

Betriebs Personal Rat **Best Practice**

Konkrete Tipps und Empfehlungen für erfolgreiche Arbeitnehmer-Vertretungen

Aktuelles ArbG-Urteil

Schwerbehinderter wird nach Einstellungsuntersuchung abgelehnt. Ist das Diskriminierung – oder ist das keine?

Viele Unternehmen und Dienststellen führen vor der Einstellung von neuen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern verpflichtende Einstellungsuntersuchungen durch. Diese werden regelmäßig vom Betriebsarzt durchgeführt und haben zum Ziel, die Eignung zu prüfen. Doch was, wenn ein Bewerber durchfällt – und auch noch schwerbehindert ist?

Im entschiedenen Fall hatte ein städtischer Arbeitgeber für den Winter 2022/23 einen Auszubildenden als Straßenwärter gesucht. Auf die ausgeschriebene Ausbildungsstelle bewarb sich ein an Diabetes erkrankter Mann. Dieser wies direkt auf seine Schwerbehinderung hin. Die Stadt sagte ihm die Einstellung unter Vorbehalt zu. Voraussetzung sollte ein positives Ergebnis einer noch durchzuführenden ärztlichen Untersuchung sein.

Untersuchungsergebnis negativ

Der mit der Untersuchung beauftragte Arzt kam zu der Erkenntnis, dass der Bewerber wegen seines Diabetes für die vorgesehene Ausbildungsstelle nicht geeignet ist. Daraufhin zog die Stadt ihre Zusage zurück.

Bewerber fühlte sich diskriminiert

Der Bewerber fühlte sich wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert und verlangte eine Entschädigung wegen dieser Benachteiligung nach § 15 Abs. 2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG).

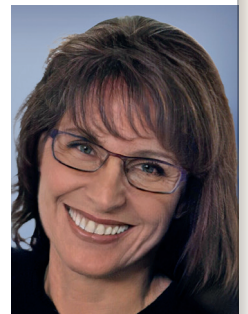
Keine Chance vor Gericht

Das Arbeitsgericht (ArbG) Siegburg wies die Klage des Bewerbers ab. Er sei von dem Arbeitgeber gerade nicht wegen seiner Behinderung schlechter behandelt worden als vergleichbare nichtbehinderte Bewerber. Die Stadt habe bei der Entscheidung, den Bewerber nicht einzustellen, nicht auf seine Behinderung abgestellt. Vielmehr habe man den Bewerber trotz Kenntnis von seiner Behinderung einstellen wollen und ihm demgemäß eine Einstellungszusage erteilt.

Wo fängt Diskriminierung an, wo hört sie auf?

Liebe Betriebsrätin, lieber Betriebsrat, liebe Personalrätin, lieber Personalrat,

das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist für Personen, die von Arbeitgebern, Dienstherren oder gar von Kolleginnen und Kollegen diskriminiert werden, ein Segen. Schließlich geht es dem Gesetzgeber darum, Diskriminierungen zu verhindern. Arbeitgeber und Dienststellenleitungen werden von ihm in die Pflicht genommen.



Jegliche Diskriminierung ist zu vermeiden. Durch Präventiv-Maßnahmen soll sie möglichst schon im Vorfeld verhindert werden. Durch Schulungen sollen Führungskräfte und Personal sensibilisiert werden.

Trotz allem kommt es immer wieder zu Gerichtsverhandlungen, weil sich Beschäftigte oder Bewerberinnen und Bewerber diskriminiert fühlen. Die Gerichte zeigen oftmals klare Grenzen in ihren Urteilen auf. Und zwar sowohl für die vermeintlich oder tatsächlich Betroffenen, wie auch für die Arbeitgeber und Dienststellenleitungen.

Mit dieser aktuellen Best-Practice-Ausgabe bringe ich Sie in Sachen Rechtsprechung auf den neuesten Stand – und damit auch rund um das AGG.

Mit besten Grüßen

Andrea Einziger
Chefredakteurin

Dass die Stadt die Einstellung vom Ergebnis einer gesundheitlichen Eignungsuntersuchung bzw. der Eignung des Bewerbers abhängig gemacht hatte, war legitim. Dass die Eignung dann von dem beauftragten Arzt verneint worden war und erst dann die Einstellungszusage wieder zurückgezogen worden sei, belege, dass es sich nicht um eine diskriminierende Entscheidung handelte (ArbG Siegburg, Urteil vom 20.3.2024, Az: 3 Ca 1654/23).

Lesen Sie weiter auf Seite 2 ►►

Die Auswirkungen auf die Praxis

Bevor Arbeitgeber oder Dienstherrn eine neue Mitarbeiterin oder einen neuen Mitarbeiter einstellen, haben diese das Recht und in manchen Fällen sogar die Pflicht, die Eignung der Bewerberin oder des Bewerbers für die Stelle zu prüfen und vor Beschäftigungsbeginn eine arbeitsmedizinische Einstellungsuntersuchung durchzuführen.

Achtung!

Entscheidend ist, ob das für den entsprechenden Arbeitsplatz wichtig ist. Das war es in diesem Fall. Ziel einer solchen Einstellungsuntersuchung ist es, die physische und psychische Gesundheit des Bewerbers überprüfen zu lassen, um festzustellen, ob er oder sie in der Lage ist, die Aufgaben zu erfüllen.

