

Themenreihe: Wirtschaftsrecht

Stefan Klein

**Allgemeines
Gleichbehandlungsgesetz
(AGG)**

**Diskriminierungsarten und Zulässigkeit unterschiedlicher
Behandlung im Rahmen der Personalrekrutierung**

Teil 2

Hamburg im Dezember 2013

Alle Rechte vorbehalten.

Verfasser: Stefan Klein, Solingen
Dezember 2013

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes
ist ohne schriftliche Zustimmung des Verfassers unzulässig und strafbar.
Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Mikroverfilmungen, Übersetzungen
sowie für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

| | |
|---|-----|
| Inhaltsverzeichnis..... | I |
| Abkürzungsverzeichnis..... | III |
| | |
| A. Einleitung / Zielsetzung..... | 1 |
| B. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)..... | 1 |
| I. Diskriminierungsarten nach § 1 AGG | 2 |
| 1. Rasse..... | 2 |
| 2. Ethnische Herkunft | 2 |
| 3. Geschlecht | 3 |
| 4. Religion..... | 3 |
| 5. Weltanschauung | 3 |
| 6. Behinderung..... | 4 |
| 7. Alter..... | 5 |
| 8. Sexuelle Identität | 6 |
| II. Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung | 6 |
| 1. Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung | 7 |
| 2. Berufliche Anforderungen nach § 8 AGG..... | 8 |
| a. Verbotmerkmal Geschlecht | 10 |
| b. Verbotmerkmal „Rasse“, ethnische Herkunft | 11 |
| c. Verbotmerkmal sexuelle Identität | 11 |
| d. Verbotmerkmal Behinderung..... | 11 |
| 3. Religion und Weltanschauung nach § 9 AGG | 12 |

| | |
|--|----|
| a. Anwendungsbereich..... | 13 |
| b. Berufliche Anforderung | 13 |
| c. Loyalitätspflichten | 14 |
| 4. Alter gem. § 10 AGG | 15 |
| a. Darstellung unter Verweis auf § 10 Satz 3 AGG | 15 |
| aa. Ausnahmetatbestand § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG..... | 15 |
| bb. Tatbestand § 10 Satz 3 Nr. 2 AGG..... | 16 |
| cc. Tatbestand § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG | 16 |
| b. Sonderfall nach § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG | 17 |
| C. Schlussbetrachtung / Zusammenfassung | 17 |
| | |
| Literaturverzeichnis..... | 19 |
| Entscheidungsverzeichnis..... | 20 |

Abkürzungsverzeichnis

| | | |
|-----------|---|--|
| AGG | - | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz |
| Abs. | - | Absatz |
| ArbG | - | Arbeitsgericht |
| Arb-RB | - | Arbeits-Rechts-Berater |
| Art. | - | Artikel |
| AuA | - | Arbeit und Arbeitsrecht |
| Aufl. | - | Auflage |
| BAG | - | Bundesarbeitsgericht |
| BB | - | Betriebsberater |
| BeckRS | - | Beck Rechtsprechung |
| Beschl. | - | Beschluss |
| BVerwG | - | Bundesverwaltungsgericht |
| BetrVG | - | Betriebsverfassungsgesetz |
| BGB | - | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGG | - | Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen |
| BT-Ducks. | - | Bundestags-Drucksache |
| bzw. | - | beziehungsweise |
| bspw. | - | beispielsweise |
| DB | - | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| i.d.R. | - | in der Regel |
| i.S.d. | - | im Sinne des |
| i.S.v. | - | im Sinne von |
| i.V.m. | - | in Verbindung mit |
| EG | - | Europäische Gemeinschaft |
| ErfK | - | Erfurter Kommentar |
| EU | - | Europäische Union |
| EuGH | - | Europäischer Gerichtshof |
| ff. | - | fortfolgende |
| FS | - | Festschrift |
| GG | - | Grundgesetz |
| ggf. | - | gegebenenfalls |
| grds. | - | grundsätzlich |
| Hrsg. | - | Herausgeber |

| | | |
|-----------|---|---|
| Hs. | - | Halbsatz |
| JArbSchG | - | Jugendarbeitsschutzgesetz |
| JurPraxRP | - | Juris Praxis Report |
| Kap. | - | Kapitel |
| KSchG | - | Kündigungsschutzgesetz |
| LAG | - | Landesarbeitsgericht |
| LAGE | - | Landesarbeitsgerichtsentscheidung |
| lt. | - | laut |
| RL | - | Richtlinie |
| Rn. | - | Randnummer |
| Rs. | - | Rechtsprechung |
| m | - | Meter |
| MünchArbR | - | Münchener Kommentar zum Arbeitsrecht |
| m/w | - | männlich/weiblich |
| NJW | - | Neue Juristische Wochenschrift /-zeitung |
| Nr. | - | Nummer |
| NZA | - | Neue Zeitschrift Arbeitsrecht |
| S. | - | Seite |
| SGB | - | Sozialgesetzbuch |
| sog. | - | sogenannte |
| StGB | - | Strafgesetzbuch |
| u.a. | - | unter anderem |
| Urt. | - | Urteil |
| v. | - | vom |
| VG | - | Verwaltungsgericht |
| vgl. | - | vergleiche |
| WHO | - | Weltgesundheitsorganisation (World Health Organ.) |
| WRV | - | Die Verfassung des deutschen Reichs |
| ZPO | - | Zivilprozeßordnung |

A. Einleitung / Zielsetzung

Es werden im Rahmen dieser Ausarbeitung, auf Grundlage des Teil 1 zur Themenreihe, der gesetzliche Rahmen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) skizziert und im Nachgang insbesondere die Diskriminierungsarten nach § 1 AGG erörtert.

Gleichzeitig gilt es nach Unzulässigkeit und Zulässigkeit von unterschiedlicher Behandlung zu differenzieren. Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung werden ebenfalls aufgezeigt. Die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung wird dabei im Hinblick auf berufliche Anforderungen, des Geschlechts, der ethnischen Herkunft und von Behinderungen eruiert. Gleichmaßen gilt es die Relationen zu § 8 AGG, der Religion und Weltanschauung gem. § 9 AGG sowie wegen des Alters nach § 10 AGG als zulässige Ungleichbehandlung aufzuzeigen.

Eine kurze Schlussbetrachtung bewertet die behandelten Diskriminierungsarten einerseits als auch die Zulässigkeit unterschiedlicher Behandlung im Rahmen der Personalrekrutierung andererseits.

B. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Im Rahmen des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes (AGG) werden Arbeitnehmer vor Diskriminierungen am Arbeitsplatz geschützt. Gleichmaßen finden die Rechtsvorschriften im Rahmen der Personalrekrutierung, also dem Auswahlverfahren zur Besetzung bestehender Vakanzen, im Unternehmen Anwendung.

Zur Schaffung eines in sich abgestimmten Schutzes vor Ungleichbehandlung wurden die EG-Richtlinien in Form des AGG in nationales Recht transformiert.

