitwirken und Maßnahmen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie entwickeln kann. Dies gilt dann natürlich genauso für eine Person, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuzuordnen ist. Erst recht kann diese Person bei der gebotenen typisierenden Betrachtung selbstverständlich die genannten Aufgabenschwerpunkte „Mitwirken bei personellen, organisatorischen und sozialen Angelegenheiten“, „steuerungsunterstützende Beratung der Verwaltungsleitung, der Geschäftsbereich und der politischen Gremien des Kreises bei gleichstellungspolitischen Entscheidungen und Themen“, „Koordination der Strategie des Gender Mainstreamings“, „Entwicklung gleichstellungsrelevanter Maßnahmen, Projekte und Fortbildungen“, „Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie“, „Sensibilisierung für geschlechtergerechte Strukturen und mögliche Formen der Diskriminierung“ und „Netzwerk- und Zusammenarbeit mit gesellschaftlichen Gruppen, Verbänden, Vereinen, Institutionen, Behörden sowie privaten und öffentlichen Unternehmen zur Verbesserung der Chancengleichheit“ ausüben. Ihr fehlt insoweit im Hinblick darauf, dass sie keine Frau ist, keine unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung dieser Tätigkeiten. Es gibt überhaupt keine empirischen Belege oder Erfahrungswerte dafür, dass Personen, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht angehören, bei diesen Tätigkeiten keine Akzeptanz finden und deshalb den Gleichstellungszweck gefährden könnten. Eine solche Annahme ist nicht begründbar. Dies gilt im Übrigen auch für den weiteren Aufgabenschwerpunkt „Presse- und Öffentlichkeitsarbeit zu gleichstellungsrelevanten Themen“.

bb. Soweit es um die Aufgabenschwerpunkte „Initiierung und Mitarbeit in Initiativen zur Verbesserung der Situation von Frauen im Kreis D.“ und „Beratung und Information ratsuchender Frauen“ geht, so kann aus diesen Aufgaben zwar ein zulässiger Grund unterschiedlicher Behandlung im binären Verhältnis zwischen Mann und Frau folgen, nicht aber zwischen Frauen und den Personen, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugehören.

(1) Nicht-binäre Personen sind keine in sich homogene Gruppe, die identische Diskriminierungserfahrungen gemacht haben. Es mögen darunter Personen sein, deren Erfahrungen mit den typischen Diskriminierungserfahrungen von Frauen wenig Überschneidungen haben. Es können aber auch Personen darunter sein, die beispielsweise lange Zeit ihres Lebens als Frauen gesehen wurden. Es gibt keine belastbaren Feststellungen und Erkenntnisse, dass sich Frauen mit ihren spezifischen Gleichstellungsproblemen statt an eine Frau sich nicht an eine intergeschlechtliche Person wenden würden. Eine solche allgemeine Feststellung verbietet sich schon allein deshalb, weil – wie bereits ausgeführt – unter diesen Personen sehr wohl solche sein können, die lange Zeit dem weiblichen Geschlecht zugeordnet wurden und auch mit einer entsprechenden traditionellen Rolle lebten, jetzt aber personenstandsrechtlich dem dritten Geschlecht zuzuordnen sind. Stellt man dann bei einem gebotenen besonderen Vertrauensverhältnis auf das weibliche Geschlecht ab, so wird deutlich, dass intergeschlechtliche Personen nicht per se von der entsprechenden Tätigkeit ausgrenzt werden dürfen, die nur im binären Verhältnis Frauen zugeordnet wird (dazu auch Brors in Däubler, Beck, AGG, 5. Auflage 202 § 8 AGG Rn 20).

(2) Auch die klagende Partei wurde – wie sie in der Berufungserwiderung formulieren lässt – ihr Leben lang als Frau gelesen und behandelt. Zutreffend weist sie deshalb darauf hin, dass ihre Intergeschlechtlichkeit weder einem Verständnis für die Situation von Frauen noch ihrer Eignung, ratsuchenden Frauen zur Seite zu stehen, entgegensteht. Dies belegt exemplarisch, dass Angehörige der Gruppe, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden können, sehr unterschiedliche Rollenerfahrungen gemacht haben können, aber eben auch die typische weibliche Rollenerfahrung. Es gibt deshalb keine durch entsprechende objektive Analyse belegte Feststellungen, wonach intergeschlechtliche Personen per se eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung nicht erfüllen, soweit es um die Aufgaben „Beratung und Information ratsuchender Frauen“ und „Initiierung und Mitarbeit in Initiativen zur Verbesserung der Situation von Frauen im Kreis“ geht.

