

„Recht der Gleichstellung und Genderkompetenz“

Begutachten Sie bitte im Hinblick auf das AGG folgende Formulierungen in verschiedenen Stellenanzeigen:

1. Eine moderne KfZ –Reparatur -Werkstätte sucht eine/n flexible/n und belastbare/n Mechaniker/in.
2. Eine Informations-, Bildungs- und Beratungsstelle für Migrantinnen und Flüchtlingsfrauen sucht eine Mitarbeiterin mit Migrationshintergrund zur Beratung der genannten weiblichen Zielgruppe im Rahmen eines Projekts „Recht auf Selbstbestimmung - gegen Zwangsverheiratung.“
3. Von Bewerberinnen und Bewerbern für den Polizeivollzugsdienst wird in der entsprechenden Stellenausschreibung eine Körpermindestgröße von 163 cm gefordert. Hinweis: Diese Körpergröße wird in Deutschland von ca. 10 bis 25% der 18 jährigen Frauen, aber nur von 3% der 18 jährigen Männer unterschritten.
4. Für die Tätigkeit in einem Infopoint und Visitorservice wird ein/eine deutsche(r) Muttersprachler/in für die Betreuung deutscher und ausländischer Gäste gesucht.
5. Die Stellenausschreibung einer nordrhein-westfälischen Gemeinde, mit der eine Diplomsportlehrerin/ein Diplomsportlehrer für eine nach Entgeltgruppe 10 TvöD vergütete Tätigkeit gesucht wird, enthält die Formulierung „Es besteht ein besonderes Interesse an der Bewerbung von Frauen.“ Hinweis: In der entsprechenden Entgeltgruppe waren zum Zeitpunkt der Ausschreibung 62 männliche Mitarbeiter und 54 weibliche Mitarbeiterinnen beschäftigt.
6. In einer Stellenausschreibung wird um „Übersendung aussagekräftiger Bewerbungsunterlagen (Lichtbild)“ gebeten.

Ausgangspunkt für die Begutachtung der Beispiele in allen Ausschreibungstexten ist § 11 AGG. Nach dieser Vorschrift darf ein Arbeitsplatz nicht unter einem Verstoß gegen das in § 7 Abs. 1 AGG geregelte Benachteiligungsverbot ausgeschrieben werden. Eine Ausschreibung verstößt gegen § 7 Abs. 1 AGG, wenn Personen aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (Vgl. § 1 AGG), vom Kreis der für die zu besetzende Stelle in Betracht kommenden Personen ausgeschlossen werden, ohne das hierfür einer der Rechtfertigungsgründe des AGG (§§ 5, 8 bis 10) vorliegt. Dabei ist der Ausschreibungstext nach §§ 133, 157 BGB auszulegen, wobei der objektive Empfängerhorizont, also die Sicht der potentiellen Bewerber/innen maßgeblich ist (LAG Düsseldorf, Urteil vom 12. 11. 09- 12 Ca 1102/08).

1. Stellenausschreibung (LAG Nürnberg, Urteil vom 19. 02. 08.- 6 Sa 675/07)

Die Stellenausschreibung richtet sich sowohl an Frauen als Männer (Mechaniker/in). Ein Verstoß gegen § 11 wegen nicht geschlechtsneutraler Ausschreibung scheidet damit von vornherein aus.

Fraglich ist, ob die Verwendung des Begriffspaares „flexibel und belastbar“ eine Benachteiligung wegen eines anderen in § 1 AGG genannten Merkmals vermuten lässt. Gedacht werden könnte hier an die Merkmale „Alter“ oder „Behinderung“. Sieht man Flexibilität als Anforderung dafür, dass ein schnelles Umstellen auf unterschiedliche Tätigkeiten erwartet wird (so LAG Nürnberg a. a. O), könnte man die Auffassung vertreten, dass diese Anforderung in keinem untrennbaren Zusammenhang damit steht, ob eine Person älter oder behindert im Sinne des SGB IX ist. Ähnliches gilt für die Belastbarkeit. Auch hier gibt es keinen allgemeinen Erfahrungssatz, dass ältere oder behinderte Menschen generell nicht belastbar wären.

Die Stellenausschreibung verstößt demnach nicht gegen § 11 AGG und legt keine Vermutung für eine Benachteiligung wegen des Alters oder einer Behinderung nahe.

