

Dr. Otto N. Bretzinger

Praxiswissen Arbeitgeber

Rechtliches Know-how für
Selbstständige und Kleinbetriebe



Praxiswissen Arbeitgeber

**Rechtliches Know-how für
Selbstständige und Kleinbetriebe**

Dr. Otto N. Bretzinger

© 2021 by Akademische Arbeitsgemeinschaft Verlagsgesellschaft mbH

Postfach 10 01 61 · 68001 Mannheim
Telefon 0621/8626262
Telefax 0621/8626263
www.akademische.de

1. Auflage

Stand: September 2021

Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung sowie Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Alle Angaben wurden nach genauen Recherchen sorgfältig verfasst; eine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben ist jedoch ausgeschlossen.

Zum Zwecke der besseren Lesbarkeit verwenden wir allgemein die grammatisch männliche Form. Selbstverständlich meinen wir aber bei Personenbezeichnungen immer alle Menschen unabhängig von ihrer jeweiligen geschlechtlichen Identität.

Redaktion: Dr. Torsten Hahn, Benedikt Naglik

Geschäftsführer: Christoph Schmidt, Stefan Wahle

Layout und Umschlaggestaltung: futurweiss kommunikationen, Wiesbaden

Bildquelle: ©Rido – adobe.stock.com

Printed in Poland

ISBN 978-3-96533-152-5

Alternative Streitbeilegung (Online-Streitbeilegung und Verbraucherschlichtungsstelle)

Die Europäische Kommission hat eine Plattform zur Online-Streitbeilegung eingerichtet, die unter folgendem Link abgerufen werden kann: www.ec.europa.eu/consumers/odr.

Wolters Kluwer ist nicht bereit und nicht verpflichtet, an Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle teilzunehmen.

Vorwort

In Deutschland bestehen mehr als 2,5 Millionen Kleinbetriebe. Und viele davon haben weniger als fünf Beschäftigte. Das Besondere bei diesen Betrieben ist, dass das Arbeitsrecht, das in erster Linie den Arbeitnehmer schützen soll, nicht vollständig zur Anwendung kommt. So besteht beispielsweise in diesen Betrieben für Arbeitnehmer kein gesetzlicher Kündigungsschutz. Es besteht kein Betriebsrat. Mithin bedarf der Arbeitgeber keiner Zustimmung zu personellen Maßnahmen und es gibt keine Betriebsvereinbarungen, die parallel zum Arbeitsvertrag berücksichtigt werden müssen. Auch tarifliche Regelungen finden keine Anwendung, weil die Beteiligten regelmäßig nicht tarifgebunden sind.

Dieser Ratgeber will Ihnen als Arbeitgeber oder als dem in einem Kleinbetrieb mit weniger als fünf Arbeitnehmern Verantwortlichen helfen. Zwar werden Sie wegen der geringen Anzahl von Beschäftigten nicht tagtäglich mit arbeitsrechtlichen Fragen und Problemen konfrontiert sein, gleichwohl müssen Sie mit den wichtigsten Grundsätzen des Arbeitsrechts vertraut sein, und zwar vom Zeitpunkt der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses über den Abschluss des Arbeitsvertrags, das laufende Arbeitsverhältnis bis zu dessen Beendigung. Dabei geht es nicht nur darum, Ihnen die Rechte und Ansprüche des Arbeitgebers zu erläutern und so diesem bereits durch den Abschluss des Arbeitsvertrags eine günstige Rechtslage zu verschaffen, der Ratgeber will vielmehr auch gleichzeitig die dem Arbeitgeber durch das Arbeitsrecht gezogenen Grenzen aufzeigen.

Zwar werden im Arbeitsrecht Probleme und Streitigkeiten unter den Beteiligten regelmäßig recht pragmatisch gelöst, indem sie früher oder später einvernehmlich beigelegt werden, gleichwohl geht es für den Arbeitgeber nicht zuletzt darum, Einstellungsgespräche, Arbeitsverträge und personalrechtliche Maßnahmen gut vorzubereiten

und sich so eine gute Rechtslage zu verschaffen. Dabei muss in diesem Zusammenhang auch darauf geachtet werden, dass es sich bei vielen arbeitsrechtlichen Rechtsvorschriften um zwingendes Recht handelt, von dem zum Nachteil des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden darf. Vor allem auch auf diese Fallstricke müssen Sie in der arbeitsrechtlichen Praxis achten. Insgesamt beschränkt sich dieser Ratgeber auf Rechtsfragen, die für Kleinbetriebe praktisch relevant sind.

Vertragsmuster, Formulierungshilfen und Musterbriefe, die Ihnen dabei helfen sollen, Verträge richtig zu formulieren und Ihre Rechte und Ansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer geltend zu machen, finden Sie im Ratgeber »Der Arbeitgeberassistent«. Während Sie im vorliegenden Ratgeber die jeweilige arbeitsrechtliche Rechtslage kennenlernen, erhalten Sie im Formularbuch die notwendige Hilfestellung bei der Umsetzung Ihrer Rechte.

