



## **XING XPERT Gruppe Arbeitsrecht Newsletter Mai 2014 Thema: "Fallen im Einstellungsprozess"**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit unserem Newsletter bleiben Sie auf dem Laufenden über aktuelle Themen rund um das Arbeitsrecht.

Folgende aktuelle Themen werden in diesem Newsletter besprochen:

I Empfehlung des Gruppenmoderators

II Fallen im Einstellungsprozess

III APP „AR RA Juenger“

Ich wünsche eine ebenso unterhaltsame wie informative Lektüre.

### **I Empfehlungen des Gruppenmoderators**

**Events der XING Xpert Gruppe Arbeitsrecht:**

**Seminar "Arbeitsrecht für Führungskräfte 2014" in Mannheim am 11.06.2014**

**Link:**

<https://www.xing.com/events/arbeitsrecht-fuehrungskraefte-2014-mannheim-11-06-2014-1388406>

**Seminar "Arbeitsrecht Rechtsprechung aktuell 2014" in Mannheim am 12.06.2014**

**Link:**

<https://www.xing.com/events/arbeitsrecht-rechtsprechung-aktuell-2014-mannheim-12-06-2014-1388432>

### **II Fallen im Einstellungsprozess**

**Individualrechtliche Fallen**

**Die Stellenausschreibung**

Es wird Ihnen mit Sicherheit schon bekannt sein, dass Arbeitgeber bei der Formulierung von Stellenanzeigen höchste Vorsicht walten lassen müssen. Der Grund dafür ist im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verankert. § 11 AGG schreibt vor: „Ein Arbeitsplatz darf nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 ausgeschrieben werden.“ § 7 Absatz 1 AGG lautet: „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.“ Die Merkmale eines Menschen, wegen denen er nicht diskriminiert werden darf, zählt § 1 AGG auf:

- Rasse
- Ethnische Herkunft
- Geschlecht
- Religion oder Weltanschauung
- Behinderung
- Alter
- sexuelle Identität.

Auch hinsichtlich des Begriffs der Benachteiligung hat der Gesetzgeber klare Worte gefunden. § 3 AGG enthält so genannte Legaldefinitionen zu den Begriffen der unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligung, also eine gesetzlich festgeschriebene Erklärung der genannten Tatbestandsmerkmale: „(1) Eine unmittelbare Benachteiligung liegt 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. Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor. (2) Eine mittelbare Benachteiligung liegt 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.“

Ein Standardbeispiel für die mittelbare Diskriminierung ist die Schlechterbehandlung von Teilzeitbeschäftigten. Davon abgesehen, dass das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Beschäftigung (TzBfG) in seinem § 4 ohnehin die Diskriminierung von Teilzeitarbeitnehmern verbietet, stellt dies auch zumindest derzeit noch eine Diskriminierung von Frauen dar. Diese Tatsache erschließt sich nicht auf den ersten Blick, wird jedoch klar, wenn man sich die statistischen Zahlen betrachtet. Ein weit überwiegender Teil der Teilzeitbeschäftigten sind Frauen. Daher trifft eine die Teilzeitarbeiter diskriminierende Maßnahme fast ausschließlich Frauen, so dass indirekt eine Geschlechterdiskriminierung vorliegt. Sie merken, man kann die Vorschriften des AGG nicht nur durch Lektüre des Wortlauts verstehen, sondern es bedarf noch eines weiteren Blickes „hinter die Kulissen“.

Zusammenfassend darf eine Stellenausschreibung also keine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung von potentiellen Bewerbern wegen der in § 1 AGG genannten Gründe beinhalten. Es stellt sich zu Recht die Frage, was passiert, wenn der Arbeitgeber hiergegen verstößt.

Die Antwort ergibt sich aus einer Zusammenschau der §§ 15 und 22 AGG. Grundsätzlich kommt bei Benachteiligungen im Sinne des §§ 1, 3 AGG ein Anspruch in Geld für diskriminierte Bewerber in Betracht. § 15 sieht vor, dass der Arbeitgeber zum Ersatz des dem verschmähten Bewerber entstandenen Schadens verpflichtet sein kann (Absatz 1). Wegen eines Nichtvermögensschadens (also Schmerzensgeld) kann eine angemessene Entschädigung verlangt werden (Absatz 2). Diese ist gedeckelt auf maximal drei Monatsgehälter, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Will der Bewerber diese Ansprüche geltend machen, muss er binnen zwei Monaten reagieren, Absatz 4. Als fristauslösend gilt hier der Zugang der Ablehnung bei Bewerbungen oder beruflichem Aufstieg, ansonsten die Kenntniserlangung von der Benachteiligung. Nicht in Betracht kommt ein Einstellungsanspruch des Benachteiligten, dies sieht § 15 Absatz 6 AGG ausdrücklich vor. § 22 AGG enthält eine Beweislastregelung hinsichtlich der Geltendmachung der oben genannten Ansprüche. Hiernach genügt es, wenn der vermeintlich Benachteiligte nur Indizien

