



Foto: 123RF/Balcerzak

AGG in der Praxis

Zum Fragerecht des Arbeitgebers

Am 18. August feiert das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) seinen ersten Geburtstag. Gleichwohl warten viele Fragen noch auf eine Antwort. Wie steht es etwa um das Recht des Arbeitgebers auf Informationen über seine Mitarbeiter? Alexander Rebhan erläutert, welche Fragen der Arbeitgeber stellen darf und welche nicht.

Die Ausgangslage beim Fragerecht besteht darin, dass der Arbeitgeber mittels seiner Fragen möglichst umfassende Informationen von Mitarbeitern beziehungsweise von Bewerbern erhalten möchte, um deren fachliche und persönliche Eignung feststellen zu können. Er wird dabei vor allem seine Personaleinsatzplanung (vgl. § 92 Abs. 1 BetrVG) im Blick haben, für die er möglichst exakte Daten benötigt. Dem Arbeitnehmer oder Bewerber wird es naturgemäß gerade um das Gegenteil gehen: Er will möglichst wenig Informa-

tionen weitergeben, vor allem nicht solche, die den Privatbereich betreffen.

Beide Interessen sind für sich betrachtet legitim. Da sie aber in entgegengesetzte Richtungen laufen, müssen sie gegeneinander abgewogen werden.

Berechtigtes Interesse

Generell wird eine Frage des Arbeitgebers nur dann als zulässig angesehen, wenn er ein berechtigtes Interesse an deren Beantwortung hat. Die Antwort muss für den Arbeitsplatz von Bedeutung sein und einen Sachzusammenhang zu diesem aufweisen. Zudem muss das Persönlichkeitsrecht des Befragten gewahrt bleiben. Es darf daher auch Arbeitsplatzbezogenes nicht abgefragt werden, wenn dies mit einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Privat- und Intimsphäre verbunden wäre.

Diese Grundprinzipien haben sich durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) nicht geändert.

„Recht zur Lüge“

Ist eine Frage zulässig, dann muss sie wahrheitsgemäß beantwortet werden. Wer lügt, riskiert seinen Arbeitsplatz. Ist eine Frage hingegen unzulässig, muss der Befragte nach der bisherigen Rechtslage nicht wahrheitsgemäß antworten. Er wird also nicht lediglich auf ein Schweigerecht verwiesen, da hieraus negative Schlüsse gezogen werden können. Das „Recht zur Lüge“ zieht keine negativen arbeitsrechtlichen Konsequenzen nach sich, bleibt also sanktionslos.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz sieht bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot Entschädigungs- bzw. Schadensersatzansprüche unter den Voraussetzungen des § 15 AGG vor. Von der Möglichkeit der sanktionslosen Lüge spricht das Gesetz zwar nicht. Dennoch existiert es nach wie vor. Es wäre sinnwidrig und mit der Schutzrichtung des Gesetzes nicht zu vereinbaren, wenn der Befragte zunächst eine diskri-



Alexander Rebhan
ist Rechtsanwalt
in München
www.ar-lawfirm.de

minierende Frage wahrheitsgemäß beantworten müsste, um dann Entschädigung oder Schadensersatz zu erhalten.

Entschädigung und Schadensersatz

Wann Entschädigungs- bzw. Schadensersatzansprüche nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz geltend gemacht werden können, ist (noch) nicht von den Gerichten geklärt. Reicht hierfür bereits eine Frage des Arbeitgebers, die Diskriminierungsmerkmale nach § 1 AGG betrifft, oder muss ein Bewerber endgültig abgelehnt worden sein?

Die Lösung des Problems richtet sich danach, ob die Benachteiligung bereits in der entsprechenden Frage gesehen werden kann, oder ob sie erst in der Ablehnung des Bewerbers liegt. Letztlich werden dies die Gerichte entscheiden müssen. Einiges spricht dafür, dass die Diskriminierung bereits in der Frage liegen kann, die Merkmale nach § 1 AGG berührt. Denn nach seiner Gesetzesbegründung reicht die hinreichend konkrete Gefahr, dass eine Benachteiligung eintritt.

Zudem dürfte es sich oftmals schon bei der AGG-Merkmale betreffenden Frage um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung handeln. Wenn diese als Benachteiligung gesehen wird, dann ist die Verletzung bereits mit Stellung der Frage vollendet und wird durch weitere Maßnahmen (z.B. Ablehnung des Bewerbers) manifestiert.

Beteiligung des Betriebsrats

Vorrangig kommt im Bereich des Fragerechts das Mitbestimmungsrecht nach § 94 Abs. 1 BetrVG in Betracht. Danach bedarf die Einführung sowie jede Änderung von Personalfragebögen der Zustimmung des Betriebsrats. Dies darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass der Betriebsrat Initiativrechte im Hinblick auf die Einführung von Personalfragebögen hat. Diese Entscheidung wird vom Arbeitgeber allein getroffen. Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich vielmehr bei Einführung oder Änderung von Personalfragebögen auf deren konkreten Inhalt, also auf die dort gestellten Fragen. Gleiches gilt für die Festlegung des Verwendungszwecks.