Dr. iur. Otto N. Bretzinger

Inhalt

1	ANBAHUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES.....	11
1.1	Stellenanzeige und Stellenausschreibung.....	11
1.2	Vorstellungsgespräch	13
1.2.1	Aufklärungspflichten des Arbeitgebers	13
1.2.2	Fragerecht des Arbeitgebers	14
1.2.3	Offenbarungspflichten des Bewerbers	18
1.3	Bewerbersauswahl.....	18
1.3.1	Diskriminierungsverbot.....	19
1.3.2	Ärztliche Eignungsuntersuchungen.....	24
1.4	Ersatz der Vorstellungskosten	24
1.5	Umgang mit Bewerberdaten	25
1.5.1	Verarbeitung der Bewerberdaten	26
1.5.2	Löschung der Bewerberdaten	27
2	BEGRÜNDUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES.....	29
2.1	Zustandekommen des Arbeitsvertrags.....	29
2.2	Form des Arbeitsvertrags.....	30
2.3	Inhalt des Arbeitsvertrags	31
2.4	Gesetzliche Schranken bei der Gestaltung des Arbeitsvertrags ..	34
2.4.1	Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften	34
2.4.2	Verstoß gegen die guten Sitten	35
2.4.3	Rechtliche Kontrolle vorformulierter Arbeits- bedingungen	36
2.5	Einbeziehung tariflicher Regelungen in den Arbeitsvertrag.....	40
2.5.1	Bezugnahme auf Tarifvertrag insgesamt oder einzelne tarifliche Regelungen	41
2.5.2	Statische oder dynamische Verweisung.....	42
2.5.3	Form der Bezugnahme auf den Tarifvertrag.....	44
2.6	Schriftliche Unterrichtung des Arbeitnehmers über Arbeits- bedingungen.....	44
2.7	Verschiedene Arten von Beschäftigungsverhältnissen.....	46
2.7.1	Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit.....	46
2.7.2	Befristeter Arbeitsvertrag	47
2.7.3	Teilzeitarbeitsvertrag	54
2.7.4	450-Euro-Minijob.....	63
2.7.5	Kurzfristige Beschäftigung.....	69
2.7.6	Arbeitsvertrag mit Probezeit.....	71
2.7.7	Aushilfsarbeitsvertrag.....	78

2.7.8	Arbeitsverträge mit Praktikanten und Werkstudenten ...	79
2.7.9	Arbeitsvertrag mit Familienangehörigen	85
2.7.10	Berufsausbildungsvertrag	89
2.8	Arbeitspapiere und Meldepflichten des Arbeitgebers	92
2.8.1	Arbeitspapiere	92
2.8.2	Meldepflichten des Arbeitgebers	93
3	LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNIS	95
3.1	Weisungsrecht des Arbeitgebers	95
3.1.1	Grenzen des Weisungsrechts	96
3.1.2	Inhalt des Weisungsrechts	97
3.1.3	Folgen des Weisungsrechts	100
3.2	Art der Arbeitsleistung	101
3.2.1	Tätigkeitsbeschreibung im Arbeitsvertrag	101
3.2.2	Bezugnahme auf eine Stellen- oder Arbeitsplatz- beschreibung	103
3.2.3	Arbeitsleistung nach »betrieblicher Übung«	104
3.2.4	Arbeitszuweisung in Notfällen	105
3.2.5	Nebenpflichten des Arbeitnehmers	106
3.2.6	Änderung der Art der Arbeitsleistung	106
3.3	Arbeitsort	106
3.4	Versetzung des Arbeitnehmers	108
3.4.1	Allgemeine Voraussetzungen	109
3.4.2	Zuweisung einer anderen Tätigkeit	111
3.4.3	Zuweisung eines anderen Arbeitsorts	111
3.5	Vergütung des Arbeitnehmers	112
3.5.1	Höhe der Vergütung	113
3.5.2	Zulagen und Zuschläge	114
3.5.3	Gleichbehandlung bei der Vergütung	116
3.5.4	Mindestlohn	118
3.5.5	Auszahlung der Vergütung	121
3.5.6	Verletzung der Vergütungspflicht	122
3.5.7	Pfändungsschutz	124
3.6	Gratifikationen	125
3.6.1	Kein gesetzlicher Anspruch auf Sonderzahlungen.	126
3.6.2	Freiwilligkeitsvorbehalt	128
3.6.3	Widerrufsvorbehalt	129
3.6.4	Rückzahlungsvorbehalt	130
3.7	Arbeitszeit	132
3.7.1	Dauer der Arbeitszeit	132
3.7.2	Lage der täglichen Arbeitszeit	136
3.7.3	Überstunden	140

