

## 2. Arbeitsverhältnis – Wann liegt es vor?

Der Begriff „Arbeitsverhältnis“ ist allgemein geläufig und wirft im allgemeinen Verständnis an sich keine Probleme auf. Schwierig und folgenreich kann es aber werden, wenn ein Arbeitsverhältnis gar nicht geplant ist, sondern im Rahmen der bestehenden Vertragsfreiheit an sich andere Beschäftigungsformen gewählt werden sollen. Häufig sollen Dienst- oder Werkverträge vereinbart und durchgeführt werden, die anderen Regeln als ein Arbeitsverhältnis folgen. Es ist deshalb wichtig, die verschiedenen Vertragstypen voneinander abzugrenzen. Fehler bei der zutreffenden Einordnung können schwerwiegende Folgen haben. Man denke nur an Sozialversicherungsbeiträge, die an sich weder bei einem Dienstvertrag, noch bei einem Werkvertrag anfallen und deren Nichtabführung bei einem in Wahrheit bestehenden Arbeitsverhältnis harsche Konsequenzen nach sich ziehen können. In dem Fall droht für den ungewollten Arbeitgeber die Strafbarkeit nach § 266a StGB mit einem Strafmaß von bis zu fünf Jahren oder mit einer Geldstrafe. Bei der anderen gängigen Form des Personaleinsatzes sind die dafür geltenden Vorschriften aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) zu beachten.

Was ist nun ein Arbeitsverhältnis? Es liegt immer dann vor, wenn es wenigstens zwei handelnde Parteien gibt, die als Arbeitnehmer einerseits und Arbeitgeber andererseits zu qualifizieren sind. Während der Arbeitnehmer stets eine natürliche Person sein muss, kann der Arbeitgeber auch eine juristische Person sein, beispielsweise eine AG, GmbH oder eine juristische Person in einer anderen anerkannten Rechtsform. Zwischen wenigstens diesen beiden Parteien kann ein Arbeitsvertrag bestehen, durch den der Arbeitnehmer „im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet wird“ – so regelt es § 611a Abs. 1 S. 1 BGB. „Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“ (§ 611a Abs. 1 S. 3 BGB). Weitere Einzelheiten zu Weisungen finden Sie weiter unten im Kapitel 6 beim Thema „Arbeitsvertrag“. Diese „weisungsgebundene, persönliche Abhängigkeit“ grenzt ein Arbeitsverhältnis z. B. zu einem Dienstvertrag nach § 611 BGB ab. Wohin sich der Begriff „Arbeitsverhältnis“ in der laufenden Transformation von Arbeitsbeziehungen entwickelt (z. B. Stichwort „Crowdworking“<sup>12</sup>), lässt sich nicht vorhersehen und wird in Zukunft durch die jeweiligen Entscheidungen der Gerichte über Einzelfälle bestimmt werden.

---

12 BAG vom 01.12.2020 – 9 AZR 102/20 zur „Crowdworker/Plattformarbeit“.

Ein Dienstvertrag zeichnet sich gegenüber dem Arbeitsvertrag dadurch aus, dass der Dienstleistende unternehmerisch selbstständig agiert und dabei wirtschaftlich und sozial unabhängig vom Auftraggeber ist. Typische Beispiele sind neben vielen anderen Konstellationen die Berufsgruppen der Ärzte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Sie bieten ihre Dienstleistung zwar auch an, sind aber bei der Ausführung ihrer Tätigkeit nicht in dem Sinne weisungsgebunden und persönlich abhängig wie ein Arbeitnehmer. Natürlich haben sie auch Wünsche ihrer Vertragspartner zu berücksichtigen. Aber der Arzt unterliegt i. d. R. keinen Weisungen, wie er die Behandlung des Patienten auszuführen hat. Wäre es anders, würde es sich nicht um einen freien Dienstvertrag, sondern um ein Arbeitsverhältnis handeln. Die Abgrenzung der Vertragsverhältnisse kann auch kompliziert sein, wenn ein sog. „Dienstnehmer“ – z. B. der Arzt – nur für einen einzigen sog. „Dienstgeber“ – also Auftraggeber, nehmen wir an, ein Krankenhaus – tätig ist.

