

Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote

von
Prof. Dr. Gregor Thüsing

2., neu bearbeitete Auflage

Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz – Thüsing

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Praxisliteratur](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 65116 8

Einer gesonderten Rechtfertigung hierfür bedarf es nicht, jedoch muss auch im Hinblick auf diese Zurücksetzungen die Maßnahme verhältnismäßig sein (s. hierzu Rnr. 392).

5. Rechtsfolgen

Gesonderte Regelungen für die Rechtsfolgen bei Benachteiligung aus mehreren 312 Gründen kennt das Gesetz nicht. Der Entschädigungsanspruch nach § 15 AGG zur Kompensation des immateriellen Schadens wird jedoch umso höher ausfallen müssen, je mehr unerlaubte Unterscheidungen der Maßnahme zugrunde liegen (so auch BT-Drucks. 17/1780, S. 33; aA Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder, AGG, § 4 Rnr. 3). Eine schlichte Multiplizierung des bei einfacher Diskriminierung zuzusprechenden Betrages auf das zwei-, drei- oder vierfache ist jedoch regelmäßig zu hoch gegriffen, denn auch bei Benachteiligung aus verschiedenen Gründen ist es nur eine Benachteiligung, die ausgeglichen werden muss (*Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 4 Rnr. 6 f.). Bei Nichteinstellung ist auch bei mehrfacher Benachteiligung die Höchstgrenze des § 15 Abs. 2 AGG zu beachten.

E. Rechtfertigung einer Benachteiligung

I. Maßstab der Rechtfertigung bei den unterschiedlichen Formen der Benachteiligung

- 313** § 8 AGG setzt Art. 4 Abs. 1 der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG um. Die Regelung stellt klar, unter welchen allgemeinen Voraussetzungen berufliche Anforderungen eine unmittelbare Benachteiligung rechtfertigen können. Bei der mittelbaren Benachteiligung zählt die Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund bereits zu den tatbestandlichen Voraussetzungen; bei einer Belästigung oder sexuellen Belästigung kommt eine Rechtfertigung nicht in Betracht (unnötig vorsichtig: BT-Drucks. 16/1780, S. 35: „regelmäßig“ nicht in Betracht). Die Rechtfertigung einer Anweisung richtet sich nach der Rechtfertigung der angewiesenen Benachteiligung: Wird zur mittelbaren Benachteiligung aufgefordert, greift der Maßstab des § 3 Abs. 2 AGG, wird zur unmittelbaren Benachteiligung aufgefordert, muss die erwartete Handlung nach § 5, § 8, § 9 oder § 10 AGG gerechtfertigt sein.
- 314** Die Möglichkeit der Rechtfertigung ist ein **zentraler und auch notwendiger Baustein** im Recht der Antidiskriminierung. Diskriminierungsverbote gelten nicht absolut. Es gibt stets zwingende sachliche Gründe, die es erlauben, auch pönalisierte Kriterien zu benutzen, weil entweder die Interessen des Vertragspartners oder dritter Personen, gelegentlich auch diejenigen der gesetzlich geschützten Rechtsträger selbst dies erfordern. Die dogmatische Schwierigkeit besteht darin, „berechtigte Gründe“ für jedes Benachteiligungsverbot getrennt zu entwickeln und sie außerdem vom sachlichen Grund im Sinn des allgemeinen Gleichbehandlungsgebotes abzugrenzen (vgl. dazu die sog. „neue Formel“ des Bundesverfassungsgerichts in BVerfG v. 7.10.1980 – 1 BvL 50/79 u.a., BVerfGE 55, 72, 88 und später in BVerfG v. 26.1.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., BVerfGE 88, 87, 96; BVerfG v. 14.12.1994 – 1 BvR 720/90, BVerfGE 91, 346, 362 und BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169, 181). Dass jedes Verbotskriterium seine eigene Sachgesetzlichkeit hat, liegt – wenn man die berechnete Benachteiligung wegen des Geschlechts mit derjenigen wegen einer Teilzeitarbeit vergleicht – auf der Hand. Das hat sich sprachlich auch in den verschiedenen EG-Richtlinien niedergeschlagen. Die Richtlinie 76/207/EG ließ in Art. 2 Abs. 2 bis zu ihrer Änderung durch Richtlinie 2002/73/EG eine Ausnahme zu, wenn das Geschlecht „eine unabdingbare Voraussetzung darstellt“. Etwas anders formulieren die Richtlinie 2000/43/EG und die Richtlinie 2000/78/EG jeweils in Art. 4 sowie die Richtlinie 2006/54/EG in Art. 14, dass die Benachteiligung erlaubt wird, wenn das Unterscheidungsmerkmal „eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt“ und überdies der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten wird. Davon wieder abweichende Formulierungen finden sich für die Rechtfertigungsgründe in kirchlichen oder religiösen Organisationen in Art. 4 Abs. 2, für die Behinderung in Art. 5 und für das Alter in Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG.

