

C. Anbahnung und Begründung eines Arbeitsverhältnisses

	Rz.		Rz.
I. Einleitung	1	a) Sanktionen gegen den Abwerbenden	
II. Anwerbung von Arbeitnehmern durch den zukünftigen Arbeitgeber		aa) Schadensersatzansprüche	50
1. Stellenausschreibungen	2	bb) Unterlassung	54
2. Gesetzliche Einschränkungen bei der Erstellung von Stellenausschreibungen	7	cc) Arbeitsrechtliche Maßnahmen	55
a) Allgemeines	8	b) Sanktionen gegen den abgeworbenen Arbeitnehmer	56
b) Rechtsfolge bei diskriminierender Ausschreibung	10d	5. Rückwerben von abgeworbenen Arbeitnehmern	62
c) Ausschreibung als Teilzeitarbeitsplatz	13	IV. Erkenntnismittel des Arbeitgebers	
d) Betriebliche Mitbestimmungsrechte bei der Stellenausschreibung		1. Allgemeines	64
aa) Innerbetriebliche Ausschreibung auf Verlangen des Betriebsrats	14	2. Fragerecht des Arbeitgebers	66
bb) Inhalt des Mitbestimmungsrechts	16	a) Alkohol- und Drogenkonsum oder -abhängigkeit	69
cc) Rechtsfolgen einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts		b) Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis	71
(1) Allgemeines	18	c) Berufliche Fähigkeiten und Kenntnisse	72
(2) Zustimmungsverweigerungsrecht bei einem Verstoß gegen § 11 AGG	21	d) Beruflicher Werdegang und bisherige Beschäftigungsverhältnisse	73
(3) Kein Zustimmungsverweigerungsrecht bei einem Verstoß gegen § 7 Abs. 1 TzBfG	23	e) Berufliche Verfügbarkeit des Arbeitnehmers (Versetzungsbereitschaft, Schichtdienst)	75
dd) Vorläufige Maßnahmen	24	f) Gesundheitszustand und Krankheiten	77
e) Betriebliche Mitbestimmungsrechte bei der Personalplanung	28	g) Geschlecht	81
3. Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung zur Stellensuche nach Kündigung		h) Gewerkschaftszugehörigkeit	82
a) Allgemeines	31	i) Homosexualität/sexuelle Neigungen	83
b) Anspruchsvoraussetzungen	32	j) Lebensalter	83b
c) Rechtsfolgen	35	k) Name und sonstige Grunddaten	84
III. Abwerbung von Arbeitnehmern	41	l) Nebentätigkeit	85
1. Abwerbung durch den künftigen Arbeitgeber	42	m) Nichtraucherereignis	86
2. Abwerbung durch Mitarbeiter	43	n) Parteizugehörigkeit	87a
3. Rechtliche Grenzen der Abwerbung		o) Persönliche Lebensverhältnisse	88
a) Wettbewerbswidrigkeit der Abwerbung	44	p) Religionszugehörigkeit	89
b) Abwerbung als unerlaubte Handlung, §§ 823 Abs. 1, 826 BGB	49	q) Scientology	90
4. Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Abwerbung		r) Schwangerschaft	96
		s) Schwerbehinderteneigenschaft	99
		t) Verfassungstreue (Tätigkeiten im Ministerium für Staatssicherheit)	101
		u) Vermögen und Pfändung von Lohnansprüchen	104
		v) Vorheriges Arbeitseinkommen	106
		w) Vorstrafen, Strafverfahren, Antritt einer Haftstrafe	107
		x) Wehr- bzw. Zivildienst	113
		y) Wettbewerbsverbote	115
		z) Übersicht zur Zulässigkeit des Fragerechts	117

	Rz.		Rz.
3. Fragenkatalog für ein Bewerbungsgespräch	118	2. Ausnahmen von der Abschlussfreiheit	
4. Bewertungsformular für Bewerbungsgespräche	120	a) Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch Gesetz	209
5. Einstellungsfrage- bzw. Personalbogen	122	b) Abschluss- und Beschäftigungsverbote	211
6. Zulässigkeit von „Background Checks“	128	aa) Abschlussverbote	
a) Financial Background	129	(1) Gesetzliche Regelungen	212
b) Criminal Background	130	(2) Tarifvertragliche Regelungen	213
c) Internetrecherche	131	(3) Betriebliche Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG	214
7. Einstellungsuntersuchungen und Tests		(4) Arbeitsvertragliche Verbote	215
a) Physische/psychische Untersuchungen		bb) Beschäftigungsverbote	217
aa) Zulässigkeit	132	c) Abschlussgebote	219
bb) Besonderheiten nach Inkrafttreten des AGG	134a	3. Geschäftsfähigkeit	
b) Eignungstests	135	a) Grundsatz	222
c) Graphologische Gutachten	137	b) Ausnahme: Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Geschäftes	224
d) Genomanalyse		c) Ausnahme: Ermächtigung zum Abschluss eines Arbeitsvertrages	
aa) Bisherige Rechtslage	139	aa) Inhalt und Rechtsfolgen von § 113 BGB	226
bb) Neue Rechtslage	141	bb) Fallbeispiele	229
8. Auskünfte des vorherigen Arbeitgebers	143	cc) Prozessuale Durchsetzbarkeit von Rechtsgeschäften nach § 113 BGB	231
9. Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers	145	4. Form des Arbeitsvertrages	
10. Rechtsfolgen bei Falschbeantwortung	154	a) Grundsatz	232
a) Falschbeantwortung zulässiger Fragen	155	b) Dokumentationspflicht durch das NachwG	233
aa) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB	156	c) Schriftformerfordernis	
bb) Anfechtung wegen Irrtums gem. § 119 Abs. 2 BGB	160	aa) Allgemeines	240
b) Falschbeantwortung unzulässiger Fragen	162	bb) Deklaratorische Schriftformerfordernisse	241
11. Bewerbungs-/Bewerbungsgesprächskosten	163	cc) Konstitutive Schriftformerfordernisse	243
12. Aufklärungs- und Offenbarungspflichten des Arbeitgebers	168	dd) Einhaltung der Schriftform durch Telefax oder E-Mail?	248
13. Fragerecht des Arbeitnehmers	175	ee) Arglistenrede	250
V. Vorvertragliches Schuldverhältnis und Pflichtverletzungen	192	5. Rechtsmängel bei Arbeitsverträgen	
1. Abbruch von Vertragsverhandlungen	193	a) Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB	
2. Verletzung von Aufklärungs- und Offenbarungspflichten	196	aa) Allgemeines	252
3. Verletzung von Obhutspflichten	198	bb) Rechtsfolge	256
4. Verletzung von Geheimhaltungspflichten	199	cc) § 134 BGB und die Schuldrechtsreform	257
5. Verletzung von Schutzpflichten	200	dd) § 134 und AGG	259a
6. Rechtsfolgen	201	b) Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 BGB	
7. Beweislast	204	aa) Begriff der guten Sitten	260
VI. Begründung des Arbeitsverhältnisses			
1. Grundsatz der Abschlussfreiheit	206		

	Rz.		Rz.
bb) Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen § 138 BGB	261	dd) Schweizer Staatsangehörige	327
cc) Fallgruppen der Sittenwidrigkeit		ee) Staatsangehörige aus Drittstaaten	328
(1) Allgemeine Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB	262	(1) Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen für Aufenthaltstitel	329
(2) Wuchertatbestand nach § 138 Abs. 2 BGB	263	(a) Regelvoraussetzungen	330
c) Scheingeschäft nach § 117 Satz 1 BGB	266	(b) Zwingende Erteilungsvoraussetzungen	331
d) Anfängliche Unmöglichkeit nach § 311a BGB	269	(2) Visum	332
6. Rechtsfolgen bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages		(a) Schengen-Visum	333
a) Grundsatz	270	(b) Nationales Visum	335
b) Faktisches Arbeitsverhältnis		(3) Aufenthaltserlaubnis	337
aa) Allgemeines	271	(a) Aufenthalt zum Zwecke der Beschäftigung (§ 18 AufenthG)	338
bb) Anfechtung des Arbeitsverhältnisses	272	(aa) Zustimmungsfreie Beschäftigungen	339
cc) Einschränkung des Anfechtungsrechts nach Treu und Glauben, § 242 BGB	274	(bb) Zustimmungsverfahren	343
dd) Anfechtung und Kündigung	276	(cc) Arbeitsmarktprüfung	344
ee) Abgrenzungen zu anderen Fallgruppen	277	(b) Aufenthalt zum Zwecke einer selbstständigen Tätigkeit (§ 21 AufenthG)	346
VII. Melde- und Vorlagepflichten		(aa) Europa-Abkommen zwischen der EU und den MOE-Staaten	349
1. Pflichten des Arbeitgebers	280	(bb) Bilaterale Abkommen	350
2. Rechtsfolgen bei Unterlassen	285	(4) Niederlassungserlaubnis	352
3. Pflichten des Arbeitnehmers	286	(5) Niederlassungserlaubnis für Hochqualifizierte (§ 19 AufenthG)	354
VIII. Diskriminierungsverbote bei der Einstellung von Arbeitnehmern	289	(6) Niederlassungserlaubnis zur Aufenthaltsverfestigung eines Selbstständigen (§ 21 Abs. 4 AufenthG)	358
IX. Anwerbung und Einstellung ausländischer Arbeitnehmer		(7) Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG (§ 9a AufenthG)	359
1. Anwerbung	314	c) Blue Card	360
2. Diskriminierung bei An-/Bewerbung/Einstellung	315	d) Zugang von Asylbewerbern zum deutschen Arbeitsmarkt	361
3. Einstellung von Arbeitnehmern	316		
a) Änderung des Zuwanderungsrechts	317		
b) Aufenthaltstitel für ausländische Staatsbürger	318		
aa) Staatsangehörige der EU-Altstaaten, der EWR-Staaten sowie der Staaten Zypern und Malta	321		
bb) Staatsangehörige der EU-Neustaaten (sog. MOE-Staaten)	323		
cc) Türkische Staatsangehörige	326		

Schrifttum:

Bauer/Baeck/Merten, Scientology – Fragerecht des Arbeitgebers- und Kündigungsmöglichkeiten, DB 1997, 2534; *Bayreuther*, Einstellungsuntersuchungen, Fragerecht und geplantes Beschäftigtendatenschutzgesetz, NZA 2010, 679; *Beckschulze*, Die Durchsetzbarkeit des

