

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hook and chain. Below it, another similar gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including what appears to be a conveyor belt system and other complex structures, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
Juni 2018**

## Inhalt

### Neues vom Gesetzgeber:

Datenschutzbeauftragter kann beim LDI NRW elektronisch gemeldet werden

### Neues vom Gesetzgeber:

EU plant Schutz für Whistleblower

### Neues aus der Rechtsprechung:

Unwirksamkeit einer Kündigung auch bei nur fehlerhafter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

### Neues aus der Rechtsprechung:

Anforderungen an Ausstrahlung des Betriebsbegriffs ins Ausland werden geringer

### Loschelder Praxistipp:

Vermeiden Sie altersdiskriminierende Andeutungen in Stellenausschreibungen

## Neues vom Gesetzgeber:

### Datenschutzbeauftragter kann beim LDI NRW elektronisch gemeldet werden

*Fast alle Unternehmen müssen einen Datenschutzbeauftragten bei der zuständigen Aufsichtsbehörde anmelden. Dies kann in Nordrhein-Westfalen über ein Internetportal erfolgen.*

*Erste erfolgte Korrekturen am Verordnungstext der DSGVO sind für die Praxis nicht relevant.*

Nach § 38 Abs. 1 BDSG müssen alle Unternehmen einen **Datenschutzbeauftragten** benennen, die der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen. Diesen Schwellenwert überschreiten fast alle größeren Unternehmen.

Bekanntlich verpflichtet Art. 37 Abs. 7 DSGVO ab dem 25.05.2018 alle verantwortlichen Stellen (Arbeitgeber und Unternehmen) dazu, den jeweiligen Datenschutzbeauftragten bei der zuständigen Aufsichtsbehörde zu melden. Die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen (LDI) hatte in der Vergangenheit angekündigt, eine elektronische Meldung erst im späteren Verlauf des Jahres ermöglichen zu können.

Nun erreicht uns die erfreuliche Nachricht, dass die Kontaktdaten des/der Datenschutzbeauftragten ab sofort der LDI NRW mitgeteilt werden können. Es besteht auch die Möglichkeit, die Meldepflicht der Unternehmen durch Nutzung eines Meldeportals zu erfüllen. Das Meldeportal erreichen Sie unter folgendem Link: <https://ldi-fms.nrw.de/lip/authenticate.do>. Bitte registrieren Sie sich dann erst einmal im Meldeportal. Es lebe die Datensparsamkeit!

PS: Die **ersten Korrekturen am Verordnungstext der DSGVO** sind bereits von der EU verabschiedet. Sie sind für Sie irrelevant.



## Neues vom Gesetzgeber: EU plant Schutz für Whistleblower

*Wir möchten Ihnen ein Regelungsvorhaben vorstellen, das in ca. zwei bis drei Jahren praktisch relevant werden wird: Die europäische Kommission legte am 23.04.2018 in englischer Sprache den neuen Richtlinienentwurf zur Stärkung des Schutzes von Hinweisgebern – sog. Whistleblowern – in der EU vor. Anlass waren die jüngsten Skandale in Sachen „Dieselgate“ und „Lux Leaks“ sowie die Panama Papers. In Deutschland gab es schon vor einigen Jahren ähnliche Gesetzesvorhaben.*

Mit der Richtlinie sollen sichere Kanäle für die Meldung von **Misständen** sowohl **innerhalb** einer Organisation (eines Unternehmens) **als auch in Behörden** etabliert werden. Hinweisgeber sollen vor Kündigungen, Zurückstufungen und anderen Repressalien **geschützt** werden und nationale Behörden sollen **verpflichtet** werden, Bürgerinnen und Bürger über den Schutz von Whistleblowern zu informieren und die öffentlichen Stellen im Umgang mit Hinweisgebern zu schulen.

Ziel ist der Schutz vor Gefahren für das öffentliche Interesse, wie Betrug, Korruption, Steuervermeidungs-Gestaltungen und Schäden für die Umwelt, so der Erste Vizepräsident der EU-Kommission Frans Timmermans.

