

Erhebung von Bewerber- und Beschäftigtendaten

1. Einleitung

Datenschutz im Sinne des Schutzes der Persönlichkeitsrechte setzt nicht erst bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, sondern bereits bei der **Erhebung** von Bewerber- und Arbeitnehmerdaten ein. Die in der Praxis im Rahmen der Datenerhebung verwendeten **Personalfragebogen** bzw. auch die Fragen, die an Bewerber/Arbeitnehmer gestellt werden¹⁾, sind häufig viel zu weitreichend. Dieses kritisieren der Bundesbeauftragte für den Datenschutz²⁾ und auch einige Landesdatenschutzbeauftragte, die u.a. von „aufgeblähten Personalfragebogen“³⁾ oder einer „Datensammelwut im Personalwesen“⁴⁾ sprechen. Damit wird deutlich, daß das Mitbestimmungsrecht zum Personalfragebogen nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG gegenüber anderen Mitbestimmungsrechten wie z. B. bei technischen Kontrolleinrichtungen gemäß § 75 Abs. 3 Nr. 17

BPersVG geradezu ein Schattendasein führt. Vor diesem Hintergrund ist es notwendig, die **rechtlichen Rahmenbedingungen**, wie das Mitbestimmungsrecht nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG, das Recht auf Datenerhebung nach den §§ 13 und 28 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und das von der Rechtsprechung und Lehre entwickelte sogenannte „Arbeitgeberfragerecht“ näher zu betrachten.

2. Personalfragebogen

2.1 Schutzzweck

Nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG unterliegt der Inhalt des Personalfragebogens für Arbeiter und Angestellte der **Mitbestimmung** des Personalrats. Die Parallelbestimmung für Beamte enthält § 76 Abs. 2 Nr. 2 BPersVG. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß bei Arbeitnehmern

im Konfliktfall die Einigungsstelle eine verbindliche Entscheidung trifft, während bei Beamten das Letztentscheidungsrecht bei der obersten Dienstbehörde liegt. Die Landespersonalvertretungsgesetze enthalten ebenfalls entsprechende Regelungen⁵⁾. Der Mitbestimmungstatbestand nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG entspricht der Regelung des § 94 Abs. 1

1) Vgl. hierzu ausführlich jeweils mit Beispielen: Degener, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern, Berlin 1975, S. 21 ff.; Wohlgenuth, Datenschutz für Arbeitnehmer, Neuwied, 1989, S. 55 ff.; Schwertfeger, Persönlichkeitstest – Dubiose Kleckse, in: Wirtschaftswoche 35/95, S. 70 f.; Schuler/Stehle (Hrsg.), Biographische Fragebogen als Methode zur Personalauswahl, Stuttgart 1990; Weuster, Probleme beim Einsatz des Biographischen Fragebogens zur Personalauswahl, in: Personal 1/88, S. 327 f.

2) Vgl. 15. Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz, S. 110 ff. und 14. Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz, S. 66 ff.

3) Vgl. 14. Tätigkeitsbericht der Landesbeauftragten für den Datenschutz in Baden-Württemberg 1992, S. 105 f.

4) Vgl. 15. Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für den Datenschutz der Freien Hansestadt Bremen 1993, 62 f.

5) Eine entsprechende Regelung enthalten: § 79 Abs. 3 Nr. 3 BaWüPersVG, § 75 Abs. 4 Nr. 10 BayPVG, § 75 Abs. 2 Nr. 5 BlnPersVG, § 66 Nr. 13 BraPersVG, § 87 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG, § 77 Abs. 2 Nr. 1 HPVG, § 66 Nr. 13 NdsPersVG, § 72 Abs. 4 Nr. 18 NWPersVG, § 78 Abs. 3 Nr. 1 RPPersVG, § 80 Abs. 1 b Nr. 11 SPersVG, § 80 Abs. 3 Nr. 8 SächsPersVG, § 74 Abs. 3 Nr. 8 ThürPersVG; eine spezielle Regelung zu Personalfragebogen fehlt in: BremPersVG, MBGSchl.-H. und PersVGfSA.

BetrVG⁶⁾ („Personalfragebogen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats“).

Der Personalrat wird bei Personalfragebogen eingeschaltet, damit er seiner **Schutzfunktion** zugunsten der Arbeitnehmer und in diesem Fall auch zugunsten der Bewerber gerecht werden kann. Das Mitbestimmungsrecht wäre stark eingeschränkt, wenn gerade der wichtigste Fall der Befragung, nämlich von Bewerbern, anlässlich ihrer Einstellung mittels Personalfragebogen nicht der Mitbestimmung unterläge. So bleiben die bei der Einstellung gestellten Fragen für die gesamte Dauer des Dienst- und Arbeitsverhältnisses von Bedeutung. Die besondere Schutzbedürftigkeit der Bewerber ergibt sich zudem aus der schwächeren Stellung, die vor dem Hintergrund der anhaltend hohen Arbeitslosigkeit besonders stark zum Tragen kommt⁷⁾. Die Abhängigkeit, einen Arbeitsplatz zu bekommen, kann durchaus dazu führen, den Bewerber zu veranlassen, auf Fragen einzugehen, die sich mit seinem Respekt vor seiner Person nicht vertragen⁸⁾.

Der Bewerber hat ein Interesse daran, daß von ihm nicht die Beantwortung der Fragen verlangt werden kann, die bei objektiver Betrachtung für die Besetzung des Arbeitsplatzes nicht notwendig sind, die jedoch in seine verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsphäre eingreifen. Das Interesse des Arbeitgebers für eine effektive Personaleinsatzplanung ist es, möglichst viele Daten bzw. Informationen über die Person des Bewerbers zu erhalten. Die Ausübung des Mitbestimmungsrechts soll sicherstellen, daß die Fragen des Arbeitgebers auf die Aspekte beschränkt bleiben, für die ein berechtigtes Auskunftsinteresse besteht⁹⁾.

Die Begrenzung des Fragerechts resultiert somit insbesondere aus dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Das Persönlichkeitsrecht wird aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet und durch § 823 BGB geschützt. Die Einwirkungsmöglichkeiten des Personalrats dienen also dem präventiven Persönlichkeitschutz¹⁰⁾.

Neben dem Schutz der Persönlichkeitsrechte von Bewerbern und Beschäftigten soll das Mitbestimmungsrecht zu einer Versachlichung und zu einer Objektivierung der Personalführung beitragen und der Sicherstellung der gleichen Zugangsrechte in den öffentlichen Dienst (Art. 33 Abs. 2 GG) sowie der Gleichbehandlung von

Mitarbeitern und der Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes (Art. 33 Abs. 3 GG) dienen¹¹⁾.

Das Mitbestimmungsrecht ist als Zustimmungsverweigerungsrecht ausgestaltet, d. h. der Personalrat hat kein Initiativrecht. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf Umfang und Inhalt der Fragen. Die Zustimmung des Personalrats ist erforderlich sowohl bei der erstmaligen Einführung als auch bei der Änderung bestehender Fragebogen¹²⁾. Gerade bei einer Änderung besteht die Gefahr, daß die geänderten Teile zusätzliche Eingriffe in die Persönlichkeitsphäre mit sich bringen können¹³⁾.