Dieselbe Notwendigkeit zur Abgrenzung des Vertragsverhältnisses gilt für einen Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff BGB. Er wiederum unterscheidet sich vom Dienstvertrag in der Weise, dass sich ein Unternehmer zur „Herstellung des versprochenen Werks“ verpflichtet, während der Besteller als Auftraggeber ihm die vereinbarte Vergütung zahlen muss (§ 631 Abs. 1 BGB). Typische Beispiele für einen Werkvertrag sind Handwerkerleistungen. Denn dabei wird im Grunde genommen die Herstellung eines Werkes versprochen und damit ein bestimmter Erfolg. Beispiel: Ein Maler wird beauftragt, die Wände zu streichen. Im Gegensatz zu einem Arzt, der nur eine Behandlung nach dem Stand der medizinischen Kunst schuldet und nicht die Heilung, hat hier entsprechend den Regeln des Malerhandwerks die Aufbringung der neuen Wandfarbe zu erfolgen. Wie das beispielsweise mit welchem Pinsel und in welcher Streichrichtung passiert, ist alleinige Sache des Malers und nicht des Auftraggebers. Das Vertragsverhältnis mit einem „freien“ Maler ist somit als Werk- und nicht als Dienstvertrag anzusehen.

Weiterer Grundsatz für die Abgrenzung der Vertragsverhältnisse ist, dass deren tatsächliche Durchführung entscheidend ist, also nicht das, was vertraglich vereinbart ist. Es nützt deshalb nichts, z. B. einen Dienst- oder Werkvertrag als solchen abzufassen, aber tatsächlich doch Anweisungen zu erteilen, die im Arbeitsverhältnis üblich sind. Um bei dem Malerbeispiel zu bleiben: Wenn ein Maler in einem Betrieb eingesetzt wird, vielleicht noch über einen längeren Zeitraum, der Betrieb der einzige Auftraggeber ist und dem Maler dann auch vorgeschrieben wird, wie er Malerarbeiten auszuführen hat, dürfte es sich um ein Arbeitsverhältnis handeln, selbst wenn ein nach der äußeren Form lupenreiner Werkvertrag abgeschlossen wurde. Die Abweichung zwischen dem schriftlichen Vertrag und der tatsächlichen Durchführung lässt im Rahmen einer Gesamtbetrachtung das Pendel hin

zum Arbeitsverhältnis schwingen – so stellt es § 611a Abs. 1 S. 5 + 6 BGB klar.

Sollten Zweifel bestehen, ob nicht doch ein Arbeitsverhältnis besteht, kann ein sog. Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV) gestartet werden. Das sollte vor Aufnahme der Tätigkeit und nach juristischer Beratung passieren, denn auch die DRV entscheidet nicht fehlerfrei, welcher Vertragstyp im Einzelfall besteht.

Auch auf sog. arbeitnehmerähnliche Personen findet das Arbeitsrecht keine Anwendung. Sie kennzeichnet, dass sie wirtschaftlich unselbstständig, aber nicht persönlich im selben Maße wie Arbeitnehmer abhängig sind<sup>13</sup>. Sie sind meist nur für einen Auftraggeber für eine gewisse Dauer tätig und werden zwar als ähnlich schutzwürdig wie Arbeitnehmer angesehen, sind aber wegen der bestehenden Freiheit, ihre Tätigkeit zu gestalten, freier als Arbeitnehmer und werden deshalb nicht als solche angesehen.

Schließlich ist noch kurz auf die gängige Arbeitnehmerüberlassung einzugehen, für die bei uns das AÜG gilt. Sie wird dadurch charakterisiert, dass drei Parteien beteiligt sind: den Verleiher, der einen Arbeitnehmer einem Entleiher für eine gewisse Dauer überlässt. Auch der Entleiher darf dem Leiharbeiter arbeitsvertragliche Weisungen erteilen. Auch dem Entleiher gegenüber befindet sich der Leiharbeiter damit in einer persönlichen Abhängigkeit. Da neben dem Entleiher auch der Verleiher weisungsberechtigt und der Leiharbeiter auch weiterhin von ihm abhängig ist, spricht man von einer „gespaltenen“ Arbeitgeberstellung jeweils vom Ver- und Entleiher.

Weitere spezielle Verhältnisse, die nicht als Arbeitsverhältnisse qualifiziert werden (z. B. Geschäftsführer einer GmbH, Vorstand einer Aktiengesellschaft, Arbeit im Familienumfeld, Heimarbeit etc.) werden in diesem Leitfaden nicht behandelt.

Leitende und außertarifliche Angestellte in einem Arbeitsverhältnis gehören übrigens unzweifelhaft zum Kreis der Arbeitnehmer.