3.7.4	Verkürzung der Arbeitszeit	144
3.7.5	Aushang- und Aufzeichnungspflichten	145
3.7.6	Kurzarbeit	146
3.8	Datenschutz	148
3.8.1	Verarbeitung personenbezogener Daten	149
3.8.2	Informationspflichten des Arbeitgebers	149
3.8.3	Zulässigkeit der Datenverarbeitung	151
3.8.4	Auftragsverarbeitung	153
3.9	Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers	154
3.9.1	Anspruch auf Urlaub	154
3.9.2	Dauer des Urlaubs	156
3.9.3	Teilurlaub	158
3.9.4	Ausschluss von Doppelurlaub	159
3.9.5	Gewährung des Urlaubs	161
3.9.6	Krankheit im Urlaub	164
3.9.7	Übertragung von Urlaubsansprüchen	165
3.9.8	Urlaubsentgelt	168
3.9.9	Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers im Urlaub	170
3.9.10	Finanzielle Abgeltung des Urlaubs	172
3.9.11	Unbezahlter Urlaub	174
3.10	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	175
3.10.1	Voraussetzungen	175
3.10.2	Anmelde- und Nachweispflichten des Arbeitnehmers ..	180
3.10.3	Höhe und Dauer der Entgeltfortzahlung	182
3.10.4	Ausgleich der Aufwendungen bei Kleinbetrieben	184
3.10.5	Arbeitsbefreiung zur Pflege eines erkrankten Kindes ..	185
3.10.6	Arbeitsbefreiung zur Pflege eines nahen Angehörigen ..	186
3.11	Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers	187
3.11.1	Arbeitsrechtliche Grundlage	187
3.11.2	Umfang der Verschwiegenheitspflicht	188
3.11.3	Folgen der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht. ...	189
3.11.4	Verschwiegenheitspflicht nach Beendigung des Arbeits- verhältnisses	190
3.12	Nebentätigkeit des Arbeitnehmers	191
3.12.1	Zulässigkeit	192
3.12.2	Erlaubnisvorbehalt	194
3.12.3	Anzeigepflichten	195
3.12.4	Folgen einer unzulässigen Nebentätigkeit	195
3.13	Wettbewerbsverbot des Arbeitnehmers	196
3.13.1	Wettbewerbsverbot bei bestehendem Arbeitsverhältnis	196
3.13.2	Wettbewerbsverbot nach Beendigung des Arbeits- verhältnisses	198

3.14	Besonderheiten bei Teilzeitarbeit	200
3.14.1	Verbot der Diskriminierung	200
3.14.2	Arbeitszeit und Überstunden	201
3.14.3	Vergütung	202
3.14.4	Erholungsurlaub	202
3.14.5	Nebentätigkeit	203
3.15	Mutterschutz	204
3.15.1	Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz	205
3.15.2	Kündigungsschutz	209
3.15.3	Mutterschaftslohn	209
3.16	Elternzeit	210
3.16.1	Anspruchsberechtigte	210
3.16.2	Beantragung	212
3.16.3	Dauer der Elternzeit	212
3.16.4	Verlängerung und Verkürzung der Elternzeit	213
3.16.5	Arbeitsrechtliche Auswirkungen	215
3.16.6	Elternteilzeit	216
3.16.7	Kündigungsschutz	217
3.17	Schwerbehinderung	219
3.17.1	Geschützter Personenkreis	219
3.17.2	Beschäftigungspflicht	220
3.17.3	Arbeitszeit	221
3.17.4	Zusatzurlaub	221
3.17.5	Kündigungsschutz	222
3.18	Jugendarbeitsschutz	224
3.18.1	Beschäftigung Jugendlicher	224
3.18.2	Beschäftigungsverbote und Beschränkungen für Jugendliche	228
3.18.3	Gesundheitliche Betreuung der Jugendlichen	228
3.19	Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers	229
3.19.1	Haftung des Arbeitnehmers	230
3.19.2	Abmahnung des Arbeitnehmers	236
3.20	Haftung des Arbeitgebers	241
3.20.1	Haftung für Personenschäden	242
3.20.2	Haftung für Sach- und Vermögensschäden	242
4	BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES	245
4.1	Allgemeines zur Kündigung	245
4.1.1	Kündigungserklärung	246
4.1.2	Form der Kündigung	247
4.1.3	Begründung der Kündigung	247
4.1.4	Zugang der Kündigung	248

4.1.5	Hinweispflicht	251
4.1.6	Rücknahme der Kündigung	252
4.2	Ordentliche Kündigung	253
4.2.1	Kündigungsfristen	253
4.2.2	Kündigungsschutz des Arbeitnehmers	259
4.3	Außerordentliche Kündigung	263
4.3.1	Vorliegen eines wichtigen Grundes	264
4.3.2	Interessenabwägung	267
4.3.3	Einhaltung der Ausschlussfrist	268
4.4	Änderungskündigung	269
4.4.1	Zulässigkeit	269
4.4.2	Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers	273
4.5	Einvernehmliche Beendigung durch Aufhebungsvertrag	275
4.5.1	Vor- und Nachteile des Aufhebungsvertrags	275
4.5.2	Zustandekommen des Aufhebungsvertrags	276
4.5.3	Form des Aufhebungsvertrags	276
4.5.4	Gesetzliche Schranken bei der Gestaltung des Aufhebungsvertrags	277
4.5.5	Aufklärungs- und Hinweispflichten des Arbeitgebers	279
4.5.6	Inhalt des Aufhebungsvertrags	281
4.5.7	Beseitigung des Aufhebungsvertrags	287
4.6	Erreichen der Regelaltersgrenze	290
4.7	Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses	290
4.7.1	Freistellung des Arbeitnehmers zur Stellensuche	291
4.7.2	Erteilung eines Arbeitszeugnisses	291
4.7.3	Urlaubsbescheinigung	294
4.7.4	Herausgabe der Arbeitspapiere	295
4.7.5	Abfindung	295

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS297

INDEX 299

1 Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis kommt mit dem Abschluss des Arbeitsvertrags zustande. Jedoch bestehen bereits im Stadium der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses sowohl für Sie als künftigen Arbeitgeber als auch für den Bewerber Rechte und Pflichten. Solche Pflichtverletzungen im sogenannten vorvertraglichen Schuldverhältnis können Schadensersatzansprüche oder andere rechtlich nachteilige Folgen nach sich ziehen.

1.1 Stellenanzeige und Stellenausschreibung

Es bestehen verschiedene Möglichkeiten, Arbeitnehmer anzuwerben. In Betracht kommen insbesondere die Anwerbung über Stellenanzeigen, die Agentur für Arbeit oder Personal-Service-Agenturen. Erfolgt die Anwerbung über eine interne oder externe Stellenanzeige, ist insbesondere darauf zu achten, dass **keine Diskriminierung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** erfolgt.

Nicht nur im bestehenden Arbeitsverhältnis, sondern auch bereits bei dessen Anbahnung sind die gesetzlichen Diskriminierungsverbote zu beachten (§ 11 AGG). Deshalb dürfen Stellenanzeigen nicht zu einer Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität führen (§ 7 Abs. 1 AGG). Ausnahmsweise kann eine unterschiedliche Behandlung zulässig sein, so etwa wenn dieser Grund wegen der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt (vgl. §§ 8 ff. AGG).

Achtung: Achten Sie darauf, einen Arbeitsplatz **geschlechtsneutral auszuschreiben**, und zwar selbst dann, wenn ein bestimmtes Geschlecht eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Tätigkeit ist. Das Stellenangebot muss sich

also an Frauen und an Männer richten, z.B. Buchhalter[in] oder Buchhalter [m/w/d]. Eine Stellenanzeige, die nicht geschlechtsneutral verfasst ist, begründet ein hinreichendes Indiz für eine Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts. In diesem Fall müssen Sie dann unter Umständen beweisen, dass Sie nicht gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen haben (§ 22 AGG).

In einer Stellenanzeige sollte auch auf Hinweise verzichtet werden, die mit dem Alter, der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung des Bewerbers in Verbindung gebracht werden können.

- Bei einer Stellenanzeige, in der ein »Berufsanfänger« oder Bewerber »mit bis zu zwei Jahren Berufserfahrung« oder »Mitarbeiter zwischen 25 und 35 Jahren« gesucht wird, werden ältere Bewerber mittelbar wegen ihres Alters benachteiligt.
- Werden »gute Deutschkenntnisse« verlangt, kann dies je nach den Umständen des Einzelfalls ein Indiz für die mittelbare Benachteiligung eines nicht zum Vorstellungsgespräch geladenen Bewerbers mit Migrationshintergrund wegen dessen ethnischer Herkunft sein.
- Grundsätzlich unzulässig sind Formulierungen wie »körperlich uneingeschränkt leistungsfähig«, weil hierdurch behinderte Bewerber ausgeschlossen werden.

Urteil

Verwendet ein Arbeitgeber in einer Stellenanzeige oder einer Ausschreibung Begriffe wie »flexibel und belastbar«, liegt darin für sich gesehen noch keine Diskriminierung behinderter Mitbewerber.

LAG Nürnberg, Az. 6 Sa 675/07

Verstößt der Arbeitgeber gegen das **Benachteiligungsverbot**, hat er den hierdurch entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Daneben ist der Arbeitgeber auch zum Ersatz des sogenannten immateriellen Schadens verpflichtet. Wegen der Einzelheiten vgl. 1.3.1.

1.2 Vorstellungsgespräch

Mit dem Vorstellungsgespräch, zu dem der Bewerber vom potenziellen Arbeitgeber eingeladen wird, beginnt das konkrete Einstellungsverfahren. Zwar sind solche Gespräche »unverbindlich«, gleichwohl bewegen sie sich nicht im rechtsfreien Raum. Mit der Aufnahme der Verhandlungen entsteht zwischen dem Arbeitgeber und dem Bewerber bereits ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis und damit ein Schuldverhältnis eigener Art (vgl. § 311 Abs. 2 BGB). Konkret werden wechselseitige Sorgfaltspflichten begründet, für die die beiden Parteien haften. So macht sich der Arbeitgeber **schadensersatzpflichtig**, wenn er schuldhaft das Vertrauen auf das Zustandekommen des Arbeitsvertrags geweckt oder gar den Bewerber veranlasst hat, seine bisherige Stelle zu kündigen, es dann aber letztlich doch nicht zum Vertragsschluss kommt.

1.2.1 Aufklärungspflichten des Arbeitgebers

Bei der Einstellungsverhandlung ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Bewerber über alle **Anforderungen** des zu besetzenden Arbeitsplatzes zu informieren. Er muss dem Bewerber von sich aus alle Umstände mitteilen, die für dessen Entscheidung maßgeblich sein können.



Wenn zweifelhaft ist, ob der Arbeitgeber in nächster Zeit in der Lage sein wird, Löhne und Gehälter auszuzahlen, muss er das dem Bewerber mitteilen. Allerdings müssen Arbeitgeber einem Bewerber nur dann von sich aus wirtschaftliche Probleme mitteilen, wenn diese die Durchführung des Arbeitsverhältnisses

unmöglich machen. Auch ein geplanter Betriebsübergang oder örtliche Versetzungen können zu einer Aufklärungspflicht des Arbeitgebers führen.