Die Rechtsordnung umfasst auch im nationalen Bereich die Spannweite eines Ermessensspielraums in § 4 TzBfG einerseits bis zur absoluten Gleichberechtigung in § 9 Nr. 2 AÜG andererseits. Das AGG zeichnet diese **Verschiedenheit möglicher Rechtfertigung** durch eine Unterscheidung in den §§ 8, 9 und 10 AGG nach. Sie differiert nach dem Grund der Benachteiligung – s. § 8 Abs. 1 und § 10 AGG – oder nach der Person des Benachteiligten – s. § 9 gegenüber § 8 Abs. 1 AGG.

Die für alle Diskriminierungsverbote geltenden Sachgesetzmäßigkeiten sind noch 315 wenig erforscht (wertvolle Ansätze dazu bei Wiedemann, Gleichbehandlungsgebote, 2001, S. 59 f.). An die Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung werden aber unter verschiedenen Gesichtspunkten „härtere“ Anforderungen gestellt als an den sachlichen Grund des allgemeinen Gleichheitssatzes. Einmal können bloße Marktüberlegungen eine verbotene Diskriminierung nicht legitimieren, weil sonst bei den wichtigen Arbeitsverträgen eine besonders einschneidende Minderung der Gegenleistung erlaubt wäre. Zum anderen wird es für eine Rechtfertigung – anders als bei der allgemeinen Gleichbehandlung – nicht ausreichen, dass ein sachlicher Bezug zum Inhalt des vertraglichen Rechtsgeschäfts besteht und dieser für den durchschnittlichen Betrachter nachzuvollziehen ist. Die Abwägung zwischen den Interessen und letztlich: Grundrechten der betroffenen Personen muss zusätzlich dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit genügen.

II. Rechtfertigung unmittelbarer Benachteiligung nach § 8 Abs. 1 AGG

Literatur: *Guild*, The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations, *Industrial Law Journal*, Bd. 29 (2000), 416; *Rivas Vaño*, La Prohibición de Discriminación por Orientación Sexual en la Directiva 2000/78, *Temas Laborales*, Nr. 59 (2001), 193–220; *Schaub*, Ist die Frage nach der Schwerbehinderung zulässig?, *NZA* 2003, 299–301; *Schiek*, Diskriminierung wegen der „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“ – Probleme bei der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, *AuR* 2003, 44–51; *Thüsing*, Zulässige Ungleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer, *RdA* 2001, 319–325; *Whittle*, The Framework Directive for Equal Treatment in Employment and Occupation: An Analysis from a Disability Rights Perspective, *European Law Review*, Bd. 27 (2002), 303–326

