

Fragerecht 2006/2007

WISSKIRCHEN / BISSELS, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, **NZA 2007 S. 169-174**

JOUSSEN, Schwerbehinderung, Fragerecht und positive Diskriminierung nach dem AGG, **NZA 2007 S. 174-178**

SCHWAB, Diskriminierende Stellenanzeigen durch Personalvermittler, **NZA 2007 S.178-179**

I Ausgangslage

Es treffen hier 2 Pole aufeinander.

Der **Arbeitgeber** möchte ein möglichst umfassendes Bild über sein potientielles neues Belegschaftsmitglied erhalten. Dazu können natürlich auch Informationen aus der Privatsphäre geeignet sein, um spätere Leistungsfähigkeit und Verhalten innerhalb des Betriebs abschätzen zu können.

Der **Arbeitnehmer** möchte demgegenüber seine Privatsphäre wahren und verhindern, dass Informationen vom Arbeitgeber ermittelt werden, die gerade nicht unmittelbar mit der Qualifikation, Eignung und Leistungsfähigkeit zusammenhängen.

Die **Rechtsprechung** erkennt das Fragerecht des Arbeitgebers insoweit an, als die hierauf zu erwartenden Antworten unmittelbare Bedeutung für die Eingehung des Arbeitsverhältnisses haben und ein direkter Zusammenhang zur später ausgeübten Tätigkeit besteht (vgl. BAG vom 07.06.1984 – 2 AZR 270/83 – in NZA 1985 S.57 ff).

II Rechtsfolgen

1. bisherige Rechtslage

Wird auf eine zulässiger Weise gestellte Frage eine falsche Antwort gegeben, kann der Arbeitgeber sich von dem Arbeitsverhältnis je nach Verschuldengrad des Bewerbers wieder lösen durch Anfechtung nach § 119 Abs.2 BGB oder § 123 BGB.

Demgegenüber sind auch bewusst fehlerhafte Antworten auf unzulässige Fragen – zumindest von der Rechtslage her – für den Bewerber nicht nachteilig.

2. Rechtslage nach In-Kraft-Treten des AGG

a) Unzulässigkeit einer Frage im Lichte des AGG

Zielt eine Frage auf eines der in § 1 AGG genannten Benachteiligungskriterien ab, so ist die Frage unzulässig. Umgekehrt steht dem Bewerber dann das Recht zu Lüge zu, wenn eine solche Frage gestellt wird.

§ 1 AGG stellt klar, dass Benachteiligungen ausgeschlossen werden sollen, die ihre Ursache finden in Gründen:

- ~~der~~ Rasse
- ~~der~~ ethnischen Herkunft
- ~~des~~ Geschlechtes
- ~~der~~ Religion
- ~~der~~ Weltanschauung
- ~~einer~~ Behinderung
- ~~des~~ Alters
- ~~der~~ sexuellen Identität.

§ 1 AGG **Ziel des Gesetzes**

Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

Das AGG dient dazu, den bisher in Deutschland als lückenhaft angesehenen Schutz vor Diskriminierung zu komplettieren und durch Einführung neuer Merkmale umfassender zu gestalten.

Dieses **Ziel kann aber nur dann effektiv erreicht** werden in der Bewerbungssituation, **wenn ein Bewerber auch mit Mitteln der Lüge die angestrebte Stelle bei unzulässig gestellter Frage tatsächlich erhalten kann**. Würde man ihn im Falle einer Absage einzig auf die Bestimmung des **§ 15 AGG** verweisen wollen, bliebe ihm nur ein Anspruch auf Schadensersatz. Im Ergebnis hätte der Arbeitgeber damit aber sein Ziel erreicht – wenn auch mit einem finanziellen

Belastungsaspekt - , den Bewerber/die Bewerberin nicht in den Betrieb integrieren zu müssen.

