



Recht im Wandel - Was der Schriftpsychologe wissen sollte

Von Manfred Ehlers

Der Artikel beantwortet Fragen, die im Rahmen der Betriebsgraphologie von Bedeutung sind. Wo befindet sich ein deutscher Graphologe im Rahmen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und Grundgesetzes (GG). Der Artikel basiert auf einem Vortrag, den Herr Ehlers im Mai 2008 auf dem 24. Internationalen Kongress für Schriftpsychologie in Lindau hielt.

Welche Veränderungen, welchen Wandel aber gab und gibt es in den vergangenen Jahren, der Ihre Arbeit als Schriftpsychologen und Sachverständige im Bereich der Schriftexpertisen betrifft.

Noch immer haben Sie als Gutachter bei allen Ihren Arbeiten, unabhängig davon, ob eine Potenzialanalyse oder eine Eignungsanalyse im Zusammenhang mit einer beabsichtigten Einstellung gefertigt wird, das Persönlichkeitsrecht des betroffenen Probanden zu beachten. Ich hatte hierüber am 16.05.1996 gesprochen und möchte daher an dieser Stelle nur noch einmal auf die maßgeblichen Leitsätze einer Entscheidung des Arbeitsgerichts München vom 14.04.1975 hinweisen, die letztlich die in allen europäischen Staaten maßgeblichen Kriterien feststellt:

Die Einholung eines graphologischen Gutachtens ohne Einwilligung des Bewerbers stellt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.

In der Übersendung eines handschriftlichen Lebenslau-

fes oder anderer, typischerweise für die Beurteilung der Person eingereichten handschriftlichen Bewerbungsunterlagen liegt regelmäßig eine eingeschränkte Einwilligung des Bewerbers zu einer graphologischen Begutachtung.

Die eingeschränkte Einwilligung beschränkt sich in diesem Fall auf den Bereich der Privatsphäre, soweit diese auch ein in Personalfragen sachkundiger Laie für den in Aussicht genommen konkreten Arbeitsplatz zu berücksichtigten pflegt.

Kommt es zur Einstellung des Bewerbers, dann muss das vorher erstellte graphologische Gutachten als Personalangelegenheit streng vertraulich behandelt werden und darf nicht offen in der Personalakte liegen. Der Bewerber hat ein Recht darauf, zu erfahren, ob ein Gutachten eingeholt wurde, nicht aber, welchen Umfang und Inhalt es hat.

Ein Einsichtsrecht wird soweit ersichtlich in Deutschland nur für abgelehnte Bewerber diskutiert. Demgegenüber wird in der Schweiz

aus § 2 e DSGVO sogar ein allgemeines Einsichtsrecht hergeleitet. Da ein graphologisches Gutachten ein Persönlichkeitsprofil im Sinne dieser Vorschrift sei, ergebe sich für die betroffene Person ein jederzeitiges Einsichtsrecht aus § 17 DSGVO. Bei Anwendung dieser Vorschrift besteht sogar ein Anspruch auf die Aushändigung einer Fotokopie des Gutachtens. Auf die Frage, in wessen Eigentum das Gutachten steht und wer es in Auftrag gegeben hat, kommt es nicht an.

Seit dem 01.01.2002 gelten nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zahlreiche Regelungen im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, unserem BGB, nicht mehr oder in anderer Fassung.

Bis einschließlich zum 31.12.2001 betrug etwa die Frist zur Verjährung Ihrer Ansprüche auf die Bezahlung Ihres Honorars 2 Jahre und die Frist zur Geltendmachung etwaiger Schadenersatzansprüche gegen Sie 3 Jahre.

Manfred Ehlers
Kronenburgallee 5
D-44139 Dortmund

www.spieker-jaeger.de

manfred.ehlers@spieker-jaeger.de

Heute gilt – mit wenigen Ausnahmen – eine regelmäßige Verjährungsfrist für alle Ansprüche von 3 Jahren. Diese Frist ist maßgeblich für Ihre eigenen Ansprüche, aber auch für die gegen Sie gerichteten Ansprüche sowohl aus dem mit Ihrem Auftraggeber geschlossenen Vertrag als auch für etwaige Ansprüche Dritter, die sich aufgrund Ihres Gutachtens oder Ihrer Bewertung in Rechten verletzt fühlen.

Die Zustellung eines Mahnbescheides hatte früher den Lauf der Verjährung unterbrochen mit der Folge, dass die Verjährungsfrist neu begann. Als Gläubiger hatten Sie im Falle einer solchen Unterbrechung dann erneut weitere 2 Jahre Zeit, den Anspruch im streitigen Verfahren nach einem etwaigen Widerspruch des Schuldners zu begründen. Heute führt die Zustellung eines Mahnbescheides nur noch zu einer Hemmung für die Dauer von 6 Monaten. Die Verjährungsfrist beginnt also nach der Zustellung des Mahnbescheides nicht erneut zu laufen. Legt der Schuldner beispielsweise Widerspruch gegen den Mahnbescheid ein und betreiben Sie als Gläubiger die Sache nicht weiter, setzt die Verjährungsfrist 6 Monate nach dem Widerspruch des Schuldners wieder ein und läuft weiter. Diese neue Regelung dient also wesentlich der Beschleunigung von Verfahren mit der Gefahr, dass bei Untätigkeit auch berechnete Ansprüche leichter und dauerhaft vernichtet werden.

Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ergeben sich auch im Hinblick auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die auch von Ihnen zum Teil im Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe vereinbart werden. Die Regelungen des alten „Gesetzes über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG)“ wurden in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen und zum Teil deutlich geändert. Mir liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen vor, die von einem Unternehmen verwendet werden, das sich sowohl mit der Personalvermittlung als auch mit der

Schriftbegutachtung befasst. Dort ist folgende Formulierung enthalten:

„Der Auftraggeber trägt mit Abschluss des Arbeitsvertrages mit dem Arbeitnehmer die alleinige Verantwortung für die Auswahlentscheidung. Die xy GmbH und eventuelle Erfüllungsgehilfen haften nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit.“

Nach § 309 Ziff. 7 a BGB ist diese Regelung unwirksam, weil sie als allgemeiner Haftungsausschluss auch die Haftung für Körperschäden ausschließt, die ggf. fahrlässig verursacht wurden. Letztere ist aber seit dem Jahr 2002 in dieser allgemeinen Form nicht mehr zulässig. Die Haftung für die Verletzung des Körpers und der Gesundheit kann nicht mehr auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden. Eine Vielzahl von Haftungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind aufgrund der gesetzlichen Neuregelungen unzulässig geworden.

Änderungen im Bereich des Verbraucherschutzes, etwa beim Haustürwiderrufsgesetz, dem Fernabsatzgesetz oder dem Verbraucherkreditgesetz lasse ich hier unerwähnt.

Ganz maßgebliche Bedeutung und Auswirkungen auf die Gesellschaft und insbesondere auf den Bereich der Personalarbeit hat das zum 17.08.2006 in Kraft getretene AGG, das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, auch häufig Antidiskriminierungsgesetz genannt.

Vielleicht fragen Sie sich, was Sie mit einem Antidiskriminierungsgesetz zu tun haben und wen Sie im Zusammenhang mit einer Begutachtung wie und wodurch diskriminieren können. Ich möchte Ihnen dazu Folgendes sagen:

So genannte „Winkelschreiber“ malen ihre Konsonanten als Zick-Zack-Linien. In der Bewertung werden solche Menschen häufig als willensstark, entschlossen und durchsetzungsstark beschrieben. Wer mich kennt, weiß, dass ich kein Anhänger einer chauvinistischen Lehre bin. Tatsächlich werden aber die Ei-

genschaften „willensstark“ und „durchsetzungsstark“ von Kommentatoren des AGG als typisch männliche Eigenschaften bezeichnet. Sucht also ein Arbeitgeber in einer Stellenausschreibung einen willensstarken und durchsetzungsfähigen Arbeitnehmer so bringt er damit mittelbar zum Ausdruck, dass er einen männlichen Bewerber sucht. Er setzt ein Indiz für eine mittelbare Benachteiligung von Frauen, die von eben diesen Kommentatoren als eher sozialkompetent und kommunikativ eingestuft werden.

Ich habe hier in Lindau bei weitem nicht die Zeit, Sie mit diesem Gesetz wirklich vertraut zu machen. Meine Schulungen bei Unternehmern sind in der Regel Tagesveranstaltungen. Ausführliche Schulungsunterlagen erhalten Sie bei Interesse über die EGS. Heute kann ich Sie lediglich auf einige Grundlagen hinweisen:

Das Gesetz geht zurück auf eine Vielzahl europäischer Richtlinien, die zwischenzeitlich fast in allen Mitgliedsstaaten umgesetzt wurden. Das Gesetz verbietet unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, wegen der Religion oder Weltanschauung, wegen einer Behinderung, wegen des Alters oder wegen der sexuellen Identität. Das Gesetz schützt vor Benachteiligungen im gesamten Zivilrechtsverkehr, also bei allen Vertragsarten, und zwar auch schon im Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung. Hier ist der wesentliche Bezug des Gesetzes zum Arbeitsrecht, da sich der gesetzliche Schutz schon auf die Auswahl des Personals, die Einstellung und die Schaffung von Zugangsbedingungen bezieht.

§ 3 AGG verbietet die unmittelbare und die mittelbare Benachteiligung.

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines der Benachteiligungsgründe eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Dem gegenüber ist von einer nur mittelbaren Benachteiligung auszugehen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften oder Vorgänge Personen wegen eines Benachteiligungsgrundes gegenüber anderen Personen in vorwerfbarer Weise benachteiligen können.

