

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	4
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	6
3.4	Besondere Pflichten in Bezug auf Schwerbehinderte	6
3.5	Rechtsfolgen	6
4	Auswahlverfahren	7
4.1	Kriterien für das Auswahlverfahren	7
4.2	Auskünfte über den Bewerber	7
4.2.1	Aus Sicht des anfragenden Arbeitgebers	7
4.2.2	Aus Sicht des befragten Arbeitgebers	7
4.3	Recherche im Internet	8
4.4	Vorstellungsgespräch	8
4.5	Hinweis- und Aufklärungspflichten bei Einstellungsverhandlungen	9
4.5.1	Aufklärungspflichten des Arbeitgebers	9
4.5.2	Aufklärungspflichten des Arbeitnehmers	9
4.6	Ärztliche Untersuchung	9
5	Einstellungsentscheidung	10
5.1	Diskriminierungsfreie Auswahl	10
5.2	Wichtige Benachteiligungsmerkmale	10
5.2.1	Geschlecht	10
5.2.2	Behinderung	10
5.2.3	Alter	11
5.3	Umgang mit Bewerbungsunterlagen	11
5.4	Dokumentation der Personalentscheidung	12
6	Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot	12
6.1	Trotz Benachteiligung kein Anspruch auf Einstellung	12
6.2	Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz	12
6.2.1	Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG	12
6.2.2	Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG	13
6.2.3	Rechtsmissbrauch bei Scheinbewerbung	13
6.2.4	Beweislast	14
6.2.5	Fristen zur Geltendmachung der Ansprüche	14
7	Abschluss des Bewerbungsverfahrens	15
7.1	Wie sollte die Ablehnung einer Bewerbung erfolgen?	15
7.2	Rücksendung und Datenlöschung bei Ablehnung der Bewerbung	15
8	Ersatz der Vorstellungskosten	16

A1 Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

Seite 2

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. Denn unabhängig davon, ob es später tatsächlich zum Abschluss eines Arbeitsvertrags kommt, begründet bereits die Aufnahme von Vertragsverhandlungen ein vorvertragliches Schuldverhältnis (§ 311 Abs. 2 BGB) mit gegenseitigen Informations- und Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Darüber hinaus ist bei der Personalgewinnung das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)**, zu beachten, 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 neuerer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einen formalen Bewerberbegriff. Danach ist **Bewerber jeder, der eine Bewerbung eingereicht hat**¹. Dagegen kommt es an dieser Stelle nicht darauf

an, ob sich der Betroffene subjektiv ernsthaft beworben hat und nicht nur in rechtsmissbräuchlicher Weise eine Entschädigung anstrebt² (vgl. hierzu unten Abschnitt 6.2.3).

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.

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).

2.3 Mittelbare Benachteiligung

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

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, werden nachfolgend einige herausgegriffen:

- **Geschlecht:** Früher genügte es, Stellenangebote gleichermaßen an männliche und an weibliche Bewerber zu richten. Nach der verfassungsrechtlichen Anerkennung eines dritten Geschlechts durch das Bundesverfassungsgericht⁸ sind Stellenausschreibungen nur noch geschlechtsneutral, wenn sie auch das dritte Geschlecht ansprechen, wobei dieses regelmäßig mit „d“ (für „divers“) bezeichnet wird. Korrekt ist z. B. die Formulierung „Wir suchen einen Apotheker (m/w/d)“; genauso könnte man formulieren „Wir suchen eine Apothekerin (m/w/d)“. Zuweilen findet sich in Stellenanzeigen auch der Satz „Wir freuen uns über die Bewerbung von Menschen jeden Geschlechts“.
- **Alter:** Neben dem Geschlecht ist vor allem das Alter ein Benachteiligungsmerkmal, das bei Stellenanzeigen 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 Stellenanzeigen 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“⁹;
 - Angebot einer Stelle für „eine(n) junge(n), engagierte(n) Volljuristin/en“¹⁰;
 - Ausschreibung eines Traineeprogrammes „für Hochschulabsolventen/Young Professionals“ als Berufsanfänger¹¹;

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

⁸ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017, NJW 2017, S. 3643 (Rdnr. 40, 50).

⁹ BAG, Urteil vom 21.6.2012, NZA 2012, S. 1211 (1213).

¹⁰ BAG, Urteil vom 19.8.2010, NZA 2010, S. 1412 (1415).

¹¹ BAG, Urteil vom 24.1.2013, NZA 2013, S. 498 (Rdnr. 41 ff.).

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).

- Suche von Bewerbern, die eine intensive Einarbeitung „mit einem jungen, dynamischen Team“ erwartet¹²;
- Suche nach einer Person, „die gerade frischgebacken aus einer kaufmännischen Ausbildung kommt“¹³;
- 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 wird¹⁴.

2 dieser Entscheidungen betreffen Tätigkeitsangebote in einem „jungen, dynamischen Team“. Im Gegensatz dazu sieht das BAG keine Diskriminierung wegen des Alters, wenn sich das Unternehmen selbst in der Anzeige als „junges, dynamisches Unternehmen“ bezeichnet. Denn damit wird nicht auf eine Gruppe von Mitarbeitern hingewiesen – zu denen der Bewerber passen sollte –, sondern es wird lediglich das Alter und damit eine Eigenschaft des Unternehmens beschrieben¹⁵.

