

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 19

# Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern

Von

Dr. Udo Degener



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**UDO DEGENER**

**Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 19**

# Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern

Von

Dr. Udo Degener



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN



Alle Rechte vorbehalten  
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 03450 3

## Vorwort

Die Arbeit hat der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen im Herbst 1974 als Dissertation vorgelegen. Aufgrund der Veröffentlichung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Anfang 1975 berücksichtigt werden.

Die Anregung zu dieser Schrift ging von Herrn Prof. Dr. *Franz Gamillscheg* aus, dem für die verständnisvolle Betreuung besonderer Dank gebührt. Mein Dank gilt ferner den zahlreichen Unternehmen, die mir ihre Bewerbungsfragebogen zur Verfügung stellten.

Schließlich danke ich Herrn Ministerialrat a. D. Dr. *Johannes Broermann* für die Aufnahme meiner Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Göttingen, im Juni 1975

*Udo Degener*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	<b>15</b>
<i>Erstes Kapitel</i>	
<b>Die Fragen des Arbeitgebers in ihrer praktischen Bedeutung</b>	<b>17</b>
§ 1. Der Bewerbungsfragebogen .....	17
I. Begriff .....	17
II. Bedeutung .....	18
III. Zulässigkeit .....	19
IV. Inhalt .....	21
1. Die Fragen .....	21
2. Allgemeine Stellungnahme .....	23
a) Differenzierung nach Personengruppen .....	23
b) Umfang der Befragung .....	24
c) Freistellung der Beantwortung .....	26
d) Auflösungsklausel und Schadensersatzklausel .....	27
aa) Auflösungsklausel .....	27
bb) Schadensersatzklausel .....	30
e) Laufende Überprüfung der Fragen .....	31
V. Das Interview .....	31
§ 2. Fälle aus der Rechtsprechung .....	33
<i>Zweites Kapitel</i>	
<b>Die dogmatischen Grundlagen des Fragerechts</b>	<b>36</b>
§ 3. Bisherige Lösungsversuche in kritischer Sicht .....	36
I. Die These von der Offenbarungspflicht .....	37
1. Begriff der Offenbarungspflicht .....	37
a) Umfang der Verwendung .....	38
b) Konkretisierungsversuche .....	39

2. Die Lehre von der Offenbarungspflicht und der Grundsatz der Vertragsfreiheit .....	40
a) Offenbarungspflicht als Ausnahmetatbestand .....	40
b) Vertragsfreiheit des Arbeitgebers .....	41
3. Ergebnis .....	42
II. Die allgemeine These von den zulässigen und unzulässigen Fragen .....	42
1. Die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts .....	42
2. Vertreter in der Lehre .....	44
III. Die These von der sozialen Macht .....	45
1. Grundlagen der These .....	45
2. „Soziale Macht“ .....	45
a) Soziale Macht bei der Befragung als Regelfall .....	45
b) Soziale Macht und § 94 BetrVG .....	46
3. Ergebnis .....	47
IV. Die These vom Recht auf Arbeit .....	47
1. Ausgangspunkt .....	47
2. Das Recht auf Arbeit .....	47
a) Stand der Meinungen .....	48
b) Differenzierungsverbot und Frageverbot .....	49
V. Die These von den verkehrswesentlichen Eigenschaften des Bewerbers .....	49
1. Stützen der These .....	49
2. Analogieschluß aus § 33 Abs. 1 EheG .....	50
a) Objektiver Gehalt .....	50
b) § 33 Abs. 1 EheG als Sonderregelung .....	50
c) Kongruenz beider Fallgruppen .....	51
3. Fragerecht und § 119 Abs. 2 BGB .....	52
4. Ergebnis .....	53
VI. Die These vom unbegrenzten Informationsrecht .....	53
1. Die Zulässigkeit jeder Frage .....	53
a) Begründungsversuche .....	54
b) Eigene Meinung .....	54
aa) Fragen als Rechtsbeeinträchtigung .....	54
bb) Unzulässigkeit von Fragen und Rechtssicherheit ...	55
cc) Zusammenfassung .....	56
2. Die Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen Beantwortung jeder Frage .....	57
a) Begriff des Rechts zur Lüge .....	57
b) Bedenken gegenüber dem Recht zur Lüge .....	57
c) Ergebnis .....	59
Zusammenfassung .....	59