Ich erinnere schon an die Bewertung vorhin. Deutlich wird der Unterschied zwischen einer unmittelbaren Benachteiligung und einer mittelbaren Benachteiligung an folgenden zwei weiteren Beispielen:

Ein Unternehmensberater sucht in einer Tageszeitung per Inserat eine Sekretärin. Zudem entschließt er sich, nur seinen vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern ein 13. Gehalt zu zahlen, nicht aber den teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern.

Der erste Fall ist eine klare und unmittelbare Benachteiligung von Männern. Der Unternehmensberater macht deutlich, dass er an der Bewerbung von Männern nicht interessiert ist. Schon vor dem Inkrafttreten des AGG war ein solches Inserat nach § 611 a BGB unzulässig. Diese Vorschrift gibt es heute nicht mehr.

Der zweite Fall ist nur auf den zweiten Blick als Benachteiligung zu erkennen, nämlich als mittelbare Benachteiligung von Frauen, da rund 80 % aller teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer weiblich sind.

Beide Fälle wurden mehrfach von Arbeitsgericht entschieden. Als aufmerksame Zeitungsleser werden Sie unzulässige Stellenanzeigen immer wieder finden. Da sich nach dem Inkrafttreten des AGG Spezialisten gebildet haben, die derartige Inserate „ausschlachten“, können Arbeitgeber nur dringend gewarnt werden.

Neben dem Benachteiligungsgrund des Geschlechts sind in der Praxis von Bedeutung die Benachteiligungen wegen einer Behinderung und insbesondere wegen des Alters. So ist heute allgemeine Ansicht, dass beispielsweise in Stellenanzeigen die Suche nach „jungen“ Führungskräften ebenso unzulässig ist, wie die Suche nach Bewerbern, die über eine langjährige Berufserfahrung verfügen. Ersteres wäre wiederum eine unmittelbare Benachteiligung, letzteres eine mittelbare von jungen Bewerbern, da diese erfahrungsgemäß nicht über langjährige Berufserfahrung verfügen und nicht verfügen können. Ich halte derartige Stellenanzeigen allerdings auch für unnötig, da es nicht um die langjährige Berufserfahrung, sondern um die Qualifikation des Bewerbers und seine berufliche und soziale Kompetenz geht.

Ich möchte Ihnen noch ein anderes Beispiel einer mittelbaren Diskriminierung darstellen: Sie veranstalten ein Assessment-Center an einem Tag, auf den das Zuckerfest fällt. Insofern liegt zunächst einmal eine Diskriminierung nicht auf der Hand. Tatsächlich feiern aber Türken am Zuckerfest das Ende der Fastenzeit als hohen Feiertag. Kein gläubiger Türke wird diesen Tag in einem Assessment-Center verbringen. Ethnische Herkunft und Religion sind aber geschützte Rechtsgüter des AGG. Hier werden also Türken mittelbar diskriminiert. Eine wohl in der Literatur einhellige Ansicht.

Gänzlich neu und in keinem anderen Recht entsprechend regelt das AGG, dass es für die Geltendmachung des Anspruches ausreicht, dass der Benachteiligte ein Indiz darlegt, dass eine Benachteiligung vorliegt. Ausreichend hierzu ist etwa die fehlerhafte Stellenausschreibung, die Frage nach dem Alter oder einer Schwerbehinderung. Der in Anspruch genommene Arbeitgeber muss nunmehr darlegen und in vollem Umfang beweisen, dass tatsächlich keine Diskriminierung vorliegt. In der Praxis wird ihm dies schwer gelingen, da die Gerichte ausschließlich

auf harte und objektive Kriterien zurückgreifen. Sind beispielsweise beide Bewerber – Mann und Frau, Deutscher oder Muslim – für die zu besetzende Stelle gleich geeignet, liegt schon eine Diskriminierung vor, wenn die Person, in der das Diskriminierungsmerkmal gegeben ist, abgelehnt wird.

Als Folge von Benachteiligungen sieht das Gesetz nicht nur den Ersatz des materiellen Schadens vor, sondern auch eine Entschädigung für immaterielle Schäden, also eine Art Schmerzensgeld. Diese Entschädigung ist der Höhe nach unbegrenzt und nur in engen Ausnahmefällen im Arbeitsrecht auf 3 Bruttomonatsgehälter begrenzt. Die Haftungsfallen liegen dabei eindeutig im Bewerbungs-, Auswahl- und Einstellungsverfahren.

Nicht immer haftet ein Arbeitgeber als tatsächlich Einstellender oder Ablehnender selbst. Beauftragt ein Arbeitgeber etwa einen Personalberater als Headhunter oder beauftragt er einen Unternehmensberater mit der Personalauswahl, haftet neben dem Arbeitgeber auch das beauftragte Unternehmen selbst.

