

Autor: Christine Reinsberg, Joachim Wichert
Dokumenttyp: Aufsatz
Quelle: 
Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln
Fundstelle: MDR 2020, 768-773
Zitiervorschlag: Reinsberg/Wichert, MDR 2020, 768-773

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz als Stolperstein im Bewerbungsprozess

Christine Reinsberg / Dr. Joachim Wichert

Durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) genießen Bewerber im Bewerbungsprozess einen besonderen Diskriminierungsschutz. Arbeitgebern hingegen drohen bei Verstößen unerfreuliche Entschädigungsforderungen. Manchem vermeintlichen Bewerber ist sogar nur an solchen Entschädigungen, nicht aber an der ausgeschriebenen Stelle gelegen. Es ist also auch im Interesse des Arbeitgebers, den Bewerbungsprozess diskriminierungsfrei zu gestalten. Der nachfolgende Beitrag behandelt einige typische Fehlerquellen bei Stellenausschreibung, Bewerbungsgespräch und Absage.

1. Diskriminierungsschutz des AGG

- 1 Eine Diskriminierung im Sinne des AGG liegt nicht schon in jeder Ungleichbehandlung. Vielmehr fordert § 1 AGG, dass diese auf einem der folgenden Merkmale beruht: „aus Gründen der Rasse“,¹ wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, der Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Andre Merkmale werden dagegen nicht berücksichtigt. So stellt etwa die Ablehnung eines ostdeutschen Bewerbers aufgrund seiner Herkunft keine Diskriminierung nach dem AGG dar, weil die Bürger der ehemaligen DDR keine eigene „Ethnie“ bilden.² Das gilt gleichermaßen, wenn Bayern, Schwaben oder Rheinländer wegen ihrer Herkunft abgelehnt werden.³
- 2 Verboten sind sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen, § 3 Abs. 2 AGG. Eine unmittelbare Diskriminierung bezieht sich direkt auf das verbotene Merkmal. Eine mittelbare Benachteiligung ist hingegen gegeben, wenn Personen aufgrund anscheinend neutraler Kriterien, Vorschriften oder Verfahren wegen eines verbotenen Merkmals in besonderer Weise benachteiligt werden.
- 3 Die Ungleichbehandlung kann ausnahmsweise durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein. Dies ist der Fall, wenn die unterschiedliche Behandlung wegen der Art der Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt (§ 8 Abs. 1 AGG). Hier ist jedoch Vorsicht geboten. Nicht jede Vorstellung des Arbeitgebers davon, mit welchem Personal das Unternehmen arbeiten sollte, stellt eine wesentliche berufliche Anforderung dar. Die Differenzierung muss vielmehr eine wesentliche und entscheidende Vor-

aussetzung für die Erbringung der Tätigkeit sein. Das ist selten der Fall.⁴ Ein Beispiel dafür ist die zulässige Suche nach einer Erzieherin für ein Mädcheninternat zur Beaufsichtigung in der Nacht.⁵ Dagegen soll die Suche nach einer weiblichen Sportlehrkraft für Mädchen männliche Bewerber diskriminieren.⁶

- 4 Im Hinblick auf fachliche Anforderungen kann es hilfreich sein, vor Ausschreibung der Stelle ein schlüssiges Anforderungsprofil zu erstellen; dies kann bei mittelbaren Benachteiligungen helfen, einen Rechtfertigungsgrund nach § 3 Abs. 2 AGG darzulegen (s. unten Rz. 7 ff.).
- 5 Steht ein Verstoß gegen das AGG fest, so kann der Bewerber Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG fordern. Allerdings kann der Nachweis eines konkreten Schadens selten erbracht werden.⁷ Daher läuft es in der Praxis regelmäßig auf eine Entschädigung für den immateriellen Schaden nach § 15 Abs. 2 AGG hinaus. Ein Anspruch auf die ausgeschriebene Stelle besteht nicht, § 15 Abs. 6 AGG .
- 6 Von großer Bedeutung ist die Beweiserleichterung in § 22 AGG . In einem Diskriminierungsprozess braucht der Bewerber gem. § 22 AGG nämlich nur Indizien vorzutragen und nachzuweisen, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Diskriminierung erfolgt ist.⁸ Sodann muss der Arbeitgeber beweisen, dass eine Diskriminierung tatsächlich nicht vorgelegen hat. In der gerichtlichen Praxis gelingt dieser Gegenbeweis so gut wie nie. Daher ist es für Arbeitgeber entscheidend, im gesamten Bewerbungsprozess kein Indiz für eine Diskriminierung zu setzen.

