

**Das Fragerecht des Arbeitgebers im
arbeitsrechtlichen Anbahnungsverhältnis:
Ist die Frage nach einer Behinderung oder
Krankheit erlaubt?**

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abbildungsverzeichnis	IV
Tabellenverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	VI
1 Einleitung	1
2 Arbeitsrechtliche Grundlagen und Begriffsdefinitionen	4
2.1 Relevante Rechtsquellen für das Fragerecht	4
2.1.1 Recht der Europäischen Union	5
2.1.2 Verfassungsrecht	6
2.1.3 Einfaches nationales Gesetzesrecht	7
2.1.4 Rechtsverordnungen und Richterrecht	13
2.1.5 Kollektivarbeitsrecht	14
2.1.6 Individualarbeitsrecht	14
2.2 Phasen des Arbeitsverhältnisses	15
2.2.1 1. Phase: Anbahnung Arbeitsverhältnis	17
2.2.2 2. Phase: Durchführung Arbeitsverhältnis	25
2.2.3 3. Phase: Beendigung Arbeitsverhältnis	29
2.3 Begriffsabgrenzungen	32
2.3.1 Der Interessenkonflikt: zulässige und unzulässige Fragen	32
2.3.2 Eingrenzung der Arbeit	39
2.3.3 Der Begriff Behinderung	40
2.3.4 Der Begriff Krankheit	48

3	Die Rechtsprechung und die Rechtsfolgen in Bezug auf das Fragerecht des Arbeitgebers im zeitlichen Verlauf.....	53
3.1	Entwicklung der Rechtsprechung bis zur Einführung des AGG im Jahr 2006	53
3.1.1	Die Rechtsprechung bis zum Jahr 1954	53
3.1.2	Die Rechtsprechung von 1954 bis zum Jahr 2001	55
3.1.3	Die Rechtsprechung von 2001 bis zum Jahr 2006	64
3.2	Die Rechtsprechung nach Einführung des AGG im Jahr 2006.....	68
3.2.1	Entschädigung oder Schadensersatz als Rechtsfolge	72
3.2.2	Anfechtung als Rechtsfolge.....	77
3.2.3	Ordentliche bzw. außerordentliche Kündigung als Rechtsfolge.....	81
3.3	Zusammenfassung	85
4	Kritische Betrachtung der aktuellen Rechtsprechung.....	88
4.1	1. Handlungsempfehlung: Einheitliche Definition der Begriffe Krankheit und Behinderung	88
4.2	2. Handlungsempfehlung: Erweiterung der in § 1 AGG genannten Merkmale.....	89
4.3	3. Handlungsempfehlung: Optimierung des deutschen Sozialsystems	90
5	Schlusswort und Ausblick	93
	Literaturverzeichnis	94
	Rechtsprechungsverzeichnis.....	107

Abbildungsverzeichnis

Abbildung	Seite
Abbildung 1: Normenpyramide relevanter arbeitsrechtlicher Rechtsquellen.....	4
Abbildung 2: Die drei Phasen des Arbeitsverhältnisses	17

Tabellenverzeichnis

Tabelle	Seite
Tabelle 1: Die vier Stufen und die geplanten Änderungen des BTHG.....	10
Tabelle 2: Übersicht über das Fragerecht des Arbeitgebers vor und nach Inkrafttreten des AGG anhand der genannten Benachteiligungen.....	35
Tabelle 3: Weitere ausgewählte Fallgruppen in Bezug auf das Fragerecht des Arbeitgebers und der Einfluss des AGG	37
Tabelle 4: Übersicht über den Begriff Behinderung anhand zitierter Quellen.....	42
Tabelle 5: Überblick der Arten von Behinderung mit ausgewählten Erkrankungen und Grad der Schädigungsfolgen (GdS)	45

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AMR	Arbeitsmedizinische Regeln
ArbMedVV	Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge
bEM	betriebliches Eingliederungsmanagement
BTHG	Bundesteilhabegesetz
engl.	englisch
EU-Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GdB	Grad der Behinderung
GdS	Grad der Schädigung
ICF	Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit
ICIDH-2	Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung
MdE	Minderung der Erwerbsfähigkeit
UN-BRK	UN-Behindertenrechtskonvention
VersMedV	Versorgungsmedizin-Verordnung
WVO	Werkstättenverordnung

Zu den übrigen Abkürzungen siehe *Kirchner, Hildebert [Begr.]/Böttcher, Eike, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage, Berlin 2015.*

Abweichend hiervon wird in der Fußnote folgende Kurzform verwendet und bezieht sich auf die Quellenangabe von Urteilen bzw. Beschlüssen:

juris abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017

jurion abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017

EUR-lex abrufbar im Internet: <[http:// http://eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu)>, letzter Zugriff am: 28.02.2017

1 Einleitung

In der vorliegenden Arbeit „Das Fragerecht des Arbeitgebers im arbeitsrechtlichen Anbahnungsverhältnis: Ist die Frage nach einer Behinderung oder Krankheit erlaubt?“ wird anhand der aktuellen Rechtsprechung aufgezeigt, welche Fragen seitens des Arbeitgebers in Bezug auf Behinderung oder Krankheit zulässig sind und welche Rechtsfolgen sich aufgrund der wahrheitswidrigen Antwort ergeben.

Des Öfteren stehen Arbeitgeber und Bewerber vor dem Zwiespalt, welche Frage darf nach der gültigen Rechtsprechung bei der Vertragsanbahnung gestellt und muss die Frage wahrheitsgemäß beantwortet werden.

Mit der Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) erhofften sich Arbeitgeber und Bewerber klare Vorgaben, wann es sich um Diskriminierung handelt. Ein Blick in § 1 AGG zeigt, dass dort acht Benachteiligungen genannt sind. Es wird nicht deutlich, was sich hinter diesen Merkmalen für Fallstricke verbergen und die Wechselwirkung zu den anderen Fallgruppen ist nicht unmittelbar erkennbar. Dies stellt für Arbeitgeber und Bewerber ein Problem dar.

Zahlen aus dem Jahr 2013 belegen, dass in Deutschland am 31.12.2013 ungefähr 7,5 Millionen Menschen als Schwerbehinderte registriert waren, was einem Anteil von rund 9 % entsprach. Hiervon waren 21,7 % im Alter zwischen 55 bis 64, 20,3 % im Alter zwischen 25 bis 54 und 3,8 % unter 25 Jahre.¹ Der größte Anteil der Behinderungen war mit 85 % der Fälle krankheitsbedingt. Bei 2 % der Fälle verursachte ein Unfall oder eine Berufskrankheit die Behinderung und der Anteil der angeborenen Behinderungen betrafen 4 % der Fälle.²

Betrachtet man für das Jahr 2013 die Bundesstatistik schwerbehinderter Menschen, waren knapp 987.000 Menschen mit Schwerbehinderung (einschließlich ihnen Gleichgestellte) auf sog. Pflichtarbeitsplätzen nach § 71 Abs. 1 Sozial-

¹ Vgl. *Böhm*, in: Destatis, Datenreport 2016, 279. Menschen gelten als amtlich anerkannt schwerbehindert, wenn der Grad der Behinderung mindestens 50 beträgt und das Versorgungsamt einen Ausweis auf Antrag ausgestellt hat.

² Vgl. *Böhm*, in: Destatis, Datenreport 2016, 279. Die weiteren Zahlen: „Weitere 0,5 % der schwerbehinderten Menschen hatten dauernde Schäden im Krieg, im Wehr- oder im Zivildienst erlitten. Die übrigen Behinderungen (9 %) beruhten auf sonstigen, mehreren oder ungenügend bezeichneten Ursachen.“

gesetzbuch (SGB) IX beschäftigt. Dies entspricht einer Beschäftigungsquote von 4,7 %.³ Zusätzlich leben in Deutschland rund 17 Millionen Menschen über 18 Jahren „mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen oder chronischen Krankheiten, die sie im täglichen Leben einschränken.“⁴

Menschen ohne gesundheitliche Beeinträchtigung sind häufiger erwerbstätig als Menschen mit Beeinträchtigungen. Die Erwerbsquote dieser Personengruppe liegt bei 58 % für beide Geschlechter. Hingegen beträgt sie bei Männern ohne Beeinträchtigung 83 % und bei Frauen 75 %.⁵ Dies stellt ein Problem für die Betroffenen dar. Es bedarf daher Erleichterungen und/oder Hilfen, diesen Menschen eine Teilhabe am Arbeitsleben zu ermöglichen und im Anbahnungsverhältnis die Stolpersteine zu minimieren.

Die UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK)⁶ ist seit 26.03.2009 geltendes deutsches Recht und stellt einen weiteren Ansatz der Inklusion dar. Ihr Leitbild ist die soziale Inklusion, die vollumfängliche Einbeziehung behinderter Menschen in die Gesellschaft von Anfang an und betrifft ebenfalls das Arbeitsleben. Eine Weiterentwicklung der UN-BRK⁷ wurde mit dem am 30.12.2016 in Kraft getretenen Bundesteilhabegesetz (BTHG) zum „Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen“⁸ verfolgt.

³ Vgl. *Bundesagentur für Arbeit*, Statistik. Schwerbehinderte Menschen in Beschäftigung (Anzeigeverfahren SGB IX) - Deutschland, Länder - Dezember 2013, abrufbar im Internet: <https://statistik.arbeitsagentur.de/nn_31958/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrikensuche_Form.html?view=processForm&resourceId=210368&input_=&pageLocale=de&topicId=17388&year_month=201312&year_month.GROUP=1&search=Suchen>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

⁴ *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen, Stand: August 2013, 7.

⁵ Vgl. *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen, Stand: August 2013, 130.

⁶ *BGBI II 2008*, 1419, 1419 ff.: „Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen.“

⁷ *BTDrucks 18/9522*, 1 ff.: Das BTHG soll in Teilen am 01.01.2017 Inkrafttreten. Der Entwurf dieses Gesetzes wurde am 22.09.2016 dem Bundestag vorgelegt mit dem Schwerpunkt der „Neufassung des Neunten Buches Sozialgesetzbuch - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen - (SGB IX)“ und am 01.12.2016 beschlossen.

⁸ Vgl. *BGBI I 2016*, 3234, 3234 ff. Das Gesetz umfasst vier Reformstufen. Die erste Stufe trat zum 01.01.2017 in Kraft, die vierte Stufe ist zum 01.01.2023 geplant, vgl. hierzu Ausführungen in Kapitel 2.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es einerseits klarzustellen, welche Fragen der Arbeitgeber überhaupt in Bezug auf Behinderung, Schwerbehinderung und Krankheit im Anbahnungsverhältnis stellen darf. Andererseits wird anhand der aktuellen Rechtsprechung aufgezeigt, welche Rechtsfolgen eine wahrheitswidrige Beantwortung zulässiger Fragen für den Arbeitnehmer nach sich ziehen kann.

Im zweiten Kapitel werden anhand der Normenpyramide die verschiedenen Rechtsquellen erörtert. Das Arbeitsverhältnis wird in drei Phasen unterteilt und dabei wesentlich durch die gesetzlichen Bestimmungen aus dem Arbeitsrecht beeinflusst. Dabei wird nur auf das geltende Recht in Deutschland eingegangen. Danach werden zulässige und unzulässige Fragen in Bezug auf das Fragerecht des Arbeitgebers ebenso voneinander abgegrenzt wie die Begriffe Behinderung und Krankheit.

Im dritten Kapitel erfolgt ein kurzer Rückblick auf die historische Rechtsprechung, bevor der Stand der aktuellen Rechtsprechung nach Einführung des AGG ausführlicher betrachtet wird. Ferner werden die Rechtsfolgen der wahrheitswidrigen Beantwortung von zulässigen und unzulässigen Fragen erörtert.

Im vierten Kapitel werden aufbauend auf den gewonnenen Erkenntnissen die aktuellen Lösungsansätze kritisch betrachtet und Handlungsempfehlungen abgeleitet.

Das fünfte Kapitel beendet diese Arbeit mit der Schlussbetrachtung.

Aufgrund der besseren Lesbarkeit wird nur die männliche Form verwendet, was keinesfalls eine Diskriminierung wegen des Geschlechts i. S. des Grundgesetz und der Diskriminierungsverbote darstellt. Die weibliche Form ist immer inbegriffen. Eine Ausnahme wurde dann gemacht, wenn es sich bei den Urteilen um eine Klägerin handelt.

Der Stand der Rechtsprechung wurde bis zum 28.02.2017 berücksichtigt.

2 Arbeitsrechtliche Grundlagen und Begriffsdefinitionen

In diesem Kapitel werden die relevanten Rechtsquellen für das Fragerecht des Arbeitgebers anhand der Normenpyramide dargestellt und wichtige Rechtsquellen näher betrachtet. Im Anschluss wird das Arbeitsverhältnis betrachtet. Es durchläuft drei Phasen und wird durch Normen und Bestimmungen geprägt. Danach werden ausgewählte Begriffe näher erklärt und voneinander abgegrenzt.

2.1 Relevante Rechtsquellen für das Fragerecht

Das primäre Ziel des Arbeitsrechts ist der Schutz des Arbeitnehmers. Dabei handelt es sich beim Arbeitsrecht um kein geschlossenes Rechtsgebiet, es fehlt an einer festen Kodifizierung. Vielmehr verteilt es sich in „eine Vielzahl europarechtlicher, verfassungsrechtlicher, privatrechtlicher, öffentlich-rechtlicher und kollektivrechtlicher Normen.“⁹ Aus diesem Grund soll nachfolgende Abbildung 1 einen Überblick über relevante Rechtsquellen für die vorliegende Arbeit geben.



Abbildung 1: Normenpyramide relevanter arbeitsrechtlicher Rechtsquellen
(Quelle: eigene Zusammenstellung)

⁹ Preis, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 1.

2.1.1 Recht der Europäischen Union

An höchster Ebene der Abbildung 1 steht das Recht der Europäischen Union (EU). Zu unterscheiden ist hierbei zwischen Primär- und Sekundärrecht.

Die primärrechtliche Grundlage der EU bildet seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 01.12.2009 der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Art. 157 Abs. 1 AEUV regelt: „Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.“ Ferner legt Art. 6 Abs. 1 Satz 2 EUV dar, dass die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-Charta) sowie die AEUV und die EUV rechtlich gleichrangig sind.¹⁰

Zum Sekundärrecht gehören Verordnungen und Richtlinien. Art. 288 Abs. 2 AEUV definiert: „Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.“ Darüber hinaus bestimmt Art. 288 Abs. 3 AEUV: „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“ Als Beispiel für eine Richtlinie (RL) soll die RL 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Kurzform: Rahmenrichtlinie Beschäftigung) genannt werden, die im AGG umgesetzt worden ist.

Das Rechtsprechungsorgan der Europäischen Union ist der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH). Seine Aufgabe besteht „darin, ‚die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung‘ der Verträge zu sichern. [...] [Er] wacht im Zusammenwirken mit den Gerichten der Mitgliedstaaten über die einheitliche Anwendung und Auslegung des Unionsrechts. Der Gerichtshof der Europäischen Union, der seinen Sitz in Luxemburg hat, besteht aus zwei Gerichten: dem Gerichtshof und dem Gericht.“¹¹

¹⁰ Vgl. *Amtsblatt der Europäischen Union* 2007/C 306/13 abrufbar im Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

¹¹ Gerichtshof der Europäischen Union, Das Organ. Allgemeine Präsentation, abrufbar im Internet: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/de>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

2.1.2 Verfassungsrecht

Auf der nächsten Ebene steht das Verfassungsrecht (vgl. Abbildung 1). Das Grundgesetz (GG) als oberstes nationales Recht der Bundesrepublik Deutschland ist wirtschaftspolitisch neutral. Die Grundrechte sind unmittelbar geltendes Recht. Daher finden die Normen im Arbeitsrecht mit Ausnahme des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nur mittelbare Anwendung.¹² Zu nennen wären hier insbesondere einzelne Grundrechte wie Art. 1 GG - Schutz der Menschenwürde, Art. 2 GG - Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 3 GG - Gleichheit vor dem Gesetz und Art. 12 GG - Berufsfreiheit. Zu beachten ist, dass Rechtsquellen niederer Rangordnung im Einklang mit dem GG stehen müssen. Bei der Personalauswahlentscheidung finden die zivilrechtlichen Generalklauseln wie z. B. §§ 138, 242, 823 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) mittelbare Anwendung an die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Diskriminierungsverbote.¹³

Das in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Persönlichkeitsrecht muss „als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen werden.“¹⁴ In seinem Urteil vom 10.11.1955 hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgericht (BAG) schon früh das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers herausgestellt: „[D]as Arbeitsverhältnis ist ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis“¹⁵, welches „für seinen Geltungsbereich die ganze Person des Arbeitnehmers erfasst, [und] deshalb wesentlich sein Leben gestaltet und seine Persönlichkeit bestimmt. [...] Deshalb muss der Arbeitgeber nicht bloß auf Grund seiner Treupflicht, sondern vor allem auch auf Grund der jedermann aus Art. 1 und 2 GG obliegenden Verpflichtung [...] alles unterlassen, was die Würde des Arbeitnehmers und die freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigen kann.“¹⁶

¹² Vgl. *Fandel/Hausch* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 611 BGB Rn. 34.

¹³ Vgl. *Szech*, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 92.

¹⁴ Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 25.05.1954, Az.: I ZR 211/53, juris, Rn. 20.

¹⁵ BAG, Urteil vom 10.11.1955, Az.: 2 AZR 591/54, BAGE 2, 221, 224.

¹⁶ BAG, Urteil vom 10.11.1955, Az.: 2 AZR 591/54, BAGE 2, 221, 224 f.

2.1.3 Einfaches nationales Gesetzesrecht

Zahlreiche einfache Gesetze stehen unterhalb der Ebene des Verfassungsrechts (vgl. Abbildung 1). Maßgeblich für das Arbeitsrecht sind die Regelungen über den Dienstvertrag gemäß den §§ 611-630 BGB, sofern nicht eine Spezialregelung greift. Im Arbeitsrecht finden aber auch die §§ 1-240 BGB - Allgemeiner Teil - sowie die §§ 241-432 BGB - Recht der Schuldverhältnisse - Anwendung.¹⁷

Zusätzlich kommen weitere Vorschriften - in Abhängigkeit der jeweiligen persönlichen Umstände im Arbeitsleben - in Betracht wie z. B. das Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG) im Fall der Krankheit und an Feiertagen, das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) bei Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, das AGG zum Schutz vor Benachteiligungen oder das BTHG.

Den rechtlichen Rahmen für einen einheitlichen Diskriminierungsschutz definiert weitgehend das am 18.08.2006 in Kraft getretene AGG.¹⁸ Dabei wurden die Anti-Rassismus-Richtlinie 2000/43/EG, die Rahmenrichtlinie Beschäftigung 2000/78/EG, die Gender-Richtlinie 2002/73/EG sowie die Gleichbehandlungsrichtlinie 2004/113/EG umgesetzt.¹⁹

Die RL 2000/78/EG verwendet den europarechtlichen Begriff Diskriminierung, das AGG den Begriff Benachteiligung.²⁰ Ansonsten unterscheiden sich die Formulierungen nur minimal. § 7 Abs. 1 AGG definiert das zentrale Benachteiligungsverbot: „Beschäftigte dürfen nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.“ Somit stellt § 7 Abs. 1 AGG ein gesetzliches Verbot i. S. des § 134 BGB dar.²¹ „Eine gegen das Benachteiligungsverbot verstoßende Vereinbarung ist bereits nach § 134 BGB unwirksam, da § 7 Abs. 1 AGG ein gesetzliches Verbot normiert.“²² Das Verbot richtet sich gegen jedermann wie z. B.

¹⁷ Vgl. *Fandel/Hausch* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 611 BGB Rn. 36.

¹⁸ Vgl. *BGB I 2006*, 1897, 1910.

¹⁹ Vgl. *BGB I 2006*, 1897; vgl. *Steinkühler*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 19.

²⁰ Vgl. *Broy* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 3 AGG Rn. 4.

²¹ Vgl. *Steinkühler*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 51.

²² *Steinkühler*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 52.

Dritte und Arbeitskollegen.²³

§ 1 AGG regelt: „Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.“ Die in § 1 AGG genannten Gründe sind abschließend.²⁴

Der sachliche Anwendungsbereich erstreckt sich gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AGG über die drei Phasen des Arbeitsverhältnisses und wirkt nach der Beendigung fort, es sei denn, die rechtliche Beziehung zwischen den Vertragsparteien wirkt ebenfalls noch nach.²⁵

Das BTHG ist ein sehr junges Gesetz aus dem Sozialrecht. Es trat in der ersten Reformstufe erst am 30.12.2016 in Kraft.²⁶ Die zweite Stufe folgt am 01.01.2018, die dritte am 01.01.2020 und die vierte Stufe ist zum 01.01.2023 geplant.²⁷ Auf der Grundlage der UN-BRK wurden die inklusiven Anforderungen weiterentwickelt. Ziel des BTHG ist es, mit diesem Gesetz die „Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen“²⁸ weiter zu stärken. Dies soll u. a. erreicht werden durch die Änderungen im dritten Pflegestärkungsgesetz²⁹. Stufenweise erhöht sich für Bezieher von Leistungen nach dem SGB XII die Einkommensgrenze und das Schonvermögen für die Lebensführung und Alterssicherung.

Weitere Verbesserungen im Bereich der Teilhabe am Arbeitsleben sollen u. a. dadurch erreicht werden, dass Arbeitgeber ein ‚Budget für Arbeit‘ in Höhe von bis zu 75 % des gezahlten Arbeitsentgelts als Lohnkostenzuschuss erhalten, wenn Beschäftigte von anerkannten Werkstätten für Behinderte in den allgemeinen

²³ Vgl. *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 171.

²⁴ Vgl. *Domröse* NZA 2006, 1320, 1323.

²⁵ Vgl. *Voggenreiter* AE 03/06, 157 f.

²⁶ Vgl. *BGBI I 2016*, 3234, 3307. Die Änderungen im SGB VI, SGB IX, BetrVG, Schwerbehindertenausweisverordnung (SchwbAwV), Versorgungsmedizin-Verordnung (VersMedV), Werkstättenverordnung (WVO) und Werkstätten-Mitwirkungsverordnung (WMVO) treten zum 30.12.2016 in Kraft, die Änderungen im SGB XII und im Umsatzsteuergesetz (UStG) erst zum 01.01.2017.

²⁷ Vgl. *BGBI I 2016*, 3234, 3234 ff.

²⁸ *BGBI I 2016*, 3234.

²⁹ Vgl. *BGBI I 2016a*, 3191, 3191 ff.

Arbeitsmarkt wechseln. Ferner ordnet das Gesetz die Eingliederungshilfe³⁰ für Menschen mit Behinderung neu, wonach u. a. zur Bedarfsbeurteilung nicht mehr das Einkommen und Vermögen der Ehe- bzw. Lebenspartner herangezogen werden darf bzw. ein Bezug von Leistungen der Eingliederungshilfe und der Pflegeversicherung nebeneinander möglich sind. Allerdings ist geplant, den Bezug von Eingliederungshilfe ab dem Jahr 2023 nur noch auf Personen zu beschränken, die in mindestens fünf von neun noch neu zu definierenden Lebensbereichen Unterstützung benötigen.³¹

Mit dem BTHG wird die UN-BRK nicht außer Kraft gesetzt, allerdings gilt nach dem Rangprinzip, dass das neuere Gesetz dem älteren vorgeht (lex posterior-Grundsatz). Die vier Stufen und die geplanten Änderungen durch das BTHG auf andere Gesetze bzw. Verordnungen zeigt nachfolgende Tabelle 1.

Nachfolgende Tabelle 1 verdeutlicht, dass das BTHG als Änderungsgesetz gleichzeitig neben dem Sozialgesetz weitere Gesetze und unterschiedliche Inhalte umfasst. Folglich blieb es nicht aus, dass das Gesetzgebungsverfahren von intensiven und kontroversen Diskussionen begleitet wurde.³² Angesichts der Kostenbelastung für Länder und Kommunen „sieht der Bundesrat die Ziele des Gesetzes erheblich gefährdet. Er fordert deshalb, die Einnahmen und Ausgaben für die zentralen Teilhabeleistungen in den Jahren 2017 bis 2021 zu evaluieren.“³³

³⁰ Vgl. hierzu *BGBI 2016*, 3234, 3265 ff. Teil 2 SGB IX, §§ 90 ff. n. F., gültig ab 01.01.2020. Hierzu fallen die Leistungen aus der Sozialhilfe mit §§ 53-60 SGB XII weg.

³¹ Vgl. *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*: Bundesteilhabegesetz verabschiedet, abrufbar im Internet: <<http://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2016/bthg-verabschiedet.html>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

³² Das BTHG ist erst zum 30.12.2016 in Kraft getreten, daher konnten in dieser Arbeit nur die in der ersten Reformstufe eingetretenen Änderungen berücksichtigt werden. Folglich liegen bisher keine Urteile der Gerichte vor. Ob die Kritik und Protestkampagnen der verschiedenen Gewerkschaften und Behindertenverbänden berechtigt waren und sind, wird sich im Laufe der Zeit herauskristalisieren. Auch lässt sich derzeit noch nicht erkennen, welchen Menschen trotz ihrer Behinderung durch die Änderungen des BTHG eine Leistungsverschlechterung droht bzw. nach den neuen Lebensbereichskriterien herausfallen werden.

³³ Bundesrat kritisiert Kostenlast für Länder und Kommunen (Stand: 16.12.2016), abrufbar im Internet: <<https://www.bundesrat.de/DE/plenum/plenum-kompakt/16/952/002.html?view=main%5BDrucken%5D&nn=5492626>>, letzter Zugriff am 28.02.2017.

Tabelle 1: Die vier Stufen und die geplanten Änderungen des BTHG (Quelle: Eigene Zusammenstellung in Anlehnung an Bundesministerium für Arbeit und Soziales³⁴ und BTHG³⁵)

Reformstufe	ausgewählte Veränderungen	Änderungen in Gesetz bzw. Vorschrift durch
1. Stufe: am 30.12.2016 in Kraft getreten	<ul style="list-style-type: none"> • Beschäftigte in Werkstätten für Menschen mit Behinderung erhalten nun ein Arbeitsförderungs-geld von 52 Euro pro Monat (gemäß § 43 Satz 2 SGB IX) • Nach §§ 60a, 66a SGB XII gilt für Bezieher von Sozialhilfe ein „zusätzlicher Betrag von bis zu 25 000 Euro für die Lebensführung und die Alterssicherung“ 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 2 BTHG: §§ 43, 69, 70, 82, 83, 94, 95, 96, 97, 128, 131, 139, 144, 146, 148, 150, 154, 158, 159 SGB IX • Art. 7 Nr. 4a BTHG: § 20 SGB VI • Art. 11 BTHG (zum 01.01.2017): §§ 60a, 66a, 75, 82, 88, 136 SGB XII • Art. 16 BTHG (zum 01.01.2017): § 4 UStG • Art. 18 BTHG: <ul style="list-style-type: none"> - §§ 80, 88, 92 BetrVG - § 14 WVO - §§ 1, 3 SchwbAwV - § 3, Anlage zu § 2 VersMedV • Art. 22 BTHG: §§ 1, 3, 5, 6, 13, 32, 37, 39, 39a, 39 b, 39c WMVO • Art. 25 Abs. 2 BTHG
2. Stufe: tritt am 01.01.2018 in Kraft	<ul style="list-style-type: none"> • Teil 1 (Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen) und Teil 3 (Schwerbehindertenrecht) SGB IX neu tritt in Kraft • Dadurch Änderungen bei fast allen anderen Sozialgesetzbüchern • Bezieher von Eingliederungshilfe profitieren von Verbesserungen im Bereich der Teilhabe am Arbeitsleben und im Gesamtplanverfahren (§§ 56 weggefallen, 54, 63, 82, 92, 139-145 SGB XII) 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 1 BTHG: <ul style="list-style-type: none"> - bisherige Fassung SGB IX tritt außer Kraft - Inkrafttreten SGB IX neu außer §§ 90-93, 94 Abs. 2-5, 95-122, 135-150 SGB IX neu • Art. 3 BTHG: §§ 28, 28a, 29, 35 SGB I • Art. 4 BTHG: §§ 21, 23 SGB II • Art. 5 BTHG: §§ 26, 27, 46, 73, 90, 117, 118, 119, 122, 125, 126, 127, 346 SGB III • Art. 6 BTHG: §§ 2, 5 Abs. 1, 9, 11, 13, 23, 40, 43, 43a, 49, 60, 137d, 251, 275, 284 SGB V • Art. 7 BTHG: §§ 1, 13, 15, 16, 21, 28, 32, 162, 168, 176, 179, 180 SGB VI • Art. 8 BTHG: §§ 2, 26, 27, 34, 35, 39, 42, 50, 58, 162 SGB VII • Art. 9 BTHG: §§ 10, 35a, 45 SGB VIII • Art. 10 Nr. 1, 2, 4-6 BTHG: §§ 7a, 20, 28, 35a SGB XI • Art. 12 BTHG: §§ 54, 56, 63, 82, 92, 139-145 SGB XII • Art. 14 BTHG: §§ 9, 25d, 26, 26a, 27d Bundesversorgungsgesetz (BVG) • Art. 17 BTHG: § 4 UStG

*Tabelle 1: Die vier Stufen und die geplanten Änderungen des BTHG (Fortsetzung)
(Quelle: Eigene Zusammenstellung in Anlehnung an Bundesministerium für Arbeit und Soziales³⁴ und BTHG³⁵)*

Reformstufe	ausgewählte Veränderungen	Änderungen in Gesetz bzw. Vorschrift durch
<p>2. Stufe: tritt am 01.01.2018 in Kraft (Fortsetzung)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Verpflichtung zur Zahlung von Unterstützungsleistungen in Form des Persönlichen Budgets direkt an die Berechtigten durch die Kostenträger, d. h. der Berechtigte erhält das Geld und kauft die Leistungen beim Anbieter selbst ein (§ 29 SGB IX neu i. V. m. § 35a SGB XI) • Unabhängige, ergänzende Teilhabeberatung soll im Vorfeld der Antragstellung für Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe nach dem SGB IX neu beraten (§ 32 SGB IX) 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 19 BTHG: <ul style="list-style-type: none"> - § 10 Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte (ALG) - § 13 Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) - §§ 51, 95 Berufsbildungsgesetz (BBiG) - § 1 Rechtsnormen des Tarifvertrags zur Regelung eines Mindestlohns für pädagogisches Personal (TVMindestlohn Päda 3) - §§ 32, 52, 59a BetrVG - §§ 2, 2a, 10, 83 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) - § 51 Sozialgerichtsgesetz (SGG) - § 3a Kraftfahrzeugsteuergesetz (KraftStG) - § 6 Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz (AAÜG) - § 17 Bundesanstalt-Post-Gesetz (BAPostG) - §§ 7, 8 BfAI-Personalgesetz (BfAIPG) - § 68 Abgabenordnung (AO) - § 2 Stromsteuergesetz (StromStG) - § 65 Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) - § 6 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) - §§ 2, 15, 25 Verordnung zur Kriegsopferfürsorge (KFürsV) - §§ 1, 2, 3, 4, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 20 WVO - §§ 1, 4, 8 WMVO - §§ 14, 15, 16, 17, 18, 26, 26a, 26b, 27, 27a, 28a, 29, 30, 31, 41, 46 Schwerbehinderten-Ausgleichsabgabe-Verordnung (SchwbAV) - §§ 1, 3, 3a, 6, 7 SchwbAwV - §§ 1, 22, 23, 24 Wahlordnung Schwerbehindertenvertretungen (SchwbVWO) - § 3 Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz (KKG) - Anlage zu § 6 Regionalisierungsgesetz • Art. 21 BTHG: §§ 6, 8, 9, 10, 13a, 17 Eingliederungshilfe-Verordnung • Art. 23 BTHG: §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6, 6a, 7, 8, 9 Frühförderungsverordnung (FrühV) • Art. 24 BTHG: §§ 1, 3, 4 Aufwendungs-erstattungs-Verordnung • Art. 25 Abs. 1, 3-7 BTHG

*Tabelle 1: Die vier Stufen und die geplanten Änderungen des BTHG(Fortsetzung)
(Quelle: Eigene Zusammenstellung in Anlehnung an Bundesministerium für Arbeit und Soziales³⁴ und BTHG³⁵)*

Reformstufe	ausgewählte Veränderungen	Änderungen in Gesetz bzw. Vorschrift durch
3. Stufe: tritt am 01.01.2020 in Kraft	<ul style="list-style-type: none"> • Inkrafttreten Teil 2 (Besondere Leistungen zur selbstbestimmten Lebensführung für Menschen mit Behinderungen) SGB IX neu; Trennung der Fachleistungen der Eingliederungshilfe aus SGB XII • Erhöhung des Vermögensfreibetrags für Bezieher von Leistungen der Eingliederungshilfe auf 50 000 Euro sowie keine Anrechnung von Einkommen und Vermögen des Ehe- bzw. Lebenspartners (§§ 135 ff. SGB IX neu) • Arbeitgeber können aus dem Budget für Arbeit einen Lohnkostenzuschuss von bis zu 75 % (§ 61 SGB IX neu) 	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 1 BTHG: §§ 90-93, 94 Abs. 2-5, 95-122, 135-150 SGB IX neu • Art. 6 BTHG: §§ 5 Abs. 8a, 264 SGB V • Art. 10 Nr. 3 BTHG: § 13 SGB XI • Art. 13 BTHG: §§ 4, 8, 13, 14, 15, 19, 27, 27b, 27c, 30, 34a, 39, 42, 42a, 42b, 52, 53-60a, 63b, 64h, 67, 71, 75-82, 89, 90, 92, 92a, 93, 94, 97, 98, 118, 121, 122, 128c, 136a, 139, 140-145 SGB XII • Art. 15 BTHG: §§ 26c, 27d Bundesversorgungsgesetz (BVG) • Art. 20 BTHG: <ul style="list-style-type: none"> - § 3 Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz (KKG) - §§ 10, 13, 29, 75 Sozialgerichtsgesetz (SGG) - § 193 Versicherungsvertragsgesetz (VVG) - §§ 2, 24 Zweites Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte (KVLG) - § 15 Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WVBG) - § 2 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) - § 4 UStG - §§ 64, 103, 104, 105, 108, 116 SGB X • Art. 26 Abs. 4 Nr. 4 BTHG: Eingliederungshilfe-Verordnung tritt außer Kraft
4. Stufe: geplant zum 01.01.2023	Bezug der Eingliederungshilfe für leistungsberechtigte Personen soll eingeschränkt werden: danach muss der Bezieher in mindestens fünf von neun definierten Lebensbereichen Unterstützung benötigen	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 25a BTHG: neu eingefügter § 99 SGB IX neu

³⁴ Vgl. *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*: Bundesteilhabegesetz verabschiedet, abrufbar im Internet: <<http://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2016/bthg-verabschiedet.html>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

³⁵ Vgl. *BGBI I 2016*, 3234, 3234 ff.

2.1.4 Rechtsverordnungen und Richterrecht

Betrachtet man die vierte Ebene der Normenpyramide (vgl. Abbildung 1), so erkennt man auf den ersten Blick keine Gesetze. Auf dieser Ebene stehen die Rechtsverordnungen und das Richterrecht.

Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG definiert den Erlass von Rechtsverordnungen: „Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen“. Hierzu zählt z. B. die VersMedV³⁶, welche „die Grundsätze für die medizinische Bewertung von Schädigungsfolgen und die Feststellung des Grades der Schädigungsfolgen“³⁷ regelt.

Anders verhält es sich mit dem Richterrecht, das durch richterliche Rechtsfortbildung entsteht. Einen wichtigen Anteil haben die fünf obersten Gerichtshöfe: der BGH, das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), der Bundesfinanzhof (BFH), das BAG und das Bundessozialgericht (BSG).³⁸

Das Arbeitsrecht wird weitgehend durch das Richterrecht bestimmt. Begründet wird dies damit, dass es an einer übergreifenden Rechtskonzeption fehlt. Der Gesetzgeber hat wesentliche Teile des Arbeitsrechts nicht oder nur unzureichend geregelt. Daher bilden die Vorgaben des Gesetzgebers die Grundlage, die der Richter anwendet. „Die Gerichte müssen bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind. Das gilt auch dort, wo eine gesetzliche Regelung, etwa wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht, notwendig wäre [...]. Nur

³⁶ Vgl. *BGBI I 2007*, 2904, 2910: § 30 Abs. 17 Bundesversorgungsgesetz (BVG) ermächtigt, „durch Rechtsverordnung die Grundsätze aufzustellen, die für die medizinische Bewertung [...] maßgebend sind.“ Umgesetzt wurde diese Rechtsverordnung durch *BGBI I 2008*, 2412: „Verordnung zur Durchführung des § 1 Abs. 1 und 3, des § 30 Abs. 1 und des § 35 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes (Versorgungsmedizin-Verordnung - VersMedV). Vom 10. Dezember 2008.“

³⁷ *BGBI I 2008*, 2412: Der ungekürzte § 1 VersMedV: „Diese Verordnung regelt die Grundsätze für die medizinische Bewertung von Schädigungsfolgen und die Feststellung des Grades der Schädigungsfolgen im Sinne des § 30 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes, für die Anerkennung einer Gesundheitsstörung nach § 1 Abs. 3 des Bundesversorgungsgesetzes, die Kriterien für die Bewertung der Hilflosigkeit und der Stufen der Pflegezulage nach § 35 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes und das Verfahren für deren Ermittlung und Fortentwicklung.“

³⁸ Siehe Art. 95 Abs. 1 GG.

so können die Gerichte die ihnen vom Grundgesetz auferlegte Pflicht erfüllen, jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden.“³⁹

In diesem Zusammenhang wird von einer faktischen Bindungswirkung gesprochen. Zum einen wird der Rechtsprechung der Bundesarbeitsgerichte durch die Instanzgerichte häufig gefolgt und zum anderen ist das Richterrecht einer gesetzlichen Regelung ähnlich.⁴⁰

2.1.5 Kollektivarbeitsrecht

Das Kollektivarbeitsrecht stellt die 5. Ebene in Abbildung 1 dar und regelt die Rechtsbeziehungen zwischen den Koalitionen. Hierbei wird zwischen der überbetrieblichen Ebene mit dem Tarifvertrag und der betrieblichen Ebene mit der Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung unterschieden.

