

A Fragerecht des Arbeitgebers – Recht zur Lüge ?

(Grundlagen :

EHRICH, Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen und Folgen der Falschbeantwortung, DB 2000 S.421-427

HUNOLD, Die Frage des Arbeitgebers nach der Verfügbarkeit von Bewerbern, DB 2000 S.573-574

THÜSING, Das Fragerecht des Arbeitgebers – aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, BB 2002 S.1146-1153

I **Einleitung**

Falsche Antwort auf zulässige Frage kann zu Anfechtung nach § 123 Abs.1 BGB wegen arglistiger Täuschung führen.

II **Umfang und Grenzen des Fragerechts**

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG und allgemeiner Ansicht im Schrifttum steht dem Arbeitgeber ein **Fragerecht nur insoweit** zu, **als** er ein **berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage für das Arbeitsverhältnis** hat. Das Interesse des Arbeitgebers muss objektiv so stark sein, dass das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts und an der Unverletzlichkeit seiner Intimsphäre dahinter zurücktritt.

Die **Unzulässigkeit einer Frage** wegen Überschreitung der Grenzen des Fragerechts hat zur Folge, dass der **Bewerber** nicht nur die Frage unbeantwortet lassen darf. Er **darf** vielmehr auf die in unzulässiger Weise gestellte Frage absichtlich die **Unwahrheit antworten**.

Ganz allgemein führen die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes vom 23.5.2001 (vgl. BGBl 2001 Teil I S. 904) je nach Auslegung zu ganz erheblichen Einschränkungen beim Fragerecht des Arbeitgebers, weil nach **§ 4 Abs. 1 BDSG** angeordnet ist, dass neben der Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nun auch deren **Erhebung** nur dann zulässig ist, soweit das Bundesdatenschutzgesetz selbst oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene selbst eingewilligt hat.

§ 4 Zulässigkeit der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung

- (1) Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.
- (2) Personenbezogene Daten sind beim Betroffenen zu erheben. Ohne seine Mitwirkung dürfen sie nur erhoben werden, wenn
1. eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt oder
 2.
 - a) die zu erfüllende Verwaltungsaufgabe ihrer Art nach oder der Geschäftszweck eine Erhebung bei anderen Personen oder Stellen erforderlich macht oder
 - b) die Erhebung beim Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden.
- (3) Werden personenbezogene Daten beim Betroffenen erhoben, so ist er, sofern er nicht bereits auf andere Weise Kenntnis erlangt hat, von der verantwortlichen Stelle über
1. die Identität der verantwortlichen Stelle,
 2. die Zweckbestimmungen der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und
 3. die Kategorien von Empfängern nur, soweit der Betroffene nach den Umständen des Einzelfalles nicht mit der Übermittlung an diese rechnen muss,
- zu unterrichten. Werden personenbezogene Daten beim Betroffenen aufgrund einer Rechtsvorschrift erhoben, die zur Auskunft verpflichtet, oder ist die Erteilung der Auskunft Voraussetzung für die Gewährung von Rechtsvorteilen, so ist der Betroffene hierauf, sonst auf die Freiwilligkeit seiner Angaben hinzuweisen. Soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, ist er über die Rechtsvorschrift und über die Folgen der Verweigerung von Angaben aufzuklären.

Das Gesetz versteht unter Erheben ganz allgemein das Beschaffen von Daten über den Betroffenen (vgl. § 3 Abs. 3 BDSG). Nach § 43 BDSG kann jede unbefugte Erhebung von Daten als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeldrahmen von bis zu 250.000 € verfolgt werden.

Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG ist das Bundesdatenschutzgesetz anzuwenden, soweit nicht-öffentliche Stellen Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, nutzen oder dafür erheben oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben, es sei

denn, die Erhebung, Verarbeitung und da Nutzung der Daten erfolgt ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten.

