



Bei einem Bewerbungsgespräch stehen seit dem AGG nicht mehr nur die Kandidaten unter Beobachtung. Auch Arbeitgeber sollten sich hüten, hier Fehler zu machen.

Unter Beobachtung

Nachdem das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) seit 18. August 2006 gültig ist, stellt sich die Frage, wie es sich in der Praxis auswirkt. Unmittelbar betroffen sind Einstellungsgespräche. In dieser speziellen Situation sind die Interessenlagen von Arbeitgebern und Bewerbern sehr unterschiedlich: Der Arbeitgeber will herausfinden, ob und welcher Bewerber den persönlichen und fachlichen Anforderungen am besten entspricht und daher möglichst viele – auch persönliche – Informationen über den Bewerber sammeln, um für seine Auswahlentscheidung eine möglichst breite Faktenbasis zu haben. Der Arbeitnehmer hingegen möchte sich und seine Qualifikationen einerseits in bestem Licht präsentieren, andererseits aber seine Privatsphäre wahren und verhindern, dass der Arbeitgeber Informationen

erfragt, die in erster Linie sein Privatleben und nicht seine persönliche und berufliche Eignung betreffen. Beide Interessenlagen sind nachvollziehbar und sind jede für sich schützenswert. Kollidieren diese Interessen im Einzelfall, muss sorgfältig abgewogen werden.

Im Grundsatz gilt: Der Arbeitgeber muss ein berechtigtes Interesse an der Beantwortung seiner Frage haben (Bundesarbeitsgericht, BAG, Urteil vom 7. Juni 1984, 2 AZR 270/83, in NJW 1985, Seite 645). Die Antwort muss einen unmittelbaren Sachzusammenhang zur ausgeschriebenen Stelle aufweisen. Wurde eine solche Frage falsch beantwortet, bot dies dem Arbeitgeber bisher die Möglichkeit, den Arbeitsvertrag entweder aus wichtigem Grund außerordentlich zu kündigen oder wegen arglistiger Täuschung beziehungsweise Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft anzufechten. Beispiel: Der Lkw-Fahrer, der im Bewerbungsgespräch wahrheitswidrig behauptet hat, im Besitz einer gültigen Fahrerlaubnis zu sein, obwohl ihm diese bereits entzogen worden war. Dies hatte zur Folge, dass der Arbeitsvertrag mit Wirkung für die Zukunft, gegebenenfalls sogar als von Anfang an nichtig angesehen wurde.

Unzulässige Fragen

Fehlt der Frage des Arbeitgebers indes der erforderliche Sachzusammenhang zur angebotenen Stelle, und liefert ihre Beantwortung keine Informationen, die für das Arbeitsverhältnis und seine Durchführung von Bedeutung sind, ist nach bisher herrschender Meinung bereits das Stellen dieser Frage unzulässig. Da ein Schweigen des Bewerbers auf eine solche Frage jedoch vielfach ungünstige Rückschlüsse zulässt, etwa bei der Frage nach Vorstrafen oder einer Schwangerschaft, wird dem Bewerber von der Rechtsprechung quasi als Notwehr ein „Recht auf Lüge“ zugebilligt (BAG, Urteil vom 6. Februar 2003, 2 AZR 621/01, AP § 661 a BGB Nummer 21). Die gezielte Falschbeantwortung einer solchen Frage ist dem Bewerber erlaubt, ohne dass dies zu irgendwelchen Konsequenzen für ihn führt. Hieran hat sich auch nach Inkrafttreten des AGG grundsätzlich nichts geändert. Ernsthafte Kon-



*Fenimore Frhr. v. Bredow, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Kanzlei Domernicht & v. Bredow, Köln
Kontakt: v.bredow@ndh.net*

Stichwörter in diesem Beitrag

- Schadensersatz
- Entschädigung
- 611 a-Hopper

sequenzen drohen indes bei einer diskriminierenden Benachteiligung des Bewerbers. Das bloße Stellen einer – möglicherweise unzulässigen – Frage allein stellt noch keine Benachteiligung dar. Das Befragen des Bewerbers gilt als „Vorbereitungshandlung“, da eine Benachteiligung erst dann vorliegen kann, wenn der Arbeitgeber eine ablehnende Entscheidung getroffen hat. Dies ist regelmäßig erst nach Abschluss des Bewerbungsgesprächs der Fall.