benennen kann, die auf eine Diskriminierung nach den oben genannten Vorschriften hinweisen. Es ist dann Sache des Arbeitgebers, diese Indizien zu widerlegen. Hier kommt nun die Stellenanzeige ins Spiel. Wurde der Bewerber abgelehnt und kann er sich darauf zurückziehen, dass bereits die Stellenausschreibung fehlerhaft formuliert war, kann dies bereits als Indiz für eine Benachteiligung genügen. Jedenfalls dann, wenn der abgelehnte Bewerber tatsächlich ein Merkmal nach § 1 AGG aufweist, das in der Ausschreibung als Ausschlusskriterium formuliert war.

Beispiel: Der Arbeitgeber sucht in der Zeitung eine „junge Sekretärin“. Es bewirbt sich ein 55 Jahre alter Mann mit der gleichen Qualifikation und wird abgelehnt, eingestellt wird eine 26-Jährige. Hier wird es dem Arbeitgeber schwer fallen, zu widerlegen, dass er keine Altersdiskriminierung vorgenommen hat. Also wird der 55-Jährige einen Anspruch nach § 15 AGG erfolgreich geltend machen können. Handelt es sich um eine Scherzbewerbung, die ausschließlich der Erlangung von Geld im Sinne des § 15 AGG dienen sollte, sieht es natürlich anders aus.

Der Arbeitgeber kann solchen Prozessen vorbeugen, wenn er darauf achtet, eine ordentliche Ausschreibung zu veröffentlichen. Zwar kann aus der fehlerhaften Formulierung alleine noch kein Anspruch des Lesers entstehen, aber dem Missbrauch und den Beweislastproblemen werden Tür und Tor geöffnet. Und dies sollte sich kein Arbeitgeber mehr leisten, nachdem die Rechtslage dermaßen klar ist.

Andererseits kann es natürlich - auch wegen der zu erwartenden Bewerberflut bei sehr offenen Ausschreibungsformulierungen - angezeigt sein, den Bewerberkreis von vorn herein kleiner zu halten. Dies ist möglich, wenn der Arbeitgeber die Einstellung von Bewerbern mit bestimmten in § 1 AGG genannten Merkmalen ablehnen darf. §§ 5 und 8 bis 10 AGG enthalten Hinweise darauf, wann dies der Fall sein kann. Demnach kann eine Benachteiligung aus Gründen der beruflichen Anforderungen, der Religion oder Weltanschauung und des Alters gerechtfertigt sein. So kann zum Beispiel von einem Unterwäscheproduzenten nicht verlangt werden, dass er bei einer Modenschau männliche Models die Damenunterwäsche präsentieren lässt. Kirchlich getragene Arbeitgeber dürfen darauf achten, dass Arbeitnehmer der jeweiligen Religion angehören. Auch kann ein Arbeitgeber, der die Beschäftigung älterer Personen vorantreiben will, unter Umständen sein „Modell 50+“ durchsetzen, ohne dass dadurch jüngere Bewerber ungerechtfertigt diskriminiert werden würden. Es ist jedoch sowohl vor einer entsprechenden Stellenausschreibung als auch vor dem späteren Bewerbungsverfahren dringend zu empfehlen, die geplante Maßnahme juristisch begutachten zu lassen. Wie oben gezeigt, können Fehler in dem Bereich teuer werden.

Dies zeigt, stellvertretend für viele anderen Prozesse, ein Fall, den das Oberlandesgericht (OLG) Koblenz Mitte 2011 entscheiden musste (Urteil vom 13. September 2011, Aktenzeichen 17 U 99/10). Die streitentscheidende Stellenausschreibung bezog sich auf einen vakanten, nicht von einem Arbeitnehmer zu besetzenden Geschäftsführerposten, weswegen die Zivilgerichtsbarkeit statt der Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig war.

Die Leitsätze der Entscheidung lauten:

*„1. Der Begriff "Geschäftsführer" ist ohne weitere Zusätze keine geschlechtsneutrale, sondern eine männliche Berufsbezeichnung. Eine Stellenausschreibung unter der Überschrift "Geschäftsführer" verletzt jedenfalls dann das Gebot zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung nach §§ 7 I, 11 AGG, wenn nicht im weiteren Text der Anzeige auch weibliche Bewerber angesprochen werden.*

*2. Die nicht geschlechtsneutrale Stellenausschreibung stellt ein Indiz dar, das eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lässt und zur Beweislastumkehr nach § 22 AGG führt. Der Arbeitgeber muss dann nachweisen, dass in dem "Motivbündel", das die Auswahlentscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht überhaupt keine Rolle gespielt hat. Dieser Nachweis ist nicht schon dadurch geführt, dass eine andere Bewerberin zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde.“*

3. [...]

