

Entscheidungsanmerkung

Zur Rechtmäßigkeit einer geschlechtsspezifischen Stellenausschreibung im männerdominierten KFZ-Handel

**Die gezielte Suche eines Autohauses nach einer weiblichen Autoverkäuferin in einer Stellenanzeige („Frauen an die Macht!“) kann nach § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber bisher in seinem gesamten Verkaufs- und Servicebereich ausschließlich männliche Personen beschäftigt hat.
(Amtlicher Leitsatz)**

AGG §§ 1, 5, 7, 8, 15, 22

LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 – 7 Sa 913/16 (ArbG Köln)¹

I. Einleitung

Noch immer führen gesellschaftlich vorherrschende Rollenmodelle dazu, dass Frauen auf dem Arbeitsmarkt in bestimmten Branchen und Berufen unterrepräsentiert² sind und sich Vorurteile bezüglich geschlechtsspezifischer Fähigkeiten und Kenntnisse hartnäckig halten.

Die rechtliche Gleichstellung der Geschlechter ist in der gesellschaftlichen Wirklichkeit daher augenscheinlich noch immer nicht erreicht.³ Diesem Problem begegnet der Gesetzgeber zunächst damit, dass er mit der Regelung des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG die Herstellung und Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern⁴ zum Staatsauftrag⁵ gemacht hat. Weiterhin existieren mit § 5 AGG und dem GgTfMF⁶ einfach gesetzliche Regelungen, um Maßnahmen der Frauenförderung zu ergreifen.⁷

Einhergehend sind auch diskriminierende Stellenausschreibungen immer wieder gegenwärtig. Ausschreibungen wie „Außendienst-Verkäufer“⁸, „Junganwalt“⁹ oder „Frauen-

kanzlei“¹⁰ verstoßen gegen § 11 AGG, wonach Stellenausschreibungen geschlechtsneutral formuliert sein, sich in ihrer Ausdrucksweise also sowohl an Männer als auch Frauen, richten müssen.¹¹

II. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das LAG Köln hatte in seiner Berufung darüber zu entscheiden, ob einem männlichen Bewerber ein Schadensersatz nach § 15 AGG zusteht.

Ein Autohaus hatte eine Stellenausschreibung mit dem Aufruf veröffentlicht: „Frauen an die Macht! Zur weiteren Verstärkung unseres Verkaufsteams suchen wir eine selbstbewusste, engagierte und erfolgshungrige Verkäuferin.“¹²

Der Kläger ist ausgebildeter Automobilkaufmann. Er hat sich auf die ausgeschriebene Stelle beworben, wurde jedoch zugunsten einer weiblichen Mitbewerberin, die über eine größere und überdies markeneinschlägige Berufserfahrung verfügt, abgelehnt.

In seiner Entscheidung bestätigte das LAG Köln das ArbG Köln in der Annahme, der Kläger sei zwar vordergründig wegen seines Geschlechts benachteiligt worden, diese Benachteiligung sei aber aufgrund der Umstände des Einzelfalls nach § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt. Damit liege kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG vor.

In der Bevorzugung weiblicher Bewerberinnen liegt laut LAG Köln der unternehmerische Zweck, der Kundschaft des Autohauses beim Autokauf Beratungsdienstleistungen durch Verkaufspersonal beider Geschlechter anbieten zu können. So soll sichergestellt werden, den unterschiedlichen Bedürfnissen der verschiedenen Kunden besser gerecht zu werden und infolgedessen bessere Verkaufsergebnisse zu erzielen.¹³ Weiterhin will laut LAG Köln das Autohaus durch die Einstellung einer weiblichen Bewerberin dem Zustand ein Ende setzen, dass bisher im Verkaufs- und Servicebereich nur männliche Mitarbeiter beschäftigt sind.¹⁴

III. Die bisherigen Entscheidungen zur Rechtfertigung einer geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung

In der Vergangenheit gab es bereits einige Entscheidungen, die das Vorliegen von diskriminierenden Ausschreibungen wegen bestehender Rechtfertigungsgründe verneint haben.¹⁵

So ist es nach § 8 Abs. 1 AGG gerechtfertigt, die Stelle einer „Erzieherin/Sportlehrerin/Sozialpädagogin“ in einem Mädcheninternat nur für Frauen auszuschreiben, da im

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter

https://www.justiz.nrw.de/nrwe/arbgs/koeln/lag_koeln/j2017/7_Sa_913_16_Urteil_20170518.html (12.3.2018).