Beim Check geht es vor allem um folgende Fragen:

1. Kann der Bewerber oder die Bewerberin die Tätigkeit gemäß dem Arbeitsvertrag durchführen?
2. Gefährdet die Bewerberin oder der Bewerber durch die Tätigkeit die eigene Gesundheit?
3. Können sich die Gefährdungen, die potenziell vom Bewerber oder der Bewerberin ausgehen, auf seine Kolleginnen und Kollegen auswirken?
4. Ist eine Arbeitsunfähigkeit in den nächsten sechs Monaten wahrscheinlich/unwahrscheinlich?

Schauen Sie genau hin

Bei der Anordnung einer Einstellungsuntersuchung durch Arbeitgeber oder Dienstherrn muss sichergestellt sein, dass bei der Art der Untersuchung ein Bezug zur konkret in Aussicht stehenden Tätigkeit besteht, also beispielsweise

- Untersuchung auf Bluthochdruck bei einer Tätigkeit, die mit einer starken körperlichen Belastung verbunden ist
- Untersuchung einer Allergie oder übertragbaren Krankheit im Bereich Lebensmittel oder Kundenkontakt

Wichtig: Eine zu weitgehende Untersuchung führt zwar nicht zu einem Einstellungsanspruch. Allerdings kommen hier dann doch Schadenersatzansprüche nach den Datenschutzgesetzen bzw. dem AGG in Betracht.

Das gilt während des Arbeitsverhältnisses

Nicht nur vor, auch während des Arbeitsverhältnisses können Arbeitgeber oder Dienstherrn unter bestimmten Voraussetzungen von Ihren Kolleginnen und Kollegen eine ärztliche Untersuchung verlangen.

Das Verlangen nach einer ärztlichen Untersuchung ist gerechtfertigt, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zweifelhaft ist, ob die Kollegin oder der Kollege seine bzw. ihre vertraglich geschuldete Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen (noch) erbringen kann. Arbeitgeber oder Dienstherr sind verpflichtet, eine Überforderung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin zu vermeiden.

Vorsicht Falle!

Verweigert eine Kollegin oder ein Kollege unberechtigt die von Arbeitgeber oder Dienstherrn angeordnete ärztliche Untersuchung, verletzt sie bzw. er dadurch eine Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis. Diese Pflichtverletzung kann eine Abmahnung oder sogar eine Kündigung rechtfertigen. Weisen Sie Betroffene unbedingt darauf hin. Wer nicht kooperiert, obwohl mögliche Einschränkungen offensichtlich sind, hat sonst am Ende gar nichts gewonnen.

Im Brennpunkt

Diskriminierung von Schwerbehinderten im Bewerbungsverfahren: Hier wird Schadenersatz fällig

Eine Arbeitnehmerin war bei einer Universität befristet im Rahmen eines Forschungsprojekts eingestellt. Der Arbeitnehmerin war ein Grad der Behinderung von 40 zuerkannt worden. Zudem hatte sie die Agentur für Arbeit einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. Dann passierte es ...

Die Arbeitnehmerin bewarb sich auf zwei interne Stellenausschreibungen bei anderen Fakultäten. Ihre Gleichstellung aber gab sie dabei nicht bekannt. Die Mitarbeiterin wurde nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen, auch ansonsten folgte keinerlei Reaktion. Die Arbeitnehmerin fühlte sich diskriminiert – und machte eine Schadenersatzforderung in Höhe von 8.000 Euro nach § 15 AGG geltend. Sie sei aufgrund ihrer Behinderung diskriminiert worden.

Arbeitgeber wollte Forderung abwehren

Mit dem Argument, dass ihm die Behinderung der Bewerberin gar nicht bekannt gewesen sei, wehrte sich der Arbeitgeber. Zudem wies er darauf hin, dass die Arbeitnehmerin für die Stellen nicht geeignet gewesen sei. Der Fall landete vor Gericht.

Arbeitgeber muss zahlen

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Sachsen-Anhalt gab der Mitarbeiterin recht und verurteilte den Arbeitgeber zur Zahlung eines Schadenersatzes in Höhe von 8.000 Euro. Für das Gericht war klar, dass der Arbeitgeber die Mitarbeiterin im Bewerbungsverfahren benachteiligt hatte (LAG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 28.3.2023, Az: 4 Sa 186/22).

Wie kam das Gericht zu dieser Entscheidung?

Nach Ansicht des Gerichts lägen Indizien für eine Diskriminierung wegen der Behinderung vor, weil der öffentliche Arbeitgeber die Mitarbeiterin nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen habe (§ 165 Sozialgesetzbuch (SGB) IX).

Dem Arbeitgeber sei die Behinderung auch wegen der vorherigen Beschäftigung bekannt gewesen. Da eine interne Bewerbung vorgelegen habe, könne sich der Arbeitgeber nicht darauf berufen, dass diese persönliche Angabe nur in der zentralen Personalabteilung vorgelegen habe.

Das heißt für Sie: Ist intern bekannt, dass eine Bewerberin oder ein Bewerber schwerbehindert oder einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt ist, besteht für den öffentlichen Dienst die Pflicht, die Bewerberin oder den Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Es sei denn, es ist offensichtlich, dass die oder derjenige für die Stelle nicht geeignet ist.

Egal ob öffentlicher Dienst oder freie Wirtschaft: Gibt es eine Schwerbehindertenvertretung, ist diese sofort zu informieren und es ist eine Verabredung zu treffen, ob der Bewerber oder die Bewerberin zu einem Bewerbungsgespräch einzuladen ist. Auch hier gilt: Nur wenn keinerlei Eignung für die offene Position bei dem schwerbehinderten Bewerber vorliegt, können Arbeitgeber oder Dienstherr sofort absagen.

