

**Themenreihe: Wirtschaftsrecht**

Stefan Klein

**Allgemeines  
Gleichbehandlungsgesetz  
(AGG)**

**Stellenausschreibung und Fragerecht des Arbeitgebers bei  
der Personalbeschaffung**

**Teil 3**

Hamburg im Februar 2014

**Alle Rechte vorbehalten.**

Verfasser: Stefan Klein, Solingen  
Februar 2014

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes  
ist ohne schriftliche Zustimmung des Verfassers unzulässig und strafbar.  
Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Mikroverfilmungen, Übersetzungen  
sowie für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Inhaltsverzeichnis.....	I
Abkürzungsverzeichnis.....	III
A. Einleitung / Zielsetzung.....	1
B. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG).....	1
I. Stellenausschreibung.....	2
1. Anforderungsprofil .....	2
2. Bewerberauswahl .....	3
II. Rechtsfolgen .....	3
C. Fragerecht des Arbeitgebers .....	5
I. Einstellungsfragebogen.....	5
II. Interessen des Arbeitgebers.....	6
III. Interesse des Arbeitnehmers .....	6
IV. Zulässige Fragen.....	6
1. Berufliche Fähigkeiten.....	7
2. Berufliche Verfügbarkeit.....	7
3. Nebentätigkeiten.....	7
4. Rechtsfolgen unrichtiger Beantwortung .....	8
V. Unzulässige Fragen (§ 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 3 AGG) .....	8
1. Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis .....	8

2. Krankheiten .....	9
3. Gewerkschaftszugehörigkeit .....	9
4. Parteizugehörigkeit.....	9
5. Persönliche Lebensverhältnisse .....	10
6. Scientology.....	10
7. Vermögen und Pfändung von Lohnansprüchen .....	10
8. Früheres Gehalt.....	11
9. Wehr- und Zivildienst.....	11
10. Vorstrafen und Strafverfahren.....	12
11. Behinderung.....	12
12. Alkohol- und Drogenkonsum .....	13
13. Schwangerschaft.....	13
14. Rechtsfolgen unrichtiger Beantwortung von unzulässigen Fragen .....	14
D. Schlussbetrachtung .....	15
Literaturverzeichnis.....	17
Entscheidungsverzeichnis.....	18

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	-	Absatz
AC	-	Assessment Center
AGG	-	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ArbG	-	Arbeitsgericht
Art.	-	Artikel
AuA	-	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	-	Auflage
AZR	-	Aktenzeichen Recht
BAG	-	Bundesarbeitsgericht
BB	-	Betriebsberater
BDSG	-	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	-	Beck Rechtsprechung
Beschl.	-	Beschluss
BetrVG	-	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	-	Bürgerliches Gesetzbuch
BT-Ducks.	-	Bundestags-Drucksache
BZRG	-	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	-	beziehungsweise
bspw.	-	beispielsweise
DB	-	Der Betrieb (Zeitschrift)
EG	-	Europäische Gemeinschaft
ErfK	-	Erfurter Kommentar
EU	-	Europäische Union
EuGH	-	Europäischer Gerichtshof
Evtl.	-	eventuell
e.V.	-	eingetragener Verein
EWR	-	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	-	folgende
FA	-	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ff.	-	fortfolgende
Fn.	-	Fußnote
FS	-	Festschrift
GG	-	Grundgesetz

Hrsg.	-	Herausgeber
Hs.	-	Halbsatz
i.d.R.	-	in der Regel
i.S.	-	im Sinne
i.S.d.	-	im Sinne des
i.S.v.	-	im Sinne von
i.V.m.	-	in Verbindung mit
JurPraxRP	-	Juris Praxis Report
LAG	-	Landesarbeitsgericht
LAGE	-	Landesarbeitsgerichtsentscheidung
lt.	-	laut
MünchArbR	-	Münchener Kommentar zum Arbeitsrecht
MuSchG	-	Mutterschutzgesetz
NJW	-	Neue Juristische Wochenschrift /-zeitung
Nr.	-	Nummer
NZA	-	Neue Zeitschrift Arbeitsrecht
RL	-	Richtlinie
Rn.	-	Randnummer
Rs.	-	Rechtsprechung
S.	-	Seite
SGB	-	Sozialgesetzbuch
TzBfG	-	Gesetz über Teilzeitarbeit u. befristete Arbeitsverträge
Urt.	-	Urteil
usw.	-	und so weiter
USA	-	United States of America
v.	-	vom
VG	-	Verwaltungsgericht
vgl.	-	vergleiche
WRV	-	Die Verfassung des deutschen Reichs

## **A. Einleitung / Zielsetzung**

Es werden im Rahmen dieser Ausarbeitung, auf Grundlage der Teile 1 und 2 zur Themenreihe, der gesetzliche Rahmen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) skizziert und im Nachgang die Kriterien an eine Stellenausschreibung nach § 11 AGG und des Fragerechts eines Arbeitgebers im Rahmen der Personalbeschaffung, erörtert.

Im Hinblick auf das Arbeitgeberfragerecht wird unter Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie nach zulässigen und unzulässigen Fragen differenziert. Auf Grundlage dieser Ergebnisse werden zudem entsprechende Rechtsfolgen zu den jeweiligen Sachverhalten eruiert und Alternativen aufgezeigt, negativen Rechtsfolgen, präventiv entgegen zu wirken.

Eine Schlussbetrachtung nimmt sich der diskutierten Sachverhalte an und wertet diese im Hinblick auf ihre jeweiligen Rechtsfolgen aus.

## **B. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**

Im Rahmen des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes (AGG) werden Arbeitnehmer vor Diskriminierungen am Arbeitsplatz geschützt. Gleichermaßen finden die Rechtsvorschriften auch im Rahmen der Personalrekrutierung, also dem Auswahlverfahren zur Besetzung bestehender Vakanzen, im Unternehmen Anwendung.

Zur Schaffung eines in sich abgestimmten Schutzes vor Ungleichbehandlung wurden die EG-Richtlinien in Form des AGG in nationales Recht transformiert.

Daraus ergibt sich, dass bereits im Rahmen einer Stellenausschreibung sowie der Erstellung eines adäquaten Anforderungsprofils und notwendiger Tools zur Bewerberauswahl, die einschlägigen Rechtsvorschriften des AGG zu beachten sind.

Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf das Fragerecht eines Arbeitgebers, bei dem er sich nicht nur verschiedener Varianten der Befragung bedienen kann, sondern auch zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen bspw. gem. § 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 3 AGG unterscheiden muss. Dabei kommen ebenfalls auch indifferente Rechtsfolgen zum Tragen.

## **I. Stellenausschreibung**

Eine Stellenausschreibung dient der Anbahnung eines Beschäftigungsverhältnisses und ist zugleich die Vorstufe zur Bewerbung von Interessenten, Vorstellungsgesprächen, einem Assessment Center und/oder anderen Maßnahmen im Rahmen eines Auswahlverfahrens.