² Hausmann/Kleinert, in: IAB Kurzbericht 2014, S. 1; Franzen, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, Art.157 AEUV Rn. 10.

³ Langenfeld, DVBl. 2010, 1019 ff.

⁴ Kingreen/Poscher, in: Grundrechte Staatsrecht, Bd. 2, 33. Aufl. 2017, Rn. 484.

⁵ Schmidt, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, Art. 3 GG Rn. 83; Langenfeld, in: Maunz/Düring, Kommentar zum Grundgesetz, 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 3 II Rn. 89; Kingreen/Poscher (Fn. 4) Rn. 484.

⁶ Gesetz zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst („Frauenquote“) – BGBl. I 2015, S. 642.

⁷ Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 5 AGG Rn. 1; Fuchs, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 43. Ed., Stand: 15.6.2017, § 5 AGG Rn. 1; Fromholzer/Simons, AG 2015, 457 ff.

⁸ ArbG Stuttgart BeckRS 2007, 48498.

⁹ Linck, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 17. Aufl. 2017, § 25 Rn. 7.

¹⁰ Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 11 Rn. 2.

¹¹ Linck (Fn. 9), § 25 Rn. 7; Thüsing, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 11 AGG Rn. 5; Schlachter (Fn. 7), § 11 AGG Rn. 2; Ohlendorf/Schreier, BB 2008, 2458 ff.

¹² LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 – 7 Sa 913/16, Rn. 4 f. (juris).

¹³ LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 – 7 Sa 913/16, Rn. 36 (juris).

¹⁴ LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 – 7 Sa 913/16, Rn. 43 (juris).

¹⁵ Linck (Fn. 9), § 25 Rn. 7.

Nachtdienst (25 % der Arbeitszeit) auch Schlafräume, Waschräume und Toiletten der Schülerinnen betreten werden müssen. Es kann also zu sehr privaten, in den Intimbereich führenden Zusammentreffen mit Schülerinnen kommen.¹⁶ Die nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Persönlichkeitsrechte der Schülerinnen und der Erziehungsauftrag des Landes überwiegen dem Interesse eines männlichen Bewerbers an der Einstellung und rechtfertigen die Besetzung der Stelle mit einer weiblichen Bewerberin.¹⁷

Auch bei der Besetzung einer Stelle als Verkäuferin für Damenoberbekleidung, Badebekleidung und Bustiers in einem Einzelhandelsgeschäft ist die Bevorzugung der Besetzung der Stelle durch eine Frau zu rechtfertigen. Es ist damit zu rechnen, dass die Kundinnen insbesondere wegen der Anprobe weibliche Bedienung erwarten und andernfalls das Geschäft meiden könnten.¹⁸

In den angeführten Entscheidungen stellten die Gerichte besonders darauf ab, dass die „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen“, die zu einer Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG führen, darin zu sehen sind, dass *nur* die Einstellung von weiblichem Personal den Schutz der Intimsphäre des Gegenübers hinreichend schützen kann.¹⁹

IV. Bewertung der Entscheidung des LAG Köln

Das LAG Köln rechtfertigt seine Entscheidung, die weibliche Bewerberin bei der Einstellung als Verkäuferin im Autohaus zu bevorzugen, im Wesentlichen mit § 8 Abs. 1 AGG.

Allerdings erscheinen die angeführten Argumente an einigen Stellen fragwürdig.

Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine Diskriminierung nach § 7 Abs. 1 AGG ausnahmsweise gerechtfertigt, wenn der Grund 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.