Achtung!

Auch Arbeitgeber der freien Wirtschaft sind verpflichtet, sich sofort zu rühren, wenn die Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen eingeht (§ 164 Abs. 1 und § 178 Abs. 2 Neuntes Sozialgesetzbuch (SGB IX)). Konkret:

- Bei einer größeren Zahl von Bewerbern auf eine Stelle müssen Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung bereits bei der Vorauswahl beteiligen und ihr die beabsichtigte Auswahlentscheidung mitteilen.
- Arbeitgeber (und auch Dienstherr) haben ihr zudem Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben und anschließend das Ergebnis der Vorauswahlentscheidung mitzuteilen (§ 178 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 164 Abs. 1 Satz 6 SGB IX).

Nicht vergessen: Die Schwerbehindertenvertretung hat zudem das Recht, in die Bewerbungsunterlagen auch der nicht behinderten Bewerberinnen und Bewerber Einblick zu nehmen und an den Vorstellungsgesprächen aller Bewerberinnen und Bewerber teilzunehmen (§ 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX).

Übrigens: Noch deutlicher hat das LAG Berlin-Brandenburg entschieden:

Arbeitgeber im öffentlichen Dienst müssen auch ihren Personalrat informieren, wenn sich ein schwerbehinderter Bewerber auf eine freie Stelle bewirbt. Unterlässt der Dienstherr dies, spricht das für eine mögliche Diskriminierung mit Schadenersatzanspruch für den Bewerber. Sogar dann, wenn die Bewerbungsunterlagen und das Forderungsschreiben Hinweise auf einen möglichen AGG-Hopper geben (Urteil vom 8.1.2024, Az: 10 Sa 853/23).

Diskriminierung im Bewerbungsverfahren

AGG: Die Anforderung „flinke Frauenhände“ ist diskriminierend

Es passiert immer wieder, dass Arbeitgeber oder Dienststellenleitungen schon im Bewerbungsverfahren diskriminieren. So auch in diesem Fall (Landesarbeitsgericht (LAG) Nürnberg, Urteil vom 13.12.2022, Az: 7 Sa 168/22).

Im entschiedenen Fall hatte sich ein Mann auf die Stelle als Bestücker für Digitaldruckmaschinen beworben. Er bekam die Stelle nicht, dafür aber eine schriftliche Absage, dass „die sehr kleinen, filigranen Teile eher etwas für flinke Frauenhände“ seien. Der Mann erhob eine Entschädigungsklage wegen Diskriminierung.

1,5 Bruttomonatsgehälter für den Bewerber

Der abgelehnte Bewerber war erfolgreich. Es lag eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts vor. Diese war auch nicht gerechtfertigt. Insbesondere konnte der Arbeitgeber nicht nachweisen, dass die Stelle tatsächlich nur mit Frauen besetzt werden kann.

Der Arbeitgeber verteidigte sich noch damit, er habe nur zum Ausdruck bringen wollen, dass kleine Hände für die Arbeit als Bestücker erforderlich seien. Selbst wenn man ihm dies glaubt, kann die Formulierung jedenfalls als Indiz für eine Diskriminierung gewertet werden. Damit aber muss der Arbeitgeber den vollen Gegenbeweis führen, dass er eben nicht gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat. Das konnte er nicht. In der Höhe erachteten die Richter 1,5 Bruttomonatsgehälter als Entschädigung für ausreichend. Denn die Benachteiligung war „nicht strukturell verfestigt und zudem nur eine einmalige Sache“.

Fazit: Auf die Indizien kommt es an

An diesem Fall sieht man sehr schön, dass der Erfolg einer Diskriminierungsklage vor allen Dingen von den Indizien abhängt, die der oder die Beschäftigte zur Untermauerung der Diskriminierung vortragen kann. Solche Indizien können sein:

- schriftliche Statements
- betriebliche Strukturen (z. B. ein Geschlecht oder Behinderte, Alte etc. sind unterrepräsentiert in Führungspositionen, obwohl geeignete Kandidatinnen und Kandidaten vorhanden wären)
- Äußerungen vor Zeugen

Impressum

Herausgeber: ultimo! Verlagsgesellschaft mbH, Maarstr. 213, 53227 Bonn, E-Mail: redaktion@ultimo-verlag.de Verantwortlich für den Inhalt: Frank Fischer
Alle Angaben wurden sorgfältig recherchiert und überprüft, für die Richtigkeit kann jedoch keine Gewähr übernommen werden. Der Inhalt ist vertraulich und nur für den Empfänger bestimmt. Vervielfältigungen jeder Art nur mit ausdrücklicher Genehmigung des Verlags.

Im Interesse der Lesbarkeit verzichten wir in unseren Beiträgen auf geschlechtsbezogene Formulierungen. Selbstverständlich sind immer Frauen und Männer gemeint, auch wenn explizit nur eines der Geschlechter angesprochen wird.

© 2024 by ultimo! Verlagsgesellschaft mbH, Bonn. Alle Rechte vorbehalten. 19. Jahrgang

Leserservice/Abonnentenbetreuung: DataM-Services GmbH, Franz-Horn-Straße 2, 97082 Würzburg, Tel.: 0931/4170-429, Fax: 0931/4170-497, E-Mail: info@ultimo-verlag.de ISSN 1862-0221, ZKZ 70360

Notwendige Indizien

Bloße Behauptung reicht nicht für einen Entschädigungsanspruch

Besonders schwerbehinderte Menschen tun sich auf dem ersten Arbeitsmarkt schwer. Dennoch: Nicht jede Ablehnung eines Schwerbehinderten ist eine Diskriminierung. Um eine Entschädigung zu erhalten, reicht es nicht, wenn man sich nur auf ein Diskriminierungsmerkmal beruft (Landesarbeitsgericht (LAG) München, Urteil vom 10.10.2022, Az: 4 Sa 290/22).

