

## **Damit die Absage zusagt**

*Bewerbungsunterlagen durchzuarbeiten ist beileibe nicht jedermanns Sache. Da die rechtlichen Bestimmungen die Stellenausschreibung erschweren, reagieren jetzt zudem vermehrt auch Bewerber, die für die Stelle nicht in Frage kommen. Der folgende Ariadnefaden zeichnet für den Zahnarzt mögliche Fallstricke auf und erleichtert Auswahlverfahren und Absagen.*



Ein klares „Nein“ ist erforderlich, wenn Bewerber abgelehnt werden. Der Kluge hütet sich angesichts diffiziler arbeitsrechtlicher Fallen mittlerweile vor weiteren Erklärungen.

*Foto: Ingram*

Zahnarzt Z freut sich. In Susanne A. hat er die passende neue Helferin für seine Praxis gefunden. Endlich! Auf seine Anzeige: „Zahnarthelferin gesucht, bis 30 Jahre alt“ hatte er rund hundert Bewerbungen erhalten. Auch die von Peter K., dem er jetzt eine Absage schickt.

Wenig später verklagt ihn Peter K. und verlangt Gehaltszahlung und Schmerzensgeld von 30 000 Euro. Seine Begründung: Er fühle sich diskriminiert, weil mit der Stellenanzeige explizit eine weibliche Kraft gesucht wurde. Dieser Lapsus kostet Geld: Bis zu drei Monatsgehälter können als Schmerzensgeld anfallen. Dabei wird es nicht bleiben, sofern der Zahnarzt beweist, dass er die richtige, da qualifiziertere Kraft eingestellt hat. Dafür braucht er die kompletten Bewerbungsunterlagen aller Bewerber, und er muss nachweisen, nach welchen sachlichen Kriterien er entschieden hat.

## **Wer die Wahl hat**

Auswahltests und -verfahren machen durchaus Sinn, vorausgesetzt, sie diskriminieren in keinsten Weise. Tests sind nur mit Zustimmung des Bewerbers zulässig. Es sollten nur sachlich gerechtfertigte Fragen gestellt werden, die niemanden benachteiligen, zum Beispiel, weil er im Ausland aufgewachsen ist.

Ein anderes Beispiel dazu: Zwei Praxisinhaber suchen neue Auszubildende. Um sich von der Allgemeinbildung der Aspiranten zu überzeugen, laden sie die Bewerber zum schriftlichen Test an einem Freitag gegen 18.00 Uhr ein, in dem sie unter anderem folgende Fragen zur Allgemeinbildung stellen: „Wer war Torhüter der Fußballnationalmannschaft der Männer beim letzten Spiel?“, „Wer war der erste Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland?“ und „Wann erfolgte die Wiedervereinigung?“. So harmlos dieser Test auf den ersten Blick scheint, er benachteiligt möglicherweise einige Bewerber, weil Fußball Frauen in der Regel weniger interessiert als Männer und weil die drei deutschlandspezifischen Fragen für Ein- oder Zuwanderer schwieriger sind als für Hiesige. Zudem bereitet der Termin Juden und Moslems Probleme, da er mit dem Sabbat beziehungsweise der Freitagsruhe kollidiert. Ergo weichen die beiden Zahnärzte mit ihrem Termin besser auf einen anderen Tag aus und wählen ausschließlich Fragen, für die sie sachliche Gründe haben.

Und: Auch wenn sie gekaufte Tests verwenden, haften sie für etwaige Fehler im Procedere. Ebenso, wenn sie das gesamte Auswahlverfahren Dritten übertragen, wie bereits in den letzten zsm aufgezeigt (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 5. Februar 2004 – 8 AZR 112/03). Zwar können die Arbeitgeber den Dritten vertraglich zur diskriminierungsfreien Auswahl verpflichtet, doch tragen sie dann immer noch das Risiko. Hierzu eine – zugegeben hypothetische – Beispielrechnung: Von den 99 abgelehnten Bewerbern auf die eingangs erwähnte Ausschreibung („Zahnarthelferin“ gesucht, bis 30 Jahre alt) klagen zehn, nach Erhalt der Absage. Sie erhalten im Durchschnitt zwei Monatsgehälter Schadensersatz, der Gesamtschaden beträgt also 20 Monatsgehälter zuzüglich Gerichts- und

Anwaltsgebühren. So „billig“ bleibt es allerdings nur, falls Zahnarzt Z nachweislich den besten Bewerber eingestellt hat; andernfalls zahlt er Peter K. auch den entgangenen Lohn.

Die Auslagerung der Personalauswahl ist also kein Allheilmittel für die Schwierigkeiten des Diskriminierungsrechts. Im Gegenteil: Auftraggeber verlieren den direkten Zugriff auf die Ausschreibung und müssen sich – blind – auf die Fähigkeiten Dritter verlassen.

