

1. Die Einstellung

Sie haben sich entschieden, einen neuen Mitarbeiter einzustellen, und haben ganz konkrete Vorstellungen, was der neue Mitarbeiter an fachlichen Qualifikationen mitbringen muss. Jetzt müssen Sie ihn nur noch finden: mit Hilfe der Bundesagentur für Arbeit oder durch eine Stellenanzeige in der regionalen oder überregionalen Zeitung. Schon in diesem Stadium lauern die ersten Fallstricke, die unter Umständen viel Geld kosten können.

Hinweis

Sie können sich nicht auf Unkenntnis berufen, wenn Sie einen Fehler bei der Einstellung machen. Richter, die über Ihren Fall entscheiden, setzen voraus, dass ein Arbeitgeber sich sachkundig macht oder einen Fachmann befragt, bevor er tätig wird. Die Anforderungen, die Richter an Arbeitgeber stellen, sind in der Regel höher als die an einen Arbeitnehmer.

1.1. Anforderungen an Stellenanzeigen

Schon seit 1980 hat der Gesetzgeber durch Einführung des § 611 b BGB von den Arbeitgebern verlangt, dass die Ausschreibung von Stellen geschlechtsneutral zu erfolgen hat. § 611 b BGB ist 2006 durch § 11 AGG ersetzt worden. Mit dem „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz“ (AGG) werden die Pflichten für Arbeitgeber im Bereich der Stellenanzeigen nochmals präzisiert. Verstößt der Arbeitgeber mit seiner Stellenausschreibung gegen § 11 AGG, kann ein abgewiesener Bewerber Entschädigungsansprüche geltend machen.

Hinweis

Das AGG gilt nicht nur bei Stellenausschreibungen, sondern während des gesamten Arbeitsverhältnisses. Arbeitsverhältnisse sollen diskriminierungsfrei sein. Kein Arbeitnehmer soll bei der Einstellung, während des Arbeitsverhältnisses, z.B. bei Urlaub, Entgelt oder Sozialleistungen, oder bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses diskriminiert werden. Ausnahmen sind nur erlaubt, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind.

§ 11 AGG geht über den bisherigen § 611 b BGB hinaus. Stellenanzeigen müssen deswegen nicht nur geschlechtsneutral sein, sondern dürfen außerdem keine Formulierungen enthalten, die einen Bewerber aus anderen Gründen diskriminieren könnten.

1.1.1. Diskriminierungsmerkmale des AGG

Die Diskriminierungsmerkmale sind in § 1 AGG geregelt. Danach sind grundsätzlich Benachteiligungen und Belästigungen unzulässig wegen/aus Gründen des/der

- Geschlechts
- Behinderung
- Alter
- Rasse und ethnischen Herkunft
- Religion und – nicht im Zivilrecht – Weltanschauung
- sexuellen Identität

Checkliste: Definitionen der Diskriminierungsmerkmale und verbotene Verhaltensweisen