Gleichwohl sei der Arbeitgeber an dieser Stelle gewarnt: Je mehr unzulässige Fragen vom Arbeitgeber gestellt werden, desto eher wird ein abgelehnter Bewerber argwöhnen, seine Ablehnung sei aufgrund eines unzulässigen Grundes erfolgt. Und desto präziser und juristisch einwandfreier muss die Ablehnung begründet werden können, sollte der Bewerber gerichtlich Ansprüche geltend machen. Erhält der bestqualifizierte Bewerber eine Absage, kann er aufgrund einer Benachteiligung, die auf die Beantwortung einer unzulässigen Frage des Arbeitgebers zurückzuführen ist, grundsätzlich einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen (§ 15 Absatz 1 AGG). Er hat in diesem Fall Anspruch auf das Arbeitsentgelt bis zum ersten hypothetischen Kündigungstermin.

Zusätzlich steht jedem aus einem der gesetzlichen Diskriminierungsgründe benachteiligten Bewerber eine Entschädigung zu (§ 15 Absatz 2 AGG). Dieser kommt gleichsam die Funktion eines Schmerzensgelds zu. Die Höhe der Entschädigung steht letztlich im Ermessen des Gerichts. Wäre die Bewerbung auch bei diskriminierungsfreier Auswahl erfolglos geblieben, ist sie in der Höhe begrenzt auf maximal drei Monatsgehälter der zu besetzenden Stelle. Ansonsten hat sich das Gericht bei der Bemessung an europarechtlichen Vorgaben (Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen vom 6. Dezember 2004, Nr.14438/04) zu orientieren,

wonach die Entschädigung auf eine „...abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise...“ erfolgen soll.

Was dann als „angemessen“ bewertet wird, schwankt in der Höhe mitunter beträchtlich: Zwischen einem Festbetrag von 30.000 Euro oder zwölf Monatsgehältern bis hin zu sechs Monatsgehältern reicht die Bandbreite der Vorschläge. Ein Blick über den Tellerrand zu anderen EU-Staaten ergibt ähnliche Bandbreiten: In Irland beispielsweise können bis zu sechs

Jahresgehälter für Geschlechtsdiskriminierung zugesprochen werden. In anderen EU-Staaten, etwa Estland, Lettland und Slowakei, fehlen jegliche Obergrenzen. In Dänemark und Belgien wurden schon sechs Monatsgehälter zugesprochen. Aktuelle Urteile deutscher Gerichte hierzu fehlen noch.

Die Frage nach Alkoholgewohnheiten oder Drogenkonsum des Bewerbers war bislang unzulässig, da dieser Bereich ausschließlich der Privatsphäre des Bewerbers zuzu-

ordnen ist. Allerdings galt sie bei gefährlichen oder sicherheitsempfindlichen Aufgaben (etwa Pilot, Kraftfahrer, Gerüstbauer) als zulässig. Nach dem AGG ist jedoch eine andere Beurteilung möglich, wenn man die Abhängigkeit als Krankheit und diese wiederum als Behinderung im Sinne der §§ 1 und 7 AGG ansieht. So hatte das BAG in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 (BAG Urteil vom 14. Januar 2004 – 10 AZR 188/03 – in NZA 2005, Seite 839) die Drogenabhängigkeit bereits schon einmal als eine Behinderung eingestuft. Der Arbeitgeber sollte diese Frage daher nur dann stellen, wenn das Fehlen einer Abhängigkeit zwingende Voraussetzung für die Tätigkeit ist und ansonsten lieber auf diese Frage verzichten.