2.2 Zum Begriff „Personalfragebogen“

Weder das BPersVG noch das BetrVG enthalten eine Definition dafür, was unter einem Personalfragebogen zu verstehen ist. Es wird jedoch allgemein anerkannt, daß ein Personalfragebogen ein Erhebungsbogen ist, der Fragen nach der Person, den persönlichen Verhältnissen, dem beruflichen Werdegang, den fachlichen Kenntnissen oder sonstigen Fähigkeiten eines Bewerbers oder Beschäftigten enthält¹⁴⁾.

Für die rechtliche Einordnung eines Fragebogens kommt es nicht auf seine Bezeichnung oder seinen Zweck, sondern auf seinen tatsächlichen Inhalt an¹⁵⁾. Es ist deshalb ohne rechtliche Bedeutung, wenn ein Personalfragebogen seitens des Arbeitgebers beispielsweise als „Arbeitsplatzbeschreibung“, „statistischer Erhebungsbogen“ oder „Fragebogen zur Bürokommunikationsuntersuchung“¹⁶⁾ bezeichnet wird. Entscheidend ist, ob die vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) aufgeführten Fragen zur Person gestellt werden.

2.3 Umfang des Mitbestimmungsrechts

Das Mitbestimmungsrecht beschränkt sich nicht nur auf formularmäßige, schematisierte und standardisierte **Fragen des Arbeitgebers**. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) ist das Mitbestimmungsrecht weitergehend. „Um einen Personalfragebogen handelt es sich aber auch dann, wenn auf andere Art und Weise Bewerber oder Arbeitnehmer standardisierte Fragen zu beantworten haben, insbesondere wenn es sich um schriftliche, formularmäßige

Zusammenfassung von Fragen über die persönliche Eignung handelt. Nicht nur vom Schutzzweck des § 94 BetrVG, sondern auch vom Wortlaut sind Fragen aufgrund eines solchen Fragebogens nach § 94 BetrVG zustimmungsbedürftig. Dementsprechend ist allgemeine Meinung, daß § 94 Abs. 1 BetrVG auch dann anwendbar ist, wenn die Fragen an Bewerber oder Arbeitnehmer anhand eines standardisierten Fragenkatalogs, einer ‚Checkliste‘ vom Arbeitgeber mündlich gestellt und die Antworten vom Fragenden schriftlich festgehalten werden.“¹⁷⁾

Es kommt nicht darauf an, auf welche technische Art und Weise die Befragung des Bewerbers bzw. des Arbeitnehmers erfolgt. Das Mitbestimmungsrecht in bezug auf den Personalfragebogen würde zu einer für die Arbeitnehmerinteressen belanglosen Norm degenerieren, wenn der Arbeitgeber die ihn interessierenden Fragen mangels Zustimmung des Personalrats, in einem Personalinterview stellen kann¹⁸⁾. Es kann also keinen Un-

6) Vgl. Fischer/Goeres, Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder, Loseblatt, Stand Jan. 1994, Teil 3, § 75 Rn. 96.

7) Vgl. OVG NW, Beschluß v. 22. 5. 1986, RiA 3/87, S. 68 f.; Lorenzen/Schmitz/Ezel/Gerhold/Albers/Schlammann, Bundespersonalvertretungsgesetz, Loseblatt Stand Febr. 1996, (Lorenzen), § 75 Rn. 162 a; Kipferle/Wohlgemuth, Personaldatenverarbeitende Systeme, Köln 1987, S. 93; vgl. auch Boewer, Die Bedeutung des § 94 BetrVG für die DV-gestützte Personaldatenverarbeitung, in: RDV 1/88, S. 14 insbesondere Fußnote 11; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 7. Aufl. München 1991, S. 1754; Richard/Wotzke (Hg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 1 München 1992, § 38 Rn. 250; Däubler, Erhebung von Arbeitnehmerdaten, in: CR 2/94, S. 103.

8) Vgl. Simitis, Datenschutz und Arbeitsrecht, in: ArbuR 4/77, S. 99.

9) Vgl. Dietz/Richardi, Bundespersonalvertretungsgesetz, 2. Aufl. 1978, § 75 Rn. 385; Grabendorff/Windscheid/Widmaier, Bundespersonalvertretungsgesetz – Kommentar, 7. Aufl. 1991, (Grabendorff), § 75 Rn. 138; Fitting/Kaiser/Heitherr/Engels (FKHE), Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar, 18. Aufl., München 1996, § 94 Rn. 13.

10) Vgl. Heitherr, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Datenschutz, in: BB 16/88, S. 1051.

11) Vgl. Altvater/Bacher/Hörter/Sabottig/Schneider, (Altvater), Bundespersonalvertretungsgesetz, 3. Aufl., 1990, § 75 Rn. 58; Lorenzen, (FN 7), § 75 Rn. 58.

12) Vgl. Lorenzen, (FN 7), § 75 Rn. 162 b; Grabendorff, (FN 9), § 75 Rn. 138; OVG NW Beschluß v. 22. 5. 1986, RiA 3/87, S. 68.

13) Vgl. Däubler, Gläserne Belegschaften? 3. Aufl. Köln 1993, S. 224.

14) Vgl. z. B. BVerwG, Beschluß v. 26. 3. 1986 PersR 5/86, S. 95; BVerwG Beschluß v. 2. 8. 1989 PersR 10/89, S. 303; BAG, Beschluß v. 21. 9. 1993 CR 10/94, S. 633; Zeller, Die arbeitsrechtlichen Aspekte des Personalfragebogens als Mittel zur Personalauswahl, in: BB 22/87, S. 1522.

15) Vgl. BVerwG, Beschluß v. 2. Aug. 1989 PersR 10/89, S. 303.

16) Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluß v. 2. 3. 1993, RiA 6/94, S. 310 f.

17) BAG, Beschluß v. 21. 9. 1993, CR 10/94, S. 633.

18) Vgl. Boewer, (FN 7), S. 15.

terschied machen, ob der Arbeitgeber den Bewerber bzw. Arbeitnehmer mündlich befragt oder die zu beantwortenden Fragen dem Bewerber/Arbeitnehmer zur schriftlichen Beantwortung überläßt¹⁹⁾.

Für das Mitbestimmungsrecht nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG ist es ebenfalls unerheblich, ob die Fragen von einem Beschäftigten aus der Personalabteilung oder von einem vom Arbeitgeber beauftragten Institut, also von einem Dritten, gestellt werden²⁰⁾. Rein sachbezogene Arbeitsplatzbeschreibungen sollen mitbestimmungsfrei sein²¹⁾. Enthalten Erhebungsbogen sowohl sachbezogene als auch personenbezogene Fragen, so hängt das Mitbestimmungsrecht nach Auffassung des BVerfG davon ab, ob die personenbezogenen Daten überwiegen²²⁾.

