

Peter Wandscher/Dr. Christiane Wandscher

**Von der Einstellung bis zur Kündigung**  
**Arbeitsrecht für Arbeitgeber und Vorgesetzte**



# **Von der Einstellung bis zur Kündigung Arbeitsrecht für Arbeitgeber und Vorgesetzte**

Von  
Rechtsanwalt und Notar  
Peter Wandscher und Dr. Christiane Wandscher

3. Auflage



**VSRW-Verlag • Bonn**  
**Verlag für Steuern, Recht und Wirtschaft**

Nähere Informationen zum gesamten Buchprogramm im Internet unter [www.vsrw.de](http://www.vsrw.de) („Bücher“)

**Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright VSRW-Verlag GmbH, Bonn 2009

VSRW-Verlag GmbH, Rolandstr. 48, 53179 Bonn, Fax: 0228 95124-90

ISBN 978-3-936623-47-5

Alle Rechte vorbehalten. Ohne schriftliche Genehmigung des Verlags ist es nicht gestattet, diese Broschüre oder Teile daraus in irgendeiner Form zu vervielfältigen. Inhalt ohne Gewähr.

## Vorwort

Seit Erscheinen der 2. Auflage sind mehr als vier Jahre vergangen. Aufgrund verschiedener Gesetzesänderungen und der neuen Entwicklung der Rechtsprechung, insbesondere des Bundesarbeitsgerichts, ist die Aktualisierung des Handbuchs dringend erforderlich geworden. So musste das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) und das Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlungen (Aufwendungsausgleichsgesetz, AAG) eingearbeitet werden. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) und das Berufsbildungsgesetz (BBiG) wurden geändert.

Ziel des Handbuches ist es nach wie vor, dem Leser einen systematischen Überblick in den Fragen des Arbeitsrechts zu geben, die im Unternehmensalltag auftauchen. Es sollen juristische Fehler, insbesondere bei Personalentscheidungen vermieden und praktische sowie taktische Hilfestellungen in diesem Zusammenhang gegeben werden.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis Mitte März 2009 berücksichtigt.

Als weitere Autorin des Buchs konnte Frau Dr. Christiane Wandscher gewonnen werden. Hierdurch können insbesondere die Schnittstellen des Arbeitsrechts zum Sozialrecht vertieft dargestellt werden. Aufgrund ihres europarechtlichen Studienschwerpunkts können zusätzliche Bezüge hergestellt werden, die in der Praxis eine immer größere Rolle spielen.

Wir danken unseren Partnern und Mitarbeitern der Anwaltskanzlei Wandscher & Partner für viele wertvolle Hinweise. Besonders bedanken wir uns bei unserer Sekretärin Frau Anna-Vera Böckmann, die zuverlässig und mit großem Engagement das Manuskript betreut hat.

Oldenburg, im Mai 2009

Peter Wandscher

und

Dr. Christiane Wandscher

Hinweis: Die in diesem Buch verwendeten Zeichen bedeuten:



Gestaltungsempfehlung



Achtung! Wichtiger Hinweis

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>21</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>24</b>
<b>A. Grundbegriffe und Rechtsquellen des Arbeitsrechts</b>	<b>27</b>
<b>I. Grundbegriffe des Arbeitsrechts</b>	<b>27</b>
<b>1. Arbeitnehmer</b>	<b>27</b>
a) Definition	27
b) Voraussetzungen	27
aa) Privatrechtlicher Vertrag	27
bb) Gleichgestelltes Rechtsverhältnis	28
cc) Arbeitsleistung für einen anderen	28
dd) Persönliche Abhängigkeit	28
c) Einteilung der Arbeitnehmer in Arbeiter und Angestellte	30
<b>2. Leitende Angestellte</b>	<b>30</b>
<b>3. Organe juristischer Personen</b>	<b>32</b>
<b>4. Arbeitnehmerähnliche Personen</b>	<b>33</b>
<b>5. Heimarbeiter</b>	<b>34</b>
<b>6. Handelsvertreter</b>	<b>35</b>
<b>7. Der „Scheinselbstständige“ in Abgrenzung zum Selbstständigen</b>	<b>37</b>
a) Problemstellung	37
b) Vermutung eines Beschäftigungsverhältnisses	37
<b>8. Arbeitgeber</b>	<b>38</b>
<b>II. Rechtsquellen des Arbeitsrechts</b>	<b>39</b>
<b>1. Überblick und Normenhierarchie arbeitsrechtlicher Vorschriften</b>	<b>39</b>
a) Überblick und Normenhierarchie	39
b) Kollision arbeitsrechtlicher Vorschriften verschiedenen Rangs	39
aa) Schematische Darstellung mit Erläuterung	39
bb) Beispiel	40
<b>2. Europäisches Gemeinschaftsrecht</b>	<b>41</b>
<b>3. Gesetze und Rechtsverordnungen</b>	<b>42</b>
<b>4. Tarifverträge</b>	<b>42</b>
<b>5. Betriebsvereinbarungen</b>	<b>43</b>
<b>6. Der Einzelarbeitsvertrag und seine Konkretisierungen</b>	<b>43</b>
a) Der Einzelarbeitsvertrag	43

