



© Chaplin / Fotolia

# Rechtliche Fallstricke im Bewerbungsprozess

Der Bewerbungsprozess ist für Arbeitgeber und -nehmer oft herausfordernd. Insbesondere der Arbeitgeber muss einige rechtliche Vorgaben beachten. Von der Gestaltung der Stellenausschreibungen über das Bewerbungsgespräch bis zur Stellenbesetzung können sich rechtliche Fallstricke ergeben. Auch datenschutzrechtliche Aspekte sind nicht außer Acht zu lassen.



© privat

**// AUTORIN**  
**Jana Eichmeyer**  
Rechtsanwältin  
Eisenberger & Herzog  
Rechtsanwalts GmbH

> [hrm.de/mitglieder/jana-eichmeyer](http://hrm.de/mitglieder/jana-eichmeyer)



© privat

**// AUTORIN**  
**Karolin Andréewitch**  
Rechtsanwältin  
Eisenberger & Herzog  
Rechtsanwalts GmbH

## Stellenausschreibung: Was ist erfasst? Was ist zu beachten?

Der typische Bewerbungsprozess startet mit der Stellenausschreibung. Diese umfasst alle Formen der Bekanntmachung von zu besetzenden Posten an einen größeren Personenkreis, zum Beispiel öffentliche Ausschreibungen in Zeitungen, auf Homepages oder mittels Social-Media-Postings sowie interne Informationen am Schwarzen Brett und Rundschreiben per E-Mail. **Allgemeine Hinweise auf Schildern („Wir stellen ein“) oder Einladungen zum allgemeinen Kennenlernen („Get together“) sind demgegenüber aufgrund des fehlenden Bezugs zu einer konkreten Stelle nicht als Stellenausschreibungen zu qualifizieren.**

## Gebot der geschlechtsneutralen Gestaltung

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz leitet sich die Pflicht ab, geschlechtsneutrale Stellenausschreibungen zu verfassen (§ 9 Abs. 1 Gleichbehandlungsgesetz). **Alle Anmerkungen, die sich ausdrücklich nur an Frauen oder Männer richten oder auf ein bestimmtes Geschlecht hinweisen, sind strikt verboten.**

Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn ein bestimmtes Geschlecht eine unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der ausgeschriebenen Tätigkeit ist. Das trifft beispielsweise bei Schauspielern zu, die für eine bestimmte Rolle gesucht werden, oder bei sensiblen Bereichen wie Frauenberatungs-

## Den Anschein eines diskriminierenden Verhaltens unbedingt vermeiden!

stellen. Tätigkeiten, die körperliche Kraft erfordern, rechtfertigen hingegen keine geschlechterspezifische Stellenausschreibung. Gleiches gilt für rein wirtschaftliche Gründe und sogar für (kulturell beziehungsweise regional bedingte) Kundenwünsche: Diese taugen nicht zur Rechtfertigung einer Diskriminierung.

Das Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung muss sich auch in der Ausdrucksweise widerspiegeln. Rein männliche oder rein weibliche Formulierungen widersprechen dem Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung. Sofern ein spezifischer Ausdruck, beispielsweise „Shop Assistant“, Männer und Frauen mitumfasst, ist zwingend ein klarstellender Zusatz (männlich/weiblich) anzufügen; auf das dritte Geschlecht kann ergänzend („divers“ bzw. „inter“) hingewiesen werden, dies ist bis dato allerdings noch nicht verpflichtend.

Auch das Layout und etwaige Grafiken in der Stellenausschreibung müssen Unternehmen geschlechtsneutral gestalten. Als besonders kritisch sind Inserate mit Bildern eines Geschlechts anzusehen, da eine solche Gestaltung die inhaltlich geschlechtsneutrale Beschreibung relativiert.

## Gebot der diskriminierungsfreien Gestaltung

Neben dem Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung müssen Inserate generell diskriminierungsfrei ausgestaltet sein. Daher sind unmittelbare wie mittelbare Diskriminierungen aufgrund des Alters, der ethnischen Herkunft, Religion oder Weltanschauung, sexuellen Orientierung oder Behinderung verboten (§ 23 Abs. 1 GIBG). Arbeitgeber dürfen keinen Bewerber wegen der genannten Merkmale benachteiligen.