Merkmal	Besonderheiten/Definitionen	Verbotene Verhaltensweise
Behinderung	Gemeint sind Behinderungen im Sinne von § 2 Abs. 1 SGB IX. Danach sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als 6 Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Sie sind von einer Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist.	<ul style="list-style-type: none"> ● Ablehnen einer Beförderung aufgrund einer Behinderung ● Schikanöse Behandlung wegen der Behinderung ● Behinderte erhalten eine geringere Vergütung ● Ablehnung eines behinderten Bewerbers allein aufgrund der Behinderung ● Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird an Bezug einer Rente wegen Schwerbehinderung geknüpft
Alter	Der Begriff schützt sowohl Ältere als auch Jüngere.	<ul style="list-style-type: none"> ● Ablehnung eines Bewerbers allein aufgrund seines „älteren Jahrgangs“ ● Ablehnung eines minderjährigen Bewerbers für eine Ausbildungsstelle, weil er keinen Führerschein hat
Rasse	Rasse ist ein biologischer Begriff, der geburtsbedingt ist. Die Zugehörigkeit eines Menschen zu einer Rasse bedeutet die Einordnung in eine Gruppe gleicher Kennzeichen und die Vererblichkeit dieser Merkmale. Das AGG geht davon aus, dass es Rassen gar nicht gibt. Das Diskriminierungsverbot besteht daher „aus Gründen der Rasse“.	<ul style="list-style-type: none"> ● Verlangen eines Nachweises über die Herkunft ● Mitarbeiter lehnen es ab, mit einem Mitarbeiter fremder Herkunft zusammenzuarbeiten ● Benachteiligungen wegen Hautfarbe, Abstammung, Nationalität
Ethnische Herkunft	Ethnische Herkunft bezeichnet die individuell empfundene Zugehörigkeit zu einer Volksgruppe, deren gemeinsame Merkmale, z.B. Sprache, Religion, Traditionen sein können.	<ul style="list-style-type: none"> ● Bezeichnung als „Zigeuner“ ● Kunden lehnen es ab, sich von einem bestimmten Mitarbeiter bedienen zu lassen ● Benachteiligungen wegen Hautfarbe, Abstammung, Nationalität
Religion	Nach der Gesetzesbegründung ist in Religion eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens, die auf innerweltliche Bezüge beschränkt ist, zu sehen. Die Religion legt eine den Menschen überschreitende („transzendente“) Wirklichkeit zugrunde.	<ul style="list-style-type: none"> ● Hänseleien wegen eines kirchlichen Engagements ● Fragen nach der Religionszugehörigkeit im Rahmen des Einstellungsgesprächs

Weltanschauung	Nach der Gesetzesbegründung ist in einer Weltanschauung eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens, die auf innerweltliche Bezüge beschränkt ist, zu sehen. Die Weltanschauung beschränkt sich – in Abgrenzung zur Religion – auf innerweltliche („immanente“) Bezüge.	<ul style="list-style-type: none"> • Hänseleien wegen der Lektüre einschlägiger Bücher oder des Aufstellens einschlägiger Deko-Gegenstände • Ausüben von Druck, wenn es der Mitarbeiter wegen seiner Weltanschauung ablehnt, bestimmte Arbeiten auszuführen
Sexuelle Identität	Sexuelle Identität umschreibt die Hauptzielrichtung der sexuellen Interessen einer Person im Hinblick auf den/die gewünschten Partner. Das Merkmal soll die Partnerwahl einer Person schützen. Die sexuelle Identität erfasst neben Heterosexuellen, Homosexuellen und Bisexuellen auch Transsexuelle und Transgender.	<ul style="list-style-type: none"> • Vereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung berücksichtigen keine Partnerschaften zwischen Gleichgeschlechtlichen • Kündigung eines Mitarbeiters in der Probezeit wegen Homosexualität • Anspielungen auf den Partner und die sexuellen Beziehungen

Ausnahmen nur, wenn sachlich gerechtfertigt

Zulässig ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, wenn

- dieser Grund (z.B. Geschlecht, Zugehörigkeit zu einer ethnischen Rasse usw.)
- wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder Bedingungen ihrer Ausübung
- eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt,
- sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

§§ 8 bis 10 AGG enthalten Rechtfertigungsgründe für eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes. Erlaubt ist eine unterschiedliche Behandlung insbesondere wegen

- beruflicher Anforderungen, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

Beispiel

Ein Arzt sucht einen Mitarbeiter mit guten Kenntnissen der deutschen und türkischen Sprache in Wort und Schrift, damit er seine türkisch sprechenden Patienten besser betreuen kann. Der Arzt geht davon aus, dass ein Bewerber türkischer Herkunft die türkische Sprache und ggf. ihre Dialekte sowie die Mentalität türkischer Patienten besser versteht. Die unterschiedliche Behandlung der Bewerber nach dem Merkmal „ethnische Herkunft“ ist gerechtfertigt.

- Religion oder Weltanschauung bei Religionsgemeinschaften
- Alters, wenn diese objektiv angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Zielerreichung müssen angemessen und erforderlich sein. Erlaubt ist danach ein Höchstalter für Auszubildende, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen sicherzustellen. Erlaubt sind auch Sonderregelungen/Maßnahmen für ältere oder jüngere Arbeitnehmer, wenn diese deren besonderen Schutz dienen.

