



## „Nichts sehen, nichts hören, nichts sprechen“ Personaleinstellung unter dem AGG

Vieles ist, durch das AGG noch verschärft, bei Einstellungsvorgängen zum Problem geworden: Die Anforderung eines Lichtbildes oder eines Lebenslaufes bis zu den "tröstenden Worten" eines Arbeitgebers bei Nichteinstellung (s. dazu BAG 24.4.2008).

### I. Überlagerung der Fragerechtsrechtsprechung durch das AGG

Die Problematik der Datenerhebung im Vorfeld von Einstellungen ist nicht neu, hat aber durch das AGG eine neue Dimension erlangt

Rechtlicher Ausgangspunkt: Das überkommene Richterrecht wird durch das AGG in seiner Relevanz nicht berührt, es wird durch das AGG überlagert. Konsequenz: Ausweitung des Katalogs unzulässiger Fragen; schärfere Sanktionen bezüglich der von § 1 AGG erfassten Merkmale.

### II. Fortbestehen der Beschränkungen nach der Fragerechtsrechtsprechung

1. Der konzeptionelle Ansatz der Fragerechtsrechtsprechung: Die grundsätzliche Freiheit des Arbeitgebers hinsichtlich der Einstellungsentscheidungen mit der Konsequenz, dass er diese nicht zu begründen braucht. Die gesetzlich postulierten oder weitgehend dem Richterrecht gedanklich zugrundeliegenden Diskriminierungsverbote führen nicht zu einer gerichtlichen Überprüfung der Einstellungsentscheidung (die einen Rechtfertigungszwang des Arbeitgebers zur Folge haben müsste), vielmehr wird ihre Beachtung dadurch sichergestellt, dass dem Arbeitgeber im Rahmen der Einstellungsverhandlungen eine umfassende Informationserhebung verwehrt wird – allgemein ausgewiesen als "Beschränkung des Fragerechts des Arbeitgebers" (genauer: Begrenzung der Informationsgewinnung, auch bei Einschaltung Dritter).
2. Zwar ist die Freiheit der Informationsgewinnung immanenter Bestandteil der Entscheidungsfreiheit (letztere setzt Information voraus), jedoch werden ihr zur Wahrung schutzwürdiger Belange der Einstellungsbewerber in der Rechtsprechung schon seit langem zunehmend feiner zisielierte Grenzen gezogen. Die schutzwürdigen Belange der Einstellungsbewerber sind zum einen unmittelbar verfassungsrechtlich verankerte Positionen, zum anderen in der Rechtsprechung der Begrenzung des Fragerechts zugrunde gelegte Diskriminierungsverbote.
  - a) Als verfassungsrechtliche Positionen sind zu sehen
    - Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 I, 3 III GG): Sie steht u.a. der Frage nach Wehr- oder Zivildienst entgegen
    - Meinungsfreiheit iW S (Art. 5 I, 8 I, 9 I GG): Sie begrenzen zB die Frage nach verfas-

- sungsfeindlicher Betätigung, Tendenztreue
  - Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG): Sie verbietet die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit
  - Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG): Sie schließt Fragen nach dem Familienstand aus, auch soweit sie der Klärung der Mobilität der Bewerber dient.
- b) Einer Reihe von Beschränkungen des Fragerechts liegen richterrechtlich aus dem geltenden Recht extrapolierte und entsprechend differenzierte Diskriminierungsverbote zugrunde: So hinsichtlich:
- des Gesundheitszustandes: Klärung der Verfügbarkeit eingeschränkt durch die Vorgaben des EFzG
  - Schwerbehinderung: maßgebend die Vorgaben des SGB IX, des § 1 AGG iVm EG-Richtlinie
  - Schwangerschaft: maßgebend die Vorgaben des MuSchG, dann zunächst aus § 611 a BGB, nunmehr § 3 I 2 AGG iVm EG-Richtlinie/EuGH-Rechtsprechung
  - Wehr- *und* Ersatzdienst: maßgebend die Vorgaben aus AGG/Parallele zur Schwangerschaft?
  - der sicherheitsmäßigen Zuverlässigkeit, speziell Vorstrafen: maßgebend sind Resozialisierungsaspekte.
3. Die Konsequenzen unzulässiger Fragen beschränken sich nach bisheriger Rechtsprechung auf die Vorenthaltung des Anfechtungsrechts aus § 123 BGB – sogenanntes "Recht der Arbeitnehmer zur Lüge". Es gibt – mangels eines verletzten Rechts – keine Abwehransprüche gegen unzulässige Fragen. Dies gilt auch im Falle einer Informationserhebung bei Dritten.