Innerhalb des ersten Abschnittes wird dabei mittels §§ 1 bis 5 AGG die Zielsetzung des Gesetzes sowie dessen Anwendungsbereich normiert.

Arbeitsrechtliche Bestimmungen werden gem. §§ 6 bis 8 AGG geregelt, wobei die §§ 6 bis 10 AGG ein ausdrückliches Benachteiligungsverbot beinhalten. Aber auch Ausnahmeregelungen finden sich hier wieder.

I. Diskriminierungsarten nach § 1 AGG

Der § 1 AGG untersagt durch festgelegte Kriterien die Ungleichbehandlung. So darf niemand aufgrund seiner Rasse und ethnischen Herkunft, seines Geschlechts, seiner Behinderung, seines Alter und/oder seiner sexuellen Identität diskriminiert werden.

1. Rasse

Dem Benachteiligungsverbot wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft liegt die Richtlinie RL 2000/43/EG zugrunde. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Literatur bezeichnet der Begriff Rasse Personen, mit bestimmten vererbbaaren Merkmalen¹. Demnach sind Farbige, Mischlinge, Sinti und Roma die Adressaten². Allerdings kann diese Definition nicht unreflektiert auf das AGG übertragen werden, denn das Gesetz verwendet bewusst die Formulierung „aus Gründen der Rasse“ und eben nicht „wegen der Rasse“, um damit zu verdeutlichen, dass nicht das Gesetz ein Vorhandensein verschiedener menschlicher Rassen annimmt, sondern derjenige, der sich rassistisch verhält, indem er von dessen Existenz ausgeht³. Um dennoch den Begriff der Rasse neutral zu definieren, wird die Zurechnung einer Person zu einer bestimmten Gruppe wegen spezifischer, lebenslanger und vererblicher äußerer Merkmale im Erscheinungsbild, wie bspw. Körperbau oder Hautfarbe umschrieben⁴.

2. Ethnische Herkunft

Adressaten einer Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft sind jene, die als fremd wahrgenommen werden⁵. Insbesondere deshalb, weil sie wegen der Zugehörigkeit zu einer kulturellen, räumlich begrenzten Bevölkerungsgruppe oder einem Stamm, einer besonderen Gemeinschaft angehören, obgleich deren kennzeichnende Merkmale nicht vererblich sind⁶. Als Kriterium können somit Sprache, Abstammung, Geschichte, kulturelle Werte / Bräuche und die Wahrnehmung als einheitliche Gruppe dienen⁷. Im

¹ Münch/Kunig/Gubelt Art. 3 GG, Rn. 97; Jarass/Pieroth Art. 3 GG Rn. 70; Schleusener/Suckow/Voigt, § 1 AGG Rn. 39f..

² Münch/Kunig/Gubelt Art. 3 GG, Rn. 97; Thüsing ZfA 2001, 397 (399).

³ BT-Drucks. 15/4538, S. 75.

⁴ Annuß, BB 2006, 1629, 1630 in: Juris Sonderausgabe.

⁵ Schick AuR 2003, 44 (46); Schleusener/Suckow/Voigt, § 1 AGG, Rn. 42.

⁶ Annuß, BB 2006, 1629 (1630).

⁷ Thüsing, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 9.

Gegensatz hierzu wird die Staatsangehörigkeit oder Nationalität nicht als Merkmal der ethnischen Herkunft dienen.

3. Geschlecht

Das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts untersagt jegliche Ungleichbehandlung, die sich aufgrund des Geschlechts ergibt. Dabei definiert der Begriff Geschlecht die biologische Unterscheidung zwischen Mann und Frau⁸. Darunter werden auch zwischengeschlechtliche Menschen subsumiert. Nach Rechtsprechung des EuGH sind darunter auch transsexuelle Menschen gefasst⁹. Allerdings ist die Benachteiligung wegen des Geschlechts von jener aufgrund einer sexuellen Ausrichtung zu trennen¹⁰. Folglich sind Transsexuelle in Abgrenzung zu Transvestiten vom Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG subjektiv nicht einbezogen und nicht benachteiligt.

4. Religion

Das AGG schützt in § 1 vor Benachteiligung wegen der Religion oder Weltanschauung. Festzustellen ist, dass beide Begrifflichkeiten im AGG und im GG nicht legal definiert sind. So umfasst Religion jegliches religiöse, konfessionelle Bekenntnis sowie die Zugehörigkeit zu einer Glaubensgemeinschaft oder Kirche¹¹. Eine Abgrenzung zwischen Weltanschauung und Religion findet in der Praxis oftmals nicht statt, sodass eine Gleichstellung konstatiert wird¹². Nach Ansicht der deutschen Rechtsprechung legt die Religion eine den Menschen überschreitende und umfängliche transzendente Wirklichkeit zugrunde¹³.

5. Weltanschauung

Der Begriff der Weltanschauung kann nicht eingegrenzt, sondern nur in Bezug zur Religion abgegrenzt werden. Die Weltanschauung weist keine transzendenten, sondern nur immanente Bezüge auf und ist demnach ein

⁸ Erman/Armbrüster, § 1 AGG, Rn. 7.

⁹ EuGH 7.1.2004, Rs. C-117/01; NJW 2004, S. 1440.

¹⁰ Staudinger/Annuß, §§ 611-615 BGB und § 611a BGB Rn. 29.

¹¹ Thüsing NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 9; ErfK Dietrich Art. 4 GG Rn. 7, m.w.N.

¹² BVerwG Urt. v. 27.3.1992 – 7 C 21/90; NJW 1992, S. 2496, 2497.

¹³ BAG Beschl. v. 22.3.1995 – 5 AZB 21/94; NJW 1996, S. 143, 146.

weltliches Phänomen¹⁴. Damit können alle individuellen Anschauungen als geschützt betrachtet werden, unabhängig worauf sie sich beziehen. Daraus folgt im Extrem, dass jeder Beschäftigte oder Bewerber einer Frage oder Weisung seines (potentiellen) Arbeitgebers entgegen halten kann, dass er der Annahme folge, diese sei unzulässig oder unrichtig. In einem solchen Fall könnte er hierfür den Schutz des AGG genießen.

Um diesem Gedanken bzw. Handeln Einhalt zu gebieten, scheint es ratsam zu sein, dass sich Arbeitgeber zum Schutz vor Willkür auf Art. 12 Abs. 1 GG, als auch auf Art. 16 Abs. 1 EU-Grundrechtscharta beziehen, wonach eine restriktive Auslegung des Begriffs Weltanschauung nahe gelegt wird.

Es handelt sich mithin um Ansichten und Überzeugungen Einzelner im Sinne von gedanklichen Konstrukten, die das Weltgeschehen im Ganzen vertreten oder ihm angehören. Da Weltanschauung eben nicht eindeutig bestimmbar ist, wird der Begriff in den Mitgliedsstaaten der EU indifferent ausgelegt.