Der Begriff „Personalfragebogen“ darf nicht zur Annahme verleiten, dass das Mitbestimmungsrecht nur bei bereits Beschäftigten einschlägig wäre. Personalfragebögen sind formularmäßig

gefasste Zusammenstellungen von Fragen über persönliche Verhältnisse, Kenntnisse und Fähigkeiten einer Person, wobei es unerheblich ist, ob diese sich an die bereits im Betrieb tätigen Arbeitnehmer richten oder an Bewerber.

Ebenfalls ist es ferner unerheblich, ob die Daten schriftlich oder elektronisch niedergelegt beziehungsweise erhoben werden. Es spielt ferner keine Rolle, ob der Arbeitgeber oder der Bewerber den Fragebogen ausfüllt. § 94 Abs. 1 BetrVG ist auch dann anwendbar, wenn die Fragen vom Arbeitgeber anhand eines standardisierten Katalogs mündlich gestellt und die Antworten von ihm selbst oder einem Dritten schriftlich festgehalten werden.

Neben § 94 Abs. 1 BetrVG kommen weitere Mitbestimmungsrechte und Aufgaben des Betriebsrats in Betracht, wie zum Beispiel § 75 Abs. 1 BetrVG, § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und § 17 Abs. 1 AGG. Zu beachten ist ferner der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, wenn eine Einstellung unter Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz erfolgt.

Einzelne praxisrelevante Fragen

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz schränkt den Rahmen für Fragen des Arbeitgebers weiter ein. Diejenigen Fragen, die bereits vor seiner Geltung als unzulässig angesehen wurden, sind es auch weiterhin. Änderungen können sich daher nur bei bislang zulässigen Fragen ergeben.

Schwangerschaft

Die Frage nach der Schwangerschaft war schon nach bisherigem Recht unzulässig. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unabhängig davon, ob es sich um eine befristete oder unbefristete Einstellung handelt oder ob Beschäftigungsverbote bestehen. Beschäftigungsverbote sind im Falle der Schwangerschaft vorübergehender Natur und führen nicht auf Dauer zu einer Störung des Vertrags. Dies ist durch § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG gesetzlich normiert.

Umfasst sind von dem Frageverbot auch so genannte Umgehungsfragen, wie die Frage nach dem Kinderwunsch oder nach der Lebensplanung.

Krankheiten

Die Frage nach Krankheiten war bereits vor Geltung des Allgemeinen Gleichbe-

handlungsgesetzes nur eingeschränkt zulässig. Ein berechtigtes Interesse wurde angenommen, wenn es entweder um ansteckende Krankheiten ging, die (zukünftige) Kollegen oder Kunden gefährden, oder wenn sich die Frage auf Krankheiten bezog, die zu einer dauerhaften Gefährdung oder Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers im Hinblick auf den konkreten Arbeitsplatz führen könnten.

Die Zulässigkeit entsprechender Fragen wurde durch das Allgemeine



Gleichbehandlungsgesetz weiter eingeschränkt, da der Begriff „Behinderung“ in § 1 AGG weit auszulegen ist. Der Europäische Gerichtshof versteht hierunter physische oder psychische Beeinträchtigungen, die ein Hindernis an der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft darstellen und voraussichtlich von langer Dauer sind. Es sind daher auch Behinderungen umfasst, die nicht schon den Grad der Schwerbehinderung erreichen. Der Europäische Gerichtshof hat angedeutet, dass die von ihm aufgestellten Voraussetzungen schon bei besonders schwerwiegenden oder länger andauernden Erkrankungen vorliegen können, wobei unter „langer Dauer“ der Zeitraum von sechs Monaten und mehr zu verstehen sein dürfte. Diesen Zeitraum nennt jedenfalls § 2 Abs. 1 SGB IX.

Dies betrifft auch die Frage nach einer Alkohol- oder sonstigen Drogensucht, die früher als zulässig angesehen wurde

(nicht aber die Frage nach Alkohol- oder Drogenkonsum, da dies schon bislang dem Privatbereich zugeordnet wurde). Da die Sucht eine Krankheit ist, die unter gewissen – bei einer Sucht wohl gegebenen – Voraussetzungen vom Begriff der Behinderung erfasst wird, ist die Frage nach einer Alkohol- oder sonstigen Drogensucht unzulässig.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Zulässigkeit der Frage nach dem Gesundheitszustand künftig daran messen lassen muss, ob und in

betriebsrat unter Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung eine Integrationsvereinbarung geschlossen hat.