- **Alter und Berufserfahrung:** Die in obiger Aufzählung letztgenannte Entscheidung („Rechtsanwalt...“) 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 wegen des Alters nach § 3 Abs. 2 AGG zu bewirken.

Wenn – 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 indiziert¹⁶. In einem solchen Fall dürfte aber der Hinweis in der Stellenanzeige zulässig sein, dass die Stelle **auch** für Berufsanfänger geeignet ist.

Wenn umgekehrt Mitarbeiter mit längerer Berufserfahrung gesucht werden, weisen diese typischerweise ein höheres Lebensalter auf als Berufsanfänger und Bewerber mit erster oder kurzer Berufserfahrung¹⁷. Jüngere Bewerber können insoweit benachteiligt werden. Dennoch kann das Verlangen nach Berufserfahrung für viele Tätigkeiten gerechtfertigt sein. Größere Berufserfahrung befähigt

den Arbeitnehmer nämlich in der Regel, seine Arbeit besser zu verrichten¹⁸. Dies muss der Arbeitgeber aber im Streitfall substantiiert darlegen und begründen können. Häufig ist es daher besser, in einer Stellenausschreibung die Anforderung einer bestimmten Berufserfahrung durch die Beschreibung der Tätigkeit und der hierfür erwarteten Qualifikationen und Kenntnisse indirekt anzusprechen.

- **Behinderung:** 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 dar¹⁹.

- **Deutsche Sprache:** Die Anforderung, die deutsche Sprache in Wort und Schrift zu beherrschen, knüpft nicht unmittelbar an eine ethnische Herkunft und damit an eines der Benachteiligungsmerkmale des § 1 AGG an. Gute oder sehr gute Deutschkenntnisse sind auch nicht untrennbar mit einer ethnischen Herkunft verknüpft²⁰, sondern können u. a. in Schulen und Sprachkursen erworben werden. In seiner neueren Rechtsprechung verneint das BAG aber auch eine mittelbare Diskriminierung, da Personen, die einer bestimmten ethnischen Gruppe angehören, durch die Forderung nach sehr guten Deutschkenntnissen nicht „in besonderer Weise“ benachteiligt würden, wie dies das AGG in § 3 Abs. 2 verlangt. Eine Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft lässt sich nach dem BAG nicht allein mit der Anforderung bestimmter Sprachkenntnisse begründen; vielmehr müssen weitere Indizien hinzukommen, die auf eine Benachteiligung „wegen“ der ethnischen Herkunft schließen lassen²¹. **Anders** liegt der Fall allerdings, wenn in einer Stellenbeschreibung „**Deutsch als Muttersprache**“ verlangt wird; dies bewirkt eine mittelbare Diskriminierung wegen

¹² BAG, Urteil vom 11.8.2016, BB 2017, S. 506 (Rdnr. 32 ff.).

¹³ BAG, Urteil vom 15.12.2016, BB 2017, S. 953 (Rdnr. 30 ff.).

¹⁴ BAG, Urteil vom 19.5.2016, NZA 2016, S. 1394 (Rdnr. 71 ff.).

¹⁵ BAG, Urteil vom 23.11.2017, NZA 2018, S. 584 (Rdnr. 32–36).

¹⁶ BAG, a.a.O., Rdnr. 73.

¹⁷ BAG, a.a.O.

¹⁸ BAG, Urteil vom 15.12.2016, BB 2017, S. 953 (Rdnr. 45).

¹⁹ LAG Nürnberg, Urteil vom 19.2.2008, NZA 2009, S. 148 (149 f.).

²⁰ BAG, Urteil vom 23.11.2017, NZA-RR 2018, S. 287 (Rdnr. 39–41).

²¹ BAG, a. a. O., Rdnr. 48 f.

der ethnischen Herkunft und hält damit dem AGG nicht stand²².

Apothekeninhaber können somit in Stellenausschreibungen auch weiterhin gute Deutschkenntnisse verlangen, zumal diese Forderung im Kernbereich der Apotheke – bei den pharmazeutischen Mitarbeitern – schon gesetzlich vorgegeben ist: Nach § 3 Abs. 5 Satz 2 ArbZG müssen Angehörige des pharmazeutischen Personals der deutschen Sprache mächtig sein.

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 § 164 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 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 § 164 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 auf ihren Antrag 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 § 164 Abs. 1 SGB IX daher nicht berufen²³.

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 hat²⁴. Die Beweislast ist nach § 22 AGG so verteilt, dass der Arbeitneh-

²² BAG, Urteil vom 29.6.2017, NZA 2018, S. 33 (Rdnr. 52).

²³ BAG, Urteil vom 27.1.2011, NJW 2011, S. 2070 (2072).

²⁴ BAG, Urteil vom 15.12.2016, BB 2017, S. 953 (Rdnr. 24).

mer 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 verstoßende Stellenausschreibung anführen kann; s. dazu unter Abschnitt 6.2.4.

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 unterscheiden²⁵. 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 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 (Art. 6 Abs. 1 Buchst. a, Art. 7 DS-GVO, § 51 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 und auf seinen Wunsch gehalten, einem Dritten, bei dem sich der Arbeitnehmer um eine neue Anstellung bewirbt, Auskünfte über Leistung und Verhalten zu erteilen²⁶.

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 schützen den Arbeitnehmer sein allgemeines Persönlichkeitsrecht und das Datenschutzrecht. So erfasst § 26 Abs. 7

²⁵ Nach Worzalla, Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, 1. Aufl. 2006, Abschn. 2.5.4.6.1.

