

1 Die Einstellung

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

Hinweis

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

1.1 Anforderungen an Stellenanzeigen

Schon seit 1980 hat der Gesetzgeber durch Einführung des § 611 b BGB von den Arbeitgebern verlangt, dass die Ausschreibung von Stellen geschlechtsneutral zu erfolgen hat. Obwohl es die Pflicht zur geschlechtsneutralen Stellenanzeige schon seit vielen Jahren gibt, findet man im Stellenteil der Zeitungen immer noch Anzeigen, mit denen nur männliche oder nur weibliche Bewerber angesprochen werden. Derartige Anzeigentexte bergen für den Arbeitgeber ein hohes finanzielles Risiko.

§ 611 b BGB ist 2006 durch § 11 AGG ersetzt worden. Mit dem „Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz“ (AGG) werden die Pflichten für Arbeitgeber im Bereich der Stellenanzeigen nochmals präzisiert. Verstößt der Arbeitgeber mit seiner Stellenausschreibung gegen § 11 AGG, kann ein abgewiesener Bewerber Entschädigungsansprüche geltend machen.

Hinweis

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

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

1.1.1 Diskriminierungsmerkmale des AGG

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

- Geschlechts

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

Checkliste: Definitionen der Diskriminierungsmerkmale und verbotene Verhaltensweisen

Merkmal	Besonderheiten/Definitionen	Verbotene Verhaltensweise
Geschlecht		<p>Unterschiedliche Behandlungsweise von Männern und Frauen, z. B.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Eine schwangere Frau erhält keine Sonderzahlung • Die Stellenausschreibung richtet sich nur an Frauen, weil im Team bislang nur Frauen arbeiten • Frauen und Männer werden unterschiedlich bezahlt
Behinderung	<p>Gemeint sind Behinderungen im Sinne von § 2 Abs. 1 SGB IX. Danach sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als 6 Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Sie sind von einer Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ablehnen einer Beförderung aufgrund einer Behinderung • Schikanöse Behandlung wegen der Behinderung • Behinderte erhalten eine geringere Vergütung • Ablehnung eines behinderten Bewerbers allein aufgrund der Behinderung
Alter	<p>Der Begriff schützt sowohl Ältere als auch Jüngere.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ablehnung eines Bewerbers allein aufgrund seines „älteren Jahrgangs“ • Ablehnung eines minderjährigen Bewerbers für eine Ausbildungsstelle, weil er keinen Führerschein hat

Rasse	Rasse ist ein biologischer Begriff, der geburtsbedingt ist. Die Zugehörigkeit eines Menschen zu einer Rasse bedeutet die Einordnung in eine Gruppe gleicher Kennzeichen und die Vererblichkeit dieser Merkmale. Das AGG geht davon aus, dass es Rassen gar nicht gibt. Das Diskriminierungsverbot besteht daher „aus Gründen der Rasse“.	<ul style="list-style-type: none"> • Verlangen eines Nachweises über die Herkunft • Mitarbeiter lehnen es ab, mit einem Mitarbeiter fremder Herkunft zusammenzuarbeiten • Benachteiligungen wegen Hautfarbe, Abstammung, Nationalität
Ethnische Herkunft	Ethnische Herkunft bezeichnet die individuell empfundene Zugehörigkeit zu einer Volksgruppe, deren gemeinsame Merkmale, z. B. Sprache, Religion, Traditionen sein können.	<ul style="list-style-type: none"> • Bezeichnung als „Zigeuner“ • Kunden lehnen es ab, sich von einem bestimmten Mitarbeiter bedienen zu lassen • Benachteiligungen wegen Hautfarbe, Abstammung, Nationalität
Religion	Nach der Gesetzesbegründung ist in Religion eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens, die auf innerweltliche Bezüge beschränkt ist, zu sehen. Die Religion legt eine den Menschen überschreitende („transzendente“) Wirklichkeit zugrunde.	<ul style="list-style-type: none"> • Hänseleien wegen eines kirchlichen Engagements • Fragen nach der Religionszugehörigkeit im Rahmen des Einstellungsgesprächs
Weltanschauung	Nach der Gesetzesbegründung ist in einer Weltanschauung eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens, die auf innerweltliche Bezüge beschränkt ist, zu sehen. Die Weltanschauung beschränkt sich – in Abgrenzung zur Religion – auf innerweltliche („immanente“) Bezüge.	<ul style="list-style-type: none"> • Hänseleien wegen der Lektüre einschlägiger Bücher oder des Aufstellens einschlägiger Deko-Gegenstände • Ausüben von Druck, wenn es der Mitarbeiter wegen seiner Weltanschauung ablehnt, bestimmte Arbeiten auszuführen