§ 12 Abs.1 S.2 AGG erlegt dem Arbeitgeber die Pflicht auf, durch vorbeugende Maßnahmen, den Schutz vor Benachteiligungen sicherzustellen. Diese vorbeugenden Maßnahmen finden bei der Notwendigkeit, Stellen besetzen zu können / müssen, ihren Niederschlag bereits darin, dass die Ausschreibung neutral i.S.d. § 1 AGG zu fassen ist. Ebenso ist dann im Rahmen des sich später anschließenden Vorstellungsgesprächs neutral zu verfahren.

§ 12 AGG Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers

- (1) *Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen.*
- (2) *Der Arbeitgeber soll in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligung geschult, gilt dies als Erfüllung seiner Pflichten nach Absatz 1.*
- (3) *Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen.*
- (4) *Werden Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte nach § 7 Abs. 1 benachteiligt, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen.*
- (5) *Dieses Gesetz und § 61 b des Arbeitsgerichtsgesetzes sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 zuständigen Stellen sind im Betrieb oder in der Dienststelle bekannt zu machen. Die Bekanntmachung kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb oder der Dienststelle üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen*

Nach § 7 Abs.2 AGG sind Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, unwirksam.

§ 7 AGG Benachteiligungsverbot

- (1) *Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.*

- (2) *Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, sind unwirksam.*
- (3) *Eine Benachteiligung nach Absatz 1 durch Arbeitgeber oder Beschäftigte ist eine Verletzung vertraglicher Pflichten.*

In der Konsequenz dieses Rechtsgedankens kann also nur der Rückschluss für ein Vorstellungsgespräch gezogen werden, dass dem Bewerber / der Bewerberin das Recht zur Lüge bei einer unzulässigen Frage zustehen muss. Es bietet auch kaum einen ernstzunehmenden Ansatz, wollte man der sich bewerbenden Person innerhalb eines Bewerbungsgesprächs zumuten, sich permanent darüber Gedanken machen zu müssen, ob die gerade zur Beantwortung anstehende Frage eine i.S.d. § 1 AGG zulässige oder unzulässige Frage darstellt.

b) Benachteiligung nach Sinn und Zweck des AGG

Es stellt sich die Problematik nach der Umsetzung der Vorgaben des AGG so dar : Macht man schon im Vorfeld an der Zulässigkeit der Fragestellung fest ? – oder ist es auf der anderen Seite nicht praktikabler, die Realisierung der Benachteiligung an Fakten festzumachen.

Nach **§ 3 Abs1 AGG** ist vom Wortlaut her entscheidend, dass sich die Schlechterstellung des Bewerbers in Form einer weniger günstigen Behandlung tatsächlich realisiert. Eine unzulässig gestellte Frage allein birgt zunächst ja nur die Gefahr in sich, hieraus später eine Benachteiligung erwachsen zu lassen.

§ 3 AGG Begriffsbestimmungen

- (1) *Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in [§ 1](#) genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt in Bezug auf [§ 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4](#) auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor.*
- (2) *Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in [§ 1](#) genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.*

- (3) *Eine Belästigung ist eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.*
- (4) *Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.*
- (5) *Die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 genannten Grund gilt als Benachteiligung. Eine solche Anweisung liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann.*

Um Konsequenzen des AGG auslösen zu können, ist daher zu fordern, dass sich die Absage gezielt auf einen in § 1 AGG genannten Benachteiligungsgrund stützt. In der Phase der Entscheidungsvorbereitung – also dem Bewerbungsgespräch – erscheint der Bewerber durch sein Recht zur Lüge auf von ihm als unzulässig erkannte Fragen antworten zu dürfen, ausreichend geschützt.

c) Rechtsfolgen

§ 15 Abs.1 AGG führt zu einem Schadensersatzanspruch, wenn die Absage nachweislich auf der Verwertung einer ehrlichen Antwort auf eine nach § 1 AGG unzulässigen Frage basiert. Dieser Anspruch ist verschuldensabhängig und begrenzt der Höhe nach auf den Verdienst bis zum 1. hypothetischen Kündigungstermin.

