

Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

Zusammenfassung

Überblick

Die Anbahnung des Arbeitsverhältnisses findet nicht etwa noch im "rechtsfreien Raum" statt, sondern lässt bereits beiderseitig Rechte und Pflichten entstehen. Diese beginnen schon bei der Stellenanzeige oder -ausschreibung und reichen über die vorgeschriebene Beteiligung des Betriebsrats[1] bis hin zum Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen. Letzteres ist ebenso begrenzt wie die Offenbarungsobliegenheiten des Arbeitnehmers vor der Einstellung.

Auch wenn es nicht zu einem Vertragsabschluss kommt, besteht bereits von der Vertragsanbahnung an und weiter aufgrund aufgenommener Vertragsverhandlungen zwischen den Beteiligten ein gesetzliches Schuldverhältnis mit beiderseitigen Rechten und Pflichten und damit **eine mögliche Haftung sowohl des Arbeitgebers als auch des Bewerbers bei Pflichtverletzungen**.

Bei der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses ist insbesondere das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zu beachten, das in Umsetzung der Vorgaben verschiedener EG-Richtlinien am 18. August 2006 in Kraft getreten ist. Es greift in fast alle Bereiche der Personalarbeit ein und stellt hohe Anforderungen an Arbeitgeber. Die Auswirkungen des AGG im laufenden Arbeitsverhältnis werden im Beitrag "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Mobbing" und behandelt.

Fußnoten zu HI516688

[1] Siehe dazu "Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung".

1 Stellenanzeige, Stellenausschreibung

Der Arbeitgeber hat viele Möglichkeiten, Arbeitnehmer anzuwerben. Die Anwerbung von Arbeitnehmern kann beispielsweise durch die Agentur für Arbeit, durch Personal-Service-Agenturen, durch Headhunter oder interne Stellenausschreibungen, Stellenanzeigen im Internet bzw. in Tageszeitungen erfolgen. Die Stellenanzeige und die innerbetriebliche Stellenausschreibung unterliegen erheblichen rechtlichen Einschränkungen. Bei Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses haben sie unter Umständen einschneidende Auswirkungen auf den Inhalt des Arbeitsvertrags.

1.1 Zulässige Inhalte

Bei der Stellenausschreibung sind nach §§ 11, 7 AGG die Diskriminierungsverbote des § 1 AGG zu beachten. Stellenausschreibungen dürfen danach nicht zu einer Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität führen. Sowohl bei internen Ausschreibungen als auch bei externen Stellenanzeigen ist darauf zu achten, dass keine Formulierungen gewählt werden, die in einem Zusammenhang mit den vorbezeichneten Diskriminierungsmerkmalen stehen. Besonders praxisrelevant dürften hierbei die Diskriminierungsmerkmale Alter, Geschlecht, Behinderung und Herkunft sein[1].

Praxis-Beispiel

Stellenanzeige für Vertriebsmitarbeiter

"**Vertriebsmitarbeiter gesucht** - Wir suchen zum nächstmöglichen Zeitpunkt eine Verkaufskraft zur Unterstützung unseres jungen Vertriebsteams. Sie sind idealerweise zwischen 25 und 35 Jahre alt und verfügen über eine kaufmännische Ausbildung sowie Verkaufserfahrung im Außendienst. Sie beherrschen die deutsche Sprache perfekt in Wort und Schrift, Ihr Auftreten ist sicher, gewandt und vertrauenerweckend. Sie sind in jeder Hinsicht belastbar und flexibel. Ihre Bewerbung mit Lichtbild und Gehaltsvorstellung schicken Sie bitte an [...]."

Es bewirbt sich eine farbige Frau, 37 Jahre alt, behindert mit einem Grad der Behinderung von 30 mit kaufmännischer Ausbildung und Verkaufserfahrung im Außendienst. Trotz guter Zeugnisse vorheriger Arbeitgeber erhält sie ohne Einladung zu einem Bewerbungsgespräch eine Absage.

Die Bewerberin kann geltend machen, die Bewerberauswahl verstoße gegen § 7 Abs. 1 AGG, da sie wegen ihres Alters (25-35 Jahre), ihrer Herkunft (perfektes Deutsch, Lichtbild, vertrauenerweckendes Auftreten) und wegen ihrer Behinderung (belastbar und flexibel) benachteiligt wurde.

Das Verbot der geschlechtsbezogenen Benachteiligung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses war schon in der Vergangenheit in § 611a BGB, das Gebot der geschlechtsneutralen Arbeitsplatzausschreibung in § 611b BGB geregelt. Der Kern dieser Vorschriften ist vom AGG im Wesentlichen übernommen worden. Danach darf der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz grundsätzlich weder öffentlich durch eine Stellenanzeige noch innerhalb des Betriebs nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts, also eine nicht geschlechtsneutral abgefasste Stellenanzeige kann zwar nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig sein, wenn ein bestimmtes Geschlecht eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Tätigkeit ist. Aufgrund der im Streitfall für Arbeitgeber gefährlichen Beweislastverteilung^[2] nach § 22 AGG und des Haftungsrisikos ist davon jedoch dringend abzuraten.

Hinweis

Geschlechtsneutrale Stellenausschreibung auch bei typischen Männerberufen

Stellenausschreibungen sollten auch dann geschlechtsneutral erfolgen, wenn die Tätigkeit nach herkömmlicher Auffassung typischerweise ein Männerberuf ist (Maschinenschlosser[in], Werkzeugmacher[in], Maler[in]).

Die zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen zu §§ 611a, 611b und 612 Abs. 3 BGB ergangenen Urteile dürften für künftige Benachteiligungen wegen des Geschlechts nach dem AGG weiterhin Bedeutung haben, ebenso die vom EuGH ergangenen Entscheidungen.

Geschlechtsneutral ist eine Stellenanzeige oder -ausschreibung, wenn sie sich nach ihrem gesamten Inhalt sowohl an Männer als auch an Frauen richtet. Der Arbeitgeber muss also gegebenenfalls so formulieren, dass das Angebot sich sowohl an Frauen, als auch an Männer wendet (z. B. Buchhalter[in] bzw. Buchhalter [m/w]). Es ist auch möglich, einen (nicht ganz versteckten) Schlusssatz des Inhalts anzubringen, dass sich die Anzeige oder Ausschreibung sowohl an Männer, als auch an Frauen richtet. Geschlechtsneutrale Bezeichnungen (z. B. "Fachkraft") sind ebenfalls risikolos.

Hinweis

Aufgaben und Qualifikationsanforderungen nennen

Das Schwergewicht bei Stellenanzeigen und -ausschreibungen sollte in der Beschreibung der Aufgaben und der fachlichen Qualifikationsanforderungen und nicht in der Auflistung von Bewerbermerkmalen liegen. Auch sollte auch von der Anforderung eines Lichtbildes abgesehen werden; nach Auffassung der Rechtsprechung wird das Aussehen außer für Models kaum jemals relevant sein. Bei erkennbarer Behinderung, Hautfarbe oder Religion (z. B. Kopftuch) kann dieses Wissen des Arbeitgebers möglicherweise als Indiz für eine benachteiligende Bewerberauswahl angeführt werden. Nicht vergessen werden sollte, die Stellenausschreibung selbst zu Beweis Zwecken aufzubewahren.

Fehler bei der Abfassung der Stellenanzeige oder der innerbetrieblichen Stellenausschreibung können teuer werden. Jeder abgelehnte Bewerber, bei dem es Indizien für eine Diskriminierung gibt, hat nach § 15 Abs. 1 AGG Anspruch auf Schadensersatz und nach § 15 Abs. 2 AGG auf eine Entschädigung, die nur dann auf 3 Brutto-Monatsgehälter begrenzt ist, wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vor, ist es unerheblich, ob die Stellenausschreibung durch den Arbeitgeber selbst oder durch einen Dritten geschaltet wurde. Bedient sich nämlich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung eines Dritten (z. B. der Agentur für Arbeit), und verstößt dieser Dritte gegen ein Diskriminierungsverbot, so ist diese Handlung dem Arbeitgeber zuzurechnen. Der Arbeitgeber hat in diesem Fall die Sorgfaltspflicht, die Ordnungsmäßigkeit der Stellenausschreibung zu überwachen[3].

Praxis-Tipp

Ablehnungsgründe dokumentieren

Abgelehnte Bewerber haben die Möglichkeit, Ansprüche wegen Diskriminierung innerhalb von 2 Monaten geltend zu machen (§ 15 Abs. 4 AGG). Um die konkreten Gründe der Absage auch noch zu einem späteren Zeitpunkt nachvollziehen zu können, sollten die Gründe der Ablehnung kurz dokumentiert werden. Zur Vermeidung von Diskriminierungsvorwürfen wird empfohlen, diese Unterlagen 3 Monate aufzubewahren, da die Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen erst dann beginnt, wenn die Absage dem Bewerber zugegangen ist[4]. Dies dürfte auch aus datenschutzrechtlichen Gründen zulässig sein. Zwar ist eine Verteidigung gegen Diskriminierungsklagen nicht der (ursprüngliche) Zweck der Datenerhebung; der ursprüngliche Zweck war gemäß § 32 BDSG die Auswahl des Bewerbers. Gleichwohl wird neben § 32 BDSG auch § 28 BDSG heranzuziehen sein[5]. Nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ist u. a. die Aufbewahrung der Bewerberdaten dann möglich, wenn dies zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Betroffenen nicht überwiegt[6].

Zusammenfassend ist zu sagen, dass sich bei der textlichen Ausgestaltung einer Stellenanzeige oder -ausschreibung ein Ausschluss bestimmter Bewerber verbietet, weil eben das AGG bezweckt, dass schon bei der Anbahnung und Begründung des Arbeitsverhältnisses eine Benachteiligung bestimmter **Gruppen von Bewerbern** unterbleibt. Der mit einer bestimmten Formulierung tatsächlich erreichbare Vorteil sollte im Einzelfall gut überlegt und abgewogen werden mit dem dadurch etwa entstehenden Haftungsrisiko. Vor diesem Hintergrund sind alle Formulierungen zu sehen.

Das AGG kann nicht verhindern, dass ein Arbeitgeber, der sich einen "jungen und dynamischen" Mitarbeiter für den Vertrieb wünscht, dieses Ziel stillschweigend verfolgt, ohne in seiner Stellenanzeige eine solche diskriminierende Formulierung zu verwenden, auch wenn Diskriminierungen im weiteren Bewerbungsverfahren, insbesondere bei der Auswahlentscheidung, an sich unzulässig sind.

Ausnahmsweise kann eine Benachteiligung erlaubt sein, nämlich aufgrund beruflicher Anforderungen und weiterer Rechtfertigungsgründe (vgl. §§ 8 ff. AGG)[7]. Insbesondere wegen der für Arbeitgeber nachteiligen Beweislastverteilung in § 22 AGG und des damit verbundenen Haftungsrisikos ist für die Formulierung von Stellenanzeigen bzw. -ausschreibungen jedoch drin-

gend davon abzuraten, dort solche nur ausnahmsweise erlaubten Anforderungen aufzunehmen.

In jedem Fall kann ein Bewerber, der eine in der Anzeige vorausgesetzte (diskriminierungsfreie) Anforderung - wie etwa eine bestimmte Ausbildung oder Fähigkeit - nicht aufweist, später "AGG-neutral", also diskriminierungsfrei abgelehnt werden. Nur objektiv geeignete Bewerber können überhaupt eine Entschädigung nach dem AGG verlangen. Sofern ein Bewerber ungeeignet ist, kann diesem ein Entschädigungsanspruch nicht zustehen, auch wenn die Entscheidung unter Berücksichtigung eines verbotenen Merkmals getroffen wurde. Objektiv geeignet sind Personen, die die auszuübenden Tätigkeiten grundsätzlich verrichten können. Dies setzt nicht voraus, dass jede Voraussetzung des Anforderungsprofils erfüllt wird. Denn häufig werden dort Qualifikationen benannt, welche Arbeitgeber im Idealfall wünschen, die aber nicht zwingende Voraussetzung sind. Insofern sollte jede Stellenanzeige auch einen **gewissen Gehalt an Unterscheidungskriterien aufweisen**, anhand derer später eine praxishere und auch nachweisbar diskriminierungsfreie Bewerberauswahl getroffen werden kann.

Formulierungen wie "vorausgesetzt wird die perfekte Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift" sind objektiv betrachtet dann zulässig, wenn der zu besetzende Arbeitsplatz dies tatsächlich (und nachweislich) voraussetzt (§ 8 AGG). Eine solche Formulierung ist jedoch in jedem Fall gefährlich, weil darin u. U. eine (mittelbare) Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft erblickt werden könnte. Insbesondere ausländische Bewerber könnten dadurch von vornherein von einer Bewerbung abgeschreckt werden.

Achtung

"Muttersprachler" nicht zulässig

Der Arbeitgeber sollte es in jedem Fall vermeiden, in einer Stellenanzeige das Erfordernis "deutsche(r) Muttersprachler (in)" aufzunehmen. Dies gilt auch dann, wenn perfekte Deutschkenntnisse in Wort und Schrift zwingende Voraussetzung für die Besetzung der Stelle sind[8].

Eine Ungleichbehandlung aus **anderen als in § 1 AGG genannten Gründen** ist dagegen auch weiterhin **zulässig**. Nach wie vor darf etwa nach **Qualifikation, Zusatzqualifikationen, Leistungen/Noten, Branchenkenntnissen, Auslandserfahrung** oder **Soft-Skills** wie Teamfähigkeit, Versetzungsbereitschaft oder auch Bereitschaft zum Schichtdienst unterschieden werden. Es ist Sache des Arbeitgebers, solche Anforderungen für die zu besetzende Stelle vorzugeben.

Zu warnen ist unabhängig von den Kriterien des AGG auch vor sehr detaillierten oder marktschreierischen Stellenanzeigen oder -ausschreibungen. Abgesehen davon, dass sie einen Wettbewerbsverstoß gegenüber Marktmitbewerbern darstellen können, schaffen sie im Verhältnis zum Bewerber einen Vertrauensstatbestand, auf den er sich nach Abschluss des Arbeitsvertrags berufen kann. Dies gilt beispielsweise, wenn besonders attraktive Nebenbedingungen wie hohe Auslösungen usw. in Aussicht gestellt werden, aber auch bei den Gehaltsangaben.

Macht ein Arbeitgeber in Stellenanzeigen **unzutreffende Angaben** über die Höhe eines zu erzielenden **Mindesteinkommens** und weist er im Vorstellungsgespräch den Arbeitnehmer nicht darauf hin, dass das angegebene, nur durch Provisionen erzielbare Mindesteinkommen lediglich von wenigen Mitarbeitern tatsächlich erreicht wird, so verstößt er gegen die ihm gegenüber dem Bewerber obliegende Aufklärungspflicht. Er ist somit zum Schadensersatz verpflichtet, der in der Differenz zwischen dem in der Stellenanzeige angegebenen und dem tatsächlichen Einkommen liegt[9].

Nach § 7 Abs. 1 TzBfG ist der Arbeitgeber verpflichtet, einen Arbeitsplatz, den er öffentlich oder innerhalb des Betriebs ausschreibt, auch als Teilzeitarbeitsplatz auszuschreiben, es sei denn, dass betriebliche Gründe einer Teilzeitarbeit an diesem Arbeitsplatz entgegenstehen.

Fußnoten zu HI2725298

[1] Vgl. hierzu: Grobys, NJW-Spezial 2007, S. 81.

[2] Vgl. dazu "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Mobbing".

- [3] BAG, Urteil v. 5.2.2004, 8 AZR 112/03, NZA 2004 S. 540.
- [4] So auch: BT-Drs. 16/13657 S. 20 f.; zur Rechtslage vor Einführung des neuen § 32 BDSG: Grobys, NJW-Spezial 2007, S 81; Mengel, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, Kap. 6 Rn. 6.
- [5] *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 2010, Rn. 71 m. w. N.
- [6] So im Ergebnis auch: *Wank*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2010, § 32 BDSG Rz. 15.
- [7] Zu Einzelheiten siehe "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Mobbing".
- [8] Zur Ablehnung eines Bewerbers, der nicht deutscher Muttersprachler ist: ArbG Berlin, Urteil v. 11.2.2009, 55 Ca 16952/08.
- [9] LAG Frankfurt, Urteil v. 13.1.1993, 2 Sa 522/92; Linck, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 2010, § 25 Rz. 4 m. w. N.

1.2 Bedeutung der Stellenausschreibung für das Direktionsrecht

Der Inhalt der Stellenanzeige und der Stellenausschreibung hat auch nach Abschluss des Arbeitsvertrags häufig erhebliche Bedeutung. In den Arbeitsverträgen wird normalerweise nur die Funktionsbezeichnung für den Arbeitsplatz aufgenommen. Selten enthalten sie eine genaue Arbeitsplatzbeschreibung. Aus der Stellenausschreibung kann jedoch der Arbeitnehmer im Streitfall ableiten, welche Funktionen er im Einzelnen wahrzunehmen hat.

Durch eine solche konkrete Ausschreibung wird die Reichweite des Direktionsrechts des Arbeitgebers umrissen. Die Definition der zu besetzenden Stelle in einer Anzeige oder einer innerbetrieblichen Ausschreibung konkretisiert somit in Zweifelsfällen die Aufgabenbeschreibung im Arbeitsvertrag. Aus beiden zusammen und der tatsächlichen Handhabung ergibt sich erst, ob eine bestimmte Anordnung arbeitsrechtlich durch das Direktionsrecht gedeckt ist oder ob es einer Änderungskündigung bedarf, weil vereinbarte Arbeitsbedingungen geändert werden müssen.

Eine weite Formulierung wie "Verkäufer[in]" oder "Angestellte[r]" bietet Flexibilität bei der Ausübung des Direktionsrechts. Bei einer engen Fassung und Handhabung werden zwar die Pflichten genauer bestimmt, andererseits macht dann aber eine gewünschte Änderung der Aufgaben eher eine Änderungskündigung erforderlich. Umfang und Genauigkeit der Stellenausschreibung sollten sich an der Qualifikation der Stelle orientieren. Letztlich hängt es von den Vorstellungen des Arbeitgebers ab, welche Präferenzen gesetzt werden.

2 Geschlechtsbezogene Benachteiligungen und AGG

Von den in § 1 AGG genannten "Gründen" (die Bezeichnung "Diskriminierungsmerkmale" wird vom Gesetzgeber vermieden) ist das für die Praxis wichtigste das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts gemäß §§ 7 Abs. 1, 1 AGG. Eine Benachteiligung eines Bewerbers durch den Arbeitgeber ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 7 Abs. 3 AGG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten.

Bezogen auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses bedeutet das geschlechtsbezogene Benachteiligungsverbot, dass ein Bewerber nicht deswegen, weil er **eine Frau oder ein Mann** ist, abgelehnt werden darf.

Achtung

"Mitursache" ist für Benachteiligung ausreichend

Zur Annahme einer Benachteiligung ist nicht erforderlich, dass das Geschlecht alleinige Ursache für die Ablehnung war. Es reicht aus, wenn die Ablehnung neben anderen Gründen auch wegen des Geschlechts des Bewerbers vorgenommen wurde^[1]. Auch ist nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber das Benachteiligungsverbot schuldhaft missachtet hat.

Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts des Bewerbers ist nach der sehr unbestimmten Ausnahmevorschrift des § 8 Abs. 1 AGG jedoch zulässig, wenn das Geschlecht "wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen

ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist". Allein ein sachlicher Grund oder reine Zweckmäßigkeitserwägungen rechtfertigen danach keine geschlechtsbezogene Differenzierung. Auf der sicheren Seite ist man bei der Festlegung auf ein Geschlecht nur, wenn der **Anstand** oder die **Kundenerwartungen** die Beschäftigung von Personen eines bestimmten Geschlechts verlangen, wenn also ein Angehöriger des jeweils anderen Geschlechts die vertragsgemäße Leistung nicht erbringen könnte und dieses Unvermögen auf Gründen beruht, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügt[2]. Solche Tätigkeiten (z. B. Mannequin, Verkauf von Damenbekleidung, Arzthelferin nicht bei einem Allgemeinmediziner, sondern bei einem Frauenarzt) sind heute relativ selten. Überhaupt dürfte es heute kaum noch rechtlich anzuerkennende typische Frauen- oder Männerberufe geben[3].

In der Vergangenheit war es umstritten, ob die Bewerbung einer Schwangeren abgelehnt werden konnte, weil die angestrebte Tätigkeit wegen eines **Beschäftigungsverbots** (z. B. Umgang mit gesundheitsgefährdenden Stoffen) überhaupt nicht aufgenommen werden konnte. Nachdem die Rechtsprechung des EuGH[4] dem zugunsten der Schwangeren ein Ende bereitet hat, heißt es heute im Gesetz ausdrücklich (§ 3 Abs. 1 Satz 2 AGG), dass auch die ungünstigere Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft eine unmittelbare Benachteiligung im Sinne des Gesetzes darstellt.

In der Praxis wird die Auswahlentscheidung häufig von mehreren Motiven getragen. Wenn in einem solchen **Motivbündel**, das die Entscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht als Kriterium enthalten gewesen ist, liegt eine Benachteiligung wegen des Geschlechts auch dann vor, wenn noch andere Gründe für die Ablehnung der Bewerbung maßgeblich waren[5]. Der in der Praxis häufige Einwand der besseren Eignung des schließlich eingestellten Mitbewerbers schließt eine Benachteiligung nicht aus.

Unzulässig sind nach § 3 Abs. 2 AGG auch **mittelbare** Benachteiligungen eines Bewerbers oder einer Bewerberin wegen der Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG. Eine mittelbare Benachteiligung liegt dann vor, wenn dem Anschein nach neutrale Maßnahmen, Verfahren oder Vorgehensweisen eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen benachteiligen. Mittelbar geschlechtlich diskriminierend ist eine Maßnahme also, wenn sie nur mittelbar auf dem Geschlecht beruht. Das setzt voraus, dass sie wegen eines neutralen Differenzierungskriteriums erfolgt, das tatsächlich überwiegend zum Nachteil von Frauen (Männern) wirkt (statistische Diskriminierung, z. B. der überwiegend aus Frauen [Männern] bestehende Anteil der Teilzeitbeschäftigten eines Betriebs), ohne dass sie aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Es kommt somit darauf an, ob eine Maßnahme einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines bestimmten Geschlechts benachteiligt. Unter diesem Aspekt bildet insbesondere die immer noch überwiegend von Frauen ausgeübte Teilzeitarbeit einen Anwendungsfall, bei dem eine unterschiedliche Behandlung nicht nur gegen § 4 Abs. 1 TzBfG verstößt, sondern auch einen Fall der mittelbaren Diskriminierung gemäß § 3 Abs. 2 AGG darstellt[6]. Bei einer nur mittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt jedoch keine Diskriminierung vor, wenn die verhältnismäßig unterschiedliche Behandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Aus dem mittelbaren Benachteiligungsverbot ergibt sich für den Arbeitgeber keine Verpflichtung, Arbeitsplätze nur deshalb als Vollzeitarbeitsplätze auszuscheiden und zu besetzen, weil auf ihnen Aufgaben anfallen, die ganz überwiegend von Frauen wahrgenommen werden[7].

Fußnoten zu HI1557814

- [1] BVerfG, Urteil v. 16.11.1993, 1 BvR 258/86.
- [2] BAG, Urteil v. 12.11.1998, 8 AZR 365/97; LAG Düsseldorf, Urteil v. 1.2.2002, 9 Sa 1451/01.
- [3] Linck, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 2010, § 33 Rz. 50.
- [4] EuGH, Urteil v. 3.2.2000, C-207/98.
- [5] BAG, Urteil v. 5.2.2004, 8 AZR 112/03.
- [6] Richardi, NZA 2006 S. 882.
- [7] Vgl. BAG, Urteil v. 18.2.2004, 9 AZR 272/01.

3 Das Benachteiligungsverbot von (Schwer-)Behinderten

Das Benachteiligungsverbot gegenüber schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Arbeitnehmern war bis zum Inkrafttreten des AGG in § 81 Abs. 2 Nr. 1 - 5 SGB IX speziell geregelt. Durch die umfassende Neuregelung im AGG ist diese Vorschrift entbehrlich und durch einen Hinweis auf das AGG ersetzt worden. Zu beachten ist, dass der Begriff der Behinderung des § 1 AGG erheblich weiter gefasst ist; er entspricht der gesetzlichen Definition in § 2 Abs. 1 SGB IX. Auf die Anerkennung als "schwerbehinderter Mensch" oder die Gleichstellung kommt es nicht an. Unter "Behinderung" im Sinne des Gesetzes sind sowohl körperliche als auch geistige oder seelische Beeinträchtigungen zu verstehen, die überdurchschnittlich und nachhaltig sind.

Für die Einstellungspraxis bedeutet das eine erhebliche Erschwerung, weil es häufig an entsprechenden Nachweisen oder behördlichen Feststellungen fehlt. Behinderung und Krankheit sind unterschiedliche Begriffe. Krankheit als solche und Benachteiligungen wegen Krankheit sind vom Schutzbereich des AGG nicht erfasst[1].

Achtung

Keine Ungleichbehandlung bei Annahmen des Arbeitgebers

Die ungerechtfertigte Benachteiligung eines Bewerbers ist auch dann untersagt, wenn der Arbeitgeber eine Behinderung nur annimmt. Gefestigte Kenntnisse eines Arbeitgebers über die Behinderung eines Bewerbers sind nicht Voraussetzung einer Benachteiligung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. Die in einem Bewerbungsgespräch gestellten Fragen nach näher bezeichneten gesundheitlichen Beeinträchtigungen können je nach Einzelfall auf die Nachfrage, ob eine Behinderung vorliege, schließen lassen bzw. darauf, dass der Arbeitgeber eine Behinderung mutmaßt[2].

Es lassen sich Vergleiche mit dem Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts ziehen. Ebenso wie ein Bewerber nicht deswegen abgelehnt werden darf, weil er eine Frau (oder ein Mann) ist, darf seine Bewerbung nicht zurückgewiesen werden, weil er behindert ist. Die Rechtslage, die Voraussetzungen der Diskriminierung und die Folgen entsprechen sich. Auf die Erläuterungen und die Rechtsprechung zum geschlechtsbezogenen Diskriminierungsverbot kann somit verwiesen werden.

Gemäß § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Behinderung nur zulässig, soweit eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Tätigkeit darstellt, der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

Der abgelehnte, behinderte Bewerber braucht nicht selbst zu klagen. Mit seinem Einverständnis können auch nicht selbst am Prozess beteiligte, nach Bundes- oder Landesrecht zuständige Verbände klagen.

Nach § 81 Abs. 1 SGB IX ist der Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob ein freier Arbeitsplatz mit einem Schwerbehinderten, insbesondere bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder -suchend gemeldeten Schwerbehinderten, besetzt werden kann. Setzt sich der Arbeitgeber über diese Prüfungspflicht hinweg, begeht er einen Gesetzesverstoß gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, der den Betriebsrat berechtigt, seine Zustimmung zur Einstellung eines Bewerbers zu verweigern.

Fußnoten zu HI1557815

[1] EuGH, Urteil v. 11.7.2006, C-13/05.

[2] BAG, Urteil v. 17.12.2009, 8 AZR 670/08, NZA 2010 S. 383.

4 Das Benachteiligungsverbot wegen Alters

Zu den vom Gesetz geschützten Diskriminierungsmerkmalen gehört gemäß § 1 AGG nunmehr auch das **Lebensalter**. Das Benachteiligungsverbot ist neutral und soll **sowohl ältere als auch jüngere** Bewerber oder Beschäftigte schützen. Der Gesetzgeber hat jedoch besonders die ungünstige Situation älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt gesehen. Nach seinen Vorstellungen sollen bei gleicher Qualifikation nicht automatisch jüngere Bewerber den älteren vorgezogen werden.

Eine unterschiedliche Behandlung von Bewerbern wegen des Alters ist zum einen nach der allgemeinen Ausnahmenvorschrift des § 8 AGG zulässig, wenn das Lebensalter eine wesentliche und entscheidende Voraussetzung der auszuübenden Tätigkeit darstellt. Das kann beispielsweise bei Berufen mit hohen körperlichen Anforderungen (Heben schwerer Gewichte) oder kundennorientiert (Verkauf von Jugendmode) zutreffen. Über diese Generalklausel hinaus ist die zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters in § 10 AGG gesondert geregelt. Nach diesem speziellen Rechtfertigungstatbestand ist eine solche unterschiedliche Benachteiligung auch zulässig, wenn sie "objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist" (§ 10 Satz 1 AGG), und außerdem "die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind" (§ 10 Satz 2 AGG). Wie sich aus dem Wort "derartige" in § 10 Satz 3 AGG ergibt, müssen diese Voraussetzungen bei jedem in der Folge im Gesetz aufgezählten Punkte vorliegen.

Für die Einstellung von Arbeitnehmern sind für die Praxis insbesondere die Bestimmungen nach § 10 Satz 3 Nr. 2 und Nr. 3 AGG über die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter und die Festsetzung eines Höchstalters von Bedeutung.

Obwohl die Festlegung eines **Mindest(Lebens)alters** in § 10 Satz 3 Nr. 2 AGG genannt ist, dürfte hier Vorsicht geboten sein. Jedenfalls für Stellenanzeigen sollte genau geprüft werden, ob die zu besetzende Position tatsächlich ein bestimmtes Lebensalter - objektiv gesehen - voraussetzt. Je höher die fachlichen Anforderungen einer bestimmten Position sind, desto eher kann eine ggf. langjährige Berufserfahrung vorausgesetzt werden.

Die Festsetzung eines **Höchstalters** ist nach § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand zulässig. Dem liegt die Überlegung des Gesetzgebers zugrunde, dass bei älteren Beschäftigten, deren Rentenalter bereits abschbar ist, einer aufwändigen Einarbeitung am Arbeitsplatz auch eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Mindestdauer einer produktiven Arbeitsleistung gegenüberstehen muss. Unter diesen Voraussetzungen kann auch ein Höchstalter für die Einstellung genannt werden, was jedoch insofern gefährlich ist, da zunächst einmal unmittelbar wegen des Alters benachteiligt wird.

Bei der Prüfung der angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand ist der zeitliche und wirtschaftliche Aufwand der Einarbeitung des Bewerbers seiner zu erwartenden Arbeitsleistung gegenüberzustellen. Deshalb wird man sagen können, dass der Arbeitgeber einen Bewerber, der schon deutlich über 60 ist, ablehnen kann. Entscheidend ist der Einzelfall.

Auch hier ist wieder die Beweislastregel des § 22 AGG zu beachten. Den Arbeitgeber trifft die Beweislast, wenn ein geeigneter, abgelehnter Bewerber den Altersvorstellungen der Ausschreibung oder Anzeige nicht entsprochen hat. Deshalb ist bei Altersangaben stets Vorsicht geboten^[1]. Auf keinen Fall sollten Alterskorridore ("Sie sind zwischen 30 und 40 Jahre alt...", "Für unser junges, dynamisches Team suchen wir ...") angegeben werden.

Schwierig wird es auch, wenn etwa ein Bewerber über einen Mitarbeiter der Personalabteilung nachweisen kann, dass alle Bewerber, die älter als 50 Jahre sind, bereits vorab aussortiert worden sind. In dem Fall ist der Indizienbeweis geführt, dass eine Benachteiligung wegen des Alters zu vermuten ist und die Beweislast dafür, dass andere, sachliche Gründe zur Ablehnung der Bewerbung geführt haben, liegt nun beim Arbeitgeber.

Nach § 6 Abs. 3 AGG sind vom Gesetz nicht nur Arbeitnehmer bzw. Bewerber, sondern auch Organmitglieder, Geschäftsführer und Vorstände erfasst, soweit es um den Zugang zur Erwerbstätigkeit oder den beruflichen Aufstieg geht.

Wichtig

Arbeitgeber kann Veröffentlichungsmedium wählen

Vom AGG wird jedoch nicht vorgeschrieben in welchem Medium der Arbeitgeber seine Stelle auszuschreiben hat. Dem

Arbeitgeber steht es beispielsweise frei, eine zu besetzende Stelle im Internet oder in einer Tageszeitung auszuschreiben. Wählt der Arbeitgeber beispielsweise zur Stellenausschreibung das Internet, so liegt hierin keine mittelbare Diskriminierung wegen des Alters vor, obwohl mehr jüngere als ältere Menschen das Internet nutzen[2].

Fußnoten zu HI1557816

[1] Vgl. zuletzt: BAG, Urteil v. 19.8.2010, 8 AZR 530/09, NZA 2010 S. 1412.

[2] Linck, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 2010, § 25 Rz. 6 m. w. Beispielen.

5 Sonstige Benachteiligungsverbote

Die sonstigen Diskriminierungsmerkmale[1] des § 1 AGG (Rasse, ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung, sexuelle Identität) werden in der Praxis im Vorfeld des Arbeitsverhältnisses eine eher untergeordnete Rolle spielen.

Immerhin ist auch hier Vorsicht geboten, etwa bei bestimmten Äußerlichkeiten ("Sie haben ein gepflegtes Äußeres ..."). Das könnte eine Benachteiligung eines Bewerbers mit einer sichtbaren Behinderung sein. Zu warnen ist auch vor der Anforderung eines **Bewerberfotos/Lichtbilds**. Für die wenigsten Stellen dürfte das "Aussehen" - objektiv gesehen! - eine Rolle spielen. Daher könnte mit einer solchen Stellenanzeige u. U. die Benachteiligung einer Bewerberin mit Kopftuch wegen ihrer Religion oder eines Bewerbers mit einer sichtbaren Behinderung indiziert werden.

Hinweis

Lichtbild nicht ausdrücklich verlangen

Zweckmäßigerweise wird ein Lichtbild, das ohnehin von zweifelhaftem Wert ist, nicht ausdrücklich verlangt. Stattdessen sollte abgewartet werden, ob es den erbetenen "vollständigen Bewerbungsunterlagen" beigefügt ist.

Fußnoten zu HI1557817

[1] Vgl. dazu "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Mobbing".

6 Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz

Bei einem Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 1 AGG verpflichtet, den hierdurch entstandenen **Vermögensschaden** zu ersetzen, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Dabei ist zu beachten, dass der Arbeitgeber für verfassungsmäßige Vertreter (z. B. Geschäftsführer einer GmbH, Vorstand einer AG) über § 31 BGB und gemäß § 278 BGB auch für seine mit der Personalauswahl betrauten Hilfspersonen haftet[1]. Er hat also für das schuldhafte Verhalten seiner Personalabteilung wie auch von potenziellen Vorgesetzten des Bewerbers einzustehen. Voraussetzung des nach oben unbegrenzten Schadensersatzanspruchs ist nach § 280 BGB, dass die Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden kausal war. Der Arbeitgeber kann demnach gegen ihm gegenüber erhobene Schadensersatzansprüche nach § 15 Abs. 1 AGG einwenden, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, weil der tatsächlich Eingestellte oder Beförderte besser geeignet ist als der Benachteiligte[2]. Bei der Beurteilung der Eignung dürfen nicht nur Kriterien wie bestimmte Qualifikationen und Noten berücksichtigt werden, sondern auch Kriterien wie Selbstbewusstsein, Teamfähigkeit, Führungsstärke und soziale Kompetenz. Dabei obliegt dem abgelehnten Bewerber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er bei benachteiligungsfreier Auswahl den begehrten Arbeitsplatz erhalten hätte[3].

Ein Einstellungsanspruch wird jedenfalls nach § 15 Abs. 6 AGG ausdrücklich ausgeschlossen.

Dem nicht bestqualifizierten, unzulässig benachteiligten Bewerber bleibt allerdings der Entschädigungsanspruch nach § 15

Abs. 2 AGG[4].

Daneben ist der Arbeitgeber jedoch bei Verletzung eines jeden Diskriminierungsmerkmals aus § 1 AGG auch zum Ersatz des **immateriellen Schadens** verpflichtet. Nach § 15 Abs. 2 AGG ist hierfür auch **ohne ein Verschulden** des Arbeitgebers oder seiner Erfüllungsgehilfen bzgl. der Benachteiligung eine "angemessene Entschädigung", also eine Art Schmerzensgeld, zu zahlen. Was unter "angemessen" zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht geregelt. Die Gesetzesbegründung verweist nur auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach die Entschädigung "eine **wirklich** abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben und in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss". Auch wenn für die Entschädigungshöhe "amerikanische Verhältnisse" nicht zu erwarten sind, dürfte der Entschädigungsanspruch im Vergleich zum Schadensersatzanspruch in der Praxis die größere Bedeutung erlangen, zumal die Anspruchsvoraussetzungen gegenüber dem Schadensersatzanspruch niedriger sind. Das Arbeitsgericht kann z. B. folgende Gesichtspunkte bei der Bemessung des Entschädigungsanspruchs berücksichtigen: die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und auch das Vorliegen eines Wiederholungsfalles[5].

Hinweis

Alle betroffenen Bewerber haben einen Entschädigungsanspruch

Bei einer diskriminierenden Stellenanzeige oder -ausschreibung haben nach § 15 Abs. 2 AGG **alle** betroffenen Bewerber Anspruch auf eine "angemessene Entschädigung" als verschuldensunabhängige Sanktion.

Der Arbeitgeber, der eine Stelle unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach § 11 AGG i. V. m. §§ 7 Abs. 1, 1 AGG ausgeschrieben hat - z. B. nicht geschlechtsneutral, kann sich gegenüber einer Entschädigungsforderung nicht darauf berufen, dass der Bewerber für die Stelle ungeeignet sei, also die Qualifikationsanforderungen nicht erfülle, sodass er aus diesem Grunde nicht diskriminiert sein könne. Der **Entschädigungsanspruch setzt nicht voraus, dass der Bewerber ohne die Diskriminierung die Stelle erhalten hätte** und stellt eine besondere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 253 BGB dar. Allerdings ist, wie auch schon nach altem Recht, bei einem nicht qualifizierten Bewerber, der auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre - was der Arbeitgeber zu beweisen hat, der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG **auf höchstens 3 Monatsverdienste begrenzt**.

Bei Nichteinstellung eines benachteiligten Bewerbers, der anderenfalls eingestellt worden wäre, wird die Auffassung vertreten, dass der Anspruch wie eine Abfindung gemäß §§ 9,10 KSchG begrenzt ist[6].

