

# ICH HÄTTE DA EINE FRAGE ...

## Das Fragerecht des Arbeitgebers bei der Einstellung und im Arbeitsverhältnis

Vor allem bei der Einstellung, aber auch im bestehenden Arbeitsverhältnis hätte der Arbeitgeber immer wieder gerne die eine oder andere Frage beantwortet. Was er darf und was nicht, erläutert Prof. Dr. Hans Hermann Wohlgemuth.

Besonders im Zusammenhang mit der Mitbestimmung des Betriebsrats beim Inhalt von Personalfragebögen und Formulararbeitsverträgen (vgl. § 94 BetrVG) spielt es eine Rolle, inwieweit der Arbeitgeber berechtigt ist, an den Arbeitnehmer – sei er nun Bewerber oder bereits Beschäftigter – Fragen zu stellen. Dieses Fragerecht ist seit Langem Beschränkungen unterworfen.

### Rechtlicher Rahmen

Die Beschränkung des Fragerechts wird zumeist auf das im Arbeitsverhältnis geltende Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers gestützt, welches durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung konkretisiert wird. Dieses bezieht sich gerade auch auf die Datenerhebung bei der Anbahnung, Durchführung und Abwicklung des Arbeitsverhältnisses.

Danach darf der Arbeitgeber bei der Einstellung nur solche Fragen stellen, an deren Beantwortung er im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis ein berechtig-

tes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse besitzt. Das ist nur dann zu bejahen, wenn das Interesse des Arbeitgebers so gewichtig ist, dass dahinter das Interesse des Arbeitnehmers, seine persönlichen Lebensumstände zum Schutz seines Persönlichkeitsrechts und zur Sicherung der Unverletzlichkeit seiner Individualsphäre geheim zu halten, zurückzutreten hat.

Die Begrenzung des Fragerechts beruht auf der Erkenntnis der besonderen Zwangssituation, in welcher sich ein Bewerber um einen Arbeitsplatz befindet. Das Angewiesensein darauf, einen Arbeitsplatz zu erlangen, lässt ihm praktisch keine Wahl. Verweigert er die Beantwortung von Fragen, so läuft er Gefahr, schon deshalb nicht eingestellt zu werden. Aber auch nach seiner Einstellung wird der Arbeitnehmer mitunter mit unberechtigten Fragen des Arbeitgebers konfrontiert und sich vielfach scheuen, eine Antwort zu verweigern.

Im Übrigen verpflichtet die Begrenzung des Fragerechts den Arbeitgeber, nur zulässige Fragen in einen Personalfragebogen aufzunehmen.

Seit August 2006 gilt das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Seine Benachteiligungsverbote haben unmittelbare Auswirkungen auf die Reichweite des Fragerechts gegenüber Bewerbern und ergänzen die bislang entwickelten Schranken. Der Arbeitgeber darf keine Informationen erfragen, wenn es sich dabei um eine mittelbare oder unmittelbare Benach-

teiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität handelt.

Schließlich bedürfen bei einzelnen Informationsanforderungen auch andere Normen der Beachtung, so zum Beispiel Art. 9 Abs. 3 GG und § 81 Abs. 2 SGB IX.

### Fragerecht und Offenbarungspflicht

Grundsätzlich wird das Fragerecht auf solche Informationen beschränkt, die einen unmittelbaren Bezug zum künftigen oder bereits bestehenden Arbeitsverhältnis haben. Die verlangte Auskunft darf den Arbeitnehmer nicht übermäßig belasten und muss so konkret formuliert sein, dass er zweifelsfrei erkennen kann, wonach gefragt wird.

Eine Mitteilungs- bzw. Offenbarungspflicht unabhängig von einer entsprechenden Frage des Arbeitgebers trifft den Arbeitnehmer ausnahmsweise dann, wenn er bei Vertragsbeginn zur Leistung der Arbeit nicht in der Lage ist oder wenn er erkennen muss, dass ein Umstand für den vorgesehenen Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung ist.

### Zur Problematik der Einwilligung

Im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist die Datenerhebung im Wege des Be-



Prof. Dr. Hans H. Wohlgemuth  
lehrt an der TFH  
Georg Agricola in Bochum



fragens reglementiert. Soll sie zulässig sein, muss sie entweder auf eine Erlaubnisvorschrift oder eine wirksam erteilte Einwilligung des Betroffenen gestützt werden können.

Grundsätzlich kann eine Einwilligung eine sonst unzulässige Erhebung rechtfertigen (vgl. § 4 Abs. 1 BDSG). Ein etwaiges Einverständnis muss jedoch – soll es Wirksamkeit entfalten – immer ausdrücklich erklärt werden und darüber hinaus die sonstigen Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung nach § 4a BDSG erfüllen (unter anderem Freiwilligkeit, Schriftform, Beachtung von Hinweis- und Hervorhebungspflichten).