Nach § 15 Abs.2 AGG tritt noch als verschuldensunabhängige Sanktion ein Entschädigungsanspruch bzgl. des immateriellen Schadens hinzu. Dieser ist in das Ermessen des Gerichts gestellt. Eine Begrenzung bis zu einer Höhe von 3 Monatsverdiensten ist aber nur vorgesehen, wenn der Bewerber auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht genommen worden wäre.

III praxisrelevante Fragen

1. Alkohol- und Drogenkonsum bzw. entsprechende Abhängigkeit

bisherige Rechtslage :

- Frage nach **Gewohnheiten** **unzulässig**, da Privatsphäre
- Frage nach **Alkohol- oder Drogensucht** **zulässig** - insbesondere bei gefährlichen / sicherheitsempfindlichen Aufgaben :

☞☞Kraftfahrer

☞☞Gerüstbauer

☞☞Maschinenführer

☞☞Piloten

☞☞Betreuern in Therapiezentren

neue Rechtslage

- **problematisch, wenn Alkoholkonsum / Drogenkonsum** als Krankheit anerkannt werden muss
- und die **Krankheit** wieder **als Behinderung gesehen** werden kann (so BAG vom 14.01.2004 in NZA 2005 S. 839 bzgl. Drogensucht)
- Gefahr, dass Frage als diskriminierend mit Blick auf Behinderung angesehen werden kann

Empfehlung :

Frage bis zur höchstrichterlichen Klärung nur in den Fällen stellen, in denen Fehlen einer Alkohol- oder Drogenabhängigkeit eine zwingende Anforderung an die Tätigkeit darstellt.

2. Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis

bisherige Rechtslage :

- Frage nach Bestehen einer Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis **zulässig** (LAG Nürnberg vom 21.09.1994 – NZA 1995 S.228) :

neue Rechtslage :

- **problematisch als Frage, da evtl. Verstoß gegen das Merkmal „ethnische Herkunft“ / „Rasse“**, denn ausschließlich ausländische Bewerber/innen betroffen

Empfehlung :

Frage zielt jedoch auf legale Beschäftigungsmöglichkeit ab, so dass zumindest die Frage zulässig sein muss, ob der Bewerber / die Bewerberin aus den

- ☞☞ Alt-EU-Staaten
- ☞☞ EWR-Staaten
- ☞☞ Schweiz
- ☞☞ neuen 10 EU-Beitrittsländern
- ☞☞ sonstigen Ausland

stammt.

3. berufliche Fähigkeiten / Werdegang / bisherige Beschäftigungsverhältnisse

bisherige Rechtslage :

- Frage zulässig

neue Rechtslage :

- Frage ebenfalls zulässig

Empfehlung :

Bei Eingehen eines sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses sollte die Frage nach einem bereits mit demselben Arbeitgeber einmal bestandenen Arbeitsverhältnis gestellt werden zur Vermeidung des Entstehens eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses gem. § 14 Abs.-2 S.2 TzBfG.

4. berufliche Verfügbarkeit

bisherige Rechtslage :

- Frage zulässig

neue Rechtslage :

- Frage ebenfalls zulässig
- auch Frage nach Mobilität dürfte keine Geschlechterdiskriminierung darstellen (vor dem Hintergrund, dass Frauen mit kleineren Kindern meist weniger Mobilität aufweisen)

Empfehlung :

./.

5. Krankheitenbisherige Rechtslage :

- Frage nur eingeschränkt zulässig
- Frage nach **Erkrankungen mit Ausfallerscheinungen** war zulässig zur Gefahrenabwehr für Kollegen / Kolleginnen am Arbeitsplatz
- Frage nach **ansteckender Erkrankung** zum Schutz der Belegschaft wie auch der Kunden war zulässig
- Frage nach **H.I.V.-Infektion** nur dort zulässig, wo erhöhte Gefahr der Infizierung von Dritten bestand

☞ im Gesundheitswesen

☞ bei Herstellung von Lebensmitteln

☞ bei Herstellung von intravenös zu verabreichenden Medikamenten

neue Rechtslage :

- grds. keine Änderung der Rechtslage, da das AGG nur die „Behinderung“ im Visier des Schutzes hat
- problematisch dort, wo die Erkrankung die Grenze zur Behinderung überschreitet
 - ☞ **EuGH** (NZA 2006 S. 839) versteht unter **Behinderung** eine physische oder psychische Beeinträchtigung, die ein Hindernis für die Teilhabe am Berufsleben bildet und wahrscheinlich von langer Dauer ist.