---

13 BAG vom 15. 11. 2005 – 9 AZR 624/04.



### 3. Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

Die „Anbahnung“ betrifft das Vorfeld des Arbeitsverhältnisses, also all das, was passiert, bevor es zum Abschluss des eigentlichen Arbeitsvertrages kommt. Juristisch handelt es sich bei dieser Phase um ein vorvertragliches Schuldverhältnis, das auf die potenzielle Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses hinauslaufen kann, aber nicht zwangsläufig muss. Der Begriff „Schuldverhältnis“ zeigt, dass schon in dieser Phase zwischen potenziellen Arbeitgebern und potenziellen Bewerbern Rechte und Pflichten entstehen können<sup>14</sup>. Selbst Schadenersatzansprüche sind denkbar, sodass es sich lohnt, bereits in dieser Phase die dafür bestehenden rechtlichen Vorgaben zu beachten. Was sind nun die wichtigsten Rechte und Pflichten bei der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses?

#### 3.1 Stellenausschreibungen

Üblicherweise werden freie Stellen im oder/und außerhalb des Unternehmens ausgeschrieben. Eine individualrechtliche Pflicht für Ausschreibungen gibt es nicht<sup>15</sup>. Neben der Tätigkeitsbeschreibung und den fachlichen Erwartungen bzw. geforderten Voraussetzungen wie Hochschul-, Berufsabschlüssen usw. können auch die Vergütung und andere Leistungen des potenziellen Arbeitgebers angegeben werden. Das Monats- oder Jahreseinkommen muss nicht offengelegt werden. Bestrebungen in der Vergangenheit und teilweise auch in der Gegenwart, beispielsweise zur Schaffung von tatsächlicher oder vermeintlicher Transparenz über eine geschlechtsneutrale Vergütung, sind noch nicht verpflichtend geworden.

Von immenser Bedeutung ist aber die geschlechtsneutrale Ausschreibung von Arbeitsplätzen. Noch immer sieht man Stellenausschreibungen, die dieses Prinzip nicht beachten (z. B. „Kollege gesucht“). Seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes im Jahr 2006<sup>16</sup> bergen solche, nur auf ein Geschlecht bezogenen Ausschreibungen dann, wenn sie nicht durch objektive Gründe im Sinne des § 11 AGG gerechtfertigt sind, die Gefahr, dass nach § 22 AGG vermutet werden kann, die Ablehnung einer Person des anderen Geschlechts sei eben allein wegen der Zugehörigkeit zum anderen Geschlecht erfolgt. Zwar kann auch bei einer solchen Diskriminierung die abgelehnte Person nicht auf Einstellung auf die ausgeschriebene Stelle klagen, wie § 15 Abs. 6 AGG klarstellt. Aber wenn die Bewerbung der abge-

14 Siehe §§ 311, 241 BGB.

15 Besteht ein Betriebsrat, kann er allerdings nach § 93 BetrVG eine Ausschreibung fordern.

16 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.06.2006, BGBl. I S. 1897, 1910.

lehnten Person an sich erfolgreich gewesen wäre, kann ihr bei entsprechendem Verschulden des potenziellen Arbeitgebers Schadenersatz nach § 15 Abs. 1 AGG zustehen. Daneben hat jeder Bewerber nach § 15 Abs. 2 AGG einen Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von bis zu drei Monatsgehältern.

Diese Vorschriften gelten nicht nur bei Benachteiligungen wegen des Geschlechts. Sie gelten ebenso, wenn eine Person wegen einer Behinderung benachteiligt wird. Dasselbe gilt hinsichtlich der übrigen in § 1 AGG aufgeführten Merkmale, von denen die Religion (Beispiel Kopftuchverbot<sup>17</sup>) und der Behinderung<sup>18</sup> im Arbeitsverhältnis im Gegensatz zu den anderen gesetzlichen Diskriminierungsmerkmalen schon eine gewisse Rolle spielen.

Eine Benachteiligung kann auf zwei Arten passieren: als unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung. Von einer unmittelbaren Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG spricht man, wenn z. B. ein – gemessen an einer Ausschreibung – zu alter Bewerber ausdrücklich benachteiligt wird, ohne dass die ausgeschriebene Alterskategorie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist („junger Mann, junge Frau“ gesucht...). Eine mittelbare Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG kann dann vorliegen, wenn eine scheinbar neutrale Regel aufgestellt wird, die in der Praxis aber nur eine bestimmte Gruppe betrifft (z. B. „Junior Sachbearbeiter“ oder „frisch gebacken aus der Ausbildung“<sup>19</sup> oder „junges, hochmotiviertes Team“<sup>20</sup>) und keine sachliche Rechtfertigung für die Benachteiligung vorliegt. Das „Gendersternchen“ in einer Stellenanzeige ist übrigens kein Indiz für eine Diskriminierung von Menschen, die sich für doppel-geschlechtlich halten<sup>21</sup>.

