UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

“Nichts sehen, nichts hören, nichts sprechen”: Stellenbewerbungen unter dem AGG

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 2008. “‘Nichts sehen, nichts hören, nichts sprechen’: Stellenbewerbungen unter dem AGG.” In *Gegen den Strich: Festschrift für Klaus Adomeit*, edited by Peter Hanau, Jens T. Thau, and Harm Peter Westermann, 117–29. Neuwied: Luchterhand.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

»Nichts sehen, nichts hören, nichts sprechen« Stellenbewerbungen unter dem AGG

Herbert Buchner

I. Neue Dimension der alten »Fragerechts«-Problematik

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. 8. 2006 hat in vielen Bereichen zu Verunsicherung geführt. Nicht im Geringsten gilt dies für die Einstellungsvorgänge. Dass bei einer Einstellungsentscheidung die in § 1 AGG festgelegten Diskriminierungsverbote zu beachten sind (§ 7 AGG), ist dabei nicht problematisch. Die Schwierigkeiten ergeben sich im Vorfeld der Einstellungsentscheidung, speziell bei der Frage, welche Daten und Bewerbungsunterlagen vom Arbeitgeber angefordert und, wenn sie von ihm nicht angefordert, aber von Bewerbern gleichwohl eingereicht wurden, berücksichtigt werden dürfen. Dabei geht es sowohl um die Abwicklung einzelner Bewerbungen wie um das von Unternehmen immer häufiger gewählte Verfahren, Stellen im Internet auszuschreiben und Bewerbungen online entgegenzunehmen; zum Teil wird Arbeitsplatzsuchenden auch angeboten, ihr Profil zu hinterlegen, womit dann auf der Grundlage eines automatischen Abgleichs mit diesem Profil gegebenenfalls offene Stellen angeboten werden können.

In der Regel werden im Rahmen des danach erhobenen Interessensprofils mehr oder weniger umfassende Angaben zur Person, zur Ausbildung und Berufserfahrung, zu sonstigen Qualifikationen sowie zur Arbeitsaufnahme und geleistetem Grundwehrdienst/Ersatzdienst angefordert. Dabei wird mitunter zwischen Angaben, die »mindestens« gemacht werden sollen und weiteren, den Bewerbern freigestellten Angaben differenziert.

Die Informationserhebung durch den Arbeitgeber ist eine unter dem Stichwort »Fragerecht des Arbeitgebers« seit Jahrzehnten diskutierte Thematik. Bereits mit Automatisierung der Datenverarbeitung hat sie an Brisanz gewonnen. Eine neue Dimension erreicht sie nun mit Inkrafttreten des AGG. Es stellt sich die Frage, wie weit die herkömmlicherweise von Einstellungsbewerbern angeforderten Angaben in Art und Umfang mit den neuen gesetzlichen Vorgaben noch in Einklang stehen.

II. Grundsätzliche Überlegungen angesichts der neuen Rechtslage

1. Der Ansatz des AGG

Das AGG gebietet keineswegs allgemein Gleichbehandlung, sondern beschränkt sich auf den Schutz vor Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (§ 1 AGG). Zum Teil waren diese Kriterien bereits vor Inkrafttreten des AGG nicht zulässiger Gegenstand des so genannten Fragerechts des Arbeitgebers (so die

Frage nach der Religion, der Weltanschauung, sowie – im Hinblick auf die Geschlechtsdiskriminierung – die Frage nach der Schwangerschaft). Was durch das AGG eine neue Dimension erlangt hat, ist die Konsequenz unzulässiger Fragen. Früher führte die Unzulässigkeit der Frage zu einem »Recht des Arbeitnehmers zur Lüge«, zu Lasten des Arbeitgebers zum Ausschluss des Anfechtungsrechts wegen arglistiger Täuschung. Nunmehr führt der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu in ihrer Höhe nicht abschätzbaren Schadenersatzpflichten.

Dabei liegt der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nicht schon in der Erhebung der Daten; die – unzulässige – Frage nach einem in § 1 AGG genannten Merkmal wird als »benachteiligungsneutral« gesehen[1]. Sie wird jedoch, sofern die Daten einen Bezug zu den in § 1 AGG genannten Kriterien aufweisen, als Indiz gewertet, dass wegen des in § 1 genannten Kriteriums – sofern die Einstellungsentscheidung zu Lasten des Bewerbers ausfiel – benachteiligt wurde; § 22 AGG begründet eine entsprechende Vermutung.

Zusätzliche Gefahr droht insoweit aus der in ihren Auswirkungen schwer kalkulierbaren Erweiterung der in § 1 umrissenen Diskriminierungstatbestände durch die Berücksichtigung auch der so genannten mittelbaren Diskriminierung. Sie liegt dort vor, wo dem Anschein nach neutrale Kriterien Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligen, § 3 Abs. 2 AGG. Dies kann gerade bei Stellenausschreibungen/Einstellungsfragebogen relevant werden, wenn zum Beispiel nicht direkt nach dem Alter, aber nach dem Geburtsdatum, nach dem Lebenslauf oder auch nur nach den bisherigen beruflichen Tätigkeiten gefragt wird, oder wenn darauf abgestellt wird, dass aus einem Foto des Bewerbers auf das Alter oder die ethnische Herkunft Rückschlüsse gezogen werden können. In der drohenden Ausuferung der Berücksichtigung von Umständen, aus denen mittelbar auf ein diskriminierendes Verhalten i. S. d. § 1 AGG geschlossen wird und deren Bewertung als Indiz i. S. d. § 22 AGG liegt im Moment die Hauptproblematik dieses Komplexes.

2. Der Bezug zwischen erhobenen Daten und Diskriminierungsmerkmalen

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der erforderliche Bezug eines erhobenen Datums zu einem der Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG anzunehmen ist, ist noch völlig offen. Zum Teil wird schon erwogen, einen solchen zu bejahen, wenn ein Arbeitgeber ein ihm unverlangt genanntes Datum (eventuell auch ein Foto) nicht zurückweist. Dies entspricht aber nicht der gesetzlichen Vorgabe.