An diese Rechtfertigung sind sehr hohe Anforderungen zu stellen.²⁰ Es darf nicht nur auf sachliche Gründe oder Zweckmäßigkeit gesichtet werden.²¹ Zunächst muss die Anforderung nach § 8 Abs. 1 AGG *entscheidend* für die berufliche Tätigkeit sein. Das ist der Fall, wenn die Tätigkeit ohne sie nicht vertragsgemäß durchgeführt werden kann.²² Hierfür ist nicht erforderlich, dass die diskriminierte Gruppe die Tätigkeit gar nicht erbringen kann, sondern nur „schlechter oder nicht ordnungsgemäß“.²³

Weiterhin muss die Anforderung wesentlich für die Ausübung der beruflichen Tätigkeit sein. Sie muss dafür eine gewisse Erheblichkeitsschwelle²⁴ überschreiten, also einen hinreichend großen Teil der Gesamtanforderungen des Arbeitsplatzes betreffen.²⁵ Ferner muss diese berufliche Anforderung *verhältnismäßig* in Bezug auf die durch sie verursachten Nachteile sein.²⁶

Merkformelartig lässt sich festhalten: Eine Diskriminierung ist dann ausnahmsweise zulässig, wenn der Bewerber auch dann nicht eingestellt worden wäre, wenn er der einzige auf dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehende Bewerber gewesen wäre.²⁷ Gängige Beispiele hierfür sind die Einstellung einer weiblichen Schauspielerin für eine Frauenrolle²⁸ oder die Voraussetzungen an einen Priester, dass dieser männlich ist und dem katholischen Glauben angehört.²⁹ Die Beweislast für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes trägt hierbei aber stets diejenige Partei, die durch die Indizien der Diskriminierung belastet ist (§ 22 AGG). Als Indiz in diesem Sinne eignet sich unter anderem eine gem. § 11 AGG fehlerhafte Stellenausschreibung.³⁰

Das LAG Köln³¹ führt für die Rechtfertigung der Bevorzugung der weiblichen Bewerberin unter anderem an, dass vom Empfängerhorizont eines Teils der Kundschaft das Geschlecht des Verkaufsberaters für das Gelingen der Kommunikation im Verkaufsgespräch eine nicht unwichtige Rolle spiele. Durch das althergebrachte Vorurteil, Technik sei eine Männerdomäne, entstehe bei Frauen zudem häufig der Eindruck, beim Kauf von Technikprodukten von männlichen Verkäufern übervorteilt zu werden. Nach Auffassung des Gerichts sind weiblichen Kundinnen beim Autokauf andere Kriterien wichtig als Männern, weshalb diese das Gefühl entwickeln, von weiblichen Verkäuferinnen bedürfnisorientierter beraten werden zu können. Aufgrund der hohen wirtschaftlichen Bedeutung eines Autokaufs sei dieser „Vertrauenssache“, wobei der Persönlichkeit des Verkaufspartners eine erhebliche Tragweite zukommt. Die Eigenart der Persönlichkeit werde vom Geschlecht nicht unwesentlich geprägt. Deshalb handele es sich beim weiblichen Geschlecht um eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ im Sinne des § 8 Abs. 1 AGG.

¹⁶ BAG NZA 2009, 1016 (1017); *Linck* (Fn. 9), § 25 Rn. 7.

¹⁷ BAG NZA 2009, 1016 (1022).

¹⁸ LAG Köln NZA-RR 1997, 84 ff.

¹⁹ *Schlachter* (Fn. 7), § 8 AGG Rn. 2, 4; *Benecke*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.7.2017, § 8 AGG Rn. 14; *Belling/Riesenhuber* in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 8 AGG Rn. 10.

²⁰ *Schlachter* (Fn. 7), § 8 AGG Rn. 6.

²¹ BT-Drs. 16/1780, S. 35.

²² *Schlachter* (Fn. 7), § 8 AGG Rn.6; *Thüsing* (Fn. 11), § 8 AGG Rn. 9.

²³ BAG NZA 2009, 1016 (1020).

²⁴ *Thüsing* (Fn. 11), § 8 AGG Rn. 9.