2. Stellenausschreibung (ArbG Köln, Urteil vom 06. 08. 08- 9 Ca 7687/07)

In dieser Stellenausschreibung wird eine Frau mit Migrationshintergrund gesucht, was eine Benachteiligung wegen des (männlichen) Geschlechts und der (nichtdeutschen) ethnischen Herkunft indiziert.

Zu prüfen bleibt, ob diese Benachteiligung wegen dieser beiden nach § 1 AGG geschützten Merkmale gemäß § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt ist. Danach ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes (hier des Geschlechts und der ethnischen Herkunft) ausnahmsweise zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung der Ausübung eine wesentliche berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

Da nach der Stellenausschreibung eine Benachteiligung wegen des Geschlechts und wegen der ethnischen Herkunft, d. h. eine sog. Mehrfachdiskriminierung in Betracht kommt (vgl. § 4 AGG), ist eine Rechtfertigung nach § 8 AGG im Hinblick auf jedes der genannten Merkmale zu prüfen.

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob in Bezug auf das Merkmal Geschlecht eine Rechtfertigung nach § 8 AGG greift: Ist das weibliche Geschlecht wesentliche und entscheidende Anforderung für die Tätigkeit? Wesentlich und entscheidend ist eine berufliche Anforderung, wenn sie einen zentralen Bestandteil des Anforderungsprofils für den bestimmten Arbeitsplatz bildet, d. h. von prägender Bedeutung für die Tätigkeit auf einer bestimmten Stelle ist (Schleusener/Suckow/Vogt, AGG, § 8 Rn. 13). Eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Hinblick auf das Geschlecht liegt zweifelsohne dann vor, wenn eine Person des jeweils anderen Geschlechts, hier ein Mann, die vertragsgemäße Beratungsleistung nicht oder nur untauglich erbringen könnte. Dies kann auch der Fall sein, wenn die Leistung erbracht werden kann, aber nicht gleichermaßen (ArbG Köln a. a. O.). Zu bedenken ist hier, dass wegen des Beratungsgegenstands (Zwangsverheiratung) neben der Fachberatung auch der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses erforderlich ist, so dass die Beratung insgesamt mit einem männlichen Berater tatsächlich nicht oder nur ungleich schwerer zu realisieren wäre. Des Weiteren ist ins Feld zu führen, dass es sich vorliegend um ein ausschließlich frauenspezifisches Betätigungsfeld mit einem spezifischen Selbstverständnis der Beratungsstelle handelt, die das weibliche Geschlecht als unverzichtbare Voraussetzung für eine Tätigkeit als Mitarbeiterin erforderlich machen (Stichwort „Authentizität als Organisationskonzept“, vgl. hierzu Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 8 Rn. 7). Schließlich bleibt zu bedenken, inwieweit sog. „Kundenerwartungen“ der weiblichen Klientinnen nach einer Beratung durch eine Frau als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen in Betracht kommen. Da solche Erwartungen nicht tätigkeits- sondern vorrangig umweltbezogen sind, ist umstritten, ob und inwieweit „Kundenerwartungen“ bei einer Rechtfertigung nach § 8 AGG zum Tragen kommen können (Däubler/Bertzbach-Brors, § 8, Rn. 10). Hier sind die Erwartungen der Rat suchenden Frauen nach einer weiblichen Beraterin rechtfertigend zu berücksichtigen. Dafür sprechen der frauenspezifische Beratungsgegenstand (Zwangsverheiratung) und der kulturelle Hintergrund der Klientinnen. Schließlich zielt die Beratungstätigkeit auch nicht auf eine kommerzielle Ausnutzung solcher Erwartungen ab (Däubler/Bertzbach-Brors, AGG, § 8 Rn. 20 m. w. N. aus der Rspr.).

Weiter ist im Hinblick auf die ethnische Herkunft eine Rechtfertigung nach § 8 AGG zu prüfen: Ist der Migrationshintergrund wesentliche und entscheidende Anforderung für die Tätigkeit? Auch hier ist anzunehmen, dass der geforderte Migrationshintergrund eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, nicht nur weil er der Authentizität der Einrichtung (Stelle für Migrantinnen) dient, sondern weil die Beratung nachsuchenden Klientinnen selbst Migrantinnen

sind, so dass beispielsweise die mit dem eigenen migratorischen Hintergrund vorhandenen Sprachkenntnisse die Beratungstätigkeit erleichtern und eine effektivere Ausübung der Berufstätigkeit sichern können (Wendeling-Schöder/Stein, AGG, § 8 Rn. 14).