Bislang war die Frage nach dem Alter des Bewerbers zulässig. Das AGG sieht nunmehr ausdrücklich vor, dass eine Diskriminierung wegen Alters erfolgen kann. Auf eine entsprechende Frage sollte vorsorglich verzichtet werden. Zumeist dürfte sich das Alter ohnehin aus den vorgelegten Unterlagen ergeben.

Fragen zu Krankheiten waren bisher nur unter engen Voraussetzungen zulässig, so zum Beispiel im Hinblick auf Krankheiten, die ansteckend waren oder Ausfallerscheinungen zur Folge hatten und deswegen am Arbeitsplatz eine Gefahr für andere Mitarbeiter oder Kunden darstellen konnten. Die Frage nach einer HIV-Erkrankung war zulässig, da eine solche Erkrankung einen negativen Einfluss auf die Leistungsfähigkeit und damit auf die berufliche Qualifikation des Bewerbers hat.

Unklare Grenzen

Nach In-Kraft-Treten des AGG hat sich daran grundlegend nichts geändert, da das Merkmal „Behinderung“ diskriminierungsrelevant ist. Allerdings sind die Grenzen zwischen Krankheit und Behinderung nicht immer klar zu ziehen. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) versteht unter einer Behinderung physische

oder psychische Beeinträchtigungen, die ein Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben bilden und wahrscheinlich von langer Dauer sind. Ist eine Erkrankung besonders schwerwiegend oder von langer Dauer, kann sie demnach eine Behinderung in diesem Sinne darstellen. Bis zur Klärung durch die Rechtsprechung sollte der Arbeitgeber von einem sehr weit gefassten Begriff der Behinderung ausgehen und nur nach Krankheiten fragen, wenn dies zwingend zur Ausübung der jeweiligen Tätigkeit erforderlich ist.

Die Frage nach dem Geschlecht erübrigt sich eigentlich, da sie sich in aller Regel im Laufe des Bewerbungsgesprächs von selbst beantwortet. Wurde sie dennoch gestellt, musste sie nur dann wahrheitsgemäß beantwortet werden, wenn die sexuelle Identität für die zu besetzende Stelle von grundlegender Bedeutung war (Beispiel: Arzthelferin bei einem Frauenarzt). Da das Geschlecht ausdrücklich als diskriminierungsrelevantes Merkmal vom AGG aufgeführt ist, gilt insoweit die alte Rechtslage fort.

Nach dem Familienstand zu fragen, war bisher zulässig. Unter der Geltung des AGG ist dies kritisch, da die Beantwortung unter Umständen Auskunft über die persönliche sexuelle Orientierung des Bewerbers geben kann. Es wird daher empfohlen, Fragen zu diesem Bereich nicht zu stellen. Eindeutig unzulässig ist und bleibt es jedoch, nach einer bestehenden Schwangerschaft zu fragen.

Auch unter der Geltung des AGG ist es dagegen zulässig, nach einer Nebentätigkeit zu fragen, soweit sie Einfluss auf die pflichtgemäße Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten hat (etwa Tätigkeit für Konkurrenzunternehmen, Nachtarbeit). Fragen nach der Religionszugehörigkeit waren bislang unzulässig und bleiben es auch. Ausnahmen sind lediglich bei konfessionsgebundenen Trägern, also tendenzgebundenen Arbeitsplätzen, möglich. Bei der Besetzung der Stelle einer Erzieherin in einem katholischen Kindergarten darf daher nach der Religionszugehörigkeit gefragt werden.