6. Behinderung

Unter Bezug auf den angepassten Behindertenbegriff nach § 2 Abs. 1 SGB IX, § 3 BGG, welcher ebenso analog im Sprachgebrauch der WHO Anwendung findet, gelten Menschen als behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit beeinträchtigt ist. Zudem gilt das Erfordernis, dass die Behinderung mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem typischen Zustand abweicht, der für das Lebensalter angenommen wird und demnach ihre Teilhabe am Leben innerhalb des sozialen Umfelds eingeschränkt ist¹⁵.

Die Richtlinie RL 2000/78/EG wird sowohl durch die medizinisch-individuelle, als auch durch die soziale Konzeption beeinflusst, wobei die medizinisch-individuelle Konzeption präponderiert¹⁶.

Nach § 1 AGG ist folglich unter Behinderung nicht nur die Schwerbehinderung ab einem Behinderungsgrad von 50% und mehr im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB IX, sondern jede Behinderung erfasst. Daraus folgt, dass ein Schutz auch dann greift, wenn eine Behinderung nicht anerkannt ist¹⁷. Nicht vom Begriff der Behinderung erfasst sind altersbedingte Funktionsstörungen.

¹⁴ Thüsing NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3, 11; MünchArbR Oetker § 14, Rn. 15.

¹⁵ Boemke/Danko, § 2 (§1 AGG) Rn. 35f..

¹⁶ Adomeit/Mohr, § 1 AGG, Rn. 123.

¹⁷ Duwell, BB 2006, S. 1741.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff der Behinderung speziell für den Bereich der Beschäftigung so gefasst, dass er sich insbesondere an physische, psychische und geistige Beeinträchtigung anlehnt, wodurch eine Teilhabe an Beschäftigung eingeschränkt ist. Da das Unionsrecht keine Vorgaben für ein zivilrechtliches Verbot einer Benachteiligung wegen Behinderung enthält, ist der Begriff der Behinderung schlussendlich auch nicht europarechtlich determiniert¹⁸.

7. Alter

Der Begriff des Alters bezieht sich auf das biologische Alter, also ein bestimmtes Lebensalter, wobei ein Schutz nicht auf eine bestimmte Personengruppe beschränkt ist¹⁹. Erfasst ist grds. jedes Alter, sodass auch eine Benachteiligung eines niedrigeren Alters ebenso untersagt ist. Hintergrund dazu ist, arbeitsrechtliche Entscheidungen und Maßnahmen unabhängig vom Alter zu treffen²⁰.

Unter Bezug auf das arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG sei auf die Rechtfertigungsbestimmungen gem. § 10 AGG verwiesen, welcher die Interessen von Jüngeren und Älteren berücksichtigen soll²¹. Fraglich ist jedoch, ob das Alter an sich eine ähnliche Aussagekraft hat, wie die sonstigen in § 1 AGG normierten Merkmale einer Diskriminierung. Eben genau in diesem Punkt ist das Alter ambivalent zu betrachten, weil ein Arbeitnehmer nicht dadurch eine weniger günstige Behandlung erfährt, als ein jüngerer Arbeitnehmer, wenn er also unter Bezug auf § 3 Abs. 1 AGG anders behandelt wird. Eine objektivere Tatbestandsebene ist folglich unumgänglich, um festzustellen, ob eine Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vorliegt, wodurch ein tatsächlicher Nachteil konstatiert werden würde. Dieser Einschätzung folgt so auch das BAG in seinem Urteil vom 25.02.2010²². Demnach soll § 3 AGG in erster Linie älteren Arbeitnehmern sowie Bewerbern dienlich sein.

Auch der EuGH stellt fest, dass es der Rechtsprechung nationaler Gerichte obliegt, Europarechtskonformität dadurch zu gewährleisten, indem es die

¹⁸ Adomeit/Mohr, § 1 AGG, Rn. 138.

¹⁹ Rust/Falke/Betelsmann, § 1 AGG, Rn. 85.

²⁰ Boemke/Danko, § 2 (§ 1 AGG) Rn. 43.

²¹ Adomeit/Mohr, § 1 AGG, Rn. 154.

²² NZA 2010, 561 Rn. 22ff.

Bestimmungen nationalen Rechts nach § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB schlicht nicht anwendet²³.

Daraus folgt, dass einem Arbeitgeber, der sich auf die Wirksamkeit nationalen Rechts verlassen hat, nur in Ausnahmen Vertrauensschutz gewährt wird²⁴.

8. Sexuelle Identität

Eine Legaldefinition zur sexuellen Identität besteht lt. RL 2000/78/EG wie auch bei den sonstigen Diskriminierungsmerkmalen nicht. Allerdings lässt sich eine analoge Wortwahl zwischen RL 2000/78/EG und dem § 75 BetrVG feststellen. Die Richtlinie soll aber den Zweck verfolgen, die sexuelle Orientierung vom Sexualverhalten zu differenzieren, obgleich eine interpersonelle Einbeziehung, also jener Personen, die Hetero-, Homo- und Bisexualität praktizieren, zu inkludieren. Auszuschließen sind jedoch von § 3 Abs. 4 AGG alle, die andere belästigen oder Handlungen gegen die sexuelle Selbstbestimmung nachgehen²⁵. Befremdlich scheint jedoch zu sein, dass abnorme sexuelle Praktiken nicht vom gesetzlichen Schutz ausgeschlossen sind, sofern damit kein strafrechtlich relevantes Handeln gem. §§ 176-176b, § 168, §§ 184a, b StGB verbunden ist²⁶. Im Zuge dessen sei jedoch auf die Schutzpflicht des Arbeitgebers nach § 12 i.V.m. § 3 Abs. 4 AGG verwiesen²⁷. Allerdings bleibt festzustellen, dass nach §§ 7 Abs. 1 Halbsatz 1, 19 Abs. 1 und 2 AGG eine weniger günstige Behandlung wegen eines in § 1 AGG enthaltenen Grundes untersagt ist. Zudem besteht unabhängig von der Auslegung Einigkeit darüber, dass jegliches vorsätzliche Handeln ein begründetes Zurechnungserfordernis erfüllt²⁸.

II. Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung

Neben unzulässigen und demnach verbotenen Formen der Behandlung können diese jedoch unter bestimmten Bedingungen zulässig sein.

So besteht bspw. die Option eine unterschiedliche Behandlung dadurch zu rechtfertigen, dass sachliche Gründe vorliegen, die letztlich zur unter-

²³ EuGH Urt. v. 19.01.2010, C-555/07; NZA-RR 2010, 18.

²⁴ Schleusener/Suckow/Voigt, § 1 AGG, Rn. 72.

²⁵ Adomeit/Mohr, § 1 AGG, Rn. 164.

²⁶ Rudolf/Mahlmann/Armbrüster, § 7 AGG, Rn. 30.

²⁷ NZA 2006, 2169, 2170.