1. Einheitlicher Maßstab

§ 8 Abs. 1 AGG bestimmt einheitlich für alle Diskriminierungsmerkmale, dass 316 eine Benachteiligung zulässig ist, wenn der Grund für die Diskriminierung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Diese einheitliche Regelung war ursprünglich nicht vorgesehen. Im an der vorgezogenen Bundestagswahl 2005 gescheiterten Gesetzesentwurf war ursprünglich vorgesehen, als gesonderten Maßstab für das Geschlecht die Unverzichtbarkeit beizubehalten, wie es in § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB zu finden war. Diese **Unterscheidung** hielt man nach der Begründung des Gesetzesentwurfs für notwendig, weil bei der Umsetzung der Richtlinien bereits bestehende Vorschriften nicht verschlechtert werden dürfen (BT-Drucks. 15/4538, S. 32). Dies war jedoch unzutreffend, auch wenn Art. 8 e Abs. 2

Richtlinie 76/207/EWG es verbietet, die Umsetzung der Richtlinie zur Rechtfertigung einer Absenkung des bereits garantierten Schutzniveaus in Bezug auf Diskriminierungen in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen zu nutzen. Damit dieses Verbot eingreift, müsste die Umsetzung zur Rechtfertigung einer Minderung des Schutzes herangezogen werden. Das war hier nicht der Fall, anders als wenn bspw. die Einführung eines Diskriminierungsverbots zum Schutz von Behinderten zur Abschaffung von Einstellungsquoten für Behinderte herangezogen wird, wie dies im Vereinigten Königreich anlässlich der Einführung des DDA geschah. Zum anderen setzt ein Verbot des Gleichlaufs beider Maßstäbe voraus, dass der neue Maßstab großzügiger ist als der alte. Wenn aber nun Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie 76/207/EWG seit ihrer Änderung durch Richtlinie 2002/73/EG auf europäischer Ebene den gleichen Maßstab zur Rechtfertigung bei der Geschlechtsdiskriminierung wie in Art. 4 Richtlinie 2000/43/EG und Art. 4 Richtlinie 2000/78/EG in Bezug auf die übrigen Diskriminierungsverbote aufgestellt hat (auch die Nachfolgerichtlinie 2006/54/EG behält dies bei), um die Maßstäbe einander anzugleichen, dann wäre dies ohne Wirkung, wenn man gleichzeitig mit Einfügung des Art. 8 e Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG durch Richtlinie 2002/73/EG ein europarechtliches Verbot geschaffen hätte, das den Mitgliedstaaten verbietet, eben diese Angleichung nachzuvollziehen. Die These der Bundesregierung könnte daher nur dann zutreffen, wenn man davon ausgeht, dass die deutsche Umsetzung in § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB bereits über das hinausging, was durch die Richtlinie 76/207/EWG vor ihrer Änderung durch Richtlinie 2002/73/EG geboten war, und dieser erhöhte Maßstab nun beibehalten werden müsste. Das aber ist nicht anzunehmen: „unverzichtbar“ (§ 611 a Abs. 1 S. 2 BGB) ist nicht strenger als „unabdingbare Voraussetzung“ (Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG a. F.). Man könnte also für alle Gründe einen einheitlichen Maßstab der Rechtfertigung heranziehen – wie es andere Mitgliedstaaten auch getan haben, s. z. B. Art. L. 1132-1 Code du travail; anders allerdings §§ 9, 20 österr. GLBG. Dies hat der deutsche Gesetzgeber auch so erkannt. Er ließ die Unterscheidung nach der Ausschussanhörung im März 2005 fallen (*Thüsing*, Ausschussdrucks. 15(12) 440-C; s. jetzt auch BT-Drucks. 16/1780, S. 35: „Eine Absenkung des Schutzstandards hinsichtlich des Merkmals Geschlecht ist damit nicht verbunden.“).

2. Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen

- 317** Entsprechend den Vorgaben der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2006/54/EG stellt § 8 Abs. 1 AGG für die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes auf die wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ab. Eine Ungleichbehandlung kann danach nicht durch Erwägungen der bloßen Zweckmäßigkeit zulässig werden. Vielmehr muss die an den Beschäftigten gestellte Anforderung erforderlich sein und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen beruflichem Zweck und Schutz vor Benachteiligung standhalten (BT-Drucks. 16/1780, S. 35). Hierfür ist es allerdings nicht erforderlich, dass die wesentliche Anforderung in dem Kriterium selbst liegt; es genügt, wenn sie damit im Zusammenhang steht (EuGH v. 12.1.2010 – C-229/08, NJW 2010, 2193 – Wolf). Mit anderen Worten genügt es damit, wenn die entschei-

dende berufliche Voraussetzung in Kriterien liegt (bspw. körperliche Fitness), die mit den Gründen aus § 1 AGG (bspw. Alter) in Verbindung stehen. Geboten ist hierfür allerdings eine restriktive Betrachtung hinsichtlich des Zusammenhangs von Gründen gemäß § 1 und Anknüpfungspunkten für die berufliche Anforderung.

a) Dogmatische Einordnung der beruflichen Anforderungen

Viel spricht dafür, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der „**beruflichen Anforderungen**“ gem. Art. 4 der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG durch § 8 Abs. 1 AGG ein dogmatisch anderes Verständnis dieser Ausnahmenvorschriften zugrundegelegt hat als es die Kommission im Sinn hatte. „Berufliche Anforderungen“ ermöglichen einem Arbeitgeber nach der europarechtlichen Konzeption allein auf das Vorhandensein eines geschützten Differenzierungsmerkmals ausnahmsweise bestehen zu können. Ein Arbeitgeber kann mit anderen Worten gerade verlangen, dass der einzustellende Beschäftigte beispielsweise männlich, jung, asiatisch oder katholisch ist. Der umgekehrte Fall wird durch den Wortlaut des Art. 4 der jeweiligen Richtlinie dagegen nicht gedeckt: Das Anknüpfen an die Gruppenzugehörigkeit zum Nachteil des von der Maßnahme Betroffenen. Recht klar äußert sich die Kommission in dieser Hinsicht zum Merkmal der Religion. Es liege auf der Hand, heißt es in der Begründung des Richtlinienentwurfs, dass in Organisationen, die bestimmte religiöse Werte vertreten, für bestimmte Arbeitsplätze oder Tätigkeiten nur Arbeitnehmer mit der entsprechenden religiösen Überzeugung in Betracht kommen (vgl. KOM(1999) 565 endg. v. 24.11.1999, S.11f.). Ein Arbeitgeber kann demzufolge zwar das Vorhandensein einer bestimmten religiösen Überzeugung zur positiven Voraussetzung machen, ihr Fehlen aber nicht. Dieses restriktive Verständnis der beruflichen Anforderungen spiegelt sich ebenso im Katalog möglicher Fallbeispiele wider, die unter Umständen imstande sein sollen, eine ungleiche Behandlung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft zu rechtfertigen. Als mögliche Anwendungsfälle der beruflichen Anforderungen in diesem Rahmen nennt die Kommission den Fall, dass aus Gründen der Authentizität ein Schauspieler benötigt wird, der einer bestimmten Rasse oder ethnischen Gruppe angehört; gedacht ist ferner daran, dass im Rahmen einer Tätigkeit persönliche Dienstleistungen für Angehörige einer bestimmten ethnischen Gruppe zu erbringen sind und dies am effektivsten von einem Angehörigen dieser Gruppe geleistet werden kann (s. KOM(1999) 566 endg. v. 25.11.1999, S. 9). Wiederum wird dem Arbeitgeber damit allein das Bestehen auf das Vorhandensein eines geschützten Differenzierungsmerkmals zugestanden. Die **Möglichkeit einer negativen Anknüpfung** an ein geschütztes Merkmal würde danach allein den allgemeinen Regeln folgen. Danach kann es im Einzelfall an der notwendigen Geeignetheit eines Beschäftigten für die infrage stehende Arbeitsstelle und damit einer Anwendungsvoraussetzung des Diskriminierungsschutzes fehlen; an dem bereits im Rahmen des § 611 a BGB anerkannten Prinzip, dass das Benachteiligungsverbot den Arbeitgeber nicht zur Einstellung ungeeigneter Arbeitnehmer zwingt (st. Rechtsprechung s. zuletzt BAG v. 5.2.2004 – 8 AZR 112/03, NJW 2004, 2112, 2115), hat sich auch unter der Neuregelung nichts geändert. Die Zulässigkeit mittelbarer Diskriminierungen richtet sich andererseits primär nach Art. 2