Idealistischer sieht es die EU-Kommissarin für Justiz, Verbraucher und Gleichstellung, Frau Věra Jourová: „Mit den neuen Regeln für den Hinweisgeberschutz wird sich das Blatt wenden. In einer globalisierten Welt, in der das Streben nach Gewinnmaximierung mitunter zu Lasten der Gesetzestreue geht, müssen wir Menschen helfen, die das Risiko auf sich nehmen und schwere Verstöße gegen das EU-Recht aufdecken. Das sind wir den ehrlichen Menschen in Europa schuldig.“

Der Richtlinienentwurf ist auf die Gewährleistung eines Schutzrahmens bei der Meldung von Verstößen gegen das EU-Recht in folgenden Bereichen gerichtet:

- öffentliche Auftragsvergabe
- Finanzdienstleistungen
- Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung
- Produktsicherheit
- Verkehrssicherheit
- Umweltschutz
- kerntechnische Sicherheit
- Lebens- und Futtermittelsicherheit
- öffentliche Gesundheit
- Verbraucherschutz der Privatsphäre und Datenschutz
- Sicherheit von Netz- und Informationssystemen
- Verstöße gegen die EU-Wettbewerbsvorschriften (also Kartellrecht)
- Körperschaftssteuer-Vorschriften sowie
- bei den Schädigungen der finanziellen Interessen der EU

Wichtig ist, dass die Kommission den Mitgliedsstaaten nationale Regelungen empfiehlt, welche über die Mindeststandards der EU hinausgehen und dementsprechend auch das nationale – deutsche – Recht schützen können.

In den sachlichen Anwendungsbereich fallen Unternehmen mit mehr als 50 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von mehr als 10 Mio. Euro. Auch alle Landes- und Regionalverwaltungen und Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern betrifft die Richtlinie.

Geschaffen werden soll ein **dreigliedriges Meldesystem**, bestehend aus

- internen Meldekanälen (innerhalb der Unternehmen),
- Meldungen an die zuständigen Behörden – wenn interne Kanäle nicht funktionieren oder nach vernünftigem Ermessen nicht funktionieren können (Dies soll der Fall sein, wenn die Nutzung interner Kanäle die Wirksamkeit von Untersuchungsmaßnahmen der zuständigen Behörden gefährden könnte.),
- und schließlich – wenn die beiden zuvor genannten Einrichtungen nicht greifen – Meldungen an die Öffentlichkeit und die Medien, und zwar dann, wenn eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses oder die Gefahr eines irreparablen Schadens besteht.

Spannend erscheint in diesem Zusammenhang, wie **Hinweisgeber** (Arbeitnehmer bzw. Beschäftigte) die Restriktion des Rechtfertigungstatbestandes bei Meldungen an die zuständigen Behörden bzw. an die Öffentlichkeit interpretieren. Das bietet im Hinblick auf die in Deutschland als arbeitsvertragliche Nebenpflicht geltende Verschwiegenheitspflicht durchaus juristischen Sprengstoff.

Die Behörden und Unternehmen müssen innerhalb von **drei Monaten rückmelden**, wie sie reagiert haben und was sie weiter verfolgen.

Arbeitsrechtlich besonders relevant sind der Schutz der Whistleblower/Hinweisgeber vor den im Richtlinienentwurf so bezeichneten "Vergeltungsmaßnahmen" und die Pflicht zu einem wirksamen Schutz der Hinweisgeber. Ein Hinweisgeber soll Zugang zu kostenloser Beratung und angemessenen Abhilfemaßnahmen erhalten.

Dabei wird auch ein besonderer Kündigungsschutz – ein Schutz vor „Schikane“ (so die Übersetzung) – geschaffen.

Hierbei soll dann eine Beweislastumkehr stattfinden, die missbrauchsanfällig ist: Ist irgendein Hinweis gegeben worden, muss das Unternehmen nachweisen, dass keine sog. Vergeltungsmaßnahme (gemeint ist wohl eine ungerechtfertigte Sanktion) gegen den Hinweisgeber vorliegt.

Für den geschickten Anwalt stellt dies eine Möglichkeit dar, Kündigungen gegen Arbeitnehmer-Mandanten zu erschweren. Wir denken, dass sich die Verfolgung des Europäischen Regelungsvorhabens lohnt und werden Sie unterrichtet halten.



### **Neues aus der Rechtsprechung: Unwirksamkeit einer Kündigung auch bei nur fehlerhafter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung**

*Die Kündigung schwerbehinderter und gleichgestellter Arbeitnehmer ist aufwendig. Neben der Anhörung des Betriebsrates ist die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung unverzichtbare Kündigungsvoraussetzung. Bevor die Kündigung ausgesprochen werden kann, bedarf es zusätzlich der Zustimmung des Integrationsamtes. Das Arbeitsgericht*

*Hagen hat nun geurteilt, dass die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung zwingend abgeschlossen werden muss, bevor beim Integrationsamt die Zustimmung beantragt wird.*

Im Jahr 2017 war § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX (seit dem 01.01.2018: § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX) in das SGB IX eingefügt worden. Diese Norm verlangt als Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung. Nun liegt eine erste Entscheidung des ArbG Hagen vom 06.03.2018 (5 Ca 1902/17) vor, welche die Unwirksamkeitsfolge auch bei einer bloß fehlerhaften Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung anordnet.

