

Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

Inhalt:

1	Einführung	3
2	Benachteiligungsverbote	3
2.1	Die 8 Benachteiligungsgründe des AGG	3
2.2	Unmittelbare Benachteiligung	3
2.3	Mittelbare Benachteiligung	3
2.4	Gendiagnostikgesetz	4
3	Benachteiligungsfreie Stellenausschreibung	4
3.1	Geltung für alle Ausschreibungen	4
3.2	Keine Anknüpfung an Benachteiligungsmerkmale	4
3.3	Aufforderung zur Übersendung von Bewerbungsunterlagen	5
3.4	Besondere Pflichten in Bezug auf Schwerbehinderte	5
3.5	Rechtsfolgen	6
4	Auswahlverfahren	6
4.1	Kriterien für das Auswahlverfahren	6
4.2	Auskünfte über den Bewerber	6
4.2.1	Aus Sicht des anfragenden Arbeitgebers	6
4.2.2	Aus Sicht des befragten Arbeitgebers	7
4.3	Recherche im Internet	7
4.4	Vorstellungsgespräch	7
4.5	Hinweis- und Aufklärungspflichten bei Einstellungsverhandlungen	8
4.5.1	Aufklärungspflichten des Arbeitgebers	8
4.5.2	Aufklärungspflichten des Arbeitnehmers	8
4.6	Ärztliche Untersuchung	8
5	Einstellungsentscheidung	9
5.1	Kein Verstoß gegen Benachteiligungsverbot – wichtige Benachteiligungsmerkmale	9
5.1.1	Geschlecht	9
5.1.2	Behinderung	9
5.1.3	Alter	10
5.2	Ablehnung der Bewerbung	10
5.3	Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot	11
5.3.1	Trotz Benachteiligung kein Anspruch auf Einstellung	11
5.3.2	Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz	11
5.3.2.1	Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG	11
5.3.2.2	Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG	12
5.3.2.3	Rechtsmissbrauch bei Scheinbewerbung	12
5.3.2.4	Beweislast	13
5.3.2.5	Fristen zur Geltendmachung der Ansprüche	13
6	Bewerbungsunterlagen	14
6.1	Umgang mit Bewerbungsunterlagen	14
6.2	Rücksendung und Datenlöschung bei Ablehnung der Bewerbung	14
7	Ersatz der Vorstellungskosten	15

1 Einführung

Bevor der Apothekeninhaber neue Mitarbeiter einstellen kann, steht er vor der häufig mühevollen Aufgabe der Personalsuche, der Führung von Bewerbungsgesprächen und schließlich der Auswahl des geeigneten Kandidaten für die zu besetzende Stelle. Bereits in dieser Phase befinden sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer keineswegs in einem rechtsfreien Raum. Für die Anwerbung von Arbeitnehmern und für die Anbahnung von Arbeitsverhältnissen bestehen eine ganze Reihe von Rechtsregeln, die von beiden Parteien beachtet werden müssen, wenn es nicht schon zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses oder sogar beim Nichtzustandekommen eines Arbeitsvertrages zu rechtlichen Auseinandersetzungen kommen soll. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das am 18. August 2006 in Kraft getretene **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**, das gerade auch für das Einstellungsverfahren in vielerlei Hinsicht eine substanziell neue Rechtslage geschaffen hat.

2 Benachteiligungsverbote

2.1 Die 8 Benachteiligungsgründe des AGG

Das AGG verfolgt nach seinem § 1 das Ziel, Benachteiligungen aus einem der folgenden Gründe zu verhindern oder zu beseitigen:

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

Die zentrale Verbotsnorm des AGG findet sich in § 7 Abs. 1. Danach dürfen Beschäftigte nicht wegen eines der genannten 8 Gründe benachteiligt werden. Geschützt durch diese Vorschrift sind nicht nur Arbeitnehmer und die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten; als Beschäftigte gelten gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG auch die Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis. § 6 Abs. 1 Satz 2 enthält nach neuer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einen formalen Bewerberbegriff. Danach ist Bewerber jeder, der eine Bewerbung eingereicht hat¹. Dagegen kommt es an dieser Stelle nicht darauf an, ob sich der Betroffene subjektiv ernsthaft bewor-

ben hat und nicht nur in rechtsmissbräuchlicher Weise eine Entschädigung anstrebt² (vgl. hierzu unten Abschnitt 5.3.2.3).

In Übereinstimmung mit § 6 Abs. 1 Satz 2 bestimmt § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG, dass Benachteiligungen aus einem der in § 1 genannten 8 Gründe unter anderem unzulässig sind in Bezug auf die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit.

Das Zusammenspiel dieser gesetzlichen Regelungen zeigt, dass die Inhalte des AGG für die verschiedenen Phasen der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses von zentraler Bedeutung sind, von der Ausschreibung der Stelle einschließlich der Anforderung von Bewerbungsunterlagen über die Führung von Auswahlgesprächen bis zur Einstellungsentscheidung und der Mitteilung von Gründen für die Ablehnung des Bewerbers.

Im Übrigen ist das AGG auch im laufenden Arbeitsverhältnis zu beachten. Hieran erinnert beide Arbeitsvertragsparteien der deklaratorische Hinweis in der Präambel des Bundesrahmentarifvertrags für Apothekenmitarbeiter (BRTV).

2.2 Unmittelbare Benachteiligung

Unzulässig ist sowohl eine unmittelbare (§ 3 Abs. 1 AGG) als auch eine mittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 AGG). Bei einer **unmittelbaren Benachteiligung** wird eine Person wegen eines der oben genannten Merkmale weniger günstig behandelt als eine Person **in einer vergleichbaren Situation** (Zufügung eines Nachteils); die sich nachteilig auswirkende Maßnahme knüpft direkt an das verbotene Merkmal an (z. B. Nichteinladung eines türkischen oder eines farbigen Bewerbers zu einem Vorstellungsgespräch). In einer vergleichbaren Situation befinden sich Personen grundsätzlich bereits dann, wenn sie sich für dieselbe Stelle beworben haben³, ohne dass es hier auf die individuelle Qualifikation des Bewerbers ankäme⁴.