Teilzeitanspruchs in der betrieblichen Praxis, DB 2000, 2598; *Beckschulze/Henkel*, Der Einfluss des Internets auf das Arbeitsrecht, DB 2001, 1491; *Beckschulze/Natzel*, Das neue Beschäftigendatenschutzgesetz, BB 2010, 2368; *Benecke/Pils*, Arbeitsplatzwechsel nach Abwerbung – Rechtsprobleme des „Headhunting“, NZA-RR 2005, 561; *Bengelsdorf*, Illegale Drogen im Betrieb, NZA-RR 2004, 113; *Bissels*, Indiz für eine Benachteiligung durch die Stellenausschreibung, jurisPR-ArbR 4/2010 Anm. 4; *Bissels*, Altersdiskriminierung und Stellenausschreibung, jurisPR-ArbR 7/2009 Anm. 1; *Bissels*, Entschädigungsanspruch bei AGG-Hopping, ArbRB 2008, 363; *Bissels*, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei der Einstellung im Lichte des AGG, juris AnwaltZertifikatOnline 11/2008 Anm. 1; *Bissels*, Entschädigungsanspruch bei diskriminierender Nichteinstellung, jurisPR-ArbR 16/2008 Anm. 3; *Bissels*, Entschädigungszahlung aufgrund Altersdiskriminierung bei der Einstellung, jurisPR-ArbR 7/2009 Anm. 1; *Bissels/Lützelzer*, AGG und ethnische Herkunft – (k)eine große Unbekannte!?, PuR 7–8/2010, 9; *Bissels/Lützelzer*, Background Checks aus arbeitsrechtlicher Sicht, PuR 5/2009, 6; *Bissels/Lützelzer*, BB-Rechtsprechungsreport zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz 2009/2010, Teil 1, BB 2010, 1661, Teil 2, BB 2010, 1729; *Bissels/Lützelzer*, Aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung zum AGG, Teil 1, BB 2009, 774, Teil 2, BB 2009, 883; *Bissels/Lützelzer*, Rechtsprechungsüberblick zum AGG, BB 2008, 666; *Bissels/Lützelzer*, „Know-how-Transfer“ durch Abwerbung von Arbeitnehmern, PuR 3/2008, 3; *Bissels/Lützelzer/Haag*, Achtung AGG! Fallstricke bei der Einstellung, PuR 10/2010, 6; *Bissels/Lützelzer/Wisskirchen*, Facebook, Twitter & Co.: Das Web 2.0 als arbeitsrechtliches Problem, BB 2010, 2433; *Boemke*, Fragerecht des Arbeitnehmers nach Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband, NZA 2004, 144; *Boemke*, Die Zulässigkeit der Frage nach Grundwehrdienst und Zivildienst, RdA 2008, 129; *Boudon*, Arbeitsvertragsschluss und Arbeitsvertrag, ArbRB 2006, 155; *Bradaric*, Zulässigkeit von Background Checks, HR Services 2009, 36; *Braun*, Rechtlicher Rahmen bei Abwerbung von Arbeitnehmern, DB 2002, 2327; *Braun*, Fragerecht und Auskunftsrecht – Neue Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, MDR 2004, 64; *Broers*, Berechtigtes Informationsinteresse und Diskriminierungsverbot – Welche Fragen darf der Arbeitgeber bei Einstellung eines behinderten Bewerbers stellen?, DB 2003, 1734; *Bruns*, AIDS im Betrieb und Arbeitsleben, MDR 1988, 95; *Büntel/Knödler*, Beitrag der Arbeitsmigration zur Sicherung der Fachkräftebasis in Deutschland – zur Umsetzung des Aktionsprogramms der Bundesregierung, NZA 2010, 416; *Büntel/Knödler*, Recht der Arbeitsmigration – die nicht selbständige Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer nach dem Zuwanderungsgesetz, NZA 2008, 743; *Busch/Dendorfer*, Abwerbung von Mitarbeitern, BB 2002, 301; *Däubler*, Die Erhebung von Arbeitnehmerdaten, CR 1994, 101; *Diler/Powietzka*, Drogenscreenings und Arbeitsrecht, NZA 2001, 1227; *Düwell*, Die Erhebung von Beschäftigtenaten nach künftigem Recht, FA 2010, 234; *Düwell*, Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG, BB 2006, 1741; *Ehler*, Unterlassene Ausschreibung als Teilzeitarbeitsplatz, BB 2001, 46; *Ehrich*, Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen und Folgen der Falschbeantwortung, DB 2000, 421; *Fischinger*, Die arbeitsrechtlichen Regelungen des Gendiagnostikgesetzes, NZA 2010, 65; *Forst*, Der Regierungsentwurf zur Regelung des Beschäftigendatenschutzes, NZA 2010, 1045; *Franke*, Bedeutung des Nachweisgesetzes für die Darlegungs- und Beweislast im arbeitsgerichtlichen Verfahren, DB 2000, 274; *Franzen*, Arbeitnehmerdatenschutz – rechtspolitische Perspektiven, RdA 2010, 257; *Fromferek*, Minderjährige „Superstars“ – Die Probleme des § 1822 Nr. 5 BGB, NJW 2004, 410; *Fuhlrott/Hoppe*, Einstellungsuntersuchungen und Genests von Bewerbern, ArbR 2010, 183; *Gaumann*, „Verspätete“ Wahrung des Schriftformerfordernisses nach § 14 Abs. 4 TzBfG, FA 2002, 40; *Genenger*, Das neue Gendiagnostikgesetz, NJW 2010, 113; *Golücke*, Das neue Gendiagnostikgesetz, AuA 2010, 82; *Gotthardt*, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2002; *Gutmann*, Aufenthaltsrecht türkischer Arbeitnehmer, NJW 2010, 1862; *Hanau*, Offene Fragen zum Teilzeitgesetz, NZA 2001, 1169; *Heilmann*, Rechtsprobleme von Einstellungsuntersuchungen, AuA 1995, 157; *Helml*, Sittenwidrige Lohnvereinbarungen, AuA 2010, 298; *Hertzberg*, Zulässigkeit des telefonischen „Headhunting“, FA 2001, 328; *Hohenstatt/Stamer/Hinrichs*, Background Checks von Bewerbern in Deutschland: Was ist erlaubt?, NZA 2006, 1069; *Hohmeister*, Nochmals: Beweislastumkehr durch das Nachweisgesetz?, BB 1998, 587; *Hromadka*, Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, NJW 2001, 400; *Huber*, Das Zuwanderungsgesetz, NVwZ 2005, 1; *Iraschko-Luscher/Kiekenbeck*, Welche Krankheitsdaten darf der Arbeitgeber von seinem Mitarbeiter abfragen?, NZA 2009, 1239; *Jenak*, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, AuA 2008, 482; *Joussen*, Si tacuisses – Der aktuelle Stand zum Fragerecht des Arbeitgebers nach einer Schwerbehinderung, NJW 2003, 2860; *Kaehler*, Individualrechtliche Zulässigkeit des Einsatzes psychologischer Testverfahren zu Zwecken der betrieblichen Bewerberaus-

wahl, DB 2006, 277; *Kasper*, Abschied vom Fragerecht des Arbeitgebers nach der Schwangerschaft, FA 2000, 243; *Käßer*, Der fehlerhafte Arbeitsvertrag, 1979; *Keller*, Die ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen, NZA 1988, 561; *Klak*, AIDS und die Folgen für das Arbeitsrecht, BB 1987, 1382; *Klein-Jahns*, Wichtige arbeitsrechtliche Fragestellungen, Arbeitgeber 22/49, 1997, 749; *Knipp*, Einstellung des Arbeitnehmers, AR-Blattei SD 640; *Knütel*, Zur Schuldrechtsreform, NJW 2001, 2519; *Krügermeyer-Kalthoff/Reutershan*, Telefonische Abwerbung am Arbeitsplatz – Jagdverbot für Headhunter?, MDR 2002, 139; *Künzl*, Alkohol am Arbeitsplatz, BB 1993, 1518; *Kursawe*, Die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers bei Abschluss von Arbeitsverträgen, NZA 1997, 245; *Langer*, Erstattung von Vorstellungskosten – Was muss gezahlt werden?, AuA 2006, 524; *Lelley*, Fragen darf man immer – aber nicht jeder darf fragen, FA 2010, 300; *Lindemann/Simon*, Neue Regelung zur Teilzeitarbeit, BB 2001, 146; *Linnenkohl*, Arbeitsverhältnis und Vorstrafen-Fragen, AuR 1983, 129; *Löw*, Die gewillkürte Form im Arbeitsvertrag, MDR 2006, 12; *Löwisch*, Arbeitsrechtliche Fragen von AIDS-Erkrankung und AIDS-Infektion, DB 1987, 936; *Menzel*, Genomanalyse im Arbeitsverhältnis und Datenschutz, NJW 1989, 2041; *Messingschläger*, „Sind Sie schwerbehindert?“ – Das Ende einer (un)beliebten Frage, NZA 2003, 301; *Moritz*, Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunfts- und/oder Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen?, NZA 1987, 329; *Müller*, Der Anspruch des Bewerbers auf Erstattung seiner Vorstellungskosten, ZTR 1990, 237; *Papenheim*, Schwangerschaft als Einstellungs Hindernis und Fragerecht des Arbeitgebers, ZMV 2000, 88; *Perreng*, Lohnwucher – Rechtslage und notwendige Weiterentwicklung, FA 2010, 258; *Pöttering*, Neues Gendiagnostikgesetz – Achtung, betriebliche Praxis!, PuR 2010, 10; *Preis/Gotthardt*, Das Teilzeit- und Befristungsgesetz, DB 2001, 145; *Rautenberg*, Prostitution: Das Ende der Heuchelei ist gekommen!, NJW 2002, 650; *Reichel/Ahner*, Was bringt die Blue Card?, AuA 2008, 214; *Richardi*, Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung Aids-infizierter Arbeitnehmer, NZA 1988, 73; *Rolfs/Paschke*, Die Pflichten des Arbeitgebers und die Rechte schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 81 SGB IX, BB 2002, 1260; *Roos*, Schriftformerfordernis und elektronische Medien im Arbeitsleben, AiB 2002, 133; *Schaub*, Ist die Frage nach der Schwerbehinderung zulässig?, NZA 2003, 299; *Schiefer/Ettwig/Krych*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 2006; *Schierbaum*, Erhebung von Bewerber- und Arbeitnehmerdaten, AiB 1995, 586; *Schloßer*, Stellenausschreibung auch als Teilzeitarbeitsplatz – ein Gebot ohne Sanktionen, BB 2001, 411; *Schmiel*, Mitarbeiterabwerbung durch Kollegen während des laufenden Arbeitsverhältnisses, BB 2003, 1120; *Schneider*, Einführung eines Sozialversicherungsausweises und Erweiterung der Meldepflichten, BB 1989, 1974; *Schönfeld/Gennen*, Mitbestimmung bei Assessment-Centern: Beteiligungsrechte des Betriebsrates und des Sprecherausschusses, NZA 1989, 543; *Schulte-Westenberg*, Die Frage nach der Schwangerschaft – Entwicklung der Rechtsprechung, NJW 1994, 1573; *Sommer*, Gesetz muss Arbeitnehmerdaten schützen!, AiB 2010, 421; *Stenslik*, Der scheinbare Arbeitnehmer, FA 2009, 294; *Straub*, Erste Erfahrungen mit dem Teilzeit- und Befristungsgesetz, NZA 2001, 919; *Strehle*, Verschweigen einer Tätigkeit für das frühere Ministerium für Staatssicherheit bei Neueinstellung im öffentlichen Dienst, RiA 1994, 128; *Strick*, Die Anfechtung von Arbeitsverträgen durch den Arbeitgeber, NZA 2000, 695; *Thum/Szczesny*, Background Checks im Einstellungsverfahren: Zulässigkeit und Risiken für Arbeitgeber, BB 2007, 2405; *Thüsing/Lambrich*, Das Fragerecht des Arbeitgebers – aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, BB 2002, 1146; *Thüsing/Wege*, Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr 1 SGB IX, FA 2003, 296; *Trümmer*, Das Fragerecht des Arbeitgebers, FA 2003, 34; *Walker*, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993; *Wiedemann/Thüsing*, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, DB 2002, 463; *Wiese*, Gendiagnostikgesetz und Arbeitsleben, BB 2009, 2198; *Wiese*, Genetische Analysen und Arbeitsschutz, BB 1994, 1209; *Wilmerstadt/Schattschneider*, Neue Meldepflichten für Arbeitgeber, BB Beilage 18/1989, 1; *Wisskirchen*, AGG – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 3. Aufl. 2007; *Wisskirchen*, Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Ein „Kochrezept“ für Arbeitgeber, DB 2006, 1491; *Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, 1994; *Wisskirchen/Bissels*, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, NZA 2007, 169; *Wohlgemuth*, Fragerecht und Erhebungsrecht, AuR 1992, 46; *Wolf*, Welche Fragen sind erlaubt?, AuA 2001, 260; *Wolf*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – Herausforderung für die Betriebspraxis, AuA 2006, 513; *Zimmer*, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 1; *Zimmer/Volk*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – die Diskriminierungsmerkmale, FA 2006, 258.

