

Professor emerit. *Dr. Herbert Buchner* – Universität Augsburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

## „‘Nicht sehen, nichts hören, nichts sprechen‘ - Personaleinstellung unter dem AGG “

Vortrag vom 12. Juni 2008

Professor *Dr. Herbert Buchner* stellte in seinem Vortrag die Auswirkungen der, im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) normierten, Benachteiligungsverbote auf die Fragerechte des einstellenden Arbeitgebers dar.

Zunächst erläuterte Prof. *Buchner*, dass die Diskriminierungstatbestände des § 1 AGG die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zur Fragerechtsprechung überlagern, in ihrer Relevanz aber nicht berühren.

Sein Vortrag konzentrierte sich im Folgenden zunächst auf die einzelnen schutzwürdigen Belange des Einstellungsbewerbers. Dies sind zum einen die unmittelbar verfassungsrechtlich verankerten Positionen und zum anderen die in der Rechtsprechung der Begrenzung des Fragerechts zugrunde gelegten Diskriminierungsverbote. Prof. *Buchner* hob hervor, dass die im Verfassungsrecht verankerten Positionen wesentlich in anderen Schutzgütern als dem des Persönlichkeitsrechts zu finden sind.

Die – als Kernpunkt der bisherigen Fragerechtsprechung existierende – „Beschränkung des Fragerechts des Arbeitgebers“ zieht eine schwierige Grenzlinie zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen nach sich. Anhand von Beispielen aus der Praxis erörterte Prof. *Buchner* unter Einbeziehung des bisherigen Richterrechts ausführlich die Zulässigkeit verschiedener Fragen des einstellenden Arbeitgebers.

Das „Recht des Arbeitnehmers zur Lüge“, so führte Prof. *Buchner* aus, bedeute für den Arbeitgeber die Vorenthaltung des Anfechtungsrechts aus § 123 BGB. Dies ist nach bisheriger Rechtsprechung die einzige Konsequenz unzulässiger Fragen, weitergehende Abwehransprüche gegen unzulässige Fragen existieren nicht.

Neu ist nach den Regelungen des AGG der Umsetzungsmechanismus bei unzulässigen Fragen. Der Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot nach §§ 7, 1 AGG führt nach § 15 AGG nunmehr zu einem Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber.

Prof. *Buchner* unterzog einzelne Einstellungsvorgänge (Lebenslauf, Foto, Geburtsname, Wohnsitz) einer kritischen Betrachtung im Hinblick auf die verschiedenen Benachteiligungsverbote des AGG. Nach seiner Einschätzung werden die Fragen die nach bisheriger Rechtsprechung unzulässig sind dies auch weiterhin sein, allerdings wird durch das AGG eine Erweiterung der Fragerechtsprechung

erfolgen. Die nach bisheriger Rechtsprechung unzulässigen Fragen werden seiner Ansicht nach i.S.v. § 22 AGG als Indiz für eine Benachteiligung gelten und somit eine Beweislastumkehr zur Folge haben.

Die in der Literatur vertretene Ansicht, größte Vorsicht sei zukünftig auch bei Fragen geboten, die nach bisheriger Rechtsprechung zulässig sind, teilt Prof. *Buchner* nicht. Ein Indiz i.S.v. § 22 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 AGG genannten Grundes begangen wurde. Bei Indizwirkung bleibt seitens des Arbeitgebers immer noch die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung.

Letzteres birgt laut Prof. *Buchner* allerdings ein weiteres Gefahrenpotential. Die Rechtsprechung fordert nämlich Folgendes: Ein Arbeitgeber kann bei Vorliegen eines Indizes i.S.v. § 22 AGG zum Beweis des Gegenteils nicht auf Einstellungsmerkmale zurückgreifen, die weder in der Ausschreibung noch im Auswahlverfahren formuliert worden sind; das Anforderungsprofil ist vorweg festzulegen.

Abschließend empfahl Prof. *Buchner* keine übertriebene Vorsichtsstrategie zu verfolgen, sondern sich vielmehr klar vor Augen zu führen, welche Bedeutung eine Auskunft hat und was es im Hinblick auf einen – in Zukunft im Einzelfall durch die Gerichte zu entscheidenden – Schadensersatzanspruch wert ist, bestimmte Fragen zu stellen. Der problematischste Fall der Jobbörsen im Internet, bei denen die Hinterlegung eines Profils erforderlich ist, könnte nach seiner Einschätzung durch die Einführung mehrere gestufter Fragerunden gelöst werden.

Die Diskussion am Ende des Vortrags zeigte, dass bei Vorliegen eines Indizes für eine Benachteiligung oftmals die Möglichkeit einer sachlichen Rechtfertigung besteht. Mit einer gewissen Vorsicht bezüglich der Fragestellung und etwas Kreativität bezüglich eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes, sollten auch unter den Regelungen des AGG in Zukunft sinnvolle Bewerbungsabläufe gewährleistet sein. Die Rechtsprechung ist dementsprechend aufgefordert klare Strukturen zu schaffen.

Christina Mennemeyer