Die Entschädigung für Nichtvermögensschäden ist (im Gegensatz zu Abfindungen[7] im Kündigungsschutzverfahren) einkommensteuerfrei.

Die Unbegrenztheit der Entschädigung kann auch Auswirkungen nach unten haben.

Praxis-Beispiel

Entschädigung bei Rechtsmissbrauch durch Bewerber

Auf eine Stellenanzeige für eine Sekretärin/Sachbearbeiterin für den Vertrieb mit einem Monatsgehalt von 1.500 EUR bewarb sich ein männlicher Bewerber, ungekündigt, monatliches Einkommen 2.287 EUR, ohne aussagefähige Bewerbungsunterlagen. Seine Bewerbung wurde mit dem ausdrücklichen Hinweis abgelehnt, dass seine Bewerbung zwar den Anforderungen entsprochen habe (gleiche Qualifikation), aber nicht angenommen werde, weil eine weibliche Mitarbeiterin ge-

sucht werde. Der Arbeitgeber hatte keine Chance und musste zahlen, allerdings nicht die geforderten 4.500 EUR, sondern wegen dieser, nach Auffassung des Gerichts an Rechtsmissbrauch grenzenden und die Entschädigungshöhe mindernden Umstände, nur 250 EUR[8]. Der Entschädigungsanspruch setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer die ausgeschriebene Stelle ohne die geschlechtsbezogene Diskriminierung erhalten hätte. Eine Kausalität zwischen Diskriminierung und einem konkreten Vermögensschaden ist nicht erforderlich.

Das BAG hat im Fall eines Rechtsreferendars, der sich auf die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten bei einer Kommune beworben hatte, zutreffend erkannt, dass das Gesetz nicht auf die formale Position des allein durch die Einreichung eines Bewerbungsschreibens begründeten Status als "Bewerber" abstellt, sondern auf die materiell zu bestimmende **objektive Eignung** als Bewerber.

Der Bewerber muss im Sinne des Gesetzes benachteiligt sein. Schutzzweck des Gesetzes ist die Entschädigung eines objektiv geeigneten Bewerbers. Objektiv ungeeignete Bewerber können gar nicht "wegen" ihres Geschlechts benachteiligt werden. Im Besetzungsverfahren kann nur im Rechtssinne benachteiligt werden, wer **objektiv** für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt **und** sich **subjektiv ernsthaft** beworben hat[9]. Das BAG hatte hier die objektive Eignung des Bewerbers aus zutreffenden Erwägungen abgelehnt und darüber hinaus aus der Form der Bewerbung (ein handschriftlicher Sechszweiler ohne Lebenslauf und Angaben zur Vorbildung und bisherigen Tätigkeit) zu Recht darauf geschlossen, dass die Bewerbung nicht subjektiv ernsthaft erfolgt ist und möglicherweise sogar im rechtlichen Sinne nichtig (§ 118 BGB) ist, da von vornherein nur die Zahlung einer Entschädigung angestrebt worden war. Das LAG Hamm hatte in einem gleich gelagerten Fall noch darauf abgestellt, dass nach der Gemeindeordnung NW zu Gleichstellungsbeauftragten zwingend und sachlich gerechtfertigt nur Frauen eingestellt werden dürfen[10]. Das BAG legt in dem erläuterten Fall des Rechtsreferendars die Gemeindeordnung NW anders aus und kommt zu den erläuterten Erkenntnissen. Das Ergebnis wäre auch merkwürdig. Es würde diese exponierte Stelle mit einem Mann besetzt, obwohl von ihr aus nicht nur für die Gleichberechtigung der Frau, sondern auch für einen höheren Frauenanteil gesorgt werden soll. Die Entscheidung des BAG gilt auch für die neue Rechtslage nach Inkrafttreten des AGG.

Bleibt ein ausgeschriebener Arbeitsplatz endgültig unbesetzt, weil dem Arbeitgeber keine entsprechenden Finanzmittel zugewiesen werden, fehlt es an einer entsprechenden Vereinbarung oder Maßnahme bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, die eine Entschädigung auslösen kann[11]. Das LAG Düsseldorf hat dabei die Frage offen gelassen, ob die Nichtbesetzung eines Arbeitsplatzes dann keine Rolle spielt, wenn der Arbeitgeber über diesen Weg einer Entschädigungsverpflichtung ausweichen möchte. Man wird jedoch davon auszugehen haben, dass dies nicht möglich ist.

Als weiterer Haftungsfall sei hier noch eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1997 angeführt[12]:

Praxis-Beispiel

Bewerbung eines Mannes auf für Frauen ausgeschriebenen Arbeitsplatz

Herr Nils Draehmpaehl hatte sich auf eine Stellenanzeige der Firma Urania im "Hamburger Abendblatt" beworben, in der eine versierte **Assistentin** der Vertriebsleitung gesucht wurde, die "mit den Chaoten eines vertriebsorientierten Unternehmens zurecht kommen könne, ... Kaffee kochen müsse, wenig Lob erhalte und einen Computer bedienen können müsse ...". Die Bewerbung des Klägers wurde gar nicht beachtet, bis er **Schadenersatz in Höhe von 3½ Monatsgehältern** verlangte (neben einem weiteren Bewerber in einem Parallelverfahren), und zwar mit Erfolg.

Als zulässig angesehen wurde zutreffend eine geschlechtsbezogene Ausschreibung für die Stelle als Frauenreferentin einer politischen Partei, um die sich ein Mann beworben und wegen seiner Ablehnung bis zur zweiten Instanz prozessiert hatte[13].

Die Benachteiligung eines Bewerbers setzt grundsätzlich voraus, dass im Zeitpunkt der Besetzungsentscheidung die Bewer-

bung bereits vorlag[14]. Allerdings schließt die Besetzung einer Stelle vor Eingang einer Bewerbung nicht generell eine Benachteiligung im Sinne von § 3 Abs. 1 AGG aus. Denn die Chance auf Einstellung kann dem Bewerber auch durch eine diskriminierende Gestaltung des Bewerbungsverfahrens genommen werden[15], z. B. weil ein Arbeitgeber die ausgeschriebene Stelle vor Ablauf einer von ihm gesetzten Bewerbungsfrist besetzt oder ein diskriminierendes Verhalten den Bewerber von einer früheren Bewerbung abhielt.

Fußnoten zu HI1557818

- [1] Linck, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 2010, § 33 Rz. 74.
- [2] Linck, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 2010, § 33 Rz. 78.
- [3] So BAG, Urteil v. 19.8.2010, 8 AZR 530/09, NZA 2010 S. 1412.
- [4] Linck, Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 2010, § 33 Rz. 78.
- [5] BAG, Urteil v. 19.8.2010, 8 AZR 530/09, NZA 2010 S. 1412; Schlachter, Erfurter Kommentar, § 15 AGG Rz. 8.
- [6] So Bauer, NZA 2006, S. 896.
- [7] Dazu "Abfindungen".
- [8] LAG Hamm, Urteil v. 22.11.1996, 10 Sa 1069/96.
- [9] BAG, Urteil v. 12.11.1998, 8 AZR 365/97.
- [10] LAG Hamm, Urteil v. 23.7.1998, 17 Sa 870/98.
- [11] LAG Düsseldorf, Urteil v. 1.2.2002, 9 Sa 1451/01.
- [12] EuGH, Urteil v. 22.4.1997, C-180/95 (Drachmpaehl); aus dieser Entscheidung wird teilweise geschlossen, dass Arbeitgeber auch ohne Verschulden auf Schadensersatz haften (Thüsing, NZA 2006, S. 775); § 15 Abs. 1 AGG verlangt jedoch ein Vertretenmüssen des Arbeitgebers.
- [13] LAG Berlin, Urteil v. 14.1.1998, 8 Sa 118/97.
- [14] BAG, Urteil v. 19.8.2010, 8 AZR 370/09.
- [15] BAG, Urteil v. 17.8.2010, 9 AZR 839/08.

7 Geltendmachung von Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen

Der abgelehnte Bewerber muss gemäß § 15 Abs. 4 AGG die von ihm behaupteten Ansprüche nach dem AGG auf **Entschädigung und Schadensersatz** innerhalb einer **Frist von 2 Monaten schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber** geltend machen (Ausschlussfrist, 1. Stufe). Diese Frist beginnt mit dem Zugang der Ablehnung der Bewerbung. Im Geltungsbereich von Tarifverträgen gelten die dort geregelten Ausschlussfristen. Zur ordnungsgemäßen Geltendmachung des Anspruchs gehört nicht die Angabe einer bestimmten Forderungshöhe[1].

Eine **Klage** des Bewerbers muss gemäß § 61b Abs. 1 ArbGG binnen **3 Monaten nach der schriftlichen Geltendmachung** des Anspruchs gegenüber dem Arbeitgeber erhoben werden (Klagefrist, 2. Stufe). Dies gilt nach dem Wortlaut dieser Norm jedenfalls für eine Klage auf "Entschädigung", d. h. auf den immateriellen Nichtvermögensschaden. Schadensersatzansprüche gemäß § 15 Abs. 1 AGG, die auf den Ersatz eines Vermögensschaden gerichtet sind, unterliegen dagegen den wesentlich längeren gesetzlichen Verjährungsfristen (regelmäßig mindestens 3 Jahre, §§ 195, 199 BGB), es sei denn, ein anwendbarer Tarifvertrag oder eine zweistufige arbeitsvertragliche Ausschlussklausel sehen kürzere Verfallfristen vor.

Hinweis

Bewerbungsunterlagen aufbewahren

Im Hinblick auf mögliche Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche nach dem AGG sollten Bewerbungsunterlagen bzw. eine Kopie davon mindestens bis zum Ablauf der zweimonatigen Ausschlussfrist nach § 15 Abs. 4 AGG aufbewahrt werden. Macht ein übergangener Bewerber innerhalb dieser (ggf. tarifvertraglich modifizierten) Frist Ansprüche geltend, verlängert sich die Aufbewahrung mindestens um die in § 61b ArbGG genannte dreimonatige Frist. Mit Ansprüchen, die auf den Ersatz von Vermögensschäden gerichtet sind ("Schadensersatz"), ist jedoch ggf. auch danach noch zu rechnen. In

der arbeitsrechtlichen Literatur wird - noch weitergehend - darauf hingewiesen, dass diese Ausschluss- bzw. Klagefristen solche Ansprüche, die der Arbeitnehmer nicht auf das AGG stützt, sondern bspw. auf die allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 823 ff. BGB), gar nicht erfasse, sodass für eine "hundertprozentige Absicherung" die regelmäßig dreijährige gesetzliche Verjährungsfrist zu beachten ist[2], sofern nicht ein anwendbarer Tarifvertrag den Bestand auch dieser Ansprüche verkürzt.

Die **Darlegungs- und Beweislast** ist zum Nachteil des Arbeitgebers geregelt[3]. Nach § 22 AGG muss in einer ersten Stufe der benachteiligte Arbeitnehmer bzw. Bewerber (nur) Indizien vortragen und beweisen, die nach der allgemeinen Lebenserfahrung eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Dabei genügt es, wenn das Gericht zu der Überzeugung kommt, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Diskriminierung besteht[4]. Gelingt dem Benachteiligten dies, tritt eine Beweislastumkehr ein und der Arbeitgeber hat in der zweiten Stufe zu beweisen, dass kein Verstoß gegen das AGG vorliegt[5].

Die Beweislastumkehr zulasten des Arbeitgebers tritt beispielsweise schon dann ein, wenn der abgewiesene Bewerber eine geschlechtsbezogene Benachteiligung behauptet und sich als Indiz dafür auf eine nicht geschlechtsneutrale, sondern geschlechtsspezifische Stellenausschreibung berufen kann[6]. Ein solcher Verstoß gegen § 1 AGG begründet grundsätzlich die Vermutung, dass ein Arbeitnehmer eines bestimmten Geschlechts, unabhängig davon, ob noch andere Gründe für die Einstellungsentscheidung maßgeblich waren, wegen seines Geschlechts benachteiligt worden ist. Dann trägt der Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Ablehnung des Bewerbers aus sachlichen Gründen geschehen ist, die mit dem Geschlecht nichts zu tun haben, oder dass das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausgeschriebene Tätigkeit ist. Bedient sich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung eines Dritten - z. B. der Bundesagentur für Arbeit - und verletzt dieser die Pflicht zur diskriminierungsfreien Stellenausschreibung, so ist dem Arbeitgeber dieses Verhalten in der Regel zuzurechnen[7].

Für den Kausalzusammenhang zwischen nachteiliger Behandlung und Schwerbehinderung reicht nach Auffassung des BAG aus, dass die Behinderung Bestandteil eines Motivbündels ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Schuldhaftes Handeln oder eine Benachteiligungsabsicht sind nicht erforderlich[8].

Der Arbeitgeber hat nicht nur mit Klagen abgelehnter Bewerber zu rechnen. Nach § 17 Abs. 2 AGG hat der **Betriebsrat** oder eine im Betrieb vertretene **Gewerkschaft** ein "Klagerecht", wenn sich das Verhalten des Arbeitgebers als grober Verstoß gegen die Vorschriften des Gesetzes darstellen lässt. Der Betriebsrat geht kein Kostenrisiko ein. Die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten trägt gemäß § 40 BetrVG der Arbeitgeber. Dazu gehören auch die Kosten eines verlorenen Rechtsstreits.

Bei dem Recht nach § 17 Abs. 2 AGG i. V. m. § 23 Abs. 3 BetrVG handelt es sich jedoch nicht um ein echtes Klagerecht, sondern um ein Antragsrecht im Beschlussverfahren[9] nach §§ 80 ff. ArbGG, bei dem gegen den Arbeitgeber bei schweren Verstößen gegen seine Pflichten aus dem AGG Auflagen verhängt werden können. Neu daran ist nur, dass dieses Recht nunmehr auch bei schwerwiegenden Verstößen gegen das AGG gegeben ist und damit Betriebsrat oder Gewerkschaften die Möglichkeit einräumt, Rechtshilfe für den einzelnen Arbeitnehmer zu leisten, der sich in seinen individuellen Rechten benachteiligt fühlt. Seine Entschädigungsansprüche aus § 15 AGG bleiben unberührt. Sie dürfen auch nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 17 Abs. 2 Satz 3 AGG nicht durch Betriebsrat oder Gewerkschaft geltend gemacht werden. Es ist allerdings nunmehr möglich, zunächst im Beschlussverfahren (und hier auf Kosten des Arbeitgebers) die Rechtslage zu prüfen, um dann die eigene Rechtsverfolgung durch den Arbeitnehmer aufzunehmen[10].

Darüber hinaus ist mit gegen Arbeitgeber gerichtete Aktivitäten von Antidiskriminierungsverbänden zu rechnen, deren Rechte in § 23 AGG geregelt sind. Zwar ist für diese im AGG ein eigenes Verbandsklagerecht ebenso wenig vorgesehen wie die Befugnis, benachteiligte Bewerber wie ein Rechtsanwalt zu vertreten. Diese Verbände werden jedoch zum einen eng mit der in § 25 AGG vorgesehenen Antidiskriminierungsstelle des Bundes zusammenarbeiten. Zum anderen dürfen sie gemäß § 23 Abs. 2 AGG als "Beistände" Benachteiligter fungieren.

Fußnoten zu HI1557819

- [1] BAG, Urteil v. 15.2.2005, 9 AZR 635/03.
- [2] Thüsing, NZA 2006, S. 777.
- [3] Vgl. zunächst "Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Mobbing".
- [4] BAG, Urteil v. 15.2.2005, 9 AZR 635/03.
- [5] Grobys, NZA 2006, S. 901.
- [6] BAG, Urteil v. 27.4.2000, 8 AZR 295/99.
- [7] BAG, Urteil v. 5.2.2004, 8 AZR 112/03.
- [8] BAG, Urteil v. 17.8.2010, 9 AZR 839/08.
- [9] Vgl. dazu "Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht".
- [10] Vgl. Klumpp, NZA 2006, S. 905.

8 Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung

Einen eindeutigen Fall von Rechtsmissbrauch hat das Arbeitsgericht Köln[1] in dem Fall eines Studenten entschieden, der sich auf sieben nicht geschlechtsneutral abgefasste Stellenanzeigen im Kölner Stadtanzeiger beworben hatte. Hat ein Bewerber an der Begründung eines Arbeitsverhältnisses überhaupt kein Interesse, sondern kommt es ihm allein auf die Zahlung einer Entschädigung an, würde deren Zubilligung faktisch die gesetzliche Regelung zu einer Nebenverdienstmöglichkeit ausweiten, was mit der Rechtsordnung in keiner Weise zu vereinbaren ist.

Indizien für einen **Rechtsmissbrauch** gemäß § 242 BGB, die der Arbeitgeber ggf. darlegen und - soweit möglich - beweisen muss, sind:

- Bewerbung ausschließlich auf Stellen, die für das andere Geschlecht ausgeschrieben sind
- fehlende Qualifikation oder Überqualifikation des Bewerbers
- bestehendes, ungekündigtes Arbeitsverhältnis des Bewerbers und Bewerbung auf eine Stelle mit geringerer Vergütung
- inhaltlich identische Klagen gegen verschiedene Arbeitgeber innerhalb kürzester Zeit
- Ablehnung konkreter Einstellungszusagen
- Ablehnung bzw. Nichtwahrnehmung von Vorstellungsterminen
- Erheblich über dem Marktüblichen liegende Einkommensvorstellungen

Vor der missbräuchlichen Geltendmachung von Rechten gemäß § 242 BGB steht jedoch regelmäßig die Prüfung der vom BAG [2] zutreffend herausgestellten Anspruchsvoraussetzung, ob der Bewerber **objektiv geeignet** ist und sich **subjektiv ernsthaft** um die Stelle beworben und nicht von vornherein die Zahlung einer Entschädigung angestrebt hat.

Fußnoten zu HI1557820

- [1] ArbG Köln, Urteil v. 13.6.1996, 14 Ca 7934/95.
- [2] Vgl. BAG, Urteil v. 12.11.1998, 8 AZR 365/97.

9 Entschädigungsansprüche mehrerer abgelehnter Bewerber

Mit Begründung eines derartigen Entschädigungsanspruchs musste der Gesetzgeber auch den Fall regeln, dass mehrere abgewiesene Bewerber Ansprüche geltend machen. Das ist mit dem gerichtlichen Konzentrationsgrundsatz des § 61b ArbGG geschehen. Diese Vorschrift ist auch an das höherrangige europäische Recht angepasst worden. Die alte Vorschrift hatte noch ein anderes Sammelverfahren und eine Begrenzung auf 6 bzw. 12 Monatsverdienste vorgesehen, was gegen die Richtlinie des Rates 76/207/EWG verstieß. Die Obergrenze ist nunmehr entfallen. Das Sammelverfahren ist jetzt so geregelt, dass bei mehreren Klagen auf einen vom Arbeitgeber zu stellenden Antrag hin das Arbeitsgericht, bei dem die erste Klage erhoben worden ist, auch für die übrigen Klagen ausschließlich zuständig ist. Die Rechtsstreite sind von Amts wegen an dieses Gericht zu verweisen und zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

10 Feststellung der Eignung des Bewerbers

Um festzustellen, ob ein Bewerber für eine Stelle geeignet ist, dient neben den Bewerbungsunterlagen in erster Linie das Vorstellungsgespräch. Näher erprobt werden kann die Eignung unter Umständen durch einen Eignungstest, der allerdings der ausdrücklichen Zustimmung des Bewerbers bedarf. Mehr um die Eignung im gesundheitlichen Sinne geht es bei werksärztlichen Einstellungsuntersuchungen, die ebenfalls nur mit Einwilligung des Bewerbers durchgeführt werden dürfen.

