

Newsflash Arbeitsrecht III 2010

Gesetzgebung

In der Diskussion: Referentenentwurf für Beschäftigungsdatenschutzgesetz

Das Bundesministerium des Innern (BMI) hat einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Regelung des Beschäftigungsdatenschutzes (Stand 28.05.2010) vorgelegt, der nach den Plänen der Bundesregierung noch in dieser Legislaturperiode umgesetzt werden und die derzeitige Regelung in § 32 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ersetzen soll. Trotz begrüßenswerter Konkretisierungen bleiben Kritikpunkte.

Der Entwurf enthält insgesamt 15 Paragraphen mit umfassenden Neuregelungen, die als „Buchstabenparagraphen“ in das BDSG eingefügt werden sollen (§ 32 bis § 32n).

Ersetzt werden soll der erst am Ende der letzten Legislaturperiode im Jahr 2009 eingeführte § 32 BDSG, der wegen seiner begrenzten Wirkung als „Rahmenregelung“, welche die bestehende unklare Rechtslage lediglich zusammenfasst, kritisiert wird und auch nur als Übergangslösung gedacht ist (vgl. Newsflash Arbeitsrecht V 2009).

Die folgenden Punkte, die in der Politik, der juristischen Literatur, aber auch von den verschiedenen Interessengruppen in den dazu bereits veröffentlichten Stellungnahmen (z. B. von BDA, ver.di, DAV) lebhaft diskutiert werden, sind besonders beachtenswert:

- Grundsatz der vorgeschlagenen Neuregelungen ist, wie bereits beim bisherigen § 32 BDSG, dass eine Datenerhebung und -verwendung vor oder im Beschäftigungsverhältnis für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses oder der Bewerberauswahl „erforderlich“ sein muss. Darüber hinaus sieht der Referentenentwurf ausdrückliche Regelungen für verschiedene Spezialsachverhalte vor. In den meisten Fällen mündet dies wie bisher auch in einer Interessensabwägung mittels einer Prüfung der „Erforderlichkeit“. Zum Teil ist kritisiert worden, dass nicht Kataloge mit konkreten Erlaubnistatbeständen geregelt werden, da man sich davon mehr Rechtssicherheit erwartet.
- Der Entwurf enthält Spezialregelungen für die Bereiche Korruptionsbekämpfung und Compliance. Auch hier sind die Forderungen nach der Definition konkreter Erlaubnistatbestände laut geworden, jedoch ist dies vor dem Hintergrund sich ständig ändernder Anforderungen an die Unternehmen wohl nur schwer leistbar. Positiv ist, dass der Gesetzgeber jetzt die Compliance-Anforderungen der Unternehmen anerkennt und das Datenschutzrecht dahingehend angepasst werden soll.
- Eine ausführliche Regelung erfährt der derzeit höchst umstrittene Bereich der Nutzung von E-Mail, Internet und Telefon.

Nach der jetzigen Rechtslage kommt es bei der Frage, ob der Arbeitgeber Verbindungs- und Inhaltsdaten der Telefon-, Internet- oder E-Mail-Kommunikation im Betrieb erheben oder auswerten darf, vor allem darauf an, ob den Beschäftigten eine Privatnutzung erlaubt ist bzw. ob diese geduldet wird (wobei es umstritten sein kann, ob die Duldung einer Erlaubnis gleich kommt) oder eine solche untersagt ist. Im Fall der erlaubten privaten Nutzung sind Auswertungsmöglichkeiten sehr enge Grenzen gesetzt, da der Arbeitgeber als Anbieter einer Telekommunikationsdienstleistung (nach dem Telekommunikationsdienstleistungsgesetz (TKG)) dem Fernmeldegeheimnis



Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

der vorliegende arbeitsrechtliche Newsflash gibt Ihnen einen kurzen Überblick über die aktuellen Entwicklungen im Arbeitsrecht.