cc. Zur Erbringung der in der Stellenausschreibung benannten Aufgabenschwerpunkte ist also allein das weibliche Geschlecht nicht unverzichtbare Voraussetzung, weil ansonsten der mit der Aufgabenstellung verfolgte Zweck gefährdet wäre. Dies gilt allenfalls im binären Verhältnis zwischen Mann und Frau, nicht aber gegenüber den Personen, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht angehören. Es gibt keine Erfahrungswerte und Erkenntnisse im gesellschaftlichen Zusammenleben der drei Geschlechter, die die Annahme rechtfertigen könnten, die Aufgabenerfüllung der Gleichstellung werde gefährdet, wenn die entsprechende Stelle auch Personen zugänglich wäre, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht angehören.

b. Die Benachteiligung der klagenden Partei wegen ihres Geschlechts ist auch nicht durch die gesetzliche Vorgabe aus § 2 Abs. 3 KrO-SH in Verbindung mit §§ 23, 20 GstG Schleswig-Holstein gerechtfertigt. Zwar ist neben der Rechtfertigung aus der Art der konkret auszuübenden Tätigkeit auch eine Rechtfertigung durch gesetzliche Vorgaben allein grundsätzlich denkbar. § 2 Abs. 3 KrO-SH schließt jedoch bei gebotener verfassungskonformer Auslegung intergeschlechtliche Personen nicht per se von der Wahrnehmung des Amtes der Gleichstellungsbeauftragten aus.

aa. § 2 Abs. 3 KrO-SH gebietet die Besetzung der Position der Gleichstellungsbeauftragten mit einer Frau. Aus § 2 Abs. 3 Satz 2 bis 6 KrO-SH folgt, dass nur Frauen Gleichstellungsbeauftragte sein können und sollen. Durchgehend wird die Gleichstellungsbeauftragte nur in weiblicher Form genannt. Dieser eindeutige Wortlaut wird durch die Gesetzesmaterialien bestätigt. So wird in der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Sicherung der Arbeit der kommunalen Gleichstellungsbeauftragten durchgehend von weiblichen Gleichstellungsbeauftragten gesprochen, beispielsweise als „unverzichtbare Akteurinnen“ institutionalisierter Gleichstellungspolitik (Drucksache 18/4860 des Schleswig-Holsteinischen Landtages, Seite 2 f.).

Dieser Befund – nur Frauen als Gleichstellungsbeauftragte – wird bestätigt durch das GstG Schleswig-Holstein. In § 18 wird für die Gleichstellungsbeauftragte durchge-

hend die weibliche Form genutzt. Zwar gilt § 18 gemäß § 17 GStG nicht für Gleichstellungsbeauftragte in den Gemeinden, Kreisen und Ämtern und an den Hochschulen, da § 18 nicht in § 23 GStG erwähnt wird. Ungeachtet dessen bleibt aber der Befund, dass die Formulierungen mit der weiblichen Form in der KrO-SH und im GStG Schleswig-Holstein identisch sind.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts belegt dies, dass der Gesetzgeber damit bewusst Männer ausschließen wollte, um sicherzustellen, dass das Amt der Gleichstellungsbeauftragten nur von Personen wahrgenommen werden kann, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die zu fördernde Gruppe befinden. Im binären Verhältnis zwischen Mann und Frau findet dies auch seine Rechtfertigung in Art. 3 Abs. 2 GG. Art. 3 Abs. 2 GG verlangt ausdrücklich, dass bestehende Nachteile beseitigt werden, Frauen also beim Vorhandensein solcher Nachteile kompensatorisch zu fördern sind. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG nennt zwar Männer und Frauen nebeneinander. Bereits Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG belegt aber, dass die Zielrichtung von Art. 3 Abs. 2 GG eine weitergehende ist. Während Art. 3 Abs. 3 GG als Differenzierungsverbot wirkt, formuliert Art. 3 Abs. 2 GG ein Gleichberechtigungsgebot, das sich auf die gesellschaftliche Wirklichkeit bezieht, also positive Veränderungen fordert. Daraus wird abgeleitet eine grundrechtliche Schutzpflicht zugunsten der Frauen (vergleiche dazu ErfK-Schmidt, Art. 3 GG, Rn 82). Zutreffend ist insoweit, dass daran die Anerkennung des dritten Geschlechts auch nichts geändert hat, zumal es wohl problematisch sein dürfte, Art. 3 Abs. 2 GG de lege lata auf andere Geschlechterverhältnisse zu erstrecken (dazu Dutta/Fornasier, a.a.O., Seite 80).