Streitig ist die Frage, ob in der Zusendung eines handschriftlichen Lebenslaufs bereits die Zustimmung in die Einholung eines grafologischen Gutachtens zu sehen ist.

Aus datenschutzrechtlichen Gründen bedenklich sind Erkundigungen beim ehemaligen Arbeitgeber, vom BAG aber unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. Das Einholen eines polizeilichen Führungszeugnisses ist allerdings in der Regel unzulässig.

10.1 Erkundigungen beim bisherigen Arbeitgeber

Die Einholung von Erkundigungen beim bisherigen Arbeitgeber ist ein probates Mittel, sich sichere Informationen über die Qualifikation eines Bewerbers für die in Aussicht genommene Position, insbesondere über den Grund des Stellenwechsels zu verschaffen.

Nach der Rechtsprechung des BAG sind solche Erkundigungen zulässig, soweit der potenzielle Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Erlangung von Auskünften hat, und zwar auch ohne Zustimmung des Arbeitnehmers oder sogar gegen dessen Willen[1]. Nach der Reform des Arbeitnehmerdatenschutzes bedarf die Befragung des ehemaligen Arbeitgebers der vorherigen Zustimmung des Bewerbers.

Eine Rechtsgrundlage für einen Auskunftsanspruch gegen den bisherigen Arbeitgeber gibt es nicht. Nach der Rechtsprechung des BAG ist er gleichwohl über die Pflicht zur Erteilung eines Zeugnisses hinaus gehalten, im Interesse des ausgeschiedenen Arbeitnehmers Auskünfte über diesen an solche Personen zu erteilen, mit denen der Arbeitnehmer in Verhandlungen über den Abschluss des Arbeitsvertrags steht.

Diese Auskünfte müssen ebenso wie ein Arbeitszeugnis wahrheitsgemäß sein.

Fußnoten zu HI1557823

[1] BAG, Urteil v. 18.12.1984, AZR 389/83.

10.2 Einholung grafologischer Gutachten

Arbeitgeber greifen teilweise auf grafologische Gutachten zurück. Solche Analysen der Handschrift können unter Umständen Aufschluss über die gesamte Persönlichkeit eines Bewerbers geben, also auch über Eigenschaften, die in keinem Zusammenhang mit der vorgesehenen Beschäftigung stehen und an deren Kenntnis der Arbeitgeber kein objektiv berechtigtes Interesse hat. Sie greifen in das vom Grundgesetz geschützte Persönlichkeitsrecht des Bewerbers aus Art. 2 GG ein und dürfen nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung eingeholt werden.

Von praktischer Bedeutung ist die Frage, ob in der Zusendung eines handschriftlichen Lebenslaufs die notwendige Einwilligung des Bewerbers zur Einholung eines grafologischen Gutachtens zu sehen ist. Dies ist streitig und in der Rechtsprechung schon verneint worden, weil aus der Anforderung nicht zwingend darauf geschlossen werden kann, dass ein Gutachten eingeholt werden soll[1].

Die in der Zusendung eines handgeschriebenen Lebenslaufs liegende Erklärung ist auszulegen. Dabei ist auf alle Umstände des Einzelfalls zurückzugreifen und zu fragen, ob der Bewerber zwingend mit der Begutachtung rechnen musste. Davon wird man bei Führungskräften eher ausgehen können. Wer sich um eine entsprechend qualifizierte Tätigkeit bewirbt, muss in der Regel

mit der Einholung eines solchen Gutachtens rechnen. Außerdem ist einer Führungskraft zuzumuten, von der Bewerbung oder dem handschriftlichen Lebenslauf abzusehen, wenn ein Gutachten nicht erwünscht ist.

Fußnoten zu HI1557824

[1] BAG, Urteil v. 16.9.1982, 2 AZR 228/80.

10.3 Eignungstests

Bei der Prüfung von Bewerbern werden manchmal auch psychologische Eignungstests durchgeführt. Psychologische Gutachten sind bedenklich, weil der Bewerber unter dem Druck steht, bei Ablehnung den Abbruch der Einstellungsverhandlung zu riskieren und weil sie Aufschluss über seine gesamte Persönlichkeit geben, also auch über Eigenschaften, die in keinem Zusammenhang mit der vorgesehenen Beschäftigung stehen und an deren Kenntnis der Arbeitgeber kein objektiv berechtigtes Interesse hat.

Sie dürfen daher nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Bewerbers eingeholt werden. Außerdem muss gewährleistet sein, dass die Untersuchung fachgerecht, also nur von Fachpsychologen durchgeführt wird.

Begrenzt wird das Recht des Arbeitgebers weiter durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Untersuchung darf nur in dem Umfang durchgeführt werden, der für die angestrebte Beschäftigung erforderlich ist.

Achtung

Psychologe darf keine unzulässigen Fragen stellen

Auch der Psychologe darf keine Fragen stellen, die nicht vom Fragerecht des Arbeitgebers gedeckt sind, die also der Arbeitgeber nicht selbst stellen dürfte.

10.4 Einstellungsuntersuchung

Vor allem in Großbetrieben hat sich die werksärztliche Einstellungsuntersuchung durchgesetzt.

Eine derartige Untersuchung bei einem Bewerber ist nur zulässig, wenn er ausdrücklich seine Einwilligung erteilt. Eine Ausnahme gilt selbstverständlich dann, wenn eine solche Untersuchung gesetzlich vorgeschrieben ist (z. B. bei Jugendlichen gemäß § 32 JArbSchG, nach dem Infektionsschutzgesetz oder aufgrund von Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften). Jeder Bewerber weiß allerdings, dass er voraussichtlich nicht eingestellt wird, wenn er seine Zustimmung verweigert. Dennoch ist seine Einwilligung wirksam.

Nach der geplanten Reform des Arbeitnehmerdatenschutzes dürfen Gesundheitsdaten nur erhoben werden, soweit der Gesundheitszustand eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Im Falle der Erhebung darüber hinausgehender Bewerberdaten riskiert der Arbeitgeber eine Geldbuße. Die Einwilligung eines Bewerbers befreit gleichzeitig den Arzt von seiner gesetzlichen Schweigepflicht. Dies gilt jedoch nur für die Tatsachen, die für die Einstellung erheblich sind.

Die Untersuchung auf HIV-Antikörper (Aids) erfordert eine ausdrückliche, gesonderte Zustimmung und wird von der allgemeinen Einverständniserklärung nicht erfasst.

Nach § 19 GenDG[1] darf der Arbeitgeber von Bewerbern grundsätzlich weder die Vornahme genetischer Untersuchungen verlangen noch Ergebnisse bereits vorgenommener Untersuchungen verwenden. Können bei der in Aussicht genommenen Beschäftigung allerdings schwerwiegende Erkrankungen oder schwerwiegende gesundheitliche Störungen auftreten, die durch

bestimmte genetische Eigenschaften verursacht oder begünstigt werden, sind genetische Untersuchungen zur Feststellung solcher Eigenschaften nach § 20 Abs. 2 GenDG ausnahmsweise zulässig.

Die Untersuchung darf nur mit ausdrücklicher und schriftlicher Einwilligung des Bewerbers und nach vorheriger ärztlicher Aufklärung durch einen Arzt erfolgen, § 20 Abs. 4 i. V. m. §§ 8, 9 GenDG. Der verantwortliche Arzt darf das Ergebnis allein dem Bewerber mitteilen und soll diesen dabei beraten.

Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GenDG darf der Arbeitgeber einen Bewerber weder wegen seiner genetischen Eigenschaften noch wegen seiner Weigerung, sich einer genetischen Untersuchung zu unterziehen, benachteiligen. Verletzt der Arbeitgeber dieses Verbot vorsätzlich oder fahrlässig, hat er dem Bewerber gemäß § 21 Abs. 2 GenDG kausale Schäden nach Maßgabe des § 15 AGG[2] zu ersetzen.

Fußnoten zu HI1557826

[1] Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz - GenDG) v. 31.7.2009, BGBl. I S. 2529.

[2] Siehe dazu oben Abschnitte 7 und 8.

10.5 Polizeiliches Führungszeugnis

Gelegentlich wird vom Bewerber auch ein polizeiliches Führungszeugnis verlangt. Die Zulässigkeit dieser Maßnahme ist kritisch zu betrachten, weil die Möglichkeit besteht, dass der Arbeitgeber auf diesem Wege mehr in Erfahrung bringt, als er für die in Aussicht genommene Beschäftigung zu erfahren berechtigt ist.

Hierzu zählt ein strafbares Verhalten im außerdienstlichen Bereich, das in keinem erkennbaren Zusammenhang mit dem vorgesehenen Beschäftigungsverhältnis steht[1]. In der Regel wird die Anforderung eines polizeilichen Führungszeugnisses deshalb nicht erforderlich und damit unzulässig sein.

Ganz anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn es etwa um die Einstellung von Mitarbeitern für ein Bewachungs- oder Geldtransportunternehmen geht. Hier ist die Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses sowohl geboten, als auch zulässig. Ebenso ist es zu beurteilen, wenn Mitarbeiter Kontakt mit Kindern und Jugendlichen haben. Zum Schutz von Minderjährigen vor sexuellem Missbrauch kann und muss der Arbeitgeber ein **erweitertes Führungszeugnis gem. § 30a BZRG** verlangen. Ein solches erweitertes Führungszeugnis wird nach dieser Vorschrift z. B. dann erteilt, wenn der Bewerber Minderjährige beaufsichtigen, betreuen, erziehen oder ausbilden soll. Es wird aber auch schon dann erteilt, wenn der Bewerber eine Tätigkeit übernehmen soll, die in vergleichbarer Weise geeignet ist, Kontakt zu Minderjährigen aufzunehmen. Wenn der Arbeitgeber die Vorlage eines erweiterten Führungszeugnisses verlangt, muss der Bewerber die Erteilung bei der Meldebehörde beantragen. Dazu muss er eine schriftliche Aufforderung des Arbeitgebers vorlegen, in der das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 30a BZRG bescheinigt wird. Der Arbeitgeber ist demnach verpflichtet, zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Norm auch tatsächlich vorliegen. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, so kann sich der Arbeitgeber gegenüber dem Bewerber Schadensersatzpflichtig machen[2].

Fußnoten zu HI1557827

[1] BAG, Urteil v. 9.2.1977, 5 AZR 2/76.

[2] Vgl. hierzu: BT-Ds. 16/12427.

10.6 Vorstellungsgespräch

Erstes Ergebnis einer erfolgreichen Anbahnungsmaßnahme ist regelmäßig das Gespräch im Betrieb, bei dem es um die mögliche Einstellung eines Bewerbers geht.

Wenn solche Gespräche auch "unverbindlich" sind, bewegen sie sich doch nicht im rechtsfreien Raum. Mit der Aufnahme derartiger Verhandlungen entsteht zwischen Arbeitgeber und Bewerber als potenziellem Arbeitnehmer bereits ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis, das ein gesetzliches Schuldverhältnis eigener Art ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob später ein Ar-

beitsvertrag zustande kommt oder nicht.

Es werden damit zwar keine so genannten Hauptleistungspflichten (etwa ein einklagbarer Anspruch auf Einstellung), aber doch wechselseitige Sorgfaltspflichten begründet, für deren (schuldhafte) Verletzung sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer haften müssen. Grundlagen hierfür sind der Gesichtspunkt des "Verschuldens bei Vertragsschluss" (vgl. § 311 Abs. 2 BGB bzw. das AGG) sowie letztlich der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB, der das gesamte Arbeitsrecht beherrscht.

Das bedeutet allerdings nicht, dass etwa allein der Abbruch von Einstellungsverhandlungen schon eine Haftung begründet, selbst wenn der Arbeitgeber von hohen Aufwendungen des Bewerbers weiß. Wenn jedoch der Arbeitgeber schuldhaft das Vertrauen auf das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses geweckt hat oder gar den Bewerber veranlasst hat, seine bisherige Stelle zu kündigen, macht er sich schadensersatzpflichtig. Dasselbe gilt bei der Verletzung von Obhutspflichten, z. B. der Pflicht, den Partner vor nutzlosen Aufwendungen im Hinblick auf den Vertragsschluss zu bewahren oder von Aufklärungspflichten im Hinblick auf besondere (nicht jedem Vertragsschluss innewohnenden) Risiken[1].

Achtung

Realistische Angaben im Bewerbungsgespräch

Es muss daher davor gewarnt werden, bei einem Bewerber unnötige Erwartungen zu wecken.

Das AGG bringt auch hinsichtlich des Vorstellungsgesprächs (neue) Risiken mit sich. Wie im Folgenden zum Fragerecht des Arbeitgebers ausgeführt wird, besteht hier das Risiko, dass vor allem bei Fragen im persönlichen Bereich Diskriminierungsmerkmale aus § 1 AGG aufgedeckt werden.

Hinweis

Vorstellungsgespräche vollständig dokumentieren

Vorstellungsgespräche sollten daher auf Seiten des Arbeitgebers insbesondere bei "Risikobewerbern" frei von Diskriminierungen indizierenden Fragen geführt und stichpunktartig, aber vollständig und zutreffend dokumentiert werden.

Fußnoten zu HI1557828

[1] BAG, Urteil v. 15.5.1974, 5 AZR 393/73.

11 Die gegenseitigen Pflichten aus Vertragsvorverhandlungen

Bereits bei der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses entstehen gegenseitige Rechte und Pflichten. Die Pflichten des **Arbeitgebers** beginnen schon bei der Aufgabe einer Stellenanzeige oder bei der Stellenausschreibung im Betrieb.

Das Anbahnungsverhältnis ist dadurch charakterisiert, dass zwischen den Parteien zwar (noch) keine Hauptleistungspflichten (Arbeitsleistung, Arbeitsentgelt) bestehen. Gemäß § 241 Abs. 2 BGB kann das Schuldverhältnis aber nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen verpflichten. Nach § 311 Abs. 2 BGB entstehen solche Pflichten auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen und bereits bei in deren Vorfeld liegenden Anbahnungsverhandlungen.

Im Arbeitsrecht gehören zu diesen Pflichten vor allem Aufklärungs-, Mitwirkungs-, Obhuts- und Rücksichtnahmepflichten.

Die beiderseitigen Rücksichtnahmepflichten gebieten dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, schon vor Abschluss des Arbeitsvertrags ungefragt auf Umstände hinzuweisen, die für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind[1]. Vorvertragliche Pflichten sind auch von dem Arbeitnehmer zu beachten.. Seine Angaben zur Bewerbung müssen richtig und vollständig sein. Schließlich ist er verpflichtet, zulässige Fragen des Arbeitgebers wahrheitsgemäß zu beantworten.

Fußnoten zu HI1557829

[1] Preis, Erfurter Kommentar, 2011, § 611 BGB Rz. 260.

11.1 Aufklärungspflichten des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber hat bei der Einstellungsverhandlung vor allem die Pflicht, den potenziellen Arbeitnehmer über alle Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes zu unterrichten. Das gilt nicht für Umstände, die sich von selbst verstehen, sondern insbesondere für von der Regel abweichende Gegebenheiten, wie etwa überdurchschnittliche Anforderungen.

Es ist allerdings nicht Pflicht des Arbeitgebers, den Bewerber über die wirtschaftliche Situation seines Unternehmens zu unterrichten.

Wenn es auch keine solche allgemeine Aufklärungspflicht bei der Einstellung gibt, kann sie im Einzelfall nach Treu und Glauben gegeben sein. Wenn einem Bewerber eine Dauerstellung zugesagt wird und ihm wesentliche, entgegenstehende Umstände wie etwa ernsthafte Liquiditätsschwierigkeiten verschwiegen werden, die alsbald akut werden und zu einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen können, kann eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers begründet sein[1].

Die dem Arbeitgeber obliegende Aufklärungspflicht umfasst darüber hinaus die Pflicht, über aus dem Abschluss des Arbeitsvertrags resultierende besondere Gefahren aufzuklären, soweit sich diese nicht aus der Sachlage von selbst ergeben. Darüber hinaus können geplante Betriebsübergänge oder örtliche Versetzungen zu einer Aufklärungspflicht des Arbeitgebers führen[2].

Der Arbeitgeber haftet dem Bewerber für eine schuldhafte Verletzung seiner Aufklärungspflichten im Einstellungsverfahren aus Verschulden bei Vertragsschluss gemäß § 311 Abs. 2 BGB auf Schadensersatz. Dies kann auch noch nach Abschluss des Arbeitsvertrags in Betracht kommen, wenn das Arbeitsverhältnis vorzeitig aus Gründen endet oder seinen Sinn verliert, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor Abschluss des Vertrags unter Verletzung seiner Aufklärungspflicht schuldhaft verschwiegen hat.

In einem solchen Fall muss der Arbeitnehmer nachweisen, dass der Arbeitgeber seine Aufklärungspflicht verletzt hat[3].

Ein Arbeitgeber kann sich etwa schadensersatzpflichtig machen, wenn er bei den Verhandlungen über den Abschluss eines Arbeitsvertrags in dem Bewerber die nicht gerechtfertigte Annahme erweckt, es werde bestimmt zu dem Abschluss des Arbeitsvertrags kommen, und ihm dabei bedeutet, er könne seine bisherige Stellung ohne Risiko kündigen. Das Recht, die Vertragsverhandlungen aus sachlichen Gründen abubrechen, steht dem Arbeitgeber jedoch jederzeit zu und begründet - abgesehen von den Fällen des zurechenbar veranlassten Vertrauens - keine Schadensersatzpflicht[4].

Die Schadensersatzpflicht kann praktische Bedeutung vor allem dann haben, wenn Bewerber vorzeitig schuldhaft dazu veranlasst werden, ihr bisheriges Arbeitsverhältnis aufzugeben und es später, aus vom Bewerber nicht zu vertretenden Gründen, doch nicht zum Abschluss des neuen Arbeitsvertrags kommt. In diesem Fall ist der Arbeitgeber verpflichtet, den gesamten durch die Kündigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses bedingten Entgeltausfall zu ersetzen. Die neuen Bezüge stellen dabei keine Obergrenze dar. Die Reichweite der Schadensersatzpflicht wurde vom Beendigungszeitpunkt des alten Arbeitsvertrags bis zu dem Tag, mit dem der Kläger wieder eine neue Arbeit aufgenommen hatte, angenommen. Der beklagte potenzielle Arbeitgeber konnte sich nicht einmal mit Erfolg darauf berufen, dass er das neue Arbeitsverhältnis, wenn er es eingegangen wäre, wieder kurzfristig hätte kündigen können[5]. Ein Bewerber, der nach einer Einstellungs zugesage bereits in einem relativ frühen Stadium der Vertragsverhandlungen andere Stellenangebote zurückweist, muss sich allerdings gemäß § 254 BGB sein Mitverschulden an dem ihm entstandenen Schaden anrechnen lassen[6].

