

## Erhebung von Bewerber- und Arbeitnehmerdaten

§ 94 BetrVG, § 28 BDSG und Arbeitgeberfragerecht

**D**atenschutz im Sinne von Schutz der Persönlichkeitsrechte setzt nicht erst bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten ein, sondern bereits bei der Erhebung von Bewerber- und Arbeitnehmerdaten. Die in der Praxis verwendeten Personalfragebogen bzw. auch die Fragen, die an Bewerber/Arbeitnehmer gestellt werden, machen deutlich, daß das Mitbestimmungsrecht zum Personalfragebogen nach § 94 BetrVG gegenüber dem Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG geradezu ein Schattendasein führt.

So müssen nämlich Arbeitgeber und Betriebsrat im Rahmen des Mitbestimmungsrechts nach § 94 BetrVG in bezug auf jede Frage prüfen, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, diese Frage zu stellen. So werden folgende Fragen in vielen Betrieben an Bewerber bzw. Arbeitnehmer gestellt: Sind Sie vorbestraft? Haben Sie Schulden, gegebenenfalls Grund, Höhe und Gläubiger? Liegen Lohnabtretungen oder Lohnpfändungen vor? Sind Sie gesund (völlig gesund)? Konfession? Welcher Gewerkschaft gehören Sie an? Haben Sie ein Hobby? Was machen sie in ihrer Freizeit? Sind Sie ledig, geschieden, verheiratet oder getrenntlebend? Haben Sie

Wehrdienst geleistet, Dienstgrad, Truppteil?) Über die angeführten Fragen hinaus werden neben psychologischen Tests<sup>2)</sup>, ärztlichen Untersuchungen seit Anfang der 80er Jahre auch sogenannte Biographische Fragebogen eingesetzt<sup>3)</sup>. So werden in diesem Rahmen beispielsweise folgende Fragen gestellt:

— Wie alt waren Sie, als Sie zum ersten Mal ihren Lebensunterhalt verdienen mußten?

— Wenn Sie zu arbeiten aufhören müßten, was würden Sie am meisten vermissen?

— In welchem Ausmaß glauben Sie, daß Sie durch Ihr Geschlecht im Berufsleben benachteiligt sind?

— Welche Hobbys hatten Sie während Ihrer Schulzeit/Ausbildung?

— In welchem Alter hatten Sie regelmäßig Rendezvous?

— In welchem Alter lernten Sie schwimmen?

— Wievielen staatlichen und nationalen Organisationen (Parteien, Gewerkschaften, Kammern, Verbänden usw.) gehören Sie an?

— Wieviele Ämter in Parteien, Vereinen, Kirche usw. hatten Sie in den letzten Jahren inne?

— Mit wem verbringen Sie Ihre Freizeit am häufigsten?

— Wie hoch sind Ihre monatliche Lebenshaltungskosten?

— Wieviel Prozent Ihres Einkommens sparen Sie in etwa?

— Wieviel Prozent Ihres Einkommens benötigen Sie zur Rückzahlung von Krediten?

— Haben Sie jemals Aktien oder sonstige Wertpapiere besessen?

— Welche Einstellung zu Ihrer Arbeit hat Ihr Ehepartner?

— Wie teilen Sie und Ihr Ehepartner die Hausarbeiten?

— Wer trifft in Ihrer Familie die Entscheidungen?

— Welchen Schulabschluß haben Ihre Mutter/Ihr Vater?

— Welches ist oder war der Beruf Ihres Vaters/Ihrer Mutter?

— Hatten Sie als Kind einen Elternteil lieber als den anderen?

— Wieviele Adressen stehen in Ihrem privaten Adreßbuch?<sup>4)</sup>

Die vom Bewerber gewählten Antwortalternativen werden nach einem Punkteverfahren gewichtet, wobei dann anhand der Gesamtpunktzahl über Einstellung oder Ablehnung entschieden wird.

Vor diesem Hintergrund ist es notwendig, die rechtlichen Rahmenbedingungen wie

1) Vgl. ausführlich mit weiteren Beispielen: Degener, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern, Berlin 1975, S. 21 ff.; Wohlgemuth, Datenschutz für Arbeitnehmer, Neuwied 1988, S. 55.

2) Vgl. Schwertfeger, Persönlichkeitstests — Dubiose Kleckse, in: Wirtschaftswoche 35/95, S. 70 f.

3) Vgl. hierzu Schuler/Stehle (Hg.), Biographische Fragebogen als Methode zur Personalauswahl, Stuttgart 1990; Weuster, Probleme beim Einsatz des Biographischen Fragebogens zur Personalauswahl, in: Personal 1/88, S. 327 f.

4) Vgl. Wauster (FN 3), S. 370; vgl. auch Richter/Stehle, Die Entwicklung eines firmenspezifischen Auswahlsystems auf der Basis biographischer Daten, in: Schuler/Stehle (FN 3), S. 59 f.; Knoblauch, Die Auswahl von Außendienstmitarbeitern in der Pharmazeutischen Industrie mit Hilfe eines biographischen Fragebogens, in: Schuler/Stehle (FN 3), S. 94.

das Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG, das Recht auf Datenerhebung nach § 28 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und das von Rechtsprechung und Lehre entwickelte sogenannte „Arbeitgeberfragerecht“ näher zu betrachten.

