



Tabea Benz

DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IM BEWERBUNGSVERFAHREN

Rechtssicherheit bei der Stellenbesetzung

1. Auflage



Arbeitgeber
BIBLIOTHEK

Tabea Benz

DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IM BEWERBUNGSVERFAHREN

Rechtssicherheit bei der Stellenbesetzung

1. Auflage



Alle Rechte vorbehalten

Diese Publikation stellt eine allgemeine unverbindliche Information dar. Die Inhalte spiegeln die Auffassung der Autorin zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wider. Obwohl die Informationen mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität, insbesondere kann diese Publikation nicht den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Eine Verwendung liegt daher in der eigenen Verantwortung des Lesers. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Reihe Praxishandbuch Band 15

DISKRIMINIERUNGSSCHUTZ IM BEWERBUNGSVERFAHREN Rechtssicherheit bei der Stellenbesetzung

von Tabea Benz

1. Auflage

Stand: März 2023, Rechtsprechung bis Oktober 2022 berücksichtigt

Herausgegeben von:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der

Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin

Verlag:

© GDA Gesellschaft für Marketing und Service

der Deutschen Arbeitgeber mbH

Breite Straße 29, 10178 Berlin

www.arbeitgeberbibliothek.de

Gestaltung:

© GDA Gesellschaft für Marketing und Service

der Deutschen Arbeitgeber mbH

Titelfoto:

©SWKStock | shutterstock.com

Printed in Germany

ISBN 978-3-944997-20-9

VORWORT

Der Diskriminierungsschutz ist für Arbeitgeber¹ ein wichtiges Anliegen. Gerade in Zeiten des Fachkräftemangels und des „War of Talents“ sind Arbeitgeber auf das Geschick, das Wissen und die Kreativität jedes Einzelnen angewiesen. Die Wirtschaft lebt von den Fähigkeiten aller Beschäftigten, gleich welcher Herkunft, welchen Geschlechts, welchen Alters, welcher sexuellen Orientierung oder welcher Religion bzw. Weltanschauung sie sind. Das Bewerbungsverfahren hilft Arbeitgebern dabei, den Kandidaten zu finden, der am besten für die zu besetzende Stelle geeignet ist. Dies erfordert eine hinreichende Informationsgrundlage. Um das Haftungsrisiko bei der Erstellung eines entsprechenden Bewerberprofils möglichst gering zu halten und keine Anhaltspunkte für eine vermutete Benachteiligung zu schaffen, bedarf es unter anderem einer Klärung, wie weit das Fragerecht des Arbeitgebers im Einzelfall reicht.

Seit seiner Einführung hat das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz zu Belastungen für Arbeitgeber geführt. Durch die in der Rechtsprechung vorgenommene Interpretation der Verteilung von Darlegungs- und Beweislast ist der Dokumentationsaufwand deutlich angestiegen. Vor diesem Hintergrund scheint der Einsatz von KI-Systemen, die eine objektivere und effizientere Bewerberauswahl auf der Basis von Algorithmen ermöglichen sollen, vielversprechend. Doch auch im Zusammenhang mit KI-basierten Auswahlentscheidungen werden sich zunehmend diskriminierungsrechtliche Fragen stellen. Das vorliegende Praxishandbuch beleuchtet die Grenzen KI-basierter Auswahlentscheidungen und zeigt auf, inwieweit Bedenken effektiv entgegengewirkt werden kann.

Insgesamt bietet die vorliegende Publikation Arbeitgebern und Personalern eine praktische Handhabe, ihr Bewerbungsverfahren rechtssicher zu gestalten und vermeintliche Entschädigungsforderungen geschickt abzuwenden. Nach einem ersten allgemeinen Teil zu den Grundstrukturen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes führt die Publikation durch die jeweiligen Abschnitte des Stellenbesetzungsverfahrens. Der Einsatz künstlicher Intelligenz wird gesondert beleuchtet, ebenso wie der Umgang mit schwerbehinderten Bewerbern. Rechtsprechungs-Zitate und Hinweisboxen sorgen für besondere Praxisnähe und bringen Ordnung in das Durcheinander der zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen.

¹ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit bezieht sich die gewählte männliche Form immer zugleich auf weibliche, männliche und diverse Personen.

Rechtsprechung und Literatur sind bis Oktober 2022 berücksichtigt. Anregungen und Hinweise insbesondere auch zu Fehlentwicklungen in der Praxis der Gerichte gerne an: arbeitsrecht@arbeitgeber.de.

Berlin, im März 2023

INHALTSVERZEICHNIS

A. DIE GRUNDSTRUKTUREN DES ALLGEMEINEN GLEICHBEHANDLUNGSGESETZES	9
I. Der Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes	12
1. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich	13
2. Formaler Bewerberbegriff	14
II. Formen der Benachteiligung	17
1. Unmittelbare Benachteiligung	17
2. Mittelbare Benachteiligung	21
3. (Sexuelle) Belästigung	26
4. Anweisung zu einer Benachteiligung	28
III. Rechtfertigung einer Benachteiligung	29
1. Rechtfertigung wegen einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung, § 8 Abs. 1 AGG	30
a) Zulässige Differenzierungen nach dem Geschlecht	33
b) Tendenzschutz als wesentliche und entscheidende Anforderung	39
2. Rechtfertigungsmöglichkeiten für kirchliche Arbeitgeber	40
3. Zulässige Differenzierungen nach dem Alter, § 10 AGG	44
4. Positive Maßnahmen, § 5 AGG	46
IV. Rechtsfolgen unzulässiger Benachteiligung im Bewerbungsverfahren	48
1. Der Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG	49
2. Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG	52
3. Entschädigung bei Anwendung kollektiver Regelungen, § 15 Abs. 3 AGG	57
4. Haftungsrisiken eigener Mitarbeiter; Regressmöglichkeiten des Arbeitgebers	58
5. Rechte der Arbeitnehmervertretungen, § 17 Abs. 2 AGG	60
V. Beweislast	61
VI. Die einzelnen Diskriminierungsmerkmale	65
1. „Rasse“ und ethnische Herkunft	65
2. Geschlecht	70
3. Religion und Weltanschauung	72
4. Behinderung	76
5. Alter	79
6. Sexuelle Identität	80

VII. Kein Diskriminierungsschutz für „AGG-Hopper“	81
1. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB	82
2. Indizien für die fehlende Ernsthaftigkeit eines Bewerbers an seiner Bewerbung	84
B. STELLENAUSSCHREIBUNGEN BENACHTEILIGUNGSFREI GESTALTEN	88
I. Die geschlechtersensible Stellenausschreibung	91
II. Rechtssicherheit im Umgang mit geschlechtsspezifischen Stellengesuchen; Frauenförderquoten	95
III. Die altersneutrale Stellenausschreibung	99
IV. Rechtsprechungsübersicht zu beispielhaften Formulierungen	106
C. DIE BENACHTEILIGUNGSFREIE BEWERBERAUSWAHL	107
I. Reichweite des arbeitgeberseitigen Fragerechts im Bewerbungsverfahren	111
1. Fragen nach der familiären Situation; Allgemeine Angaben	115
2. Fragen nach Vorstrafen	118
3. Fragen nach der Religionszugehörigkeit	120
4. Fragen nach der politischen Gesinnung	121
5. Fragen nach einer Gewerkschaftszugehörigkeit	122
6. Fragen nach einer Schwangerschaft	123
7. Fragen nach den Sprachkenntnissen	124
8. Fragen nach einer Schwerbehinderteneigenschaft	126
9. Fragen nach Vorerkrankungen; Gesundheits- und Drogentests	129
II. Besonderheiten beim Einsatz von Personalfragebogen	132
III. Betriebsverfassungsrechtliche Vorgaben	135
D. RECHTSSICHERHEIT BEI DER ABLEHNUNG ERFOLGLOSER BEWERBER	141
I. Auskunftsansprüche abgelehnter Bewerber	146
II. Datenschutzrechtliche Hinweise	150