Rechtsprechung

BAG-Urteil vom 26.04.2018 – 3 AZR 19/17

1. § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG regelt die Zulässigkeit von Altersgrenzen in den Systemen der betrieblichen Altersversorgung nicht abschließend. Eine durch diese Altersgrenzen bewirkte unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters kann auch nach § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG gerechtfertigt sein.

2. Begrenzt eine Versorgungsordnung die Gewährung von Versorgungsbeiträgen zu einem Versorgungskonto auf die Zeit bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres, bewirkt dies eine Benachteiligung wegen des Alters. Diese kann nach § 10 Satz 1 und Satz 2 AGG gerechtfertigt sein, wenn damit ein bestimmter Dotierungsrahmen für die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung sichergestellt werden soll, der Arbeitgeber aufgrund der im Unternehmen gängigen Ausscheidenspraxis der Versorgungsberechtigten davon ausgehen durfte, dass der überwiegende Teil dieser begünstigten Personengruppe mit Vollendung des 60. Lebensjahres sein Erwerbsleben im Unternehmen beendet, die Versorgungsregelungen insgesamt auf ein mögliches Ausscheiden zu diesem Zeitpunkt ausgerichtet sind und den Arbeitnehmern bereits vor Erreichen der Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung der Bezug einer erheblich oberhalb des gesetzlichen Rentenniveaus liegenden Altersversorgung ermöglicht wird.

BAG-Urteil vom 23.11.2017 – 9 AZR 141/17

1. Eine Regelung, bei der die Laufzeit eines Vorruhestandsverhältnisses mit einem Anspruch auf vorzeitige Altersrente für schwerbehinderte Menschen verknüpft wird, benachteiligt schwerbehinderte Arbeitnehmer unmittelbar gegenüber nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden und die erst mit einem höheren Lebensalter Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung beanspruchen können.

2. Der finanzielle Vorteil, der einem schwerbehinderten Arbeitnehmer aus dem früheren Rentenbeginn erwächst, hat nicht zur Folge, dass seine Situation eine andere ist, als die eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers.

BAG-Urteil vom 29.06.2017 – 8 AZR 402/15

1. Die in einer Stellenausschreibung enthaltene Anforderung „Deutsch als Muttersprache“ kann Personen wegen der ethnischen Herkunft in besonderer Weise benachteiligen i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG. Sie bewirkt, soweit es an einer Rechtfertigung i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG fehlt, eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft. Die erworbene Muttersprache ist typischerweise mittelbar mit der Herkunft und damit auch mit dem in § 1 AGG genannten Grund „ethnische Herkunft“ verknüpft. Der Begriff „Muttersprache“ betrifft den primären Spracherwerb. „Muttersprache“ ist die Sprache, die man von Kind auf oder als Kind – typischerweise von den Eltern – gelernt hat. Darauf, ob der Begriff der muttersprachlichen Kenntnisse den Rückschluss auf eine bestimmte Ethnie zulässt, kommt es nicht an.

2. Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss ein Anspruch nach § 15 Abs. 1 oder Abs. 2 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart, was hier nicht der Fall ist. Die Frist beginnt nach § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG im Falle einer Bewerbung oder eines beruf-

lichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

3. Die Ablehnung eines Bewerbers ist keine rechtsgestaltende Willenserklärung, sondern eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Da § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG für die Ablehnung keine bestimmte Form vorschreibt, muss die Ablehnung weder schriftlich noch sonst verkörpert erfolgen und kann deshalb auch mündlich erklärt werden.

4. Eine „Ablehnung durch den Arbeitgeber“ i.S.v. § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG setzt eine auf den Beschäftigten bezogene ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Arbeitgebers voraus, aus der sich für den Beschäftigten aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers eindeutig ergibt, dass seine Bewerbung keine Aussicht (mehr) auf Erfolg hat. Allerdings reicht ein Schweigen oder sonstiges Untätigbleiben des Arbeitgebers grundsätzlich nicht aus, um die Frist des § 15 Abs. 4 AGG in Lauf zu setzen. Ebenso wenig reicht es aus, wenn der Bewerber nicht durch den Arbeitgeber, sondern auf andere Art und Weise erfährt, dass seine Bewerbung erfolglos geblieben ist. Die Ablehnung muss sich als Reaktion auf die konkrete Bewerbung darstellen.