## I. Personalfragebogen —

### § 94 BetrVG

#### 1. Schutzzweck

Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) räumt dem Betriebsrat gemäß § 94 ein Mitbestimmungsrecht in bezug auf den Inhalt von Personalfragebogen einschließlich der persönlichen Angaben in Formulararbeitsverträgen ein. Der Betriebsrat wird hier eingeschaltet, damit er seiner Schutzfunktion zugunsten der Arbeitnehmer und in diesem Fall auch zugunsten der Bewerber gerecht werden kann<sup>5)</sup>. Obwohl beide schutzbedürftig sind, gilt dieses jedoch vor dem Hintergrund der anhaltend hohen Arbeitslosigkeit wohl noch mehr für den Bewerber<sup>6)</sup>. Die Abhängigkeit, einen Arbeitsplatz zu bekommen, kann durchaus dazu führen, den Bewerber zu veranlassen, auf Fragen einzugehen, die sich mit dem Respekt vor seiner Person nicht vertragen<sup>7)</sup>. 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 Persönlichkeitssphäre eingreifen.

Das Interesse des Arbeitgebers für eine gute Personaleinsatzplanung ist es, möglichst viele Daten bzw. Informationen über die Person des Bewerbers zu erhalten. Die Ausübung des Mitbestimmungsrechts soll schon im Vorfeld sicherstellen, daß die Fragen des Arbeitgebers auf die Aspekte beschränkt bleiben, für die ein berechtigtes Auskunftsinteresse besteht<sup>8)</sup>. Die Be-

grenzung des Fragerechts wurde insbesondere aus dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers hergeleitet.

Das Persönlichkeitsrecht wird aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet und durch § 823 BGB geschützt. Der Gesetzgeber hat die Geltung des Persönlichkeitsrechts für das Arbeitsleben mit § 75 Abs. 2 BetrVG ausdrücklich klargestellt. Danach ist es die Aufgabe von Arbeitgeber und Betriebsrat, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern<sup>9)</sup>. Die Einwirkungsmöglichkeiten des Betriebsrates dienen also dem präventiven Persönlichkeitsschutz<sup>10)</sup>. Neben dem Schutz des Persönlichkeitsrechts<sup>11)</sup> von Bewerbern und Beschäftigten soll das Mitbestimmungsrecht aber auch zu einer Versachlichung und zu einer Objektivierung der betrieblichen Personalführung beitragen<sup>12)</sup>.

Das Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG ist als Zustimmungserfordernis ausgestaltet, d. h. der Betriebsrat hat kein Initiativrecht. Da § 94 BetrVG keine Pflicht zur Einführung von Personalfragebogen statuiert, kann der Betriebsrat dieses auch nicht erzwingen<sup>13)</sup>, wobei er jedoch sehr wohl die Einführung anregen kann<sup>14)</sup>. Somit bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 94 BetrVG auf den Umfang und Inhalt der Fragen.

Die Zustimmung des Betriebsrates ist erforderlich sowohl bei der Neueinführung als auch bei der Änderung bestehender Fragebogen und Beurteilungsgrundsätze. Denn gerade bei einer Änderung besteht die Gefahr, daß die geänderten Teile zusätzliche Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre mit sich bringen können<sup>15)</sup>. Fragebogen, die nach dem BetrVG 1952 ohne Mitwirkung des Betriebsrates eingeführt werden konnten, unterliegen ebenfalls dem Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG und dürfen allenfalls für eine bestimmte Übergangsphase, die ein Jahr

nicht überschreitet, weiterverwendet werden<sup>16)</sup>. Vor diesem Hintergrund muß das Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG ebenfalls zum Tragen kommen, wenn ein

5) Vgl. für viele Fabricius/Kraft/Thiele/Wiese/Kreutz, Betriebsverfassungsgesetz — Gemeinschaftskommentar Bd. II, 4. Aufl. 1990 (GK-BetrVG), § 94 Rn. 1.

6) Vgl. Küpferle/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; Däubler, Erhebung von Arbeitnehmerdaten, in: CR 2/94, S. 103.

7) Vgl. Simitis, Datenschutz und Arbeitsrecht, in: ArbUR 4/77, S. 99.

8) Vgl. Däubler/Kittner/Klebe/Schneider (Hg.), Betriebsverfassungsgesetz für die Praxis, 4. Aufl. Köln 1994 (DKKS) § 94 Rn. 1; Kraft GK-BetrVG (FN 5), § 94 Rn. 1; Fiting/Aufarth/Kaiser/Heither, Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl. München 1992, (FAKH), § 94 Rn. 13; Stege/Weinspach, Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl. Köln 1990, § 94 Rn. 1.

