

Diversity & Arbeitsrecht

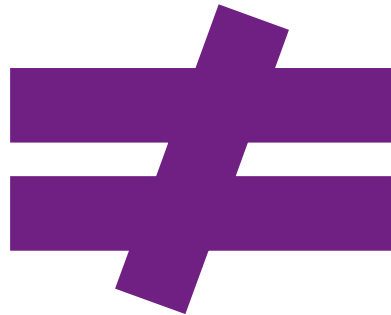
Das Bewerbungsverfahren

Isabelle Puhl

Rechtsanwältin | Counsel

I. Warum ein Fokus auf Diversität wichtig ist

- Diverse Unternehmen sind erfolgreicher, vgl. etwa Studie von Baker McKinsey (Mai 2020):
 - Hohe Gender Diversität erhöht Profitabilitätswahrscheinlich um 25%.
 - Hohe ethnische Diversität erhöht Profitabilitätswahrscheinlichkeit um 36%.



- Antidiskriminierungsstelle des Bundes: 49% der Befragten berichten über Diskriminierung am Arbeitsplatz, davon 25% im Bewerbungsverfahren.
- Globale Glassdoor-Studie: 37% der Befragten haben Diskriminierung am Arbeitsplatz erfahren.

II. „Unconscious Bias“ vermeiden

Laut zahlreichen Studien werden Menschen mit Migrationshintergrund, Frauen und ältere Personen bei gleicher Qualifikation oft schlechter bewertet.

Schulungen von Mitarbeitern

→ Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 98 BetrVG.

Einstellungstests zur Objektivierung des Verfahrens (sofern Aufgaben so gestaltet sind, dass sie Menschen mit einem bestimmten Hintergrund nicht bevorzugen)
→ Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 95 BetrVG.

Anonymisierte Bewerbungsbögen

→ Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 94 BetrVG.

III. Die wichtigsten Grundlagen im AGG

§ 5 AGG:

Positive Maßnahmen zur Förderung bisher unterrepräsentierter Mitarbeitergruppen (z.B. Vorzugsregelung)

§ 7 AGG:

Benachteiligungsverbot (Ethnie, soziale Herkunft, Geschlechtszugehörigkeit bzw. geschlechtliche Identität, Behinderung, Alter, Religion)

§ 15 AGG:

Anspruch auf Schadensersatz oder Entschädigung (Ausschlussfrist 2 Monate!)
Abs. 4: Kein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses

§ 12 AGG:

Pflicht zum Schutz vor Benachteiligungen

§§ 8 – 10 AGG:

Ausnahmen aufgrund beruflicher Anforderungen, Religion oder Weltanschauung und des Alters

§ 22 AGG:

Bei Indizien für eine Benachteiligung, tritt eine Beweislastumkehr ein (z. B. bzgl. Pflichten aus dem SGB IX)

IV. Risiko von Entschädigungsansprüchen (1/2)

- **Fehler im Bewerbungsverfahren** (z. B. bzgl. Stellenanzeigen oder bei Verstößen gegen das SGB IX) „laden“ zu Entschädigungsansprüchen ein.
- Entschädigung verlangt weder ein Verschulden des Arbeitgebers noch einen wirtschaftlichen Schaden.
- Bereits ein **Indiz führt zur Beweislastumkehr** (§ 22 AGG); AG muss Diskriminierung widerlegen (hohe Anforderungen, vgl. BAG vom 11.8.2016 – 8 AZR 4/15):
 - Es führten ausschließlich andere Gründe zu der Benachteiligung (besondere Eignung von Mitbewerbenden schließt ein Motivbündel nicht aus (BAG – 8 AZR 608/10)).
 - Das Auswahlverfahren wurde aus sachlichen und nachvollziehbaren Gründen abgebrochen.
 - Das Auswahlverfahren war abgeschlossen, bevor die Bewerbung einging.
 - AG ist bei den Bewerbungen nach einem Verfahren vorgegangen, das Diskriminierungen ausschließt.