2. Das Anforderungsprofil

- 7 Vor Ausschreibung der Stelle kann es sinnvoll sein, ein Anforderungsprofil zu erstellen. Denn dieses kann als Rechtfertigungsgrund gem. § 3 Abs. 2 AGG herangezogen werden, wenn der Arbeitgeber im Bewerbungsprozess fachliche Kenntnisse fordert, die auch als ein Indiz für eine mittelbare Benachteiligung gewertet werden könnten.⁹ Beispiel dafür sind Anforderungen an die Berufserfahrung oder an Sprachkenntnisse. Dies hat das BAG wie folgt beschrieben:¹⁰

- 768 -

Reinsberg/Wichert, MDR 2020, 768-773

- 769 -

- 8 Welche Anforderungen ein Arbeitsplatz stellt, u.a. an die Sprachkenntnisse, ist Gegenstand unternehmerischer Freiheit und Entscheidung, die sowohl nach nationalem als auch nach Unionsrecht grundrechtlich geschützt ist. ... Der Arbeitgeber hat das Recht, seiner unternehmerischen Tätigkeit so nachzugehen, dass er damit am Markt bestehen kann. Er darf auch die sich daraus ergebenden beruflichen Anforderungen an seine Mitarbeiter stellen. ... Die Stellenanzeige der Beklagten enthält auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Anforderung guter bzw. sehr guter Sprachkenntnisse in diesen beiden Sprachen nur vorgeschoben wäre.

- 9 **Praxistipp:**Das Erstellen eines Anforderungsprofils ist hilfreich. Allerdings sollte der Arbeitgeber sich nicht vorschnell darauf verlassen, dass jede aus unternehmerischen Gründen gewünschte Anforderung einen sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine mittelbare Benachteiligung darstellt.
- 10 **Praxistipp:**Es ist auch zu erwägen, die Stelle ohne die Anforderungen auszuschreiben und diese erst im weiteren Bewerbungsprozess bei der Auswahl des geeigneten Bewerbers anzuwenden. Dann enthält die Stellenausschreibung jedenfalls kein erkennbares Indiz für eine mittelbare Benachteiligung.¹¹ Die Kehrseite ist, dass sie dann wenig Aussagekraft besitzt.
- 11 Das Anforderungsprofil bietet allerdings nur dann hinlänglichen Schutz gegen § 2 AGG , wenn sich der Arbeitgeber bis zum Abschluss des Bewerbungsverfahrens daran hält.¹²

3. Die Stellenausschreibung

- 12 Gemäß §§ 11 , 7 , 1 AGG müssen Stellen diskriminierungsfrei ausgeschrieben werden. Dabei haftet der Arbeitgeber auch bei einer Ausschreibung durch Dritte, etwa ein Personalvermittlungsunternehmen oder die Bundesagentur für Arbeit.¹³
- 13 Gerade auf die Stellenanzeige muss der Arbeitgeber sein besonderes Augenmerk richten. Denn wenn diese ein Indiz für eine Diskriminierung nach dem AGG bietet, so ist dies dokumentiert und lässt sich später kaum mehr relativieren. Selbst scheinbar unverfängliche Alltagsformulierungen können von Arbeitsgerichten in der Weise ausgelegt und bewertet werden, dass die Vermutung für eine Benachteiligung gegeben ist.

a) Diskriminierung wegen des Geschlechts

- 14 Die Stellenausschreibung muss zunächst dem Geschlecht nach neutral formuliert sein. So dürfen durch die Berufsbezeichnung nicht alleine Männer oder Frauen angesprochen werden, zum Beispiel:
- 15 Suche nach einem Geschäftsführer oder nach einer Krankenschwester.¹⁴ Auch einseitige Alltagsformulierungen sind zu vermeiden, etwa „flexible und freundliche Bürofee“.¹⁵
- 16 Bislang genügte es, dass die Geschlechter männlich und weiblich gleichermaßen Erwähnung finden, etwa durch den Zusatz (m/w) bei der Berufsbezeichnung.¹⁶ Allerdings hat das BVerfG im Oktober 2017 ein drittes Geschlecht für Personen anerkannt, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehörig fühlen.¹⁷ Dem ist der Gesetzgeber in § 22 Abs. 3 PStG gefolgt. Konsequenterweise ist dies auch für das AGG zu übernehmen.¹⁸ Daher ist es fraglich, ob in einer Stellenausschreibung der Zusatz (m/w) noch genügt oder ob dadurch das dritte Geschlecht (diverse) gerade ausgeschlossen ist.¹⁹ Soweit ersichtlich, gibt es hierzu noch keine Rechtsprechung. Vorsorglich sollte die Stellenausschreibung auch das dritte Geschlecht ansprechen.

- 17 **Praxistipp:**Die Erweiterung des Zusatzes (m/w) hinter der männlich oder – besser noch – neutral formulierten Stellenbezeichnung um „d“ (divers) dürfte ausreichen, um Bewerber sämtlicher Geschlechter gleichermaßen anzusprechen.²⁰
- 18 Gesucht wird ein Personalreferent (m/w/d)
- 19 **Praxistipp:**Neutrale Bezeichnungen ohne den Zusatz (m/w/d) sollten eher vermieden werden, da hier zwar die beiden bisherigen Geschlechter, nicht aber das neue dritte Geschlecht angesprochen wird.²¹
- 20 Lkw-Fahrer/in, Lkw-FahrerIn
- 21 Bei der Gestaltung von Online-Bewerbungsformularen ist gleichfalls Vorsicht geboten. Da es sich häufig um standardisierte Eingabemasken handelt, sollten Arbeitgeber auf die Wahl zwischen nur männlich und weiblich oder der Anrede zwischen nur Herr und Frau verzichten.²²
- 22 Nach § 7 TzBfG hat der Arbeitgeber eine Stelle auch als Teilzeitstelle auszuschreiben, wenn sie sich dazu eignet. Unterlässt er dies, so ist das noch kein Indiz für eine Benachteiligung weiblicher Bewerber.²³