Für den Tarifvertrag verhandeln und vereinbaren die Arbeitgeberseite (Arbeitgeberverbände oder Arbeitgeber) mit der Gewerkschaft als Vertreter für die Arbeitnehmer Regelungen für das Arbeitsverhältnis. Sofern die notwendigen Voraussetzungen wie Tarifgebundenheit gemäß § 3 Tarifvertragsgesetz (TVG) oder Allgemeinverbindlichkeit gemäß § 5 TVG vorliegen, wirkt der Tarifvertrag auf das einzelne Arbeitsverhältnis ein.

Betriebs- oder Dienstvereinbarungen werden zwischen Arbeitgeber und Betriebs- bzw. Personalrat geschlossen. Betriebsräte vertreten die Interessen der Beschäftigten in der Privatwirtschaft, Personalräte diejenigen im öffentlichen Dienst. Betriebsvereinbarungen gelten gemäß § 77 Abs. 4 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) unmittelbar und zwingend für das Arbeitsverhältnis.

2.1.6 Individualarbeitsrecht

Auf der untersten Ebene in Abbildung 1 steht das Individualarbeitsrecht. Es regelt die Rechtsbeziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer, insbesondere ihre Rechte und Pflichten untereinander durch den Arbeitsvertrag. Dabei enthält der individuelle Arbeitsvertrag einzelvertragliche

³⁹ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 26.06.1991, Az.: 1 BvR 779/85, jurion, Rn. 41; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 07.02.1990, Az.: 1 BvR 26/84, jurion, Rn. 48.

⁴⁰ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 220.

Abmachungen, sofern nicht auf Tarifvertragsnormen Bezug genommen wird, wobei eine Besserstellung durch den Arbeitsvertrag stets zulässig ist. Davon zu unterscheiden ist der Formulararbeitsvertrag, der dieselben vorformulierten Arbeitsbedingungen für alle Arbeitnehmer eines Betriebes enthält und der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB unterliegt.⁴¹ Wie aus Abbildung 1 ersichtlich gehören zum Individualarbeitsrecht der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, die Betriebliche Übung und das Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäß § 106 Gewerbeordnung (GewO).

2.2 Phasen des Arbeitsverhältnisses

Ein Arbeitsverhältnis wird in drei Phasen unterteilt, vgl. nachfolgende Abbildung 2. Die einzelnen Phasen werden durch Normen, Rechtsprechung und Bestimmungen geprägt. Hierzu ist es unentbehrlich, die einzelnen Begriffe Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Beschäftigter sowie Arbeitsverhältnis voneinander abzugrenzen.

Arbeitgeber ist derjenige Vertragspartner, „der die Dienstleistungen vom Arbeitnehmer kraft des Arbeitsvertrages fordern kann.“⁴² Als Arbeitgeber i. S. des § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG werden „natürliche und juristische Person sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die Personen nach Absatz 1 beschäftigen“, beschrieben. Dies kann entweder ein öffentlicher oder ein privater Arbeitgeber sein.

Inhaltlich geht es beim Begriff Arbeitnehmer um die Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses.⁴³ In der Rechtsprechung definiert das BAG als Arbeitnehmer, „wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zu fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.“⁴⁴ „Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Die fachliche Weisungsgebundenheit ist allerdings für Dienste höherer Art häufig nicht typisch; die Art der Tätigkeit kann es mit sich bringen, daß dem Mitarbeiter ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher

⁴¹ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 228 f.

⁴² BAG, Urteil vom 09.09.1982, Az.: 2 AZR 253/80, BAGE 40, 145, 149.

⁴³ Vgl. *Vogelsang* in: Schaub, ArbR-HdB, 16. Aufl. 2015, § 8. Arbeitnehmer Rn. 1.

⁴⁴ BAG, Beschluss vom 03.06.1975, Az.: 1 ABR 98/74, juris, Rn. 14; ständige Rechtsprechung (Rspr.) BAG, Urteil vom 25.09.2013, Az.: 10 AZR 282/12, juris, Rn. 16.

Selbständigkeit verbleibt.“⁴⁵

Der Begriff Beschäftigte in § 3 Abs. 11 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) berücksichtigt außer dem Arbeitnehmer weitere Fallgruppen wie zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte, Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist.⁴⁶

Der Oberbegriff ist der Dienstvertrag nach § 611 BGB und muss vom Arbeitsvertrag als Unterfall abgegrenzt werden, damit das arbeitsrechtliche Sonderrecht wie z. B. Kündigungsschutzrecht und Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) Anwendung findet.⁴⁷ Der Arbeitsvertrag ist ein privatwirtschaftlicher Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und begründet ein Arbeitsverhältnis. Aus diesem Dauerschuldverhältnis entstehen für beide Vertragsparteien Haupt- und Nebenpflichten.⁴⁸ Dabei kommt es nicht darauf an, welche Bezeichnung die Vertragsparteien dem Arbeitsverhältnis geben. Ausschlaggebend sind allein die Umstände sowie die praktische Durchführung des Vertrages.⁴⁹ Abgegrenzt werden muss der Werkvertrag, der auf „ein bestimmtes Arbeitsergebnis oder einen bestimmten Arbeitserfolg“⁵⁰ abzielt.

⁴⁵ BAG, Urteil vom 30.11.1994, Az.: 5 AZR 704/93, juris, Rn. 23; ständige Rspr. BAG, Urteil vom 29.08.2012, Az.: 10 AZR 499/11, juris, Rn. 15. Anmerkung: Eine weitere Differenzierung in arbeitnehmerähnliche Personen (siehe hierzu § 12 a Abs. 1 TVG), Leiharbeiter (siehe hierzu Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)), leitende Angestellte (siehe hierzu § 5 Abs. 3 BetrVG), Selbstständige und Scheinselbstständige wird hier nicht vorgenommen.

⁴⁶ § 3 Abs. 11 Nr. 1 bis 8 BDSG: „Beschäftigte sind: 1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, 2. zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte, 3. Teilnehmerinnen und Teilnehmer an Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben [...], 4. in anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen Beschäftigte, 5. nach dem Jugendfreiwilligendienstegesetz Beschäftigte, 6. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind [...], 7. Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist, 8. Beamtinnen, Beamte, Richterinnen und Richter des Bundes, Soldatinnen und Soldaten sowie Zivildienstleistende.“

⁴⁷ Vgl. *Vogelsang* in: Schaub, ArbR-HdB, 16. Aufl. 2015, § 9. Abgrenzung des Arbeitsvertrags von verwandten Verträgen Rn. 1.

⁴⁸ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 42.

⁴⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 22.04.1998, Az.: 5 AZR 342/97, juris, Rn. 37; ständige Rspr. siehe auch BAG, Urteil vom 25.09.2013, Az.: 10 AZR 282/12, juris, Rn. 16 f.; zu unterscheiden jedoch BAG, Beschluss vom 03.06.1975, Az.: 1 ABR 98/74, juris, Rn. 17, 25.

⁵⁰ *Fandel/Hausch* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 611 BGB Rn. 111.

Vertrags-part-ner Phase	(künftiger) Arbeitgeber	(künftiger) Arbeitnehmer
1. Phase: Anbahnung Arbeits- verhältnis	Rechte und Pflichten 1. Schritt: Personalplanung ↓ 2. Schritt: Stellenausschreibung erstellen ↓ 4. Schritt: Personalauswahl (Fragerecht des Arbeitgebers) ↓ 5. Schritt: Entscheidung treffen ↓ 6. Schritt: Abschluss Arbeitsvertrag	Rechte und Pflichten 3. Schritt: Bewerben auf Stellenausschreibung ↙ 4. Schritt: Bewerbungsverfahren (Offenbarungspflicht des Bewerbers, ggf. Teilnahme Einstellungsuntersuchung) ↔ 5. Schritt: Entscheidung zustimmen ↔ 6. Schritt: Abschluss Arbeitsvertrag
2. Phase: Durch- führung Arbeits- verhältnis	Rechte und Pflichten Hauptpflicht: Gewährung der Vergütung gemäß § 611 Abs. 1 2. Halbs. BGB ausgewählte Nebenpflichten: - Fürsorgepflicht, insb. Erhalt von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers, u. a. § 618 BGB - Beschäftigungspflicht - Pflicht zur Urlaubsgewährung - Pflicht zur Gleichbehandlung - Pflicht zur Zeugniserteilung	Rechte und Pflichten Hauptpflicht: Leistung von persönlichen Diensten gemäß § 611 Abs. 1 1. Halbs. BGB ausgewählte Nebenpflichten: - gegenseitige Rücksichtnahme, Treue-, Fürsorgepflicht, u. a. §§ 242, 241 Abs. 2 BGB - Leistung anderer Arbeit im Notfall - Verschwiegenheitspflicht - Anzeige-, Aufklärungs- und Auskunftspflicht
3. Phase: Beendi- gung Arbeits- verhältnis	mögliche Beendigungsgründe eines Arbeitsvertrages: - Aufhebungsvertrag - ordentliche oder außerordentliche Kündigung - Zeitablauf aufgrund Befristung - Anfechtung - gerichtlicher Entscheid - Erreichen der Regelaltersgrenze - Tod des Arbeitnehmers	

Abbildung 2: Die drei Phasen des Arbeitsverhältnisses
(Quelle: eigene Zusammenstellung)

2.2.1 1. Phase: Anbahnung Arbeitsverhältnis

Die Phase der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses beginnt mit der Feststellung, dass der Arbeitgeber Bedarf für einen neuen Arbeitnehmer hat und endet mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages. Diese erste Phase wird ebenfalls als Vertragsanbahnung oder vorvertragliches Vertragsverhältnis bezeichnet. Abbildung 2 unterteilt diese Phase in sechs Schritte, die teilweise ineinander greifen.

Im 1. Schritt erfolgt die Personalplanung (vgl. Abbildung 2). Es ist Aufgabe des Arbeitgebers auf der Grundlage seiner Unternehmenskonzeption den kurz-, mittel- und langfristigen Bedarf an Arbeitnehmern so zu planen, dass diese mit der gewünschten Qualifikation, am richtigen Ort und zum richtigen Zeitpunkt zur Verfügung stehen.⁵¹

Hierzu bedient sich der private bzw. öffentliche Arbeitgeber der Stellenausschreibung. Im Vordergrund der Stellenausschreibung stehen die Aufgaben der Stelle und die Einordnung in den hierarchischen Aufbau.⁵² Dabei treffen den Arbeitgeber verschiedene, unterschiedliche Verpflichtungen. Jedoch obliegt es ihm aufgrund seiner Entscheidungskompetenz, ob er die zu besetzende Stelle nur intern oder auch extern ausschreibt.⁵³ Dadurch können für Arbeitgeber rechtliche Hindernisse entstehen.

Unabhängig davon hat er nach § 7 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) „einen Arbeitsplatz, den er öffentlich oder innerhalb des Betriebes ausschreibt, auch als Teilzeitarbeitsplatz auszuschreiben, wenn sich der Arbeitsplatz hierfür eignet“.

§ 11 AGG verpflichtet den Arbeitgeber, dass ein Arbeitsplatz „nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 ausgeschrieben werden“ darf. Von dieser Regelung „wird jede Ausschreibung einer Stelle für den in § 6 Abs. 1 genannten Kreis von Beschäftigten [...] erfasst, insbesondere auch für den Bereich der beruflichen Aus- und Weiterbildung.“⁵⁴ Im Speziellen ist darauf zu achten, dass die Stellenausschreibung geschlechtsneutral und altersneutral ist, es sei denn, ein gewisses Alter oder ein gewisses Geschlecht ist ausnahmsweise unverzichtbar, z. B. "weibliches Modell zur Präsentation unserer Abendmode gesucht"⁵⁵. Ist eine Ungleichbehandlung gemäß §§ 8 bis 10 AGG nicht gerechtfertigt, begründet gemäß § 15 Abs. 6 AGG „[e]in Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 [...] keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungs-

⁵¹ Vgl. *Bisani*, Personalwesen und Personalführung, 169.

⁵² Vgl. *Bisani*, Personalwesen und Personalführung, 193.

⁵³ Vgl. Landesarbeitsgericht (LAG) Köln, Beschluss vom 08.02.2010, Az.: 5 TaBV 73/09, abrufbar im Internet: <<https://www.justiz.nrw.de>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017, Rn. 35.

⁵⁴ *BTDrucks 16/1780*, 36.

⁵⁵ Vgl. *Adomeit/Mohr* NZA 2007, 179, 183.

verhältnisses“, sondern nur einen Anspruch auf Entschädigung und/oder Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 1, 2 AGG.

Der private Arbeitgeber ist frei in seiner Auswahlentscheidung in Bezug auf den Aufgabenbereich und die Qualifikation des Bewerbers. Dagegen hat der öffentliche Auftraggeber in seiner Auswahlentscheidung gemäß Art. 33 Abs. 2 GG zu berücksichtigen, dass jeder Deutsche „nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte“ hat. „Danach sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Bestenauslesegrundsatzes zu besetzen.“⁵⁶

Vor der Erstellung der Stellenausschreibung hat jeder Arbeitgeber gemäß § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX verpflichtend „zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen [oder ihnen Gleichgestellten⁵⁷], besetzt werden können“. Denn gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB IX haben sowohl private als auch öffentliche Arbeitgeber „mit jahresdurchschnittlich monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen im Sinne des § 73 [...] auf wenigstens 5 Prozent der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen“. Bei der Prüfung ist die Agentur für Arbeit frühzeitig einzuschalten⁵⁸ und - sofern vorhanden - die Schwerbehindertenvertretung zu beteiligen.⁵⁹ Eine normierte Prüfungs- und Konsultationspflicht bei einer internen Stellenausschreibung⁶⁰ sah das BAG⁶¹ und das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln⁶² hingegen

⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 08.10.2007, Az.: 2 BvR 1846/07, 2 BvR 1853/07, 2 BvQ 32/07, 2 BvQ 33/07, juris, Rn. 10; BVerfG, Beschluss vom 20.09.2007, Az.: 2 BvR 1972/07, BVerfGK 12, 184, 185.

⁵⁷ Vgl. *Breitfeld/Strauß* BB 2012, 2817, Anmerkung in Fußnote 1, dass „vorbehaltlich einer ausdrücklichen Differenzierung auch immer die diesen gleichgestellten behinderten Menschen (§§ 68, 69 i. V. m. § 2 Abs. 3 SGB IX) gemeint“ sind.

⁵⁸ Siehe § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX; bei öffentlichem Auftraggeber zusätzlich § 82 Satz 1 SGB IX n. F., zuletzt geändert am 30.12.2016 durch Art. 2 Nr. 3 a), vgl. *BGBI I 2016*, 3234, 3307.

⁵⁹ Siehe § 81 Abs. 1 Satz 4 ff. SGB IX. Die Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung regelt § 95 SGB IX.

⁶⁰ Vgl. *Düwell* in: LPK-SGB IX, 4. Aufl., § 81 Rn. 136; vgl. *Breitfeld/Strauß* BB 2012, 2817.

⁶¹ BAG, Beschluss vom 17.06.2008, Az.: 1 ABR 20/07, juris, Rn. 20, sowie ausführliche Begründung des BAG in Rn. 26, wonach bei „Versetzung eines bereits beschäftigten Arbeitnehmers auf einen frei gewordenen oder neu geschaffenen Arbeitsplatz [...] aber für arbeitslose schwerbehinderte Menschen nicht die mit der Schwerbehinderung verbundenen erhöhten Schwierigkeiten [verwirklicht ist]. [...] Der zu vermutende Grund für ihre Nichtberücksichtigung liegt hier nicht in der Schwerbehinderteneigenschaft, sondern in dem Umstand, dass der versetzte Arbeitnehmer bereits beim Arbeitgeber beschäftigt ist und dieser die Versetzung [...] einer Neueinstellung vorzieht.“

nicht. Das BTHG bestätigt die Entscheidungen der beiden Gerichte, wonach gemäß § 82 Satz 1 SGB IX n. F. nunmehr die „Agentur für Arbeit frühzeitig nach einer erfolglosen Prüfung zur internen Besetzung“ einzuschalten ist.⁶³

Erleichtert wird die Chance einer Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen, wenn vor der Stellenausschreibung eine Arbeitsplatzbeschreibung für den freien Arbeitsplatz erstellt wird, die eine arbeitsplatzorientierte Beurteilung hinsichtlich der Auswirkungen auf eine Behinderung verlangt.⁶⁴

Darüber hinaus hat der Arbeitgeber gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG „[i]n Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern [...] den Betriebsrat vor jeder Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung zu unterrichten [...] und die Zustimmung des Betriebsrats zu der geplanten Maßnahme einzuholen.“ Das Mitbestimmungsrecht für öffentliche Arbeitgeber ist in § 75 Abs. 1 Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) geregelt. Hiernach bestimmt der Personalrat in Personalangelegenheiten analog zum Betriebsrat mit.⁶⁵

Dies hat direkten Einfluss auf die Stellenbeschreibung (vgl. Abbildung 2, 2. Schritt). Mit der Festlegung der Auswahlkriterien im Anforderungsprofil bestimmt der öffentliche Auftraggeber „den Umfang seiner der eigentlichen Auswahlentscheidung vorgelagerten verfahrensrechtlichen Verpflichtung nach § 82 Satz 2 und Satz 3 SGB IX [a. F.]“⁶⁶ Gibt der Arbeitgeber in der veröffentlichten Stellenbeschreibung ein Anforderungsprofil bekannt, so darf er nachträgliche Einschränkungen nur vornehmen, sofern diese den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Anforderungen gerecht werden.⁶⁷ Diese Pflicht trifft den privaten Arbeitgeber hingegen nicht.

⁶² LAG Köln, Beschluss vom 08.02.2010, Az.: 5 TaBV 73/09, abrufbar im Internet: <<https://www.justiz.nrw.de>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017, Rn. 34: „Ein Anspruch scheidet bereits daran, dass bei vorgegebener interner Stellenbesetzung schon vom Wortlaut her kein freier oder frei werdender und neu zu besetzender oder neuer Arbeitsplatz im Sinne der §§ 81 Abs. 1, 81 [sic] S. 1 SGB IX vorliegt.“

⁶³ Vgl. *BGBI I 2016*, Art. 2, Nr. 3 a), 3234, 3307.

⁶⁴ Vgl. *Knittel*, SGB IX Kommentar, 6. Aufl., § 81 SGB IX Rn. 28 f.

⁶⁵ Vgl. *Düwell* in: LPK-SGB IX, 4. Aufl., § 81 Rn. 13.

⁶⁶ BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 8 AZR 697/10, juris, Rn. 38.

⁶⁷ Vgl. BVerwG, Urteil vom 25.11.2004, Az.: 2 C 17/03, juris, Rn. 18.

Nachdem der Arbeitgeber die Stellenausschreibung veröffentlicht und der künftige Arbeitnehmer hiervon Kenntnis erlangt hat, wird er sich bei Interesse und objektiver Eignung für die ausgeschriebene Tätigkeit bewerben⁶⁸ (vgl. Abbildung 2, 3. Schritt). In den meisten Fällen wird heutzutage eine elektronische Bewerbung in Erwägung gezogen. § 32 BDSG regelt die „Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“. Abs. 1 Satz 1 bestimmt, dass „[p]ersonenbezogene Daten eines Beschäftigten [...] für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden [dürfen], wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist.“

Zulässig ist gemäß § 4 Abs. 1 BDSG „[d]ie Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten [...] nur [...], soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.“ Der Bewerber stimmt der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung mit Übersendung seiner Unterlagen zu und willigt damit ein. Jedoch ist die Einwilligung gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG „nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht.“ Nach § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG sind personenbezogene Daten beim Betroffenen zu erheben. Folglich ist eine anderweitige Datenbeschaffung seitens des Arbeitgebers nicht zulässig.⁶⁹ Hierzu zählen auch Informationen, die der Arbeitgeber z. B. durch Recherche in privaten sozialen Netzwerken herausgefunden hat oder durch Erhebung von Daten durch Dritte (Background Checks⁷⁰).⁷¹

Mit der Bewerbung entsteht im vorvertraglichen Vertragsverhältnis ein besonderes gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (culpa in contrahendo). § 241 Abs. 2 BGB regelt: „Das Schuldverhältnis kann

⁶⁸ Mit der Bewerbung gibt der Bewerber nur eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (invitatio ad offerendum) ab.

⁶⁹ Vgl. *Greßlin* BB 2015, 117, 118: wonach „Nachfragen beim bisherigen Arbeitgeber oder Internet-Recherchen mit Suchmaschinen oder in beruflichen sozialen Netzwerken durch den Arbeitgeber [...] zumindest im Grundsatz zulässig [sind]. Nur zulässigerweise erhobene Daten dürfen im Weiteren genutzt und gespeichert werden. Die Speicherung ist nach der gesetzlichen Definition (§ 3 Abs. 4 S. 1 BDSG) ein Unterfall der Verarbeitung von Daten.“

⁷⁰ Ausführlich *Hohenstatt/Stamer/Hinrichs* NZA 2006, 1065, zur Zulässigkeit von Background Checks im Vorfeld von Einstellungen.

⁷¹ Vgl. *Gola/Wronka*, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz, 166 ff.

nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet“. Ferner kommen Aufklärungs-, Mitwirkungs- und Obhutspflichten in Betracht.⁷² § 311 Abs. 2 BGB erweitert das vorvertragliche Schuldverhältnis auf die bloße Anbahnung eines Vertrages.⁷³

Der Arbeitgeber hat die in § 93 SGB IX genannten Vertretungen (u. a. Betriebs- bzw. Personalrat) sowie die Schwerbehindertenvertretung unmittelbar nach Eingang von Vermittlungsvorschlägen und vorliegende Bewerbungen schwerbehinderter und ihnen gleichgestellter Menschen zu unterrichten.⁷⁴ Ferner besteht für den öffentlichen Arbeitgeber die Verpflichtung nach § 82 Satz 2 SGB IX, den schwerbehinderten Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Nach Satz 3 ist eine Einladung „entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt.“ Darüber hinaus hat die Schwerbehindertenvertretung gemäß § 95 Abs. 2 Satz 4 SGB IX n. F. „das Recht auf Beteiligung am Verfahren nach § 81 Abs. 1“ SGB IX und bei Bewerbungen schwerbehinderter Menschen auf Teilnahme an Vorstellungsgesprächen. „Grundsätzlich tritt daher die Schwerbehindertenvertretung auch bei Vorstellungsgesprächen unabhängig vom Arbeitgeber auf, ein Weisungsrecht besteht nicht.“⁷⁵

Im anschließenden Personalauswahlverfahren ist der Arbeitgeber (vgl. Abbildung 2, 4. Schritt) daran interessiert, möglichst viel über den Bewerber zu erfahren. Einerseits kennt er die fachlichen Anforderungen aus den Bewerbungsunterlagen, andererseits hat er ein besonderes Interesse daran, ob der Bewerber auch die persönlichen Anforderungen erfüllt.⁷⁶ Daher lädt er den Bewerber zum Vorstellungsgespräch ein, aber auch andere Auswahlverfahren wie Assessment-Center, Telefoninterview oder Testverfahren kommen in Betracht.

Der Arbeitgeber kann im Vorstellungsgespräch viele unterschiedliche Fragen stellen.⁷⁷ Das BAG gesteht dem Arbeitgeber ein Fragerecht zu, „als er ein

⁷² Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 282.

⁷³ Vgl. *Toussaint* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 241 BGB Rn. 29; vgl. *Lapp* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 311 BGB Rn. 28 f.

⁷⁴ Siehe § 81 Abs. 1 Satz 4 SGB IX.

⁷⁵ BAG, Urteil vom 21.02.2013, Az.: 8 AZR 180/12, juris, Rn. 50.

⁷⁶ Vgl. *Wisskirchen/Bissels* NZA 2007, 169.

⁷⁷ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 259.

berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage für das Arbeitsverhältnis hat.“⁷⁸ Dabei muss das berechnete, objektive Interesse des Arbeitgebers so stark sein, dass der Schutz des Arbeitnehmers in seinem Persönlichkeitsrecht und die Sicherung in seiner Individualsphäre nachstehen.⁷⁹ Somit hat der Arbeitgeber nur ein Fragerecht, wenn die in Aussicht genommene Tätigkeit und die gestellte Frage einen erkennbaren Zusammenhang haben.⁸⁰

Der Bewerber hingegen möchte im Vorstellungsgespräch so wenig wie möglich seiner Individualsphäre offenbaren, „um nicht Gefahr zu laufen, den Arbeitsplatz nicht zu erhalten.“⁸¹ Allerdings trifft er hier auf einen Interessenkonflikt⁸²: Auf der einen Seite steht das Fragerecht des Arbeitgebers und auf der anderen Seite die Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers.

Verwendet der Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch oder später zur Vorbereitung eines Arbeitsvertrages einen Personalfragebogen, so hat der Arbeitgeber zwingend das Fragerecht zu beachten. Die Einführung und Änderung von Personalfragebögen bedarf gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats.⁸³

Ärztliche Einstellungsuntersuchungen und Gesundheitstests⁸⁴ sollen dem Arbeitgeber Aufschluss darüber geben, ob der (künftige) Arbeitnehmer den physischen und geistigen Anforderungen an den ausgeschriebenen Arbeitsplatz gewachsen ist

⁷⁸ BAG, Urteil vom 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83, jurion, Rn. 30; vgl. BAG, Urteil vom 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60, BAGE 11, 270, 274: Im Zusammenhang mit der Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber „deshalb ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse daran, bereits im Laufe der Einstellungsverhandlungen zu erfahren, ob die Bewerberin [...] in anderen Umständen ist [...], damit sich der Arbeitgeber nicht unerwartet den Geboten des Mutterschutzrechtes gegenüber sieht“.

⁷⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83, jurion, Rn. 30.

⁸⁰ Vgl. *Thüsing/Lambrich* BB 2002, 1146.

⁸¹ BAG, Urteil vom 01.08.1985, Az.: 2 AZR 101/83, jurion, Rn. 19.

⁸² Siehe Ausführungen in Kapitel 2.3.1 Der Interessenkonflikt: zulässige und unzulässige Fragen.

⁸³ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 280; vgl. BVerwG, Beschluss vom 28.01.1998, Az.: 6 P 2/97, jurion, Rn. 54: Das Mitbestimmungsrecht der Personalvertretung nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG gilt entsprechend, damit „der Arbeitgeber keine dienstrechtlich unzulässigen Fragen stellt.“

⁸⁴ Siehe auch *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 321 f., Rn. 703 f., der darauf hinweist, dass ein Drogentest unzulässig sein kann. Ebenso unzulässig ist die Frage nach Vorerkrankungen, die eine genetische Rolle spielen. Hierzu „sind die speziellen Regelungen des GenDiagnostikG zu beachten, das am 1.2.2010 in Kraft getreten ist.“

und dienen oftmals der Einstellungsentscheidung.⁸⁵ Diese können entweder vor oder nach⁸⁶ Unterzeichnung eines Arbeitsvertrages durchgeführt werden.⁸⁷ Die Einstellungsuntersuchung und deren Umfang müssen wie das Fragerecht des Arbeitgebers im berechtigten Interesse liegen.⁸⁸ Einstellungsuntersuchungen setzen die Einwilligung des (künftigen) Arbeitnehmers voraus⁸⁹ und sind in den gesetzlich vorgeschriebenen Ausnahmen wie z. B. §§ 32 ff. Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG) bis 18 Jahre erlaubt.

Die Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV) regelt die allgemeinen Pflichten des Arbeitgebers und wird durch Arbeitsmedizinische Regeln (AMR) konkretisiert. Nach § 3 Abs. 1 ArbMedVV hat der Arbeitgeber „auf der Grundlage der Gefährdungsbeurteilung für eine angemessene arbeitsmedizinische Vorsorge zu sorgen“. Eine Pflichtvorsorge gemäß § 4 ArbMedVV ist z. B. für Tätigkeiten mit Gefahrstoffen wie Kohlenmonoxid, oder für Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen einschließlich gentechnischen Arbeiten mit humanpathogenen Organismen vorgeschrieben.

Im 5. Schritt trifft der Arbeitgeber seine Einstellungsentscheidung (vgl. Abbildung 2). Vor jeder Einstellung ist der Betriebsrat gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG (bzw. der Personalrat gemäß § 75 Abs. 1 BPersVG) aufgrund seiner Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen zu unterrichten, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und die Zustimmung zur geplanten Einstellung einzuholen.

⁸⁵ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 276.

⁸⁶ Vgl. BAG, Urteil vom 12.08.1999, Az.: 2 AZR 55/99, juris, Leitsatz, Rn. 19: wonach ein Arbeitnehmer regelmäßig nicht verpflichtet ist, „im laufenden Arbeitsverhältnis routinemäßigen Blutuntersuchungen zur Klärung, ob er alkohol- oder drogenabhängig ist, zuzustimmen.“ „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt grundsätzlich vor der Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter des Arbeitnehmers.“

⁸⁷ Vgl. *Beckschulze* BB 2014, 1013, 1016.

⁸⁸ Vgl. BAG, Urteil vom 23.02.1967, Az.: 2 AZR 124/66, DB 1967, 1182, 1183: Die Arbeitnehmerin verweigerte die amtsärztliche Untersuchung, weil das wahrscheinliche Interesse des Arbeitgebers nur in der Feststellung des Gesundheitszustandes der Klägerin aufgrund ihrer Höhergruppierung war und rechtfertigte daher keine fristlose Kündigung.

⁸⁹ Einstellungsuntersuchungen beurteilt kritisch jedoch *Bayreuther* NZA 2010, 679, 682: Der untersuchende Arzt darf aufgrund seiner „Verschwiegenheitspflicht nur ein Gesamturteil (‘tauglich’ bzw. ‘ungeeignet’) an den Arbeitgeber weitergeben“, aber der untersuchende Arzt könnte „doch Erwägungen in die Beurteilung einfließen [lassen] [...], an denen sich die Bewerberauswahl rechtlich gesehen an sich nicht festmachen dürfte“ und somit der Bewerber „auf Grund einer festgestellten Erkrankung jedoch häufiger krankheitsbedingt ausfallen könnte.“

„Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder eine der in § 93 SGB IX genannten Vertretungen mit der beabsichtigten Entscheidung nicht einverstanden, so ist diese gemäß § 81 Abs. 1 Satz 7 SGB IX zunächst unter Darlegung der Gründe mit ihnen zu erörtern.“⁹⁰ Der Betriebsrat kann die Zustimmung im Mitbestimmungsverfahren verweigern. „Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX begründet ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG [...] bei Einstellungen.“⁹¹

Der Arbeitgeber hat dem abgelehnten Bewerber seine Entscheidung mitzuteilen, ohne diese begründen zu müssen, es sei denn, er sagt einem schwerbehinderten Bewerber ab und die Behinderung ist bekannt. In diesem Fall hat er den abgelehnten Bewerber „unverzüglich über die Gründe für die ablehnende Entscheidung“⁹² zu unterrichten. Jedoch ist der Arbeitgeber nur dann dazu verpflichtet, wenn er die Beschäftigungsquote gemäß § 71 SGB IX nicht erfüllt.⁹³ Grundsätzlich steht dem abgelehnten Bewerber kein Auskunftsanspruch über die Auswahlentscheidung zu.⁹⁴

Der 6. und letzte Schritt in der ersten Phase des Arbeitsverhältnisses ist der Abschluss des Arbeitsvertrages (vgl. Abbildung 2). Mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages beginnt zugleich die zweite Phase des Arbeitsverhältnisses.

2.2.2 2. Phase: Durchführung Arbeitsverhältnis

Die zweite Phase des Arbeitsverhältnisses stellt dessen Durchführung dar. Diese Phase beginnt mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages und führt zum Arbeitsverhältnis. Das Arbeitsvertragsrecht ist in den §§ 611 ff. BGB geregelt. Für den Arbeitsvertrag besteht Vertragsfreiheit gemäß § 105 GewO.

Aus dem Arbeitsvertrag als gegenseitiger Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ergeben sich zahlreiche Rechte und Pflichten (vgl. Abbildung 2). Ausgewählte Rechte und Pflichten werden nachfolgend erläutert.

⁹⁰ BAG, Urteil vom 21.02.2013, Az.: 8 AZR 180/12, juris, Rn. 44.

⁹¹ BAG, Beschluss vom 17.6.2008, Az.: 1 ABR 20/07, juris, Rn. 24.

⁹² BAG, Urteil vom 21.02.2013, Az.: 8 AZR 180/12, juris, Rn. 16.

⁹³ Vgl. BAG, Urteil vom 21.02.2013, Az.: 8 AZR 180/12, juris, Rn. 16.

⁹⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.04.2012, Az.: Rs. C-415/10, Meister, juris, Rn. 46.

Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers definiert § 611 Abs. 1 1. Halbs. BGB: „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste [...] verpflichtet.“ Ferner ergibt sich gemäß § 613 Satz 1 BGB die Pflicht des Arbeitnehmers, die Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen.

Für den Arbeitgeber ergibt sich die Hauptpflicht aus § 611 Abs. 1 2. Halbs. BGB: „der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet“. Darüber hinaus regelt § 106 Satz 1 und 2 GewO das Weisungsrecht des Arbeitgebers: „Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb.“ § 315 BGB konkretisiert die Bestimmung nach billigem Ermessen näher.

Aus dem Weisungsrecht des Arbeitgebers ergibt sich die Pflicht des Arbeitnehmers, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Hieraus kann der Arbeitnehmer das Recht einfordern, angemessen beschäftigt zu werden. „Rechtsgrundlage eines solchen Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers ist das Arbeitsvertragsrecht. Der Anspruch ist abzuleiten aus den §§ 611, 613 BGB in Verbindung mit § 242 BGB. Die Generalklausel des § 242 BGB wird dabei ausgefüllt durch die Wertentscheidung der Art. 1 und 2 GG.“⁹⁵

„Wenn die Arbeitspflicht arbeitsvertraglich nicht auf eine genau bestimmte Tätigkeit begrenzt ist, kann dem Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes jede Tätigkeit übertragen werden, die den Merkmalen seiner Vergütungsgruppe und seinen Kräften und Fähigkeiten entspricht, sofern ihm die Tätigkeit auch im übrigen billigerweise zugemutet werden kann. Die Verweigerung einer solchen Tätigkeit kann die fristlose Entlassung rechtfertigen.“⁹⁶ Hiervon abzugrenzen sind außergewöhnliche, unvorhersehbare Notfälle bzw. Notfallarbeiten wie z. B. Lösch-

⁹⁵ BAG, Beschluss vom 27.02.1985, Az.: GS 1/84, juris, Rn. 38; ständige Rspr. vgl. BAG, Urteil vom 24.06.2015, Az.: 5 AZR 462/14, 5 AZR 225/14, juris, Rn. 34.

⁹⁶ BAG, Urteil vom 12.04.1973, Az.: 2 AZR 291/72, jurion, 1. Leitsatz; ständige Rspr. vgl. BAG, Urteil vom 12.01.2011, Az.: 7 AZR 194/09, juris, Rn. 19.

arbeiten beim Brand in einer Betriebsstätte. Der Arbeitnehmer hat gegenüber dem Arbeitgeber aufgrund seiner Treupflicht auch solche Arbeiten auszuführen, die nicht üblicherweise in seinen Tätigkeitsbereich fallen.

Allerdings sind die Grenzen der Arbeitspflicht in den gesetzlichen Bestimmungen wie z. B. in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen oder dem Mutterschutzgesetz (MuSchG) zu beachten. Weiterhin gelten nach Vertragsabschluss die bereits oben genannten Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB fort. Nach § 242 BGB ist der Schuldner verpflichtet, „die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“. Die Rücksichtnahme- und Schutzpflichten treffen beide Seiten.⁹⁷

Zu den Rücksichtnahmepflichten des Arbeitnehmers zählt u. a. die Verschwiegenheitspflicht. Deshalb hat der Arbeitnehmer alles zu unterlassen, was die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigen würde. Dazu gehört auch keine Belästigung anderer Arbeitnehmer oder Dritter sowie die Wahrung des Betriebsfriedens. Hiervon ausgenommen sind z. B. Wettbewerbsverstöße oder Straftaten seitens des Arbeitgebers. Weitere Pflichten sind das Verbot der Schmiergeldannahme, Wettbewerbsverbot und Verbot bestimmter Nebentätigkeiten.⁹⁸

Die Schutzpflichten des Arbeitnehmers umfassen u. a. die Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften, die Anzeige und Abwendung von drohenden Schäden und Störungen sowie Anzeige-, Aufklärungs- und Auskunftspflichten.⁹⁹ So ist der Arbeitnehmer verpflichtet seine Erkrankung anzuzeigen und ggf. die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung¹⁰⁰ vorzulegen¹⁰¹ sowie generell richtige Auskünfte über dienstliche Angelegenheiten zu geben.

Nach der Einstellung trifft den Arbeitnehmer die Pflicht, seine Gewerkschaftszugehörigkeit und seinen Familienstand offen zu legen bzw. der Lohnbuchhaltung mitzuteilen. Ebenso muss die Frage nach der Schwerbehinderung eines Arbeitnehmers zumindest im Vorfeld einer Kündigung wahrheitsgemäß beantwortet

⁹⁷ Vgl. *Pfeiffer* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 242 BGB Rn. 52.

⁹⁸ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 369 ff.

⁹⁹ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 382 f.

¹⁰⁰ Siehe § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 EntgFG - Anzeige- und Nachweispflichten.

¹⁰¹ Vgl. *Pfeiffer* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 242 BGB Rn. 52.

werden.¹⁰²

Den Arbeitgeber treffen neben der Beschäftigungspflicht vor allem Fürsorgepflichten und die Pflicht zur Gleichbehandlung. Die Fürsorgepflicht umfasst sowohl die Pflicht zur Urlaubsgewährung¹⁰³, zur Entgeltfortzahlung an Feiertagen¹⁰⁴ und im Krankheitsfall¹⁰⁵ samt Krankenfürsorge¹⁰⁶ als auch die Pflicht zum Schutz des Arbeitnehmers, um Gefahren für Leben und Gesundheit abzuwenden.¹⁰⁷ Der Schutz beinhaltet auch das Eingreifen des Arbeitgebers bei Konflikten zwischen Arbeitskollegen bzw. das Bewahren seiner Arbeitnehmer vor Mobbing.¹⁰⁸

Die Pflicht zur Gleichbehandlung beschreibt der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Er wird aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet und „gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regel gleichzubehandeln. Damit verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz eine sachfremde Gruppenbildung und die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe.“¹⁰⁹ Spezielle Ausprägungen sind Benachteiligungs- und Diskriminierungsverbote.¹¹⁰

Die rechtzeitige Anmeldung zur Sozialversicherung sowie die konkrete Berechnung des Arbeitsentgelts gehören zu den Sorgfaltspflichten des Arbeitgebers. Ferner treffen den Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer Auskunft- und Informationspflichten. Die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitgebers gilt für alle Tatsachen, die im berechtigten Schutzinteresse des Arbeitnehmers liegen wie z. B. Einkommen, persönliche Verhältnisse des Arbeitnehmers und geschützte

¹⁰² Vgl. BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 6 AZR 553/10, juris, Rn. 19.