§ 4. Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und Persönlichkeitsrecht des Bewerbers .....	60
I. Das Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Persönlichkeitsrecht .....	60
1. Die Vertragsfreiheit .....	60
2. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht .....	61
a) Rechtsgrundlage .....	61
b) Grundgehalt .....	63
aa) Inhalt und Grenzen des Persönlichkeitsrechts des Bewerbers .....	64
bb) Arbeitssphäre, Privatsphäre und Geheimsphäre als Bestandteile des Persönlichkeitsbereichs des Bewerbers .....	65
cc) Allgemeines und besonderes Persönlichkeitsrecht ..	67
II. Die Bedeutung der Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer .....	68
1. Der Theorienstreit .....	68
a) Die Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis .....	69
b) Die Lehre vom schuldrechtlichen Austauschverhältnis ..	70
c) Die Lehre von der organisationsbezogenen Rolle .....	70
2. Die Austauschtheorie und die Zweier-Disparität der Arbeitsverhältnisse .....	72
a) Arbeitgeberneutrale Arbeitsverhältnisse .....	73
b) Arbeitgeberbestimmte Arbeitsverhältnisse .....	74
aa) Arbeitsverhältnisse in Kleinbetrieben .....	74
bb) Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer mit Arbeitgeberfunktion .....	76
c) Vereinbarkeit der Zweier-Disparität mit § 613 a BGB ....	77
d) Ergebnis .....	79
3. Das Fragerecht beim arbeitgeberbestimmten Arbeitsverhältnis .....	79
a) Grundlagen der Interessenabwägung .....	80
b) Abwägung der beiderseitigen Interessen .....	81
c) Umfang des Fragerechts .....	83
III. Das Fragerecht beim arbeitgeberneutralen Arbeitsverhältnis — Gesichtspunkte zur Interessenabwägung .....	85
1. Tätigkeitsbereich .....	85
2. Dauerarbeitsverhältnis und Aushilfsarbeitsverhältnis .....	87
3. Finanzielles Risiko des Arbeitgebers .....	88
4. (Begrenzt) offenkundige Umstände .....	89
5. Bürotechnisch bedeutsame Umstände .....	90
6. Drittbezogene Umstände .....	90
7. Pflicht zur Befragung .....	90
8. Gesetzliches Recht zur Lüge .....	92
9. Gesetzliches Differenzierungsverbot .....	93

IV. Einzelprobleme .....	96
1. Die Rechtswidrigkeit unzulässiger Fragen .....	96
2. Das Recht zur Lüge .....	97
a) Voraussetzungen .....	97
b) Auswirkungen, insbesondere auf den Täuschungsstatbestand des § 123 BGB .....	99
3. Die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitgebers .....	102
4. Das Fragerecht im öffentlichen Dienst .....	105