Nach § 22 AGG müssen Indizien bewiesen werden, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen; letzteres ist gegeben, 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. Nur wenn dies der Fall ist, sind die vom Antragsteller vorgetragenen Indizien hinreichend i. S. d. § 22 und führen zur Beweislastumkehr[2].

1 *Kania/Merten* ZIP 2007, 12; insoweit nicht immer klar *Wisskirchen*, DB 2006 S. 1494; *Adomeit/Mohr*, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, § 2 Rn. 16, weisen darauf hin, dass man von den Verantwortlichen der Personalabteilung nicht verlangen kann, dass sie sich selbst mit Misstrauen begegnen.

2 *Bauer/Göpfert/Krieger* AGG § 22 Rn. 10. Gegen die leichtfertige Annahme einer Indizwirkung auch *Adomeit/Mohr* (Fn. 1) § 22, Rn. 19 f., 33 ff.

Grobys[3] lässt – unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG – eine (leicht) überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Diskriminierung genügen. Das BAG spricht in der von *Grobys* in Bezug genommenen Entscheidung[4] allerdings davon, dass das Gericht die Überzeugung einer überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Kausalität zwischen (der damals inmitten stehenden) Schwerbehinderteneigenschaft und dem Nachteil gewinnen müsse.

Däubler[5] bezeichnet Indizien als Tatsachen, die auf andere Tatsachen schließen lassen. Es bedarf keines zwingenden Schlusses, aber erforderlich (und ausreichend) ist, dass sie nach allgemeiner Lebenserfahrung eine *überwiegende Wahrscheinlichkeit* für eine Diskriminierung begründen.

Das Gericht muss die tatbestandsfremden Tatsachen nach seiner Überzeugung als feststehend ansehen und daraus die Schlussfolgerung auf das Vorliegen des fraglichen Merkmals zwingend ableiten. Aus der Gesamtbetrachtung von Hilfstatsachen und Umständen, die logische Rückschlüsse auf das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals zulassen, gewinnt der Indizienbeweis seine Beweiswirkung[6].

Damit ist festzustellen:

– Es reicht nicht, dass nicht auszuschließen ist, dass ein Arbeitgeber aus einem eingereichten Lichtbild Rückschlüsse auf die ethnische Herkunft zieht und dies benachteiligend berücksichtigt, vielmehr müsste nach einen allgemeinen Erfahrungssatz eine solche Diskriminierung als Folge überwiegend wahrscheinlich sein. Dies wird in der derzeitigen Diskussion nicht hinreichend beachtet.

– Es sollte auch berücksichtigt werden, dass sich ein für notwendig gehaltener Schutz des Arbeitnehmers auch – zurückverlagert – auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung zum Fragerecht des Arbeitgebers bewirken ließe – dies wäre sogar naheliegender. Man könnte dem Arbeitgeber das Fragerecht (mit der bekannten Konsequenz des Rechts zur Lüge des Arbeitnehmers) bezüglich aller Daten absprechen, wenn die Möglichkeit nicht auszuschließen ist, dass ein Arbeitgeber sie im Einzelfall diskriminierend verwendet. Es würde damit aber nicht zugleich zu Lasten jedes Arbeitgebers die Vermutung (mit der Konsequenz der Schadenersatzpflicht) begründet, dass er dies tut.

3. Anforderungen der Rechtsprechung an die Führung des Gegenbeweises

Ein erhebliches Gefahrenpotenzial ergibt sich aus dieser Vermutung auf dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung zu § 611 a BGB, die für die Anwendung des AGG zu berücksichtigen ist, da dieses das System der Vermutung und die Belastung des Arbeitgebers mit dem Gegenbeweis aus § 611 a BGB übernommen hat[7].

Das Bundesverfassungsgericht[8] sah eine Benachteiligung wegen des Geschlechts dann gegeben, wenn eine rechtliche Ungleichbehandlung an das Geschlecht anknüpft; es komme dann

3 NZA 2006, 900.
4 15.2.2005, NZA 2005, 872.
5 *Däubler/Bertzbach* AGG § 22 Rn. 23, 25.
6 *Schlachter* in ErfK AGG § 22 Rn. 2.
7 § 611 a BGB, mit Inkrafttreten des AGG außer Kraft gesetzt, enthielt mit dem Geschlecht eines der heute in § 1 AGG genannten Diskriminierungsmerkmale.
8 Entscheidung v. 16.11.1993, NZA 1994, 745.

nicht darauf an, ob daneben auch andere Gründe maßgeblich waren. Gelinge es einer Bewerberin, eine Benachteiligung wegen des Geschlechts als überwiegend wahrscheinlich darzulegen, trage der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass »ausschließlich nicht auf das Geschlecht bezogene Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen«. Er könne hierfür aber nicht auf Einstellungsmerkmale zurückgreifen, die »weder in der Ausschreibung noch während des Auswahlverfahrens formuliert worden« waren. Er kann sich also nicht durch nachträgliche Angabe eines sachlichen Grundes entlasten, da ihm verwehrt werden müsse, die Qualifikation für eine bestimmte Stelle nachträglich durch Postulierung von Anforderungen nach seinem Belieben festzulegen:

»Eine Auslegung des § 611 a Abs. 1 BGB, die dem Arbeitgeber einen derartig weiten Zugriff auf nachträglich vorgebrachte Gründe auch dann gestattet, wenn Anhaltspunkte für eine Diskriminierung glaubhaft gemacht wurden, widerspricht dem aus Art. 3 Abs. 2 GG folgenden Schutzzweck. Diesen kann die Regelung des Satzes 3 vielmehr nur dann erfüllen, wenn sie so ausgelegt wird, dass der Arbeitgeber eine glaubhaft gemachte Diskriminierung tatsächlich entkräften muss. Ein nachträglich vorgebrachter Grund für die Bevorzugung eines Bewerbers des anderen Geschlechts kann daher nur dann als »sachlich« im Sinne der Vorschrift angesehen werden, wenn besondere Umstände erkennen lassen, dass der Arbeitgeber diesen Grund nicht nur vorgeschoben hat.«

Empfohlen wird deshalb die Erstellung eines detaillierten Anforderungsprofils, das bei der Personalauswahl als interne Entscheidungsgrundlage dient[9].

