



*Professor Dr. Christian Rolfs,  
Universität zu Köln*

## **10 Jahre AGG – Von diskriminierten Bewerbern, verschwiegenen Behinderungen und Piloten ohne Uniformmütze**

Vortrag am 25. Februar 2016

*Professor Dr. Richard Giesen* stellte den Referenten als Schüler der Professoren Hanau und Preis vor, welcher sich in seiner Forschung nicht nur mit dem Arbeitsrecht, sondern auch mit dessen sozialrechtlichen Aspekten befasse. Seine Stellung als stellvertretendes Mitglied der offiziellen Antidiskriminierungsstelle des Bundes gebe ihm weitere Einblicke in diese Materie. Zu Beginn seiner Ausführungen wies *Professor Dr. Christian Rolfs* darauf hin, dass er entgegen der 10-Jahres-Statistik der Antidiskriminierungsstelle, von deutlich mehr als 1200 Verfahren mit AGG Bezug ausgehe, da die AGG Problematik häufig nicht auf den ersten Blick erkennbar sei. Er werde daher anhand zahlreicher Rechtsprechung Anknüpfungspunkte der AGG Problematik im Arbeitsrecht aufzeigen. Neben kurzen Hinweisen auf die altersunabhängige Gestaltung von Arbeits- und Beschäftigungsverhältnissen, Altersgrenzen, der Sozialplangestaltung und der, nur unter bestimmten sachlichen Rechtfertigungspunkten zulässige Urlaubsstaffel, ging der Referent ausführlich auf folgende Problempunkte ein:

Dem Gesetzgeber sei vermutlich die Reichweite von § 22 AGG nicht bewusst gewesen. Dessen enorme Praxisrelevanz verdeutliche etwa die Analyse einer diskriminierungsfreien Gestaltung der Personalauswahl. Als Indiz für eine Entschädigung nach § 15 AGG genüge dem BAG die gezielte Suche nach Hochschulabsolventen, die Selbstdarstellung des Arbeitgebers als „junges Team“ oder die Suche nach einem „frisch gebacken, aus einer kaufmännischen Ausbildung kommenden“ Bewerber. Deutlich gewarnt hat der Referent davor, dass eine diskriminierende Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch nicht heilbar sei. Eine spätere Einladung könne lediglich im Rahmen der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen sein. Eine weitere eindringliche Warnung sei vor § 81 Abs. 1 SGB IX angebracht. Danach müsse bei jeder ausgeschriebenen Stelle geprüft werden, ob diese nicht auch mit einem Schwerbehinderten besetzt werden könne. Die Gerichte würden in diesen Fällen schon allein die Tatsache, dass die Stelle nicht über die Arbeitsagentur ausgeschrieben worden ist als hinreichendes Indiz einer Diskriminierung Schwerbehinderter ansehen. Weiter müsse nach einer Bewerbung eines Schwerbehinderten umgehend nach deren Eingang der Betriebs- oder Personalrat und die Schwerbehindertenvertretung informiert werden. Ein Abwarten der Bewerbungsfrist sei nicht statthaft. Der öffentliche Dienst müsse darüber hinaus zwingend zum Gespräch einladen.

Eine weitere, medial stark aufbereitete, Problematik sei die der Scheinbewerber. Nach Einschätzung des Referenten würde ein Großteil dieser Verfahren von drei mehrfach klagende Personen verursacht. Das BAG habe diese Problematik 2015 dem EuGH vorgelegt. Dies bereite insbesondere deswegen

Probleme, da vor dem AGG eine Anknüpfung an das Alter sehr üblich gewesen sei und im Verhältnis zu in Deutschland üblichem Schadenersatz hohe Summen ausgeschüttet würden. Problematisch sei auch die Feststellung einer Scheinbewerbung. Ein Rückschluss allein aus der Bewerbungsanzahl sei nicht möglich, da denkbare Ursache ungewöhnlich vieler Bewerbungen etwa auch eine intensive Stellensuche oder der Bewerbungszwang Arbeitsloser sein könne.

Bei Unkenntnis des diskriminierenden Merkmals gewähre das AGG keinen Schutz. Nach Kündigung einer Schwangeren in Unkenntnis der Schwangerschaft falle so keine Entschädigung an. Da ein Verzicht auf die besondere Behandlung als Schwerbehinderter möglich sei, müsse die Schwerbehinderteneigenschaft bei jeder Bewerbung deutlich erkennbar angegeben und nicht in den Bewerbungsunterlagen „versteckt“ werden. Ein Fall, bei dem eine Arbeitnehmerin ihre Diskriminierung an die Behinderung ihres Sohnes angeknüpft habe, sei auf den ersten Blick erstaunlich. Der EuGH habe jedoch eine durch einen Dritten vermittelte Diskriminierung zurecht bejaht. Der Schutz des AGG würde ansonsten zu kurz greifen. Dies zeige auch ein Vergleich mit dem Mietrecht, in welchem an Dritte anknüpfende mittelbare Diskriminierungen unstrittig den Schutz auslösen. Es sei weiter auch anerkannt, dass Verstöße gegen § 1 AGG zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Daneben gewähre das BAG jedenfalls dann auch eine Entschädigung nach § 15 AGG, wenn die Benachteiligung über das Normalmaß hinausginge. Als Beispiel führte der Referent den Fall einer Fehlgeburt nach Kündigung wegen Weigerung auf ein individuelles Beschäftigungsverbot zu verzichten an.

Das BAG lasse in ständiger Rechtsprechung eine lineare Altersgruppenbildung im Rahmen der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung zu. Dies bezeichnete der Referent angesichts des Schlussantrags in einem inzwischen verglichenen EuGH-Verfahren als „mutig“. Er gehe davon aus, dass diese Praxis spätestens bei nächster EuGH-Vorlage kippe. Dagegen sei die Rentenaltersgrenze 65/67 nach EuGH unkritisch. Eine von dieser abweichende Grenze müsse jedoch besonders sachlich gerechtfertigt werden. Die Regelung der Altersgrenzen bei Piloten liege derzeit zur Klärung beim EuGH.

Abschließend wies der Referent einerseits noch darauf hin, dass das BAG Statistiken im Rahmen des § 22 AGG als unterstützende Indiztatsache anerkenne. Andererseits wurde die Frage des Endlosschadens im Rahmen des § 15 I AGG angesprochen. Anders als bei § 628 II BGB sei die Rechtsprechung zum AGG differenziert. Es bestünden teils Tendenzen der Anerkennung eines Endlosschadens.

Die Diskussion stellte den Vergleich mit dem Mietrecht im Fall der Anknüpfung an ein diskriminierendes Merkmal eines Dritten in Frage. Weiter wurde herausgearbeitet, dass eine Diskriminierung von Männern im Rahmen der Frauenquote nach § 5 AGG statthaft sein könne und dass Arbeitgeber künftig das Tragen einer Burka nur mit arbeitsplatzbezogenen Gründen verbieten könnten. Zu der Einladung Schwerbehinderter ergab die Diskussion, dass eine zweite Einladung bei Verhinderung aus behinderungsspezifischen Gründen geboten sein könne.

Felisa Frey  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin