

Rechtsprechung

Rechtsgebiet		Arbeitsrecht
Überschrift für Ihre Anmerkung		Ausreichende und nicht ausreichende Indizien für Diskriminierung nach § 22 AGG beim „dritten Geschlecht“
Autor Vor- und Zuname, Titel, Berufsbezeichnung, Kanzleiname	<i>Akademischer Titel</i>	Prof. Dr.
	<i>Vorname</i>	Wolfgang
	<i>Name</i>	Däubler
	<i>Berufsbezeichnung</i>	Hochschullehrer i.R.
	<i>Kanzlei</i> optionale Angabe	
Orientierungssatz/Leitsatz		
Orientierungssatz des Autors Bitte Orientierungssatz bilden, wenn es keinen amtlichen Leit- oder Orientierungssatz gibt		1. Das „dritte Geschlecht“ darf im Rahmen des Diskriminierungsschutzes nicht schlechter gestellt sein als Männer und Frauen. 2. Sagt ein schwerbehinderter Bewerber ohne Angabe von sachlichen Gründen einen Vorstellungstermin ab, so muss er nicht erneut eingeladen werden.
Anmerkung zu:		Hessisches Landesarbeitsgericht, 3. Kammer, Urteil vom 5.11.2021, 3 Sa 840/20

A. Problemstellung

Die sehr sorgfältig begründete Entscheidung hat im Wesentlichen zwei Probleme zum Gegenstand.

Zum einen geht es um die Grundsatzfrage, wie zweigeschlechtliche Menschen (Hermaphroditen) in das System des Diskriminierungsschutzes einzubeziehen sind. Dass sie diesen Schutz erhalten, ist außer Streit, doch stellt sich das Problem, wie bei Ausschreibungen und Anreden zu verfahren ist, da die Sprache im Normalfall nur zwei Geschlechter kennt.

Das zweite Problem ist ein ungleich alltäglicheres: Wie weit geht die Pflicht des öffentlichen Arbeitgebers, einen schwerbehinderten Bewerber nach § 165 Satz 3 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen? Muss bei einer Absage des Bewerbers ein Ersatztermin angeboten?

Zu entscheiden war unter diesen Umständen über den Fall einer (potentiellen) Mehrfachdiskriminierung, wobei nach § 4 AGG jedes Anknüpfen an einem verpönten Merkmal einer selbständigen Rechtfertigung bedarf.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die klagende Partei machte einen Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG in Höhe von mindestens 5.000 Euro geltend, weil sie im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens wegen ihres

Geschlechts und ihrer Behinderung benachteiligt worden sei. Dabei ging es um die Frage, ob die auf der anderen Seite stehende öffentliche Hand ausreichende Indizien gesetzt hatte, um nach § 22 AGG eine widerlegbare Diskriminierungsvermutung auszulösen.

Die klagende Partei hatte sich um eine ausgeschriebene Stelle bei der Ausländerbehörde beworben und dabei den Wunsch geäußert, im weiteren Verlauf des Verfahrens mit „Sehr geehrte* Herm B“ angeredet zu werden, wobei „Herm“ für Hermaphrodit stehen sollte. Dennoch hatte die Beklagte in ihrer Antwort die Anrede „Sehr geehrte* Frau/Herr B“ gewählt, bei der weiteren Korrespondenz dann allerdings die von der klagenden Partei gewünschte Anrede benutzt. In der Ausschreibung war weiter mit Gendersternchen gearbeitet und nach Fallmanager*innen gesucht worden. Beim „Profil“ hieß es: „Sie verfügen über eine abgeschlossene Ausbildung zum*zur Dipl.Verwaltungswirt*in....oder zum*zur Verwaltungswirt*in“. Damit sei sie – so die klagende Partei – als Hermaphrodit nicht angesprochen worden. Dasselbe gelte erst recht für die ebenfalls verwendete Formulierung „Schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber“. Schließlich sei in der Klageerwiderung in diskriminierender Weise von „Kläger“ die Rede gewesen.

Das LAG Frankfurt/Main sah in diesen Umständen keine ausreichenden Indizien für eine Diskriminierung wegen des Geschlechts. Der erste Antwortbrief auf die Bewerbung sei ein allgemeines Schreiben gewesen, das vermutlich auch in anderen der im Jahr 2019 durchgeführten insgesamt 202 Stellenbesetzungsverfahren der Bekl. Verwendung gefunden habe. Es habe sich um eine Reaktion „ohne Ansehen des Geschlechts“ gehandelt. Das Gendersternchen erfasse seinerseits nicht nur männliche und weibliche Bewerber. Im Gesamtzusammenhang betrachtet, würde auch der Ausdruck „Schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber“ kein Geschlecht ausschließen wollen. Dasselbe sei bei der wohl auf einem Irrtum beruhenden einmaligen Verwendung des Ausdrucks „Kläger“ in der Klageerwiderung anzunehmen.