²⁸ BAG, Urt. v. 22.01.2009 – 8 AZR 906/07; NZA 2009, 945, Rn. 37.

schiedlichen Behandlung führen. Zudem ist eine unterschiedliche Behandlung dann denkbar, wenn Sie keine normierten Diskriminierungsgründe des § 1 AGG tangieren. So ist eine tatbestandliche Diskriminierung zulässig, wenn sie durch Ausnahmebestimmungen gedeckt ist. Im Arbeitsrecht erstrecken sich diese Ausnahmen über Tatbestandsmerkmale der §§ 3 Abs. 2, 5 und §§ 8 bis 10 AGG sowie zivilrechtlich über die §§ 3 Abs. 2, 5 und § 20 AGG. Daraus folgt, dass es sich sodann auch nicht um eine Form der mittelbaren oder unmittelbaren Benachteiligung handeln darf.

1. Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person im Hinblick aufgrund eines in § 1 AGG benannten Grundes eine weniger günstige Behandlung, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde²⁹. Maßgebend, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt ist, dass ihr objektive Kriterien zugrunde liegen. Subjektives Empfinden reicht daher nicht aus. Zudem hängt das Vorliegen einer Benachteiligung nach § 3 AGG nicht von den handelnden Personen ab. So kann die Benachteiligung von Arbeitgebern, Beschäftigten und Dritten gem. § 12 AGG ausgehen³⁰. Beispiele für eine unmittelbare Benachteiligung sind die Gewährung von mehr Urlaubstagen ab einem bestimmten Lebensalter oder mehr Urlaubsgeld für alle deutschen Mitarbeiter zu zahlen.

Eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG liegt dann vor, wenn wegen der in § 1 AGG genannten Gründe Personen durch neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren in besonderer Weise benachteiligt werden können, ohne dass diese Verfahren, Kriterien oder Vorschriften durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel zur Zielerreichung ebenso erforderlich wie angemessen sind³¹. Damit soll erreicht werden, dass bloße Vorwände nicht dazu dienen können, auf unzulässige Differenzierungsmerkmale abzustellen.

Durch Bildung einer Vergleichsgruppe ist die mittelbare Benachteiligung feststellbar³². Beispiele für eine mittelbare Benachteiligung sind, die Abhängigkeit einer Einstellung von einer Mindestgröße von 1,90 m, weil darin

²⁹ Schleusener/Suckow/Voigt, § 3 AGG, Rn. 1.

³⁰ Schleusener/Suckow/Voigt, § 3 AGG, Rn. 3.

³¹ Boemke/Danko, § 3 AGG, Rn. 127.

³² BT-Drucks. 16/1780, S. 30.

eine mittelbare Benachteiligung von Frauen zu sehen ist³³. Gleiches gilt, wenn ein Trageverbot für Kopftücher ausgesprochen wird³⁴.

2. Berufliche Anforderungen nach § 8 AGG

§ 8 AGG beinhaltet den Schutz von Beschäftigten sowie demnach von Bewerbern vor Benachteiligung und ist eine arbeitsrechtliche Vorschrift. Nach § 8 Abs. 1 AGG wird bestimmt, wann eine unterschiedliche Behandlung aufgrund eines in § 1 AGG benannten Grundes zulässig ist. Die Zulässigkeit ist gegeben, wenn ein Grund laut § 1 AGG wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder Bedingungen ihrer Ausübung eine entscheidende und somit wesentliche berufliche Anforderung ist³⁵. Die Rechtfertigungsgründe gem. § 8 AGG kommen nur bei unmittelbarer Benachteiligung gem. § 3 Abs. 1 AGG zur Anwendung.

Hinsichtlich des Hauptanwendungsbereichs des § 8 Abs.1 AGG kommt dieser folglich in erster Linie im Zusammenhang mit Einstellungen zum Tragen. Die Bedeutung des § 8 Abs. 1 AGG ist deshalb erheblich, weil er auf einen Interessenausgleich zwischen Gleichbehandlungsinteresse der geschützten Person und dem Differenzierungsinteresse des Vertragspartners und ggf. Dritten schaffen will.

Daraus folgt, dass sich die beruflichen Anforderungen aus dem Anforderungsprofil ergeben. Das deutsche Arbeitsrecht überlässt es der freien unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers, ein adäquates Anforderungsprofil für eine vakante Position festzulegen³⁶. Die unternehmerische Freiheit normiert dabei Art. 12 Abs. 1 GG. Private Arbeitgeber sind also bei der Auswahl von Mitarbeitern (m/w) und den damit im Zusammenhang stehenden Kriterien sowie deren Gewichtung frei³⁷.

Daraus folgt jedoch nicht, dass eine unternehmerische Entscheidung einer Kontrolle durch Gerichte entzogen ist. Vielmehr gilt der Grundsatz, dass die objektive Eignung eines Bewerbers nach § 3 Abs. 1 AGG nicht dem formellen Anforderungsprofil des Arbeitgebers entsprechen muss, sondern das die Anforderung, welche an die auszuübende Tätigkeit nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung gestellt werden, zu erfüllen

³³ Erman/Edenfeld § 611a BGB, Rn. 9.

³⁴ BAG, Urt. v. 10.10.2002; NZA 2003, S. 483.

³⁵ Adomeit/Mohr, § 8 AGG, Rn. 1.

³⁶ BAG, Urt. v. 10.11.1994 – 2 AZR 242/94; NJW 1996, 335.

³⁷ LAG Nürnberg, Urt. v. 19.02.2008 – 6 Sa 675/07.

ist³⁸. Damit ist Willkür, Unvernunft oder Unsachlichkeit der Arbeitgeber ausgeschlossen³⁹. Der Arbeitgeber unterliegt insofern einem Organisationsprinzip nach § 8 Abs. 1 AGG. Davon kann ein Arbeitgeber jedoch ausnahmsweise abweichen, sofern dies bspw. aus betrieblichen Gründen unvermeidbar erscheint. Insgesamt aber muss ein Organisationskonzept schlüssig sein⁴⁰. Es gilt darüber hinaus zu berücksichtigen, dass mittels Festlegung eines Anforderungsprofils nur der Ausgangspunkt für eine Rechtfertigungsprüfung gelegt wird. So ist entscheidend, ob der Prüfungsmaßstab hinsichtlich § 1 AGG eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung hinsichtlich der Tätigkeit betrifft. Diese Begrifflichkeiten sind analog zu § 611a BGB unverzichtbare Voraussetzungen dafür, ob eine Ungleichbehandlung statthaft ist.

Es liegt dann eine entscheidende und wesentliche Anforderung vor, wenn die Tätigkeit ohne dieses Merkmal bzw. bei Fehlen dieses Merkmals entweder nicht ordnungsgemäß oder gar nicht durchgeführt werden kann⁴¹. Wesentlich und entscheidend ist eine Anforderung ebenfalls nur dann, wenn sie neutraler Bestandteil des Anforderungsprofils ist⁴².

Anzumerken bleibt jedoch, dass nach Tätigkeitsbezogenen Gesichtspunkten beurteilt werden muss, ob ein Merkmal nach § 1 AGG erforderlich erscheint. Es gilt also ein Differenzierungsmerkmal zu eruieren, um zu bestimmen, ob die Tätigkeit überhaupt nicht erbracht werden kann oder insofern ausreichend ist, dass diese Tätigkeit ohne das Differenzierungsmerkmal nur schlechter oder nicht ordnungsgemäß erfüllt werden kann.