Sexuelle Identität	Sexuelle Identität umschreibt die Hauptzielrichtung der sexuellen Interessen einer Person im Hinblick auf den/die gewünschten Partner. Das Merkmal soll die Partnerwahl einer Person schützen. Die sexuelle Identität erfasst neben Heterosexuellen, Homosexuellen und Bisexuellen auch Transsexuelle und Transgender.	<ul style="list-style-type: none"> • Vereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung berücksichtigen keine Partnerschaften zwischen Gleichgeschlechtlichen • Kündigung eines Mitarbeiters in der Probezeit wegen Homosexualität • Anspielungen auf den Partner und die sexuellen Beziehungen
--------------------	--	---

Ausnahmen nur, wenn sachlich gerechtfertigt

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

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

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

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

Beispiel

Ein Arzt sucht einen Mitarbeiter mit guten Kenntnissen der deutschen und türkischen Sprache in Wort und Schrift, damit er seine türkisch sprechenden Patienten besser betreuen kann. Die unterschiedliche Behandlung der Bewerber nach dem Merkmal „ethnische Herkunft“ ist gerechtfertigt.

- Religion oder Weltanschauung bei Religionsgemeinschaften
- Alters, wenn diese objektiv angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Zielerreichung müssen angemessen und erforderlich sein. Erlaubt ist danach ein Höchstalter für Auszubildende, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen sicherzustellen.

1.1.2 So formulieren Sie Ihre Stellenanzeige rechtssicher

Formulieren Sie Ihre Stellenanzeige unter folgenden Gesichtspunkten:

- Im Vordergrund stehen die sich aus dem Arbeitsplatz ergebenden Anforderungen an die Kenntnisse und Fertigkeiten des neuen Mitarbeiters. Ihre Stellenanzeige sollte daher z. B. folgende Fragen beantworten:

- Welche Berufsausbildung muss der Bewerber haben?
- Sind weitere Qualifikationen erforderlich? (z. B. Führerschein, Kenntnisse in bestimmter Software)
- Sind Fremdsprachenkenntnisse erforderlich?
- Gibt es eine allgemein anerkannte Berufsbezeichnung?
Dann verwenden Sie immer die männliche und weibliche Bezeichnung oder weisen Sie durch einen klarstellenden Zusatz darauf hin, dass die Anzeige sich an beide Geschlechter wendet.

Beispiel: Wir suchen

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

Lassen Sie folgende Formulierungen lieber weg:

- *Sie sind zwischen 25 und 30 Jahre alt.*
- *Zur Verstärkung unseres jungen Teams*
- Erfordert der Arbeitsplatz Berufserfahrung, ist dies ein wichtiges Kriterium. Vermeiden Sie aber die Angabe, dass Sie eine bestimmte Anzahl an Berufsjahren voraussetzen. Hierin kann eine Diskriminierung liegen.

Formulieren Sie so:

- *Wir suchen einen Mitarbeiter/eine Mitarbeiterin mit Berufserfahrung.*
- *Die Anforderungen des Arbeitsplatzes erfordern mehrjährige Berufserfahrung.*
- *Sie haben seit einigen Jahren Erfahrungen auf dem Gebiet des ... erworben.*
- Zu welchem Termin soll der neue Mitarbeiter eintreten?
- Sind Angaben zur Vergütung in der Stellenanzeige erforderlich?
- Welche Unterlagen soll die Bewerbung auf jeden Fall enthalten? (z. B. Schulzeugnisse, Arbeitgeberzeugnisse, Nachweise über Zusatzqualifikationen, Lebenslauf)

Tipp

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

- Auf welchen Wegen kann man sich bewerben?
Zusendung der Bewerbungsunterlagen; Bewerbung über Internetmaske/Homepage; Bewerbung durch persönliche Vorstellung?
- Gibt es einen Stichtag, bis zu dem Sie Bewerbungen annehmen?