Eine ordnungsgemäß erteilte Einwilligung beseitigt zwar zunächst den in bestimmten Erhebungsarten von vornherein liegenden Eingriff in das Persönlichkeits- und informationelle Selbstbestimmungsrecht. Sie kann aber nur diejenigen Erhebungen rechtfertigen, die für den erstrebten Zweck erforderlich sind.

### **In der Praxis relevante Fragen**

Im Folgenden werden Fragen behandelt, die in der betrieblichen Praxis immer wieder vorkommen. Dabei kann vielfach im Einzelfall eine andere Beurteilung gerechtfertigt sein. Es ist ferner zwischen dem Informationsbedarf über Bewerber und bereits Beschäftigte zu unterscheiden. Denn was der Arbeitgeber über die Eignung des Bewerbers wissen muss, braucht sich nicht mit

den Kenntnissen zu decken, die er für den Arbeitseinsatz benötigt.

### **Religions- und Parteizugehörigkeit**

Über die Religions- und Parteizugehörigkeit dürfen grundsätzlich keine Fragen gestellt werden. Etwas anderes kann nur für Tendenzträger in so genannten Tendenzbetrieben (z.B. Parteien, Religionsgesellschaften) gelten. Hier kann aber wegen einer mittelbaren Diskriminierung wegen der Religion gemäß §§ 7, 1 AGG dennoch eine Unzulässigkeit vorliegen.

Die Frage nach der Religions- bzw. Parteizugehörigkeit gilt besonderen Arten personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG und ist nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig (vgl. § 28 Abs. 6 bis 9 BDSG). Dies führt dazu, dass solche Fragen sowohl vor als auch nach Begründung des Arbeitsverhältnisses in der Regel unzulässig sind, weil eine allen Anforderungen des § 4a BDSG genügende Einwilligung als Erlaubnisgrundlage regelmäßig nicht in Betracht kommt. Allerdings bleibt es im Hinblick auf § 28 Abs. 9 BDSG dabei, dass die Frage an einen (künftigen) Tendenzträger zulässig ist, wenn sie von einer Partei bzw. Religionsgemeinschaft oder deren gemeinsinniger Einrichtung mit Tendenzbezug gestellt wird. Die Frage nach einer Mitgliedschaft bei Scientology, welche nicht als Religions- oder Weltanschau-

ungsgemeinschaft anzusehen ist, darf jedenfalls bei Übertragung einer Vertrauensstellung oder besonderer Repräsentationsaufgaben gestellt werden.

### **Gewerkschaftszugehörigkeit**

Unzulässig ist grundsätzlich gemäß Art. 9 Abs. 3 GG die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit vor der Ein-

## **Im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist die Datenerhebung im Wege des Befragens reglementiert.**

stellung. Lediglich bei Bewerbern von Arbeitnehmervereinigungen kann etwas anderes gelten.

Im Hinblick auf eine bestehende Tarifbindung soll diese Frage später gestellt werden können. Dies ist allerdings dann abzulehnen, wenn der Tarifvertrag unterschiedslos auf Organisierte und Nichtorganisierte angewendet wird. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass organisierte Arbeitnehmer entgegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG wegen einer Gewerkschaftsmitgliedschaft im Betrieb Nachteile erleiden, dann ist die Frage auch deshalb als unzulässig anzusehen.

### **Schulischer und beruflicher Werdegang**

Über den schulischen und beruflichen Werdegang eines Bewerbers wird der

Arbeitgeber sich Gewissheit verschaffen können. Jedoch muss – geht es um berufliche und fachliche Fähigkeiten und Erfahrungen – ein unmittelbarer Bezug zu der in Aussicht genommenen Tätigkeit bestehen. So muss etwa ein Bewerber um eine Hilfsarbeiterstelle nicht seine Ausbildung als Architekt angeben.

### Wettbewerbsverbot

Der Arbeitgeber darf sich nach einem mit einem vorherigen Arbeitgeber wirksam vereinbarten Wettbewerbsverbot erkundigen, soweit sich dieses auf die maßgebliche Tätigkeit bezieht.

### Zuletzt bezogene Vergütung

Die Frage nach der zuletzt bezogenen Vergütung ist jedenfalls dann nicht erlaubt, wenn das Einkommen bei dem bisherigen Arbeitgeber für den zu besetzenden Arbeitsplatz nicht aufschlussreich hinsichtlich der erforderlichen Qualifikation ist. Ansonsten ist diese Frage zum Schutz der Verhandlungsposition eines Bewerbers nicht erlaubt.