318

Abs. 2 lit. b) der Richtlinien und der dort verankerten Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung entsprechender Benachteiligungen. Ergänzend kann bei einer Ungleichbehandlung wegen des Alters Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG sowie bei positiven Maßnahmen Art. 5 der Richtlinie 2000/43/EG bzw. Art. 7 der Richtlinie 2000/78/EG herangezogen werden.

- 319** Um eine Erfindung des europäischen Gesetzgebers handelt es sich bei der Berücksichtigung „beruflicher Anforderungen“ nicht. Das **US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht** kennt eine entsprechende Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit der Figur der sog. *bona fide occupational qualification defense* bereits seit geraumer Zeit (s. hierzu *Thüsing*, RdA 2001, 319, 320 f.). Gegenständlich ist diese allerdings auf die Merkmale der Religion, des Geschlechts, der nationalen Herkunft (42 U.S.C. § 2000e-2(e)(2004)) sowie des Alters (29 U.S.C. § 623 (f)(1)(2004)) beschränkt. Neben der im Einzelnen nicht unproblematischen Ausklammerung von Rasse und Hautfarbe (vgl. etwa *Bryant*, 33 Georgia Law Review 211 (1988) zur Besetzung der Filmrolle von Martin Luther King, Jr.) wird damit insbesondere das Merkmal der Behinderung nicht von diesen Ausnahmenvorschriften erfasst. Letzteres erscheint sinnvoll, sind doch Fälle, in denen gerade das Vorhandensein einer Behinderung notwendige Voraussetzung für die Ausübung einer bestimmten Arbeitsstelle ist, praktisch nicht vorstellbar.
- 320** Der **deutsche Gesetzgeber** hat sich dieses restriktive Verständnis der Richtlinien wohl nicht zueigen gemacht. Zwar lässt der Wortlaut des § 8 Abs. 1 AGG eine entsprechende Interpretation zu, Systematik und gesetzgeberische Intention weisen allerdings in eine andere Richtung. Anstatt – wie auch die Kommission – das positive Anknüpfen an geschützte Merkmale in der Vordergrund zu rücken, spricht die Gesetzesbegründung schlechterdings davon, dass „berufliche Anforderungen eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können“ (BT-Drucks. 16/1780, S. 35). Untermauert wird dieses Verständnis der europarechtlichen Vorgaben durch einen Blick auf die Vorgängervorschrift des § 611 a BGB. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts war dort zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist. Erfasst waren von dieser Ausnahmenvorschrift sämtliche Differenzierungen nach dem Geschlecht, ungeachtet davon, ob sie sich zum Vorteil oder Nachteil des betroffenen Arbeitnehmers auswirkten. Eine entsprechende Unterscheidung war zudem beim Geschlecht hinfällig, da Bevorzugungen des einen Geschlechts spiegelbildlich das andere benachteiligen. Dementsprechend machte es in der Sache keinen Unterschied, ob etwa die „Eigenschaft als Frau“ eine unverzichtbare Voraussetzung des Arbeitsverhältnisses als Arzthelferin ist (BAG v. 21.2.1991 – 2 AZR 449/90, NZA 1991, 719, 723) oder umgekehrt formuliert, dass die Zugehörigkeit zum männlichen Geschlecht unvereinbar mit den Anforderungen dieses Arbeitsplatzes ist (so ErfK/*Schlachter*, § 8 AGG Rnr. 5).