bb) Art. 3 Abs. 2 GG, der nach Auffassung des Berufungsgerichts aus den oben dargelegten Gründen nur zwischen Männern und Frauen gilt, ist aber nicht geeignet, auch im Geschlechterverhältnis zwischen Frauen und intergeschlechtlichen Personen den Frauen eine günstigere Behandlung zu verschaffen. Zwar wird insoweit nicht verkannt, dass der Gleichstellungsauftrag bezogen auf das binäre Verhältnis unverändert gilt. Dies bedeutet aber nicht, dass damit per se Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind, im Verhältnis zu

Frauen von Arbeitsplätzen ausgeschlossen werden dürfen, obwohl die dortigen Anforderungen nicht belastbar analytisch belegt zwingend das weibliche Geschlecht verlangen.

cc. Blicke es dabei, § 2 Abs. 3 KrO-SH mit der Maßgabe anzuwenden, dass nach wie vor nur Frauen und nicht auch intergeschlechtliche Personen Zugang zur Gleichstellungsbeauftragtenstelle haben können, dann wäre dieses Landesgesetz nach Auffassung des Berufungsgerichts verfassungswidrig. Es verstieße nämlich gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Art. 3 Abs. 2 GG gilt nur für das Verhältnis zwischen Männern und Frauen. Art. 3 Abs. 2 GG kann nicht die Bevorzugung von Frauen gegenüber intergeschlechtlichen Personen rechtfertigen. Im Verhältnis von Frauen zu nicht-binären Personen gilt daher das uneingeschränkte Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 3 GG.

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG kann nur durch zwingende sachliche Gründe oder im Wege einer Güterabwägung mit kollidierenden Gütern von Verfassungsrang gerechtfertigt werden (BVerfG, Beschluss vom 24.01.1995 – 1 BvR 18/93 -, zitiert nach Juris, Rn 68).

Solche Gründe sind hinsichtlich der Ungleichbehandlung von Frauen und intergeschlechtlichen Personen in Bezug auf den Zugang zur Gleichstellungsbeauftragtenstelle nicht ersichtlich. Zum einen können auch diese Personen die weibliche Rollenerfahrung gemacht haben und folglich auch ohne Weiteres Vertrauenspersonen für Frauen mit spezifischen Problemen als Beschäftigte des beklagten Kreises sein. Zum anderen erleben beide Gruppen geschlechtsbezogene strukturelle Diskriminierungen und sind entsprechend sensibilisiert. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es intergeschlechtlichen Personen gibt, deren Diskriminierungserfahrungen sich nicht stark von jenen der Frauen unterscheiden. Es kommt jeweils auf die Umstände des Einzelfalls an, den Zuschnitt der Stelle und die Eigenschaften und Erfahrungen der nicht-binären Personen. Ein pauschaler gesetzlicher Ausschluss lässt sich angesichts der Heterogenität der Gruppe nicht-binärer Personen durch ein Gesetz wie § 2 Abs. 3 KrO-SH nicht rechtfertigen.

dd. Nach Auffassung des Berufungsgerichts führen vorstehende Ausführungen jedoch nicht zu einer Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 3 KrO-SH, sondern im Wege der gebotenen verfassungskonformen Auslegung ist es möglich, intergeschlechtliche Personen von § 2 Abs. 3 KrO-SH als mögliche Gleichstellungsbeauftragte zu erfassen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes. Nach dieser Rechtsprechung gebietet es der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt, dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen des verfassungsrechtlich zulässigen – soweit wie möglich – Rechnung zu tragen. Sind unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, systematischer Auslegung und Normzweck unterschiedliche Deutungen einer einfachrechtlichen Vorschrift möglich, von denen eine als verfassungswidrig zu verwerfen wäre, zumindest eine hingegen zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt, so kommt es nicht in Betracht, die Vorschrift für mit der Verfassung unvereinbar zu erklären. Grenzen der verfassungskonformen Auslegung ergeben sich allerdings aus den anerkannten Auslegungsmethoden. Ein Normverständnis, das im Widerspruch zu dem klar erkennbar geäußerten Willen des Gesetzgebers steht, kann auch im Wege der verfassungskonformen Auslegung nicht begründet werden (BVerfG, Beschluss vom 22.03.2018 – 2 BvR 780/16 -, BVerfGE 148, Rn 150).