Was das Vorstellungsgespräch für schwerbehinderte Bewerber angehe, so habe die klagende Partei den vorgesehenen Termin lediglich mit der Begründung abgesagt, an dem fraglichen Tag in Brandenburg sein zu müssen. Was der Grund hierfür gewesen sei, habe sie nicht ausgeführt, obwohl ihr mitgeteilt wurde, dass eine Verschiebung aus verwaltungsinternen Gründen nicht möglich sei. Unter diesen Umständen sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen, einen weiteren Termin anzubieten, so dass auch insoweit kein Indiz für Diskriminierung bestehe.

C. Kontext der Entscheidung

Ob eine unmittelbar diskriminierende Entscheidung vorliegt oder nicht, lässt sich nur in seltenen Fällen eindeutig klären, da es letztlich auf die Überlegungen der die Entscheidung treffenden Person ankommt. Der Gesetzgeber lässt daher zu Recht in § 22 AGG Indizien genügen. Wann ein solches Indiz vorliegt, kann man natürlich sehr unterschiedlich beurteilen. Dabei ist die Rechtsprechung bei formalen Dingen in der Regel sehr streng: Wer als Arbeitgeber einen „Ingenieur“ sucht, ist ein vermuteter Diskriminierer, weil es eben auch Ingenieurinnen gibt; dies gilt selbst dann, wenn überhaupt keine Vorbehalte gegen weibliche Bewerber bestanden haben. Die Praxis trägt diesem Umstand in weitem Umfang Rechnung und achtet bei Stellenangeboten peinlich auf möglichst neutrale Formulierungen. Dennoch gibt es eine Menge an Rechtsprechung zu der Frage, wo im Einzelnen die exakte Grenze verläuft (s. etwa Buschmann, in: Däubler/Beck, Hrsg., AGG mit Entgelttransparenzgesetz und Berliner LADG, 5. Aufl. 2022, § 11 Rn. 22 ff.; Suckow, in: Schlusener/Suckow/Plum, AGG. Taschenkommentar, 5. Aufl. 2019, § 11 Rn. 20 ff.).

Bei Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehörig sind, ergibt sich das zusätzliche Problem, dass unsere Sprache meist eine binäre Struktur aufweist, also nur Männer und Frauen, aber kein drittes Geschlecht kennt. Die „Ungeschicklichkeiten“, die im vorliegenden Fall begangen wurden, vermögen dies hinreichend zu illustrieren. Das Gericht hat sie durch eine „Gesamtbetrachtung“ in den Hintergrund treten lassen: Die Anrede im ersten Antwortbrief fiel nicht ins Gewicht, weil anschließend ja die von der klagenden Partei gewünschte Anrede gewählt wurde. Das Gendersternchen wird letztlich im Sinne einer Aussage interpretiert, dass es bei einer Bewerbung nicht auf das Geschlecht ankomme, so dass eine Erwähnung des „dritten Geschlechts“ überflüssig war. Wenn schließlich von schwerbehinderten Bewerberinnen und Bewerbern die Rede war, so sollte auch dies im konkreten Kontext niemanden ausschließen.

Die Argumentation ist im Ergebnis völlig zu billigen. Dennoch erscheint sie nicht immer stringent: Ist von Männern und Frauen die Rede, so denkt dabei niemand an das dritte Geschlecht; insoweit ist daher der Rückschluss angreifbar, man habe damit zu erkennen gegeben, dass das Geschlecht keinerlei Rolle spiele. Im Grunde ist die Erwägung nicht überzeugender als die These, mit dem Wort „Ingenieur“ habe man einen Beruf gemeint, der selbstredend von Männern, Frauen und Angehörigen des dritten Geschlechts ausgeübt werden könne. Auch die Bedeutung des Sternchens ist etwas überinterpretiert, wobei es nicht darauf ankommen kann, was die Gesellschaft für deutsche Sprache dazu sagt: Es kommt bei der Entscheidung praktischer Fälle allein darauf an, wie die Mitbürger in ihrer Mehrheit ein bestimmtes Zeichen verstehen. Auch spielt es keine Rolle, ob eine den Diskriminierungsverdacht meidende Formulierung grammatikalisch korrekt ist oder nicht. Und das Abstellen auf den Gesamtzusammenhang und eine Gesamtbetrachtung ist nichts als ein Schachzug, um die Betonung von Männern und Frauen als „Ausrutscher“ erscheinen zu lassen.