²⁶ 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).

BDSG auch die Übermittlung personenbezogener Daten, die nicht in einem Dateisystem gespeichert sind. Wenn also z. B. in einem Telefonat zwischen den betroffenen Arbeitgebern Werturteile und subjektive Eindrücke wiedergegeben werden, die der bisherige Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer gewonnen und die er im Regelfall auf keinem Datenträger festgehalten hat, ist dies ohne Einwilligung des Arbeitnehmers weder nach § 26 BDSG noch nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO zulässig.

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 Schadensersatz²⁷.

4.3 Recherche im Internet

Häufig finden sich Informationen über Bewerber im **Internet**, vor allem solche, die der Betroffene – sei es aus privaten oder beruflichen Gründen – selbst ins Netz gestellt hat. Viele Arbeitgeber nutzen das Internet inzwischen zur Informationsgewinnung über Arbeitnehmer, die sich bei ihnen beworben haben. Als Rechtsgrundlage kommt insoweit § 26 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BDSG in Betracht. Danach dürfen personenbezogene Daten von Bewerbern verarbeitet, also u. a. erhoben werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung müssen das Informationsinteresse des Arbeitgebers und das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers gegeneinander abgewogen werden. Die Situation ist insofern vergleichbar mit derjenigen beim Fragerecht des Arbeitgebers im Rahmen der Bewerberauswahl (Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“, Abschnitt 2.1).

Bezüglich der Recherche in sozialen Netzwerken wird unterschieden:

- Recherchiert der Arbeitgeber in **beruflich orientierten Netzwerken** wie z. B. XING oder LinkedIn, ist die Kenntnisnahme von dort eingestellten Daten dem Bewerber nicht nur bewusst; sie wird von ihm regelmäßig sogar gewünscht, da er die Daten gerade zum Zweck der beruflichen Verwendung bereitgestellt hat. Hier überwiegt das Informationsinteresse des Arbeitgebers; die Datennutzung in berufsbezogenen Netzwerken ist daher zulässig²⁸, auch wenn die Daten in diesem Fall – entgegen dem Grundsatz der Direkterhebung (vgl. dazu Kapitel A 11 „Datenschutz“, Abschnitt 4.2), nicht unmittelbar beim Bewerber selbst erhoben wurden.
- Bei **freizeitorientierten Netzwerken** wie z. B. Facebook verhält es sich hingegen anders. Auch wenn dort beruflich relevante Informationen zu finden sein sollten, sind die Daten in solchen Netzwerken in erster Linie privater Natur und nicht zur berufsbezogenen Verwendung durch einstellungswillige Arbeitgeber bestimmt. Ebenso wenig wie der Arbeitgeber private Daten über einen Einstellungsfragebogen erheben darf (vgl. Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“, Abschnitt 2.1), darf er sich diese im Internet beschaffen. Die Interessenabwägung im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung fällt hier zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Bewerbers aus; eine Recherche über Bewerber in freizeitorientierten Netzwerken ist als unzulässig anzusehen.

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.

²⁷ LAG Niedersachsen, a.a.O., Rdnr. 53.

²⁸ Kainer/Weber, Datenschutzrechtliche Aspekte des „Talentmanagements“, BB 2017, S. 2740 (2744).

Beim Vorstellungsgespräch spielt das **Frage-recht des Arbeitgebers** eine zentrale Rolle. Der Apothekeninhaber darf beim Vorstellungsgespräch nur nach dem AGG zulässige Fragen 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**²⁹. 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 lassen³⁰.

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 besetzen-

²⁹ Vgl. BAG, Urteil vom 24.9.1974, BB 1975, S. 184.

³⁰ BAG, Urteil vom 2.12.1976, BB 1977, S. 246.

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

5 Einstellungsentscheidung

5.1 Diskriminierungsfreie Auswahl

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 Chance³¹. Dabei ist es nicht von Bedeutung, ob es andere Bewerber für die Stelle gab, eine andere Bewerbung Erfolg hatte und ob die Stelle überhaupt besetzt wurde³²; die Nichteinstellung eines Anderen beseitigt nicht eine Diskriminierung im Bewerbungsverfahren.

Wenn allerdings das Auswahlverfahren aus sachlichen und nachvollziehbaren Gründen abgebrochen wurde, bevor die Bewerbung beim Arbeitgeber eingegangen ist, z.B. weil zwischenzeitlich das Erfordernis einer Stellenbesetzung entfallen ist, scheidet eine Diskriminierung aus³³.

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 oder auch nur ein wesentliches Motiv für das Handeln des Arbeitgebers ist. Ausreichend ist vielmehr, dass das verpönte Merkmal Bestandteil eines „Mo-

tivbündels“ ist, welches die Entscheidung beeinflusst hat³⁴.

Nach §8 Abs. 1 AGG kann eine unterschiedliche Behandlung wegen eines der Gründe des §1 AGG gerechtfertigt sein, wenn dieser Grund **eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ muss von der Art der betreffenden Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung vorgegeben sein in dem Sinne, dass davon **nach objektiven Maßstäben** die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit abhängt³⁵. Dies muss der Arbeitgeber beweisen³⁶. Subjektive Erwägungen dürfen dagegen keine Rolle spielen. Der Rechtfertigungsgrund des §8 AGG gilt für alle Benachteiligungsmerkmale; Beispiele hinsichtlich des Geschlechts werden nachstehend im Abschnitt 5.2.1 genannt. Bezüglich einer Ungleichbehandlung wegen des Alters enthält §10 AGG spezielle Rechtfertigungsgründe.