Wir wünschen Ihnen eine informative Lektüre, für weitergehende Informationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Arbeitsrechts-Team
von White & Case LLP

Ansprechpartner

Berlin

Klaus Sturm
Tel.: +49 30 880911 0
ksturm@whitecase.com

Düsseldorf

Karl-Dietmar Cohnen
Tel.: +49 211 49195 291
kdcohen@whitecase.com

Frankfurt

Frank-Karl Heuchemer
Tel.: +49 69 29994 0
fheuchemer@whitecase.com

Hamburg

Karl-Dietmar Cohnen
Tel.: +49 40 35005 396
kdcohen@whitecase.com

München

Björn Theis
Tel.: +49 89 206043 740
btheis@whitecase.com

unterliegt und Inhalts- oder Verbindungsdaten nur in engen Grenzen, z. B. zum Schutz der technischen Systeme, erhoben und verwendet werden dürfen. Eine Erhebung oder Verwendung zu anderen Zwecken ist unter Strafandrohung verboten. Faktisch kann ein Arbeitgeber zurzeit damit bei einer privaten Nutzung nur mit erheblichen Risiken auf die E-Mails etc. zurückgreifen.

Laut des Referentenentwurfs soll sich diese Rechtslage teilweise ändern, da die o. g. enge Zweckbegrenzung ausdrücklich nur für laufende Telekommunikationsvorgänge gelten soll, also z. B. bei einem Telefongespräch oder das „Surfen“ auf einer Internetseite. Bezüglich sogenannter abgeschlossener Telekommunikationsvorgänge erlaubt der Gesetzesentwurf erleichterte Auswertungen, z. B. kann auf die im dienstlichen E-Mail-Account des Beschäftigten abgelegten E-Mails zugegriffen werden, wenn erkennbar ist, dass diese nicht privat sind und dies für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Dies könnte z. B. bei einer krankheitsbedingten Abwesenheit des Mitarbeiters oder in dem vorstehend beschriebenen Fall der Freistellung während einer laufenden Kündigungsfrist der Fall sein. Aber selbst erkennbar private Inhalte im E-Mail-Account der Mitarbeiter sollen unter bestimmten Voraussetzungen laut Referentenentwurf einer Kontrolle des Arbeitgebers unterliegen: Diese dürfen nämlich dann ausgewertet werden, sofern ein auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhender Verdacht besteht, dass der Mitarbeiter zulasten des Arbeitgebers eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit oder eine schwerwiegende Vertragsverletzung begangen hat.

Die geplanten Neuerungen würden eine erhebliche Vereinfachung der derzeitigen Lage darstellen. Konfliktfrei sind die jetzt präsentierten Vorschläge indes auch nicht, da weiterhin Auslegungsfragen bleiben (z. B. was ist „erkennbar privat“?) und auch die Abgrenzung zwischen BDSG und TKG zu klären ist.

- Der Referentenentwurf enthält außerdem spezifische Regelungen zur Videoüberwachung von Mitarbeitern, dem Einsatz von Ortungssystemen und biometrischer Verfahren im Beschäftigungsverhältnis.
- Eine weitere wichtige Neuerung ist, dass eine Einwilligung von Beschäftigten zum Umgang mit ihren Daten immer nur dann möglich sein soll, wenn dies explizit im Gesetz geregelt ist. Die allgemeine Regelung zur Einwilligung im BDSG (§ 4 Abs. 1), deren Anwendung im Beschäftigungsverhältnis bisher sehr umstritten war, würde dann nicht mehr gelten. Allerdings enthält der Entwurf nur wenige Einwilligungssachverhalte (z. B. bzgl. Einsatz biometrischer Verfahren). Da die Einwilligung bereits heute wegen ihrer jederzeitigen Widerruflichkeit eine geringe praktische Bedeutung hatte, ist die geplante Regelung unschädlich. Eine Klarstellung zugunsten der Möglichkeit einer Einwilligung wäre allerdings wünschenswerter.

Fazit

Es bleibt abzuwarten, welche Vorschläge letztlich wann Gesetz werden. Aus dem Ministerium ist bekannt geworden, dass das Wording des Entwurfs in der Zwischenzeit bereits mehrfach geändert worden ist. Nach derzeitigem Stand wird aber auch weiterhin (unverständlicherweise) unregelt bleiben, wie Beschäftigungsdaten im Konzern zu behandeln sind (kein Konzernprivileg) und wie z. B. in Bezug auf Unternehmenskäufe und andere Sachverhalte mit Bezug zum Beschäftigungsverhältnis (z. B. HR-Outsourcings) umzugehen ist.