Eine Stellenvakanz darf nach § 11 AGG nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden. Im Zuge der Vorschrift gem. § 11 AGG wird die Rechtsnorm des § 611b BGB auf alle Benachteiligungstatbestände ausgedehnt.

Als Stellenausschreibung gilt jede Bekanntmachung, aus der hervorgeht, dass ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll. Dabei kann sich die Stellenausschreibung verschiedener Kanäle der Bekanntmachung bedienen. Die gezielte Ansprache einzelner Personen ist hingegen keine Stellenausschreibung. Durch § 11 AGG sind darüber hinaus auch immer betriebliche Ausschreibungen erfasst, die bereits beschäftigten Arbeitnehmern die Möglichkeit eröffnen, sich zu bewerben. Daraus folgt, dass neben Bewerbern gem. § 6 Abs. 1 AGG auch beschäftigte Arbeitnehmer vom Schutzrecht des AGG erfasst sind.<sup>1</sup>

Eine Stellenausschreibung gem. § 11 AGG verstößt immer dann gegen § 7 Abs. 1 AGG, wenn eine Benachteiligung der Arbeitnehmer oder Bewerber, die von § 1 AGG erfasst ist, erfolgt. Gleichmaßen ist auch eine Bevorzugung von Arbeitnehmern und Bewerbern innerhalb der Stellenausschreibung unzulässig. Lediglich die Vorschriften nach §§ 5, 8, 9, 10 und 3 Abs. 2 AGG können eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.

### **1. Anforderungsprofil**

Es empfiehlt sich für Arbeitgeber, neben der Stellenausschreibung ein Anforderungsprofil zu erstellen, welches als interne Entscheidungsgrundlage zur Bewerberauswahl dient. Damit wird zugleich im Falle einer Diskriminierungsklage ein Rechtfertigungsleitfaden gestaltet, was sodann auch einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gerecht wird.<sup>2</sup> Gleichzeitig ist damit jedoch verhindert, dass Rechtfertigungsgründe durch Arbeitgeber nachträglich konzipiert werden.

---

<sup>1</sup> Worzalla, S. 124.

<sup>2</sup> BVerfG, NZA 1994, S. 745.

Das Anforderungsprofil dient also dem Arbeitgeber als Präventionsinstrument. Ergänzend hierzu empfiehlt sich, auch Softskills in das Anforderungsprofil wie bspw. Teamfähigkeit, Kommunikationsvermögen usw. aufzunehmen, an denen sich evtl. interne Stellungnahmen von Fachvorgesetzten im Bewerbungsprozess orientieren.<sup>3</sup>

## 2. Bewerberauswahl

In vielen Fällen werden mehrere Bewerber vom Arbeitgeber zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Im Zuge dessen versucht der Arbeitgeber unter Einsatz zahlreicher Erkenntnismittel die Bewerber auf deren Eignung hin zu prüfen. Hierbei gilt es stets auf die Benachteiligungsverbote zu achten, damit sich nicht unmittelbare oder mittelbare Bezüge zu den in § 1 AGG benannten Differenzierungsmerkmalen ergeben, wodurch eine Beweislasterschwerung des Arbeitgebers ausgelöst würde.<sup>4</sup> Neben den geläufigen Erkenntnismitteln wie Einstellungsgespräch, Einstellungsfragebögen und -tests, AC, ärztliche Untersuchung usw., ändert sich zwar am Informationsinteresse des Arbeitgebers mit Einführung des AGG grundsätzlich nichts, allerdings ergeben sich Einschränkungen hinsichtlich des Fragerechts des Arbeitgebers.

## II. Rechtsfolgen

Der § 11 AGG stellt eine *lex imperfecta*<sup>5</sup> dar. Zwar normiert die Vorschrift inhaltliche Anforderungen an eine Stellenausschreibung, bestimmt jedoch nicht die Rechtsfolgen, die eintreten, wenn Arbeitgeber eine Stelle unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausschreiben.<sup>6</sup> Das Schutzniveau ist demnach auf materiell-rechtlicher Ebene als gering einzustufen.<sup>7</sup> Ein Verstoß gegen § 11 AGG stellt zwar individualarbeitsrechtlich eine Pflichtverletzung dar, bleibt aber i.d.R. folgenlos. Eine Stellenausschreibung gilt als Realakt und erfüllt nicht die Anforderungen, die eine zivilrechtliche Dogmatik an eine *invitatio ad offerendum* stellt.

---

<sup>3</sup> Grobys in NJW-Spezial: Einstellung von Arbeitnehmern im Lichte des AGG, S. 81.

<sup>4</sup> Rudolf/Mahlmann (Hrsg.)/Voggenreiter, Rn. 96, S. 355.

<sup>5</sup> *lex imperfecta* – nach gemeinem Recht ein Gesetz, dessen Verletzung weder Nichtigkeit der Rechtshandlung noch Strafe zur Folge hat.

<sup>6</sup> Schlausener/Suckow/Voigt, § 11 AGG, S. 265f.

<sup>7</sup> Schlausener/Suckow/Voigt, § 11 AGG, Rn. 95.

Insbesondere deshalb, weil aus der Bewerbung, welche der Arbeitgeber im Rahmen seiner Ausschreibung einfordert, lediglich der Wille der Bewerber erkennbar ist, vom Ausschreibenden mehr über die Stellenvakanz zu erfahren. Dies geschieht zumeist mittels eines Vorstellungsgespräches. Damit liegt die Stellenausschreibung jenseits des geläufigen Empfängerhorizonts, sodass allenfalls eine Charakterisierung als *invitatio ad invitationem ad offerendum* denkbar erscheint.

Daraus folgt, dass eine Stellenausschreibung, welche gegen § 11 AGG verstößt, nicht nichtig sein kann.<sup>8</sup> Eine Nichtigkeitsfolge würde nur eintreten, wenn zusätzliche Verstöße neben einer diskriminierenden Ausschreibung hinzukommen. Ebenso lassen sich ein Kontrahierungs- oder sonstiger Besetzungszwang mittels § 11 AGG nicht herleiten.<sup>9</sup> Ferner ist die entschädigungsrechtliche Bedeutung des § 11 AGG gering. Ihr kommt lediglich in Kausalität zu § 7 Abs. 1 AGG eine Hilfsfunktion zu, wobei i.d.R. jedoch keinerlei Schadensersatzansprüche begründet werden.<sup>10</sup> Da auch ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen Bewerber und potentiellm Arbeitgeber im Ausschreibungsstadium konstatiert werden kann, scheiden ebenso vertragliche Ansprüche des Bewerbers aus.<sup>11</sup> Dies lässt sich insbesondere dadurch begründen, dass die Haftung des Ausschreibenden i.S.d. § 311 Abs. 2 BGB ausscheidet, weil ein geschäftlicher Kontakt im Rahmen der Ausschreibung erst begründet werden soll, bislang aber noch nicht besteht.<sup>12</sup> Lediglich ein Haftungsbegründender Deliktatbestand i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB scheint im Hinblick auf die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts herstellbar, führt jedoch nur in Ausnahmefällen zur Haftung des ausschreibenden, potentiellen Arbeitgebers.<sup>13</sup> Zu beachten ist in diesem Kontext, dass Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB oftmals bereits daran scheitern, dass § 11 AGG kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist.<sup>14</sup> Die Norm soll nämlich nicht dem Einzelnen, sondern den Allgemeinwohlinteressen dienen.