### *Drittes Kapitel*

<b>Die Bewertung einzelner Fragen</b>	<b>107</b>
§ 5. Die Frage nach Vorstrafen .....	107
I. Die Regelung des Bundeszentralregistergesetzes .....	107
II. Die Bedeutung der Einschlägigkeit der Vorstrafe .....	108
1. Alte Rechtslage .....	108
2. Neue Rechtslage .....	109
a) Bedenken gegenüber einem Verzicht auf die Einschlägigkeit .....	109
b) § 51 BZRG als abschließende Regelung des Fragerechts des Arbeitgebers nach Vorstrafen .....	110
aa) Der Ermessensraum des Gesetzgebers .....	110
bb) Der Wille des Gesetzgebers des Bundeszentralregistergesetzes .....	111
3. Ergebnis .....	114
III. Der Umfang des Fragerechts .....	114
IV. Die Frage nach Strafverfahren .....	116
1. Eingestellte Strafverfahren .....	116
2. Schwebende Strafverfahren .....	116
§ 6. Die Frage nach den Vermögensverhältnissen .....	117
I. Die unbegrenzte Frage nach Schulden .....	117
II. Die Frage nach bestimmten Schulden .....	118
1. Gefahr der Lohnpfändung und -abtretung .....	118
2. Gefahr der Minderung der Arbeitsmoral .....	119
3. Gefahr der unrechtmäßigen Bereicherung .....	119
III. Der Umfang des Fragerechts .....	120

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>11</b>
§ 7. Die Frage nach einer Schwangerschaft .....	121
I. Die Interessenlage .....	121
II. Der Umfang des Fragerechts .....	123
III. Ergänzende Fragen .....	124
§ 8. Die Frage nach dem Gesundheitszustand .....	126
I. Augenblickliches Befinden .....	126
II. Frühere Beschwerden .....	128
III. Die Einstellungsuntersuchung .....	128
IV. Der Umfang des Fragerechts .....	130
§ 9. Die Frage nach Partei-, Gewerkschafts- und Religionszugehörigkeit	130
I. Parteizugehörigkeit .....	130
II. Gewerkschaftszugehörigkeit .....	133
III. Religionszugehörigkeit .....	135
§ 10. Die Fragen nach bisherigen Beschäftigungen und familiären Ver- hältnissen .....	135
I. Bisherige Beschäftigungen .....	135
II. Familiäre Verhältnisse .....	137
<b>Schlußbetrachtung</b>	<b>139</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>140</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. F.	= Alte Fassung
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	= Arbeitsgericht
ArbGeb.	= Der Arbeitgeber (Zeitschrift)
AR-Blattei	= Arbeitsrechts-Blattei, Handbuch für die Praxis
ArbPlSchG	= Arbeitsplatzschutzgesetz v. 21. 5. 1968
ArbSozPol.	= Arbeit und Sozialpolitik (Zeitschrift)
ArbuR	= Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ARSt.	= Arbeitsrecht in Stichworten (Entscheidungssammlung)
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Amtliche Sammlung
BArbBl.	= Bundesarbeitsblatt (Zeitschrift)
BB	= Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BBG	= Bundesbeamtengesetz v. 17. 7. 1971
BDA	= Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BDH	= Bundesdisziplinarhof
Betr.	= Der Betrieb (Zeitschrift)
BetrVerf.	= Die Betriebsverfassung (Zeitschrift)
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz v. 15. 1. 1972
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. 8. 1896
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt.	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, Amtliche Sammlung
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Bl.	= Blatt
BlStSozArbR	= Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BR-Drucks.	= Bundesrats-Drucksache
BRRG	= Beamtenrechtsrahmengesetz v. 17. 7. 1971
BSeuchenG	= Bundesseuchengesetz v. 18. 7. 1961
BT-Drucks.	= Bundestags-Drucksache
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, Amtliche Sammlung

BVGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz v. 3. 2. 1971
BZRG	= Bundeszentralregistergesetz v. 18. 3. 1971
DGB	= Deutscher Gewerkschaftsbund
DRiG	= Deutsches Richtergesetz v. 19. 4. 1972
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EheG	= Ehegesetz v. 20. 2. 1946
ESVGH	= Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg
FamRZ	= Familienrechtszeitschrift
GG	= Grundgesetz v. 23. 5. 1949
GS	= Großer Senat
HAG	= Heimarbeitsgesetz v. 14. 3. 1951
HGB	= Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897
i. d. F.	= in der Fassung
JArbSchG	= Jugendarbeitsschutzgesetz v. 9. 8. 1960
JJb.	= Juristen-Jahrbuch (Zeitschrift)
JR	= Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JurA	= Juristische Analysen (Zeitschrift)
JuS	= Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz v. 25. 8. 1969
LAG	= Landesarbeitsgericht
LG	= Landgericht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MuSchG	= Mutterschutzgesetz v. 18. 4. 1968
NdsGemeinde	= Die Niedersächsische Gemeinde (Zeitschrift)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
R	= Rückseite
RdA	= Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amt- liche Sammlung
RMBliV	= Ministerialblatt des Reichs und Preußischen Ministeriums des Innern
SaarLAN	= Saarländischer Arbeitnehmer (Zeitschrift)
SAE	= Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
Schwbg	= Schwerbehindertengesetz v. 29. 4. 1974
SoldatenG	= Soldatengesetz v. 22. 4. 1969
StGB	= Strafgesetzbuch v. 15. 5. 1871
StPO	= Strafprozeßordnung v. 17. 9. 1965
StTilgG	= Straftilgungsgesetz v. 9. 4. 1920
StVO	= Straßenverkehrsordnung v. 16. 11. 1970
TVG	= Tarifvertragsgesetz v. 25. 8. 1969
UFITA	= Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Zeitschrift)
ULA	= Union der Leitenden Angestellten
VerwG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
WA	= Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung (Zeitschrift)



WPM	= Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WRV	= Weimarer Reichsverfassung v. 11. 8. 1919
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZPO	= Zivilprozeßordnung v. 12. 9. 1950
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik

## Einleitung

In der Einstellung neuer Mitarbeiter liegt eine der wichtigsten unternehmerischen Entscheidungen, denn von der Auswahl der Arbeitnehmer hängt weitgehend der geschäftliche Erfolg des Unternehmens ab. Jeder Arbeitgeber möchte daher bei den Einstellungsverhandlungen prüfen, ob der Stellungsuchende seinen Vorstellungen und Wünschen entspricht.

Soweit es um die eigentliche fachliche Qualifikation des Bewerbers geht, tauchen keine besonderen Schwierigkeiten auf. Der Wille des Arbeitgebers, etwa über dessen Berufsausbildung aufgeklärt zu werden, ist sicherlich ebenso legitim wie die Frage nach Prüfungsergebnissen, besonderen Kenntnissen und Fertigkeiten. Diese Angaben sind für die Entscheidung erforderlich, ob der Bewerber den Anforderungen des Arbeitsplatzes gewachsen ist. Entsprechende Fragen werden auch vom Arbeitnehmer als berechtigt empfunden.

Problematisch wird ein Fragerecht des Arbeitgebers in dem Bereich mehr der privaten Sphäre des Bewerbers zugehöriger Umstände, wie etwa bei den Vermögensverhältnissen oder beim Gesundheitszustand. Wo hier die Grenze zu ziehen ist, ist in Rechtsprechung und Lehre seit längerem umstritten, aber bisher nur unzureichend geklärt. Ausdrückliche gesetzliche Vorschriften fehlen. Eine für die Frage nach Vorstrafen bedeutsame Regelung enthält immerhin das Bundeszentralregistergesetz vom 18. März 1971 in § 51. Über die Auslegung dieser Norm bestehen allerdings bereits grundsätzliche Meinungsverschiedenheiten<sup>1</sup>.

Die Fragen des Unternehmers verursachen sowohl in der Praxis als auch in der Theorie immer wieder Schwierigkeiten<sup>2</sup>. Die unternehmerische Vertragsfreiheit ist betroffen. Das Ausmaß dieser Freiheit wird von ideologischen und politisch-gesellschaftlichen Wertungen beeinflusst, die naturgemäß die Gefahr einer einseitigen Parteinahme mit sich bringen. Sie ist um so größer, je weniger Wert auf eine dogmatische Fundierung des Fragerechts gelegt wird. Kernstück dieser Arbeit bildet daher die Suche nach einer einheitlichen dogmatischen Grundlage

---

<sup>1</sup> Siehe Götz, BB 1971, 1325 f., einerseits und Maurer, ArbuR 1972, 9 ff., andererseits.