2.3 Mittelbare Benachteiligung

Bei einer **mittelbaren Benachteiligung** werden Personen durch dem Anschein nach neutrale

¹ BAG, Urteil vom 19.5.2016, NZA 2016, S. 1394 (Rdnr. 62).

² BAG, a. a. O.

³ BAG, a. a. O., Rdnr. 18.

⁴ BAG, Urteil vom 18.3.2010, NZA 2010, S. 872 (Rdnr. 22).

Vorschriften, Kriterien oder Verfahren wegen eines der Merkmale des § 1 benachteiligt, z.B. dadurch, dass sie stärker benachteiligt oder zahlenmäßig mehr betroffen sind als eine vergleichbare Gruppe. Siehe beispielhaft hierzu in Abschnitt 3.2 das Verlangen nach einer bestimmten Berufserfahrung oder nach guten Deutschkenntnissen.

Das Verbot der mittelbaren Benachteiligung ist letztlich ein Hilfsmittel zur Durchsetzung des eigentlichen Verbots unmittelbarer Diskriminierung⁵.

2.4 Gendiagnostikgesetz

Ergänzt werden die Diskriminierungsverbote des AGG seit 1.2.2010 durch das **Gendiagnostikgesetz (GenDG)**. Dieses enthält in § 21 ein spezielles arbeitsrechtliches Benachteiligungsverbot. Danach darf der Arbeitgeber Beschäftigte u. a. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen ihrer genetischen Eigenschaften benachteiligen. Das Verbot bezieht sich auch auf die genetischen Eigenschaften einer mit dem Stellenbewerber genetisch verwandten Person.

3 Benachteiligungsfreie Stellenausschreibung

3.1 Geltung für alle Ausschreibungen

Nach § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ausgeschrieben werden. Dies gilt für jegliche Form der Ausschreibung von Stellen, sowohl für öffentliche Ausschreibungen (insbesondere Stellenanzeigen in Zeitungen oder im Internet) als auch für Ausschreibungen innerhalb des Betriebs. Bedient sich der Arbeitgeber zur Stellenausschreibung eines Dritten, z.B. eines Stellenvermittlers wie der Agentur für Arbeit, und verletzt dieser Dritte die Pflicht zur neutralen Ausschreibung, so ist diese Pflichtverletzung dem Arbeitgeber zuzurechnen⁶. Den Apothekeninhaber trifft also bei Fremdausschreibung die Sorgfaltspflicht, die Ordnungsgemäßheit der Ausschreibung zu überwachen; er kann die Verantwortung für ein neutrales Verhalten bei Ausschreibungen nicht auf Dritte abwälzen⁷. Dies gilt für jegliche Verstöße gegen das AGG

im Bewerbungsverfahren (s. dazu unten Abschnitt 5.3.2.2).

3.2 Keine Anknüpfung an Benachteiligungsmerkmale

- Von den 8 Benachteiligungsmerkmalen des § 1 AGG, hinsichtlich derer die Ausschreibung von Arbeitsplätzen neutral sein muss, ist zunächst die **Geschlechtsneutralität** zu nennen. In diesem Sinne neutral ist eine Ausschreibung, die sich von ihrer Ausdrucksweise her sowohl an Frauen als auch an Männer wendet, z.B.: „**Wir suchen eine(n) Apotheker(in)**“.
- Neben dem Geschlecht ist vor allem das **Alter** ein Benachteiligungsmerkmal, das bei Stellenausschreibungen eine Rolle spielt. Generell ist davon abzuraten, Anforderungen an ein bestimmtes Lebensalter in die Stellenausschreibung aufzunehmen. So hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass u.a. folgende Formulierungen in Stellenausschreibungen eine Diskriminierung wegen des Alters bewirken und die Vermutung einer Benachteiligung älterer Stellenbewerber begründen:
 - Suche von Mitarbeitern zwischen 18 und 35 Jahren „für unser junges Team“⁸;
 - Angebot einer Stelle für „eine(n) junge(n), engagierte(n) Volljuristin/en“⁹;
 - Ausschreibung eines Traineeprogrammes für Hochschulabsolventen/Young Professionals“ als Berufsanfänger¹⁰;
 - Suche von Bewerbern, die eine intensive Einarbeitung „mit einem jungen, dynamischen Team“ erwartet¹¹;
 - Ausschreibung einer Stelle für einen „Rechtsanwalt (m/w) mit 0–2 Jahren Berufserfahrung“, dem/der eine langfristige Perspektive „in einem jungen und dynamischen Team“ geboten wird¹².

Das letztgenannte Beispiel lenkt den Blick auf das Kriterium der **Berufserfahrung**. Auch wenn dieses nicht direkt auf ein bestimmtes Alter Bezug nimmt, ist es dennoch geeignet, eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG zu bewirken. Wenn Mitarbeiter mit einer längeren Berufserfahrung gesucht werden, weisen diese typischerweise ein hö-

⁵ BAG, Urteil vom 14.11.2013, NZA 2014, S. 489 (Rdnr. 37).

⁶ BAG, Urteil vom 5.2.2004, NJW 2004, S. 2112 (2115).

⁷ BVerfG, Beschluss vom 21.9.2006, NJW 2007, S. 137 (138).

⁸ BAG, Urteil vom 21.6.2012, NZA 2012, S. 1211 (1213).

⁹ BAG, Urteil vom 19.8.2010, NZA 2010, S. 1412 (1415).