5. Die Ablehnung kann ausnahmsweise entbehrlich sein. Dies kann der Fall sein, wenn sich das Erfordernis der Ablehnung als reine Förmerei darstellt, weil der Bewerber auch ohne die Ablehnung eine sichere Kenntnis hat, dass seine Bewerbung erfolglos geblieben ist. Dies kann anzunehmen sein, wenn der Bewerber selbst in der Bewerbung unmissverständlich erklärt hat, ausschließlich innerhalb eines bestimmten Zeitraums zur Verfügung zu stehen und dieser Zeitraum abgelaufen ist oder wenn – für jedermann offensichtlich – für die Arbeitsleistung eine bestimmte Leistungszeit so wesentlich ist, dass diese typischerweise zu einem anderen Zeitpunkt oder innerhalb eines anderen Zeitraums nicht nachgeholt werden kann und dieser Zeitraum abgelaufen ist. Insoweit muss offensichtlich sein, dass der Bedarf an der Arbeitsleistung typischerweise mit der Einhaltung einer bestimmten Leistungszeit steht und fällt.

BAG-Urteil vom 29.06.2017 – 2 AZR 302/16

Die absichtliche Berührung primärer oder sekundärer Geschlechtsmerkmale eines anderen ist sexuell bestimmt i.S.d. § 3 Abs. 4 AGG. Es handelt sich um einen Eingriff in die körperliche Intimsphäre. Auf eine sexuelle Motivation der Berührung kommt es nicht an.

BAG-Urteil vom 21.10.2014 – 9 AZR 956/12

Gewährt ein Arbeitgeber älteren Arbeitnehmern mehr Urlaubstage als den jüngeren, kann diese unterschiedliche Behandlung wegen des Alters unter dem Gesichtspunkt des Schutzes älterer Beschäftigter nach § 10 Satz 3 Nr. 1 AGG zulässig sein.

BAG-Urteil vom 18.03.2014 – 3 AZR 69/12

Eine Bestimmung in einer Versorgungsordnung, nach der ein Anspruch auf eine betriebliche Altersrente nicht besteht, wenn der Arbeitnehmer bei Erfüllung der nach der Versorgungsordnung vorgesehenen zehnjährigen Wartezeit das 55. Lebensjahr vollendet hat, verstößt gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters und ist deshalb nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam.

BAG-Urteil vom 12.11.2013 – 3 AZR 356/12

Die Festsetzung von Altersgrenzen in betrieblichen Versorgungssystemen ist nach § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG grundsätzlich zulässig. Die in der Versorgungsregelung bestimmte konkrete Altersgrenze muss nach § 10 Satz 2 AGG angemessen sein. Ein in einer Versorgungsregelung geregelte Höchstaltersgrenze von 50 Jahren für die Aufnahme in den von der Versorgungsregelung begünstigten Personenkreis verstößt grundsätzlich nicht gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters oder wegen des Geschlechts.

1.1.2. So formulieren Sie Ihre Stellenanzeige rechtssicher

Formulieren Sie Ihre Stellenanzeige unter folgenden Gesichtspunkten:

- Im Vordergrund stehen die sich aus dem Arbeitsplatz ergebenden Anforderungen an die Kenntnisse und Fertigkeiten des neuen Mitarbeiters. Ihre Stellenanzeige sollte daher z.B. folgende Fragen beantworten:
 - Welche Berufsausbildung muss der Bewerber haben?
 - Sind weitere Qualifikationen erforderlich? (z.B. Führerschein, Kenntnisse in bestimmter Software)
 - Sind Fremdsprachenkenntnisse erforderlich?
 - Gibt es eine allgemein anerkannte Berufsbezeichnung?
- Dann verwenden Sie immer die männliche und weibliche Bezeichnung oder weisen Sie durch einen klarstellenden Zusatz darauf hin, dass die Anzeige sich an beide Geschlechter wendet.