Ob der Personalberater oder Graphologe hinsichtlich etwaiger diskriminierender Aussagen in seinem Gutachten im Ergebnis auf Zahlung von Schadenersatz in Anspruch genommen werden kann, ist sicher eine Einzelfallfrage. Grundsätzlich dürfte Folgendes gelten:

Eine Benachteiligung im Sinne des AGG setzt zwingend eine Vergleichsperson voraus. § 3 AGG spricht von einer „anderen Person“. Häufig - etwa bei einer Potenzialanalyse - wird es daran schon fehlen. Zudem enthalten auch mehrere Gutachten zu einem identischen Einstellungsverfahren, sofern dies vorkommt, lediglich gutachterliche Feststellungen, die einem anderen, nämlich einem Arbeitgeber, als Entscheidungsgrundlage dienen sollen.

Allein die Feststellung charakterbezogener Eigenschaften führt noch nicht zu einer Benachteiligung. Die Feststellung, ob es sich um eine männliche oder weibliche Schrift handelt, diskriminiert noch nicht. Natürlich gibt es bei der Aktualität des Gesetzes noch keine Rechtsprechung zu dieser Problematik.

Ich selbst sehe aber eher eine Haftung des Graphologen aus unerlaubter Handlung, wie bisher, wenn er bar jeder wissenschaftlichen Grundlage herabwürdigende Feststellungen trifft und damit die Persönlichkeitsrechte des Schreibers verletzt. Dass auch dies vorkommt, ergibt sich aus einem Urteil des Landesarbeitsgerichts Freiburg vom 26.01.1972. Ich erlaube mir, aus diesem Urteil und dem Tatbestand dieser Entscheidung wie folgt zu zitieren:

„Die Klägerin wird in diesem Gutachten als eine nicht intelligente, schlaue, raffinierte, rachsüchtige, herrschsüchtige, durchtriebene, taktlose, schwatzhafte, kontaktarme, gefühls- und gemütskalte Intrigantin geschildert, der man nicht glauben kann und die hintergründig wühlend auf Rache sinnt. Sie sei – so wird in dem Gutachten weiter ausgeführt – nicht in der Lage, echte und tiefe Beziehungen zu pflegen und zu ihren Mitarbeitern ein gutes Verhältnis zu haben. Die Klägerin wird sogar „wegen der ungenügenden Strichqualität“ als krank bezeichnet, es wird ihr deswegen auch eine psychische Behandlung empfohlen. Das Gutachten stellt sich somit lediglich als eine Anhäufung grober Beleidigungen dar, dem nach Inhalt und Diktion jeglicher wissenschaftlicher Charakter und Wert abgesprochen werden muss“.

Der Arbeitgeber hat die Einholung eines graphologischen Gutachtens über die damalige Klägerin veranlasst zur Rechtfertigung einer bereits ausgesprochenen Kündigung und hat dieses Gutachten in den Kündigungsschutzprozess eingeführt.

Auf Bitten einer Kollegin aus Ihren Reihen möchte ich im Zusammenhang mit möglichen Ansprüchen auf einen Fall eingehen, der wohl im Verhältnis zu dem vorhergehenden fast unrealistischen Fall eher praxisrelevant ist:

Die Versicherungsgesellschaft V beauftragt eine Kompetenz- und Potentialanalyse. Hintergrund des Auftrages waren Zweifel an der sozialen Kompetenz einer Führungskraft und ein auffallendes Ungleichgewicht zwischen Führungsanspruch und Führungsvermögen.

Im Rahmen eines Assessment-Centers wird mit dem Einverständnis der Führungskraft unter anderem auch eine schriftpsychologische Analyse erstellt. Das Ergebnis der Analyse bestätigt ebenso wie das Einzel-Assessment die festgestellten Schwächen. Ein Einzelcoaching unter Einbeziehung der Assessment-Ergebnisse bleibt im Ergebnis ohne Erfolg. Nach einigen Monaten erfolgt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Die Führungskraft fühlt sich durch die schriftpsychologische Untersuchung in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt, verlangt den Widerruf der Feststellungen und kündigt Schadenersatzansprüche an.

Der Fall dürfte wie folgt gelöst werden:

Ein etwaiger Anspruch auf einen Widerruf ist nach der gesetzlichen Wertung beschränkt auf die Richtigstellung falscher Tatsachenbehauptungen, vgl. BGH, Urteil vom 18.10.1977. Nur wenn es um feststellbare Tatsachen geht, kann es, wenn deren Unrichtigkeit feststeht oder bewiesen ist, verantwortet werden, vom Schädiger die Rücknahme seiner Äußerungen zu erzwängen.

Im Rechtssinne liegt eine Tatsachenbehauptung regelmäßig dann vor, wenn der Gehalt der die Persönlichkeit des Angegriffenen tangierenden Äußerung als etwas Geschehenes grundsätzlich dem Beweis offen steht. Eben weil sich Tatsachen grundsätzlich beweisen lassen, ist es

möglich, die Wahrheit einer Behauptung zum Maßstab ihrer Zulässigkeit zu machen.