¹⁰³ Siehe § 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) - Urlaubsanspruch.

¹⁰⁴ Siehe § 2 Abs. 1 EntgFG - Entgeltzahlung an Feiertagen.

¹⁰⁵ Siehe § 3 Abs. 1 Satz 1 EntgFG - Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

¹⁰⁶ Siehe § 617 BGB - Pflicht zur Krankenfürsorge, unabdingbar nach § 619 BGB.

¹⁰⁷ Siehe § 618 BGB - Pflicht zu Schutzmaßnahmen, unabdingbar nach § 619 BGB. Hierzu gehören auch Schutzmaßnahmen aus arbeitsschutzrechtlicher Bestimmungen, z.B. Bereitstellen von Schutzkleidung, Einhaltung der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV), dem Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) und den Unfallverhütungsvorschriften (UVV).

¹⁰⁸ Vgl. *Legleiter* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 618 BGB, Rn. 20.

¹⁰⁹ BAG, Urteil vom 21.09.2011, Az.: 5 AZR 520/10, juris, Rn. 18; siehe auch § 75 BetrVG.

¹¹⁰ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 438.

personenbezogenen Daten gemäß BDSG.¹¹¹

Eine weitere Pflicht des Arbeitgebers ist die Pflicht zur Zeugniserteilung. § 109 Abs. 1 Satz 1 GewO bestimmt, dass der Arbeitnehmer „bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis“ hat. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beginnt die dritte Phase des Arbeitsverhältnisses.

2.2.3 3. Phase: Beendigung Arbeitsverhältnis

Die dritte Phase stellt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. Abbildung 2) dar. Aufgrund dessen werden die genannten Beendigungsgründe betrachtet.

Unabhängig davon, in welcher Form das Arbeitsverhältnis beendet wird, bleiben Rücksichtnahme, Treue- und Fürsorgepflicht in gewissem Umfang bestehen. Der Arbeitnehmer ist z. B. weiterhin zur Verschwiegenheit verpflichtet. Ebenso kann nach einer Kündigung die Pflicht zur Wiedereinstellung seitens des Arbeitgebers bestehen.

Eine Möglichkeit der Beendigung ist der Aufhebungsvertrag. Beide Vertragsparteien können jederzeit das Arbeitsverhältnis einvernehmlich beenden. Voraussetzung ist, dass der Aufhebungsvertrag gemäß §§ 145 ff. BGB i. V. m. § 623 BGB schriftlich abgeschlossen wurde. Wesentlicher Unterschied zur Kündigung besteht darin, dass ein Aufhebungsvertrag nicht dem KSchG unterliegt und auch mit Arbeitnehmern abgeschlossen werden kann, die den Sonderkündigungsschutz genießen.¹¹² § 2 Abs. 4 AGG differenziert bei Kündigungen zwischen allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz wie z. B. für Schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer gemäß § 85 SGB IX, Schwangere und Mütter gemäß § 9 Abs. 1 MuSchG oder Betriebsräte und Personalräte gemäß § 15 Abs. 1 bis 3 KSchG.

Eine weitere Möglichkeit stellt die ordentliche Kündigung dar. Sie erfolgt unter Einhaltung einer Kündigungsfrist gemäß § 622 BGB und Bedarf der Schriftform gemäß §§ 145 ff. i. V. m. § 623 BGB. Allerdings muss ein sozial gerechtfertigter Grund vorliegen gemäß § 1 Abs. 1 KSchG.

¹¹¹ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 537 ff.

¹¹² Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 961 ff.

Hiervon abzugrenzen ist die außerordentliche Kündigung. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Dienstverhältnis „von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.“¹¹³ Dabei muss die Kündigung die unausweichlich letzte Maßnahme (ultima ratio) für den Kündigenden sein, d. h. alle anderen milderer Mittel wie z. B. Abmahnung, Versetzung oder ordentliche Kündigung müssen erschöpft sein. Die Schriftform gemäß §§ 145 ff. i. V. m. § 623 BGB ist erforderlich.¹¹⁴

Erbringt der Arbeitnehmer ein bestimmtes objektives Leistungsminimum nicht, kann der Arbeitgeber abmahnen und verhaltensbedingt kündigen.¹¹⁵ § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG erwähnt noch personenbedingte oder betriebsbedingte Gründe.

Der Betriebsrat ist gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG „vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.“¹¹⁶ Mit Inkrafttreten des BTHG wurde gemäß § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX n. F. das Kündigungsrecht des Arbeitgebers gegenüber schwerbehinderten Menschen verschärft. Hiernach ist „[d]ie Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung [der Schwerbehindertenvertretung] nach Satz 1 ausspricht, [...] unwirksam.“

Ein Arbeitsverhältnis kann ebenfalls mit Ablauf der Zeit aufgrund von Befristung gemäß § 14 Abs. 1, 2 TzBfG enden. Befristete Arbeitsverträge enden ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Zeit oder mit Erreichen des Zwecks. Die fristlose außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist jederzeit möglich. Eine ordentliche Kündigung ist nur zulässig gemäß § 15 Abs. 3 TzBfG, „wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist.“

¹¹³ Vgl. hierzu auch Ausführungen des BAG, Urteil vom 13.01.1982, Az.: 7 AZR 757/79, BAGE 37, 267, 271 f.

¹¹⁴ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 723 ff.

¹¹⁵ Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht, 345.

¹¹⁶ Siehe auch § 79 Abs. 3, 4 BPersVG.

Die Anfechtung hingegen beseitigt lediglich die bei Vertragsabschluss abgegebene Willenserklärung. Der Arbeitsvertrag kann entweder wegen Irrtums gemäß § 119 BGB, wegen falscher Übermittlung gemäß § 120 BGB oder wegen Täuschung oder Drohung gemäß § 123 BGB angefochten werden. Hierfür muss die Anfechtungserklärung gemäß § 143 BGB vom Anfechtungsberechtigten gegenüber dem Anfechtungsgegner erklärt werden.¹¹⁷ Nach herrschender Rechtsprechung wirkt die Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB im vollzogenen Arbeitsverhältnis nur für die Zukunft (ex nunc).¹¹⁸ Eine Anfechtung kann parallel zu einer Kündigung erklärt werden, „weil Anfechtung und Kündigung sich jedenfalls in ihren Voraussetzungen wesentlich voneinander unterscheiden.“¹¹⁹ „Die Anfechtung setzt einen Grund voraus, der schon vor oder beim Abschluß des Arbeitsvertrages vorgelegen hat, während die Kündigung dazu dient, ein nachträglich ‚krank oder sinnlos‘ gewordenes Arbeitsverhältnis zu beseitigen.“¹²⁰ Der Betriebsrat muss vor einer Anfechtung nicht angehört werden, da er gemäß § 102 BetrVG nur eine Mitbestimmung bei Kündigungen hat.

Ebenso kann durch gerichtlicher Entscheid gemäß § 9 Abs. 1 KSchG ein Arbeitsverhältnis beendet werden. Während des Kündigungsrechtsstreits ist ein Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung gemäß § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG bzw. gemäß § 79 Abs. 2 Satz 1 BPersVG bei unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss möglich.¹²¹

Mit Erreichen der gesetzlichen Regelaltersgrenze kann ein Arbeitsverhältnis ebenfalls beendet werden, wenn vertragliche Bestimmungen wie z. B. Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung dies vorsehen. § 35 Satz 2 SGB VI definiert: „Die Regelaltersgrenze wird mit Vollendung des 67. Lebensjahres erreicht.“ In den

¹¹⁷ Vgl. *Illmer* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 143 BGB Rn. 9.

¹¹⁸ Vgl. *Illmer* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 142 BGB Rn. 17; vgl. BAG, Urteil vom 05.12.1957, Az.: 1 AZR 594/56, BAGE 5, 159, 161; ständige Rspr. vgl. BAG, Urteil vom 03.12.1998, Az.: 2 AZR 754/97, juris, Rn. 15; vgl. BAG, Urteil vom 20.02.1986, Az.: 2 AZR 244/85, juris, Rn. 31.

¹¹⁹ BAG, Urteil vom 28.03.1974, Az.: 2 AZR 92/73, juris, Rn. 8; vgl. BAG, Urteil vom 05.12.1957, Az.: 1 AZR 594/56, BAGE 5, 159, 161.

¹²⁰ BAG, Urteil vom 28.03.1974, Az.: 2 AZR 92/73, juris, Rn. 9; vgl. *Franzen* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 119 BGB Rn. 60.

¹²¹ Vgl. *Fandel/Hausch* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 611 BGB Rn. 257; vgl. BAG, Beschluss vom 27.02.1985, Az.: GS 1/84, juris, Rn. 27.

§§ 36 ff. SGB VI werden Ausnahmen für die Altersrente langjährig Versicherter und schwerbehinderter Menschen geregelt. Gemäß § 41 Satz 1 SGB VI ist „[d]er Anspruch des Versicherten auf eine Rente wegen Alters [...] nicht als ein Grund anzusehen, der die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nach dem Kündigungsschutzgesetz bedingen kann.“ Damit führt allein das Erreichen der Regelaltersgrenze seitens der gesetzlichen Rentenversicherung nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

„Das Arbeitsverhältnis endet mit dem Tod des Arbeitnehmers.“¹²² Dies ergibt sich aus § 613 Satz 1 BGB, wonach der Dienst von der Person höchstpersönlich zu leisten ist.¹²³

2.3 Begriffsabgrenzungen

Welche Fragen des Arbeitgebers sind erlaubt und muss der Arbeitnehmer diese wahrheitsgemäß beantworten? Was wird unter dem Begriff Behinderung verstanden? Welche Abgrenzung gibt es zu den Begriffen Schwerbehinderung, Krankheit und chronische Krankheit? Diese Fragen sollen nachfolgend beantwortet und die Begriffe voneinander abgegrenzt werden.

2.3.1 Der Interessenkonflikt: zulässige und unzulässige Fragen

In der ersten Phase des Arbeitsverhältnisses wurde im 4. Schritt (vgl. Abbildung 2) der Interessenkonflikt erwähnt. Hier steht das Fragerecht des Arbeitgebers der Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers gegenüber.

Dabei wurde festgestellt, dass dem Arbeitgeber einerseits ein Fragerecht zusteht, „als er ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage für das Arbeitsverhältnis hat.“¹²⁴ Deshalb muss zwischen der in Aussicht genommenen Tätigkeit und der gestellten Frage ein erkennbarer Zusammenhang bestehen.¹²⁵

¹²² APS/Preis Grundlagen K. Rn. 5.

¹²³ Vgl. ErfK/Preis, 16. Aufl. 2016, § 613 BGB Rn. 2, 5.

¹²⁴ BAG, Urteil vom 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83, jurion, Rn. 30; vgl. BAG, Urteil vom 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60, BAGE 11, 270, 274.

¹²⁵ Vgl. Thüsing/Lambrich BB 2002, 1146.

Andererseits darf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Bewerbers nicht übergangen werden. Seine Offenbarungspflicht ist „an die Voraussetzung gebunden, daß die verschwiegenen Umstände dem Arbeitnehmer die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht unmöglich machen oder sonst für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind.“¹²⁶ „Wird der Arbeitnehmer bei der Einstellung nach dem Vorliegen einer bestimmten Tatsache befragt, so ist er - falls die Frage zulässig ist - zu deren wahrheitsgemäßer Beantwortung verpflichtet [...]. Ohne eine entsprechende Frage des Arbeitgebers muß der Arbeitnehmer von sich aus nur auf solche Tatsachen hinweisen, deren Mitteilung der Arbeitgeber nach Treu und Glauben erwarten darf.“¹²⁷

Oftmals ist dem Bewerber nicht bekannt, welche Fragen wahrheitsgemäß zu beantworten sind und welche Fragen ein „Recht zur Lüge“¹²⁸ erlauben. Er sieht sich dann gezwungen, alle Fragen wahrheitsgemäß zu beantworten, aus Angst vor einer Nichteinstellung oder späteren rechtlichen Konsequenzen.¹²⁹ Verweigert der Bewerber einerseits die Antwort auf eine zulässige Frage, signalisiert er mit „keine Antwort ist auch eine Antwort“¹³⁰ eine Antwort. Beantwortet er andererseits im Vorstellungsgespräch eine zulässige Frage (vgl. Ausführungen in Tabelle 2 und Tabelle 3) des Arbeitgebers bewusst falsch, berechtigt dies den Arbeitgeber zur Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung.¹³¹ „Aber nicht jede falsche Angabe [...] bei der Einstellung [...] stellt eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB dar, sondern nur eine falsche Antwort auf eine

¹²⁶ BAG, Urteil vom 21.02.1991, Az.: 2 AZR 449/90, juris, Rn. 21; vgl. BAG, Urteil vom 25.03.1976, Az.: 2 AZR 136/75, DB 1976, 1240, 1241, wonach den Kläger eine Offenbarungspflicht nur trifft, wenn seine Schwerbehinderung zu Einschränkungen bei der Arbeit führt; vgl. BAG, Urteil vom 07.02.1964, Az.: 1 AZR 251/63, BAGE 15, 261, 263 ff., hier führte eine zugesagte Einstellung wegen nicht offenbarer Krankheit zu Schadensersatzforderungen.

¹²⁷ BAG, Urteil vom 21.02.1991, Az.: 2 AZR 449/90, juris, Rn. 20.

¹²⁸ Siehe BAG, Urteil vom 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60, BAGE 11, 270, 275: Es wird erwähnt, dass der Senat ein Recht zur Lüge bei Einstellungsverhandlungen nicht außer Acht lässt, dadurch aber „von Anfang an das erforderliche Vertrauen zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses ernstlich“ beeinträchtigt würde; vgl. BAG, Urteil vom 05.12.1957, Az.: 1 AZR 594/56, BAGE 5, 159, 163, welches ebenfalls ein Recht zur Lüge erlaubt: „Indiskrete Befragungen z. B. könnten als ein Einbruch in die rechtlich zu schützende Individualsphäre des Arbeitnehmers unzulässig und daher ihre wahrheitswidrige Beantwortung nicht arglistig sein.“

¹²⁹ Vgl. *Preis/Bender NZA* 2005, 1321, 1322.

¹³⁰ Siehe hierzu *Duden*, Redewendungen, 53: „das Ausbleiben einer erwarteten Antwort kommentierende Redensart, die zum Ausdruck bringt, dass man den Grund kennt, warum der Gesprächspartner es vorzieht, zu schweigen“; kursive Darstellung seitens des Verlags.

¹³¹ Vgl. hierzu nachfolgende Ausführungen in Kapitel 3: Die Rechtsprechung und die Rechtsfolgen in Bezug auf das Fragerecht des Arbeitgebers im zeitlichen Verlauf.

zulässigerweise gestellte Frage.“¹³² Ungeachtet dessen steht dem Bewerber ein Fragerecht gegenüber seinem künftigen Arbeitgeber zu.

Die vier Antwortmöglichkeiten auf Fragen seitens des Arbeitgebers sind also: wahrheitsgemäß beantworten, schweigen, bewusst falsche Antwort auf eine zulässige Frage oder Recht zur Lüge bei einer unzulässigen Frage.

Um zu klären, welche Fragen der Arbeitgeber dem Bewerber stellen darf, zeigt nachfolgende Tabelle 2 anhand der in § 1 AGG genannten Benachteiligungen auf, ob der Arbeitgeber ein Fragerecht hat. In Tabelle 2 wird gegenübergestellt, ob die Frage des Arbeitgebers bereits vor Inkrafttreten des AGG gestellt und vom Bewerber wahrheitsgemäß zu beantworten war oder erst nach Inkrafttreten des AGG verboten ist.

Teilweise wird diese Übersicht ergänzt mit Rechtsprechung zur Verdeutlichung der Benachteiligung. Dabei sind Änderungen der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung mit Bezug auf die Benachteiligung nicht nur auf die RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 und auf das Inkrafttreten des AGG zum 18.08.2006 zurückzuführen.

¹³² BAG, Urteil vom 05.12.1957, Az.: 1 AZR 594/56, BAGE 5, 159, 163; ständige Rspr. vgl. BAG, Urteil vom 21.02.1991, Az.: 2 AZR 449/90, juris, Rn. 21.

Tabelle 2: Übersicht über das Fragerecht des Arbeitgebers vor und nach Inkrafttreten des AGG anhand der genannten Benachteiligungen (Quelle: eigene Zusammenstellung¹³³)

Frage- Be- nach- teiligung	vor Inkrafttreten des AGG	nach Inkrafttreten des AGG
aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft	<p>unzulässig; jedoch nach Ansicht der Rspr. rechtlich anzuerkennendes Interesse nach gültiger Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis zu fragen, da § 19 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) a. F. i. S. des Art. 11 GG Ausübung einer Beschäftigung nur erlaubt, wenn Erlaubnis der Bundesanstalt vorliegt;</p> <p>vgl. Urteil des LAG Nürnberg, 21.09.1994, Az.: 3 Sa 1176/93, Wegfall einer Arbeitserlaubnis aufgrund Entzug einer Aufenthaltserlaubnis</p>	<p>unzulässig, vgl. Urteil des EuGH, 10.07.2008, Az.: Rs. C-54/07, Arbeitgeber verkündet, er stelle keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse ein;</p> <p>unzulässig, vgl. Art. 18 AEUV;</p> <p>jedoch problematisch, da Verstoß gegen Merkmal „aus Gründen der Rasse“ und/oder „ethnischen Herkunft“, aber Rechtfertigungsgrund nach § 8 Abs. 1 AGG, Verletzung Pflichten des Arbeitgebers wegen Verstoß gegen Beschäftigungsverbot gemäß § 4 Abs. 3 Satz 3 Aufenthaltsgesetz (AufenthG), ggf. Bußgeld gemäß § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III</p>
wegen des Geschlechts	<p>unzulässig, siehe RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen;</p> <p>vgl. Urteil des EuGH, 10.04.1984, Az.: Rs. 14/83, es wurde nicht nach dem Geschlecht gefragt, aber Bewerbung zweier Frauen wegen des Geschlechts nicht berücksichtigt</p>	<p>unzulässig;</p> <p>es sei denn Rechtfertigungsgrund nach § 8 Abs. 1 AGG, z. B. weibliches Modell zur Präsentation unserer Abendmode gesucht</p>
wegen der Religion oder Weltanschauung	<p>unzulässig, da verfassungsrechtlicher Schutz der Religionsfreiheit über Art. 4 Abs. 1, 2 GG, Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 3 Satz 1 Weimarer Verfassung (WRV);</p> <p>es sei denn Tendenzträger: Konfessionszugehörigkeit spielt eine Rolle, z. B. Beschluss des BVerfG, 04.06.1985, Az.: 2 BvR 1703/83, 2 BvR 1718/83, Kündigung zweier Ärzte eines katholischen Krankenhauses wegen freier Meinungsäußerung zu Schwangerschaftsabbruch</p>	<p>unzulässig, vgl. Urteil des ArbG Hamburg, 04.12.2007, Az.: 20 Ca 105/07, Ausschluss vom Auswahlverfahren einer muslimischen Bewerberin;</p> <p>es sei denn Rechtfertigungsgrund nach §§ 8 Abs. 1, 9 AGG;</p> <p>vgl. Urteil des ArbG Aachen, 13.12.2012, Az.: 2 Ca 4226/11, kein Rechtfertigungsgrund bei konfessionslosem Bewerber als Krankenpfleger</p>

*Tabelle 2: Übersicht über das Fragerecht des Arbeitgebers vor und nach Inkrafttreten des AGG anhand der genannten (Fortsetzung)
(Quelle: eigene Zusammenstellung¹³³)*

Frage- Be- nach- teiligung	vor Inkrafttreten des AGG	nach Inkrafttreten des AGG
wegen einer Behinderung (auch Schwerbehinderung, da AGG nicht unterscheidet)	<p>zulässig, vgl. Urteil des BAG, 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83, wenn Behinderung des Bewerbers der ordnungsgemäßen Verrichtung der arbeitsvertraglich vorgesehenen Tätigkeit entgegenstand;</p> <p>unzulässig, vgl. Urteil des BAG, 03.04.2007, Az.: 9 AZR 823/06</p> <p>-----</p> <p>uneinheitlich bei Schwerbehinderung vor Inkrafttreten §§ 81 ff. SGB IX;</p> <p>nach Inkrafttreten §§ 81 ff. SGB IX:</p> <p>a) unzulässige Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft</p> <p>b) zulässige Frage nach der der Schwerbehinderteneigenschaft zugrundeliegende Behinderung, wenn zwischen Behinderung des Bewerbers und der arbeitsvertraglich vorgesehenen Tätigkeit ein Zusammenhang bestand</p>	<p>differenziert:</p> <p>a) unzulässige Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft</p> <p>b) zulässige Frage nach der der Schwerbehinderteneigenschaft zugrunde liegenden Behinderung, wenn ihr Fehlen eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Tätigkeit i. S. des § 8 Abs. 1 AGG darstellt</p> <p>c) zulässig, wenn Behinderung des Bewerbers für die in Aussicht genommene Tätigkeit die Ausübung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit entgegensteht</p> <p>d) strittig, wenn Arbeitgeber seinen Pflichten aus der Integrationsvereinbarung nach § 83 Abs. 2 a SGB IX nachkommt</p>
wegen des (Lebens-) Alters	zulässig	<p>unzulässig, vgl. Urteil des BAG, 19.08.2010, Az.: 8 AZR 530/09, „junge Bewerber“ in Stellenanzeige gesucht</p> <p>es sei denn Rechtfertigungsgrund nach § 10 AGG, vgl. Urteil des BVerwG, 24.09.2009, Az.: 2 C 31/08, wonach in Berlin die Höchstaltersgrenze für Einstellung in den mittleren Polizeivollzugsdienst von unter 25 Jahren rechtmäßig ist</p>
wegen der sexuellen Identität	<p>überwiegend unzulässig, da Verletzung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG;</p> <p>zulässig, wenn für die zu besetzende Stelle von Bedeutung, vgl. Urteil des BAG, 30.06.1983, Az.: 2 AZR 524/81 Kündigung in kirchlichen Einrichtungen wegen homosexueller Betätigung</p>	<p>unzulässig;</p> <p>es sei denn Rechtfertigungsgrund nach § 8 Abs. 1 AGG, z. B. Interessenverbände, die für gesellschaftliche Anerkennung für Schwulen bzw. Lesben kämpfen: der Bewerber für eine Führungsposition darf danach gefragt werden</p>

¹³³ Nach *Hitzig*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz, 191 ff.; nach *Szech*, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 128 ff.; sowie der genannten Urteile.

In der Literatur¹³⁴ finden sich weitere Fallgruppen außerhalb des AGG, die in der Rechtsprechung zu etlichen Urteilen geführt haben. Ausgewählte Fallgruppen werden in der nachfolgenden Tabelle 3 dargestellt. Die Fallgruppen sind nicht abschließend.¹³⁵

Tabelle 3: Weitere ausgewählte Fallgruppen in Bezug auf das Fragerecht des Arbeitgebers und der Einfluss des AGG (Quelle: eigene Zusammenstellung¹³⁶)

Frage- recht Fallgruppe	vor Inkrafttreten des AGG	nach Inkrafttreten des AGG
bisherige Be- schäftigungs- verhältnisse	zulässig	zulässig
berufliche Fähigkeiten	zulässig	zulässig
Krankheit	<p>a) zulässig, vgl. Urteil des BAG, 07.02.1964, Az.: 1 AZR 251/63, Bewerber muss umfassend über Gesundheitszustand informieren</p> <p>b) eingeschränkt, wenn berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse, vgl. Urteil des BAG, 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83 u. a. bei periodisch wiederkehrenden Einschränkungen, ansteckende Krankheit oder Gefährdung zukünftiger Kollegen oder Kunden</p> <p>c) differenziert, z. B.:</p> <ul style="list-style-type: none"> - HIV-Infektion zulässig, wenn Schadensrisiko für Rechtsgüter des Arbeitgebers oder Dritter - AIDS-Erkrankung überwiegend zulässig, da unmittelbarer Zusammenhang zwischen Erkrankung und Arbeitsverhältnis - Alkoholabhängigkeit zulässig, da Krankheit, vgl. Urteil des BAG, 01.06.1983, Az.: 5 AZR 536/80 	<p>a) zulässig, vgl. Urteil des EuGH, 11.07.2006, Az.: Rs. C-13/05, da „Behinderung“ und „Krankheit“ nicht gleichgesetzt werden kann</p> <p>b) kritisch, da Krankheit verdeckte unmittelbare Benachteiligung wegen Behinderung sein kann, wenn an ihr nur Behinderte leiden, vgl. Urteil des BAG, 17.12.2009, Az.: 8 AZR 670/08</p> <p>c) differenziert, z. B.:</p> <ul style="list-style-type: none"> - HIV-Infektion: strittig, da Benachteiligung möglich wegen „Behinderung“, „sexuelle Identität“, „ethnische Herkunft“ - AIDS-Erkrankung: einzelfallabhängig, siehe HIV-Infektion - Alkoholabhängigkeit, Substanzierung unter Behinderung möglich, dann unzulässig; aber Gegenargument: therapierbar

¹³⁴ Siehe hierzu auch *Hitzig*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz, 191 ff.; *Degener*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern, 107 ff.; *Szech*, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 128 ff.; *Wisskirchen/Bissels* NZA 2007, 169, 171 ff.; *Moritz* NZA 1987, 329, 329 ff.

¹³⁵ Auch § 3 Abs. 9 BDSG erwähnt, dass „[b]esondere Arten personenbezogener Daten [...] Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben“ sind.

*Tabelle 3: Weitere ausgewählte Fallgruppen in Bezug auf das Fragerecht des Arbeitgebers und der Einfluss des AGG (Fortsetzung)
(Quelle: eigene Zusammenstellung¹³⁶)*

Frage- recht Fallgruppe	vor Inkrafttreten des AGG	nach Inkrafttreten des AGG
persönliche Lebens- umstände	zulässig in Bezug auf Familienstand; unzulässig in Bezug auf Heiratsabsicht, Kinderwunsch	kritisch, da Arbeitgeber Auskünfte über „sexuelle Identität“ einholen könnte
Schwanger- schaft	a) zulässig, vgl. Urteil des BAG, 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60 b) gespaltene Lösung, d. h. nur zulässig, wenn sich nur Frauen bewerben, vgl. Urteil des BAG, 20.02.1986, Az.: 2 AZR 244/85 c) aufgrund Urteil des EuGH, 08.11.1990, Az.: Rs. C-177/88 gab das BAG die Rspr. der Urteile 15.10.1992, Az.: 2 AZR 227/92 und 01.07.1993, Az.: 2 AZR 25/93 mit Urteil 06.02.2003, Az.: 2 AZR 621/01 für unbefristete Einstellung auf	unzulässig, da unmittelbare Benachteiligung wegen dem Geschlecht, gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG

Die beiden Tabellen haben aufgezeigt, wann der Arbeitgeber ein Fragerecht hat und welche Fragen unzulässig sind. In Tabelle 2 wurde auf die in § 1 AGG genannten Benachteiligungen eingegangen. Stellt der Arbeitgeber bei den Einstellungsverhandlungen eine unzulässige Frage in Bezug auf die Diskriminierungsverbote des § 1 AGG, braucht der Bewerber diese Frage nicht wahrheitsgemäß zu beantworten, es sei denn, Rechtfertigungsgründe nach §§ 5, 8 bis 10 sowie § 20 AGG liegen vor.

Problematisch jedoch ist, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt und der Arbeitgeber nicht auf die infolgedessen zulässige Frage hinweist. Folglich weiß der Bewerber nicht, dass er wahrheitsgemäß zu antworten hat. Als Beispiel wird der Beschluss des BAG vom 28.07.2016 genannt, der zwar keinen direkten Bezug zum Fragerecht des Arbeitgebers hat, allerdings wird das noch ausstehende

¹³⁶ Nach *Hitzig*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz, 191 ff.; nach *Degener*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern, 121 ff.; nach *Szech*, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 128 ff.; nach *Wisskirchen/Bissels* NZA 2007, 169, 171 ff.; nach *Moritz* NZA 1987, 329, 329 ff.; sowie der genannten Urteile.

Endurteil für das Fragerecht nach der Religion bzw. der Weltanschauung und die möglichen Rechtfertigungsgründe von entscheidender Bedeutung sein. Derzeit ist fraglich, ob ein Krankenhaus, das mit der römisch-katholischen Kirche verbunden ist, einen Chefarzt weiterbeschäftigen muss, der wieder geheiratet hat. Daher legte der Zweite Senat des BAG dem EuGH die Frage vor, „ob Kirchen nach dem Unionsrecht bei einem an Arbeitnehmer in leitender Stellung gerichteten Verlangen nach loyalen und aufrichtigem Verhalten unterscheiden dürfen zwischen Arbeitnehmern, die der Kirche angehören, und solchen, die einer anderen oder keiner Kirche angehören.“¹³⁷

Neben dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 241 Abs. 2 BGB nennt § 242 BGB die Verkehrssitte.¹³⁸ Hieraus resultiert die Informationspflicht des Arbeitnehmers, ungefragt bestimmte Umstände zu offenbaren. Dabei muss er nicht auf alle Tatsachen hinweisen, die der Arbeitgeber zum Nachteil auslegen könnte. Liegen allerdings individuelle Eigenschaften vor, die die vertragsmäßige Erfüllung erheblich erschweren oder unmöglich machen, besteht eine Informationspflicht.¹³⁹ Dies trifft meist auf Menschen mit Beeinträchtigungen, z. B. aufgrund einer bestehenden Behinderung oder Erkrankung zu.

2.3.2 Eingrenzung der Arbeit

Bisher wurde auf die relevanten Rechtsquellen im Arbeitsrecht eingegangen und die drei Phasen des Arbeitsverhältnisses betrachtet. Darüber hinaus wurde in Tabelle 2 das Fragerecht des Arbeitgebers auf die Merkmale des § 1 AGG beschränkt. Hingegen wurde in Tabelle 3 aufgezeigt, dass es für weitere Fallgruppen seitens der Rechtsprechung entsprechende Urteile gibt. Diese können in der vorliegenden Arbeit nicht alle betrachtet werden. Den Fallgruppen Behinderung und Krankheit kommt in Bezug auf das Arbeitsleben besondere Relevanz zu, denn der Arbeitgeber möchte sowohl eine finanzielle Mehrbelastung als auch arbeitsorganisatorische Probleme aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähig-

¹³⁷ BAG, Beschluss vom 28.07.2016, Az.: 2 AZR 746/14 (A), Pressemitteilung Nr. 39/16 vom 28.07.2016, abrufbar im Internet: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=pm>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

¹³⁸ Vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 242 BGB Rn. 13.

¹³⁹ Vgl. Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 242 BGB Rn. 44.

keit seiner Arbeitnehmer unbedingt vermeiden.¹⁴⁰ Deshalb wird in der vorliegenden Arbeit schwerpunktmäßig auf das Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Behinderung bzw. nach einer Krankheit des Arbeitnehmers eingegangen.

2.3.3 Der Begriff Behinderung

In § 106 Satz 3 GewO hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Pflicht normiert, dass „[b]ei der Ausübung des Ermessens [...] der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen“ hat. Darüber hinaus regelt § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX: „Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen.“ Daher erscheint es unumgänglich, hier den Begriff der Behinderung abzugrenzen und klar herauszustellen.

Eine Definition des Begriffs Behinderung findet sich im SGB IX. Hiernach wird in § 2 Abs. 1 SGB IX sozialrechtlich definiert: „Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Sie sind von Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist.“

Ferner regelt § 2 Abs. 2 SGB IX, wer als schwerbehindert gilt: „Menschen sind im Sinne des Teils 2 schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 73 rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches haben.“¹⁴¹

Demgegenüber bestimmt § 3 Behindertengleichstellungsgesetz (BGG): „Menschen mit Behinderungen im Sinne dieses Gesetzes sind Menschen, die lang-

¹⁴⁰ Vgl. *Iraschko-Luscher/Kiekenbeck* NZA 2009, 1239. Eine finanzielle Mehrbelastung entsteht dem Arbeitgeber u. a. gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EntgFG dann, wenn der Arbeitnehmer erkrankt und er deshalb einen „Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen“ hat. Hierfür bekommt der Arbeitgeber keine Gegenleistung. Vielmehr kompensiert er den Arbeitsausfall entweder durch Mehrarbeit seiner anderen Arbeitnehmer oder er nutzt die Arbeitskraft z. B. von einem Leiharbeiter zur Überbrückung seiner kurzfristigen Personalknappheit.

¹⁴¹ Darüber hinaus stellt § 2 Abs. 3 SGB IX klar, was unter gleichgestellten behinderten Menschen zu verstehen ist: „Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen behinderte Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen.“

fristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Als langfristig gilt ein Zeitraum, der mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate andauert.“

In der RL 2000/78/EG ist der Begriff Behinderung nicht definiert. Deshalb hat der EuGH in seinem Urteil vom 11.07.2006 entschieden, dass dieser Begriff „eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet. Mit der Verwendung des Begriffes ‚Behinderung‘ in Artikel 1 dieser Richtlinie hat der Gesetzgeber jedoch bewusst ein Wort gewählt, das sich von dem der ‚Krankheit‘ unterscheidet. Daher lassen sich die beiden Begriffe nicht schlicht und einfach einander gleichsetzen.“¹⁴²

Die UN-BRK ergänzend in der Präambel unter Buchstabe e) „dass das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt und dass Behinderung aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern.“¹⁴³ Zu den Menschen mit Behinderung gemäß Art. 1 Abs. 2 UN-BRK „zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“¹⁴⁴

Nachfolgende Tabelle 4 fasst die Definitionen übersichtlich zusammen.

¹⁴² EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Az.: Rs. C-13/05, *Chacon Navas*, juris, Rn. 43 f.

¹⁴³ *BGBI II 2008*, 1419, 1420.

¹⁴⁴ *BGBI II 2008*, 1419, 1423.

*Tabelle 4: Übersicht über den Begriff Behinderung anhand zitierte Quellen
(Quelle: eigene Zusammenstellung)*

genannte Kriterien \ zitierte Quelle	§ 2 SGB IX	§ 3 BGG	Urteil des EuGH, Az.: Rs. C-13/05	UN-BRK
abweichen der (physischen) körperlichen Funktion	x	x	x	x
abweichen der geistigen Fähigkeit	x	x	x	x
abweichen der (psychischen) seelischen Gesundheit	x	x	x	x
Sinnesbeeinträchtigungen		x		x
(mit hoher Wahrscheinlichkeit) länger als sechs Monate	x	x		
langfristig			x ¹⁾	x
(volle, wirksame) gleichberechtigte Teilhabe		x	x ¹⁾	x
Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt	x			
Hindernis für die Teilhabe am Leben		x		x
Hindernis für die Teilhabe des Betreffenden am Berufsleben			x	
abweichen vom für das Lebensalter typischen Zustand	x			
Wechselwirkung einstellungs- und umweltbedingter Barrieren		x		x
Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren			x ¹⁾	x
Beeinträchtigung erwartet, dann droht Behinderung	x			
Unterscheidung zu Krankheit			x	
ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit			x ¹⁾	
Erläuterung: x ¹⁾ Urteil des EuGH, Az.: Rs. C-335/11 und C-337/11, C-335/11, C-337/11				

Wie aus Tabelle 4 ersichtlich, umfasst der Begriff Behinderung unterschiedliche Kriterien. So liegt der Schwerpunkt des SGB IX auf der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Das SGB IX zieht einen bestimmten Grad der Behinderung (GdB) für die Erheblichkeit der abgestuften Leistungsverteilung

heran und unterscheidet zwischen Behinderung und Schwerbehinderung.¹⁴⁵ Die Definition im BGG und der UN-BRK sind identisch, erweitert gegenüber dem SGB IX die möglichen Beeinträchtigungen um Sinnesbeeinträchtigungen. Hingegen kann in der RL 2000/78/EG das Kriterium der Einschränkung über einen längeren Zeitraum hineingelesen werden, wie der EuGH in seinem Urteil vom 11.07.2006 folgert.¹⁴⁶

In seinem Urteil vom 03.04.2007 ergänzt das BAG einerseits, dass Art. 2 Abs. 1 der RL 2000/78/EG „die Vorgabe eines Diskriminierungsverbotes für alle Fälle einer Behinderung im Sinne des Gemeinschaftsrechts [enthält] und nicht nur für Behinderungen, die so schwer sind, dass sie einen bestimmten Grad überschreiten.“¹⁴⁷ Somit distanziert sich das BAG von der in § 2 SGB IX genannten Begriffsbestimmung in Bezug auf den GdB. Andererseits führt das BAG in seinem Urteil vom 13.11.2011 an, dass „[d]er Begriff der Behinderung im Sinne von § 1 AGG [...] der gesetzlichen Definition in § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX“¹⁴⁸ entspricht und verweist auf den Gesetzesentwurf der Bundesregierung.¹⁴⁹

Der EuGH stellt in seinem Urteil vom 11.04.2013 klar, dass der Begriff Behinderung so zu verstehen ist, „dass er eine Beeinträchtigung der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit erfasst, nicht aber [...] die Unmöglichkeit, eine solche Tätigkeit auszuüben.“¹⁵⁰ Dabei steht einem vollständigen Ausschluss vom Berufsleben nicht die Frage entgegen, „ob der Gesundheitszustand einer Person unter diesen

¹⁴⁵ Vgl. *BTDrucks 14/5074*, 98: Der Gesetzgeber „legt die im Rahmen der Weltgesundheitsorganisation (WHO)“ weiterentwickelte „Internationalen Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung (ICIDH-2) zugrunde, die nicht mehr die Orientierung an wirklichen oder vermeintlichen Defiziten, sondern das Ziel der Teilhabe an den verschiedenen Lebensbereichen (Partizipation) in den Vordergrund gerückt hat.“ Die Endversion als „Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF)“ findet ihren Anwendungsbereich im gesundheitlichen Kontext des SGB V und IX.