Urteil

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, Arbeitnehmer über die nachteiligen Folgen einer Teilzeitarbeit für die betriebliche Altersversorgung aufzuklären.

LAG Nürnberg, Az. 3 Sa 249/15

Verletzt der Arbeitgeber seine **Aufklärungspflicht**, hat er dem Bewerber den Vertrauensschaden zu ersetzen. Danach ist der Bewerber so zu stellen, als wäre die Aufklärung richtig erteilt worden. In diesem Fall wäre dann beispielsweise die Kündigung des alten Arbeitsplatzes unterblieben und der Bewerber hätte Einkünfte in der bisherigen Höhe erzielt.

1.2.2 Fragerecht des Arbeitgebers

Im Vorstellungsgespräch oder im Einstellungsfragebogen werden sich Arbeitgeber möglichst umfangreich über den Bewerber informieren wollen, insbesondere auch über dessen persönliche Verhältnisse. Andererseits hat der Bewerber und potenzielle Arbeitnehmer ein Interesse daran, nicht über seine Intimsphäre ausgefragt zu werden. Deshalb muss zwischen zulässigen Fragen, die der Bewerber wahrheitsgemäß beantworten muss, und unzulässigen Fragen, die der Bewerber nicht beantworten muss bzw. er auch lügen darf, unterschieden werden.

== Zulässige Fragen

Der Arbeitgeber darf nur solche Fragen stellen, die mit dem **Arbeitsplatz oder der zu leistenden Arbeit** im Zusammenhang stehen. Ein

Frage- und Informationsrecht steht ihm also nur insoweit zu, als durch die Beantwortung der Fragen die Eignung des Bewerbers für die zu besetzende Stelle herausgefunden werden kann.

In jedem Fall zulässig sind Fragen

- nach der Ausbildung,
- der fachlichen Qualifikation,
- dem beruflichen Werdegang und
- zu Einzelheiten der früheren Tätigkeit.

Auch die Frage nach Sprachkenntnissen des Bewerbers ist zulässig, soweit diese für die Tätigkeit von Belang sind. Nach Vermögensverhältnissen darf gefragt werden, wenn eine Bewerbung auf eine Stelle erfolgt, die ein besonderes Vertrauensverhältnis erfordert (meist bei leitenden Angestellten oder zum Beispiel bei einem Bankkassierer). Zulässig ist auch die Frage nach dem Familienstand. Der Arbeitgeber darf auch fragen, ob der Bewerber mit seinem früheren Arbeitgeber ein rechtswirksames Wettbewerbsverbot geschlossen hat, das die Arbeit im Betrieb des neuen Arbeitgebers einschränkt.

Ob Lohnansprüche in der Vergangenheit **gepfändet** wurden, darf der Arbeitgeber fragen, wenn die zu besetzende Stelle eine besondere Zuverlässigkeit des Bewerbers im Umgang mit Geld erfordert (z.B. Kassierer, Finanzbuchhalter, Bankier). Angaben zu seinem früheren Gehalt muss der Bewerber nur machen, wenn die Beantwortung der Frage Informationen über seine Qualifikation liefert. Und die Frage nach **Nebentätigkeiten** ist zulässig, wenn sie Einfluss auf die pflichtgemäße Erfüllung der arbeitsvertraglichen Verpflichtung hat (z.B. Nebentätigkeiten bei Konkurrenzunternehmen, Nachtarbeit). Zulässig ist schließlich auch die Frage nach einer **Alkohol- und/oder Drogenabhängigkeit**.



Beantwortet der Bewerber eine zulässige Frage wahrheitswidrig, können Sie als Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anfechten (§ 123 BGB). Die Anfechtung muss

innerhalb eines Jahres erfolgen. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn Sie von der Täuschung erfahren haben. Die Anfechtung hat zur Folge, dass das angefochtene Arbeitsverhältnis beendet wird, das heißt, die Anfechtung wirkt im Prinzip genauso wie eine fristlose Kündigung.

== Unzulässige Fragen

Unzulässig sind Fragen nach dem **Geschlecht, dem Lebensalter und nach den persönlichen Lebensverhältnissen** wie zum Beispiel Kinderwunsch oder Heiratsabsichten. Die Frage nach der Parteizugehörigkeit betrifft die politische und weltanschauliche Einstellung des Bewerbers und ist deshalb nicht zulässig, soweit es sich nicht um einen sogenannten Tendenzbetrieb (z.B. Parteien) handelt. Ebenfalls grundsätzlich unzulässig ist die Frage nach der **Religionszugehörigkeit**; eine Ausnahme gilt lediglich bei konfessionsgebundenen Trägern des zu besetzenden Arbeitsplatzes (z.B. Krankenhäuser, Kindergärten, Schulen). Unzulässig ist auch die Frage nach den bloßen **Alkoholgewohnheiten**. Und die Frage nach einer **bestehenden Schwangerschaft** ist selbst dann nicht zulässig, wenn ein befristetes Arbeitsverhältnis begründet werden soll und feststeht, dass der Bewerber während eines Teils der Vertragszeit nicht arbeiten kann. Die Frage nach der beim früheren Arbeitgeber bezogenen **Vergütung** ist dann unzulässig, wenn die bisherige Vergütung für die angestrebte Stelle keine Aussagekraft und der Bewerber sie auch nicht von sich aus als Mindestvergütung für die neue Stelle gefordert hat.