Empfehlung :

- bis zur höchstzulässigen Klärung von einem weiten Behinderungsbegriff ausgehen bei Wahl der Fragen
- Fragen nach Krankheiten auf die Fälle eng begrenzen, in denen ihr Ausschluss für die Ausübung der Tätigkeiten zwingend erforderlich

6. Geschlechtbisherige Rechtslage :

- Frage nur dann zulässig, wenn die sexuelle Identität für zu besetzende Stelle von grundlegender Bedeutung war (vgl. BAG vom 21.02.1991 – NZA 1991 S.719 – transsexuelle Arzthelferin)

neue Rechtslage :

- keine Änderung durch AGG

Empfehlung :

./.

7. Gewerkschaftszugehörigkeitbisherige Rechtslage :

- Frage unzulässig (BAG vom 28.03.2000 – NZA 2000 S. 1294)

neue Rechtslage :

- unter AGG-Geltung ist dabei das Merkmal „Weltanschauung“ möglicherweise betroffen
- allerdings können sich die Kirchen auf eine für sie günstige Klausel in § 9 Abs.1 AGG berufen

§ 9 AGG Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung

- (1) Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung

im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

- (2) Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berührt nicht das Recht der in Absatz 1 genannten Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können.

Empfehlung :

./.

8. Homosexualität / sexuelle Neigungen

bisherige Rechtslage :

- Frage **unzulässig**, da keinen Aufschluss über berufliche Qualifikation liefernd

neue Rechtslage :

- Frage unter AGG erst recht **unzulässig**, da Anknüpfung an das Merkmal „sexuelle Orientierung“

Empfehlung :

./.

9. Lebensalter

bisherige Rechtslage :

- Frage allgemein **zulässig**

neue Rechtslage :

- Frage unter AGG-Geltung **problematisch, da evtl. eine Benachteiligung wegen des Alters zu befürchten steht**

Empfehlung :

Frage am besten vermeiden, da sich das Alter zumeist aus den Zeugnissen oder sonstigen Bewerbungsunterlagen ergibt.

10. Nebentätigkeit

bisherige Rechtslage :

- Frage bisher **zulässig, wenn Einfluss auf pflichtgemäße Erfüllung der arbeitsvertraglichen Aufgaben haben kann** (z.B. Frage nach Arbeit bei Konkurrenten, Nachtarbeit etc.)

neue Rechtslage :

- Frage ebenfalls **wie zuvor zulässig**

Empfehlung :

./.

11. Nichtraucherereigenschaft

bisherige Rechtslage :

- Frage war **unzulässig** (vgl. BVerwG vom 13.09.1984 – NJW 1985 S. 876)
- Frage war **nur ausnahmsweise zulässig bei Produktionsprozessen, die empfindlich waren für Tabakrauch** (z.B. Mikrochips)

neue Rechtslage :

- **keine Veränderung** durch AGG
- nur dort **vielleicht noch einschneidender** zu sehen, wo Tabakgenuss sich als Krankheit/Sucht darstellt, die schon den Charakter einer Behinderung annimmt

Empfehlung :

./.

12. Parteizugehörigkeit

bisherige Rechtslage :

- Frage war **grds. unzulässig** (vgl. LAG Chemnitz vom 06.07.1993 – LAGE Nr.4 zu § 611 BGB PersönlichkeitsR)
- Frage nur im Bereich von **Parteien / Tendenzbetrieben** mit bestimmter Ausrichtung **zulässig**

- im **Öffentlichen Dienst** war Frage nach Mitgliedschaft in einer **verfassungsfeindlichen Partei** gestattet

neue Rechtslage :

- durch AGG grds. keine Änderung
- ggfls. dort problematisch, wo aus der wahrheitsgemäßen Beantwortung der Frage **Rückschlüsse auf persönliche Verhaltensweisen denkbar** erscheinen (Bsp.: Rosa Liste – mit Möglichkeit des Rückschlusses auf sexuelle Identität)

Empfehlung :

Äußerste Vorsicht bei der Frage geboten, da das Diskriminierungskriterium „Benachteiligung wegen der Weltanschauung“ mitschwingt.