Diskussionsentwurf zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) will mit einem Diskussionsentwurf zur Änderung des AÜG auf Missbrauchsfälle im Bereich der Leiharbeit reagieren. Teile der Änderung sind auch der Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 19.11.2009 über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie) geschuldet.

Die geplanten Änderungen umfassen:

- Es wird in § 1 AÜG künftig darauf abgestellt, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird und nicht mehr darauf, ob die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig erfolgt. Damit wird klargestellt, dass auch konzerninterne Personalführungsgesellschaften, die Personal innerhalb des Konzerns zum Selbstkostenpreis zuzüglich einer geringen Verwaltungsvergütung verleihen, eine Verleiherlaubnis benötigen.

Hinweis

White & Case ist eine internationale Anwaltskanzlei, die aus White & Case LLP, eine im US-Staat New York registrierte Limited Liability Partnership, White & Case LLP, eine nach englischem Recht eingetragene Limited Liability Partnership, und weiteren angeschlossenen Unternehmen besteht. Die Partner unserer deutschen Büros gehören ebenfalls der nach dem Recht des Staates New York gegründeten Limited Liability Partnership an. Demzufolge ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.

Der Newsflash Arbeitsrecht ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten und anderer interessierter Personen. Der Newsflash Arbeitsrecht kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Gerne stehen wir Ihnen für weiterführende Informationen oder konkrete Anfragen zur Verfügung.

www.whitecase.de

- Der missbräuchliche Einsatz von Arbeitnehmerüberlassung in den Fällen, in denen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entlassen oder nicht weiter beschäftigt werden und als Leiharbeiter wieder in ihrem ehemaligen Unternehmen oder einem anderen Unternehmen desselben Konzerns zu schlechteren Arbeitsbedingungen als die Arbeitnehmer des Entleihers eingesetzt werden (sog. Drehtür-Effekt), soll ausgeschlossen werden. Zwar ist der Einsatz von Arbeitnehmerüberlassung in diesen Fällen weiterhin möglich, jedoch sind den Leiharbeiterinnen und Leihararbeitern die gleichen wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern im Betrieb des Entleihers.
- Damit der Drehtür-Effekt und generell Lohndumping in der Leiharbeitsbranche verhindert wird, soll die Möglichkeit vom Gleichstellungsgrundsatz (Equal-Pay-Grundsatz) durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrags in Bezug auf das Arbeitsentgelt abzuweichen, eine Lohnuntergrenze eingeführt (neuer § 3a AÜG) werden. Wird die Untergrenze unterschritten, ist die Vereinbarung insoweit unwirksam und der Leiharbeiter hat einen Anspruch auf Equal-Pay.
- Der Leiharbeiter ist durch den Entleiher über freie Arbeitsplätze im Unternehmen des Entleihers zu informieren. Leiharbeiter dürfen nicht von Gemeinschaftseinrichtungen (z. B. Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel), die beim Entleiher bestehen, ausgeschlossen werden. Sollte der Entleiher diesen Forderungen nicht nachkommen, begeht er eine Ordnungswidrigkeit, die mit einem Bußgeld bis zu EUR 2.500 geahndet wird.
- Das Gesetz soll am 01.05.2011 in Kraft treten und damit gleichzeitig zu dem Ende der Übergangsfristen für die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit der im Jahr 2004 EU beigetretenen Mitgliedstaaten.

Gedankenspiele der Bundesfamilienministerin – Ungemach für Arbeitgeber aus Berlin?

Die Bundesfamilienministerin Schröder will eine Familienpflegezeit einführen. Dabei schlägt sie vor, einen Rechtsanspruch auf eine zweijährige Familien-Pflegezeit für Arbeitnehmer gesetzlich zu verankern.