Der Klägerin, mit einem Grad der Behinderung von 50% schwerbehindert, war nach einer Umorganisation gekündigt worden. Sie arbeitete als kaufmännische Mitarbeiterin in der Verkaufsabteilung. Das beklagte Unternehmen hatte SAP eingeführt und eine neue Aufbauorganisation geschaffen. Näheres zur Betriebsänderung beschrieb ein umfangreicher Interessenausgleich mit einer Anlage. Ein Angebot, in einen anderen Bereich „Auftragszentrum/Auftragssteuerung“ zu wechseln, lehnte die Klägerin ab. Daraufhin beantragte das beklagte Unternehmen beim LWL-Integrationsamt Westfalen die Zustimmung zur beabsichtigten **Änderungskündigung** auf diese Tätigkeit.

Das Arbeitsgericht befasst sich in seiner Entscheidung nicht mit der Frage der Betriebsbedingtheit der (Änderungs-) Kündigungen in materieller Sicht. Es geht von einer unwirksamen Kündigung mangels nicht ordnungsgemäßer Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung aus. Die Beklagte hätte die Schwerbehindertenvertretung bereits **vor der Stellung des Zustimmungsantrags** beim Integrationsamt unterrichten und anhören müssen. Dies war hier erst **nach** Zustimmungsantrag beim LWL-Integrationsamt Westfalen geschehen, und zwar zwei Tage nach dem Antrag der Beklagten bzw. deren Prozessbevollmächtigten vom 27.06.2017 beim LWL-Integrationsamt Westfalen, am 29.06.2017. Dies auch noch dergestalt, dass die Unterrichtung dem stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden zur Weiterleitung an die Schwerbehindertenvertretung überreicht worden war.

Die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung muss nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX (bzw. seit 01.01.2018: § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX) **unverzüglich** erfolgen. Es gilt der Maßstab des § 121 Abs. 1 BGB. Nach einer in der Literatur stark vertretenen Auffassung (dazu ErfK-Rolfs, 18. Auflage 2018, § 178 SGB IX Rn. 9; Bayreuther, NZA 2017, 87, 90; Klein, NJW 2017, 853, 854; a.A. Kleinebrink, DB 2017, 126, 128 f.) muss die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung am Beginn der vom Arbeitgeber zu treffenden Maßnahmen stehen. Die Zustimmung des Integrationsamts darf erst **danach** beantragt werden. Grund hierfür ist – wie das ArbG Hagen unter I.1.b) der Gründe ausführt –, dass die Schwerbehindertenvertretung an der Willensbildung des Arbeitgebers vor Ausspruch der Kündigung **mitwirken** soll. Das kann sie nicht mehr, wenn der Antrag beim Integrationsamt bereits zuvor gestellt worden ist. In diesem Fall ist das Mitwirkungsrecht nur noch zum „Versuch“ einer Revision der Entscheidung reduziert. Das entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Gesetzesänderung.

### Folgender Ablauf ist einzuhalten:

- Zunächst ist die Schwerbehindertenvertretung über die Kündigungsabsicht und die Kündigungsgründe zu unterrichten und dazu anzuhören. Selbiges gilt natürlich ebenfalls für den Betriebsrat. Typischerweise wird für beide Interessenvertretungen dasselbe Anhörungsschreiben verwendet.
- Äußern sich die Schwerbehindertenvertretung und der Betriebsrat innerhalb einer Woche (bei der ordentlichen Kündigung) bzw. innerhalb von drei Tagen (bei der außerordentlichen Kündigung) nicht, kann der Antrag beim Integrationsamt gestellt werden.
- Gibt die Schwerbehindertenvertretung innerhalb der Frist eine Stellungnahme ab, muss der Arbeitgeber diese Stellungnahme würdigen und der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 178 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 SGB IX mitteilen, ob er das Zustimmungsverfahren beim Integrationsamt durchführt. Im Anschluss daran – erst dann – kann er das Zustimmungsverfahren einleiten.