13. **persönliche Lebensverhältnisse**

bisherige Rechtslage :

- Frage nach **Familienstand** war **zulässig** (relevant für die Lohngestaltung)
- Frage nach **Heiratsabsicht und Kinderwunsch** war dagegen **unzulässig**

neue Rechtslage :

- Frage seit AGG-In-Kraft-Treten noch **problematischer** geworden, da hier auch ggfls. eine **Benachteiligung wegen der sexuellen Orientierung** zu befürchten stehen kann

Empfehlung :

keine Umgehungsfragen stellen

14. Religionszugehörigkeit

bisherige Rechtslage :

- Frage war **unzulässig**
- **Ausnahme** bestand für **Religionsgemeinschaften** / **konfessionsgebundene Träger** bzgl. der Besetzung einer **Tendenzträgerstelle**
 - ~~///~~ Krankenhaus
 - ~~///~~ Kindergarten
 - ~~///~~ Schule

neue Rechtslage :

- Fragen bleiben auch nach AGG **unzulässig**
- allerdings besteht auch hier das oben unter 7. bereits angesprochene **Privileg für Kirchen gem. § 9 Abs.1 AGG**

Empfehlung :

./.

15. Scientology

bisherige Rechtslage :

- Frage wurde als **zulässig** angesehen, da das BAG vom Fehlen der Eigenschaft einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft ausgeht (BAG vom 22.03.1995 – NZA 1995 S.823)

neue Rechtslage :

- Frage erscheint jetzt **problematisch** vor dem Hintergrund des Schutzes vor Benachteiligung wegen „**Weltanschauung**“ oder „**Religion**“
- allerdings auch wieder **Kirchenprivileg nach § 9 Abs.1 AGG** für Tendenzträger-Positionen

Empfehlung :

Frage möglichst vermeiden bis Rechtsunsicherheit über Einordnung der Scientology endgültig beseitigt ist. Dies gilt vor allem mit Blick auf die Anerkennung durch Gerichte in Frankreich und den USA als Religionsgemeinschaft.

16. Schwangerschaft

bisherige Rechtslage :

- Frage war zur Eingehung von **unbefristeten** Arbeitsverhältnissen **unzulässig**
- lt. **EuGH** war die Frage auch bzgl. der Eingehung von **befristeten** Arbeitsverhältnissen **unzulässig** (EuGH vom 04.10.2001 – NZA 2001 S.1241)
- allerdings **Zulässigkeit der Frage** war zwischendurch in Fällen anerkannt, in denen **durch den Arbeitsplatz bedingt Gefahr für das ungeborene Leben** bestand (z.B. Nuklearmedizin, Arbeitsplätze in Laboren)

neue Rechtslage :

- Frage ist nun mit Blick auf § 3 Abs.1 S.2 AGG jedenfalls als **unzulässig** zu bewerten, da eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechtes im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen des Bestehens einer Schwangerschaft vorliegt.

Empfehlung :

Es sollten auch Umgehungsfragen vermieden werden.

17. Schwerbehinderteneigenschaft / Behinderung

bisherige Rechtslage :

- Frage nach anerkannter **Schwerbehinderung** war grundsätzlich **zulässig** (vgl. BAG vom 03.12.1998 – NZA 1999 S. 584)
- Frage nach einer **Behinderung** war nur dort zulässig, wo dies **unmittelbar Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit und Belastbarkeit** hat.

neue Rechtslage :

- Frage ist jetzt wohl **eindeutig unzulässig** im Lichte der Einführung des § 81 Abs.2 S.1 SGB IX i.V.m. § 1 Abs.1 S.1 AGG, der sogar eine Benachteiligung wegen einer Behinderung unterhalb der Schwerbehinderung als Diskriminierung einstuft.