Eine entsprechende Abgrenzung vorzunehmen ist jedoch kaum möglich. Nach Auffassung des VGH Baden-Württemberg ist ein Erhebungsbogen für eine Organisationsuntersuchung zur Bürokommunikation und Systemplanung, der von Beschäftigten die Beantwortung personenbezogener Daten von Gewicht verlangt, ein Personalfragebogen, an dessen inhaltlicher Gestaltung dem Personalrat ein Mitbestimmungsrecht zusteht²³⁾. Um einen Personalfragebogen handelt es sich auch, wenn der Rechnungshof einer Dienststelle zur Prüfung der Haushalts- und Wirtschaftsführung Fragebogen mit der Aufforderung zuleitet, diese von den Beschäftigten ausfüllen zu lassen²⁴⁾.

Vom Schutzzweck des § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG muß bereits wie bei der betriebsverfassungsrechtlichen Regelung des § 94 BetrVG das Mitbestimmungsrecht bei nur einer personenbezogenen Frage zum Tragen kommen, da der Persönlichkeitsschutz nicht an der Anzahl der personenbezogenen Fragen gemessen werden kann²⁵⁾. Darüberhinaus sind rein „sachbezogene Fragen“ durch mögliche Zuordnung zu einer Person personenbezogene Fragen²⁶⁾. Das Mitbestimmungsrecht ist ebenfalls bei standardisierten Testverfahren, Datenerhebung bei früheren Arbeitgebern oder bei Auskunftfeien gegeben. Gleiches gilt, wenn Kunden, Patienten etc. über das Personal befragt werden²⁷⁾.

Ärztliche Fragebogen sollen nach herrschender Meinung nicht dem Mitbestimmungsrecht unterliegen. Abgelehnt wird das Mitbestimmungsrecht mit der Begründung, daß es sich hierbei nicht um eine Befragung durch den Arbeitgeber handle und zudem

durch die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 StGB) eine Weitergabe der vom Arzt ermittelten Daten an den Arbeitgeber nicht erfolgen dürfe. Da es sich jedoch bei Gesundheitsdaten um sehr sensible Daten handelt und der Bewerber oder der Beschäftigte den Arzt von der Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber entbinden kann, kann der Schutz der Persönlichkeitsrechte insbesondere durch das Mitbestimmungsrecht des Personalrats gewährleistet werden²⁸⁾.

2.4 Verwendungszweck

Ob sich das Mitbestimmungsrecht nach dem Betriebsverfassungsrecht und dem Personalvertretungsrecht auch auf den **Verwendungszweck** der erhobenen Daten erstreckt, wird kontrovers diskutiert²⁹⁾. Vom Sinn und Zweck des § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG muß man dieses bejahen, da ein Eingriff in die Persönlichkeitssphäre auch durch Auswertung und Verknüpfung der Daten mit anderen Daten erfolgen kann³⁰⁾. Die Diskussion um einen Personalfragebogen und damit auch über das Mitbestimmungsrecht läuft ins Leere, wenn die Mitarbeitervertretung nicht weiß, weshalb der Arbeitgeber an bestimmten Fragen interessiert ist. Denn nur die genaue Kenntnis des Verwendungszweckes setzt die Arbeitnehmervertretung in die Lage, angemessen zu beurteilen, ob die an die Adresse des Bewerbers/Arbeitnehmers mit dem Schutz der Persönlichkeitsrechte vereinbar ist. „Weil sich die Erhebung nicht von der späteren Verwendung trennen läßt, sondern durch sie determiniert wird, ist die Entscheidung über den Fragebogen zugleich eine Entscheidung über die Antworten.“³¹⁾

Der Verwendungszweck muß vor diesem Hintergrund und vor dem Hintergrund des vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im sogenannten Volkszählungsurteil herausgestellten Gebot der **Transparenz der Daten**³²⁾ mit zu den Voraussetzungen der Zustimmung der Mitarbeitervertretung zählen³³⁾. Werden die Daten per EDV weiterverarbeitet, greift das Mitbestimmungsrecht des Personalrats gemäß § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG.

3. Inhalt von Personalfragebogen

Die Personalvertretungsgesetze und auch das Betriebsverfassungsgesetz enthalten keinen Hinweis auf den

zulässigen Inhalt von Personalfragebogen bzw. auf zulässige Fragen. Wesentliche Anhaltspunkte für den Umfang und Inhalt von Fragen bilden die Vorgaben des **Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG)**³⁴⁾ und das durch Rechtsprechung und Lehre entwickelte „**Fragerecht des Arbeitgebers**“.

3.1 Datenerhebung nach dem BDSG

Sollen personenbezogene Daten der Beschäftigten erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wird die Zulässigkeit der Datenverarbeitung in der Regel aus den Datenschutzgesetzen herzuleiten sein. Das BDSG nennt in § 1 Abs. 2 BDSG für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten drei Adressaten:

- öffentliche Stellen des Bundes,
- öffentliche Stellen der Länder, soweit der Datenschutz nicht durch Landesdatenschutzgesetze geregelt ist und

19) Vgl. BAG, Beschluß v. 21. 9. 1993, CR 10/94, S. 633; Däubler, (FN 13), S. 223; Simitis, Zur Mitbestimmung bei Arbeitnehmerdaten eine Zwischenbilanz, in: RDV 2/89, S. 58; Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Köln 1994, S. 324.

20) Gola/Wronka, (FN 19), S. 325.

21) Vgl. BVerfG, Beschluß v. 26. 3. 1985 PersR 5/86, S. 95; FKfE, (FN 9), § 94 Rn. 62.

22) Vgl. BVerfG, Beschluß v. 16. 12. 1987 PersR 2/88, S. 51f.

23) Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluß v. 2. 3. 1993 PersR 8/93, S. 360f. = RfA 6/94, S. 310f.; vgl. auch Verwaltungsgericht Köln, Beschluß v. 24. 4. 1995 PersR 8/95, S. 352f.

24) Vgl. BVerfG, Beschluß v. 2. 8. 1989 PersR 10/89, S. 303.

25) Vgl. hierzu Däubler, EDV-Anwendung und Personalrat, in: PersR 8/93, S. 354 mit weiteren Nachweisen.

26) Vgl. hierzu die Definition in § 3 Abs. 1 BDSG: „Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlicher Person.“ D. h., alle Daten, die einer Person zugeordnet werden können, beispielsweise auch durch das Zusatzwissen eines Sachbearbeiters, sind personenbezogene Daten im Sinne des BDSG.

27) Vgl. Gola/Wronka, (FN 19), S. 325 mit näherer Begründung.

28) Vgl. hierzu z. B. Boewer, (FN 7), S. 15, der das Mitbestimmungsrecht ablehnt, bei einer Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht dieses jedoch als gegeben sieht.

29) Vgl. hierzu Däubler, (FN 13), S. 224; Wohlgeruth, (FN 1), S. 222; Simitis, (FN 19), S. 57; MünchArbR – Buchner, § 38 Rn. 263 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

30) Vgl. Däubler, (FN 25), S. 354.

31) Simitis, (FN 19), S. 58.

32) Vgl. hierzu Urteil BVerfG v. 15. 12. 1983, NJW 1984, II, 8. S. 419.

33) Vgl. hierzu Simitis, (FN 19), S. 57 mit überzeugender Begründung; FKfE, (FN 9), § 94 Rn. 8; anderer Auffassung Boewer, (FN 7), S. 17.