Der entschiedene Fall dreht sich um einen Diplomtheologen. Dieser war Pastoralreferent der katholischen Kirche und dann Priester der altkatholischen Kirche.

Im Juni 2021 bewarb er sich auf die Position der Leitung der Telefonseelsorge. In seinem Bewerbungsschreiben wies er auf seine Schwerbehinderung hin. Der Eingang der Bewerbung wurde am 13.6.2021 per E-Mail bestätigt, der Theologe wurde ebenfalls per E-Mail am 30.6.2021 zu einem Online-Vorstellungsgespräch eingeladen.

Er bestätigte den Termin, nahm ihn aber nicht wahr. Er berief sich auf technische Probleme, das Gespräch fand an einem anderen Tag statt.

Am 12.8.2021 wurde dem Theologen mitgeteilt, dass die Stelle anderweitig besetzt worden sei. Der Theologe klagte daraufhin auf eine Entschädigung von 8.000 Euro. Er sei wegen seiner Behinderung diskriminiert worden.

Vortrag ins Blaue hinein reicht nicht

Vor Gericht scheiterte der Theologe. Wer Diskriminierungsansprüche geltend macht, muss Indizien für die benachteiligende Handlung darlegen können. Die Indizien müssen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Person wegen eines Diskriminierungsmerkmals benachteiligt wurde. Dumm nur:

Solche Indizien hat der Theologe hier nicht vorgetragen. Er hat die Diskriminierung nur behauptet. Das reicht aber nicht, um ihm eine Entschädigung zusprechen zu können.

Ohne Vortrag kann kein Anspruch durchgesetzt werden

Wer sich diskriminiert fühlt und Ansprüche geltend machen will, muss die Diskriminierung also zur Überzeugung des Gerichts darlegen können. Wem das nicht gelingt, der wird leer ausgehen und am Ende noch mit den Gerichtskosten belastet.

Insbesondere reicht es nicht aus, wenn man sich nur auf ein Diskriminierungsmerkmal beruft. Dann wäre ja jeder jeden Tag per se diskriminiert.

Schlagen Sie Arbeitgeber oder Dienststellenleitung vor, dass bei allen Bewerberinnen und Bewerbern, der gleiche, vorgefertigte Fragenkatalog verwendet wird, mit dem nur die Qualifikation geprüft werden. Das ist es schließlich, worauf es am Ende wirklich ankommt.

Im Brennpunkt

Mit 47 schon zum alten Eisen? Das ist Diskriminierung

Beim Deutschen Fußballbund (DFB) dürfen Schiedsrichter nur in der Profi-Klasse pfeifen, bis sie das 47. Lebensjahr vollendet haben. Das hielt einer der Betroffenen für diskriminierend. Er klagte – und erhielt am Ende 48.500 Euro allein dafür, weil ihn der DFB nicht mehr als Schiedsrichter einsetzen wollte (Landgericht (LG) Frankfurt/Main, Urteil vom 25.1.2023, Az: 2 16 O 22/21).

Die Richter hielten die starre Altersgrenze für diskriminierend. Es gibt keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund für diese Grenze. Durch Leistungstests könne man ebenso gut nachweisen, ob 47-Jährige für das Schiedsrichtergeschäft noch geeignet sind.

Fazit

Bei Altersgrenzen kommt es immer auf die konkrete Stelle an. So wurde für Piloten im gewerblichen Bereich eine Altersgrenze von 65 Jahren als rechtmäßig anerkannt. Denn ein Pilot benötigt zur sicheren Ausübung seines Berufs gewisse körperliche Fähigkeiten, die mit zunehmendem Alter einfach nachlassen (Europäischer Gerichtshof (EuGH), Entscheidung vom 5.7.2017, Rs: C-190/16).

Mein Tipp

Wollen Sie als Betriebs- oder Personalrat prüfen, ob bei einer Altersgrenze eine mögliche Diskriminierung vorliegt, müssen Sie immer von der konkreten Stelle ausgehen: Ist es erforderlich, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ein gewisses Mindestalter haben, eine gewisse Körpergröße oder bestimmte gesundheitliche Anforderungen erfüllen müssen?

Wenn Arbeitgeber oder Dienstherr dies für die bestimmte Stelle sachlich begründen können, dürfen sie z. B. auch ein Mindestalter fordern. Durch die sachliche Begründung wäre eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt. Nur Anforderungen ins Blaue hinein stellen, das dürfen sie nicht.

Klartext vom EuGH

Arbeitgeber und Dienstherrn dürfen religiöse Symbole am Arbeitsplatz verbieten

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Oktober 2022 seine bisherige Rechtsprechung zu Kopftüchern und anderen religiösen Symbolen am Arbeitsplatz bestätigt (EuGH, 13.10.2022, Rs: C-344/20). Das ist auch gut so, denn seit dieser Entscheidung besteht Klarheit!

Im entschiedenen Fall hatte sich eine belgische Arbeitnehmerin mit Kopftuch bei einem Arbeitgeber in Belgien be-

worben. Die Bewerbung wurde abgewiesen. Der Arbeitgeber wies ausdrücklich darauf hin, dass der Beschäftigten kein Platz angeboten werden könne, da im Betrieb keinerlei Kopfbedeckung erlaubt sei. Alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter müssten deshalb darauf achten, dass sie ihre religiösen, philosophischen und politischen Weltanschauungen weder durch Worte noch durch Kleidung zum Ausdruck bringen.