¹⁰ BAG, Urteil vom 24.1.2013, NZA 2013, S. 498 (Rdnr. 41 ff.).

¹¹ BAG, Urteil vom 11.8.2016, BB 2017, S. 506 (Rdnr. 32 ff.).

¹² BAG, Urteil vom 19.5.2016, NZA 2016, S. 1394 (Rdnr. 71 ff.).

heres Lebensalter als Berufsanfänger und Bewerber mit erster oder kurzer Berufserfahrung auf¹³. Jüngere Bewerber können insoweit benachteiligt werden.

Wenn umgekehrt – wie im genannten Beispiel – 0–2 Jahre Berufserfahrung verlangt werden, wird damit laut BAG lediglich Interesse an jüngeren Bewerbern signalisiert; damit ist eine Benachteiligung älterer Personen indiziert¹⁴. In einem solchen Fall dürfte aber der Hinweis in der Stellenanzeige zulässig sein, dass die Stelle **auch** für Berufsanfänger geeignet ist. Insgesamt ist aber aufgrund der neuen Rechtsprechung bei der ausdrücklichen Erwähnung des Themas „Berufserfahrung“ in einer Stellenausschreibung Vorsicht geboten. Besser ist es, durch die Beschreibung der Tätigkeit und der hierfür erwarteten Qualifikationen und Kenntnisse diesen Punkt indirekt anzusprechen.

- Die Begriffe „**flexibel und belastbar**“ in der Stellenanzeige eines Kleinbetriebs (in dem hier zitierten Urteil geht es um die Stelle eines Kfz-Mechanikers) sollen lediglich die Selbstverständlichkeit deutlich machen, dass für ein vielfältiges Aufgabengebiet auch erhebliches Engagement verlangt wird. Sie stellen kein Indiz für eine Benachteiligung **behinderter Bewerber** dar¹⁵.
- Die Anforderung, die **deutsche Sprache** in Wort und Schrift zu beherrschen, knüpft nicht direkt an eines der Benachteiligungsmerkmale des § 1 AGG an. Die deutsche Schriftsprache kann unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer Ethnie beherrscht werden¹⁶. Allerdings könnte in der Forderung nach ausreichenden Deutschkenntnissen eine mittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG liegen, wenn dadurch Ausländer überproportional betroffen sind. Diese Benachteiligung ist aber sachlich gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber mit dieser Anforderung eine möglichst optimale Erledigung der anfallenden Arbeit bezweckt und damit ein rechtmäßiges Ziel mit angemessenen und erforderlichen Mitteln verfolgt¹⁷. Eine Beschränkung der Bewerberauswahl auf „deutsche Muttersprachler“ hält hingegen dem

AGG nicht stand. Bei Apothekenmitarbeitern, die Publikumskontakt haben, ist es daher auch weiterhin zulässig, gute Deutschkenntnisse als Voraussetzung zu verlangen.

Hinweis: Generell sollten Stellenausschreibungen als Folge des AGG hauptsächlich auf die Tätigkeit selbst bezogen sein und die Anforderungen an die Tätigkeit möglichst genau wiedergeben.

3.3 Aufforderung zur Übersendung von Bewerbungsunterlagen

Auch bezüglich der Frage, welche Bewerbungsunterlagen in Stellenausschreibungen angefordert werden sollten, ist das AGG zu beachten. Weiter zulässig und für die Beurteilung des Bewerbers notwendig ist die Vorlage der **Zeugnisse** über die bisherigen beruflichen Tätigkeiten und die Schul- und Berufsausbildung. Jedoch könnte nach Ansicht einiger Kommentatoren die Praxis, ein Lichtbild und einen Lebenslauf für die Bewerbungsunterlagen zu verlangen, als – wenn auch nur schwaches – Indiz für eine unzulässige Benachteiligung angesehen werden. In Bezug auf das Lichtbild wird das damit begründet, dass dieses ggf. Rückschlüsse auf die Rasse oder ethnische Herkunft eines Bewerbers oder auch eine sichtbare Behinderung ermöglicht. Solange die Rechtsprechung hier nicht „grünes Licht“ gibt, sollten also Lebenslauf und Lichtbild in einer Stellenausschreibung nicht verlangt werden.

In der Praxis sollte man sich damit begnügen, „**aussagekräftige Bewerbungsunterlagen**“ in der Stellenausschreibung anzufordern. Es ist dann Sache des Bewerbers zu entscheiden, welche Angaben er in seiner Bewerbung macht und welche Unterlagen er beifügt. Angesichts der mindestens derzeit noch bestehenden Erwartungen in der Praxis an die Inhalte einer Bewerbung ist den Bewerbern zu empfehlen, auch weiterhin vollständige Angaben im bisherigen Sinne zu machen.

3.4 Besondere Pflichten in Bezug auf Schwerbehinderte

Der Arbeitgeber ist nach § 81 Abs. 1 SGB IX verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Hierzu ist frühzeitig Verbindung mit der Arbeitsagentur aufzunehmen, um sich

¹³ BAG, a. a. O., Rdnr. 73.

¹⁴ BAG, a. a. O.

¹⁵ LAG Nürnberg, Urteil vom 19.2.2008, NZA 2009, S. 148 (149 f.).

¹⁶ BAG, Urteil vom 22.6.2011, NZA 2011, S. 1226 (1229).

¹⁷ BAG, Urteil vom 28.1.2010, NZA 2010, S. 625 (626).

ggf. geeignete schwerbehinderte Bewerber benennen zu lassen. Diese Pflichten treffen alle Arbeitgeber, auch solche, die wegen ihrer Mitarbeiterzahl (weniger als 20 Arbeitsplätze, Stellen mit weniger als 18 Wochenstunden und Auszubildende zählen nicht mit) keine Schwerbehinderten beschäftigen müssen. Wird die Agentur für Arbeit nicht eingeschaltet, ergibt sich hieraus ein Indiz für eine Benachteiligung wegen einer Behinderung gem. § 7 AGG.