Beispiel

Wir suchen

- einen Lektor/eine Lektorin
- für unsere Buchhaltung versierte Steuerfachgehilfen (m/w)
- Handelsvertreter/-in
- Achten Sie darauf, dass nicht nur die Berufsbezeichnung, sondern auch der gesamte Inhalt der Anzeige geschlechtsneutral formuliert ist.
- Vermeiden Sie die Angabe eines Mindest- und eines Höchstalters, es sei denn, hierfür gibt es einen sachlichen Grund.

Lassen Sie folgende Formulierungen lieber weg:

- Sie sind zwischen 25 und 30 Jahre alt.
- Zur Verstärkung unseres jungen Teams ...

Erfordert der Arbeitsplatz Berufserfahrung, ist dies ein wichtiges Kriterium. Vermeiden Sie aber die Angabe, dass Sie eine bestimmte Anzahl an Berufsjahren voraussetzen. Hierin kann eine Diskriminierung liegen.

Formulieren Sie so:

- Wir suchen einen Mitarbeiter/eine Mitarbeiterin mit Berufserfahrung.
- Die Anforderungen des Arbeitsplatzes erfordern mehrjährige Berufserfahrung.
- Sie haben seit einigen Jahren Erfahrungen auf dem Gebiet des ... erworben.

- Zu welchem Termin soll der neue Mitarbeiter eintreten?
- Sind Angaben zur Vergütung in der Stellenanzeige erforderlich?
- Welche Unterlagen soll die Bewerbung auf jeden Fall enthalten? (z.B. Schulzeugnisse, Arbeitgeberzeugnisse, Nachweise über Zusatzqualifikationen, Lebenslauf)

Tipp

Verzichten Sie auf die ausdrückliche Anforderung eines Lichtbildes. Denn darin kann eine mittelbare Benachteiligung liegen – nämlich eines Bewerbers, dessen Lichtbild z.B. Rückschlüsse zulässt auf die ethnische Herkunft oder Religion. Eine derartige Benachteiligung ist aber nach dem AGG verboten.

- Auf welchen Wegen kann man sich bewerben?
Zusendung der Bewerbungsunterlagen; Bewerbung über Internetmaske/Homepage; Bewerbung durch persönliche Vorstellung?
- Gibt es einen Stichtag, bis zu dem Sie Bewerbungen annehmen?
- Benennen Sie eine Person mit Angabe der Kontaktdaten, die für weitere Auskünfte zur Verfügung steht.

Tipp

In Stellenanzeigen erlaubt sind weiterhin Formulierungen wie diese: „Schwerbehinderte werden bei gleicher Eignung bevorzugt“ oder „Bei gleicher Eignung werden ältere Bewerber bevorzugt.“ Derartige Formulierungen stellen eine – erlaubte – positive Diskriminierung dar, mit der bestehende Benachteiligungen eines Bewerbers ausgeglichen werden sollen (§ 5 AGG).

1.1.3. Risiko: Stellenvermittler

Wenn Sie sich für die Mitarbeitersuche an die Bundesagentur für Arbeit oder einen Stellenvermittler wenden, übernehmen diese in den meisten Fällen auch die Formulierung der Stellenannonce. Lassen Sie hier Vorsicht walten: Sie als Arbeitgeber und Auftraggeber der Stellenanzeige haften auch für Fehler des Vermittlers bei der Formulierung der Anzeige. Der Arbeitgeber muss bei einer Fremdausschreibung die Ordnungsmäßigkeit der Ausschreibung überwachen (BAG-Urteil vom 5.2.2004, 8 AZR 112/03). Sie müssen also kontrollieren, ob die Stellenanzeige geschlechtsneutral formuliert ist und nicht in einzelnen Formulierungen oder im Gesamteindruck diskriminierende Merkmale enthält.

Tipp

Lassen Sie sich immer den Anzeigentext vor der Veröffentlichung zur Genehmigung vorlegen.