9) Vgl. Küpferle/Wohlgemuth (FN 6), S. 37 mit weiteren Nachweisen.

10) Vgl. Heither, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes zum Datenschutz für Arbeitnehmer, in: BB 16/88, S. 1051.

11) Vgl. zum Schutz der Persönlichkeitsrechte: BAG Beschluß v. 21. 9. 1993 CR 10/94, S. 633 = AiB 6—7/94, S. 425 ff. = DB 9/94, S. 633. In diesem Zusammenhang ist das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Art. 1 und Art. 2 GG hergeleitete Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu beachten, was bedeutet, daß jeder einzelne grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten bestimmen kann. Dieses vom BVerfG formulierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfordert sehr eng auf den Arbeitsplatz bezogene Fragen. Vgl. auch Boewer (FN 6), S. 13.

12) Vgl. Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 1.

13) Vgl. Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 2 und 4.

14) Vgl. Kraft GK-BetrVG (FN 5), § 94 Rn. 3.

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

16) Vgl. Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 6 mit weiteren Nachweisen; Kraft GK-BetrVG (FN 5), § 94 Rn. 4; BAG Urteil v. 22. 10. 1986 RDV 3/87, S. 129 ff. = AiB 1/88, S. 20 ff., da der § 94 BetrVG mit dem BetrVG 1972 Geltung hat, dürfte das Problem der „Altfragebogen“, das in dem entsprechenden BAG-Urteil aufgeworfen wurde, in der Praxis kein Thema mehr sein.

Betriebsrat in einem Betrieb erstmals gewählt wird, ein Fragebogen im Betrieb aber bereits angewendet wird.

## 2. Zum Begriff „Personalfragebogen“

Das BetrVG selbst enthält keine Definition dafür, was unter einem Personalfragebogen zu verstehen ist. Es wird jedoch allgemein anerkannt, daß unter Personalfragebogen eine formularmäßige Zusammenfassung von Fragen über die persönlichen Verhältnisse, insbesondere Eignung, Kenntnisse und Fähigkeiten einer Person zu verstehen sind<sup>17)</sup>.

## 3. Umfang des Mitbestimmungsrechts

Das Mitbestimmungsrecht beschränkt sich nicht nur auf formularmäßige, schematisierte und standardisierte Fragen des Arbeitgebers, die vom Bewerber/Arbeitnehmer selbst auszufüllen sind. „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 Abs. 1 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.“<sup>18)</sup> Es kann nicht darauf ankommen, auf welche technische Art und Weise die Befragung des Bewerbers bzw. des Arbeitnehmers erfolgt. Ansonsten würde der

§ 94 Abs. 1 BetrVG „zu einer für die Arbeitnehmerinteressen belanglosen Norm degenerieren, könnte der Arbeitgeber die ihn interessierenden Fragen, die mangels der Zustimmung des Betriebsrates vorbei in einem Personalinterview stellen kann.“<sup>19)</sup> Es macht also keinen Unterschied in bezug auf das Mitbestimmungsrecht, ob der Arbeitgeber den Bewerber bzw. den Arbeitnehmer mündlich befragt oder die zu beantwortenden Fragen dem Bewerber/Arbeitnehmer zur schriftlichen Beantwortung überläßt<sup>20)</sup>.

## 4. Organisationsuntersuchungen/ärztliche Fragebogen

Für die Anwendung des Mitbestimmungsrechts nach § 94 Abs. 1 BetrVG ist es ebenfalls unerheblich, ob die Fragen von einem Beschäftigten aus der Personalabteilung oder einem Dritten im Rahmen einer Organisationsuntersuchung gestellt werden. Das Mitbestimmungsrecht besteht auch dann, wenn den Beschäftigten die Beantwortung der Fragen freigestellt wird<sup>21)</sup>. Das Mitbestimmungsrecht kommt auch bei Testverfahren, Datenerhebung bei früheren Arbeitgebern oder bei Auskunften zum Tragen. Gleiches gilt, wenn Kunden, Patienten etc. über das Personal befragt werden<sup>22)</sup>.

Umstritten ist die Anwendung des § 94 Abs. 1 BetrVG bei ärztlichen Fragebogen. Abgelehnt wird das Mitbestimmungsrecht mit der Begründung, daß es sich hierbei nicht um eine Befragung durch den Arbeitgeber handele und zudem durch die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 StGB, § 8 Abs. 1 ASiG) eine Weitergabe der vom Arzt ermittelten Daten an den Arbeitgeber nicht erfolgen dürfe<sup>23)</sup>. Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen, da es, wie bereits dargestellt, keinen Unterschied machen kann, ob der Arbeitgeber selbst oder eine von ihm beauftragte Person die Daten erhebt. Bei den Gesundheitsdaten handelt es sich um sehr sensible Daten. Hinzu

kommt, daß in der Praxis in bezug auf die Zulässigkeit von ärztlichen Untersuchungen ein hohes Maß an Unklarheit herrscht, d. h. viele Untersuchungen auf recht zweifelhafter Basis stattfinden. So werden in der Bundesrepublik in vielen Betrieben Einstellungsuntersuchungen an Bewerbern vor Abschluß des Arbeitsvertrages durchgeführt<sup>24)</sup>, wofür es jedoch keine ge-

17) Vgl. BAG Beschluß v. 21. 9. 1993 CR 10/94, S. 633; FAKH (FN 8), § 94 Rn. 6; Kraft GK-BetrVG (FN 5), § 94 Rn. 8; Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 3; Zeller, Die arbeitsrechtlichen Aspekte des Personalfragebogens als Mittel der Personalauswahl, in: BB 22/87, S. 1522.