5.2 Wichtige Benachteiligungsmerkmale

5.2.1 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 oder bei einer mit Nachtdiensten verbundenen Tätigkeit einer Erzieherin in einem Mädcheninternat³⁷. Bei den **Arbeitsplätzen in Apotheken** gibt es in diesem Sinne keine nur mit einem Mann oder einer Frau besetzbaren Stellen. Im Übrigen ist bei dieser Thematik nunmehr stets auch an das dritte Geschlecht zu denken (s. oben Abschnitt 3.2).

5.2.2 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 mit Behinderungen Menschen, die körperliche,

³¹ Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 20.1.2016, NZA 2016, S. 681 (Rdnr. 23).

³² BAG, Urteil vom 19.12.2019, NZA 2020, S. 707 (Rdnr. 29).

³³ BAG, Urteil vom 11.8.2016, NZA 2017, S. 310 (Rdnr. 89).

³⁴ Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 15.12.2016, BB 2017, S. 953 (Rdnr. 20, 58).

³⁵ BAG, Urteil vom 19.12.2019, NZA 2020, S. 707 (Rdnr. 39).

³⁶ BAG, a.a.O., Rdnr. 41.

³⁷ BAG, Urteil vom 28.5.2009, NZA 2009, S. 1016 (Rdnr. 40 f.).

seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft – wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört – mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als 6 Monate hindern können. 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 Bewerbers war³⁸. Deshalb schließt die bessere Eignung von Mitbewerbern eine Benachteiligung nicht aus³⁹.

Neben dem allgemeinen Benachteiligungsverbot wegen Behinderung nach dem AGG gibt es nach wie vor das spezielle Benachteiligungsverbot zum Schutz schwerbehinderter Beschäftigter nach § 164 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 informieren⁴⁰. Es reicht nicht, unter weiteren Bewerbungsunterlagen eine Kopie des Schwerbehindertenausweises beizulegen, ohne dass im Anschreiben oder im Lebenslauf hierauf ausreichend hingewiesen wird⁴¹.

5.2.3 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 Le-

bensalter – im Gegensatz zu den anderen Diskriminierungsgründen – ein ambivalentes, relatives Differenzierungsmerkmal⁴². 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 gerechtfertigt 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 liegen⁴³. 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.

5.3 Umgang mit Bewerbungsunterlagen

Es ist selbstverständlich, dass der Apothekeninhaber die ihm vorliegenden Bewerbungsunterlagen sorgfältig und vertraulich behandeln und aufbewahren muss. Insbesondere darf er die Unterlagen in seiner Apotheke nur solchen Personen zur Kenntnis geben, die mit der Bewerbung befasst oder vor der Einstellung zu Rate gezogen werden.

Erst recht nicht darf der Apothekeninhaber ohne das ausdrückliche, schriftliche Einverständnis des Bewerbers die Bewerbungsunterlagen betriebsfremden Dritten zugänglich machen, etwa einer anderen Apotheke oder einem sonstigen Arbeitgeber, wenn sein eigener Bedarf an Mitarbeitern bereits gedeckt ist.

³⁸ Ständige Rechtsprechung, z. B. BAG, Urteil vom 20.1.2016, NZA 2016, S. 681 (Rdnr. 24).

³⁹ BAG, Urteil vom 21.7.2009, NZA 2009, S. 1087 (Rdnr. 42).

⁴⁰ BAG, Urteil vom 22.10.2015, NZA 2016, S. 625 (Rdnr. 31).

⁴¹ BAG, a.a.O., Rdnr. 32.

⁴² BAG, Urteil vom 25.2.2010, NZA 2010, S. 561 (563).

⁴³ BAG, Urteil vom 19.5.2016, NZA 2016, S. 1394 (Rdnr. 83).

5.4 Dokumentation der Personalentscheidung

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.

6 Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot

6.1 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 erleidet. 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.

6.2 Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz

6.2.1 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 Bewerber⁴⁴. 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 Vermögensschäden kommen z. B. Bewerbungskosten in Betracht, vor allem aber der **Ersatz der entgangenen Vergütung, wenn der Bewerber bei benachteiligungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre**. Der Gesetzgeber hat keine Obergrenze für die Höhe dieses Schadensersatzanspruchs vorgesehen. Theoretisch wäre also eine jahrelange Zahlungspflicht des Arbeitgebers denkbar, falls der Stellenbewerber keine gleichwertige Beschäftigung findet. In der Literatur wird zum Teil für eine „Deckelung“ in Höhe der Vergütung plädiert, die der Bewerber bis zu dem Zeitpunkt verdient hätte, zu dem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis frühestens wieder hätte kündigen können⁴⁵. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, diesbezüglich Grundsätze für eine Begrenzung im Sinne der Verhältnismäßigkeit zu finden. In jedem Fall sind eine anderweitige Vergütung oder eine Lohnersatzleistung wie z. B. Arbeitslosengeld vom Ersatzanspruch abzuziehen. In der Praxis wird der Bewerber allerdings den Nachweis, dass er bei benachteiligt

⁴⁴ BAG, Urteil vom 18.5.2017, NZA 2017, S. 1530 (Rdnr. 70).