- Benennen Sie eine Person mit Angabe der Kontaktdaten, die für weitere Auskünfte zur Verfügung steht.

Tipp

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

1.1.3 Risiko: Stellenvermittler

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

Tipp

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

Rechtsprechung

BAG vom 05.02.2004 – 8 AZR 112/03

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

1.2 Bewerberauswahl

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

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

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

Tipp

Dokumentieren Sie – zunächst ausschließlich für interne Zwecke –

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

1.3 Risiko: Einladungsschreiben zum Vorstellungsgespräch

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

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

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

- Bus- und Straßenbahnfahrkarten
- Taxikosten
Wenn andere öffentliche Verkehrsmittel zu zeitraubend sind
- Bahnfahrkarten 2. Klasse und Zuschläge für bestimmte Züge
Die Übernahme der Kosten für eine Bahnfahrt erster Klasse kann der neue Arbeitgeber durchaus mit dem Hinweis ablehnen, eine derart „noble“ Fahrt sei nicht erforderlich und nicht angemessen gewesen.
- Pkw-Kosten
In der Regel können bei der Anreise mit dem privaten Pkw die entstehenden Pkw-Kosten (Benzin, Versicherung usw.) durch die Zahlung in Höhe der nach dem Steuerrecht zulässigen Entfernungspauschale abgegolten werden.
- Kosten für eine Übernachtung mit Frühstück in einem „normalen“ Hotel oder einer Pension
Übernachtungskosten muss der neue Arbeitgeber aber nur übernehmen, wenn es aufgrund der Entfernung zwischen Wohnort und Sitz des Betriebes mit dessen Inhaber das Vorstellungsgespräch stattfindet, nicht möglich ist, am selben Tag wieder nach Hause zurückzukehren.

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

Tipp

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

Für die betriebliche Praxis bedeutet dies, dass

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

Musterformulierung

Wir erstatten keinerlei Kosten für Vorstellungsgespräche.

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

Musterformulierung

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

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

Musterformulierung

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

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

Musterformulierung

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

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

Musterformulierung

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

Rechtsprechung

BAG vom 29.06.1988 – 5 AZR 433/87

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

Vorwort zur zweiten Auflage 2010

Wie schon die erste Auflage möchte das Buch Ihnen helfen, sich bei konkreten Fragen schnell und praxisnah zu informieren. Auch die zweite Auflage enthält zahlreiche Beispiele, Hinweise, Tipps und Musterformulierungen.

Das Buch wurde komplett auf erforderliche Änderungen und Ergänzung neuester Rechtsprechung durchgearbeitet. Änderungen und Ergänzungen finden Sie z. B. in folgenden Kapiteln:

- Altersteilzeit
Neu gefasst wurde das Kapitel über die Altersteilzeit wegen des Wegfalls der Förderung durch die Bundesanstalt für Arbeit am Jahresende 2010.
- Erweitert wurde das Kapitel Arbeitnehmerdatenschutz.
- Neu aufgenommen wurde das Kapitel über das Gendiagnostikgesetz und seine Auswirkungen auf Einstellungsuntersuchungen.
- Kündigung/Kündigungsfristen
Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass für die Kündigungsfristen die Betriebszugehörigkeitszeiten vor dem 25. Lebensjahr beachtet werden müssen. § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB findet also keine Anwendung mehr.
Das Bundesarbeitsgericht hat seine Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung bei Bagatelldiebstählen geändert. Arbeitgeber müssen bei Bagatelldiebstählen zukünftig erst abmahnen.
- Ebenfalls neu ist das Kapitel über das Pflegezeitgesetz.
- Urlaub
Ebenfalls durch den Europäischen Gerichtshof und das Bundesarbeitsgericht wurde entschieden, dass der gesetzliche Mindesturlaub eines erkrankten Mitarbeiters nicht mehr verfällt.

Haben Sie Anregungen zum Buch? Dann setzen Sie sich mit mir in Verbindung!

Mannheim, Juli 2010

Ralph Jürgen Bährle
Rechtsanwalt
www.baehrle-partner.de
ralph.baehrle@baehrle-partner.de