Daraus wird klar, dass es im Arbeitsleben keine Rolle spielt, ob die Erhebung von Arbeitnehmerdaten mittels eines EDV gestützten Personalinformationssystems erfolgt und die so gewonnenen Daten automatisiert verwaltet werden. Vielmehr ist **auch die manuelle Führung von Personalakten erfasst**, soweit diese Sammlungen nur gleichartig aufgebaut und nach bestimmten Merkmalen zugänglich sind, um so eine Auswertung zu ermöglichen.

§ 1 Zweck und Anwendungsbereich des Gesetzes

- (1) Zweck dieses Gesetzes ist es, den einzelnen davor zu schützen, daß er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird.
- (2) **Dieses Gesetz gilt für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch**
 1. öffentliche Stellen des Bundes,
 2. öffentliche Stellen der Länder, soweit der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt ist und soweit sie
 - a) Bundesrecht ausführen oder
 - b) als Organe der Rechtspflege tätig werden und es sich nicht um Verwaltungsangelegenheiten handelt,
 3. **nicht öffentliche Stellen, soweit sie die Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verarbeiten, nutzen oder dafür erheben oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben**, es sei denn, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten erfolgt ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten.
- (3) Die Vorschriften dieses Gesetzes gehen denen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vor, soweit bei der Ermittlung des Sachverhalts personenbezogene Daten verarbeitet werden.
- (4) Dieses Gesetz findet keine Anwendung, sofern eine in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum belegene verantwortliche Stelle personenbezogene Daten im Inland erhebt, verarbeitet oder nutzt, es sei denn, dies erfolgt durch eine Niederlassung im Inland. Dieses Gesetz findet Anwendung, sofern eine verantwortliche Stelle, die nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum belegen ist, personenbezogene Daten im Inland erhebt, verarbeitet oder nutzt. Soweit die verantwortliche Stelle nach diesem Gesetz zu nennen ist, sind auch Angaben über im Inland ansässige Vertreter zu machen. Die Sätze 2 und 3 gelten nicht, sofern Datenträger nur zum Zweck des Transits durch das Inland eingesetzt werden. § 38 Abs. 1 Satz 1 bleibt unberührt.
- (5) Dieses Gesetz findet keine Anwendung, sofern eine in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat

des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum belegene verantwortliche Stelle personenbezogene Daten im Inland erhebt, verarbeitet oder nutzt, es sei denn, dies erfolgt durch eine Niederlassung im Inland. Dieses Gesetz findet Anwendung, sofern eine verantwortliche Stelle, die nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum belegen ist, personenbezogene Daten im Inland erhebt, verarbeitet oder nutzt. Soweit die verantwortliche Stelle nach diesem Gesetz zu nennen ist, sind auch Angaben über im Inland ansässige Vertreter zu machen. Die Sätze 2 und 3 gelten nicht, sofern Datenträger nur zum Zweck des Transits durch das Inland eingesetzt werden. § 38 Abs. 1 Satz 1 bleibt unberührt.

§ 3 Weitere Begriffsbestimmungen

- (1) Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener).
- (2) Automatisierte Verarbeitung ist die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen. Eine nicht automatisierte Datei ist jede nicht automatisierte Sammlung personenbezogener Daten, die gleichartig aufgebaut ist und nach bestimmten Merkmalen zugänglich ist und ausgewertet werden kann.
- (3) Verarbeiten ist das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten. Im einzelnen ist, ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren:
 1. Speichern das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung,
 2. Verändern das inhaltliche Umgestalten gespeicherter personenbezogener Daten,
 3. Übermitteln das Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, daß
 - a) die Daten an den Dritten weitergegeben werden oder
 - b) der Dritte zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehaltene Daten einsieht oder abrufen,
 4. Sperren das Kennzeichnen gespeicherter personenbezogener Daten, um ihre weitere Verarbeitung oder Nutzung einzuschränken,
 5. Löschen das Unkenntlichmachen gespeicherter personenbezogener Daten.
- (4) Nutzen ist jede Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um Verarbeitung handelt.
- (5) Anonymisieren ist das Verändern personenbezogener Daten derart, daß die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person zugeordnet werden können.
- (6) Pseudonymisieren ist das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren.