Hinweis: Es ist deshalb zu empfehlen, standardmäßig der Stelle für Schwerbehinderte bei der Arbeitsagentur die Stellenausschreibung zukommen zu lassen.

Wichtig: Die Verpflichtungen des Arbeitgebers nach § 81 SGB IX gelten nur für Schwerbehinderte (Menschen mit einem Grad der Behinderung von wenigstens 50, s. § 2 Abs. 2 SGB IX) und Menschen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber wenigstens 30, sofern diese den Schwerbehinderten durch Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit gleichgestellt wurden, s. § 2 Abs. 3 SGB IX. Ein Bewerber, der zwar behindert, jedoch nicht schwerbehindert ist und auch nicht gleichgestellt wurde, kann sich auf einen Verstoß des Arbeitgebers gegen § 81 Abs. 1 SGB IX daher nicht berufen¹⁸.

3.5 Rechtsfolgen

An einen Verstoß gegen § 11 AGG knüpft das Gesetz keine unmittelbaren Rechtsfolgen. Jedoch begründet eine Stellenausschreibung, die im Hinblick auf eines der 8 genannten Merkmale nicht neutral formuliert ist, die Vermutung, dass der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat¹⁹. Die Beweislast ist nach § 22 AGG so verteilt, dass der Arbeitnehmer nur Indizien beweisen muss, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Der Arbeitgeber trägt dann die Beweislast dafür, dass keine unzulässige Benachteiligung vorgelegen hat. Dieser Beweis dürfte in der Praxis nur schwer zu führen sein, wenn der Arbeitnehmer als Indiz eine gegen das Gesetz verstößende Stellenausschreibung anführen kann; s. dazu unter Abschnitt 5.3.2.4.

4 Auswahlverfahren

4.1 Kriterien für das Auswahlverfahren

Zur Vorbereitung des Bewerbungsverfahrens sollte der Apothekeninhaber die objektiven und subjektiven Kriterien formulieren, die ihm für den zu besetzenden Arbeitsplatz wichtig sind. Es ist zu empfehlen, diese Kriterien in ein Schema zu bringen und das Auswahlverfahren nach diesem Schema durchzuführen. Dabei kann man formelle und materielle Kriterien unterscheiden²⁰. Als **formelle** Kriterien objektiver Art können gelten einerseits die Vollständigkeit und andererseits die Fehlerfreiheit der Bewerbungsunterlagen, als subjektives formelles Kriterium, ob die Bewerbungsunterlagen ansprechend sind.

Materiell-inhaltliche Auswahlkriterien sind z. B. die Ausbildung, Fort- und Weiterbildung, eine mögliche Zusatzausbildung, Noten, Zeugnisse, weitere Qualifikationen wie z. B. EDV-Kenntnisse, Fremdsprachenkenntnisse, Führerschein (ggf. für Botenfahrten wichtig) und Art und Grad der Berufserfahrung (ggf. bezüglich der speziellen Tätigkeitsfelder der betreffenden Apotheke).

Subjektive Auswahlkriterien könnten sein Kommunikativität, sympathisches Auftreten, schnelle Auffassungsgabe, Teamfähigkeit, Motivation, Sicherheit im Gespräch, Ausstrahlung u. a. m. In dieser Art sollten die im jeweiligen Einzelfall maßgeblichen Kriterien formuliert werden. Die objektiven Kriterien sowohl formeller als auch materieller Art sind für das Vorauswahlverfahren wichtig, die subjektiven materiellen Kriterien werden dann im Wesentlichen für die **Vorstellungsgespräche** zum Tragen kommen (s. dazu auch unter Abschnitt 4.4).

4.2 Auskünfte über den Bewerber

4.2.1 Aus Sicht des anfragenden Arbeitgebers

Der Apothekeninhaber, der eine Stelle ausgeschrieben hat, wird zuweilen daran interessiert sein, über die vorgelegten Zeugnisse hinaus weitere Auskünfte über einen Bewerber einzuholen. Dem setzen der Persönlichkeitsschutz

¹⁸ BAG, Urteil vom 27.1.2011, NJW 2011, S. 2070 (2072).

¹⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 21.9.2006, NJW 2007, S. 137 f.

²⁰ Nach Worzalla, Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 1. Aufl. 2006, Abschn. 2.5.4.6.1.

des Arbeitnehmers und das Datenschutzrecht jedoch enge Grenzen.

Zunächst ist ein Auskunftersuchen des Apothekeninhabers nicht zulässig, wenn der Bewerber ausdrücklich um vertrauliche Behandlung seiner Bewerbung gebeten hat, desgleichen, wenn der Bewerber noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht. Aber auch dann, wenn das bisherige Arbeitsverhältnis gekündigt ist oder der Apothekeninhaber bei einem früheren Arbeitgeber anfragen will, wird die Abwägung der beiderseitigen Interessen im Regelfall ergeben, dass das Schutzinteresse des Bewerbers überwiegt. Der Bewerber kann aber natürlich dem Auskunftersuchen durch vorherige Einwilligung zustimmen (§ 4 Abs. 1 BDSG).

4.2.2 Aus Sicht des befragten Arbeitgebers

Aus Sicht des befragten Arbeitgebers wiederum ist zu unterscheiden: **Gegenüber seinem früheren Arbeitnehmer** ist der Arbeitgeber aus der nachwirkenden Fürsorgepflicht in dessen Interesse gehalten, einem Dritten, bei dem sich der Arbeitnehmer um eine neue Anstellung bewirbt, Auskünfte über Leistung und Verhalten zu erteilen²¹.