Nach § 22 AGG reicht es, wenn die benachteiligte Person Indizien für eine Benachteiligung vorträgt. Sie zu widerlegen ist dann Sache des potenziellen Arbeitgebers. Man spricht von einer Beweiserleichterung für die benachteiligte Person, weil eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ für eine Benachteiligung ausreicht<sup>22</sup>.

Es ist also dringend zu empfehlen, Stellenausschreibungen sehr sorgsam zu verfassen und jeden Anschein einer Benachteiligung zu vermeiden. Insbesondere nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum dritten

---

17 Keine zwingende Diskriminierung nach EuGH vom 14.03.2017 – C-157/15.

18 Verzicht auf Einladung zum Vorstellungsgespräch im Öffentlichen Dienst nur bei offensichtlich fehlender Eignung – BAG vom 21.07.2008 – 9 AZR 431/08.

19 BAG vom 15.12.2016 – 8 AZR 454/15

20 LAG Nürnberg vom 27.05.2020 – 2 Sa 1/20

21 LAG Schleswig-Holstein vom 22.06.2021 – 3 Sa 37 öD/21

22 BAG vom 26.01.2017 – 8 AZR 736/15

Geschlecht<sup>23</sup> sollte überlegt werden, Stellenausschreibungen frei von geschlechtsbezogenen Aspekten zu formulieren oder mit dem Zusatz „(m/w/d)“ zu arbeiten. Auch bei Schreiben an Bewerber etc. könnte im Übrigen klargestellt werden, dass Anredeformen geschlechtsneutral zu verstehen sind und für alle Geschlechter gelten.

### 3.2 Teilzeitstellen

Eignen sich Stellen auch als Teilzeitstellen, sind sie nach § 7 Abs. 1 TzBfG bei außer- und innerbetrieblichen Ausschreibungen entsprechend auszuschreiben. Ob eine solche Eignung vorliegt, unterliegt der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Die Entscheidungsfreiheit gilt, solange sie nicht offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Sanktionen bei Verletzung dieser Pflicht sieht das Gesetz nicht vor. Deshalb kann in dem Fall bei einer Ausschreibung allenfalls ein Image-Schaden für den Arbeitgeber drohen.

### 3.3 Bewerbungsunterlagen

Der potenzielle Arbeitgeber kann verlangen, dass der potenzielle Bewerber ihm auf postalischem oder elektronischem Wege Bewerbungsunterlagen zur Verfügung stellt. Es reichen Kopien oder PDF-Dokumente. Originale kann man sich beispielsweise im Bewerbungsgespräch zeigen lassen, wenn hierfür ein Grund besteht (z. B. schlechte Leserlichkeit, Auffälligkeiten). Nur bestimmte Bewerbungsunterlagen sind im Original einzureichen, wie z. B. ein Führungszeugnis mit einer Aussage in Bezug auf Vorstrafen im Fall der Beschäftigung von Minderjährigen nach § 72a SGB VII<sup>24</sup>. Ob die Vorlage eines erweiterten Führungszeugnisses nach § 30a BZRG verlangt werden darf, richtet sich danach, ob es gesetzlich gefordert ist oder etwa Minderjährige betreut werden sollen. Ansonsten kann ein Führungszeugnis nach § 30 BZRG nur rechtmäßig verlangt werden, wenn es um sicherheitsrelevante Tätigkeiten geht, z. B. Geldtransporte. Ob die Kosten für das Führungszeugnis vom potenziellen Arbeitgeber zu erstatten sind, hat das Bundesarbeitsgericht offen gelassen<sup>25</sup>.

Zu den Bewerbungsunterlagen gehören in jedem Fall tätigkeitsbezogene Unterlagen wie ein Lebenslauf, Abschlüsse und die entsprechenden Informationen, die für die Aufgabe relevant sind (Sprachen). Fotos anzufordern ist nicht verboten, auch wenn es seit einiger Zeit eine Diskussion darüber gibt, ob sie ein Indiz für eine Diskriminierung nach dem AGG bieten können.