Die Bewerberin zeigte daraufhin bei der für die Bekämpfung der Diskriminierung zuständigen unabhängigen öffentlichen Einrichtung eine Diskriminierung an und erhob sodann beim Arbeitsgericht von Brüssel eine Unterlassungsklage. Sie warf dem Arbeitgeber vor, gegen die Bestimmungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) verstoßen zu haben.

Arbeitsgericht legte den Fall dem EuGH vor

Der EuGH entschied, dass das Kopftuchverbot am Arbeitsplatz zulässig sein kann. Voraussetzung dafür ist, dass es eine interne Regel gibt, die es verbietet, religiöse, weltanschauliche oder spirituelle Zeichen offen sichtbar zu tragen. Außerdem muss eine entsprechende Regel ohne Unterschiede auf alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer angewendet werden.

Entweder alle oder keiner

Arbeitgeber und Dienstherrn dürfen das Tragen religiöser Symbole am Arbeitsplatz verbieten, wenn sie das Neutralitätsgebot am Arbeitsplatz wahren wollen.

Als Betriebs- oder Personalrat sollten Sie hierbei aber bedenken, dass dieses Verbot Angehörige bestimmter religiöser Gruppen in höherem Maße treffen kann. Dies vor allem dann, wenn hier das Tragen auffälliger religiöser Zeichen stärker mit der Religion verbunden ist als in anderen Weltanschauungen. Doch so oder so:

Eine wirksame Neutralitätspolitik kann nur dann ernsthaft verfolgt werden, wenn überhaupt keine sichtbaren Bekundungen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen erlaubt sind. Das Kreuz als christliches Symbol muss daher ebenso verboten sein wie das Kopftuch muslimischer Frauen.

Im Brennpunkt

Eine nichtbinäre Person darf bei Bewerbung zur Gleichstellungsbeauftragten abgelehnt werden

Eine nichtbinäre Person darf bei der Stellenbesetzung einer Gleichstellungsbeauftragten ungleich behandelt werden (LAG Niedersachsen, Urteil vom 24.2.2023, Az: 16 Sa 671/22).

Im entschiedenen Fall hatte eine Hochschule eine Stelle als Gleichstellungsbeauftragte ausgeschrieben. Das Niedersächsische Hochschulgesetz (NHG) sieht für die Besetzung des Amtes der Gleichstellungsbeauftragten eine Frau vor.

Ein Bewerber, der sich als keinem Geschlecht zugehörig ansah, bewarb sich hierauf und beschrieb sich in seiner Bewerbung als nichtbinäre Person. Das ist eine Sammelbezeichnung für Geschlechtsidentitäten aus dem Transgender-Spektrum, die sich nicht ausschließlich als männlich oder weiblich identifizieren und sich als außerhalb der zweigeteilten, binären Geschlechterordnung verstehen. Die Hochschule entschied sich für eine weibliche Bewerberin. Der nichtbinäre Bewerber klagte daraufhin wegen Diskriminierung.

Klage erfolglos vor Gericht

Nach § 8 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ist eine unterschiedliche Behandlung unter anderem wegen des Geschlechts zulässig, wenn dieser auf Grund der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.

Zwar kann ein Mann grundsätzlich in gleicher Weise wie eine Frau an der Gleichberechtigung von Männern und Frauen mitwirken und Maßnahmen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie entwickeln. Dies gilt jedoch nicht, wenn für einen Teil der Tätigkeiten das weibliche Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung ist. Das ist etwa der Fall, wenn Gleichstellungsbeauftragte insbesondere als Ansprechpartnerin bei sexuellen Belästigungen, deren Hauptbetroffene Frauen sind, dienen.

Der Bewerber wurde zwar gegenüber weiblichen Bewerberinnen ungleich behandelt, die Hochschule durfte den Bewerberkreis für das Amt der Gleichstellungsbeauftragten allerdings auf Frauen beschränken. Denn das Geschlecht darf dann eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung sein, wenn die Tätigkeit ohne das Merkmal jedenfalls nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann.

Nach der Stellenanzeige der Hochschule und dem beschriebenen Aufgabenbereich berät die Gleichstellungsbeauftragte auch Hochschulangehörige in allen Fragen der Gleichstellung, der Vereinbarkeit von Studium und Beruf mit Familien- und Care Aufgaben sowie in Fällen von Diskriminierung und sexueller Belästigung. Die Gleichstellungsbeauftragte dient danach insbesondere als Ansprechpartnerin bei sexuellen Belästigungen.

Hier ist davon auszugehen, dass Erwartungen betroffener Frauen, die auf deren Schamgefühl beruhen, ebenso wie die Notwendigkeit einer bestimmten Geschlechtszugehörigkeit zur Authentizität der Aufgabenwahrnehmung legitim sind und ihnen kein diskriminierender Charakter innewohnt.

Mein Tipp

Gleiches gilt, wenn ein Vertrauensverhältnis zu einer bestimmten Gruppe erforderlich ist und dieses erfordert, dass die Gleichstellungsbeauftragte selbst dieser Gruppe angehört.

Fazit

Arbeitgeber und Dienststellenleitungen dürfen ungleich behandeln, sie dürfen Minderheiten ablehnen – sie müssen dafür nur einen sachlich nachvollziehbaren Grund haben.