Wenn er die Entscheidungsfindung im Auswahlverfahren daran orientiert hat, kann der Arbeitgeber damit den Gegenbeweis i. S. d. § 22 AGG erbringen. Dabei sollten durchaus die für eine erfolgreiche Tätigkeit vielfach notwendigen »soft skills« mit in dieses Anforderungsprofil aufgenommen werden. Sie gehören jedenfalls, wenn sie sachbezogen festgelegt werden, zur Qualifikation eines Stellenbewerbers und können vom Arbeitgeber erwartet und verlangt werden. Das BVerfG fordert nur, sie bereits im Anforderungsprofil der Stelle klarzustellen; dem Arbeitgeber wird verwehrt, sich die nachträgliche Festlegung vorzubehalten und damit die Grundlage der Einstellungsentscheidungen zu variieren. Bei der Entscheidung, wie weit bei einem einzelnen Bewerber diese »soft skills« vorliegen, hat der Arbeitgeber einen nicht unerheblichen Bewertungsspielraum.

Noch weitreichender wäre die Empfehlung von *Bauer/Göpfert/Krieger*[10], Einstellungsentscheidungen durch Zugrundelegung eines Punktesystems zu objektivieren (»denkbare Strategie zur Vermeidung des Vorwurfs einer verbotenen Benachteiligung«). Die Autoren weisen selbst darauf hin, dass sich der Arbeitgeber dadurch enge Fesseln auferlege. Dem Vorschlag sollte man deshalb nicht folgen. Diskriminierende Merkmale dürfen in das Punktesystem sowie so nicht eingehen; es liegt dann näher, sich mit dem Verzicht auf die Frage danach zu begnügen.

4. »Vorsichtsstrategie« im Schrifttum

Das danach schwer abschätzbare Risiko, das sich aus den weitgehend noch offenen materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Fragen ergibt, hat dazu geführt, dass das Schrifttum

9 *Grobys* NJW-Spezial 2007, Heft 2, 81; *Schrader*, DB 2006, 2572.
10 (Fn. 2) § 2 Rn. 15.

von einer ungewöhnlichen Vorsichtsstrategie bestimmt wird. Auch seitens der so genannten arbeitgebernahestehenden Autoren wird eindringlich auf das Gefahrenpotenzial hingewiesen. Bemühungen, zu einer zurückhaltenden, die Interessen der Unternehmen Rechnung tragenden Eingrenzung zu kommen, sind weitgehend zu vermissen. Es dominieren kassandrarufartige Warnungen vor den Gefahren aus dem AGG und Mahnungen zum Verzicht auf alle Erhebungen, die mit den in § 1 AGG genannten Kriterien in einem Zusammenhang gesehen oder in einen solchen gebracht werden könnten. Es wird zum Beispiel darauf hingewiesen, dass Fragen nach Kriterien wie Alter, Familienstand, Lichtbild, persönlicher Flexibilität »kritisch sein könnten«[11]. Es sei zu überlegen, Bewerbungsunterlagen regelmäßig ohne Beifügung eines Lichtbildes sowie ohne Angaben über das Lebensalter zu erbitten. Man sollte bereits den Anschein einer auf die Gründe des § 1 AGG gestützten Entscheidung vermeiden[12].

Nach dem Leitfaden »Antidiskriminierung« von *Schiefer/Ettwig/Krych*[13] sollen keine Informationen erfragt werden dürfen, bei denen die Möglichkeit besteht, dass durch ihre Kenntnis ein Benachteiligungstatbestand im Sinne des AGG erfüllt ist (Frage nach dem Alter, Anfordern eines Fotos). *Schrader*[14] gibt seine Empfehlung dem »Arbeitgeber, der den sichersten Weg gehen will«.

Diese Linie bestimmt derzeit überwiegend das Schrifttum.

Keineswegs muss aber die richterrechtliche Entwicklung dahin gehen, dass die Entgegennahme eines Fotos als Indiz für eine Diskriminierung zu werten ist. Ein Vorstellungsgespräch mit dem Bewerber darf schließlich, obwohl es ein noch schärferes »Bild« als jedes Foto vermittelt, nach bislang nicht angezweifelter Bewertung auch geführt werden. Zutreffend findet sich bei Däubler[15] der Hinweis, dass der durch die Begrenzung des Fragerechts geschaffene Schutz durchaus beschränkten Charakter hat, da die in § 1 AGG genannten Merkmale häufig beim Bewerbungsgespräch deutlich werden.

5. Strategie der Unternehmen

In dieser Phase stellt sich für jedes Unternehmen die Frage, ob es jedes Risiko vermeiden, damit alle als »kritisch« einzuschätzenden Positionen räumen will. Dies hängt letztlich auch davon ab, wie weit man auf die Kenntnis der als kritisch zu erachtenden Daten wie etwa die Kenntnis des Lebensalters, oder auf den Eindruck aus einem Foto verzichten kann bzw. zu verzichten bereit ist – zum einen in der konkret zur Entscheidung anstehenden Personalangelegenheit, zum anderen aber auch bezogen auf die über den Einzelfall hinausreichende Positionsbestimmung der Unternehmen.