Ausnahmen können sich nur dann ergeben, wenn das betreffende Merkmal eine wesentliche und entscheidende Anforderung für die berufliche Tätigkeit darstellt. Auch hier ist allerdings wieder ein strenger Maßstab anzuwenden: So ist die Berufung auf Kundenwünsche nicht ausreichend für die Ablehnung einer kopftuchtragenden Verkäuferin oder eines älteren Bewerbers in einem Modegeschäft, das sich eher an jugendliche Kunden wendet. Auch die Forderung von „ausgezeichneten“ Deutschkenntnissen kann, sofern solche nicht unbedingt notwendig sind, eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit darstellen. Gleiches gilt für „Deutsch als Muttersprache“. Formulierungen wie „junge, dynamische BewerberInnen gesucht“ sollten Unternehmen im Hinblick auf eine Altersdiskriminierung vermeiden. Ebenso können unangemessen hohe Bildungsanforderungen oder aber auch Höchstanforderungen bei der Berufserfahrung („maximal drei Jahre Berufserfahrung“) ein Problem darstellen, weil sie mittelbar diskriminierend wirken. Im Gegensatz dazu können eine Mindestzeit an Berufserfahrung, oder „hervorragende“ Deutschkenntnisse bei einem Sekretär, der für geschäftliche, deutschsprachige Korrespondenz zuständig ist, eine wesentliche berufliche Anforderung darstellen und somit im Einzelfall sachlich gerechtfertigt sein.

## Informationspflicht über Mindestentgelte

Bei Stellenausschreibungen müssen Arbeitgeber darüber hinaus beachten, dass sie die durch Kollektivvertrag oder durch das Gesetz geregelten Mindestentgelte zwingend angeben müssen (§ 23 Abs. 2 GIBG). Auch wenn keine kollektivvertraglichen oder gesetzlichen Regelungen bestehen, müssen sie trotzdem ein orts- und branchenübliches Mindestent-

gelt nennen; dieses soll als Verhandlungsbasis dienen. Eine allenfalls geforderte Berufserfahrung in der Stellenausschreibung ist bei der Bemessung des Mindestentgelts zu berücksichtigen. Sofern eine Bereitschaft zur Überbezahlung besteht, müssen Arbeitgeber auf eine solche hinweisen. Neben der Angabe eines konkreten Betrags sind aber auch bloße Gehaltsbandbreiten zulässig. Der niedrigere Betrag muss dem kollektivvertraglich vorgeschriebenen Mindestentgelt entsprechen.

## Rechtsfolgen von Verstößen

Wenn Stellenausschreibungen Bewerbergruppen diskriminieren oder Angaben zum Mindestentgelt fehlen, droht eine Geldstrafe von bis zu 360 Euro. Den erstmaligen Verstoß kann die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde allerdings auch mit einer Ermahnung sanktionieren. Der diskriminierte Stellenwerber kann hingegen keine Schadenersatzansprüche gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen.

## Bewerbungsgespräch: Was ist zu beachten?

Auch die gesamte schriftliche und mündliche Kommunikation mit den Bewerberinnen und Bewerbern müssen Arbeitgeber diskriminierungsfrei gestalten. Eine Person darf also auch im Bewerbungsgespräch nicht aufgrund von Geschlecht, ethnischer Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Alter oder sexueller Orientierung schlechter behandelt werden als eine andere in einer vergleichbaren Situation. Dies gilt bereits für die Frage, ob ein Bewerber oder eine Bewerberin überhaupt berücksichtigt wird. So wurde ein demotivierender Hinweis an eine junge Frau, sie brauche sich gar nicht erst zu bewerben, weil die Lehrstelle „nichts für Mädchen ist“, als diskriminierend qualifiziert. Trotz allem sind Arbeitgeber bei der Auswahl eines Bewerbers grundsätzlich frei, wenn dieser keine diskriminierenden Merkmale zugrunde liegen.

## Zulässige und unzulässige Bewerbungsfragen

Im Bewerbungsgespräch muss der Arbeitgeber vor allem auf die rechtliche Zulässigkeit von spezifischen Fragen achten. Grundsätzlich sind nur Fragen zulässig, die einen unmittelbaren und sachlichen Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Stelle haben. Auch aus dem Gleichbehandlungsgesetz und dem

Behinderteneinstellungsgesetz lassen sich Schlussfolgerungen ziehen, welche Fragen rechtskonform beziehungsweise rechtswidrig sind. Eine allgemeine Aussage hierfür lässt sich jedoch nicht treffen.