Der Fehler in der Stellenanzeige und die nachgehende nicht erfolgte Widerlegung dieses Indizes für die geschlechterbezogene Benachteiligung durch den Arbeitgeber kostete den Arbeitgeber eine

Entschädigung in Höhe von mehr als 13.000 Euro, entsprechend einem Monatsgehalt in der streitgegenständlichen Funktion. Die auch im Übrigen lesenswerte Urteilsbegründung stellt schön dar, was bei der Bemessung der Entschädigung ausschlaggebend war: *„Die Höhe der Entschädigung gem. § 15 Abs. 2 AGG steht im Ermessen des Gerichts. Bei der Festsetzung der angemessenen Entschädigung sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die Höhe der Vergütung sowie die Schwere der Verletzung. Weiterhin muss die Höhe der Entschädigung auch abschreckende Wirkung haben, d. h. geeignet sein, den Arbeitgeber zukünftig zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Pflichten nach dem AGG anzuhalten und Dritte von ähnlichen Verstößen abzuhalten. Diesen Vorgaben der Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien würde die Verhängung von Bagatelldbeträgen nicht genügen (...). Im Streitfall ist zu berücksichtigen, dass die diskriminierende Anzeige zweimal erschienen ist. Relevant für die Entschädigungshöhe ist auch, dass die Klägerin zunächst die Streithelfer gerichtlich auf Auskunft in Anspruch nehmen und sogar die Zwangsvollstreckung einleiten musste, bevor sie ihre Entschädigungsansprüche gegenüber der Beklagten anmelden konnte. Andererseits sind außer der Überschrift „Geschäftsführer“ keine weiteren Diskriminierungen oder Beeinträchtigungen der Klägerin erkennbar. Unstreitig betrug das Geschäftsführergehalt der ausgeschriebenen Stelle 13.257,36 EUR brutto. Angesichts dieses hohen Betrages erscheint dem Senat unter Berücksichtigung aller Umstände ein Monatsgehalt als angemessene Entschädigung.“*

### **Kosten des Bewerbungsgesprächs**

Ist das Ausschreibungsverfahren beendet und sind die Bewerber zu den Auswahlgesprächen angetreten, lauert die nächste Falle für Arbeitgeber. Denn der Arbeitgeber ist grundsätzlich (also in der überwiegenden Zahl der Fälle) dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer den finanziellen Aufwand zu ersetzen, der durch die Wahrnehmung des Vorstellungstermins entstanden ist. Dies gilt nicht nur für den Bewerber, der letztendlich eingestellt wird, sondern für alle erschienenen Bewerber.

Zivilrechtlich handelt es sich bei der Einladung zur persönlichen Vorstellung um einen Auftrag im Sinne der §§ 662 ff. BGB. In einem solchen Auftragsverhältnis ist der Auftraggeber zum Ersatz der Aufwendungen verpflichtet, die der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags macht und die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, § 670 BGB. Letzteres kann etwa dann nicht der Fall sein, wenn der Bewerber sich den Termin durch Vortäuschen von Fähigkeiten und Kenntnissen o.ä. „erschlichen“ hat.

Der einladende Arbeitgeber kann seiner Erstattungspflicht entgehen, in dem er durch einen ausdrücklichen Hinweis die Nichterstattung der Kosten ablehnt. Dies sollte idealerweise schon im Einladungsschreiben machen, jedenfalls aber vor Antritt der Reise durch den Arbeitnehmer bzw. bevor dieser sonstige Dispositionen vornimmt. Üblich sind etwa Formulierungen wie „Ich weise Sie darauf hin, dass Kosten für die Vorstellung nicht von uns übernommen werden.“

Hat der Arbeitgeber es versäumt, den Arbeitnehmer (rechtzeitig) dahingehend zu informieren, muss er die Reisekosten, aber auch gegebenenfalls Übernachtungskosten sowie - dies ist umstritten - die Kosten des Verdienstausfalls beim aktuellen Arbeitgeber des Bewerbers tragen. Auch Verpflegungskosten können geltend gemacht werden.