Dies ergibt sich auch bereits daraus, dass sich eine Ausschreibung nicht an einzelne, sondern eine Vielzahl von Interessenten bzw. Bewerbern richtet. Es

---

<sup>8</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, § 11 AGG, Rn. 51.

<sup>9</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, § 11 AGG, Rn. 52.

<sup>10</sup> LAG Düsseldorf v. 12.11.2008 – 12 Sa 1102/08; LAGE § 15 AGG Nr. 6a; BAG v. 27.04.2000 – 8 AZR 295/99; AuA 2000, 281 (281f.).

<sup>11</sup> Schleusener/Suckow/Voigt, § 11 AGG, Rn. 53.

<sup>12</sup> Adomeit in DB 1980, S. 2388 - Zur Haftung des Ausschreibenden unter dem Gesichtspunkt der *Culpa in contrahendo*

<sup>13</sup> Schleusener/Suckow/Voigt § 11 AGG, Rn. 53.

<sup>14</sup> Diller NZA 2007, S. 649 (650); Meinel/Heyn/Herms § 11 AGG, Rn. 10.

geht mithin an der Individualisierbarkeit der sich diskriminiert fühlenden Bewerber vorbei.

### **C. Fragerecht des Arbeitgebers**

Das Fragerecht des Arbeitgebers soll dessen berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung von Fragen anlässlich der Risikobeschränkung sowie hinsichtlich des angestrebten Arbeitsverhältnisses wahren.<sup>15</sup> Dieses Frage- und Auskunftsbegehren wird mit Einführung des AGG eingeschränkt. Zuvor waren Fragen zum Namen, dem beruflichen Werdegang, Gesundheitszustand sofern die Einsatzfähigkeit des Arbeitnehmers tangiert ist, zur Religions- und Parteizugehörigkeit bei zugeordneten Institutionen, Schwerbehinderung, zur bisherigen Vergütung, sofern ein Bezug zur angestrebten Stelle vorlag, zu den Vermögensverhältnissen bei Führungs- oder Vertrauenspositionen, zu Vorstrafen sowie zu Wettbewerbsverboten, zugelassen. Die Frage nach dem Alter des Bewerbers galt als besonders problemlos und unverfänglich.

Im Zuge des AGG ist das Fragerecht des Arbeitgebers stets orientiert, auf Differenzierungsmerkmale und Rechtfertigungsgründe hin, zu überprüfen.

### **I. Einstellungsfragebogen**

Bewerber können sowohl mündlich als auch schriftlich oder kombiniert befragt werden. Die schriftliche Befragung kann dabei mittels Einstellungsfragebogen erfolgen. Sowohl die Einführung, als auch die einzelnen Fragen und der Verwendungszweck, unterliegen der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrates gem. § 94 Abs.1 BetrVG.<sup>16</sup> Der Betriebsrat ist sodann auch beteiligt, sofern ein Arbeitgeber, sein Vertreter oder beauftragte Dritte im Vorfeld der Einstellung aus einem Portfolio formularmäßiger Fragen, hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse, die Eignung, Fähigkeiten und Kenntnisse den Bewerber mündlich befragen und die jeweilige Antwort selbst auf dem Fragebogen vermerken.<sup>17</sup>

Zu diskutieren ist daher, welche Fragen in den Einstellungsfragebogen aufgenommen bzw. mündlich gestellt werden können. Zur Klärung dessen ist

---

<sup>15</sup> Küttner/Kania, Rn. 10, S. 334.

<sup>16</sup> Fitting/Kaiser/Heither/Engels, § 94, Rn. 13; Ehrlich, DB Heft 8, S. 421.

<sup>17</sup> BAG v. 21.09.1993, DB 1994, S. 480 = AP Nr. 4 zu § 94 BetrVG 1972; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, § 94, Rn. 13.

zu eruieren, welche Fragen wann zulässig, welche unzulässig und welche Ausnahmen gegeben sind.

## **II. Interessen des Arbeitgebers**

Der Arbeitgeber ist daran interessiert, möglichst viele Informationen über den Bewerber zu erhalten, weil damit der Erkenntniswert hinsichtlich der Eignung des Bewerbers steigt. Ob diese Analogien als subjektives Empfinden des Arbeitgebers zu werten, oder auch objektiv zutreffend sind, kann an dieser Stelle offen bleiben.

Anzumerken bleibt jedoch, dass das Interesse des Arbeitgebers objektiv so bedeutsam sein muss, dass die Interessen des Bewerbers am Schutz seines Persönlichkeitsrechts sowie an der Unverletzlichkeit seiner Intimsphäre dahinter zurück stehen müssen. In einem solchen Fall sind die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegeneinander abzuwägen. In der Konsequenz hat die Unzulässigkeit einer Frage aufgrund einer Überschreitung der Grenzen des Fragerechts aber zur Folge, dass dem Bewerber ein Recht zur unrichtigen Beantwortung bzw. Lüge zusteht, ohne dadurch einen Nachteil gem. § 123 Abs. 1 BGB zu begründen.<sup>18</sup>

## **III. Interesse des Arbeitnehmers**

Der Bewerber bewirbt sich um eine vakante Position und möchte im Rahmen des Arbeitgeberfragerechts seine Interessen bestmöglich, also so gut wie möglich bzw. so stark wie nötig, geschützt wissen. Das AGG würdigt das Arbeitnehmerschutzinteresse, indem es dem Arbeitgeber im Rahmen verschiedener Differenzierungsmerkmale eine Benachteiligung unter Verweis auf § 7 Abs. 1 AGG untersagt. Darüber hinaus erscheint es auch erstrebenswert zu sein, dass die Vorschriften gem. § 11 und 12 AGG durch Arbeitgeber gewahrt werden.

## **IV. Zulässige Fragen**

Alle Fragen, die nach Einführung des AGG nicht als unzulässig klassifiziert worden sind, weil sie bspw. gegen §§ 1, 7 Abs. 1 AGG verstoßen, gelten als zulässig. Dies ist insbesondere die Frage nach beruflichen Fähigkeiten, dem

---

<sup>18</sup> Buchner, a.a.O. Fn. 1, § 38 Rn. 37f.; Preis, a.a.O., Fn. 2, S. 230, BGB § 611, Rn. 363; Zöllner, S. 517ff.