Fragen, die persönliche Grunddaten und fachliche Qualifikationen betreffen, sind grundsätzlich unproblematisch. Kritisch sind hingegen Fragen zur Privat- und Intimsphäre der Bewerber. So ist die Erkundigung nach Heiratsplänen, Kinderwünschen oder der sexuellen Orientierung strikt zu unterlassen. Solche rechtlich unzulässigen Fragen müssen Bewerberinnen und Bewerber auch nicht wahrheitsgetreu beantworten („Recht auf Lüge“).

Unzulässige Fragen im Bewerbungsgespräch sind grundsätzlich an keine Sanktionen geknüpft, indizieren mitunter aber eine Diskriminierung. Wird ein Arbeitsverhältnis aufgrund einer Diskriminierung nicht begründet, kann der Arbeitgeber dem Stellenwerber gegenüber schadenersatzpflichtig werden. Dem Arbeitnehmer muss es dabei lediglich gelingen, die Diskriminierung glaubhaft zu machen. Die Beweislast, dass die Auswahl aufgrund eines anderen (erlaubten) Motivs getroffen wurde, geht dann auf den Arbeitgeber über.

**Praxistipp:** Formulieren Sie Fragen äußerst behutsam, um den Anschein eines diskriminierenden Verhaltens zu vermeiden. Eine schriftliche Dokumentation über den Bewerbungsprozess ist für eine allenfalls später benötigte spätere Rechtfertigung durchaus ratsam.

### **Ersatz von Vorstellungskosten**

Im Zusammenhang mit Bewerbungsgesprächen ist auch die Frage nach dem Ersatz von Vorstellungskosten des Bewerbers relevant. Zu den Vorstellungskosten zählen insbesondere Fahrt- oder Übernachtungskosten. Gesetzlich ist nicht geregelt, wer diese Kosten tragen muss. Nach der Rechtsprechung ist allerdings die Aufforderung des Arbeitgebers zur persönlichen Vorstellung ohne ausdrücklichen Ausschluss der Kostenübernahme als schlüssige Zustimmung zur Kostenübernahme zu verstehen. Wenn Arbeitgeber die Reisekosten nicht übernehmen möchten, ist ein ausdrücklicher Hinweis, dass kein Kosten-

## // FAZIT

Im Bewerbungsprozess ergeben sich einige rechtliche Fallstricke, die jedoch einfach zu vermeiden sind. Die diskriminierungsfreie Gestaltung des Bewerbungsprozesses hat dabei oberste Priorität. Es empfiehlt sich daher, vor der Stellenausschreibung gründlich die notwendigen Anforderungen an die konkrete Stelle zu überlegen. Auch die Vorbereitung auf das Bewerbungsgespräch und die zu stellenden Fragen, aber auch datenschutzrechtliche Aspekte dürfen Arbeitgeber nicht unterschätzen. Die Bewerbungsphase legt immerhin den Grundstein für ein erfolgreiches Dienstverhältnis.

ersatz für die Vorstellungskosten erfolgt, zu empfehlen.

### **Datenschutzrechtliche Aspekte des Bewerbungsprozesses**

Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten spielt im Arbeitsrecht eine bedeutende Rolle. So sind auch Bewerberdaten personenbezogene Daten und unterliegen daher der DSGVO. Die Erkundigung nach diesen Daten, wie beispielsweise nach Sozialversicherungsnummer oder Meldebestätigung des Stellenwerbers, ist im Bewerbungsverfahren nur zulässig, wenn ein rechtmäßiger Zweck für die Verarbeitung vorliegt, der Arbeitgeber sie etwa für die Begründung des anschließenden Dienstverhältnisses benötigt.

Zusätzlich ist zu beachten, dass der Arbeitgeber eine Datenschutzerklärung gegenüber dem Stellenwerber abgeben muss. Daher muss er zum Beispiel bei einem Ablehnungsschreiben eine Datenschutzerklärung mit dem Hinweis anhängen, dass das Unternehmen die Daten ohne Einwilligung des Bewerbers nicht länger als sieben Monate nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens speichert. Nach dem Gleichbehandlungsgesetz gilt eine sechsmonatige Anfechtungsfrist zuzüglich eines Monats für einen allfälligen Klageweg. Deshalb ist die Aufbewahrung der Bewerbungsunterlagen zur Begründung und Verteidigung, dass keine Diskriminierung vorliegt, in dieser Zeit zu empfehlen und zulässig. **Für eine längere Speicherung der Daten in einer Bewerberdatenbank benötigen Unternehmen die freiwillige Einwilligung des Stellenwerbers, wobei eine zeitlich unbegrenzte Einwilligung nicht möglich ist.** Darüber hinaus kann der Bewerber diese auch jederzeit widerrufen.