18) BAG Beschluß v. 21. 9. 1993 CR 10/94, S. 633; vgl. auch Kraft GK-BetrVG (FN 5), § 94 Rn. 8; FAKH (FN 8), § 94 Rn. 11; Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 3; Boewer (FN 6); S. 15.

19) Boewer (FN 6), S. 15; vgl. auch Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 4.

20) Vgl. BAG Beschluß v. 21. 9. 1993 CR 10/94, S. 633; Däubler (FN 15), S. 223; Simitis, Zur Mitbestimmung bei Arbeitnehmerdaten eine Zwischenbilanz, in: RDV 2/89, S. 58; Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, Köln 1994, S. 324.

21) Vgl. Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 4 mit weiteren Nachweisen.

22) Vgl. Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 4; Gola/Wronka (FN 20), S. 325 jeweils mit näherer Begründung; reine Arbeitsplatzbeschreibungen sollen jedoch mitbestimmungsfrei sein.

23) Vgl. zur Ablehnung des Mitbestimmungsrechts: Kraft GK-BetrVG (FN 8), § 94 Rn. 12 mit weiteren Nachweisen; Stege/Weinspach (FN 8), § 94 Rn. 5 f.; Boewer (FN 6), S. 15, der jedoch bei der Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht das Mitbestimmungsrecht gegeben sieht.

24) So spricht sich Zeller für eine generelle Vornahme von Einstellungsuntersuchungen aus: „Ist der Bewerber aufgrund seiner eigenen gesundheitlichen Angaben und der Erfüllung des übrigen Anforderungsprofils in die engere Wahl gezogen worden, so sollte in jedem Fall eine Einstellungsuntersuchung gemacht werden.“ Zeller (FN 17), S. 1523 f.; diese Auffassung ist datenschutzrechtlich sehr bedenklich. Nach Heilmann werden in nahezu allen Großbetrieben, aber auch in zahlreichen Mittel- und Kleinbetrieben Einstellungsuntersuchungen widerspruchsfrei praktiziert. So ließen 60 Prozent aller privatwirtschaftlichen Betriebe und 90 Prozent aller Großbetriebe mit mehr als 2 000 Beschäftigten bereits 1987 routinemäßig werks- oder vertrauensärztliche Untersuchungen an Bewerbern bei der Einstellung vornehmen. Heutzutage dürften es alle Großbetriebe und vier Fünftel der übrigen Betriebe sein, die Einstellungsuntersuchungen durchführen lassen; vgl. Heilmann, Rechtsprobleme von Einstellungsuntersuchungen, in: AuA 5/95, S. 157.

setzliche Regelung gibt<sup>25</sup>). Dem Schutz der Persönlichkeitsrechte der Bewerber/Arbeitnehmer kann insbesondere durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates Rechnung getragen werden. Vor diesem Hintergrund sind ärztliche Fragebogen auch entgegen der herrschenden Meinung in das Mitbestimmungsrecht nach § 94 BetrVG einzubeziehen<sup>26</sup>).

## 5. Verwendungszweck

Ob sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 94 BetrVG auch auf den Verwendungszweck der erhobenen Daten erstreckt, wird ebenfalls kontrovers diskutiert<sup>27</sup>). Die Diskussion um einen Personalfragebogen und damit auch über das Mitbestimmungsrecht läuft jedoch ins Leere, wenn der Betriebsrat 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 gerichtete Frage noch 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.“<sup>28</sup>) Der Verwendungszweck muß vor diesem Hintergrund und vor dem Hintergrund des vom BVerfG im Volkszählungsurteil herausgestellten Gebots der Transparenz der Daten<sup>29</sup>) mit zu den Voraussetzungen der Zustimmung des Betriebsrates zählen<sup>30</sup>). Werden die erhobenen Daten per EDV weiterverarbeitet, greift das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

## II. Inhalt von Fragebogen

Das BetrVG enthält 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) und das durch Rechtsprechung und Lehre entwickelte Fragerecht des Arbeitgebers.