b)	Die Gesamtzusage	44
c)	Die betriebliche Übung	44
d)	Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	47
e)	Das Direktionsrecht des Arbeitgebers	48
<b>B.</b>	<b>Begründung des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>50</b>
<b>I.</b>	<b>Anwerbung der Arbeitnehmer</b>	<b>50</b>
<b>1.</b>	<b>Ausschreibung</b>	<b>50</b>
a)	Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz	50
b)	Exkurs: Haftung des Arbeitgebers bei Benachteiligungen nach dem AGG	53
c)	Innerbetriebliche Ausschreibung	56
<b>2.</b>	<b>Bewerberauswahl</b>	<b>56</b>
a)	Einholung von Auskünften beim ehemaligen Arbeitgeber	56
b)	Einholung von grafologischen Gutachten	56
c)	Psychologische Eignungs- und Intelligenztests	57
d)	Ärztliche Untersuchungen	58
<b>II.</b>	<b>Anbahnungsverhältnis</b>	<b>59</b>
<b>1.</b>	<b>Ersatz von Vorstellungskosten</b>	<b>59</b>
<b>2.</b>	<b>Personalfragebögen</b>	<b>59</b>
<b>3.</b>	<b>Fragerechte und Offenbarungspflichten</b>	<b>59</b>
a)	Fragerecht des Arbeitgebers	59
b)	Selbstständige Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers	60
c)	Einzelfälle	60
d)	Rechtsfolgen der Falschbeantwortung von Fragen	64
e)	Unzulässige Fragen des Arbeitgebers	65
<b>4.</b>	<b>Herausgabeanspruch für eingereichte Unterlagen</b>	<b>65</b>
<b>III.</b>	<b>Der Arbeitsvertrag</b>	<b>66</b>
<b>1.</b>	<b>Abschluss des Arbeitsvertrags</b>	<b>66</b>
a)	Prinzip der Vertragsfreiheit	66
b)	Inhalt des Arbeitsvertrags	67
c)	Form des Arbeitsvertrags	67
aa)	Grundsatz der Formfreiheit	67
bb)	Mündliche Nebenabreden	67
cc)	Ausnahmen	68
d)	Vertretung bei Abschluss des Arbeitsvertrags	70

<b>2. Rechtsmängel des Arbeitsvertrags</b>	<b>70</b>
a) Nichtigkeit	70
aa) Sittenwidrigkeit, § 138 I BGB	70
bb) Lohnwucher, § 138 II BGB	70
b) Anfechtung des Arbeitsvertrags	72
aa) Konkurrenz zur Beendigung durch Kündigung	72
bb) Voraussetzungen einer Anfechtung	72
cc) Fristen für die Erklärung einer Anfechtung	73
c) Rechtsfolgen bei Nichtigkeit oder Anfechtung	73
d) faktisches Arbeitsverhältnis	73
e) Vertragskontrolle nach AGB-Recht	74
aa) Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen und wirksame Einbeziehung	74
bb) Gegenstand der Inhaltskontrolle	75
cc) Spezielle Klauselverbote	76
dd) Rechtsfolgen unwirksamer Vertragsbestimmungen, § 306 BGB	78
<b>3. Muster eines Arbeitsvertrags</b>	<b>80</b>
a) Arbeitsvertrag	80
b) Anmerkungen	86
<b>IV. Betriebsübergang</b>	<b>90</b>
<b>1. Rechtsfolgen des § 613a BGB</b>	<b>90</b>
a) Eintritt des neuen Inhabers in die Rechte und Pflichten	90
b) Gesamtschuldnerische Haftung	91
c) Keine Kündigung wegen des Betriebsübergangs	92
<b>2. Die Voraussetzungen des § 613a BGB</b>	<b>94</b>
a) Normadressaten	94
b) Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils	95
aa) Betrieb und Betriebsteil (wirtschaftliche Einheit)	95
bb) Betriebsübergang (Identitätswahrung)	95
cc) Art des betreffenden Betriebs	97
dd) Übernahme der Hauptbelegschaft	98
ee) Übergang der Kundschaft/Grad der Ähnlichkeit	98
ff) Dauer der Unterbrechung der Tätigkeit	99
gg) Abgrenzung zur Betriebsstilllegung	99
c) „Auf einen anderen“	100

d) Durch Rechtsgeschäft	100
<b>3. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers</b>	<b>101</b>
a) Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers	101
b) Widerspruchsfrist	104
c) Fristbeginn	104
d) Verzicht auf den Widerspruch, Verwirkung	105
e) Folgen des Widerspruchs	105
<b>C. Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis</b>	<b>107</b>
<b>I. Arbeitspflicht des Arbeitnehmers</b>	<b>107</b>
<b>1. Ort der Arbeitsleistung</b>	<b>107</b>
a) Versetzung	108
b) Betriebsverlegung	108
c) Arbeitsverhältnisse ohne festen Arbeitsort	108
<b>2. Art und Inhalt der zu leistenden Arbeit</b>	<b>109</b>
<b>3. Arbeitszeit</b>	<b>109</b>
a) Zweck und Geltungsbereich des Arbeitszeitgesetzes	109
b) Begriff der Arbeitszeit	110
c) Höchstdauer der Arbeitszeit	111
d) Pausen- und Ruhezeiten	111
e) Sonn- und Feiertagsarbeit	112
<b>4. Recht zur Nebenbeschäftigung</b>	<b>112</b>
<b>5. Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers</b>	<b>113</b>
<b>II. Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers</b>	<b>114</b>
<b>III. Vergütungspflicht des Arbeitgebers</b>	<b>115</b>
<b>1. Höhe der Vergütung</b>	<b>115</b>
<b>2. Formen der Vergütung</b>	<b>115</b>
a) Sonderzuwendungen	116
aa) Abgrenzung arbeitsleistungsbezogene Sonderzuwendung/ Gratifikation	116
bb) Gratifikationsrückzahlungsklauseln	116
cc) Anteilige Kürzung von Sonderzuwendungen für Fehlzeiten	117
dd) Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen	118
b) Zulagen	119
aa) Mehrarbeits- und Überstundenvergütungen	119
bb) Sonstige Zulagen	119