- 769 -

Reinsberg/Wichert, MDR 2020, 768-773

- 770 -

b) Diskriminierung wegen des Alters

- 23 Eine Stellenanzeige darf keine Vorgaben bezüglich des Alters enthalten. Das AGG schützt insofern gleichermaßen Alte wie Junge vor Benachteiligungen. In der Praxis geht es indes überwiegend um Indizien in Stellenausschreibungen für die Benachteiligung älterer gegenüber jüngerer Personen. Daher sollte in Stellenausschreibungen das Wort „jung“ stets vermieden werden.
- 24 **Praxistipp:**Folgende Formulierungen gehören in keine Stellenausschreibung:
- Suche nach „Mitarbeitern zwischen 25 und 35 Jahren“²⁴
 - Suche nach „jungen Mitarbeitern“;²⁵
 - Selbstbeschreibung als „junges dynamisches Team“;²⁶
 - Selbstbeschreibung als „lockeres und junges 14-köpfiges Team“;²⁷
 - Suche nach „Hochschulabsolventen/Young Professionals“.²⁸

- 25 Ob die Kennzeichnung der Hierarchieebene durch die Formulierung „Junior -“ als ein Indiz für eine Altersdiskriminierung zu verstehen ist, wird unterschiedlich beurteilt.²⁹ Die Frage stellt sich natürlich entsprechend für die Formulierung „Senior -“.³⁰
- 26 **Praxistipp:**Die Formulierungen „Junior-“ oder „Senior-“ dürften dann keine Benachteiligung wegen des Alters darstellen, wenn aus der Stellenanzeige klar wird, dass es nicht um das Alter des Bewerbers, sondern tatsächlich um die Hierarchieebene der Position geht.³¹
- 27 Auch Aussagen über die Berufserfahrung des Bewerbers können problematisch sein. So wird die Suche nach einem „Berufsanfänger“ oder nach einem Bewerber mit „bis zu 2 Jahren Berufserfahrung“ von der Rechtsprechung schnell als Indiz für eine Benachteiligung älterer Bewerber gewertet.³² Umgekehrt kann die Suche nach Bewerbern mit längerer Berufserfahrung junge Mitarbeiter ausschließen.³³ In beiden Fällen muss sich aus dem Kontext der Stellenausschreibung aber ergeben, dass ältere oder jüngere Bewerber nicht erwünscht sind.³⁴ Die Suche nach einem „Berufseinsteiger sowie bis zu 5 Jahre Berufserfahrung“ soll hingegen kein Indiz für eine Diskriminierung Älterer sein.³⁵ Die Rechtsprechung scheint also bei der Bewertung von Aussagen über die Berufserfahrung nicht immer ganz konsistent zu sein.
- 28 **Praxistipp:**In Stellenausschreibungen sollten möglichst keine Aussagen zu der gewünschten Berufserfahrung gemacht und die Begriffe „Berufsanfänger“ oder „Berufseinsteiger“ vermieden werden.
- 29 Sind hingegen konkrete Anforderungen für die Besetzung der Stelle notwendig und kann dies im Streitfall auch bewiesen werden, kann eine mögliche Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein.

c) Diskriminierung wegen der Herkunft

- 30 Die Forderung nach einem Bewerbungsfoto dürfte allein noch nicht als Indiz für eine Benachteiligung herhalten.³⁶ Im Zusammenspiel mit anderen Indizien kann das aber anders sein. In Betracht kommt dann eine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft, eventuell auch wegen des Alters.
- 31 **Praxistipp:**Möchte man dem Bewerber überlassen, ob er seiner Bewerbung ein Lichtbild beifügt oder nicht, so ließe sich wie folgt dazu auffordern: „Bitte reichen Sie Ihre Bewerbung mit den üblichen Unterlagen ein.“³⁷
- 32 Sprachliche Anforderungen können auf eine mittelbare Benachteiligung wegen der Herkunft hindeuten.³⁸
- 33 **Praxistipp:**In einer Stellenausschreibung darf es nicht heißen: „Deutsch/Englisch/Französisch als Muttersprache“.³⁹ Stattdessen könnte man formulieren: „Verhandlungssichere Deutsch-/Englisch-/Französischkenntnisse“.

- 34 Diese Anforderung sollte sich dann aber auch aus dem Anforderungsprofil für die ausgeschriebene Stelle ableiten lassen (s. o. Rz. 7 ff.).

d) Diskriminierung wegen einer Behinderung

- 35 Das AGG schützt nicht nur Schwerbehinderte, sondern Personen mit jeglicher Behinderung. Verlangt die Stellenausschreibung konkrete körperliche Voraussetzungen, kann dies ein Indiz für eine Diskriminierung sein.