E. DER EINSATZ KÜNSTLICHER INTELLIGENZ IM BEWERBUNGSVERFAHREN	152
I. Datenschutzrechtliche Vorgaben	156
1. Phase 1: Training des KI-Systems	159
2. Phase 2: Erhebung der Bewerberdaten	160
3. Phase 3: Die KI-basierte Auswahlentscheidung	163
II. Diskriminierungsrechtliche Fragestellungen beim Einsatz von KI	164
1. Das Benachteiligungsverbot, § 7 Abs. 1 AGG	165
2. Beweislast	168
2. Vertretenmüssen, § 15 Abs. 1 AGG	171
III. Mitbestimmungsfragen	174
F. ZUM UMGANG MIT SCHWERBEHINDERTEN BEWERBERN IM BEWERBUNGSVERFAHREN	176
I. Die Verfahrensanforderungen nach § 164 SGB IX (§ 81 SGB IX a. F.)	179
II. Die Pflicht zur Einladung zum Vorstellungsgespräch nach § 165 S. 3 SGB IX (§ 82 SGB IX a. F.)	184
G. AUSBLICK	185
I. Fortentwicklung des Allgemeinen Gleichbehandlungs- gesetzes	185
II. KI-Verordnung	187
III. Fortentwicklung des Entgelttransparenzgesetzes	189
ANHANG	191
A. ALLGEMEINES GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ (AGG)	191
B. AUSZUG: DAS SOZIALGESETZBUCH NEUNTES BUCH – REHABILITATION UND TEILHABE VON MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN (§§ 164, 165 SGB IX)	210
LITERATURVERZEICHNIS	212
STICHWORTVERZEICHNIS	214

SYMBOLERKLÄRUNG



RECHTSPRECHUNG



HINWEIS



BEISPIEL

A. DIE GRUNDSTRUKTUREN DES ALLGEMEINEN GLEICHBEHANDLUNGSGESETZES

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist am 18. August 2006 in Kraft getreten. Es ist auf vier europäische Richtlinien zurückzuführen, die ihrerseits auf Art. 19 AEUV beruhen. Ziel des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist es, Benachteiligungen natürlicher Personen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern bzw. – falls eine Benachteiligung bereits eingetreten ist – diese zu beseitigen, § 1 AGG.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz beruht auf vier europäischen Richtlinien:

- **Richtlinie 2000/43/EG** des Rates vom 28. Juni 2000: „*Antirassismus-Richtlinie*“
- **Richtlinie 2000/78/EG** des Rates vom 27. November 2000: „*Rahmenrichtlinie Beschäftigung*“
- **Richtlinie 2002/73/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002: „*Gender-Richtlinie*“
- **Richtlinie 2004/113/EG** des Rates vom 13. Dezember 2004: „*Gleichbehandlungs-Richtlinie*“

Art. 19 AEUV enthält eine begrenzte Zuständigkeit des europäischen Gesetzgebers. Die Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG sind daher abschließend; eine analoge Anwendung auf andere Personengruppen ist nicht möglich.¹ Benachteiligungen aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe sind in sämtlichen Stadien des Arbeitsverhältnisses unzulässig. Auch das Stadium der Stellenausschreibung wird erfasst, §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 11 AGG. Bereits der Versuch einer Benachteiligung ist verboten, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Diskriminierungsmerkmal tatsächlich in der Person des Bewerbers vorliegt.² Lehnt ein Arbeitgeber beispielsweise die Einstellung eines Bewerbers mit der Begründung ab, dass dieser homosexuell orientiert sei, kann darin auch dann eine unzulässige Benachteiligung liegen, wenn der Bewerber tatsächlich gar nicht homosexuell orientiert ist. Nicht erfasst ist demgegen-

¹ EuGH, Urteil v. 18.12.2014 – C-354/13; EuGH, Urteil v. 11.7.2006 – C-13/05 (Navas); ErfK/Schlachter, § 1 AGG Rn. 16.

² BAG, Urteil v. 17.12.2015 – 8 AZR 421/14; BAG, Urteil v. 20.6.2013 – 8 AZR 482/12; BAG, Urteil v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08.

über jedoch der Fall, in dem der Arbeitgeber die tatsächliche Situation zwar richtig begreift, diese aber zu Unrecht unter das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz subsumiert. Wertet der Arbeitgeber zum Beispiel die politische Gesinnung eines erfolglosen Bewerbers zu Unrecht als eine Weltanschauung, kann daraus keine Ungleichbehandlung im Sinne des § 3 Abs. 1 oder 2 AGG resultieren.



HINWEIS

Nicht jede Ungleichbehandlung wirkt benachteiligend. Das Gesetz unterscheidet daher zwischen den Begriffen der „Ungleichbehandlung“ und „Benachteiligung“: Eine Ungleichbehandlung wird erst dann zur Benachteiligung, wenn sie nicht gerechtfertigt ist. Auf den Begriff der „Diskriminierung“ verzichtet das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz vollständig.

Fühlt sich ein erfolgloser Bewerber infolge einer Ablehnungsentscheidung benachteiligt, drohen Arbeitgeber vor allem Entschädigungsforderungen abgelehnter Bewerber, § 15 Abs. 2 AGG. Streitentscheidend ist dann die Frage, ob ein Diskriminierungsmerkmal für die Ablehnungsentscheidung zumindest mitursächlich war, ohne dass dieses Vorgehen gerechtfertigt werden kann. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz normiert die verschiedenen **Rechtfertigungsmöglichkeiten** in den §§ 5, 8 bis 10 AGG. Knüpft eine unterschiedliche Behandlung an mehrere Gründe an (*Mehrfachdiskriminierung*), stellt § 4 AGG klar, dass sich die Rechtfertigung auf sämtliche Gründe erstrecken muss, deretwegen die Ungleichbehandlung erfolgt.

Siehe auch: A. III. „Rechtfertigung einer Benachteiligung“, S. 29 ff.

§ 22 AGG enthält eine **Beweiserleichterung** für den erfolglosen Bewerber. Sofern der abgelehnte Bewerber im Streitfall Indizien (Vermutungstatsachen), die eine Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals (§ 1 AGG) vermuten lassen, glaubhaft darlegt, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Die Beweiserleichterung des § 22 AGG greift ausschließlich hinsichtlich der Kausalität zwischen Ungleichbehandlung und Diskriminierungsmerkmal, nicht jedoch hinsichtlich der Frage, ob überhaupt eine weniger günstige Behandlung vorliegt oder ob ein Diskriminierungsmerkmal in der Person des abgelehnten Bewerbers gegeben ist bzw. vom Ar-

beitgeber irrig angenommen worden ist.³ Hier bleibt der erfolglose Bewerber nach den allgemeinen Regelungen darlegungs- und beweisbelastet. Welche Anforderungen im Einzelfall an die Darlegung der Vermutungstatsachen zu stellen sind, entscheiden die Gerichte nach den Grundsätzen des § 138 ZPO.