Trotz dieser Bedenken ist dem LAG Frankfurt/Main im Ergebnis zu folgen. Es genügt, sich die Folgen vor Augen zu führen, die eine gegenteilige Entscheidung hätte. Es würde extrem schwierig, überhaupt noch eine Formulierung zu finden, die jeden Diskriminierungsverdacht ausschließen würde. Was die sich bewerbende Person selbst angeht, so hilft zwar das „(m/w/d)“, aber schon bei der Anrede wird es schwierig. Soll man „liebe sich bewerbende Person“ schreiben? „Herr X“ und „Frau Y“ gehen nicht, und nicht in jedem Bewerbungsschreiben wird man wie im vorliegenden Fall einen Vorschlag für eine gewünschte Anrede finden. Soll man alle auffordern, sich für eine gewünschte Anrede zu entscheiden? Muss man Bezeichnungen wie „schwerbehinderte Bewerberinnen und Bewerber“ in Zukunft unterlassen und darf man nur noch schreiben „Schwerbehinderte Menschen (m/w/d)“? Darüber ließe sich vielleicht reden, aber Indizien für Diskriminierungen können sich nicht nur aus dem Stellenangebot ergeben. Der Personalleiter tritt beispielsweise häufig auf Tagungen als Referent sowie in der Betriebsversammlung als Vertreter des Arbeitgebers auf und beginnt seine Ausführungen immer mit „Meine sehr verehrten Damen und Herren!“. Ist das kein ausreichendes Indiz dafür, dass er eben das dritte Geschlecht ignoriert/nicht mag/ihm die Existenz abspricht? Und was soll ein Arbeitgeber tun, der nur von „Bewerbern und Bewerberinnen“ sprach und nun mit mehreren Schadensersatzansprüchen konfrontiert wird, weil verschiedene Personen behaupten, zum dritten Geschlecht zu gehören? Vermutlich müsste er bezahlen, weil schon das Anknüpfen an einem angenommenen verpönten Merkmal im Rahmen des AGG genügt (Nachweise bei Däubler, in: Däubler/Beck, a.a.O., § 1 Rn. 106 ff.)

Es bleibt die Frage der Diskriminierung wegen Schwerbehinderung. Die Nicht-Einladung zu einem Vorstellungsgespräch durch den öffentlichen Arbeitgeber stellt in der Tat ein Indiz für Diskriminierung dar (BAG 11.8.2016 – 8 AZR 375/15 – NZA 2017, 43). Erfolgt eine Einladung, kann der Bewerber aber zu dem vorgeschlagenen Termin nicht kommen, so ist nach Auffassung des LAG Frankfurt zu differenzieren. Nennt er nur pauschale Gründe („ich muss in Brandenburg sein“), die auch vorgeschoben sein können, so ist der öffentliche Arbeitgeber nicht verpflichtet, einen Ersatztermin anzubieten. Hat der Bewerber dagegen einen unaufschiebbaren Termin (z. B. eine Ladung als Zeuge vor Gericht) und benennt er auch diesen Hinderungsgrund, so muss der Arbeitgeber das Vorstellungsgespräch verschieben. Allerdings kann dies je nach den Umständen unzumutbar sein, weil beispielsweise eine sehr schnelle Stellenbesetzung erforderlich ist und eine Kommission entscheiden muss, deren Mitglieder keinen weiteren gemeinsamen Termin finden können. Letztlich muss hier eine Interessenabwägung stattfinden, die bei bloß pauschalen Behauptungen nicht möglich wäre.

D. Auswirkungen für die Praxis

Gegen das Urteil ist Revision eingelegt worden, die beim BAG unter dem Aktenzeichen 8 AZR 164/22 behandelt wird. Unterstellt man, dass das Urteil rechtskräftig wird, so gibt das Urteil einige Orientierung, wie man mit dem „dritten Geschlecht“ verfahren kann. Allerdings kann man nicht immer damit rechnen, dass eine Gesamtbetrachtung erfolgt, wonach einzelne auf nur zwei Geschlechter bezogene Formulierungen unschädlich sind. Wer sicher gehen will, sollte sich des Kürzels „(m/w/d)“ bedienen, auch wenn keine schönen Formulierungen dabei herauskommen.

E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung

In den letzten zehn Jahren hat die geschlechtergerechte Sprech- und Schreibweise immer mehr an Bedeutung gewonnen. Auch im Fernsehen ist von Expert-Innen oder von Soldat-Innen die Rede, wobei vor dem „i“ immer eine kurze Kunst-Pause gemacht wird. Viele glauben, damit einen Beitrag zu mehr Gleichheit zwischen Mann und Frau zu leisten. Der Sprache wird die Eigenschaft beigemessen, zumindest mittel- bis langfristig auch die Wirklichkeit zu gestalten. Ich bin hier schon deshalb skeptisch, weil es Sprachen wie das Englische und das Chinesische gibt, die bei Hauptwörtern keine männlichen und weiblichen Formen kennen; in den fraglichen Ländern ist aber deshalb nicht die große Gleichheit ausgebrochen. Und der vorliegende Fall zeigt, dass man mit der sprachlichen Gleichstellung von Mann und Frau keineswegs alle Benachteiligungen erfasst, sondern weiterhin eine kleine Gruppe „ausgrenzt“.

Außerdem führt der moralische Zwang, sich in bestimmter Weise auszudrücken, nicht unbedingt dazu, dass man das dahinterstehende Ziel bejaht; der Effekt kann auch im schlichten Gegenteil bestehen: Weil man sich reglementiert fühlt, findet man auch das sachliche Anliegen weniger überzeugend als zuvor.

Und wo bleibt der Verdacht dieser vielen, sonst so kritischen Menschen, dass das Ganze nur eine Art Placebo sein könnte? Man tut was für die Veränderung, aber auf diesem Weg kommt sie nie? Doch das würde Sicherheiten in Frage stellen und damit zumindest Unbehagen schaffen. Also schiebt man/frau es lieber weg.