**Workshop**

**‚Verbergen oder enthüllen? Zu Chancen und Risiken des Offenbarens‘**

**Was darf verborgen, was muss enthüllt werden? Überblick über die Rechtslage (Kurzvortrag)**

**1. Wem gegenüber kommen Offenbarungspflichten in Betracht?**

**1.1** gegenüber potentiellen Arbeitgebern/Dienstgebern

privaten Arbeitgebern

privaten Arbeitgebern in Tendenzbetrieben

öffentlich-rechtlichen Dienstgebern

kirchlichen Dienstgebern

**1.2** gegenüber Arbeitgebern/Dienstgebern, mit denen bereits ein Arbeitsverhältnis/Dienstverhältnis besteht

**2. Denkbarer Inhalt von Offenbarungspflichten bzw. Verschweigungsrechten**

– Krankheit

– (Schwer-) Behinderung

– weitere Merkmale im Sinne des § 1 AGG (

* Rasse/ethnische Herkunft (Hautfarbe usw.)
* Geschlecht (Frau, Mann, Trans, Inter)
* sexuelle Identität (lesbisch, schwul, bisexuell)
* Religion oder Weltanschauung (z.B. christliche, islamische Konfessionen, atheistische Überzeugungen)
* Alter
* Schwangerschaft

– Familienstand (ledig, verheiratet, Partnerschaft ohne Trauschein, gleichgeschlecht liche (Lebens-) Partnerschaft, Kinder

– Vorstrafen (z.B. wegen Vermögens-, Sexual-, Straßenverkehrsdelikten)

– sonstige Daten aus dem individuellen Lebenslauf (Ausbildungsgang, frühere Arbeitgeber)

– Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft/politischen Partei/sonstigen Organisation

**Ergebnis:**

Es gibt eine Vielzahl von Daten, bei denen sich die Frage nach Offenbaren oder Verschweigen auch als juristische Frage stellt.

**3. Wie ist die Rechtslage in jedem Einzelfall?**

Klassische Juristenantwort: Es kommt darauf an! Worauf? Was sind die Maßstäbe?

Generelle juristische Leitplanken:

* das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit/informationelles Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 GG
* das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)
* das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und die Landesdatenschutzgesetze
* innerkirchliche Rechtsnormen
* innerbetriebliche Rechtsnormen (Betriebsvereinbarungen/Dienstvereinbarungen zu Auswahlrichtlinien, Personalfragebögen)

Fragen des Arbeitgebers müssen nur dann wahrheitsgemäß beantwortet werden, wenn sie für den konkreten Arbeitsplatz von wesentlicher Bedeutung sind; hierbei sind die auf dem Spiel stehenden Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen:

Offenbarungspflicht wird häufig begründet mit „anerkennenswerten", „billigenswerten", „schutzwürdigen" Interessen des potentiellen oder tatsächlichen Arbeitgebers/Dienstgebers

**4. Interessenabwägung in typischen Problemsituationen:**

* Krankheit (auch Aids-*Infektion*):

Im Grundsatz: nicht offenbarungspflichtig;

aber Offenbarungspflicht, wenn Arbeitnehmer die vorgesehene Arbeit nicht verrichten kann (z.B. Mehlstauballergie des Bäckers, Farbenblindheit des Malers) bei besonderen berufsspezifischen Risiken (Bruchleiden eines Möbelpackers), bei besonderen Ansteckungsgefahren, bei konkret zu erwartenden längeren oder kürzeren und häufigen Arbeitsausfallzeiten

bei bestehender Aids-*Erkrankung*: Offenbarungspflicht wurde in der Vergangenheit überwiegend angenommen, wird in der neueren Literatur jedoch häufig verneint, weil verbesserte medizinische Behandlung die Arbeitsfähigkeit auch bei Erkrankung nicht wesentlich einschränke;

Tendenz: wie bei anderen Krankheiten abhängig vom Einzelfall

* Schwerbehinderung (unabhängig davon, ob als Schwerbehinderung anerkannt oder nicht):

Offenbarungspflicht immer noch sehr umstritten:

BAG vom 16.2.2012 – 6 AZR 553/10 –: jedenfalls nach kündigungsschutzrechtlicher Wartezeit von 6 Monaten offenbarungspflichtig, damit Arbeitgeber seine Verpflichtungen gegenüber Schwerbehinderten erfüllen kann und nicht zu Unrecht mit Ausgleichsabgaben belastet wird

BAG vom 7.7.2011 – 2 AZR 396/10 –: Frage offen gelassen, für den Regelfall wohl eher gegen Offenbarungspflicht

wohl herrschende Meinung: Offenbarungspflicht, wenn die (Schwer)-Behinderung die Ausübung der vertraglichen Tätigkeit – auch mit entsprechenden Arbeitshilfen – ausschließt

* Religion und Weltanschauung

Im Grundsatz: Nicht offenbarungspflichtig, da im Regelfall kein Bezug zum Arbeitsverhältnis

Offenbarungspflicht jedoch bei kirchlichen Einrichtungen und Tendenzbetrieben (Reichweite ist im einzelnen sehr umstritten)

* Sexuelle Identität

Im Grundsatz: Nicht offenbarungspflichtig, da kein Bezug zum Arbeitsverhältnis;

katholische Kirche definiert gelebte Homosexualität als Verstoß gegen ihre Sittenlehre und nimmt daher für ihre diskriminierende Praxis bei Einstellungen und Entlassungen das so genannte Kirchenprivileg des § 9 AGG in Anspruch; sehr problematisch!