I. Einleitung

Bereits vor dem Abschluss eines Arbeitsvertrages – schon bei der Ausschreibung von Arbeitsplätzen und Anwerbung von Arbeitskräften – sind sowohl vom Arbeitnehmer als auch vom Arbeitgeber eine Vielzahl von Rechtspflichten zu beachten. Ihre Missachtung kann neben Schadensersatzansprüchen möglicherweise auch die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages nach sich ziehen. Um diese für beide beteiligten Parteien unangenehmen und kostspieligen Folgen zu vermeiden, die sich insbesondere aus der Rechtsverfolgung ergeben können, ist es notwendig, sich schon im Vorfeld des Abschlusses eines Arbeitsvertrages über einschlägige Vorschriften und sonstige Pflichten der Arbeitsvertragsparteien zu informieren.

Dies gilt insbesondere seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG; s. Teil 1 F)¹. Das AGG soll Benachteiligungen aus Gründen der „Rasse“, wegen der „ethnischen Herkunft“, des „Geschlechts“, der „Religion“ oder „Weltanschauung“, einer „Behinderung“, des „Alters“ oder der „sexuellen Identität“ verhindern oder beseitigen. Der Gesetzgeber hat sich für den Begriff „Benachteiligung“ statt „Diskriminierung“ entschieden, um zu verdeutlichen, dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit Zufügung eines Nachteils verbunden ist, einen diskriminierenden Charakter hat.

Dem Anwendungsbereich des AGG unterfallen alle Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts und der Entlassungsbedingungen, insbesondere aber Vereinbarungen und Maßnahmen für die Begründung, Durchführung und die Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses oder des beruflichen Aufstiegs. Aufgrund des weiten Anwendungsbereiches des AGG ist auch der in diesem Kapitel bearbeitete Bereich der Begründung des Arbeitsverhältnisses betroffen. An entsprechender Stelle wird auf die Besonderheiten des AGG im Zusammenhang mit der Anbahnung eines Arbeitsvertrages hingewiesen.

II. Anwerbung von Arbeitnehmern durch den zukünftigen Arbeitgeber

1. Stellenausschreibungen

Dem Arbeitgeber stehen bei der Arbeitskräftesuche verschiedene Mittel und Wege zur Verfügung: neben der Agentur für Arbeit² kann sich der Arbeitgeber privater Arbeitsvermittlungsgagenturen³ sowie öffentlicher oder betrieblicher Stellenausschreibungen bedienen.

Eine Ausschreibung ist die allgemeine Aufforderung an alle oder an bestimmte Arbeitnehmer, Bewerbungen für den betreffenden Arbeitsplatz abzugeben⁴.

¹ Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BGBl. I, 1897f., in Kraft getreten am 18. 8. 2006.

² Diese war ursprünglich allein für die Arbeitsvermittlung zuständig, vgl. ausführlich dazu MünchArbR/*Buchner*, § 28 Rz. 4ff.

³ Es besteht ein freier Marktzugang nach Aufhebung der Erlaubnispflicht für private Vermittler, die erfolgsorientierte Honorare von den zu vermittelnden Arbeitnehmern verlangen können, § 296 SGB III. Arbeitslose, die nach einer Arbeitslosigkeit von zwei Monaten innerhalb einer Frist von drei Monaten keinen Arbeitsplatz gefunden haben, haben einen Anspruch auf die Ausstellung eines Gutscheins, der die Zusage der Arbeitsagentur an einen privaten Arbeitsvermittler beinhaltet, ein Erfolgshonorar zu zahlen, wenn ein Arbeitsverhältnis vermittelt werden kann. Das Honorar beträgt einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer 2000 Euro. Bei Langzeitarbeitslosen kann der Vermittlungsgutschein bis zu einer Höhe von 2500 Euro ausgestellt werden, § 421g SGB III.

⁴ Vgl. BAG v. 23. 2. 1988 – 1 ABR 82/86, AP Nr. 2 zu § 93 BetrVG 1972.

Die Ausschreibung sollte folgende Angaben **beinhalten**:

- die erwartete Qualifikation des Bewerbers,
 - eine Beschreibung der auszuübenden Tätigkeit und des Arbeitsplatzes,
 - den Einstellungstermin,
 - Art und Form der Bewerbungspapiere,
 - den zuständigen Ansprechpartner innerhalb des Betriebs und
 - das Ende der Bewerbungsfrist.
- 4 Durch Zeitungsanzeigen gibt der Arbeitgeber noch kein bindendes Angebot zum Abschluss eines entsprechenden Arbeitsvertrages ab; vielmehr werden Interessenten aufgefordert, selbst Angebote an den Arbeitgeber zu richten. Es finden die zivilrechtlichen Grundsätze der sog. „*invitatio ad offerendum*“ Anwendung¹, da der Arbeitgeber nicht den rechtsverbindlichen Willen hat, jedem Bewerber auch einen Arbeitsplatz bereitzustellen.
- 5 Bei der Erstellung eines Inserates ist allerdings Vorsicht geboten: Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer an den in der Anzeige beschriebenen Arbeitsbedingungen festgehalten werden. Ihn trifft eine **Vertrauenshaftung** für die Einhaltung der in der Stellenanzeige veröffentlichten Angaben. Der Stellenbewerber darf in der Regel auf die in der Anzeige gemachten Angaben vertrauen. Schließlich fehlt ihm die Sachkenntnis und Sachkunde, die Richtigkeit der Aussagen zu überprüfen; das Mindesteinkommen muss daher mit der geschuldeten durchschnittlichen Leistung erreicht werden können². Dies gilt auch für versprochene Provisionszahlungen³ und andere arbeitgeberseitige versprochene Leistungen in Zeitungsinseraten, wie zB für Urlaubsansprüche, Bereitstellung eines Dienstfahrzeuges, Versorgungszusagen in der betrieblichen Altersversorgung etc.⁴.

Beispiel:

- 6 Wenn der Arbeitgeber in einer Stellenanzeige ein gewisses Mindestjahreseinkommen zusichert und ein Arbeitsvertrag aufgrund dieser Annonce zustande kommt, kann der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Zahlung des angegebenen Entgelts haben. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber den Interessenten in dem anschließenden Vorstellungsgespräch bspw. nicht darauf hinweist, dass das angepriesene Mindestjahreseinkommen bisher nur von wenigen Mitarbeitern durch Provisionen erzielt werden konnte und es einen erheblichen Mehreinsatz an Arbeit und Zeit erfordert⁵.

2. Gesetzliche Einschränkungen bei der Erstellung von Stellenausschreibungen

- 7 Bei einer Stellenausschreibung hat der Arbeitgeber folgende gesetzliche Vorgaben, insbesondere die des AGG, zu beachten⁶:

1 Vgl. *Slupnik/Holpner*, RdA 1990, 25.

2 Vgl. LAG Hessen v. 13. 1. 1994 – 2 Sa 522/92, NZA 1994, 886.

3 Vgl. LAG Düsseldorf v. 8. 2. 1957 – 4 Sa 566/56, BB 1957, 711.

4 So auch *Schaub*, 12. Aufl., § 24 I 2.

5 Vgl. LAG Hessen v. 13. 1. 1993 – 2 Sa 522/92, NZA 1994, 884: Der Arbeitnehmer konnte schließlich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Mehrbetrag aus der Gehaltszusage in der Zeitungsanzeige nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragschluss ersetzt verlangen.

6 Ausführlich zu den Auswirkungen des AGG auf das Einstellungsverfahren: *Bissels/Lützelers/Haag*, PuR 10/2010, 6 ff.

a) Allgemeines

Das **AGG** findet auch auf das Vertragsanbahnungsverhältnis Anwendung, so dass 8
Stellenausschreibung und Bewerberauswahl frei von Diskriminierungen im Hinblick auf die Merkmale Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität sein müssen. Dementsprechend verpflichtet § 11 AGG den Arbeitgeber, Arbeitsplätze neutral auszuschreiben¹. Die Vorschrift betrifft dabei alle Ausschreibungen, unabhängig davon, ob diese öffentlich oder innerbetrieblich erfolgen. Dies gilt auch bei Ausschreibungen im Bereich der beruflichen Aus- und Weiterbildung². Die Form der Ausschreibung ist dabei ebenfalls irrelevant. Sie kann zB durch ein Zeitungsinserat oder am Schwarzen Brett erfolgen.