Fraglich ist so bspw., ob und wann unter Umständen Kundenpräferenzen oder –erwartungen als wesentliche und entscheidende Anforderungen qualifiziert sind. Da auch Kundenverhalten eine Vorurteilsbedingte Benachteiligung darstellen kann und der Diskriminierungsschutz dies verhindern soll, kann die Kundenpräferenz keine Berücksichtigung finden. Ein Indiz hierfür bietet zudem § 12 Abs. 1 AGG, welcher den Arbeitgeber verpflichtet, seine Arbeitnehmer vor Benachteiligung zu schützen, konterkarieren würde. Da diese Vorschriften elementar der Unternehmerfreiheit nach Art. 12 und Art. 14 GG widersprechen könnten, lässt sich ein Widerstreit nur dadurch lösen, in dem Kundenerwartungen oder Kundenpräferenzen nur dann wesentlich und entscheidende berufliche

³⁸ BAG, Urt. v. 19.08.2010 – 8 AZR 466/09; BeckRS 2011, 65294, Rn. 37.

³⁹ BAG, Urt. v. 25.05.2009 – 8 AZR 536/08; NZA 2010, 1016, Rn. 53.

⁴⁰ Adomeit/Mohr, § 8 AGG, Rn. 19.

⁴¹ BAG, Urt. v. 25.08.2009 – 8 AZR 536/08; NZA 2009, 1016.

⁴² Schleusener/Suckow/Voigt, § 8 AGG, Rn. 14.

Anforderungen sein können, wenn ein Verlust, des für das Unternehmen wesentlichen Kundenstamms droht. In einem solchen Fall ist die Beachtung der Kundenerwartung bestandswichtig⁴³. Um den Maßstab einer zulässigen Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen umzusetzen, behilft man sich in der Praxis unter Einbeziehung von Interessenabwägungen, mit Fallgruppen.

a. Verbotmerkmal Geschlecht

Sofern für die Art der auszuübenden Tätigkeit tatsächlich ein bestimmtes Geschlecht vorausgesetzt wird, kann eine Benachteiligung bislang nach § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB gerechtfertigt sein. Auch das AGG sieht laut § 8 eine erlaubte Benachteiligungsoption vor. Angemerkt werden muss in diesem Zusammenhang jedoch, dass sich mittels der Rechtsnorm des § 8 AGG gegenüber dem § 611a BGB keine Verschlechterung für die betroffenen Personen ergeben darf. Daraus folgt, dass § 8 AGG hinter dem § 611a BGB zurückbleibt⁴⁴. Unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des § 8 AGG ist, dass sich die Bedeutung des Geschlechts aus der geschuldeten Tätigkeit selbst begründen lässt⁴⁵.

So sind folgende Beispielfälle charakteristisch.

Beschäftigung einer Frau als Model für Damenmode, weibliches Geschlecht im Rahmen einer Stellenbesetzung als Betreuerin in einem Mädcheninternat, sofern die Tätigkeit auch Nachtdienste implizieren soll oder im Rahmen von Regelungen, welche dem Schutz der Persönlichkeitsrechte von Patienten bspw. in einer gynokologischen Praxis dienen. Kontrovers diskutiert wird hingegen, ob ein weibliches Geschlecht als Anforderung für die Geschäftsführerposition eines Frauenverbandes einen sachlichen Grund für eine Benachteiligung darstellt⁴⁶. So hat das BAG das weibliche Geschlecht bei der Besetzung der Position eines Gleichstellungsbeauftragten eben genau nicht als sachlichen Grund anerkannt⁴⁷.

Sofern eine Tätigkeit in Ländern außerhalb der EU ausgeübt wird, kann das Geschlecht dann unverzichtbare Voraussetzung einer Tätigkeit sein, sofern in diesen Ländern Vorschriften, religiöse Überzeugungen vorherrschen oder kulturelle Besonderheiten nur ein Geschlecht akzeptieren⁴⁸.

⁴³ Annuß BB 2007, 1629 (1633).

⁴⁴ BT-Drucks. 16/1780, S. 40.

⁴⁵ ErfK / Schlachter, § 611a BGB, Rn. 23.

⁴⁶ ArGG München v. 14.02.2001 – 38 Ca 8663/00; NZA-RR 2001, 365.

⁴⁷ BAG v. 12.11.1998 – 8 AZR 365/97; DB 1999, 384.

⁴⁸ Schleusener/Suckow/Voigt, § 8 AGG, Rn. 28.

b. Verbotmerkmal „Rasse“, ethnische Herkunft

Eine Benachteiligung im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG ist möglich, wenn eine Tätigkeit so anspruchsvoll ist, dass sie nach der Entscheidung des Arbeitgebers am besten von Personen mit einer bestimmten ethnischen Herkunft bspw. einem native speaker, erbracht werden kann. So wäre es denkbar, dass ein Bewerber komplizierte Kommunikations- und Verhaltensregeln beherrschen muss, welchen bspw. nur ein native speaker entsprechen kann.

Allerdings ist Arbeitgebern anzuraten, in der Praxis Formulierungen wie Mitarbeiter mit sehr guten Kenntnissen der jeweiligen Sprache zu suchen, anstatt native speakers konkret zu bezeichnen.

Der § 19 Abs. 2 AGG bietet die Möglichkeit bspw. in der Gastronomie auf eine zulässige Marktaufteilung zu verweisen, wenn ein chinesischer Kellner für ein chinesisches Restaurant oder ein Grieche für eine griechische Taverne gesucht wird, weil es sich hierbei nicht um eine systematische Benachteiligung handelt⁴⁹.

Im Hinblick auf eine multikulturelle Gesellschaft kommt der sorgfältigen Personalauswahl eine besondere Bedeutung zu, insbesondere um ethnischen Konflikten präventiv zu begegnen. So kann unter Verweis auf § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AGG zur Vermeidung von Gefahren eine Nicht-einstellung gerechtfertigt sein⁵⁰.

c. Verbotmerkmal sexuelle Identität

Eine bestimmte sexuelle Identität kann eine entscheidende und wesentliche berufliche Anforderung sein, wenn es sich um eine Beschäftigung in homosexuellen Vereinen oder Gruppen handelt. Hinsichtlich der hierzu relevanten Aspekte wird auf Kap. B. I. 8. sowie Kap. B. II. 2b verwiesen.

d. Verbotmerkmal Behinderung

§ 8 AGG rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung aufgrund einer Behinderung, sofern bestimmte körperliche Funktionen, geistige Fähigkeiten

⁴⁹ Schleusener/Suckow/Voigt, § 8 AGG, Rn. 34; Schiek, AuR 2003, S. 44ff.

⁵⁰ Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn. 341.

oder die seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen für die auszuübende Tätigkeit sind⁵¹.