c) Sachbezüge	119
<b>3. Vergütung von Reisezeiten außerhalb der Arbeitszeit</b>	<b>120</b>
<b>4. Lohnschutzvorschriften</b>	<b>120</b>
<b>IV. Pflicht des Arbeitgebers zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer</b>	<b>121</b>
<b>1. Grundsätzliche Pflicht bei der Beschäftigung von Arbeitnehmern</b>	<b>121</b>
<b>2. Abweichende Regelungen bei geringfügig beschäftigten Arbeitnehmern</b>	<b>121</b>
a) Voraussetzungen für eine geringfügige Beschäftigung	121
aa) Geringfügigkeitsgrenze	121
bb) Fallgruppen des § 8 I SGB IV	121
cc) Zusammenrechnung mehrerer Beschäftigungsverhältnisse (§ 8 II SGB IV)	122
b) Besonderheiten hinsichtlich der Sozialversicherungspflicht	123
c) Besonderheiten hinsichtlich des Lohnsteuerabzugs	123
<b>V. Anspruch des Arbeitnehmers auf Erholungsurlaub</b>	<b>125</b>
<b>1. Begriff und Anspruchsvoraussetzungen</b>	<b>125</b>
<b>2. Abgrenzung zum Sonderurlaub</b>	<b>125</b>
<b>3. Urlaubserteilung</b>	<b>126</b>
a) Wünsche des Arbeitnehmers	126
b) Zusammenhängende Urlaubsgewährung	127
c) Geltendmachung und Übertragbarkeit des Urlaubsanspruchs	127
<b>4. Dauer des Urlaubs</b>	<b>128</b>
a) Allgemeines	128
b) Zusatzurlaub für Schwerbehinderte	129
c) Teilurlaub und gekürzter Vollurlaub	130
d) Erkrankung und Urlaub	131
e) Erwerbstätigkeit während des Urlaubs	132
<b>5. Höhe des Urlaubsentgelts</b>	<b>132</b>
a) Berechnungsgrundlage	132
b) Abgrenzung zum Urlaubsgeld	133
<b>VI. Anspruch des Arbeitnehmers auf Bildungsurlaub</b>	<b>134</b>
<b>VII. Mutterschutz und Elternzeit</b>	<b>135</b>
<b>1. Mutterschutz</b>	<b>135</b>
a) Beschäftigungsverbote	135
aa) Individuelle Beschäftigungsverbote	136

bb)	Allgemeine Beschäftigungsverbote	136
b)	Entgeltsschutz	137
aa)	Mutterschutzlohn	137
bb)	Mutterschaftsgeld	138
c)	Arbeitsplatzschutz und Kündigungsverbot	140
aa)	Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwangerschaft	140
bb)	Ausnahmen vom Kündigungsverbot	141
cc)	Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne arbeitgeberseitige Kündigung	141
d)	Mitteilungspflicht der Schwangeren	142
e)	Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses	142
<b>2.</b>	<b>Elternzeit</b>	<b>142</b>
a)	Inhalt und Umfang der Elternzeit	142
b)	Inanspruchnahme der Elternzeit	143
c)	Verringerung der Arbeitszeit	144
d)	Kündigungsschutz	145
e)	Elterngeld	146
f)	Weihnachtsgeld trotz Elterngeld	146
<b>VIII.</b>	<b>Die Zeugniserstellungspflicht des Arbeitgebers</b>	<b>147</b>
<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>147</b>
<b>2.</b>	<b>Zeugnisarten</b>	<b>147</b>
a)	Das Zwischenzeugnis	148
b)	Das Zeugnis bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses	148
<b>3.</b>	<b>Form des Zeugnisses</b>	<b>148</b>
<b>4.</b>	<b>Inhalt des Zeugnisses</b>	<b>149</b>
a)	Einfaches Zeugnis	149
b)	Qualifiziertes Zeugnis	150
<b>5.</b>	<b>Fälligkeit des Zeugnisses</b>	<b>153</b>
<b>6.</b>	<b>Anspruch auf Zeugnisberichtigung und Beweislast</b>	<b>154</b>
<b>IX.</b>	<b>Nebenpflichten der Arbeitsvertragsparteien</b>	<b>156</b>
<b>1.</b>	<b>Treupflichten des Arbeitnehmers</b>	<b>156</b>
a)	Sorgfalts- und Schadensabwendungspflichten	156
b)	Verschwiegenheitspflicht	156
c)	Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb	157
aa)	Wettbewerbsverbot während des bestehenden Arbeitsverhältnisses	157