HINWEIS

Um eine etwaige Vermutungswirkung im Streitfall besser entkräften zu können, kann die Implementierung eines differenziert ausgestalteten Stellenbesetzungsverfahrens helfen. Auf die Art können die Umstände der Auswahlentscheidung transparent nachvollzogen werden. Aus § 22 AGG folgt daher eine gewisse Dokumentationspflicht für Arbeitgeber.



Siehe auch: A. V. „Beweislast“, S. 61 ff.

Die **Entschädigungshöhe** ist einzelfallbezogen durch die Gerichte festzulegen (§ 287 Abs. 1 ZPO) und muss geeignet sein, den Arbeitgeber von künftigen Benachteiligungen abzuhalten.⁴ Maßgeblich sind unter anderem die Schwere des Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot, dessen Dauer und Folgen sowie der Anlass und der Beweggrund des jeweiligen Handelns.⁵ Auch eine geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung sind berücksichtigungsfähig.⁶ Wäre der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, darf die Entschädigung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, § 15 Abs. 2 S. 2 AGG (*Kappungs- bzw. Höchstgrenze*).⁷ Weitere Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot regeln § 7 Abs. 2 und 3 AGG. Es wird klargestellt, dass Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, unwirksam sind. Da sich die Unwirksamkeit von Verträgen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, ohnehin aus § 134 BGB ergibt, hat die Regelung des § 7 Abs. 2 AGG rein deklaratorischen Charakter. § 7 Abs. 3 AGG legt fest, dass der Arbeitgeber im Fall einer Benachteiligung seine vertraglichen Pflichten verletzt. Betroffene können sich also neben den Ansprüchen aus § 15 Abs. 1 und 2 AGG auch auf die allgemeinen Schadensersatzansprüche nach §§ 280 Abs. 1, 241

³ BT-Drucks. 16/1780, S. 47.

⁴ BT-Drucks. 16/1780, S. 38.

⁵ BAG, Urteil v. 16.2.2012 – 8 AZR 697/10.

⁶ BAG, Urteil v. 16.2.2012 – 8 AZR 697/10.

⁷ BAG, Urteil v. 19.12.2019 – 8 AZR 2/19; MüKo/Thüsing, § 3 AGG Rn. 34.

Abs. 2 bzw. 311 Abs. 2 BGB berufen, vgl. auch § 32 AGG.⁸ Ein Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses besteht in aller Regel jedoch nicht, vgl. § 15 Abs. 6 AGG.

Benachteiligungsverbote oder Gleichbehandlungsgebote, die auf anderen Vorschriften beruhen, finden grundsätzlich neben den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes Anwendung. Dazu zählen insbesondere das Benachteiligungsverbot von in Teilzeit und befristet beschäftigten Arbeitnehmern (§ 4 Abs. 1 S. 1 und 2 TzBfG) sowie der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Gleiches gilt nach § 2 Abs. 3 S. 2 AGG auch für öffentlich-rechtliche Vorschriften, die dem Schutz bestimmter Personengruppen dienen, wie etwa das Mutterschutzgesetz. Soweit das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz die speziellere Regelung enthält, wird die allgemeinere Vorschrift verdrängt. So verbietet der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwar jede sachwidrige Ungleichbehandlung, lässt aber auch jeden sachlichen Grund zu ihrer Rechtfertigung ausreichen. Soweit das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz mit seinen ausdifferenzierten Rechtfertigungsmöglichkeiten eine Konkretisierung gegenüber dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz darstellt, findet es daher vorrangig Anwendung.



HINWEIS

Ziel des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist, eine gewisse Verteilungsgerechtigkeit zur Wahrung des Betriebsfriedens herzustellen.⁹ Erfolgreiche Bewerber können sich daher nicht auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen; er gilt nur für Arbeitnehmer.

I. Der Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

Der Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes entscheidet, wer sich auf das Benachteiligungsverbot des §§ 1, 3, 7 Abs. 1 AGG berufen und Ansprüche nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG geltend machen kann.

⁸ BT-Drucks. 16/1780, S. 34.

⁹ Vgl. BAG, Urteil v. 3.9.2014 – 5 AZR 6/13; MüKo/Thüsing, § 1 AGG Rn. 6 ff.

Systematisch ist zwischen dem sachlichen (§ 2 AGG) und dem persönlichen Anwendungsbereich (§ 6 AGG) zu unterscheiden.

1. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich

§ 2 AGG regelt den **sachlichen Anwendungsbereich** des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Erfasst sind sämtliche Stadien des Arbeitsverhältnisses, inklusive dessen Anbahnung. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG fallen alle Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Arbeit, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, unabhängig vom Tätigkeitsfeld und beruflicher Position unter den sachlichen Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Aus § 11 AGG ergibt sich, dass dies auch das Stadium der Stellenausschreibung umfasst. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG erfasst die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen; § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG den Zugang zur Berufs(aus)bildung und beruflichen Weiterbildung. Weitere Bereiche normiert § 2 Abs. 1 Nr. 4 bis 8 AGG. Umfasst sind Benachteiligungen in Bezug auf den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit sowie der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.

Den **persönlichen Anwendungsbereich** in Bezug auf den Schutz vor Benachteiligungen regelt § 6 AGG. § 6 Abs. 1 AGG legt fest, wer sich auf das Benachteiligungsverbot in Beschäftigung und Beruf berufen kann. Erfasst sind alle Beschäftigten der Privatwirtschaft und des öffentlichen Dienstes.¹⁰ Dazu zählen Arbeitnehmer, die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, arbeitnehmerähnliche Personen, in Heimarbeit Beschäftigte und ausgeschiedene Arbeitnehmer. Auch Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sind nach § 6 Abs. 1 S. 2 Var. 1 AGG Beschäftigte im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. § 6 Abs. 3 AGG stellt den Beschäftigten, die sich auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz berufen können, Selbständige und Organmitglieder gleich. Diese können sich allerdings nur insoweit auf die §§ 6 bis 18 AGG berufen, soweit es um die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit oder den beruflichen Aufstieg geht. Das Benachteiligungsverbot gilt demzufolge auch beim Abschluss eines Anstellungsvertrages mit einem Organmitglied.

¹⁰ MüKo/Thüsing, § 6 AGG Rn. 2.