²⁵ BAG NZA 2009, 1016 (1019); *Thüsing* (Fn. 11), § 8 AGG Rn. 9; *Roloff*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum ArbR, 45. Ed., Stand: 1. 9.2017, § 8 AGG Rn. 4, *Schlachter* (Fn. 7), § 8 AGG Rn. 6.

²⁶ BAG NZA 2009, 1016 (1021); *Thüsing* (Fn. 11), § 8 AGG Rn. 10; *Roloff* (Fn. 25), § 8 AGG Rn. 4; *Schlachter* (Fn. 7), § 8 AGG Rn. 8.

²⁷ Ähnlich *Thüsing* (Fn. 11), § 8 AGG Rn. 10.

²⁸ *Thüsing* (Fn. 11), § 8 AGG Rn. 25; LAG München NZA 1992, 982 (983).

²⁹ *Thüsing* (Fn. 11), § 8 AGG Rn. 25; *Eckert*, DSStR 2006, 1416 (1417).

³⁰ BT-Drs. 15/4538, S. 45; *Thüsing* (Fn. 11), § 22 AGG Rn. 12 m.w.N.

³¹ LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 - 7 Sa 913/16, Rn. 38 (juris).

Diese Wertung des LAG Köln weicht von den oben dargestellten Entscheidungen ab, bei denen jeweils der Schutz der Intimsphäre als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung herangezogen wurde.

Die angeführten Argumente machen deutlich, dass durch die Bevorzugung der weiblichen Bewerberin eine auf Kundenbedürfnisse zugeschnittene Beratung garantiert werden soll, die dann einen Vertragsschluss bedingen. Bei diesem kommt es auch nicht darauf an, die Kundin in einer sehr sensiblen und intimen Lage zu beraten, sondern die Wünsche der Kundin möglichst gut zu erfassen. Es sollen also bereits Erwägungen, die den besonders guten Verkauf von Autos zum Inhalt haben, als berufliche Anforderung ausreichen und eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.

Damit legt das LAG Köln § 8 Abs. 1 AGG sehr weit aus, was aber insbesondere schon deshalb zweifelhaft erscheint, weil der Gesetzgeber selbst in seiner Gesetzesbegründung auführt, eine Ungleichbehandlung könne nicht durch Erwägungen der bloßen Zweckmäßigkeit zulässig werden.³²

Eine Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG soll nur in bestimmten Ausnahmefällen einschlägig sein und nicht schon deshalb gelten, weil sie der Vorliebe eines bestimmten Kundenkreises entspricht.³³ Das LAG Köln qualifiziert das Geschlecht jedoch explizit wegen möglicher Kundenwünsche als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die zu erwartende Tätigkeit.³⁴

Ließe man eine solch weite Auslegung der Vorschrift zu, könnte man in anderen Branchen ähnliche Argumentationen anführen, beispielsweise spezifisch weibliche Angestellte im Reisebüro oder Getränkefachhandel einstellen, um den „Bedürfnissen der Kundinnen“ besonders gerecht zu werden. Hierdurch droht sehr wohl eine Umgehung des § 7 Abs. 1 AGG³⁵ und demnach eine mögliche Diskriminierung der zu schützenden Personenkreise aus § 1 AGG.

Das LAG deutet den vorliegenden Sachverhalt jedoch als besonderen Ausnahmefall, da bislang im Autohaus der Beklagten ausschließlich Angestellte männlichen Geschlechts tätig sind.³⁶ Mit dem Betriebsrat sei indes extra eine Frauenfördermaßnahme vereinbart worden, um diesen Zustand zu beenden.³⁷ Durch punktuelle Benachteiligungen männlicher Bewerber sollen überkommene und objektiv nicht nachvollziehbare Geschlechterklischees aufgebrochen werden.³⁸

Frauen jedoch *speziell* für die Beratung von Frauen einstellen zu wollen, zementiert die überkommenen und aus objektiver Sicht nicht nachvollziehbaren Geschlechterklischees jedoch eher, anstatt sie zu überwinden.