34) Das BDSG vom 20. 12. 1990 ist im BGBl. I, S. 2955 verkündet worden und am 1. 6. 1991 in Kraft getreten. Es ist als Art. 1 Teil des Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes vom 20. 12. 1990. Das novellierte BDSG löst das Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung vom 27. 1. 1977, das am 1. 1. 1978 in Kraft trat, ab.

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur Geschlechterdiskriminierung⁷⁷⁾ hat das BAG seine bisherige Rechtsauffassung aufgegeben und die Frage an Bewerberinnen nach der Schwangerschaft für **unzulässig** erklärt⁷⁸⁾.

Das BAG neigt jedoch dazu, eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung jedenfalls dann zuzulassen, wenn das eingegangene Vertragsverhältnis überhaupt nicht realisiert werden kann, d. h. wenn die Bewerberin für die angestrebte Arbeit objektiv nicht geeignet ist, z. B. bei einem Mannequin oder einer Tänzerin⁷⁹⁾.

l) Vermögensverhältnisse

Die Frage nach den Vermögensverhältnissen ist **unzulässig**, es sei denn, es handelt sich um eine besondere Vertrauensstellung (Kassierer), bei der der Arbeitnehmer mit Vermögenswerten umzugehen hat⁸⁰⁾.

m) Vorstrafen

Die Frage nach Vorstrafen ist nur zulässig, wenn sie für das jeweilige Arbeitsverhältnis einschlägig sind. So kann z. B. bei einem Buchhalter oder Kassierer nach Vorstrafen wegen Eigentumsdelikten, bei einem Kraftfahrer nach Vorstrafen wegen Verkehrsdelikten und bei einem Jugendpfleger nach Sittlichkeitsdelikten gefragt werden⁸¹⁾. Die **Frage nach Vorstrafen** muß so formuliert werden, daß für den Bewerber deutlich wird, daß es sich nur um die „**einschlägigen**“ handelt. Der Bewerber/Arbeitnehmer darf sich jedoch nach § 53 Bundeszentralregistergesetz (BZRG) als unbestraft bezeichnen, weil die Vorstrafe im Zentralregister nicht mehr eingetragen ist und somit auch nicht mehr in ein Führungszeugnis aufzunehmen ist, z. B. wegen Geringfügigkeit oder längstens 5 Jahre nach der Verurteilung⁸²⁾.

n) Wehr-/Ersatzdienst

Legt man in bezug auf den Wehr-/Ersatzdienst den gleichen Bewertungsmaßstab an wie bei der Frage nach der Schwangerschaft, so ist die Frage nach einem noch abzuleistenden Wehr-/Ersatzdienst **unzulässig**, da dieses „Handicap“ nur Männer trifft. Bejaht man die Zulässigkeit der Datenerhebung, muß der Arbeitgeber die Frage in der Form stellen, daß nicht deutlich wird, ob der Bewerber/Arbeitnehmer seiner Dienstverpflichtung durch Ableistung des

Wehr- oder Zivildienstes nachgekommen ist⁸³⁾. Somit ist klar, daß sich nähere Angaben zum Dienstgrad, Truppenteil u. ä. verbieten, da diese Fragen ohnehin keinerlei Bezug zum Arbeitsverhältnis haben.

3.4 Recht auf Lüge/Anfechtung

Wie bereits erwähnt, sind Fragen, mit denen ohne sachbezogenen Grund in die rechtlich geschützte Persönlichkeitssphäre eingedrungen wird, unzulässig. Nach herrschender Meinung wird dem Bewerber bei Überschreitung des Fragerechts ein **Recht auf Lüge** zugestanden, ohne daß er sich späteren Schadensersatzansprüchen des Arbeitgebers aussetzt oder daß eine Anfechtung des geschlossenen Arbeitsvertrages nach §§ 119, 123 BGB durch den Arbeitgeber möglich wäre⁸⁴⁾. Eine wahrheitswidrige Antwort auf eine unzulässigerweise gestellte Frage gilt nicht als arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB, sondern nur als eine bewußt falsche Antwort auf eine unzulässigerweise gestellte Frage.

Hingegen ist der Bewerber zur **wahrheitsgemäßen Beantwortung** der an ihn gerichteten zulässigen Fragen grundsätzlich verpflichtet⁸⁵⁾. Wird eine zulässige Frage vom Bewerber/Arbeitnehmer unwahr beantwortet, kann der Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB angefochten werden. Das Anfechtungsrecht nach § 123 Nr. 1 BGB ist nur dann anerkannt, wenn

- die Frage zulässig war,
- der Bewerber/Arbeitnehmer die Frage bewußt falsch beantwortet hat,
- der Bewerber/Arbeitnehmer wissen oder erkennen mußte, daß die von ihm verschwiegenen Tatsachen für die Entscheidung des Arbeitgebers zu seiner Einstellung von ausschlaggebender Bedeutung sein kann,
- die verschwiegene Tatsache für die Einstellung des Arbeitnehmers ursächlich war⁸⁶⁾.

4. Zusammenfassung

1. Das Mitbestimmungsrecht nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG bzw. § 94 Abs. 1 BetrVG dient dem **präventiven Persönlichkeitsschutz** von Bewerbern und Arbeitnehmern und der Verschlichung der betrieblichen Personalführung. Personalfragebogen im Sinne des § 94 BetrVG umfaßt jede schematisierte und standardisierte Befragung des Bewerbers bzw. des Arbeitnehmers über persönliche Verhältnisse, Kenntnisse und Fähigkeiten

durch den Arbeitgeber, ohne daß es dabei auf die verwendeten technischen Hilfsmittel ankommt, die bei der Erhebung benutzt werden. Auch die Erhebung durch Dritte im Rahmen von Tests oder Organisationsuntersuchungen unterliegen dem Mitbestimmungsrecht.

2. Die Mitarbeitervertretung hat ein Zustimmungsrecht, jedoch kein Initiativrecht. Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich nicht nur auf die Einführung eines Fragebogens, sondern auch auf die Festlegung, in welchem Zusammenhang die aus dem Fragebogen gewonnenen Daten verwendet werden dürfen.

3. Bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechts bilden sowohl die Vorgaben des § 28 Abs. 1 BDSG i. V. m. § 13 BDSG als auch das durch Rechtsprechung und herrschende Meinung entwickelte sogenannte Fragerecht des Arbeitgebers den Bewertungsmaßstab. So gesteht das BAG dem Arbeitgeber ein Fragerecht nur dann zu, wenn er ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung dieser Fragen hat.

4. Fragen, mit denen ohne sachbezogenen Grund in die rechtlich geschützte Persönlichkeitssphäre eingedrungen wird, sind unzulässig. Nach herrschender Meinung hat der Bewerber/Arbeitnehmer bei unzulässigen Fragen ein sogenanntes „Recht auf Lüge“ und kann somit auf solche Fragen unwahre Antworten geben. Die falsche Beantwortung von zulässigen Fragen berechtigt den Arbeitgeber zur Anfechtung eines Arbeitsvertrages.