2. Formaler Bewerberbegriff

Das Bundesarbeitsgericht geht mittlerweile von einem formalen Bewerberbegriff aus.¹¹ Bewerber sei, wer eine Bewerbung tatsächlich eingereicht habe. Die Bewerbung müsse dem Arbeitgeber zugegangen sein, § 130 BGB. Auf eine **objektive Eignung** des Bewerbers oder dessen **subjektiven Ernsthaftigkeit** an der Bewerbung käme es nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nicht an. Damit soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber bei vage gehaltenen Ausschreibungsformulierungen die verlangten Qualifikationen im Nachhinein – also erst während eines etwaigen Entschädigungsprozesses – erhöht, um sich etwaigen Entschädigungsforderungen zu entziehen.¹²



RECHTSPRECHUNG

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19. Mai 2016 – 8 AZR 470/14

„§ 6 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 AGG enthält einen formalen Bewerberbegriff. Auf die „subjektive Ernsthaftigkeit“ der Bewerbung kommt es nicht an.“

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23. Januar 2020 – 8 AZR 484/18

„Bewerber im Sinne von § 6 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 AGG ist, wer eine Bewerbung beim Arbeitgeber eingereicht hat. Eingereicht ist eine Bewerbung dann, wenn sie dem Arbeitgeber zugegangen ist im Sinne von § 130 BGB.“

Das Bundesarbeitsgericht hat damit eine Rechtsprechungsänderung vollzogen. Zuvor ging das Bundesarbeitsgericht noch davon aus, dass nur derjenige Bewerber vom Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes erfasst sei, der für die zu besetzende Stelle objektiv geeignet ist und sich subjektiv ernsthaft beworben hat.¹³ Das Bundesarbeitsgericht verstand die objektive Eignung eines Bewerbers ehemals als ein Kriterium der „vergleichbaren Situation“ im Sinne des § 3 Abs. 1 und 2 AGG. Die subjektive Ernsthaftigkeit des Bewerbers an seiner Bewerbung war nach damaliger Auffassung eine Frage des persönlichen Anwendungsbereichs, § 6 Abs. 1 S. 2 Var. 1 AGG. Rechtsfolge war, dass der klagende Bewerber die Darlegungs-

¹¹ BAG, Urteil v. 23.1.2020 – 8 AZR 484/18; BAG, Urteil v. 19.5.2016 – 8 AZR 470/14.

¹² *Nothelfer*, SAE 2019, 131, 136 m. w. N.

¹³ BAG, Urteil v. 28.5.2009 – 8 AZR 536/08.

und Beweislast hinsichtlich seiner subjektiven Ernsthaftigkeit und objektiven Eignung in einem Entschädigungsprozess trug.

Aus dem Wandel in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts resultiert eine **Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast** vom Bewerber auf den Arbeitgeber. Die subjektive Ernsthaftigkeit einer Bewerbung ist nun nicht mehr anspruchsbegründende Voraussetzung des § 15 Abs. 2 AGG, sondern anspruchsausschließender Einwand des Arbeitgebers. Während der erfolglose Bewerber nach damaliger Rechtsauffassung des Bundesarbeitsgerichts noch darlegen und beweisen musste, dass seine Bewerbung auch ernst gemeint war, muss nun der Arbeitgeber nachweisen, dass dem Bewerber die subjektive Ernsthaftigkeit an seiner Bewerbung fehlt. Dies wirft in der Praxis erhebliche Fragen auf und schafft Rechtsunsicherheit. Im Ergebnis sind die Dokumentationslasten für Arbeitgeber durch die in der Rechtsprechung vollzogene Interpretation der Verteilung von Darlegungs- und Beweislast abermals deutlich angestiegen.

HINWEIS

„Bewerber“ im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 2 Var. 1 AGG sei laut Bundesarbeitsgericht derjenige, der eine Bewerbung einreicht.¹⁴ Dies hat zur Folge, dass auch „AGG-Hopper“ Entschädigungsforderungen erheben können. Dem Arbeitgeber bleibt die Möglichkeit, einem klagenden Bewerber rechtsmissbräuchliches Handeln nachzuweisen, § 242 BGB. Ob dies gelingt, kann in aller Regel nicht sicher vorhergesagt werden und hängt von den maßgebenden Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab.



Sollte sich jemand auf eine Stelle beworben haben, nur um eine Entschädigung geltend zu machen, ohne die ausgeschriebene Stelle tatsächlich erhalten zu wollen („AGG-Hopper“), steht dem Arbeitgeber der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB zu. Wer ausgeschriebene Stellenanzeigen dazu missbraucht, Entschädigungsansprüche einzuklagen, obwohl objektiv kein ernsthaftes Interesse an der Stelle besteht, handelt rechtsmissbräuchlich. Der Arbeitgeber hat den Einwand ausdrücklich zu erheben und anhand objektiver Indizien die fehlende Ernsthaftigkeit des Bewerbers nachzuweisen. Soweit der Klägervortrag hinreichend Indizien für einen Rechtsmissbrauch enthält, dürfte den Arbeitgeber jedoch keine darüber hinaus gehende Dar-

¹⁴ BAG, Urteil v. 23.1.2020 – 8 AZR 484/18; BAG, Urteil v. 19.5.2016 – 8 AZR 470/14.

legungs- und Beweislast treffen.¹⁵ Laut Bundesarbeitsgericht könne unter Umständen sogar der Inhalt des Bewerbungsschreibens genügen.¹⁶ Ob der Nachweis gelingt, hängt von den maßgebenden Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab und unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung.



HINWEIS

Das Bundesarbeitsgericht weicht vom Missbrauchsbegriff des Europäischen Gerichtshofs ab. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs fällt ein „AGG-Hopper“ schon nicht in den Schutzbereich der Richtlinien.¹⁷ Das Bundesarbeitsgericht bleibt daher aufgefordert, seine Rechtsprechung erneut zu überdenken: Wer sich auf den Schutz der Rechtsordnung beruft, dem obliegt auch der Nachweis, dass er den Schutz der Rechtsordnung verdient. Das kann folgerichtig nur der klagende Bewerber sein.



RECHTSPRECHUNG

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 28. Juli 2016 – C-423/15 (Rechtssache Kratzer)

„Art. 3 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 14 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 2006/54/EG sind dahin auszulegen, dass eine Situation, in der eine Person mit ihrer Stellenbewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur den formalen Status als Bewerber erlangen möchte, und zwar mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen, nicht unter den Begriff „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit“ im Sinne dieser Bestimmungen fällt und, wenn die nach Unionsrecht erforderlichen Tatbestandsmerkmale vorliegen, als Rechtsmissbrauch bewertet werden kann.“

Siehe auch: A. VII. „Kein Diskriminierungsschutz für „AGG-Hopper“, S. 81 ff.

¹⁵ *Nothelfer*, SAE 2019, 131, 136, 137.

¹⁶ BAG, Urteil v. 25.10.2018 – 8 AZR 562/16.

¹⁷ EuGH, Urteil v. 28.7.2016 – C-423/15 (Kratzer).

II. Formen der Benachteiligung

§ 3 AGG definiert die Formen möglicher Benachteiligungen. Zu unterscheiden ist zwischen unmittelbarer Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 AGG), mittelbarer Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG), Belästigung (§ 3 Abs. 3 AGG) und sexueller Belästigung (§ 3 Abs. 4 AGG) sowie der Anweisung zur Benachteiligung (§ 3 Abs. 5 AGG).

1. Unmittelbare Benachteiligung

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines Diskriminierungsmerkmals (§ 1 AGG) eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die Ungleichbehandlung muss an eines der Diskriminierungsmerkmale anknüpfen und durch dieses motiviert sein. Nach dem Willen des Gesetzgebers reicht es aus, dass eine hinreichend konkrete Gefahr im Sinne einer ernsthaften Erstbegehungsgefahr oder einer konkreten Wiederholungsgefahr für den Eintritt einer solchen Benachteiligung besteht.¹⁸ Die bloß abstrakte Gefahr, dass sich eine unmittelbare Benachteiligung in Zukunft realisiert, reicht zur Annahme einer unmittelbaren Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG nicht aus.¹⁹ § 3 Abs. 1 S. 2 AGG stellt klar, dass Benachteiligungen wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft Unterfälle einer unmittelbaren Geschlechterbenachteiligung bilden.