Bei einer »Gegenstrategie« ginge es darum, die durch §§ 8 Abs. 1, 10 AGG eingeräumten Spielräume auszuschöpfen. So wäre zum Beispiel die Frage, ob die Berücksichtigung des Alters, und damit die entsprechende Frage nach dem Alter, nicht gerechtfertigt ist, wenn es um die Erhaltung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes geht, – wenn schon bei der

11 etwa *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 2) § 2 Rn. 23.
12 *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 62) § 2 Rn. 25.
13 Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Düsseldorfer Schriftenreihe (2006), Rn. 77.
14 DB 2006, 2573.
15 *Däubler/Bertzbach* (Fn. 5) § 7 Rn. 21.

Kündigung darauf abgestellt werden darf – erst noch zu entscheiden. In bestimmten Aufgabenfeldern kann auch die äußere Erscheinung für eine erfolgreiche Tätigkeit förderlich sein; soll der Arbeitgeber auf deren Berücksichtigung verzichten, nur weil theoretisch die Möglichkeit nicht auszuschließen ist, dass aus dem Foto Rückschlüsse auf Alter und ethnische Herkunft gezogen werden? Die Berücksichtigung der positiv oder negativ wirkenden äußeren Erscheinung wird als solche vom AGG nicht erfasst, sie ist deshalb als solche auch nicht verwehrt. Es ist darauf zu achten, dass sie nicht schon deshalb blockiert wird, weil das Foto Rückschlüsse auf das Alter zulässt. Die vage Befürchtung einer mittelbaren Diskriminierung darf nicht die legitimen Informationsansprüche des Arbeitgebers blockieren.

6. Vorgaben für die Dateneinforderung

Art und Umfang der vom Arbeitgeber zu beanspruchenden Informationen bestimmen sich bezogen auf die jeweils zu besetzende Stelle. Ein Datenschema, das für alle Bewerbungen gleichermaßen zugrunde gelegt wird, muss deshalb am »kleinsten gemeinsamen Nenner« orientiert sein. Lebensalter oder Foto sind nicht für alle Berufsfelder bzw. Stelleninhaber in einem Unternehmen von gleicher Bedeutung, damit im Rahmen der Bewerberauswahl (Beurteilung ihrer Qualifikation) nicht in gleichem Maße erforderlich. Es bietet sich deshalb an, auf die als kritisch eingeschätzten Merkmale in der für alle Arbeitsplätze eingerichteten Bewerbungsunterlage zu verzichten und die Erhebung der nur für einzelne Arbeitsplätze relevanten Daten einer zweiten Runde – dann an den Anforderungen der konkreten Stelle orientiert – vorzubehalten. In dieser zweiten Runde ist der Bewerberkreis bereits eingeengt und können Angaben gezielter abverlangt werden. Man vermeidet dann insoweit auch die Publizität, der ein ins Netz gestellter Bewerbungsbogen ausgesetzt ist, damit auch die damit verbundene Angriffsfläche.

Hingegen bewirkt die Differenzierung der gewünschten Daten in obligatorische Angaben und darüber hinaus (freiwillig) einzubringende Daten keine entscheidende Entlastung des Arbeitgebers. Dieser gibt damit nicht kund, dass die freiwilligen Angaben bei der Einstellungsentscheidung nicht zugrunde gelegt würden – dann bräuchte er sie gar nicht erst zu erheben. Entsprechendes gilt bezüglich der angebotenen Möglichkeit hochzuladender Dateianhänge. Gründe für eine Unterscheidung in notwendige und freiwillige Datenfelder sind nicht zu ersehen. Auch die Freiwilligkeit der Angaben ändert nichts an der Gefahr, dass bereits die Stellung der Frage i. S. d. § 22 AGG als Indiz gewertet wird, dass die entsprechenden Angaben die Einstellungsentscheidung beeinflussen können[16]. *Bauer/Göpfert/Krieger*[17] wollen allerdings Fragen in Bewerbergespräch und Fragebögen »nicht ohne Weiteres« Indizwirkung zugestehen; jedoch schließen sie eine solche Indizwirkung keinesfalls aus – nur soll nicht automatisch eine entsprechende Vermutung begründet sein.

Diese vorsichtigen Stellungnahmen zeigen, dass bezüglich der Entwicklung des Antidiskriminierungsrechtes noch alles in Bewegung ist. Die Belastung mit der Indizwirkung aus

16 *Wisskirchen* DB 2006, 1474; *Kania* ZIP 2007, 13; entsprechend für die Frage in Vorstellungsgesprächen *Berzbach* in Däubler/Berzbach (Fn. 5) § 22 Rn. 44, nach *Däubler* in *Däubler/Berzbach* (Fn. 5) § 7 Rn. 39 sogar ein »gewichtiges Indiz« – für die Einstellungsfragebögen kann aber nichts grundsätzlich anderes gelten (vielleicht lässt sich die Vermutung leichter entkräften als bei einer gezielteren mündlichen Frage) – eine Differenzierung ist auf der Grundlage der Rechtsprechung zum Fragerecht des Arbeitgebers jedoch nicht üblich.

17 (Fn. 2) § 22 Rn. 11.

§ 22 AGG muss aber jedenfalls in Rechnung gestellt werden. Dabei ist wenig wahrscheinlich, dass zwischen obligatorischen und freiwilligen Angaben differenziert wird, wenn nicht der Hintergrund der Differenzierung dahingehend verdeutlicht wird, dass organisatorisch sichergestellt ist, dass die als freiwillig deklarierten Angaben die Einstellungsentscheidung nicht beeinflussen können.

Anders zu bewerten ist die vom Arbeitgeber nicht angeforderte Übermittlung von Daten. Bislang geht man nicht davon aus, dass der Arbeitgeber verpflichtet wäre, die Entgegennahme solcher Daten abzulehnen, sie nicht zur Kenntnis zu nehmen bzw. diese Daten in entgegengenommenen Bewerbungsunterlagen zu schwärzen oder entsprechende Unterlagen zurückzusenden[18]. Zu Recht weisen *Adomeit/Mohr*[19] darauf hin, dass die Vermittlung der Information in diesem Fall auf eigenes Risiko der Bewerber erfolgt. Für den Fall eines »Outing« empfehlen *Bauer/Göpfert/Krieger*[20] allerdings eine Erwiderung des Arbeitgebers, dass das Datum keine Rolle spiele sowie den Verzicht auf Aufzeichnung.