Werdegang und bisherigen Beschäftigungsverhältnissen. Gleiches gilt für die Frage nach der Verfügbarkeit von Bewerbern und dessen Nebentätigkeiten.

### **1. Berufliche Fähigkeiten**

Nach dem AGG sind grundsätzlich sämtliche Fragen nach den beruflichen Fähigkeiten und dem beruflichen Werdegang zulässig.<sup>19</sup> Ergänzend hierzu ist auch die Frage, ob in der Vergangenheit bereits ein Arbeitsverhältnis mit dem gleichen Arbeitgeber bestanden hat zulässig, sofern ein befristetes Arbeitsverhältnis begründet werden soll, sodass zugleich präventiv dem Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsvertrages nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, entgegen gewirkt wird.<sup>20</sup>

### **2. Berufliche Verfügbarkeit**

Die Frage nach der beruflichen Verfügbarkeit dient der Ermittlung, der für die vakante Stelle erforderlichen Qualifikation. Zugleich gilt eine Frage nach der Versetzungsbereitschaft des Bewerbers als zulässig, sofern die Stelle eine Mobilität voraussetzt. Auch die Frage nach der Bereitschaft zum Schichtdienst bietet keinen Anhaltspunkt für eine Diskriminierung und ist folglich zulässig.

### **3. Nebentätigkeiten**

Eine Frage nach Nebentätigkeiten ist dann zulässig, wenn sie für die pflichtgemäße Erfüllung aus dem zu schließenden Arbeitsvertrag, wesentlich und mithin von essentieller Bedeutung ist. Wesentlich bedeutsam sind Nebentätigkeiten dann, wenn sie Nachtarbeiten sind, bei Konkurrenzunternehmen absolviert werden oder wenn es sich um sonstige Tätigkeiten handelt, welche zur Überarbeitung eines Bewerbers bzw. potentiellen Arbeitnehmers führen können.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> BAG v. 12.02.1970, NJW 1985, S. 645 = AP Nr. 17 zu § 123 BGB; Wisskirchen/Wissels, NZA 4/2007, S. 171.

<sup>20</sup> Schaub § 26, Rn. 15.

<sup>21</sup> MünchArbR, Buchner, § 41 Rn. 23.

#### **4. Rechtsfolgen unrichtiger Beantwortung**

Die Falschbeantwortung einer zulässigen Frage des Arbeitgebers kann zur Kündigung oder Anfechtung eines geschlossenen Arbeitsvertrages führen. Der Arbeitgeber kann nach § 123 Abs. 1 BGB seine Willenserklärung anfechten, wenn diese aufgrund der Falschbeantwortung einer zulässigen Frage des Arbeitgebers, durch den Bewerber, zum Vertragsschluss geführt hat. Eine Falschbeantwortung ist somit als arglistige Täuschung zu werten, weil der Bewerber durch aktives Tun oder Unterlassen bei bestehender Offenbarungspflicht die Willenserklärung des Arbeitgebers bewirkt hat.

§ 119 Abs. 2 BGB lässt eine Anfechtung zu, wenn sich der Arbeitgeber über die Eigenschaften der Person des Bewerbers / potentiellen Arbeitnehmers bei den im Rechtsverkehr als wesentlich anzusehenden Sachverhalte im Irrtum befindet.<sup>22</sup> In einem solchen Fall, indem die Täuschung rechtswidrig war, wird das Vertragsverhältnis obsolet.

#### **V. Unzulässige Fragen (§ 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 3 AGG)**

Unzulässig sind alle Fragen, die einen Bezug zu den Diskriminierungsmerkmalen nach § 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 3 AGG und/oder § 7 Abs. 1 AGG erkennen lassen. So gelten praxisrelevante Fragen nach der Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis, Krankheiten, Gewerkschaftszugehörigkeit, Parteizugehörigkeit, persönlichen Lebensverhältnissen, Religion, Scientology, Schwangerschaft, Sexueller Identität, Behinderung, Vermögen und Pfändungen, vorheriges Arbeitseinkommen, Vorstrafen und Strafverfolgung, Wehr- und Zivildienst sowie nach Wettbewerbsverboten als unzulässig.

##### **1. Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis**

Nach In-Kraft-Treten des AGG gilt die Frage nach einer Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis als Problem behaftet, weil diese als Verstoß gegen das Differenzierungsmerkmal der ethnischen Herkunft gewertet werden könnte, zumal sich die Frage ausschließlich ausländischen Bewerbern zuwendet. Um jedoch zu klären, ob die Grundvoraussetzung für eine legale Arbeitsaufnahme gegeben ist, besteht die Option, den Bewerber zu fragen, ob er

---

<sup>22</sup> Adomeit/Mohr, § 2 AGG, Rn. 26.

aus den Alt-EU-Staaten, EWR-Staaten, der Schweiz, den 10 neuen Beitrittsländern oder aus dem sonstigen Ausland stammt.<sup>23</sup>

## **2. Krankheiten**

Ein Arbeitgeber darf sich nur sehr begrenzt nach Krankheiten erkundigen.<sup>24</sup> Ein berechtigtes Interesse besteht nur für den Fall, indem der Arbeitgeber ein schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage hat. Problematisch ist die Frage aber vor allem dann, wenn es um chronische Krankheiten geht. So nimmt der EuGH eine Abgrenzung zwischen Krankheiten und Behinderung vor, indem er feststellt, dass nur behinderte Menschen einen Benachteiligungsschutz nach AGG genießen.<sup>25</sup> Sind Krankheiten jedoch besonders lang andauernd und schwerwiegend, können diese sehr wohl als Behinderung angesehen werden.<sup>26</sup>

## **3. Gewerkschaftszugehörigkeit**

Die Frage nach einer Gewerkschaftszugehörigkeit muss der Bewerber nicht beantworten. Dies galt auch bereits vor In-Kraft-Treten des AGG.<sup>27</sup> Im Hinblick auf das AGG könnte hiermit das Differenzierungsmerkmal der Weltanschauung tangiert sein. Ausgenommen von dieser Regelung sind Kirchen unter Verweis auf § 9 Abs. 1 AGG.

## **4. Parteizugehörigkeit**

Die Frage nach der Parteizugehörigkeit ist seit jeher unzulässig.<sup>28</sup> Ausnahmen von der Unzulässigkeit sind lediglich bei Tendenzbetrieben als Arbeitgebern wie bspw. Parteien, denkbar. So gilt die Frage nach einer Mitgliedschaft in einer verfassungsfeindlichen Organisation bspw. gegenüber Bewerbern um Positionen im öffentlichen Dienst, als zulässig.<sup>29</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die Frage nach der Parteizugehörigkeit dann problematisch sein könnte, wenn der Bewerber dabei eine Zugehörigkeit oder Sympathie zu kleineren Splitterparteien bspw. Rosa Liste offenbart,

---

<sup>23</sup> Schiefer/Ettwig/Krych, Rn. 98.