bb) Wettbewerbsverbot nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	158
<b>2. Allgemeine Fürsorgepflichten des Arbeitgebers</b>	<b>160</b>
a) Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer	161
b) Pflicht zum Schutz von Persönlichkeitsbelangen der Arbeitnehmer	162
<b>D. Leistungsstörungen und Haftung</b>	<b>163</b>
<b>I. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall</b>	<b>164</b>
<b>1. Anspruchsvoraussetzungen der Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG</b>	<b>164</b>
a) Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit	164
b) Ursächlichkeit	166
c) Kein Verschulden des Arbeitnehmers	167
<b>2. Beginn und Dauer der Entgeltfortzahlung</b>	<b>168</b>
<b>3. Fortsetzungserkrankungen</b>	<b>169</b>
a) „Dieselbe Krankheit“	169
b) 6-Monats-Frist	170
c) 12-Monats-Frist	171
<b>4. Wartezeit</b>	<b>171</b>
<b>5. Höhe der Entgeltfortzahlung</b>	<b>172</b>
<b>6. Anzeige- und Nachweispflicht des Arbeitnehmers</b>	<b>173</b>
a) Anzeige der Arbeitsunfähigkeit	173
b) Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	174
c) Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	176
<b>7. Forderungsübergang bei Haftung Dritter</b>	<b>177</b>
<b>8. Entgeltfortzahlung im Kündigungs- und Beendigungsfall</b>	<b>177</b>
<b>9. Unabdingbarkeitsregelung</b>	<b>178</b>
<b>10. Gesetz über den Ausgleich von Arbeitgeberaufwendungen</b>	<b>178</b>
<b>II. Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen</b>	<b>179</b>
<b>III. Entgeltfortzahlung an Feiertagen</b>	<b>181</b>
1. Anspruchshöhe	181
2. Zusammentreffen von Feiertagen mit Arbeitsunfähigkeit und Erholungsurlaub	181
<b>IV. Verzug und Unmöglichkeit</b>	<b>183</b>
1. Der Grundsatz „Keine Arbeit – kein Lohn“	183
2. Annahmeverzug des Arbeitgebers	183
3. Beschäftigungsverbot und Arbeitsvergütung	186

<b>4. Betriebsrisikolehre und Wirtschaftsrisiko</b>	<b>187</b>
<b>V. Rückzahlung von Fortbildungskosten</b>	<b>188</b>
1. Rückzahlungsvereinbarung	188
2. Rechtsfolgen unwirksamer Rückzahlungsklauseln	190
3. Muster eines Fortbildungsvertrags	190
<b>VI. Haftungsfragen</b>	<b>193</b>
1. <b>Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers</b>	<b>193</b>
a) Grundsatz der betrieblich veranlassten Tätigkeit und die Bedeutung der „gefährgeneigten Tätigkeit“	193
b) Umfang der Haftungserleichterung	194
c) Haftung gegenüber betriebsfremden Personen	196
d) Haftung bei Arbeitsunfällen	197
2. <b>Mankohaftung</b>	<b>197</b>
a) Mankohaftung ohne Vereinbarung	198
b) Mankovereinbarungen	198
3. <b>Vertragsstrafen</b>	<b>200</b>
a) Wirksamkeitsanforderungen	200
b) Bestimmung der Höhe der Vertragsstrafe	201
c) Formulierungsbeispiel für eine Vertragsstrafe bei Vertragsbruch	201
<b>E. Beendigung des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>203</b>
<b>I. Schriftformklausel für Kündigung, Aufhebung und Befristung</b>	<b>203</b>
<b>II. Aufhebungsvertrag / Abwicklungsvertrag</b>	<b>204</b>
1. Allgemeines	204
2. Muster eines Aufhebungs-/Abwicklungsvertrags	205
<b>III. Anfechtung</b>	<b>207</b>
<b>IV. Befristung</b>	<b>208</b>
1. Befristung nach TzBfG	208
2. Befristungen, die durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sind	209
3. Teilzeitanspruch nach dem TzBfG	211
<b>V. Das Probearbeitsverhältnis</b>	<b>213</b>
<b>VI. Kündigung des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>214</b>
1. <b>Allgemeines</b>	<b>214</b>
a) Ausspruch der Kündigung	214
aa) Beendigungswille und Eindeutigkeit der Kündigungserklärung	214

bb)	Person des Kündigenden und Kündigungsadressat	215
b)	Zugang der Kündigung	216
aa)	Zugang der Willenserklärung	216
bb)	Zugangsvereitelung	216
cc)	Zugang bei Urlaub	217
dd)	Zugang beim Einschreibebrief, Einwurfeinschreiben	217
c)	Kündigungsfristen	218
aa)	Allgemeines	218
bb)	Tabellarische Übersichten zu den Kündigungsfristen	220
d)	Anspruch des Arbeitnehmers auf Beurlaubung	222
e)	Umdeutung von Kündigungserklärungen	222
f)	„Nachschieben“ von Kündigungsgründen	222
g)	Kündigung vor Dienstantritt	223
h)	Erstattungspflicht des Arbeitgebers beim Ausscheiden älterer Arbeitnehmer	223
<b>2.</b>	<b>Nichtigkeit der Kündigung</b>	<b>224</b>
a)	Gesetzliche Kündigungsverbote	224
aa)	Mutterschutz	224
bb)	Elternzeit	225
cc)	Schwerbehinderte	225
dd)	Betriebsratsmitglieder	226
ee)	Auszubildende	226
b)	Zivilrechtliche Generalklauseln als Prüfungsmaßstab	226
c)	AGG und Kündigungsrecht	227
d)	Unterbliebene Anhörung des Betriebsrat	228
<b>3.</b>	<b>Erfordernis der Abmahnung</b>	<b>228</b>
a)	Wirksamkeitserfordernis	228
aa)	Abgrenzung Leistungsbereich / Vertrauensbereich	229
bb)	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	229
b)	Funktionen	230
aa)	Rüge- und Dokumentationsfunktion	230
bb)	Warnfunktion	230
cc)	Voraussetzung der Gleichartigkeit der Sachverhalte	231
c)	Anspruch des Arbeitnehmers auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte	231
d)	Zum Abmahnerfordernis vor Ausspruch einer Kündigung eines GmbH-Geschäftsführervertrags	232