23 BVerfG vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16

24 Beschäftigungsverbot bei bestimmten Straftaten

25 BAG 09.08.2016 – 9 AZR 417/15

Verbreitete Praxis ist es, sie nicht anzufordern, aber auch nicht die Unterlagen zurückzusenden, wenn sie ohne Anforderung eingereicht wurden.

### 3.4 Auskünfte in sozialen Netzwerken, Headhunter

Ein Arbeitgeber darf in Netzwerken nach Informationen über einen Bewerber ohne dessen Einwilligung suchen (Stichwort „Background Checks“). Das sollte aber aus Datenschutzgründen nur in allgemein zugänglichen, beruflichen Netzwerken (z. B. XING, LinkedIn usw.) geschehen und nur, wenn die jeweilige Plattform die Recherche durch Arbeitgeber nicht ausschließt. Auch das Persönlichkeitsrecht eines Bewerbers soll nämlich geschützt werden, soweit es z. B. um Sachverhalte aus seinem Privatleben geht. Angaben in Facebook u. ä. sind eher dem Privatbereich zuzuordnen. Dort sollten keine Recherchen erfolgen.

Headhunter haften anlässlich ihrer Tätigkeit für Arbeitgeber bei fehlerhaft diskriminierenden Stellenanzeigen selbst nicht gegenüber dem Bewerber. Der Auftrag gebende Arbeitgeber muss sich aber diese Fehler von Headhuntern zurechnen lassen und haftet gegenüber dem diskriminierten Bewerber selbst für die Fehler des Headhunters<sup>26</sup>. Es macht deshalb Sinn, eine vertragliche Haftungsfreistellung durch einen Headhunter zu vereinbaren, selbst wenn Headhunter professionell arbeiten und ihnen Fehler dieser Art nicht unterlaufen sollten.

### 3.5 Vorstellungsgespräch

Eine Pflicht zur Einladung zu einem Vorstellungsgespräch besteht in der Privatwirtschaft nicht, im Öffentlichen Dienst im Grundsatz schon<sup>27</sup>. Soll auf Bitte des potenziellen Arbeitgebers ein Vorstellungsgespräch stattfinden und ist nicht vorab eine Kostenregelung getroffen worden, hat der potenzielle Arbeitgeber die Kosten nach §§ 662, 670 BGB zu ersetzen. Erfasst werden die Kosten, die der Bewerber für „erforderlich“ halten durfte. Was „erforderlich“ ist, richtet sich wieder nach den Umständen des Einzelfalles, also nach den Reiseverbindungen, der in Aussicht stehenden Position, der Zumutbarkeit der Rückkehr am selben Tag u. v. m. Zu erstatten sind nur die tatsächlich entstandenen, nicht fiktive Kosten. Bei Nutzung einer BahnCard kann nicht der höhere Vollpreis für ein Ticket gefordert werden. Wegen der unterschiedlichen Einzelfallgestaltungen ist es ratsam, vorab die Bedingungen für die Kosten zu beschreiben, die übernommen werden (Bahnklasse, Flugticket, Hotel etc.). Die tatsächlich entstandenen Kosten sind dem

<sup>26</sup> BAG vom 23.01.2014 – 8 AZR 118/13

<sup>27</sup> Siehe § 176 SGB IX



Bewerber auch dann zu erstatten, wenn er seine Bewerbung nach einem Vorstellungsgespräch zurückzieht.

Bei einer Initiativbewerbung muss der potenzielle Arbeitgeber keine Kosten übernehmen, er kann es aber. Es empfiehlt sich, in einem solchen Fall vor der Anreise klarzustellen, ob und welche Kosten erstattet werden.

### 3.6 Fragerecht

Das Bewerbungsgespräch dient beiden potenziellen Arbeitsvertragsparteien dazu, die jeweils andere Seite besser kennenzulernen und eine Entscheidungsgrundlage zu schaffen. Für den potenziellen Arbeitgeber ist wichtig zu wissen, welche Frage er stellen darf und was bei Falschbeantwortungen unternommen werden kann. Für den potenziellen Arbeitnehmer ist wichtig, ob er sich ungefragt zu bestimmten Sachverhalten offenbaren muss, z. B. dem Antritt einer bevorstehenden Haftstrafe oder einem bestehenden nachvertraglichen Wettbewerbsverbot nach §§ 74 ff HGB, wenn davon ein gewichtiger Einfluss auf die Erbringung der Arbeitsleistung ausgehen würde.