### Persönliche Verhältnisse und Lebensführung

Angaben zum Familienstand, zur Kinderzahl sowie zu eventuell vorliegenden Lohnpfändungen und -abtretungen sind erst nach der Einstellung zu machen. Ausnahmsweise kann etwas anderes gelten, wenn zahlreiche Lohnpfändungen einen derartigen Arbeitsaufwand des Arbeitgebers verursachen, so dass dies objektiv zu wesentlichen Störungen im Arbeitsablauf oder in der betrieblichen Organisation führt.

Fragen, die im Zusammenhang mit der persönlichen Lebensführung stehen, sind in aller Regel nicht zugelassen (z.B. Frage nach aufsichtsbedürftigen Kindern). Kenntnis über Familienstand, Kinderzahl und Sozialversicherung muss der Arbeitgeber erst nach der Einstellung erlangen.

### Vorstrafen, Ermittlungs- und Strafverfahren

Die Frage nach Vorstrafen ist nur dann erlaubt, wenn und soweit diese einschlägig sind, weil die zu besetzende Arbeitsstelle oder die zu leistende Arbeit die Kenntnis des Arbeitgebers darüber objektiv erfordert. So kann etwa ein Kraftfahrer nach Verkehrsdelikten und ein Buchhalter nach Vermögensdelikten befragt werden.

§§ 51, 53 BZRG (Bundeszentralregistergesetz) verbieten zusätzlich die Fra-



ge nach allen, auch einschlägigen, Vorstrafen, die nicht in das Register aufgenommen oder zu tilgen sind.

Die Frage nach einem laufenden Ermittlungs- bzw. anhängigen Strafverfahren soll zulässig sein, wenn sich insoweit Rückschlüsse auf eine mangelnde persönliche Eignung und Unzuverlässigkeit des Bewerbers für den konkreten Arbeitsplatz ergeben können.

### Krankheiten

Während überwundene Krankheiten grundsätzlich nicht erfragt werden dürfen, sind ansteckende Krankheiten schon im Interesse der Arbeitskollegen mitzuteilen. Im Wesentlichen müssen sich Fragen auf Erkrankungen beziehen, welche die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen einschränken, die künftigen Arbeitskollegen und/oder Kunden gefährden können oder in absehbarer Zeit eine Arbeitsunfähigkeit begründen.

Die Frage nach einer möglichen AIDS-Infizierung wird als unzulässig angesehen, nicht aber die Frage nach einer akuten Erkrankung an AIDS.

### (Schwer-)Behinderung

Nach einer Behinderung (zum Begriff:

§ 2 Abs. 1 SGB IX) darf gemäß §§ 7, 1 AGG, 81 Abs. 2 SGB IX nur dann gefragt werden, wenn sie sich auf das Vorhandensein einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung beschränkt.

Die Frage nach einer Schwerbehinderteneigenschaft oder entsprechenden Gleichstellung ist wegen § 81 Abs. 2 SGB IX vor der Einstellung grundsätzlich unzulässig. Etwas anderes mag allenfalls dann gelten, wenn der Arbeitgeber sich hiernach zum Zwecke der Erfüllung seiner Beschäftigungspflicht gemäß § 71 SGB IX unter gleichzeitigem Hinweis darauf erkundigt, dass diese Frage nicht wahrheitsgemäß beantwortet werden muss. Nach der Einstellung trifft den Schwerbehinderten eine Offenbarungspflicht, damit der Arbeitgeber Klarheit über die Erfüllung seiner Verpflichtungen aus § 71 SGB IX erlangt.

### Wehr- und Ersatzdienst

Die Frage, ob jemand Wehr- oder Ersatzdienst abgeleistet hat oder dieser noch bevorsteht, ist nicht zulässig; sie verstößt gegen das Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts nach §§ 7, 1 AGG, weil nur Männer der Wehrpflicht unterliegen.

## Bei einer das Fragerecht des Arbeitgebers überschreitenden Frage hat der Arbeitnehmer ein „Recht zur Lüge“.

Fotos: Fotolia/endostock  
 kung des Fragerechts im Zusammenhang mit Vorstrafen nicht dadurch umgangen werden, dass von dem Betroffenen ein privates Führungszeugnis verlangt wird, in welchem auch nicht einschlägige Vorstrafen verzeichnet sind.