<b>4. Kündigung und Kündigungsschutz in der Insolvenz des Arbeitgebers</b>	<b>232</b>
a) Das Insolvenzantragsverfahren	232
aa) Der vorläufige „starke“ Verwalter	233
bb) Der vorläufige „schwache“ Verwalter	233
b) Das eröffnete Insolvenzverfahren	234
c) Betriebsübergang in der Insolvenz	236
d) Insolvenzgeld	236
<b>VII. Kündigungsschutzgesetz</b>	<b>238</b>
<b>1. Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes</b>	<b>238</b>
a) Persönlicher Geltungsbereich	238
b) Betrieblicher Geltungsbereich	239
c) Wartezeit	240
<b>2. Ordentliche betriebsbedingte Kündigung</b>	<b>240</b>
a) Dringende betriebliche Erfordernisse	240
b) Unternehmerische Entscheidung	240
c) Vorrang der Änderungskündigung	241
d) Interessenabwägung	242
e) Sozialauswahl	242
f) Darlegungs- und Beweislast im Rechtsstreit	245
g) Wiedereinstellungsanspruch	245
h) Der Abfindungsanspruch gemäß § 1a KSchG	246
<b>3. Ordentliche verhaltensbedingte Kündigung</b>	<b>247</b>
a) Allgemeines	247
b) Einzelfälle	248
aa) Alkohol	248
bb) Arbeitsverweigerung	249
cc) Beleidigungen und Tötlichkeiten	251
dd) Neben- und Konkurrenzaktivitäten	251
ee) Strafbare Handlungen	252
ff) Sonstige Verstöße gegen die Arbeitspflicht	252
gg) Internetnutzung	253
hh) Anzeigen gegen Arbeitgeber	253
ii) Schlecht- oder Minderleistung	254
jj) Mobbing	254

kk) Mithören von Telefongesprächen	255
<b>4. Ordentliche personenbedingte Kündigung</b>	<b>255</b>
a) Krankheitsbedingte Kündigung	255
b) Krankheitsbedingte Leistungsminderung	258
c) Wiedereinstellungsanspruch	258
<b>5. Druckkündigung</b>	<b>258</b>
<b>6. Verdachtskündigung</b>	<b>259</b>
<b>7. Änderungskündigung</b>	<b>260</b>
<b>8. Fristlose Kündigung</b>	<b>262</b>
<b>9. Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage</b>	<b>264</b>
<b>10. Gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindungszahlungen, §§ 9, 10 KSchG</b>	<b>265</b>
<b>11. Wahlrecht des Arbeitnehmers nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess</b>	<b>267</b>
<b>12. Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist</b>	<b>268</b>
<b>F. Betriebsverfassungsrechtliche Fragen</b>	<b>271</b>
<b>I. Aufgaben und Gliederung des BetrVG</b>	<b>271</b>
<b>II. Geltungsbereich des BetrVG</b>	<b>271</b>
<b>1. Räumlich</b>	<b>271</b>
<b>2. Sachlich</b>	<b>271</b>
a) Der Betrieb	271
b) Nicht erfasste Betriebe	272
c) Eingeschränkt erfasste Betriebe	272
<b>3. Persönlich</b>	<b>273</b>
<b>III. Grundsätze der Betriebsverfassung</b>	<b>274</b>
<b>IV. Der Betriebsrat</b>	<b>275</b>
<b>1. Stellung des Betriebsrats</b>	<b>275</b>
<b>2. Betriebsratswahl</b>	<b>275</b>
a) Zeitpunkt	275
b) Bestellung eines Wahlvorstands und Einleitung der Wahl	275
c) Größe und Zusammensetzung des Betriebsrats	276
d) Wahlberechtigung und Wählbarkeit, §§ 7, 8 BetrVG	277
e) Wahlverfahren und Wahlgrundsätze	277
<b>3. Amtszeit des Betriebsrats</b>	<b>278</b>

a) Beginn, Dauer und Erlöschen der Mitgliedschaft	278
b) Ersatzmitglieder	278
<b>4. Organisation und Geschäftsführung des Betriebsrats</b>	<b>278</b>
a) Vorsitzender und Stellvertreter	278
b) Bildung von Ausschüssen	279
c) Sitzungen und Beschlüsse	279
d) Sprechstunden des Betriebsrats	279
<b>5. Rechtsstellung des Betriebsratsmitglieds</b>	<b>280</b>
a) Arbeitsbefreiung und Entgeltfortzahlung	280
b) Freizeitausgleich	280
c) Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen	280
d) Freistellung	281
<b>6. Allgemeine Schutzbestimmungen für Betriebsratsmitglieder</b>	<b>281</b>
<b>7. Kosten und Sachaufwand</b>	<b>282</b>
<b>V. Die Einigungsstelle</b>	<b>283</b>
1. Errichtung der Einigungsstelle	283
2. Besetzung der Einigungsstelle	283
3. Rechtsstellung der Mitglieder der Einigungsstelle	283
4. Kosten der Einigungsstelle, §76a BetrVG	284
5. Verfahren vor der Einigungsstelle, § 76 III, IV BetrVG	284
6. Bindungswirkung der Entscheidung der Einigungsstelle	284
a) Erzwingbares Einigungsstellenverfahren	285
b) Freiwilliges Einigungsstellenverfahren	286
<b>VI. Allgemeine Beteiligungsrechte des Betriebsrats</b>	<b>287</b>
1. Umfang und Art der Beteiligungsrechte	287
2. Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat	287
a) Durchführung gemeinsamer Beschlüsse	287
b) Grenzen der Regelungsbefugnis	288
3. Allgemeine Grundsätze der Mitbestimmung	289
<b>VII. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten</b>	<b>290</b>
1. Kollektiver Tatbestand als Voraussetzung	290
2. Grenzen der notwendigen Mitbestimmung	290
a) Allgemeine Schranken	290
b) Vorrang von Gesetz oder Tarifvertrag	290
3. Initiativrecht des Betriebsrats	290