## 1. Datenerhebung nach dem BDSG

Das BDSG<sup>31</sup>) schützt gemäß § 1 Abs. 1 BDSG davor, daß der Betroffene durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht einträchtig wird. Der Begriff Umgang umfaßt die in § 3 BDSG definierten Phasen der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung. In § 4 Abs. 1 BDSG wird die Zulässigkeit für die Datenverarbeitung und -nutzung personenbezogener Daten festgelegt. 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 ist grundsätzlich verboten und nur dann erlaubt bzw. zulässig, wenn

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

Aus diesem Regelungsprinzip ist nach § 27 BDSG in Verbindung mit § 28 BDSG die Phase der Erhebung, was in § 3 Abs. 4 BDSG als „das Beschaffen von Daten über den Betroffenen“ definiert wird, herausgenommen worden. Der Gesetzgeber hat jedoch in § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG festgelegt, daß die Daten nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise erhoben werden müssen<sup>32</sup>). Die Regelung des § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG reicht nicht weiter als der 3. Abschnitt des BDSG. D. h., daß die Regelung nur dann eingreift, wenn die er-

hobenen Daten in Dateien gespeichert werden.

Da für die Beschäftigten des öffentlichen Bereichs gemäß § 12 Abs. 4 BDSG in Verbindung mit § 13 BDSG die Erhebung sehr viel genauer geregelt ist, kann der § 13 BDSG bei der Interpretation des § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG angewandt werden. Denn es besteht kein Anlaß, daß die Beschäftigten in der Privatwirtschaft und

25) Vgl. zur Zulässigkeit von ärztlichen Untersuchungen: Schierbaum, Zulässigkeit von Einstellungs- und Vorsorgeuntersuchungen, in: PR 4/93, S. 145 ff.; Notz, Zulässigkeit und Grenzen ärztlicher Untersuchungen von Arbeitnehmern, Frankfurt 1991.

26) Vgl. Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 11 mit weiteren Nachweisen.

27) Vgl. hierzu Däubler (FN 15), S. 224; Wohlgemuth (FN 1), S. 222; Simitis (FN 20), S. 57 Richardi/Woltzke (Hg.), Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht Bd. 1, (MünchArbR), München 1992, § 38 Rn. 263 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

28) Simitis (FN 20), S. 58.

29) Vgl. hierzu Urteil BVerfG v. 15. 12. 1983 NJW 1984, H. 8, S. 419; Schierbaum, Personaldatenverarbeitung — Rechte der Arbeitnehmer nach dem BDSG, in: AiB 8—9/93, S. 518.

30) Vgl. Simitis (FN 20), S. 57 mit überzeugender Begründung; Klipferle/Wohlgemuth (FN 6), S. 94; EAKH (FN 8), § 94 Rn. 77; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung und Mitbestimmung, Berlin 1982, S. 126; Däubler (FN 15), S. 224; Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 7; anderer Auffassung Kraft GK-BetrVG (FN 5), § 94 Rn. 16; Boewer (FN 6), S. 17.

31) Das BDSG von 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. Im neuen BDSG ist für Privatbetriebe erstmals die Datenerhebung geregelt.

32) 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 des BDSG Eingang finden sollte; vgl. hierzu Auerhammer, Bundesdatenschutzgesetz vom 20. Dezember 1990, Köln 1991, § 28 Rn. 4.

solche des öffentlichen Dienstes in datenschutzrechtlicher Hinsicht unterschiedlich behandelt werden<sup>33</sup>). So schreibt § 13 BDSG z. B. vor, daß von wenigen Ausnahmen abgesehen, die Daten beim Betroffenen selbst zu erheben sind und die Erhebung einer engen Zweckbindung unterliegt<sup>34</sup>).

Daß die Erhebung von Daten nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise zu erfolgen hat, ist seit jeher als zivilrechtliche Klausel (§ 242 BGB) in der Rechtsordnung verankert<sup>35</sup>). Das Erfordernis der Datenerhebung nach Treu und Glauben bedeutet,

— 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 Unzeit 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 werden<sup>36</sup>).

Gegen eine Erhebung nach Treu und Glauben 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 eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses (Anbahnungsverhältnis) unnötige, überflüssige und zu viele Daten erhoben werden<sup>37</sup>).

Werden Daten unter Verstoß des § 28 Abs. 1 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 sind<sup>38</sup>).

Eine wesentliche Änderung ergibt sich durch die Aufnahme der Erhebung nach Treu und Glauben in das BDSG insoweit, daß nunmehr die Aufsichtsbehörde ihre Kontrolltätigkeit auch auf die Phase der Datenerhebung erstrecken kann<sup>39</sup>). Der betriebliche Datenschutzbeauftragte hatte ohnehin schon nach dem alten Datenschutzgesetz die Einhaltung des § 94 BetrVG zu überwachen<sup>40</sup>). Zudem ist vor dem Hintergrund des § 28 Abs. 1 BDSG bei Einstellungsfragebogen bzw. Personalfragebogen mit dem Inkrafttreten des neuen BDSG seit dem 1. Juni 1991 auch unabhängig von der Frage der Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 94 Abs. 1 BetrVG eine datenschutzrechtliche Prüfung notwendig<sup>41</sup>). Prüfungsmaßstab bildet auch das sogenannte „Fragerecht des Arbeitgebers“.