Während der zweijährigen Familienpflegezeit soll die Arbeitszeit der Arbeitnehmer, die sich in diesem Zeitraum um einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen kümmern, auf 50 % reduziert werden. In dieser Zeit sollen die Arbeitnehmer dennoch 75 % ihres Gehalts beziehen. Nach Beendigung der Familienpflegezeit sollen die Arbeitnehmer wieder Vollzeit arbeiten, jedoch weiterhin nur 75 % Gehalt bekommen, bis sozusagen ihr Zeit- und Gehaltskonto wieder ausgeglichen ist. Falls der Arbeitnehmer jedoch nach zwei Jahren nicht wieder seine Tätigkeit aufnehmen möchte, soll eine Versicherung für die Kosten der Arbeitgeber aufkommen.

Es steht zu befürchten, dass dies eine Gesetzesidee ist, die wie auch bereits das Pflegezeitgesetz in die Kategorie „gut gemeint, schlecht gemacht“ fällt. Es sind bei einer Umsetzung einer solchen Regelung viele Baustellen zu beachten. Insbesondere werden hierbei auch Fragen im Hinblick auf arbeitgeberseitige Beendigungen zu klären sein. Wird durch dieses Gesetz ein weiterer „absoluter Kündigungsschutz“ etabliert? Gilt das Gesetz für alle Betriebe oder muss eine Mindestgröße analog zum Pflegezeitgesetz beachtet werden? Des Weiteren ist zu klären, ob das Gesetz auch für geringfügig Beschäftigte, Auszubildende, Arbeitnehmern mit befristeten Arbeitsverträgen und Teilzeitbeschäftigte gelten soll.

Fazit

Letztlich wird durch das geplante Gesetz eine erhebliche administrative Belastung der Arbeitgeber verbunden sein, wohingegen die staatliche Pflegeversicherung entlastet werden wird. Es bleibt abzuwarten, ob die Gedankenspiele der Bundesfamilienministerin nicht von anderen Themen der Regierungskoalition überlagert werden.

Aktuelle Rechtsprechung

Fortgeltung der dynamischen Verweisung auf Tarifverträge nach Betriebsübergang teilweise auch bei Altverträgen

Mit Urteil vom 21.10.2009 (4 AZR 396/08) hat das BAG eine weitere Präzisierung zur Frage der Fortgeltung von Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge nach Betriebsübergang auf einen nicht tarifgebundenen Arbeitgeber vorgenommen. Das BAG hat klargestellt, dass auch bei Altverträgen, also Verträgen, die vor dem 01.01.2002 abgeschlossen wurden, ein Vertrauensschutz auf die nur statische Fortgeltung der im Anstellungsvertrag enthaltenen dynamischen Bezugnahme Klausel nur dann gewährt wird, wenn die Bezugnahme Klausel nach alter, zwischenzeitlich überholter Rechtsprechung, als Gleichstellungsabrede auszulegen gewesen wäre.

Dies war nach alter Rechtsprechung nur möglich, wenn die Bezugnahme Klausel allein den Zweck hatte, eine möglicherweise nicht bestehende Tarifbindung des Arbeitnehmers zu überbrücken. War die normative Geltung des in Bezug genommenen Tarifvertrags aus einem anderen Grund ausgeschlossen, dann konnte die Klausel auch nach alter Rechtsprechung nicht als Gleichstellungsabrede ausgelegt werden. In einer solchen Konstellation gewährt das BAG auch bei Altverträgen keinen Vertrauensschutz auf eine nur statische Fortgeltung der Bezugnahme Klauseln. Die in Bezug genommenen Tarifverträge gelten dynamisch fort.