Demgegenüber sind Werturteile einem Beweis nicht zugänglich. Sie fallen nicht unter die Kategorie der Wahrheit, sondern unter die der Richtigkeit; diese lässt sich aber meist nicht exakt feststellen. Der BGH führt dazu in einer Entscheidung, in der es um die Feststellungen eines „Sachverständigen für wissenschaftliche Graphologie“ ging, aus:

„Gutachten von Sachverständigen können nun sowohl Tatsachenbehauptungen als auch Werturteile enthalten. Aufgabe des Gutachters ist es gewiss oft, kraft seiner Sachkunde zu bestimmten Tatsachen Stellung zu nehmen. Dann hat er einmal Auskunft über Sätze der Wissenschaft, Erfahrungssätze und dergl. zu geben, wendet diese Sätze aber gleichzeitig auf den konkreten Fall an und gelangt so zu Schlussfolgerungen über das Vorliegen konkreter Tatsachen. Meint er, aufgrund seiner Untersuchungen und Überlegungen Gewissheit über die erfragte Tatsache erlangt zu haben, so wird er deren Existenz im Ergebnis uneingeschränkt behaupten. Eine solche Behauptung kann im Einzelfall auch auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden, nämlich durch Verwendung besserer wissenschaftlicher Erkenntnismittel oder Aufdeckung von Irrtümern bei der dem Ergebnis vorangehenden Untersuchungen. Gleichwohl ist rechtlich in der Regel der Schluss, den der Sachverständige aus seinem Gutachten zieht, ein Werturteil und nicht Behauptung einer Tatsache. Es liegt im Wesen des Gutachtens, dass es auf der Grundlage bestimmter Verfahrensweisen zu einem Urteil kommen will, das, selbst wenn es äußerlich als Tatsachenbehauptung formuliert worden ist, auf Wertungen beruht. Bei einem Schriftgutachten ist das besonders deutlich:

Es sind z. B. gewiss Wertungsfragen, welche Besonderheiten und Eigenschaften der Schriften verglichen werden, ob Ähnlichkeiten oder Abweichungen als solche erkannt und erklärt werden oder nicht, und welchen Stellenwert die aufgedeckten Bezüge haben. Ähnliche Wertungsprobleme treten in Gutachten stets mehr oder weniger stark auf. Im Ergebnis wenn vielleicht auch nicht in ihrer Begründung (vgl. BGHZ 65, 330), ist deshalb der schon vom Reichsgericht vertretene Auffassung (RGZ 84, 294) zu folgen, dass im Regelfall der Gutachter, der eine (allerdings wohl nicht immer notwendig "wissenschaftliche") Untersuchung vorlegt und deren Ergebnisse darstellt, nur seine subjektive Wahrnehmung und das daraus gewonnene Urteil wiedergibt. Dem Wesen nach handelt es sich dann um die Kundgebung seiner subjektiven, gutachtlichen Überzeugung, die zwar angefochten und bestritten werden kann, auch unter dem Vorbehalt des Irrtums steht, aber immer ihrer Zielrichtung nach Wertung ist und von dem Empfänger auch so verstanden wird. Zudem lässt es sich mit dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung (Art 5 GG) nicht vereinbaren, den Verfasser eines solchen Gutachtens zum Widerruf dieser seiner subjektiven, auf seinen speziellen Kenntnissen, Erfahrungen und Untersuchungen beruhenden Überzeugung zu zwingen.“

Nach diesen Kriterien dürfte auch im Fall kein Widerrufsanspruch bestehen.

Ein Anspruch auf immateriellen Schadenersatz – nennen wir es Schmerzensgeld – würde eine unerlaubte Handlung voraussetzen, etwa eine üble Nachrede oder eine Beleidigung. In dem mir zugetragenen Fall Ihrer Kollegin fehlen dafür jegliche Anhaltspunkte. In der zuvor zitierten Entscheidung des BGH hat dieser zudem darauf hingewiesen, dass Werturteile im Rechtssinn keine ehrenrührigen Tatsachen darstellen. Zudem hat der Senat deutliche Ausführungen zur Notwendigkeit rechts-

widrigen Handelns gemacht, die ich Ihnen nicht vorenthalten möchte:

„Bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes lässt sich das zur Haftung führende Unrecht des Täters nicht schon damit begründen, dass sein Verhalten zu dem missbilligten Erfolg geführt hat; die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens wird nicht schon durch den eingetretenen Erfolg "indiziert". Nicht jede Beeinträchtigung der Persönlichkeitssphäre eines anderen Menschen ist eine Rechtsgutverletzung; im gesellschaftlichen Miteinander sind viele solcher Beeinträchtigungen unvermeidlich und müssen dann bei Abwägung der gegenseitigen Belange hingenommen werden. Deshalb bedarf in diesen Fällen der Handelnde nicht stets eines besonderen Rechtfertigungsgrundes, wenn er in die Persönlichkeitssphäre eines anderen eingegriffen hat. Vielmehr kann bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes die Rechtswidrigkeit der Handlung erst aus der zu missbilligenden Art der Schädigung abgeleitet werden (vgl. BGHZ 45, 296, 307 mwN; BGHZ 50, 133, 143).