* Psychologische Testverfahren, Assessment-Center, Genom-Analyse

Teilnahme von Bewerbern wird faktisch – nicht rechtlich – erzwungen; Tests, die gegen die verpönten Merkmale des § 1 AGG oder gegen Grundrechte (Menschenwürde, allgemeines Persönlichkeitsrecht, Glaubensfreiheit) verstoßen, sind rechtswidrig und dürfen falsch beantwortet werden, z.B. Minnesota-Test)

Erwägungen für die Praxis

* Unzulässige Fragen dürfen falsch beantwortet werden.
* Ungefragte Offenbarungspflicht besteht dann, wenn Umstände dem Bewerber die vorgesehenen arbeitsvertraglichen Leistungspflichten unmöglich machen oder für die Eignung für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind (so zuletzt noch BAG vom 6.9.2012 – 2 AZR 270/11)
* für das Verhalten im Einzelfall sollte die jeweilige Interessenlage der Beteiligten bewertet werden; die Rechtsprechung befindet sich ebenso wie die Gesetzgebung in ständigem Fluss, besonders im Bereich der Schwerbehinderung:

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24.1.2013 – 8 AZR 188/12 –

Auf eine Stellenausschreibung eines **öffentlichen** Arbeitgebers bewarben sich 126 Bewerber, darunter 14 Schwerbehinderte. Die Arbeitgeberin lud 8 Bewerber, davon 2 Schwerbehinderte (diese nach Abstimmung mit der Vertrauensperson der Schwerbehinderten) zu einem Vorstellungsgespräch ein. Einer der nicht eingeladenen schwerbehinderten Bewerber klagte wegen Diskriminierung gemäß § 15 Abs. 2 AGG auf Zahlung einer Entschädigung. Das Bundesarbeitsgericht sah eine Benachteiligung darin, dass der Kläger trotz objektiver Eignung für die Stelle nicht in die Vorstellungsgespräche einbezogen worden war. Hierin lag ein Verstoß gegen

**§ 82 S. 2 SGB IX**.

„Haben schwerbehinderte Menschen sich um einen solchen Arbeitsplatz beworben oder sind sie von der Bundesagentur für Arbeit oder einem von dieser beauftragten Integrationsfachdienst vorgeschlagen worden, werden sie zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Eine Einladung ist entbehrlich, wenn die fachliche Eignung offensichtlich fehlt."

Darauf, dass die beiden zum Vorstellungsgespräch eingeladenen schwerbehinderten Menschen möglicherweise besser qualifiziert waren, kam es nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts entgegen der Meinung des Landesarbeitsgerichts nicht an.

Empfehlung:

Die Offenbarung der Schwerbehinderung eröffnet einen Anspruch auf ein Vorstellungsgespräch bei einem **öffentlichen** Arbeitgeber selbst bei vielen Mitbewerbern.

Bei **privaten** Arbeitgebern gilt § 81 Abs. 1 SGB IX, insbesondere Sätze 7-9:

„Erfüllt der Arbeitgeber seine Beschäftigungspflicht nicht und ist die Schwerbehindertenvertretung oder eine in § 93 genannte Vertretung mit der beabsichtigten Entscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden, ist diese unter Darlegung der Gründe mit ihnen zu erörtern. **Dabei wird der betroffene schwerbehinderte Mensch angehört.** Alle Beteiligten sind vom Arbeitgeber über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten."

Empfehlung daher:

Bei Bewerbungen unbedingt Kontakt mit dem Betriebsrat und der Schwerbehindertenvertretung aufnehmen und diese auf die Schwerbehinderung und auf die Beteiligungsrechte nach § 81 Abs. 1 SGB IX in geeigneter Form hinweisen.

Betriebsräte sind in der Praxis häufig nicht über die Rechtslage informiert!

LAG Frankfurt Urteil vom 5.11.2012 – 21 Sa 593/10 –

Die Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber schwerbehinderten Beschäftigten aus § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 SGB IX, notfalls durch eine Umorganisation einen möglichst leidensgerechten Arbeitsplatz freizumachen, beinhaltet unter Umständen auch die Notwendigkeit, aus mehreren leidensgerechten Teiltätigkeiten einen leidensgerechten Vollzeitarbeitsplatz zu schaffen.

Dies spricht ebenfalls für eine Offenbarung der Schwerbehinderung.

Noch nicht geklärt ist die Frage, ob die nur auf Schwerbehinderte bezogene deutsche Rechtslage möglicherweise europarechtswidrig ist, da das europäische Recht nicht zwischen Behinderten und Schwerbehinderten differenziert.

Wolfgang Schulze-Allen, RA