Die Pflicht zu neutralen Formulierungen ist nicht neu. So musste der Arbeitgeber bereits vor Inkrafttreten des AGG gem. § 611b BGB aF³ eine Ausschreibung geschlechtsneutral formulieren. Diese Verpflichtung ist durch das AGG lediglich auf die anderen Diskriminierungsmerkmale auszuweiten.

So hat das **BAG**⁴ noch zur alten Rechtslage entschieden, dass sich ein Arbeitgeber 9
gegenüber einem abgelehnten männlichen Bewerber, der sich auf eine geschlechtsspezifisch ausgestaltete Stellenanzeige einer Rechtsanwaltskanzlei beworben hatte, die wörtlich für eine „Volljuristin“ und „Wiedereinsteigerin in Teilzeit“⁵ ausgeschrieben war, schadensersatz- und/oder entschädigungspflichtig macht. Die Besonderheit des Falles lag indes darin, dass die Anzeige von der Bundesagentur für Arbeit geschaltet worden war. Das **BAG**⁶ entschied jedoch, dass sich der Arbeitgeber die geschlechtsspezifische **Ausschreibung Dritter**, derer er sich bei Abfassung der Stellenanzeige bedient, zurechnen lassen muss, selbst wenn der Dritte selbständig die geschlechtsdiskriminierende Formulierung gewählt hat. Diese Grundsätze sind auch nach Inkrafttreten des AGG – und zwar für alle vom AGG erfassten Merkmale – anwendbar⁷.

☞ **Hinweis: Formulierungen** wie: „erfahrener alter Hase“, „junge(r) engagierte(r) 10
Volljurist(in)“⁸, „junge dynamische Führungskraft“⁹, „junges Team“¹⁰ oder „Mindest-Körpergröße“ sind doppeldeutige, zu vermeidende Formulierungen, die ein Indiz für eine Diskriminierung darstellen können. Ein frauenfördernder Hinweis in einer Ausschreibung im öffentlichen Dienst ist nicht geeignet, ein Indiz für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung zu begründen¹¹. Die

1 Vgl. dazu auch: *Wisskirchen*, AGG, S. 32ff.

2 S. BT-Drucks. 16/1780, 36.

3 § 611b BGB wurde ebenso wie §§ 611a und 612 Abs. 3 BGB durch die umfassende Neuregelung im AGG entbehrlich und deshalb aufgehoben.

4 Vgl. BAG v. 5. 2. 2004 – 8 AZR 112/03, AuA 2004, 41.

5 Vgl. ArbG Stuttgart v. 5. 9. 2007 – 29 Ca 2793/07, RDV 2008, 162: „erfolgsorientierter, branchenkundiger Außendienstverkäufer“.

6 Vgl. BAG v. 5. 2. 2004 – 8 AZR 112/03, NZA 2004, 540: Das BAG ließ in der Entscheidung aber ausdrücklich offen, auf welcher rechtlichen Grundlage die Zurechnung erfolgte. Zustimmend *Schiefer/Ettwig/Krych*, Rz. 479.

7 Vgl. BAG v. 18. 3. 2010 – 8 AZR 1044/08, NJW 2010, 2973; v. 17. 12. 2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383ff.; LAG Hamm v. 24. 4. 2008 – 11 Sa 95/08, RDV 2008, 161; ArbG Stuttgart v. 5. 9. 2007 – 29 Ca 2793/07, RDV 2008, 162; *Wisskirchen*, AGG, S. 33; *Schiefer/Ettwig/Krych*, Rz. 483.

8 Vgl. BAG v. 19. 8. 2010 – 8 AZR 530/09, AuA 2010, 544.

9 Vgl. LAG Schl.-Holst. v. 9. 12. 2008 – 5 Sa 286/08: „jüngere/r Buchhalter/in“; dazu *Bissels*, jurisPR-ArbR 7/2009 Anm. 1; VG Mainz v. 21. 1. 2009 – 7 K 484/08. MZ, NVwZ-RR 2009, 570: „junger Beamter“.

10 LAG Hamburg v. 23. 6. 2010 – 5 Sa 14/10.

11 Vgl. LAG Düsseldorf v. 12. 11. 2008 – 12 Sa 1102/08, DVP 2010, 349; dazu *Bissels/Lüttzeler*, BB 2009, 776.

Nennung eines gewissen „**Wunschalters**“¹ sollte in einer Stellenausschreibung nicht erfolgen, es sei denn, gesetzliche/tarifvertragliche Vorschriften² sehen zB ein gewisses Mindest-/Höchstalter³ vor. Stattdessen kann allerdings an eine gewisse Berufserfahrung angeknüpft werden, die ein objektives Merkmal darstellt⁴. Die Merkmale „flexibel und belastbar“ in einer Stellenausschreibung indizieren keine Diskriminierung wegen einer Behinderung⁵.

§ 8 AGG gestattet eine **Ungleichbehandlung wegen der beruflichen Anforderungen** nur, wenn die Differenzierung 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. Gem. § 8 Abs. 1 AGG kann eine Ungleichbehandlung jedoch nicht durch bloße Zweckmäßigkeitserwägungen als zulässig angesehen werden. Vielmehr muss die an den Beschäftigten gestellte Anforderung erforderlich und nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter Berücksichtigung des beruflichen Zweckes und des Schutzes vor Benachteiligungen angemessen sein. Unzureichend ist es, wenn bei der Ausschreibung allein auf die Präferenz des Kunden (sog. customer preference) abgestellt wird⁶.

10a Exemplarisch seien hier **zulässige Differenzierungen** genannt, die überwiegend im Zusammenhang mit dem inzwischen aufgehobenen § 611b BGB zur Benachteiligung wegen des Geschlechts entwickelt wurden. Allerdings gilt im Zusammenhang mit den Nachfolgevorschriften §§ 8, 11 AGG nichts anderes, da sich die Anforderungen an die Rechtfertigung der Diskriminierung bei der Ausschreibung nicht wesentlich verändert haben⁷.

- Berufliche Tätigkeiten, bei denen die authentische Erfüllung einer Rolle oder einer Aufgabe von einem bestimmten Geschlecht abhängig ist, zB
 - Schauspieler/in, Sänger/in, Tänzer/in und sonstige Künstler, die eine männliche bzw. weibliche Rolle darstellen sollen;
 - Modelle für Maler, Bildhauer, Photographen etc.;

1 Vgl. BAG v. 18. 8. 2009 – 1 ABR 47/08, BB 2010, 235: „im ersten Berufsjahr“; ArbG Dortmund v. 19. 10. 20007 – 1 Ca 1941/07, ArbuR 2008, 360: „bis 35 Jahre“; LAG Hamm v. 7. 8. 2008 – 11 Sa 284/08: „20 – 25 Jahre“.

2 Die gesetzliche/tarifvertragliche Regelung darf aber ihrerseits nicht gegen das AGG verstoßen, vgl. LAG Hamm v. 7. 8. 2008 – 11 Sa 284/08, ArbuR 2009, 280; in diesem Sinne auch LAG Hamm v. 26. 2. 2009 – 17 Sa 923/08; dazu *Bissels/Lützel*, BB 2010, 1661.

3 Vgl. BAG v. 23. 6. 2010 – 7 AZR 1021/08: Unwirksamkeit einer tariflichen Altersgrenze von 60 Jahren für Kabinenmitarbeiter im Luftverkehr; BAG v. 17. 6. 2009 – 7 AZR 112/08 (A), BB 2009, 1469: Vorlagebeschluss an den EuGH zur Wirksamkeit einer tariflichen Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten; LAG Hessen v. 17. 3. 2009 – 4 TaBV 168/08, ArbR 2009, 98: Unwirksamkeit eines tariflichen Höchststellungsalters von 33 Jahren für Piloten; *Bissels/Lützel*, BB 2009, 774 mit weiteren Beispielen; *Bissels/Lützel*, BB 2010, 1664; *Bissels/Lützel*, BB 2008, 666; zu gesetzlichen Höchstaltersgrenzen für die Übernahme in ein Beamtenverhältnis VGH Hessen v. 28. 9. 2009 – 1 B 2487/09, NVwZ 2010, 140ff.; BVerwG v. 19. 2. 2009 – 2 C 18/07, NVwZ 2010, 840ff.

4 So *Schiefer/Ettwig/Krych*, Rz. 132.

5 LAG Nürnberg v. 19. 2. 2008 – 6 Sa 675/07, DB 2008, 2708.

6 ZB wenn für eine Stelle im Vertrieb mit Einsatzgebiet Naher Osten nur männliche Bewerber gesucht werden, da weibliche Personen als Geschäftspartner dort nicht hinreichend akzeptiert werden; vgl. *MünchKommBGB/Thüsing*, § 8 AGG Rz. 7: Rechtfertigung lediglich in seltenen Ausnahmefällen möglich; dazu auch *Bissels/Lützel*, BB 2009, 834.

7 §§ 611b iVm. 611a Abs. 1 Satz 2 BGB aF stellte insoweit darauf ab, dass das Geschlecht *unverzichtbare* Voraussetzung für die Tätigkeit ist, während § 8 Abs. 1 AGG verlangt, dass die Anknüpfung an das Merkmal eine *wesentliche und entscheidende* berufliche Anforderung darstellt.

- Mannequin und Dressman;
- „Playboy-Bunny“.
- Berufliche Tätigkeiten im kirchlichen Bereich, soweit der Verkündigungsauftrag der Kirche berührt ist, zB
 - Pfarrer in der katholischen Kirche;
 - Lehrpersonal an theologischen Fakultäten.
- Berufliche Tätigkeiten in einem Frauenhaus, sofern das Betreuungskonzept des Frauenhausträgers die Ausübung ausschließlich durch Frauen erfordert.
- Berufliche Tätigkeiten als kommunale Gleichstellungsbeauftragte, wenn der Schwerpunkt der Tätigkeit in der Verbesserung der Vereinbarung von Beruf und Familie sowie in der Integrationsarbeit mit zugewanderten muslimischen Frauen liegt¹.
- Berufliche Tätigkeiten als Betreuerin in einem Mädcheninternat, wenn diese auch Nachtdienste inkludieren².
- Berufliche Tätigkeiten in einer Beratungsstelle für Migrantinnen und Flüchtlingsfrauen zur Durchführung eines Projektes „Recht auf Selbstbestimmung – gegen Zwangsverheiratung“³.
- Berufliche Tätigkeiten in einer Organisation, die sich mit der Betreuung aufgrund einer Vergewaltigung traumatisierter Frauen befasst⁴.
- Berufliche Tätigkeiten im Justizvollzugsdienst:
 - Untersuchungshaft von Frauen darf grundsätzlich nur unter weiblicher Aufsicht durchgeführt werden.
 - Im Vollzug des Jugendarrestes werden männliche Jugendliche von Männern, weibliche Jugendliche von Frauen beaufsichtigt. Hiervon kann abgewichen werden, wenn Unzuträglichkeiten zu befürchten sind.