Ein Sachverständiger, der - sei es als Privatgutachter, sei es als Gutachter in einem Verfahren - ein Gutachten erstellt und darin die Fragen seines Auftraggebers beantwortet, verstößt damit in der Regel nicht gegen die Rechtsordnung. Auch er nimmt im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit das in Art 5 GG gewährleistete Recht auf freie Meinungsäußerung wahr. Sachverständige Untersuchung und Wertung von Sachverhalten der verschiedensten Art ist ein unverzichtbares Element der Meinungsbildung; dem entspricht, wie oben schon erwähnt, auf Seiten des Auftraggebers dessen sich ebenfalls aus Art 5 Abs 1 S 1 GG ergebende Informationsfreiheit. Zu den allgemein zugänglichen Informationsquellen, die der Unterrichtung des Interessierten dienen, gehört in Fragen, wo eigene Sachkunde fehlt oder nicht ausreicht, die Zuhilfenahme der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten von Sachverständigen.“

Auch bei Äußerungen von Sachverständigen kann sich somit ein Unwerturteil erst aus der zu missbilligenden Art der Schädigung ergeben. Daraus folgt, daß im Einzelfall ein Sachverständiger verpflichtet sein kann, einer missbräuchlichen Benutzung und Weitergabe seines Gutachtens entgegenzuwirken - dann etwa, wenn die in seinem Gutachten behandelten Fragen und die sich daraus ergebenden "brisanten" Schlussfolgerungen, ganz besondere Gefahren irreparabler Schädigungen für betroffene Personen, auch ihm erkennbare Bedenken gegen die Person seines Auftraggebers es nahelegen, die unterschiedslose Verbreitung seiner Erkenntnisse zu verbieten. Indessen wird es in der Regel im Verantwortungsbereich des Auftraggebers, nicht des beauftragten Sachverständigen, der gewissenhaft gearbeitet hat, liegen, wie er mit der vom Gutachter erlangten Information umgeht. Ohne besonderen Anlass braucht der Sachverständige nicht zu prüfen, ob Vorsichtsmaßnahmen zu treffen sind.

Da im vorliegenden Fall die Begutachtung im Einverständnis der Führungskraft erfolgte, kommen auch Schadenersatzansprüche im Ergebnis nicht in Betracht.

Hinweisen möchte ich Sie auf eine weitere Änderung und Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ende 2002 wurde § 839 a BGB eingefügt. Eine Konkretisierung der schon vorhandenen Haftung bei Amtspflichtverletzungen in § 839 BGB. Das „a“ steht bei Gesetzen bekanntlich für Ergänzungen. Im Einkommensteuergesetz finden sich daher heute mehr Buchstaben als Ziffern.

Die Neuregelung betrifft die Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen. Der eine oder die andere von Ihnen, meine Damen und Herren, werden vermutlich auch in dieser Eigenschaft forensisch tätig.

Bis zu dieser Neuregelung ergab sich die Haftung eines vor Gericht tätigen Sachverständigen nur unter dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung gem. § 823 Abs. 1 BGB – der zentralen Haftungsnorm im deutschen Recht -. Diese Vorschrift schützt allerdings keine Vermögensschäden. Diese Vermögensschäden waren bisher nur geschützt, wenn der gerichtlich bestellte Sachverständige mit der Erstattung seines Gutachtens eine Straftat beging oder einen der Beteiligten vorsätzlich und sittenwidrig schädigen wollte.

Diese Haftungslücke ist mit der gesetzlichen Ergänzung in § 839 a BGB geschlossen. Für die Haftung des gerichtlich bestellten Gutachters genügt nunmehr ein vorsätzlich oder grob fahrlässig erstelltes unrichtiges Gutachten. Was ist nun aber ein unrichtiges Gutachten?

Wagner in der aktuellen Auflage des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch sagt Folgendes:

„Das von dem Sachverständigen erstattete Gutachten ist „unrichtig“, wenn es nicht der objektiven Sachlage entspricht, also beispielsweise die festgestellten Tatsachen nicht existieren. Soll das Gutachten über Erfahrungssätze Auskunft geben, so darf kein Lehrsatz aufgestellt werden, der nicht (mehr) gilt. Hat der Sachverständige aus vorgegebenen Tatsachen eine Schlussfolgerungen zu ziehen, muss der Schluss richtig sein. Ist nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich, dann darf der Sachverständige keine Sicherheit vorgaukeln, sondern muss sich auf einen Wahrscheinlichkeitsschluss beschränken und den Wahrscheinlichkeitsgrad richtig angeben“.