⁴⁵ Bauer/Krieger, Kommentar zum AGG, § 15 Rdnr. 27.

gungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre, regelmäßig kaum führen können.

6.2.2 Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG

Wegen eines Schadens, der **nicht Vermögensschaden** ist, kann der Stellenbewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen (§ 15 Abs. 2 AGG). Dieser Anspruch setzt – im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG – kein schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers voraus. Der Arbeitgeber haftet auch für Rechtsverstöße, die ein von ihm beauftragter Personalberater im Bewerbungsverfahren begeht. Entschädigungsansprüche nach § 15 Abs. 2 AGG richten sich daher stets gegen den Arbeitgeber, nicht den Beauftragten⁴⁶. Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch ist nicht, dass der Arbeitnehmer in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist⁴⁷. Steht ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot fest, ist damit „automatisch“ auch das Entstehen eines immateriellen Schadens beim Arbeitnehmer anzunehmen, das einen Entschädigungsanspruch auslöst⁴⁸. Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung unterscheidet das Gesetz:

- Diejenigen Bewerber, die zwar benachteiligt worden sind, die die angebotene Position aber ohnehin nicht erhalten hätten, können eine angemessene Entschädigung verlangen, die **3 Monatsgehälter nicht übersteigen darf** (§ 15 Abs. 2 Satz 2 AGG). Dabei handelt es sich um eine „Kappungsgrenze“: Vom Gericht ist zunächst eine angemessene und der Höhe nach nicht begrenzte Entschädigung zu ermitteln, die dann, wenn sie 3 Monatsentgelte übersteigen sollte, zu kappen ist⁴⁹. Beweispflichtig dafür, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, ist beim Entschädigungsanspruch der Arbeitgeber⁵⁰. Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.
- Nicht auf höchstens 3 Monatsgehälter beschränkt ist der Entschädigungsanspruch

desjenigen Bewerbers, der die Stelle nur wegen der Diskriminierung nicht erhalten hat, sie aber ohne die Benachteiligung hätte bekommen müssen. Diese vom Europäischen Gerichtshof vorgenommene Differenzierung beruht auf der Erwägung, dass den bestqualifizierten Bewerber das diskriminierende Verhalten des Arbeitgebers ungleich stärker trifft als die übrigen Bewerber, die auch ohne die Diskriminierung den Arbeitsplatz nicht erhalten hätten. Dennoch wird sich auch beim bestqualifizierten Bewerber eine gewisse Begrenzung des Entschädigungsanspruchs dadurch ergeben, dass die Gerichte die Relation z.B. zu Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wahren müssen.

6.2.3 Rechtsmissbrauch bei Scheinbewerbung

Sowohl das Verlangen eines erfolglosen Bewerbers nach Schadensersatz (§ 15 Abs. 1 AGG) als auch nach Entschädigung (§ 15 Abs. 2 AGG) kann dem Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt sein. Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, sofern der Arbeitnehmer mit seiner Bewerbung nur den formalen Status als Bewerber im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG (vgl. oben Abschnitt 2.1) erreichen will mit dem ausschließlichen Ziel, eine Entschädigung zu erhalten⁵¹. Das BAG hat dies z. B. bejaht, wenn es nach Würdigung aller Umstände dem Bewerber nicht darum ging, den Arbeitgeber davon zu überzeugen, dass er der bestgeeignete Kandidat ist, sondern dass er beabsichtigte, dem Arbeitgeber bereits nach einem ersten Lesen der Bewerbung durchgreifende Gründe für eine Absage zu geben⁵². Ein solcher Bewerber kann sich nicht auf den vom AGG gewährten Schutz vor Diskriminierung berufen; er handelt rechtsmissbräuchlich, auch nach europarechtlichen Maßstäben^{52a}. Dass der Stellenbewerber rechtsmissbräuchlich handelt, muss der Arbeitgeber beweisen; die Anforderungen des BAG an die Darlegung entsprechender Tatsachen sind hoch⁵³.

⁴⁶ BAG, Urteil vom 23.1.2014, BB 2014, S. 1534 (Rdnr. 23).

⁴⁷ BAG, Urteil vom 22.1.2009, NZA 2009, S.945 (Rdnr. 70 ff.).

⁴⁸ BAG, a.a.O., Rdnr. 74 ff.

⁴⁹ BAG, Urteil vom 19.12.2019, NZA 2020, S. 707 (Rdnr. 78).

⁵⁰ BAG, Urteil vom 11.8.2016, NZA-RR 2017, S. 132 (Rdnr. 102).

⁵¹ BAG, a.a.O., Rdnr. 48.

⁵² BAG, Urteil vom 25.10.2018, NZA 2019, S. 527 (Rdnr. 46 ff., 61).

^{52a} EuGH, Urteil vom 28.7.2016, NZA 2016, S. 1014 (Rdnr. 35).

⁵³ Vgl. BAG, Urteil vom 19.5.2016, NZA 2016, S. 1394 (Rdnr. 58).

