

Betriebs Berater

4|2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **InvStG** ... **IFRS** ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ...

22.1.2018 | 73. Jg.
Seiten 129–192

DIE ERSTE SEITE

Dr. Hans-Joachim Fritz, RA/FAHaGesR/FAArbR

Kartellschadensregress gegen Manager – Außer Spesen nichts gewesen

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Reinhard Siegert, RA

Selektivvertrieb – ein Luxusphänomen? | 131

STEUERRECHT

Dr. Elmar Bindl, StB, und **Dr. Sebastian Leidel**, RA

Die Steuerbefreiungen nach § 42 Abs. 4 und 5 InvStG 2018 bei mehrstufigen Fondsstrukturen | 151

Dr. Nathalie Harksen, RAin

Das Drittlandsreihengeschäft – im Blickwinkel des Gesetzgebungsvorschlags der Europäischen Kommission | 157

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Robert Link, WP

Anwendung von Wesentlichkeit in der Finanzberichterstattung – Möglichkeiten und Fallstricke vor dem Hintergrund des IFRS Practice Statement 2 | 171

ARBEITSRECHT

Henrik Lüthge, RA/FAArbR, und **Dr. Franziska v. Kummer**, LL.M., M.C.L., RAin/FAinArbR, Dipl.-Kffr., Dipl.-Vw.

Weißer Rauch aus Erfurt: Unbillige Weisungen sind (doch) unverbindlich? – Analyse, Bewertung und Folgen für die Beratungspraxis | 181

BB-Kommentar

„Man spricht Deutsch! – Die Muttersprache indiziert das Vaterland und damit die ethnische Herkunft“

PROBLEM

Auch im Jahr 12 nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist offensichtlich eine Vielzahl brisanter Rechtsfragen noch nicht geklärt.

Das betrifft etwa Verfahrensfragen wie den Zeitpunkt, zu dem die Ausschlussfrist nach § 15 Abs. 4 S. 1 AGG zu laufen beginnt. Es geht weiter über Haftungsthemen wie die schon als sicher entschieden geglaubte Frage, ob das stellensuchende Unternehmen auch für Fehler einer eingeschalteten Agentur haftet. Und es endet bei der Frage, ob die Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ in einer Stellenausschreibung eine Benachteiligung wegen der Ethnie darstellen kann.

Das BAG hat einen an sich wirtschaftlich unbedeutenden Fall – es ging um einen Studentenjob für maximal zwei Monate – zum Anlass genommen, jedenfalls zur ersten und zur dritten Frage sehr ausführlich Stellung zu nehmen.

ZUSAMMENFASSUNG

Der in der Ukraine geborene Kläger, russischer Muttersprachler, bewarb sich über eine studentische Arbeitsvermittlung bei einem Verlag, der für den 18.3. bis 17.5.2013 eine Aushilfsstelle zur Unterstützung eines Redakteurs beim Verfassen eines Buches zu besetzen hatte. In der Stellenausschreibung war als eine von mehreren notwendigen Anforderungen aufgeführt „Deutsch als Muttersprache“. Der Kläger hatte in seiner Bewerbung als zusätzliche Qualifikationen unter anderem angegeben: „Fremdsprachen: Deutsch und Englisch fließend ...“.

Die Studentenvermittlung traf eine Vorauswahl und leitete die Bewerbung des Klägers nicht an die Beklagte weiter. Erst am 9.9.2013 fragte der Kläger bei der Beklagten nach dem Stand seiner Bewerbung und erhielt am 11.9. eine allgemein gehaltene Erläuterung für seine Nichtberücksichtigung. Am 6.11.2013 machte der Kläger einen Entschädigungsanspruch geltend und berief sich hierbei auf eine Benachteiligung wegen seiner ethnischen Herkunft.

Das BAG hat die im Wesentlichen klagestattgebende Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts bestätigt. Dabei war zunächst zu prüfen, ob die Geltendmachung innerhalb der Zwei-Monats-Frist des § 15 Abs. 4 AGG erfolgt ist.