BEISPIEL

Ein erfolgloser Bewerber wird zum Beispiel wegen seiner sexuellen Identität unmittelbar benachteiligt, wenn der Arbeitgeber die Einstellung wegen seiner homosexuellen Orientierung ablehnt, ohne dass eine Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG gelingt.



Eine unmittelbare Benachteiligung setzt das Vorliegen einer vergleichbaren Situation der zu vergleichenden Person oder Personengruppe voraus.²⁰ Der Europäische Gerichtshof formuliert dazu allgemein, dass die **Vergleichbarkeit** spezifisch anhand aller die Situation betreffenden Merkmale zu beur-

¹⁸ BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

¹⁹ BT-Drucks. 16/1780, S. 32.

²⁰ MüKo/Thüsing, § 3 AGG Rn. 10.

teilen sei.²¹ Aus Sicht des Bundesarbeitsgerichts solle es dabei allerdings nicht auf die objektive Eignung des Bewerbers ankommen.²² Die **objektive Eignung** eines erfolglosen Bewerbers sei keine Voraussetzung für die Geltendmachung etwaiger Ersatzansprüche nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG. Zur Begründung verweist das Bundesarbeitsgericht auf die Wertung des § 15 Abs. 2 S. 2 AGG, wonach ein Entschädigungsanspruch für Personen, die bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wären, lediglich der Höhe nach begrenzt, nicht jedoch ausgeschlossen sei. Dies entspreche auch dem Gedanken der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts.



RECHTSPRECHUNG

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19. Mai 2016 – 8 AZR 470/14

„Die „objektive Eignung“ des Bewerbers/der Bewerberin ist kein Kriterium der vergleichbaren Situation oder der vergleichbaren Lage im Sinne von § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG und deshalb nicht Voraussetzung für einen Anspruch nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG.“

Das Bundesarbeitsgericht hat damit seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben. Nach vorheriger Ansicht fehlte es an einer vergleichbaren Situation, wenn der Bewerber objektiv nicht für die zu besetzende Stelle geeignet war.²³ Maßgeblich hierfür waren damals die Anforderungen, die der Arbeitgeber definiert hatte und die er nach der Verkehrsauffassung an die Tätigkeit stellen durfte.²⁴ Mit der Änderung der Rechtsprechung wollte das Bundesarbeitsgericht anscheinend verhindern, dass der Arbeitgeber bei vage gehaltenen Ausschreibungsformulierungen die verlangten Qualifikationen im Nachhinein – also erst während eines etwaigen Entschädigungsprozesses – erhöht, um sich auf die Art etwaigen Entschädigungsforderungen zu entziehen.²⁵

²¹ EuGH, Urteil v. 22.1.2019 – C-193/17; EuGH, Urteil v. 16.7.2015 – C-83/14.

²² BAG, Urteil v. 19.5.2016 – 8 AZR 470/14.

²³ Vgl. BAG, Urteil v. 23.1.2015 – 8 AZR 118/13; BAG 23.1.2014 – 8 AZR 118/13; BAG Urteil v. 14.11.2013 – 8 AZR 997/12; BAG, Urteil v. 21.2.2013 – 8 AZR 180/12.

²⁴ BAG, Urteil v. 19.8.2010 – 8 AZR 466/09; BAG, Urteil v. 18.3.2010 – 8 AZR 1044/08.

²⁵ *Notthelfer*, SAE 2019, 131, 136 m. w. N.

HINWEIS

Trotz des Wandels in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sollten sich Arbeitgeber weiterhin auf die fehlende objektive Eignung eines abgelehnten und klagenden Bewerbers berufen.



Die **fehlende objektive Eignung** eines Bewerbers kann sich nach wie vor an verschiedenen Stellen streitentscheidend auswirken. So kann die fehlende objektive Eignung zum Beispiel dazu führen, dass es am Kausalzusammenhang zwischen Diskriminierungsmerkmal und der ablehnenden Einstellungsentscheidung fehlt. Schließlich erfolgt die Zurückweisung objektiv ungeeigneter Bewerber nicht wegen eines Diskriminierungsmerkmals, sondern aufgrund der objektiv fehlenden Eignung. Zu beachten ist in diesem Kontext allerdings, dass damit zumeist nicht sicher ausgeschlossen werden kann, dass ein Diskriminierungsmerkmal nicht doch zumindest mitursächlich für die Ablehnung gewesen ist. Das Bundesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang immerhin festgehalten, dass es am Kausalzusammenhang fehle, wenn der Bewerber eine Anforderung nicht erfülle, die eine unabdingbare Voraussetzung für die Tätigkeit darstelle.²⁶ Der Arbeitgeber kann hierzu zum Beispiel vortragen, er habe alle Bewerbungen auf eine bestimmte Anforderung gesichtet und sämtliche Bewerber, die diese Anforderung nicht erfüllten, konsequent – mithin ausnahmslos – abgelehnt.

HINWEIS

Erfüllt ein Bewerber eine Anforderung nicht, die eine unverzichtbare Voraussetzung für die ausgeschriebene Tätigkeit darstellt, wurde der Bewerber nicht wegen eines der in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmale, sondern aufgrund seiner objektiv fehlenden Eignung abgelehnt. Eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG liegt dann nicht vor. Voraussetzung ist jedoch, dass die Anforderung in der Stellenausschreibung Anklang gefunden hat bzw. aus dem Anforderungsprofil ableitbar ist.²⁷



Zu prüfen ist auch, ob die objektiv fehlende Eignung eines erfolglosen Bewerbers der **Beweiserleichterung des § 22 AGG** entgegensteht. Sollte in der

²⁶ BAG, Urteil v. 19.5.2016 – 8 AZR 470/14.

²⁷ BAG, Urteil v. 19.5.2016 – 8 AZR 470/14.

Person des objektiv ungeeigneten Bewerbers zugleich ein Diskriminierungsmerkmal (§ 1 AGG) liegen oder wurde ein solches vom Arbeitgeber irrig angenommen, kann dies allenfalls mitursächlich für die Ablehnungsentscheidung gewesen sein. Die untergeordnete Mitursächlichkeit eines Diskriminierungsmerkmals steht jedoch der Annahme einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, dass die Ablehnungsentscheidung wegen eines Diskriminierungsmerkmals erfolgte, entgegen. Damit dürften die Voraussetzungen für die Beweiserleichterung nach § 22 AGG in aller Regel nicht erfüllt sein.

Die objektiv fehlende Eignung eines erfolglosen Bewerbers kann auch im Rahmen des „**AGG-Hoppings**“ bei der Frage, ob der Bewerber seine Bewerbung ernst meint, relevant werden. Im Entschädigungsprozess ist dazu der Einwand des Rechtsmissbrauchs von Seiten des Arbeitgebers nötig, § 242 BGB.²⁸ An den Nachweis des Rechtsmissbrauchs stellt das Bundesarbeitsgericht allerdings hohe Anforderungen.²⁹ Die objektiv fehlende Eignung reiche für sich genommen nicht aus, um zur Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zu gelangen. Maßgeblich sei das Hinzutreten weiterer Indizien, etwa wenn es für den Bewerber offensichtlich erkennbar gewesen sein muss, dass er objektiv für die ausgeschriebene Stelle nicht in Betracht kommt.³⁰



HINWEIS

Die objektiv fehlende Eignung eines Bewerbers spielt weiterhin eine maßgebliche Rolle in Entschädigungsprozessen. So kann die objektiv fehlende Eignung dem Kausalitätserfordernis entgegenstehen oder zumindest dazu führen, dass die Beweiserleichterung des § 22 AGG nicht greift. Auch unter dem Gesichtspunkt des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) kann sich die offensichtlich objektiv fehlende Eignung eines Bewerbers prozessentscheidend auswirken.