In der Regel dürfen die Auskünfte des früheren Arbeitgebers nicht weitergehen als der Inhalt eines entsprechenden Zeugnisses.

Gegenüber dem anfragenden Apothekeninhaber ist der frühere Arbeitgeber nicht zur Auskunftserteilung **verpflichtet** und der Anfragende hat seinerseits keinen Anspruch auf Auskunft. Der befragte Arbeitgeber ist aber noch weitergehend nach heutiger Rechtslage ohne Zustimmung des Arbeitnehmers auch **nicht berechtigt**, Auskünfte über den früheren Mitarbeiter zu erteilen. Hiervor schützt den Arbeitnehmer sein allgemeines Persönlichkeitsrecht; ebenso steht § 4 Abs. 1 BDSG einer Übermittlung personenbezogener Daten ohne Einwilligung des Arbeitnehmers entgegen.

Lediglich im Ausnahmefall ist eine Berechtigung zur Auskunftserteilung gegeben, wenn schwerwiegende, vor allem strafrechtliche Vorwürfe gegen den Arbeitnehmer bestehen und nachfolgende Arbeitgeber gewarnt werden müssen.

Wenn eine Auskunft erteilt wurde, muss sie vollständig und wahrheitsgemäß sein und in unmittelbarem und sachlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.

Erteilt der Arbeitgeber über einen früheren Arbeitnehmer schuldhaft eine unvollständige oder fehlerhafte Auskunft, und kommt der Arbeitnehmer deswegen mit einer Bewerbung nicht zum Zuge, hat dieser gegen den alten Arbeitgeber Anspruch auf Schadensersatz²².

4.3 Recherche im Internet

Nicht selten finden sich inzwischen Informationen über Bewerber im **Internet**, vor allem solche, die der Betroffene – sei es aus privaten oder beruflichen Gründen – selbst ins Netz gestellt hat. Grundsätzlich darf der Arbeitgeber, bei dem sich ein Arbeitnehmer auf eine Stelle beworben hat, **im Internet allgemein zugängliche Daten**, die im Zusammenhang mit der zu besetzenden Position stehen und eine gewisse Aktualität aufweisen, für die Gewinnung weiterer Informationen über den Bewerber verwenden (vgl. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Bundesdatenschutzgesetz), es sei denn, es besteht ein das Interesse des Arbeitgebers überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen an der Nichtnutzung der Daten. Nicht allgemein zugänglich sind aber Daten, die nur für Mitglieder eines sozialen Netzwerks einsehbar sind. Hier ist in Zukunft mit gesetzlichen Regelungen zu rechnen.

4.4 Vorstellungsgespräch

Auch auf die Führung von Vorstellungsgesprächen wirkt sich das AGG aus. Zu empfehlen ist insbesondere, Vorstellungsgespräche auf Arbeitgeberseite grundsätzlich zu zweit zu führen und zur späteren Rechtfertigung der getroffenen Entscheidung und zu Beweis Zwecken Verlauf und Inhalt des Vorstellungsgesprächs schriftlich zu dokumentieren. Zweckmäßig ist es, für das Vorstellungsgespräch ein einheitliches Ablaufschema zu verwenden und nach diesem Schema bei allen Vorstellungsgesprächen vorzugehen. Damit wird die Objektivität der Bewerberauswahl unterstrichen.

Beim Vorstellungsgespräch spielt das **Frage-recht des Arbeitgebers** eine zentrale Rolle. Der Apothekeninhaber darf beim Vorstellungsgespräch nur nach dem AGG zulässige Fragen

²¹ LAG Berlin, Urteil vom 8.5.1989, BB 1989, S. 1825 (1826); LAG Niedersachsen, Urteil vom 29.5.2007, LAGE § 280 BGB 2002 Nr. 4 (Rdnr. 52).

²² LAG Niedersachsen, a. a. O., Rdnr. 53.

stellen. Insoweit gilt für das Fragerecht während des Vorstellungsgesprächs das gleiche wie für Fragen, die in einem schriftlichen Einstellungsfragebogen gestellt werden. Hierzu wird auf das Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“ sowie auf die dort abgedruckte Kopiervorlage eines → Einstellungsfragebogens verwiesen.

4.5 Hinweis- und Aufklärungspflichten bei Einstellungsverhandlungen

Unabhängig davon, ob im Ergebnis ein Arbeitsvertrag zustande kommt oder nicht, entstehen allein aufgrund der Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder geschäftlichen Kontakten für beide Parteien bestimmte Verpflichtungen. Insbesondere müssen sich grundsätzlich beide Parteien gegenseitig über sämtliche Umstände aufklären, **die für die andere Seite im Hinblick auf den möglichen Arbeitsvertrag und dessen Erfüllung Bedeutung haben**²³. Werden diese Pflichten schuldhaft verletzt, kann der andere Teil unter Umständen Schadensersatzansprüche aufgrund des sog. Verschuldens bei Vertragsschluss geltend machen.

4.5.1 Aufklärungspflichten des Arbeitgebers

Der Apothekeninhaber muss den Bewerber über alle Anforderungen und Umstände des zu besetzenden Arbeitsplatzes unterrichten, die über den Rahmen des Üblichen hinausgehen oder von der Norm abweichen.

Beispiel: Wenn der Apothekeninhaber eine PTA einstellen möchte, die er nur zur Beaufsichtigung der PKA oder ausschließlich in der Defektur und Rezeptur einzusetzen gedenkt, nicht aber im Handverkauf, ist dies ein Umstand, den er bei den Einstellungsverhandlungen mitteilen muss.