Der Fall

Der Kläger, Mitglied der IG Metall, arbeitete seit März 1981 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten als Kundendiensttechniker in einem Düsseldorfer Betrieb. Das Unternehmen war in Hessen ansässig, beschäftigte jedoch überwiegend Arbeitnehmer außerhalb Hessens. Es war Mitglied im Verband der Metall- und Elektrounternehmen Hessen (VME Hessen), der mit der IG Metall Tarifverträge abschloss, die für das Land Hessen galten. In dem streitgegenständlichen Arbeitsvertrag heißt es in Nr. 2: *„Als Vergütung ... zahlen wir Ihnen ein monatliches Bruttogehalt, das sich gemäß dem derzeit gültigen Manteltarif der Hessischen Metallindustrie wie folgt zusammengesetzt“* Nr. 7 lautet: *„Alle weiteren, das Arbeitsverhältnis betreffenden Punkte, richten sich nach den jeweils gültigen Bestimmungen des Tarifvertrags der Hessischen Metallindustrie“* Mit Wirkung vom 01.04.2007 ging das Arbeitsverhältnis des Klägers durch Betriebsübergang auf die nicht tarifgebundene Beklagte über. Am 07.05.2007 vereinbarten IG Metall und VME Hessen eine Tarifierhöhung ab dem 01.06.2007 um 4,1 %, die jedoch von der Beklagten nicht umgesetzt wurde. Der Kläger begehrte die Zahlung des erhöhten Entgelts sowie die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Gehaltstarifverträge in der jeweils gültigen Fassung anzuwenden. Er vertrat die Auffassung, die in seinem Arbeitsvertrag enthaltene dynamische Verweisung auf die darin genannten Tarifverträge sei unverändert auf die Beklagte übergegangen.

Das BAG gab der Klage statt. Es entschied, dass die im Arbeitsvertrag enthaltene Verweisung auch nach Betriebsübergang dynamisch fortgelte. Insbesondere gewährte es trotz des Altvertrags keinen Vertrauensschutz. Vertrauensschutz, so das BAG, sei bei Altverträgen dann zu gewähren, wenn die Verweisungsklausel nach der alten, zwischenzeitlich überholten Rechtsprechung, als Gleichstellungsabrede auszulegen gewesen wäre. Die Gleichstellung sollte aber nur die möglicherweise fehlende Tarifbindung des Arbeitnehmers ersetzen. Vorliegend fehle die Tarifbindung aber aus einem anderen Grund. Bereits die Ortsfremdheit des in Bezug genommenen Tarifvertrags führe zu der fehlenden Tarifbindung, denn der Arbeitsvertrag verwies auf die Tarifverträge des Landes Hessen, während der Kläger wie die Mehrzahl der Mitarbeiter seine Arbeit außerhalb Hessens verrichtete. Da die normative Geltung der in Bezug genommenen Tarifverträge schon aufgrund dieser Ortsfremdheit nicht gegeben war, wäre die Verweisungsklausel im Arbeitsvertrag auch nach alter Rechtsprechung nicht als Gleichstellungsabrede ausgelegt worden. Aus diesem Grunde könne auch kein Vertrauensschutz gewährt werden. Es blieb daher bei der konstitutiven dynamischen Bezugnahme auf die Tarifverträge, die auch nach Betriebsübergang auf den nicht tarifgebundenen Arbeitgeber dynamisch fortgalt.

Fazit

Für Betriebserwerber ist es ohnehin schon schwer, exakt zu ermitteln, welche Arbeitsbedingungen in dem übernommenen Betrieb künftig gelten. Existieren dynamische Bezugnahme Klauseln, muss er jeden Anstellungsvertrag individuell darauf prüfen, ob die Dynamik auch nach Betriebsübergang fortgilt. Er kann sich nicht darauf verlassen, dass jedenfalls für Altverträge eine nur statische Fortgeltung erfolgt. Auch dort muss der Betriebserwerber unterscheiden. Entscheidend ist, ob die Verweisungsklausel in dem Altvertrag nach alter BAG-Rechtsprechung als Gleichstellungsabrede auszulegen gewesen wäre, ob also nur wegen einer evtl. fehlenden Tarifbindung des Arbeitnehmers eine normative Tarifbindung nicht eingetreten war, eine nahezu nicht zu erbringende

Prüfungsleistung. Die Bedingung, die für eine Tarifbindung fehlt, kann nämlich durchaus von unterschiedlicher Natur sein: Fehlende Tarifgebundenheit des Arbeitgebers, Fachfremdheit oder – wie hier – Ortsfremdheit oder auch ein nicht einschlägiger persönlicher Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrags. Der Betriebserwerber muss individuell prüfen, ob die in Bezug genommenen Tarifverträge beim Veräußerer normativ gegolten hätten, unterstellt, der betreffende Mitarbeiter sei Gewerkschaftsmitglied gewesen. Betriebserwerber stoßen hier an die Grenzen des Machbaren. Das Risiko, Arbeitnehmer falsch zu behandeln, ist nahezu nicht auszuschließen. Auch die Informationsschreiben nach § 613a Abs. 5 BGB sollten zur Fortgeltung der Bezugnahmeklauseln in Altverträgen im oben beschriebenen Sinne noch einmal differenzieren. Ein bloßer Hinweis auf die nur statische Fortgeltung von dynamischen Bezugnahmeklauseln in Altverträgen reicht unter Umständen nicht.