So kann die fehlende gesundheitliche Eignung eine Ablehnung des Antrags eines behinderten Bewerbers begründen und eine Einstellung in ein Beamtenverhältnis auf Probe nach § 8 AGG rechtfertigen⁵². In einem solchen Fall kommt bei Beamten § 24 Nr. 1 AGG zur Anwendung.

In jenen Fällen, in denen ein Bewerber einem festgelegten Anforderungsprofil entspricht, hat der Arbeitgeber zu beweisen, dass eine bestimmte fehlende körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit, eine wesentliche Anforderung ist. Das bezeichnete Anforderungsprofil lässt sich nur im Einzelfall auf Rechtsmissbrauch hin untersuchen. Allerdings ist dies verbunden mit der Einschränkung nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG für den Fall, dass ein Arbeitgeber bei einer Ablehnung nicht an die Schwerbehinderung anknüpft, was aber durch das BAG aufgrund eines Verstoßes gegen § 81 Abs. 1 SGB IX in Fällen vermutet wird, welche nach überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Diskriminierung gem. § 22 AGG rechtfertigen⁵³. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, so muss der Arbeitgeber nachweisen, dass keine Kausalität zwischen Behinderung und Ablehnungsbescheid besteht. Es sei jedoch angemerkt, dass einer extensiven Auslegung der Beweisregeln nach § 22 AGG systemwidrig und mit materiellen Gesichtspunkten überladen wäre. Diese Problematik lässt sich durch eine interessengerechte Auslegung von § 8 Abs. 1 AGG sowie unter Bezug auf die Förderpflichten gem. Art. 5 der RL 2000/78/EG lösen. Daraus folgt schließlich, dass eine Behinderung nur dann wesentlich und entscheidend sein kann, wenn sie nicht durch den Arbeitgeber kompensiert wird.

Grundsätzlich gilt aber auch, dass nach § 7 Abs. 1 AGG die Möglichkeit besteht, einen Bewerber i.S.v. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG, unter Beachtung der benannten Besonderheiten, wegen Behinderung zu benachteiligen.

3. Religion und Weltanschauung nach § 9 AGG

Das Rechtsinstitut formuliert für Kirchen, religiöse Vereinigungen und Gemeinschaften einen Bestandsschutz. Der § 9 AGG ist daher vor allem als

⁵¹ Schleusener/Suckow/Voigt, § 8 AGG, Rn. 51.

⁵² VG Hannover v. 27.05.2009 – 2 A 1621/08.

⁵³ BAG Beschluss v. 23.06.2010 – 7 ABR 3/09; NZA 2010, 1361.

legislatorische Bestätigung der bisherigen Rechtslage zu verstehen. Somit wird hierbei eine Sonderregelung z.G. religiös / weltanschaulicher Arbeitgeber normiert.

In Relation zu § 8 AGG, welcher allgemeine Zulässigkeiten berufsbezogener Anforderungen regelt, enthält § 9 AGG systematisch, speziellere Regelungen hinsichtlich berufsbezogener Anforderungen und gilt daher als *lex specialis*⁵⁴. In Bezug auf Rechtsverhältnisse i.S.v. Beschäftigung bei Kirchen und Religionsgemeinschaften ist § 8 AGG vollumfänglich anwendbar. Im Zuge dessen wird auf Art. 4 in der RL 2000/78/EG verwiesen⁵⁵.

a. Anwendungsbereich

Grundsätzlich gilt eine unterschiedliche Behandlung gem. §§ 1 und 7 AGG als unzulässig. Der § 9 AGG regelt Besonderheiten, welche sich für eine Beschäftigung bei einem religiösen oder weltanschaulich definierten Arbeitgeber ergeben können.

b. Berufliche Anforderung

Zunächst ist es fraglich, ob die Zugehörigkeit zu einer Religion oder aber das sichtbare Ausleben einer solchen, eine Rechtfertigung für eine berufliche Benachteiligung sein kann. Unter Verweis auf § 9 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung dann möglich, wenn eine Beschäftigung eine bestimmte Religion oder Weltanschauung im Hinblick auf das Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft bzw. Vereinigung, hinsichtlich der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung, darstellt. Folglich wird das generelle Benachteiligungsverbot an dieser Stelle durchbrochen⁵⁶. Diese Regelung ist jedoch nicht als sog. Kirchenklausel zu bezeichnen, weil § 9 AGG nicht nur auf Kirchen, sondern auf Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen sowie auf deren Einrichtungen Anwendung findet⁵⁷.

Insofern können davon kirchliche und weltanschauliche Krankenhäuser, Kindergärten, Tagesstätten und Schulen tangiert sein. Eingeschlossen sind

⁵⁴ *lex specialis* – dieser Grundsatz besagt, dass ein Spezialgesetz, also ein Gesetz, das einen Einzelfall bzw. einen Ausnahmefall regelt, einem allgemeinen Gesetz (*lex generalis*) in der Anwendung vorgeht. Das allgemein gehaltene Gesetz ist gegenüber dem Spezialgesetz subsidiär.

⁵⁵ Schleusener/Suckow/Voigt, § 9 AGG Rn. 6.

⁵⁶ Düwell in juris PR-Sonderausgabe zum Allgemeinen Gleichstellungsgesetz, S. 11.

⁵⁷ Gaul, ARB-RB 2006, 176, 177; Worzalla, S. 105f.

daher sämtliche Personen, Beschäftigte und Bewerber, die sich unmittelbar der Pflege von Religion oder Weltanschauung widmen wie bspw. Priester, Ordensleute, Krankenschwestern, Ärzte, Lehrer, Erzieher usw.

Sofern jedoch eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung nicht wesentliche Voraussetzung für eine relevante Tätigkeit ist, so greift der Rechtfertigungsgrund nach § 9 AGG nicht ein.

c. Loyalitätspflichten

Unter Verweis auf § 8 Abs. 2 AGG wird ein weiterer Rechtfertigungsgrund eröffnet, indem es Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften erlaubt ist, von ihren Beschäftigten und Bewerbern ein aufrichtiges und loyales Verhalten i.S. eines Selbstverständnis verlangen zu können⁵⁸. Nach § 9 Abs. 2 AGG kommt es nicht darauf an, welcher Religion oder Weltanschauung die Mitarbeiter angehören. So sind von Loyalitätspflichten alle Beschäftigten und Bewerber erfasst, die nach § 9 Abs. 1 AGG eine Tätigkeit ausüben, welche eine Zugehörigkeit zur betreffenden Religion / Weltanschauungsvereinigung voraussetzen, wobei diese Mitarbeiter gegen ihre Loyalitätspflichten verstoßen. Exemplarisch hierfür wäre bspw., dass in einem katholischen Krankenhaus ein Assistenzarzt arbeitet, der sich nach einer Ehekrise scheiden lässt, um wenig später seine langjährige Geliebte standesamtlich zu heiraten. In einem solchen Fall liegt unabhängig einer Kündigung gem. § 1 KSchG eine zulässige unterschiedliche Behandlung aufgrund der Religion vor, sofern das Verhalten des Arztes nach § 9 Abs. 2 AGG eine Loyalitätsverletzung darstellt⁵⁹.