Praxis-Knowhow**Gleicher Lohn für gleiche Arbeit:
Verhandlungsgeschick ist kein
sachlicher Differenzierungsgrund**

So etwas wie das Gender-Pay-Gap – die Tatsache also, dass Frauen für die gleiche Arbeit nicht das gleiche Entgelt erhalten wie ihre männlichen Kollegen – sollte es eigentlich nicht mehr geben. Und doch existiert es. Gut, dass das Bundesarbeitsgericht (BAG) hier einen Riegel vorschiebt (BAG, Urteil vom 16.2.2023, Az: 8 AZR 450/21).

Der entschiedene Fall dreht sich um eine Außendienstmitarbeiterin, die seit März 2017 bei ihrem Arbeitgeber im Vertrieb beschäftigt ist. Ihr Grundentgelt betrug anfangs monatlich 3.500 Euro brutto.

Ab August 2018 richtete sich ihre Vergütung nach einem Haustarifvertrag. In diesem wurde ein neues Eingruppierungssystem geregelt. Das Grundentgelt der Beschäftigten betrug daraufhin 4.140 Euro brutto. Außerdem wurde im Tarifvertrag mit einer sogenannten Deckelungsregelung gearbeitet.

Für den Fall, dass das neue tarifliche Grundentgelt das bisherige Entgelt überschreitet, erfolgt die Anpassung um nicht mehr als 120 Euro/brutto in den Jahren 2018 bis 2020. Also bekam die Klägerin ab August 2018 ein Grundentgelt von 3.620 Euro brutto, das in jährlichen Schritten weiter angehoben werden sollte.

Männer wurden besser bezahlt

Neben der Arbeitnehmerin gab es noch zwei männliche Arbeitnehmer. Einer war seit Januar 2017 im Betrieb. Ihm wurde auch erst ein Grundgehalt von 3.500 Euro brutto angeboten, er verlangte aber von Anfang an 4.500 Euro brutto bis zur Geltung des Tarifvertrags. Was er auch bekam.

Als der Haustarifvertrag in Kraft trat, erhielt er wie die Arbeitnehmerin auch 4.120 Euro brutto. Als die Arbeitnehmerin hiervon erfuhr, forderte sie vom Arbeitgeber die Lohndifferenz und 6.000 Euro Entschädigung ein.

Arbeitgeber muss zahlen

Für das BAG stand zweifelsfrei fest: Die Beschäftigte wurde aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt, und zwar dadurch, dass – obwohl sie die gleiche Arbeit verrichtete wie ihr männlicher Kollege – ein niedrigeres Grundentgelt als dem männlichen Kollegen gezahlt wurde.

Ihr muss nach Art. 157 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), § 3 Abs. 1 und § 7 Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) das gleiche Grundentgelt wie ihrem männlichen Kollegen gezahlt werden.

Zudem hatte die Beschäftigte auch einen Anspruch auf Entschädigung nach dem AGG. Hier sah das BAG einen Betrag von 2.000 Euro als angemessen an.

Fazit

Arbeitgeber und Dienstherrn dürfen Beschäftigte (zum Beispiel AT-Angestellte) ungleich entlohnen. Sie müssen dafür nur einen sachlichen Differenzierungsgrund haben. Das Geschlecht ist kein sachlicher Differenzierungsgrund. Eine besondere Leistung oder eine Zusatzqualifikation wären schon welche.

Solange Arbeitgeber oder Dienstherr keinen sachlichen Differenzierungsgrund haben, können Arbeitgeber oder Dienstherr einem Anspruch nach dem AGG nur entgehen, wenn sie alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter für gleiche Arbeit gleich entlohnen!

Diskriminierung ist Diskriminierung**Auch in eBay darf nicht
diskriminiert werden**

Früher war klar, wer Bewerber war und wie ein Bewerbungsverfahren abzulaufen hat. Man las eine Stellenanzeige in der Zeitung, schickte seine Papierbewerbung los und war damit ganz klar als Bewerber erkennbar. Heute kann man sich auch per Mausklick über einen Chat bewerben. Und dann gehen die Fragen los:

Kann jemand über die Nutzung der Chatfunktion zum Bewerber oder zur Bewerberin und damit auch als Bewerber diskriminiert werden? Die Antwort kommt aus Schleswig-Holstein (Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein, Urteil vom 21.6.2022, Az: 2 Sa 21/22).

Per Chat in die Diskriminierung

Ein Mann aus NRW hatte sich auf die in eBay-Kleinanzeigen veröffentlichte Stellenanzeige eines im Kreis Steinburg ansässigen Unternehmens beworben. Die Anzeige war wörtlich wie folgt formuliert:

„Sekretärin gesucht! Beschreibung: Wir suchen eine Sekretärin ab sofort. Vollzeit/Teilzeit Es wäre super, wenn Sie Erfahrung mitbringen. ...“

Der Mann bewarb sich über die Chat-Funktion. Er schrieb unter anderem *„Hallo, ich habe gerade auf eBay Kleinanzeigen Ihre Stellenausschreibung gefunden, womit Sie eine Sekretärin suchen. Ich suche derzeit eine neue Wohnung im Umkreis und habe Interesse an Ihrer Stelle. Ich habe Berufserfahrung im Büro und kenne mich mit Word und Excel und Gesetzen gut aus. Lieferscheine und Rechnungen kann ich auch schreiben und sonst typische Arbeiten einer Sekretärin, die Sie fordern. Ich bewerbe mich hiermit auf Ihre Stelle ...“*

Der suchende Arbeitgeber wiederum antwortete prompt: *„... vielen Dank für Ihr Interesse an unserem Hause. Wir suchen eine Dame als Sekretärin. Wir wünschen Ihnen alles Gute. Vielen Dank. ...“*

Damit war die Steilvorlage gegeben, der Bewerber verlangte eine Entschädigung in Höhe von drei Bruttomonats-

gehältern. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab, es ging davon aus, dass man bei einem Dialog über die Chatfunktion noch keinen Bewerberstatus habe und deswegen auch nicht nach dem AGG diskriminiert werden kann. Das LAG wiederum sah es anders.