3. Stellenanzeige (VG Düsseldorf, Urteil vom 2. 10. 2007- 2070/07)

Die Vorgabe einer Körpermindestgröße in der Stellenanzeige verstößt nicht gegen die Benachteiligungsgründe, vor denen das AGG schützt (Vgl. § 1 AGG). Es könnte aber eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts (§ 7 Abs. 1 i. V. m. § 3 Abs. 2 AGG) vorliegen, wenn entsprechend den mitgeteilten statistischen Daten davon ausgegangen wird, dass Frauen prozentual häufiger die geforderte Mindestgröße von 163 cm unterschreiten und damit die Einstellungsvoraussetzungen nicht erfüllen können. Nach einhelliger Auffassung kann eine mittelbare Benachteiligung durch an sich neutrale Kriterien von Personengruppen, die durch das AGG geschützt sind, insbesondere durch einen statistischen Vergleich festgestellt werden (Bauer/Krieger/Göpfert, AGG, § 3 Rn. 25).

Es stellt sich aber die Frage der Rechtfertigung, die bei der mittelbaren Benachteiligung stets bereits auf der Tatbestandsebene zu prüfen ist (BT-Drucks. 16/1780 S. 33). Die Vorgabe einer Körpermindestgröße müsste demnach durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und als Mittel zur Zielerreichung angemessen und erforderlich sein.

Ausgangspunkt der Prüfung ist zunächst die Feststellung eines rechtmäßigen Ziels. Ausreichend hierfür sind nicht schon sachliche Gründe, sondern es bedarf eines wirklichen Bedürfnisses des Arbeitgebers für die Vorgabe (Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 3 Rn. 60). Als rechtmäßiges Ziel kommt die Funktionsfähigkeit der Polizei in Betracht.

Zu prüfen ist ferner, ob die Größenvorgabe das zur Zielerreichung erforderliche Mittel darstellt. Durch das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit wird klargestellt, dass eine mittelbare Benachteiligung dann unzulässig ist, wenn die Zielerreichung auch ohne diese möglich wäre, die Ungleichbehandlung also nicht das mildeste Mittel zur Erreichung des Ziels ist (Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 3 Rn. 61). Hier ist zu untersuchen, ob die Vorgabe einer Mindestkörpergröße von 163 cm zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Polizei erforderlich ist und das mildeste Mittel zur Erreichung dieses Ziels darstellt. Das VG Düsseldorf hat in einer Entscheidung insbesondere die Erforderlichkeit damit bejaht, dass unterdurchschnittlich kleine Polizistinnen und Polizisten Schwierigkeiten bei der Bewältigung der polizeilichen Aufgaben haben werden.

Fraglich ist zudem, ob in der Größenvorgabe eine unmittelbare Benachteiligung wegen einer Behinderung liegen könnte.

Bei dem Begriff Behinderung nimmt die Gesetzesbegründung zum AGG auf § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX Bezug (BT.- Drs. 16/1780 S. 31). Danach sind Menschen behindert, „wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als 6 Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft beeinträchtigt ist“. Nach dieser Definition ist eine Behinderung allein aufgrund unterdurchschnittlicher Körpergröße abzulehnen (so das VG Düsseldorf).

4. Stellenanzeige (Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 11. 02. 09.- 55 Ca 16952/08)

Die Formulierung in der Stellenanzeige führt zu einem Ausschluss von Bewerberinnen und Bewerbern, die keine deutschen Muttersprachlerinnen/Muttersprachler sind. Damit könnte eine unmittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vorliegen. Deutsche Muttersprachlerinnen/Muttersprachler kommen nur zu einem kleinen Teil bei nichtdeutschen Ethnien vor, so dass das Kriterium der Muttersprache (anders als deutsche Sprachkenntnisse) zwingend zu einem Ausschluss einer großen Zahl von Menschen anderer ethnischer Herkunft und damit einer ungünstigeren Behandlung führt (so ArbG Berlin a. a. O.).

Zu prüfen bleibt eine Rechtfertigung nach § 8 AGG. Für die ausgeschriebene Tätigkeit, Betreuung von deutschen und nichtdeutschen Gästen, stellt Deutsch als Muttersprache keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar. Die Ausübung der Tätigkeit die mit Kontakten auch zu deutschen Gästen verbunden ist, erfordert sicher gute Kenntnisse der deutschen Sprache. Eine objektive Notwendigkeit, die Stelle mit einer Muttersprachlerin/einem Muttersprachler zu besetzen, ist aber nicht gegeben (so ArbG Berlin a. a. O.).