Der Sachverständige muss, wie dargelegt, schuldhaft handeln, wobei einfache Fahrlässigkeit nicht genügt. Für die Annahme einer Haftung muss zudem das gerichtliche Urteil auf dem falschen Gutachten beruhen und daraus folgend bei einem der Prozessbeteiligten ein Vermögensschaden entstehen.

Zu Gunsten des Sachverständigen berücksichtigt das Gesetz, dass die Parteien ggf. die Möglichkeit haben, den Schaden durch ein Rechtsmittel abzuwenden. Ist ein solches Rechtsmittel, etwa Berufung oder Revision, möglich und wird vom Geschädigten vorwerfbar nicht eingelegt, entfällt die Haftung des Sachverständigen trotz der Unrichtigkeit seines Gutachtens. Ich denke, dass von einer solchen Vorwerfbarkeit aber nur dann ausgegangen werden kann, wenn die Ausführungen des Sachverständigen ersichtlich unrichtig sind. Dann allerdings wird wohl auch schon das Urteil dem Gutachten nicht folgen.

Recht im Wandel bedeutet eine zunehmende Reglementierung auch im nicht gesetzlich geregelten Bereich. Hierbei erhält auch das deutsche Institut für Normung Bedeutung.

Hinweisen möchte ich Sie auf eine von dort entwickelte DIN, nämlich die DIN 33430, die jedenfalls im Zusammenhang mit Assessment-Centern Bedeutung erlangt.

Die üblichen Einstellungstests und Vorgehensweisen waren bisher nicht reglementiert. Seit dem Sommer 2002 ist die DIN 33430 nunmehr in Kraft, in der die Anforderungen an Verfahren und Einsatz berufsbezogener Eignungsbeurteilungen formuliert sind und deren Beachtung ein wesentliches Moment der Qualitätssicherung und Qualitätsoptimierung der Personalauswahl ist bzw. sein soll.

Mit der DIN 33430 werden fachlich fundierte Informationen über Verfahren zur Eignungsbeurteilung, beispielsweise Assessment-Center, verbreitet, damit die Praxis von den vorhandenen Erkenntnissen profitieren kann. Die Norm begreift die Qualitätssicherung und Qualitätsoptimierung in der berufsbezogenen Eignungsbeurteilung als Chance, um einen Gegenpol zur Beliebigkeit zu prägen, um seriöse Anbieter zu stärken, um die Bemühungen interner Dienstleister zu legitimieren und um

Kandidaten vor unsachgemäßen Verfahren zur Eignungsbeurteilung zu schützen. Die DIN informiert über die Notwendigkeit einer exakten Planung des gesamten Prozesses der Personalentscheidung, von der Anforderungsanalyse über die eingesetzten Verfahren bis hin zum abschließenden Eignungsurteil.

Die Regelungen der DIN zeigen Instrumente und Methoden zu Prozessen und Analysen, zeigen diagnostische Verfahren für Personalauswahl und Karriereentscheidungen und dienen nach ihrer ausdrücklichen Zweckbestimmung ihrer Verfasser der Objektivität, Validität und Verlässlichkeit von Prüfungen.

Dass graphologische Gutachten als Grundlage einer Personalentscheidung nach dieser neuen Norm von deren Verfassern als unseriös bezeichnet werden, möchte ich lediglich unkommentiert mitteilen.

Zur Klarstellung: Die DIN 33430 ist nicht rechtlich verpflichtend, sondern eine empfohlene Vorgabe bei der Durchführung von Personalauswahltests, insbesondere in Form der sog. Assessment-Center. In zahlreichen Veröffentlichungen wird allerdings empfohlen, dass Arbeitgeber mit Personalberatern diese DIN zur Vertragsgrundlage machen mit der Folge, dass etwaige Abweichungen im Verfahren auch zu Schadenersatzansprüchen führen können.

Der DIN-Regelung wird insbesondere aus dem Bereich der Wirtschaft erhebliche Kritik entgegen gebracht. Zu den größten Kritikern gehört der Verband Deutscher Arbeitgeber (BDA). Der BDA sieht in der DIN-Norm eine weitere Regulierung des ohnehin schon überregulierten deutschen Arbeitsmarktes, insbesondere sei inakzeptabel die normative Festlegung von geforderten Qualifikationen der an den Verfahren beteiligten Personen. Ein Institut für Graphologie in Norderstedt bewertet die Regelungen als „moderne Teufelsaustreibung“.

Einen Augenmerk möchte ich gegen Ende meines Vortrages noch auf drei im Zusammenhang stehende Entscheidungen des Bundesgerichtshofs richten. Viele von Ihnen sind auch als Personalberater tätig und stehen insofern immer wieder vor der Problematik des wettbewerbswidrigen Abwerbens von Mitarbeitern. Ist eine Direktansprache am fremden Arbeitsplatz erlaubt?