Erfasst sind zudem Beschäftigte und Bewerber, die einer Tätigkeit gem. § 9 Abs. 1 AGG nachgehen sollen, jedoch nicht der Religions- / Weltanschauungsvereinigung angehören sowie Mitarbeiter, welche keine Tätigkeiten nach § 9 Abs. 1 AGG ausüben, unabhängig ihrer Zugehörigkeit zur Religions- / Weltanschauungsvereinigung. Nicht unberücksichtigt bleiben kann vor diesem Hintergrund, dass die durch das BAG entwickelten Grundsätze⁶⁰ hiernach anwendbar sind. Ursächlich hierfür ist, dass kirchliche Arbeitgeber wegen ihrer Rechtspositionen aus Art. 140 i.V.m. Art. 137 WRV geschützt

⁵⁸ Worzalla, S. 109.

⁵⁹ Worzalla, S. 109.

⁶⁰ BAG v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – NJW 2003, S. 1685.

sind. So besteht die Option, Beschäftigten die Ausübung konkurrierender Religionen zu untersagen⁶¹.

4. Alter gem. § 10 AGG

Hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe für die Benachteiligung wegen des Alters gelten § 8 Abs. 1 AGG und § 10 AGG parallel. So ist rechtliches Unvermögen denkbar, zu denen gesetzliche Altersgrenzen zählen⁶². So kann ein bestimmtes Alter als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung gelten, wenn ein öffentliches Interesse an der Unterscheidung nach dem Alter existiert, wie bspw. bei Feuerwehrmännern, Piloten, Fluglotsen. Ebenso könnte eine Ungleichbehandlung durch ein Unternehmenskonzept gerechtfertigt sein⁶³.

a. Darstellung unter Verweis auf § 10 Satz 3 AGG

Darstellung und Ausnahmetatbestände gem. § 10 Satz 3 AGG ungeachtet des § 8 AGG gilt eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters als zulässig, sofern sie objektiv und angemessen durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. So lässt § 10 Satz 3 AGG die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der besonderen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder wegen der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand zu. Die relevanten Ausnahmetatbestände werden nachstehend erörtert.

aa. Ausnahmetatbestand § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG

Unter Verweis auf § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG ist eine indifferente Behandlung zulässig, sofern die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung, beruflicher Bildung und besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlohnung sowie Beendigung von Arbeitsverhältnissen umfasst, welche der beruflichen Eingliederung von

⁶¹ Worzalla, S. 110.

⁶² Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rn. 330.

⁶³ Löwisch/Caspers/Neumann, S. 257; NZA 2005, 1265, 1267.

Jugendlichen, älteren Beschäftigten als auch Personen mit Fürsorgepflichten förderlich sind oder Schutzmechanismen gewährleisten.

Zielorientierung der unterschiedlichen Behandlung ist daher die berufliche Eingliederung von Jugendlichen nach § 2 Abs. 2 JArbSchG, berufliche Eingliederung von älteren Beschäftigten, deren Eingrenzung hier jedoch offen bleibt. Ferner gilt für die Eingliederung von Personen eine besondere Fürsorgepflicht neben dem Schutz aller Benannten. Um die Zielsetzung zu realisieren, ist die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sowie Regelungen für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zulässig⁶⁴.

bb. Tatbestand § 10 Satz 3 Nr. 2 AGG

Die Zulässigkeit von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zu Beschäftigung wird nach § 10 Satz 3 Nr. 2 AGG normiert. Demnach sind Mindestanforderungen wie Alter, Berufserfahrung oder Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung sowie mit der Beschäftigung verbundener Vorteile Einstiegsvoraussetzungen für Bewerber. Daraus folgt, dass ein bestimmtes Alter Voraussetzung für den Abschluss eines Arbeitsvertrages oder den beruflichen Aufstieg sein kann. Zu prüfen ist aber in diesem Zusammenhang, ob die Mindestanforderungen an das Alter einem legitimierte Ziel dienen. Dies ist im Einzelfall nachzuweisen. Ebenso ist es denkbar, dass Gehaltsstrukturen an das Alter gekoppelt sein können. So ist es zulässig, dass bspw. im Haustarifvertrag der SP Aktiengesellschaft für die Angestellten innerhalb der Vergütungsgruppe drei Steigerungsstufen analog der Betriebszugehörigkeit vorgesehen sind. Bei den gewerblichen Arbeitnehmern hingegen, bezüglich der Steigerungsstufen, auf das Alter der betreffenden Mitarbeiter abgestellt wird⁶⁵.

cc. Tatbestand § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG

Nach § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG ist die Fixierung eines Höchstalters für die Einstellung wegen spezifischer Ausbildungserfordernisse eines bestimmten Arbeitsplatzes und eine Analogie zur angemessenen Beschäftigungszeit

⁶⁴ Worzalla, S. 113.

⁶⁵ Worzalla, S. 115.

normiert. So wäre eine Ablehnung einer Bewerbung zulässig, sofern eine zeitlich sinnvolle Beschäftigung von Bewerbern nicht erfolgen kann.

So ist bspw. denkbar, dass ein Softwareunternehmen Arbeitnehmer sucht, welche als Berater für die erklärungsbedürftige Systemsoftware bei Kunden eingesetzt werden können. Um einen hohen Qualitätsstandard zu gewährleisten, werden die neuen Berater regelmäßig ein Jahr lang im Stammhaus der SP Aktiengesellschaft hinsichtlich des diversifizierten Produktportfolios geschult. Der 63-jährige Akademiker J. bewirbt sich auf die vakante Position. Unstrittig ist im Rahmen dieser Fallkonstruktion eine zeitlich sinnvolle Beschäftigung des J. nicht möglich, weil er bei seinem ersten Beraterauftrag bereits 64 Jahre ist und maximal noch 3 Jahre aktiv für das Unternehmen tätig wäre.

b. Sonderfall nach § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG

Fraglich könnte sein, ob das Altersteilzeitgesetz unter Beachtung von § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG Bestandfähig ist⁶⁶. Dazu sei angemerkt, dass Vereinbarungen zur Altersteilzeit nicht unter § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG fallen, weil lediglich Altersgrenzen vom ATG erfasst sind. So hat der EuGH auch jegliche differenzierten Regelungen anerkannt⁶⁷. Gleichzeitig sind auch Vereinbarungen des Kollektivvertragsrechts wie Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen oder arbeitsrechtliche Vereinbarungen, die eine Ausführung der ATG-Vorschriften begünstigen, nicht nach § 7 AGG anfechtbar⁶⁸. Anders verhält es sich jedoch, wenn Altersteilzeitvereinbarungen gegen andere Benachteiligungsverbote verstoßen. Dann wäre freilich eine Anfechtbarkeit eröffnet.

Zulässig sind jedoch Altersgrenzen bzw. –regelungen, welche nicht an den Anspruch einer vollen Altersrente anknüpfen. Dies ist so bspw. für die tarifliche Altersgrenze von Piloten gegeben⁶⁹.