Papierbewerbung ist Schnee von gestern

Das LAG sah den nach § 15 Abs. 2 AGG erforderlichen Bewerberstatus als gegeben an. Wenn ein Arbeitgeber eine Stellenanzeige in eBay-Kleinanzeigen veröffentlicht, muss er damit rechnen, dass sich Menschen über die eBay-Kleinanzeigen-Chatfunktion bewerben. Um dann als Bewerberin oder als Bewerber zu gelten, reicht es, wenn die Person des Bewerbers identifizierbar ist.

Auch von einem Rechtsmissbrauch kann nicht ausgegangen werden. Dazu müssten besondere Umstände vorliegen, die den Rückschluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zulassen. In diesem Fall ergibt sich dieser Rückschluss nicht. Der Bewerber hatte damit einen Anspruch auf 7.800 Euro (drei Gehälter à 2.600 Euro) als Entschädigung.

Fazit

Es ist egal, wo die Bewerbung herkommt oder über welchen Kanal. Diskriminierung ist Diskriminierung! Ohne Sachgrund damit teuer.

Praxis-Knowhow

AGG-Hopping als Geschäftsmodell? Hier schalten die Gerichte auf stur

Das AGG soll diskriminierende Verhaltensweisen eindämmen und Menschen davor bewahren, aufgrund bestimmter Merkmale benachteiligt zu werden. Seit seiner Einführung 2006 hat das AGG allerdings auch Möglichkeiten des Missbrauchs eröffnet, die immer wieder ausgenutzt werden.

Beispiel: Ein (männlicher) Student des Wirtschaftsrechts bewarb sich immer wieder auf Stellenanzeigen, die verbotene Diskriminierungsmerkmale aufwiesen.

Seine Bewerbungsschreiben waren inhaltlich weitgehend nichtssagend. Aussagekräftige Bewerbungsunterlagen legte er seinen Bewerbungen auch nicht bei.

So verfuhr der Student bei einer Vielzahl von Unternehmen über einen längeren Zeitraum. Unter anderem bewarb er sich auch auf eine Ausschreibung, in der für einen 170 Kilometer von seinem Wohnort entfernten Standort eine Sekretärin gesucht wurde. Als er auf seine Bewerbung nicht einmal eine Einladung zum Vorstellungsgespräch erhielt, verlangte er von dem Unternehmen Schadensersatz in Höhe von drei Monatsgehältern. Da sich das Unternehmen weigerte, irgendwelches Geld zu zahlen, klagte der Student – und ging baden.

Klare Ansage vom Gericht

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm ließ den Studenten mit seiner Klage abblitzen. Das Gericht erklärte das Verhalten des Studenten für rechtsmissbräuchlich. Dazu zog es eine Vielzahl von Indizien heran:

So bewarb sich der Student ausschließlich auf geschlechtsspezifische Ausschreibungen, er hätte neben seinem Vollzeitstudium gar nicht die Zeit für eine Vollzeitstelle gehabt und die Vielzahl von Rechtschreib- und Grammatikfehlern in seinem Anschreiben disqualifizierten ihn ohnehin als Bürokräft.

Außerdem habe er über mehrere Jahre und Verfahren sein „Geschäftsmodell“ immer weiter verfeinert, dabei aber stets erkennbar nur rechtlich argumentiert, ohne in den Fällen auch tatsächlich vorzutragen, warum er für die Stellen geeignet sei (LAG Hamm, Urteil vom 5.12.2023, Az: 6 Sa 896/239).

Diese Hinweise können AGG-Hopper enttarnen

Mit Inkrafttreten des AGG ist auch das Phänomen der sog. AGG-Hopper entstanden. Dabei handelt es sich um sog. Scheinbewerber, deren Absicht bei einer Bewerbung nicht darin besteht, den Job zu bekommen. Vielmehr suchen sie nach Fehlern in Stellenausschreibungen, die sie als Diskriminierungsindizien verwenden können. Nach einer Ablehnung verlangen sie dann eine Entschädigung wegen (vermeintlicher) Benachteiligung.

Da Sie als Betriebs- oder Personalrat oftmals Einsicht in Bewerbungsunterlagen bekommen, sollten Sie vor allem auf folgende Aspekte achten, um zu prüfen, ob es sich möglicherweise um einen solchen AGG-Hopper handelt:

- Ist die Bewerberin/der Bewerber offensichtlich minder- oder überqualifiziert für die Stelle?
- Fehlen Angaben zu den wesentlichen Einstellungsbedingungen in der Bewerbung?
- Spricht die Art und Weise der Einreichung der Bewerbungsunterlagen (z. B. formelle Fehler oder unvollständig) für eine nicht ernst gemeinte Bewerbung?
- Bestehen weit überzogene Vergütungsvorstellungen oder extreme Einkommenseinbußen?

Viele AGG-Hopper weisen ein exzessives Klageverhalten auf. Sie bewerben sich überregional und reichen zahlreiche AGG-Klagen ein, mit denen sie die vermeintliche Diskriminierung geltend machen.