Rechtsprechung

BAG-Urteil vom 23.11.2017 – 8 AZR 372/16

Verlangt der Arbeitgeber in einer Stellenausschreibung sehr gute Deutsch- und gute Englischkenntnisse in Wort und Schrift liegt darin weder eine unmittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft, noch eine mittelbare Benachteiligung.

BAG-Urteil vom 26.01.2017 – 8 AZR 73/16

Werden in einer Stellenanzeige die Begriffe „erste Berufserfahrung“ und „Berufsanfänger“ verwendet, kann die Auslegung der Anzeige dennoch ergeben, dass der Arbeitgeber nicht Personen eines bestimmten Lebensalters ansprechen und andere ausschließen wollte.

BAG-Urteil vom 23.01.2014 – 8 AZR 118/13

Richtiger Anspruchsgegner für die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG ist der potenzielle Arbeitgeber iSd. § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG, bei Bewerbungen also derjenige, der die Stelle ausgeschrieben und um Bewerbungen für seinen Betrieb/sein Unternehmen gebeten hat.

BAG-Urteil vom 05.02.2004 – 8 AZR 112/03

Bedient sich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung eines Dritten – z.B. der Bundesagentur für Arbeit – und verletzt dieser die Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung, so ist dem Arbeitgeber dieses Verhalten in der Regel zuzurechnen.

1.1.4. Online-Bewerbungen

Werden die Bewerber aufgefordert, sich online zu bewerben, sollten Sie die Bewerber nach Art. 13 DSGVO über folgende Punkte im Rahmen einer elektronischen Einwilligung (*opt-in*) vor Eingabe der Daten aufklären:

- Name des Verantwortlichen samt Kontaktdaten sowie die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten,
- Zweck und Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung, insbesondere über die Weitergabe an Dritte (hierzu zählen auch Mutter- oder Tochtergesellschaften),
- die geplante Dauer der Speicherung der Daten,
- das Bestehen des Rechts auf Auskunft sowie auf Berichtigung oder Löschung und Datenübertragbarkeit,
- das Bestehen eines Beschwerderechts bei einer Datenschutz-Aufsichtsbehörde,
- das Bestehen einer automatischen Entscheidungsfindung,
- ob die Daten z.B. nur für die ausgeschriebene oder auch andere Stellen genutzt werden,
- ob die Daten intern für weitere Auswertungen wie z.B. eine Bewertung durch betriebsinterne Psychologen genutzt werden.

Außerdem bestehen in folgenden Fällen weitergehende Aufklärungspflichten:

- Die Daten werden durch einen Dienstleister erhoben. Der Bewerber muss hierzu seine Einwilligung ausdrücklich erteilen.
- Die Daten werden von Dritten (verbundene Unternehmen, innerhalb des Konzerns) weiterverwendet. Der Bewerber muss hierzu seine Einwilligung ausdrücklich erteilen.
- Kann die Bewerbung durch automatisierte Sortier- oder Entscheidungsvorgänge im konkreten Einzelfall automatisiert abgelehnt werden, ist hierüber aufzuklären. Dem Bewerber ist in derartigen Fällen die Möglichkeit einer nachträglichen Stellungnahme zu geben. Auf Nachfrage sind ihm die Gründe für die (automatisierte) Ablehnung zu erläutern.
- Der Bewerber ist aufzuklären, wie lange seine Daten nach einer Ablehnung aufbewahrt werden (in der Regel bis zu sechs Monate nach Ablehnung). Möchten Sie die Daten länger aufbewahren/speichern, müssen Sie dies dem Bewerber mitteilen, insbesondere auch die geplante Dauer der Aufbewahrung, und ihn aufklären, dass er jederzeit der Speicherung widersprechen und die Löschung seiner Daten verlangen kann.

1.2. Bewerberauswahl

Die Regelungen des AGG müssen Sie auch bei der Vorauswahl unter den eingegangenen Bewerbungen beachten. Die Vorauswahl muss diskriminierungsfrei sein. In der Regel handelt es sich dabei um einen rein betriebsinternen Vorgang, von dem man annehmen sollte, dass er geheim bleibt und den einzelnen Bewerbern nicht bekannt wird.