Der Apothekeninhaber muss den Stellenbewerber auch informieren, wenn in absehbarer Zeit in der Apotheke organisatorische Änderungen bevorstehen, die sich auf den zu besetzenden Arbeitsplatz auswirken oder diesen möglicherweise gar wegfallen lassen²⁴.

Auch dann, wenn der Apothekeninhaber erkennt, dass der Bewerber besondere Wünsche und Erwartungen an die Stelle hat, muss er ihn darüber aufklären, inwieweit diese erfüllbar sind.

4.5.2 Aufklärungspflichten des Arbeitnehmers

Auch der Arbeitnehmer hat Offenbarungspflichten, wenn er weiß oder im Einstellungsgespräch erkennt, dass er die an ihn gestellten Anforderungen nicht erfüllen können. Dies gilt z.B. für gesundheitliche Umstände, etwa einen bevorstehenden Krankenhausaufenthalt, aber in gleicher Weise auch für Umstände, die sein persönliches Leistungsvermögen betreffen und ihn daran hindern, den normalen Anforderungen gerecht zu werden.

Beispiel: Eine PTA mit mehrjähriger Berufserfahrung war bei ihrem bisherigen Arbeitgeber nicht im Handverkauf tätig. Diese Tatsache dürfte sie bei einem Einstellungsgespräch mit einem Apothekeninhaber nicht verschweigen, wenn sie erkennt, dass sie in dieser Apotheke dem Berufsbild der PTA entsprechend im Handverkauf eingesetzt werden soll (vgl. wegen weiterer Beispiele für Offenbarungspflichten des Arbeitnehmers auch das Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“, Abschnitt 2.3).

4.6 Ärztliche Untersuchung

Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Einstellung eines Arbeitnehmers von einer vorherigen ärztlichen Untersuchung abhängig zu machen. Dabei sind die gleichen Bindungen zu beachten, wie sie für die Frage nach dem Gesundheitszustand im Rahmen eines Einstellungsfragebogens gelten (vgl. hierzu Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“, Abschnitt 3.5). Dies bedeutet insbesondere, dass die Untersuchung darauf abzielen muss, ob der Bewerber **für den zu besetzenden Arbeitsplatz** gesundheitlich geeignet ist. Krankheiten oder Beeinträchtigungen, die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit nicht tangieren, dürfen also bei der Untersuchung keine Rolle spielen.

Eine Verpflichtung des Bewerbers, die Untersuchung durchführen zu lassen, besteht nicht. Die Teilnahme ist **freiwillig**. Wenn der Bewerber allerdings die Untersuchung verweigert, läuft er Gefahr, dass seine Bewerbung abgelehnt wird.

Das Untersuchungsergebnis darf der Arbeitgeber vom Arzt nur insoweit erfahren, als es für die Eignung des Bewerbers für die zu besetzende Stelle von Bedeutung ist; einzelne Details der Befunde darf der Arzt nicht mitteilen.

DNA- oder Genomanalysen dürfen von den Bewerbern nicht gefordert werden. Dies ist durch

²³ Vgl. BAG, Urteil vom 24.9.1974, BB 1975, S. 184.

²⁴ BAG, Urteil vom 2.12.1976, BB 1977, S. 246.

das Gendiagnostikgesetz (GenDN) ausdrücklich geregelt. Nach § 19 GenDN darf der Arbeitgeber weder vor noch nach der Begründung des Arbeitsverhältnisses von Beschäftigten die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen. Ebensovienig darf der Arbeitgeber Ergebnisse bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen verlangen, entgegennehmen oder verwenden.

5 Einstellungsentscheidung

5.1 Kein Verstoß gegen Benachteiligungsverbot – wichtige Benachteiligungsmerkmale

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nimmt dem Arbeitgeber nicht die Freiheit der Mitarbeiterauswahl. Es gibt ihm aber vor, nicht die Auswahl in diskriminierender, also mit den Benachteiligungsmerkmalen des § 1 AGG zusammenhängender Weise zu beschränken, also den Bewerber aus derartigen Gründen nicht in die Auswahl einzubeziehen. Die Benachteiligung liegt hier in der Versagung einer Chance²⁵. Daher ist es auch irrelevant, ob es im Zuge des Auswahlverfahrens später tatsächlich zu einer Einstellung eines anderen Bewerbers kommt²⁶; die Nichteinstellung eines Anderen beseitigt nicht eine Diskriminierung im Bewerbungsverfahren.

Eine weniger günstige Behandlung **wegen** eines dieser Merkmale ist bereits dann gegeben, wenn die Benachteiligung an das Merkmal anknüpft oder durch sie motiviert ist. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der betreffende Grund, z.B. das Geschlecht, das Alter oder die ethnische Herkunft, das ausschließliche Motiv für das Handeln des Arbeitgebers ist²⁷. Ausreichend ist vielmehr, dass das verpönte Merkmal Bestandteil eines „Motivbündels“ ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat²⁸.

Nach § 8 Abs. 1 AGG kann eine unterschiedliche Behandlung wegen eines der Merkmale des § 1 AGG gerechtfertigt sein, 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. Die Tätigkeit muß ohne das Merkmal, z.B. das Geschlecht, nicht ordnungsgemäß ausgeführt werden können²⁹. Der Rechtfertigungsgrund des § 8 AGG gilt für alle Benachteiligungsmerkmale; hinsichtlich einer Ungleichbehandlung wegen des Alters enthält allerdings § 10 AGG spezielle Rechtfertigungsgründe.

Einige besonders wichtige Benachteiligungsmerkmale werden im Folgenden kurz angesprochen.