Der Arbeitgeber entspricht insbesondere dem **geschlechtsneutralen Ausschreibungsgebot**, indem er möglichst keine geschlechtsspezifischen Bezeichnungen bei der Tätigkeitsbeschreibung oder Berufsbezeichnung verwendet, zB „Bürokräft“⁵, „Reinigungshilfe“, „Heimleitung“ oder „Schreibkraft“. Ausreichend sind ebenfalls Formulierungen, die sich an beide Geschlechter wenden, wobei dies bei grundsätzlich maskulinen Bezeichnungen unter Beifügung einer femininen Endung „Mitarbeiter(in)“ geschehen kann. 10b

Nach herrschender Meinung⁶ dürfte zB bei einer Stellenausschreibung für Kraftfahrer die Anforderung „ausgezeichnete Kenntnisse der deutschen Sprache“ unzulässig sein, da dieser Zusatz ausländische Bewerber diskriminieren könnte⁷. Ungeklärt ist die Rechtslage, ob eine Stelle als Koch oder Kellner zB in einem chinesischen Spezialitätenrestaurant ausschließlich nach der ethnischen Herkunft der Bewerber besetzt werden kann. Für eine Tätigkeit unabdingbare Eigenschaften können jedoch im ausreichenden Maße an den Bewerberkreis gerichtet werden.

1 BAG v. 18. 3. 2010 – 8 AZR 78/09, NZA 2010, 872 ff.

2 BAG v. 28. 5. 2009 – 8 AZR 536/08, NZA 2009, 592 ff.

3 ArbG Köln v. 6. 8. 2008 – 9 Ca 7687/07; *Bissels*, jurisPR-ArbR 7/2009 Anm. 1; *Bissels/Lützel*, BB 2009, 777.

4 ArbG Köln v. 12. 1. 2010 – 8 Ca 9872/09.

5 Vgl. *Küttner/Kreitner*, Personalbuch 2010, Kap. 85 Rz. 2 verwendet als Beispiel „Hilfskraft“.

6 Vgl. ArbG Hamburg v. 26. 1. 2010 – 25 Ca 282/09, *ArbuR* 2010, 223; ArbG Berlin v. 11. 2. 2009 – 55 Ca 16952/08, NZA-RR 2010, 61 f.

7 Dazu auch *Bissels/Lützel*, PuR 7–8/2010, 9 ff.

➤ **Hinweis:** In einer Stellenausschreibung sollte die Anforderung „akzentfreies Deutsch“ oder „deutscher Muttersprachler“¹ vermieden werden². Auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung besteht die hohe Wahrscheinlichkeit, dass darin nach einer nachfolgenden Ablehnung eines ausländischen Bewerbers ein Indiz für eine Diskriminierung wegen der Ethnie zu sehen ist. Allenfalls sollte in der Stellenausschreibung darauf hingewiesen werden, dass Deutschkenntnisse erwartet werden, wenn diese tatsächlich für die Erbringung der Arbeitsleistung erforderlich sind. Ein Arbeitgeber kann zB „hervorragende Deutschkenntnisse“ verlangen, wenn er einen Dozenten für Deutsch einstellen will³.

Der Hinweis in einer Stellenanzeige, dass **Raucher** sich nicht zu bewerben brauchen, ist hingegen zulässig. Der Hinweis fällt unter keinen der im AGG genannten Diskriminierungstatbestände.

- 10c ➤ **Hinweis:** Um die Zahl der Bewerber und damit der im Falle der Ablehnung potentiell diskriminierten Anspruchsteller zu reduzieren, sollte die Ausschreibung im Hinblick auf die fachlichen Anforderung möglichst spezifisch und konkret ausgestaltet sein. Darüber hinaus sollten nur Medien benutzt werden, die geeignet sind, den vom Arbeitgeber gewünschten Adressatenkreis anzusprechen⁴.

Bei der Stellenausschreibung sollte darauf verzichtet werden, explizit ein **Bewerbungsfoto** anzufordern⁵. Darüber hinausgehend wird vertreten, in der Ausschreibung sogar ausdrücklich auf ein Bewerbungsfoto zu verzichten⁶, da auf diesem verschiedene Diskriminierungsmerkmale erkennbar werden können. Allerdings ist diese Ansicht zu weitgehend. Vielmehr kann der Arbeitgeber den Vorteil nutzen, den er durch die ohne Aufforderung zugesendeten Angaben erlangen kann⁷.

b) Rechtsfolge bei diskriminierender Ausschreibung

- 10d Die Benachteiligung durch den Arbeitgeber bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses und damit bereits bei der Ausschreibung der Stelle stellt eine **Verletzung (vor-)vertraglicher Pflichten** dar (vgl. § 7 Abs. 3 AGG). Die Pflicht zur diskriminierungsfreien Stellenausschreibung sollte, insbesondere angesichts der Beweiserleichterung in § 22 AGG, ernst genommen werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung kann eine nicht neutral formulierte Stellenausschreibung ein Indiz für eine Diskriminierung darstellen⁸.

Gem. § 15 Abs. 6 AGG ist nach einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung nach § 7 Abs. 1 AGG zwar der Anspruch auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ausdrücklich ausgeschlossen, jedoch hat ein betroffener Bewerber bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 15 Abs. 2 AGG einen Anspruch auf eine **angemessene Entschädigung** in Geld für den entstandenen Nichtvermögensschaden.

1 Vgl. ArbG Berlin v. 11. 2. 2009 – 55 Ca 16952/08, NZA-RR 2010, 16 ff.; siehe auch ArbG Hamburg v. 26. 1. 2010 – 25 Ca 282/09, ArbuR 2010, 223; dazu *Bissels/Lützel*, BB 2010, 1729 f.

2 Ausführlich zur Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft: *Bissels/Lützel*, PuR 7–8/2010, 9 ff.

3 Vgl. *Herbert/Oberath*, DB 2009, 2434.

4 Vgl. dazu *Wisskirchen*, DB 2006, 1493.

5 Vgl. *Wisskirchen*, DB 2006, 1494; *Schrader/Schubert*, Das neue AGG, 2006, Rz. 415.

6 Vgl. *Schiefer/Ettwig/Krych*, Rz. 135.

7 Vgl. *Wisskirchen*, DB 2006, 1494.

8 Vgl. BT-Drucks. 16/1780, 47; vgl. BAG v. 19. 8. 2010 – 8 AZR 530/09, AuA 2010, 544; LAG BW v. 20. 3. 2009 – 9 Sa 5/09; dazu *Bissels*, jurisPR-ArbR 4/2010 Anm. 4; LAG Schl.-Holst. v. 9. 12. 2008 – 5 Sa 286/08, AuA 2009, 619; LAG Hamburg v. 23. 6. 2010 – 5 Sa 14/10.

Das Gesetz sieht zumindest teilweise eine **Obergrenze** vor. Wie schon § 611a BGB aF bestimmt § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG, dass die Entschädigung bei Einstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen darf, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Diese Regelung zeigt, dass nicht nur der bestplatzierte Bewerber, der die Stelle bei diskriminierungsfreier Auswahl erhalten hätte, benachteiligt werden kann. Für die anderen Fälle wurde jedoch keine Höchstgrenze festgelegt. 10e

Laut **Gesetzesbegründung** soll die Entscheidung, in welcher Höhe eine „angemessene“ Entschädigung gezahlt werden muss, allein den Arbeitsgerichten obliegen¹. Richtschnur für die Bemessung der Entschädigungszahlung soll die Rechtsprechung des EuGH sein, nach der diese geeignet sein muss, eine abschreckende Wirkung auf den Arbeitgeber zu haben; diese muss in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen². Die **Kriterien**, die die Höhe der Entschädigung bestimmen sollen, ähneln denen, die bei § 253 Abs. 2 BGB Anwendung finden: Grad des Verschuldens (zB Interessenkonflikt des Arbeitgebers), Schwere und Art der Beeinträchtigung, Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessenschädigung des Bewerbers, etwaig geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung sowie Anlass und Beweggründe des Handelns des Arbeitgebers³. Vergleichbar mit dem Schmerzensgeld für Persönlichkeitsverletzungen wird auch hier die wirtschaftliche Lage des Schädigers und des Geschädigten zugrunde zu legen sein⁴. Bei der Bemessung der Entschädigungshöhe ist ferner zu berücksichtigen, ob es sich um eine unmittlere oder „nur“ um eine mittelbare Diskriminierung handelt. Weiter wird es darauf ankommen, ob es sich um einen Wiederholungsfall handelt. 11

Darüber hinaus sieht § 15 Abs. 1 AGG einen **Schadensersatzanspruch** des diskriminierten Bewerbers vor, der den Vermögensschaden ersetzt.

☞ **Hinweis:** Machte ein Bewerber nach alter Rechtslage eine Entschädigung wegen einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung gem. §§ 611a, 611b BGB aF bei der Einstellung geltend, setzte dies voraus, dass er sich subjektiv ernsthaft beworben hatte und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht gekommen war⁵. Aus den Indizien konnte geschlussfolgert werden, ob eine ernsthafte Bewerbung überhaupt gewollt war⁶. Dies war abzulehnen, wenn der Bewerber keine angemessene und erforderliche Ausbildung und Qualifikation für die Stelle besaß. Diese Grundsätze haben auch nach Inkrafttreten des AGG weiterhin Gültigkeit⁷. 12

1 Vgl. BT-Drucks. 16/1780, 38.

2 Vgl. EuGH v. 22. 4. 1997 – Rs. C-180/95 – *Draehmpaehl*, DB 1997, 983.

3 Nach Inkrafttreten des AGG BAG v. 17. 8. 2010 – 9 AZR 839/08; v. 18. 3. 2010 – 8 AZR 1044/08, NJW 2010, 2973; v. 22. 1. 2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945 ff.; v. 17. 12. 2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383; LAG Bremen v. 29. 6. 2010 – 1 Sa 29/10, BB 2010, 1916; zur alten Rechtslage vgl. LAG Hamm v. 22. 11. 1996 – 10 Sa 1069/96, NZA-RR 1997, 203; ArbG Düsseldorf v. 7. 10. 1999 – 9 Ca 4209/99, DB 2000, 381; ArbG Hannover v. 25. 6. 1999 – 11 Ca 518/98, FA 1999, 325.