IV. Risiko von Entschädigungsansprüchen (2/2)

- Einwand des Rechtsmissbrauchs möglich, aber mit hohen Hürden (vgl. BAG – 8 AZR 562/16)
 - Wenn Bewerber*in nach Würdigung aller Umstände eine Absage provoziert hat mit dem ausschließlichen Ziel, die Voraussetzungen für die Zahlung einer Entschädigung und/oder eines Schadensersatzes zu schaffen.
 - Indizien sind fehlende Eignung oder fehlende Ernsthaftigkeit der Bewerbung
(Vgl. ArbG Bonn – 5 Ca 1201/19 – Bewerbung ohne Ausführung zur eigenen Qualifikation, aber mit Verweis auf „Altersrente“ und Geltendmachung einer Werkwohnung).
 - Allein die Vielzahl an Bewerbungen und angestregten Entschädigungsverfahren belegt keinen Rechtsmissbrauch (BAG – 8 AZR 608/10).




V. Stolperfallen (1/3): Die Stellenanzeige


(Schwer-)behinderung

 „Kerngesunde Mitarbeiter im Callcenter“

 „Hohe Belastbarkeit für die mobile Pflege“

Ethnie


 „Deutsch als Muttersprache“, „Inländischer Hochschulabschluss“

 „Verhandlungssichere Deutschkenntnisse“, „Inländischer oder äquivalenter Hochschulabschluss“


Geschlecht


 Genderneutrale Formulierung „Fachkraft für xxx (m/w/d)“ / Gender* oder _

§ 8 AGG?

 „Anforderung, die von der spezifischen Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder den besonderen Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben ist. Dabei muss ein direkter, objektiv durch entsprechende Analysen belegter, hinreichend durchschaubarer und überprüfbarer Zusammenhang zwischen der vom Arbeitgeber aufgestellten beruflichen Anforderung und der fraglichen Tätigkeit bestehen.“

Alter

 „Junges Team“; „in den ersten Jahren nach Studienabschluss“
„Juniorposition“

 „Dynamisches Team“, „Mehrjährige Berufserfahrung“

IV. Stolperfallen (2/3): Anforderung des SGB IX

- AGG-Hopper berufen sich im Entschädigungsprozess häufig „ins Blaue hinein“ auf die vorgenannten Tatbestände,
- Mitursächlichkeit selbst dann, wenn die Pflichtquote erfüllt war (BAG – 9 AZR 839/08).

- Pflicht für öffentliche Arbeitgeber aus § 165 Satz 3 SGB IX zur Einladung, die nur bei offensichtlich fehlender Eignung entfällt.
 - Gilt auch bei internen Stellenausschreibungen.
 - Objektiver Zugang der Bewerbung genügt / es kommt nicht auf die Kenntnisnahme an.
 - Einladung muss sich auf das gesamte Bewerbungsverfahren beziehen.

- Pflicht des Arbeitgebers, die Agentur für Arbeit gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1, Abs. 6 SGB IX zu beteiligen und die Schwerbehindertenvertretung anzuhören (BAG vom 12. 9. 2006 - 9 AZR 807/05). Indiz für die Benachteiligung selbst dann, wenn Bewerber*in Schwerbehinderung nicht offenlegte.

- Pflicht des Arbeitgebers die Schwerbehindertenvertretung nach § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX unverzüglich über die Bewerbung eines schwerbehinderten Menschen zu informieren (BAG vom 15. 2. 2005 - 9 AZR 635/03).

IV. Stolperfallen (3/3): Das Bewerbungsgespräch

Behinderung



Ggfs. zulässig, wenn Stelle eine bestimmte gesundheitliche Eignung voraussetzt

Ethnie



Unzulässig: Frage nach der Muttersprache (mittelbare Diskriminierung) oder des Geburtsorts

Zulässig: Frage nach der Arbeitserlaubnis oder Sprachkenntnissen

Flexibilität



„Sind Sie bereit, Dienstreisen anzutreten“
Grds. zulässig.