Allerdings ist es nicht ausgeschlossen, dass abgelehnte Bewerber, die sich z.B. über die Bundesagentur für Arbeit kennen, ihre Informationen austauschen und in der Ablehnung ein bestimmtes Muster erkennen. Kommt dann noch hinzu, dass die Stellenanzeige nicht diskriminierungsfrei im Sinne des AGG ist, haben Sie als Arbeitgeber möglicherweise mit Ersatzansprüchen zu kämpfen.

Den Anschein eines bestimmten Auswahlmusters vermeiden Sie, wenn Sie – auch wenn es Zeit kostet – grundsätzlich aus jeder Altersgruppe eine(n) oder mehrere geeignete(n) Bewerber und Bewerberinnen in die engere Auswahl einbeziehen.

Tipp

Dokumentieren Sie – zunächst ausschließlich für interne Zwecke –

- die Anzahl der eingegangenen Bewerbungen getrennt nach Geschlecht,
- auf welche Altersgruppen sich die Bewerbungen verteilen,
- aus welchen sachlichen Gründen Sie einen Bewerber nicht in die engere Auswahl einbeziehen wollen.

1.3. Risiko: Einladungsschreiben zum Vorstellungsgespräch

An die Vorauswahl, die allein anhand der eingegangenen Unterlagen getroffen werden kann, schließt sich die Entscheidung an, welche Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden sollen.

Je nach der Anzahl der Bewerber, die zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen werden, kommen auf Sie als Arbeitgeber nicht nur Zeitaufwand, sondern unter Umständen auch finanzielle Forderungen zu. Der eingeladene Bewerber darf von Ihnen grundsätzlich den Ersatz aller Kosten verlangen, die mit der Wahrnehmung des Termins zum Vorstellungsgespräch zusammenhängen und die er für erforderlich halten konnte. Den Erstattungsanspruch kann jeder eingeladene Bewerber geltend machen, der den Termin zum Vorstellungsgespräch wahrgenommen hat. Es ist für den Erstattungsanspruch unerheblich, ob der Bewerber eingestellt wird oder nicht.

Erstatten muss der neue Arbeitgeber nur die aus Anlass des Vorstellungsgesprächs entstehenden Kosten, die „den Umständen nach erforderlich sind“ (§ 670 BGB). Die entstehenden Kosten müssen dem Anlass angemessen sein. Als Vorstellungskosten grundsätzlich erstattungsfähig sind beispielsweise:

- Bus- und Straßenbahnfahrkarten
- Taxikosten, wenn andere öffentliche Verkehrsmittel zu zeitraubend sind
- Bahnfahrkarten 2. Klasse und Zuschläge für bestimmte Züge

Die Übernahme der Kosten für eine Bahnfahrt erster Klasse kann der neue Arbeitgeber durchaus mit dem Hinweis ablehnen, eine derart „noble“ Fahrt sei nicht erforderlich und nicht angemessen gewesen.

1. Die Einstellung

- **Pkw-Kosten**
In der Regel können bei der Anreise mit dem privaten Pkw die entstehenden Pkw-Kosten (Benzin, Versicherung usw.) durch die Zahlung in Höhe der nach dem Steuerrecht zulässigen Entfernungspauschale abgegolten werden.
- **Kosten für eine Übernachtung mit Frühstück in einem „normalen“ Hotel oder einer Pension**
Übernachungskosten muss der neue Arbeitgeber aber nur übernehmen, wenn es aufgrund der Entfernung zwischen Wohnort und Sitz des Betriebes mit dessen Inhaber das Vorstellungsgespräch stattfindet, nicht möglich ist, am selben Tag wieder nach Hause zurückzukehren.

Verlangt der Bewerber den Ersatz von Vorstellungskosten, hat der Arbeitgeber einen Anspruch darauf, dass ihm vorhandene Belege – z.B. Fahrkarte, Taxiquittung – im Original ausgehändigt werden.