<sup>24</sup> BAG v. 12.06.1970, NJW 1970, S. 1565 = AP Nr. 17 zu § 123 BGB.

<sup>25</sup> EuGH, NZA 2006, S. 839= DB 2006, S. 1617.

<sup>26</sup> Ähnlich auch: Schiefer/Ettwig/Krych, AGG, Rn. 251; Biester, JurPraxRP. S. 6.

<sup>27</sup> BAG v. 28.03.2000, NZA 2000, S. 1294; Wisskirchen/Bissels in NZA 4/2007, S. 172.

<sup>28</sup> LAG Chemnitz v. 06.07.1993, LAGE Nr. 4 zu § 611 BGB.

<sup>29</sup> BAG v. 01.10.1986, NJW 1987, S. 2699.

wodurch es dem Arbeitgeber ermöglicht wird, Benachteiligungsmerkmale zu subsumieren. So bspw. in Bezug auf die sexuelle Identität des Bewerbers. Diese könnte zudem mit dem Benachteiligungsmerkmal der Weltanschauung einhergehen.

## **5. Persönliche Lebensverhältnisse**

Diese Frage bezieht sich im Wesentlichen auf den Familienstand und ist insofern kritisch zu sehen, als der Arbeitgeber mit der Frage das Benachteiligungsmerkmal der sexuellen Orientierung tangieren könnte. So gelten auch Umgehungsfragen als unzulässig.

## **6. Scientology**

In der Regel wurde die Frage nach der Scientology Mitgliedschaft zwar als zulässig angesehen, zumal das BAG bisweilen die Auffassung vertritt, dass Scientology keine Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft ist, weil die Organisation vornehmlich wirtschaftlichen Erfolg anstrebt.<sup>30</sup>

Allerdings darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass Rechtsunsicherheit<sup>31</sup> hinsichtlich der Qualifizierung<sup>32</sup>, der Reichweite der Merkmale von Religion oder Weltanschauung herrscht, weil darüber keineswegs abschließend entschieden ist. Das genau hierin eine Ambivalenz gesehen werden kann, erscheint vor dem Hintergrund, dass die Scientology Organisation in Frankreich sowie in den USA<sup>33</sup> als Religionsgemeinschaft anerkannt ist, als bedeutsam. Es gilt daher die dringende Empfehlung, auf diese Frage zu verzichten.

## **7. Vermögen und Pfändung von Lohnansprüchen**

In Fällen in denen eine Position zu besetzen ist, welche eine besondere Zuverlässigkeit des Bewerbers beim Umgang mit Geld erfordert wie bspw.

---

<sup>30</sup> BAG v. 22.03.1995, NZA 1995, S. 823 = DB 1995, S. 1714 "Scientology Kirche Hamburg e.V."; Klein-Jahns, Arbeitgeber, 1997, S. 749.

<sup>31</sup> Zimmer/Volk, FA 2006, S. 259; Nollert-Borasio/Perrang, § 1 AGG, Rn. 16; Der Begriff der Weltanschauung bezieht sich auf die bisher geltenden Rechtsvorschriften und damit auf Art. 4 Abs. 1 und Art. 140 GG i.V. mit Art. 137 Abs. 7 WRV, wonach nicht jede persönliche Überzeugung als Weltanschauung anzusehen ist, sondern nur eine Lehre, die ohne Bindung an ein religiöses Glaubensbekenntnis das Wertganze universell zu begreifen und die Stellung des Menschen in der Welt zu erkennen und zu bewerten sucht. An dieser Lehre, das Wertganze und die Stellung des Menschen in der Welt zu erkennen, fehlt es den Scientologen.

<sup>32</sup> Eine weite Auslegung des Merkmals „Religion“ das auch die Scientology erfassen könne, vertreten Röder/Krieger, FA 2006, S. 200.

<sup>33</sup> Wiedemann/Thüsing, DB 2003, S. 848.

beim Bankier, leitenden Angestellten, Kassierer, Filialdirektor, also Bewerbern mit weitreichenden Befugnissen sowie wirtschaftlicher Verantwortung, könnte ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Beantwortung der Frage, ob in der Vergangenheit bereits Lohnansprüche gepfändet worden sind, bestehen.<sup>34</sup>

Absolut ausgeschlossen ist dieses berechnigte Interesse bei Bewerbern, die eine unerhebliche Verantwortung tragen, weil das Bestehen von Lohnpfändungen daher eindeutig der Privatsphäre zugeordnet ist.<sup>35</sup> Die Frage ist demnach als unzulässig qualifiziert. Das AGG entfaltet aber in diesem Kontext keine besondere Auswirkung.

## 8. Früheres Gehalt

Die Frage nach dem Gehalt beim vorherigen Arbeitgeber wurde grds. als unzulässig angesehen.<sup>36</sup> Gestützt wird dieses Erkenntnis vor allem durch einen ggf. fehlenden Bezug auf die zu besetzende Stelle.<sup>37</sup> Zulässig könnte die Frage jedoch in dem Fall werden, wo der Bewerber auf Grundlage der bisherigen Entlohnung die Basis für die Forderung eines adäquaten Mindestgehalts ermittelt oder aber die Lohnforderung als Indikator für die Qualifikation des zu besetzenden Arbeitsplatzes dient.<sup>38</sup>

## 9. Wehr- und Zivildienst

Die Frage, ob ein Bewerber in der Vergangenheit Wehr- oder Zivildienst geleistet hat<sup>39</sup> oder diesen noch leisten muss<sup>40</sup>, gilt seit jeher als unzulässig. Auch unter Bezug auf das AGG kann aus der Beantwortung der Frage das Benachteiligungsmerkmal der Weltanschauung tangiert sein. Gleiches könnte aus aktuellem Anlass auch gelten, wenn Bewerber auf die Absolvierung eines freiwilligen sozialen Jahres angesprochen oder befragt werden.

---

<sup>34</sup> Wisskirchen/Bissels, NZA 4/2007, S. 174.

<sup>35</sup> ArbG Berlin v. 16.07.1986, BB 1986, S. 1853; Ehrich, DB 2000, S. 422.

<sup>36</sup> Kittner/Zwanziger/Becker, § 29 Rn. 37.

<sup>37</sup> Ehrich, DB Heft 8 v. 25.02.2000, S. 421.

<sup>38</sup> BAG v. 19.05.1983; Preis a.a.O. § 611, Rn. 368; Fitting/Kaiser/Heither/Engels a.a.O. § 94 Rn. 17; LAG Baden-Württemberg v. 23.12.1980, AR-Blattei ES 640 Nr. 11=D-Blatt „Einstellung: Entscheidung 11“, demzufolge falsche Angaben des Bewerbers über seinen bisherigen Lohn auch dann sanktionsfrei bleiben sollen, wenn er diesen selbst zum Bezugspunkt macht.

<sup>39</sup> ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 348; MünchArbR/Buchner, § 41, Rn. 100.

