

Neue Verteidigungsstrategie gegen „AGG-Hopper“

10.11.2020

„AGG-Hopper“ sind Menschen, die sich auf Stellenausschreibungen bewerben, um im Anschluss wegen einer vermeintlichen Diskriminierung Entschädigungsansprüche geltend zu machen. Die Rechtsprechung ist für Arbeitgeber insoweit äußerst streng. Ich habe dazu jüngst eine neue Verteidigungsstrategie für Arbeitgeber entwickelt, die mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vereinbar und in der Beratungspraxis bislang anscheinend übersehen worden ist (vgl. *Weigert*, NZA 2018, 1166).



1. Grundsätze zu „AGG-Hoppem“

Bewerber, die wegen eines Merkmals im Sinne des § 1 AGG (Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität) abgelehnt werden, haben grundsätzlich einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung (§ 15 Abs. 2 AGG). Diese beträgt in der Regel drei Monatsgehälter. Nach der jüngeren Rechtsprechung des BAG kommt das sogar in Betracht, wenn der Bewerber für die Stelle objektiv nicht geeignet und die Bewerbung nicht ernst gemeint war (BAG 19. Mai 2016 – 8 AZR 470/14).

Da der Bewerber nahezu nie beweisen kann, weshalb er abgelehnt wurde, sieht § 22 AGG eine Beweiserleichterung vor. Danach genügt bereits, wenn er ein Indiz beweist, das eine Diskriminierung vermuten lässt. Damit ist gemeint, dass die Diskriminierung aufgrund der Indizien überwiegend wahrscheinlich ist.

Typische Anknüpfungspunkte sind Formulierungen in Stellenausschreibungen. Diese können etwa geschlechtsspezifisch sein („Suchen Assistentin“), altersbezogen („Suchen einen Young Professional“...) oder die fehlende Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit im Hinblick auf Schwerbehinderte nach § 165 S. 1 SGB IX.

Merke: Grundsätzlich haben AGG-Klagen bereits dann gute Erfolgsaussichten, wenn nur ein Diskriminierungsindiz vorliegt – auch wenn der Arbeitgeber tatsächlich keinerlei Diskriminierungsabsicht hatte und nicht diskriminiert hat.

2. Die Kausalitätswahrscheinlichkeit – das „vergessene“ Tatbestandsmerkmal des § 22 AGG

Eine erfolgversprechende Verteidigungsstrategie für Arbeitgeber hat die Rechtsberatungspraxis bis dato übersehen. Das ist der umfangreichen Literatur und Rechtsprechung zu § 22 AGG zu entnehmen. So wird weitgehend behauptet, wenn ein geeignetes Diskriminierungsindiz vorliege, trüge der Arbeitgeber die Beweislast, dass er den Bewerber nicht diskriminiert hat. Sucht der Arbeitgeber etwa einen Mitarbeiter mit deutscher Muttersprache, stelle das grundsätzlich ein geeignetes Indiz im Sinne des § 22 AGG dar. Der Arbeitgeber müsse dann den Beweis erbringen, dass ein Bewerber *nicht* wegen seiner Ethnie abgelehnt worden ist. Dieser Beweis wird Arbeitgebern häufig misslingen.

Allerdings hat die bisherige Beratungspraxis dabei eine Zwischenstufe im Rahmen der Prüfung des § 22 AGG übersehen. So genügt es nicht, dass das Indiz (hier: Der Begriff „Muttersprache“) an sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Diskriminierung indiziert. Vielmehr müssen alle Gesamtumstände des Einzelfalls berücksichtigt werden, um insgesamt zu einer überwiegenden Diskriminierungswahrscheinlichkeit zu gelangen. Das heißt etwa konkret: Die Suche nach einem Muttersprachler führt nach der Rechtsprechung grundsätzlich zu einer überwiegenden Diskriminierungswahrscheinlichkeit in Bezug auf abgelehnte Bewerber nicht-deutscher Ethnien. Allerdings genügt es zur Verteidigung, wenn der Arbeitgeber die Wahrscheinlichkeit einer Diskriminierung durch Darlegung anderer Umstände auf unter 50 % reduziert. Solche Gegenindizien

könnten etwa darin liegen, dass im konkreten Fall oder in anderen Beispielen Bewerber nicht-deutscher Ethnien eingestellt worden sind, das Unternehmen mit seiner Internationalität wirbt bzw. für eine internationale Belegschaft bekannt ist oder die Bewerbungsunterlagen des abgelehnten Bewerbers auffallend schlecht sind. Gerade das ist bei AGG-Hoppfern typischerweise der Fall, weil die avisierte Ablehnung der eigenen Bewerbung Teil ihrer Strategie ist. Auch interne Auswahlrichtlinien, die etwa Gleichbehandlungen im Sinne des § 1 AGG erkennbar zum Ziel haben, können als Gegenindizien tauglich sein.

Tip: Arbeitgeber, die „Opfer“ einer AGG-Klage werden, sollten nach Gegenindizien suchen, die klarmachen, dass sie den Kläger nicht diskriminiert haben. Da dieser Ansatz in der Praxis häufig übersehen wird, sollten Arbeitgeber ggf. auch ihren Rechtsanwalt auf diesen neuen Ansatz hinweisen.

3. Praxistipp für Arbeitgeber

Es ist auch weiterhin empfehlenswert, von vornherein keine Diskriminierungsindizien zu schaffen und etwa Stellenausschreibungen sorgfältig zu formulieren. Sollten Arbeitgeber gleichwohl einmal von abgelehnten Bewerbern nach § 15 AGG in Anspruch genommen werden, sollten sie möglichst schnell handeln, um sich effektiv verteidigen zu können. Dazu gehört neben weiteren einzelfallbezogenen Maßnahmen, zu denen ich bei Bedarf gern berate, auch die Aufbereitung von „Gegenindizien“, die gegen eine Diskriminierung sprechen.



Dr. DANIEL WEIGERT, LL.M. (Lund)
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Arbeitsrecht
Data Protection Risk Manager

Ballindamm 6 · 20095 Hamburg
t +49 40 668 916 32 · f +49 40 668 916 33
dw@danielweigert.de · www.danielweigert.de