- (6 a) Pseudonymisieren ist das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren.
- (7) Verantwortliche Stelle ist jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt.
- (8) Empfänger ist jede Person oder Stelle, die Daten erhält. Dritter ist jede Person oder Stelle außerhalb der verantwortlichen Stelle. Dritte sind nicht der Betroffene sowie Personen und Stellen, die im Ausland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum personenbezogene Daten im Auftrag erheben, verarbeiten oder nutzen.
- (9) Besondere Arten personenbezogener Daten sind Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben.
- (10) Mobile personenbezogene Speicher- und Verarbeitungsmedien sind Datenträger,
1. die an den Betroffenen ausgegeben werden,
 2. auf denen personenbezogene Daten über die Speicherung hinaus durch die ausgebende oder eine andere Stelle automatisiert verarbeitet werden können und
 3. bei denen der Betroffene diese Verarbeitung nur durch den Gebrauch des Mediums beeinflussen kann.

Man muss also davon ausgehen, dass die Erhebung personenbezogener Daten zunächst grundsätzlich solange verboten ist, als der Betroffene aus freien Stücken seine **Einwilligung** nicht erteilt hat (vgl. **§ 4, § 4a BDSG**), bzw. sofern nicht ein entsprechender **Erlaubnistatbestand** die Erhebung der Daten zulässt wie etwa **§ 28 BDSG**.

Nach **§ 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG** ist die Erhebung personenbezogener Daten zulässig, wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen (= ArbN) dient.

§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG erlaubt die Erhebung personenbezogener Daten, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle (= ArbG) erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.

§ 4 a Einwilligung

- (1) Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben.
- (2) Im Bereich der wissenschaftlichen Forschung liegt ein besonderer Umstand im Sinne von Absatz 1 Satz 3 auch dann vor, wenn durch die Schriftform der bestimmte Forschungszweck erheblich beeinträchtigt würde. In diesem Fall sind der Hinweis nach Absatz 1 Satz 2 und die Gründe, aus denen sich die erhebliche Beeinträchtigung des bestimmten Forschungszwecks ergibt, schriftlich festzuhalten.
- (3) Soweit besondere Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, muss sich die Einwilligung darüber hinaus ausdrücklich auf diese Daten beziehen.

§ 28 Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für eigene Zwecke

- (1) Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig
1. wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient,
 2. soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, daß das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluß der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder
 3. wenn die Daten allgemein zugänglich sind oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwiegt.
- Bei der Erhebung personenbezogener Daten sind die Zwecke, für die die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, konkret festzulegen.
- (2) Für einen anderen Zweck dürfen sie nur unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 übermittelt oder genutzt werden.
- (3) Die Übermittlung oder Nutzung für einen anderen Zweck ist auch zulässig:
1. soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten oder
 2. zur Abwehr von Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit sowie zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist, oder
 3. für Zwecke der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung, wenn es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe handelt, die sich auf
 - a) eine Angabe über die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe,

- b) Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung,
- c) Namen,
- d) Titel,
- e) akademische Grade,
- f) Anschrift und
- g) Geburtsjahr beschränken

und kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung oder Nutzung hat, oder

4. wenn es im Interesse einer Forschungseinrichtung zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich ist, das wissenschaftliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens das Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Zweckänderung erheblich überwiegt und der Zweck der Forschung auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann.

In den Fällen des Satzes 1 Nr. 3 ist anzunehmen, dass dieses Interesse besteht, wenn im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses gespeicherte Daten übermittelt werden sollen, die sich

- 1. auf strafbare Handlungen,
- 2. auf Ordnungswidrigkeiten sowie
- 3. bei Übermittlung durch den Arbeitgeber auf arbeitsrechtliche Rechtsverhältnisse beziehen.