- 770 -

Reinsberg/Wichert, MDR 2020, 768-773

- 771 -

- 36 **Praxistipp:**Die Anforderung „flexibel und belastbar“ indiziert noch keine Benachteiligung wegen einer Behinderung.⁴⁰
- 37 **Praxistipp:**Ein Führerschein sollte in der Ausschreibung nur verlangt werden, wenn es nach dem Anforderungsprofil erforderlich ist. Andernfalls kann dies als Indiz für eine Benachteiligung Behinderter gedeutet werden.⁴¹
- 38 Indizien für eine Benachteiligung eines Schwerbehinderten ergeben sich in der Praxis aber weniger aus der Stellenausschreibung, als vielmehr aus der Nichteinhaltung spezieller formeller Verfahrensregelungen. Diese finden sich insbesondere in § 164 SGB IX . Hält der Arbeitgeber diese an ihn gestellten Anforderungen nicht ein, so kann dies eine Benachteiligung des abgelehnten Bewerbers indizieren.⁴²
- 39 **Praxistipp:**Arbeitgeber können hinsichtlich ihrer Pflichten aus § 164 SGB IX ihre konkrete Betreuungsperson bei der Bundesagentur für Arbeit ansprechen oder das Online-Portal nutzen. Die Stellenbeschreibung und das Stellenprofil sollten übermittelt werden, da eine sinnvolle Suche durch die Bundesagentur für Arbeit ohne Kenntnis der konkreten Anforderungen an die Stelle regelmäßig nicht möglich ist. Nicht ausreichend sind nur pauschale Angaben am Telefon.⁴³

e) Die Platzierung der Stellenausschreibung („Audience Targeting“)

- 40 Führt die konkrete Platzierung oder Schaltung einer Anzeige dazu, dass nur bestimmte Bewerber Kenntnis nehmen können, spricht man neudeutsch von „Audience Targeting“ .⁴⁴ Ein Beispiel hierfür ist die Ausschreibung einer Stelle nur in einer Frauenzeitschrift. Da andere Personen typischerweise von der Wahrnehmung der Anzeige ausgeschlossen werden und damit kaum Chancen haben, sich auf die ausgeschriebene Stelle zu bewerben, dürfte der Anwendungsbereich des § 11 AGG grundsätzlich eröffnet sein.

- 41 Sind bei sozialen oder berufsspezifischen Plattformen die Auswahlparameter derart voreingestellt, dass nur potentielle Bewerber eines bestimmten Alters, Geschlechts, Wohnorts oder einer Sprache die Stellenanzeige angezeigt bekommen, kann das alleine aber nur in Ausnahmefällen eine Benachteiligung indizieren. Denn es ist grundsätzlich Sache des Arbeitgebers, wo er seine Stellenausschreibung platziert.⁴⁵
- 42 **Praxistipp:**Eine ausschließliche Ausschreibung im Internet stellt kein Indiz für die Diskriminierung älterer Bewerber dar.⁴⁶

4. Das Bewerbungsgespräch

- 43 Indizien für eine Benachteiligung können sich auch aus dem Bewerbungsgespräch oder einem Telefoninterview ergeben. Diese Indizien muss der Bewerber nachweisen. Anders als in der Stellenausschreibung, wo etwaige Indizien hieb- und stichfest dokumentiert sind, kann es hier leicht zu Beweisaufnahmen kommen, in der die Aussage des Bewerbers (in einer Parteienanhörung) gegen die Aussage des Vertreters des Arbeitgebers steht. Ein „non liquet“ geht zu Lasten des Bewerbers.
- 44 **Praxistipp:**Der vorsichtige Arbeitgeber mag erwägen, mehr als einen Vertreter in die Bewerbungsgespräche zu schicken, um im AGG-Prozess seine beweisrechtliche Situation zu verbessern. Allerdings besteht bei mehreren Vertretern das Risiko, dass sie sich in der Beweisaufnahme widersprechen.

a) Eingang der Bewerbung

- 45 Geht die Bewerbung einer schwerbehinderten Person ein, muss die Schwerbehindertenvertretung, sofern vorhanden, benachrichtigt werden, § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX . Geschieht dies nicht, ist ein Indiz für eine Benachteiligung des Bewerbers gesetzt.⁴⁷

b) Ladung zum Bewerbungsgespräch

- 46 Der Arbeitgeber ist frei, die geeigneten Bewerber zu einem Bewerbungsgespräch zu laden. Die Nichtladung von Kandidaten, aus deren Unterlagen sich ein Diskriminierungsmerkmal nach § 1 AGG ableiten lässt, ist noch kein Indiz für eine Benachteiligung.
- 47 Freilich gibt es von diesem Grundsatz eine Ausnahme: Der öffentliche Arbeitgeber ist verpflichtet, schwerbehinderte Bewerber zu laden, es sei denn, das Fehlen der fachlichen Eignung ist offensichtlich § 165 Satz 2 u. 3 SGB IX . Unterbleibt die Ladung, so ist ein Indiz für eine Benachteiligung wegen einer Behinderung gegeben.⁴⁸ Dies gilt selbstverständlich nur dann, wenn aus der Bewerbung die Schwerbehinderung auch ersichtlich ist.⁴⁹ Bei einem mehrstufigen Auswahlverfahren bezieht sich die Einladungspflicht nur auf ein Bewerbungsgespräch in der ersten Runde.⁵⁰
- 48 Private Arbeitgeber unterliegen nicht der Verpflichtung des § 165 Satz 2, 3 SGB IX ; sie müssen also Schwerbehinderte nicht zum Bewerbungsgespräch laden.⁵¹