III. Zulässigkeit einzelner angeforderter Daten

1. Persönliche Angaben

Bezüglich der **Anrede** (Herr/Frau) besteht zweifellos ein Zusammenhang zum Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts, da dieses aus der Angabe erkennbar wird, damit als vom Arbeitgeber nachgefragt anzusehen ist. Soweit erkennbar sind diesbezüglich bislang allerdings auf breiterer Basis keine Bedenken erhoben worden. Nur vereinzelt findet sich der Hinweis, dass eine solche Frage ein Indiz für eine Benachteiligung darstellen könne[21]. Diese Bewertung beruht aber auf einer zu großzügigen Einschätzung des Indizbegriffes i. S. d. § 22 AGG. Keinesfalls gibt es einen Erfahrungssatz dahingehend, dass die Erhebung der Anrede eine geschlechtsmässige Diskriminierung überwiegend wahrscheinlich erscheinen lässt.

Ob das letzte »Restrisiko« durch Verzicht auf die Anrede ausgeschlossen werden soll, hängt letztlich davon ab, wie weit in den übrigen Bewerbungsunterlagen auf jegliche Erkennbarkeit des Geschlechts verzichtet wird (beginnend beim Vornamen bis zu den einzureichenden Zeugnissen).

Auch aus dem **Vornamen** lässt sich das Geschlecht entnehmen. Bislang sind allerdings insoweit keine auf breiterer Basis erhobenen Bedenken erkennbar. Teilweise wird darauf hingewiesen, dass aus dem Vornamen auch auf die ethnische Herkunft geschlossen werden könne[22]. Es besteht gleichwohl im Moment kein Anlass, auf die Erhebung des Vornamens zu verzichten. Auch die Entscheidung darüber kann nur im Zusammenhang mit dem Gesamtbereich der Datenerhebung gesehen werden. Solange nicht konsequent eine Schwärzung des Vornamens aus allen eingereichten Unterlagen gefordert wird – eine etwas irreale Szene-

18 *Wisskirchen* DB 2006, 1474: »wäre übertriebene Vorsicht«; *Kania* ZIP 2007, 12; *Däubler* in *Däubler/Berzbach* (Fn. 5) § 7 Rn. 23: keine Pflicht zur Pseudonymisierung.

19 (Fn. 1) § 2 Rn. 15.

20 (Fn. 2) § 2 Rn. 25.

21 *Kania/Merten* ZIP 2007, 12.

22 Die Problematik wird bei *Däubler* in *Däubler/Bertzbach* (Fn. 5) § 7 Rn. 22 aufgegriffen unter Hinweis auf in Frankreich durchgeführte Untersuchungen. Er zieht daraus jedoch keine weiteren Konsequenzen.

rie –, ist die Indizwirkung zu verneinen. Auch soweit sich bezüglich des (**Familien**-)**Namens** ein Bezug zur ethnischen Herkunft herstellen lässt, gilt das vorstehend Skizzierte.

Das Anfordern des **Geburtsnamens** ist in der bisherigen Diskussion noch nicht thematisiert worden. Allerdings hält Däubler[23] die Frage, ob jemand verheiratet ist, im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot wegen sexueller Identität für unzulässig. Aus einem von Namen abweichenden Geburtsnamen könnte man eventuell auf eine Verheiratung schließen. Allerdings können nunmehr nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz auch gleichgeschlechtliche Lebenspartner einen gemeinsamen Namen wählen (§ 3 des Partnerschaftsgesetzes). Ein klarer Bezug des Geburtsnamens zu einem der Diskriminierungstatbestände des § 1 AGG lässt sich nicht herstellen.

Da man Bedenken und Widerstände nicht ohne Not provozieren sollte, wäre entscheidend, ob das Datum von praktischer Bedeutung ist oder sich die Erhebung gegebenenfalls sachlich rechtfertigen lässt. Denkbar wäre dies zum Beispiel im Hinblick auf das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 Teilzeit- und Befristungsgesetz; der Arbeitgeber muss insoweit überprüfen können, ob ein befristet eingestellter Mitarbeiter schon zu einem früheren Zeitpunkt einmal im Unternehmen beschäftigt war.

Das **Geburtsdatum** enthält eine Aussage über das Alter, also eines der in § 1 AGG genannten Merkmale, das nicht zur Grundlage einer Benachteiligung gemacht werden darf. Insoweit hat sich bezüglich der Zulässigkeit der Erhebung im Schrifttum eine breite Diskussion entwickelt.

Überwiegend wird von der Erhebung des Alters und damit auch des Geburtsdatums – mehr oder weniger dezidiert – abgeraten[24]. Von der grundsätzlichen Unzulässigkeit geht auch *Däubler*[25] aus; er meint aber, dass Ausnahmen im Hinblick auf § 10 AGG sehr viel häufiger als bei anderen Merkmalen seien. *Schlachter*[26] betont, dass das Diskriminierungsverbot zur Rechtfertigung entsprechender Fragen zwinge. Auf die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung einer entsprechenden Frage verweisen auch *Kania/Merten*[27] unter Hinweis auf § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG. Großzügiger gibt sich nur *Hanau*[28]. Er weist darauf hin, dass die rechtfertigenden Differenzierungsgründe vielfältig seien, so dass sie gar nicht für den Einzelfall geprüft werden sollten. Im Übrigen diene die Kenntnis des Lebensalters der Einschätzung des Bildes der Persönlichkeit und der beruflichen Entwicklung.