Inhaltlich verlangt das Beteiligungsverfahren, dass der Arbeitgeber der Schwerbehindertenvertretung die Möglichkeit gibt, Einwendungen zu erheben und dass er sich mit diesen auseinandersetzt. Nach h.M. ist eine ausdrückliche Erörterung oder Beratung nicht gefordert (Bayreuther, NZA 2017, 87, 89; Lingemann/Steinhauser, NJW 2017, 1367, 1371). Wie immer bedarf die Anhörung keiner Form, aus Beweisgründen empfiehlt sich aber die Schrift- oder Textform.

Die Schwerbehindertenvertretung war hier zwei Tage nach dem Antrag beim LWL-Integrationsamt Westfalen beteiligt worden. Das ArbG Hagen musste sich allerdings noch damit auseinandersetzen, ob die nachträgliche Beteiligung die unterlassene vorherige Beteiligung heilt.

Unter Bezugnahme auf ErfK-Rolfs **lehnt** das ArbG Hagen die Möglichkeit **ab**, die Beteiligung **nachzuholen**. Denn § 178 Abs. 2 Satz 3 SGB IX nehme nur auf § 178 Abs. 2 Satz 1 SGB IX Bezug nimmt und nicht auf den eine nachträgliche Beteiligung der Schwerbehinderung regelnden § 178 Abs. 2 Satz 2 SGB IX. Maßgeblich dürfte in jedem Fall sein, dass der **Zweck** des Unterrichts- und Anhörungsrechts, der Schwerbehindertenvertretung eine Mitwirkung an der Willensbildung des Arbeitgebers zu ermöglichen, bei einer nachträglichen Beteiligung konterkariert würde.

Aus dem Urteil können Arbeitgeber lernen, wie sie bei Kündigungen schwerbehinderter Menschen vorgehen müssen. Der zeitliche Ablauf ergibt sich aus den gesetzlichen Regeln. Hat der Arbeitgeber die rechtzeitige Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung „vergessen“, bleibt nichts anderes übrig, als noch einmal das gesamte Kündigungsverfahren mit vorheriger Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung und erst nachträglichem Antrag auf Zustimmung zur Kündigung einzuleiten. Natürlich müssen **zusätzlich die Rechte des Betriebsrats** gewahrt werden, wie es der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entspricht. Die Personalpraxis muss in solchen Fällen genauer als bisher arbeiten.



### Neues aus der Rechtsprechung: Anforderungen an Ausstrahlung des Betriebsbegriffs ins Ausland werden geringer

*Wird die Kündigung ins Ausland entsandter Arbeitnehmern erwogen, ist die Frage nach der Anwendbarkeit deutschen Arbeitsrechts von ausschlaggebender Bedeutung. Rechnet man dem Arbeitnehmer dem deutschen Herkunftsbetrieb zu, muss der dortige Betriebsrat vor Kündigungsausspruch angehört werden und der Arbeitnehmer kann sich i.d.R. auf deutsches Kündigungsschutzrecht berufen. Die Zurechnung ist eine Wertungsfrage. Hier befindet sich die Rechtsprechung im Fluss.*

Das LAG Niedersachsen entschied mit Urteil vom 09.11.2017 (5 Sa 1006/16), dass angesichts der zunehmenden internationalen Verflechtungen unserer Wirtschaftsordnung, insbesondere der zunehmenden Konzern- und Matrixstrukturen von Unternehmen, die Anforderungen an die Ausstrahlung eines inländischen Betriebes an die Geltung des Betriebsverfassungsrechtes für einen im Ausland tätigen Arbeitnehmer im Interesse eines effektiven Arbeitnehmerschutzes herabgesetzt werden müssen.

Im konkreten Fall blieb der zu Konzerngesellschaften ins Ausland entsandte Mitarbeiter Angehöriger des inländischen Entsendebetriebes. Eine Kündigung erforderte daher sowohl die **soziale Rechtfertigung gem. § 1 KSchG** als auch – hierauf kam es im konkreten Fall an, weil dies unterblieben war – die **Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 BetrVG**.

Der als Manager für Bohranlagen in einem weltweit vertretenem Gas- und Erdölkonzern tätige Arbeitnehmer wurde zu verschiedenen auslän-

dischen Konzerngesellschaften entsandt. **Zum Kündigungszeitpunkt war er seit über 16 Jahren im Ausland tätig.** Im Arbeitsvertrag war allerdings ausdrücklich die Geltung deutschen Arbeitsrechts vereinbart. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt. Eine Anhörung des Betriebsrats im deutschen Inland nach § 102 BetrVG erfolgte nicht.