4 Vgl. HWK/*Thüsing*, § 611a BGB Rz. 68.

5 Vgl. BAG v. 12. 11. 1998 – 8 AZR 365/97, NZA 1999, 371.

6 Vgl. LAG Berlin v. 30. 3. 2006 – 10 Sa 2395/05, NZA-RR 2006, 513.

7 Vgl. BAG v. 17. 8. 2010 – 9 AZR 839/08; v. 17. 12. 2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383 ff.; v. 21. 7. 2009 – 9 AZR 431/08, NZA 2009, 1087 ff.; LAG Hamburg v. 23. 6. 2010 – 5 Sa 14/10; LAG Schl.-Holst. v. 29. 1. 2009 – 4 Sa 346/08; v. 9. 12. 2008 – 5 Sa 286/06; LAG BW v. 20. 3. 2009 – 9 Sa 5/09; dazu *Bissels*, jurisPR-ArbR 4/2010 Anm. 4; LAG Hamm v. 26. 6. 2008 – 15 Sa 63/08, ArbRB 2008, 363; dazu *Bissels*, ArbRB 2008, 363; LAG Rh.-Pf. v. 11. 1. 2008 – 6 Sa 522/07, NZA-RR 2008, 343 f.; dazu *Bissels*, jurisPR-ArbR 16/2008 Anm. 3; LAG BW v. 13. 8. 2007 – 3 Ta 119/07, FA 2007, 313.

Für eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme des Arbeitgebers, die einem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG entgegensteht, kann darüber hinaus sprechen, dass der Bewerber

- überzogene Vergütungsforderungen stellt,
- sich unter Berücksichtigung seiner Qualifikation auf eine offensichtlich geringwertigere Stelle bewirbt,
- in den Bewerbungsunterlagen augenfällig und ungefragt auf das Vorhandensein eines Benachteiligungsmerkmals hinweist, zB durch die Übersendung der Ablichtung eines Schwerbehindertenausweises,
- keine Bewerbungen üblicherweise beigefügten Unterlagen übermittelt, zB Arbeitszeugnisse,
- keinen sonstigen Beleg für die fachliche Qualifikation und Eignung erbringt,
- sich auf räumlich weit auseinander liegende und inhaltlich nicht vergleichbare Stellen bewirbt,
- die sonstigen berechtigterweise erwarteten Mindeststandards einer Bewerbung nicht beachtet, zB durch eine Vielzahl von Rechtschreibfehlern,
- sich in einem unhöflichen Unterton, z B durch offene Kritik am Arbeitgeber, äußert,
- sonstige Anhaltspunkte setzt, die darauf hindeuten, dass der Bewerber von vornherein eine Ablehnung provozieren will, zB Berufserfahrung als „Pizzafabrikarbeiter“ bei der Bewerbung als Führungskraft,
- sich in einer Vielzahl von Fällen auf benachteiligend ausgeschriebene Stellen im gesamten Bundesgebiet bewirbt,
- nach entsprechenden Absagen bereits zahlreiche Entschädigungsklagen anhängig gemacht hat (sog. „AGG-Hopper“) und/oder
- nach einer gerichtlichen Anfrage Auskünfte über sein sonstiges Bewerbungsverhalten verweigert¹.

c) Ausschreibung als Teilzeitarbeitsplatz

- 13 Der Arbeitgeber muss einen Arbeitsplatz als Teilzeitarbeitsplatz ausschreiben, wenn sich der Arbeitsplatz dafür eignet, § 7 Abs. 1 TzBfG². Dies gilt sowohl bei internen als auch bei öffentlichen Ausschreibungen. Die gesetzliche Regelung lässt allerdings Auslegungsspielraum, wann ein Arbeitsplatz tatsächlich für eine Teilzeitarbeitskraft **geeignet** ist. Der Wortlaut lässt offen, ob es auf die allgemeine Ungeeignetheit des Arbeitsplatzes für Teilzeitarbeit oder auf betrieblich-organisatorische Schwierigkeiten bei der Einrichtung eines Teilzeitarbeitsplatzes auf der konkret zu besetzenden Stelle ankommt. Hierzu haben sich verschiedene Auffassungen in der Literatur gebildet: *Kreitner*³ leitet aus der Absicht des Gesetzgebers, Teilzeitarbeit zu fördern, eine weite Auffassung ab. Danach muss die Ausschreibung nur dann nicht als Teilzeitstelle erfolgen, wenn der Arbeitsplatz allgemein ungeeignet ist, diesen mit einer Teilzeitkraft zu besetzen. *Kliemt*⁴ vertritt dagegen die Ansicht, dass eine Ausschreibungspflicht als Teilzeitarbeitsplatz nur im Rahmen der unternehmerischen Organisationsfreiheit besteht. Die Ausschreibung als Teilzeitstelle habe nur dann zu erfolgen, wenn dies nicht offensichtlich den arbeitgeberseitigen Stellenplanungen wider-

1 Vgl. *Bissels/Lützelner*, BB 2010, 1731; *Bissels/Lützelner*, BB 2008, 670.

2 Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21. 12. 2000, BGBl. I, 1966; allgemein zur Ausschreibung nach § 7 Abs. 1 TzBfG: *Ehler*, BB 2001, 1146 ff.

3 So *Küttner/Kreitner*, Personalbuch 2010, Kap. 85 Rz. 5; vgl. ebenso *MünchArbR/Schüren*, § 46 Rz. 35, der allein auf die objektive Eignung des Arbeitsplatzes für eine Teilzeitarbeitsstelle abstellt.

4 *Kliemt*, NZA 2001, 68; vgl. auch *Preis/Gotthardt*, DB 2001, 150.

spreche. Die Ausschreibung als Teilzeitarbeitsplatz könnte insbesondere mit entgegenstehenden personalplanerischen Erwägungen des Arbeitgebers verweigert werden. Nach *Zwanziger*¹ ist der Arbeitgeber schon nicht mehr verpflichtet, den Arbeitsplatz als Teilzeitstelle auszuschreiben, wenn der Ausschreibung betriebliche Gründe² entgegenstehen, zB wenn der Arbeitgeber größere betriebliche Umorganisationen zur Errichtung eines Teilzeitarbeitsplatzes vornehmen müsste.

Die weite Auffassung ist abzulehnen: Nachdem noch im Gesetzesentwurf des TzBfG vorgesehen war, dass die Ausschreibung als Teilzeitstelle nur bei entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründen unterbleiben dürfe³, ist der Gesetzeswortlaut in der verabschiedeten Form deutlich entschärft worden. Die Gesetzesbegründung stellt dabei klar, dass der Arbeitgeber Arbeitsplätze nur im Rahmen seiner **betrieblichen Möglichkeiten** als Teilzeitarbeitsstelle ausschreiben muss⁴. Damit soll dem Arbeitgeber ein Beurteilungsspielraum zugebilligt werden, wann eine Ausschreibung als Teilzeitarbeitsplatz unter Berücksichtigung der unternehmerischen und betrieblichen Planungen erfolgen soll. In diese Richtung geht auch eine Entscheidung des ArbG Hannover⁵. Es ist der Ansicht, dass die Frage, ob ein Arbeitsplatz teilzeitgeeignet und entsprechend auszuschreiben ist, der alleinigen Beurteilung durch den Arbeitgeber unterliegt. Die Arbeitsgerichte können eine solche Prüfung und Entscheidung des Arbeitgebers als Unternehmer nicht auf Zweckmäßigkeit, sondern lediglich auf Rechtsmissbrauch/Willkür überprüfen.

d) Betriebliche Mitbestimmungsrechte bei der Stellenausschreibung⁶

aa) Innerbetriebliche Ausschreibung auf Verlangen des Betriebsrats

Bei der Stellenausschreibung muss der Arbeitgeber betriebliche Mitbestimmungsrechte beachten. Der Betriebsrat kann verlangen, dass zu besetzende Arbeitsplätze allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden, § 93 BetrVG. Eine interne Stellenausschreibung soll das Potential des internen Arbeitsmarktes ausschöpfen und Verärgerung unter den Mitarbeitern darüber verhindern, dass externe Arbeitnehmer angeworben werden, obwohl qualifizierte Arbeitskräfte im Betrieb vorhanden sind⁷. Trotz der innerbetrieblichen Ausschreibungspflicht bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, parallel zur internen Ausschreibung externe Anstrengungen zu unternehmen, so zB den Arbeitsplatz gleichzeitig extern auszuschreiben und/oder bei der Agentur für Arbeit als

1 Vgl. *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, § 7 TzBfG Rz. 4; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 147; *Viethen*, NZA 2001, Sonderbeil. Heft 24, 6f.

2 Vgl. die beispielhafte Aufzählung in § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG: Ein betrieblicher Grund liegt insbesondere vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht.

3 Vgl. BT-Drucks. 14/4374, 8.

4 Vgl. BT-Drucks. 14/4625, 20.

5 Vgl. ArbG Hannover v. 13. 1. 2004 – 10 BV 7/04, DB 2005, 896.

6 Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats vor der konkreten Einstellung des Arbeitnehmers nach § 99 BetrVG werden nicht behandelt. Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat nach dieser Regelung vor jeder Einstellung zu unterrichten, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben; er hat dem Betriebsrat unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Maßnahmen zu geben und die Zustimmung des Betriebsrats zu der geplanten Maßnahme einzuholen. Bei Einstellungen und Versetzungen hat der Arbeitgeber insbesondere den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz und die vorgesehene Eingruppierung mitzuteilen. Vgl. dazu Teil 4 A.