### III. Die neue Dimension des AGG

1. Unproblematisch ist, dass die Diskriminierungsverbote des § 1 AGG bei der Einstellungsentscheidung zu beachten sind, s. § 7 AGG. Die Schwierigkeiten liegen im Vorfeld bei der Frage, welche Bewerberdaten erhoben bzw. berücksichtigt werden dürfen (Vorgaben für online-Bewerbungen, Angebot eines Profilabgleichs). Ein Verstoß gegen das AGG liegt allerdings nicht schon in der Erhebung der Daten ("benachteiligungsneutral").
2. Sie kann jedoch als Indiz einer i. S. § 1 AGG diskriminierenden negativen Einstellungsentscheidung wirken, die - darin liegt die neue Dimension des AGG – Schadenersatzpflichten nach § 15 AGG samt Beweislastumkehr zur Folge hat. Gefahren drohen dabei auch aus der mittelbaren Diskriminierung.
3. Zu achten ist auf den – strengen – Bezug eines erhobenen Datums zu einem der Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG. Ein Indiz i. S. § 22 I AGG kann nur angenommen werden, wenn es einen allgemeinen Erfahrungssatz gibt, nach dem es überwiegend wahrscheinlich ist, dass bei Vorliegen der bewiesenen Hilfstatsache die in Rede stehende Handlung oder Unterlassung wegen eines in § 1 genannten Grundes begangen wurde. Es reicht nicht, dass dies nicht ausgeschlossen werden kann.
4. Ein Gefahrenpotential liegt in der Anforderung der Rechtsprechung, dass dann, wenn eine Bewerberin eine Benachteiligung wegen des Geschlechts als überwiegend wahrscheinlich darlegen kann, der Arbeitgeber die Beweislast dafür trägt, dass "ausschließlich nicht auf das Geschlecht bezogene Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen". Er kann dabei nicht auf Einstellungsmerkmale zurückgreifen, die weder in der Ausschreibung noch im Auswahlverfahren formuliert worden waren; das Anforderungsprofil ist vorweg festzulegen.

5. Die Unternehmen sollten auf präzise Umsetzung des AGG achten, sich nicht vorschnell zu übertriebener Vorsichtsstrategie drängen lassen. Dies gilt zum einen für die Heranziehung des § 22 Abs. 1 (Indizwirkung), zum anderen für mögliche Rechtfertigungen unterschiedlicher Behandlung (s. Personalstruktur). Zu achten ist auf den Bezug der Daten zum Anforderungsprofil der Stelle. Dabei sollte die Erforderlichkeit der Daten geprüft werden.
6. Fast alle persönlichen Daten lassen Rückschlüsse auf die in § 1 AGG genannten Merkmale zu, ohne dass ihre Anforderung schon deshalb als unzulässige Diskriminierung gewertet werden dürfte. Davon ist für Vornamen, Geburtsnamen, Geburtsdatum, Geburtsort, Staatsangehörigkeit, Haupt-/Zweitwohnsitz, Ausbildung und Berufserfahrung und Bereitschaft zu Auslandsaufenthalten auszugehen. Als problematisch ist die Frage nach abgeleistetem Wehr-/Ersatzdienst zu sehen. An Lebenslauf, Foto und Zeugnissen sollte derzeit festgehalten werden.

#### **IV. Wechselwirkung zwischen AGG und Fragerechtsrechtsprechung**

1. Im Bereich des § 1 AGG wird Fragen wohl die Indizwirkung des § 22 AGG zukommen.
2. Entsprechend der bisherigen Rechtsprechung ist von der Unzulässigkeit der auf die Merkmale des § 1 AGG bezogenen Fragen auszugehen (damit Wegfall des Anfechtungsrechts).
3. Die Sanktion des § 15 AGG ist nicht auf die übrigen Komplexe der Fragerechtsrechtsprechung zu übernehmen.

#### **V. Fazit:**

Es ist nicht ganz einfach, das richtige Maß der zulässigerweise anzufordernden Informationen einzuschätzen, Augen und Ohren also rechtzeitig zu schließen. Leichter sollte es sein, den Mund zu halten.