Bruno Schierbaum,
BTQ Niedersachsen, Oldenburg

77) Vgl. EuGH, EZA § 611 a BGB Nr. 1.

78) Vgl. BAG, Urteil v. 15. 10. 1992, RDV 3/93, S. 127 ff. = EZA § 123 BGB Nr. 37 = Arb: vgl. auch ausführlich Gola/Wronka, (FN 19), S. 112; Däubler, (FN 56), S. 85 f.

79) Vgl. BAG, Urteil v. 15. 10. 1992, EZA § 123 BGB Nr. 37, S. 6 f.

80) Vgl. Schaub, (FN 7), S. 122; Wohlgenuth, (FN 47), S. 47 f.

81) Vgl. Däubler, (FN 56), S. 87 f.; Dietz/Richardi, (FN 7), § 75 Rn. 388; Lorenzen, (FN 7), § 75 Rn. 163 e; FKIE, (FN 9), § 94 Rn. 16; Dörr/Schmidt, Neues Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., Köln 1992, § 28 Rn. 41.

82) Vgl. Schaub, (FN 7), S. 122; Wohlgenuth (FN 1), S. 49; Däubler, (FN 56), S. 88 f.; Pulte, Personalakte, Personalfragebogen, Bergisch Gladbach 1991, S. 40 f.; Moritz, (FN 47), S. 334 jeweils mit weiteren Nachweisen.

83) Vgl. Gola/Wronka, (FN 19), S. 113.

84) Vgl. Moritz, (FN 47), S. 336; Wohlgenuth, (FN 47), S. 49; Schaub, (FN 7), S. 119 f.; Grabendorff, (FN 9), § 75 Rn. 141; kritisch: Meilicke, Recht auf Lüge beim Einstellungsgespräch: in: BB 9/86, 1288 ff.

85) Vgl. zur Offenbarungspflicht: MünchArbR - Buchner s. die Ausführungen oben in Fußnote 48.

86) Vgl. Schaub, (FN 7), S. 120; Pulte, (FN 82), S. 32 f.

– nicht-öffentliche Stellen (Privatbetriebe).

Für öffentliche Stellen des Bundes findet gemäß § 12 BDSG der zweite Abschnitt des BDSG, §§ 12–26 BDSG, Anwendung. Für öffentliche Stellen des Bundes, soweit sie als öffentlich-rechtliche Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen, gilt gemäß § 27 BDSG der dritte Abschnitt des BDSG, §§ 27–37 BDSG³⁵). Für nicht-öffentliche Stellen gilt der dritte Abschnitt des BDSG, §§ 27–38 BDSG.

Das BDSG schützt gemäß § 1 Abs. 1 BDSG davor, daß der Betroffene durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird. Der Begriff Umgang umfaßt die in § 3 BDSG definierten Phasen der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung. In § 4 Abs. 1 BDSG ist die Zulässigkeit der Datenverarbeitung und -nutzung personenbezogener Daten festgelegt³⁶). Das BDSG geht zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen in bezug auf die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt aus. D.h., die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist verboten und nur dann erlaubt oder zulässig, wenn

- der Betroffene eingewilligt hat oder
- eine andere Rechtsvorschrift dieses erlaubt oder anordnet oder
- das BDSG dieses erlaubt.

Diesem Regelungsprinzip unterliegt nicht die Phase der Erhebung, die in § 3 Abs. 4 BDSG als „das Beschaffen von Daten über den Betroffenen“ definiert wird.

Für die Beschäftigten der öffentlichen Stellen des Bundes wird in § 12 Abs. 4 BDSG auf die Regelungen für den nicht-öffentlichen Bereich verwiesen: „Werden personenbezogene Daten für frühere, bestehende oder künftige dienst- und arbeitsrechtliche Rechtsverhältnisse verarbeitet oder genutzt, gelten anstelle der §§ 14 bis 17, 19 und 20 der § 28 Abs. 1 und 2 Nr. 1 sowie die §§ 33–35.“ Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber bewirken, daß alle Arbeitsverhältnisse datenschutzrechtlich **einheitlich** behandelt werden³⁷). Eine Reihe von Landesdatenschutzgesetzen sind dem BDSG in diesem Punkt nicht gefolgt, so daß eine Einheitlichkeit nicht erreicht wurde. Zudem enthalten einige Landesdatenschutzgesetze besondere Regelungen zum Arbeitnehmerdatenschutz³⁸).

Der Gesetzgeber hat in § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG festgelegt, daß die Daten

„nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise erhoben werden müssen“³⁹). Für die Beschäftigten des öffentlichen Bereiches gilt jedoch zusätzlich der § 13 BDSG, wo die Erhebung sehr viel genauer geregelt ist⁴⁰). Nach § 13 BDSG ist bei der Datenerhebung folgendes zu beachten:

„(1) Das Erheben personenbezogener Daten ist zulässig, wenn ihre Kenntnis zur Erfüllung der Aufgaben der erhebenden Stellen erforderlich ist.

(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 Aufgabe ihrer Art nach eine Erhebung bei anderen Personen oder Stellen erforderlich macht oder

b) die Erhebung beim Betroffenen einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, daß überwiegende schutzwürdige Interessen der Betroffenen beeinträchtigt werden.

(3) Werden personenbezogene Daten beim Betroffenen mit seiner Kenntnis erhoben, so ist der Erhebungszweck ihm gegenüber anzugeben. Werden sie beim Betroffenen aufgrund einer Rechtsvorschrift erhoben, die zur Auskunft verpflichtet, oder ist die Erteilung der Auskunft Voraussetzung für die Gewährung von Rechten, so ist der Betroffene hierauf, sonst auf die Freiwilligkeit seiner Angaben hinzuweisen. Auf Verlangen ist er über die Folgen der Verweigerung aufzuklären.

(4) Werden personenbezogene Daten statt beim Betroffenen bei einer nichtöffentlichen Stelle erhoben, so ist die Stelle auf die Rechtsvorschrift, die zur Auskunft verpflichtet, sonst auf die Freiwilligkeit ihrer Angaben hinzuweisen.“⁴¹)

Ergänzt werden die Anforderungen nach § 13 BDSG dadurch, daß die Erhebung nach **Treu und Glauben** und auf rechtmäßige Weise zu erfolgen hat. Die Erhebung nach Treu und Glauben ist seit jeher als zivilrechtliche Klausel (§ 242 BGB) in der Rechtsordnung verankert⁴²) und bedeutet u. a.

– daß Daten nicht durch falsche Angaben erschlichen werden dürfen oder der Betroffene über die Zwecke der Datenverarbeitung getäuscht wird,

– daß die Daten nicht in kompromittierenden Situationen oder zur Un-

zeit bzw. bei erkennbarer Unzurechnungsfähigkeit (z. B. Trunkenheit) beschafft werden,

– daß die Daten nicht in verdeckter Weise durch Einsatz von rechtswidrigen Hilfsmitteln (Abhören, heimliche Filmaufnahmen) beschafft werden⁴³).