BAG legt EuGH die Frage zum Auskunftsanspruch eines abgelehnten Stellenbewerbers vor

Kann ein abgelehnter Stellenbewerber von dem ablehnenden Unternehmen Auskunft darüber verlangen, warum er abgelehnt wurde, sodass er etwaige Ansprüche aus AGG leichter durchsetzen kann? Mit dieser Frage hat sich jüngst das BAG inhaltlich beschäftigt. Es hat die Frage aber nicht letztverbindlich entschieden, sondern dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt. Die Frage ist von erheblicher Brisanz und die Entscheidung des EuGH mit Spannung abzuwarten.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) dient dem Schutz vor ungerechtfertigter Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Der Nachweis einer solchen Diskriminierung fällt dem Betroffenen in der Regel schwer, denn er erhält nach einer erfolglosen Bewerbung keinen Einblick in die Entscheidungsprozesse des Unternehmens. Abweichend von dem Grundsatz, dass jede Partei die für sie vorteilhaften Tatsachen beweisen muss, sieht das AGG daher vor, dass es ausreicht, wenn der Benachteiligte Indizien beweist, die einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vermuten lassen. Der Prozessgegner trägt dann das Risiko, diese Vermutung nicht widerlegen zu können.

Ein Indiz für eine Benachteiligung kann die nicht geschlechts- oder altersneutral formulierte Stellenausschreibung sein. Die Kriterien für eine Stellenvergabe sind dem erfolglosen Stellenbewerber aber i. d. R. nicht bekannt. Daher stellt sich die Frage, ob der Stellenerwerber, der sich bei der Bewerberauswahl diskriminiert fühlt, aber keine objektiven Anhaltspunkte für seinen Verdacht hat, vom Arbeitgeber Auskunft über dessen Maßstäbe und Entscheidungen bei der Bewerberauswahl verlangen kann.

Nach bisheriger Rechtsprechung hat ein abgelehnter Stellenbewerber, der Ansprüche aus AGG gegen das ablehnende Unternehmen geltend macht, kein Recht auf eine Auskunftserteilung. Das BAG hat sich kürzlich näher mit diesem Problem auseinandersetzen können und wiederholte die vorgenannte Auffassung. Einen Anspruch der Klägerin auf Auskunft gegen die Beklagte, ob diese einen anderen Bewerber eingestellt hat und gegebenenfalls aufgrund welcher Kriterien, sieht das BAG nach nationalem Recht nicht. Das Gericht hat in seiner Entscheidung vom 20.05.2010 (8 AZR 287/08) aber offengelassen, ob diese Auffassung den Antidiskriminierungsrichtlinien des Gemeinschaftsrechts entspricht und dem EuGH die Frage vorgelegt, ob ein Bewerber, dessen Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, obwohl er die Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllt, einen Anspruch auf Auskunft vom Arbeitgeber hat, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat und wenn ja, aufgrund welcher Kriterien diese Einstellung erfolgt ist.

Der Fall

In dem zugrunde liegenden Fall hatte sich die 1961 in Russland geborene Klägerin im Herbst 2006 bei der Beklagten als Softwareentwicklerin beworben. Sie erhielt daraufhin folgende Absage, ohne zuvor zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen worden zu sein:

„Sehr geehrte Frau M.,

vielen Dank für Ihre Bewerbung und Ihr Interesse. Die Auswahl aufgrund der Vielzahl von Bewerbungen fiel nicht leicht. Leider sind Sie nicht in die engere Auswahl gekommen. Beim nächsten Mal werden Sie bestimmt das kleine Quäntchen mehr Glück haben. Wir drücken Ihnen für Ihre weitere berufliche Neuorientierung ganz fest die Daumen und wünschen Ihnen alles Gute.