- (4) Widerspricht der Betroffene bei der verantwortlichen Stelle der Nutzung oder Übermittlung seiner Daten für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung, ist eine Nutzung oder Übermittlung für diese Zwecke unzulässig. Der Betroffene ist bei der Ansprache zum Zweck der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung über die verantwortliche Stelle sowie über das Widerspruchsrecht nach Satz 1 zu unterrichten; soweit der Ansprechende personenbezogene Daten des Betroffenen nutzt, die bei einer ihm nicht bekannten Stelle gespeichert sind, hat er auch sicherzustellen, dass der Betroffene Kenntnis über die Herkunft der Daten erhalten kann. Widerspricht der Betroffene bei dem Dritten, dem die Daten nach Absatz 3 übermittelt werden, der Verarbeitung oder Nutzung für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung, hat dieser die Daten für diese Zwecke zu sperren.

- (5) Der Dritte, dem die Daten übermittelt worden sind, darf diese nur für den Zweck verarbeiten oder nutzen, zu dessen Erfüllung sie ihm übermittelt werden. Eine Verarbeitung oder Nutzung für andere Zwecke ist nicht öffentlichen Stellen nur unter den Voraussetzungen der Absätze 2 und 3 und öffentlichen Stellen nur unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 erlaubt. Die übermittelnde Stelle hat ihn darauf hinzuweisen.

- (6) Das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von besonderen Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) für eigene Geschäftszwecke ist zulässig, soweit nicht der Betroffene nach Maßgabe des § 4 a Abs. 3 eingewilligt hat, wenn

- 1. dies zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern der Betroffene aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, seine Einwilligung zu geben,

2. es sich um Daten handelt, die der Betroffene offenkundig öffentlich gemacht hat,
3. dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder
4. dies zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich ist, das wissenschaftliche Interesse an der Durchführung des Forschungsvorhabens das Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung erheblich überwiegt und der Zweck der Forschung auf andere Weise nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erreicht werden kann.
- (7) Das Erheben von besonderen Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) ist ferner zulässig, wenn dies zum Zweck der Gesundheitsvorsorge, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten erforderlich ist und die Verarbeitung dieser Daten durch ärztliches Personal oder durch sonstige Personen erfolgt, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen. Die Verarbeitung und Nutzung von Daten zu den in Satz 1 genannten Zwecken richtet sich nach den für die in Satz 1 genannten Personen geltenden Geheimhaltungspflichten. Werden zu einem in Satz 1 genannten Zweck Daten über die Gesundheit von Personen durch Angehörige eines anderen als in § 203 Abs. 1 und 3 des Strafgesetzbuches genannten Berufes, dessen Ausübung die Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten oder die Herstellung oder den Vertrieb von Hilfsmitteln mit sich bringt, erhoben, verarbeitet oder genutzt, ist dies nur unter den Voraussetzungen zulässig, unter denen ein Arzt selbst hierzu befugt wäre.
- (8) Für einen anderen Zweck dürfen die besonderen Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) nur unter den Voraussetzungen des Absatzes 6 Nr. 1 bis 4 oder des Absatzes 7 Satz 1 übermittelt oder genutzt werden. Eine Übermittlung oder Nutzung ist auch zulässig, wenn dies zur Abwehr von erheblichen Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit sowie zur Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung erforderlich ist.
- (9) Organisationen, die politisch, philosophisch, religiös oder gewerkschaftlich ausgerichtet sind und keinen Erwerbszweck verfolgen, dürfen besondere Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9) erheben, verarbeiten oder nutzen, soweit dies für die Tätigkeit der Organisation erforderlich ist. Dies gilt nur für personenbezogene Daten ihrer Mitglieder oder von Personen, die im Zusammenhang mit deren Tätigkeitszweck regelmäßig Kontakte mit ihr unterhalten. Die Übermittlung dieser personenbezogenen Daten an Personen oder Stellen außerhalb der Organisation ist nur unter den Voraussetzungen des § 4 a Abs. 3 zulässig. Absatz 3 Nr. 2 gilt entsprechend."