<sup>40</sup> Kittner/Zwanziger/Becker, § 29, Rn. 52f.; MünchArbR/Buchner, § 41, Rn. 120.

## 10. Vorstrafen und Strafverfahren

Die Frage nach Vorstrafen oder Strafverfahren gilt als unzulässig, sofern nicht die Unbescholtenheit des Bewerbers für den zu besetzenden Arbeitsplatz erforderlich ist.<sup>41</sup> Sofern die Unbescholtenheit eine Voraussetzung für den Arbeitsplatz darstellt, darf nur nach Delikten gefragt werden, welche einen Zusammenhang zum Arbeitsplatz darstellen. Das AGG findet hierbei aufgrund mangelnder Einschlägigkeit keine Berücksichtigung.

## 11. Behinderung

Die Frage nach Behinderung oder Schwerbehinderung ist unzulässig, weil die Rechtsprechung nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX<sup>42</sup> i.V.m. dem AGG eine Benachteiligung von (schwer)behinderten Beschäftigten und Bewerbern verbietet.<sup>43</sup> Erweitert wird dieses Benachteiligungsverbot gem. § 1 Abs. 1 AGG auf Behinderte im Allgemeinen. Die Frage nach Behinderung oder Schwerbehinderung ist folglich diskriminierungsrelevant.<sup>44</sup> Zudem begründet die unzulässige Frage das Risiko, dass sich Bewerber auf Diskriminierung nach § 7 Abs. 1 AGG berufen können, sofern sie abgelehnt werden. Eine Zulässigkeit kann nur dann gelten, wenn der Inhalt der Frage für die zu besetzende Arbeitsstelle bedeutsam ist, jedoch nicht die Intimsphäre des Bewerbers berührt. Sofern jedoch vom Regelfall der Unzulässigkeit ausgegangen werden kann, ist der Bewerber nicht verpflichtet, diese Frage zutreffend zu beantworten. Ihm steht dabei sowohl ein Schweigerecht als auch ein Recht der Lüge zu<sup>45</sup>, mit der Folge, dass der Arbeitgeber die Täuschung im Rahmen des Einstellungsgesprächs nicht nach § 123 Abs. 1 BGB anfechten kann, weil die notwendige Rechtswidrigkeit nicht gegeben ist. Die Unzulässigkeit kann vor allem vor dem Hintergrund einer Bewerbungssituation konstatiert werden. Die Frage dient insbesondere der Vorbereitung eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 1 AGG und sodann der Ungleichbehandlung von Behinderten.

---

<sup>41</sup> Ständige Rechtsprechung, BAG v. 20.05.1999; DB 1999, S. 1859.

<sup>42</sup> Geltung seit 01.07.2001.

<sup>43</sup> Schiefer/Ettwig/Krych, Rn. 253; Düwell, BB 2006, S. 1743.

<sup>44</sup> Jousen, NJW 2003, S. 2860; Thüsing/Lambrich, BB 2002, S. 1149; Preis/Bender, NZA 2005, S. 1322.

<sup>45</sup> Mit dieser Terminologie explizit Däubler, CR 12994, S. 101 (104); Wohlgemuth, AuR 1992, S. 46 (49); kritisch hingegen Heinze, NZA 1991, S. 329 (336); auch die Rechtsprechung bedient sich dieses Ausdrucks, vgl. BAG, NJW 1962, S. 74.

Die Zulässigkeit ist hingegen gegeben, wenn sie eine positive Maßnahme gem. § 5 AGG ist, und der Umsetzung einer Integrationsvereinbarung dient.

## **12. Alkohol- und Drogenkonsum**

Die Frage nach Alkoholgewohnheiten eines Bewerbers ist unzulässig.<sup>46</sup> Dies gilt vor allem dann, wenn eine Alkoholsucht vorliegt, welche hinsichtlich des AGG als Krankheit i.S. einer Behinderung gewertet wird. In diesem Fall gelten die Rechtsnormen des § 1 Abs. 1 Satz 1 AGG und § 7 Abs. 1 AGG als einschlägig. Dies gibt auch das Bundesarbeitsgericht vor, weil es bereits in der Vergangenheit eine Alkohol- und Drogensucht als Behinderung eingestuft hat.<sup>47</sup> Arbeitgebern ist folglich zu empfehlen, die Frage nach Alkohol- und Drogenabhängigkeit nur zu stellen, wenn eine zwingende Anforderung an die Tätigkeit darstellbar ist.

## **13. Schwangerschaft**

Die Frage nach einer Schwangerschaft war bereits vor Einführung des AGG zumindest dann unzulässig, sofern unbefristete Arbeitsverhältnisse begründet werden sollten.<sup>48</sup> Der EuGH hat dieses Schutzrecht auch für befristete Einstellungen festgestellt.<sup>49</sup> Unter Bezug auf die Rechtsnorm des § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG wird konstatiert, dass dann eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts einer Frau vorliegt, sofern die Frage nach einer Schwangerschaft gestellt werden dürfte. Daher sind auch Umgehungsfragen bspw. nach der Familienplanung unzulässig.

Nach der Rechtsprechung des BAG ist eine Bewerberin im Rahmen ihrer Offenbarungspflicht auch nicht verpflichtet, auf eine Schwangerschaft hinzuweisen. Ebenso sind auch Ausnahmen nicht vorgesehen, wenn bspw. eine Schwangerschaft, erhebliche Auswirkungen auf die Abwicklung des Arbeitverhältnisses hätte. In diesem Zusammenhang sei auf das EuGH-Urteil vom 03.02.2000<sup>50</sup> verwiesen. Hierbei stellt der EuGH fest, dass die Frage nach der Schwangerschaft dann gegen Art. 2 Abs. 1 und 3 der EG-Richtlinie 76/207/EWG des Rates verstößt, wenn eine Schwangere aufgrund dessen

---

<sup>46</sup> Wisskirchen/Bissels, NZA 4/2007, S. 171.

<sup>47</sup> BAG in ständiger Rechtsprechung, NJW 2001, S. 885; BAG, NZA 1999, S. 584; BAG, NZA 1996, S. 371; BAG, NZA 1994, S. 407.

<sup>48</sup> BAG v. 06.02.2003, NZA 2001, S. 848; Wisskirchen/Bissels NZA 4/2007, S. 173.

<sup>49</sup> EuGH v. 04.10.2001, NZA 2001, S. 1241 = EzA Nr. 16 zu § 611a BGB; Wisskirchen/Bissels NZA 4/2007, S. 173.