b) Begriffliche Voraussetzungen

- 321** Für die Definition dessen, was eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ausmacht, dürfte *mutatis mutandis* dasselbe gelten wie für die Un-

verzichtbarkeit zur Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen des Geschlechts, wie es ehemals § 611 a BGB forderte. Eine Anforderung ist dann „entscheidend“ für eine bestimmte berufliche Tätigkeit, wenn die Tätigkeit ohne sie nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann (so auch BAG v. 28. 5. 2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016, das hervorhebt, dass es genügt, dass die Tätigkeit „nur schlechter bzw. nicht ordnungsgemäß“ erbracht werden kann). Die zusätzliche Einschränkung auf „wesentliche“ Anforderungen soll eine gewisse Erheblichkeitsschwelle statuieren (*Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, § 8 Rnr. 21: „Die berufliche Anforderung muss für das jeweilige Berufsbild prägend sein“; *Schleusener/Suckow/Voigt/Schleusener*, AGG, § 8 Rnr. 14). Hierbei ist ein Vergleich nötig zwischen dem gesamten Aufgabenbereich, der dem Beschäftigten zugewiesen werden soll, und dem Teilbereich, den er aufgrund seiner Benachteiligung nicht ordnungsgemäß ausüben kann. Dabei muss sich ergeben, dass der Aufgabenbereich, der ohne eine bestimmte Religion, ethnische Herkunft, ein bestimmtes Alter oder eine gewisse sexuelle Identität nicht ausgeübt werden kann, einen erheblichen Teil des gesamten dem Beschäftigten übertragenen Aufgabenfeldes ausmacht. Das Wesentlichkeitskriterium ist angesichts des Zieles der Richtlinie, einen umfassenden Benachteiligungsschutz zu gewährleisten, tendenziell eng auszulegen (so bereits *Thüsing/Wege*, FA 2003, 296, 298 sowie *dies.*, ZEuP 2004, 399, 421). Aus der Beschränkung auf „wesentliche und entscheidende“ Berufsanforderungen folgt, dass der Arbeitgeber sich bei einer Ungleichbehandlung allein zur Durchsetzung sonstiger, unwesentlicher Arbeitsplatzanforderungen nicht zur Rechtfertigung auf § 8 Abs. 1 AGG stützen kann. Die nicht durchführbaren Tätigkeiten müssen aber keineswegs überwiegen, es genügt, wenn sie eine unter mehreren zentralen Aufgaben betreffen (BAG v. 28. 5. 2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016).

Welche beruflichen Anforderungen im Einzelfall wesentlich sind, hängt von der auszuübenden Tätigkeit ab. Als **allgemeiner Maßstab** dürfte gelten, dass zumindest solche Anforderungen, die das jeweilige Berufsbild prägen bzw. derentwegen der Arbeitgeber den betreffenden Arbeitsplatz geschaffen hat, als wesentlich einzustufen sind. Ferner muss sich eine berufliche Anforderung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz messen lassen. Der Arbeitgeber darf deshalb nur dann vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichen, wenn er mit der Bezugnahme auf ein geschütztes Merkmal einen legitimen Zweck verfolgt und die Anforderung zur Erreichung desselben geeignet, erforderlich und angemessen ist. Zu prüfen ist also insbesondere, ob das vom Arbeitgeber verlangte Merkmal tatsächlich zur Verwirklichung des unternehmerischen Zwecks erforderlich ist. Die konkrete Stellenausschreibung ist also am übergeordneten Unternehmenszweck zu messen (BAG v. 28. 5. 2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016). Die Aufteilung der Arbeitsleistung, die dann eine Diskriminierung erforderlich macht, wird ihrerseits von der Unternehmerfreiheit geschützt, sodass nur eine Willkürkontrolle stattfindet (BAG v. 28. 5. 2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016). Eine Diskriminierung kann demnach nur als *ultima ratio* in Betracht kommen. Das US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht ist in diesem Punkt überaus streng. Eine *bona fide occupational qualification* kann ein Arbeitgeber dort im wesentlichen nur dann für sich in Anspruch nehmen, wenn er beweist, dass er Grund zur Annahme hatte, dass kein Beschäftigter in der durch die Anforderung ausgeschlossenen Gruppe zur Ableistung der Arbeitsplatzanforderungen in der Lage war (vgl. grundlegend *Dothard v. Rawlin-*