## 2. Arbeitgeberfragerecht

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) gesteht dem Arbeitgeber ein Fragerecht nur dann zu, wenn er ein berechtigtes, billiges und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung dieser Frage hat<sup>42</sup>). Somit muß sich das Fragerecht auf die Informationen beschränken, die einen unmittelbaren Bezug zum zukünftigen Arbeitsverhältnis haben<sup>43</sup>). Eine Mitteilungs- und Offenbarungspflicht<sup>44</sup>), 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

33) Vgl. Däubler (FN 6), S. 102f.; Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, Loseblatt Stand März 1994, § 28 Rn. 15 ff.

34) Für die Beschäftigten des öffentlichen Bereiches gilt für die Erhebung gemäß § 13 BDSG folgende Regelung: „(1) Das Erheben personenbezogener Daten ist zulässig, wenn ihre Kenntnis zur Erfüllung der Aufgaben der erhebenden Stelle erforderlich sind.

(2) Personenbezogene Daten sind beim Betroffenen zu erheben. Ohne seine Mitwirkung dürfen sie nur erhoben werden, wenn

1. eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt oder

2. a) die zu erfüllende Verwaltungsaufgabe ihrer Art nach eine Erhebung bei anderen Personen oder Stellen erforderlich macht oder

b) die Erhebung bei Betroffenen einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde und keine Anhaltspunkte bestehen, daß überwiegende schutzwürdige Interessen des 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 Rechtsvorteilen, so ist der Betroffene hierauf, sonst auf die Freiwilligkeit seiner Angaben hinzuweisen. Auf Verlangen ist er über die Rechtsvorschrift und über die Folgen der Verweigerung von Angaben aufzuklären.

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

35) Vgl. Gola/Wronka (FN 20), S. 92; Bergmann/Möhrle/Herb (FN 33), § 28 Rn. 10.

36) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (FN 33), § 28 Rn. 19 Auerhammer, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Köln 1993, § 28 Rn. 32; Däubler (FN 6).

37) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (FN 33), § 28 Rn. 21 f.

38) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (FN 33), § 28 Rn. 23; BAG Urteil v. 22. 10. 1986 RDV 3/87, S. 129 ff.

39) Vgl. Dörr/Schmidt, Neues Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. Köln 1992, § 28 Rn. 10; Däubler (FN 6), S. 102.

40) Vgl. zu den Aufgaben des betrieblichen Datenschutzbeauftragten: Schierbaum, Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, in: AiB 7—8/92, S. 432 ff.

41) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (FN 33), § 28 Rn. 17.

42) Vgl. BAG Urteil v. 7. 6. 84 Eza § 123 BGB Nr. 24.

43) So die überwiegende Meinung wie z. B. Wohlgermuth, Fragerecht und Erhebungsrecht, in: ArbUR 2/92, S. 47; Moritz, Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunfts- und/oder Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen? in: NZA 10/87, S. 331; Schaub (FN 6), S. 119.

44) Vgl. Schaub (FN 6), S. 118; vgl. zur begrifflichen Klärung MünchArbR-Buchner (FN 27), § 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 43), S. 331.

der Lage ist oder erkennen muß, daß ein Umstand für den vorgesehenen Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung ist<sup>45</sup>). Ein Überschreiten der Grenzen des Fragerechts ist rechtswidrig. Hieran ändert auch die Zustimmung des Betriebsrates nichts<sup>46</sup>).

## 2.1 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 ausübenden Tätigkeit haben. Im folgenden sollen einige Beispiele, 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 macht<sup>47</sup>).

### b) Beruflicher Werdegang

Über den schulischen und beruflichen Werdegang wird sich der Arbeitgeber beim Bewerber informieren dürfen<sup>48</sup>), 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 angeben<sup>49</sup>).

### c) Gewerkschaftszugehörigkeit

Zur Gewerkschaftszugehörigkeit dürfen grundsätzlich keine Fragen gestellt werden<sup>50</sup>). Lediglich bei Bewerbern, die bei Arbeitnehmervereinigungen eingestellt werden wollen, kann etwas anderes gelten. Nach Wohlgemuth ist jedoch eine diesbezügliche Frage vor der Einstellung wegen Art. 9 Abs. 3 GG unzulässig<sup>51</sup>). Nach der Einstellung kann die Frage u. U. wegen der Tarifbindung oder im Falle des direkten Beitragsabzuges vom Lohn bzw. vom Gehalt zulässig sein<sup>52</sup>).

### d) Graphologische Gutachten/ Psychologische Tests

Graphologische Gutachten bzw. psychologische Tests sind nach allgemeiner Meinung nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Bewerbers bzw. Arbeitnehmers zulässig<sup>53</sup>). Insbesondere wegen des erheblichen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht und wegen der geringen Validität graphologischer Verfahren<sup>54</sup>) 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 Tests 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 wird<sup>55</sup>).