<sup>50</sup> EuGH, PflR 2000, S. 139ff.

nicht eingestellt wird, weil sie im Lichte des § 8 MuSchG folgenden Beschäftigungsverbot auf dem betreffenden Arbeitsplatz von Anfang an nicht beschäftigt werden darf. Zwar stellt die Verfügbarkeit einer Arbeitnehmerin eine wichtige Voraussetzung für die vertragsgemäße Erfüllung eines zu schließenden Arbeitsvertrages dar, allerdings wirkt zumindest für einen begrenzten Zeitraum des Schutzes, dass Gemeinschaftsrecht stärker. So wirkt der Mutterschutz für die Schwangerschaft und den Zeitraum nach der Entbindung bezogen auf die Gesamtdauer eines Arbeitsvertrages eben für eine beschränkte Zeit. Nicht unberücksichtigt bleiben darf hierbei, dass der EuGH einen Fall entschieden hat, der sich auf die Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses bezieht. Die nationalen Gerichte, also auch das BAG sind an die EuGH Entscheidung gebunden.

Fraglich ist jedoch, inwiefern sich hiervon Ausnahmen ergeben können. So wäre eine abweichende Erkenntnis dann gegeben, wenn eine schwangere Bewerberin von vornherein für einen Arbeitsplatz objektiv nicht geeignet ist bspw. sofern sie sich als Tänzerin oder Mannequin beworben hat.<sup>51</sup> Gleich lautend lässt sich eine Ausnahme auch insoweit konstatieren, dass wenn sich ein befristetes Arbeitsverhältnis wegen eingetretener Mutterschutzfristen und fehlender Ausnahmegenehmigung nach § 8 Abs. 6 MuSchG, nicht ermöglichen lässt, weil der Befristungszeitraum den Schutzzeitraum überschreitet.

#### **14. Rechtsfolgen unrichtiger Beantwortung von unzulässigen Fragen**

Beantwortet ein Bewerber eine Arbeitgeberfrage falsch, so kann aufgrund dessen keine Anfechtung des Arbeitgebers gem. §§ 119 Abs. 2, 123 Abs. 1 BGB erfolgen. Die Falschbeantwortung einer unzulässigen Arbeitgeberfrage ist insofern für den Bewerber unschädlich. Eine Täuschung, als Replik auf eine unzulässige Frage des Arbeitgebers ist nicht rechtswidrig und demnach für den Bewerber zulässig. Dazu sei ausgeführt, dass sich eine Rechtswidrigkeit ipso facto aus einer Täuschung selbst ergibt. Diese Besonderheit liegt vor, wenn eine Frage gestellt wird, welche nicht gestellt werden durfte. Bei einer unzulässigen Frage darf der Befragte, hier bspw. der Bewerber die Beantwortung nicht nur verweigern, sondern auch unrichtig antworten. Dies gilt insbesondere für Arbeitgeberfragen, weil das Fragerecht

---

<sup>51</sup> BAG, DB 1993, S. 435.

durch das BZRG, das BDSG, § 242 BGB sowie auch durch europarechtliche Grundsätze nach AGG, erheblich eingeschränkt wird.<sup>52</sup>

#### **D. Schlussbetrachtung**

Inwieweit sich das AGG auf die Stellenausschreibung und das Fragerecht eines Arbeitgebers auswirkt, lässt diese Ausarbeitung erkennen. Im Rahmen der Stellenausschreibung gilt es, jegliche Verstöße gegen §§ 11, 7 Abs. 1 AGG, zu vermeiden.

Ergänzend zur jeweiligen Stellenausschreibung kann die Entwicklung eines Anforderungsprofils, als Präventionsinstrument gegen Diskriminierungsklagen durch Bewerber, dienlich sein. Bei der Bewerberauswahl sind selbstverständlich alle Benachteiligungsverbote nach § 1 AGG zu beachten, wodurch jedoch das Fragerecht eines Arbeitgebers einschränkend tangiert wird. Nämlich genau im Zuge des Fragerechts ist zwischen dem Arbeitgeber- und Bewerberinteresse abzuwägen.

Daraus folgt, dass Fragen nach beruflichen Fähigkeiten, Verfügbarkeit, Nebentätigkeiten sowie dem Werdegang und bisherigen Beschäftigungsverhältnissen des Bewerbers zulässig sind. Diese Fragen des Arbeitgebers muss der Bewerber wahrheitsgemäß beantworten, zumal sich bei wahrheitswidriger Beantwortung ein Anfechtungsrecht des Arbeitgebers gem. §§ 119 Abs. 2, 123 Abs. 1 BGB ergibt.

Unzulässige Fragen, also jene Arbeitgeberfragen, welche eine Relation zu Diskriminierungsmerkmalen gem. § 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 3 AGG und/oder § 7 Abs. 1 AGG aufweisen, muss der Bewerber nicht wahrheitsgemäß beantworten. Ihm steht hierbei wahlweise ein Recht zur Lüge oder ein Schweigerecht zu.

Dennoch besteht für einen Arbeitgeber bspw. die Möglichkeit, einen Bewerber zu fragen, ob er aus den Alt-EU-Staaten, den EWR-Staaten, der Schweiz, den neuen Beitrittsländern oder aber dem sonstigen Ausland stammt, um so die Grundvoraussetzungen für eine legale Arbeitsaufnahme zu klären. Nach Krankheiten darf sich der Arbeitgeber nur erkundigen, wenn er ein berechtigtes, weil schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage hat. Die Frage nach einer Gewerkschaftszugehörigkeit kommt nur für Kirchen als Arbeitgeber nach § 9 Abs. 1 AGG, in Betracht. Die

---

<sup>52</sup> Palandt, § 123 BGB, Rn. 10, S. 101.

Parteizugehörigkeit ist bspw. ausschließlich gegenüber Bewerbern um Positionen im öffentlichen Dienst zulässig. Ansonsten gelten sowohl Fragen nach Krankheiten, Gewerkschafts-/Parteizugehörigkeit, sowie den persönlichen Lebensverhältnissen in jeglicher Form als unzulässig. Davon betroffen sind auch Umgehungsfragen.

Hinsichtlich des Fragerechts im Hinblick auf eine Scientology Mitgliedschaft herrscht aktuell keine Rechtssicherheit, sodass es ratsam erscheint, auf diese Frage zu verzichten.

Zu Vermögen und Pfändung von Lohnansprüchen können nur ausschließlich Bewerber befragt werden, die beim Umgang mit Geld einer besonderen Zuverlässigkeit bedürfen. Fragen nach dem früheren Gehalt könnten nur dann zulässig sein, wenn die bisherige Entlohnung eine Mindestanforderung des Bewerbers wieder spiegelt oder als Indikator für seine Qualifikation dient. Nach Wehr- und Zivildienst darf hingegen nicht gefragt werden. Ebenso wie nach Vorstrafen und Strafverfahren, sofern die Unbescholtenheit des Bewerbers nicht zwingend gefordert ist. Die Frage nach einer Behinderung ist grundsätzlich unzulässig, mit der einzigen Ausnahme, wenn sie der Umsetzung einer Integrationsvereinbarung gem. § 5 AGG, dient.

Alkohol- und Drogenkonsum sind der Privatsphäre des Bewerbers zuzuordnen und mithin vom Fragerecht ausgeschlossen, es sei denn, eine zwingende Anforderung an die Tätigkeit macht eine adäquate Erkenntnis des Arbeitgebers notwendig.