Bevor der Arbeitgeber diese Kosten ersetzt, sollte er jedoch genau prüfen, auf Grund welchen Sachverhalts der Termin zu Stande kam. So wird die Erstattungspflicht etwa verneint bei eigeninitiativem Erscheinen eines Bewerbers, also ohne vorhergehende ausdrückliche oder konkludente Aufforderung zu persönlichem Erscheinen. Die Stellenanzeige selbst stellt keine solche Aufforderung dar.

### **Erlaubte Fragen im Bewerbungsgespräch**

Jeder, der schon einmal ein Vorstellungsgespräch auf Arbeitgeberseite vorbereitet hat, wird auf die Problematik der „erlaubten“ Fragen im Gespräch gestoßen sein. Dieser Teil des Arbeitsrechts hat, auch unter großem Einfluss des Europarechts, eine beachtenswerte Historie aufzuweisen. Es ist nicht verwunderlich, dass sich die Praxis bei der vorliegenden unübersichtlichen und weitreichenden Rechtslage nach wie vor in dieser Hinsicht noch etwas schwer tut. Der Großteil der Probleme ist aber, jedenfalls vorläufig, gelöst.

Vorab noch ein paar Worte zur Erklärung der Rechtsproblematik: Eine Aufgabe eines Rechtsstaates ist, die Schwächeren vor den Stärkeren zu schützen. Auch in Zeiten des Fachkräftemangels und der damit einhergehenden Stärkung der Arbeitnehmer wird wohl kaum jemand abstreiten wollen, dass der einzelne Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber das schwächere Glied in der Kette ist. Der Staat ist hier gehalten, eine Übermacht des Stärkeren zu verhindern. Ein Arbeitgeber kann in dem Stellenbesetzungsverfahren durch seine Fragen – oft unbewusst – tiefgehend in das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers eingreifen. Viele Fragen zur Person des Bewerbers können aufgrund der natürlichen Abwehrreaktion des Befragten das berechnete Gefühl auslösen, dass die Antwort den Arbeitgeber „nichts angehe“. Gleichzeitig ist sich der Bewerber bewusst, dass er dumm dasteht, wenn er nicht antwortet und dann wohl keine Chance mehr auf die Einstellung hat. Also gibt er entweder eine (subjektiv oder objektiv) peinliche Antwort oder lügt einfach.

Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass eine Lüge auf eine Frage ausdrücklich erlaubt sein kann, wenn die Frage bereits „unzulässig“ war. Dies ist dann zu bejahen, wenn entweder ein unzulässiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Bewerbers darstellt oder auch die Frage geeignet ist, eine Diskriminierung des Bewerbers zu provozieren. Hier kann man auf die obigen Erläuterungen zum AGG zurückgreifen. Will der Arbeitgeber durch die gestellte Frage Kenntnisse erlangen, die höchstens zu einer ungerechtfertigten Diskriminierung hinsichtlich der in § 1 AGG genannten Merkmale führen können, darf er keine ehrliche Antwort auf die Frage erwarten.

Natürlich hat der Gesetzgeber auch erkannt, dass Arbeitgeber ein Interesse an weitergehenden Informationen über den Bewerber haben können. Daher sind Fragen zugelassen, soweit sie auf die Erlangung von Erkenntnissen gerichtet sind, an denen der Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse hat. Das Bundesarbeitsgericht verlangt, dass das Interesse des Arbeitgebers objektiv so stark ist, dass dahinter das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seines Persönlichkeitsrechtes und an der Unverletzbarkeit seiner Individualität zurücktreten muss.

Es findet also im Streitfall eine Abwägung zwischen den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmerinteressen statt. Solche Streitfälle drehen sich zumeist darum, dass der Arbeitnehmer auf eine Frage des Arbeitgebers gelogen hat und im Nachhinein die Wahrheit bekannt wurde. Will der Arbeitgeber nun den geschlossenen

Arbeitsvertrag anfechten, muss er unter anderem beweisen, dass er auf die Frage eine ehrliche Antwort hätte erwarten dürfen. Dies entspricht dem von der Rechtsprechung entwickelten Tatbestandsmerkmal der „rechtswidrigen“ Täuschung gemäß § 123 BGB, die nicht im Gesetzeswortlaut ohne weiteres zu finden ist (*„Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten“*, § 123 Absatz 1 BGB).

Als besonders praxisrelevant haben sich die folgenden Themenkomplexe herausgestellt:

- Schwangerschaft/Familienplanung

Die Frage nach einer bestehenden oder geplanten Schwangerschaft ist grundsätzlich (diesmal im Wortsinne, nicht im juristischen Sinne!) verboten. Es gibt nach derzeitiger Lage der Rechtsprechung auch keine Ausnahmen, etwa weil ein Beschäftigungsverbot am konkreten in Aussicht genommenen Arbeitsplatz besteht (z.B. in der Radiologie o.ä.).