Eine Einstellungsuntersuchung vor Abschluss des Arbeitsvertrages kann man nur verlangen, wenn das gesetzlich vorgeschrieben ist. Sonst gibt's Konflikte mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Eine nachträgliche Gesundheitsuntersuchung im (zunächst befristeten) Arbeitsvertrag zu vereinbaren, wie in der letzten Folge ausführlich geschildert, kann auch ein Ausweg sein.

Hat ein Arbeitgeber bei der Ausschreibung oder dem Vorstellungsgespräch Fehler gemacht, kann er den Schaden nur noch klein halten. Weist er nach, dass der eingestellte Bewerber tatsächlich der Beste war, fallen zu dem erwähnten Schadensersatz nicht noch weitere Ansprüche auf entgangenen Lohn an. Um Diskriminierungsvorwürfe abwehren zu können, muss er die Entscheidung soweit wie möglich gerichtsverwertbar objektivieren.

Dazu bietet sich für die ausgeschriebene Stelle ein Katalog mit sachgerechten Mindestkriterien an, die jegliche, auch mittelbare Diskriminierung vermeiden. Ein ganz einfaches Beispiel: „Zahnarzt (m/w) gesucht“: fehlt der fachliche Abschluss, ist der Bewerber nun einmal tatsächlich ungeeignet. Fehlen diese Kriterien, lehnen Richter die Bewerbung sofort als ungeeignet ab. Darüber hinaus objektiviert ein Punktesystem die Bewertung. Dabei sind Kriterien zusammenzustellen, die für die Position von Bedeutung sind, zum Beispiel: Abschlüsse und deren Noten, Berufserfahrung, Auslandserfahrung, Zeugnisse der früheren Arbeitgeber, gegebenenfalls Einstellungstest, Fremdsprachen, Weiterbildung. Für die Kriterien werden Punkte für die jeweilige Leistung vorgesehen und deren Vergabe geregelt.

## **Die Ziellinie vor dem Start festlegen**

Die sozialen Fähigkeiten sollten nach entsprechenden Tests oder Vorstellungsgesprächen analog eingeschätzt werden, zum Beispiel Freundlichkeit, Zuverlässigkeit, Redegewandtheit, Teamgeist, Auftreten, Selbstsicherheit, Lösungsfähigkeit. Werden beispielsweise 30 Prozent der Gesamtpunktzahl für diese Fähigkeiten vergeben, die letztlich sehr subjektiv beurteilt werden, ist dieses ein erheblicher persönlicher Spielraum.

Die Punktevergabe bedeutet oft erheblich mehr Arbeit, hebt aber auch ungerechtfertigte Klagen aus. Bei Aufbereitung und Sammlung der Punkte können entsprechende Programme wie Excell nutzen. Automatisieren lässt sie sich wohl kaum, da die Anforderungen für jede Stelle anders sind, je nach Aufgaben und Zuschnitt der Praxis.

Die jeweiligen Kriterien müssen nachweislich bereits vor der Entscheidung festgelegt werden. Andernfalls vermutet ein Arbeitsrichter schnell, der beklagte Chef hätte die Anforderungen nachträglich auf den ausgewählten Bewerber zugeschnitten. Um sich im Fall einer Klage optimal entlasten zu können, heben Personalprofis die eingereichten Unterlagen auf, sei es im Original, als Kopie oder als Datei. Wenn sie die Originalunterlagen behalten wollen, gehört in die Stellenanzeige folgende Formulierung: „Die Bewerbungsunterlagen können aus rechtlichen und organisatorischen Gründen nicht zurückgesandt werden. Bitte übersenden Sie uns keine Originale.“

(Einstellungs-)Gespräche, auch fernmündliche, führt man am besten zu zweit und protokolliert sie gleich anschließend. Auskünfte über Auswahlentscheidungen sind heikel und daher zu vermeiden: Jede Auskunft kann später gegen den Arbeitgeber verwandt werden.

Auf Initiativbewerbungen müssen Chefs übrigens nicht reagieren. Sie sollten allenfalls mit der ebenso knappen wie neutralen Formulierung „vielen Dank für Ihre Bewerbung, die wir leider nicht berücksichtigen können.“ antworten. Auch diese Bewerbungsunterlagen sollten sie behalten, ablichten oder einscannen.

Dr. Klaus Michael Alenfelder  
Wolfsgasse 8, 53225 Bonn  
[kanzlei@alenfelder.de](mailto:kanzlei@alenfelder.de)

Die zum Erläutern in loser Folge die Grundlagen des AGG sowie die wichtigsten Maßnahmen, insbesondere für

- Einstellungen und Absagen,
- Durchführung des Arbeitsverhältnisses (Vertragsklauseln, Gleichbehandlungsrichtlinie),
- Beendigung des Arbeitsvertrages (Fallen bei der Kündigung). Grundsätzliches zum Thema unter <http://www.dadv.de>