c) Fragen oder Äußerungen des Arbeitgebers

- 49 Auch Fragen oder Äußerungen von Vertretern des Arbeitgebers im Bewerbungsgespräch können eine Diskriminierung

- 771 -

Reinsberg/Wichert, MDR 2020, 768-773

- 772 -

des Bewerbers indizieren.⁵² Auch insofern ist also Zurückhaltung angebracht. Das gilt entsprechend für vom Arbeitgeber verwendete Personalfragebogen.

- 50 **Praxistipp:**Fragen weiblicher Bewerber nach Schwangerschaft oder Familienplanung sind strikt zu unterlassen.⁵³
- 51 **Praxistipp:**Die Frage, ob sich der Bewerber in psychiatrischer oder psychotherapeutischer Behandlung befindet, kann eine Benachteiligung wegen einer Behinderung indizieren.⁵⁴
- 52 Ergibt sich aus den Bewerbungsunterlagen das Alter des Bewerbers nicht, so sollte auch im Bewerbungsgespräch nicht danach gefragt werden.
- 53 **Praxistipp:**Zulässig ist die Frage nach Ausbildung und beruflichem Werdegang sowie Dauer und Inhalt der Berufserfahrung.
- 54 Es kann zudem schädlich sein, wenn der Vertreter des Arbeitgebers sich zu Beginn des Gesprächs spontan verwundert zeigt, dass die erwartete weibliche Bewerberin tatsächlich transsexuell ist.⁵⁵

5. Die Absage

- 55 Auch Formulierungen in einem Absageschreiben können ein Indiz für eine Benachteiligung begründen.⁵⁶ Aus juristischer Perspektive sollte ein solches Schreiben also möglichst kurz und nichtssagend sein. Je inhaltsloser die Begründung ausfällt, desto weniger Angriffsfläche bietet sie. Das gibt den abgelehnten Bewerbern zwar Steine statt Brot, ergibt sich aber konsequenterweise aus § 22 AGG .
- 56 **Praxistipp:**Unproblematisch ist die Formulierung: „Leider müssen wir Ihnen mitteilen, dass unsere Wahl nicht auf Sie gefallen ist.“ Auch ein Hinweis auf die Vielzahl der eingegangenen Bewerbungen oder gute Wünsche in Bezug auf den weiteren beruflichen Werdegang sind nicht zu beanstanden.

- 57 **Praxistipp:**Wird die Bewerbung einer Person mit Sprechstörung wegen fehlender „Kommunikationsstärke“ und „großer Kommunikationsprobleme“ abgelehnt, so kann dies die Benachteiligung wegen einer Behinderung indizieren.⁵⁷
- 58 Der abgelehnte Bewerber hat keinen Anspruch auf weitergehende Auskünfte.⁵⁸ Es sollten daher auch keine zusätzlichen telefonischen oder mündlichen Informationen mitgeteilt werden. Dies betrifft auch interne Bewerbungen, selbst wenn es in diesen Fällen schwieriger ist, über die (möglicherweise wahren) Gründe zu schweigen.
- 59 Absagen an Schwerbehinderte müssen allerdings Gründe benennen, § 164 Abs. 1 SGB IX . Dies hat nicht schriftlich zu geschehen, eine mündliche oder telefonische Begründung reicht aus.⁵⁹ Auch gegenüber Schwerbehinderten können Begründungen kurz und pauschal sein. Allerdings soll der allgemeine Verweis auf einen anderen besser geeigneten Bewerber nicht genügen.⁶⁰ Zwei Ausnahmen von der Begründungspflicht gesteht die Rechtsprechung zu, nämlich wenn der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Beschäftigung Schwerbehinderter nach § 154 Abs. 1 SGB IX bereits hinreichend nachgekommen ist oder wenn die Schwerbehindertenvertretung bzw. eine vergleichbare Stelle gegen die beabsichtigte Entscheidung des Arbeitgebers keine Bedenken geäußert hat.⁶¹ Ob sich auf diese zweite Ausnahme auch Arbeitgeber ohne Schwerbehindertenvertretung und Betriebsrat berufen können, ist bislang ungeklärt.⁶²
- 60 **Praxistipp:**Gegenüber einem schwerbehinderten Kandidaten sollte stets eine schriftliche Absage mit einer kurzen Begründung erfolgen. Andernfalls kann dies eine Benachteiligung wegen der Behinderung indizieren.⁶³

6. Nach der Stellenbesetzung

- 61 Aufgrund der Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG sollten die Unterlagen mindestens zwei Monate aufbewahrt werden. Für zulässig wird auch eine längere Aufbewahrungsfrist von bis zu sechs Monaten gehalten.⁶⁴
- 62 Wenn die (digitalen) Bewerbungsunterlagen nicht gelöscht, sondern dem abgelehnten Bewerber zurückgeschickt werden, sollten Anmerkungen auf den Bewerbungsunterlagen entfernt werden. Werden Dokumente per E-Mail zurückgeschickt, kann eine Lesebestätigung angefordert werden, um den Zugang zu dokumentieren.⁶⁵ Das kann wegen der Ausschlussfrist in § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG von Bedeutung sein.