Diese Einschätzung entspricht einer ausgewogenen Linie. Keineswegs lässt sich aus der Erhebung des Datums Lebensalter die Überzeugung von einer überwiegenden Wahrscheinlich-

23 *Däubler/Bertzbach* (Fn. 5) § 7 Rn. 38.

24 *Wisskirchen* DB 2006, 1794 (der Arbeitgeber sollte nicht mehr fragen, das Alter nicht ausdrücklich erfassen – allerdings bliebe der Rückgriff auf Lebenslauf, Zeugnisse); *Schrader* DB 2006, 2573 (empfiehlt, die Frage zu streichen, wenn der sicherste Weg gewählt werden soll); Leitfaden »Antidiskriminierung« von *Schiefer/Ettwig/Krych*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, S. 77 (Gefahrenpotenzial!); *Bauer/Göpfert/Krieger* AGG § 2 Rn. 23 (Frage kritisch – vermeiden!); *Worzalla*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, S. 87 (grundsätzlich nicht fragen – schon die Frage könne eine Benachteiligung darstellen, sofern hier nicht ein Rechtfertigungsgrund vorliegt); *Linsenmaier*, RdA 2003, Sonderbeilage zu Heft 5, 28 (dürfte grundsätzlich unzulässig sein).

25 *Däubler/Bertzbach* (Fn. 5) § 7 Rn. 37.

26 ErfK AGG § 1 Rn. 9.

27 ZIP 2007, 12.

28 ZIP 2006, 2193.

keit gewinnen, dass der Arbeitgeber einen Einstellungsbewerber wegen des Alters unzulässig unterschiedlich behandelt. Die Erhebung des Lebensalters kann insbesondere nicht gleichgesetzt werden mit dem Fall, dass in einer Stellenausschreibung ein bestimmtes Lebensalter des Bewerbers (z. B. »nicht über 35 Jahre«) vorgegeben wird. Die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung ist nur nach Maßgabe des § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG zulässig. Andererseits ist die Kenntnis des Alters für den Arbeitgeber auch von Bedeutung, wenn er den Stand einer vom Arbeitnehmer erworbenen Qualifikation und dessen künftige Entwicklungsmöglichkeiten einschätzen möchte. Darüber hinaus ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AGG zulässig, wenn sie »objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist«. Als ein solches Ziel ist insbesondere eine ausgewogene betriebliche Personalstruktur anzuerkennen – die zur Kündigung insoweit durchgesetzten Überlegungen können bei der Einstellung nicht ignoriert werden[29]. Im Übrigen ist schon vielfach darauf hingewiesen worden, dass sich das Alter, in der Regel auch das Geburtsdatum aus den vom Arbeitgeber berechtigterweise angeforderten und eingereichten Unterlagen (Zeugnissen usw.) entnehmen lässt. Eine Beschränkung des Rückgriffs auf diese Unterlagen – etwa mittels Schwärzung der kritischen Daten – hat sich bislang nicht durchgesetzt.

Ungeachtet dieser Bewertung ist aber zu beachten, dass die Erhebung dieser Daten im Schrifttum – recht leichthändig – überwiegend als unzulässig, als bedenklich oder zumindest als kritisch gesehen wird. Meist wird dies allerdings nicht als eigene rechtliche Bewertung vorgetragen, sondern als Einschätzung der Möglichkeit künftiger Rechtsprechungsentwicklung. Es lässt sich sicher nicht ausschließen, dass die Arbeitsgerichte diesem ihnen gewiesenen Pfad folgen. Jeder Arbeitgeber muss entscheiden, ob er den »sichersten Weg« gehen will oder ob er ein gewisses Risiko im Interesse einer nachhaltigen Auseinandersetzung und Klärung der Positionen zu übernehmen bereit ist. Wenn man das Datum Alter allerdings nicht wirklich benötigt oder sich aus den eventuell eingereichten Unterlagen zu holen bereit ist, und man auf eine zu führende Grundsatzdiskussion verzichten will, sollte man die eigene Datenanforderung vorsichtshalber entsprechend reduzieren.

Auch die Daten **Geburtsort** und **Geburtsland** sind bislang nicht breiter problematisiert worden. *Rühl/Schmid/Viethen*[30] meinen allerdings, dass das Abverlangen dieser Daten in Bewerbungsunterlagen »künftig zu Problemen unter dem Vorwurf einer Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft führen« könnte. Sie weisen allerdings dann selbst darauf hin, dass sich aus dem Geburtsort keineswegs auf die ethnische Herkunft schließen lasse, so dass allein aus der Anforderung dieses Datums noch nicht auf eine Diskriminierung geschlossen werden könne, vielmehr allenfalls im Zusammenhang mit weiteren Indizien.

Insoweit gibt es also bislang noch zu wenig erkennbare Ansätze, die Frage als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 1, 7 AGG zu werten.

Hinsichtlich der **Staatsangehörigkeit** gilt entsprechendes wie vorstehend skizziert. Der Zusammenhang zum Diskriminierungsverbot bezüglich Rasse und ethnischer Herkunft ist nicht unmittelbar gegeben, ein Indiz für Diskriminierung unter diesem Aspekt kann nicht angenommen werden.

29 In diesem Sinne *Kaehler* ZfA 2006, 538/539.
30 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 79.

Als solche ist die Staatsangehörigkeit nicht Gegenstand der Diskriminierungsverbote des AGG. Anderweitige rechtliche Vorgaben führen zu folgender Differenzierung:

- Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Staatsangehörigkeit ist gegenüber Staatsangehörigen der EU-Mitgliedsstaaten im Hinblick auf die EG-vertraglich garantierte Freizügigkeit unzulässig.
- Im Übrigen **muss** der Arbeitgeber im Hinblick auf das Erfordernis der notwendigen Arbeitserlaubnis als Voraussetzung der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer die Staatsangehörigkeit sogar berücksichtigen[31] und deshalb auch erheben.