- Schwerbehinderung

Nach derzeitiger, etwas unübersichtlicher Rechtslage ist die Frage nach der Schwerbehinderung grundsätzlich (diesmal im juristischen Sinne zu verstehen) verboten. Eine Ausnahme soll dann gelten, wenn der Arbeitgeber nicht allgemein nach einer Schwerbehinderung fragt, sondern konkret an der Stelle ausgerichtet die Frage formuliert, ob die Tätigkeit wegen einer körperlichen Besonderheit überhaupt ausgeübt werden kann. Ich persönlich hielte es für nachvollziehbar, wenn man dem Arbeitgeber hier zumindest die Möglichkeit eröffnete, herauszufinden, ob der Bewerber überhaupt geeignet ist für die konkrete vakante Stelle. Gleiches müsste auch gelten, wenn der Arbeitgeber seiner gesetzlichen Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nachkommen will. Wie soll er

wissen, ob er mit der Neueinstellung der Quote zuträgt, wenn er nicht herausfinden darf, ob der Bewerber das in diesem Fall für ihn positive Kriterium der Schwerbehinderung erfüllt? Es ist jedoch angesichts der unübersichtlichen Rechtsprechungs- und Literaturlage höchste Vorsicht geboten. Jede Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft stellt ein Indiz im Sinne des § 22 AGG dar! Im bestehenden Arbeitsverhältnis gilt übrigens etwas anderes. Hier darf der Arbeitgeber die Schwerbehinderteneigenschaft seiner Mitarbeiter fragen, wenn er konkrete Maßnahmen plant, etwa betriebsbedingte Kündigungen (BAG, Urteil vom 16. Februar 2012, Aktenzeichen 6 AZR 553/10).

### **Bitte behalten Sie zur Frage nach der Schwerbehinderung im Bewerbungsgespräch**

das aktuelle Gesetzgebungsverfahren zum Arbeitnehmerdatenschutz im Auge. Hier soll eine konkrete Vorschrift gefasst werden, die diese Frage in jedem Fall verbieten soll. Ob dies in der endgültigen Fassung des Gesetzes tatsächlich durchgesetzt werden kann, kann man derzeit nicht absehen.

- **Persönliche Verhältnisse**

Fragen nach den privaten Lebensverhältnissen des Bewerbers sollte sich der Arbeitgeber unbedingt ersparen, wenn die Antwort nicht wirklich objektiv wichtig für das Arbeitsverhältnis ist. Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn nach anwendbarem Kirchenarbeitsrecht die Beschäftigung eines „in wilder Ehe“ lebenden oder geschiedenen Arbeitnehmers nicht in Betracht kommt. In allen anderen Branchen ist besondere Vorsicht bei allen Fragen geboten, die auf die Familiensituation gerichtet sind, da hier schnell (wie oben schon beim Stichwort Schwangerschaft gezeigt) der Verdacht der Benachteiligung von Frauen entstehen kann (indirekte Frage nach Kinderwunsch o.ä.).

Ebenfalls unterlassen werden sollten Fragen nach dem Gewerkschaftsengagements des Bewerbers. Das Grundgesetz regelt in Art. 9 Absatz 3 den absoluten Schutz der Koalitionsfreiheit, so dass bereits die reine Frage nach der Mitgliedschaft in einer Koalition als Ansatz zur Beeinträchtigung dieses Grundrechts betrachtet werden kann. Das Argument vieler Arbeitgeber, er könne ja dann nicht in Erfahrung bringen, ob er Tariflohn zahlen müsse, findet kein Gehör. Denn diese Frage kann er auch nach der Einstellung des Bewerbers stellen.

- **Vorstrafen**

Arbeitgeber fragen auch gerne nach Vorstrafen oder anhängigen Strafverfahren. Dies ist nur dann akzeptabel, wenn ein Bezug zwischen der (vermeintlichen) Straftat und der Beschäftigung bestehen kann. In sensiblen Betriebsbereichen wie zum Beispiel Kasse oder Vermögensverwaltung darf konkret nach Strafen/Strafverfahren hinsichtlich von Vermögensdelikten gefragt werden. Eine kleinere Unklarheit herrscht noch dahingehend, ob auch bereits aus dem Bundeszentralregister gelitgte oder gar nicht erst aufzunehmende Strafen durch den Bewerber erwähnt werden müssen. Es spricht vieles dagegen. Auch das geplante Arbeitnehmerdatenschutzgesetz soll einen Passus enthalten, der Fragen nach diesen Umständen verbietet.