¹⁴⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Az.: Rs. C-13/05, *Chacon Navas*, juris, Rn. 45.

¹⁴⁷ BAG, Urteil vom 03.04.2007, Az.: 9 AZR 823/06, juris, Rn. 22; ständige Rspr. vgl. BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 8 AZR 697/10, juris, Rn. 32; vgl. BAG, Urteil vom 26.06.2014, Az.: 8 AZR 547/13, juris, Rn. 25.

¹⁴⁸ BAG, Urteil vom 13.10.2011, Az.: 8 AZR 608/10, juris, Rn. 33; kritisch hierzu *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 88, Rn. 205, wonach eine Gleichsetzung nicht überzeugen kann, sondern eine europarechtskonforme Auslegung des Behindertenbegriffs erfolgen muss und die sechs Monatsgrenze abzulehnen ist „im Rahmen der Bestimmung der Funktionsbeeinträchtigung“.

¹⁴⁹ Vgl. *BTDrucks 16/1780*, 31.

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 11.04.2013, Az.: Rs. C-335/11 und C-337/11, C-335/11, C-337/11, *Ring, Skouboe Werge*, juris, Rn. 44.

Begriff fällt¹⁵¹ und welche Art von Maßnahmen der Arbeitgeber ergreifen muss. Eine Behinderung schließt einen Zustand mit ein, „der durch eine ärztlich diagnostizierte heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird [...] [und] eine Einschränkung mit sich bringt.“¹⁵² Keinen Einfluss darauf hat, ob die Behinderung angeboren, von einem Unfall stammt oder durch Krankheit verursacht worden ist.¹⁵³

Der Datenreport 2016 liefert Zahlenwerte über die verschiedenen Arten von Behinderungen. Hiernach litten z. B. schwerbehinderte Menschen im Jahr 2013 mit knapp 62 % am häufigsten unter körperlichen Behinderungen. 11 % der Fälle entfielen auf geistige oder seelische Behinderungen.¹⁵⁴

In der nachfolgenden Tabelle 5 werden die verschiedenen Arten der Behinderung weiter klassifiziert und für ausgewählte Erkrankungen der Grad der Schädigung (GdS) angegeben. Hierfür definiert die VersMedV: „Wenn mit dem Grad der Behinderung und dem Grad der Schädigungsfolgen das Maß für die Beeinträchtigung der Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft gemeint ist, wird einheitlich die Abkürzung GdS benutzt. [...] GdS und GdB werden nach gleichen Grundsätzen bemessen. Beide Begriffe unterscheiden sich lediglich dadurch, dass der GdS nur auf die Schädigungsfolgen (also kausal) und der GdB auf alle Gesundheitsstörungen unabhängig von ihrer Ursache (also final) bezogen ist.“¹⁵⁵

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 11.04.2013, Az.: Rs. C-335/11 und C-337/11, C-335/11, C-337/11, *Ring, Skouboe Werge*, juris, Rn. 47.

¹⁵² EuGH, Urteil vom 11.04.2013, Az.: Rs. C-335/11 und C-337/11, C-335/11, C-337/11, *Ring, Skouboe Werge*, juris, Rn. 47.

¹⁵³ Vgl. EuGH, Urteil vom 11.04.2013, Az.: Rs. C-335/11 und C-337/11, C-335/11, C-337/11, *Ring, Skouboe Werge*, juris, Rn. 40.

¹⁵⁴ Vgl. *Böhm*, in: Destatis, Datenreport 2016, 280 f. inkl. Abb. 5: „Am häufigsten litten schwerbehinderte Menschen unter körperlichen Behinderungen (62 %). Bei 25 % der Personen waren die inneren Organe beziehungsweise Organsysteme betroffen. Bei 14 % waren Arme oder Beine in ihrer Funktion eingeschränkt, bei weiteren 12 % Wirbelsäule oder Rumpf. In 5 % der Fälle lag Blindheit beziehungsweise eine Sehbehinderung vor. Rund 4 % litten unter Schwerhörigkeit, Gleichgewichts- oder Sprachstörungen. Auf geistige oder seelische Behinderungen entfielen zusammen 11 % der Fälle, auf zerebrale Störungen 9 %. Bei den übrigen Personen (18 %) war die Art der Behinderung nicht ausgewiesen.“ Anmerkung: Rundungsabweichungen zwischen Text und Abbildung.

¹⁵⁵ *Bundesministerium für Arbeit und Soziales* (Hrsg.), *VersMedV*, 19. GdS und GdB sind ein Maß für die körperlichen, geistigen, seelischen und sozialen Auswirkungen einer Funktionsbeeinträchtigung aufgrund eines Gesundheitsschadens. Beide Begriffe haben die Auswirkungen von Funktionsbeeinträchtigungen in allen Lebensbereichen und nicht nur die Einschränkungen im allgemeinen Erwerbsleben zum Inhalt.

*Tabelle 5: Überblick der Arten von Behinderung mit ausgewählten Erkrankungen und Grad der Schädigungsfolgen (GdS)
(Quelle: eigene Zusammenstellung^{156,157,158,159})*

Art der Behinderung / Gesundheitsstörung	Nennung der Erkrankung - unterschiedliche Ursachen und Auswirkungen, Beispiele, nicht abschließend ¹⁵⁶	GdS ¹⁵⁶
abweichen der (physischen) körperlichen Funktion / Bewegungsstörung: „bestehen einer Schädigung von Körperfunktionen oder Körperstrukturen bzw. einer Beeinträchtigung von Aktivitäten oder Teilhabe an Lebensbereichen.“ ¹⁵⁷	- Zerebral bedingte Teillähmung bis vollständige Lähmungen an Armen und Beinen (B 3.1.2)	30-100
	- Neurologische Erkrankungen wie Multiple Sklerose (B 3.10)	30-100
	- Muskelkrankheiten mit muskulären Schwächen bis zur Geh- und Stehunsfähigkeit (B 18.6)	20-100
	- Wirbelsäulenschäden mit Auswirkungen auf die Bewegungsfähigkeit (B 18.9)	0-100
	- Verlust oder Teilverlust von Armen bzw. Beinen (B 18.11-B 18.14)	10-100
abweichen der geistigen Fähigkeit: „Intelligenzminderung, für angeborene oder frühzeitig erworbene Intelligenzstörung, die mit Beeinträchtigung des Anpassungsvermögens einhergeht.“ ¹⁵⁸	- Einschränkungen der geistigen Leistungsfähigkeit mit Intelligenzrückstand bei Erwachsenen (B 3.4.2)	30-70
	- Atypischer Autismus ohne bis zu schweren sozialen Anpassungsschwierigkeiten (B 3.5.1)	10-100
abweichen der (psychischen) seelischen Funktion: „durch psychische Störung bedingte chronische Beeinträchtigung der Alltagsbewältigung, der Erwerbstätigkeit und der sozialen Integration“ ¹⁵⁹	- Persönlichkeitsstörung, Folgen psychischer Traumen (B 3.7)	0-100
	- Psychische Störungen und Verhaltensstörungen durch psychotrope Substanzen, chronischer Substanzkonsum (B 3.8)	0-100
Sinnesbeeinträchtigungen	- Sehbehinderung bis zur Blindheit (B 4.3)	0-100
	- Schwerhörigkeit bis zur Gehörlosigkeit (B 5.2)	0-100
	- Völliger Verlust des Riechvermögens (B 6.3)	10-15

Die Tabelle 5 verdeutlicht, dass der GdS für fast alle Erkrankungen eine enorme Beurteilungsspanne aufzeigt. Dies liegt daran, dass eine Beeinträchtigung aufgrund der Krankheit z. B. eine leichte Verlaufsform oder kaum/selten bzw. keine

¹⁵⁶ Nach *Bundesministerium für Arbeit und Soziales* (Hrsg.), *VersMedV*, 31 ff.

¹⁵⁷ *Pschyrembel*. *Klinisches Wörterbuch*, 250. Zur besseren Lesbarkeit wurden alle Wörter ausgeschrieben, ohne dies kenntlich zu machen.

¹⁵⁸ *Pschyrembel*. *Klinisches Wörterbuch*, 250, 1027. Zur besseren Lesbarkeit wurden alle Wörter ausgeschrieben, ohne dies kenntlich zu machen.

¹⁵⁹ *Pschyrembel*. *Klinisches Wörterbuch*, 250. Zur besseren Lesbarkeit wurden alle Wörter ausgeschrieben, ohne dies kenntlich zu machen.

Symptome ausgebildet hat bis zu besonders schwere Verlaufsform oder mehrmals täglich bzw. hochgradig. Die Beurteilungsspannen stellen lediglich Anhaltswerte dar und machen eine Einzelfallbetrachtung zwingend erforderlich.¹⁶⁰ Die tatsächlichen Funktionsbeeinträchtigungen und ihre „Auswirkungen auf die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft“¹⁶¹ werden aufgrund einer ärztlichen Einschätzung festgesetzt. Dabei beruht die Feststellung des GdB „auf einer wertenden Zusammenstellung von unterschiedlichen Faktoren“¹⁶² und ist gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar¹⁶³.

Es wird differenziert in offene und verdeckte Beeinträchtigung bzw. Funktionsstörungen. Unter offensichtliche fällt z. B. der Verlust oder Teilverlust von Gliedmaßen und zu den äußerlich nicht erkennbaren Beeinträchtigung bzw. Behinderung gehören z. B. Schwerhörigkeit, HIV¹⁶⁴/Aids¹⁶⁵ und psychische Erkrankungen. Eine sichtbare und stark stigmatisierte Krankheit ist z. B. Adipositas.

Um schwerbehinderten Menschen eine Beschäftigung zu ermöglichen, ist der Arbeitgeber verpflichtet gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 und 5 SGB IX angemessene Vorkehrungen durch geeignete Maßnahmen oder Hilfsmittel wie z. B. Rampen für Rollstuhlfahrer, Hör- und Sehhilfen, erforderliche technische Arbeitshilfen zur Verfügung zu stellen.¹⁶⁶ Mögliche finanzielle Auswirkungen oder unzumutbare Belastungen aufgrund der in § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 bis 5 SGB IX genannten Pflichten des Arbeitgebers dürfen nicht zur Verweigerung einer Einstellung führen, denn „eine solche Diskriminierung kann nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden.“¹⁶⁷ § 81 Abs. 4 Satz 2 SGB IX regelt, dass der Arbeitgeber Unterstützung von der Bundesagentur für Arbeit und den

¹⁶⁰ Vgl. *Bundesministerium für Arbeit und Soziales* (Hrsg.), *VersMedV*, 33.

¹⁶¹ *Knittel*, SGB IX Kommentar, 6. Aufl., § 69 SGB IX Rn. 5.

¹⁶² *Knittel*, SGB IX Kommentar, 6. Aufl., § 69 SGB IX Rn. 5.

¹⁶³ Vgl. Landessozialgericht (LSG) Bayern, Urteil vom 23.07.2003, Az.: L 18 SB 8/02, jurion, 3. Leitsatz.

¹⁶⁴ *Pschyrembel*. *Klinisches Wörterbuch*, 916: Abk. für englisch (engl.) „human immunodeficiency virus.“ Hervorhebungen seitens des Verlags.

¹⁶⁵ *Pschyrembel*. *Klinisches Wörterbuch*, 39: Abk. für (engl.) „acquired immune(o) deficiency syndrome.“ Hervorhebungen seitens des Verlags.

¹⁶⁶ Vgl. *Wisskirchen* DB 2006, 1491, 1492, die darauf hinweist, dass gemäß § 68 Abs. 3 SGB IX u. a. § 81 SGB IX nur für schwerbehinderte Menschen und ihnen Gleichgestellte gilt, jedoch das AGG aber den weiter gefassten Begriff der Behinderung umfasst.

¹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 8.11.1990, Az.: Rs. C-177/88, *Dekker*, juris, Rn. 12: analoge Auslegung zur Schwangerschaft.

Integrationsämtern erhalten kann. Hierdurch wird insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen Rechnung getragen, die häufig finanziell nicht in der Lage sind, Arbeitsplätze an die geänderten Bedingungen behinderter Arbeitnehmer anzupassen.¹⁶⁸

Für schwerbehinderte Menschen sieht das SGB IX besondere Fürsorge- und Förderpflichten vor. Hierzu gehören gemäß §§ 71 ff. SGB IX die Pflicht zur Beschäftigung, gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 SGB IX den Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung, gemäß § 83 SGB IX die Inklusionsvereinbarung¹⁶⁹ zwischen Arbeitgeber und Schwerbehindertenvertretung, gemäß §§ 85 ff. SGB IX die vorherige Zustimmung des Integrationsamtes bei Kündigung und des speziellen Kündigungsschutzes sowie gemäß § 125 SGB IX der Anspruch auf bezahlten Zusatzurlaub¹⁷⁰. Ferner können schwerbehinderte Menschen gemäß § 124 SGB IX „auf ihr Verlangen von Mehrarbeit freigestellt“ werden.¹⁷¹

Die Begriffe Behinderung und Schwerbehinderung konnten nicht klar voneinander abgegrenzt werden. Dies ist deshalb schwierig, weil die Beeinträchtigung ein individuelles persönliches Merkmal darstellt und von jedem Menschen unterschiedlich empfunden werden kann. Ferner spielen auch äußere Einflussfaktoren wie das Verhalten der Mitmenschen gegenüber Menschen mit Behinderung oder Barrierefreiheit eine große Rolle. Dies verdeutlicht die Kampagne „Ich bin nicht behindert - Ich werde behindert.“¹⁷²

¹⁶⁸ Vgl. *Domröse* NZA 2006, 1320, 1321.

¹⁶⁹ Das Wort ‚Integrationsvereinbarung‘ gemäß § 83 SGB IX n. F. wurde durch Art. 2 Nr. 1 a) BTHG, vgl. *BGBI I 2016*, 3234, 3307, zum 30.12.2016 geändert in ‚Inklusionsvereinbarung‘. „Bestehende Integrationsvereinbarungen im Sinne des § 83 in der bis zum 30. Dezember 2016 geltenden Fassung gelten als Inklusionsvereinbarungen fort“ nach § 159§ Abs. 8 SGB IX n. F., siehe Art. 2 Nr. 18 BTHG in *BGBI I 2016*, 3234, 3309.

¹⁷⁰ § 125 SGB IX gilt nicht für gleichgestellte Menschen i. S. des § 2 Abs. 3 SGB IX gemäß § 68 Abs. 3 SGB IX.

¹⁷¹ Ein Anspruch auf Verkürzung der Arbeitszeit für behinderte Menschen kann sich aber aus Art. 5 der RL 2000/78/EG ergeben, wonach „[a]ngemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung“ zu treffen sind. Ebenso verpflichtet § 12 Abs. 1 AGG den Arbeitgeber „die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen.“ Eine geeignete Schutzmaßnahme für behinderte Menschen könnte eine Verkürzung der Arbeitszeit sein.

¹⁷² Kampagne des *Sozialverband Deutschland 2016*, Landesverband Nordrhein-Westfalen e. V., abrufbar im Internet: <<https://www.ich-werde-behindert.de>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

2.3.4 Der Begriff Krankheit

Im Unterschied zum Begriff Behinderung ist der Begriff Krankheit nicht gesetzlich definiert. Zwar regelt § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V den krankenversicherungsrechtlichen Begriff: „Versicherte haben Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern“. Allerdings lässt der Gesetzgeber offen, was unter einer Krankheit zu verstehen ist.

Deshalb wird zuerst der Begriff Gesundheit in der *Pschyrembel* betrachtet: „**1.** (engl.) *health*; i. w. S. nach Definition der WHO der Zustand völligen körperlichen, geistigen, seelischen und sozialen Wohlbefindens [...]; **2.** i. e. S. die (subjektive) Abwesenheit des Fehlens körperlicher, geistiger und seelischer Einschränkungen oder pathologischer Veränderungen; **Formen: a) bedingte** Gesundheit: Integration einer (chronischen) Krankheit oder Behinderung im täglichen Leben: Fähigkeit zur aktiven Lebensgestaltung, Leistungsfähigkeit in Beruf und Alltag; **b) funktionale** Gesundheit: verschiedene Komponenten der ICF^[173], nach der unter Berücksichtigung der Faktoren, die den gesamten Lebenshintergrund einer Person darstellen ein Zustand beschrieben wird, bei dem Körperfunktionen, Körperstrukturen, Aktivitäten und Teilhabe einer Person denen eines gesunden Menschen entsprechen.“¹⁷⁴

Wie die Definition des Begriffs Gesundheit zeigt, wird die Form der bedingten Gesundheit weiter differenziert in Krankheit, chronische Krankheit und Behinderung.

Die *Pschyrembel* bezeichnet unter Krankheit im allgemeinmedizinischen Sinn: „**1.** (engl.) *disease*; Erkrankung; Nosos, Pathos, Morbus; Störung der Lebensvorgänge in Organen oder im gesamten Organismus mit der Folge von subjektiv empfundenen bzw. objektiv feststellbaren körperlichen, geistigen bzw. seelischen Veränderungen; **2.** i. S. der sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Gesetze

¹⁷³ Vgl. *DIMDI*, ICF, 13: Die ICF beschreibt „Situationen bezüglich menschlicher Funktionsfähigkeit und ihrer Beeinträchtigungen.“ Dabei stellt sie den gesamten Lebenshintergrund aller Menschen dar. „Mit Hilfe der ICF können der Gesundheitszustand und die mit Gesundheit zusammenhängenden Zustände in Verbindung mit jedem Gesundheitsproblem beschrieben werden.“ Die ICF ist in 2 Teile mit je 2 Komponenten unterteilt.

¹⁷⁴ *Pschyrembel*. Klinisches Wörterbuch, 773 f.; Hervorhebungen seitens des Verlags. Zur besseren Lesbarkeit wurden alle Wörter ausgeschrieben, ohne dies kenntlich zu machen.

der regelwidrige Körper- oder Geisteszustand, der in der Notwendigkeit einer Heilbehandlung (wobei bereits die Erforderlichkeit einer Diagnoseerstellung genügt) oder der Arbeitsunfähigkeit^[...] wahrnehmbar zutage tritt; **3.** Bezeichnung für eine definierbare Einheit typischer ätiologisch, morphologisch, symptomatisch, nosologisch beschreibbarer Erscheinungen, die als eine bestimmte Erkrankung verstanden wird.¹⁷⁵

Die Rechtsprechung des BSG versteht unter einer Krankheit im rechtlichen Sinn „einen regelwidrigen, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichenden Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder den Betroffenen arbeitsunfähig macht [...]. Krankheitswert im Rechtssinne kommt nicht jeder körperlichen Unregelmäßigkeit zu. Erforderlich ist vielmehr, dass der Versicherte in seinen Körperfunktionen beeinträchtigt wird oder dass er an einer Abweichung vom Regelfall leidet, die entstellend wirkt.“¹⁷⁶

Eine Krankheit wird als chronisch bezeichnet, wenn die Dauer der Gesundheitsstörung lang und zumeist unabsehbar ist.¹⁷⁷ Die Chroniker-Richtlinie definiert in § 2 Abs. 2: „Eine Krankheit ist schwerwiegend chronisch, wenn sie wenigstens ein Jahr lang, mindestens einmal pro Quartal ärztlich behandelt wurde (Dauerbehandlung)¹⁷⁸ und mindestens ein weiteres Merkmal¹⁷⁹ vorhanden ist. § 1 Abs. 2 schränkt die Chroniker-Richtlinie ein: „Die Feststellung, dass Versicherte

¹⁷⁵ *Pschyrembel*. Klinisches Wörterbuch, 1150 f.; Hervorhebungen seitens des Verlags. Zur besseren Lesbarkeit wurden alle Wörter ausgeschrieben, ohne dies kenntlich zu machen.

¹⁷⁶ BSG, Urteil vom 28.09.2010, Az.: B 1 KR 5/10 R, juris, Rn. 10; ständige Rspr. vgl. BSG, Urteil vom 10.02.1993, Az.: 1 RK 14/92, juris, Rn. 16; vgl. BSG, Urteil vom 22.04.2015, Az.: B 3 KR 3/14 R, juris, Rn. 19.

¹⁷⁷ Vgl. *Welti* in: HK-SGB IX, § 3 Rn. 8.

¹⁷⁸ *Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses*, Chroniker-Richtlinie, in Kraft getreten am 20.08.2008, abrufbar im Internet: <https://www.g-ba.de/downloads/62-492-278/Chr-RL_2008-06-19.pdf>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

¹⁷⁹ Eines der folgenden Merkmale muss zusätzlich vorhanden sein gemäß Chroniker-Richtlinie § 2 Abs. 2 Buchstabe „a) Es liegt eine Pflegebedürftigkeit der Pflegestufe 2 oder 3 nach dem zweiten Kapitel SGB XI vor. b) Es liegt ein Grad der Behinderung (GdB) von mindestens 60 oder eine Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) von mindestens 60 % vor, wobei der GdB oder die MdE nach den Maßstäben des § 30 Abs. 1 BVG oder des § 56 Abs. 2 SGB VII festgestellt und zumindest auch durch die Krankheit nach Satz 1 begründet sein muss. c) Es ist eine kontinuierliche medizinische Versorgung (ärztliche oder psychotherapeutische Behandlung, Arzneimitteltherapie, Behandlungspflege, Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln) erforderlich, ohne die nach ärztlicher Einschätzung eine lebensbedrohliche Verschlimmerung, eine Verminderung der Lebenserwartung oder eine dauerhafte Beeinträchtigung der Lebensqualität durch die aufgrund der Krankheit nach Satz 1 verursachte Gesundheitsstörung zu erwarten ist.“

an einer schwerwiegenden chronischen Krankheit i. S. d. Richtlinie leiden, wird durch die Krankenkasse getroffen.“

Die GEDA-Studie 2012 nennt folgende chronischen Krankheiten: „Herz-Kreislauf-Erkrankungen wie koronare Herzkrankheit und Schlaganfall, Diabetes, Krebs und chronische Atemwegserkrankungen. [...] Daneben tragen chronische Muskel-Skelett-Erkrankungen, psychische Erkrankungen, Seh- oder Hörbeeinträchtigungen sowie genetisch verursachte Krankheiten erheblich zur Krankheitslast der Bevölkerung bei.“¹⁸⁰ Diese Aufzählung ist nicht abschließend.¹⁸¹ Dagegen tritt eine akute Erkrankung plötzlich auf und heilt wieder ab. Darüber hinaus müssen auch Suchterkrankungen wie Alkohol- oder Drogenabhängigkeit erwähnt werden.

Ferner muss der Begriff einer ansteckenden¹⁸² Krankheit abgegrenzt werden. Hierunter versteht man Infektionskrankheiten, „die durch Infektion entsteht, unabhängig davon, ob sie ansteckend ist od. nicht.“¹⁸³ Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine Infektionskrankheit meldepflichtig gemäß § 6 Infektionsschutzgesetz (IfSG).

Das Krankenversicherungsrecht berücksichtigt die Behandlungsbedürftigkeit bzw. die Arbeitsunfähigkeit, während es beim medizinischen Krankheitsbegriff auf „Störung der Lebensvorgänge in Organen oder im gesamten Organismus“¹⁸⁴ ankommt. Hingegen umfasst eine tatbestandliche Gesundheitsverletzung i. S. von § 823 Abs. 1 BGB „jedes Hervorrufen oder Steigern eines von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Zustandes, wobei unerheblich ist, ob Schmerzzustände auftreten oder bereits eine tiefgreifende Veränderung der Befindlichkeit eingetreten ist.“¹⁸⁵

Zur Verdeutlichung der Abgrenzungsproblematik zwischen Krankheit und Behinderung wird das Urteil des BAG vom 19.12.2013¹⁸⁶ herangezogen. Der

¹⁸⁰ Robert Koch-Institut (Hrsg.), Chronisches Kranksein. Faktenblatt zu GEDA 2012, 1.

¹⁸¹ Siehe hierzu auch *Antidiskriminierungsstelle des Bundes* (Hrsg.) Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, 14.

¹⁸² Vgl. *Pschyrembel*. Klinisches Wörterbuch, 111: Ansteckung siehe Infektion.

¹⁸³ *Pschyrembel*. Klinisches Wörterbuch, 1012. Eine Infektion beschreibt die *Pschyrembel*. Klinisches Wörterbuch, 1011 f. als „Ansteckung; Übertragung, Haftenbleiben u. Eindringen von Mikroorganismen.“

¹⁸⁴ *Pschyrembel*. Klinisches Wörterbuch, 1050 f.

¹⁸⁵ BGH, Urteil vom 30.04.1991, Az.: VI ZR 178/90, juris, Rn. 28.

¹⁸⁶ BAG, Urteil vom 19.12.2013, Az.: 6 AZR 190/12, juris.

Kläger leidet an einer symptomlosen HIV-Infektion. Die VersMedV sieht einen GdS von 10¹⁸⁷ vor. Hiernach ist der Kläger allenfalls "einfach" Behinderter. Demzufolge hat gemäß Art. 5 der RL 2000/78/EG „der Arbeitgeber angemessene Vorkehrungen zu ergreifen [...], um Behinderten ua. die Ausübung eines Berufs zu ermöglichen.“¹⁸⁸ Die *Pschyrembel* definiert die HIV-Erkrankung als „durch HIV^[.] ausgelöste Erkrankung, charakterisiert durch einen im Verlauf zunehmenden Immundefekt mit opportunistischer Infektion und spezifischen Malignomen im Endstadium AIDS“¹⁸⁹ und einer stark verkürzten Lebenszeit.¹⁹⁰ Aufgrund dessen, dass eine HIV-Infektion derzeit nicht heilbar ist, liegt i. S. des § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V eine chronische Erkrankung vor.

In seinem Urteil zieht das BAG den bio-psycho-sozialen Behindertenbegriff heran. Hiernach wird die „Behinderung nicht durch die individuelle Funktionsstörung, sondern durch die Beeinträchtigung der (gesellschaftlichen) Teilhabe definiert.“¹⁹¹ Wirkt sich diese Beeinträchtigung durch subjektiv empfundene bzw. objektiv feststellbare Veränderungen der körperlichen Funktion, geistigen Fähigkeit bzw. seelischen Gesundheit in einem oder mehreren Bereichen im Leben aus, liegt eine Behinderung vor.¹⁹² Eine Behinderung kann außerdem dadurch entstehen, dass der Beeinträchtigte durch das Verhalten der Gesellschaft in seiner Teilhabe behindert wird.¹⁹³

Dabei kommt es nicht auf die Leistungsfähigkeit des Klägers an. Seine gesellschaftliche Teilhabe am Leben wird durch Stigmatisierungen und Vorurteile aufgrund seiner symptomlosen HIV-Infektion u. a. bei der Arbeit beeinträchtigt. Demzufolge macht ihn seine Umwelt zu einem Behinderten.¹⁹⁴ Daher kommt das BAG zu dem Ergebnis, dass eine symptomlose HIV-Infektion eine Behinderung

¹⁸⁷ *Bundesministerium für Arbeit und Soziales* (Hrsg.), VersMedV, 100: B 16.11 Immundefekte, HIV-Infektion ohne klinische Symptomatik.

¹⁸⁸ BAG, Urteil vom 19.12.2013, Az.: 6 AZR 190/12, juris, Rn. 51; siehe hierzu auch EuGH, Urteil vom 11.04.2013, Az.: Rs. C-335/11 und C-337/11, C-335/11, C-337/11, *Ring, Skouboe Werge*, juris, Rn. 45.

¹⁸⁹ *Pschyrembel*. Klinisches Wörterbuch, 916. Zur besseren Lesbarkeit wurden alle Wörter ausgeschrieben, ohne dies kenntlich zu machen.

¹⁹⁰ Vgl. *Pschyrembel*. Klinisches Wörterbuch, 916.

¹⁹¹ BAG, Urteil vom 19.12.2013, Az.: 6 AZR 190/12, juris, Rn. 58.

¹⁹² Vgl. *BTDrucks 14/5074*, 98.

¹⁹³ Vgl. BAG, Urteil vom 19.12.2013, Az.: 6 AZR 190/12, juris, Rn. 58.

¹⁹⁴ Vgl. BAG, Urteil vom 19.12.2013, Az.: 6 AZR 190/12, juris, Rn. 73 f.

i. S. des AGG sein kann.¹⁹⁵

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Abgrenzung zwischen "nur krank" und "gerade schon behindert" fließend verläuft. Dabei variieren Art und Ausprägung der Benachteiligung bzw. ihre Teilhabe am Leben stark. „Besonders häufig sind Menschen mit multiplen Krankheitsbildern von Benachteiligungen betroffen (z. B. bei Diabetes mellitus, symptomatischer HIV-Infektion oder Aids-Erkrankung, Adipositas mit Folgeerkrankungen).“¹⁹⁶ Jedoch ist zu beachten, „dass Personen mit gleichartigen Beeinträchtigungen in verschiedenen Kontexten unterschiedlich in ihrer Teilhabe beeinträchtigt sein können. Ob und welche Barrieren vorliegen, beeinflusst die Annahme einer Behinderung.“¹⁹⁷

Die Abgrenzung der Begriffe verdeutlicht, dass es Überschneidungen gibt. Eine Krankheit kann einen chronischen Verlauf nehmen und schlimmstenfalls auch zu einer Beeinträchtigung i. S. einer Behinderung führen. Wesentlichste Unterscheidungskriterien zwischen Behinderung und Krankheit sind einerseits die „gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft“¹⁹⁸ und andererseits die zeitliche Dauer der Erkrankung.

¹⁹⁵ Vgl. BAG, Urteil vom 19.12.2013, Az.: 6 AZR 190/12, juris, Rn. 70.

¹⁹⁶ *Antidiskriminierungsstelle des Bundes* (Hrsg.), *Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit*, 19.

¹⁹⁷ BAG, Urteil vom 19.12.2013, Az.: 6 AZR 190/12, juris, Rn. 68 f.

¹⁹⁸ Dieser Ausdruck wird u. a. in § 1 SGB IX und § 55 Abs. 1 SGB IX verwendet.

3 Die Rechtsprechung und die Rechtsfolgen in Bezug auf das Fragerecht des Arbeitgebers im zeitlichen Verlauf

In diesem Kapitel wird der Fragestellung nachgegangen, was sich für Menschen mit einer Behinderung oder Krankheit seit dem Inkrafttreten des AGG verändert hat. Im Vordergrund stehen hier die Fallgruppen Behinderung und Krankheit. Hierfür ist zuerst eine historische Betrachtung der Rechtsprechung notwendig, bevor anschließend auf die Situation nach der Einführung des AGG eingegangen werden kann. Abschließend werden die Rechtsfolgen der wahrheitswidrigen Beantwortung zulässiger Fragen aufgezeigt.

3.1 Entwicklung der Rechtsprechung bis zur Einführung des AGG im Jahr 2006

Betrachtet werden in diesen Unterkapiteln bedeutende historische Einzelentscheidungen höherrangiger Gerichte, die die Rechtsprechung für die weitere Betrachtung geprägt haben.

3.1.1 Die Rechtsprechung bis zum Jahr 1954

Die Entscheidung des Reichsgerichts (RG) vom 27.03.1906 gilt als Vorläufer des Fragerechts seitens des Arbeitgebers.¹⁹⁹ Das Reichsgericht legt dar, unter welchen Voraussetzungen eine Offenbarungspflicht besteht: „Zwar braucht das Verschweigen, um arglistig zu sein und die Grundlage einer arglistigen Täuschung im Sinne des § 123 B.G.B. abzugeben, kein Unterdrücken zu sein; es ist nicht notwendig, daß der Verschweigende einen Umstand verdeckt oder durch täuschende Mittel unkenntlich macht. Es reicht zu, ist aber auch notwendig, daß der Verschweigende etwas nicht sagt, dessen Mitteilung der andere Teil unter den gegebenen Umständen nach der Verkehrsauffassung erwarten darf. Nach der Verkehrsauffassung darf aber der Käufer von dem Verkäufer kein Offenbaren aller Umstände, die für seine [...] Entscheidung erheblich sein können, erwarten; vielmehr ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen.“²⁰⁰

¹⁹⁹ Vgl. *Hitzig*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz, 12.

²⁰⁰ RG, Urteil vom 27.03.1906, Az.: Rep. II. 374/05, RGZ 62, 149, 150.

Somit liegt eine Offenbarungspflicht nur vor, wenn der Einzelfall dies erforderlich macht. Dieser Grundsatz wurde seitens der Gerichte auf darauf folgende Rechtsprechung auf alle Rechtsgeschäfte ausgedehnt.²⁰¹

Das RG behandelte im ersten relevanten Urteil vom 16.03.1929 die Offenbarungspflicht eines Schwerbeschädigten. Der Arbeitnehmer war infolge einer Kriegsbeschädigung als Schwerbeschädigter - i. S. des § 3 des Gesetzes vom 12.01.1923²⁰² über die Beschäftigung Schwerbeschädigter - anerkannt. Das Gericht konnte keine Arglist des Arbeitnehmers feststellen. Es bestätigte die Ansicht des Berufungsrichters, wonach es nicht darauf ankomme, „ob die Beklagte die bezeichnete Eigenschaft des Klägers gekannt habe, weil auch dann, wenn ihr diese Eigenschaft unbekannt geblieben sei, die Schutzbestimmungen des Gesetzes anzuwenden seien.“²⁰³ Daher hatte sich das RG nicht weiter mit der Offenbarungspflicht auseinandergesetzt.²⁰⁴

In seinem Urteil vom 22.08.1929 beschäftigte sich das Reichsarbeitsgericht (RAG) mit dem Kündigungsschutz für Schwerbeschädigte. Der Kläger hatte bei der Einstellung nach Ansicht des Arbeitgebers seine Schwerbeschädigung arglistig verschwiegen, weil er sonst nicht eingestellt worden wäre. Dabei gelangt das RAG zu dem Ergebnis, dass bei Kündigung eines Schwerbeschädigten nach § 13 Schwerbeschädigtengesetz²⁰⁵ immer die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle einzuholen ist, unabhängig von der Betriebsgröße.²⁰⁶ Das Verschweigen der Schwerbehinderteneigenschaft kann nur einen Grund zur Anfechtung geben.²⁰⁷ Somit hatte die fehlende Offenbarung keinen Einfluss.

²⁰¹ Vgl. *Hitzig*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz, 12.

²⁰² Siehe hierzu *Neumann* in: Hueck/Hueck (Hrsg.), Schwerbeschädigtengesetz, 3. Aufl. 1973, 46 f., Rn. 6: „Im Rahmen der Demobilmachungsbestimmungen ergingen zunächst die Verordnungen über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 9.1.1919 (RGBl. S. 28) und die Änderungsverordnung vom 1.2.1919 (RGBl. S. 132). Sie enthielten einen Einstellungs-zwang und ein Kündigungsverbot für Schwerbeschädigte, wobei die Schwerunfallverletzten den Schwerbeschädigten gleichgeordnet wurden. Diese Verordnungen mußten durch zahlreiche Nachtragsbestimmungen ergänzt werden [...]. Dieser Aufgabe diente das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 6.4.1920 (RGBl. S. 458).“ Seine endgültige Fassung fand das Schwerbeschädigtengesetz in der Fassung vom 12.01.1923.

²⁰³ RG, Urteil vom 19.03.1929, Az.: III 311/28, RGZ 124, 17, 20.

²⁰⁴ Vgl. RG, Urteil vom 19.03.1929, Az.: III 311/28, RGZ 124, 17 ff.

²⁰⁵ Vgl. *RGBl I* 1923, 57, 60.

²⁰⁶ Vgl. RAG, Urteil vom 22.08.1929, Az.: RAG. 148/29, BenschSamml 6, 618, 619 f.

²⁰⁷ Vgl. RAG, Urteil vom 22.08.1929, Az.: RAG. 148/29, BenschSamml 6, 618.

Am 02.07.1930 prüfte das RAG in seinem Urteil, ob dem Arbeitnehmer Arglist vorgeworfen werden kann. Der Arbeitnehmer war nach Abschluss des Arbeitsvertrages der Gewerkschaft beigetreten und hatte dies dem Arbeitgeber nicht in angemessener Frist offenbart. Zwar betont das RAG, dass in der Rechtsprechung des RG vom 27.03.1906²⁰⁸ eine Verletzung vertraglicher Verpflichtungen angenommen wird, „wenn eine Pflicht zur Mitteilung eines für die Entschließungen des Vertragsgegners erheblichen Umfangs besteht.“²⁰⁹ Eine Offenbarungspflicht liegt nur vor, „wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Handelt er dieser Pflicht zuwider, schweigt er, wo er reden mußte und der andere Vertragsteil eine Erklärung erwarten durfte, so kann das bloße Schweigen sich als arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB darstellen, es sei denn, daß der Vertragsgegner von dem für seine Entschließungen erheblichen Umstand auf andere Weise Kenntnis erhalten hat.“²¹⁰ Allerdings ist der Einzelfall entscheidend.

Hiermit sieht das RAG wie schon das RG in seinem Urteil vom 27.03.1906 eine Offenbarungspflicht nur, wenn dies nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB die Verkehrssitte erfordert. Weitere Rechtsprechung von der Zeit des Nationalsozialismus²¹¹ wird nicht betrachtet.

3.1.2 Die Rechtsprechung von 1954 bis zum Jahr 2001

Das BAG wurde am 10.05.1954²¹² eröffnet. Es ist fraglich, ob das BAG an den entwickelten Grundsatz der Offenbarungspflicht festhält.

²⁰⁸ Siehe hierzu RG, Urteil vom 27.03.1906, Az.: Rep. II. 374/05, RGZ 62, 149, 152; siehe RG, Urteil vom 29.05.1908, Az.: Rep. VII. 322/07, RGZ 69, 13, 15: Arglistige Täuschung durch Verschweigen der Zahlungsunfähigkeit und unlautere Absichten, Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes und kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht; siehe RG, Urteil vom 15.11.1911, Az.: Rep. I. 512/10, RGZ 77, 309, 314: Anfechtung einer unterzeichneten Urkunde, ohne sie vorher gelesen zu haben; siehe RG, Urteil vom 07.07.1925, Az.: II. 494/24, RGZ 111, 233, 234: Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei Veräußerung von Spekulationspapieren.