Der Arbeitgeber ist außer in den Fällen gesetzlich vorgeschriebener Einstellungsuntersuchungen rechtlich daran gehindert, eine ärztliche Einstellungsuntersuchung zu verlangen, die aber mit Einwilligung des Bewerbers durchgeführt werden kann. Der untersuchende Arzt darf dem Arbeitgeber nur mit Einwilligung des Untersuchten das Ergebnis der Untersuchung insoweit mitteilen, als die Eignung für den vorgesehenen Arbeitsplatz bejaht oder verneint wird. Macht der Arbeitgeber einen Gesundheitstest zur Voraussetzung für die Einstellung, kann dadurch eine Benachteiligung wegen einer Behinderung indiziert sein, wenn dieser Test zu Erkenntnissen über Vorerkrankungen führen kann, die sich als Behinderung im Sinne des § 1 AGG darstellen. Nur mit ausdrücklich erteilter Einwilligung kann es dem untersuchenden Arzt erlaubt sein, weitere Informationen an den Arbeitgeber zu geben. Dies ist aber nur zugelassen, soweit ein unmittelbarer Zusammenhang zu der angestrebten oder ausgeübten Tätigkeit besteht. Ärztliche Befundbögen müssen, soweit es um Unterlagen des Betriebsarztes geht, streng abgeschottet von den übrigen beim Arbeitgeber vorgehaltenen Daten beim werksärztlichen Dienst verbleiben.

Neben dem Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung dürfen für den Arbeitgeber psychologische oder grafologische Testverfahren nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen durchgeführt werden. Dabei sind Persönlichkeitstests und so genannte rein quantifizierende Intelligenztests grundsätzlich verboten.

### „Recht zur Lüge“ und Anfechtung des Arbeitsvertrags

Bei einer das Fragerecht des Arbeitgebers überschreitenden Frage hat der Arbeitnehmer ein „Recht zur Lüge“. Er kann eine unzutreffende Antwort geben, ohne dass der Arbeitgeber aus diesem Grund zur Anfechtung des Arbeitsvertrags berechtigt ist.

Das Anfechtungsrecht ist aber auch im Fall der unrichtigen Beantwortung einer zulässigen Frage jedenfalls dann

ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsgrund im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung seine Bedeutung für das Arbeitsverhältnis bereits verloren hatte. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer seit der Einstellung die Pflichten aus dem Arbeitsvertrag längere Zeit beanstandungsfrei erfüllt hat.

### Folgen für den Arbeitgeber

Wird das Persönlichkeitsrecht durch Überschreiten der Grenzen des Fragerechts verletzt, dann macht sich der Arbeitgeber unter Umständen Schadensersatzpflichtig. Zudem stellt eine unzulässige Erhebung eine Ordnungswidrigkeit dar (vgl. § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG).

Die Speicherung und sonstige Verarbeitung (zum Begriff: § 3 Abs. 4 BDSG) nach dem Bundesdatenschutzgesetz ist unzulässig, wenn der Arbeitgeber selbst oder durch einen Dritten sein Fragerecht bei der Erhebung der fraglichen Daten überschritten hat. Im Ergebnis wirkt sich eine Überschreitung des Erhebungsrechts daher als Verarbeitungssperre aus. Nichts anderes gilt dann, wenn die Datenerhebung durch einen Personalfragebogen oder andere dem Anwendungsbereich des § 94 BetrVG unterfallende standardisierte Erhebungen ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführt wird. Insoweit liegt dann eine unzulässige Informationsgewinnung vor, die ebenfalls zu einem Verarbeitungsverbot führt.

### Resümee

Angesichts der gerade in jüngster Zeit zu beobachtenden – teilweise auch rechtswidrigen – Sammlung, Verarbeitung und Auswertung von Arbeitnehmerdaten durch Arbeitgeber verdienen die der diesbezüglichen arbeitgeberseitigen Datenerhebung gezogenen Grenzen die volle Aufmerksamkeit der Arbeitnehmer und Betriebsräte. ■

### Schwangerschaft

Die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft ist vor der Einstellung wegen geschlechtlicher Diskriminierung nach §§ 7, 1 AGG verboten.

### Sexuelle Identität

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz setzt dem Fragerecht weitere Grenzen. So ist beispielsweise die Frage nach einer etwaigen Transsexualität sowie gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft als eine Diskriminierung wegen der sexuellen Identität gemäß §§ 7, 1 AGG unzulässig.

### Weitere Formen der Informationsbeschaffung

Vielfach erlangt der Arbeitgeber Informationen über Arbeitnehmer bzw. Bewerber infolge der Einschaltung von Dritten oder der Beiziehung von Unterlagen. Die aufgezeigten Regeln über die Begrenzung des Fragerechts gelten auch für solche Formen der Datenerhebung durch bzw. auf Veranlassung des Arbeitgebers. Das Fragerecht wird so zu einem allgemeinen Informationsbeschaffungsrecht des Arbeitgebers, das unabhängig von der Methode und dem Ort der Ermittlung der Daten wirksam ist. So darf zum Beispiel die Beschrän-