Schwerbehinderung



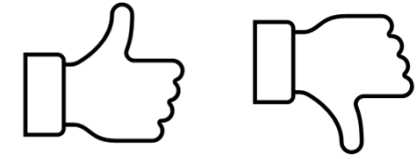
Grds. unzulässig, da keine Rückschlüsse auf Eignung von Bewerber*in möglich. Keine Rechtfertigung durch die Pflicht zur Erfüllung gesetzlicher Quoten

Familienplanung / Schwangerschaft



Grds. unzulässig, selbst bei Einstellung als Mutterschutzvertretung

V. Auswahlentscheidung (1/2)

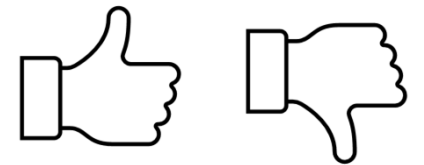


- Zulässigkeit von positiven Diskriminierungen?
 - Legitimer Zweck: Ausgleich eines tatsächlich bestehenden Ungleichgewichts im Betrieb / Unternehmen
 - Erforderlich: Ungleichgewicht muss durch die konkrete Maßnahme beseitigt werden können, d.h. z.B. bei Unterrepräsentierung von Frauen auf Führungsebene ist eine positive Diskriminierung normaler AN nicht erforderlich
 - Angemessen: Ausgewählte Person muss gleiche Eignung zu abgelehnten Bewerbern aufweisen.
- Ablehnung wegen fehlender Bescheinigung über die Gleichwertigkeit des Hochschulabschlusses
 - Mittelbare Diskriminierung bei EU-Ausländern.
- Ablehnung wegen Erreichen der Altersrente (LAG Niedersachsen - 17 Sa 1302/17).

V. Auswahlentscheidung (2/2)

Und nicht das Betriebsverfassungsrecht vergessen...

- Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei Auswahlrichtlinien (§ 95 Abs. 1 BetrVG).
- Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 und 4 BetrVG (Gesetzesverstoß und Benachteiligung)



VI. Die wichtigsten To-Do's

- ✓ Anforderungsprofile und Stellenausschreibungen kritisch auf Erforderlichkeit, etwaiges „Abschreckungspotential“ und diskriminierende Wortwahl prüfen.
- ✓ Anforderungsprofile sprachlich klar fassen, um Ablehnungsentscheidungen aufgrund fehlender Eignung zu rechtfertigen, d. h. anstatt „*wünschenswert*“ harte Mindestqualifikationen benennen.
- ✓ Positive Formulierungen ohne Festlegung auf Bevorzugung verwenden.

„Wir schätzen Vielfalt und begrüßen alle Bewerbungen – unabhängig von Geschlecht, Nationalität, ethnischer oder sozialer Herkunft, Religion, Behinderung, Alter und sexueller Orientierung“

„Bei uns zählt Ihre Leistung und Persönlichkeit, unabhängig von Alter, Herkunft, Geschlecht, Religion, sexueller Orientierung oder Behinderung“

Vielen Dank!



Isabelle Puhl
Counsel für Arbeitsrecht

Dentons Europe LLP
Markgrafenstraße 33
10117 Berlin

Telefon: 030 26473 601
Mobil: 0174 2347 473

E-Mail [isabelle.puhl@
dentons.com](mailto:isabelle.puhl@dentons.com)

Isabelle Puhl ist Counsel im Berliner Dentons-Büro. Sie berät Unternehmen in allen Fragen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts, einschließlich der Vertretung vor Arbeits-, Zivil- und Sozialgerichten. Sie verfügt über umfassende Erfahrung bei der Gestaltung von Arbeits- und Dienstverträgen für nationale und internationale Mandanten, einschließlich komplexer Vergütungssysteme wie etwa Long Term Incentive Plans. Bei der Gestaltung von Arbeitsbedingungen unterstützt Isabelle Puhl bei der Einführung von Unternehmensrichtlinien, u. a. zur Sicherstellung der geltenden Gesetze und der Corporate Governance Standards.

Isabelle Puhl berät regelmäßig zu Fragen der Mitbestimmung von Arbeitnehmervertretungen und Gewerkschaften, einschließlich des Entwurfs von Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen und vertritt Unternehmen in den Verhandlungen – sofern erforderlich – bis zur Einigungsstelle. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit sind Restrukturierungen von Unternehmen und Betrieben sowie die Beratung im Zusammenhang von Akquisitionen, einschließlich etwaiger Betriebsübergänge.

Isabelle Puhl hält regelmäßig In-House-Seminare und externe Fortbildungen im Hinblick auf aktuelle arbeitsrechtliche Fragestellungen.