C. Schlussbetrachtung / Zusammenfassung

Im Rahmen des AGG ist ein abgestimmter Schutz vor Ungleichbehandlung auf Basis von EG-Richtlinien geschaffen worden. Zugleich legt das AGG die

⁶⁶ Thüsing/Beil zu NZA 2004, S. 3, 12.

⁶⁷ EuGH v. 11.07.2002 – C 224/98 – EuZW 2002, S. 635.

⁶⁸ BAG v. 18.11.2003 – 9 AZR 122/03 – DB 2004, S. 1106.

⁶⁹ Worzalla, S. 117.

Anforderungen an die Personalrekrutierung fest. Arbeitgebern ist dringend angeraten, insbesondere die Diskriminierungsmerkmale nach § 1 AGG, die eine Benachteiligung aufgrund der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, Weltanschauung, Behinderung, des Alters und/oder der sexuellen Identität im Rahmen der Personalbeschaffung, zu beachten.

Parallel hierzu sind jedoch nach § 3 Abs. 2 und 5 AGG sowie §§ 8 bis 10 AGG, als auch zivilrechtlich mittels § 20 AGG Ausnahmen zugelassen. Diese Ausnahmen bieten die Option, im Einzelfall zu prüfen, ob eine unterschiedliche Behandlung durch das AGG ermöglicht wird und inwieweit auf diese Option bei der Personalbeschaffung zurückgegriffen werden kann. Wichtigstes zugelassenes Differenzierungsmerkmal sind hierbei wohl die beruflichen Anforderungen nach § 8 AGG. So können berufliche Anforderungen durchaus in einigen Fällen dazu führen, dass die Arbeitnehmerinteressen hinter denen des Arbeitgebers zurückstehen müssen, und die Verbotssmerkmale ethnische Herkunft, sexuelle Identität, Behinderung oder Religion und Weltanschauung sowie des Alters umgangen werden.

Literaturverzeichnis

Annuß, Georg: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, Betriebsberater 2006, Seite 1629 (1630)

Schleusener, Aino / Suckow, Jens / Voigt, Burkhard: AGG - Kommentar zum Allgemeinen Gleichstellungsgesetz, 3. neu überarbeitete Auflage, Luchterhand Verlag 2011

Adomeit, Klaus / Mohr, Jochen: AGG – Kommentar zum Allgemeinen Gleichstellungsgesetz, 2. Auflage 2011, Boorberg Verlag Stuttgart

Boemke, Burkhard / Danko, Franz-Ludwig, AGG im Arbeitsrecht, Springer Verlag Heidelberg / Berlin 2007

Düwell, Franz-Josef: Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG, Betriebsberater 2006, S. 1741ff.

Erman, Walter / Armbrüster, Christian: BGB Kommentar, Band 1 Allgemeiner Teil – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 12. Auflage 2008, Otto Schmidt Verlag Köln,

Erman, Walter / Edenfeld, Stefan: BGB – Handkommentar, 12. Auflage 2008, Otto Schmidt Verlag Köln

Flohr, Eckhard / Ring, Gerhard (Hrsg.): Das neue Gleichstellungsgesetz, ZAP Verlag Freiberg / Kitzbühel 2006

Gaul, Björn / Naumann, Eva : Entwurf des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes, ARB-RB 2006, 176ff.

Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Auflage 2007, Beck Verlag München

Löwisch, Manfred / Caspers, Georg / Kaiser, Dagmar / Neumann, Daniela: Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar, 6. Auflage 2008, Verlag Recht und Wirtschaft Frankfurt/Main

Münch, Ingo von / Kunig, Philip / Gubelt, Manfred: Grundgesetz Kommentar, Band 1, 5. Auflage 2000, Beck Verlag München

Rust, Ursula / Falke, Josef / Betelsmann, Klaus: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 2007, E. Schmidt Verlag Berlin

Rudolf, Beate (Hrsg.) / Mahlmann, Wilfried / Armbrüster, Christian: Gleichbehandlungsrecht 1. Auflage 2007, Nomos Verlag Baden-Baden

Staudinger, Ansgar / Annuß, Georg: BGB – Kommentar, Buch II: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 611-651, 13. Auflage 2006

Thüsing, Gregor: Arbeitnehmerrechtlicher Diskriminierungsschutz – das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote, 1. Auflage 2007, Beck Verlag München

Thüsing, Gregor: Münchner Kommentar, BGB Band I Allgemeiner Teil, 2. Halbband - Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Auflage 2007, Beck Verlag München

Wendelin-Schröder, Ulrike: Diskriminierung und Privilegierung im Arbeitsleben in: Festschrift Schwerdtner zum 65. Geburtstag 2003

Worzalla, Michael: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 1. Auflage 2006, Haufe Verlag Freiburg, Berlin, München

Sonstige Quellen

BT-Drucks. 15/4538, Zusammenstellung des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung europarechtlicher Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16.12.2004, überarbeiteter Entwurf v. 18.03.2005

BT-Drucks. 16/1780, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europarechtlicher Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung

NZA 2005, S. 1265, (1267): Waltermann, Raimund zu: Verbot der Altersdiskriminierung – Richtlinie und Umsetzung

NZA 2006, S. 2169, (2170): Adomeit, Klaus zu: Zulässigkeit der Ungleichbehandlung wegen des Alters

NZA 2010, S. 561: Altersdiskriminierung

Entscheidungsverzeichnis

EuGH

EuGH Urteil vom 19.01.2010, C-555/07; NZA-RR 2010, 18
EuGH Urteil vom 07.01.2004, Rs. C-117/01; NJW 2004, 1440
EuGH Urteil vom 11.07.2002, C 224/98; EuZW 2002, 635

BAG

BAG Urteil vom 19.08.2010, 8 AZR 466/09; BeckRS 2011, 65294
BAG Urteil vom 25.08.2009, 8 AZR 536/08; NZA 2009, 1016
BAG Urteil vom 28.05.2009, 8 AZR 536/08; NZA 2010, 1016
BAG Urteil vom 22.01.2009, 8 AZR 906/07; NZA 2009, 945
BAG Urteil vom 18.11.2003, 9 AZR 122/03; DB 2004, 1106
BAG Urteil vom 10.10.2002, 2 AZR 472/01; NJW 2003, 1685
BAG Urteil vom 10.11.1994, 2 AZR 242/94; NJW 1996, 335
BAG Beschluss vom 23.06.2010, 7 ABR 3/09; NZA 2010, 1361
BAG Beschluss vom 22.03.1995, 5 AZB 21/94; NJW 1996, 143 (146)

LAG

LAG Nürnberg Urteil vom 19.02.2008, 6 Sa 675/07

Sonstige

VG Hannover Urteil vom 27.05.2009, 2 A 1621/08

ArbG München Urteil vom 14.02.2001, 38 Ca 8663/00; NZA-RR 2001, 365

BVerwG Beschluss vom 27.03.1992, 7 C 21/90, NJW 1992, 2496 (2497)