7 Vgl. BAG v. 23. 2. 1988 – 1 ABR 82/86, AP Nr. 2 zu § 93 BetrVG 1972; v. 27. 7. 1993 – 1 ABR 7/93, AP Nr. 3 zu § 93 BetrVG 1972.

neu zu besetzende Stelle zu melden¹. Dies gilt nur vorbehaltlich anders lautender Betriebsvereinbarungen, die zT vorsehen, dass ein Arbeitsplatz zunächst für mehrere Wochen ausschließlich intern ausgeschrieben wird, bevor ein Rückgriff auf den externen Arbeitsmarkt erfolgen darf. Weiterhin besteht keine Verpflichtung des Arbeitgebers, einen internen Arbeitnehmer auch tatsächlich einzustellen²; er muss dem betriebsinternen Bewerber lediglich die Möglichkeit einräumen, sich neben externen Arbeitnehmern zu bewerben. Dem Arbeitgeber ist es nur verwehrt, einen Neubewerber einzustellen, bevor der Arbeitsplatz – wie vom Betriebsrat verlangt – auch betriebsintern ausgeschrieben worden ist und Reaktionen der Arbeitnehmer auf die Ausschreibung erfolgen konnten. Erfolgt die Einstellung dagegen bereits wenige Tage nach der Ausschreibung, muss sich der Arbeitgeber so behandeln lassen, als wäre überhaupt keine Ausschreibung erfolgt.

- 15 ☞ **Hinweis:** Zwischen der betriebsinternen Ausschreibung und der Einstellung eines externen Bewerbers muss mindestens eine Woche liegen, ansonsten kann der Betriebsrat der Einstellung gem. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG widersprechen³. Das BAG hat zumindest einen Zeitraum von zwei Wochen als ausreichend anerkannt⁴.

bb) Inhalt des Mitbestimmungsrechts

- 16 Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erstreckt sich nur auf die Ausschreibung an sich; über Art und Inhalt der Ausschreibung entscheidet der Arbeitgeber⁵. Allerdings kann der Betriebsrat verlangen, dass er die Ausschreibung so formuliert, dass der potentielle Bewerber über die Art der Tätigkeit und die erwartete Qualifikation informiert wird⁶.
- 17 Der Betriebsrat kann aufgrund des grundsätzlich kollektiven Charakters der betrieblichen Mitbestimmung Ausschreibungen des Arbeitgebers **nur generell** für sämtliche freien Arbeitsstellen **oder auch gruppenbezogen** definiert nach Art der Tätigkeit verlangen, zB die Neubesetzung von Sekretärinnenstellen. Er kann sein Verlangen nicht auf einen konkreten Einzelfall beziehen⁷. Sollte der Arbeitsplatz im Betrieb jedoch tatsächlich nur einmal vorhanden und so nur einmal an einen Bewerber zu vergeben sein, kann der Betriebsrat über § 93 BetrVG fordern, dass eine allgemein-generelle Ausschreibung des spezifischen Arbeitsplatzes erfolgen soll⁸.

cc) Rechtsfolgen einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts

(1) Allgemeines

- 18 Bei einem **Verstoß gegen die innerbetriebliche Ausschreibungspflicht** kann der Betriebsrat in Unternehmen, die in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigte Ar-

1 S. auch Richardi/Thüsing, § 93 BetrVG Rz. 24 mwN.

2 Vgl. BAG v. 18. 11. 1980 – 1 ABR 63/78, AP Nr. 1 zu § 93 BetrVG 1972; v. 7. 11. 1977 – 1 ABR 55/75, AP Nr. 1 zu § 100 BetrVG 1972.

3 Vgl. ArbG Reutlingen v. 9. 9. 1993 – 1 BV 20/93, AiB 1994, 122.

4 Vgl. BAG v. 17. 6. 2008 – 1 ARB 20/07, NZA 2008, 1139ff.; LAG München v. 18. 12. 2008 – 4 TaBV 70/08.

5 Vgl. BAG v. 23. 2. 1988 – 1 ABR 82/86, AP Nr. 2 zu § 93 BetrVG 1972; v. 27. 10. 1992 – 1 ABR 4/92, AP Nr. 29 zu § 95 BetrVG 1972.

6 Vgl. BAG v. 23. 2. 1988 – 1 ABR 82/86, AP Nr. 2 zu § 93 BetrVG 1972.

7 HM: BAG v. 27. 5. 1982 – 6 ABR 105/79, SAE 1983, 21; LAG Köln v. 1. 4. 1993 – 10 TaBV 97/92, LAGE § 93 BetrVG 1972 Nr. 2; GK-BetrVG/Raab, § 93 Rz. 16 mwN; HSWGN/Rose, § 93 BetrVG Rz. 14; aA DKKW/Buschmann, § 93 BetrVG Rz. 3.

8 Vgl. HSWGN/Rose, § 93 BetrVG Rz. 28.

beitnehmer beschäftigen, gem. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG bei einer Neueinstellung seine Zustimmung mit der Folge verweigern, dass der Arbeitgeber die personelle Maßnahme vorerst nicht durchführen kann. Der Arbeitgeber kann daraufhin gem. § 99 Abs. 4 BetrVG einen Antrag auf Ersetzung der Zustimmung beim zuständigen Arbeitsgericht stellen. Gleiches gilt, wenn sich der Arbeitgeber bei der Ausschreibung nicht an die mit dem Betriebsrat ausgehandelten Mindestanforderungen der Ausschreibung hält.

Bei **fehlender Zustimmung des Betriebsrats** zu der Einstellung darf der Arbeitgeber 19 einen Arbeitnehmer nicht im Betrieb beschäftigen; der Arbeitsvertrag ist in seiner Wirksamkeit allerdings nicht tangiert¹. Der Arbeitgeber ist jedoch berechtigt, das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen zu kündigen, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung endgültig versagt. Sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei Abschluss des Vertrages über die fehlende Zustimmung unterrichtet haben, kann sogar eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sein².

↪ **Hinweis:** Wenn der Arbeitgeber eine Einstellung ohne die notwendige Zu- 20 stimmung des Betriebsrats vornimmt, sollte er arbeitsvertraglich eine auflösende Bedingung für den Fall der endgültigen Verweigerung der Zustimmung oder der gerichtlichen Ablehnung der Zustimmungsersetzung vereinbaren. Der Arbeitsvertrag endet in diesem Fall ohne eine weitere Gestaltungs- erklärung des Arbeitgebers, also ohne Kündigung und ohne Aufhebungsvertrag³.

(2) Zustimmungsverweigerungsrecht bei einem Verstoß gegen § 11 AGG

Ob die **Missachtung einer diskriminierungsfreien externen Ausschreibung** und da- 21 mit ein Verstoß gegen § 11 AGG ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates nach § 99 BetrVG begründen kann, ist umstritten. Richtigerweise kann der Betriebsrat die Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn diese gegen ein Gesetz verstößt, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Die Verletzung von § 11 AGG bei der Ausschreibung betrifft jedoch das Vorfeld der personellen Maßnahme und nicht die Einstellung eines anderen Arbeitnehmers, so dass kein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates begründet wird⁴. Zudem gebietet § 11 AGG die Einstellung gerade nicht, sondern löst im Zweifel nur eine Schadensersatz- bzw. Entschädigungspflicht nach § 15 AGG aus⁵.

Der Betriebsrat konnte allerdings nach der wohl überwiegenden, aber abzulehnen- 22 den Ansicht⁶ vor Inkrafttreten des AGG seine Zustimmung zur Einstellung nach

1 Vgl. BAG v. 2. 7. 1980 – 5 AZR 1241/79, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 28; v. 17. 2. 1983 – 2 AZR 208/81, AP Nr. 74 zu § 620 BGB – Befristeter Arbeitsvertrag; v. 28. 4. 1992 – 1 ABR 73/91, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 106; ErfK/*Kania*, § 99 BetrVG Rz. 45; HSWG/ *Schlochauer*, § 99 BetrVG Rz. 9; Richardi/*Thüsing*, § 99 BetrVG Rz. 293f.; GK-BetrVG/ *Raab*, § 99 Rz. 125.

2 Vgl. HSWG/*Schlochauer*, § 100 BetrVG Rz. 41.

3 Vgl. BAG v. 17. 2. 1983 – 2 AZR 208/81, AP Nr. 74 zu § 620 BGB – Befristeter Arbeitsvertrag.

4 So auch MünchKommBGB/*Thüsing*, § 11 AGG Rz. 11; *Besgen*, BB 2007, 217.

5 So bereits zu § 611b BGB: MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, § 611b Rz. 7; *Soergel/Raab*, § 611b BGB Rz. 10.

6 Vgl. LAG Hessen v. 13. 7. 1999 – 4 Ta BV 192/97, NZA-RR 1999, 641; LAG Berlin v. 25. 4. 1983 – 4 BV 14/82, DB 1983, 2633; ArbG Essen v. 8. 11. 1983 – 1 BV 67/90, BetrR 1991, 280; MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, § 611b Rz. 6; *Soergel/Raab*, § 611b BGB Rz. 10; aA HSWG/*Schlochauer*, § 99 BetrVG Rz. 133, die ihre Auffassung damit begründen, dass § 93 BetrVG erst dann verletzt sei, wenn zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber über die Form und den Inhalt eine Vereinbarung getroffen worden sei, die sich auch auf die Geschlechtsneutralität beziehe, und der Arbeitgeber diese Vereinbarung bei der

§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG bei einer **innerbetrieblichen Ausschreibung** verweigern, die nicht geschlechtsneutral war. Es fehle an einer ordnungsgemäßen Ausschreibung nach § 93 BetrVG, wenn der Bewerberkreis durch eine geschlechtsspezifische Diskriminierung im Vorfeld der Einstellung verkleinert werde¹, weil einige Interessenten aufgrund der Formulierung der Ausschreibung von einer Bewerbung absähen. Damit werde aber der Sinn und Zweck des Rechts auf Ausschreibung nach § 93 BetrVG – die Aktivierung des betriebsinternen Arbeitskräftepotentials – durchkreuzt. Auch nach Inkrafttreten des AGG soll nach herrschender Meinung² nichts anderes gelten. An der Rechtslage habe sich grundsätzlich nichts geändert. Vielmehr werde das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck von § 93 BetrVG auf sämtliche vom AGG über das Geschlecht hinausgehend erfasste Merkmale erweitert³.