²⁰⁹ RAG, Urteil vom 02.07.1930, Az.: RAG. 28/30, BenschSamml 9, 496, 499.

²¹⁰ RAG, Urteil vom 02.07.1930, Az.: RAG. 28/30, BenschSamml 9, 496, 499.

²¹¹ Siehe hierzu: *Linsenmaier*, Geschichte der Arbeitsgerichtsbarkeit, 3. Das Arbeitsgerichtsgesetz 1926 und 4. Die Arbeitsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, abrufbar im Internet <http://www.bundesarbeitsgericht.de/allgemeines/geschichte.html#no_I3>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

²¹² Bundesarbeitsgericht, Festakt aus Anlass des 50. Jahrestages der Errichtung des Bundesarbeitsgerichts (Stand: Mai 2004), abrufbar im Internet <<http://www.bundesarbeitsgericht.de/dasgericht/festakt.html>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Erstmals begrenzte das BAG in seinem Urteil vom 05.12.1957 das Fragerecht des Arbeitgebers. Die Klägerin hatte bei ihrer Einstellung die Frage nach Vorstrafen im Personalbogen verneinend beantwortet, weil das Strafverfahren zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig abgeschlossen war. Als ihr Arbeitgeber davon erfuhr, ficht er den Abschluss des Arbeitsvertrages wegen Irrtums und arglistiger Täuschung an. Das BAG entschied, dass „nicht jede falsche Angabe in einem dem Arbeitnehmer bei der Einstellung vorgelegten Fragebogen [...] eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB dar[stellt], sondern nur eine falsche Antwort auf eine zulässigerweise gestellte Frage.“²¹³ Der Bewerber darf im Personalfragebogen nur nach Vorstrafen gefragt werden, „wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert.“²¹⁴

In diesem Urteil differenzierte der Erste Senat des BAG einerseits zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen. Andererseits erlaubte es nicht nur die Antwort zu verweigern, sondern gewährte darüber hinaus ein Recht auf falsche Antwort.²¹⁵

Das zweite Urteil des BAG vom 22.09.1961 zum Fragerecht des Arbeitgebers wird in der Literatur als das Bedeutendste und Umfassendste angesehen.²¹⁶ Die Klägerin hat ihrem Arbeitgeber bei Einstellung schriftlich bestätigt, nicht schwanger zu sein, was aber nicht der Wahrheit entsprach. Nach Erhalt der Kündigung legte sie am darauffolgenden Arbeitstag eine ärztliche Bescheinigung über ihre Schwangerschaft vor. Daraufhin erschien sie weder zur Arbeit noch bot sie ihre Arbeitsleistung an. Der Erste Senat des BAG hielt an seiner bisherigen Entscheidung fest: „im Grundsatz [kann] auch ein Arbeitsvertrag, sei es nach § 119 BGB, sei es nach § 123 BGB, angefochten werden [...]. Dies gilt auch für den Arbeitsvertrag mit einer bei Vertragsabschluß schwangeren Arbeitnehmerin [...]. In aller Regel ist die Schwangerschaft keine verkehrswesentliche Eigen-

²¹³ BAG, Urteil vom 05.12.1957, Az.: 1 AZR 594/56, BAGE 5, 159, 163. Bei Erhalt der Anfechtung war die Klägerin schwanger, was keinen weiteren Einfluss auf das Urteil im Ergebnis hatte.

²¹⁴ BAG, Urteil vom 05.12.1957, Az.: 1 AZR 594/56, BAGE 5, 159.

²¹⁵ Vgl. *Hitzig*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz, 69.

²¹⁶ Vgl. *Degener*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern, 43; vgl. *Hitzig*, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz, 7.

schaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB [...], [da] sie kein Dauerzustand ist.²¹⁷

Allerdings bejahte der Erste Senat des BAG eine arglistige Täuschung i. S. des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB, weil der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt ist bei Einstellungsverhandlungen zu fragen, ob eine Schwangerschaft besteht und zwar unabhängig davon, auf welchen Arbeitsplatz die Arbeitnehmerin eingesetzt werden soll.²¹⁸ Dieses Urteil macht deutlich, dass die Frage nach der Schwangerschaft zulässig ist und keinen „Einbruch in die Individual- oder Intimsphäre der Stellenbewerberin bedeute“²¹⁹, weil der Zustand in naher Zukunft ohnehin offenkundig werde. Deshalb hat sich die Bewerberin zu offenbaren und ist zur wahrheitsgemäßen Antwort verpflichtet.²²⁰

In seinem dritten Urteil zum Fragerecht vom 07.02.1964 befasste sich das BAG mit dem Gesundheitszustand einer Arbeitnehmerin. Sie bewarb sich um eine Anstellung und erhielt eine positive Entscheidung. Bei den Vertragsverhandlungen hatte sie wahrheitswidrig angegeben, dass sie momentan gesund sei und Urlaub habe, in Wahrheit war sie seit etwa vier Wochen arbeitsunfähig krank.²²¹ Deswegen widerrief sie kurze Zeit später ihre Zusage. Der Arbeitgeber forderte daraufhin Schadensersatz.

Der Erste Senat des BAG entschied, dass ein Bewerber bei Vertragsverhandlungen seinen Gesundheitszustand dem Arbeitgeber offenbaren muss, wenn er aufgrund einer akuten Krankheit das Arbeitsverhältnis infolgedessen nicht beginnen kann.²²² Somit stellt das BAG klar, dass sich der Arbeitnehmer nur offenbaren muss, wenn zwischen Krankheit und Arbeitspflicht ein Zusammenhang besteht und das Arbeitsverhältnis deswegen nicht aufgenommen werden kann.²²³ Offenbart er sich nicht, dann kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten und Ersatz für den entstandenen Schaden aufgrund fahrlässigen Verhalten verlangen.

²¹⁷ BAG, Urteil vom 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60, BAGE 11, 270, 272.

²¹⁸ Vgl. BAG, Urteil vom 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60, BAGE 11, 270, 273.

²¹⁹ BAG, Urteil vom 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60, BAGE 11, 270, 274.

²²⁰ Vgl. BAG, Urteil vom 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60, BAGE 11, 270, 275.

²²¹ Vgl. BAG, Urteil vom 07.02.1964, Az.: 1 AZR 251/63, BAGE 15, 261, 263.

²²² Vgl. BAG, Urteil vom 07.02.1964, Az.: 1 AZR 251/63, BAGE 15, 261, 264.

²²³ Vgl. BAG, Urteil vom 07.02.1964, Az.: 1 AZR 251/63, BAGE 15, 261, 264.

Von einem unbegrenzten Informationsrecht geht das BVerwG in seinem Urteil vom 06.05.1964 aus. Der Kläger hatte im Bewerbungsbogen bei der Bundeswehr seine Mitgliedschaft in der KPD verschwiegen. „Eine Verpflichtung zur Mitteilung bestimmter Tatsachen besteht auf Grund der durch die Bewerbung begründeten Beziehungen zwischen dem Dienstherrn und dem Bewerber jedenfalls dann, wenn letzterer nach diesen Tatsachen gefragt wurde.“²²⁴ Infolgedessen hat er die Ernennungsbehörde wegen Irrtums getäuscht. Die Offenbarungspflicht setzt voraus, dass der Bewerber zur Erfüllung der politischen Treuepflicht Gewähr bietet.²²⁵

Das BAG beurteilte in seinem Urteil vom 15.01.1970 erneut die Frage nach Vorstrafen. Dabei hielt der Zweite Senat des BAG an der Entscheidung des BAG mit dessen ersten Urteils vom 05.12.1957 zum Fragerecht nach Vorstrafen fest: Der Bewerber darf bei der Einstellung nur nach Vorstrafen gefragt werden, „wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Einstellung des Arbeitgebers an, welche Vorstrafen er als einschlägig ansieht; entscheidend ist vielmehr ein objektiver Maßstab. Dies gilt auch für Arbeiter und Angestellte im öffentlichen Dienst, zumindest in seinen unteren Graden.“²²⁶

Welche Relevanz der Gesundheitszustand zur Erfüllung der Vertragspflicht hat, prüfte das BAG in seinem Urteil vom 28.03.1974. Der Kläger leidet an Epilepsie. Bei den Einstellungsverhandlungen wurde er weder danach gefragt noch hatte er darauf hingewiesen. Während der Arbeitszeit erlitt er einen epileptischen Anfall. Der Arbeitgeber focht das Arbeitsverhältnis wegen Irrtums und Täuschung an und kündigte es vorsorglich fristlos.²²⁷ Das BAG verwies darauf, dass eine verkehrswesentliche Eigenschaft i. S. des § 119 Abs. 2 BGB fehle, „[w]enn der Arbeitnehmer wegen eines nicht nur kurzfristig auftretenden Leidens für die übernommene Arbeit nicht oder nicht ausreichend geeignet ist“²²⁸ und die zu erbringende, durchschnittliche „Leistungsfähigkeit ständig erheblich beein-

²²⁴ BVerwG, Urteil vom 06.05.1964, Az.: VIII C 394.63, BVerwGE 18, 276, 277.

²²⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 06.05.1964, Az.: VIII C 394.63, BVerwGE 18, 276, 280.

²²⁶ BAG, Urteil vom 15.01.1970, Az.: 2 AZR 64/69, DB 1970, 1276.

²²⁷ Vgl. BAG, Urteil vom 28.03.1974, Az.: 2 AZR 92/73, juris, Rn. 1 f.

²²⁸ BAG, Urteil vom 28.03.1974, Az.: 2 AZR 92/73, juris, Rn. 12.

trächtigt ist.“²²⁹ Somit kann eine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Krankheit oder Gesundheitsbeeinträchtigungen begründet sein, wenn die vertraglich übernommene Leistungserbringung nicht oder erheblich eingeschränkt erbracht werden kann. Allerdings muss jeder Fall einzeln betrachtet werden.

Eine arglistige Täuschung hinsichtlich der Schwerbehinderteneigenschaft beschäftigte das BAG in seinem Urteil vom 25.03.1976. Der Kläger hatte seine Erwerbsminderung in Höhe von 80 % im Personalfragebogen nicht angegeben. Ebenso verneinte er die Frage, ob er gesundheitlich beeinträchtigt ist für die vorgesehene Tätigkeit. Kurz vor Inkrafttreten der Neufassung des Schwerbehindertengesetzes²³⁰ offenbarte der Kläger, dass er dann unter dieses Gesetz falle. Der Arbeitgeber focht den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an und erklärte vorsorglich die ordentliche Kündigung.²³¹

Das BAG bestätigte, dass eine Offenbarungspflicht nur besteht, „wenn der Arbeitnehmer erkennen muß, daß er wegen der Behinderung die vorgesehene Arbeit nicht zu leisten vermag oder die Minderung der Leistung und Fähigkeiten für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz [...] von ausschlaggebender Bedeutung ist.“²³² Folglich musste sich der Kläger nicht offenbaren und eine arglistige Täuschung lag nicht vor.

Ob dem Arbeitgeber die Frage gegenüber dem Stellenbewerber nach seiner bisherigen Vergütung zusteht, entschied das BAG in seinem Urteil vom 19.05.1983. Der Zweite Senat des BAG erklärte die Frage dann für „unzulässig, wenn die bisherige Vergütung für die erstrebte Stelle keine Aussagekraft und der Bewerber sie auch nicht von sich aus als Mindestvergütung für die neue Stelle gefordert hat. Die unrichtige Beantwortung einer solchen Frage rechtfertigt keine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung.“²³³

Mit seinem Urteil vom 07.06.1984 beschäftigte sich das BAG erneut mit dem Fragerecht des Arbeitgebers nach Krankheiten. Die Klägerin war als Schwerbehinderte mit einem Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) von 50 %

²²⁹ BAG, Urteil vom 28.03.1974, Az.: 2 AZR 92/73, juris, Rn. 12.

²³⁰ Vgl. *BGBI I 1974*, 1005: Bekanntmachung der Neufassung des Schwerbehindertengesetzes.

²³¹ Vgl. BAG, Urteil vom 25.03.1976, Az.: 2 AZR 136/75, DB 1976, 1240, 1241.

²³² BAG, Urteil vom 25.03.1976, Az.: 2 AZR 136/75, DB 1976, 1240, 1241.

²³³ BAG, Urteil vom 19.05.1983, Az.: 2 AZR 171/81, jurion, 2. Leitsatz.

anerkannt. Im Einstellungsbogen beantwortete sie die Frage nach dem Vorliegen einer Körperbehinderung mit nein. Eine Woche nachdem ihr der Arbeitgeber gekündigt hatte, teilte sie ihm ihre Schwerbehinderung mit. Infolgedessen focht der Arbeitgeber den Abschluss des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB neben der Kündigung an.²³⁴

Das BAG kam zu der Entscheidung, dass die unrichtige Beantwortung der Frage nach einer Körperbehinderung durch einen Bewerber „nur dann eine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB rechtfertigen [kann], wenn die verschwiegene Körperbehinderung erfahrungsgemäß die Eignung des Arbeitnehmers für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt.“²³⁵

Ferner „wird dem Arbeitgeber ein Fragerecht nur insoweit zugestanden, als er ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage für das Arbeitsverhältnis hat.“²³⁶ Dadurch beschränkt sich das Fragerecht auf folgende wesentliche Punkte: „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 Dienstantritts bzw. in absehbarer Zeit mit einer Arbeitsunfähigkeit zu rechnen, z.B. durch eine geplante Operation, eine bewilligte Kur oder auch durch eine zur Zeit bestehende akute Erkrankung?“²³⁷

Somit steht dem Arbeitgeber ein Fragerecht nach einer Krankheit bzw. Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes nur zu, wenn ein Zusammenhang mit dem einzugehenden Arbeitsverhältnis besteht. Dies bestätigt der Zweite Senat des BAG in seinen Urteilen vom 01.08.1985 sowie vom 20.02.1986 und verdeutlichte damit, dass das uneingeschränkte Fragerecht nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderteneigenschaft zulässig ist und nicht im Widerspruch zum Urteil vom

²³⁴ Vgl. BAG, Urteil vom 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83, jurion, Rn. 6.

²³⁵ BAG, Urteil vom 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83, jurion, 1. Leitsatz.

²³⁶ BAG, Urteil vom 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83, jurion, Rn. 30.

²³⁷ BAG, Urteil vom 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83, jurion, Rn. 30.

22.09.1961 steht.²³⁸ Gleichzeitig schränkt das BAG in diesem Urteil vom 20.02.1986 das Fragerecht des Arbeitgebers hinsichtlich der Schwangerschaft daraufhin ein, dass die Frage nur zulässig und wahrheitsgemäß zu beantworten ist, wenn sich ausschließlich Frauen bewerben ("gespaltene Lösung").²³⁹

Der EuGH entschied in seinem Urteil vom 08.11.1990, dass es nicht von Belang sein kann, wenn sich kein Mann auf die ausgeschriebene Stelle bewirbt.²⁴⁰ Die Klägerin wurde nicht eingestellt, nachdem sie zuvor ihre Schwangerschaft mitgeteilt hatte. Ihr stand wegen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz Schadensersatz vom Arbeitgeber zu.²⁴¹ Im Anschluss an dieses Urteil gab das BAG in seinen Urteilen vom 15.10.1992 sowie vom 01.07.1993 seine bisherige gespaltene Lösung auf. Dem Arbeitgeber steht kein Fragerecht bei Einstellung nach dem Vorliegen einer Schwangerschaft mehr zu, wenn ein unbefristetes Arbeitsverhältnis begründet werden soll.²⁴²

Auf das Fragerecht des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung hatte das Urteil des EuGH keinen Einfluss. Sowohl in seinem Urteil vom 28.02.1991 als auch vom 11.11.1993 hält das BAG an seiner bisherigen Rechtsprechung fest: Der Arbeitnehmer hat das Vorliegen einer Schwerbehinderteneigenschaft oder Gleichstellung zu offenbaren, sofern die beschränkte Leistungsfähigkeit für die auszu-

²³⁸ Vgl. BAG, Urteil vom 01.08.1985, 2 AZR 101/83, jurion. Siehe BAG, Urteil vom 20.02.1986, Az.: 2 AZR 244/85, juris, Rn. 20: Das BAG begründet dies mit besonderen gesetzlichen Verpflichtungen, „die für den Arbeitgeber durch die Beschäftigung Schwerbehinderter entstehen. Angesichts der rechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite und der betrieblichen Auswirkungen der Einstellung schwerbehinderter Arbeitnehmer dürfe der Arbeitgeber daher uneingeschränkt nach der Schwerbehinderteneigenschaft fragen.“

²³⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 20.02.1986, Az.: 2 AZR 244/85, juris, Rn. 26. Der Senat des BAG begründet seine Entscheidung in Rn. 21 damit, dass sich die Rechtslage durch die Einführung des § 611 a BGB verändert hat und hält daher nicht mehr am Urteil des BAG vom 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60, BAGE 11, 270 ff. fest. Anlass war auch Urteil des EuGH vom 21.05.1985, Az.: Rs. 248/83, *Commission/ Germany*, EUR-lex, Rn. 1, wonach die Bundesrepublik Deutschland „die Richtlinie 76/207 des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen [...] nicht vollständig in innerstaatliches Recht umgesetzt hat.“

²⁴⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 08.11.1990, Az.: Rs. C-177/88, *Dekker*, juris, Rn. 17 f.

²⁴¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 08.11.1990, Az.: Rs. C-177/88, *Dekker*, juris, Rn. 24.

²⁴² Vgl. BAG, Urteil vom 15.10.1992, Az.: 2 AZR 227/92, juris, 1. Leitsatz; vgl. BAG, Urteil vom 06.02.2003 Az.: 2 AZR 621/01, juris, 1. und 2. Leitsatz; vgl. aber BAG, Urteil vom 01.07.1993, Az.: 2 AZR 25/93, jurion, Rn. 8: Ausnahme vom Verstoß gegen Diskriminierungsverbot, wenn sachlich gerechtfertigt. Jedoch gab der EuGH mit Urteil vom 04.10.2001, Az.: Rs. C-109/00, *Akrich*, juris, Rn. 34, in einer späteren Entscheidung auch die Zulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft bei Bewerbung für eine befristete Stelle auf.

übende Tätigkeit von Bedeutung ist. Beantwortet der Arbeitnehmer die Frage hingegen wahrheitswidrig, ist der Arbeitgeber zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung berechtigt.²⁴³

So sah es auch das BAG in seinem Urteil vom 21.02.1991 mit Verweis auf sein Urteil vom 07.02.1964.²⁴⁴ Im vorvertraglichen Schuldverhältnis obliegt dem Arbeitnehmer eine Offenbarungspflicht, wenn „die verschwiegenen Umstände dem Arbeitnehmer die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht unmöglich machen oder sonst für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind.“²⁴⁵

Der EuGH beschäftigte sich in seinem Urteil vom 05.10.1994 mit der Tragweite der Weigerung des Bewerbers, sich einer Einstellungsuntersuchung mit Aids-Test zu unterziehen. Der Kläger sollte als Schreibrkraft befristet für eine Laufzeit von sechs Monaten eingestellt werden. Die Einstellungsuntersuchung umfasste neben einer klinischen Untersuchung auch Laboruntersuchungen. Der Kläger lehnte einen HIV-Test ab. Trotzdem hatte der Vertrauensarzt eine Laboruntersuchung zur Bestimmung der Lymphozyten durchgeführt und kam zu dem Ergebnis, „daß der Kläger die für die Ausübung der Tätigkeit einer Schreibrkraft [...] erforderliche körperliche Eignung nicht besitze und daß seine Einstellung unter diesen Umständen nicht in Betracht gezogen werden könne.“²⁴⁶

Im Ergebnis unterstrich der EuGH, dass eine symptomfreie HIV-Seropositivität keinen Eignungsmangel begründe, weil „die Gefahr einer Ansteckung bei den normalen Beziehungen am Arbeitsplatz ausgeschlossen sei.“²⁴⁷ Das „verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens [in Artikel 8 EMRK] [...] umfaßt ins-

²⁴³ Vgl. BAG, Urteil vom 28.02.1991, Az.: 2 AZR 515/90, juris, Rn. 18; vgl. BAG, Urteil vom 11.11.1993, Az.: 2 AZR 467/93, juris, 1. Leitsatz; vgl. auch BAG, Urteil vom 05.10.1995, Az.: 2 AZR 923/94, juris, 1. Leitsatz: in dem das BAG seine bisherige Rspr. fortführt und „[d]ie Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderteneigenschaft des Stellenbewerbers [...] auch dann uneingeschränkt zuläss[ig], wenn die Behinderung, auf der die Anerkennung beruht, tätigkeitsneutral ist“; unabhängig davon, dass am 15.11.1994 die Ergänzung in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG: „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden“ in Kraft getreten ist.

²⁴⁴ Vgl. BAG, Urteil vom 07.02.1964, Az.: 1 AZR 251/63, BAGE 15, 261, 264.

²⁴⁵ BAG, Urteil vom 21.02.1991, Az.: 2 AZR 449/90, juris, Rn. 21.

²⁴⁶ EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Az.: Rs. C-404/92 P, X/Commission, jurion, Rn. 2 5).

²⁴⁷ EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Az.: Rs. C-404/92 P, X/Commission, jurion, Rn. 14.

besondere das Recht einer Person, ihren Gesundheitszustand geheimzuhalten.²⁴⁸

Die Rechtsfolge rückwirkender Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB prüfte das BAG in seinem Urteil vom 03.12.1998. Der Kläger litt u. a. an „degenerativer Wirbelsäulenveränderungen mit schmerzhafter Bewegungseinschränkung“²⁴⁹ und war mit einem GdB von 60 als Schwerbehinderter anerkannt. Wahrheitswidrig beantwortete er die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft im Einstellungsgespräch mit nein. Im Anschluss an seine Arbeitsunfähigkeit offenbarte der Kläger seine Schwerbehinderung. Er kündigte das Arbeitsverhältnis und erschien nicht mehr zur Arbeit. Der Arbeitgeber focht den Abschluss des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung an und verweigerte die Entgeltfortzahlung.²⁵⁰

Der Zweite Senat des BAG gab dem Arbeitgeber recht. Einerseits darf „der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor der Einstellung nach dessen Schwerbehinderteneigenschaft auch dann fragen [...], wenn die Behinderung für die auszuübende Tätigkeit ohne Bedeutung sei.“²⁵¹ Andererseits besteht kein Grund, „das Arbeitsverhältnis auch für die Zeit, in der es nicht mehr praktiziert worden ist, bis zur Anfechtungserklärung des Arbeitgebers als rechtsbeständig“²⁵² zu behandeln. Der Arbeitnehmer hat den Abschluss des Arbeitsvertrages erschlichen und daher fehlte es an seiner Schutzwürdigkeit. „[W]enn das Arbeitsverhältnis ‚außer Funktion gesetzt‘ sei, bestünden also keine Rückabwicklungsschwierigkeiten, müsse es bei dem gesetzlichen Prinzip des § 142 Abs. 1 BGB verbleiben.“²⁵³ Deshalb kann in diesem Fall die Anfechtung rückwirkend (ex tunc) wirken.

²⁴⁸ EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Az.: Rs. C-404/92 P, *X/Commission*, jurion, Rn. 17; Art. 8 Abs. 2 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK): „Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“

²⁴⁹ BAG, Urteil vom 03.12.1998, Az.: 2 AZR 754/97, juris, Rn. 11.

²⁵⁰ Vgl. BAG, Urteil vom 03.12.1998, Az.: 2 AZR 754/97, juris, Rn. 1.

²⁵¹ BAG, Urteil vom 03.12.1998, Az.: 2 AZR 754/97, juris, Rn. 11; vgl. BAG, Urteil vom 05.10.1995, Az.: 2 AZR 923/94, juris, Rn. 18: „Dieses uneingeschränkte Fragerecht hat der Senat begründet mit den besonderen gesetzlichen Verpflichtungen, die für den Arbeitgeber durch die Beschäftigung Schwerbehinderter entstehen.“

²⁵² BAG, Urteil vom 03.12.1998, Az.: 2 AZR 754/97, juris, Rn. 19.

²⁵³ BAG, Urteil vom 03.12.1998, Az.: 2 AZR 754/97, juris, Rn. 17.

Anders entschied das BAG in seinem Urteil vom 18.10.2000 in Bezug auf die Offenbarungspflicht der Schwerbehinderung. Der Kläger hat einen GdB von 100 aufgrund einer „Funktionseinschränkung der Gliedmaßen und des Rumpfes bei angeborenem Minderwuchs.“²⁵⁴ Im Personalbogen beantwortete er die Frage nach der Schwerbehinderung wahrheitswidrig mit nein. Nach seiner Offenbarung focht der Arbeitgeber den Abschluss des Arbeitsvertrages an. Der Zweite Senat des BAG erkannte in der falschen Antwort des Arbeitnehmers keinen Irrtum in seiner Schwerbehinderteneigenschaft, weil die Schwerbehinderung offensichtlich war. Infolgedessen war die Anfechtung nicht gerechtfertigt.²⁵⁵

Es lässt sich festhalten, dass das BAG dem Arbeitgeber ein eingeschränktes Fragerecht nach einer Krankheit bzw. Schwerbehinderung erlaubt. Die Frage ist dann zulässig und muss wahrheitsgemäß beantwortet werden, wenn die Leistungsfähigkeit aufgrund einer akuten Erkrankung bzw. Behinderung für eine längere Zeit eingeschränkt oder unmöglich wird. In diesem besonderen Fall besteht ohnehin eine Offenbarungspflicht des Bewerbers, es sei denn, die Schwerbehinderung ist offensichtlich. Wie das BAG schon früh festgestellt hat, ist die „Schwangerschaft keine verkehrswesentliche Eigenschaft“²⁵⁶ und somit keine Krankheit. Allerdings änderte sich die Rechtsprechung im Laufe der Zeit beim Fragerecht nach der Schwangerschaft.

3.1.3 Die Rechtsprechung von 2001 bis zum Jahr 2006

Am 01.07.2001 trat das SGB IX in Kraft.²⁵⁷ Erstmals wurden in § 81 SGB IX²⁵⁸ die „Pflichten des Arbeitgebers und die Rechte schwerbeschädigter Menschen“ gesetzlich geregelt. § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX a. F. bestimmt: „Arbeitgeber dürfen schwerbehinderte Beschäftigte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligen.“ § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX a. F. nennt hierzu „insbesondere bei der Begründung des Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses“. In

²⁵⁴ BAG, Urteil vom 18.10.2000, Az.: 2 AZR 380/99, juris, Rn. 2.

²⁵⁵ Vgl. BAG, Urteil vom 18.10.2000, Az.: 2 AZR 380/99, juris, Rn. 24.

²⁵⁶ BAG, Urteil vom 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60, BAGE 11, 270, 272. Im Gegensatz zu einer Behinderung ist eine Schwangerschaft nur ein vorübergehender Zustand.

²⁵⁷ Vgl. *BGBI 2001*, 1046, 1139, Art. 68 Abs. 1 SGB IX: Dieses Gesetz tritt am 01.07.2001 in Kraft, soweit in den folgenden Absätzen nicht etwas anderes bestimmt ist.

²⁵⁸ Siehe *Neumann* in: Hueck/Hueck (Hrsg.), *Schwerbeschädigtengesetz*, 3. Aufl. 1973, 4 f.: Der Umfang der Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber wurde bisher in § 3 ff. *Schwerbeschädigtengesetz* a. F. vom 14.08.1961 geregelt.

diesem Zusammenhang wird die Frage nach der Schwerbehinderung vorwiegend für unzulässig gehalten.²⁵⁹

Das LAG Hamm beschäftigte sich in seinem Urteil vom 06.11.2003 mit der Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung. Der Bewerber hatte im Jahr 1999 bei seiner Einstellung die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft wahrheitswidrig verneint. Der Arbeitgeber erklärte die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung erst im Jahr 2002. Das LAG Hamm kam zu dem Ergebnis, dass der Arbeitgeber hierzu auch dann noch berechtigt ist, wenn zwischenzeitlich die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft nach Inkrafttreten des SGB IX unzulässig ist.²⁶⁰ Dabei beruft sich das LAG Hamm auf die maßgebliche Rechtslage bei Vertragsschluss.²⁶¹ Die fehlende Offenbarung berechtigte zur Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Somit wurde der Arbeitnehmer für wenig schutzwürdig erklärt.

Es liegt damit der Schluss nahe, dass manche Arbeitgeber, hätten sie gewusst, dass ihr Arbeitnehmer (schwer-)behindert ist, ihn nicht eingestellt hätten.²⁶² Das Interesse des Arbeitgebers am Vorliegen einer Schwerbehinderteneigenschaft liegt daher darin, eine Einstellung zu umgehen, weil „mit einer Einstellung einhergehende wirtschaftliche Nachteile und organisatorische Belastungen“²⁶³ durch den Arbeitgeber hingenommen werden müssen.²⁶⁴

Ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aufgrund seiner Schwerbehinderung benachteiligt hat, beurteilte das BAG in seinem Urteil vom 15.02.2005. Der

²⁵⁹ Vgl. *Brors* DB 2003, 1734, 1735.

²⁶⁰ Vgl. LAG Hamm, Urteil vom 06.11.2003, Az.: 8 (16) Sa 1072/03, juris, Leitsatz.

²⁶¹ Vgl. LAG Hamm, Urteil vom 06.11.2003, Az.: 8 (16) Sa 1072/03, juris, Rn. 20.

²⁶² Diese Vermutung äußern teilweise behinderte Bewerber: vgl. BAG, Urteil vom 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83, jurion, Rn. 9: Die Klägerin hatte ihre Schwerbehinderteneigenschaft verschwiegen, „da sie befürchtet habe, bei Angabe ihrer Schwerbehinderung den Arbeitsplatz nicht zu erhalten.“; vgl. BAG, Urteil vom 01.08.1985, Az.: 2 AZR 101/83, jurion, Rn. 6: Der Kläger erklärte gegenüber dem Personalleiter, wenn auch streitig, „er glaube, wenn jemand einen solchen [Gleichstellungs-]Bescheid vorlege, werde er nirgendwo eingestellt.“; vgl. BAG, Urteil vom 11.11.1993, Az.: 2 AZR 467/93, juris, Rn. 6: ebenso streitig, ob der Kläger gegenüber seinem Vorgesetzten erklärt hat, „ihm sei klar gewesen, daß er nicht eingestellt werde, wenn er die Frage nach der Schwerbehinderung bejaht hätte.“

²⁶³ *Joussen* NZA 2007, 174, 177.

²⁶⁴ Vgl. hierzu Ausführungen in Kapitel 2.3.3 zu § 81 Abs. 4 SGB IX sowie die Förderpflichten des Arbeitgebers.

Kläger hatte sich auf eine Stellenanzeige beworben und auf seine Schwerbehinderung hingewiesen. Trotzdem wurde er nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen und erhielt eine Absage. Ferner hatte der Arbeitgeber nicht unmittelbar nach Eingang der Bewerbung die Schwerbehindertenvertretung gemäß § 81 Abs. 1 Satz 4 und Satz 6 SGB IX a. F. unterrichtet und beteiligt.

Hierin vermutete der Neunte Senat des BAG die Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung.²⁶⁵ Zwar steht dem Bewerber gemäß § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB IX a. F. „eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten“ zu, wenn „der schwerbehinderte Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden“ wäre. Allerdings erfüllte er nicht die beruflichen Anforderungen der guten Schreibmaschinenkenntnisse.²⁶⁶ Somit wurde er nicht wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt.

In seinem Urteil vom 12.09.2006 setzte sich das BAG mit einem öffentlichen Arbeitgeber auseinander.²⁶⁷ Der Kläger bewarb sich auf eine Stellenausschreibung und wies auf seine Schwerbehinderung hin. Er wurde im Auswahlverfahren nicht berücksichtigt. Als erster Tatbestand hat der Arbeitgeber es unterlassen, die Agentur für Arbeit gemäß §§ 81 Abs. 1 Satz 2, 82 Satz 1 SGB IX a. F. einzuschalten. Der zweite Tatbestand liegt vor, weil der Bewerber nicht zum Vorstellungsgespräch gemäß § 82 Satz 2 SGB IX a. F. eingeladen wurde. Zwar war er überqualifiziert, aber der öffentliche Arbeitgeber darf gemäß Art. 33 Abs. 2 GG nicht daran gehindert werden, „aus subjektiven Erwägungen die Inhaber von gleichwertigen oder höherwertigen Qualifikationen auszuschließen.“²⁶⁸ Der dritte Tatbestand lag an der mangelnden Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 81 Abs. 1 Satz 4 und Satz 6 SGB IX a. F.²⁶⁹ Folglich wurde der Kläger

²⁶⁵ Vgl. BAG, Urteil vom 15.02.2005, Az.: 9 AZR 635/03, juris, Rn. 11.

²⁶⁶ Vgl. BAG, Urteil vom 15.02.2005, Az.: 9 AZR 635/03, juris, Rn. 45.

²⁶⁷ Vgl. BAG, Urteil vom 12.09.2006, Az.: 9 AZR 807/05, juris, Rn. 1. Anmerkung: Maßgeblich für die Rechtsfolge ist der Zeitpunkt der Benachteiligung bzw. der Vertragsabschluss. Siehe hierzu *BTDrucks 16/1780*, 53 zu § 33 Abs. 1: „Für Benachteiligungen, die zeitlich vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes liegen, findet die alte Rechtslage einschließlich der nunmehr außer Kraft tretenden Regelungen der §§ 611a, 611b und 612 Abs. 3 BGB sowie § 81 Abs. 2 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch und des Beschäftigtenschutzgesetzes weiterhin Anwendung.“

²⁶⁸ BAG, Urteil vom 12.09.2006, Az.: 9 AZR 807/05, juris, Rn. 34.

²⁶⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 12.09.2006, Az.: 9 AZR 807/05, juris, Rn. 19.

wegen seiner Behinderung diskriminiert.²⁷⁰

Ein weiteres Urteil des BAG vom 03.04.2007 betrachtete die Behinderung des Bewerbers. Die Klägerin hat einen GdB von 40 und leidet an Neurodermitis.²⁷¹ Einen Gleichstellungsantrag hatte sie nicht gestellt. Sie bewarb sich auf eine Stelle im öffentlichen Dienst und wurde abgelehnt. Sie machte wegen ihrer Benachteiligung einen Entschädigungsanspruch geltend aufgrund „einer europarechtskonformen Anwendung des § 81 Abs. 2 SGB IX aF.“²⁷²

Das BAG berief sich dabei auf die Rechtsprechung des EuGH in seinem Urteil vom 11.07.2006, wonach der Begriff der Behinderung ebenso „ein Hindernis für die Teilhabe des Betreffenden am Berufsleben“²⁷³ umfasst. Ferner enthält Art. 2 Abs. 1 der RL 2000/78/EG „die Vorgabe eines Diskriminierungsverbotes für alle Fälle einer Behinderung im Sinne des Gemeinschaftsrechts und nicht nur für Behinderungen, die so schwer sind, dass sie einen bestimmten Grad überschreiten.“²⁷⁴ Daher fällt die Klägerin auch unter den Schutz der Schwerbehinderten und ihnen gleichgestellte Beschäftigte.

Seit Inkrafttreten des SGB IX darf der Arbeitgeber nicht mehr nach der Schwerbehinderteneigenschaft fragen.²⁷⁵ Tut er dies doch, muss der Bewerber die ihm

²⁷⁰ Vgl. vorgehend LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 01.09.2005, 4 Sa 865/04, AE 02/2006, 97: Das LAG Rheinland-Pfalz hatte entschieden, dass der Arbeitgeber das Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle festlegt. Ist der Bewerber höher qualifiziert und wird er deswegen nicht im Auswahlverfahren berücksichtigt, liegt keine Diskriminierung wegen der Schwerbehinderung vor, auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Verfahrensvorschriften für eine Stellenbesetzung nicht eingehalten hat.

²⁷¹ Vgl. BAG, Urteil vom 03.04.2007, Az.: 9 AZR 823/06, juris, Rn. 2.

²⁷² BAG, Urteil vom 03.04.2007, Az.: 9 AZR 823/06, juris, Rn. 15.

²⁷³ EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Az.: Rs. C-13/05, *Chacon Navas*, juris, Rn. 43.

²⁷⁴ BAG, Urteil vom 03.04.2007, Az.: 9 AZR 823/06, juris, Rn. 22; vgl. hierzu auch nachgehend Landesarbeitsgericht (LArbG) Berlin-Brandenburg, Urteil vom 31.01.2008, Az.: 5 Sa 1755/07, juris, Rn. 49 ff.: Die Klägerin erhielt wegen der Ablehnung ihrer Bewerbung für die entstandenen materiellen Nachteile Entschädigung in Höhe von drei Monatsverdiensten sowie für die immateriellen Nachteile aufgrund der Verletzung des Persönlichkeitsrechts Entschädigung in Höhe von drei Monatsverdiensten. Angesichts des teilweise präventiven Charakters war die Höhe der Entschädigung im Verhältnis als angemessen anzusehen.

²⁷⁵ Siehe hierzu aber u. a. *Thüsing/Lambrich* BB 2002, 1146, 1149: die darauf hinweisen, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nach der Einstellung seine Schwerbehinderung offenbaren muss. Einerseits kann der Arbeitgeber sonst nicht seiner gesetzlichen Pflicht gemäß § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 2 SGB IX a. F. nachkommen. Andererseits beschäftigt der Arbeitgeber nicht die vorgeschriebene Zahl an schwerbehinderten Menschen im Sinne des § 71 Abs. 1 SGB IX und muss zusätzlich noch Ausgleichsabgabe gemäß § 77 SGB IX a. F. zahlen. Ferner macht sich der Arbeitnehmer schadensersatzpflichtig gemäß § 280 Abs. 1 BGB, wenn er sich nicht offenbart.

gestellte Frage nicht wahrheitsgemäß beantworten. Er kann entweder schweigen oder die Unwahrheit sagen.²⁷⁶ Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft ist dann zulässig, wenn durch die Schwerbehinderung der Bewerber die vorge-sehene Tätigkeit nicht oder nur mit Einschränkungen ausüben kann. Ebenso ist die Frage nach Krankheiten nur zulässig, wenn die Krankheit entweder ansteckend ist und dadurch Dritte gefährden kann oder der Arbeitnehmer dauerhaft für den konkreten Arbeitsplatz in seiner Leistungsfähigkeit eingeschränkt ist.