Die Frage nach einer Schwangerschaft ist bei unbefristeten und nach Rechtsauffassung des EuGH auch bei befristeten Einstellungen ausgeschlossen und folgt damit der Rechtsnorm nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AGG.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer unrichtigen Beantwortung von unzulässigen Arbeitgeberfragen bleibt festzustellen, dass sich ein Arbeitgeber nicht auf ein Anfechtungsrecht nach §§ 119 Abs. 2, 123 Abs. 1 BGB berufen kann. Die Falschbeantwortung einer unzulässigen Arbeitgeberfrage ist für den Bewerber gänzlich unschädlich und Nebenwirkungsfrei.

## Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus / Mohr, Jochen: AGG – Kommentar zum Allgemeinen Gleichstellungsgesetz, 2. Auflage 2011, Boorberg Verlag Stuttgart

Adomeit, Klaus: Haftung des Ausschreibenden, Der Betrieb 1980

Biester, Frauke: Auswirkungen des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes auf die betriebliche Praxis, Juris Praxis Report 2006, Sonderausgabe zum Allgemeinen Gleichstellungsgesetz

Buchner, Herbert: „nicht sehen, nicht hören, nicht sprechen“ – Stellenbewertungen unter dem AGG, in: FS Adomeit 2008, Seite 117ff.

Diller, Martin: „zur Einstellungsdiskriminierung durch Dritte“, NZA 2007, Seite 649, (650)

Ehrich, Christian: Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen und Folgen der Falschbeantwortung, Der Betrieb, Heft 8 vom 25.02.2000

Fitting, Karl / Kaiser, Heinrich / Heither, Friedrich / Engels, Gerd / Schmidt, Ingrid / Linsenmaier, Wolfgang: Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar, 24. Auflage 2008

Grobys, Marcel, Einstellung von Arbeitnehmern im Lichte des AGG, NJW-Spezial, Heft 2, 2007

Joussen, Jacob: Schwerbehinderung – Fragerecht und positive Diskriminierung nach dem AGG, NJW 2003 sowie NZA 4 / 2007, 24. Jahrgang 2007

Kittner, Michael / Zwanziger, Bertram / Becker, Martin: Arbeitsrecht – Kündigungsschutzrecht, 3. aktualisierte und überarbeitete Auflage 2005, Bund-Verlag

Küttner, Wolfdieter / Kania, Thomas: Personalbuch, 13. Auflage 2006, Beck Verlag München

Meinel, Gernod / Heyn, Judith / Herms, Sascha: Kommentar zum Allgemeinen Gleichstellungsgesetz, 1. Auflage 2007, Beck Verlag München

Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 70. neu bearbeitete Auflage 2011, Beck Verlag München

Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 71. neu bearbeitete Auflage 2012, Beck Verlag München

Preis, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Auflage 2006, Otto Schmidt Verlag Köln

Röder, Gerhard / Krieger, Steffen: Allgemeines Gleichstellungsgesetz, Fachanwalt Arbeitsrecht (FA) 2006, S. 200

Rudolf, Beate / Mahlmann, Wilfried (Hrsg.) / Voggenreiter, Claudia: Gleichbehandlungsrecht, 2007, Nomos Verlag Baden-Baden

Schaub, Günter: Arbeitsrechtshandbuch, 13. Auflage 2009, Beck Verlag München

Schiefer, Bernd / Ettwig, Volker / Krych, Stefanie: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 2006, Sowka / Schiefer Verlag – Düsseldorfer Schriftenreihe

Schleusener, Aino / Suckow, Jens / Voigt, Burkhard: AGG - Kommentar zum Allgemeinen Gleichstellungsgesetz, 3. neu überarbeitete Auflage, Luchterhand Verlag 2011

Wiedemann, Herbert / Thüsing, Gregor: Der Schutz älterer Arbeitnehmer und die Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG, Der Betrieb 2003 Seite 848, Neue Zeitschrift Arbeitsrecht 2002, Seite 1234

Wisskirchen, Gerlind / Bissels, Alexander: Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, NZA 4 / 2007, 24. Jahrgang 2007

Worzalla, Michael: Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 1. Auflage 2006, Haufe Verlag Freiburg, Berlin, München

Zimmer, Mark / Volk, Annette: Allgemeines Gleichstellungsgesetz: die Diskriminierungsmerkmale, Fachanwalt Arbeitsrecht (FA) 2006, S. 259f.

## **Sonstige Quellen**

DB 1980, S. 2388: Adomeit, Klaus zu: Zur Haftung des Ausschreibenden unter dem Gesichtspunkt der Culpa in contrahendo

## **Entscheidungsverzeichnis**

### **EuGH**

EuGH Urteil vom 03.02.2000 , C-207/98, Schutz werdender Mütter, PfIR 2000, Seite 139ff.

EuGH Urteil vom 04.10.2001, C-190/00, Anfechtung wegen Schwangerschaft / Arglistige Täuschung

EuGH Urteil vom 11.07.2006, C-13/05, Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf / Begriff der Behinderung

### **BAG**

BAG Urteil vom 12.02.1970, 2 AZR 184/62; NJW 1985, 645=AP Nr. 17 zu § 123 BGB

BAG Urteil vom 12.06.1970, V ZR 133/66; NJW 1970, 1565

BAG Urteil vom 19.05.1983, 6 AZR 171/81 – Die Frage an einen Stellenbewerber nach der bei dem früheren Arbeitgeber bezogenen Vergütung

BAG Urteil vom 01.10.1986, 7 AZR 383/85 – Die Frage nach einer Gewerkschaftszugehörigkeit eines Bewerbers

BAG Urteil vom 15.10.1992, 2-AZR 227/92

BAG Urteil vom 21.09.1993, 9 AZR 335/91; DB 1993, 435

BAG Beschluss vom 22.03.1995, 5 AZB 21/94; NJW 1996, 143 (146)

BAG Urteil vom 20.05.1999, 2 AZR 320/98; DB 1999, 1859

BAG Beschluss vom 28.03.2000, 1 ABR 16/99

BAG Urteil vom 27.04.2000, 8 AZR 295/99: AuA 2000, 281f.

BAG Urteil vom 06.02.2003, 2 AZR 672/01; NZA 2001, 885

## **LAG**

LAG Baden-Württemberg Entscheidung vom 23.12.1980 – AR-Blattei Einstellung Entscheidung

LAG Chemnitz Urteil vom 06.07.1993, 5 Sa 141/92 – Zulässigkeit eines Fragebogens;  
LAGE Nr. 4 zu § 611 BGB

LAG Düsseldorf Urteil vom 12.11.2008, 12 Sa 1102/08; LAGE § 15 AGG Nr. 6a

## **Sonstige**

ArbG Berlin Urteil vom 16.07.1986, 8 Ca 141/86