(3) Kein Zustimmungsverweigerungsrecht bei einem Verstoß gegen § 7 Abs. 1 TzBfG

- 23 Unklar ist, ob auch ein Verstoß gegen das TzBfG, eine Stelle bei Eignung als Teilzeitarbeitsplatz auszuschreiben, mitbestimmungsrechtliche Sanktionen nach sich zieht. Das TzBfG selbst nennt für diesen Fall keine Rechtsfolge. Es wird deshalb vertreten, dass die Missachtung der gesetzlichen Vorschrift keine Konsequenzen hat⁴. Der Arbeitgeber kann vielmehr seine organisatorischen Vorstellungen im Rahmen seiner Personal- und Stellenplanung unter Berücksichtigung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 92 BetrVG (vgl. Rz. 28f.) durchsetzen. Nach einer anderen Auffassung⁵ kann der Betriebsrat einer Einstellung gem. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG widersprechen, wenn er eine innerbetriebliche Ausschreibung nach § 93 BetrVG verlangt und der Arbeitgeber diese nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechend, dh. gem. § 7 Abs. 1 TzBfG auch als Teilzeitstelle ausschreibt. Diese Ansicht ist abzulehnen. Der Gesetzgeber hat die früheren § 93 Satz 2 und 3 BetrVG nach Inkrafttreten des TzBfG zum 1. 1. 2001 gestrichen⁶. Es sollte eine einheitliche und abschließende Regelung der Teilzeitarbeit

Ausschreibung nicht beachte. Dagegen spricht aber, dass es keiner Abrede zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber hinsichtlich einer geschlechtsneutralen Ausschreibung bedarf, da diese zwingend von Gesetzes wegen vorgeschrieben ist; offengelassen: LAG München v. 18. 12. 2008 – 4 TaBV 70/08, nv.

1 So insbesondere MünchKommBGB/Müller-Glöße, § 611b Rz. 6.

2 Vgl. *Fitting*, § 99 BetrVG Rz. 250; GK-BetrVG/Raab, § 99 Rz. 167; ErfK/Kania, § 99 BetrVG Rz. 34; Löwisch/Kaiser, § 99 BetrVG, Rz. 97 mwN; aA MünchKommBGB/Thüsing, § 11 AGG Rz. 11; MünchArbR/Matthes, § 263 Rz. 65; Richardi/Thüsing, § 99 BetrVG Rz. 235; *Besgen*, BB 2007, 217.

3 Vgl. LAG Hessen v. 6. 3. 2008 – 9 TaBV 251/07, AuR 2008, 315ff.: Unterlassungsanspruch des Betriebsrates bei groben Verstößen des Arbeitgebers bei unter Berücksichtigung des AGG benachteiligenden Stellenausschreibungen; bestätigt durch BAG v. 18. 8. 2009 – 1 ABR 47/08, NZA 2010, 222ff.; vgl. auch LAG Saarland v. 11. 2. 2009 – 1 TaBV 73/08; dazu *Bissels/Lützeler*, BB 2010, 1661.

4 So insbesondere ArbG Hannover v. 13. 1. 2005 – 10 BV 7/04, DB 2005, 896; ErfK/Kania, § 99 BetrVG Rz. 34; *Beckschulze*, DB 2000, 2605f.; *Ehler*, BB 2001, 1148ff.; *Schloßer*, BB 2001, 411f.

5 Vgl. *Däubler/Kittner/Klebe/Wette*, § 99 BetrVG Rz. 197a; *Fitting*, § 99 BetrVG Rz. 249; *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, § 7 TzBfG Rz. 7; s. auch *Däubler*, ZIP 2000, 1962 und ZIP 2001, 218 mit einem Hinweis auf die gleiche Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen § 611b BGB aF; in diese Richtung auch *Hanau*, NZA 2001, 1168; *Hromadka*, NJW 2001, 401.

6 § 93 BetrVG lautete bis zum 30. 12. 2000: „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. Er kann anregen, dass sie auch als Teilzeitarbeitsplätze ausgeschrieben werden. Ist der Arbeitgeber bereit,

im TzBfG erfolgen. Eine Anregung durch den Betriebsrat zur Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen, wie sie § 93 Satz 2 und 3 BetrVG aF vorsah, ist damit nicht mehr erforderlich. Ein Widerspruchsrecht des Betriebsrates nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG kommt nicht mehr in Betracht, da sich dieses ausschließlich auf eine unterbliebene Ausschreibung im Betrieb nach § 93 BetrVG bezieht. Die Regelung zur Ausschreibung von Teilzeitarbeitsplätzen ist aber durch die Streichung von § 93 Satz 2 und 3 BetrVG aF und die Neufassung des TzBfG der Disposition des Betriebsrates entzogen und kann dementsprechend auch kein Zustimmungsverweigerungsrecht begründen¹. Auch der Sinn und Zweck von § 93 BetrVG sprechen gegen ein Zustimmungsverweigerungsrecht. Danach soll eine interne Ausschreibung die Verstimmung der Belegschaft vermeiden, die sich ergibt, wenn trotz ausreichender Bewerber innerhalb des Betriebes neue externe Arbeitnehmer eingestellt würden². Bei der Frage, ob ein Arbeitsplatz als Teilzeitarbeitsstelle ausgeschrieben wird oder nicht, ist ein solches Konkurrenzverhältnis zwischen Belegschaft und neu angeworbenen Arbeitskräften aber gerade nicht zu befürchten; vielmehr geht es hierbei um die grundsätzliche Eignung des Arbeitsplatzes für Teilzeitbeschäftigte.

dd) Vorläufige Maßnahmen

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber auch ohne die Zustimmung des Betriebsrats vorläufige personelle Maßnahmen durchführen, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend geboten ist, § 100 Abs. 1 BetrVG. 24

Beispiel:

Eine besonders qualifizierte Arbeitskraft droht bei einer sich verzögernden Einstellung, eine andere Arbeitsstelle bei einem anderen Arbeitgeber anzunehmen³. 25

Bestreitet der Betriebsrat das Vorliegen eines sachlichen Grundes, kann der Arbeitgeber die vorläufige Maßnahme nur aufrechterhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung und die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend geboten war, § 100 Abs. 2 BetrVG. Wird die Ersetzung der Zustimmung oder das Vorliegen eines sachlichen Grundes durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung abgelehnt, so endet die personelle Maßnahme von Gesetzes wegen nach dem Ablauf von zwei Wochen und darf danach nicht mehr aufrechterhalten werden, § 100 Abs. 3 BetrVG. 26

Dennoch folgt aus der Entscheidung des Gerichts nicht, dass der Arbeitsvertrag automatisch aufgehoben wäre. Erforderlich ist grundsätzlich noch eine rechtsgestaltende Erklärung des Arbeitgebers in Form einer Kündigung oder eines Aufhebungsvertrages, da die betriebsverfassungsrechtliche Unzulässigkeit der Einstellung die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages unberührt lässt⁴. Etwas anderes gilt lediglich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag und damit die vorläufige Einstellungsmaßnahme auflösend bedingt auf die Nichtersetzung der Zustimmung durch das Gericht geschlossen hat (s. dazu bereits oben Rz. 18 ff.)⁵. 27

Arbeitsplätze auch mit Teilzeitbeschäftigten zu besetzen, ist hierauf in der Ausschreibung hinzuweisen.“

1 Vgl. *Ehler*, BB 2001, 1147.

2 Vgl. Nachweise: BAG v. 23. 2. 1988 – 1 ABR 82/86, AP Nr. 2 zu § 93 BetrVG 1972; v. 27. 7. 1993 – 1 ABR 7/93, AP Nr. 3 zu § 93 BetrVG 1972.

3 Vgl. LAG Berlin v. 27. 9. 1982 – 9 Ta BV 3/82, BB 1983, 574.

4 HM, HSWG/N/Schlochauer, § 100 BetrVG Rz. 40; MünchArbR/Matthes, § 265 Rz. 34; aA *Fitting*, § 100 BetrVG Rz. 18.

5 Vgl. BAG v. 17. 2. 1983 – 2 AZR 208/81, AP Nr. 74 zu § 620 BGB – Befristeter Arbeitsvertrag.

e) Betriebliche Mitbestimmungsrechte bei der Personalplanung¹

- 28 Unabhängig von einem möglichen Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG stehen dem Betriebsrat Mitwirkungsrechte bereits im Vorfeld von Stellenausschreibungen zu; nach § 92 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf, anhand von Unterlagen zu unterrichten und sich mit diesem über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen zu beraten. Die Missachtung des umfassenden Unterrichts- und Beratungsrechts durch den Arbeitgeber tangiert die Wirksamkeit einer später möglicherweise durchzuführenden Neueinstellung jedoch nicht².
- 29 ↻ **Hinweis:** Empfehlenswert kann der Abschluss einer freiwilligen Betriebsvereinbarung zwischen den Betriebsparteien sein, in der zB die Ausschreibungsverpflichtung des Arbeitgebers und die Anforderungen an eine innerbetriebliche Ausschreibung festgelegt werden. Sollen in der Betriebsvereinbarung auch die Qualifikation und die fachlichen Anforderungen an einen Bewerber für einen bestimmten Arbeitsplatz festgelegt werden, handelt es sich um **Auswahlrichtlinien**, bei denen ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht, § 95 Abs. 1 BetrVG³. Ein Initiativrecht für Auswahlrichtlinien steht dem Betriebsrat erst bei Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern zu. In solchen Betrieben kann der Betriebsrat Auswahlrichtlinien letztlich durch eine verbindliche Entscheidung der Einigungsstelle erzwingen. Ansonsten beschränkt sich die Mitbestimmung auf ein Zustimmungsrecht, sobald der Arbeitgeber Auswahlrichtlinien einführt.

30 Übersicht über die Mitwirkung des Betriebsrats in der Anwerbephase vor der Einstellung:

- Unterrichts- und Beratungsrecht bei der Personalplanung, § 92 BetrVG.
Rechtsfolge bei Verstoß: Ordnungswidrigkeit nach § 121 BetrVG (bis zu 10000 Euro Geldbuße).
- Forderung einer innerbetrieblichen Ausschreibung eines freien Arbeitsplatzes, § 93 BetrVG.
Rechtsfolge bei Verstoß: Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG.
- Unterrichtsrecht des Betriebsrats bei vorläufiger Durchführung einer personellen Maßnahme durch den Arbeitgeber, § 100 Abs. 1 und 2 Satz 1 BetrVG.
- Ersetzung der fehlenden oder verweigerten Zustimmung des Betriebsrats bei vorläufigen personellen Maßnahmen durch ein Arbeitsgericht, § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG.
- Bei Ablehnung der gerichtlichen Zustimmung endet die personelle Maßnahme zwei Wochen nach Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung, § 100 Abs. 3 BetrVG.

1 Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats vor der konkreten Einstellung des Arbeitnehmers nach § 99 BetrVG werden nicht behandelt; vgl. dazu Teil 4 A.

2 Vgl. *Fitting*, § 92 BetrVG Rz. 45.

3 Vgl. *Richardi/Thüsing*, § 93 BetrVG Rz. 23 mwN.