In der Frage nach **Hauptwohnsitz** und **Zweitwohnsitz** sind bislang in Bezug auf das AGG keine Probleme gesehen worden. Ob die Frage nach dem Zweitwohnsitz nach der traditionellen Rechtsprechung des BAG zu den Grenzen des Fragerechts des Arbeitgebers berechtigt ist, scheint allerdings zweifelhaft. Diskriminierend i. S. d. § 1, 7 AGG mit einer eventuellen Konsequenz aus § 22 AGG ist sie nicht.

2. Angaben zur Ausbildung und Berufserfahrung

Aus Fragen nach der Ausbildung (Schulbildung, Berufsausbildung, Studium) ergeben sich unter dem Aspekt des AGG keine Probleme. Die Erhebung dieser Daten ist als berechtigtes Interesse des Arbeitgebers allgemein anerkannt.

Auch die Frage nach der bisherigen Berufstätigkeit bzw. Berufserfahrung wurden im Allgemeinen als berechtigte Fragen des Arbeitgebers gesehen[32]. Daran sollte sich auch unter den Anforderungen des AGG nichts ändern[33].

Allerdings wird im Schrifttum angesprochen, dass sich aus den Angaben über den beruflichen Werdegang Rückschlüsse auf das Alter des Bewerbers ziehen lassen. Deshalb meinen *Bauer/Göpfert/Krieger*, nachdem sie die Arbeitgeberfragen zunächst als unkritisch bewertet haben, nachfolgend[34]:

»Unter Umständen könnte auch auf Angabe über die Berufserfahrung und Ausbildungszeiträume verzichtet werden, da diese mittelbar Rückschluss auf das Lebensalter zulassen«.

Dass ein solcher Rückschluss möglich ist, kann aber nicht bedeuten, dass die Erhebung der Berufserfahrung ein Indiz dafür ist, dass der Arbeitgeber wegen Alters diskriminieren will. Die Erhebung der Berufserfahrung gehört zur Feststellung der Qualifikation. Hier sollte sich die Arbeitgeberseite nicht von einzelnen Stimmen aus der Literatur beirren lassen. Das Risiko, dass die Rechtsprechungsentwicklung in Richtung Unzulässigkeit der Frage geht, ist als gering einzuschätzen.

31 dazu *Kaehler* ZfA 2006, 536/7.

32 s. ErfK/*Preis* § 611 BGB, Rn. 337; *Adomeit/Mohr* (Fn. 1) § 7 Anhang 2 Rn. 14: Berufserfahrung als wesentliche Messgröße zur Bestimmung der Fähigkeiten, Kompetenzen und des Leistungsvermögens von Bewerbern.

33 *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 2) § 2 Rn. 24 bezeichnen Fragen nach dem beruflichen Werdegang deshalb auch zunächst als »unkritisch«.

34 (Fn. 2) § 2 Rn. 25.

Dafür spricht auch, dass der EuGH in der Entscheidung vom 3. 10. 2006[35] einem Arbeitgeber sogar zugestanden hat, das Dienstalter als Kriterium für die Festsetzung des Gehaltes zu berücksichtigen:

»Da der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters in der Regel zur Erreichung des legitimen Ziels geeignet ist, die Berufserfahrung zu honorieren, die den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten, hat der Arbeitgeber nicht besonders darzulegen, dass der Rückgriff auf dieses Kriterium zur Erreichung des genannten Zieles in Bezug auf einen bestimmten Arbeitsplatz geeignet ist, es sei denn, der Arbeitnehmer liefert Anhaltspunkte, die geeignet sind, ernstliche Zweifel in dieser Hinsicht aufkommen zu lassen.«

Die Entscheidung erging zu Art. 141 EG-Vertrag; geltend gemacht war ein Verstoß gegen das geschlechtsbezogene Diskriminierungsverbot (Frauen werden im Allgemeinen ein geringeres Dienstalter aufweisen als Männer). Bezogen auf die Altersdiskriminierung kann aber der Anerkennung der Berufserfahrung keine geringere Bedeutung zukommen.

Es besteht damit im Moment kein Anlass, von den Nachfragen nach der Berufstätigkeit abzusehen.

3. Angaben zur Verfügbarkeit

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber Informationen zur Verfügbarkeit der Einstellungsbewerber beanspruchen.

a) Die Frage nach dem **frühestmöglichen Eintrittstermin** ist unbedenklich, da unverzichtbar. Über die Notwendigkeit der Frage nach der Kündigungsfrist im derzeitigen Arbeitsverhältnis lässt sich zwar streiten, sie weist aber jedenfalls keinen Bezug zu den Diskriminierungsmerkmalen des § 1 AGG auf.

b) Die Frage nach der **Bereitschaft zu Auslandsaufenthalten** ist sachgerecht und unter dem Aspekt des AGG unbedenklich.

c) Die Zulässigkeit der Frage nach dem **bereits abgeleisteten Grundwehr-/Ersatzdienst** ist zwar noch nicht abschließend geklärt, die Tendenz geht jedoch klar in Richtung ihrer Verneinung. Es geht zwar um die Klärung der dem Arbeitgeber grundsätzlich zu offenbarenden Verfügbarkeit des Bewerbers. Unter diesem Aspekt wurde die Frage auch lange Zeit als zulässig bewertet. Zunehmend wird jedoch – parallel zur Frage nach der Schwangerschaft (dort insbesondere geprägt durch die Rechtsprechung des EuGH und des BAG) – auch in der Frage nach dem abgeleisteten Wehrdienst eine geschlechtsbezogene Diskriminierung gesehen, da nur Männer dieser Frage und der aus der Beantwortung drohenden Benachteiligung bei der Einstellungsentscheidung ausgesetzt sind. Das materielle Schutzanliegen ist zwar im Kern, ebenso wie bei der Frage nach der Schwangerschaft, nicht im Geschlechtsbezug gelagert, sondern in der Erweiterung des Mutterschutzes bzw. in der Sicherstellung des Wehrdienstes und der Wehrdienstgerechtigkeit. Wenn jedoch der Schutz der Einstellungsbewerber bei der Schwangerschaft über die Schiene des geschlechtsbezogenen Diskriminierungsverbotes läuft, muss dies auch für den Wehrdienst in Rechnung gestellt werden[36]. *Preis*[37]