Kein Schadensersatzanspruch besteht freilich dann, wenn ein wirksam begründetes Arbeitsverhältnis alsbald wieder gekündigt wird[7], abgesehen von den Fällen des zurechenbar veranlassten Vertrauens, dass dies nicht der Fall sein werde.

Fußnoten zu HI1557830

- [1] BAG, Urteil v. 2.12.1976, 3 AZR 401/75.
- [2] Preis, Erfurter Kommentar, 2011, § 611 BGB Rz. 261.
- [3] BAG, Urteil v. 2.12.1976, 3 AZR 401/75.
- [4] Preis, Erfurter Kommentar, 2011, § 611 BGB Rz. 262 m. w. N.
- [5] BAG, Urteil v. 15.5.1974, 5 AZR 393/73.
- [6] LAG Köln, Urteil v. 28.7.1993, 2 Sa 199/93.
- [7] BAG, Urteil v. 12.12.1957, 2 AZR 574/55.

11.2 Aufklärungspflichten des Bewerbers

Mit der Aufnahme von Einstellungsverhandlungen und bereits in deren Vorfeld bei den ersten Anbahnungsmaßnahmen treffen auch den **Bewerber** gemäß § 311 Abs. 2 BGB rechtliche Pflichten. Auch hier spielt es keine Rolle, ob später ein Arbeitsvertrag zustande kommt oder nicht. Selbst wenn die Gespräche mit dem Bewerber nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrags geführt haben, kann die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der dem Bewerber obliegenden Pflichten einen Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers begründen.

Dieser Fall wird praktisch, wenn der Arbeitnehmer nach Vertragsabschluss, aber vor Dienstantritt vertragsbrüchig wird. Hier ist in erster Linie an die Kosten für die Stellenanzeige zu denken, die der Arbeitgeber nun erneut aufbringen muss. Dabei ist allerdings zu beachten, dass ein neues Arbeitsverhältnis regelmäßig mit einer Probezeit und einer kurzen Kündigungsfrist beginnt. Nach der Rechtsprechung kann nämlich der Arbeitgeber von einem vertragsbrüchigen Arbeitnehmer keinen Ersatz der durch Stellenanzeigen veranlassten Kosten verlangen, wenn diese Kosten auch bei einer fristgemäßen ordentlichen Kündigung des Arbeitnehmers zum arbeitsvertraglich nächsten Kündigungstermin entstanden wären. Es bedarf keines Nachweises, dass der Arbeitnehmer von der vertraglich eingeräumten Kündigungsmöglichkeit fristgemäß Gebrauch gemacht hätte.

Der Arbeitgeber kann also nur dann Ersatz für die Kosten von Stellenanzeigen verlangen, wenn diese bei ordnungsgemäßer Einhaltung der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist vermeidbar gewesen wären[1].

Dem Arbeitgeber können allerdings durch einen vertragsbrüchigen Bewerber wesentlich erheblichere Schäden entstehen, z. B. wenn er im Vertrauen auf die vertraglich zugesagte Arbeitsaufnahme Aufwendungen gemacht oder Aufträge angenommen hat.

Praxis-Beispiel

Arbeitgeber hat hohe finanzielle Aufwendungen

Ein Arbeitgeber beschafft für einen neu eingestellten Speditionsleiter kurz vor dem vorgesehenen Dienstantritt Fahrzeuge im Wert von über 150.000 EUR. Direkt vor dem Tag der vereinbarten Arbeitsaufnahme muss er erfahren, dass der Bewerber es sich anders überlegt hat.

Hier hat das BAG den Arbeitnehmer als schadensersatzpflichtig angesehen. Dabei kam es auf die folgenden Umstände an:

Musste der Arbeitnehmer vor Antritt der Arbeit erkennen, dass der Arbeitgeber wegen der vertraglich zugesagten Arbeitsaufnahme Aufwendungen macht, so muss er den Arbeitgeber unverzüglich unterrichten, wenn begründete Zweifel daran aufkommen, ob er die Arbeit antreten kann oder will. Unterlässt der Arbeitnehmer diese Unterrichtung schuldhaft, so ist er dem Arbeitgeber für den Schaden ersatzpflichtig, der nicht eingetreten wäre, wenn er dieser Unterrichtungs-

pflicht nachgekommen wäre[2].

Stellt sich nach Abschluss eines Arbeitsvertrags heraus, dass der Arbeitnehmer unrichtige Angaben in der Bewerbung gemacht, zulässige Fragen falsch beantwortet oder Umstände verschwiegen hat, die er verpflichtet war, zu offenbaren, haftet er aus dem Gesichtspunkt der schuldhaften Verletzung seiner Pflichten aus dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis bei Vorverhandlungen gemäß § 311 Abs. 2 BGB oder deliktsrechtlich etwa wegen Betrugs (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB).

Fußnoten zu HI1557831

[1] BAG, Urteil v. 23.3.1984, 7 AZR 37/81.

[2] BAG, Urteil v. 14.9.1984, 7 AZR 11/82.

11.3 Behandlung von Bewerbungsunterlagen

Der Arbeitgeber ist nach § 311 Abs. 2 BGB verpflichtet, die ihm ausgehändigten, jedoch nach wie vor im Eigentum des Bewerbers stehenden Bewerbungsunterlagen sorgfältig aufzubewahren. Grundsätzlich ist er zur unverzüglichen Rückgabe verpflichtet, sobald feststeht, dass eine Bewerbung nicht zum Erfolg geführt hat, und kann sich schadensersatzpflichtig machen, wenn er diese Pflichten schuldhaft verletzt. Um sich im Streitfall gegen Haftungsansprüche effektiv verteidigen zu können, muss dem Arbeitgeber jedoch ein berechtigtes Interesse an der jedenfalls zeitweiligen Aufbewahrung der Bewerbungsunterlagen im Original zugestanden werden, wohl jedenfalls bis zum Ablauf der Ausschlussfrist nach § 15 Abs. 4 AGG. Unter Umständen kann in der Übersendung von Bewerbungsunterlagen ein konkludent erklärtes Einverständnis in die zeitweilige Aufbewahrung durch den Arbeitgeber gesehen werden. Gerichtlich entschieden wurde dies freilich noch nicht.

Der Bewerber kann die von ihm eingereichten Unterlagen jedoch jederzeit zurückverlangen. Erstellt der Arbeitgeber weitere Unterlagen, wird also z. B. ein Personalfragebogen aufgenommen, so kann der Arbeitnehmer dessen Vernichtung nach § 1004 BGB (analog), § 823 Abs. 1 BGB fordern.

In der dauerhaften Aufbewahrung eines Personalfragebogens kann eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts liegen. Dies gilt aber dann nicht, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Aufbewahrung des Fragebogens hat. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn die Bewerbung im Einverständnis beider Parteien in absehbarer Zeit wiederholt werden soll. Die bloße Absicht, den Fragebogen bei einer nochmaligen Bewerbung zu einem Datenvergleich heranzuziehen oder den Bewerber später zu einer nochmaligen Bewerbung anzuhalten, begründet hingegen ein solches berechtigtes Interesse nicht[1].

Fußnoten zu HI1557832

[1] BAG, Urteil v. 6.6.1984, 5 AZR 286/81.

11.4 Ersatz der Vorstellungskosten

Fordert ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Vorstellung auf, muss er ihm gemäß § 670 BGB in der Regel alle Aufwendungen ersetzen, die der Bewerber den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Zu den notwendigen Kosten gehören Fahrtkosten, falls erforderlich auch Kosten für Verpflegung und Übernachtung, gegebenenfalls auch der Verdienstaussfall.

Es kommt nicht darauf an, ob später ein Arbeitsvertrag zu Stande kommt[1]. Der Anspruch umfasst jedoch nicht die Abgeltung für einen vom Bewerber genommenen Urlaubstag. Die Vorstellungskosten sind auch dann zu ersetzen, wenn der Bewerber nicht unmittelbar, sondern von einem vom Arbeitgeber beauftragten Unternehmensberater zur Vorstellung gebeten worden ist[2].

Der Arbeitgeber kann den Anspruch auf Ersatz der Vorstellungskosten nur ausschließen, wenn er dies dem Bewerber bei der Aufforderung zur Vorstellung ausdrücklich mitteilt. Es besteht selbstverständlich kein Ersatzanspruch auf Vorstellungskosten, wenn der Arbeitnehmer sich unaufgefordert vorstellt, da der Bewerber in diesem Fall ausschließlich im eigenen Interesse han-

delt[3]. Kein Ersatzanspruch besteht auch bei "Spesenritten", soweit sie mehrere Termine miteinander verbinden und dieselben Kosten mehrfach abrechnen.

Praxis-Beispiel

Erforderlichkeit der Vorstellungskosten

Fahrtkosten:

- Bahnfahrt Tendenz zur 1. Klasse, nur bei niedriger Qualifikation 2. Klasse
- Eigener Pkw: Steuerliche km-Sätze wie bei Dienstreisen (nicht nur die Bahnkosten)
- Flugkosten: grundsätzlich nur nach vorheriger Vereinbarung, es sei denn, dass sich dies bei Position und Anreiseentfernung von selbst versteht
- Taxikosten (Bahnhof oder Flughafen)
- Hotelkosten: Steuerlich zulässige Sätze, wenn An- und Abreise nicht an einem Tag zumutbar ist
- Verpflegung: Steuerlich zulässige Spesensätze

Hinweis

Konkrete Vereinbarungen mit Bewerber treffen

Zweckmäßig ist es, in Zweifelsfällen mit dem Bewerber bei der Terminvereinbarung konkrete Vereinbarungen zu treffen. Bei Übernachtungen sollte der Arbeitgeber die Hotelreservierung vornehmen lassen. Dies ist eine Geste, die gleichzeitig unliebsame Überraschungen erspart.

Fußnoten zu HI1557833

[1] BAG, Urteil v. 14.2.1977, 5 AZR 171/76.

[2] BAG, Urteil v. 29.6.1988, 5 AZR 433/87.

[3] Preis, Erfurter Kommentar, 2011, § 611 BGB Rz. 245.

12 Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen

Vor der Einstellung eines neuen Mitarbeiters wird jeder Arbeitgeber bestrebt sein, über die persönliche und fachliche Eignung des Bewerbers möglichst umfassende Informationen zu erhalten. Es geht darum, das Risiko einer Neueinstellung so gering wie möglich zu halten. Im Einstellungsgespräch wird er daher gut vorbereitet und bemüht sein, alle ihn interessierenden Fragen zu stellen. Die Verwendung standardisierter Fragen, also von **Personalfragebögen**, auch wenn sie nicht vom Bewerber ausgefüllt werden, bedarf dabei nach § 94 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats[1].

Der Arbeitnehmer dagegen, dem es um den Erhalt eines Arbeitsplatzes oder um eine Verbesserung seiner geschützten Position im Arbeitsleben geht, wird versuchen, die ihm zu diesem Zweck geeignet erscheinenden Informationen mitzuteilen. Im Übrigen wird er bestrebt sein, so wenig wie möglich von seinen beruflichen und persönlichen Lebensumständen preiszugeben, möglicherweise ungünstige Tatsachen zu verschweigen.

Die Privatsphäre des Arbeitnehmers, sein Persönlichkeitsrecht, ist als Grundrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 GG geschützt. Trotz der grundsätzlich anerkannten Abschlussfreiheit im Arbeitsvertragsrecht stehen daher die Rechtsprechung und die arbeitsrechtliche Lehre seit langem auf dem Standpunkt, dass dem Arbeitgeber bei Einstellungsverhandlungen kein uneingeschränktes Fragerecht zusteht. Der Arbeitgeber darf im Bewerbergespräch nur solche Fragen stellen, an deren wahrheitsgemäßer Beantwortung er objektiv ein berechtigtes Interesse hat. **Unzulässige Fragen** dürfen vom Bewerber folgenlos

falsch beantwortet werden. Es steht ihm das **Recht zur Lüge** zu, weil aus seinem Schweigen negative Schlüsse gezogen werden könnten - eine juristische Konstruktion, die nur dem Bewerber nutzt, der Bescheid weiß. Zulässige Fragen müssen in einem erkennbaren Zusammenhang mit der vorgesehenen Beschäftigung stehen und dürfen nicht unverhältnismäßig in die als Persönlichkeitsrecht verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre des Arbeitnehmers eindringen. Damit ist rechtlich eine **Abwägung** dieser Rechtsposition gegen das Interesse des Arbeitgebers vorzunehmen, die Eingehung eines seinen Vorstellungen nicht entsprechenden Arbeitsverhältnisses zu vermeiden, solange beide Seiten in ihrer Entscheidung frei sind.

Setzt sich ein Arbeitgeber darüber hinweg, kann dies also bei späteren Auseinandersetzungen Folgen haben. Hat er nämlich eine unzulässige Frage gestellt und wahrheitswidrig beantwortet bekommen, kann er daraus im Ernstfall keine Rechte herleiten. Beantwortet dagegen im umgekehrten Fall ein Bewerber zulässige Fragen des Arbeitgebers vorsätzlich falsch, kann der später geschlossene Arbeitsvertrag wegen **arglistiger Täuschung** gemäß § 123 BGB anfechtbar sein. Darüber hinaus sind (sehr wenige) Fälle denkbar, in denen auch ungefragt eine Offenbarungspflicht besteht mit der Folge der Anfechtbarkeit bei unterlassener Auskunft[2].

Aufgrund der Rechtsprechung des BAG sind umfangreiche Kataloge über zulässige Fragen, die der Bewerber im Einstellungsgespräch wahrheitsgemäß beantworten muss, und unzulässige Fragen, bei denen ihm das Recht zur Lüge zusteht, entstanden. Auch der Katalog der unzulässigen, weil in die geschützte private Rechtssphäre des Bewerbers eingreifenden Fragen, ist umfangreich.

Am 18.8.2006 ist das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** in Kraft getreten, dessen Ziel es ist, eine Benachteiligung des Arbeitnehmers schon beim Zugang zum Arbeitsverhältnis wegen seiner Rasse, ethnischen Herkunft, seines Geschlechts, seiner Religion oder Weltanschauung, seiner Behinderung, seines Alters oder seiner sexuellen Identität zu verhindern. Fragen im Einstellungsgespräch nach diesen Diskriminierungsmerkmalen dürften nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes unzulässig sein. Der Bewerber soll mit dem Gesetz vor diskriminierenden Fragen geschützt werden und kann nicht zugleich verpflichtet sein, diese wahrheitsgemäß zu beantworten[3].

Im Hinblick auf das **AGG** geht es nicht mehr allein um die Zulässigkeit von Fragen. Aus haftungsrechtlicher Sicht sollte insbesondere in Bewerbungsgesprächen auch darauf geachtet werden, dass durch Fragen etwa im privaten Umfeld nicht Diskriminierungsmerkmale aufgedeckt werden, die für die zu besetzende Stelle keine oder nur untergeordnete Relevanz haben, deren Kenntnis dem Arbeitgeber aber im Falle der Ablehnung des Bewerbers zum Nachteil gereichen können. Erfährt der Arbeitgeber beispielsweise, dass der Bewerber Zeuge Jehovas ist, und stellt ihn nicht ein, könnte dies entsprechend der Beweislastregel des § 22 AGG als Indiz dafür gelten, dass der Bewerber aus diesem Grund abgelehnt worden ist, und der Arbeitgeber sähe sich - ob berechtigt oder unberechtigt - einem Entschädigungsanspruch ausgesetzt, dem er durch das Führen des Gegenbeweises begegnen muss.

Fußnoten zu HI1557834

- [1] BAG, Beschluss v. 21.9.1993, 1 ABR 28/93.
- [2] Siehe dazu Abschnitt 13.
- [3] Vgl. Wisskirchen/Bissels, NZA 2007 S. 169.

12.1 Allgemein zulässige Fragen des Arbeitgebers

Der Katalog der grundsätzlich oder unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen Fragen ist umfangreich. Bestimmte grundlegende Einschränkungen seiner Eignung für eine Position muss der Bewerber ungefragt von sich aus offenbaren.

12.1.1 Fragerecht nach früherem Gehalt

Entgegen einer verbreiteten Meinung darf im Bewerbungsgespräch nach dem Gehalt beim bisherigen Arbeitgeber nur unter bestimmten Voraussetzungen gefragt werden. Das BAG zählt die Einkommensverhältnisse eines Bewerbers, so sehr sie auch den

künftigen Arbeitgeber interessieren mögen, grundsätzlich zur geschützten Privatsphäre. Außerdem kann nach Auffassung des BAG der Arbeitgeber dem Bewerber nicht etwa erst nach Kenntnis des früheren Gehalts ein Angebot unterbreiten, sondern er muss dazu aufgrund seiner betrieblichen Gegebenheiten, etwaiger tariflicher Regelungen und der bekannten Faktoren wie Lebensalter, Berufsjahre usw. im Stande sein. Das BAG hatte noch keinen Anlass, eine grundsätzliche Entscheidung zu diesem Fragerecht zu treffen. Es hat jedoch entschieden, dass die Frage jedenfalls dann unzulässig ist, wenn das bisherige Einkommen keinen Aufschluss über die erforderliche Qualifikation des Bewerbers gibt. Wenn der Bewerber jedoch von sich aus seinen bisherigen Verdienst zur Verhandlungsgrundlage macht oder wenn die bisherigen Bezüge Schlüsse auf seine Eignung erlauben, ist die Frage zulässig. Der Kreis der Fälle, in denen die bisherigen Bezüge für die verlangte Qualifikation des Bewerbers objektiv aussagefähig sind, wird jedoch in der Praxis, zumal angesichts der schwachen Verlässlichkeit solcher Angaben, nicht weit zu ziehen sein.

Gibt ein Arbeitnehmer bei Arbeitsvertragsverhandlungen sein bisher bezogenes Gehalt erheblich höher an, als es tatsächlich war, so rechtfertigt dies unter Berücksichtigung der für ihn vorgesehenen Position regelmäßig die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch den neuen Arbeitgeber[1].

Fußnoten zu HI1557836

[1] LAG Düsseldorf, Urteil v. 14.11.1980, 4 Sa 924/80.

12.1.2 Fragerecht nach beruflichem Werdegang

Der Arbeitgeber kann selbstverständlich alle Angaben zur fachlichen Qualifikation des Bewerbers verlangen. Hierzu gehört auch der vollständige berufliche Werdegang. Insbesondere hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran zu erfahren, wie häufig und in welchen Abständen der Bewerber seine bisherigen Stellen gewechselt hat.

Praxis-Beispiel

Falsche Angabe über Vorbeschäftigung

Eine Bewerberin für eine Arzthelferinnenstelle gibt für einen Zeitraum von einem Vierteljahr kurz vor dem angestrebten Eintrittstermin an, bei einer Computerfirma tätig gewesen zu sein. In Wirklichkeit hatte sie jedoch kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse als Arzthelferin innegehabt. Damit hat sie gegen ihre Wahrheitspflicht verstoßen und beim Arbeitgeber einen Irrtum erregt, der ihn zur Anfechtung des Arbeitsvertrags berechtigt. Ihre Angaben, es habe sich im Lebenslauf um einen Fehler der Textverarbeitung gehandelt, waren nicht als glaubhaft anzusehen[1].