Damit sind also insbesondere die Bereiche Krankheit und Behinderung angesprochen. Im Rahmen von § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG ist zur Rechtfertigung der Frage nach Gesundheitsdaten vor Einstellung unter anderem auch das potenziell bestehende Recht des Arbeitgebers zu einer späteren

personenbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Ungeeignetheit des einzustellenden Bewerbers für die Erbringung der vertraglich übernommenen Leistung auf Grund Behinderung oder Krankheit ausschlaggebend. Voraussetzung für das Bestehen eines potenziell in Betracht kommenden Rechts des Arbeitgebers ist aber, dass dem Bewerber auf Grund der Schwerbehinderung oder sonstigen Behinderung oder Erkrankung die Einsatzfähigkeit auf dem vorgesehenen Arbeitsplatz fehlt.

Konkret in Bezug auf die Frage nach der Eigenschaft eines Arbeitnehmers als Schwerbehinderter Mensch ergibt sich die Zulässigkeit der **Frage im bestehenden Beschäftigungsverhältnis** daraus, dass sich der Arbeitnehmer gem. § 280 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig machen kann, wenn der Arbeitgeber auf Grund des Verschweigens der Schwerbehinderung eine Ausgleichsabgabe nach § 77 SGB IX leistet, ohne hierzu verpflichtet zu sein.

Es ist also in Zukunft unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der persönlichen Daten bei Erhebung sensibel darauf zu achten, dass im Rahmen einer Interessenabwägung jede einzelne Frage vor Aufnahme in einen Fragebogen zur Einstellung (§ 94 Abs. 1 BetrVG - erzwingbare Mitbestimmung bei Aufstellung solcher Bögen) auf den Prüfstand kommt. Hierbei muss dann entschieden werden, ob das betriebliche Interesse des einstellenden Arbeitgebers an umfassender Information zur Ermöglichung einer sachgerechten Personalplanung das Einzelinteresse des Bewerbers bzw. der Bewerberin an Wahrung ihrer persönlichen Sphäre überwiegt.

III Zulässigkeit einzelner Fragen

1. beruflicher Werdegang

- ▶ Zeugnisse
- ▶ Prüfungsnoten
- ▶ bisherige Beschäftigungsverhältnisse

ohne Zweifel zulässig (vgl. bereits BAG vom 12.2.1970 im AP Nr. 17 zu § 123 BGB)

- ▶ handgeschriebener Lebenslauf (Anfechtungsberechtigung, wenn von einem Dritten geschrieben - vgl. BAG vom 16.9.1982 in DB 1983 S. 2780)
- ▶ graphologisches Gutachten nur mit Zustimmung des Bewerbers (vgl. BAG vom 16.9.1982 in DB 1983 S. 2780)

2. frühere Gehälter

ja

- wenn als Mindestvergütung vom Bewerber/von der Bewerberin gefordert
- wenn das Einkommen beim bisherigen Arbeitgeber Rückschlüsse auf die Qualifikation für den zu besetzenden Arbeitsplatz zulässt (vgl. BAG vom 19.5.1983 im AP Nr. 25 zu § 123 BGB)

nein

- wenn Höhe der bisherigen Vergütung für die zu besetzende Stelle keine Aussagekraft hat (vgl. BAG vom 19.5.1983 im AP Nr. 25 zu § 123 BGB)

3. Vermögensverhältnisse

ja

- bei Besetzung von Vertrauenspositionen (lt. der Finanzbuchhaltung oder Personalstelle, Bankkassierer)

Grund: potentielle Gefahr für vermögensbezogene Belange (vgl. BAG vom 13.04.1968 in DB 1968 S.709)

nein

- bei Mitarbeitern des unteren und mittleren Verantwortungsbereiches
- bzgl. Frage nach Lohnpfändungen – das Interesse, die bei der Lohnabrechnung und –auszahlung auftretenden Belastungen zu vermeiden, reicht nicht aus