Die Geltendmachung sei nicht verfristet. Bei einer nur befristet zu besetzenden Stelle führe allein der Fristablauf nicht zu einer fingierten Ablehnung. Die Frist beginne nach der ausdrücklichen Regelung in § 15 Abs. 4 S. 2 AGG im Falle einer Bewerbung mit dem Zugang der Ablehnung. Eine Ablehnung durch den Arbeitgeber setze eine auf den Beschäftigten bezogene ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Arbeitgebers voraus, aus der sich für den Beschäftigten aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers eindeutig ergebe, dass seine Bewerbung keine Aussicht auf Erfolg habe. Und auch der lange Zeitraum zwischen dem Ende des vorgesehenen Einsatzzeitraums und der erstmaligen Geltendmachung mache nicht ausnahmsweise das Erfordernis einer Ablehnung entbehrlich. Die Frist des § 15 Abs. 4 AGG habe erst mit der Mitteilung der Beklagten vom 11.9.2013 begonnen. Die Geltendmachung sei dementsprechend fristgerecht erfolgt.

Die Formulierung in der Stellenausschreibung, mit der eine Person gesucht werde, die „Deutsch als Muttersprache“ beherrsche, benachteilige

den Kläger mittelbar und begründe deshalb die Vermutung i.S. v. § 22 AGG, dass er wegen seiner ethnischen Herkunft diskriminiert worden sei. Dabei sei die Stellenausschreibung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen potenziellen Bewerbern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werde, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Bewerbers zugrunde zu legen seien. Die in der Stellenausschreibung enthaltene Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ könne Personen wegen der ethnischen Herkunft in besonderer Weise benachteiligen. Die erworbene Muttersprache sei nämlich typischerweise mittelbar mit der Herkunft und damit auch mit der ethnischen Herkunft verknüpft. Dafür gebe es keine Rechtfertigung. Da es sich um eine mittelbare Benachteiligung handele, sei außerdem zu prüfen, ob sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sei. Dies sei aber nicht der Fall. Zwar sei es ein legitimes Ziel, bei der qualifizierten Unterstützung des Redakteurs auch durch Verfassen eigener Texte profunde Sprachkenntnisse zu verlangen. Es sei aber nicht ersichtlich, warum zur Erreichung dieses Zieles Deutsch als Muttersprache verlangt werden müsse. Der Kläger hatte die Erforderlichkeit dieser Anforderung ausdrücklich bestritten und geltend gemacht, auch ein Nichtmuttersprachler könne diese besonderen Sprachkenntnisse besitzen. Diesem Vorbringen sei die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten.

Danach bestehe die Vermutung i.S. v. § 22 AGG, dass der Kläger die ungünstigere Behandlung i.S. v. § 3 Abs. 1 AGG wegen seiner ethnischen Herkunft erfahren habe. Diese Vermutung habe die Beklagte nicht widerlegt.

PRAXISFOLGEN

Die Durchführung eines diskriminierungsfreien Bewerbungsverfahrens ist wirklich nicht schwer: Am Anfang steht ein Anforderungsprofil, das ausschließlich stellenbezogene Merkmale enthält. Diese sind auf ihre Erforderlichkeit und abstrakte Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zu überprüfen. Die Auswahl selbst erfolgt dann ausschließlich durch den Abgleich des Bewerberprofils mit dem Stellenprofil. Pflichten zur Einladung besonders geschützter Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch wie auch auf eine begründete Ablehnung sind zu beachten. Im Übrigen erhalten nicht berücksichtigte Bewerber eine Absage ohne nähere Begründung.

Arbeitgeber, die diese Regeln beachten, haben aus der Sicht des AGG nichts zu befürchten. Wenn sie Dritte zum Schalten von Anzeigen beauftragen, sollten sie eine entsprechende Haftungsregel in den Vertrag aufnehmen. Es ist erstaunlich, dass eine Arbeitsvermittlung – auch wenn es eine studentische ist – im Jahre 2013 eine solche Formulierung wie „Deutsch als Muttersprache“ verwandte. Eine solche Formulierung hatte das Arbeitsgericht Berlin schon im Jahre 2009 – zu Recht – als diskriminierend beurteilt.

Dr. Hans-Peter Löw ist Rechtsanwalt und Partner bei Allen & Overy LLP in Frankfurt. Zu seinen Schwerpunkten zählt die Beratung von Banken und Finanzdienstleistern in allen arbeitsrechtlichen Fragen sowie die arbeitsrechtliche Beratung bei Umwandlungen. Er referiert und publiziert regelmäßig zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten.