Siehe auch: A. VII. „Kein Diskriminierungsschutz für „AGG-Hopper“, S. 81 ff.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz normiert in den §§ 5, 8 bis 10 AGG die verschiedenen **Rechtfertigungsmöglichkeiten** einer unmittelbaren Ungleichbehandlung. § 8 Abs. 1 AGG enthält einen allgemeinen Rechtferti-

²⁸ BAG, Urteil v. 25.10.2018 – 8 AZR 562/16.

²⁹ Vgl. BAG, Urteil v. 25.10.2018 – 8 AZR 562/16; BAG, Urteil v. 11.8.2016 – 8 AZR 4/15; BAG, Urteil v. 19.5.2016 – 8 AZR 470/14.

³⁰ BAG, Urteil v. 17.8.2010 – 9 AZR 839/08; BAG, Urteil v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08.

gungsgrund, der für jedes der Diskriminierungsmerkmale herangezogen werden kann. §§ 9, 10 AGG normieren besondere Rechtfertigungsgründe für kirchliche Arbeitgeber und für das Alter. Positive Maßnahmen können nach § 5 AGG gerechtfertigt sein. Knüpft eine unterschiedliche Behandlung an mehrere Gründe an (*Mehrfachdiskriminierung*), stellt § 4 AGG klar, dass sich die Rechtfertigung auf sämtliche Gründe erstrecken muss, deretwegen die Ungleichbehandlung erfolgt.

HINWEIS

Nicht jede unmittelbare Ungleichbehandlung wirkt diskriminierend. Das Gesetz unterscheidet daher zwischen den Begriffen der „Ungleichbehandlung“ und „Benachteiligung“: Eine Ungleichbehandlung wird erst dann zur Benachteiligung, wenn sie nicht gerechtfertigt ist.



Siehe auch: A. III. „Rechtfertigung einer Benachteiligung“, S. 29 ff.

2. Mittelbare Benachteiligung

Nach § 3 Abs. 2 AGG liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines Diskriminierungsmerkmals (§ 1 AGG) gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind angemessen und erforderlich. Der Kausalzusammenhang besteht, wenn die mittelbare Benachteiligung an eines der Diskriminierungsmerkmale anknüpft oder durch dieses mitursächlich motiviert ist.³¹

Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts konkretisiere § 3 Abs. 2 AGG den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.³² Eine mittelbare Diskriminierung setze demzufolge grundsätzlich eine **Vergleichbarkeit** der benachteiligten Person gegenüber einer (potenziell) begünstigten Person voraus.³³ Maßgeblich sei hierfür die Bildung von Vergleichsgruppen. Es genüge, wenn beispielsweise im Bewerberprozess auf ein Auswahlkriterium

³¹ BAG, Urteil v. 23.1.2020 – 8 AZR 484/18; BAG, Urteil v. 16.5.2019 – 8 AZR 315/18; BAG, Urteil v. 18.9.2014 – 8 AZR 753/13.

³² BAG, Urteil v. 8.12.2011 – 6 AZR 319/09.

³³ BAG, Urteil v. 27.1.2011 – 6 AZR 526/09; vgl. auch EuGH, Urteil v. 16.7.2009 – C-537/07.

abgestellt werde, das typischerweise zur Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals (§ 1 AGG) geeignet sei. Dies sei der Fall, wenn das Kriterium für sich genommen zwar kein Diskriminierungsmerkmal im Sinne des § 1 AGG darstelle, das Kriterium aber ganz überwiegend Personen betreffe, die eines der Diskriminierungsmerkmale erfüllen.³⁴

BEISPIEL

Eine mittelbare Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft kann zum Beispiel in dem Einstellungskriterium „perfekte Deutschkenntnisse in Wort und Schrift“ liegen, sofern die Tätigkeit keinerlei Leseverständnis erfordert.

Das Benachteiligungsverbot greift bei jeder mittelbaren Benachteiligung. Somit hebt die Begünstigung einer bestimmten Gruppe von Merkmalsträgern das Unrecht einer mittelbaren Benachteiligung gegenüber einer anderen Gruppe dieser Merkmalsträger nicht auf.³⁵ Lehnt der Arbeitgeber beispielsweise ausschließlich alleinerziehende Väter im Bewerbungsverfahren ab, so liegt darin eine mittelbare Geschlechtsdiskriminierung der alleinerziehenden Väter – selbst dann, wenn der Arbeitgeber ausschließlich Väter einstellt, die nicht alleinerziehend sind. Die Tatsache, dass andere Väter gleichheitswidrig bevorzugt eingestellt wurden, negiert insofern nicht die Ungleichbehandlung der alleinerziehenden Väter.

Auch der **Einsatz künstlicher Intelligenz (KI)** im Bewerbungsverfahren kann eine mittelbare Benachteiligung bedeuten, § 3 Abs. 2 AGG. Teilweise wird zwar vertreten, eine mittelbare Benachteiligung scheidet von vornherein aus, da Algorithmen mangels menschlichen Handelns *de lege lata* schon gar nicht den Tatbestand einer solchen erfüllen könnten.³⁶ Im Ergebnis wird sich der Arbeitgeber durch den Einsatz technischer Software jedenfalls nicht gänzlich haftungsfrei stellen können. Anknüpfungspunkt könnte zum Beispiel ein Programmierfehler oder eine fehlerhafte Datengrundlage sein, mit der die KI trainiert wurde. Der Unionsgesetzgeber hat im vergangenen Jahr einen

³⁴ BAG, Urteil v. 12.12.2012 – 10 AZR 718/11; BAG, Urteil v. 27.1.2011 – 6 AZR 526/09; MüKo/Thüsing, § 3 AGG Rn. 32.

³⁵ MüKo/Thüsing, § 3 AGG Rn. 33.

³⁶ Waas, RdA 2022, 125, 129; MüKo/Thüsing, § 3 AGG Rn. 34 m. w. N.

Entwurf einer KI-Verordnung vorgelegt, der auch diskriminierungsrechtliche Risiken erfassen soll.³⁷

HINWEIS

Wer sich für den Einsatz von künstlicher Intelligenz (KI) im Bewerbungsverfahren entscheidet, sollte sich neben den datenschutz- und betriebsverfassungsrechtlichen Anforderungen immer auch mit etwaigen diskriminierungsrechtlichen Risiken auseinandersetzen.



Siehe auch: E. II. „Diskriminierungsrechtliche Fragestellungen beim Einsatz von KI“, S. 164 ff.

Eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG liegt nicht vor, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein **rechtmäßiges Ziel** sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind. Die Regelung bildet – anders als §§ 5, 8 bis 10 AGG – keinen Rechtfertigungsgrund, sondern schränkt den Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung ein. Ist beispielsweise ein nur scheinbar neutrales Auswahlkriterium im Bewerbungsverfahren geeignet und erforderlich, ein legitimes Ziel (zum Beispiel Diversität der Belegschaft) zu erreichen und stellt das Kriterium einen noch angemessenen Eingriff in die Rechte des abgelehnten Bewerbers dar, liegt keine mittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG vor. Grundsätzlich gelten die Maßstäbe des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes.³⁸ Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei ein Ziel rechtmäßig, wenn es seinerseits nichtdiskriminierend und im Übrigen erlaubt sei.³⁹ Den Tarifvertragsparteien komme bei der Festlegung des rechtmäßigen Ziels eine gewisse Einschätzungsprärogative zugute. Mit Blick auf die Erforderlichkeit dürfe es keine andere Möglichkeit geben, das rechtmäßige Ziel auf eine weniger eingriffsintensive Art in gleich wirksamer Weise zu erreichen. Bloße Vermutungen oder Befürchtungen des Arbeitgebers können eine mittelbare Benachteiligung jedoch tatbestandlich nicht ausschließen.⁴⁰

³⁷ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union vom 21. April 2021, COM (2021) 206 final.