322

son, 433 U.S. 321 (1977) m.w.N.). **Testfrage** ist: Wäre die Stelle dauerhaft unbesetzt geblieben, wenn sich nur Arbeitnehmer ohne das geforderte Differenzierungsmerkmal beworben hätten? Nur dort, wo das männliche oder weibliche Geschlecht, das Alter, die Religion, die Rasse oder die ethnische Herkunft, die Behinderung oder sexuelle Identität nicht bloß erwünschte Nebeneigenschaft ist, sondern der Arbeitnehmer gerade dafür bezahlt wird, es damit Bestandteil seiner entgoltenen Leistung und seiner konkreten Tätigkeit ist, ist das Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung. Eine Beschränkung auf einzelne Merkmale des § 1 AGG erfolgt – im Gegensatz zum angloamerikanischen Recht (vgl. MüKo/Thüsing, AGG, § 8 Rnr. 7) – nicht, so dass grundsätzlich alle Merkmale Anknüpfungspunkt des § 8 sein können, wenn auch die praktische Relevanz unterschiedlich stark ausgeprägt sein wird.

3. Konkretisierung durch Gruppenbildung

- 323** Bei § 611 a BGB bot es sich an, in grober Ordnung zwischen Unverzichtbarkeit im engeren Sinne und Unverzichtbarkeit im weiteren Sinne zu unterscheiden (ausführlich Thüsing, RdA 2001, 319 f.; s. auch Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung, S. 167 ff.). Dies kann auf den Maßstab der „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“ übertragen werden. Beide Maßstäbe lassen sich übereinstimmend interpretieren, s. Rnr. 316. Das Kriterium der „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung“ stellt – unabhängig von den Schwierigkeiten der Konkretisierung dieses Begriffs im Einzelfall – jedenfalls erheblich **höhere Anforderungen** an das Gewicht des rechtfertigenden Umstands **als ein sachlicher Grund**, denn – so das BAG in Ausdeutung des § 611 a BGB in wohl zu strenger Formulierung – das Geschlecht ist nur dann unverzichtbar, wenn ein Angehöriger des jeweils anderen Geschlechts die vertragsgemäße Leistung nicht erbringen kann und dieses Unvermögen auf Gründen beruht, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügen (so BAG v. 27.4.2000 – 8 AZR 295/99, AuA 2000, 281). Diese restriktive Rechtsprechung hat sich auch für das AGG durchgesetzt, indem das BAG wiederholt die Gleichbehandlung von § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB und § 8 Abs. 1 klargestellt hat (BAG v. 18.3.2010 – 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872; BAG v. 28.5.2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016). Eine Einschränkung ist aber insofern geboten, dass es genügt, wenn die wesentliche Voraussetzung mit einem der Kriterien aus § 1 AGG verbunden ist, sie muss nicht unmittelbar an das Merkmal anknüpfen.

a) Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im engeren Sinne

- 324** Die Differenzierung nach dem Geschlecht ist zulässig, wenn nur Männer oder Frauen die betreffende Tätigkeit ausführen können; die Differenzierung nach der ethnischen Zugehörigkeit ist zulässig, wenn nur Asiaten oder Farbige eine Tätigkeit ausüben können. Hier kann es eine tatsächliche oder – vor allem im Bezug auf das Geschlecht und das Alter – eine rechtliche Unverzichtbarkeit geben. Die tatsächliche Unverzichtbarkeit bilden die Fälle **biologischer Notwendigkeit**, für die beispielhaft die Amme steht (s. Preis, Arbeitsrecht, S. 380; Hanau, FS Lüderitz,