Tipp

Die meisten Bewerber machen ihren Erstattungsanspruch erst nach Erhalt der Absage geltend, um die Chancen auf eine Einstellung nicht zu gefährden. Die Ersatzansprüche verjähren nach § 195 BGB erst nach drei Jahren. Ein Bewerber kann also auch nach Einstellung noch seine Kosten geltend machen.

Für die betriebliche Praxis bedeutet dies, dass

- Sie den Anspruch auf Ersatz der Vorstellungskosten schon in der Stellenanzeige ausschließen können.

Musterformulierung

Wir erstatten keinerlei Kosten für Vorstellungsgespräche.

- Sie den Anspruch schon bei der Einladung zum Vorstellungsgespräch ausschließen müssen, wenn Sie keine Kosten übernehmen wollen.

Musterformulierung

Kosten, die für Sie mit der Wahrnehmung des Vorstellungsgesprächs entstehen, werden von uns nicht übernommen. Wir übernehmen insbesondere keinerlei Reisekosten.

oder

Sie einen möglichen Ersatzanspruch des Bewerbers schon bei der Einladung der Höhe nach begrenzen können.

Musterformulierung

Wir übernehmen eine Pauschale von _____ € als Ersatz für alle Ihnen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung des Vorstellungstermins entstehenden Kosten.

- Sie festlegen können, welche Kosten Sie grundsätzlich übernehmen oder nicht übernehmen.

Musterformulierung

Wir übernehmen Ihre Reisekosten für eine Anreise mit dem eigenen Pkw in Höhe von 0,20 € pro gefahrenem Kilometer oder für ein Bahnticket 2. Klasse. Wir übernehmen notwendige Übernachtungskosten bis zu einer Höhe von 75 €/Nacht. Ihnen entstehende Kosten für Verpflegung ersetzen wir nicht.

- Sie festlegen sollten, innerhalb welcher Fristen ein Bewerber seine Erstattungsansprüche geltend machen kann.

Musterformulierung

Bitte machen Sie Erstattungsansprüche innerhalb von drei Monaten nach dem Vorstellungsgespräch geltend.

Rechtsprechung

BAG-Urteil vom 29.06.1988 – 5 AZR 433/87

Wenn ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer zur Vorstellung aufgefordert hat, muss er ihm in aller Regel alle Aufwendungen ersetzen, die der Bewerber den Umständen nach für erforderlich halten durfte (z.B. Fahrtkosten, Mehrkosten für Verpflegung und Übernachtung).

1.4. Personalfragebogen

Ein gerne eingesetztes Instrument bei der Bewerberauswahl sind Personalfragebogen. Sie dienen nicht nur dazu, noch einmal notwendige persönliche Daten zu erfragen, sondern auch, eine Vergleichbarkeit zwischen den eingereichten Bewerbungsunterlagen und Bewerbern nach vom Arbeitgeber ausgewählten Kriterien herzustellen. Zahlreiche Bewerbungsunterlagen sind lückenhaft – im Hinblick auf bisherige Tätigkeiten oder auf vorhandene Kenntnisse und Fertigkeiten, die sich nicht zwingend aus Zeugnissen oder Berufsausbildung ergeben. Viele Arbeitgeber verwenden den Personalfragebogen später als Bestandteil der Personalakte weiter.

Bei der Verwendung von Personalfragebogen müssen Sie als Arbeitgeber nicht nur auch das AGG beachten. Sie dürfen in einem Personalfragebogen darüber hinaus nur Fragen stellen, die im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs zulässig sind. In Betrieben mit Betriebsrat dürfen Personalfragebogen nur mit dessen Zustimmung eingeführt und benutzt werden.

Tipp

Viele betriebliche Praktiken erscheinen unter dem Blickwinkel des AGG diskriminierend, obwohl kein Arbeitgeber damit eine Diskriminierung im Sinn hat, sondern sich vielleicht lediglich die Arbeit erleichtern will. Könnte die (arbeitserleichternde) Maßnahme aber von einem Dritten als diskriminierend angesehen werden, verzichten Sie darauf oder suchen Sie eine andere Lösung.