Das Fragerecht besteht auch während des Arbeitsverhältnisses, wenn davon auszugehen ist, dass die bei der Einstellung abgegebenen Erklärungen nicht mehr vollständig vorhanden sind. Allerdings ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, außergerichtlich Erklärungen zu möglichen Kündigungsgründen abzugeben, soweit nicht ausnahmsweise dafür besondere rechtliche Grundlagen bestehen[2].

Fußnoten zu HI1557837

[1] LAG Hamm, Urteil v. 8.2.1995, 18 Sa 2136/93.

[2] BAG, Urteil v. 7.9.1995, 8 AZR 828/93.

12.1.3 Fragerecht nach nachvertraglichen Wettbewerbsverboten

Die Frage im Einstellungsgespräch nach nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, die die Arbeit für einen neuen Arbeitgeber einschränken würden, ist selbstverständlich zulässig und bei entsprechenden Positionen auch geboten.

12.1.4 Fragerecht nach Gesundheitszustand und Erkrankungen

Fragen nach dem Gesundheitszustand des Bewerbers sind einerseits für den Arbeitgeber schon wegen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall von großer Wichtigkeit. Andererseits greifen sie nicht unerheblich in die rechtlich geschützte Privatsphäre des Arbeitnehmers ein. Das Fragerecht ist daher nur unter bestimmten Voraussetzungen gegeben. Dabei kommt es auf die Zielbezogenheit der Frage an.

Dieses Interesse des Arbeitgebers muss objektiv so stark sein, dass dahinter das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts zurücktreten muss. Dementsprechend richtet sich der Umfang des Fragerechts des Arbeitgebers hinsichtlich bestehender Krankheiten danach, ob diese im Zusammenhang mit dem einzugehenden Arbeitsverhältnis stehen. Im Wesentlichen beschränkt sich daher das Fragerecht des Arbeitgebers auf folgende Punkte:

1. Liegt eine Krankheit bzw. eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustands vor, durch die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist?
2. Liegen ansteckende Krankheiten vor, die zwar nicht die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, jedoch die zukünftigen Kollegen oder Kunden gefährden?
3. Ist zum Zeitpunkt des Dienstantritts bzw. in absehbarer Zeit mit einer Arbeitsunfähigkeit zu rechnen, z. B. durch eine geplante Operation, eine bewilligte Kur oder auch durch eine zurzeit bestehende akute Erkrankung?

Die Formulierung: "Waren Sie in den letzten beiden Jahren wegen einer schwerwiegenden oder chronischen Erkrankung, die Einfluss auf die vorgesehene Arbeitsleistung haben könnte, arbeitsunfähig krank?", die sich also nicht auf bestehende, sondern auf frühere Erkrankungen bezieht, wurde wegen ihrer Zielbezogenheit für zulässig erachtet[1].

Werden Arbeitnehmer vor der Einstellung werksärztlich untersucht, so kann dadurch das Fragerecht grundsätzlich nicht erweitert werden. Die ausdrückliche Frage nach einer beantragten oder bewilligten Kur muss der Bewerber wahrheitsgemäß beantworten, da sie von Bedeutung für die Personaleinsatzplanung ist.

Problematisch ist die Abgrenzung zwischen Fragen zu Krankheiten und Behinderungen. Die allgemeine Frage nach bestehenden Krankheiten verstößt grundsätzlich nicht gegen das AGG, ist aber an den allgemeinen Regelungen zu messen (s. o.). Die spezifische Frage nach bestimmten Krankheiten oder Symptomen kann jedoch im Einzelfall eine Erkundigung nach einer Behinderung darstellen und eine Ungleichbehandlung im Sinne des AGG indizieren[2].

Fußnoten zu HI1557839

[1] BAG, Urteil v. 7.6.1984, 2 AZR 270/83.

[2] BAG, Urteil v. 17. 12. 2009, 8 AZR 670/08.

12.1.5 Fragerecht nach Behinderung/Schwerbehinderteneigenschaft

Enge Grenzen sind der Frage nach einer tatsächlich bestehenden Behinderung (nachfolgend "Behinderung") und der Schwerbehinderteneigenschaft (entsprechende Anerkennung ist erfolgt) gesetzt. Die Rechtsprechung ist in der Vergangenheit davon ausgegangen, dass die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft zulässig sei[1]. Ausschlaggebend hierfür war die Erwägung, dass den Arbeitgeber während der Dauer des Arbeitsverhältnisses bei Beschäftigung eines schwerbehinderten Menschen zahlreiche Pflichten treffen und er u. U. Ausgleichsabgaben erspart. In diesem Fall sollte die Frage allein nach einer Behinderung zulässig sein[2]. Auch die seit Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX und des AGG umstrittene Frage, ob sich der Arbeitgeber nach einer bestehenden **Schwerbehinderung** erkundigen dürfe, ist bisher nicht höchstrichterlich entschieden[3]. Nunmehr wird aber ohne Bezug auf die konkrete Tätigkeit gestellte Frage nach einer Behinderung des Bewerbers, vor dem Hintergrund des § 81 Abs. 2 SGB IX und des Diskriminierungsverbots in §§ 1, 7 AGG bei europarechtskonformer Auslegung nicht mehr zulässig sein. Die ein allgemeines Fragerecht bejahende Rechtsprechung des BAG, die maßgeblich auf das Fehlen eines gesetzlichen Diskriminierungsverbots abgestellt hat, ist durch die Einführung der §§ 1, 7 AGG (früher § 81 Abs. 2 SGB IX) überholt[4]. Die **Frage nach einer Behinderung** ist jetzt **nur** noch dann **zulässig, wenn ihr Fehlen eine wesentliche und**

entscheidende berufliche Anforderung für die Tätigkeit ist.

Gefragt werden darf dann nach dieser speziellen Behinderung, nicht nach der Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch. Die Frage nach der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch als solches ist gänzlich ausgeschlossen, denn die damit verbundenen Pflichten des Arbeitgebers rechtfertigen im Sinne des AGG kein legitimes Interesse des Arbeitgebers an einem Fragerecht. Die Frage des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren nach einer Anerkennung als Schwerbehinderter oder einem schwerbehinderten Menschen Gleichgestellter ist seit Inkrafttreten des AGG generell unzulässig.

Nach Einstellung des Arbeitnehmers besteht jedoch eine **Offenbarungspflicht des schwerbehinderten Arbeitnehmers**, so dass der Arbeitgeber nicht Gefahr laufen muss, seine gesetzlichen Pflichten nicht zu erfüllen. Offenbart sich der schwerbehinderte Arbeitnehmer nicht, macht er sich gegenüber seinem Arbeitgeber schadensersatzpflichtig. Weil das Interesse des Arbeitgebers anzuerkennen ist, seine Quote nach § 71 SGB IX zu erfüllen, muss es dem Arbeitgeber möglich sein, gerade mit diesem Ziel einzustellen. Er darf deshalb ausnahmsweise nach einer Schwerbehinderteneigenschaft fragen, wenn er zugleich seine Absicht, die Schwerbehinderteneigenschaft als positives Kriterium zu bewerten, gegenüber dem Bewerber offenbart. Auch in diesem Fall bleibt jedoch das Recht des Schwerbehinderten bestehen, wahrheitswidrig zu antworten. Auf dieses Recht hat der Arbeitgeber hinzuweisen, da andernfalls dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet wäre[5].

Stellt der Arbeitgeber zulässigerweise die Frage nach einer Schwerbehinderung des Arbeitnehmers und beantwortet dieser die Frage falsch, kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten. Das setzt voraus, dass die Täuschung für den Abschluss des Arbeitsvertrags ursächlich war. Wirkt sich die Täuschung nicht aus, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohnehin eingestellt hätte, kann er das Arbeitsverhältnis nicht anfechten. Nur, wenn sich die Täuschung im Arbeitsverhältnis weiter auswirkt, kann auch eine Kündigung gerechtfertigt sein[6].

Fußnoten zu HI1557840

- [1] BAG, Urteil v. 3.12.1998, 2 AZR 754/97.
- [2] Thüsing, Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2010, § 123 BGB Rz. 25 m. w. N.
- [3] Ausdrücklich offengelassen in: BAG, Urteil v. 7.7.2011, 2 AZR 396/10.
- [4] Hesse, BeckOK, 2010, § 620 Rz. 63; ebenso: Preis, Erfurter Kommentar, 2011, § 611 BGB Rz. 274; Bayreuther, NZA 2010, 679; Thüsing, Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2010, § 123 BGB Rz. 25 m. w. N.
- [5] So: Thüsing, Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2010, § 123 BGB Rz. 26 m. w. N.
- [6] BAG, Urteil v. 7.7.2011, 2 AZR 396/10.

12.1.6 Fragerecht nach Aids

Die Frage im Einstellungsgespräch nach einer Aids-**Erkrankung** ist höchstrichterlich noch nicht entschieden, aber grundsätzlich als zulässig anzusehen und wahrheitsgemäß zu beantworten. Das folgt aus der Schwere der Krankheit und den voraussehbaren Arbeitsausfällen bis zum völligen Ausschluss der Arbeitsfähigkeit.

Nach einer Aids-**Infizierung** wird der Arbeitgeber nur fragen dürfen, wenn der Bewerber hierdurch die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit verliert. Das Fragerecht besteht danach bei den Heilberufen und kann beispielsweise auch noch beim Umgang mit Lebensmitteln, im Friseurberuf, bei Floristen oder im Optikergewerbe bei der Anpassung von Kontaktlinsen arbeitsplatzrelevant sein.

12.1.7 Fragerecht nach Stasi-Zugehörigkeit

Ein Interesse des Arbeitgebers, im Einstellungsgespräch nach einer Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit/Amt für Nationale Sicherheit zu fragen, ist mit der Deutschen Vereinigung entstanden und auch heute noch denkbar.

Nach dem Einigungsvertrag (Anl. I, Kap. XIX, A, III, Ziff. 1 Abs. 5) ist die frühere Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zum Ministerium für Staatssicherheit/Amt für Nationale Sicherheit ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung im öf-

fentlichen Dienst, wenn deshalb ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar erscheint. Dabei wird nicht zwischen hauptamtlicher und inoffizieller Mitarbeit unterschieden. Inoffizielle Mitarbeiter müssen allerdings bewusst beim MfS mitgearbeitet haben. Im öffentlichen Dienst und in der öffentlichen, wenn auch privatrechtlich organisierten Verwaltung, wird man deshalb ein entsprechendes Fragerecht des Arbeitgebers grundsätzlich als zulässig ansehen können[1].

In der privaten Wirtschaft dagegen wird die Zulässigkeit der Frage nach einer Stasi-Zugehörigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen zum Fragerecht bei Einstellungen behandelt werden müssen. Sie hängt vor allem davon ab, ob ein objektiver Zusammenhang mit der vorgesehenen Beschäftigung besteht. Hiervon wird man bei besonderen Vertrauensstellungen ausgehen müssen[2].

Die Folge einer wahrheitswidrigen Beantwortung zulässigerweise gestellter Fragen nach einer "Stasi-Mitarbeit", nämlich der Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrags, ist jedoch in Anbetracht des inzwischen eingetretenen Zeitablaufs nicht mehr die Regel. Das BAG steht zutreffend auf dem Standpunkt, dass die Anfechtung gemäß § 242 BGB ausgeschlossen ist, wenn die Rechtslage des Getäuschten im Zeitpunkt der Anfechtung nicht mehr beeinträchtigt ist[3]. Fragen nach vor dem Jahr 1970 abgeschlossenen Tätigkeiten sind **regelmäßig** unzulässig[4].

Fußnoten zu HI1557843

- [1] BAG, Urteil v. 25.10.2001, 2 AZR 559/00; BAG, Urteil v. 16.12.2004, 2 AZR 148/04.
- [2] Vgl. BAG, Urteil v. 13.6.2002, 2 AZR 234/01.
- [3] BAG, Urteil v. 28.5.1998, 2 AZR 549/97.
- [4] BVerfG, Beschluss v. 21.7.1999, 1 BvR 1584/98.

12.1.8 Fragerecht nach Vermögensverhältnissen

Die Frage im Einstellungsgespräch nach den Vermögensverhältnissen des Bewerbers ist, wie sich aus den Grundsätzen zum Fragerecht ableiten lässt, zulässig, wenn ein objektiver Zusammenhang mit der zu besetzenden Position vorhanden ist. Davon wird man bei leitenden Angestellten und besonderen Vertrauenspositionen ausgehen müssen. Bei Angestellten im mittleren und unteren Verantwortungsbereich und bei Arbeitern ist die Frage dagegen unzulässig.

Das BAG formuliert, dass die Frage zulässig sei, wenn sie für die zu besetzende Stelle wichtig ist. Als Personen in einem besonderen Vertrauensverhältnis sind z. B. Filialleiter oder Bankkassierer anzusehen[1].

Fußnoten zu HI1557844

- [1] BAG, Urteil v. 5.12.1957, 1 AZR 594/56.

12.1.9 Fragerecht nach Vorstrafen

Die Frage nach Vorstrafen ist ebenso zulässig, soweit sie für die zu besetzende Stelle wichtig ist. Das BAG formuliert, dass die Frage zulässig ist, "wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes die Frage erfordert".

Wenn Vorstrafen "einschlägig" sind, weil sie einen Bezug zum vorgesehenen Arbeitsplatz aufweisen, dürfen sie also erfragt werden. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Sicht des Arbeitnehmers, sondern auf einen objektiven Maßstab an[1].

Das gilt beispielsweise für Verkehrsdelikte beim Berufskraftfahrer, Vermögensdelikte beim Buchhalter oder Sexualdelikte bei Betreuern von Kindern und Jugendlichen.

Der Arbeitnehmer darf sich als unbestraft bezeichnen und braucht auch einschlägige Vorstrafen nicht zu offenbaren, wenn die Vorstrafe nicht (mehr) im Bundeszentralregister eingetragen oder (wegen Geringfügigkeit) nicht in ein polizeiliches Führungszeugnis (Auszug aus dem Bundeszentralregister) aufzunehmen ist. Ob dies nach der Änderung des Bundeszentralregistergesetzes (§ 30a BZRG) auch dann gilt, wenn Eintragungen in dem erweiterten Führungszeugnis vorhanden sind, wurde bislang noch nicht entschieden. Es ist jedoch davon auszugehen, dass eine Offenbarungspflicht immer dann besteht, wenn der

Bewerber eine Tätigkeit übernehmen soll, die unter § 30a BZRG fällt; z. B. dann wenn der Bewerber die Beaufsichtigung, Betreuung, Erziehung oder die Ausbildung von Minderjährigen oder eine Tätigkeit übernehmen soll, die in vergleichbarer Weise geeignet ist, Kontakt zu Minderjährigen aufzunehmen. Eine Offenbarungspflicht besteht dann unter anderem für Straftaten im Zusammenhang mit der Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht, der Misshandlung von Schutzbefohlenen, der Zuhälterei oder der Verbreitung von pornografischen Schriften.

Die Frage nach einem laufenden Ermittlungsverfahren ist wegen der bis zu seinem rechtskräftigen Abschluss geltenden Unschuldsvermutung unzulässig[2].

Der Arbeitgeber darf grundsätzlich auch nicht so fragen, dass eingestellte strafrechtliche Ermittlungsverfahren von der Fragestellung umfasst wären. Die unspezifische Erhebung von Daten, also die Frage nach mehr Informationen als der Fragende beanspruchen darf, stellt nach Auffassung des BAG einen Verstoß gegen Datenschutzrecht dar. Die Frage - auch - nach eingestellten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren verstößt gegen die Wertentscheidung des § 53 Bundeszentralregistergesetz (BZRG)[3], denn selbst ein verurteilter Straftäter darf sich als unbestraft bezeichnen, wenn die Verurteilung nicht in das Führungszeugnis einzutragen war oder nach Fristablauf oder aus anderen Gründen zu löschen war. Dies gilt erst recht für denjenigen, gegen den ein Ermittlungsverfahren geführt, aber dann eingestellt wurde

Fußnoten zu HI1557845

[1] BAG, Urteil v. 15.1.1970, 2 AZR 64/69.

[2] ArbG Münster, Urteil v. 20.11.1992, 3 Ca 1459/92.

[3] BAG, Urteil v. 15.11.2012, 6 AZR 229/11

12.1.10 Fragerecht nach Zugehörigkeit zur Scientology-Organisation

Die Scientology-Organisation beschäftigt seit vielen Jahren die Arbeits-, Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in allen Instanzen. Ihre Anerkennung als Kirche ist bisher in Deutschland - anders als in den USA und Frankreich - ohne Erfolg betrieben worden. Sie akzeptiert nur ihre eigene, in zahlreichen Satzungen geregelte Ordnung und wird vom Verfassungsschutz einiger Bundesländer beobachtet. Das Bundesarbeitsgericht hat sich in einem ausführlichen, grundlegenden Urteil mit dieser Organisation beschäftigt[1]. Das Urteil ist in einem Rechtsstreit eines früheren Arbeitnehmers gegen die "Scientology Kirche Hamburg e. V." (früher College für angewandte Philosophie Hamburg e. V.) ergangen. Seine deutlichen Erkenntnisse sind auf alle Mitglieder dieser international verbreiteten, straff hierarchisch gegliederten Organisation in der Bundesrepublik anwendbar.

Danach ist die Frage des Arbeitgebers nach der Zugehörigkeit zur Scientology-Organisation - wenn es sich nicht um eine ganz untergeordnete Position handelt - zulässig. Zum Teil wird auch zwischen "Zugehörigkeit" zur Organisation und bloßer "Sympathie" unterschieden. Im Hinblick auf das AGG dürfte die Scientology-Frage etwas problematisch, jedoch weiterhin zulässig sein - obwohl das Gesetz weder den Begriff "Religion" noch "Weltanschauung" definiert, und diese Begriffe letztlich europäische sind, über deren gemeinschaftsweite Auslegung der EuGH zu entscheiden hat.

Fußnoten zu HI1557846

[1] BAG, Beschluss v. 22.3.1995, 5 AZB 21/94.

12.2 Allgemein unzulässige Fragen des Arbeitgebers

Fragen des Arbeitgebers im Einstellungsgespräch, die sein Fragerecht überschreiten, also unzulässig sind, braucht der Bewerber nicht zu beantworten. Da der Arbeitgeber aber aus dem Schweigen eines Bewerbers negative Schlüsse ziehen kann, ist es anerkannt, dass ihm bei unzulässigen Fragen das Recht zur Lüge zusteht.

Der Arbeitgeber kann nur bei einer falschen Antwort auf eine zulässige Frage den Arbeitsvertrag anfechten[1] oder aus wichtigem Grund kündigen. Eine arglistige Täuschung gemäß § 123 BGB liegt im Arbeitsrecht nur bei der vorsätzlichen, falschen Beantwortung zulässiger Fragen vor[2].

Die Rechtsprechung zur Begrenzung des Fragerechts nutzt nur dem Bewerber etwas, der sie kennt und den Mut zur Lüge hat. Dem Arbeitgeber kann nur empfohlen werden, für die Einstellung relevante Angaben nachzuprüfen und gegebenenfalls die Bewerbung allgemein und nicht etwa unter Bezugnahme auf unzulässig erfragte Tatsachen abzulehnen. Unzulässig sind unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich die nachfolgend dargestellten Fragen.