Anders als das Arbeitsgericht gab das LAG der Kündigungsschutzklage statt, weil es den Kläger dem Betrieb der Beklagten in Deutschland zurechnete. Der Betriebsbezug hätte in das Ausland ausgestrahlt. Zwar gelte das BetrVG nach dem Territorialitätsprinzip nur für in Deutschland gelegene Betriebe. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Allerdings nahm das LAG im vorliegenden Einzelfall an, dass die Auslandstätigkeit des Klägers dessen Eingliederung in dem in Deutschland gelegenen Hauptbetrieb nicht beseitigt habe. Zunächst referiert das LAG die bisherigen Meinungen zur Ausstrahlung des deutschen Betriebsbegriffs für im Ausland tätige Arbeitnehmer. Das BAG stellt wesentlich auf die Dauer der Auslandstätigkeit ab (BAG, Urteil vom 07.12.1989 – 2 AZR 228/89). Eine Beziehung zum deutschen Betrieb fehle, wenn der Arbeitnehmer dauerhaft im Ausland tätig sei. Allerdings hat das BAG keine festen Kriterien für die Abgrenzung zwischen vorübergehenden und dauerhaften Auslandseinsätzen aufgestellt. Es stellt auf den Einzelfall ab, was eine rechtssichere Gestaltung schwierig macht.

Das LAG Rheinland-Pfalz (Urteil vom 19.08.2015 – 4 Sa 709/14 in einem von uns betreuten Fall) stellt darauf ab, ob der Arbeitnehmer noch in den inländischen Betrieb eingegliedert ist, insbesondere also, ob die Auslandstätigkeit des Arbeitnehmers **dem Betriebszweck des inländischen Betriebes** dient und ob er noch weiterhin dem **Direktionsrecht des inländischen Betriebes** unterfällt. Modernere Literaturmeinungen (GK-BetrVG / Franzen, 10. Aufl. 2018, § 1 Rn. 17; Fitting, 28. Aufl. 2016, § 1 BetrVG Rn. 26) teilen diese Auffassung.

Das LAG Niedersachsen hielt die zunehmende Globalisierung für maßgeblich. Es sieht das Thema der Konzern-Matrixstrukturen und ist der Auffassung, dass der Rechtsgedanke des § 14 AÜG bei einer Eingliederung des Arbeitnehmers in einen ausländischen Betrieb entsprechend anwendbar sei und der Arbeitnehmer dann, wenn er denn für den Konzerneinsatz im Ausland vorgesehen war, weiterhin dem inländischen deutschen Betrieb des Stammarbeitgebers zugehörig ist.

Das war hier im konkreten Fall zu bejahen, weil der Bohringenieur bei seinen Auslandstätigkeiten weiterhin **dem deutschen Betrieb berichtete**. Daher blieb der Arbeitnehmer dem deutschen Betrieb zugeordnet. Der deutsche Arbeitgeber hatte nicht zur Kündigung nach § 102 BetrVG angehört. Dies war aber notwendig, weil aufgrund der Zuordnung zum deutschen Betrieb weiterhin dessen Betriebsrat zuständig war.

Damit war die Kündigung schon wegen fehlender Anhörung des Betriebsrats gem. § 102 BetrVG unwirksam, ohne dass es auf materielle Kündigungsgründe (betriebsbedingte Kündigungsgründe nach § 1 KSchG) ankam.

Diese bemerkenswerte Rechtsprechungsentwicklung muss bei der Kündigung ins Ausland entsandter Arbeitnehmer berücksichtigt werden. Solche Kündigungen bedürfen einer sorgsamten Planung, und zwar sowohl im Hinblick auf die materielle Kündigungsbegründung als auch auf die formale Vorbereitung (Betriebsratsanhörung!). Wir unterstützen Sie dabei.



### **Loschelder Praxistipp:**

#### **Vermeiden Sie altersdiskriminierende Andeutungen in Stellenausschreibungen**

*Immer wieder sehen sich Arbeitgeber mit Schadensersatzforderungen wegen (angeblich) diskriminierender Stellenausschreibungen konfrontiert. Werden „Junior Sachbearbeiter“, „frische Absolventen“, „Berufsanfänger“, Arbeitnehmer, die „gerade frisch gebacken aus einer kaufmännischen Ausbildung kommen“, oder vergleichbare Arbeitnehmer ohne oder mit nur geringer Praxiserfahrung gesucht, droht nach Ablehnung älterer Bewerber ein Forderungsschreiben. Die aktuelle Rechtsprechung fördert dieses Vorgehen mit einer weitreichenden Beweislastumkehr und der Annahme einer sogar unmittelbaren Diskriminierung, wenn ein Bewerber auf eine mittelbar diskriminierende Stellenausschreibung abgelehnt wird.*