- **Finanzielle Verhältnisse**

Hier gilt Ähnliches wie bei den Vorstrafen. Grundsätzlich geht es den Arbeitgeber nichts an, was der Arbeitnehmer mit seinem Geld anstellt. Eine Ausnahme soll gelten, wenn der Bewerber mit einer Aufgabe betraut werden soll, die von einem besonderen Vertrauen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geprägt ist. Dies ist wiederum unter anderem beim dienstlichen Umgang mit Geld der Fall.

Übersichtlicher ist die Rechtslage auch im Übrigen bei Angelegenheiten, die die konkrete ins Auge gefasste Aufgabe betreffen. Fragen nach den Fähigkeiten und Fertigkeiten des Bewerbers, die sich auf den späteren Tätigkeitsbereich beziehen, sind dem Arbeitgeber selbstverständlich erlaubt.

### **Auskunftsanspruch der abgelehnten Bewerber?**

Nicht selten wendet sich ein abgelehnter Bewerber an den Gesprächspartner im Vorstellungsgespräch und begehrt Auskunft darüber, warum er nicht eingestellt wurde. Mit Blick auf die möglichen Fehler nach dem AGG sollte der Arbeitgeber seine Antwort hier so kurz halten, wie es nur geht, und darüber hinaus nur telefonisch erteilen. Oft gehen aber gescheiterte Bewerber auch weiter und verlangen Informationen über den Menschen, für den sich der Arbeitgeber nunmehr entschieden hat. Die Zielrichtung ist klar: Der Verschnitt möchte ausloten, ob er Ansprüche aus dem AGG geltend machen kann. Doch ist der Arbeitgeber wirklich verpflichtet, ihm gegebenenfalls derart nachteilige Auskünfte zu erteilen? Und was ist mit den Rechten des auserwählten Bewerbers?

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) musste mit genau dieser Frage auseinandersetzen (Urteil vom 21. Juli 2011, Aktenzeichen C-104/10, „Kelly“). Geklagt hatte ein irischer Staatsbürger, der erfolglos versucht hatte, an die Bewerbungsunterlagen seiner Mitbewerber zu gelangen. Der EuGH stellte zwar fest, dass aus der (dem AGG zu Grunde liegenden) Richtlinie kein allgemeines Auskunftsrecht hergeleitet werden könne. Aber das Gericht wies darauf hin, dass eine vollständige Verweigerung dieser Auskünfte eine ordnungsgemäße Durchsetzung der Richtlinie verhindern könne. Daher seien Fälle denkbar, in denen der Arbeitgeber tatsächlich verpflichtet sein könne, zumindest anonymisierte Daten der Mitbewerber zur Verfügung zu stellen. Für die Rechtswelt ist dieses Urteil wenig überraschend. Arbeitgeber sollten jedoch sorgfältig und unter Inanspruchnahme juristischer Beratung überlegen, ob und in welcher Form sie solchen Anfragen nachkommen. Denn es besteht eine große Gefahr, dass durch die Erfüllung des Begehrens des abgelehnten Bewerbers die Rechte der anderen Bewerber eklatant verletzt werden.

### **Kündigung vor Arbeitsantritt**

Hat sich der Arbeitgeber für einen Bewerber entschieden und einen Arbeitsvertrag mit ihm geschlossen, steht noch nicht fest, dass der Vertragspartner auch wirklich zur neuen Tätigkeit antritt. Nicht selten bekommt der Bewerber noch ein besseres Angebot von einem anderen oder sogar seinem alten Arbeitgeber und überlegt es sich im letzten Moment noch anders. Für Arbeitgeber ist es besonders ärgerlich, wenn man ein schwieriges Rekrutierungsverfahren scheinbar abschließen konnte und dann „kurz vor knapp“ erfährt, dass alles umsonst war und der Favorit doch nicht zu haben ist. Wie ist die Rechtslage in einem solchen Fall?

Grundsätzlich gilt der berühmte Satz „pacta sunt servanda“, Verträge müssen eingehalten werden. Kann man feststellen, dass ein Arbeitsvertrag bereits existiert (mündlich, schriftlich, konkludent), muss der Arbeitnehmer eigentlich auch vereinbarungsgemäß zur Arbeit erscheinen. Vom Vorliegen einer entsprechenden Arbeitsvertragsregelung kann man in der Regel ausgehen, wenn zumindest eine Übereinkunft über die handelnden Personen (Arbeitsvertragsparteien, kann zum Beispiel bei einem extern ausgeführten Auswahlverfahren problematisch sein) und den groben Aufgabenbereich an sich erreicht wurde.

Ein Arbeitsvertrag kann wie jedes Dauerschuldverhältnis ordentlich gekündigt werden, wenn es keine wirksame anderweitige Vereinbarung hierzu gibt, dies ergibt sich aus § 620 Absatz 2 BGB. Daher ist es möglich, auch schon vor Arbeitsantritt das Vertragsverhältnis wieder zu beenden, wenn nicht ein Ausschluss dieser Möglichkeit vereinbart wurde.