<b>4. Entbehrlichkeit der Mitbestimmung in Notfällen</b>	<b>291</b>
<b>5. Folgen der fehlenden Beteiligung des Betriebsrats</b>	<b>291</b>
a) Möglichkeiten des Betriebsrats	291
b) Möglichkeiten des Arbeitnehmers	291
<b>6. Mitbestimmungspflichtige Tatbestände nach § 87 I BetrVG</b>	<b>292</b>
<b>VIII. Mitbestimmung über Arbeitsplätze, §§ 90, 91 BetrVG</b>	<b>296</b>
<b>IX. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten</b>	<b>297</b>
<b>1. Allgemeine personelle Maßnahmen</b>	<b>297</b>
a) Personalplanung	297
b) Beschäftigungssicherung	297
c) Stellenausschreibung	298
d) Personalfragebogen	298
e) Auswahlrichtlinien	298
<b>2. Berufsbildung</b>	<b>299</b>
a) Förderung der Berufsbildung, § 96 BetrVG	299
b) Einrichtungen und Maßnahmen der Berufsbildung	299
c) Durchführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen	300
<b>3. Personelle Einzelmaßnahmen</b>	<b>300</b>
a) Geltungsbereich	300
b) Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus § 99 BetrVG	301
c) Arten der personellen Einzelmaßnahmen	301
aa) Einstellung	301
bb) Ein- und Umgruppierung	301
cc) Versetzung	302
d) Entscheidung des Betriebsrats	302
e) Durchführung der Maßnahme bei fehlender Zustimmung	303
f) Gründe für die Zustimmungsverweigerung	303
g) Zustimmungsersetzungsverfahren	304
<b>4. Mitbestimmung bei Kündigungen, § 102 BetrVG</b>	<b>305</b>
a) Anhörung des Betriebsrats	305
b) Widerspruch des Betriebsrats gegen eine Kündigung	306
c) Kündigung trotz Widerspruch	306
<b>X. Beteiligung des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten</b>	<b>307</b>
<b>1. Unterrichtung und Beratung bei Betriebsänderung</b>	<b>307</b>
a) Geltungsbereich des § 111 BetrVG	307

b) Betriebsänderung gem. § 111 BetrVG	307
aa) Betriebsstilllegung oder Betriebseinschränkung, § 111 Satz 2 Ziff.1 BetrVG	307
bb) Verlegung	308
cc) Zusammenschluss oder Spaltung	308
dd) Organisation, Zweck oder Anlagen des Betriebs	308
ee) Einführung grundlegend neuer Methoden	309
ff) Wesentliche Nachteile i.S.v. § 111 Satz 1 BetrVG	309
gg) Folgen eines Verstoßes / Nachteilsausgleich gem. § 113 III BetrVG	309
<b>2. Interessenausgleich</b>	<b>309</b>
a) Inhalt und Charakter des Interessenausgleichs	309
b) Abweichen vom Interessenausgleich / Nachteilsausgleich	310
c) Namensliste	310
<b>3. Sozialplan</b>	<b>310</b>
<b>4. Anzeigepflichtige Massenentlassungen gem. § 17 KSchG</b>	<b>311</b>
<b>G. Tarifvertragliche Fragen</b>	<b>312</b>
<b>I. Tarifvertragsparteien</b>	<b>312</b>
<b>II. Tarifbindung</b>	<b>313</b>
1. Beiderseitige Verbandsmitgliedschaft	313
2. Allgemeinverbindlichkeitserklärung	313
3. Beginn und Ende der Tarifbindung	314
<b>III. Arbeitsvertragliche Einbeziehung von Tarifnormen</b>	<b>316</b>
<b>IV. Verbandsaustritt und Verweisklauseln</b>	<b>317</b>
<b>V. Gestaltungsmöglichkeiten in der Nachwirkungsphase</b>	<b>318</b>
1. Betriebsvereinbarung	318
2. Änderungskündigung	318
3. Änderungsvertrag	319
4. Neuer Tarifvertrag, Firmentarif	319
<b>VI. Aufeinandertreffen mehrerer Tarifverträge</b>	<b>320</b>
<b>VII. Verlust tariflicher Rechte und Ausschlussfristen</b>	<b>321</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b>	<b>322</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a.a.O	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbNErfG	Gesetz über Arbeitnehmererfindungen
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
ausf.	ausführlich
Az.	Aktenzeichen
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungssammlung des BAG Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarif/-vertrag
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BEEG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BfA	Bundesversicherungsanstalt für Angestellte
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BlmschG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BIfSG	Bundesinfektionsschutzgesetz
BSeuchG	Bundeseseuchengesetz
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
e.g.	eingangs genannt(e)
EZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EzAÜG	Becker, Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und zum sonstigen drittbezogenen Personaleinsatz (Loseblatt)
f., ff.	folgende
GG	Grundgesetz
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
HAG	Heimarbeitsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel
InsO	Insolvenzordnung
i.R.	im Rahmen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JASchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KG	Kommanditgesellschaft
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Landesarbeitsgerichtsentscheidungen
LFZG	Lohnfortzahlungsgesetz
LStDV	Lohnsteuer-Durchführungsverordnung