Gegen eine Erhebung nach Treu und Glauben, aber auch gegen das Gebot der Direkterhebung nach § 13 BDSG, kann die Erhebung bei Dritten, z. B. Nachbarn, Arbeitskollegen, Arbeitgebern verstoßen. Zudem kann gegen Treu und Glauben auch eine übermäßige Datenerhebung verstoßen, d. h. wenn für den Zweck eines Vertrages oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses (Anbahnungsverhältnis) unnötige, überflüssige und zu viele Daten erhoben werden⁴⁴).

Werden die Daten unter Verstoß des § 28 Abs. 1 BDSG und § 13 BDSG erhoben, ist die Speicherung der unzulässig erhobenen Daten verboten, wobei dennoch gespeicherte Daten gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG zu löschen sind⁴⁵).

Im Rahmen der Ausfüllung des Mitbestimmungsrechts bei Personalfragebogen ist neben der datenschutzrechtlichen Prüfung auch das sogenannte „Arbeitgeberfragerecht“ von Bedeutung.

35) Die meisten Landesdatenschutzgesetze enthalten für öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen ähnliche Regelungen.

36) Die Landesdatenschutzgesetze enthalten identische Regelungen.

37) Vgl. Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 4. völlig neu überarbeitete Auflage, Loseblatt 1992, 24. Lieferung, § 12 Rn. 22f. mit weiteren Nachweisen.

38) Vgl. hierzu Schierbaum, Datenverarbeitung in Dienst- und Arbeitsverhältnissen, in: PersR 2/94, S. 55.

39) Diese Regelung ist gemäß Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses in das BDSG aufgenommen worden. Es handelt sich hierbei um eine Kompromißlösung gegenüber dem Vorschlag des Bundesrats, der die Erhebung der Speicherung, Veränderung usw. an die Seite stellen wollte, und des Bundestagsinnenausschusses, nach dessen Beschlussempfehlung die Erhebung überhaupt nicht in den 3. Abschnitt Eingang finden sollte; vgl. hierzu Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz vom 20. Dezember 1990, Köln 1991, § 28 Rn. 4.

40) In diesem Zusammenhang sprechen einige Kommentatoren des BDSG von einem Redaktionsfehler bei der Gesetzesentwicklung, was jedoch zur Folge hat, daß die Regelungen des § 13 BDSG uneingeschränkt zu beachten sind; vgl. hierzu Simitis, (FN 37), § 12 Rn. 30 mit weiteren Nachweisen.

41) Die Landesdatenschutzgesetze enthalten für die Erhebung eine entsprechende Regelung.

42) Vgl. Gola/Wronka, (FN 19), S. 92; Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, Loseblatt, § 28 Rn. 10.

43) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb, (FN 42), § 28 Rn. 19; Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl. Köln 1993, § 28 Rn. 32.

44) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb, (FN 42), § 28 Rn. 21 f.

45) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb, (FN 42), § 28 Rn. 23; BAG, Urteil v. 22. 10. 1986 RDV 3/87, S. 129 ff.

3.2 Arbeitgeberfragerecht

Das Bundesarbeitsgericht gesteht dem Arbeitgeber ein Fragerecht nur dann zu, wenn er ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung dieser Frage hat⁴⁶⁾. Somit muß sich das Fragerecht auf die Informationen beschränken, die einen unmittelbaren Bezug zum zukünftigen und bestehenden Arbeitsverhältnis haben⁴⁷⁾. Eine Mitteilungs- und Offenbarungspflicht⁴⁸⁾, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber eine entsprechende Frage stellt, kann es nur ausnahmsweise geben, wenn der Bewerber bzw. Arbeitnehmer zur Leistung der Arbeit nicht in der Lage ist oder erkennen muß, daß ein Umstand für den vorgesehenen Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung ist⁴⁹⁾.

Ein Überschreiten der Grenzen des Fragerechts ist rechtswidrig. Hieran ändert auch die Zustimmung des Personalrats nichts⁵⁰⁾.

3.3 Beispiele für Einzelfragen

Welche Fragen im einzelnen gestellt werden dürfen, hängt u. a. davon ab, ob es sich um einen Bewerber oder einen bereits eingestellten Arbeitnehmer handelt. Denn was der Arbeitgeber vor der eigentlichen Einstellung wissen muß, deckt sich nicht mit den Informationen, die er nach erfolgter Einstellung benötigt. Zudem dürfen nur solche Fragen gestellt werden, die einen unmittelbaren Bezug zu der auszuübenden Tätigkeit haben. Im folgenden sollen einige Beispiele ohne Anspruch auf Vollständigkeit, die sich in Personalfragebogen wiederfinden bzw. Fragen die an Bewerber/Arbeitnehmer gerichtet werden, näher dargestellt werden.

a) Bisheriges Arbeitsentgelt

Die Frage nach dem bisherigen Verdienst muß immer dann als **unzulässig** angesehen werden, wenn die bisherige Vergütung für die erstrebte Stelle keine Aussagekraft hat und der Bewerber sie von sich aus auch nicht als Mindestvergütung gefordert hat bzw. zum Ausgangspunkt für die Bemessung seiner Lohnforderung macht⁵¹⁾.

b) Beruflicher Werdegang

Über den schulischen und beruflichen Werdegang wird sich der Arbeitgeber beim Bewerber informieren **dürfen**⁵²⁾, wobei immer der Bezug zu

der in Aussicht genommenen Tätigkeit bestehen muß. So muß beispielsweise ein Bewerber um eine Hilfsarbeiterstelle nicht seine Ausbildung als Architekt angeben⁵³⁾.

c) Gewerkschaftszugehörigkeit

Zur Gewerkschaftszugehörigkeit dürfen grundsätzlich **keine Fragen** gestellt werden⁵⁴⁾. Nach der Einstellung kann die Frage u. U. wegen der Tarifbindung oder im Falle des direkten Beitragsabzuges vom Lohn bzw. vom Gehalt zulässig sein⁵⁵⁾.

d) Graphologische Gutachten/ Psychologische Tests

Graphologische Gutachten bzw. psychologische Tests sind, auch wenn strittig ist, ob es sich um Personalfragebogen handelt, nach allgemeiner Meinung nur mit ausdrücklicher **Einwilligung des Bewerbers** bzw. Arbeitnehmers zulässig⁵⁶⁾. Insbesondere wegen des erheblichen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht und wegen der geringen Validität graphologischer Verfahren⁵⁷⁾ kann ein handgeschriebener Lebenslauf keinesfalls eine Einwilligung zu einem graphologischen Gutachten bedeuten.

Nach Däubler sind psychologische Tests nur zulässig, wenn

- der Bewerber einwilligt und
- der Bewerber vorher über die Funktionsweise des Test und die zu ermittelnden Persönlichkeitsdaten aufgeklärt wurde und
- es sich um die Ermittlung arbeitsplatzbezogener Merkmale handelt und
- die ermittelten Daten nicht auf andere Weise, z. B. durch Zeugnisse, erlangt werden können und
- die Untersuchung von einem Psychologen mit Hochschulabschluß durchgeführt wird⁵⁸⁾.

e) Heirat

Die Frage nach einer bevorstehenden Heirat ist **unzulässig**⁵⁹⁾. Dieses gilt in gleicher Weise für bisherige Ehen und Scheidungen.

f) Krankheiten/ärztliche Untersuchungen

Die generelle Frage nach dem Gesundheitszustand des Bewerbers ist viel **zu weitgehend**, da sie einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitsphäre darstellt. Wie bereits erwähnt, gesteht das BAG dem Arbeit-

geber ein Fragerecht nur dann zu, wenn er ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung dieser Frage für das Arbeitsverhältnis hat. Das Fragerecht muß sich in bezug auf den Gesundheitszustand auf folgende Fragen beschränken:

- Liegt eine Krankheit bzw. eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes vor, durch die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist?