Grundsätzlich wird dem potenziellen Arbeitgeber ein Interesse zugebilligt, über die für ihn maßgeblichen Umstände vor Vertragsschluss vom Bewerber Informationen einzuholen, die die richtige Entscheidung für ein funktionierendes Arbeitsverhältnis ermöglichen. Der Arbeitgeber muss ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Fragen für das Arbeitsverhältnis haben<sup>28</sup>. Umgekehrt dürfen die Fragen des potenziellen Arbeitgebers nicht geschützte Rechtspositionen wie das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers aus Art. 2 Abs. 1 GG oder das Diskriminierungsverbot aus dem AGG verletzen. Je nach Fall kann das Fragerecht des potenziellen Arbeitgebers variieren. Gleichwohl gibt es eine Reihe von Fragen, die wegen ihrer Häufigkeit und ihrem Allgemeinbezug immer wieder Gegenstand von Gerichtsurteilen und allgemein bedeutsam geworden sind. Neben der Frage nach Vorstrafen<sup>29</sup> sind das z. B. die Fragen nach einer Behinderung oder Schwangerschaft, der Gewerkschaftszugehörigkeit, dann aber auch nach der Gesundheit, dem früheren Gehalt oder dem Familienstand.

Die Frage nach einer Schwerbehinderung ist erst zulässig, wenn ein Arbeitsverhältnis eingegangen ist und sechs Monate bestanden hat<sup>30</sup>. Dann hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer die entsprechende Frage des Arbeitgebers wahrheitsgemäß zu beantworten (§ 241 BGB).

28 BAG vom 07.06.1984 – 2 AZR 270/83

29 Siehe oben Ziffer 3.3. zu „Bewerbungsunterlagen“

30 BAG, Urteil vom 16.02.2012 – 6 AZR 553/10

Die Frage nach einer Schwangerschaft darf nicht gestellt werden, selbst wenn deshalb die Beschäftigung gar nicht aufgenommen werden könnte<sup>31</sup>.

Die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit kann unter bestimmten Umständen zulässig sein<sup>32</sup>, nicht aber dann, wenn es keinen differenzierenden Bezug zwischen der Gewerkschaftszugehörigkeit und dem konkreten Arbeitsverhältnis (z. B. Sonderzahlungen nur an Gewerkschaftsmitglieder) gibt.

Der Gesundheitszustand darf nur abgefragt werden, wenn es auf ihn für die auszuübende Tätigkeit besonders ankommt, wie im Sportbereich, in der Kantine etc.

Nach dem früheren Gehalt darf man nur fragen, wenn es eine Relevanz für das beabsichtigte neue Arbeitsverhältnis gibt<sup>33</sup>, also z. B. das neue Gehalt ausdrücklich über dem bisherigen liegen soll.

Der Familienstand dürfte im Regelfall für die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses ohne Bedeutung sein. Danach darf also nicht gefragt werden. Etwas anderes ist es, dass nach Eingehung eines Arbeitsverhältnisses solche Daten u. a. aus steuerlichen Gründen oder zur Durchführung einer Sozialauswahl erhoben werden dürfen.

Die Aufzählung ist nicht abschließend. Entscheidend auch für alle anderen Fragen ist immer, welche Bedeutung sie für die avisierte Beschäftigung haben. Gibt es eine solche Relevanz nicht, sollten die Fragen nicht gestellt werden bzw. dürfen sie ohne Folgen für den Arbeitnehmer falsch beantwortet werden, wenn es später zum Abschluss eines Arbeitsvertrages gekommen ist.

Ist eine zulässig gestellte Frage falsch beantwortet worden, und war sie für die Eingehung des Arbeitsverhältnisses maßgeblich, kann der Arbeitsvertrag nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung angefochten werden. Die Anfechtungsfrist nach § 124 BGB ist in dem Fall zu beachten.

### 3.7 Auswahlentscheidung

Der potenzielle Arbeitgeber ist frei darin, über die Eingehung oder Ablehnung eines Arbeitsverhältnisses zu entscheiden. Es besteht keine Rechtspflicht, eine ablehnende Entscheidung gegenüber der abgelehnten Person zu begründen. Ist denkbar, dass sich ein Bewerber geplant auf eine angebliche Diskriminierung berufen könnten (z. B. sog. „AGG-Hopper“) und

31 BAG, Urteil vom 06.02.2003 – 2 AZR 621/01

32 BAG vom 18.11.2014 – 1 AZR 257/13 – bei Tarifpluralität

33 BAG vom 19.05.1983 – 2 AZR 171/81