lt.	laut
LVA	Landesversicherungsanstalt
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MTV	Manteltarifvertrag
MuSchG	Mutterschutzgesetz
MuSchV	Mutterschutzverordnung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NachwG	Nachweisgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
n.v.	nicht veröffentlicht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (Zeitschrift)
o.ä.	oder ähnliches
o.g.	oben genannt(e)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
PflegeVG	Pflegeversicherungsgesetz
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SeemG	Seemannsgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
sog.	sogenannte
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
st. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung

## Literaturverzeichnis

- Annuß, G. / Stamer, K. Die Kündigung des Betriebsveräußerers auf Erwerberkonzept, NZA 2003, 1247 f
- Bader, P. Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht, NZA 2004, 65 ff
- Bauer, J. / Krieger, S. Das Ende der außergerichtlichen Beilegung von Kündigungsstreitigkeiten?, NZA 2004, 640 ff
- Bauer, J. / Krieger, S. Neuer Abfindungsanspruch – 1a daneben?, NZA 2004, 77 ff
- Bauer, J. Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 7. Aufl., München 2004
- Bauer, J. Taktische Erwägungen im Zusammenhang mit § 12 KSchG, BB 1993, 2444 ff
- Bayreuther, F. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Arbeitsrecht, NZA 2004, 953 ff
- Becker / Etzel / Bader / Fischer-meier / Friedrich / Lipke / Pfeiffer / Rost / Spiler / Vogt / Weigand / Wolf Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz zu sonstigen kündigungrechtlichen Vorschriften (KR), 7. Aufl., München 2004 (ziz.: KR-Bearbeiter)
- Berkowsky, W. Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl., München 2005
- Berkowsky, W. Änderungskündigung und vorbehaltlose Annahme eines Änderungsangebotes NZA 2008, 26
- Brors, C. / Schüren, P. Kostensenkung durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung BB 2005, 437
- Brors, C. / Schüren, P. Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung zur Kostensenkung BB 2004, 2745
- Däubler, W. Neues zur betriebsbedingten Kündigung, NZA 2004, 177 ff
- Dieterich, T. / Müller-Glöge, R. / Preis, U. / Schaub, G. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 2008 (zit.: ErfK/Bearbeiter)
- Diller, M. / Krüger, S. / Arnold, C. Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz NZA 2006, 887

- Engelmann, G. Die Tätigkeiten des BAG im Jahre 2006, Rechtsprechungsübersicht, NZA Sonderbeilage zu Heft 24/2007, S. 53
- Gaul, B. / Niklas T. Neue Grundsätze zur Sperrzeit bei Aufhebungsvertrag, Abwicklungsvereinbarung und gerichtlichem Vergleich NZA 2008, 137
- Graefe, B. Arbeitsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten in Zusammenhang mit Alkohol-erkrankungen, BB 2001, 1251 ff
- Gross, H. / Wesch, M. Änderungen des Haftungsrechts im Arbeitsverhältnis, NZA 2008, 849
- Hage, M. / Heitmann, J. Mobbing – ein modernes betriebliches Konfliktfeld, BB 1998, 742
- Hauck, F. Neueste Entwicklung der Rechtsprechung zu § 613a BGB, Sonderbeilage zu NZA 18/2004, 17 ff
- Küttner, W. Personalbuch 2008, 15. Aufl., München 2008
- Melms, C. / Lipinski, W. Absenkung des Tarifniveaus durch die Gründung von AÜG-Gesellschaften als alternative oder flankierende Maßnahme zum Personalabbau, BB 2004, 2409
- Palandt, O. Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., München 2008 (zit.: Palandt/Bearbeiter)
- Preis, U. / Greiner, S. Vertragsgestaltung bei Bezugnahme-klauseln nach der Rechtsprechungsänderung des BAG, NZA 2007, 1073
- Reichert, W. Der Zugangsnachweis beim Einwurf-Einschreiben, NJW 2001, 2523 f
- Reinecke, G. Vertragskontrolle im Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Sonderbeilage zu NZA 8/2004, 27 ff
- Richardi, R. Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl., München 2008
- Richardi, R. / Wlotzke, O. Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Band 1 und 2, 2. Aufl., München 2000 (zit.: MünchArbR/Bearbeiter)
- Sasse, S. Hilfspolizist Arbeitnehmer – oder sinnvolle Neuregelung?, NZA 2008, 990

- Schaub, G. Steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Abfindung, BB 1999, 1059 ff
- Schaub, G. Arbeitsrechts-Handbuch, 12. Aufl., München 2007
- Schiek, D Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873 ff
- Schmidt, I. Die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Kosten der beruflichen Bildung, NZA 2004, 1002 ff
- Tschöpe, U. Betriebsbedingte Kündigung, BB 2000, 2630 ff
- Tschöpe, U. Personenbedingte Kündigung, BB 2001, 2110 ff.
- Willemsen, H. / Annuß, G. Kostensenkung durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, BB 2005, 437 ff.
- Wisskirchen, G. Die steuerliche Behandlung von Entlastungsentschädigungen ab 1999, NZA 1999, 406 ff.