5.1.1 Geschlecht

Ein zentrales Merkmal ist das **Geschlecht**. Geschlechtsbezogene Benachteiligungen sind in der Praxis nur unter ganz engen Voraussetzungen zulässig. Dies gilt z.B. bei einer Chorsängerstelle für einen Tenor oder Bassisten, bei einer Stelle als Mannequin für Damenbekleidung, bei der Gleichstellungsbeauftragten einer Gemeinde³⁰, bei der Stelle der Frauenreferentin einer politischen Partei³¹, oder bei einer mit Nachtdiensten verbundenen Tätigkeit einer Erzieherin in einem Mädcheninternat³². Bei den **Arbeitsplätzen in Apotheken** gibt es in diesem Sinne keine nur mit einem Mann oder einer Frau besetzbaren Stellen.

5.1.2 Behinderung

Ein weiteres wichtiges Benachteiligungsmerkmal ist die **Behinderung**. Wegen des Begriffsinhalts verweist die Gesetzesbegründung auf § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX. Danach sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft – wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört – beeinträchtigt ist. Bei dieser Definition kommt es nicht auf den Grad der Behinderung an. Der Begriff „Behinderung“ ist damit weiter als der Begriff „**Schwerbehinderung**“ im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB IX, der einen Grad der Behinderung von wenigstens 50 voraussetzt. Für die Annahme einer Benachteiligung reicht es aus, dass die Behinderung mitursächlich für die Ablehnung des Be-

²⁵ Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 20.1.2016, NZA 2016, S. 681 (Rdnr. 23).

²⁶ BAG, a. a. O.

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 16.11.1993, BB 1994, S. 502 (503).

²⁸ Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 18.9.2014, BB 2015, S. 506 (Rdnr. 22).

²⁹ BAG, Urteil vom 18.3.2010, NZA 2010, S. 872 (Rdnr. 26).

³⁰ BAG, a. a. O., Rdnr. 30 ff.

³¹ LAG Berlin, Urteil vom 14.1.1998, NZA 1998, S. 312.

³² BAG, Urteil vom 28.5.2009, NZA 2009, S. 1016 (Rdnr. 40 f.).

werbers war³³. Deshalb schließt die bessere Eignung von Mitbewerbern eine Benachteiligung nicht aus³⁴.

Neben dem allgemeinen Benachteiligungsverbot wegen Behinderung nach dem AGG gibt es nach wie vor das spezielle Benachteiligungsverbot zum Schutz schwerbehinderter Beschäftigter nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX. Siehe zu weiteren Verpflichtungen des Arbeitgebers in Bezug auf Schwerbehinderte und diesen Gleichgestellte oben Abschnitt 3.4.

Der Arbeitgeber kann allerdings einen Bewerber „wegen“ dessen Behinderung nur dann benachteiligen, wenn ihm diese bekannt oder wenn sie offensichtlich ist. Ein Stellensuchender, der bei seiner Bewerbung den besonderen Schutz des Schwerbehindertenrechts (SGB IX) in Anspruch nehmen will, muss daher **im Bewerbungsschreiben selbst** unter Angabe des Grades der Behinderung **oder** alternativ an gut erkennbarer Stelle **im Lebenslauf** über seine Behinderung informieren³⁵. Es reicht nicht, unter weiteren Bewerbungsunterlagen eine Kopie des Schwerbehindertenausweises beizulegen, ohne dass im Anschreiben oder im Lebenslauf hierauf ausreichend hingewiesen wird³⁶.

5.1.3 Alter

Grundlegend neu für das deutsche Recht ist die Einführung des Benachteiligungsgrunds „**Alter**“. Es geht dabei nicht ausschließlich um den Schutz älterer Menschen vor Benachteiligungen. Vielmehr ist das Alter im Sinne von Lebensalter – im Gegensatz zu den anderen Diskriminierungsgründen – ein ambivalentes, relatives Differenzierungsmerkmal³⁷. Von einer Altersdiskriminierung ist darum potentiell jeder Mensch betroffen. Deshalb kann eine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters nur angenommen werden, wenn die Ungleichbehandlung für den Betroffenen einen eindeutigen Nachteil bewirkt und ihn zurücksetzt.

In § 10 AGG findet sich eine spezielle Rechtfertigungsvorschrift in Bezug auf das Alter. Danach ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel ge-

rechtfertigt ist und auch die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Als legitime Ziele in diesem Sinne erkennt das BAG in europarechtlicher Auslegung der Vorschrift nur solche an, die als „sozialpolitische Ziele“ im Allgemeininteresse liegen³⁸. Dies sind Ziele, die mit der Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt und der beruflichen Bildung im Zusammenhang stehen. Das Gesetz nennt selbst einige Regelbeispiele. So kann u. a. eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig sein, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen. Des Weiteren können Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung festgelegt werden.

5.2 Ablehnung der Bewerbung

Aufgrund des AGG müssen Personalentscheidungen – nicht nur bei der Einstellung – sorgfältig dokumentiert werden. Der Arbeitgeber muss nach Möglichkeit lückenlos nachweisen können, nach welchen Kriterien, die nicht mit einem Benachteiligungsmerkmal des § 1 AGG zusammenhängen, er seine Auswahl getroffen hat. Zu empfehlen ist die Verwendung eines **schriftlichen Anforderungsprofils**, anhand dessen nachvollziehbar gemacht werden kann, welcher Bewerber den höchsten Übereinstimmungsgrad mit dem Profil aufweist. Die Gründe für die Ablehnung eines Bewerbers sollten deshalb umgehend schriftlich, und sei es nur in Form von Stichworten, dokumentiert und aufbewahrt werden. Dabei können dem Apothekeninhaber die oben (vgl. Abschnitt 4.1) beispielhaft erwähnten Auswahlkriterien von Nutzen sein.