7. Fazit

- 63 Das AGG hält für den Arbeitgeber im Bewerbungsprozess zwar einige Stolpersteine bereit. Mit der Befolgung einiger weniger Regeln, Zurückhaltung bei der Formulierung von Stellenausschreibung und Absageschreiben sowie Selbstdisziplin in dem Bewerbungsgespräch lässt sich das aber ohne weiteres bewältigen.

- 772 -

Reinsberg/Wichert, MDR 2020, 768-773

- 773 -



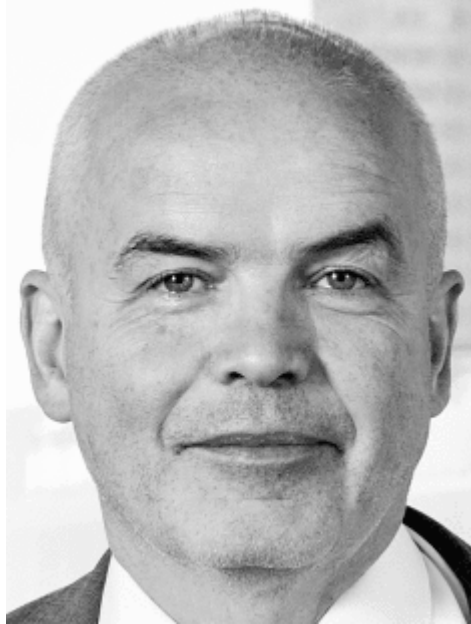
Rechtsanwältin

Schwerpunkt: Arbeitsrecht

aclanz Rechtsanwälte Frankfurt/M. und Berlin

Christine.Reinsberg@aclanz.de

www.aclanz.de



Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Wirtschaftsmediator

aclanz Rechtsanwälte, Frankfurt/M. und Berlin

Joachim.Wichert@aclanz.de

www.aclanz.de

Fußnoten

- 1) Mit dem Merkmal „Rasse“ erkennt der Gesetzgeber nicht das Vorhandensein verschiedener menschlicher „Rassen“ an, sondern wendet sich gegen Diskriminierungen aus rassistischen Gründen, BT-Drucks. 16/1780, S. 31; *Thüsing* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2018, § 1 AGG Rz. 16.
- 2) ArbG Stuttgart v. 15.4.2010 - 17 Ca 8907/09 , NZA-RR 2010, 344; ArbG Berlin v. 15.8.2019 - 44 Ca 8580/18 , BeckRS 2019, 26654; a.A. *Bauer/Krieger/Günther*, AGG, 5. Aufl. 2018, § 1 Rz. 23.
- 3) *Thüsing* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2018, § 1 AGG Rz. 21.
- 4) So auch *Schlachter* in ErfK, 20. Aufl. 2020, § 8 AGG Rz. 6.
- 5) BAG v. 28.5.2009 - 8 AZR 536/08 , MDR 2009, 1397 = BB 2009, 1293.
- 6) BAG v. 19.12.2019 - 8 AZR 2/19 , NZA 2020, 707.
- 7) *Krieger/Rudnik*, ArbRAktuell 2017, 427.
- 8) BAG v. 16.5.2019 - 8 AZR 315/18 , MDR 2020, 174 = NZA 2019, 1419.