Für den Umfang des Fragerechts nach dem **Gesundheitszustand** des Bewerbers ist maßgebend, ob diese im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen. Grundsätzlich darf der Arbeitgeber deshalb fragen, ob der Bewerber eine akute oder chronische gesundheitliche Beeinträchtigung hat,

- die ihn dauerhaft oder in bestimmten Abständen immer wieder in seiner Tätigkeit einschränkt,

- wegen der er bei oder nach Arbeitseintritt arbeitsunfähig sein wird (z.B. Frage nach einer geplanten Operation oder einer be- willigten Kur),
- die zwar selbst nicht seine Leistungsfähigkeit einschränkt, jedoch künftige Kollegen oder Kunden gefährdet (z.B. bei ansteckenden Krankheiten).



Grundsätzlich unzulässig ist die Frage nach einer Schwerbe- hinderung oder Behinderung. Ist allerdings eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesund- heit eine entscheidende Voraussetzung für einen konkreten Arbeitsplatz, so dürfen Sie fragen, ob der Bewerber an gesund- heitlichen, seelischen oder anderen Beeinträchtigungen leidet, durch die er für die Erfüllung der von ihm erwarteten arbeitsver- traglichen Pflichten ungeeignet ist.

Die Frage nach **Vorstrafen** berührt ein künftiges Arbeitsverhältnis regelmäßig nicht; die Frage ist deshalb unzulässig, wenn kein kon- kreter Bezug zum Arbeitsverhältnis besteht. Wenn allerdings die Vorstrafe für die Tätigkeit von Bedeutung ist (z.B. Verkehrsstraftaten bei Kraftfahrern), muss die Vorstrafe mitgeteilt werden. Jedoch müs- sen einschlägige Vorstrafen nicht angegeben werden, wenn sie aus dem Bundeszentralregister gestrichen sind.

Achtung: Unzulässige Fragen muss der Bewerber nicht beantwor- ten. In diesem Fall riskiert er aber, dass Sie dies gegen ihn ausle- gen und ihn deshalb nicht einstellen. Deshalb darf der Bewerber auf eine unzulässige Frage lügen, ohne dass ihm später rechtli- che Konsequenzen drohen. Die bewusste Falschbeantwortung unzulässiger Fragen stellt auch keine arglistige Täuschung dar, die Sie zur Anfechtung des Arbeitsvertrags berechtigen würde.

1.2.3 Offenbarungspflichten des Bewerbers

Über die berufliche Eignung des Bewerbers muss sich der Arbeitgeber in der Regel durch Fragen oder Durchführung von Tests ein Bild machen. Deshalb besteht für den Bewerber nur in Ausnahmefällen eine Offenbarungspflicht, also die Pflicht, bestimmte Umstände von sich aus (auch ungefragt) dem Arbeitgeber mitzuteilen. Eine solche Pflicht besteht nur dann, wenn es dem Bewerber nicht möglich ist, die elementarsten Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes zu erfüllen.



Ungefragt muss der sich als Kraftfahrer bewerbende Arbeitnehmer eine Alkoholabhängigkeit mitteilen. Der schwerbehinderte Bewerber muss seine Schwerbehinderteneigenschaft auch ungefragt offenbaren, wenn er die angestrebte Tätigkeit wegen der Art seiner Behinderung gar nicht ausüben kann. Und auch wenn der Arbeitnehmer nicht über die erforderliche Arbeits- oder Aufenthaltserlaubnis verfügt, muss er dies dem Arbeitgeber mitteilen. Keine Offenbarungspflicht besteht bei einer bestehenden Schwangerschaft.

Stellt sich nach Abschluss des Arbeitsvertrags heraus, dass der Bewerber Umstände verschwiegen hat, die er gegenüber dem Arbeitgeber hätte offenbaren müssen, kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag wegen **arglistiger Täuschung** anfechten (§ 123 BGB). Die Anfechtung muss innerhalb eines Jahres erfolgen. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Arbeitgeber von der Täuschung erfahren hat. Die Anfechtung hat zur Folge, dass das angefochtene Arbeitsverhältnis beendet wird, das heißt, die Anfechtung wirkt im Prinzip genauso wie eine fristlose Kündigung.

1.3 Bewerberauswahl

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber bei der Bewerberauswahl frei. Er muss die Differenzierungsverbote nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz beachten. Ärztliche Einstellungsuntersuchungen sind nur im gesetzlich zulässigen Rahmen erlaubt.

1.3.1 Diskriminierungsverbot

Niemand darf aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt werden (§ 1 AGG). Dieses **Benachteiligungsverbot** bezieht sich nicht nur auf die Stellenausschreibung, sondern auch auf die Gestaltung des Auswahlverfahrens, das heißt von Personalfragebögen, von Auswahlkriterien und Vorstellungsgesprächen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG).