In einer ersten Entscheidung vom 04.03.2004 hat der BGH entschieden, dass es nicht wettbewerbswidrig ist, wenn ein Arbeitnehmer von einem Personalberater am Arbeitsplatz in einer ersten Kontaktaufnahme nach seinem Interesse an einer neuen Stelle befragt und diese neue Stelle kurz beschrieben wird.

In einer 2. Entscheidung vom 09.02.2006 hat der Senat dann zu der Frage Stellung genommen, ob bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Anrufen danach zu unterscheiden sei, ob der berufliche Festnetzanschluss oder ein Handy angewählt wird. Er hat dies verneint.

Nunmehr hat der BGH aber in seinem Urteil vom 22.11.2007 Gelegenheit gehabt, den Bereich eines zulässigen Erstgesprächs von einem schon unzulässigen Gespräch abzugrenzen. Der BGH bekräftigte noch einmal, dass ein erster Telefonanruf am Arbeitsplatz sich auf das zur ersten Kontaktaufnahme Notwendige beschränken müsse. Eine Gesprächsdauer, die einige wenige Minuten überschreite, sei ein Indiz dafür, dass der Personalberater bereits den ersten Kontakt in wettbewerbswidriger Weise genutzt habe.

In dem konkreten Sachverhalt hatte der Personalberater die angerufene Mitarbeiterin zunächst mit Informationen über sie selbst, nämlich Lebenslauf und bisherige Tätigkeiten, konfrontiert. Dies war nach Ansicht des Senats zu einer ersten Kontaktaufnahme nicht notwendig und ging daher über das zulässige Maß hinaus. Die Besprechung von Lebenslaufdaten sei bereits Teil des Umwer-

bens, das gerade bei einer Ansprache am Arbeitsplatz unzulässig sei.

Wichtig für Sie: Wettbewerbswidrig handelt in solchen Fällen sowohl der Personalberater als auch das ihn beauftragende Unternehmen. Gegen dieses wettbewerbswidrige Verhalten kann sich der Arbeitsgeber des umworbenen Mitarbeiters durch die Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen zur Wehr setzen.

Meine sehr geehrten Damen und Herren: Ich hatte heute Gelegenheit, Ihnen die oft als „trocken“ verrufene Juristerei in dem einen oder anderen Punkt etwas näher zu bringen. Dass der Juristerei mit der Bewertung „trocken“ aber Unrecht getan wird, möchte ich zum Schluss mit einem Fall aus der Praxis belegen, der aus dem Bereich des AGG stammt:

Das Arbeitsgericht in Iserlohn, einer in der Nähe von Dortmund gelegenen Kleinstadt, verhandelte im August 2007 über folgenden Fall:

Der 1936 geborene und mit einem Grad von 50 schwerbehinderte Kläger begehrt von der Beklagten, einer GmbH, bei der er seit 1986 als Arbeiter beschäftigt ist, eine Entschädigung wegen einer Altersdiskriminierung. Die beklagte Arbeitgeberin, die das Arbeitsverhältnis beenden möchte, beantragte zuvor aufgrund der Schwerbehinderung des Klägers beim zuständigen Integrationsamt die Zustimmung zum Ausspruch der beabsichtigten Kündigung. Eine solche Zustimmung ist bisher nicht erteilt worden. Im Antrag an das Integrationsamt führt die beklagte Arbeitgeberin allerdings aus, dem Kläger solle gekündigt werden, weil er „altersbedingte Minderleistungen“ erbringe, die dadurch deutlich würden, „dass er in gelegentlichen Tiefschlaf versinke, obwohl er an seiner Arbeitsstelle wach arbeiten müsse“.

Mit seiner am 14.02.2007 beim Arbeitsgericht Iserlohn anhängig gewordenen Klage fordert der Kläger von der Beklagten eine Diskriminierungsentschädigung in Höhe von

10.000,00 €. Der Kläger ist der Meinung, die Arbeitgeberin habe ihn im Antrag an das Integrationsamt aus Gründen des Alters diskriminiert, da sie zum Ausdruck gebracht habe, der Grund für die Kündigung seien letztlich „altersbedingte Minderleistungen“.

Die beklagte Arbeitgeberin ist der Auffassung, von einer altersbedingten Benachteiligung könne nicht ausgegangen werden. Für sie sei alleine ausschlaggebend, dass der Kläger während der Arbeit einschlafe. Auch von einem jüngeren Arbeitnehmer würde sie sich unter diesen Voraussetzungen trennen.

Wie hat das Arbeitsgericht wohl entschieden?

Erstaunlicherweise hat es die Klage abgewiesen.

Über die klägerseits eingelegte Berufung verhandelt das Landesarbeitsgericht in Hamm demnächst.

Bevor auch Sie, natürlich nicht altersbedingt, sondern auf Grund meines Vortrages, in Tiefschlaf versinken, möchte ich enden und bedanke mich sehr herzlich für Ihre Aufmerksamkeit.