Streit gibt es immer wieder darüber, wann die Kündigungsfrist zu laufen beginnt. Es sind zwei Ansatzpunkte denkbar: Am Tag nach dem Zugang des Kündigungsschreibens oder aber auch erst zu Beginn der vereinbarten Arbeitsaufnahme. Auch hier ist vorrangig der Wille der Vertragsparteien zu ermitteln. Lässt sich ableiten, was von beiden gewollt bzw. besprochen war, hält sich die Rechtsprechung daran. Andernfalls geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass die Kündigungsfrist schon vor dem Arbeitsantritt zu laufen beginnt, also mit Zugang der Kündigungserklärung.

Kündigt der Arbeitnehmer zwar vor Arbeitsantritt, aber zu spät, als dass die Frist noch vor dem vereinbarten Beginn hätte ablaufen können, müsste er streng genommen die Tage bis zum Fristablauf

auf der Arbeit erscheinen. Tut er dies nicht und wurde er vom Arbeitgeber auch nicht aus dieser Pflicht entlassen, kann der Arbeitgeber Schadenersatz verlangen, wenn er einen entsprechenden Schaden nachweisen kann. Der Schaden kann beispielsweise durch die erzwungene Beschäftigung einer teureren Ersatzarbeitskraft entstehen.

## **Kollektivarbeitsrechtliche Fallen**

### **Stellenausschreibung, die Zweite**

Im individualrechtlichen Teil dieses Themenbriefs haben wir ja bereits abgehandelt, dass die Formulierung wegen der Regelungen des AGG genau durchdacht werden sollte. Nicht weniger genau sollte der Arbeitgeber die kollektivrechtliche Seite der Angelegenheit „Personalsuche“ betrachten.

§ 93 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) bestimmt: *„Der Betriebsrat kann verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden.“* Ein solches Verlangen des Betriebsrats sollte der Arbeitgeber auch tunlichst befolgen. Das BetrVG hält zwei unangenehme Folgen bereit, wenn dies nicht geschieht. Zum einen darf der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer Einstellung (mehr dazu sogleich) verweigern, wenn die verlangte betriebsinterne Ausschreibung unterblieben ist, § 99 Absatz 2 Nr. 5 BetrVG. Zum anderen kann im Extremfall auch ein vom Betriebsrat betriebenes Verfahren nach § 23 Absatz 3 BetrVG erfolgreich sein. Die Vorschrift lautet: *„Der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft können bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus diesem Gesetz beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen. Handelt der Arbeitgeber der ihm durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auferlegten Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er auf Antrag vom Arbeitsgericht wegen einer jeden Zuwiderhandlung nach vorheriger Androhung zu einem Ordnungsgeld zu verurteilen. Führt der Arbeitgeber die ihm durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung auferlegte Handlung nicht durch, so ist auf Antrag vom Arbeitsgericht zu erkennen, dass er zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld anzuhalten sei. Antragsberechtigt sind der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Das Höchstmaß des Ordnungsgeldes und Zwangsgeldes beträgt 10 000 Euro.“*

Zwar muss schon einiges passieren, damit der Betriebsrat vorm Arbeitsgericht tatsächlich ein Ordnungsgeld beziehungsweise ein Zwangsgeld erwirken kann. Aber der Arbeitgeber sollte der Antragstellung vor Gericht wegen solcher Pflichtverletzungen vorbeugen. Einerseits kosten die Verfahren unnötiges Geld, der Arbeitgeber muss ja für den Anwalt des Betriebsrats zahlen. Andererseits macht es keinen guten Eindruck beim Arbeitsgericht, wenn der Arbeitgeber sich zu solch leicht vermeidbaren Fehlern hinreißen lässt. Dies kann je nach Richter negative Folgen für spätere Verfahren haben.

### **Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung**

Wie bereits angedeutet, muss der Betriebsrat auch bei der Einstellung des neuen Arbeitnehmers beteiligt werden. § 99 BetrVG sieht hierzu ein Zustimmungsverweigerungsrecht vor, eines der stärksten Rechte des Betriebsrats. Der Arbeitgeber muss große Sorgfalt darauf verwenden, das Einstellungsverfahren nach § 99 BetrVG richtig anzustoßen und durchzuführen. Ein starker Betriebsrat ist hier in der Lage, die Neubesetzung der vakanten Stelle zu verhindern oder zumindest zeitweilig und kostenintensiv heraus zu zögern. Das Verfahren ist den meisten Arbeitgebern in seinen Grundzügen bekannt, dennoch möchte ich an dieser Stelle eine kurze Wiederholung anführen:



§ 99 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber, den Betriebsrat aktiv in jede personelle Einzelmaßnahme (Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung, Versetzung) einzubeziehen. Die genannten Vorhaben bedürfen der Zustimmung durch den Betriebsrat. Zu den Pflichten des Arbeitgebers gehört hierbei, den Betriebsrat zu unterrichten, die Bewerbungsunterlagen der Bewerber vorzulegen und sonstige Auskunft zu erteilen. § 99 Absatz 2 BetrVG sieht sechs Gründe (unter anderem etwa neben der fehlenden Stellenausschreibung nach § 93 BetrVG dann, wenn die Maßnahme gegen ein Gesetz verstößt, den Betriebsfrieden gefährdet u.v.m.) vor, bei deren Vorliegen der Betriebsrat die Zustimmung zur Einzelmaßnahme verweigern darf. Ist dies der Fall, darf der Arbeitgeber beispielweise bei einer geplanten Einstellung den Posten nicht an seinen Favoriten vergeben. Ist der Arbeitgeber der Meinung, dass der Betriebsrat die Zustimmung zu Unrecht verweigert hat, muss er das Arbeitsgericht im Rahmen eines Beschlussverfahrens nach § 101 BetrVG anrufen. Das Gericht kann dann die Zustimmung des Betriebsrats ersetzen. Besonders eilige Fälle kann der Arbeitgeber auch im Rahmen des § 100 BetrVG vorläufig lösen, muss dann aber wiederum das Arbeitsgericht bemühen. Es gibt also kein „Entrinnen“ hinsichtlich dieser Rechte des Betriebsrats.

Einfacher ist die Sach- und Rechtslage, wenn der Betriebsrat die gesetzlich vorgesehenen Fristen zur Ausübung seiner Rechte nicht beachtet hat. Gemäß § 99 Absatz 3 Satz 1 BetrVG darf der Betriebsrat nur binnen Wochenfrist nach Eingang des formell richtigen (!) Arbeitgeberantrags die Zustimmung verweigern, und zwar schriftlich und unter Angabe der Gründe nach § 99 Absatz 2 Nummern 1 bis 6 BetrVG. Verstreicht die Frist, gilt die Zustimmung als erteilt.

Die Rechtslage ist also relativ überschaubar, so dass man davon ausgehen müsste, dass Fehler des Arbeitgebers in diesem streng formellen betriebsverfassungsrechtlichen Rahmen eher selten sind. Leider lehrt die Praxis ein Anderes. Viele arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren drehen sich um die Frage, ob der Betriebsrat ordnungsgemäß beteiligt wurde oder ob Gründe nach § 99 Absatz 2 BetrVG vorliegen. Natürlich kann man solche Gerichtsverfahren nicht per se vermeiden, schließlich kann der Betriebsrat auch bei ordnungsgemäßem Arbeitgeberhandeln seinerseits ein Beschlussverfahren anstreben und auch eine bereits erfolgte Einstellung beanstanden. Dennoch lässt sich durch gute Vorbereitung jeder Einstellung auf Arbeitgeberseite viel Ärger und Geld ersparen, wenn man das Gesetz und die Rechtsprechung genau beachtet.

### III APP „AR RA Jünger“

Jetzt gibt es alle Themen zum Arbeitsrecht bei "AR RA Jünger" als offizielle App für das Smartphone. So erhalten Sie alle Neuigkeiten, Fotos, Veranstaltungen und Termine. Die AR RA Jünger-App sorgt immer für den direkten Draht.

Erhältlich in den App Stores von Apple, Google, Microsoft und BlackBerry.

#### **Hinweis**

*Unser Newsletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Newsletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.*

*Weitere interessante Newsletter mit aktuellen arbeitsrechtlichen Themen finden Sie auf unserer Homepage unter folgendem Link: <http://www.kanzleijuenger.de/medien/newsletter/>*



**RA Jean-Martin Jünger**  
Kanzlei für Arbeitsrecht

**Rechtsanwalt Jean-Martin Jünger**  
**LB Wirtschafts- und Arbeitsrecht Hochschule Heidelberg und DHBW Mannheim**  
Kanzlei für Arbeitsrecht  
Werderstr.40  
68165 Mannheim  
Phone: +49 (0)621-4196615  
Fax: +49 (0)621-4196616  
Mobil: +49 (0)178-8535717  
E-Mail: [ra.juenger@kanzlei-juenger.de](mailto:ra.juenger@kanzlei-juenger.de)  
Online: <http://www.KanzleiJuenger.de>  
App: AR RA Jünger