Unter Berücksichtigung dieser Auslegungsgrundsätze ist eine Auslegung des § 2 Abs. 3 KrO-SH mit der Maßgabe möglich, dass intergeschlechtliche Personen in den möglichen Kreis der Gleichstellungsbeauftragten aufzunehmen sind.

Der Landesgesetzgeber ging bei Verabschiedung des § 2 Abs. 3 KrO-SH von dem Verfassungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG aus, und zwar geprägt durch das binäre Verhältnis zwischen dem weiblichen und männlichen Geschlecht. Inwieweit Personen, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht angehören, dennoch Gleichstellungsbeauftragte werden können, stellte sich dem Gesetzgeber nicht, da erst 2017 das Bundesverfassungsgericht dazu eine Entscheidung traf. Dass in § 2 Abs. 3 KrO-SH nur in der weiblichen Form formuliert wurde, ist allein dem Umstand

geschuldet, dass seinerzeit im binären Verhältnis gedacht wurde und Männer jedenfalls nicht Gleichstellungsbeauftragte werden sollten. Dies bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber erkennbar zwingend mit dieser Formulierung andere als männliche Geschlechter von der Wahrnehmung des Amtes der Gleichstellungsbeauftragten ausschließen wollte. Er hatte dafür schlicht kein Problembewusstsein und hat die Frage deshalb nicht geregelt. Angesichts dieser bestehenden Regelungslücke sieht das Berufungsgericht Raum für eine verfassungskonforme Auslegung dahingehend, dass auch nicht-binäre Personen grundsätzlich als von § 2 Abs. 3 KrO-SH erfasst anzusehen sind. Es ist nicht erkennbar, dass der Landesgesetzgeber ohne sachlichen Grund und ohne gesicherte objektive Analyse annehmen wollte, nicht-binäre Personen seien vom Amt der Gleichstellungsbeauftragten auszuschließen, weil sie nicht die unverzichtbare Voraussetzung „weibliches Geschlecht“ aufweisen. Im Gegenteil: Dem Gesetzgeber dürfte bekannt gewesen sein, dass die geschlechtliche Identität grundsätzlich von Art. 3 Abs. 3 GG geschützt ist und Art. 3 Abs. 2 GG nur auf das binäre Verhältnis zwischen Mann und Frau abstellt. Der Landesgesetzgeber kannte schlicht bei Verabschiedung des § 2 Abs. 3 KrO-SH nicht den verfassungsrechtlichen Schutz von Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind.

Wegen dieser Regelungslücke hält es das Berufungsgericht für erforderlich, § 2 Abs. 3 KrO-SH verfassungskonform jedenfalls mit der Maßgabe auszulegen, dass nicht-binäre Personen von dem Amt der Gleichstellungsbeauftragten nicht ausgeschlossen wurden.

Im Übrigen kann hier unentschieden bleiben, ob die mit dieser verfassungskonformen Auslegung verbundene Ungleichbehandlung von Männern und nicht-binären Personen ihrerseits mit Art. 3 Abs. 3 GG vereinbar ist und welche Rechtsfolgen eine Unvereinbarkeit mit sich ziehen würde (dazu Dutta/Fornasier a.a.O., Seite 86, die sich dafür aussprechen, dass die richtige Lösung in solchen Konstellationen darin bestehen dürfte, den Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG als restriktiv anzuwendende Ausnahme vom Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zurücktreten zu lassen und alle Geschlechter formal gleich zu behandeln).