<sup>2</sup> Hofmann, SAE 1971, 134 ff. (134); Erdmann / Jürging / Kammann, Rdn. 1 zu § 94 BetrVG.

für die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers durch die gebotene Begrenzung seines Fragerechts, für die bisher noch keine zufriedenstellende Erklärung gefunden wurde<sup>3</sup>. Richtlinien sollen erarbeitet werden, mit deren Hilfe die einzelnen Fragen besser bewertet werden können. Obwohl das Fragerecht verhältnismäßig einfach und übersichtlich gestaltet sein sollte, darf sich doch diese Maxime nicht zu Lasten erforderlicher Differenzierungen auswirken. Ziel muß es sein, dem Arbeitgeber für die Bestimmung der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Frage möglichst eindeutige Kriterien zu liefern. Nur so ist auch eine sinnvolle Handhabung des § 94 des neuen Betriebsverfassungsgesetzes vom 15. Januar 1972 möglich, wonach Personalfragebogen der Zustimmung des Betriebsrates unterliegen.

Das Fragerecht im öffentlichen Dienst wird in die Untersuchung einbezogen. Unerörtert bleiben psychologische Testverfahren wie Leistungs-, Intelligenz- und Persönlichkeitstests<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Konzen, ZfA 1972, 131 ff. (168); siehe ferner Leipold, ArbuR 1971, 161 ff. (162).

<sup>4</sup> Dazu neuerdings Schmid, Testverfahren.

## *Erstes Kapitel*

# **Die Fragen des Arbeitgebers in ihrer praktischen Bedeutung**

Die Arbeitsrechtswissenschaft sollte bei ihren Untersuchungen nie die Arbeitswelt außer acht lassen. Nur die Berücksichtigung der Praxis des Arbeitslebens ermöglicht ausgewogene, lebensnahe Entscheidungen. Den tatsächlichen Hintergrund der Fragen des Arbeitgebers erhellen die Erörterung des Bewerbungsfragebogens sowie ein Überblick der Rechtsprechung entnommener Fälle.

## **§ 1. Der Bewerbungsfragebogen**

Zunehmende Bürokratisierung und Entpersönlichung des Arbeitslebens setzen bereits mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer ein. Vor allem in Mittel- und Großbetrieben wird die schlichte mündliche Befragung des Bewerbers in stetig steigendem Maße durch den Bewerbungsfragebogen zurückgedrängt<sup>1</sup>, der auszufüllen und in der Regel mit der ausdrücklichen Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit der gemachten Angaben zu unterzeichnen ist.

### **I. Begriff**

Unter einem Bewerbungsfragebogen versteht man einen vom Arbeitgeber selbst erstellten oder von dritter Seite generell erarbeiteten Vordruck, in dem vom Bewerber zu beantwortende Fragen zusammengestellt sind, die Aufschluß über dessen Person geben sollen<sup>2</sup>. In der Praxis wird zumeist vom Personalfragebogen<sup>3</sup> oder auch nur vom Personalbogen gesprochen. Mit diesen Begriffen werden dann allerdings verschiedene Sachverhalte angesprochen, je nach dem Zeitpunkt

---

<sup>1</sup> Vgl. *Frey*, *ArbuR* 1953, 167 ff. (168), der vom „Zeitalter der Fragebogen“ spricht; ferner *Neumann-Duesberg*, *UFITA* 36, 101 ff. (101).

<sup>2</sup> Vgl. *Brill*, *ArbuR* 1968, 136 ff. (136).

<sup>3</sup> Siehe z. B. „Muster-Personalfragebogen“ der BDA v. 10. 6. 1969; so auch die einzige, sich mit dem Arbeitgeberfragebogen befassende gesetzliche Vorschrift des § 94 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.