Fußnoten zu HI1557847

[1] Zur Anfechtung siehe "Sonstige Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses".

[2] BAG, Urteil v. 5.12.1957, 1 AZR 594/56; BAG, Urteil v. 21.2.1991, 2 AZR 449/90.

12.2.1 Frage nach Schwangerschaft

Schwangere Frauen sind im Berufsleben durch das Mutterschutzgesetz (MuSchG) und durch weitere Vorschriften besonders geschützt. Die Pflichten des Arbeitgebers sind umfangreich und beginnen bei der Gestaltung des Arbeitsplatzes. Während der Schwangerschaft und auch nach der Entbindung bestehen absolute (§§ 3 Abs. 2 und 6 Abs. 1 MuSchG) und tätigkeitsspezifische Beschäftigungsverbote (z. B. Nacht- und Mehrarbeitsverbote, vgl. §§ 4 und 6 MuSchG), ggf. eine Freistellungspflicht aufgrund ärztlichen Zeugnisses sowie ein besonderes Kündigungsverbot gemäß § 6 MuSchG während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von 4 Monaten nach der Entbindung, vgl. dazu Teil 2.3.1 "Mutterschutz".

Die Vorgaben der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG über das **geschlechtsbezogene Benachteiligungsverbot** wurden - bis August 2006 in den §§ 611a, 611b und 612 Abs. 3 BGB und seit dem 18.8.2006 - durch das AGG in deutsches Recht umgesetzt. Gemäß §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1, 7 AGG dürfen Bewerber beim Zugang zur selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit nicht wegen des Geschlechts benachteiligt werden. Eine unmittelbare Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 1 AGG wegen des Geschlechts liegt auch im Fall einer ungünstigen Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor.

In Anbetracht der umfangreichen, besonderen Pflichten des Arbeitgebers gegenüber einer schwangeren Arbeitnehmerin wurde diesem früher regelmäßig ein berechtigtes Interesse an einer Information über eine - auch geplante - Schwangerschaft zuerkannt, sodass diese Fragen im Einstellungsgespräch von der Rechtsprechung lange Zeit für zulässig gehalten wurden. Das hat sich vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH, dem das BAG nach und nach gefolgt ist, grundlegend geändert.

Der EuGH hat zunächst darauf erkannt, dass die Frage nach der Schwangerschaft trotz der finanziellen Nachteile für den Arbeitgeber **generell unzulässig** ist[1]. Dem ist das BAG gefolgt, allerdings mit der Einschränkung, dass die Frage immer dann noch als zulässig angesehen wurde, wenn die angestrebte Tätigkeit von vornherein nicht aufgenommen werden konnte, weil ihr Beschäftigungsverbote, z. B. der Umgang mit gesundheitsgefährdenden Stoffen, oder sofort einsetzender Mutterschutz entgegenstanden[2]. Der EuGH räumt auch bei dieser Fallgestaltung kein Fragerecht ein und erkennt, dass dies nicht davon abhängig sein kann, ob "die Abwesenheit der Betroffenen in dem ihrer Mutterschaft entsprechenden Zeitraum für das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens unerlässlich ist"[3]. Genau so wurde der Fall einer schwangeren Arbeitnehmerin beurteilt, die aus familiären Gründen nur - verbotene - Nacharbeit leisten konnte[4]. Das BAG hat seine Rechtsprechung in diese Richtung fortentwickelt und sieht heute die Frage auch dann als unzulässig an, wenn eine unbefristet eingestellte Arbeitnehmerin die geschuldete Leistung wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots zunächst, d. h. auch von Anfang an, nicht erbringen kann. Dem Beschäftigungshindernis wird nun auch vom BAG eine nur vorübergehende Natur beigegeben, das nicht zu einer dauerhaften Störung des Vertragsverhältnisses führe[5].

Während bei den Entscheidungen zur Unzulässigkeit der Schwangerschaftsfrage auch bei sofort bestehenden Beschäftigungsverboten die Schwangerschaft den Bewerberinnen bei der Einstellung noch nicht bekannt war, ist der EuGH noch einen Schritt weiter gegangen und sieht das Verschweigen einer Schwangerschaft auch bei erwiesener **Missbrauchsabsicht** als zulässig an. Zur Wahrung des Schutzzwecks der Gleichbehandlungsrichtlinie kann nach Auffassung des EuGH die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass eine Arbeitnehmerin die Lücken des Systems bewusst ausnutzt[6].

Der EuGH hat schließlich seine Rechtsprechung auch auf befristete Arbeitsverhältnisse ausgedehnt. Die Arbeitnehmerin war für 6 Monate befristet eingestellt und teilte erstmals einen Monat später mit, dass sie noch während der Laufzeit des Vertrags entbinden würde. Die darauf erfolgte Entlassung sieht der EuGH als unwirksam an[7]. Nach seiner Auffassung sind die Voraussetzungen für eine Diskriminierung unabhängig davon zu prüfen, ob es sich um ein unbefristetes oder ein befristetes Arbeitsverhältnis handelt. Wenn auch eine Entscheidung des BAG noch nicht vorliegt, wird man doch davon auszugehen haben, dass die **Frage nach der Schwangerschaft** auch bei der Begründung eines befristeten Arbeitsverhältnisses und damit **stets unzulässig** ist.

Hinweis

Befristetes Probearbeitsverhältnis möglich

Bei einer Neueinstellung ist alternativ zu einem unbefristeten Arbeitsvertrag mit vorgeschalteter Probezeit an ein wirksam befristetes (Probearbeits-)Verhältnis zu denken, das auch bei Schwangerschaft ohne Eingreifen des besonderen Kündigungsschutzes nach dem MuSchG auslaufen kann. Wie bei jedem befristeten Arbeitsvertrag sollten während der Laufzeit keine falschen Erwartungen über eine Verlängerung geweckt und außerdem vor Fristablauf keine kritischen Beendigungsgründe genannt werden. Eine Einstellungspraxis, nach der Frauen im gebärfähigen Alter grundsätzlich nur befristet eingestellt werden, verbietet sich freilich, nicht erst seit dem Inkrafttreten des AGG.

Fußnoten zu HI1557848

- [1] EuGH, Urteil v. 8.11.1990, C-177/88.
- [2] BAG, Urteil v. 1.7.1993, 2 AZR 25/93.
- [3] EuGH, Urteil v. 14.7.1994, C-32/93; EuGH, Urteil v. 3.2.2000, C-207/98.
- [4] EuGH, Urteil v. 5.5.1994, C-421/92.
- [5] BAG, Urteil v. 6.2.2003, 2 AZR 621/01.
- [6] EuGH, Urteil v. 27.2.2003, C-320/01.
- [7] EuGH, Urteil v. 4.10.2001, C-109/00.

12.2.2 Frage nach Eheschließung und Familienplanung

Ehe und Familie stehen als Grundrecht unter besonderem Schutz der staatlichen Ordnung (Art. 6 GG). Unzulässig sind daher Fragen über eine etwa beabsichtigte Eheschließung oder Familienplanung. Hier wird die geschützte Privatsphäre des Bewerbers berührt, ohne dass ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Beantwortung solcher Fragen ersichtlich wäre.

12.2.3 Frage nach Gewerkschaftszugehörigkeit

Arbeitgeber sind regelmäßig daran interessiert, den gewerkschaftlichen Organisationsgrad in ihrem Betrieb niedrig zu halten. Die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit eines Bewerbers ist insofern ebenso verbreitet wie unzulässig.

Das Recht Gewerkschaften zu bilden, ist grundgesetzlich (Art. 9 Abs. 3 GG) gewährleistet. Die Frage dringt unverhältnismäßig in die geschützte Privatsphäre des Arbeitnehmers ein. Nach der Gewerkschaftszugehörigkeit darf daher nach herrschender Meinung im Einstellungsgespräch nicht gefragt werden. Eine Ausnahme gilt für sog. Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften gemäß § 118 BetrVG.

12.2.4 Frage nach Konfessionszugehörigkeit

Das Recht zur freien Religionsausübung ist grundgesetzlich gewährleistet (Art. 4 GG). Nach der Konfessionszugehörigkeit

darf daher im Einstellungsgespräch nicht gefragt werden. Solchen Fragen steht heute auch das AGG entgegen.

Eine Ausnahme gilt nur für sog. Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften gemäß § 118 BetrVG bzw. nach Maßgabe von § 9 AGG.

Das Fragerecht nach Zugehörigkeit zur Scientology-Organisation ist keine Frage nach der Konfessionszugehörigkeit, weil Scientology nicht als Kirche anerkannt ist, s. o.

12.2.5 Frage nach Entgeltpfändungen, -abtretungen

Auf Arbeitgeberseite besteht wegen des erfahrungsgemäß hohen Bearbeitungsaufwands durchaus Interesse, bei der Einstellung den Bewerber nach Entgeltpfändungen oder -abtretungen zu fragen.

Die Zulässigkeit der Frage ist zweifelhaft, weil sie einerseits in die geschützte Privatsphäre des Bewerbers eingreift und andererseits der Arbeitgeber die Kosten für die Bearbeitung auf den Arbeitnehmer abwälzen kann (Kostenerstattungsanspruch). Die Kosten müssen jedoch erst einmal ermittelt und durch zulässigen Entgeltabzug hereingeholt werden. Eine Störung des Arbeitsverhältnisses von der Verwaltungsseite her ist somit vorprogrammiert. Die Arbeitsgerichte werden dem Arbeitgeber zuzumuten, sich hiermit abzufinden, weil sonst dieser Arbeitnehmerkreis Schwierigkeiten hätte, wieder in ein Arbeitsverhältnis zu gelangen oder sich zu verbessern. So im Ergebnis (nicht veröffentlicht) ArbG Berlin[1].

Fußnoten zu HI1557852

[1] ArbG Berlin, Urteil v. 16.7.1986, 8 Ca 141/86.

12.2.6 Frage nach Parteizugehörigkeit

Das Recht, politischen Parteien beizutreten, ist grundgesetzlich gewährleistet (Art. 9 GG). Nach der Parteizugehörigkeit darf daher im Einstellungsgespräch nicht gefragt werden.

Ausnahmen gelten wiederum nur für die sog. Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften gemäß § 118 BetrVG. Auch wenn rein politische Überzeugungen nicht unter den Begriff der "Weltanschauung" fallen sollen, ist hier u. U. wiederum § 9 AGG zu beachten.

12.2.7 Frage nach Wehrdienst, Wehrübungen

Die bei jungen Männern im Bewerbungsgespräch und in Personalfragebögen häufig gestellte Frage nach der Ableistung von Wehrdienst und Wehrübungen liegt nicht nur aufgrund des besonderen Kündigungsschutzes aus Anlass des Wehrdienstes oder von Wehrübungen gemäß § 2 Abs. 1 ArbPISchG im Interesse von Arbeitgebern.

Dennoch sind diese Fragen spätestens seit dem Inkrafttreten des AGG als grundsätzlich nicht mehr zulässig anzusehen, da sie männliche Bewerber wegen des Geschlechts benachteiligen; jedenfalls dürften entsprechende Fragen im Sinne der Beweislastregel des § 22 AGG als Indiz für eine Benachteiligung ausreichen. Auch in standardisierten Personalfragebögen sollten entsprechende Fragen nicht mehr auftauchen, zumal im Juli 2011 die allgemeine Wehrpflicht ausgesetzt worden ist.

Unter Gleichberechtigungsgesichtspunkten liegt eine deutliche Parallele zur Schwangerschaftsfrage vor. Nur Männer werden für die öffentliche Aufgabe der Landesverteidigung herangezogen, ihr Arbeitsplatzschutz ist konzeptionell dem der werdenden Mutter vergleichbar (§ 1 ArbPISchG). Wenn die Einstellungsfrage nach der Schwangerschaft generell unzulässig ist, muss dies auch für die Frage nach Ableistung der Wehrpflicht gelten, zumal der Arbeitgeber seit Juli 2011 auf absehbare Zeit auch nicht mehr befürchten muss, dass der Arbeitnehmer noch zur Wehrpflicht herangezogen wird.

13 Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers

Macht der Arbeitgeber von seinem ohnehin begrenzten Fragerecht bei Einstellungen keinen Gebrauch, so trifft den Bewerber nur in Ausnahmesituationen eine Rechtspflicht, bestimmte Umstände auch ungefragt offenzulegen. Eine **arglistige Täuschung durch Unterlassen**, die eine Anfechtung des Arbeitsvertrags gemäß § 123 BGB rechtfertigen kann, liegt dann vor, wenn der Bewerber **elementare Anforderungen** des vorgesehenen Arbeitsplatzes nicht erfüllt, deren Bedeutung für die Entscheidung zu seiner Einstellung jedoch offenkundig ist[1].

Davon kann nur ausgegangen werden, wenn die nicht offenbaren Umstände dem Bewerber die Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Leistungspflichten unmöglich machen oder sonst für den künftigen Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind[2].

Die Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers korrespondiert mit dem Fragerecht des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer ist nur verpflichtet, für die Einstellung erhebliche Tatsachen zu offenbaren, nach denen der Arbeitgeber hätte fragen dürfen, wenn er von sich aus auf diese Frage gekommen wäre. Es gibt jedoch nicht im umgekehrten Fall eine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers immer schon dann, wenn ein Fragerecht besteht. Eine Offenbarungspflicht besteht nur in sehr seltenen Fällen. Es muss sich jeweils um Situationen handeln, in denen das **Interesse** des Arbeitgebers, von dem Umstand zu erfahren, so groß ist, dass der Arbeitnehmer nicht nur auf entsprechende Fragen wahrheitsgemäß antworten muss, sondern ungefragt die Information preiszugeben hat[3]. So muss der Bewerber ein bestehendes **Wettbewerbsverbot** auch ungefragt offenbaren - selbst wenn er sich nicht daran halten will -, da die Gefahr besteht, dass sein alter Arbeitgeber das Wettbewerbsverbot gegen ihn durchsetzt, z. B. durch eine Unterlassungsverfügung[4].

Fußnoten zu HI1557855

- [1] BAG, Urteil v. 1.8.1985, 2 AZR 101/83; vgl. auch BAG Urteil v. 22.4.2004, 2 AZR 281/03.
- [2] BAG, Urteil v. 21.2.1991, 2 AZR 449/90; vgl. auch BAG, Urteil v. 20.5.1999, 2 AZR 320/98.
- [3] Jousen, Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK, Stand: 1.12.2010, § 611 BGB Rz. 73.
- [4] Jousen, Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK, Stand: 1.12.2010, § 611 BGB Rz. 79.

13.1 Offenbarung der Schwangerschaft

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass erst nach Einstellung einer Arbeitnehmerin bekannt wird, dass diese bei Abschluss des Arbeitsvertrags bereits schwanger war und dies auch wusste, diese Tatsache also bewusst verschwiegen hat.

Nach § 5 Abs. 1 MuSchG, der sich mit der Meldepflicht der Schwangerschaft befasst und nur eine Sollvorschrift ist, ist die werdende Mutter selbst im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls im Regelfall nicht verpflichtet, das Bestehen der Schwangerschaft mitzuteilen. Die gesetzliche Fassung als Sollvorschrift beruht auf der Achtung des Persönlichkeitsrechts der Frau. Obwohl die Gesundheit von Mutter und Kind an sich eine frühzeitige Unterrichtung des Arbeitgebers nahe legt, soll die Arbeitnehmerin nicht zur Offenbarung ihrer Schwangerschaft gezwungen sein[1].

Das BAG hatte zwar früher noch eine Offenbarungspflicht angenommen, wenn zur geschuldeten Arbeitsleistung Tätigkeiten gehörten, die die Gesundheit von Mutter und Kind gefährden oder nach dem Mutterschutzgesetz verboten sind[2]. Diese Rechtsauffassung ist aber überholt, seitdem nach der Rechtsprechung des EuGH und des BAG ein Fragerecht des Arbeitgebers nach der Schwangerschaft nicht mehr besteht (s. o.).

Damit ist jede Offenbarungspflicht von schwangeren Bewerberinnen entfallen und eine Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrags ausgeschlossen.

Fußnoten zu HI1557856

- [1] BAG, Urteil v. 18.1.2000, 9 AZR 932/98.
- [2] BAG, Urteil v. 8.9.1988, 2 AZR 102/88.

13.2 Offenbarung von Gesundheitszustand, Erkrankungen

Eine allgemeine Auskunftspflicht über ausgeheilte oder akute Erkrankungen besteht nicht. Auch eine lediglich latente Gesundheitsgefährdung ist nicht offenbarungspflichtig. Die Interessen des potenziellen Arbeitgebers sind dadurch geschützt, dass er unter den von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen im Einstellungsgespräch die erforderlichen Fragen nach dem Gesundheitszustand stellen kann (s. o.). Offenbarungspflichtig sind ausnahmsweise solche Erkrankungen, die den Arbeitnehmer wegen der Ansteckungsgefahr oder der Schwere der Erkrankung an der Erbringung der Arbeitsleistung dauerhaft hindern. Dies ist z. B. bei einer AIDS-Erkrankung regelmäßig der Fall. Bei der AIDS-Infektion kommt es dagegen auf die Art der Tätigkeit an[1]. Die Offenbarungspflicht besteht danach zumindest bei schwerwiegenden Erkrankungen für Heilberufe und beim Umgang mit Lebensmitteln, im Friseurberuf, bei Floristen und im Optikergewerbe, soweit es im Rahmen dieser Tätigkeiten zu einer Ansteckung kommen kann (z. B. Anpassung von Kontaktlinsen).

Fußnoten zu HI1557857

[1] Kreitner, Küttner, Personalbuch, 2010, § 79 Rz. 7.

13.3 Offenbarung der Schwerbehinderteneigenschaft

Für den Bereich der Schwerbehinderten bestand sowohl in der arbeitsrechtlichen Literatur als auch in der Rechtsprechung Eignigkeit darüber, dass der Schwerbehinderte von sich aus nicht über die bestehende Behinderung aufklären muss, soweit ihm die Tätigkeit dadurch nicht unmöglich gemacht wird[1]. Spätestens seit Geltung des Diskriminierungsverbots für schwerbehinderte Bewerber und Mitarbeiter gemäß § 81 Abs. 2 SGB IX und dem AGG sowie aufgrund der Rechtsprechung des EuGH und des BAG zum Fragerecht nach der Schwerbehinderung (s. o.) ist jedoch davon auszugehen, dass es eine Offenbarungspflicht nicht mehr gibt.

Fußnoten zu HI1557858

[1] BAG, Urteil v. 11.11.1993, 2 AZR 467/93; BAG, Urteil v. 5.10.1995, 2 AZR 923/94.

13.4 Offenbarung von nachvertraglichen Wettbewerbsverboten

Ebenso wie die Frage im Einstellungsgespräch nach nachvertraglichen Wettbewerbsverboten, die die Arbeit für einen neuen Arbeitgeber einschränken würden, selbstverständlich zulässig ist, ist der Bewerber verpflichtet, auch ungefragt von sich aus auf solche Wettbewerbsbeschränkungen hinzuweisen.

14 Absage einer Bewerbung

Die Anbahnung von Arbeitsverhältnissen endet mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrags oder mit einer Absage.

Ein abgelehnter Bewerber wird regelmäßig ein Interesse an der Erläuterung der Ablehnungsgründe haben, um gegebenenfalls seine Bewerbungsunterlagen verbessern zu können.