Als Lösungsvorschlag böte sich an, an der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Frage nicht zu rütteln, sondern in einer Integrationsvereinbarung oder wenn es eine solche nicht gibt, in plausibel vorgetragenen sozialen Motiven einen Rechtfertigungsgrund zu sehen. Dieses Ergebnis entspräche § 5 AGG, der „positive Maßnahmen“ als zulässig erachtet.

sehen, es sei denn, es ging um einen konfessionsgebundenen Träger auf Arbeitgeberseite und um einen tendenzbezogenen Arbeitsplatz. Daran wird sich nichts ändern. Etwas schwieriger wird es mit dem Merkmal „Weltanschauung“. Hier bleibt eine genaue Begriffsbestimmung der Rechtsprechung abzuwarten. Insbesondere die rechtliche Beurteilung von Scientology könnte hier erneut auf das juristische Tableau gebracht werden. Bislang sprach das Bundesarbeitsgericht der Scientology zwar die Eigenschaft als Weltanschauungs- oder Religionsgemeinschaft ab. In Frankreich wurde aber auch schon anders geurteilt.

Überblick über das Fragerecht des Arbeitgebers

Frage nach ...	Zulässig oder nicht?
? Schwangerschaft	Unzulässig! Das Frageverbot umfasst auch Umgehungsfragen wie z.B. Kinderwunsch oder Lebensplanung.
? Krankheiten/Gesundheitszustand	Es kommt darauf an, ob sich der Gesundheitszustand auf die betreffende Tätigkeit auswirkt.
? Schwerbehinderteneigenschaft	Grundsätzlich unzulässig. Ausnahme: Die Schwerbehinderung kann dazu führen, dass der Bewerber die Arbeit nicht oder nur eingeschränkt ausüben kann.
? Lebensalter	Unzulässig, wenn keine Rechtfertigungsgründe (vgl. §§ 8, 10 AGG) vorliegen.
? Religionszugehörigkeit	Unzulässig, es sei denn es handelt sich um einen tendenzbezogenen Arbeitsplatz.
? Persönliche Lebensverhältnisse	Unzulässig, wenn man sie als Umgehungsfrage für Informationen über die sexuelle Orientierung sieht.

welchem Umfang sich eine Krankheit auf die betreffende Tätigkeit auswirkt.

Schwerbehinderteneigenschaft

Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft war seit Inkrafttreten des § 81 Abs. 2 SGB IX im Jahr 2001 unzulässig, es sei denn, dass sie sich auf eine Schwerbehinderung bezog, die den betrieblichen Arbeitsablauf beeinträchtigen konnte oder dazu führen würde, dass der Bewerber die Arbeit nicht oder nur eingeschränkt ausüben kann. Diese Beurteilung wird durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz bestätigt.

Ein gewisses Dilemma könnte sich ergeben, wenn der Arbeitgeber die Frage nach einer Schwerbehinderung deshalb stellt, weil er planmäßig eine Stellenbesetzung mit Schwerbehinderten betreiben will. Dies könnte zum Beispiel dann der Fall sein, wenn er mit seinem Be-

Lebensalter

Bislang wurde die Frage nach dem Lebensalter als zulässig angesehen. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz sieht demgegenüber das Alter als Diskriminierungsmerkmal (vgl. § 1 AGG) an. Die Frage ist daher unzulässig, wenn keine Rechtfertigungsgründe (vgl. §§ 8, 10 AGG) vorliegen.

Die Problematik der Benachteiligung wegen des Alters dürfte sich in der betrieblichen Praxis oftmals bei der Stellenausschreibung stellen. Formulierungen wie: „nicht älter als“, „für ein junges, dynamisches Team“ sowie „erwartet wird eine mehrjährige Berufserfahrung“ werden als heikel betrachtet, weswegen Arbeitgebern derzeit geraten wird, von ihrer Verwendung abzusehen.

Religionszugehörigkeit

Fragen nach der Religionszugehörigkeit wurden schon bislang als unzulässig ge-

Persönliche Lebensverhältnisse

Die Frage nach den persönlichen Lebensverhältnissen ist unzulässig, wenn man sie als Umgehungsfrage für Informationen über die sexuelle Orientierung sieht. Dies gilt erst recht für die direkte Frage nach einer Homosexualität oder der sexuellen Orientierung.

Ausblick

Auch wenn wir mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz Neuland betreten haben und vieles noch unklar ist, so steht eines jetzt schon fest: Der Bereich zulässiger Fragen ist weiter eingengt worden. Ob es sich für Arbeitnehmer und Bewerber stets und immer positiv auswirkt, dass Arbeitgeber ihr Informationsbedürfnis schwinden sehen, bleibt dahingestellt.

Eine Angst kann man aber sowohl Arbeitgebern als auch Betriebsräten nehmen: Die vielerorts befürchtete Klagewelle wird wohl ausbleiben. Dies liegt zum einen daran, dass es im hiesigen Recht nicht die Möglichkeit gibt, so genannten Strafschadensersatz („punitive damages“) geltend zu machen, der in den USA teilweise zu exorbitanten Zahlungen führt. Zum anderen gibt es hierzulande eine große Zurückhaltung, den Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis zu verklagen.

Letzteres muss zugegebenermaßen den abgelehnten Bewerber nicht interessieren, aber einige Klagen dürften schon an § 15 Abs. 4 AGG in Verbindung mit § 61b Abs. 1 ArbGG scheitern. Danach sind Schadensersatzansprüche nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend zu machen und Klage innerhalb von drei Monaten nach der Geltendmachung zu erheben. ■