### e) Heirat

Die Frage nach einer bevorstehenden Heirat ist unzulässig<sup>56</sup>). 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 Persönlichkeitssphäre darstellt. Wie bereits erwähnt, gesteht das BAG dem Arbeitgeber ein Fragerecht nur dann zu, wenn er ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Be-

45) Vgl. BAG EZA § 123 BGB Nr. 26.

46) Vgl. FAKH (FN 8), § 94 Rn. 13; MünchArbR-Buchner (FN 27), § 38 Rn. 258.

47) Vgl. BAG Urteil v. 19. 5. 83 EZA § 123 BGB Nr. 23; Schaub (FN 6), S. 120; Wohlgemuth (FN 43), S. 47; Welslau/Haupt, Fragerecht des Arbeitgebers, in: Personalwirtschaft 5/93, S. 55; Moritz (FN 43), S. 332; MünchArbR-Buchner (FN 27), § 38 Rn. 48.

48) Vgl. Schaub (FN 6), S. 120; Welslau/Haupt (FN 47), S. 55f.

49) Vgl. Wohlgemuth (FN 43), S. 47; Gola/Wronka (FN 20), S. 107; LAG Berlin, Urteil v. 16. 12. 88 RDV 1989, S. 181.

50) Vgl. Schaub (FN 20), § 121; Wohlgemuth (FN 43), S. 47.

51) Vgl. Wohlgemuth (FN 43), S. 47.

52) Vgl. Schaub (FN 6), S. 121; Gola/Wronka (FN 20), S. 109.

53) Vgl. FAKH (FN 8), § 94 Rn. 23; Kraft GK-BetrVG (FN 5), § 94 Rn. 30; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., Hamburg 1995, S. 92 ff.; MünchArbG-Buchner (FN 27), § 38 Rn. 224 ff.

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

55) Vgl. Däubler (FN 53), S. 94.

56) Vgl. Kraft GK-BetrVG (FN 5), § 94 Rn. 25; 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.

antwortung 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, bewilligte Kur oder durch eine bestehende akute Erkrankung?<sup>57)</sup>

Das heißt jedoch keinesfalls, daß damit neben dem Recht entsprechende Fragen zu stellen, auch Einstellungsuntersuchungen 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 erfolgen<sup>58)</sup>. 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<sup>59)</sup>.

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 unzulässig<sup>60)</sup>. 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 besteht<sup>61)</sup>. 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 ist<sup>62)</sup>.

## 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 zulässig<sup>63)</sup>.

## h) Parteizugehörigkeit

Die Frage nach einer Parteizugehörigkeit ist grundsätzlich unzulässig. Nur ausnahmsweise kann diese Frage erlaubt sein, wenn es sich beispielsweise um die Besetzung eines Arbeitsplatzes bei einer Parteiorganisation handelt<sup>64)</sup>.

## i) Religionszugehörigkeit

Die Frage nach der Religionszugehörigkeit ist beim Bewerber ebenso unzulässig und nur in Ausnahmefällen bei kirchlichen Arbeitgebern erlaubt.

## j) Schwerbehinderteneigenschaft

Das Bundesarbeitsgericht hat die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft oder einer entsprechenden Gleichstellung generell für zulässig gehalten<sup>65)</sup>. 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 ist<sup>66)</sup>. 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 Schwerbehin-

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

58) Vgl. Schierbaum (FN 25), S. 146.

59) Vgl. hierzu ausführlich Schierbaum (FN 25), S. 147 ff. mit Darstellung der rechtlichen Vorgaben.

60) Vgl. Schierbaum/Kiper, Arbeitsmedizin, Genomanalysen und Datenschutz, in: AiB 11/92, S. 629 ff.; FAKH (FN 8), § 94 Rn. 25; Hunold, Aktuelle Rechtsprobleme der Personalauswahl, in: DB 4/93, S. 229; Däubler (FN 53), 96 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

61) Vgl. FAKH (FN 8), § 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.

62) Vgl. Däubler (FN 53), S. 90 f.; FAKH (FN 53), § 94 Rn. 19 a; MünchArbR-Buchner (FN 27), § 38 Rn. 38 ff.; zu weitgehend: Stege/Weinspach (FN 8), § 94 Rn. 16 b; Zeller (FN 17), S. 1523.

63) Vgl. Kraft GK-BetrVG (FN 5), § 94 Rn. 23; Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 19; FAKH (FN 8), § 94 Rn. 17.

64) Vgl. Schaub (FN 6), S. 121; Wohlgenuth (FN 43), S. 47; Moritz (FN 43), S. 332.

65) Vgl. BAG Urteil v. 1. 8. 85 DB 43/86, S. 2238 f. = Eza § 123 BGB Nr. 26 = BB 24/86, S. 1643; Wohlgenuth (FN 43), S. 48; Schaub (FN 6), S. 122; Däubler (FN 53), S. 87 jeweils mit weiteren Nachweisen.

66) Vgl. BAG 1. 8. 85 (FN 65).

derungserkrankung für die ausübende Tätigkeit von Bedeutung ist<sup>67)</sup>.