Dies bedarf hier – weil nicht entscheidungsrelevant – keiner Vertiefung.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass § 2 Abs. 3 KrO-SH allein als gesetzliche Regelung unabhängig vom konkreten Aufgabenzuschnitt der ausgeschriebenen Stelle keinen Rechtfertigungsgrund gemäß § 8 AGG bildet, soweit es jedenfalls um eine unterschiedliche Behandlung zwischen Frauen und nicht-binären Personen geht.

c. Art. 3 Abs. 3 GG gebietet demnach, die Gleichstellungsbeauftragtenstelle nicht auf das weibliche Geschlecht zu begrenzen, sondern sie jedenfalls auch Personen zu öffnen, die weder dem männlichen noch weiblichen Geschlecht angehören. Dies verkennt nicht den Regelungszweck des Art. 3 Abs. 2 GG, der nach Auffassung des Berufungsgerichts nur im Verhältnis Mann/Frau gilt und nicht de lege lata auf andere Geschlechterverhältnisse zu erstrecken ist (so zutreffend Dutta/Fornasier a. a. O., S. 80).

Das Berufungsgericht übersieht dabei nicht, dass Diskriminierungserfahrungen von Frauen anders sein können als jene von Personen, die nicht dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugehören. So können Frauen gegenüber Männern benachteiligt sein in Bezug auf Führungspositionen, Einkommen, Armutsrisiko durch familiäre Umstände und Beteiligung an unbezahlter Sorgearbeit (4. Gleichstellungsatlas zur Gleichstellung von Frauen und Männern in Deutschland, 2020; Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend). Für Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind, sind der Berufungskammer solche vergleichbaren flächendeckenden Daten derzeit nicht bekannt. Benannt werden aber Benachteiligungen wie Pathologisierung, Unsichtbarkeit sowie binäre Normalisierung (Fütty, Geschlechterdiversität in Beschäftigung und Beruf, 2020).

Dieser Befund ist aber nicht entscheidend. Maßgeblich ist für das Berufungsgericht allein der Umstand, dass die Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehören, sehr wohl im Einzelfall frauenspezifische Probleme und Benachteiligungen erfahren haben können sowie phänotypisch ebenso im Einzelfall

als Frauen wahrgenommen werden, weshalb diesen Personen nicht von vornherein abgesprochen werden darf, ihnen fehle als nicht dem weiblichen Geschlecht zugehörige Personen eine für die Gleichstellungsbeauftragtenstelle wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung. Warum sollen sie im Einzelfall nicht von Frauen bezogen auf Fragen der Gleichstellung und der vertraulichen Beratung akzeptiert werden?

V. Das Arbeitsgericht hat die Entschädigung angemessen mit 3.500,00 EUR beziffert.

1. Bei der Beurteilung der angemessenen Höhe der festzusetzenden Entschädigung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles ist zu beachten, dass die Entschädigung einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz gewährleisten muss. Die Härte der Sanktion muss der Schwere des Verstoßes entsprechen, indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber gewährleistet, zugleich aber auch den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt. Eine rein symbolische Entschädigung wird den Erfordernissen einer wirksamen Umsetzung der Richtlinien nicht gerecht (BAG, Urteil vom 19.12.2019 – 8 AZR 2/19 -, zitiert nach Juris, Rn 77).

2. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze hat das Arbeitsgericht zutreffend argumentiert, warum ein Betrag von 3.500,00 EUR angemessen ist. Das Berufungsgericht schließt sich der Auffassung des Arbeitsgerichts an. Ermessensfehler sind insoweit nicht erkennbar.

VI. Da bereits die nicht gerechtfertigte Benachteiligung wegen des Geschlechts die erstinstanzlich zugesprochene Entschädigung in Höhe von 3.500,00 EUR zu tragen vermag, kommt es nicht darauf an, ob es – wie die klagende Partei meint – noch weitere diskriminierende Tatbestände wegen der Behinderung oder der „Rasse“ gegeben hat.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG, § 97 ZPO, wonach der erfolglose Rechtsmittelführer die Kosten des Rechtsmittels zu tragen hat.

Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG wegen grundsätzlicher Bedeutung einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage zuzulassen. Die Frage, ob es auch nach der verfassungsrechtlichen Anerkennung des dritten Geschlechts zulässig ist, gestützt auf Art. 3 Abs. 2 GG den Zugang zum Amt der Gleichstellungsbeauftragten auf Frauen zu beschränken bzw. ob entsprechende Normen verfassungs- und europarechtskonform sind, bedarf einer grundsätzlichen Klärung.

gez. ...

gez. ...

gez.