6.2.4 Beweislast

Dem Arbeitnehmer kommt beim rechtlichen Vorgehen gegen den Arbeitgeber eine Beweiserleichterung hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen der Benachteiligung und dem Diskriminierungsmerkmal zugute. Beweist er nämlich Indizien, die eine Benachteiligung **wegen** eines der in § 1 AGG genannten Gründe vermuten lassen, so hat der Arbeitgeber nach § 22 AGG den Vollbeweis dafür zu erbringen, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Der Stellenbewerber muss also dreierlei beweisen:

- dass in seiner Person eines der Diskriminierungsmerkmale des § 1 vorliegt,
- dass er benachteiligt wurde, d.h. gegenüber einer anderen Person eine weniger günstige Behandlung erfahren hat (vgl. § 3 Abs. 1 AGG), und
- dass diese weniger günstige Behandlung auf einem der Gründe des § 1 AGG beruht.

Um diese Beweiserfordernisse zu erfüllen, reicht aber z.B. nicht die einfache Behauptung aus, ein Mitbewerber um einen Arbeitsplatz sei eingestellt worden, weil er männlich/jünger/älter/katholisch/nicht behindert sei, sondern es müssen zunächst Indizien dargelegt und ggf. bewiesen werden, dass die Abweisung der eigenen Bewerbung darauf beruht, Frau/zu jung/zu alt/Muslima/behindert etc. zu sein.

Auch die bloße Behauptung, man sei der am besten geeignete Bewerber, reicht nicht aus, um ein Indiz für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu begründen. Ebenso wenig liegt ein solches Indiz darin, dass ein Bewerber alle in der Stellenausschreibung gewünschten Anforderungen erfüllt, aber dennoch nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wird⁵⁴.

Im Übrigen hat ein **abgelehnter Stellenbewerber** gegen den Arbeitgeber im Regelfall **keinen Anspruch auf Auskunft über den eingestellten Bewerber** und die Kriterien, die für dessen Einstellung entscheidend waren⁵⁵. Damit stellt auch die Verweigerung dieser Auskunft für sich betrachtet kein Indiz für eine rechtswidrige Benachteiligung im Sinne des AGG dar⁵⁶.

Indizien sind sog. Hilfstatsachen, die den Schluss auf das Vorliegen einer Benachteiligung wegen eines Diskriminierungsmerkmals

rechtfertigen. Entsprechende Anhaltspunkte können etwa abfällige Äußerungen während eines Bewerbungsgesprächs bzw. bei der Ablehnung einer Bewerbung sein, ebenso unzulässige Fragen während eines Vorstellungsgesprächs (s. dazu Kapitel B 1 „Einstellungsfragebogen“) sowie Stellenanzeigen, die an die im Gesetz erwähnten Merkmale anknüpfen, ohne dass dies sachlich begründet ist. Insgesamt ist – vom Arbeitnehmer bzw. Bewerber aus gesehen – kein zu strenger Maßstab anzulegen. Es reicht, wenn „nach allgemeiner Lebenserfahrung“ eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Verknüpfung der Benachteiligung mit einem der 8 Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG besteht⁵⁷. Werden vom Arbeitnehmer Hilfstatsachen vorgebracht, welche jedenfalls für sich allein betrachtet nicht die Vermutung einer Benachteiligung begründen können, ist vom Gericht eine **Gesamtbetrachtung** vorzunehmen, ob diese Hilfstatsachen im Zusammenhang gesehen geeignet sind, eine Benachteiligung vermuten zu lassen⁵⁸.

6.2.5 Fristen zur Geltendmachung der Ansprüche

Sowohl der Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 als auch der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG müssen **innerhalb einer Frist von 2 Monaten schriftlich geltend gemacht werden**, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart (§ 15 Abs. 4 Satz 1 AGG). Zwar enthält der Bundesrahmentarifvertrag für Apothekenmitarbeiter (BRTV) in § 20 Abs. 2 eine Ausschlussfrist von 3 Monaten; diese tarifliche Ausschlussfrist kann aber nicht die Ansprüche abgelehnter Bewerber erfassen, da noch kein Arbeitsvertrag abgeschlossen ist und damit der Tarifvertrag weder aufgrund unmittelbarer Tarifbindung noch aufgrund einzelvertraglicher Inbezugnahme zur Anwendung kommen kann⁵⁹.

Für die Schriftlichkeit der Geltendmachung der Ansprüche durch den Bewerber ist die Textform ausreichend, die z.B. durch Telefax erfüllt wird⁶⁰. Die Schriftform wird auch durch die Erhebung einer Klage auf Entschädigung gewahrt, sofern die Klage innerhalb der 2-Monats-Frist dem Arbeitgeber zugestellt oder innerhalb dieser Frist beim Arbeitsgericht eingereicht wor-

⁵⁴ BAG, Urteil vom 25.4.2013, DB 2013, S. 2509 (Rdnr. 46).

⁵⁵ BAG, a.a.O., Rdnr. 56.

⁵⁶ BAG, a.a.O., Rdnr. 58.

⁵⁷ BAG, Urteil vom 17.12.2009, NZA 2010, S. 383 (385).

⁵⁸ BAG, Urteil vom 7.7.2011, NZA 2012, S. 34 (36).

⁵⁹ BAG, Urteil vom 15.3.2012, NZA 2012, S. 910 (912 f.).

⁶⁰ BAG, Urteil vom 19.8.2010, NZA 2010, S. 1412 (1414 f.).

den ist, sofern sie alsbald dem Arbeitgeber zugestellt wurde⁶¹.