Der Arbeitgeber kann Bewerbungen mit standardisierten Schreiben ablehnen. Er ist nicht verpflichtet, individuell auf die jeweiligen Bewerbungen einzugehen und muss auch nicht von sich aus die Absage sachlich begründen³⁹. Ganz im Gegenteil ist **dringend davon abzuraten, eine Begründung für die Ablehnung zu geben**. Um Bewerbern möglichst wenig Anhaltspunkte für ein Vorgehen gegen die Ablehnung zu geben, sollte das Absageschreiben so

³³ Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 20.1.2016, NZA 2016, S. 681 (Rdnr. 24).

³⁴ BAG, Urteil vom 21.7.2009, NZA 2009, S. 1087 (Rdnr. 42).

³⁵ BAG, Urteil vom 22.10.2015, NZA 2016, S. 625 (Rdnr. 31).

³⁶ BAG, a. a. O., Rdnr. 32.

³⁷ BAG, Urteil vom 25.2.2010, NZA 2010, S. 561 (563).

³⁸ BAG, Urteil vom 19.5.2016, NZA 2016, S. 1394 (Rdnr. 83).

³⁹ BAG, Urteil vom 25.4.2013, DB 2013, S. 2509 (Rdnr. 52).

allgemein wie möglich gehalten sein. Auch Formulierungen wie „Ein anderer Bewerber passt besser zu uns“ sollten vermieden werden. Das Geschlecht des eingestellten Bewerbers sollte gleichfalls nicht erwähnt werden. In der Regel empfiehlt sich ein standardisiertes Schreiben ohne Angabe von Gründen wie z. B. „Wir haben uns für eine andere Person entschieden“ oder „Ihre Bewerbung konnte leider nicht berücksichtigt werden“. Vorsicht ist auch bei telefonischen Nachfragen abgelehnter Bewerber geboten; auch in diesem Fall sollte sich der Apothekeninhaber nicht dazu verleiten lassen, Gründe für die Ablehnung zu nennen. Lediglich in einem Fall ist die Ablehnung zu begründen, nämlich gegenüber einem schwerbehinderten Bewerber (§ 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX). In diesem Sonderfall kann sich gerade aus der Nichtmitteilung der Ablehnungsgründe ein Indiz für eine unzulässige Benachteiligung ableiten lassen.

Zum Teil wird empfohlen, den **Zugang von Ablehnungsschreiben** beim Bewerber **zu dokumentieren**. Denn der Zugang des Absageschreibens beim Bewerber löst die zweimonatige Geltendmachungsfrist für ein Vorgehen gegen die Ablehnung aus (vgl. dazu den folgenden Abschnitt 5.3). Dass und wann diese Frist durch Zugang der Ablehnung beim Bewerber in Lauf gesetzt worden ist, hat nach allgemeinen prozessualen Regeln der Arbeitgeber zu beweisen⁴⁰. Dieser Beweis kann am besten durch Zusendung des Absageschreibens durch einen Boten oder (Einwurf-)Einschreiben erbracht werden, was bei einer größeren Zahl von Bewerbern mit einem gewissen Aufwand verbunden ist. Eine Erleichterung können hier E-Mail-Bewerbungen bringen, bei denen Absagen gleichfalls in elektronischer Form erfolgen können und der Arbeitgeber über den E-Mail-Verkehr den Zugang der Absage dokumentieren kann.

5.3 Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot

5.3.1 Trotz Benachteiligung kein Anspruch auf Einstellung

Auch wenn der Apothekeninhaber bei der Einstellung gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen hat, begründet dies nach ausdrücklicher gesetzlicher Regelung in § 15 Abs. 6 AGG keinen Anspruch auf Einstellung. Etwas anderes

gilt nur dann, wenn sich der Anspruch aus einem anderen Rechtsgrund ergibt. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn der Apothekeninhaber im Stellenbewerber den Eindruck erweckt, er werde mit ihm einen Arbeitsvertrag abschließen und den Arbeitnehmer veranlasst, sein bisheriges Arbeitsverhältnis zu kündigen.

Wenn der Apothekeninhaber in diesem Fall den Bewerber nicht einstellt, hat er ihn über die Absicht zum Vertragsabschluss getäuscht und muss ihm den Schaden ersetzen, den der Arbeitnehmer durch den Verlust des alten Arbeitsverhältnisses erleidet⁴¹. Der Schaden kann darin bestehen, dass der Arbeitnehmer durch die Absage nicht sofort ein neues Arbeitsverhältnis im Anschluss an das von ihm gekündigte Arbeitsverhältnis eingehen kann. Den hierdurch entstehenden Lohnausfall kann er von dem Arbeitgeber ersetzt verlangen, der ihn zur Kündigung seines bisherigen Arbeitsvertrages veranlasst hat.

Hinweis: Bei Vertragsverhandlungen mit Stellenbewerbern sollte der Apothekeninhaber am Schluss stets darauf hinweisen, dass er noch mit anderen Bewerbern Gespräche führen wolle, eine Entscheidung noch nicht gefallen sei und er deshalb noch keine Zusage machen könne.

5.3.2 Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz

5.3.2.1 Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG

Bei einem schuldhaften Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Beweislast, dass ein Schaden eingetreten ist und dieser kausal auf die Benachteiligungshandlung zurückzuführen ist, trägt der Bewerber⁴². Der Begriff des schuldhaften Handelns beim Arbeitgeber umfasst vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten. § 15 Abs. 1 AGG regelt den Ersatz eines entstandenen **Vermögensschadens**. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen hat der Arbeitgeber den benachteiligten Stellenbewerber so zu stellen, wie dieser stünde, wenn er nicht benachteiligt worden wäre. Als zu ersetzende Vermö-

⁴⁰ BAG, Urteil vom 19.8.2010, NZA 2010, S. 1412 (1414).

⁴¹ BAG, Urteil vom 15.5.1974, BB 1974, S. 1397 (1398).

⁴² BAG, Urteil vom 19.8.2010, NZA 2010, S. 1412 (Rdnr. 77).