3.2 Die Rechtsprechung nach Einführung des AGG im Jahr 2006

Das AGG ist am 18.08.2006 in Kraft getreten und der bisherige § 81 Abs. 2 SGB IX a.F. trat dadurch außer Kraft. Unterschiedliche Formen der Benachteiligung sind in § 3 AGG verankert. In § 3 AGG wird der Begriff Benachteiligung konkretisiert, wobei zwischen unmittelbarer und mittelbarer unterschieden wird. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, „wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“

Der Sechste Senat des BAG sieht z. B. eine unmittelbare Benachteiligung bei Kündigung eines Arbeitnehmers wegen des Lebensalters unter Verweis auf die Möglichkeit des Rentenbezugs wegen Alters, weil die Altersrente unmittelbar mit dem Lebensalter des Arbeitnehmers verbunden ist.²⁷⁷ Der EuGH erweiterte den Diskriminierungsbegriff, indem er klarstellte, dass wenn ein Arbeitnehmer „durch einen Arbeitgeber eine weniger günstige Behandlung [...] wegen der Behinderung seines Kindes [erfährt] [...], für das er im Wesentlichen die Pflegeleistungen erbringt, deren es bedarf, so verstößt eine solche Behandlung gegen das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung in Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78.“²⁷⁸

²⁷⁶ Vgl. *Joussen* NZA 2007, 174, 177.

²⁷⁷ Vgl. BAG, Urteil vom 23.07.2015, Az.: 6 AZR 457/14, juris, Rn. 30; vgl. *Broy* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 3 AGG Rn. 14.1.

²⁷⁸ EuGH, Urteil vom 17.07.2008, Az.: Rs. C-303/06, *Coleman*, juris, Rn. 56.

Dagegen liegt eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“

Jedoch liegt eine mittelbare Benachteiligung „nicht vor, wenn ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigt und die eingesetzten Mittel erforderlich und angemessen sind. Bereits bei der Feststellung, ob tatbestandlich eine mittelbare Benachteiligung vorliegt, ist das Vorliegen sachlich rechtfertigender Gründe zu prüfen. Auf die weiteren speziellen Rechtfertigungsgründe, die das Gesetz in den §§ 5, 8 bis 10 sowie § 20 [AGG] vorsieht, kommt es dann regelmäßig nicht mehr an.“²⁷⁹

Das Verwaltungsgericht (VG) Düsseldorf hat entschieden, dass „eine Benachteiligung beim Auswahlverfahren für die Einstellung einer Polizeivollzugsbeamtin wegen ihrer Körpergröße“²⁸⁰ nicht vorliegt. Zu den Eignungsvoraussetzungen gehört die Mindestkörpergröße und deshalb „ist die Festsetzung von Mindestkörpergrößen bei Polizeibeamten sachlich gerechtfertigt, um eine störungsfreie Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben zu gewährleisten.“²⁸¹

Darüber hinaus regelt § 4 AGG, wann eine Mehrfachdiskriminierung vorliegt: „Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe, so kann diese unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8 bis 10 und 20 nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, derentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt.“ Die Gefahr sowohl einer mehrfachen als auch einer verschärften Form der Diskriminierung besteht insbesondere bei Menschen mit Behinderungen.²⁸²

Zu den o. g. Rechtfertigungsgründen gehören positive Maßnahmen gemäß § 5 AGG: „Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe ist

²⁷⁹ *BTDrucks 16/1780*, 33.

²⁸⁰ VG Düsseldorf, Urteil vom 02.10.2007, Az.: 2 K 2070/07, juris, Untertitel.

²⁸¹ VG Düsseldorf, Urteil vom 02.10.2007, Az.: 2 K 2070/07, juris, Rn. 43.

²⁸² Vgl. *BGBI II 2008*, 1419, 1422.

eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen.“

Folgendes Beispiel soll eine positive Maßnahme verdeutlichen: Eine Stellenausschreibung enthält den Hinweis „Schwerbehinderte werden bei gleicher Eignung bevorzugt berücksichtigt.“²⁸³ Dies kann den Eindruck erwecken, dass "nicht behinderte Bewerber" bei vergleichbarer Qualifikation deswegen benachteiligt werden, weil ihnen ein Merkmal nach § 1 AGG - hier eine Behinderung - fehlt. Allerdings verdeutlicht die RL 2000/78/EG in Art. 7 Abs. 2, dass im Falle von Menschen mit Behinderung weder der Gleichbehandlungsgrundsatz noch Maßnahmen entgegen stehen, „mit denen Bestimmungen oder Vorkehrungen eingeführt oder beibehalten werden sollen, die einer Eingliederung von Menschen mit Behinderung in die Arbeitswelt dienen oder diese Eingliederung fördern.“ Der Hinweis in der Stellenausschreibung diskriminiert nicht Menschen ohne Behinderung. Er unterstreicht die Tatsache, dass Menschen mit Behinderung bei der angebotenen Stelle auf Augenhöhe mit nicht behinderten Menschen stehen.²⁸⁴

Die Frage nach einer Behinderung ist dann eine positive Maßnahme, wenn entweder eine Integrationsvereinbarung²⁸⁵ vorliegt oder der Arbeitgeber deutlich macht, dass er gezielt schwerbehinderte Arbeitnehmer einstellen möchte, um die Beschäftigungsquote zu erhöhen.²⁸⁶ Daher erlaubt § 5 i. V. m. § 8 AGG eine Benachteiligung und löst keine Rechte des nicht behinderten Bewerbers nach den Vorschriften des AGG aus.²⁸⁷

Seit Einführung des AGG lassen sich weitaus mehr Urteile in den Rechtsdatenbanken finden, die mit den in § 1 AGG genannten Benachteiligungen in Verbindung gebracht werden können. Zwar blieb die befürchtete Klagewelle nach

²⁸³ BAG, Urteil vom 26.06.2014, Az.: 8 AZR 547/13, juris, Rn. 3; vgl. *Steinkühler*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 64; jedoch weist u. a. *Düwell* BB 2006, 1741, 1743 darauf hin, „dass derjenige, der vorgibt, er wolle positiv die Einstellung von Behinderten fördern, keinen Anfechtungsgrund hat, wenn er unerkannt einen behinderten Bewerber als ‚Besten‘ ausgewählt und eingestellt hat.“

²⁸⁴ Vgl. *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 184, Rn. 404.

²⁸⁵ Der Begriff ‚Integrationsvereinbarung‘ wurde durch Art. 2 Nr. 1 a) BTHG, vgl. *BGBI I 2016*, 3234, 3307, zum 30.12.2016 geändert in ‚Inklusionsvereinbarung‘.

²⁸⁶ Vgl. *Joussen* NZA 2007, 174, 177.

²⁸⁷ Vgl. *Colling* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 5 AGG Rn. 3.

Inkrafttreten des AGG weitgehend aus, doch gibt es höchstwahrscheinlich einige Stellenbewerber, die sich gezielt auf benachteiligungs-indizierende Stellenausschreibungen bewerben.²⁸⁸ Wer Bewerbungen nur zum Schein abgibt, wird als "AGG-Hopper" bezeichnet.

Der EuGH hat sich in seinem Urteil vom 28.07.2016 mit dem AGG-Hopping auseinander gesetzt. Der abgelehnte Bewerber ist der Auffassung, dass er wegen seines Alters und seines Geschlechts bei seiner Bewerbung diskriminiert wurde und erhob Klage.²⁸⁹ Das BAG legte dem EuGH u. a. die Frage vor, ob der Bewerber den Status als Beschäftigter erreicht hat. Der Achte Senat des BAG sieht in der Bewerbung des Klägers nicht das Ziel einer Einstellung, weil die Formulierungen in seiner Bewerbung dem Anforderungsprofil zuwiderlaufen und er somit die Ablehnung provoziert hat.²⁹⁰

Dabei kommt der EuGH unter Berücksichtigung objektiver und subjektiver Tatbestandsmerkmale zu dem Ergebnis, dass unter den Umständen „Art. 3 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2000/78 und Art. 14 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2006/54 dahin auszulegen [sind], dass eine Situation, in der eine Person mit ihrer Stellenbewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur den formalen Status als Bewerber erlangen möchte, und zwar mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen, nicht unter den Begriff ‚Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger Erwerbstätigkeit‘ im Sinne dieser Bestimmungen fällt und, wenn die nach Unionsrecht erforderlichen Tatbestandsmerkmale vorliegen, als Rechtsmissbrauch bewertet werden kann.“²⁹¹ Somit könnte zukünftig ein AGG-Hopper keinen Entschädigungsanspruch mehr geltend machen. Allerdings wird es schwierig, einem objektiv geeigneten Bewerber sein mangelndes subjektives Interesse nachzuweisen.²⁹² Allein eine Vielzahl an Bewerbungen ohne Erfolg stellt hierfür kein ausreichendes Indiz für eine fehlende Ernsthaftigkeit dar.

²⁸⁸ Vgl. *Rolfs* NZA 2016, 586.

²⁸⁹ Vgl. vorgehend BAG, EuGH-Vorlage vom 18.06.2015, Az.: 8 AZR 848/13 (A), juris, Rn. 2 ff.: Der Kläger ist 1973 geboren und bewarb sich auf ein "Trainee-Programm 2009", Er hatte im Jahr 2008 seinen Master of Laws erfolgreich absolviert. Ferner hatte der Arbeitnehmer die vier Stellen "nur" mit Frauen besetzt.

²⁹⁰ Vgl. vorgehend BAG, EuGH-Vorlage vom 18.06.2015, Az.: 8 AZR 848/13 (A), juris, Rn. 24.

²⁹¹ EuGH, Urteil vom 28.07.2016, Az.: Rs. C-423/15, *Kratzer*, juris, Rn. 44.

²⁹² Vgl. *Rolfs* NZA 2016, 586, 588.

3.2.1 Entschädigung oder Schadensersatz als Rechtsfolge

Wie bereits das obige Urteil des EuGH vom 28.07.2016 gezeigt hat, ist der Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG verpflichtet, bei einer Pflichtverletzung gegen das Benachteiligungsverbot des § 1 AGG den hierdurch entstandenen materiellen Schaden zu ersetzen. Ebenso kann gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG „[w]egen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, [...] der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen“, wenn die Grundlage des § 22 AGG erfüllt ist. Hierfür müssen zur Umkehr der Beweislast Tatsachen dargelegt werden, die eine Benachteiligung vermuten lassen.

Bei Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist § 15 Abs. 1 AGG als Spezialregelung (*lex specialis*) gemäß § 7 AGG gegenüber Ersatzansprüchen aus § 280 Abs. 1 i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB vorrangig.²⁹³

Hingegen bleiben gemäß § 15 Abs. 5 AGG „Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt.“ Insbesondere kommen „Ansprüche auf Unterlassung nach § 1004 BGB oder auf Ersatz des materiellen Schadens nach §§ 252, 823 BGB“²⁹⁴ in Betracht. Ein „Anspruch auf Ersatz des Nichtvermögensschadens wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG“²⁹⁵ kann dann geltend gemacht werden, wenn „der Arbeitgeber das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwerwiegend verletzt hat oder dem Arbeitgeber ein schwerwiegender Verschuldensvorwurf zu machen ist.“²⁹⁶ Jedoch kommt die Beweislastumkehr gemäß § 22 AGG wegen der Verletzung des allgemeinen

²⁹³ Vgl. BAG, Urteil vom 21.06.2012, Az.: 8 AZR 188/11, juris, Rn. 41 f.: „In der Rechtslehre ist die Frage umstritten, [...] [ob] Ansprüche aus § 280 BGB, die auf einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gestützt werden, neben Ansprüchen aus § 15 AGG bestehen, ohne dass die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG Geltung erlangt [...]. Weiter wird auch vertreten, § 280 BGB finde zwar neben § 15 Abs. 1 AGG Anwendung, jedoch sei auch die Ausschlussfrist nach § 15 Abs. 4 AGG bei diesem Anspruch zu beachten [...]. Der überwiegende Teil der Literatur nimmt an, dass § 15 Abs. 1 AGG als speziellere Norm mögliche Ansprüche aus § 280 BGB verdrängt.“

²⁹⁴ *BTDrucks 16/1780*, 38.

²⁹⁵ BAG, Urteil vom 21.06.2012, Az.: 8 AZR 188/11, juris, Rn. 28.

²⁹⁶ BAG, Urteil vom 21.06.2012, Az.: 8 AZR 188/11, juris, Rn. 29: „Weitere Voraussetzung ist, dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann [...]. Ob eine schwerwiegende Verletzung vorliegt, hängt von Art, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie dem Grad seines Verschuldens ab, wobei zu berücksichtigen ist, in welche geschützten Bereiche eingegriffen wurde.“

Persönlichkeitsrechts nicht zur Anwendung.²⁹⁷

Das LAG Köln verneinte einen Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG in seinem Urteil vom 29.01.2009. Der schwerbehinderte Kläger hatte sich für eine Stelle im öffentlichen Dienst beworben. Nach Prüfung der Unterlagen durch den Arbeitgeber wurde der Bewerber zunächst abgelehnt, weil es an seiner fachlichen Eignung fehlte. Aufgrund der fehlenden Einladung zum Vorstellungsgespräch sah sich der Kläger wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert. Nachdem der Kläger den Arbeitgeber auf den vermeintlichen Rechtsverstoß hinwies, wurde er wieder in das Bewerbungsverfahren aufgenommen.²⁹⁸ Daraufhin wurde er zum Vorstellungsgespräch eingeladen. Allerdings lehnte der Kläger die Teilnahme ab und nahm seine Bewerbung vor Abschluss des Verfahrens zurück.²⁹⁹

Hierin sah das LAG Köln aussagekräftige Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger seine Wiederaufnahme in das laufende Bewerbungsverfahren nur zum Schein verfolgte.³⁰⁰ Der Verstoß des öffentlichen Dienstes gegen § 82 Satz 2 SGB IX a. F. kann durch Wiederaufnahme in das Bewerbungsverfahren geheilt werden.³⁰¹ Daher steht dem Kläger bei Nichtteilnahme und Rücknahme seiner Bewerbung kein Anspruch auf Entschädigung bzw. Schadensersatz zu, weil es an einer möglichen Indizwirkung i. S. des § 22 AGG fehlt.³⁰²

Anders entschied das BAG in seinem Urteil vom 21.07.2009. Der Kläger wurde trotz seiner Schwerbehinderung nicht vom öffentlichen Arbeitgeber zu einem Vorstellungsgespräch gemäß § 82 Satz 2 SGB IX a. F. eingeladen. Daraufhin machte er einen Anspruch auf Entschädigung geltend,³⁰³ denn im öffentlichen Dienst besteht die Pflicht, den schwerbehinderten Bewerber einzuladen, auch wenn er nicht in die engere Auswahl komme, sofern ihm nicht offensichtlich die

²⁹⁷ Vgl. BAG, Urteil vom 21.06.2012, Az.: 8 AZR 188/11, juris, Rn. 30.

²⁹⁸ Vgl. LAG Köln, Urteil vom 29.01.2009, Az.: 7 Sa 980/08, juris, Rn. 20 ff.

²⁹⁹ Vgl. LAG Köln, Urteil vom 29.01.2009, Az.: 7 Sa 980/08, juris, Rn. 26 f.

³⁰⁰ Vgl. LAG Köln, Urteil vom 29.01.2009, Az.: 7 Sa 980/08, juris, Rn. 26.

³⁰¹ Vgl. LAG Köln, Urteil vom 29.01.2009, Az.: 7 Sa 980/08, juris, Rn. 22; vgl. aber BAG, Urteil vom 22.08.2013, Az.: 8 AZR 563/12, juris, Rn. 53, wonach der Verfahrensfehler „nicht nachträglich ‚geheilt‘, der Verstoß gegen § 82 Satz 2 SGB IX [a. F.] nicht ‚rückgängig‘ und quasi ‚ungeschehen‘ gemacht werden“ kann. „Eine einmal erfolgte ungünstigere Behandlung [dadurch] ‚aufzuheben‘ und damit einen Entschädigungsanspruch zu beseitigen“, schlägt fehl.

³⁰² Vgl. LAG Köln, Urteil vom 29.01.2009, Az.: 7 Sa 980/08, juris, 2. Leitsatz.

³⁰³ Vgl. BAG, Urteil vom 21.07.2009, Az.: 9 AZR 431/08, juris, Rn. 5 f.

fachliche Eignung i. S. des § 82 Satz 3 SGB IX a. F. fehlt. Der Bewerber soll den Arbeitgeber im Gespräch von sich und seiner Qualifikation überzeugen.³⁰⁴

Das BAG begründet den Anspruch auf Entschädigung dem Grunde nach damit, dass der Arbeitgeber im Anforderungsprofil nur eines der beiden Staatsexamina und keine Mindestnoten verlangte. Der Kläger hatte beide Staatsexamina mit ausreichend bestanden. Daher fehlte es nicht an der fachlichen Eignung.³⁰⁵ „Im Stellenbesetzungsverfahren kann nur benachteiligt werden, wer sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt.“³⁰⁶ Folglich bestand die Pflicht den Kläger einzuladen.

Das Arbeitsgericht (ArbG) Ulm ging in seinem Urteil vom 17.12.2009 der Frage nach, ob der Arbeitgeber eine Nachforschungspflicht hat, wenn eine Schwerbehinderteneigenschaft des Bewerbers vermutet werden könnte. Der Kläger hatte seiner Bewerbung einen abgelaufenen Schwerbehindertenausweis in Kopie beigelegt, obwohl er einen unbefristet gültigen Schwerbehindertenausweis besitzt.³⁰⁷ Der Kläger wurde abgelehnt und verlangte daraufhin Entschädigung, weil er als Schwerbehinderter benachteiligt wurde.³⁰⁸ Der öffentliche Arbeitgeber hatte ihn nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen.

Allerdings urteilte das ArbG Ulm, dass der Kläger „keinen Anspruch auf Entschädigung aus § 81 Abs. 2 S. 1 und 2, § 82 S. 2 und 3 SGB IX [a. F.] i. V. m. §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 S. 1, § 6 Abs. 1 S. 2, § 15 Abs. 2, § 22 AGG“³⁰⁹ hat. Es gehört nicht zu den Pflichten des Arbeitgebers nachzuforschen, ob der

³⁰⁴ Vgl. BAG, Urteil vom 21.07.2009, Az.: 9 AZR 431/08, juris, Rn. 22.

³⁰⁵ Vgl. BAG, Urteil vom 21.07.2009, Az.: 9 AZR 431/08, juris, Rn. 26; ständige Rspr. zu Anspruch auf Schadensersatz, weil der öffentliche Arbeitgeber seiner Pflicht zur Einladung nicht nachgekommen ist: vgl. BAG, Urteil vom 11.08.2016, Az.: 8 AZR 375/15, Pressemitteilung Nr. 42/16 vom 11.8.2016, abrufbar im Internet: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=pm>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017; vgl. BAG, Urteil vom 22.10.2015, Az.: 8 AZR 384/14, juris, Rn. 18: wonach die Information einer Schwerbehinderung im Bewerbungsschreiben eine Pflicht zur Einladung auslöst; vgl. BAG, Urteil vom 24.01.2013, Az.: 8 AZR 188/12, juris, Rn. 39 ff.: Wird der schwerbehinderte Bewerber nicht eingeladen gemäß § 82 Satz 2 SGB IX [a. F.], stellt dies eine geeignete Hilfstatsache gemäß § 22 AGG dar, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber z.B. die gesetzliche Mindestbeschäftigungsquote gemäß § 71 Abs. 1 SGB IX erfüllt; vgl. BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, Az.: 5 C 16/10, juris, Rn. 18.

³⁰⁶ BAG, Urteil vom 21.07.2009, Az.: 9 AZR 431/08, juris, Rn. 50.

³⁰⁷ Vgl. ArbG Ulm, Urteil vom 17.12.2009, Az.: 5 Ca 316/09, juris, Rn. 5.

³⁰⁸ Vgl. ArbG Ulm, Urteil vom 17.12.2009, Az.: 5 Ca 316/09, juris, Rn. 7 f.

³⁰⁹ ArbG Ulm, Urteil vom 17.12.2009, Az.: 5 Ca 316/09, juris, Rn. 20.

Bewerber weiterhin die Schwerbehinderteneigenschaft aufweist, zumal er den Bewerber nicht mehr nach dem Vorliegen der Schwerbehinderteneigenschaft fragen darf.³¹⁰

Eine angenommene Behinderung prüfte das BAG in seinem Urteil vom 17.12.2009. Der Kläger wurde zu drei Vorstellungsgesprächen eingeladen und im Zweiten zu seinem Gesundheitszustand befragt. Der Arbeitgeber begründete seine Frage im dritten Gespräch damit, „dass der steife Gang des Klägers auf Morbus Bechterew schließen lasse und diese mit einer Wirbelsäulenversteifung einhergehende Erkrankung bei Patienten häufig zu Depressionen führe.“³¹¹ Daher forderte er den Kläger zur Untersuchung seiner Wirbelsäule auf, was dieser jedoch ablehnte. Daraufhin wurde er nicht eingestellt. Hierin sah der Kläger eine Benachteiligung, weil diese Krankheit „zu einer Behinderung führen könne“³¹² und verlangte Entschädigung.

Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG kann der Kläger „angemessene Entschädigung in Geld verlangen“, wenn der Arbeitgeber oder einer seiner Mitarbeiter gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 7 Abs. 1 i. V. m. § 1 AGG verstoßen hat. Der Arbeitgeber haftet gemäß § 278 Satz 1 BGB für alle „Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient.“ Dies gilt nach § 7 Abs. 1 2. Halbs. AGG „auch dann, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals bei der Benachteiligung nur annimmt.“³¹³ Den für einen Entschädigungsanspruch erforderlichen Kausalzusammenhang bestätigte das BAG dem Grunde nach, denn es musste noch geprüft werden, ob der zeitliche Anwendungsbereich des AGG eröffnet ist.

Wie bereits im vorigen Urteil bestätigte das BAG in seinem Urteil vom 17.08.2010 einen Anspruch auf Entschädigung dem Grunde nach. Der schwerbehinderte Kläger, der an einer Herzerkrankung und Epilepsie leidet, hat sich intern beworben. Die intern und extern veröffentlichte Stellenausschreibung wurde noch innerhalb der Bewerbungsfrist intern besetzt. Allerdings hatte der Arbeitgeber gegen die ihm obliegende Pflicht verstoßen gemäß § 81 Abs. 1 Satz 1

³¹⁰ Vgl. ArbG Ulm, Urteil vom 17.12.2009, Az.: 5 Ca 316/09, juris, Rn. 29.

³¹¹ BAG, Urteil vom 17.12.2009, Az.: 8 AZR 670/08, juris, Rn. 3.

³¹² BAG, Urteil vom 17.12.2009, Az.: 8 AZR 670/08, juris, Rn. 8.

³¹³ BAG, Urteil vom 17.12.2009, Az.: 8 AZR 670/08, juris, Rn. 14.

SGB IX zu prüfen, ob schwerbehinderte Menschen auf dem freien Arbeitsplatz eingesetzt werden können. Sowohl die Agentur für Arbeit als auch die Schwerbehindertenvertretung wurden nicht einbezogen. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Arbeitgeber die Beschäftigungsquote nach § 71 Abs. 1 SGB IX bereits erfüllt oder nicht.³¹⁴ Folglich ist zu vermuten, dass der Bewerber wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt worden ist.³¹⁵ Somit kann ihm eine Entschädigung wegen eines immateriellen Schadens gemäß § 15 Abs. 2 AGG zustehen.

Das BVerwG hat sich in seinem Beschluss vom 04.04.2013 mit der erforderlichen gesundheitlichen Eignung für die Übernahme einer Beamtin auf Probe befasst. Die Klägerin ist im Landesdienst angestellt und „hat erhebliches Übergewicht (Adipositas zweiten Grades; BMI-Index von mehr als 35 kg/m²).“³¹⁶ Aufgrund dessen wurde sie nicht als Beamtin auf Probe übernommen und klagte.

Die Klage wurde nach Ansicht des BVerwG zu Recht abgelehnt, „weil bei Menschen mit Adipositas zweiten Grades nach gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen sowohl das Sterberisiko als auch das Risiko kardiovaskulärer Erkrankungen deutlich erhöht sei. Die Anwendung eines günstigeren Prognosemaßstabs komme nicht in Betracht, weil die Klägerin nicht behindert sei.“³¹⁷ Zwar ist das Risiko deutlich erhöht, „vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze dienstunfähig zu werden,“³¹⁸ aber ihre Teilhabe am Leben ist nicht wesentlich beeinträchtigt. Somit fehlt der Klägerin die gesundheitliche Eignung.

³¹⁴ Vgl. BAG, Urteil vom 17.08.2010, Az.: 9 AZR 839/08, juris, Rn. 36 f.

³¹⁵ Vgl. BAG, Urteil vom 17.08.2010, Az.: 9 AZR 839/08, juris, Rn. 40.

³¹⁶ BVerwG, Beschluss vom 04.04.2013, Az.: 2 B 87/12, juris, Rn. 2.

³¹⁷ BVerwG, Beschluss vom 04.04.2013, Az.: 2 B 87/12, juris, Rn. 2. Anders jedoch EuGH, Urteil vom 18.12.2014, Az.: Rs. C-354/13, FOA, juris, Rn. 59 ff., wonach Adipositas eine Behinderung für den Arbeitnehmer darstellen kann, wenn sie „eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die ihn in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können.“

³¹⁸ BVerwG, Beschluss vom 04.04.2013, Az.: 2 B 87/12, juris, Rn. 8. Allerdings gab das BVerwG mit Urteil vom 25.07.2013, Az.: 2 C 12/11, juris, Rn. 16 ff. seine bisherige Rspr. auf, „wonach der Eintritt der Dienstunfähigkeit vor Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sein muss.“ Der Zweite Senat begründete seine Entscheidung damit, dass zum einen der sehr lange Prognosezeitraum verbunden mit der komplexen, medizinischen Prognose über die gesundheitliche Eignung erhebliche Unsicherheiten mit sich bringt. Zum anderen kann der medizinische Fortschritt nicht vorhergesagt werden. Ein Anspruch auf Entschädigung wurde verneint, weil er nicht fristgerecht gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG geltend gemacht wurde.

Ob der Arbeitgeber den schwerbehinderten Bewerber im Vorstellungsgespräch fragen darf, welche Einschränkungen sich aufgrund seiner Behinderung ergeben, klärte das BAG in seinem Urteil vom 26.06.2014. Der Kläger ist gehbehindert. Im Vorstellungsgespräch wurde er u. a. nach der Art seiner Behinderung gefragt. Hierin sah der Kläger ein Indiz ebenso wie in der fehlenden Prüf- und Meldepflicht des Arbeitgebers gemäß § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX für eine Benachteiligung. Nachdem er nicht eingestellt wurde, forderte er eine Entschädigung.³¹⁹

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Entschädigung entschied das BAG. Der Arbeitgeber ist berechtigt, beim Vorliegen einer Schwerbehinderung den Bewerber zu fragen, mit welchen Vorkehrungen verschiedene Barrieren beseitigt werden können.³²⁰ Daher war die Frage nach der Art der Behinderung gerechtfertigt. Ferner bewirkte die Verletzung der Verfahrenspflichten keine Vermutungswirkung gemäß § 22 1. Halbs. AGG.³²¹ Somit liegt kein Indiz für eine Benachteiligung aufgrund seiner Behinderung vor.

3.2.2 Anfechtung als Rechtsfolge

Im Unterschied zur Entschädigung und zum Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 1 und 2 AGG beendet die Anfechtung als Rechtsfolge das Arbeitsverhältnis. Durch Anfechtung der Willenserklärung gemäß § 143 BGB kann der Abschluss eines Arbeitsvertrages ex nunc beseitigt werden, es sei denn, es werden nur einzelne Vertragsbestandteile angefochten. Hierfür muss ein Anfechtungsgrund gemäß §§ 119, 120 oder 123 BGB vorliegen.³²² Unter der Voraussetzung, dass ein Arbeitnehmer z. B. aufgrund von Krankheit seine Arbeitsleistung nicht erbringen konnte, kann ein bereits begonnenes Arbeitsverhältnis ex tunc beseitigt werden, wenn es zwischendurch außer Funktion gesetzt worden ist.³²³

³¹⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 26.06.2014, Az.: 8 AZR 547/13, juris, Rn. 14 f.

³²⁰ Vgl. BAG, Urteil vom 26.06.2014, Az.: 8 AZR 547/13, juris, Rn. 54 ff. Diese Pflicht ergibt sich aus Art. 5 der RL 2000/78/EG i. V. m. Art. 27 Abs. 1 Satz 2 Buchst. i UN-BRK (siehe hierzu *BGBI II 2008*, 1419, 1440) i. V. m. § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 und Nr. 5 SGB IX.

³²¹ Vgl. BAG, Urteil vom 26.06.2014, Az.: 8 AZR 547/13, juris, Rn. 45.

³²² Vgl. *Illmer* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 142 BGB Rn. 2.

³²³ Vgl. BAG, 03.12.1998, Az.: 2 AZR 754/97, juris, Rn. 15 ff.

Eine arglistige Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB liegt vor, wenn der Arbeitnehmer im Vorstellungsgespräch eine zulässige Frage vorsätzlich falsch beantwortet und die Täuschung für den Abschluss des Arbeitsvertrags ursächlich war. Verschweigt er hingegen bewusst Tatsachen, für die eine Offenbarungspflicht bestehen, liegt ebenfalls eine Täuschung vor.³²⁴ Davon zu unterscheiden ist die Anfechtung wegen Irrtums gemäß § 119 Abs. 2 BGB. Es fehlt dem Arbeitnehmer eine verkehrswesentliche Eigenschaft, wenn „sie nach der Verkehrsschauung für die Wertschätzung und die zu leistende Arbeit von Bedeutung und nicht nur vorübergehender Natur sind. Sie müssen sich auf die Eignung der Person für die Arbeit auswirken.“³²⁵ Dann ist gemäß § 122 Abs. 1 BGB der „Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.“

Abzugrenzen hiervon ist ein sog. faktisches bzw. fehlerhaftes Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer hat seine Arbeit aufgenommen. Allerdings war der Arbeitsvertrag entweder von Anfang an nichtig wegen Rechtsverstoß gemäß §§ 134 bzw. 138 BGB oder rückwirkend wegen Anfechtung gemäß § 142 Abs. 1 BGB. Aufgrund der Schwierigkeit bei der Rückabwicklung des Arbeitsverhältnisses i. S. der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß §§ 812 ff. BGB wird der Arbeitsvertrag für die Vergangenheit so behandelt, als wäre er fehlerfrei zustande gekommen. Ab dem Zeitpunkt der Nichtigkeit wirkt er ex nunc.³²⁶

Das ArbG Berlin prüfte in seinem Urteil vom 07.10.2008 die Zulässigkeit einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Kündigung. Dem schwerbehinderten Kläger wurde gekündigt, nachdem der Kläger seine Schwerbehinderung mitteilte. Der Arbeitgeber focht den Arbeitsvertrag an und kündigte vorsorglich

³²⁴ Vgl. BAG, Urteil vom 20.03.2014, Az.: 2 AZR 1071/12, juris, Rn. 28 ff. Im Urteil des BAG vom 21.02.1991, Az.: 2 AZR 449/90, juris, Rn. 29 geht der Zweite Senat auf die Gesetzeslücke des § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB ein: Nicht jede Erregung eines Irrtums führt zur Anfechtung wegen Arglist, sondern setzt das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit voraus. Der Gesetzgeber hat den Fall der rechtmäßigen Täuschung nicht gesehen. Daher ist diese Gesetzeslücke durch teleologische Reduktion zu schließen. „Die Norm des § 123 BGB ist insofern zu weit gefaßt, als sie die Fälle einer an sich arglistigen, aber rechtlich erlaubten Täuschung mit umfaßt.“

³²⁵ APS/*Preis* Grundlagen K. Rn. 31; vgl. BAG, Urteil vom 06.09.2012, Az.: 2 AZR 270/11, juris, Rn. 41.

³²⁶ Vgl. ErfK/*Preis*, 16. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn. 145.

fristlos, ohne die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen.³²⁷

Ein Anfechtungsgrund lag nicht vor, entschied das ArbG Berlin. Eine Benachteiligung schwerbehinderter Menschen verbietet § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX und verweist auf das AGG. Die §§ 7, 1 AGG verbieten eine Benachteiligung aufgrund einer Behinderung. Daher stellt die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft eine unmittelbare Benachteiligung dar. Ausgenommen hiervon sind Rechtfertigungsgründe gemäß § 8 Abs. 1 AGG.³²⁸ Ferner sind Kündigungen ohne Zustimmung des Integrationsamtes gemäß § 85 SGB IX unzulässig. Dabei ist der Kündigungsschutz abhängig vom Umstand der Schwerbehinderung und nicht von der Informiertheit des Arbeitgebers.³²⁹ Somit waren weder die Anfechtung noch die Kündigungen statthaft.

Das Hessische LAG befasste sich in seinem Urteil vom 24.03.2010 damit, ob die tätigkeitsneutrale Frage nach der Schwerbehinderung erlaubt ist. Die Klägerin verneinte im Personalfragebogen eine Schwerbehinderung. Erst als ihr nahegelegt wurde betriebsbedingt gegen Erhalt einer Abfindung auszuscheiden, offenbarte sie ihre Schwerbehinderung. Daraufhin focht der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an, kündigte nach Zustimmung des Integrationsamtes vorsorglich außerordentlich und hilfsweise ordentlich.³³⁰

Im Ergebnis stellt das Hessische LAG klar, dass „[d]ie tätigkeitsneutrale Frage nach einer anerkannten Schwerbehinderung oder Gleichstellung [...] unzulässig [ist]. Sie stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung schwerbehinderter Menschen dar. Eine Anfechtung des Arbeitsvertrages oder Kündigung ist wegen unwahrer Beantwortung dieser Frage unzulässig. Ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG kommt grundsätzlich in Betracht, kann aber im Einzelfall ausgeschlossen sein, wenn der materielle Schadensausgleich ausreichend ist.“³³¹

³²⁷ Vgl. ArbG Berlin, Urteil vom 07.10.2008, Az.: 8 Ca 12611/08 + 8 Ca 15665/08, 8 Ca 12611/08, 8 Ca 15665/08, juris, Rn. 5.

³²⁸ Vgl. ArbG Berlin, Urteil vom 07.10.2008, Az.: 8 Ca 12611/08 + 8 Ca 15665/08, 8 Ca 12611/08, 8 Ca 15665/08, juris, Rn. 54.

³²⁹ Vgl. ArbG Berlin, Urteil vom 07.10.2008, Az.: 8 Ca 12611/08 + 8 Ca 15665/08, 8 Ca 12611/08, 8 Ca 15665/08, juris, Rn. 47 f.

³³⁰ Vgl. Hessisches LAG, Urteil vom 24.03.2010, Az.: 6/7 Sa 1373/09, jurion, Rn. 11 f.

³³¹ Hessisches LAG, Urteil vom 24.03.2010, Az.: 6/7 Sa 1373/09, jurion, Orientierungssatz.

Insbesondere stützt das Hessische LAG sein Ergebnis darauf ab, dass der Arbeitgeber bewusst nach einer anerkannten Schwerbehinderung gefragt hatte, um die Schwerbehindertenquote zu erhöhen. Die Klägerin hätte sogar ihre Chancen auf Einstellung erhöht, wenn sie wahrheitsgemäß geantwortet hätte. Aufgrund dessen kann sich der Arbeitgeber erst recht nicht auf eine arglistige Täuschung berufen.³³² Somit ist die Frage nach der Schwerbehinderung nur zulässig, wenn aufgrund der Behinderung die Arbeitsleistung unmöglich bzw. ihr Fehlen wesentlich für die berufliche Anforderung ist.³³³

Ein weiteres Urteil des Hessischen LAG vom 21.09.2011 befasste sich mit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Der neu eingestellte Kläger hatte einen Arbeitsvertrag unterschrieben, der den Passus „2. Der Mitarbeiter ist verpflichtet, Nacht- und Wechselschicht zu leisten“³³⁴ enthielt. Der Kläger besaß jedoch bereits vor Vertragsunterzeichnung ein ärztliches Attest, nachdem er aus gesundheitlichen Gründen keine Schicht/Nachtarbeit verrichten kann. Die daraufhin veranlasste arbeitsmedizinische Untersuchung bestätigte diese Einschränkungen. Infolgedessen hat der Arbeitgeber den geschlossenen Arbeitsvertrag angefochten.³³⁵

Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung hatte Erfolg. Der Arbeitgeber hätte mit dem Kläger keinen Arbeitsvertrag geschlossen, hätte er von dessen gesundheitlichen Einschränkungen gewusst. Aus Gründen der Gleichbehandlung ist der Arbeitgeber verpflichtet, alle Mitarbeiter in allen Schichten gleichmäßig einzusetzen.³³⁶

³³² Vgl. Hessisches LAG, Urteil vom 24.03.2010, Az.: 6/7 Sa 1373/09, jurion, Rn. 32. Siehe nachgehend BAG, Urteil vom 07.07.2011, Az.: 2 AZR 396/10, juris, Rn. 11: Das BAG bestätigte das Teilurteil des Hessischen LAG in allen drei Punkten: Das Arbeitsverhältnis ist weder durch die Anfechtung noch durch die Kündigung aufgelöst worden. Ebenso besteht kein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG, weil die Klägerin nicht wegen Behinderung benachteiligt wurde.

³³³ Vgl. *Breitfeld/Strauß* BB 2012, 2817, 2820.

³³⁴ Hessisches LAG, Urteil vom 21.09.2011, Az.: 8 Sa 109/11, juris, Rn. 15.

³³⁵ Vgl. Hessisches LAG, Urteil vom 21.09.2011, Az.: 8 Sa 109/11, juris, Rn. 16.

³³⁶ Vgl. Hessisches LAG, Urteil vom 21.09.2011, Az.: 8 Sa 109/11, juris, Rn. 16.

3.2.3 Ordentliche bzw. außerordentliche Kündigung als Rechtsfolge

Wie einige Urteile zeigen, erklärt der Arbeitgeber teilweise neben der Anfechtung des Arbeitsvertrages auch die ordentliche und/oder die außerordentliche Kündigung als Rechtsfolge auf eine falsch beantwortete Frage.