³⁸ BAG, Urteil v. 15.12.2016 – 8 AZR 454/15; BAG, Urteil v. 24.1.2013 – 8 AZR 429/11.

³⁹ BAG, Urteil v. 9.12.2015 – 4 AZR 684/12.

⁴⁰ BAG, Urteil v. 15.12.2016 – 8 AZR 454/15; BAG, Urteil v. 24.1.2013 – 8 AZR 429/11.



HINWEIS

Rechtfertigt ein rechtmäßiges Ziel die mittelbare Ungleichbehandlung, ist der Tatbestand einer mittelbaren Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG) nicht gegeben.⁴¹ Dies ist im Fall einer unmittelbaren Ungleichbehandlung (§ 3 Abs. 1 AGG) anders: Hier liegt eine unmittelbare Benachteiligung tatbestandlich vor. Auf der Rechtfertigungsebene kommt es dann auf das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes an, §§ 5, 8 bis 10 AGG.

In Fällen einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Alters, können zudem die Maßstäbe des § 10 AGG herangezogen werden. Wichtigster Fall einer mittelbaren Altersbenachteiligung dürfte die Differenzierung nach der Betriebsstreu sein. Macht der Arbeitgeber eine bestimmte Anzahl von Jahren an Berufserfahrung zur Voraussetzung einer Stellenbesetzung, muss es sich zumindest um einschlägige, für die zu besetzende Stelle notwendige Berufserfahrung handeln.⁴² Andersherum ist der Fall denkbar, dass der Arbeitgeber bevorzugt Berufsanfänger oder Quereinsteiger einstellen möchte und seine Stellenausschreibung explizit an Arbeitnehmer im ersten Berufs- bzw. Tätigkeitsjahr richtet. Ein solches Vorgehen kann ebenfalls als mittelbare Diskriminierung Älterer verstanden werden.⁴³



RECHTSPRECHUNG

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 18. August 2009 – 1 ABR 47/08

„Eine mittelbare Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 2 AGG kommt in Betracht, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Hierzu bedarf es – zumindest im Bereich der Altersdiskriminierung – keines statistischen Nachweises, dass die in Frage stehende Regelung eine bestimmte Altersgruppe tatsächlich benachteiligt. Es ist ausreichend, wenn die Regelung hierzu typischerweise geeignet ist.“

⁴¹ BAG, Urteil v. 28.1.2010 – 2 AZR 764/08.

⁴² Richardi/*Thüsing*, § 94 BetrVG Rn. 22 m. w. N.

⁴³ BAG, Beschluss v. 18.8.2009 – 1 ABR 47/08.

Siehe auch: A. III. 3. „Zulässige Differenzierungen nach dem Alter, § 10 AGG“, S. 44 ff.

Knüpfen die Auswahlkriterien an körperliche Merkmale wie eine Mindestgröße an, weisen Männer diese regelmäßig häufiger auf als Frauen, sodass eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts in Betracht kommt, § 3 Abs. 2 AGG. Arbeitgeber haben in diesen Fällen zum Nachweis eines sachlichen Grundes die Gründe für die Festlegung der Mindestgröße konkret darzulegen, wie zum Beispiel Sicherheitserwägungen. Daneben ist darzulegen, dass das Kriterium auch konsequent – also ausnahmslos – befolgt wird. Vor diesem Hintergrund dürfte die Festlegung einer Mindestgröße von 160 cm im Polizeivollzugsdienst sachgerecht sein.⁴⁴ Eine tarifvertragliche Regelung, die für den Zugang zur Pilotenausbildung eine Mindestgröße von 165 cm festsetzt, dürfte demgegenüber zumindest nicht ohne Weiteres sachgerecht sein, insbesondere wenn die Mindestgröße innerhalb des Konzerns für einige Flugzeugmuster niedriger angesetzt wird, ohne dass dargelegt werden kann, warum bestimmte Flugmuster eine höhere Körpergröße erfordern als andere.⁴⁵

Verlangen Auswahlkriterien **„Deutsch als Muttersprache“**, stelle dies aus Sicht des Bundesarbeitsgerichts in aller Regel ebenfalls eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen der ethnischen Herkunft dar.⁴⁶ Das Erfordernis könne nur dort sachgerecht sein, wo die jeweilige Tätigkeit es verlangt. Liegt etwa kein Kundenkontakt vor oder beschäftigt der Arbeitgeber andere Arbeitnehmer auf dieser Position, die keine Muttersprachler sind, ist dies regelmäßig nicht der Fall. Kommt es für eine Tätigkeit dagegen auf die Sprachbeherrschung an, dürfen Nicht-Muttersprachler zumindest nicht pauschal im Voraus abgelehnt werden. Vielmehr ist zu prüfen, ob deren Sprachkenntnisse mit denen eines Muttersprachlers vergleichbar sind. Schließlich können auch Nicht-Muttersprachler eine Sprache perfekt beherrschen. Sollte es allerdings zusätzlich auf eine lebenslange kulturelle und sprachliche Eingebundenheit eines Bewerbers für die Tätigkeit ankommen (wenn zum Beispiel der Arbeitnehmer die deutsche Kultur repräsentieren soll), spricht dies ausnahmsweise für eine Zulässigkeit des Kriteriums „Deutsch als Muttersprache“.⁴⁷ Maßgeblich sind wie so oft die Umstände des jeweiligen Einzelfalls.

⁴⁴ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 10.8.2018 – 4 N 20.17.

⁴⁵ Vgl. LAG Köln, Urteil v. 25.6.2014 – 5 Sa 75/14.

⁴⁶ BAG, Urteil v. 29.6.2017 – 8 AZR 402/15.

⁴⁷ MüKo/Thüsing, § 3 AGG Rn. 55.



HINWEIS

Um etwaige Risiken zu vermeiden, sollten Arbeitgeber besser „Sehr gute Deutschkenntnisse“ verlangen. Dieses Vorgehen dürfte zum Beispiel schon immer dann sachgerecht sein, wenn es darum geht, dass sich ein Bewerber im Austausch mit Kollegen und Kunden präzise ausdrücken kann, zum Beispiel um gewisse Vorgänge zu erklären.

Siehe auch: C. I. 7. „Fragen nach den Sprachkenntnissen“, S. 124 ff.