Mit freundlichen Grüßen...“

Darauf erhob die Bewerberin Klage. Sie habe die Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllt und sei lediglich wegen ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer ethnischen Herkunft nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Sie sei somit unter Verstoß des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz diskriminiert worden.

Das BAG führte aus, dass es keinen Anspruch der Klägerin auf Auskunft gegen das ablehnende Unternehmen aus nationalem Recht sieht. Die Klägerin hat zwar auf ihr Geschlecht, ihr Alter und ihre Herkunft hingewiesen. Sie habe jedoch nicht ausreichend Indizien vorgetragen, welche eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen und die nach § 22 AGG zu einer Beweislast der Beklagten dafür führen würde, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorgelegen hat.

Das BAG entschloss sich, dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen: Gebietet es das Gemeinschaftsrecht, einen Bewerber, der darlegt, dass er die Voraussetzungen für eine von einem Arbeitgeber ausgeschriebene Stelle erfüllt, dessen Bewerbung jedoch nicht berücksichtigt wurde, gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Auskunft einzuräumen, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat und wenn ja, aufgrund welcher Kriterien diese Einstellung erfolgt ist? Über diese Frage kann und darf nur der EuGH entscheiden, da ihre Beantwortung von der Auslegung der einschlägigen Antidiskriminierungsrichtlinien abhängt. Der Europäische Gerichtshof hat insoweit das Prüfungsmonopol.

Fazit

Werden Stellenbewerber aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt, können sie neben einem Schadensersatzanspruch auch eine Entschädigung verlangen. Zunächst ist es jedoch der Arbeitnehmer, der Indizien für eine diskriminierende Benachteiligung vorbringen muss. Bei manchen Konstellationen wird ihm dies leichter fallen, wie z. B. bei einer schon nicht geschlechtsneutral vorgenommenen Stellenausschreibung. In anderen Fällen jedoch ist eine Benachteiligung nicht so offensichtlich indiziert, sondern erschließt sich erst nach Kenntnis interner Entscheidungsprozesse, die der Bewerber aber gerade nicht kennt. Als Schutz sind viele Arbeitgeber daher auch dazu übergegangen, möglichst neutrale und standardisierte Absagen zu verfassen. Möchte der Arbeitnehmer wissen, ob die Auswahl diskriminierend war, ist er auf die Auskunft des Arbeitgebers angewiesen. Verlangen kann er sie nach der bisherigen Rechtsprechung aber nicht, da das AGG einen solchen Anspruch nicht vorsieht. Würde man den Arbeitnehmern hier ein Auskunftsrecht gegen den Arbeitgeber zuerkennen, würde dies den Arbeitnehmern die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem AGG ganz erheblich erleichtern und die bisher noch geringe Anzahl von Klagen würde sich drastisch erhöhen.

Bis zu einer Entscheidung des EuGH verbleibt es aber zunächst dabei, dass den abgelehnten Stellenbewerbern kein Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber zusteht. Dies könnte sich jedoch ändern, wenn der EuGH unter Auslegung der Antidiskriminierungsrichtlinien eine andere Auffassung vertritt und dem Bewerber einen solchen Auskunftsanspruch zuerkennt.

Arbeitgebern ist daher umso mehr zu raten, ihre Auswahlentscheidung ausreichend zu dokumentieren. Insbesondere sollte festgehalten werden, aus welchen Gründen die Qualifikation des tatsächlichen eingestellten Bewerbers denen des abgelehnten Bewerbers überwiegt. Besondere Vorsicht ist geboten, wenn der Bewerber auf ein Diskriminierungsmerkmal ausdrücklich hinweist oder ein solches in seiner Bewerbung zum Vorschein tritt. Aus der Dokumentation des Unternehmens über die Bewerbung sollte zweifelsfrei hervorgehen, dass eventuelle Diskriminierungsmerkmale bei der Ablehnung einer Bewerbung keine Rolle gespielt haben. Der vorliegende Fall belegt wie viele andere, dass ein paar gut gemeinte Worte den genau gegenteiligen Effekt bewirken können und abgelehnte Bewerber gerade dies u. U. zum Anlass nehmen, nun erst Recht angebliche Ansprüche zu verfolgen. Weniger ist manchmal eben doch mehr.