- Frage kann aber **ausnahmsweise** dann zulässig sein, wenn eine **Integrationsvereinbarung** vorliegt bzw. wenn es dem Arbeitgeber gerade um eine **positive Maßnahme i.S. von § 5 AGG** geht (Bevorzugte Einstellung von Schwerbehinderten)

§ 81 SGB IX Pflichten des Arbeitgebers und Rechte schwerbehinderter Menschen

- (1) Die Arbeitgeber sind verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Sie nehmen frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit auf. Die Bundesagentur für Arbeit oder ein Integrationsfachdienst schlägt den Arbeitgebern geeignete schwerbehinderte Menschen vor. Über die Vermittlungsvorschläge und vorliegende Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen haben die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und die in [§ 93](#) genannten Vertretungen unmittelbar nach Eingang zu unterrichten. Bei Bewerbungen schwerbehinderter Richter und Richterinnen wird der Präsidialrat unterrichtet und gehört, soweit dieser an der Ernennung zu beteiligen ist. Bei der Prüfung nach Satz 1 beteiligen die Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nach [§ 95 Abs. 2](#) und hören die in [§ 93](#) genannten Vertretungen an. Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder eine in [§ 93](#) genannte Vertretung mit der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden, ist diese unter Darlegung der Gründe mit ihnen zu erörtern. Dabei wird der betroffene schwerbehinderte Mensch angehört. Alle Beteiligten sind vom Arbeitgeber über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten. Bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen ist die Schwerbehindertenvertretung nicht zu beteiligen, wenn der schwerbehinderte Mensch die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausdrücklich ablehnt.
- (2) Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen. Im Einzelnen gelten hierzu die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.
- (3) Die Arbeitgeber stellen durch geeignete Maßnahmen sicher, dass in ihren Betrieben und Dienststellen wenigstens die vorgeschriebene Zahl schwerbehinderter Menschen eine möglichst dauerhafte behinderungsgerechte Beschäftigung finden kann. Absatz 4 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.
- (4) Die schwerbehinderten Menschen haben gegenüber ihren Arbeitgebern Anspruch auf
 1. Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können,
 2. bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung zur Förderung ihres beruflichen Fortkommens,
 3. Erleichterungen im zumutbaren Umfang zur Teilnahme an außerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung,
 4. behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten einschließlich der Betriebsanlagen, Maschinen und Geräte sowie der Gestaltung der Arbeitsplätze, des Arbeitsumfeldes, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit, unter besonderer Berücksichtigung der Unfallgefahr,
 5. Ausstattung ihres Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen

unter Berücksichtigung der Behinderung und ihrer Auswirkungen auf die

Beschäftigung. Bei der Durchführung der Maßnahmen nach den Nummern 1, 4 und 5 unterstützt die Bundesagentur für Arbeit und die Integrationsämter die Arbeitgeber unter Berücksichtigung der für die Beschäftigung wesentlichen Eigenschaften der schwerbehinderten Menschen. Ein Anspruch nach Satz 1 besteht nicht, soweit seine Erfüllung für den Arbeitgeber nicht zumutbar oder mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre oder soweit die staatlichen oder berufsgenossenschaftlichen Arbeitsschutzvorschriften oder beamtenrechtliche Vorschriften entgegenstehen.

- (5) Die Arbeitgeber fördern die Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen. Sie werden dabei von den Integrationsämtern unterstützt. Schwerbehinderte Menschen haben einen Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung, wenn die kürzere Arbeitszeit wegen Art oder Schwere der Behinderung notwendig ist; Absatz 4 Satz 3 gilt entsprechend.

§ 5 AGG Positive Maßnahmen

Ungeachtet der in den [§§ 8 bis 10](#) sowie in [§ 20](#) benannten Gründe ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in [§ 1](#) genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

Empfehlung :

Wegen der Beweislastverteilung ist die Frage nach der Schwerbehinderung grundsätzlich nicht zu stellen, da die Frage zunächst im Normalfall unzulässig ist, so dass sie als Vorbereitung einer eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot des § 7 AGG einzustufen ist.