Die Rechtsprechung nimmt eine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters bereits an, wenn Bewerber gesucht werden, die keine nennenswerte Berufserfahrung mitbringen. Berufserfahrene Arbeitnehmer sind nach dem BAG regelmäßig älter, sodass hier eine mittelbare Verknüpfung zum Alter vorliegt (BAG, Urt. v. 15.12.2016 – 8 AZR 454/15, juris Rn. 30 ff.). Auch das Werben mit der Arbeit in „einem jungen, dynamischen Team“ benachteiligt mittelbar (BAG, Urteil vom 11.08.2016 – 8 AZR 406/14).

**Nur in besonderen Ausnahmefällen** ist eine so gestaltete Stellenausschreibung zulässig, nämlich wenn ein „frischer“ Absolvent für die Stellenbesetzung tatsächlich notwendig ist, § 3 Abs. 2 AGG. In Betracht käme dies bei Spezialwissen, welches allein innerhalb der Ausbildung erworben werden kann und erst jüngst Ausbildungsinhalt geworden ist (BAG, Urteil vom 15.12.2016 – 8 AZR 454/15, juris Rn. 47). Außer in diesen seltenen Fällen sollte dringend vermieden werden, einen gerade erst erfolgten Berufseinstieg als Einstellungsvoraussetzung anzudeuten. Insbesondere eine vermutete höhere Formbarkeit und Lernwilligkeit von Berufseinsteigern rechtfertigt die Benachteiligung Älterer selbst bei einer Trainee-Stelle nicht (BAG, Urteil vom 26.01.2017 – 8 AZR 848/13, juris Rn. 83 ff.).

Inzwischen können sogar Bewerber anspruchsberechtigt sein, die für die (diskriminierend ausgeschriebene) Stelle aus objektiven Gründen nicht geeignet waren, etwa weil sie dem Anforderungsprofil nicht entsprachen. Noch 2013 wurden diese Fälle durch das Erfordernis der **objektiven Eignung** des Bewerbers herausgenommen (BAG, Urteil vom 26.09.2013 – 8 AZR 650/12, juris. Rn. 20). Durch eine **Rechtsprechungsänderung** des BAG (Urteil vom 19.05.2016 – 8 AZR 470/14, juris Rn. 22 ff.) müssen Bewerber nicht einmal mehr die objektive Eignung für die Stelle besitzen, um durch eine Ablehnung diskriminiert zu sein. Frühere Gestaltungshinweise sind daher meist veraltet.

Stellen Arbeitsgerichte eine mittelbar diskriminierende Stellenausschreibung fest, folgt daraus zum einen die Anwendung einer für den Arbeitgeber **ungünstigen Beweislastumkehr** gem. § 22 AGG. Nur wenn der Arbeitgeber beweisen kann, dass keine Diskriminierung wegen des Alters erfolgte, kann der Entschädigungsanspruch abgewehrt werden. Es muss der praktisch nur schwer zu erbringende Nachweis erfolgen, dass ausschließlich andere, nicht diskriminierende Entscheidungsmotive zur Ablehnung geführt haben.

Zum anderen nimmt das BAG aufgrund der mittelbar diskriminierenden Stellenausschreibung eine **unmittelbare Diskriminierung** des Bewerbers durch die Ablehnung an. Dies führt regelmäßig zu einer Festlegung höherer Entschädigungssummen. Typischerweise setzen Gerichte Entschädigungssummen von zwei Monatsgehältern fest.

Zulässig ist es allerdings grundsätzlich, wenn Arbeitgeber eine **Mindestberufserfahrung** fordern. Auch wenn hierdurch jüngere Bewerber benachteiligt werden, ist diese Benachteiligung gemäß § 10 Nr. 2 AGG gerechtfertigt.

Arbeitgeber sollten im Übrigen jeden Bezug der Stellenausschreibung zum Alter zu vermeiden. Besondere Sorgfalt ist bei allen Anforderungen und Beschreibungen geboten, die auch nur den mittelbaren Rückschluss auf das Alter – oder andere Merkmale des AGG – ermöglichen.

Gerne unterstützen wir Sie bei der Formulierung von Stellenausschreibungen.



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Kühne  
+49 (0) 221 650 65-129  
jonas.kuehne@loschelder.de

## Impressum

**LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE**

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de