35 NJW 2007, 47.
36 MünchArb/*Buchner* § 41 Rn. 100.
37 ErfK § 611 BGB, Rn. 348.

meint zwar, dass die Frage überwiegend als zulässig bewertet werde; dies lässt sich jedoch nicht mehr hinreichend belegen. Er selbst äußert auch Bedenken gegen die Zulässigkeit der Frage und will sie allenfalls noch für befristete Arbeitsverhältnisse billigen. *Däubler*[38] spricht davon, dass in der Literatur weitgehend Einigkeit in Richtung Unzulässigkeit der Frage bestehe, und dass abweichende Bewertungen nur teilweise noch für befristete Arbeitsverhältnisse vertreten würden.

Angesichts dieses Meinungsstandes im Schrifttum birgt die Frage ein erhebliches Risiko. Da sie kaum anderen Zwecken dienen kann als der Zurückstellung des Bewerbers bei der Einstellungsentscheidung, kann auch der Bewertung als Indiz i. S. d. § 22 AGG nicht entgegengetreten werden. Ob das Risiko aus einer entsprechenden Datenerhebung in Kauf genommen werden soll, richtet sich nach dem Maß des Interesses des Unternehmens an der Kenntnis der Wehrdienstleistung[39].

4. Anforderung von Unterlagen

a) Die Anforderung eines **Lebenslaufes** wurde bislang noch nicht wesentlich problematisiert. *Kania/Merten*[40] meinen zwar, dass sie »problematisch« sein könnte, da sich aus dem Lebenslauf Rückschlüsse auf Elternzeit sowie Alter ziehen lassen, hält die Anforderung jedoch dessen ungeachtet weiterhin für zulässig, da der Lebenslauf der Feststellung der Qualifikation diene und die Anforderung damit sachlich gerechtfertigt sei. *Adomeit/Mohr*[41] lassen darüber hinausgehend auch die Anforderung eines handschriftlichen Lebenslaufes zu. Dessen Problematik liegt aus ihrer Sicht in seiner Eignung als Grundlage für graphologische Gutachten, nicht jedoch auf der Ebene des AGG. Es spricht deshalb nichts dafür, die bislang insoweit übliche Praxis bei der Anforderung von Lebensläufen zu ändern.

b) Die Anforderung eines **Fotos** wird im Schrifttum breiter problematisiert, da dieses Rückschlüsse auf das Alter und die ethnische Herkunft ermögliche. Verschiedentlich wird den Arbeitgebern von einer Anforderung abgeraten[42]. Andere Autoren äußern zwar Bedenken, wollen sich aber nicht festlegen. So bemerkt *Däubler*[43], für einen generellen Verzicht auf ein Foto bestehe derzeit keine Grundlage. *Rühl/Schmid/Viethen*[44] meinen, dass das Verlangen nach einem Foto allein noch nicht als Indiz für eine Diskriminierung reichen könne, jedoch im Zusammenhang mit weiteren Indizien Bedeutung erlangen würde. *Grobys*[45] spricht den Arbeitgeber nur von der Verpflichtung frei, ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Zusendung von Bewerbungsunterlagen ohne Lichtbild zu erfolgen hat – zur Anforderung durch den Arbeitgeber äußert er sich nicht.

Das Meinungsbild ist also diffus. Im Moment haben die geäußerten Bedenken noch nicht ein solches Gewicht, dass auf die Anforderung eines Lichtbildes verzichtet werden müsste, sofern

38 (Fn. 5) § 7 Rn. 30.
39 Es könnten zum Beispiel während des Wehrdienstes erworbene Qualifikationen von Interesse sein.
40 ZIP 2007, 12.
41 (Fn. 1) § 2 Rn. 54.
42 so *Wisskirchen* DB 2006, 1494; *Schiefer/Ettwig/Krych*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Rn. 77 (erhebliches Gefahrenpotenzial für den Arbeitgeber); *Thüsing* NZA 2006, 776 (das Verlangen nach einem Foto könne Indiz einer Diskriminierung sein).
43 (Fn. 5) § 7 Rn. 23.
44 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 79.
45 NJW Spezial 2007, 81.

das Unternehmen nach seinen bisherigen Erfahrungen ein solches zur Einschätzung der persönlichen Qualifikation eines Bewerbers für erforderlich hält. Das Gewicht der Vorteile und das (derzeit noch begrenzte) Risiko sind abzuwägen. Vorschnell sollten Positionen nicht geräumt werden.

c) Zur Anforderung von Zeugnissen wird zwar vermerkt, dass sich aus den Zeugnissen mittelbar das Alter des Bewerbers entnehmen lasse[46]. Die Unzulässigkeit der Zeugnisanforderung wird daraus bislang aber nicht abgeleitet.

IV. Fazit

Der Komplex der zulässigen Datenanforderung ist, wie es nach Erlass einer so tiefgreifenden Neuregelung wie des AGG nicht anders sein kann, noch im Fluss. Den gesetzlichen Vorgaben muss Rechnung getragen werden. Die Anforderungen können jedoch nicht beliebig weitergespannt werden. Die Regelungen des AGG zwingen zu rechtlicher Strukturierung der Anforderungen. Zur zentralen Vorschrift des § 22 AGG sind die Maßgaben zu deren Auslegung bei *Adomeit/Mohr*[47] nachzulesen.

46 *Kania* ZIP 2006, 12.
47 (Fn. 1) § 22 Rn. 5, 6.