4. Wettbewerbsverbote

ja

- Offenbarungspflicht des Bewerbers bzgl. Ort, Zeit und Gegenstand

5. Vorstrafen und Ermittlungsverfahren

ja - Vorstrafen

- ☀ wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes und die vorgesehene Stellung dies erfordern – objektiver Maßstab anzulegen
- ☀ Fragen nach **Vermögens- und/oder Eigentumsdelikten** zulässig bei
 - Buchhaltern
 - Kassierern
 - Revisoren
 - Wächtern
 - Lagerverwaltern
- ☀ Fragen nach **Verkehrsstraftaten** zulässig bei
 - Kraftfahrern
- ☀ Fragen nach **Sittlichkeitsdelikten** zulässig bei
 - Lehrern
 - Jugendbetreuern

Achtung :

Bewerber darf sich als nicht vorbestraft bezeichnen, solange kein Eintrag im polizeilichen Führungszeugnis erfolgt ist bzw. ein solcher Eintrag inzwischen zu löschen ist (§§ 51, 53 BZRG).

Ja – lfd. Ermittlungsverfahren

- Art. 6 Abs.2 MRK stehe dem nicht entgegen, da lediglich der Richter gebunden werde, der Bewerber aber keine Garantie bekomme hierdurch, vor jeglichem Nachteil aus einem lfd. Ermittlungsverfahren bewahrt zu sein
- BAG vom 20.05.1999 in NZA 1999 S. 975 – je nach den Umständen Frage bei Prüfung der Eignung des Arbeitnehmers zulässig – evtl sogar Offenbarungspflicht bei länger laufenden Bewerbungsverfahren

ja – bevorstehender Antritt einer Freiheitsstrafe

- ✘ entscheidend ist für die Zulässigkeit, dass es dem Arbeitgeber hier darauf ankommt, zu erfahren, ob der Bewerber ihm über einen längeren Zeitraum nicht im produktiven Bereich zur Verfügung steht

6. Sicherheitsüberprüfung

ja – bzgl. MfS (Ministerium für Staatssicherheit)

aber nur dann, wenn die Position des Arbeitnehmers dies erfordert

- Arbeitnehmer in sicherheitsrelevantem Bereich in hervorgehobener Stellung
- Tendenzträger in einem Tendenzbetrieb

Vgl. BAG vom 28.05.1998 in NZA 1998 S.1052

7. Krankheit

nein

- ✘ bzgl. allg. Frage nach Gesundheitszustand

- ✘ HIV-Infektion

ja

- nach strengen Maßstäben zu bewerten wegen Eingriffs in die Intimsphäre – aber zulässig wenn für vorgesehenen Arbeitsplatz ansonsten auf Dauer Einschränkungen der Einsatzbarkeit oder Ausschluss zu erwarten wären
- d.h. zulässige Fragen :
 - Waren Sie in den letzten beiden Jahren wegen einer schwerwiegenden oder chronischen Erkrankung, die Einfluss auf die vorgesehene Arbeitsleistung haben könnte, arbeitsunfähig erkrankt ?
 - HIV- Infektion – nur sofern sich Bewerber etwa durch Notwendigkeit von Impfungen für Auslandseinsatz selbst gefährden könnte
 - HIV- Erkrankung

Keine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Beantwortung, wenn Bewerber bei Antwort noch davon ausgehen durfte – obj.Standpunkt - ,dass bis zum

Arbeitsantritt die Beschwerden soweit abgeklungen sein werden, dass gefahrloser Arbeitsantritt möglich.