Achtung: Die Staatsangehörigkeit eines Menschen zählt nicht zu den gesetzlich geschützten Merkmalen. Erfolgt allerdings eine Ungleichbehandlung, weil mit der Staatsangehörigkeit eine bestimmte ethnische Zugehörigkeit verbunden wird, handelt es sich um eine unmittelbare Diskriminierung.



Erklärt ein Arbeitgeber, keine »Türken« einzustellen, ist in der Regel nicht die Staatsangehörigkeit gemeint, sondern die ethnische Herkunft.

== Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines gesetzlich **verbotenen Benachteiligungsgrunds** eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt (§ 3 Abs. 1 AGG). Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitgeber bei der Bewerberauswahl darauf abstellt, dass eine Berufstätigkeit mit der Kinderbetreuung durch eine Bewerberin nicht vereinbart sei.

Um eine mittelbare Diskriminierung handelt es sich, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines gesetzlich verbotenen Benachteiligungsgrunds

gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Dies trifft nicht zu, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (§ 3 Abs. 2 AGG). Das ist beispielsweise der Fall, wenn in einem Bewerbungsverfahren ein Sprachtest durchgeführt wird, obwohl die sprachliche Eignung für den angestrebten Arbeitsplatz nicht ausschlaggebend ist.

== Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts

Ein Bewerber darf wegen seines Geschlechts im Bewerbungsverfahren nicht benachteiligt werden. Eine Benachteiligung liegt insbesondere vor, wenn ein Bewerber deswegen abgelehnt wird, weil er eine Frau oder ein Mann ist. Eine Benachteiligung liegt bereits auch dann vor, wenn ein Bewerber neben anderen Gründen auch wegen seines Geschlechts abgelehnt wurde. Es ist also nicht erforderlich, dass das Geschlecht alleinige Ursache für die Ablehnung ist.

Achtung: Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist nur zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist (§ 8 Abs. 1 AGG). Das kann unter anderem der Fall sein, wenn das Konzept des Betriebs oder Kundenerwartungen eine Benachteiligung rechtfertigen (z.B. Beschäftigung eines weiblichen Trainers in einem Fitnessstudio nur für weibliche Mitglieder). Grundsätzlich gibt es aber heute kaum noch rechtlich anerkannte Frauen- oder Männerberufe.

== Diskriminierungsverbot von Menschen mit Behinderung

Im Bewerbungsverfahren darf ein Bewerber nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Eine Bewerbung darf also nicht allein deshalb zurückgewiesen werden, weil der Bewerber behindert ist. Ein Mensch ist behindert, wenn seine körperliche Funktion, seine geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz ist nicht nach dem Grad der Behinderung zu unterscheiden; der gesetzliche Schutz erstreckt sich also nicht nur auf Schwerbehinderte.

Wegen seiner Behinderung darf ein Bewerber nur deshalb unterschiedlich behandelt werden, wenn eine bestimmte körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eine wesentliche und **entscheidende berufliche Anforderung** für die Tätigkeit darstellt, der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist (§ 8 Abs.1 AGG). Dabei muss berücksichtigt werden, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, geeignete und konkret erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, um Behinderten den Zugang zur Beschäftigung zu ermöglichen, soweit das für ihn keine unverhältnismäßige Belastung auslöst. Maßgebend ist in diesem Zusammenhang auch die Größe und Finanzkraft des Arbeitgebers. Kann also ein Arbeitsplatz mit zumutbaren Anstrengungen angepasst werden, ist der Bewerber für die geschuldete Tätigkeit geeignet.

Achtung: Der Bewerber muss Ihnen seine Behinderung im Bewerbungsverfahren mitteilen. Der Hinweis muss im Bewerbungsschreiben oder mit deutlicher Hervorhebung im Lebenslauf erfolgen. Unauffällige Informationen oder eine in den weiteren Bewerbungsunterlagen befindliche Kopie des Schwerbehindertenausweises sind nicht ausreichend.

== Diskriminierungsverbot wegen Alters

Ein Bewerber um einen Arbeitsplatz darf nicht wegen seines Alters abgewiesen werden. Der Bewerber wird also gegen eine ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung geschützt, die an sein Lebensalter anknüpft.

- Eine unterschiedliche Behandlung von Bewerbern wegen des Alters ist dann zulässig, wenn das Lebensalter eine **wesentliche und entscheidende Voraussetzung** für die auszuübende Tätigkeit darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist (§ 8 Abs. 1 AGG). Das ist beispielsweise bei Berufen mit hohen körperlichen Anforderungen der Fall.
- Darüber hinaus ist eine Benachteiligung auch dann möglich, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. So ist beispielsweise grundsätzlich die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der **spezifischen Ausbildungsanforderungen** eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand zulässig (§ 10 Nr. 3 AGG).

== Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung

Verstößt der Arbeitgeber gegen das **Benachteiligungsverbot**, hat er den hierdurch entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Daneben ist der Arbeitgeber auch zum Ersatz des sogenannten immateriellen Schadens verpflichtet (§ 15 AGG).

Achtung: Ein Anspruch auf Einstellung steht dem rechtswidrig benachteiligten Bewerber nicht zu.