- Liegen ansteckende Krankheiten vor, die zwar nicht die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, jedoch die zukünftigen Kollegen oder Kunden gefährden?

- Ist zum Zeitpunkt des Dienstantrittes oder in absehbarer Zeit mit einer Arbeitsunfähigkeit zu rechnen, z. B. durch eine geplante Operation,

46) Vgl. BAG, Urteil v. 7. 6. 1984, EZA § 123 BGB Nr. 24.

47) So die überwiegende Meinung wie z. B. Wohlgenuth, Fragerecht und Erhebungsrecht, in: ArbUR 2/92, S. 47; Moritz, Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunftsrecht- und Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei Anbahnung von Arbeitsverhältnissen? in: NZA 10/87, S. 331; Schaub, (FN 7), S. 119.

48) Vgl. Schaub, (FN 7), S. 118; vgl. zur begrifflichen Klärung MünchArbR-Buchner, (FN 7), § 38 Rn. 162 wo folgendes richtig dargestellt wird: „Bewegt sich der Arbeitgeber bei seiner Informationserhebung im Rahmen des ihm zustehenden Fragerechts, ist der Einstellungsbewerber im vorvertraglichen Verhandlungsstadium nicht zur Auskunft verpflichtet. Er kann die Antwort auf eine zulässig gestellte Frage verweigern. Es wird ihm jedoch, wenn er die begehrte Auskunftspflicht zu erteilen bereit ist, wahrheitsgemäße Auskunft abverlangt. Nur in diesem Sinne besteht eine Offenbarungspflicht.“ Vgl. auch Moritz, (FN 47), S. 331.

49) Vgl. BAG, EZA § 123 BGB Nr. 26.

50) Vgl. MünchArbR-Buchner, (FN 7), § 38 Rn. 258; FKHE, (FN 9), § 94 Rn. 13.

51) Vgl. BAG, Urteil v. 19. 5. 83, EZA § 123 BGB Nr. 23; Schaub (FN 7), S. 120; Wohlgenuth, (FN 47), S. 47; Welslau/Haupt, Fragerecht des Arbeitgebers, in: Personalwirtschaft 5/93, S. 55; Moritz, (FN 47), S. 332; MünchArbR-Buchner, (FN 7), § 38 Rn. 48.

52) Vgl. Schaub, (FN 7), S. 120; Welslau/Haupt, (FN 51), S. 55 f.; Dietz/Richardi, (FN 9), § 75 Rn. 389; Grabendorff, (FN 9), § 75 Rn. 142; Ordenant/Schomerus/Gola, Bundesdatenschutzgesetz mit Erläuterungen, 5. Aufl., 1992, § 28 Anm. 4.2.

53) Vgl. Wohlgenuth, (FN 47), S. 47; Gola/Wronka, (FN 19), S. 107; LAG Berlin, Urteil v. 16. 12. 88, RDV 1989, S. 181.

54) Vgl. Schaub, (FN 7), S. 121; Wohlgenuth, (FN 47), S. 47.

55) Vgl. Schaub, (FN 7), S. 121; Gola/Wronka, (FN 19), S. 109.

56) Vgl. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., Hamburg 1995, S. 92 ff.; MünchArbR-Buchner, (FN 7), § 38 Rn. 224 ff.; Lorenzen, (FN 7), § 75 Rn. 164; FKHE, (FN 9), § 94 Rn. 23; Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese/Kreuz, (GK-BetrVG), Betriebsverfassungsgesetz – Gemeinschaftskommentar Bd. II, 4. Aufl. 1990, § 94 Rn. 30.

57) Vgl. hierzu ausführlich: Michel/Wiese, Zur rechtlichen und psychologischen Problematik graphologischer Gutachten, in: NZA 16/86, S. 505 ff.

58) Vgl. Däubler, (FN 56), S. 94.

59) Vgl. Sander, Fragerecht und Auskunftspflicht, in: AuA 1/95, S. 10; Halbach/Paland/Schwedes/Wlotzke, Übersicht über das Recht der Arbeit, 4. Aufl. 1991, S. 45; Däubler, (FN 56), S. 83; Kraft GK-BetrVG, (FN 56), § 94 Rn. 25.

bewilligte Kur oder durch eine bestehende akute Erkrankung⁶⁰⁾.

Das heißt jedoch keinesfalls, daß damit neben dem Recht, entsprechende Fragen zu stellen, auch Einstellungsforschungen zulässig sind. Da es keine gesetzliche Regelung gibt, die Untersuchungen an Bewerbern vorschreibt bzw. erlaubt, kann eine entsprechende Untersuchung nur freiwillig nach Einwilligung durch den Bewerber erfolgen⁶¹⁾. Für ärztliche Untersuchungen an Arbeitnehmern nach erfolgter Einstellung gibt es eine Reihe gesetzlicher Regelungen, wie z. B. § 32 ff. Jugendarbeitsschutzgesetz, §§ 37–41 Röntgenverordnung, § 67 Strahlenschutzverordnung, § 7 Abs. 2 BAT⁶²⁾.

Genomanalysen, mit deren Hilfe Dispositionen für bestimmte Krankheitsbilder – nicht aber der Zeitpunkt des Ausbruchs dieser Krankheit – ermittelt werden können, sind wegen des erheblichen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht an Bewerbern unzulässig⁶³⁾. Das gleiche muß für entsprechende Untersuchungen an Arbeitnehmern gelten, jedenfalls solange, wie eine gesetzliche Regelung nicht besteht, die bei einer Erlaubnis von einem grundsätzlichen Verbot mit sehr eingeschränktem Erlaubnisvorbehalt ausgehen muß.