5. Stellenanzeige (LAG Düsseldorf, Urteil vom 12. 11. 08.- 12 Sa 1102/08)

Die Stellenausschreibung enthält eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern. An der Bewerbung von Frauen wird ein besonderes Interesse geäußert. Fraglich ist, ob dieser auf § 8 Abs. 4 LGG NRW beruhende Hinweis gegen das Verbot einer geschlechtsneutralen Stellenausschreibung in § 11 AGG verstößt.

Zu prüfen ist, inwieweit diese Formulierung durch § 5 AGG gerechtfertigt ist. Nach § 5 AGG sind u. a. sog. positive Maßnahmen zur Frauenförderung unter zwei Voraussetzungen zulässig: Zum einen müssen sie bezwecken, bestehende Nachteile von Frauen zu verhindern oder auszugleichen. Zum anderen muss die konkrete Maßnahme im Hinblick auf die Verhinderung oder den Ausgleich von Nachteilen geeignet und angemessen sein.

Die Unterrepräsentanz einer Merkmalsgruppe ist ein ausgleichsfähiger Nachteil im Sinne des § 5 AGG (Däubler/Bertzbach-Hinrichs, § 5 Rn. 23). Im vorliegenden Fall sind nach dem beigelegten Hinweis Frauen unterrepräsentiert. In der entsprechenden

Entgeltgruppe waren 62 Männer aber nur 54 Frauen beschäftigt. Der geringere Frauenanteil auf dieser Hierarchiestufe legt einen Nachteil nahe, der grundsätzlich durch positive Maßnahmen ausgeglichen werden kann.

Der entsprechende Passus in der Stellenausschreibung stellt eine geeignete Maßnahme zur Behebung dieses numerischen Nachteils von Frauen dar. Indem das Interesse an der Bewerbung von Frauen betont wird, wird ein notwendiger und zusätzlicher Anreiz für Frauen geschaffen, sich zu bewerben (LAG Düsseldorf a. a. O).

Diese Maßnahme ist auch angemessen. Durch den Passus in der Stellenausschreibung wird Frauen weder ein unbedingter und automatischer Vorteil im Hinblick auf die Auswahlentscheidung eingeräumt, noch bietet er Anlass, dass nicht nach dem Prinzip der Bestenauslese verfahren wird. Insoweit ist auch auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zu Quotenregelungen (*Kalanke, Marschall, Abrahamsson*) zu verweisen, nach der der absolute Vorrang der zu fördernden Gruppe ausgeschlossen ist.

6. Stellenanzeige

Bei dieser Stellenanzeige geht es um die Frage, ob Stellenausschreibungen nach Inkrafttreten des AGG weiterhin die ausdrückliche Aufforderung zur Einsendung eines Lichtbildes zusammen mit den Bewerbungsunterlagen enthalten dürfen, weil ein Bewerbungsfoto beispielsweise Rückschlüsse auf die ethnische Herkunft, Geschlecht oder Alter erlaubt.

Diese Frage ist umstritten: Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass der ausdrücklichen Forderung nach einem Lichtbild eine Indizwirkung für eine Benachteiligung zukommt, weil eine solche Forderung ein gesteigertes Interesse am Aussehen belegt, dem grundsätzlich keine Bedeutung für die Qualifikation zukommen darf, und Rückschlüsse beispielsweise auf die ethnische Herkunft, das Geschlecht oder Alter erlaubt, die eine Benachteiligung nahe legen können (ausführlich Wörl, Die Beweislat nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2009, S.155 ff.).

Die Gegenauffassung sieht die Aufforderung „die üblichen Bewerbungsunterlagen nebst Lichtbild“ einzureichen im Einklang mit § 11 AGG (Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 11, Rn. 21 m. w. N). Sie stellt insbesondere darauf ab, dass es keinen allgemeinen Erfahrungssatz gibt, dass Bewerbungsunterlagen mit Lichtbild generell zu Benachteiligungen von Bewerberinnen oder Bewerbern wegen der genannte Merkmale führen (so Antwort der BReg. auf Frage 19 der großen Anfrage der FDP- Fraktion zur Praxistauglichkeit des AGG, BT.- Drs. 16/6316).