8. Schwerbehinderteneigenschaft

ja – aber eingeschränkt durch § 81 Abs.2 SGB IX

§ 81 Abs.2 SGB IX

(2) Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Einzelnen gilt hierzu Folgendes:

1. Ein schwerbehinderter Beschäftigter darf bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Behinderung ist jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der von dem schwerbehinderten Beschäftigten auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für diese Tätigkeit ist. Macht im Streitfall der schwerbehinderte Beschäftigte Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für diese Tätigkeit ist.
2. Wird gegen das in Nummer 1 geregelte Benachteiligungsverbot bei der Begründung eines Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses verstoßen, kann der hierdurch benachteiligte schwerbehinderte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen; ein Anspruch auf Begründung eines Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses besteht nicht.
3. Wäre der schwerbehinderte Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, leistet der Arbeitgeber eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten. Als Monatsverdienst gilt, was dem schwerbehinderten Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis

- hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.
4. Ein Anspruch auf Entschädigung nach den Nummern 2 und 3 muss innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Ablehnung der Bewerbung schriftlich geltend gemacht werden.
 5. Die Regelungen über die angemessene Entschädigung gelten beim beruflichen Aufstieg entsprechend, wenn auf den Aufstieg kein Anspruch besteht.

Frage uneingeschränkt zulässig mit der Konsequenz der Anfechtbarkeit bei wahrheitswidriger Beantwortung ?

Keine Abhängigkeit vom Art des geplanten Einsatzes mit Blick auf die vielfältigen Verpflichtungen eines Arbeitgebers gegenüber einem Schwerbehinderten ?

Keine Offenbarungspflicht

Keine Anfechtbarkeit bei offenkundiger Schwerbehinderung – aber wahrheitswidriger Beantwortung – weil keine Täuschung möglich

9. Schwangerschaft

nein

uneingeschränkt – so BAG vom 6.02.2003 – 2 AZR 621/01 –

„In Fortentwicklung seiner Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof sieht das Bundesarbeitsgericht in der Frage nach der Schwangerschaft auch dann eine unzulässige Diskriminierung, wenn eine unbefristet eingestellte Arbeitnehmerin die vereinbarte Tätigkeit während der Schwangerschaft wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot es zunächst nicht ausüben kann. Das Beschäftigungshindernis ist in diesen Fällen vorübergehender Natur und führt nicht zu einer dauerhaften Störung des Vertragsverhältnisses.“

Abkehr von der früheren Rechtsprechung, wonach zumindest in den Fällen die Frage für zulässig erachtet wurde, in denen sich ausschließlich Frauen beworben haben bzw. in denen Gefahren durch die Tätigkeit für das ungeborene Leben erwachsen können.

10. Wehr- oder Ersatzdienst

ja

es stellt sich aber die Frage, ob das Interesse an Verfügbarkeit so hoch einzuschätzen ist

ferner stößt ein uneingeschränktes „ja“ in gleichem Maße an die Grenzen der Zulässigkeit wie die Frage nach der Schwangerschaft – zumal eine Wehrpflicht bisher nur für männliche Bewerber besteht (Probleme mit der Konformität zur Entscheidung des EuGH vom 08.11.1990 in DB 1991 S. 286 zu Art. 2 Abs.1 und 3 Abs.1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rats vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zuganges zur Beschäftigung)

11. Heirat

nein,

da vor allem an weibliche Bewerber gerichtet

Gleiches gilt für die Frage nach der nicht-ehelichen Lebenspartnerschaft und die Unterhaltung unehelicher Beziehungen.

12. Gewerkschaftszugehörigkeit

nein

- da Zugehörigkeit zu einer Arbeitnehmerorganisation ohne Belang ist für das Vorliegen der Eignung für die vereinbarte Tätigkeit
- keine Offenbarungspflicht

ausnahmsweise ja,

- bei Einstellung in einen Tendenzbetrieb
- bei leitender Position mit besonderer Vertrauensstellung

ja

- nach erfolgter Einstellung mit Blick auf tarifgerechte Behandlung

13. Religions- und Parteizugehörigkeit

nein

- wegen der im Grundgesetz garantierten Religionsfreiheit – Art. 4 GG und Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs.3 S.1 WRV
- wegen der Freiheit der politischen Meinungsäußerung – Art. 2 Abs.1, Art. 5 Abs.1 und Art. 21 GG