Bei der Zulässigkeit der Frage nach Aids muß zwischen einer HIV-Infizierung und einer Erkrankung unterschieden werden. Die Frage nach einer HIV-Infektion ist grundsätzlich unzulässig, da die Arbeitsfähigkeit als solche dadurch nicht eingeschränkt wird und zudem eine Ansteckungsgefahr bei den üblichen betrieblichen Tätigkeiten nicht besteht⁶⁴⁾. Anders ist nach herrschender Meinung zu entscheiden, wenn die Aids-Erkrankung bereits ausgebrochen ist und nach der Art der Tätigkeit eine Übertragung des Erregers zu befürchten ist⁶⁵⁾.

g) Lohn- und Gehaltspfändungen

Die Frage nach Lohn- und Gehaltspfändungen ist im Einstellungsgespräch **nicht zulässig**, da sie mit der Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten und auch mit der Eignung des Bewerbers für den Arbeitsplatz nichts zu tun hat. Nach Abschluß des Arbeitsvertrages ist die Beantwortung der Frage zur ordnungsgemäßen Personalverwaltung zulässig⁶⁶⁾.

h) Parteizugehörigkeit

Die Frage nach einer Parteizugehörigkeit ist grundsätzlich **unzulässig**⁶⁷⁾.

i) Religionszugehörigkeit

Die Frage nach der Religionszugehörigkeit ist beim Bewerber ebenso **unzulässig** und nur in Ausnahmefällen bei kirchlichen Arbeitgebern erlaubt. Nach der Einstellung ist die Frage in bezug auf die Abwicklung der Lohn- und Gehaltsabrechnung zulässig.

j) Schwerbehinderteneigenschaft

Das BAG hat die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft oder einer entsprechenden Gleichstellung generell für **zulässig** gehalten⁶⁸⁾. Das BAG führt an, daß bei Abwägung der gegensätzlichen Interessen des Arbeitsplatzbewerbers und des Arbeitgebers das des zukünftigen Arbeitgebers überwiegt, zu erfahren, ob bei Einstellung des Arbeitnehmers die besonderen gesetzlichen Verpflichtungen des Schwerbehindertengesetzes auf ihn zukommen. Ohne Befragung braucht der Bewerber diese Eigenschaft nur zu offenbaren, wenn er erkennen muß, daß die Behinderung für den vorgesehenen Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung ist⁶⁹⁾. In seiner Entscheidung vom 11. 11. 1993 hat das BAG jedoch ausgeführt, daß es an seiner Rechtsprechung jedenfalls in den Fällen weiter festhalten wolle, in denen die Schwerbehinderungserkrankung für die ausübende Tätigkeit von Bedeutung ist⁷⁰⁾.

Das uneingeschränkte Erheben des Datums „Schwerbehinderteneigenschaft“ wird dem gesetzlich vorgeschriebenen Schwerbehindertenschutz nur bedingt gerecht, da keineswegs immer davon auszugehen ist, daß sich dieses Datum im Sinne des Schwerbehindertenschutzes zu Gunsten des Bewerbers auswirkt⁷¹⁾.

Von der Frage nach einer Schwerbehinderteneigenschaft ist die nach einer Körperbehinderung zu unterscheiden. „Da das Vorliegen einer bloßen Körperbehinderung noch nicht die an die Schwerbehinderteneigenschaft geknüpften gesetzlichen Verpflichtungen auslöst, können die für die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft aufgestellten Grundsätze nicht auf die Frage nach einer Körperbehinderung übertragen werden.“⁷²⁾ Somit kann die unrichtige Beantwortung der Frage des Arbeitgebers nach einer Körperbehinderung durch den Stellenbewerber nur dann eine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB rechtfertigen, wenn die

verschwiegene Körperbehinderung erfahrungsgemäß die Eignung des Arbeitnehmers für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt⁷³⁾.

k) Schwangerschaft

Nach der bisherigen Auffassung des BAG⁷⁴⁾ sollte die Frage nach der Schwangerschaft bei Bewerberinnen ohne Rücksicht auf den zu besetzenden Arbeitsplatz zulässig sein und zwar dann, wenn sich nur Frauen um den Arbeitsplatz bewerben⁷⁵⁾. Mit dem 611 a BGB ist das deutsche Arbeitsrecht an die Richtlinie Nr. 76/207 EWG des Rates vom 9. 2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg auf die Arbeitsbedingungen angepaßt worden.

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 8. 11. 1990⁷⁶⁾ in der Verweigerung der Einstellung einer Frau wegen Schwangerschaft einen unmittelbaren Verstoß gegen Gleichbehandlungsgrundsatz der Art. 2 und 3 der EG-Richtlinie 76/207 gesehen.

60) Vgl. BAG, Urteil v. 7. 6. 84, EZA § 123 BGB Nr. 24, S. 112.

61) Vgl. Schierbaum, Zulässigkeit von Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen, in: PersR 4/93 S. 146.

62) Vgl. hierzu ausführlich Schierbaum, (FN 61), S. 147 ff. mit Darstellung der rechtlichen Vorgaben.

63) Vgl. Schierbaum/Kiper, Arbeitsmedizin, Genomanalysen und Datenschutz, in: AIB 11/92, S. 629 ff.; FKHE, (FN 9), § 94 Rn. 25; Hunold, Aktuelle Rechtsprobleme der Personalauswahl, in: DB 4/93, S. 229; Däubler, (FN 56), 96 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

64) Vgl. FKHE, (FN 9), § 94 Rn. 19 a; Hinrichs, Arbeitsrechtliche Aspekte von AIDS, in: AIB 1/88, S. 8 ff.; Bundesvereinigung der Arbeitgeber/Deutscher Gewerkschaftsbund (Hg.), Aids in der Arbeitswelt, 1991, S. 49 ff.

65) Vgl. Däubler, (FN 56), S. 90 ff.; FKHE, (FN 9), § 94 Rn. 19 a; MünchArbR-Buchner, (FN 7), § 38 Rn. 38 ff.; zu weitgehend: Zoller, (FN 14), S. 1523.

66) Vgl. Kraft GK-BerVG, (FN 56), § 94 Rn. 23; FKHE, (FN 9), § 94 Rn. 17.

67) Vgl. Schaub, (FN 7), S. 121; Wohlgenuth, (FN 47), S. 47; Moritz, (FN 47), S. 332; Dietz/Richardi halten die Frage für zulässig, wenn es sich um verfassungswidrige Parteien handelt; vgl. Dietz/Richardi, (FN 9), § 75 Rn. 389.

68) Vgl. BAG, DB 4/86, S. 2238 ff. = EZA § 123 BGB Nr. 26 = BB 2/86, S. 1643; Wohlgenuth, (FN 47), S. 48; Schaub, (FN 7), S. 122; Däubler, (FN 56), S. 87 jeweils mit weiteren Nachweisen.

69) Vgl. BAG v. 11. 8. 85 (FN 68).

70) Vgl. BAG, Urteil v. 11. 11. 1993, RDV 2/94, S. 135 = AIB 9/95, S. 572 ff.

71) Vgl. Gola/Wronka, (FN 19), S. 100 mit zutreffender Kritik.

72) BAG, Urteil v. 7. 6. 1984, EZA § 123 BGB Nr. 24, S. 115.

73) Vgl. BAG, Urteil v. 7. 6. 1984, EZA § 123 BGB Nr. 4, S. 104.

74) Vgl. BAG, Urteil v. 20. 2. 1986, EZA § 123 BGB Nr. 27 = ArbR 3/87, S. 117 ff. = NZA 22/86, S. 739 ff.

75) Vgl. hierzu auch Däubler, (FN 56), S. 85; Degen, Die Frage nach der Schwangerschaft, in: AIB 8–9/93, S. 503 ff.; Schaub, (FN 7), S. 121 jeweils mit weiteren Nachweisen.

76) Vgl. EuGH, Urteil v. 8. 11. 1990, EZA § 611 a BGB Nr. 7.