§ 7 AGG Benachteiligungsverbot

- (1) Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in [§ 1](#) genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in [§ 1](#) genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.
- (2) Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, sind unwirksam.
- (3) Eine Benachteiligung nach Absatz 1 durch Arbeitgeber oder Beschäftigte ist eine Verletzung vertraglicher Pflichten.

18. Tätigkeiten im MfS (Ministerium für Staatssicherheit)

bisherige Rechtslage :

- Frage **in der Privatwirtschaft** grds. unzulässig, es sei denn eine Stelle mit erhöhtem Sicherheitsbedürfnis war zu besetzen
- Frage im Bereich des **öff. Dienstes** war grds. zulässig (vgl. BAG vom 13.06.1996 – NZA 1997 S.204)

- Einschränkung bei „StaSi-Mitgliedschaft“ vor 1970, da dann kein Aufschluss über Eignung und Qualifikation zu erwarten sei (vgl. BVerfG vom 08.07.1997 – NZA 1997 S. 992)

neue Rechtslage :

- keine Änderung durch AGG

Empfehlung :

./.

19. Vermögen / Pfändung von Lohnansprüchen

bisherige Rechtslage :

- Frage wurde als zulässig angesehen für Stellen mit erhöhten Anforderungen an Zuverlässigkeit des Bewerbers / der Bewerberin
 - ☞ Bankier
 - ☞ Kassierer
 - ☞ Filialleiter
 - ☞ Finanzbuchhalter
 - ☞ leitender Angestellter mit weit reichenden Befugnissen und hoher wirtschaftlicher Verantwortung
- ansonsten war die Frage unzulässig, da Vermögensverhältnisse wie auch Lohnpfändungen der Privatsphäre zuzuordnen seien

neue Rechtslage :

- keine Änderung durch AGG

Empfehlung :

./.

20. vorheriges Arbeitseinkommen

bisherige Rechtslage :

- Frage war grds. unzulässig.
- Allerdings kann die Eignung des Bewerbers aus einer früheren leistungsbezogenen Entlohnung auch aus dessen Höhe abgeleitet

werden, so dass die Frage ausnahmsweise auch einmal zulässig sein konnte (vgl. BAG vom 19.05.1983 – AP Nr.25 zu § 123 BGB)

neue Rechtslage :

- keine Änderung durch AGG

Empfehlung :

./.

21. Vorstrafen / Strafverfahren

bisherige Rechtslage :

- Frage nach **Vorstrafen** war nur zulässig, wenn die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes eine besondere Unbescholtenheit erforderte, wobei nur Fragen nach einschlägigen Vorstrafen zulässig waren :
 - ~~bei~~ bei Berufskraftfahrern nach Verkehrsdelikten
 - ~~bei~~ bei Lagerverwalter nach Eigentumsdelikten
 - ~~bei~~ bei Erziehern nach Sittlichkeitsdelikten / Körperverletzung
- Frage nach laufendem **Ermittlungs- oder Strafverfahren** waren ebenfalls nur unter dieser engen Eingrenzung zulässig.

neue Rechtslage :

- keine Änderung durch AGG, zumal kein einschlägiger Diskriminierungsschutz aufgenommen wurde

Empfehlung :

./.

22. Wehr- bzw. Zivildienst

bisherige Rechtslage :

- Frage nach Ableistung von Zivil- oder Grundwehrdienst war **unzulässig**

neue Rechtslage :

- Frage bleibt **unzulässig** unter AGG-Gesichtspunkten, da zudem noch das Merkmal einer Benachteiligung wegen der „Weltanschauung“ erfüllt werden könnte

Empfehlung :

Frage möglichst vermeiden

23. Wettbewerbsverbote

bisherige Rechtslage :

- Frage wurde als **zulässig** angesehen

neue Rechtslage :

- **keine Änderung** durch Einführung des AGG

Empfehlung :

./.