Verletzt der Arbeitgeber das **Diskriminierungsverbot**, muss er dem Bewerber den hierdurch entstehenden Schaden ersetzen. Schadensersatzpflichtig ist der Arbeitgeber aber dann nicht, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (§ 15 Abs. 1 AGG). Zu ersetzen ist der gesamte durch die Benachteiligung resultierende Schaden. Der Bewerber ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er eingestellt worden wäre. Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn, also auch das entgangene Arbeitsentgelt. Ersatzfähiger Schaden ist der Verdienst, den der Bewerber bis zum ersten fiktiven Kündigungstermin erhalten hätte.

Der rechtswidrig benachteiligte Bewerber hat ferner Anspruch auf eine **angemessene Entschädigung** in Geld für den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist (§ 15 Abs. 2 AGG). Dabei kommt es nicht auf ein Verschulden des Arbeitgebers an. Für die Höhe der Entschädigung sind insbesondere die Art und die Schwere der Benachteiligung, daneben auch ihre Dauer und Folgen und der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers (z.B. geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung) maßgebend. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen.

Achtung: Für die Geltendmachung des Schadensersatz- und Entschädigungsanspruchs gelten für den Bewerber gesetzliche Ausschlussfristen. Die Ansprüche müssen innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, solange nicht tarifvertraglich andere Regelungen bestehen (§ 15 Abs. 4 AGG). Die Frist beginnt bei der Ablehnung einer Bewerbung mit dem Zugang der Ablehnung, nicht jedoch vor dem Zeitpunkt, in dem der Bewerber von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

1.3.2 Ärztliche Eignungsuntersuchungen

Ärztliche Eignungsuntersuchungen sind nur mit **Einwilligung des Bewerbers** zulässig. Sie setzen voraus, dass der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Untersuchung hat (z.B. Sicherstellen der Arbeits- und Betriebssicherheit). Das Interesse des Arbeitgebers muss das des Bewerbers am Schutz seiner Persönlichkeit und seiner Privatsphäre überwiegen. In bestimmten Fällen ist eine ärztliche Untersuchung ausdrücklich **gesetzlich vorgeschrieben** (z.B. aufgrund von Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften oder bei Jugendlichen nach dem Jugendarbeitsschutzgesetz). Auch in diesem Fall ist die ärztliche Untersuchung nur mit Einwilligung des Bewerbers zulässig. Willigt dieser nicht ein, kann er nicht beschäftigt werden.

Achtung: Der im Auftrag des Arbeitgebers handelnde Arzt darf Ihnen als Arbeitgeber nur das mitteilen, was zur Feststellung der Eignung für den Arbeitsplatz notwendig ist.

Die Kosten der ärztlichen Untersuchung hat der Arbeitgeber zu tragen, soweit nichts anderes vereinbart ist (§ 670 BGB).

1.4 Ersatz der Vorstellungskosten

Fordert der Arbeitgeber den Bewerber zur Vorstellung auf, hat er diesem die notwendigen Auslagen zu ersetzen, und zwar unabhängig davon, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis zustande kommt (§§ 670, 662 BGB). Voraussetzung ist also, dass der Arbeitgeber den Bewerber **ausdrücklich zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen** oder sich mit einem Treffen einverstanden erklärt hat. Dem Bewerber sind auch dann die Vorstellungskosten zu ersetzen, wenn der vereinbarte Vorstellungstermin aus Verschulden des Arbeitgebers nicht zustande kommt.



Kein Anspruch auf Erstattung der Vorstellungskosten hat der Bewerber dann, wenn er sich Ihnen unaufgefordert vorstellt. Und auch wenn Sie als Arbeitgeber den Bewerber zum Vorstellungsgespräch einladen, haben Sie die Möglichkeit, die Erstattung der Vorstellungskosten auszuschließen. Dies müssen Sie allerdings dem Bewerber bei der Aufforderung zum Vorstellungsgespräch rechtzeitig mitteilen. Das ist beispielsweise dann nicht ohne Weiteres der Fall, wenn Sie dem Bewerber anheimstellen, sich vorzustellen.

Vom Arbeitgeber zu ersetzen sind alle Aufwendungen, die der Bewerber den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Dazu gehören insbesondere **Fahrt-, Übernachtungs- und Verpflegungskosten**, unter Umständen auch der Verdienstausschlag, wenn der Bewerber unbezahlten Urlaub nehmen musste. Übernachtungskosten sind nur dann erstattungsfähig, wenn aufgrund der zeitlichen Lage des Vorstellungstermins und des Zeitaufwands für An- und Abreise eine Abwicklung an einem Tag nicht möglich ist oder dem Bewerber zugemutet werden kann. Der Anspruch des Bewerbers auf Erstattung der Reisekosten verjährt nach drei Jahren (§ 195 BGB).



Sinnvoll ist es, mit dem Bewerber bei der Vereinbarung des Vorstellungsgesprächs eine konkrete Vereinbarung über die Erstattung der Vorstellungskosten zu treffen.

1.5 Umgang mit Bewerberdaten

Vom Arbeitgeber sind bei der Anbahnung eines Beschäftigungsverhältnisses die datenschutzrechtlichen Regelungen sowohl über die Verarbeitung personenbezogener Daten als auch deren Löschung nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens zu beachten.