Internet-Tipp

Arbeitgeber, die vermuten, dass ein Bewerber AGG-Hopping betreibt, können sich kostenlos darüber informieren, ob der entsprechende Kandidat bereits aufgefallen ist.
www.agg-hopping.de

Das BAG vertritt bislang die Auffassung, dass Scientology keine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft ist, da das primäre Ziel des Vereins im wirtschaftlichen Erfolg liege. Nach alter Rechtslage wurde diese Frage daher als zulässig angesehen. Da seit dem In-Kraft-Treten des AGG noch unklar ist, welche Reichweite die Rechtsprechung den gesetzlichen Merkmalen „Weltanschauung“ oder „Religion“ zumisst, herrscht hierzu eine gewisse Rechtsunsicherheit, zumal Gerichte in Frankreich und den USA bereits anerkannt haben, dass es sich bei Scientology um eine Religionsgemeinschaft handelt. Bis zur abschließenden Klärung sollte der Arbeitgeber vorsorglich auf diese Frage verzichten.

Die Frage nach Schwerbehinderung war bislang zulässig. Auch wenn der Bewerber lediglich behindert war, ohne deswegen als schwerbehindert zu gelten, durfte der Arbeitgeber danach fragen, wenn die Behinderung den Bewerber in seiner Arbeitsfähigkeit behinderte. Nach Einführung des AGG wird diese Rechtsprechung wohl nicht weiter aufrecht erhalten bleiben können. Denn auch die einfache Behinderung wird jetzt von diesem Gesetz umfasst. Jede Frage nach einer Schwerbehinderung, einer einfachen Behinderung oder nach einer Gleichstellung, ist daher tunlichst zu vermeiden, will sich der Arbeitgeber nicht dem Risiko einer Schadensersatzforderung aussetzen.

Hopper ausbremsen

Was aber ist zu tun, wenn das Kind bereits in den Brunnen gefallen ist und ein abgelehnter Bewerber Schadensersatz/Entschädigung vom Arbeitgeber fordert? Bereits

in den 1990er Jahren ist schon einmal ein ähnlicher Fall bei Gericht bekannt geworden: das „611a-Hopping“. Mit der Aussicht auf einen lukrativen Nebenerwerb bewarben sich damals gezielt Männer auf Stellenanzeigen, die entgegen § 611b BGB, der geschlechtsbezogene Benachteiligung ausschließt, nur für Frauen ausgeschrieben waren. Nach der von vorneherein erwarteten Absage, machten sie dann gerichtlich eine Entschädigung von drei Monatsgehältern nach § 611a BGB geltend.

Das AGG erweitert den Spielraum für angebliche Einstellungsdiskriminierung erheblich und beflügelt die Fantasie der neu entstandenen AGG-Hopper: Beispielsweise weisen Bewerber unmittelbar im Gespräch oder in ihrer schriftlichen Bewerbung ungefragt auf diskriminierungsrelevante Umstände hin, indem sie sich beispielsweise als Homosexueller oder Moslem outen in der Hoffnung, dass der Arbeitgeber bei der erwarteten Absage Fehler macht, die Ansatzpunkte für eine Entschädigung liefern.

Die Rechtsprechung hat solchen Scheinbewerbern bereits vor einiger Zeit einen Riegel vorgeschoben: Wer sich nur zum Schein bewirbt und auf eine Absage hoffe, könne keine Entschädigung verlangen, da er kein wirklicher Bewerber sei. Die Tatsache, dass ein Bewerber die Stelle gar nicht wollte, sondern serienmäßiger „611a-Hopper“ ist, muss allerdings vom Arbeitgeber bewiesen werden können.

Hier setzt das seit August 2006 gestartete Warnarchiv im Internet ein, bei dem ein Arbeitgeber anfragen kann, ob ein bestimmter Bewerber bereits anderweitig als Entschädigungskläger in Erscheinung getreten ist. Datenschutzrechtlich ist das Archiv unbedenklich: Wer sich lediglich zum Schein bewirbt, um vom Arbeitgeber eine Entschädigung verlangen zu können, versucht einen Betrug. Das Interesse eines Betrügers seinen Betrug zu decken, kann nicht schützenswerter sein als das Interesse des Arbeitgebers, sich vor dieser Art von Betrug zu schützen.