- 9) *Suckow* in *Schleusener/Suckow/Plum*, AGG, 5. Aufl. 2019, § 11 AGG Rz. 45.
- 10) BAG v. 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 , NZA-RR 2018, 287 (291).
- 11) Ähnlich *Suckow* in *Schleusener/Suckow/Plum*, AGG, 5. Aufl. 2019, § 11 AGG Rz. 49.
- 12) *v. Steinau-Steinrück/Schneider* in NK-GA, 2017, § 11 AGG Rz. 11.
- 13) BAG v. 5.2.2004 – 8 AZR 112/03 , MDR 2004, 886 = NZA 2004, 540.
- 14) OLG Karlsruhe v. 13.9.2011 – 17 U 99/10 , MDR 2011, 1419 = NZA-RR 2011, 632; *Bennecke* in BeckOGK, Stand: 1.6.2020, § 11 AGG Rz. 17.
- 15) LAG Rheinland-Pfalz v. 27.3.2017 – 3 Sa 487/16 , BeckRS 2017, 127067.
- 16) BAG v. 15.12.2016 – 8 AZR 418/15 , ArbRAktuell 2017, 246; OLG Karlsruhe v. 13.9.2011 – 17 U 99/10 , NZA-RR 2011, 632 (633 f.); *Laws*, MDR 2013, 625 (631); *Bettinghausen*, BB 2018, 372 f.
- 17) BVerfG v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 , NJW 2017, 3643.
- 18) *Schlachter* in ErfK, 20. Aufl. 2020, § 1 AGG Rz. 6; *Körlings*, NZA 2018, 282.
- 19) Einerseits *Körlings*, NZA 2018, 282 (283 f.); *Jacobs*, RdA 2018, 263 (269); *Korinth*, ArbRB 2019, 83: Das dritte Geschlecht muss explizit angesprochen werden. Andererseits *Schmidt* in ErfK, 20. Aufl. 2020, Art. 3 GG Rz. 69; *Benecke* in BeckOGK/BGB, Stand: 1.6.2020, § 11 AGG Rz. 18 f.; *Suckow* in *Schleusener/Suckow/Plum*, AGG, 5. Aufl. 2019, § 11 Rz. 33: Der Zusatz (m/w) reicht aus, weil er meint, dass das Geschlecht bei der Bewerbung keine Rolle spielt.
- 20) *Körlings*, NZA 2018, 282 (284).
- 21) *Eckert*, DStR 2019, 1695.
- 22) *Körlings*, NZA 2018, 282 (284).
- 23) BAG v. 23.11.2017 – 8 AZR 504/16 , NJW 1497 (1500); *v. Steinau-Steinrück/Schneider* in NK-GA, 2017, § 11 AGG Rz. 13; *Laws*, MDR 2013, 625 (631).
- 24) BAG v. 23.8.2012 – 8 AZR 285/11 , NJW 2012, 3805.
- 25) BAG v. 19.8.2010 – 8 AZR 530/09 , NZA 2010, 1412.
- 26) Dazu einerseits BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 406/14 , BB 2017, 506 (508 f.): Die Formulierung Tätigkeit „mit einem jungen dynamischen Team“ beziehe sich auf das gewünschte Alter des Bewerbers. Andererseits BAG v. 23.11.2017 – 8 AZR 604/16 , NZA 2018, 584 (587): Die Formulierung „junges und dynamisches Unternehmen“ beziehe sich auf das Alter des Unternehmens und sei kein Indiz für Diskriminierung.
- 27) LAG Berlin-Brandenburg v. 11.10.2018 – 26 Sa 681/18, NZA-RR 2019, 139.
- 28) BAG v. 24.1.2013 – 8 AZR 429/11 , NZA 2013, 498.
- 29) BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 406/14 , BB 2017, 506 (508): Die Bezeichnung „Junior Consultant“ könne ein Indiz für eine Diskriminierung sein. BAG v. 15.12.2016 – 8 AZR 454/15 , MDR 2017, 654 = NZA 2017, 715 (718): Es könne offen bleiben, ob die Bezeichnung „Junior Sachbearbei-