3. (Sexuelle) Belästigung

Auch die Belästigung (§ 3 Abs. 3 AGG) und die sexuelle Belästigung (§ 3 Abs. 4 AGG) bilden Formen der Benachteiligung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Eine Rechtfertigung ist hier nicht möglich. Nach § 3 Abs. 3 AGG liegt eine **Belästigung** vor, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem Diskriminierungsmerkmal (§ 1 AGG) in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Kennzeichnend für eine Belästigung ist die Verletzung der Würde des Betroffenen durch unerwünschte Verhaltensweisen. Zusätzlich muss ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen und Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen werden. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.⁴⁸ Die Schaffung eines feindlichen Umfeldes setzt dabei ein regelmäßiges, kontinuierliches Handeln voraus.⁴⁹ Einmalige Handlungen reichen dazu in der Regel nicht aus. In besonders schwerwiegenden Fällen könnte dies jedoch anders zu beurteilen sein.⁵⁰



HINWEIS

Während des Bewerbungsverfahrens dürfte eine Belästigung (§ 3 Abs. 3 AGG) dem Grunde nach nicht vorkommen. In diesem Kontext handelt es sich eher um ein rein theoretisches Konstrukt.

⁴⁸ BAG, Urteil v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08.

⁴⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 3 RL 2000/43/EG; Art. 2 Abs. 3 RL 2000/78/EG; Art. 2 Abs. 1 lit. c) RL 2006/54/EG; BAG, Urteil v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08.

⁵⁰ BAG, Urteil v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08.

Eine **sexuelle Belästigung** im Sinne des § 3 Abs. 4 AGG liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten – wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen bzw. sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören – bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

HINWEIS

Im Gegensatz zur Belästigung (§ 3 Abs. 3 AGG) ist die Schaffung eines feindlichen Umfeldes keine Tatbestandsvoraussetzung einer sexuellen Belästigung, sondern lediglich ein Beispiel für eine solche („insbesondere“). Daher wird auch eine einmalig sexuell bestimmte Verhaltensweise den Tatbestand der sexuellen Belästigung erfüllen können.



Maßgeblich für das Vorliegen einer sexuellen Belästigung ist, ob das sexuelle Verhalten eine Verletzung der Würde des Betroffenen tatsächlich bewirkt oder bezweckt.⁵¹ Ob ein Verhalten sexuell bestimmt ist, ist objektiv anhand aller maßgebenden Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Erfasst sind jedenfalls sämtliche absichtliche Berührungen der primären oder sekundären Geschlechtsmerkmale.⁵²

HINWEIS

Mehr Informationen zum Thema Sexismus finden Arbeitgeber in der Handreichung „Gemeinsam gegen Sexismus“. Zahlreiche Best Practice Beispiele motivieren, sich gegen Sexismus einzusetzen. Download unter: <https://www.dialogforen-gegen-sexismus.de/handreichung-1> (zuletzt am: 7. September 2022).



⁵¹ BAG, Urteil v. 20.11.2014 – 2 AZR 651/13; BAG, Urteil v. 9.6.2011 – 2 AZR 323/10.

⁵² BAG, Urteil v. 29.6.2017 – 2 AZR 302/16.

4. Anweisung zu einer Benachteiligung

Nach § 3 Abs. 5 S. 1 AGG gilt auch die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 AGG genannten Grund als Benachteiligung. Eine solche Anweisung liegt insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten (§ 6 Abs. 1 AGG) wegen eines Diskriminierungsmerkmals benachteiligt oder benachteiligen kann, § 3 Abs. 5 S. 2 AGG. Zu den Beschäftigten zählen nach § 6 Abs. 1 S. 2 Var. 1 AGG auch die Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. Weist der Arbeitgeber beispielsweise die Arbeitnehmer seiner **Personalabteilung** an, Bewerbungen von Frauen pauschal auszusortieren, haftet er nach den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, unabhängig davon, ob die angewiesenen Arbeitnehmer die Weisung auch tatsächlich befolgen. Ohne Kenntnis von der internen Anweisung wird es einem erfolglosen Bewerber in einem etwaigen Entschädigungsprozess jedoch kaum möglich sein, eine solche nachzuweisen. Ein Auskunftsanspruch des erfolglosen Bewerbers gegenüber dem Arbeitgeber darüber, welchen internen Anweisungen das jeweilige Bewerbungsverfahren unterlag, besteht jedenfalls nicht.

Siehe auch: D. I. „Auskunftsansprüche abgelehnter Bewerber“, S. 146 ff.

§ 3 Abs. 5 AGG erfasst auch solche Fälle, in denen sich der Arbeitgeber eines **externen Personalvermittlers** bedient. Der Wortlaut des § 3 Abs. 5 AGG unterscheidet nicht danach, wen der Arbeitgeber angewiesen hat. Im Ergebnis macht es daher keinen Unterschied, ob der Arbeitgeber seine eigenen Mitarbeiter zu einer Benachteiligung anweist oder eine Personalvermittlung. Weist der Arbeitgeber einen externen Personalvermittler an, Bewerbungen von Frauen pauschal auszusortieren, haftet er ebenfalls nach den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes – unabhängig davon, ob der angewiesene Personalvermittler die Anweisung auch tatsächlich befolgt. Nicht abschließend geklärt ist jedoch die Haftungsfrage, wenn der Arbeitgeber gegenüber einem Personalvermittler nur allgemeine Vorgaben zur Bewerberauswahl trifft, diese aber so viel Spielraum zulassen, dass im Einzelfall nicht hinreichend sichergestellt ist, dass Benachteiligungen ausgeschlossen sind. Eine Anweisung zur Benachteiligung liegt hierin jedenfalls nicht, § 3 Abs. 5 AGG. Der Arbeitgeber hat in diesen Fällen lediglich zu wenig unternommen, einer Benachteiligung entgegenzuwirken.

Siehe auch: B. „Stellenausschreibungen benachteiligungsfrei gestalten“, S. 88 ff. und D. I. „Auskunftsansprüche abgelehnter Bewerber“, S. 146 ff.

Keine Anweisung zu einer Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals (§ 1 AGG) liegt vor, wenn die Vorgaben des Arbeitgebers ihrerseits gerechtfertigt bzw. sachgerecht sind. Enthält die Vorgabe des Arbeitgebers eine Anweisung zu einer unmittelbaren Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 AGG), ist zu prüfen, ob diese nach §§ 5, 8 bis 10 AGG gerechtfertigt ist. Ebenso verhält es sich bei einer Anweisung zu einer mittelbaren Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG) hinsichtlich des Vorliegens eines rechtmäßigen Zwecks. In diesen Grenzen können Arbeitgeber dann auch entsprechende **Kundenwünsche berücksichtigen**. So kann beispielsweise das „Nichttragen“ eines islamischen Kopftuchs zur Einstellungsvoraussetzung gemacht werden, wenn dies durch das Bedürfnis des Arbeitgebers gerechtfertigt ist, gegenüber seinen Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln oder soziale Konflikte zu vermeiden. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs könne eine Neutralitätspolitik allerdings nur wirksam verfolgt werden, wenn überhaupt keine sichtbaren Bekundungen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen erlaubt sind.⁵³ Arbeitgeber hätten zudem nachzuweisen, dass es infolge sichtbarer religiöser Zeichen auch tatsächlich zu konkreten betrieblichen Störungen oder wirtschaftlichen Einbußen in Form von finanziellen Nachteilen kommen kann. Maßgeblich sei ferner, dass das Unternehmen die Vorgabe auch konsequent einhält, es darf also keine Ausnahmen von der Vorgabe geben.

Siehe auch: A. VI. 3. „Religion und Weltanschauung“, S. 72 ff.

⁵³ EuGH, Urteile v. 15.7.2021 – C-804/18 (WABE) und C-341/19 (MH Müller); fortgesetzt durch EuGH, Urteil v. 13.10.2022 – C-344/20.