Frauenförderungsmaßnahmen, wie sie vom Gericht beschrieben und vom Autohaus beabsichtigt wurden, sind nach

dem Gesetz möglich, müssen jedoch anders begründet werden – nämlich mit § 5 Abs. 1 AGG. Danach kann eine unterschiedliche Behandlung zulässig sein, wenn durch eine geeignete und angemessene Maßnahme bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen.³⁹

Der Unterschied zwischen § 5 und § 8 Abs. 1 AGG liegt insbesondere darin, dass § 5 AGG keine Rechtfertigung darstellt, sondern nur eine Bevorzugung ermöglicht.⁴⁰ § 5 AGG kann daher keinen absoluten Vorrang der zu fördernden Gruppe darstellen.⁴¹ Ausschreibungen, die eine Frauenförderungsmaßnahme nach § 5 AGG zum Ziel haben, sind üblicherweise mit dem Zusatz zu versehen „Frauen werden bei gleicher Eignung bevorzugt berücksichtigt.“ Eine Formulierung, die sich von vornherein jedoch nur an Frauen richtet, ist daher unzulässig.

Diese Vorschrift wird in behandelten der Entscheidung nicht erwähnt, dennoch spiegelt sich ihre Wertung in systemwidriger Weise in der Argumentation einer angeblichen Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG wider.⁴²

Da die Stellenausschreibung des Autohauses jedoch von vornherein nur auf weibliche Bewerberinnen abzielt, kann sie nicht als positive Maßnahme auf § 5 AGG gestützt werden.

Auch die Begründung des LAG Köln, man könne niemanden sanktionieren, der nach Sinn und Zweck AGG Förderung von Frauen vorantreiben will,⁴³ schlägt fehl: Man kann Diskriminierung eben nicht Diskriminierung begegnen!

V. Fazit

Folgt man der weiten Auslegung des § 8 Abs. 1 AGG durch das LAG Köln, wäre eine Umgehung des Diskriminierungsschutzes des AGG sehr leicht möglich und das Schutzniveau der Norm vielfach ausgehebelt. Dadurch würde § 7 Abs. 1 AGG zum zahnlosen Tiger.

Um dem durchaus berechtigten Anliegen des Autohauses gerecht zu werden, auch weibliche Autoverkäuferinnen in den Angestelltenkreis aufzunehmen, hätte die Stellenausschreibung als Frauenförderungsmaßnahme nach § 5 AGG geschlechtsneutral ausgeschrieben werden müssen, mit dem Zusatz, Frauen bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen.

Stud. iur. Thomas Ittner, Stud. iur. Marie-Katrin Schaich, Passau

³² BT-Drs. 16/1780, S. 35.

³³ EuGH NZA 2017, 375 (378); *Roloff* (Fn. 25), § 8 AGG Rn. 3; *Schlachter* (Fn. 7), § 8 AGG Rn. 4 f.

³⁴ LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 – 7 Sa 913/16, Rn. 39.

³⁵ A.A. LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 – 7 Sa 913/16, Rn. 43 (juris).

³⁶ LAG Köln, Urt. v. 15.8.2017 – 7 Sa 913/16, Rn. 43 (juris).

³⁷ LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 – 7 Sa 913/16, Rn. 7 (juris).

³⁸ LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 – 7 Sa 913/16, Rn. 41 (juris).

³⁹ BT-Drs. 16/1780, S. 34; *Schlachter* (Fn. 7), § 5 AGG Rn. 1.

⁴⁰ BT-Drs. 16/1780, S. 34; *Armbrüster*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2017, § 5 AGG Rn. 1; zur Rechtsnatur v. § 5 AGG allgemein *Block*, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 15.7.2017, § 5 AGG Rn. 10 m.w.N.

⁴¹ EuGH NJW 1995, 3109 (3110); EuGH NZA 1997, 1337 (1338); BT-Drs. 116/1780, S. 34.

⁴² LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 – 7 Sa 913/16, Rn. 39, 41–43 (juris).

⁴³ LAG Köln, Urt. v. 18.5.2017 – 7 Sa 913/16, Rn. 43 (juris).