Die Ausschlussfrist beginnt nach § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG grundsätzlich mit dem **Zugang der Ablehnung der Bewerbung**, nicht jedoch vor dem Zeitpunkt, ab dem der Bewerber erfahren hat, dass er benachteiligt wurde. Der Arbeitgeber muss im Übrigen seine Ablehnung nicht schriftlich erklären. Um die Frist des § 15 Abs. 2 AGG für den Arbeitnehmer in Gang zu setzen, bedarf es nur einer auf den Beschäftigten bezogenen ausdrücklichen (auch mündlichen) oder konkludenten Erklärung des Arbeitgebers, aus der sich für den Bewerber eindeutig ergibt, dass seine Bewerbung keine Aussicht (mehr) auf Erfolg hat⁶². Ein Schweigen oder Untätigbleiben des Arbeitgebers reicht grundsätzlich nicht aus; ebenso wenig genügt es, wenn der Bewerber nicht durch den Arbeitgeber, sondern auf andere Weise erfährt, dass seine Bewerbung erfolglos war⁶³. Die Einhaltung der Frist setzt nicht voraus, dass der Bewerber den Anspruch der Höhe nach im Einzelnen beziffert; er muss nur vor Fristablauf schriftlich zum Ausdruck bringen, eine Entschädigung wegen Diskriminierung zu verlangen⁶⁴.

Zusätzlich zu der vorgenannten Geltendmachungsfrist sieht § 61 b Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes eine **Klagefrist** vor. Sie beginnt mit der schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs durch den Stellenbewerber und läuft ab diesem Zeitpunkt **3 Monate**. Die Klagefrist wird unabhängig davon in Gang gesetzt, ob der Arbeitgeber auf die schriftliche Geltendmachung des Anspruchs durch den Stellenbewerber reagiert oder nicht.

7 Abschluss des Bewerbungsverfahrens

7.1 Wie sollte die Ablehnung einer Bewerbung erfolgen?

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 begründen⁶⁵. 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 allgemein wie möglich gehalten sein. Auch Formulierungen wie „Ein anderer Bewerber passt besser zu uns“ sollten vermieden 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 (§ 164 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 löst die 2-monatige Geltendmachungsfrist für ein Vorgehen gegen die Ablehnung aus (vgl. dazu oben Abschnitt 6.2.5). Dass und wann diese Frist durch Zugang der Ablehnung beim Bewerber in Lauf gesetzt worden ist, hat nach allgemeinen prozessualen Regeln der Arbeitgeber zu beweisen⁶⁶. 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 bringen hier E-Mail-Bewerbungen, bei denen Absagen gleichfalls in elektronischer Form erfolgen können und der Arbeitgeber über den E-Mail-Verkehr den Zugang der Absage dokumentieren kann.

7.2 Rücksendung und Datenlöschung bei Ablehnung der Bewerbung

Einem abgelehnten Bewerber muss der Apothekeninhaber seine Bewerbungsunterlagen in angemessener Zeit zurückgeben. Ein Einstellungsfragebogen oder im Bewerbungsverfahren erstellte Aufzeichnungen über abgelehnte Bewerber sind zu vernichten, elektronisch erhaltene

⁶¹ BAG, Urteil vom 22.5.2014, NZA 2014, S. 924 (Rdnr. 10 ff.).

⁶² BAG, Urteil vom 29.6.2017, NZA 2018, S. 33 (Rdnr. 20).

⁶³ BAG, a.a.O., Rdnr. 26.

⁶⁴ BAG, Urteil vom 15.2.2005, NZA 2005, S. 870 (871).

⁶⁵ BAG, Urteil vom 25.4.2013, DB 2013, S. 2509 (Rdnr. 52).

⁶⁶ BAG, Urteil vom 19.8.2010, NZA 2010, S. 1412 (1414).

oder erhobene Daten zu löschen (Art. 17 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO; wegen des Begriffs der Löschung s. Kapitel A 11 „Datenschutz“, Abschnitt 5). Wegen der Frist von 2 Monaten ab Zugang des Absageschreibens, die dem Bewerber für die Geltendmachung einer Benachteiligung im Einstellungsverfahren zur Verfügung steht (s. vorstehenden Abschnitt 6.2.5), sollte der Apothekeninhaber mit der Rückgabe bzw. Vernichtung der Bewerbungsunterlagen sowie der Löschung elektronischer Daten noch warten. Denn nur wenn der Bewerber bis zum Ablauf der Frist keine Benachteiligung gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht hat, kann dieser sicher sein, die Unterlagen nicht mehr zu benötigen, um im Streitfall den Auswahlvorgang und die Auswahlentscheidung dokumentieren zu können. Ein mehrmonatiger „Sicherheitszuschlag“ bezüglich der Rückgabe ist daher erforderlich. Nach dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) sollten Unterlagen abgelehnter Bewerber spätestens nach einer Frist von 6 Monaten ab Absendung des Ablehnungsschreibens entweder an den Bewerber zurückgegeben oder – soweit die Daten elektronisch eingereicht wurden – gelöscht werden⁶⁷.

Um die 2-Monats-Frist möglichst bald in Gang zu setzen, sollte der Apothekeninhaber das Absageschreiben an den Bewerber unverzüglich übersenden, nachdem feststeht, dass der Bewerber nicht eingestellt wird. Wenn der Apothekeninhaber die Originalbewerbungsunterlagen nicht bis zum Ablauf der 2 Monate aufheben möchte, kann er auch Kopien der Unterlagen anfertigen und die Originale mit dem Absageschreiben zurückgeben. Dies dürfte auch unter Datenschutzgesichtspunkten zulässig sein, da der Arbeitgeber aufgrund der Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle seiner Auswahlentscheidung ein berechtigtes Interesse an der – vorübergehenden – Aufbewahrung der Unterlagen hat.