So hat auch das Gericht im Fall oben als Indiz herangezogen, dass sich der Student gezielt auf Stellen für eine „Sekretärin“ beworben und anschließend Entschädigungsrechtsstreite geführt hat.

Das allein reicht aber noch nicht, um einen Bewerber als AGG-Hopper einzustufen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) neigt auch bei einer Vielzahl von Bewerbungen auf Stellen mit diskriminierenden Anforderungen mit anschließenden Entschädigungsklagen dazu, darin die zulässige Geltendmachung bestehender Rechte zu sehen.

Achtung!

Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt erst dann vor, wenn es sich um ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen handelt. Diese Systematik müsste im Streitfall Ihr Arbeitgeber oder Dienstherr aufzeigen und beweisen, dass der Bewerber kein Interesse an der Stelle hatte, sondern es nur auf eine AGG-Entschädigung abgesehen hat.

Raten Sie Arbeitgeber oder Dienstherrn Folgendes

Die Bewerbung wird mit in das Auswahlverfahren aufgenommen. Die Entscheidung über die (Nicht-)Einstellung wird ausschließlich nach den objektiven Kriterien der Vorauswahl getroffen.

Der Grund: Häufig nehmen AGG-Hopper diese erste Hürde, z. B. mangels geforderter Qualifikation, nicht. Im Zweifel sollten Arbeitgeber oder Dienstherr den AGG-Hopper ruhig auch zum Vorstellungsgespräch einladen. So können sie ihn dann ohne Risiko anhand subjektiver Kriterien wieder aussortieren.

Aktuelles BAG-Urteil**Auch Praktikantinnen und Praktikanten sind vor Diskriminierungen geschützt**

Lange war die Frage ungeklärt – bis das Bundesarbeitsgericht (BAG) nun endlich ein Machtwort gesprochen hat. Auch Praktikantinnen und Praktikanten werden vom Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geschützt.

Hierzu das BAG wörtlich:

„Dem persönlichen Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AGG unterfallen auch Praktikanten, [...] um berufliche Fertigkeiten, Kenntnisse, Fähigkeiten oder berufliche Erfahrungen zu erwerben.“

Worum es im entschiedenen Fall ging

Das BAG hatte zu entscheiden, nachdem ein junger Mann geklagt hatte. Er hatte einen anerkannten Grad der Behinderung von 40, als er einen Antrag auf Gleichstellung gestellt hatte. Zeitgleich bewarb er sich im Rahmen eines Förderprogramms um ein Praktikum bei der Agentur für Arbeit in Fulda. Er bekam eine Absage – und reagierte.

Er hielt die Absage für diskriminierend. Der potenzielle Arbeitgeber, also die Agentur für Arbeit, hatte die Schwerbehindertenvertretung nicht über seine Bewerbung informiert.

Salomonische Entscheidung des BAG

Ohne Wenn und Aber bestätigte das BAG: Der Diskriminierungsschutz gilt auch für Praktikantinnen und Prak-

tikanten. Trotzdem geht der junge Mann leer aus. Zum Zeitpunkt der Bewerbung war über seinen Gleichstellungsantrag noch nicht entschieden worden.

Damit gab es für den Arbeitgeber auch keinen Anlass, die Schwerbehindertenvertretung über die Bewerbung zu informieren (BAG, Urteil vom 23.11.2023, Az: 8 AZR 212/229).

Das ist wichtig: Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist umfassend. Anders als viele andere arbeitsrechtliche Gesetze beschränkt es seine Wirkungen nicht streng auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Vielmehr knüpft es an den weitergehenden Begriff des Beschäftigten an.

Das sind nach § 6 AGG:

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
- zur Berufsbildung Beschäftigte, also Azubis, Praktikanten, Diplomanden sowie Werkstudenten,
- arbeitnehmerähnliche Personen,
- Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter,
- Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter
- ausgeschiedene Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (allerdings nur bei nachwirkenden Folgen) sowie
- Kunden, Lieferanten und andere Dritte.

Und nicht vergessen: Das AGG findet nicht nur Anwendung bei Einstellung, sondern auch im Arbeitsverhältnis in nahezu allen Bereichen des Arbeitsalltags. Sein Schutz erstreckt sich im Bereich Beschäftigung und Beruf sowohl auf die selbstständige als auch nicht selbstständige Erwerbstätigkeit.

Verboten sind damit beispielsweise auch Ungleichbehandlungen ohne sachlichen Grund bei Einstellungen, Beförderungen, Festlegung der allgemeinen Arbeitsbedingungen, bei den Regelungen zur Arbeitszeit, bei Maßnahmen der Berufsauf- und Weiterbildung oder auch bei Umschulungsmaßnahmen.

Mein Tipp

Einige typische Fallkonstellationen für eine Benachteiligung nach dem AGG sind:

- Arbeitgeber oder Dienststellenleitungen gewähren Beschäftigten über 55 Jahren drei Tage Sonderurlaub pro Jahr ohne einen sachlichen Grund hierfür.
- Ihr Arbeitgeber oder Dienstherr sagt einer Bewerberin wegen ihres Geschlechts ab.
- Mitarbeiter legen einem Kollegen aus Afrika Bananen auf den Tisch.
- Ein Vorgesetzter gibt seiner Sekretärin einen Klaps auf den Po.
- Ihr Arbeitgeber oder Dienstherr weist Ihre Personalabteilung an, nur noch Personen unter 35 Jahren einzustellen.