- ter Kreditorenbuchhaltung“ ein Indiz für eine Diskriminierung sei. Anders LAG Berlin-Brandenburg v. 21.7.2011 – 5 Sa 847/11, BeckRS 2011, 76365: Die Bezeichnung „Junior Personalreferent Recruiting“ beinhaltet keine Diskriminierung älterer Bewerber wegen des Alters.
- 30) *Benecke* in BeckOGK/BGB, Stand: 1.6.2020, § 11 AGG Rz. 24.
 - 31) *Benecke* in BeckOGK/BGB, Stand: 1.6.2020, § 11 AGG Rz. 24.
 - 32) BAG v. 18.8.2009 – 1 ABR 47/08 , MDR 2010, 454 = NZA 2010, 222; BAG v. 24.1.2013 – 8 AZR 429/11 , NZA 2013, 498; BAG v. 19.5.2016 – 8 AZR 470/14 , NZA 2016, 1394 (1403); BAG v. 11.8.2016 – 8 AZR 4/15 , MDR 2017, 284 = NZA 2017, 310 (318 f.); vgl. zu der Thematik auch *Wichert/Zange*, DB 2007, 970.
 - 33) *Benecke* in BeckOGK/BGB, Stand: 1.6.2020, § 11 AGG Rz. 26; *Serr* in Staudinger, Neubearb. 2018, § 11 AGG Rz. 31.
 - 34) BAG v. 26.1.2017 – 8 AZR 73/16 , NZA-RR 2017, 342; *Thüsing* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2018, § 11 AGG Rz. 7.
 - 35) LAG Hessen v. 28.5.2019 – 15 Sa 116/19 , ArbRAktuell 2019, 542.
 - 36) *Thüsing* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2018, § 22 AGG Rz. 14; *Serr* in Staudinger, Neubearb. 2018, § 11 AGG Rz. 21.
 - 37) Kritisch aber *Rupp* in HWK, 9. Aufl. 2020, § 11 AGG Rz. 2, Fn. 7: Unter „üblichen“ Bewerbungsunterlagen könnte auch ein Bewerbungsfoto verstanden werden.
 - 38) BAG v. 29.6.2017 – 8 AZR 402/15 , NZA 2018, 33; ArbG Berlin v. 11.2.2009 – 55 Ca 16952/08 , NZA-RR 2010, 16; *Schlachter* in ErfK, 20. Aufl. 2020, § 1 Rz. 5; *Laws*, MDR 2013, 625 (627 f.).
 - 39) *Schlewing*, RdA 2019, 257 (262).
 - 40) LAG Nürnberg, 19.2.2008 – 6 Sa 675/07 – NZA 2009, 148; *Thüsing* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2018, § 11 Rz. 7; kritisch *Buschmann* in Däubler/Bertzbach, AGG, 4. Aufl. 2018, § 11 Rz. 23.
 - 41) *Buschmann* in Däubler/Bertzbach, AGG, 4. Aufl. 2018, § 11 Rz. 23.
 - 42) BAG v. 13.10.2011 – 8 AZR 608/10 , ArbRAktuell, 2011, 561; BAG v. 17.10.2010 – v. 17.8.2010 – 9 AZR 839/08 , NZA 2011, 153; *Rolfs* in ErfK, 20. Aufl. 2020, § 164 SGB IX Rz. 4.
 - 43) LAG Berlin-Brandenburg v. 12.12.2013 – 26 TaBV 1164/13, ArbRAktuell 2014, 623; *Schlachter* in ErfK, 20. Aufl. 2020, § 22 Rz. 6.
 - 44) *Romeis/Keßnich*, DB 2018, 445; *Kreitner* in Küttner, Personalbuch 2020, „Ausschreibung“ Rz. 2.
 - 45) *Benecke* in BeckOGK, Stand: 1.6.2020, § 11 AGG Rz. 8; *Horcher* in BeckOK/BGB, Stand: 1.2.2020, § 11 Rz. 15.
 - 46) *Benecke* in BeckOGK Stand: 1.6.2020, § 11 AGG Rz. 8, kritisch: *Kania/Mertens*, ZIP 2007, 8 (10).
 - 47) *Rupp* in HWK, 9. Aufl. 2020, § 22 Rz. 4.
 - 48) BAG v. 23.1.2020 – 8 AZR 484/18 , NWB 2020, 384; LAG Rostock v. 23.12.2019 – 2 Sa 224/18 , jurisPR-ArbR 22/2020 Anm. 4.

- 49) BAG v. 26.9.2013 – 8 AZR 650/12 , NZA 2014, 258.
- 50) LAG Düsseldorf v. 26.9.2018 – 3 Ca 2796/17 , NZA-RR 2019, 226; *Schlachter* in ErfK, 20. Aufl. 2020, § 7 AGG Rz. 1; *Richter*, ArbRAktuell 2020, 129 (131).
- 51) BAG v. 16.5.2019 – 8 AZR 315/18 , MDR 2020, 174; *Richter*, ArbRAktuell 2020, 129 (130).
- 52) *Thüsing* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2018, § 11 AGG, Rz. 15.
- 53) *Thüsing* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2018, § 11 AGG, Rz. 24.
- 54) BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08 , NZA 2010, 383.
- 55) So sehr weitgehend BAG v. 17.12.2015 – 8 AZR 421/14 , NJW 2016, 2443 mit ablehnender Anm. *Bauer*; *Roloff* in BeckOK-Arbeitsrecht, Stand: 1.3.2020, § 11 AGG Rz. 14.
- 56) LAG Rheinland-Pfalz v. 16.12.2019 – 3 Sa 132/19 , BeckRS 2019, 43647: Antwort eines Steuerberaters auf eine Bewerbung mit Foto der Bewerberin mit Kopftuch: „Mein Tipp für die Zukunft: Sollten Sie wirklich mal eine ernstzunehmende Bewerbung schreiben wollen, verzichten Sie auf Ihren Kopfschmuck.“
- 57) LAG Köln v. 26.1.2012 – 9 Ta 272/11 , NZA-RR 2012, 216.
- 58) BAG v. 25.4.2013 – 8 AZR 287/08 , NZA 2014, 224; *Roloff* in BeckOK-Arbeitsrecht, Stand: 1.3.2020, § 11 AGG Rz. 14.
- 59) BAG v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07 , NZA 2008, 728; *Düwell* in Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 164 Rz. 157.
- 60) *Brose* in BeckOK-Sozialrecht, Stand: 1.3.2020, § 164 SGB IX Rz. 15.
- 61) BAG v. 21.2.2013 – 8 AZR 180/12 , NZA 2013, 840; BAG v. 28.9.2017 – 8 AZR 492/16 , NZA 2018, 519; *Düwell* in Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 5. Aufl. 2019, § 164 Rz. 156.
- 62) Dazu *Richter*, ArbRAktuell 2020, 129 ff.
- 63) BAG v. 28.9.2017 – 8 AZR 492/16 , NZA 2018, 519; *Schlewing*, RdA 2019, 257 (265).
- 64) *Faas/Henseler*, BB 2018, 2292 (2296); *Grimm/Kühne*, ArbRB 2018, 245.
- 65) *Bauer/Krieger/Günther*, AGG, 5. Aufl. 2018, § 2 Rz. 25 a.E.