Die ordentliche Kündigung benötigt einen Kündigungsgrund und muss sozial gerechtfertigt sein i. S. des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG, d. h. die Gründe müssen „in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse“ eine Weiterbeschäftigung unmöglich machen.

Im Gegensatz dazu braucht es für die außerordentliche Kündigung einen wichtigen Grund i. S. des § 626 Abs. 1 BGB, d. h. der wichtige Grund verlangt Tatsachen, „auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.“

In seinem Urteil vom 22.10.2009 prüfte das BAG, ob einem gekündigten Arbeitnehmer ein Anspruch auf Entschädigung wegen Benachteiligung nach § 1 AGG zusteht. Der Kläger war im Jahr zwischen 20 und 56 Arbeitstage u. a. wegen einer degenerativen Erkrankung des Bewegungsapparates krank. Nach knapp 7 Jahren kündigte ihm sein Arbeitgeber aus krankheitsbedingten Gründen. Daraufhin erhob der Kläger Kündigungsschutzklage und forderte eine Entschädigung wegen Diskriminierung.³³⁷

Eine Benachteiligung nach § 1 AGG bestätigte das BAG nicht. Ein Entschädigungsanspruch scheidet aus, weil der Kläger nicht schwerbehindert ist. Folglich fehlt ein Kausalzusammenhang zwischen Benachteiligung und Entschädigung.³³⁸ Somit knüpft die Kündigung wegen Krankheit nicht an ein Diskriminierungs-

³³⁷ Vgl. BAG, Urteil vom 22.10.2009, Az.: 8 AZR 642/08, juris, Rn. 2.

³³⁸ Vgl. BAG, Urteil vom 22.10.2009, Az.: 8 AZR 642/08, juris, Rn. 27.

merkmal an und war zulässig.³³⁹

Mit dem Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis setzte sich das BAG in seinem Urteil vom 16.02.2012 auseinander. Der Kläger ist mit einem Grad von 60 schwerbehindert. Über das Unternehmen, in dem er befristet beschäftigt war, wurde die Insolvenz eröffnet. Um die Sozialdaten zu prüfen und zu vervollständigen, händigte der vorläufige Insolvenzverwalter Fragebögen aus. Der Kläger verneinte wahrheitswidrig die Fragen nach einer Schwerbehinderung und Gleichstellung. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kündigte der Verwalter das Arbeitsverhältnis ordentlich. Der Kläger erhob gegen die Kündigung fristgerecht Kündigungsschutzklage, weil das Integrationsamt seiner Kündigung als Schwerbehinderter nicht zugestimmt hatte.³⁴⁰

Bei der Sozialauswahl verpflichtet § 1 Abs. 3 KSchG den Arbeitgeber, eine Schwerbehinderung zu berücksichtigen. Beantwortet der Arbeitnehmer die Frage nach einer Behinderung falsch, verwehrt er ihm „dennoch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sich auf den Sonderkündigungsschutz als Schwerbehinderter zu berufen.“³⁴¹

Im bestehenden Arbeitsverhältnis hält das BAG die Frage nach der Schwerbehinderung bzw. einem gestellten Antrag zumindest nach Ablauf von sechs Monaten für zulässig und diskriminiert den Arbeitnehmer nicht unmittelbar i. S. des § 3 Abs. 1 AGG. Aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB hat der Arbeitnehmer die Frage wahrheitsgemäß zu beantworten.³⁴² Dies ergibt sich aus der „Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Vertragsteils. [...] Die Vertragspartner sind

³³⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 22.10.2009, Az.: 8 AZR 642/08, juris, Rn. 29. Kritisch hierzu jedoch Bayreuther NZA 2010, 679, 680 f.: Die Kündigung war nicht richtig, denn der Kläger fehlt aufgrund seiner Erkrankung so häufig. Seine nicht behinderten Kollegen weisen deshalb so geringe Fehlzeiten auf, „weil sie nicht krank bzw. behindert sind“. Ein Widerspruch besteht darin, dass der Arbeitgeber bei der Einstellung einen behinderten Bewerber nicht ablehnen darf, obwohl er wahrscheinlich häufiger aufgrund seiner Erkrankung ausfallen wird, „aber nach der erfolgten Einstellung eben deshalb kündigen darf.“ Sozial gerechtfertigt ist eine Kündigung dann, „wenn signifikante Fehlzeiten eines Arbeitnehmers erhebliche betriebliche oder wirtschaftliche Interessen des Betriebs tangieren.“

³⁴⁰ Vgl. BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 6 AZR 553/10, juris, Rn. 2 ff.

³⁴¹ BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 6 AZR 553/10, juris, Rn. 10.

³⁴² Vgl. BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 6 AZR 553/10, juris, Rn. 11.

verpflichtet, ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis³⁴³ zu erfüllen. Somit war die Frage berechtigt und stellt keine unmittelbare Benachteiligung dar. Folglich war die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt.

Das BAG beschäftigte sich in seinem Urteil vom 20.11.2014 mit der krankheitsbedingten Kündigung. Der Kläger ist schwerbehinderten Menschen gleichgestellt und „leidet unter beidseitigem Tinnitus, dadurch bedingten Hörstörungen und an ‚psychovegetativen Erscheinungen‘.“³⁴⁴ Nach mehr als drei Jahren Bezug von Rente wegen voller Erwerbsminderung kündigte der Arbeitgeber nach Zustimmung des Integrationsamtes ordentlich. Ein betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) gemäß § 84 Abs. 2 SGB IX wurde unterlassen. Der Kläger erhob fristgerecht Kündigungsschutzklage und verlangte Weiterbeschäftigung.³⁴⁵

Die ordentliche krankheitsbedingte Kündigung muss sozial gerechtfertigt sein und es darf keine andere mildere Maßnahme in Betracht kommen. Hierzu bedarf es einer dreistufigen Prüfung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die erste Stufe umfasst eine negative Gesundheitsprognose des Arbeitnehmers, die eine weitere längere Ausfallzeit rechtfertigt. Diese Fehlzeiten müssen im zweiten Schritt zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Betriebs führen. Im dritten Schritt ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, ob zu Gunsten des Arbeitnehmers die Belastung des Arbeitgebers weiterhin hinzunehmen ist.³⁴⁶

Zu den anderen milderen Maßnahmen gehören „die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz [...]. Scheidet eine Umsetzungsmöglichkeit aus, kann sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch eine Änderungskündigung - und sei es mit dem Ziel einer Weiterbeschäftigung zu schlechteren Arbeitsbedingungen - als vorrangig erweisen [...]. Dabei ist ggf. die Pflicht des Arbeitgebers zu berücksichtigen, einem Schwerbehinderten gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX einen seinen Fähigkeiten und Kenntnissen

³⁴³ BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 6 AZR 553/10, juris, Rn. 12.

³⁴⁴ BAG, Urteil vom 20.11.2014, Az.: 2 AZR 664/13, juris, Rn. 4.

³⁴⁵ Vgl. BAG, Urteil vom 20.11.2014, Az.: 2 AZR 664/13, juris, Rn. 7.

³⁴⁶ Vgl. BAG, Urteil vom 20.11.2014, Az.: 2 AZR 664/13, juris, Rn. 13.

entsprechenden Arbeitsplatz zuzuweisen.“³⁴⁷

Das BAG entschied, dass die Kündigung wirksam war. Eine Benachteiligung aufgrund der Schwerbehinderung bei dauerhafter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit liegt nicht ohne weiteres vor.³⁴⁸

Den Extremfall einer außerordentlichen Kündigung bei Dauertatbestand der häufigen Kurzerkrankung prüfte das BAG in seinem Urteil vom 23.01.2014. Die Klägerin ist als ältere, langjährige Beschäftigte aufgrund tariflicher Regelungen von der ordentlichen Kündigung ausgeschlossen. Wegen unterschiedlicher Erkrankungen ist sie wiederholt arbeitsunfähig.³⁴⁹ Vor Aussprache der Kündigung unterbreitete der Arbeitgeber ein Angebot für einen Aufhebungsvertrag, das die Klägerin ablehnte. Der Personalrat verweigerte seine Zustimmung zur Kündigung, hingegen ersetzte die Einigungsstelle die Zustimmung. Daraufhin kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis außerordentlich unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist.³⁵⁰ Dagegen erhob die Klägerin Kündigungsschutzklage und begehrte Weiterbeschäftigung.

Das BAG bestätigte, dass das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung nicht aufgelöst wurde. Zwar kann eine außerordentliche Kündigung bei Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer Erkrankung ein wichtiger Grund i. S. des § 626 Abs. 1 BGB sein, dennoch muss der Arbeitgeber die Kündigungsfrist einhalten.³⁵¹ Ferner sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die negative Gesundheitsprognose aufgrund der Kurzerkrankungen, die erheblichen betrieblichen bzw. wirtschaftlichen Beeinträchtigungen sowie die Interessen des Einzelfalls abzuwägen.³⁵² Einerseits sind in den letzten drei Jahren die Ausfallzeiten der Klägerin deutlich zurückgegangen und andererseits führen die zu erwartenden zukünftigen Fehlzeiten nicht zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung.³⁵³ Würde der Umfang der künftigen Fehlzeiten zunehmen, wäre das

³⁴⁷ BAG, Urteil vom 20.11.2014, Az.: 2 AZR 664/13, juris, Rn. 15.

³⁴⁸ Vgl. BAG, Urteil vom 20.11.2014, Az.: 2 AZR 664/13, juris, Rn. 60.

³⁴⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 23.01.2014, Az.: 2 AZR 582/13, juris, Rn. 2 ff.

³⁵⁰ Vgl. BAG, Urteil vom 23.01.2014, Az.: 2 AZR 582/13, juris, Rn. 5 ff.

³⁵¹ Vgl. BAG, Urteil vom 23.01.2014, Az.: 2 AZR 582/13, juris, Rn. 26.

³⁵² Vgl. BAG, Urteil vom 23.01.2014, Az.: 2 AZR 582/13, juris, Rn. 27.

³⁵³ Vgl. BAG, Urteil vom 23.01.2014, Az.: 2 AZR 582/13, juris, Rn. 32 f.

Arbeitsverhältnis „auch dann noch nicht ‚sinnentleert‘,³⁵⁴ wenn „die Klägerin noch zu fast zwei Dritteln ihrer Jahresarbeitszeit arbeitsfähig“³⁵⁵ wäre. Somit stellt das BAG klar, dass bei einer außerordentlichen Kündigung der Prüfungsmaßstab für die Verhältnismäßigkeit strenger ist als bei der ordentlichen Kündigung.

Die oben genannten Urteile haben aufgezeigt, dass die abgegebene Willenserklärung nur angefochten werden kann, wenn einerseits der Arbeitnehmer im Vorstellungsgespräch oder Personalfragebogen eine zulässige Frage falsch beantwortet und der Arbeitgeber nicht gegen das Benachteiligungsverbot gemäß §§ 7, 1 AGG verstoßen hat. Andererseits kann die Willenserklärung angefochten werden, wenn der Arbeitnehmer seine Behinderung oder etwaige Erkrankungen wie z. B. ansteckende Krankheiten ungefragt verschweigt und er infolgedessen im Arbeitsverhältnis entweder bestimmte Tätigkeiten nicht ausüben kann bzw. diese unmöglich macht oder häufig krankheitsbedingt ausfällt. Hierzu gehören ebenfalls konkrete Fragen des Arbeitgebers, ob der Arbeitnehmer den arbeitsplatzbezogenen Anforderungen genügt bzw. sich für die konkrete Tätigkeit geeignet hält.³⁵⁶ Dann ist der Arbeitgeber sowohl zur Anfechtung als auch zur Kündigung berechtigt.

3.3 Zusammenfassung

Im zweiten Kapitel wurden relevante Normen und Rechtsquellen für das Fragerecht vorgestellt, die einen wesentlichen Einfluss auf die drei Phasen des Arbeitsverhältnisses haben. Besonders im Anbahnungsverhältnis spielt das Fragerecht eine große Rolle: Auf der einen Seite steht das Interesse des Arbeitgebers, möglichst viel über den Bewerber zu erfahren, aber auf der anderen Seite möchte der Bewerber so wenig wie möglich über sich offenbaren. Aufgrund der unbegrenzten Möglichkeiten an Fragen wurde die vorliegende Arbeit auf die Fallgruppen Behinderung und Krankheit eingegrenzt. Schwieriger gestaltete sich die Abgrenzung der beiden Begriffe, da eine Krankheit fließend in eine Behinderung übergehen kann und folglich u. a. in der Rechtsprechung eine Herausforderung darstellt.

³⁵⁴ BAG, Urteil vom 23.01.2014, Az.: 2 AZR 582/13, juris, Rn. 33.

³⁵⁵ BAG, Urteil vom 23.01.2014, Az.: 2 AZR 582/13, juris, Rn. 33.

³⁵⁶ Vgl. *Brors* DB 2003, 1734, 1735.

Im dritten Kapitel wurde die Rechtsprechung betrachtet, die sich ständig fortentwickelt und immer wieder durch Gesetzesänderungen geprägt wird. Für das Fragerecht des Arbeitgebers erfolgte die letzte große Gesetzesänderung mit dem Inkrafttreten des AGG am 18.08.2006. Anhand ausgewählter Rechtsprechung haben sich 4 Fälle zum Fragerecht des Arbeitgebers herausgebildet, wobei generell zwischen der gestellten Frage und der angestrebten Tätigkeit ein sachlicher Zusammenhang bestehen muss.

1. Fall: Der Arbeitgeber stellt eine zulässige Frage z. B. nach dem bisherigen beruflichen Werdegang. Diese Frage ist zulässig und muss ehrlich beantwortet werden.

2. Fall: Der Arbeitgeber stellt eine zulässige Frage z. B. nach den beruflichen und fachlichen Fähigkeiten des Bewerbers. Jedoch antwortet der Bewerber wahrheitswidrig, weil er z. B. die in der Stellenbeschreibung geforderte Fähigkeit nicht besitzt. Dadurch erschüttert der Bewerber das Vertrauen nachhaltig, insbesondere dann, wenn die fehlende Fähigkeit ausschlaggebend für die Stellenbesetzung war. Deshalb hat der Arbeitgeber ein Recht zur Anfechtung der Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Zusätzlich kann der Arbeitgeber einen Schadensersatzanspruch aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung gemäß den §§ 812 ff. BGB geltend machen.

3. Fall: Diesmal stellt der Arbeitgeber eine unzulässige Frage z. B. nach dem Vorliegen einer Behinderung. Hier verstößt der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot gemäß §§ 7, 1 AGG und der Arbeitnehmer darf lügen, er hat ein Recht zur Lüge, es sei denn, Rechtfertigungsgründe für die gestellte Frage liegen vor. Ansonsten hat das Recht zur Lüge für den Arbeitnehmer keine rechtlichen Konsequenzen. Zwar kann sein Arbeitsvertrag nicht angefochten werden, aber er hat auch keinen Anspruch auf Entschädigung bzw. Schadensersatz nach § 15 Abs. 1, 2 AGG.

4. Fall: Der Arbeitnehmer hat in Ausnahmefällen eine Offenbarungspflicht. Steht bereits vor Vertragsabschluss fest, dass die vertraglich geschuldete Leistung von Anfang an oder nachträglich unmöglich wird, z. B. aufgrund einer Behinderung oder einer Krankheit, und kann die angestrebte Tätigkeit nur eingeschränkt oder gar nicht ausgeübt werden, dann muss der Bewerber eine unzulässige Frage wahr-

heitsgemäß beantworten bzw. von sich aus auf die Einschränkungen hinweisen. Anderenfalls ist der Arbeitgeber zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB berechtigt und kann außerdem die Kündigung erklären.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Behinderung bzw. Schwerbehinderung seit Inkrafttreten des AGG nicht mehr erlaubt ist, weil der Arbeitgeber dadurch gegen das Benachteiligungsverbot gemäß §§ 7, 1 AGG verstoßen kann. Auch die Frage nach einer Krankheit bzw. chronischen Krankheit ist nicht uneingeschränkt zulässig, da bestimmte Erkrankungen unter den Begriff der Behinderung fallen können. Allerdings trifft den Arbeitnehmer in Ausnahmefällen die Pflicht sich zu offenbaren (siehe 4. Fall). Diese in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers sind jedoch nicht erst mit Inkrafttreten des AGG entstanden, sondern bereits mit den Urteilen des BAG vom 07.02.1964³⁵⁷ sowie vom 07.06.1984³⁵⁸ in Bezug auf Krankheiten und mit Urteil vom 25.03.1976³⁵⁹ hinsichtlich der Schwerbehinderteneigenschaft.

³⁵⁷ Siehe hierzu Urteil des BAG vom 07.02.1964, Az.: 1 AZR 251/63, BAGE 15, 261, 264.

³⁵⁸ Siehe hierzu Urteil des BAG vom 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83, jurion, Rn. 30.

³⁵⁹ Siehe hierzu Urteil des BAG vom 25.03.1976, Az.: 2 AZR 136/75, DB 1976, 1240, 1241.

4 Kritische Betrachtung der aktuellen Rechtsprechung

Wie sich im vorherigen Kapitel gezeigt hat, besteht weiterer Handlungsbedarf im Hinblick auf das Fragerecht des Arbeitgebers im Anbahnungsverhältnis. Allerdings darf nicht nur i. e. S. auf den Begriff des Fragerechts eingegangen werden, sondern es bedarf zuerst einer grundlegenden Optimierung. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass diese Handlungsempfehlungen ebenfalls auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis Anwendung finden können.

4.1 1. Handlungsempfehlung: Einheitliche Definition der Begriffe Krankheit und Behinderung

In der Rechtsprechung kam es seit Inkrafttreten des AGG immer wieder zu Abgrenzungsschwierigkeiten, wann eine Krankheit als Behinderung angesehen werden kann und wann nicht. Der EuGH erwähnte in seinem Urteil vom 11.07.2006, dass einerseits zwischen Krankheit und Behinderung ein ursächlicher Zusammenhang besteht³⁶⁰ und andererseits eine „Krankheit häufig zu einer irreversiblen Behinderung führen könne.“³⁶¹ Die Begriffsvielfalt u. a. in den Bundesgesetzen vereinfacht die Situation nicht.

Daneben stellt in der Praxis die Beurteilung des GdS eine weitere Herausforderung dar. Zwar bildet die VersMedV eine enorme Beurteilungsspanne für viele Erkrankungen ab, jedoch ergeben sich fast ebenso viele Beurteilungsmöglichkeiten für ein und dieselbe Krankheit und ihre Beeinträchtigungen für den Betroffenen. Dadurch entsteht ein weiterer Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Beeinträchtigung und die Teilhabe des Einzelnen „am Leben in der Gesellschaft.“³⁶²

Die ICF³⁶³ betrachtet das bio-psycho-soziale Modell, das „als einheitliche und standardisierte Sprache zur Beschreibung des funktionalen Gesundheitszustandes, der Behinderung, der sozialen Beeinträchtigung und der relevanten Umgebungsfaktoren eines Menschen [dient]. Mit der ICF können die bio-psycho-sozialen

³⁶⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Az.: Rs. C-13/05, *Chacon Navas*, juris, Rn. 22.

³⁶¹ EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Az.: Rs. C-13/05, *Chacon Navas*, juris, Rn. 22.

³⁶² Dieser Ausdruck wird u. a. in § 1 SGB IX und § 55 Abs. 1 SGB IX verwendet.

³⁶³ DIMDI, ICF, 2005, 4.

Aspekte von Krankheitsfolgen unter Berücksichtigung der Kontextfaktoren systematisch erfasst werden.³⁶⁴ Der Begriff der Behinderung ist durch die *WHO* weiter gefasst als z.B. im SGB IX und umfasst „jede Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit eines Menschen.“ In der ICF stellt Behinderung den allgemeinen Oberbegriff dar, „um das mehrdimensionale Phänomen zu bezeichnen.“³⁶⁵ Aufgrund der verschiedenen schon vorhandenen Begriffsdefinitionen erscheint dies unglücklich. Um diese verschiedenen unscharfen Definitionen von Behinderung sachlich und transparent abzugrenzen, bedarf es allerdings eines neuen Begriffs, der sowohl die Komponenten der Krankheit, chronischen Krankheit, Gesundheitsbeeinträchtigung als auch der individuellen Behinderung gerecht wird.

4.2 2. Handlungsempfehlung: Erweiterung der in § 1 AGG genannten Merkmale

Der zu definierende Begriff aus Kapitel 4.1 muss in § 1 AGG aufgenommen werden. Dies erscheint mehr als erforderlich, weil andere EU-Länder weitere Diskriminierungsmerkmale in nationales Recht umgesetzt haben wie z.B. Finnland: „Nobody may be discriminated against on the basis of [...] health, disability, [...] or other personal characteristics.“³⁶⁶, Rumänien: „einer nicht ansteckenden chronischen Krankheit, einer HIV-Infektion“³⁶⁷ und Portugal: „O [...] candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, [...] nomeadamente, de [...] capacidade de trabalho reduzida, deficiência, [ou] doença crónica.“³⁶⁸

³⁶⁴ *DIMDI*, Klassifikationen, Terminologien, Standards. ICF, Definition von der Homepage, abrufbar im Internet: <<http://www.dimdi.de/static/de/klassi/icf/index.htm>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

³⁶⁵ *DIMDI*, ICF, 2005, 171.

³⁶⁶ *Non-Discrimination Act* (21/2004) (as amended by several acts, including No. 84/2009), Section 6. Prohibition of discrimination, abrufbar im Internet: <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/5637/file/Finland_Non_DiscriminationAct_2004_am2009_en.pdf>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

³⁶⁷ EuGH, Urteil vom 07.07.2011, Az.: Rs. C-310/10, *Agafitei*, juris, Rn. 12.

³⁶⁸ *Código do Trabalho*, atualizada pela Lei n.º 28/2016, de 23 de Agosto, Artigo 24.º n.º 1. Das portugiesische Arbeitsgesetz nennt in Artikel 24.º n.º 1 insgesamt 24 Merkmale, aufgrund derer ein Arbeitnehmer oder Arbeitssuchender ein Recht auf gleichen Zugang zur Beschäftigung und Arbeit hat, abrufbar im Internet: <<http://www.codigodotrabalho.pt/>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Hierbei stellt die RL 2000/78/EG kein Hindernis dar, denn sie erlaubt in Art. 8 Abs. 1, dass „[d]ie Mitgliedstaaten [...] Vorschriften einführen oder beibehalten [können], die im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger als die in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften sind.“

Infolgedessen wird das Fragerecht des Arbeitgebers aufgrund der zusätzlichen Diskriminierungsmerkmale zwar weiter eingegrenzt, aber es wird eindeutig festgelegt, wann eine Benachteiligung vorliegt. Damit soll erreicht werden, dass mehr Bewerber trotz vorhandenem Diskriminierungsmerkmal Zugang zum Arbeitsleben erhalten.

4.3 3. Handlungsempfehlung: Optimierung des deutschen Sozialsystems

In Ergänzung zu Kapitel 4.2 muss der Zugang zur Beschäftigung insbesondere für die Personengruppen längerer Erkrankter und Behinderter angepasst werden. Bisher sind Fragen des Arbeitgebers erlaubt, wenn eine Krankheit, die Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes bzw. die Behinderung teilweise oder dauerhaft die vorgesehene Tätigkeit einschränkt. Hier ist der Arbeitnehmer verpflichtet sich zu offenbaren.

Dabei steht auf der einen Seite dem Arbeitgeber entgegen, dass er weitere Förderpflichten und die in § 81 Abs. 4 Satz 1 SGB IX genannten Pflichten wie z. B. eine behindertengerechte Einrichtung über die gesamte Beschäftigungsdauer zu tragen hat. Auf der anderen Seite steht der Arbeitnehmer, der sich mitunter aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht in der Lage fühlt zu arbeiten und die geforderte Leistung zu erbringen.³⁶⁹ Jedoch fällt er unter Umständen nicht in den Schutzbereich des AGG. Trotzdem muss er seinen Lebensunterhalt bestreiten. Hier gerät ein Bewerber in Zugzwang. Oftmals bleibt ihm keine andere Wahl als in den Einstellungsverhandlungen zu lügen, um den begehrten Arbeits-

³⁶⁹ Ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, ist er gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 EntgFG verpflichtet, „dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen.“ Gemäß § 48 Abs. 1 SGB V erhält der Arbeitnehmer für längstens 78 Wochen Krankengeld. Dauert seine Erkrankung länger oder wird er im Rahmen einer Maßnahme zur Leistung zur (medizinischen) Rehabilitation als arbeitsunfähig entlassen, muss er sich im Rahmen der "Nahtlosigkeitsregel" gemäß § 145 SGB III arbeitslos melden.

platz zu erhalten und dadurch staatliche finanzielle Hilfen wie z. B. den Bezug von Arbeitslosengeld³⁷⁰ bzw. Arbeitslosengeld II nicht durch eine drohende Sperrfrist gemäß § 159 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 bis Nr. 6 SGB III zu gefährden.

Ergibt sich, dass die persönliche Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers aus gesundheitlichen Gründen so weit eingeschränkt ist, dass er nur noch stundenweise oder gar nicht mehr arbeiten kann, hat er gemäß § 43 SGB VI Anspruch auf Rente wegen teilweiser bzw. voller Erwerbsminderung. Dadurch geraten Betroffene vielfach in finanzielle Schwierigkeiten, insbesondere dann, je jünger der Erwerbsgeminderte ist und infolgedessen noch wenig persönliche Entgeltpunkte i. S. des § 66 SGB VI gesammelt hat. Ferner muss er einen Abschlag hinnehmen.³⁷¹

Hier sollte weiterhin das Ziel verfolgt werden, für Menschen, die unfreiwillig nicht mehr arbeiten können und daher Erwerbsminderungsrente³⁷² beziehen, den Abschlag abzuschaffen. In seinem Urteil vom 13.10.2016 entschied das BAG, wenn „eine Versorgungsordnung bei der Inanspruchnahme der Betriebsrente vor Erreichen der üblichen, ‚festen Altersgrenze‘ Abschläge vor[sieht], [...] darin keine unerlaubte Benachteiligung wegen einer Behinderung“³⁷³ liegt. Das BAG sieht weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Benachteiligung des schwer-

³⁷⁰ § 137 SGB III regelt den Anspruch auf Arbeitslosengeld.

³⁷¹ Siehe § 77 Abs. 2 und 3 SGB VI: Der Zugangsfaktor (auch Abschlag genannt) wird für jeden Monat, der vor Beginn der Rente vor Vollendung des 62. Lebensjahr liegt, reduziert. Der maximale Abschlag beträgt 10,8 %.

³⁷² Siehe auch Spiegel online, Gipfel im Kanzleramt - Arbeitgeber loben Rentenkompromiss (Stand: 25.11.2016), abrufbar im Internet: <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/arbeitgeber-loben-rentenkompromiss-a-1123023.html>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017: Eine Einigung in Fragen der Rentenpolitik gab es u. a. für zukünftige Erwerbsgeminderte. Bis 2024 werden stufenweise die rentenrechtlichen Zeiten bis zum 65. Lebensjahr für die Rente wegen Erwerbsminderung hinzugerechnet. Allerdings profitieren hiervon nicht Menschen, die aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr arbeiten können und bereits Erwerbsminderungsrente beziehen. Bis zum Jahr 2014 wurde nur das frühere Durchschnittseinkommen bis zum 60. Lebensjahr berücksichtigt. Es ist keine Anpassung für die jetzigen Bezieher von Erwerbsminderungsrente vorgesehen, sodass je nach Bezugseintrittsjahr Entgeltpunkte für bis zu 5 Jahre nicht berücksichtigt werden, obwohl das Renteneintrittsalter stufenweise angehoben wird. Hierdurch werden die Betroffenen finanziell weiter benachteiligt.

³⁷³ BAG, Urteil vom 13.10.2016, Az.: 3 AZR 439/15, Pressemitteilung Nr. 54/16 vom 13.10.2016, abrufbar im Internet: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=pm>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017: Hier ging es um eine Betriebsrente, aber auch das BSG, Urteil vom 14.08.2008, Az.: B 5 R 32/07 R, juris, sowie das BSG, Urteil vom 14.08.2008, Az.: B 5 R 140/07 R, juris, kamen für die gesetzliche Erwerbsminderungsrente zu demselben Ergebnis.

behinderten Klägers.³⁷⁴

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der behinderte oder kranke Mensch muss mit "seinem" Merkmal leben, bekommt oftmals keinen Zugang zum Arbeitsleben und wird darin benachteiligt, auch noch lebenslang Rentenabschläge in Kauf nehmen zu müssen. Das BAG übersieht dabei, dass derjenige, der früher in Altersrente gehen möchte, selber entscheiden kann und wissen sollte, dass er dann Abschläge in Kauf nehmen muss. Diese Wahlmöglichkeit besteht für behinderte oder kranke Menschen nicht und stellt folglich eine Benachteiligung aufgrund der genannten Merkmale in § 1 AGG dar.

Somit bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber mit dem AGG eine Voraussetzung gegen Benachteiligungen geschaffen hat, jedoch ist weiterer Handlungsbedarf erforderlich, um Diskriminierungen zu beseitigen. Ebenso ist die in der UN-BRK zu recht vertretene Ansicht der Inklusion noch nicht erreicht, allen Menschen von Anbeginn eine uneingeschränkte Teilhabe zu ermöglichen.³⁷⁵ Dieses Ziel verfolgt das BTHG weiter, wobei abzuwarten bleibt, ob Menschen mit Behinderung in den allgemeinen Arbeitsmarkt erfolgreich integriert und dadurch die Beschäftigungssituation nachhaltig verbessert werden kann. Hierzu können weitere Anpassungen notwendig werden, nicht nur in Bezug auf behinderte oder kranke Menschen.

³⁷⁴ Vgl. BAG, Urteil vom 13.10.2016, Az.: 3 AZR 439/15, Pressemitteilung Nr. 54/16 vom 13.10.2016, abrufbar im Internet: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=pm>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

³⁷⁵ Vgl. UN-BRK, Inklusion, abrufbar im Internet: <<https://www.behindertenrechtskonvention.info/inklusion-3693/>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

5 Schlusswort und Ausblick

Als Ergebnis wird festgestellt, dass die eingangs gestellte Problemstellung, ob die Frage nach einer Behinderung oder Krankheit im vorvertraglichen Anbahnungsverhältnis erlaubt ist, nicht einfach und eindeutig mit "ja" bzw. mit "nein" beantwortet werden kann.

Seit Inkrafttreten des AGG gilt das Benachteiligungsverbot der §§ 7, 1 AGG. Daher darf niemand aufgrund einer Behinderung benachteiligt werden. Allerdings konnte in der vorliegenden Arbeit aufgezeigt werden, dass es keine klare Abgrenzung zwischen Krankheit und Behinderung gibt, sondern der Übergang fließend sein kann. Daher kann einerseits die Frage des Arbeitgebers nach einer Krankheit des Bewerbers bereits eine Diskriminierung darstellen und zu Ansprüchen nach Entschädigung oder Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 1 und 2 AGG führen. Andererseits haben sich in der Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, wann den Bewerber eine Offenbarungspflicht trifft. Unterlässt er diese Informationspflicht gegenüber dem Arbeitgeber, kann dieser den Arbeitsvertrag anfechten bzw. kündigen.

Jedoch wurden die Grundsätze der Offenbarungspflicht bereits vor Inkrafttreten des AGG von der Rechtsprechung entwickelt. Für das Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Behinderung oder Krankheit hat das AGG für die betroffenen Personengruppen keine Verbesserung gebracht. Ob das AGG überhaupt für die anderen in § 1 AGG genannten Benachteiligungsverbote einen Schutz vor Diskriminierung der Betroffenen gebracht hat, konnte in der vorliegenden Arbeit nicht betrachtet werden und sollte gesondert untersucht werden.

Es bleibt abzuwarten, welchen Einfluss das bereits in der ersten Stufe in Kraft getretene BTHG für die Personengruppen der Kranken und Behinderten mit sich bringt. Wünschenswert wären bessere Chancen auf Arbeit, eine vollumfängliche Teilhabe am Leben und in der Gesellschaft sowie keine Diskriminierung aufgrund einer Erkrankung oder Behinderung. Dann wäre das Fragerecht uneingeschränkt zulässig in Bezug auf Krankheit und Behinderung, um herauszufinden, wie eine Teilhabe erfolgreich unterstützt werden kann.

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen*, Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz, NZA 2007, 179-184.
- Amtsblatt der Europäischen Union 2007/C 306*, Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, abrufbar im Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.
- Antidiskriminierungsstelle des Bundes* (Hrsg.), Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit. Unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Rechts, des Unionsrechts, des AGG und des SGB IX sowie mit einem rechtsvergleichenden Seitenblick. Analyse und Empfehlungen, Berlin 2013 (Broschüre Stand: Mai 2013).
- APS siehe unter *Ascheid, Reiner* (Hrsg.)/Preis, *Ulrich/Schmidt, Ingrid*.
- ArbR-HdB siehe unter *Schaub, Günter* (Begr.).
- Ascheid, Reiner* (Hrsg.)/Preis, *Ulrich/Schmidt, Ingrid*, Kündigungsrecht: Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Auflage, München 2012.
- Bader, Johannes*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht. Funktion und Schutz der arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbote des AGG, Berlin 2012 [zugl. Diss. Heidelberg 2011/2012].
- Bayreuther, Frank*, Einstellungsuntersuchung, Fragerecht und geplantes Beschäftigtendatenschutzgesetz, NZA 2010, 679-683.
- Beckschulze, Martin*, Die arbeitsmedizinische Untersuchung - Vorsorge oder Eignung? - Teil 1. Eine Musterbetriebsvereinbarung zur ärztlichen Eignungsuntersuchung, BB 2014, 1013-1019.
- Bisani, Fritz*, Personalwesen und Personalführung: Der State of the Art der betrieblichen Personalarbeit, 4. Auflage, Wiesbaden 1995.

Böhm, Karin, Gesundheitszustand der Bevölkerung und Ressourcen der Gesundheitsversorgung, in: Destatis, Datenreport 2016. Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, Bonn 2016, 275-290.

Breitfeld, Anja/Strauß, Nicole, Stolperfallen für Arbeitgeber bei der Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen mit schwerbehinderten Arbeitnehmern, BB 2012, 2817-2824.

Brors, Christiane, Berechtigtes Informationsinteresse und Diskriminierungsverbot - Welche Fragen darf der Arbeitgeber bei Einstellung eines behinderten Bewerbers stellen? DB 2003, 1734-1736.

Broy, Dominic, § 3 AGG Begriffsbestimmungen, in: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB Band 2, 7. Auflage, Saarbrücken 2014 (Aktualisierungen Stand: 21.04.2016), abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 29.11.2016.

Bundesagentur für Arbeit, Statistik. Schwerbehinderte Menschen in Beschäftigung (Anzeigeverfahren SGB IX) - Deutschland, Länder - Dezember 2013, abrufbar im Internet: <https://statistik.arbeitsagentur.de/nm_31958/SiteGlobals/Forms/Rubrikensuche/Rubrikensuche_Form.html?view=processForm&resourceId=210368&input_=&pageLocale=de&topicId=17388&year_month=201312&year_month.GROUP=1&search=Suchen>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesarbeitsgericht, Festakt aus Anlass des 50. Jahrestages der Errichtung des Bundesarbeitsgerichts (Stand: Mai 2004), abrufbar im Internet <<http://www.bundesarbeitsgericht.de/dasgericht/festakt.html>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesgesetzblatt (BGBl I 2016), Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz - BTHG). Vom 23. Dezember 2016, ausgegeben zu Bonn am 29. Dezember 2016, Jahrgang 2016 Teil I Nr. 66, 3234-3341, abrufbar im Internet: <[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*\[@attr_id=%27bgbl116s3234.pdf%27\]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s3234.pdf%27%5D__1487675031240](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//*[@attr_id=%27bgbl116s3234.pdf%27]#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s3234.pdf%27%5D__1487675031240)>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesgesetzblatt (BGBl I 2016a), Drittes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Drittes Pflegestärkungsgesetz - PSG III). Vom 23. Dezember 2016, ausgegeben zu Bonn am 28. Dezember 2016, Jahrgang 2016 Teil I Nr. 65, 3191-3220, abrufbar im Internet: <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=/%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s3191.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s3191.pdf%27%5D__1488363392565>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesgesetzblatt (BGBl II 2008), Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Vom 21. Dezember 2008, ausgegeben zu Bonn am 31. Dezember 2008, Jahrgang 2008 Teil II Nr. 35, 1419-1457, abrufbar im Internet: <http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl208s1419.pdf#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl208s1419.pdf%27%5D__1473363893116>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesgesetzblatt (BGBl I 2008), Verordnung zur Durchführung des § 1 Abs. 1 und 3, des § 30 Abs. 1 und des § 35 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes (Versorgungsmedizin-Verordnung - VersMedV). Vom 10. Dezember 2008, ausgegeben zu Bonn am 15. Dezember, Jahrgang 2008 Teil I Nr. 57, 2412-2413, abrufbar im Internet: <http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=/%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl112s2122.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl108s2412.pdf%27%5D__1473777604267>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesgesetzblatt (BGBl I 2007), Gesetz zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften des Sozialen Entschädigungsrechts. Vom 13. Dezember 2007, ausgegeben zu Bonn am 20. Dezember, Jahrgang 2007 Teil I Nr. 65, 2904-2929, abrufbar im Internet: <http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=/%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl110s0928.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl110s0928.pdf%27%5D__1473777604267>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

27bgb1107065s2904.pdf%27%5D__1473590173595>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesgesetzblatt (BGBl I 2006), Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung. Vom 14. August 2006, ausgegeben zu Bonn am 17. August, Jahrgang 2006 Teil I Nr. 39, 1897-1910, abrufbar im Internet: <http://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%255B@attr_id=%2527bgb1106s1897.pdf%2527%255D#__bgb1_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1106s1897.pdf%27%5D__1472886867369>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesgesetzblatt (BGBl I 2001), Sozialgesetzbuch - Neuntes Buch - (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Vom 19. Juni 2001, ausgegeben zu Bonn am 22. Juni, Jahrgang 2001 Teil I Nr. 27, 1046-1140, abrufbar im Internet: <http://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%255B@attr_id=%27bgb1101s1046.pdf%27%255D#__bgb1_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1101s1046.pdf%27%5D__1475829279682>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesgesetzblatt (BGBl I 1974), Bekanntmachung der Neufassung des Schwerbehindertengesetzes. Vom 29. April 1974, ausgegeben zu Bonn am 30. April 1974 Teil I Nr. 46, 1005-1021, abrufbar im Internet: <http://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1174046.pdf%27%5D#__bgb1_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1174s1005.pdf%27%5D__1475770532372>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.), Bundesteilhabegesetz verabschiedet (Stand: 16.12.2016), abrufbar im Internet: <<http://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2016/bthg-verabschiedet.html>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.), Versorgungsmedizinverordnung - VersMedV - Versorgungsmedizinische Grundsätze Bonn 2015 (Broschüre Stand: September 2015).

Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.), Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen. Teilhabe - Beeinträchtigung - Behinderung, Bonn 2013 (Stand: August 2013), abrufbar im Internet: <<http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a125-13-teilhabebericht.html>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Bundesrat kritisiert Kostenlast für Länder und Kommunen (Stand: 16.12.2016), abrufbar im Internet: <<https://www.bundesrat.de/DE/plenum/plenum-kompakt/16/952/002.html?view=main%5BDrucken%5D&nn=5492626>>, letzter Zugriff am 28.02.2017.

Colling, Jens, § 5 AGG Positive Maßnahmen, in: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rußmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB Band 2, 7. Auflage, Saarbrücken 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 29.11.2016.

Dau, Dirk/Düwell, Franz Josef/Joussen, Jacob (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2014.

Degener, Udo, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern. Berlin 1975 [zugl. Diss. Göttingen 1974].

Deutsches Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) (Hrsg.), Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF), Genf 2005, Stand: Oktober 2005, abrufbar im Internet: <<http://www.dimdi.de/static/de/klassi/icf/index.htm>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017. Anmerkung: Der ICF wurde abgedruckt mit freundlicher Erlaubnis der Weltgesundheitsorganisation (WHO). Alle Rechte liegen bei der WHO.

Dieterich, Thomas (Begr.)/Müller-Glöge, Rudi [Hrsg.], Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Auflage, München 2016.

Domröse, Ronny, Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf? Besprechung von EuGH, Urteil vom 11.07.2006 - Rs. C-13/05 Chacón Navas, NZA 2006, 1320-1325.

Drucksache des Deutschen Bundestages (BTDrucks 18/9522), Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz - BTHG), Drucksache 18/9522, vom 05.09.2016, abrufbar im Internet: <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/095/1809522.pdf>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Drucksache des Deutschen Bundestages (BTDrucks 16/1780), Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, Drucksache 16/1780, vom 08.06.2006, abrufbar im Internet: <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/017/1601780.pdf>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Drucksache des Deutschen Bundestages (BTDrucks 14/5074), Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Entwurf eines Sozialgesetzbuchs - Neuntes Buch - (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Drucksache 14/5074, vom 16.01.2001, abrufbar im Internet: <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/050/1405074.pdf>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Duden, Band 11: Redewendungen. Wörterbuch der deutschen Idiomatik, 3. Auflage, Mannheim 2008.

Düwell, Franz Josef, Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG, BB 2006, 1741-1745.

ders., § 81 Pflichten des Arbeitgebers und Rechte schwerbehinderter Menschen, in: Dau, Dirk/Düwell, Franz Josef/Joussen, Jacob (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2014.

ErfK, siehe unter Dieterich, Thomas/Müller-Glöße, Rudi.

Fandel, Tobias/Hausch, Thomas, § 611 BGB Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag, in: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rußmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB Band 2, 7. Auflage, Saarbrücken 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Franzen, Inga, § 119 BGB Anfechtbarkeit wegen Irrtums, in: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB Band 1, 7. Auflage, Saarbrücken 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), Das Organ. Allgemeine Präsentation, abrufbar im Internet: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/de>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Gola, Peter/Wronka, Georg, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz. Rechtsfragen und Handlungshilfen, 6. Auflage, Heidelberg 2013.

Greßlin, Martin, Umgang mit Bewerberdaten - was geht und was geht nicht? BB 2015, 117-122.

Hitzig, Janet, Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz, Hamburg 2008 [zugl. Diss. Leipzig 2008].

Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB, Gesamtausgabe, 7. Auflage, Saarbrücken 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 29.11.2016.

HK-SGB IX, siehe unter Lawitz, Klaus/Schellhorn, Walter/Welti, Felix (Hrsg.).

Hohenstatt, Klaus-Stefan/Stamer, Katrin/Hinrichs, Lars, Background Checks von Bewerbern in Deutschland: Was ist erlaubt? NZA 2006, 1065-1070.

Hueck, Alfred/Hueck, Götz (Hrsg.), Beck'sche Kommentare zum Arbeitsrecht, Band X, 3. Auflage, München 1973.

Illmer, Martin, § 142 BGB Wirkung der Anfechtung in: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB Band 1, 7. Auflage, Saarbrücken 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

ders., § 143 BGB Anfechtungserklärung, in: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB Band 1, 7. Auflage, Saarbrücken 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Iraschko-Luscher, Stephanie/Kiekenbeck, Pia, Welche Krankheitsdaten darf der Arbeitgeber von seinen Mitarbeitern abfragen? NZA 2009, 1239-1242.

Joussen, Jacob, Schwerbehinderung, Fragerecht und positive Diskriminierung nach dem AGG, NZA 2007, 174-178.

Junker, Markus/Beckmann, Roland Michael/Rüßmann, Helmut, juris PraxisKommentar BGB Band 2: Schuldrecht, 7. Auflage, Saarbrücken 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 29.11.2016.

jurisPK-BGB, Band 1, siehe unter Vieweg, Klaus.

jurisPK-BGB, Band 2, siehe unter Junker, Markus/Beckmann, Roland Michael/Rüßmann, Helmut.

jurisPK-BGB, Gesamtausgabe, siehe unter Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan.

Kirchner, Hildebert/Böttcher, Eike, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage, Berlin 2015.

Knittel, Bernhard, SGB IX Kommentar. Kommentar zum Sozialgesetzbuch IX - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen - und Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 6. Auflage, Köln 2012.

Lapp, Thomas, § 311 BGB Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse, in: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB Band 2, 7. Auflage, Saarbrücken 2014 (Aktualisierungen Stand: 10.12.2015), abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 29.11.2016.

Lawitz, Klaus/Schellhorn, Walter/Welti, Felix (Hrsg.), HK-SGB IX. Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX, 3. Auflage, Köln 2010.

Legleitner, Helmut, § 618 BGB Pflicht zu Schutzmaßnahmen, in: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB Band 2, 7. Auflage, Saarbrücken 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 29.11.2016.

Linsenmaier, Wolfgang, Die Geschichte der Arbeitsgerichtbarkeit, abrufbar im Internet

<http://www.bundesarbeitsgericht.de/allgemeines/geschichte.html#no_I3>,
letzter Zugriff am: 28.02.2017.

LPK-SGB IX, siehe unter Dau, Dirk/Düwell, Franz Josef/Joussen, Jacob (Hrsg.).

Moritz, Heinz Peter, Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunfts- und/oder Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen? NZA 1987, 329-336.

Neumann, Dirk, Schwerbeschädigtengesetz. Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter, in: Hueck, Alfred/Hueck, Götz (Hrsg.), Beck'sche Kommentare zum Arbeitsrecht, Band X, 3. Auflage, München 1973.

Non-Discrimination Act (21/2004) (as amended by several acts, including No. 84/2009), abrufbar im Internet: <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/5637/file/Finland_Non_DiscriminationAct_2004_am2009_en.pdf>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Pfeiffer, Thomas, § 242 BGB Leistung nach Treu und Glaube, in: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB Band 2, 7. Auflage 2014, Saarbrücken 2014 (Aktualisierungen Stand: 18.05.2015), abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 29.11.2016.

Preis, Ulrich, § 611 BGB Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag, in: Dieterich, Thomas/Müller-Glöße, Rudi [Hrsg.], Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Auflage, München 2016.

ders., Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht - Lehrbuch für Studium und Praxis. 4. Auflage, Köln 2012.

Preis, Ulrich/Bender, Wolfgang, Recht und Zwang zur Lüge - Zwischen List, Tücke und Wohlwollen im Arbeitsleben, NZA 2005, 1321-1328.

Pschyrembel. Klinisches Wörterbuch, 266. Auflage, Berlin/Boston 2014.

Reichsgesetzblatt (RGBl I 1923), Bekanntmachung der neuen Fassung des Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter. Vom 12. Januar 1923, ausgegeben zu Berlin, den 19. Januar 1923, Teil I, 57-62, abrufbar im Internet: <<http://alex.onb.ac.at/cgi->

content/alex?aid=dra&datum=1923&page=189&size=45>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Umsetzung der Regelungen in § 62 für schwerwiegend chronisch Erkrankte („Chroniker-Richtlinie“) in der Fassung vom 22. Januar 2004, veröffentlicht im Bundesanzeiger 2004; Nr. 8, 1343, zuletzt geändert am 19. Juni 2008 veröffentlicht im Bundesanzeiger; Nr. 124, 3017, in Kraft getreten am 20. August 2008, abrufbar im Internet: <https://www.g-ba.de/downloads/62-492-278/Chr-RL_2008-06-19.pdf>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), abrufbar im Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:de:PDF>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, abrufbar im Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:DE:PDF>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, abrufbar im Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078&qid=1480378990165&from=DE>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, abrufbar im Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0043&qid=1480378990165&from=DE>>

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:de:PDF>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, abrufbar im Internet: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:31976L0207&from=DE>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Robert Koch-Institut (Hrsg.), Chronisches Kranksein. Faktenblatt zu GEDA 2012: Ergebnisse der Studie »Gesundheit in Deutschland aktuell 2012«. RKI, Berlin 2014 (Stand: 25.10.2014), abrufbar im Internet <http://www.rki.de/DE/Content/Gesundheitsmonitoring/Gesundheitsberichterstattung/GBEDownloadsF/Geda2012/chronisches_kranksein.pdf?__blob=publicationFile>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Rolfs, Christian, AGG-Hopping, NZA 2016, 586-590.

Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 16. Auflage, München 2015.

Sozialverband Deutschland 2016, Kampagne des Landesverband Nordrhein-Westfalen e.V., abrufbar im Internet: <<https://www.ich-werde-behindert.de>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Spiegel online, Gipfel im Kanzleramt - Arbeitgeber loben Rentenkompromiss, (Stand: 25.11.2016), abrufbar im Internet: <<http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/arbeitgeber-loben-rentenkompromiss-a-1123023.html>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Statistisches Bundesamt (Hrsg.) (Destatis), Datenreport 2016. Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, Bonn 2016 abrufbar im Internet: <<https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Datenreport/Datenreport.html>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Steinkühler, Bernhard, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Die Umsetzung des AGG im Betrieb mit Handlungsempfehlungen für die Praxis, Berlin 2007.

Szech, Marthe, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz: das Fragerecht des Arbeitgebers nach den verpönten Merkmalen, Baden-Baden 2012 [zugl. Diss. Düsseldorf 2011].

Thüsing, Gregor, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz: das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote, München 2013.

Thüsing, Gregor/Lambrich, Thomas, Das Fragerecht des Arbeitgebers - aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, BB 2002, 1146-1153.

Toussaint, Guido, § 241 BGB Pflichten aus dem Schuldverhältnis, in: Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, jurisPK-BGB Band 2, 7. Auflage, Saarbrücken 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 29.11.2016.

UN-BRK, Inklusion, abrufbar im Internet: <<https://www.behindertenrechtskonvention.info/inklusion-3693/>>, letzter Zugriff am: 28.02.2017.

Vieweg, Klaus (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB Band 1: Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Saarbrücken 2014, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>, letzter Zugriff am: 29.11.2016.

Vogelsang, Hinrich, § 8. Arbeitnehmer, in: Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 16. Auflage, München 2015.

ders., § 9. Abgrenzung des Arbeitsvertrags von verwandten Verträgen, in: Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 16. Auflage, München 2015.

Voggenreiter, Claudia, The never-ending Story: Die Umsetzung der Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie nimmt kein Ende, AE 03/2006, 157-158.

Welti, Felix, § 3 Vorrang vor Prävention, in: Lawitz, Klaus/Schellhorn, Walter/
Welti, Felix, Handkommentar zum Sozialgesetzbuch IX. Rehabilitation und
Teilhabe behinderter Menschen, 3. Auflage, Köln 2010.

Wisskirchen, Gerlind/Bissels, Alexander, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei
Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, NZA 2007, 169-174.

Wisskirchen, Gerlind, Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungs-
gesetz - Ein „Kochrezept“ für Arbeitgeber, DB 2006, 1491-1499.

Rechtsprechungsverzeichnis

Anmerkung:

Der Europäische Urteilsidentifikator (European Case Law Identifier – ECLI, abrufbar im Internet: <https://e-justice.europa.eu/content_european_case_law_identifier_ecli-175-de.do?init=true>, letzter Zugriff am: 28.02.2017) wurde ergänzt im Rechtsprechungsverzeichnis, sofern der ECLI in <<http://www.juris.de>> bzw. <<https://www.jurion.de>> angegeben war. Für Urteile des EuGH wurde der ECLI aus <http://curia.europa.eu/en/content/juris/c1_juris.htm> bzw. <http://curia.europa.eu/en/content/juris/c2_juris.htm> übernommen. Im Dokument erfolgte die Nennung der Gerichtsbarkeit in Kurzform zum einen aus Gründen der Einfachheit und zum anderen aus Gründen der Einheitlichkeit. Der letzte Zugriff auf die nachfolgende Rechtsprechung aus dem Internet erfolgte am: 28.02.2017.

ArbG Aachen, Urteil vom 13.12.2012, Az.: 2 Ca 4226/11: Bewerbung eines konfessionslosen Krankenpflegers - Krankenhaus in kirchlicher Trägerschaft - Entschädigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

ArbG Berlin, Urteil vom 07.10.2008, Az.: 8 Ca 12611/08 + 8 Ca 15665/08, 8 Ca 12611/08, 8 Ca 15665/08: Unzulässigkeit einer Kündigung bei fehlender Zustimmung des Integrationsamts - Anfechtung eines Arbeitsvertrags wegen Verschweigen der Schwerbehinderteneigenschaft - unzulässige Frage nach AGG, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

ArbG Hamburg, Urteil vom 04.12.2007, Az.: 20 Ca 105/07: Voraussetzungen einer Entschädigung wegen einer religionsbedingten Benachteiligung nach den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

ArbG Ulm, Urteil vom 17.12.2009, Az.: 5 Ca 316/09: Benachteiligung - schwerbehinderter Bewerber - Kenntnis - Schwerbehinderteneigenschaft - keine Nachforschungspflicht, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 13.10.2016, Az.: 3 AZR 439/15, Pressemitteilung Nr. 54/16 vom 13.10.2016: Kürzung der Betriebsrente bei vorzeitiger Inanspruchnahme durch Schwerbehinderten, abrufbar im Internet: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=pm>>.

BAG, Urteil vom 11.08.2016, Az.: 8 AZR 375/15, Pressemitteilung Nr. 42/16 vom 11.08.2016: Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG - Diskriminierung wegen der Schwerbehinderung, abrufbar im Internet: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=pm>>.

BAG, Beschluss vom 28.07.2016, Az.: 2 AZR 746/14 (A), Pressemitteilung Nr. 39/16 vom 28.07.2016: Kündigung des Chefarztes eines katholischen Krankenhauses wegen Wiederverheiratung, abrufbar im Internet: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bag&Art=pm>>.

BAG, Urteil vom 22.10.2015, Az.: 8 AZR 384/14, ECLI:DE:BAG:2015:221015.U.8AZR384.14.0: Unmittelbare Benachteiligung wegen der Behinderung - Bewerberauswahl - Schwerbehinderung - Kenntnis des Arbeitgebers - Nichteinladung - Entschädigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 23.07.2015, Az.: 6 AZR 457/14, ECLI:DE:BAG:2015:230715.U.6AZR457.14.0: Kündigung im Kleinbetrieb - Altersdiskriminierung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 24.06.2015, Az.: 5 AZR 462/14, 5 AZR 225/14, ECLI:DE:BAG:2015:240615.U.5AZR462.14.0: Annahmeverzug - Beschäftigungspflicht - Schadensersatz, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, EuGH-Vorlage vom 18.06.2015, Az.: 8 AZR 848/13 (A), ECLI:DE:BAG:2015:180615.B.8AZR848.13A.0: AGG-Diskriminierung eines Bewerbers - Status als Bewerber - Rechtsmissbrauch, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 20.11.2014, Az.: 2 AZR 664/13: Krankheitsbedingte Kündigung - betriebliches Eingliederungsmanagement - leidensgerechter Arbeitsplatz - Freikündigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 26.06.2014, Az.: 8 AZR 547/13: Entschädigung wegen Benachteiligung aufgrund einer Schwerbehinderung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 20.03.2014, Az.: 2 AZR 1071/12: Anfechtung - ordentliche Kündigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 23.01.2014, Az.: 2 AZR 582/13: Krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 19.12.2013, Az.: 6 AZR 190/12: HIV-Infektion - Behinderung - AGG und Wartezeitkündigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 25.09.2013, Az.: 10 AZR 282/12: Arbeitnehmerstatus - Werkvertrag, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 22.08.2013, Az.: 8 AZR 563/12: Entschädigungsanspruch - schwerbehinderter Bewerber - Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 21.02.2013, Az.: 8 AZR 180/12: Entschädigungsanspruch - abgelehnter Bewerber - Benachteiligung wegen Behinderung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 24.01.2013, Az.: 8 AZR 188/12: AGG - Diskriminierung eines Bewerbers - schwerbehinderter Mensch - öffentlicher Dienst, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 06.09.2012, Az.: 2 AZR 270/11: Anfechtung - Frage nach Vorstrafen und Ermittlungsverfahren - Offenbarungspflicht - Kündigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 29.08.2012, Az.: 10 AZR 499/11: Ehrenamtliche Tätigkeit - Telefonseelsorge, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 21.06.2012, Az.: 8 AZR 188/11: Benachteiligung aufgrund eines durch § 1 AGG gebotenen Merkmals (Alter) - Entschädigungs- und

Schadensersatzansprüche - Ausschlussfrist zur Geltendmachung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 6 AZR 553/10: Frage nach der Schwerbehinderung im Arbeitsverhältnis, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 16.02.2012, Az.: 8 AZR 697/10: Entschädigungsanspruch eines schwerbehinderten Bewerbers - öffentlicher Arbeitgeber, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 13.10.2011, Az.: 8 AZR 608/10: Bewerber - Benachteiligung - Behinderung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 21.09.2011, Az.: 5 AZR 520/10: Gleichbehandlung bei Entgelt-erhöhung - Vertragserfüllung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 07.07.2011, Az.: 2 AZR 396/10: Anfechtung wegen arglistiger Täuschung - Kündigung - Entschädigungsanspruch, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 12.01.2011, Az.: 7 AZR 194/09: Befristetes Arbeitsverhältnis - mittelbare Vertretung - Kausalzusammenhang, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 19.08.2010, Az.: 8 AZR 530/09: Altersdiskriminierungsverbot - Stellenausschreibung - Entschädigung - Schadensersatz, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 17.08.2010, Az.: 9 AZR 839/08: Entschädigungsanspruch - schwerbehinderter Bewerber - Benachteiligung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 17.12.2009, Az.: 8 AZR 670/08: Entschädigung wegen Benachteiligung bei der Stellenbesetzung aufgrund angenommener Behinderung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 22.10.2009, Az.: 8 AZR 642/08: Entschädigung - Benachteiligung wegen Behinderung - krankheitsbedingte Kündigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 21.07.2009, Az.: 9 AZR 431/08: Schwerbehinderung - öffentlicher Dienst - unterbliebene Einladung zum Vorstellungsgespräch - Entschädigungsanspruch, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Beschluss vom 17.06.2008, Az.: 1 ABR 20/07: Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzung - Ordnungsgemäßheit der Unterrichtung des Betriebsrats - Vorlage von Gesprächsnotizen über Bewerbungsgespräche, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 03.04.2007, Az.: 9 AZR 823/06: Benachteiligung wegen Behinderung - Diskriminierungsverbot vor Inkrafttreten des AGG, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 12.09.2006, Az.: 9 AZR 807/05: Benachteiligung wegen Schwerbehinderung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 15.02.2005, Az.: 9 AZR 635/03: Diskriminierung wegen Schwerbehinderung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 06.02.2003, Az.: 2 AZR 621/01: Fragerecht - Schwangerschaft - Anfechtung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 18.10.2000, Az.: 2 AZR 380/99: Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen Falschbeantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 12.08.1999, Az.: 2 AZR 55/99: Verhaltens- bzw. personenbedingte Kündigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 03.12.1998, Az.: 2 AZR 754/97: Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung – Rückwirkung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 22.04.1998, Az.: 5 AZR 342/97: Arbeitnehmereigenschaft eines Rundfunkmitarbeiters; Befristungsgrund Rundfunkfreiheit, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 05.10.1995, Az.: 2 AZR 923/94: Anfechtung des Arbeitsvertrages - Täuschung über Schwerbehinderteneigenschaft, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 30.11.1994, Az.: 5 AZR 704/93: Arbeitsrechtlicher Status eines Rundfunkmitarbeiter, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 11.11.1993, Az.: 2 AZR 467/93: Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 01.07.1993, Az.: 2 AZR 25/93: Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung; Zulässigkeit der Frage nach einer Schwangerschaft; Ausnahme vom Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

BAG, Urteil vom 15.10.1992, Az.: 2 AZR 227/92: Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 28.02.1991, Az.: 2 AZR 515/90: Arbeitsvertrag - Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 21.02.1991, Az.: 2 AZR 449/90: Anfechtung des Arbeitsvertrages - arglistige Täuschung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 20.02.1986, Az.: 2 AZR 244/85: Anfechtung wegen arglistiger Täuschung - Schwangerschaft, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 01.08.1985, Az.: 2 AZR 101/83: Neueinstellung; Schwerbehinderung; Gleichstellung; Offenbarungspflicht; Anfechtung, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

BAG, Beschluss vom 27.02.1985, Az.: GS 1/84: Weiterbeschäftigung während des Kündigungsprozesses, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 07.06.1984, Az.: 2 AZR 270/83: Unrichtige Beantwortung der Frage des Arbeitgebers nach einer Körperbehinderung durch einen Stellenbewerber; Umfang des Fragerechts des Arbeitgebers, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

BAG, Urteil vom 30.06.1983, Az.: 2 AZR 524/81: Kirchenautonomie und Kündigung wegen homosexueller Betätigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 01.06.1983, Az.: 5 AZR 536/80: Lohnfortzahlung bei Alkoholabhängigkeit, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 19.05.1983, Az.: 2 AZR 171/81: Anfechtung des Arbeitsvertrages - arglistige Täuschung, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

BAG, Urteil vom 09.09.1982, Az.: 2 AZR 253/80: Arbeitgeber eines Hausmeisters, BAGE 40, 145-156.

BAG, Urteil vom 13.01.1982, Az.: 7 AZR 757/79: Auslegung einer Erklärung als außerordentliche Kündigung, BAGE 37, 267-274.

BAG, Urteil vom 25.03.1976, Az.: 2 AZR 136/75: Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB), DB 1976, 1240-1241.

BAG, Beschluss vom 03.06.1975, Az.: 1 ABR 98/74: Anfechtung Wahl des Wahlvorstandes, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 28.03.1974, Az.: 2 AZR 92/73: Anfechtung - Kündigung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BAG, Urteil vom 12.04.1973, Az.: 2 AZR 291/72: Direktionsrecht; Öffentlicher Dienst; Verweigerung; Fristlose Kündigung; Ausschließung der Öffentlichkeit; Beschränkung der Öffentlichkeit; Rechtsauskunft der Gewerkschaft, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

BAG, Urteil vom 15.01.1970, Az.: 2 AZR 64/69: Verschweigen von Vorstrafen als Kündigungsgrund, DB 1970, 1276-1277.

BAG, Urteil vom 23.02.1967, Az.: 2 AZR 124/66: Verweigerung einer arztärztlichen Untersuchung ein wichtiger Entlassungsgrund? DB 1967, 1182-1183

BAG, Urteil vom 07.02.1964, Az.: 1 AZR 251/63: Einstellungsverhandlungen, BAGE 15, 261-270.

BAG, Urteil vom 22.09.1961, Az.: 1 AZR 241/60: Anfechtung des Arbeitsvertrages, BAGE 11, 270-276.

BAG, Urteil vom 05.12.1957, Az.: 1 AZR 594/56: Anfechtung des Arbeitsvertrages, BAGE 5, 159-165.

BAG, Urteil vom 10.11.1955, Az.: 2 AZR 591/54: Beschäftigungspflicht, BAGE 2, 221-226.

BGH, Urteil vom 30.04.1991, Az.: VI ZR 178/90: Gesundheitsbeeinträchtigung durch HIV-Infektion; Anscheinsbeweis für HIV-Infektion durch Bluttransfusion bei einer Person, die nicht zu den Risikogruppen gehört; Anscheinsbeweis für Infizierung des Ehegatten; Sorgfaltspflichten einer Universitätsklinik zur Vermeidung von Blutspenden von HIV-Infizierten und Angehörigen der Risikogruppen und Beweislast der Kausalität; Höhe des Schmerzensgeldes, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BGH, Urteil vom 25.05.1954, Az.: I ZR 211/53: Persönlichkeitsschutz und Briefveröffentlichung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BSG, Urteil vom 22.04.2015, Az.: B 3 KR 3/14 R: Krankenversicherung - Hilfsmittel - Anspruch eines Mannes auf Perücke bei vollständigem Haarverlust nur bei objektiv empfundener Entstellung - regelmäßiger Anspruch von Frauen bei Kahlköpfigkeit - kein Verstoß gegen das Verbot geschlechtsspezifischer Ungleichbehandlung [...], abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BSG, Urteil vom 28.09.2010, Az.: B 1 KR 5/10 R: Krankenversicherung - Krankenbehandlung - kein Anspruch des Versicherten auf Erlangung eines regelwidrigen Körperzustandes, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BSG, Urteil vom 14.08.2008, Az.: B 5 R 32/07 R: Erwerbsminderungsrentenbezug vor Vollendung des 60. Lebensjahres - Rentenabschlag - abgesenkter Zugangsfaktor - Verfassungsmäßigkeit, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BSG, Urteil vom 14.08.2008, Az.: B 5 R 140/07 R: Erwerbsminderungsrente - Bezugszeiten vor Vollendung des 60. Lebensjahres - Rentenabschlag - Verfassungsmäßigkeit, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BSG, Urteil vom 10.02.1993, Az.: 1 RK 14/92: Krankenversicherung - keine Kostenübernahme für operativen Eingriff bei einem im Normbereich liegenden Körperzustand - Beinverlängerung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 08.10.2007, Az.: 2 BvR 1846/07, 2 BvR 1853/07, 2 BvQ 32/07, 2 BvQ 33/07: Nichtannahmebeschluss: Zu den Anforderungen aufgrund Art. 33 Abs. 2 GG an die Festlegung des Anforderungsprofils bei der Ausschreibung einer Beförderungsstelle im öffentlichen Dienst - hier: Stelle eines Koordinators des psychologischen Dienstes einer JVA - Verzicht auf Erfordernis der Approbation als psychologischer Psychotherapeut, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BVerfG, Beschluss vom 20.09.2007, Az.: 2 BvR 1972/07: Beamtenrechtliches Konkurrenzverfahren - Festlegung des Anforderungsprofils der ausgeschriebenen Stelle, BVerfGK 12, 184-189.

BVerfG, Beschluss vom 26.06.1991, Az.: 1 BvR 779/85: Koalitionsfreiheit; Arbeitskämpfmaßnahmen; Sicherstellung der Tarifautonomie, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

BVerfG, Beschluss vom 07.02.1990, Az.: 1 BvR 26/84: Ausgleich; Vertragsfreiheit; Berufsfreiheit, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

BVerfG, Beschluss vom 04.06.1985, Az.: 2 BvR 1703/83, 2 BvR 1718/83, 2 BvR 856/84: Zur Frage der Wirksamkeit von Kündigungen, die kirchliche Einrichtungen gegen in ihren Diensten stehende Arbeitnehmer wegen der Verletzung sogenannter Loyalitätsobliegenheiten ausgesprochen haben, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BVerwG, Urteil vom 25.07.2013, Az.: 2 C 12/11: Feststellung der gesundheitlichen Eignung eines behinderten Beamtenbewerbers; Beurteilungsspielraum; vorzeitige Dienstunfähigkeit; Wahrscheinlichkeitsgrad, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BVerwG, Beschluss vom 04.04.2013, Az.: 2 B 87/12: Gesundheitliche Eignung bei Adipositas, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BVerwG, Urteil vom 03.03.2011, Az.: 5 C 16/10: Entschädigung wegen Diskriminierung im Bewerbungsverfahren als Richter; schwerbehinderter Einstellungsbewerber, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BVerwG, Urteil vom 24.09.2009, Az.: 2 C 31/08: Berlin: Höchstaltersgrenze für Einstellung in den mittleren Polizeivollzugsdienst ist rechtmäßig; Revision:

Wechsel vom Hilfs- zum Hauptantrag, abrufbar im Internet:
<<http://www.juris.de>>.

BVerwG, Urteil vom 25.11.2004, Az.: 2 C 17/03: Ausschreibung eines Dienstpostens; Auswahlverfahren; Funktionsfähigkeit des Bundesgrenzschutzes als verfassungsrechtliches Schutzgut, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

BVerwG, Beschluss vom 28.01.1998, Az.: 6 P 2/97: Außerordentliche Kündigung eines Personalratsmitgliedes; Inoffizieller Mitarbeiter des MfS; Grad der Verstrickung; Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung; Unrichtige Angaben; Beiziehung der Stasi-Unterlagen, abrufbar im Internet:
<<https://www.jurion.de>>.

BVerwG, Urteil vom 06.05.1964, Az.: VIII C 394.63: Zum Umfang der Offenbarungspflicht des Bewerbers bezüglich der für die Berufung im Dienstverhältnis eines Berufssoldaten vorausgesetzten Gewähr für die Erstellung der politischen Treuepflicht, BVerwGE 18, 276-283.

EuGH, Urteil vom 28.07.2016, Az.: Rs. C-423/15, *Kratzer*, ECLI:EU:C:2016:604: Diskriminierung eines Stellenbewerbers - rechtsmissbräuchliche Bewerbung um eine Stelle zur Erlangung des formalen Status als Bewerber - Begriff "Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit" - Art. 3 Abs. 1 Buchst a EGRL 78/2000 - Art. 14 Abs. 1 Buchst a EGRL 54/2006, abrufbar im Internet:
<<http://www.juris.de>>.

EuGH, Urteil vom 18.12.2014, Az.: Rs. C-354/13, *FOA*, ECLI:EU:C:2014:2463: Adipositas des Arbeitnehmers - Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung - EGRL 78/2000 - Kündigungsgrund, abrufbar im Internet:
<<http://www.juris.de>>.

EuGH, Urteil vom 11.04.2013, Az.: Rs. C-335/11 und C-337/11, C-335/11, C-337/11, *Ring, Skouboe Werge*, ECLI:EU:C:2013:222: Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung - Begriff der Behinderung i. S. v. EGRL 78/2000 - Pflicht des Arbeitgebers zur Verkürzung der Arbeitszeit - krankheitsbedingte Kündigung - verkürzte Kündigungsfrist, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

EuGH, Urteil vom 19.04.2012, Az.: Rs. C-415/10, *Meister*, ECLI:EU:C:2012:217: Auskunftsanspruch des abgelehnten Bewerbers über die Auswahlentscheidung - Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf - Richtlinien EGRL 43/2000, EGRL 78/2000 und EGRL 54/2006 - Indizwirkung der Auskunftsverweigerung für Diskriminierung bei der Einstellungsentscheidung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

EuGH, Urteil vom 07.07.2011, Az.: Rs. C-310/10, *Agafitei*, ECLI:EU:C:2011:467: Unzulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens - Unanwendbarkeit der Richtlinien EGRL 43/2000 und EGRL 78/2000 - Gehaltsansprüche von Angehörigen des höheren Justizdienstes - Diskriminierung wegen der Zugehörigkeit zu einer Berufskategorie oder wegen des Arbeitsorts - Voraussetzungen für die Erstattung des erlittenen Schadens, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

EuGH, Urteil vom 17.07.2008, Az.: Rs. C-303/06, *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415: Diskriminierung eines Arbeitnehmers wegen Betreuung eines behinderten Kindes? EGRL 78/2000? Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf? unmittelbare Diskriminierung wegen einer Behinderung? Belästigungsverbot? Beweislast, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

EuGH, Urteil vom 10.07.2008, Az.: Rs. C-54/07, *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397: Richtlinie EGRL 43/2000 - diskriminierende Kriterien für die Auswahl des Personals - Beweislast - Sanktionen, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

EuGH, Urteil vom 11.07.2006, Az.: Rs. C-13/05, *Chacon Navas*, ECLI:EU:C:2006:456: EGRL 78/2000 Art. 2 - Diskriminierungsverbot - Entlassung wegen Krankheit - Begriff der Behinderung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

EuGH, Urteil vom 04.10.2001, Az.: Rs. C-109/00, *Akrich*, ECLI:EU:C:2001:513: Gleichbehandlung von Männern und Frauen - Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG - Artikel 10 der Richtlinie 92/85/EWG - Entlassung einer schwangeren Arbeitnehmerin - befristeter Arbeitsvertrag, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Az.: Rs. C-404/92 P, *X/Commission*, ECLI:EU:C:1994:361: Urteil des Gerichtshofes vom 5. Oktober 1994. X gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften. Rechtsmittel - Bediensteter auf Zeit - Einstellungsuntersuchung - Tragweite der Weigerung des Betroffenen, sich einem Aids-Test zu unterziehen - Beeinträchtigung des Rechts zur Geheimhaltung des eigenen Gesundheitszustands, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

EuGH, Urteil vom 08.11.1990, Az.: Rs. C-177/88, *Dekker*, ECLI:EU:C:1990:383: Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

EuGH, Urteil vom 21.05.1985, Az.: Rs. 248/83, *Commission/Germany*, ECLI:EU:C:1985:214: Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, abrufbar im Internet: <<http://eur-lex.europa.eu>>.

EuGH, Urteil vom 10.04.1983, Az.: Rs. 14/83, *Von Colson and Kamann/Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153: Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, abrufbar im Internet: <<http://eur-lex.europa.eu>>.

LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 31.01.2008, Az.: 5 Sa 1755/07: Entschädigung wegen Benachteiligung, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

LAG Hamm (Westfalen), Urteil vom 06.11.2003, Az.: 8 (16) Sa 1072/03: Arbeitsvertrag - Anfechtung - arglistige Täuschung - Schwerbehinderung - Frage-

recht - Verlust des Anfechtungsrechts-/Bestätigung, abrufbar im Internet:
<<http://www.juris.de>>.

Hessisches LAG, Urteil vom 21.09.2011, Az.: 8 Sa 109/11: Anfechtung eines Arbeitsvertrags wegen arglistiger Täuschung über die Schichttauglichkeit, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

Hessisches LAG, Teilurteil vom 24.03.2010, Az.: 6/7 Sa 1373/09: Anfechtung eines Arbeitsvertrags wegen unwahre Beantwortung der Frage nach einer anerkannten Schwerbehinderung oder Gleichstellung - Entschädigungsanspruch, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

LAG Köln, Beschluss vom 08.02.2010, Az.: 5 TaBV 73/09: Prüfungs- und Meldepflichten bei interner Stellenbesetzung, abrufbar im Internet: <<https://www.justiz.nrw.de>>.

LAG Köln, Urteil vom 29.01.2009, Az.: 7 Sa 980/08: Kein Schadensersatzanspruch wegen Diskriminierung nach § 15 AGG bei späterer Einbeziehung eines schwerbehinderten Stellenbewerbers in ein laufendes Bewerbungsverfahren - fehlende gesundheitliche Geeignetheit bei Anerkennung voller Erwerbsminderung während des Bewerbungsverfahrens, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.

LAG Nürnberg, Urteil vom 21.09.1994, Az.: 3 Sa 1176/93: Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung; Wegfall einer Arbeitserlaubnis auf Grund des Entzugs einer Aufenthaltserlaubnis; Kündigung aus wichtigem Grund, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 01.09.2005, 4 Sa 865/04: Diskriminierung, Schwerbehinderung, Anforderungsprofil, AE 02/06, 97.

LSG Bayern, Urteil vom 23.07.2003, Az.: L 18 SB 8/02: Feststellung des Grades der Behinderung unter Berücksichtigung einer Leberschädigung; Gesamtauswirkung der Behinderung auf Grund einer ärztlichen Einschätzung; Ausmaß der festgestellten Funktionseinschränkungen; Behinderung als denknnotwendige Voraussetzung für die Feststellung ihres Grades, abrufbar im Internet: <<https://www.jurion.de>>.

RAG, Urteil vom 02.07.1930, Az.: RAG. 28/30: Tarifbeteiligung, Arglist, BenschSamml 9, 496-502.

RAG, Urteil vom 22.08.1929, Az.: RAG. 148/29: Kündigungsschutz für Schwerbeschädigte, BenschSamml 6, 618-621.

RG, Urteil vom 19.03.1929, Az.: III 311/28: Schwerbeschäftigtengesetz. Kündigungsschutz, RGZ 124, 17-22.

RG, Urteil vom 07.07.1925, Az.: II. 494/24: Arglistige Täuschung, RGZ 111, 233-236.

RG, Urteil vom 15.11.1911, Az.: Rep. I. 512/10: Irrtum. Arglistige Täuschung, RGZ 77, 309-314.

RG, Urteil vom 29.05.1908, Az.: Rep. VII. 322/07: Arglistige Täuschung, Erfüllungsgeschäft, Zurückbehaltungsrecht, RGZ 69, 13-17.

RG, Urteil vom 27.03.1906, Az.: Rep. II. 374/05: Arglistiges Verschweigen beim Kaufabschlusse, RGZ 62, 149-152.

VG Düsseldorf, Urteil vom 02.10.2007, Az.: 2 K 2070/07: Benachteiligung beim Auswahlverfahren für die Einstellung einer Polizeivollzugsbeamtin wegen ihrer Körpergröße, abrufbar im Internet: <<http://www.juris.de>>.