Im Ablehnungsschreiben und auch bei telefonischen Nachfragen sollte sich der Arbeitgeber aus haftungsrechtlichen Gründen nach dem AGG möglichst neutral und vorsichtig ausdrücken und sich kurz fassen. Sogar die - oft nur höflich gemeinte - Floskel, dass trotz der Qualifikation des Bewerbers einem anderen der Vorzug gegeben wurde, erscheint nach dem AGG haftungsträchtig, da der abgelehnte Bewerber (und möglicherweise später auch der Arbeitsrichter) aus einer solchen Formulierung herauslesen könnte, dass jedenfalls keine sachlichen, sondern offenbar "andere" Gründe zu der für den Bewerber/Kläger nachteiligen Auswahlentscheidung geführt haben. Zudem kann daraus abgelesen werden, dass der eingestellte Bewerber männlichen Geschlechts ist.

Am besten wird auf die Angabe von Gründen überhaupt verzichtet. Eine Auskunftspflicht des Arbeitgebers gegenüber einem außenstehenden Bewerber besteht unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt. Nur behinderte Bewerber haben aller-

dings nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX Anspruch auf Darlegung der Gründe. Unterbleibt dies, kann dies ein Indiz für eine verbotene Benachteiligung sein. Es sollte abgewartet werden, bis der behinderte Bewerber die Angabe der Gründe unter Hinweis auf seine Behinderung geltend macht.

Auch wenn eine restriktive Informationspolitik bei Absagen nicht zum Image des Unternehmens passt, ist im Hinblick auf mögliche Ansatzpunkte für Klagen übergangener Bewerber auf Schadensersatz und Entschädigung zur Zurückhaltung zu raten. Wer dennoch Auskünfte geben möchte, sollte - wenn das denn zutrifft - primär auf die fachliche Qualifikation im Vergleich zu den Mitbewerbern und auf die in der Stellenanzeige diskriminierungsfrei formulierten Voraussetzungen abstellen. Keinesfalls sollten in dem Bemühen um Verbindlichkeit und Freundlichkeit Gründe angegeben werden, die Anhaltspunkte für eine unzulässige, ggf. auch nur mittelbare Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale geben könnten (gefährlich: "Wir haben uns für einen Bewerber entschieden, der besser zu uns passt").

Aus prozessrechtlichen Gründen ist noch Folgendes zu beachten: Hat sich der Arbeitgeber bei seiner Absage auf bestimmte Ablehnungsgründe festgelegt, muss er damit rechnen, dass das Arbeitsgericht andere als in der Ablehnung genannte Gründe als unglaubwürdig einstuft und die Prüfung der Frage, ob eine Diskriminierung im Sinne des AGG vorliegt, auf die im Ablehnungsschreiben ausdrücklich genannten Ablehnungsgründe beschränkt. Nachträglich vom Arbeitgeber angeführte weitere Gründe, die im Ergebnis sogar geeignet wären, die Auswahlentscheidung als diskriminierungsfrei darzustellen, würden so nicht berücksichtigt.

Durch die Absage sollte der abgewiesene Bewerber selbstverständlich auch nicht darauf hingewiesen werden, dass er eine unzulässige Frage der Wahrheit entsprechend beantwortet hat und nunmehr die Bewerbung daran gescheitert ist.

Hinweis

Dokumentation der Auswahlentscheidung

Vorsorglich sollten die benachteiligungsfreien Kriterien der Auswahlentscheidung sowie die Absagen selbst gerichtsfest dokumentiert werden.

15 Geplante Neuregelungen zum Arbeitnehmerdatenschutz

15.1 Allgemeines

Seit längerer Zeit wird über die Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen für den Beschäftigtendatenschutz diskutiert. Vor dem Hintergrund von Datenschutzskandalen wurde § 32 BDSG als Grundsatznorm durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 14.8.2009 mit Wirkung zum 1.9.2009 eingeführt[1].

Bereits im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP haben sich die Koalitionspartner dazu verpflichtet, den Arbeitnehmerdatenschutz **weiter** zu verbessern. Geplant ist hiernach, dem Arbeitnehmerdatenschutz ein eigenes Kapitel im Bundesdatenschutzgesetz zu widmen[2]. Die Federführung hierfür liegt beim Bundesministerium des Innern. Verschiedene von der Öffentlichkeit stark diskutierte Vorfälle - etwa in Unternehmen wie Lidl und der Deutsche Bahn AG - hätten gezeigt, dass eine generelle Regelung des Arbeitnehmerdatenschutzes notwendig sei[3]. Das Bundesministerium des Innern hat am 28.5.2010 einen Referentenentwurf vorgelegt[4]. Seit dem 1.9.2010 liegt der Bundesregierung ein Kabinettsentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes vor[5]. Mit einem Inkrafttreten ist frühestens zum 1.3.2012 zu rechnen. Das Gesetz wird nach dem Entwurf erst 6 Monate nach der Veröffentlichung in Kraft treten.

Die Zulässigkeit des Umgangs mit Beschäftigtendaten richtet sich im Entwurf nach den §§ 32 bis 32l BDSG-E, soweit nicht

spezialgesetzliche Regelungen vorhanden sind. Diese Vorschriften sollen für die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses gelten. Sollen Beschäftigtendaten für andere Zwecke erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, gelten nicht die Vorschriften der §§ 32 bis 32l BDSG-E, sondern die übrigen Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes. Der Arbeitnehmerdatenschutz soll nicht nur auf automatisierte Daten beschränkt sein, vielmehr umfasst der Anwendungsbereich der §§ 32 ff. BDSG-E auch den Umgang mit papiergebundenen Beschäftigtendaten und Fragerechte des Arbeitgebers[6].

Fußnoten zu HI2725300

- [1] BGBl. 2009 I S. 2814.
- [2] Koalitionsvertrag zwischen der CDU, CSU und der FDP v. 26.10.2009, S. 106.
- [3] Siehe hierzu: Eckpunktepapier des Bundesministeriums des Innern zum Beschäftigtendatenschutz v. 31.3.2010, Seite 1 - Abrufbar unter: www.bmi.bund.de = BB 2010 S. 1020.
- [4] Vgl. hierzu: Bonanni/Kamps, in ArbRB 2010, S. 133.
- [5] Gesetzentwurf zum Beschäftigtendatenschutz (inkl. Gegenäußerung der Bundesregierung), BT-Drucksache 17/4230; Stellungnahme des Bundesrats v. 5.11.2010: Empfehlung der Ausschüsse, Drs. 535/2/10.
- [6] RefE des Bundesministeriums des Innern v. 28.5.2010, S. 22.

15.2 Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten vor Begründung eines Arbeitsverhältnisses

§§ 32 bis 32b BDSG-E enthalten Regelungen zur Datenerhebung vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses. § 32 BDSG-E erfasst insbesondere die mündliche und die schriftliche Befragung von Bewerbern. § 32a BDSG-E erfasst die Zulässigkeit und die Grenzen ärztlicher Untersuchungen und Eignungstests (z. B. Assessment-Center-Tests)[1].

Grundsatz: Für Tätigkeit relevante Daten dürfen erhoben werden

Nach § 32 Abs. 1 BDSG-E darf der Arbeitgeber vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses Beschäftigtendaten erheben, wenn die Kenntnis der Daten erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten für die konkrete Tätigkeit festzustellen. Zu diesem Zweck darf der Arbeitgeber insbesondere Daten über die fachlichen und persönlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sowie über die Ausbildung und den bisherigen beruflichen Werdegang des Beschäftigten erheben.

Grenzen der Datenerhebung

§ 32 Abs. 2 BDSG-E behandelt die Zulässigkeit und Grenzen der Erhebung besonders schutzwürdiger Bewerberdaten. Hierzu gehören Daten über die rassische oder ethnische Herkunft, Behinderung, Gesundheit, sexuelle Identität, Vermögensverhältnisse, Vorstrafen und laufende Ermittlungsverfahren. Die Erhebung solcher Daten eines Bewerbers ist an strenge Voraussetzungen geknüpft. Nach § 32 Abs. 2 BDSG-E dürfen diese Daten wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung nur dann erhoben werden, wenn diese Daten wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen oder Hindernisse darstellen. So hat ein Arbeitgeber bspw. ein Interesse daran zu erfahren, ob der Bewerber auf eine Stelle als Buchhalter aufgrund eines Vermögensdelikts (Diebstahl, Unterschlagung etc.) vorbestraft ist. Für die auszuübende Tätigkeit würde es indessen grundsätzlich kein Hindernis darstellen, wenn der künftige Buchhalter wegen eines Verkehrsdelikts vorbestraft wäre; hier bestünde kein Fragerecht des Arbeitgebers.

§ 32 Abs. 3 BDSG-E verbietet ein Fragerecht des Arbeitgebers im Bewerbungsstadium nach einer Schwerbehinderung oder Gleichstellung mit einer Schwerbehinderung nach § 68 SGB IX. Die entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor Schaffung des AGG bezüglich des Fragerechts nach einer Schwerbehinderung wäre damit auch ausdrücklich als überholt anzusehen[2].

§ 32 Abs. 4 BDSG-E enthält ein Fragerecht für Religionsgemeinschaften und die ihr zugeordneten Einrichtungen bzw. für Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege der Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe gemacht haben, im Hinblick auf die religiöse Überzeugung, die Religionszugehörigkeit oder die Weltanschauung des Bewerbers. Hintergrund ist das

verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Voraussetzung dieses Fragerechts ist jedoch, dass diese Daten unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Religionsvereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellen. Anderen Arbeitgebern ist die Frage nach der Religionszugehörigkeit nicht gestattet, sodass der Bewerber sogar falsch antworten darf. Der Gesetzentwurf orientiert sich an der bisherigen Rechtsprechung.

Eine ähnliche Regelung enthält **§ 32 Abs. 5 BDSG-E**. Diese **Ausnahmeregelung** gilt für Arbeitgeber, deren **Tätigkeit unmittelbar und überwiegend politisch** (insbesondere Parteien) **oder koalitionspolitisch** (Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände) ausgerichtet ist, oder deren Zweck der Berichterstattung oder Meinungsäußerung (Presse, Fernsehen, Rundfunk etc.) dient. Arbeitgeber, die in diesen Bereichen tätig sind, genießen gemäß Art. 5 Abs. 1, 9 Abs. 3 und 21 Grundgesetz einen besonderen Grundrechtsschutz. Deshalb steht ihnen grundsätzlich ein Fragerecht hinsichtlich der politischen Meinung und einer Gewerkschaftszugehörigkeit zu, wenn dies im Hinblick auf die Ausrichtung des Arbeitgebers und die Art der auszuübenden Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Arbeitgeber, deren Tätigkeit sich auf den Bereich Berichterstattung oder Meinungsäußerung erstreckt, dürfen einen Bewerber darüber hinaus auch nach seiner religiösen Überzeugung, Religionszugehörigkeit oder Weltanschauung fragen, wenn diese Eigenschaften wegen der Art der Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausführung wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen darstellen. Der Gesetzentwurf orientiert sich auch hier an der bisherigen Rechtsprechung.

Die Zulässigkeit der Frage nach einer Schwangerschaft regelt der Entwurf nicht. Es bleibt bei der bisherigen Rechtsprechung, wonach eine solche Frage unzulässig ist.

Datenerhebung unmittelbar beim Bewerber

Arbeitgeber sollen gemäß **§ 32 Abs. 6 BDSG-E** die für sie interessanten **Daten über einen Bewerber grundsätzlich unmittelbar erheben**. Das bedeutet, der Arbeitgeber soll den Bewerber fragen oder Unterlagen von ihm anfordern. § 32 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E erlaubt dem Arbeitgeber jedoch auch, sich beispielsweise im Internet über den Bewerber zu informieren, z. B. indem er den Namen des Arbeitnehmers "googelt". **Unzulässig** ist indessen, **Informationen über den Bewerber in sozialen Netzwerken (z. B. Facebook) zu sammeln**, es sei denn, diese Netzwerke sind zur Darstellung der beruflichen Qualifikation ihrer Mitglieder bestimmt; das könne bspw. bei XING der Fall sein. In jedem Fall muss der Arbeitgeber den Bewerber über die mögliche Absicht zur Recherche vorab informieren. Das kann auch in der Stellenausschreibung erfolgen. Mit vorheriger Zustimmung des Bewerbers darf der Arbeitgeber auch z. B. einen früheren Arbeitgeber des Bewerbers ansprechen, um Informationen über den Bewerber zu erhalten. Nach aktuell geltender Rechtslage ist dagegen eine Zustimmung nicht immer erforderlich.

Gesundheitliche Untersuchung von Bewerbern

§ 32a Abs. 1 BDSG-E regelt die Voraussetzungen für eine **gesundheitliche Untersuchung** zur Feststellung der Eignung des Bewerbers für die vorgesehenen Tätigkeiten sowie den Umgang mit den dabei ermittelten Ergebnissen. Gesundheitsdaten dürfen **nur erhoben werden, soweit der Gesundheitszustand eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt**. Dabei kann es sich auch um eine künftige Anforderung handeln, wenn diese bereits feststeht (z. B. künftiger Einsatz in den Tropen nach einer Einarbeitungszeit in Deutschland). Auch wenn der Gesetzentwurf - anders als die Rechtsprechung zur derzeitigen Rechtslage - ein Zustimmungserfordernis nicht in jedem Fall vorsieht, kann ein Bewerber natürlich nicht zur Untersuchung gezwungen werden. Sofern der Arbeitgeber ihn deswegen nicht einstellt, stehen dem Bewerber dagegen keine Rechtsmittel zu. Für **gendiagnostische Untersuchungen** sollen jedoch nicht die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes, sondern vielmehr die spezielleren Vorschriften des Gendiagnostikgesetzes gelten.

Eignungstests

Neben der gesundheitlichen Untersuchung kommen auch sonstige Untersuchungen oder **Prüfungen (Eignungstests)** vor Begründung eines Arbeitsverhältnisses in Betracht. **§ 32a Abs. 2 BDSG-E** regelt, in welchen Fällen der Arbeitgeber die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses von einer sonstigen Untersuchung oder Prüfung abhängig machen darf. Dieses Recht

besteht nur dann, wenn der Eignungstest **erforderlich ist, um die Eignung des Bewerbers für die vorgesehene Tätigkeit festzustellen**. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs sind z. B. Belastungs- oder Reaktionstests nur zulässig, wenn und soweit diesbezüglich besondere berufliche Anforderungen bestehen. Solche speziellen Tests kommen z. B. für Bewerber in Betracht, die in den Polizei- oder Feuerwehrdienst aufgenommen werden sollen. Im Falle einer Untersuchung oder Prüfung des Bewerbers bspw. durch einen Psychologen hat der Arbeitgeber kein Recht, das konkrete Untersuchungs- bzw. Prüfungsergebnis zu erfahren; ihm darf nur die Eignung oder Nicht-Eignung mitgeteilt werden. Der Gesetzentwurf entwickelt die bisherige Rechtsprechung weiter.

Verarbeitung der Bewerberdaten

Der Entwurf sieht ferner Regelungen vor, wie erhobene Daten über einen Bewerber vom Arbeitgeber verarbeitet und genutzt werden dürfen. Nach **§ 32b Abs. 1 BDSG-E** darf der Arbeitgeber die erhobenen Daten verarbeiten und nutzen, **soweit dies erforderlich ist, um die Eignung des Bewerbers für die in Betracht kommende Tätigkeit festzustellen** oder über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses zu entscheiden. Hat der Arbeitgeber die Daten nicht selbst erhoben, sondern sind sie ihm auf andere Weise zur Kenntnis gelangt, darf er diese gemäß § 32b Abs. 2 BDSG-E nur verarbeiten und nutzen, wenn er zusätzlich zur vorgenannten Voraussetzung die Daten in zulässiger Weise hätte erheben dürfen oder der Bewerber ihm die Daten unaufgefordert übermittelt hat. Der **Bewerber ist über die Speicherung** seiner Daten in jedem Fall zu **informieren**, § 33 BDSG-E.

Löschen von Bewerberdaten

Darüber hinaus regelt **§ 32b Abs. 3 BDSG-E** den Umgang mit Beschäftigtendaten nach Ablehnung eines Bewerbers. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich verpflichtet, erhobene Daten unter anderem dann zu löschen, wenn der Zweck für die Speicherung der Daten weggefallen ist.

Hier stellt sich die Problematik, dass der ursprüngliche Zweck der Datenspeicherung die Auswahl eines geeigneten Bewerbers war. Ist das Bewerbungsverfahren abgeschlossen, fällt der Zweck der Datenspeicherung - zumindest hinsichtlich der Daten der abgelehnten Bewerber - weg. Der Arbeitgeber könnte sich jedoch einer Diskriminierungsklage nach § 15 AGG eines abgelehnten Bewerbers ausgesetzt sehen. Zur Verteidigung gegen eine solche Klage ist er möglicherweise auf die im Bewerbungsverfahren gespeicherten Daten angewiesen. Eine **fortdauernde Speicherung** der Daten bei Änderung des Zwecks **sieht aber der Entwurf nicht vor**, sodass die Daten eigentlich trotz Gefahr einer Diskriminierungsklage nach Abschluss des Auswahlverfahrens nicht weiter gespeichert werden dürften.

Gleichwohl wird man - wie bei der bisherigen Rechtslage - in dieser Konstellation zumindest den Rechtsgedanken des § 28 BDSG heranziehen müssen[3]. Tritt also an die Stelle des bisherigen Zwecks ein **neuer legitimer Zweck zur Speicherung der Daten**, wird dies zulässig sein müssen. Hier bleibt aber erste Rechtsprechung abzuwarten.

Daten des Bewerbers müssen abweichend von dem geltenden § 35 Abs. 2 BDSG dann **nicht gelöscht** werden, wenn der Bewerber in die weitere Speicherung, z. B. im Hinblick auf eine spätere Einstellung, **eingewilligt** hat.

Einwilligung des Bewerbers in die Datenerhebung

Nach dem geltenden Recht ist es dem Bewerber unbenommen, in die Datenerhebung, -nutzung und -verarbeitung einzuwilligen (§ 4 Abs. 1 BDSG). Der Entwurf sieht für Beschäftigte in Zukunft eine Abweichung hiervon vor. Eine Einwilligung des Bewerbers soll grundsätzlich unbeachtlich sein. Soweit die jeweiligen Voraussetzungen der §§ 32 ff. BDSG-E nicht vorliegen, wäre die Datenerhebung, die Nutzung und Verarbeitung der Daten auch bei Einwilligung des Beschäftigten unzulässig. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Bewerberdaten aufgrund der Einwilligung des Bewerbers ist nach § 32l BDSG-E ausnahmsweise dann zulässig, soweit dies in den Bestimmungen der §§ 32 ff. BDSG-E ausdrücklich vorgesehen ist. Mit dieser Regelung soll den Besonderheiten des Beschäftigtenverhältnisses und der Situation der Beschäftigten Rechnung getragen werden[4].

Fußnoten zu HI2725301

- [1] Vgl. hierzu: Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern v. 28.5.2010, S. 24.
- [2] Begründung RegE v. 15.12.2010, S. 15.
- [3] *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 2010, Rn. 71 m. w. N.
- [4] Begründung RegE v. 1.9.2010, S 28.