Zuweilen möchte der Arbeitgeber die Daten und Unterlagen eines nicht zum Zuge gekommenen Bewerbers aufbewahren, weil er diesen Kandidaten in ein späteres Auswahlverfahren einbeziehen möchte. Dies ist rechtlich möglich, erfordert aber die schriftliche Einwilligung des Bewerbers. Dieser sollte sein Einverständnis damit erklären, dass die von ihm übermittelten Unterlagen und personenbezogenen Daten für

ein künftiges Stellenbesetzungsverfahren aufbewahrt bzw. gespeichert werden dürfen und dass die Einwilligung jederzeit und ohne Begründung mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden kann.

8 Ersatz der Vorstellungskosten

Wenn der Apothekeninhaber einen Stellenbewerber zur persönlichen Vorstellung auffordert, so hat er ihm grundsätzlich aufgrund dieser Aufforderung die Vorstellungskosten zu ersetzen (§ 670 BGB)⁶⁸. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Arbeitsverhältnis tatsächlich zustande kommt oder nicht. Eine Ersatzpflicht soll auch bestehen, wenn die Anregung zur Vorstellung vom Arbeitnehmer ausgeht und der Arbeitgeber damit einverstanden ist.

Keinen Anspruch auf Erstattung von Vorstellungskosten hat ein Arbeitnehmer, der sich **un-angefordert ohne vorherige telefonische Kontaktaufnahme beim Arbeitgeber vorstellt**. Dies gilt auch bei einer mit dem Arbeitgeber nicht abgesprochenen Vorstellung auf Veranlassung der Agentur für Arbeit.

Der Arbeitgeber hat auch die **Möglichkeit, den Anspruch des Bewerbers auf Ersatz von Vorstellungskosten auszuschließen** oder die Erstattung auf bestimmte Kosten – sowohl der Art, als auch der Höhe nach – zu beschränken. Dies setzt allerdings voraus, dass der Arbeitgeber den Bewerber bei der Einladung zum Vorstellungsgespräch hierüber informiert.

Zu ersetzen sind, wenn demnach ein Anspruch besteht, alle Kosten, die der Stellenbewerber nach den Umständen für **erforderlich** halten durfte. Üblicherweise erstattungspflichtig sind zunächst die **Fahrtkosten**. Welche dies im Einzelfall sind, hängt von den Umständen ab. Innerhalb der Stadt oder Gemeinde sind die Kosten öffentlicher Verkehrsmittel zu ersetzen, bei Anreise von auswärts mit der Bahn eine Fahrkarte 2. Klasse oder – bei Benutzung des eigenen Pkw – Kilometergeld nach den steuerlichen Vorschriften bei Dienstreisen, also derzeit 30 Cent pro Fahrkilometer. Die Weiterfahrt vom Bahnhof zum Bewerbungsgespräch ist grundsätzlich mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu absolvieren; nur bei ungünstiger und damit besonders zeitaufwendiger Verbindung sind Taxikosten erstattungsfähig.

⁶⁷ Tätigkeitsbericht zum Datenschutz für die Jahre 2013 und 2014, S. 82, abrufbar unter www.bfdi.bund.de.

⁶⁸ BAG, Urteil vom 29.6.1988, NZA 1989, S. 468.

Der Ersatz von **Übernachungskosten** kann verlangt werden, wenn eine Hin- und Rückreise am selben Tag nicht zumutbar ist. **Verpflegungskosten** sind ebenfalls nach steuerlichen Grundsätzen erstattungsfähig.

Flugkosten sind im Allgemeinen nur zu ersetzen, wenn dadurch Kosten für eine Übernachtung vermieden werden können.

Auch wenn Flugtickets heute oft nicht mehr kosten als Bahntickets, zuweilen sogar weniger, sollte die Übernahme von Flugkosten vor dem Vorstellungsgespräch stets zwischen Arbeitgeber und Bewerber abgesprochen werden.

Ein eventueller **Verdienstaufschlag** ist nach überwiegender Auffassung nicht zu erstatten. Im Allgemeinen hat allerdings der in einem **gekündigten** Arbeitsverhältnis stehende Bewerber gegen seinen derzeitigen Arbeitgeber Anspruch auf bezahlte Freistellung zur Stellensuche und damit keinen Verdienstaufschlag (§ 629 BGB). Bewirbt sich ein Arbeitnehmer aus ei-

nem **ungekündigten** Arbeitsverhältnis heraus, muss er für einen Vorstellungstermin Urlaub nehmen. Der einladende Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, dem Bewerber den genommenen Urlaubstag zu vergüten.

Der Anspruch auf Ersatz von Vorstellungskosten verjährt in 3 Jahren (§ 195 BGB).

Hinweis: Die dem Bewerber entstandenen Kosten sollten – unabhängig vom Erfolg der Bewerbung – am besten bei der persönlichen Vorstellung in bar oder per Scheck bezahlt werden.

Reisekosten, die vom Arbeitgeber nicht erstattet werden, kann der Bewerber in seiner Einkommensteuererklärung als Werbungskosten geltend machen. Dies gilt auch für vorbereitende Ausgaben, etwa für die Bewerbungsmappe, Fotos oder Porto.

(Weber)