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 auswirkt<sup>68)</sup>.

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.“<sup>69)</sup> 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 beeinträchtigt<sup>70)</sup>.

### k) Schwangerschaft

Nach der bisherigen Auffassung des BAG<sup>71)</sup> 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 bewerben<sup>72)</sup>. 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. 1990<sup>73)</sup> 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. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur Geschlechterdiskriminierung<sup>74)</sup> hat das BAG seine bisherige Rechtsauffassung aufgegeben und die Frage an Bewerberinnen nach der Schwangerschaft für unzulässig erklärt<sup>75)</sup>.

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 Tänzerin<sup>76)</sup>.

### l) Vermögensverhältnisse

Die Frage nach den Vermögensverhältnissen ist unzulässig, es sei denn, es handelt sich um eine besondere Vertrauensstellung (Filialleiter von Banken, Bankkassierer), bei der der Arbeitnehmer mit Vermögenswerten umzugehen hat<sup>77)</sup>.

### 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 Eigenstumsdelikten, bei einem Kraftfahrer nach Vorstrafen wegen Verkehrsdelikten und bei einem Jugendpfleger nach Sittlichkeitsdelikten gefragt werden<sup>78)</sup>. 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 Verurteilung<sup>79)</sup>.

### 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

67) Vgl. BAG Urteil v. 11. 11. 1993 RDV 2/94, S. 135 = AiB 9/94, S. 572 ff.

68) Vgl. Gola/Wronka (FN 20), S. 100 mit zutreffender Kritik.

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

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

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

72) Vgl. hierzu auch Däubler (FN 53), S. 85; Degen, Die Frage nach der Schwangerschaft, in: AiB 8—9/93, S. 503 ff., Schaub (FN 6), S. 121 jeweils mit weiteren Nachweisen.

73) Vgl. EuGH Urteil vom 8. 11. 1990 Eza § 611 a BGB Nr. 7.

74) Vgl. EuGH Eza § 611 a BGB Nr. 1.

75) Vgl. BAG Urteil v. 15. 10. 1992 RDV 3/93, S. 127 ff. = Eza § 123 BGB Nr. 37 = vgl. auch ausführlich Gola/Wronka (FN 20), S. 112; Däubler (FN 53), S. 85 f.

76) Vgl. BAG Urteil vom 15. 10. 1992 Eza § 123 BGB Nr. 37, S. 6 f.

77) Vgl. Schaub (FN 6), S. 122; Wohlgemuth (FN 43), S. 47 f.

78) Vgl. Däubler (FN 53), S. 87 f.; Klebe-DKKS (FN 8), § 94 Rn. 16; FAXH (FN 8), § 94 Rn. 16; Dörr/Schmidt (FN 39), § 28 Rn. 41.

79) Vgl. Schaub (FN 6), S. 122; Wohlgemuth (FN 1), S. 49; Däubler (FN 53), S. 88 f.; Pulte, Personalakte, Personalfragebogen, Bergisch Gladbach 1991, S. 40 f.; Moritz (FN 43), S. 334 jeweils mit weiteren Nachweisen.



Frage in der Form stellen, daß nicht deutlich wird, ob der Bewerber/Arbeitnehmer seiner Dienstverpflichtung durch Ableistung des Wehr- oder Zivildienstes nachgekommen ist<sup>80</sup>). Somit ist klar, daß sich nähere Angaben zum Dienstgrad, Trupenteil u. ä. verbieten, da diese Fragen ohnehin keinerlei Bezug zum Arbeitsverhältnis haben.

## 2.2 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 wäre<sup>81</sup>). 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 verpflichtet<sup>82</sup>).

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 war<sup>83</sup>).

## III. Zusammenfassung

1. Das Mitbestimmungsrecht nach § 94 Abs. 1 BetrVG dient dem präventiven Persönlichkeitsschutz von Bewerbern und Arbeitnehmern und der Versachlichung 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 technischen Hilfsmittel ankommt, die bei der Erhebung benutzt werden. Auch die Erhebung durch Dritte im Rahmen von Tests oder Organisationsuntersuchungen unterliegen dem Mitbestimmungsrecht. Auch die Anwendung von ärztlichen Fragebögen insbesondere bei Bewerbern sollte auch entgegen der herrschenden Meinung dem Mitbestimmungsrecht unterliegen.

2. Der Betriebsrat hat nach § 94 BetrVG 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 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**  
Beratungsstelle für Technologiefolgen und Qualifizierung, Oldenburg

80) Vgl. Gola/Wronka (FN 20), S. 113.

81) Vgl. Moritz (FN 43), S. 336; Wohlgenuth (FN 43), S. 49; Schaub (FN 6), S. 119 f.; kritisch: Meilicke, Recht auf Lüge beim Einstellungsgespräch? in: BB 9/86, 1288 ff.

82) Vgl. zur Offenbarungspflicht FN 45.

83) Vgl. Schaub (FN 6), S. 120; Pulte (FN 79), S. 32 f.