# A. Grundbegriffe und Rechtsquellen des Arbeitsrechts

## I. Grundbegriffe des Arbeitsrechts

### 1. Arbeitnehmer

#### a) Definition

Der Arbeitnehmerbegriff findet sich etwa in § 2 BUrlG, in § 5 BetrVG oder auch in § 5 ArbGG. Gleichwohl ist der Begriff des „Arbeitnehmers“ (gesetzlich) damit nicht abschließend und allgemeingültig definiert.

In Übereinstimmung mit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Person aber immer dann als Arbeitnehmer zu betrachten, wenn sie auf Grund eines

- privatrechtlichen Vertrags oder gleichgestellten Rechtsverhältnisses
- zur Leistung von Arbeit für einen anderen verpflichtet ist
- und diese Arbeit persönlich abhängig leistet.

Es kommt nicht darauf an, wie die Vertragsparteien das Vertragsverhältnis bezeichnen; der Status des Beschäftigten ist nicht vom Wunsch oder der Vorstellung der Vertragspartner abhängig, sondern richtet sich danach, wie die Vertragsbeziehung objektiv einzuordnen ist. Der wirkliche Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Wenn der Vertrag abweichend von den ausdrücklichen Vereinbarungen vollzogen wird, ist die tatsächliche Durchführung maßgebend. Denn die praktische Handhabung lässt Rückschlüsse darauf zu, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind (vgl. etwa BAG, EzA zu § 611 BGB Nr. 26 Arbeitnehmerbegriff).

#### b) Voraussetzungen

##### aa) Privatrechtlicher Vertrag

Eine Person wird grundsätzlich nur auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags – dem **Arbeitsvertrag** als Unterfall des Dienstvertrags gem. § 611 BGB – zum Arbeitnehmer. Mit einem solchen privatrechtlichen Vertrag dokumentiert der Arbeitnehmer, dass er sich freiwillig mit dem Willen zur Arbeitsleistung in die Dienste eines anderen begibt.

Keine Arbeitnehmer im Sinne der obigen Definition sind also beispielsweise Beamte, Richter oder Soldaten (Arbeitsleistung auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses) oder Familienangehörige, deren Tätigkeit lediglich auf einer familienrechtlichen Verpflichtung beruht (Arbeitsleistung aufgrund familienrechtlicher Vorschriften).

#### bb) Gleichgestelltes Rechtsverhältnis

Das Merkmal des gleichgestellten Rechtsverhältnisses ist in die Definition des Arbeitnehmerbegriffs mit aufgenommen worden, um zu verhindern, dass eine Person, die Arbeit für einen anderen leistet oder geleistet hat, ihre Arbeitnehmereigenschaft verliert, wenn sich herausstellt, dass der Arbeitsvertrag z.B. wegen Sittenwidrigkeit oder Abschluss durch einen nicht bevollmächtigten Vertreter unwirksam ist.

#### cc) Arbeitsleistung für einen anderen

Mit dem Merkmal „für einen anderen“ soll der „Arbeitnehmer“ abgegrenzt werden von den Gesellschaftern einer BGB-Gesellschaft gem. § 705 BGB bzw. einer Personenhandelsgesellschaft (OHG, KG – §§ 105ff., 161 HGB), die sich gem. § 706 III BGB im Gesellschaftsvertrag verpflichten können, den ihnen obliegenden Gesellschafterbeitrag in Form einer Dienstleistung zu erbringen.

Soweit die Verpflichtung zur Dienstleistung gesellschaftsvertraglich übernommenen Pflichten entspringt, liegt also keine Arbeit für einen anderen vor. Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Gesellschafter sich über den Gesellschaftsvertrag hinaus – also daneben – verpflichtet, Dienste für die Gesellschaft zu leisten.

#### dd) Persönliche Abhängigkeit

Die Frage, ob die Dienstleistung unselbstständig, also in persönlicher Abhängigkeit, oder selbstständig erbracht wird, lässt sich nur anhand einer wertenden Gesamtschau aller Vertragsumstände beantworten.

Dabei kommt drei Abgrenzungsmerkmalen eine besondere Bedeutung zu:

- (1) Zur Abgrenzung Arbeitnehmer / Selbstständiger ist zunächst auf § 84 I 2 HGB abzustellen, wonach der Selbstständige im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Diese Vorschrift bezieht sich zwar unmittelbar lediglich auf die Abgrenzung zwischen dem selbstständigen Handelsvertreter und dem unselbstständigen Handlungsgehilfen; sie wird vom BAG jedoch wegen ihrer allgemeinen gesetzgeberischen Wertung als typisches Abgrenzungsmerkmal generell herangezogen.

Ist der Dienstleistende weisungsunterworfen bezüglich der Art und Weise, des Umfangs oder Ortes der zu erbringenden Dienstleistung, so spricht dies dafür, dass er seine Tätigkeit nicht selbstständig, sondern in persönlicher Abhängigkeit erbringt.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass etwa das Fehlen einer fachlichen Weisungsgebundenheit die persönliche Abhängigkeit nicht unbedingt aus-

schließt: Je spezieller die Kenntnisse und Fertigkeiten des Arbeitnehmers, z.B. bei hoch spezialisierten IT-Fachleuten, Chefärzten etc., desto seltener werden Weisungen hinsichtlich Inhalt und Durchführung der Tätigkeit durch den Arbeitgeber erfolgen. Den Dienstverpflichteten verbleibt bei derartigen **Diensten höherer Art** ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbstständigkeit.

- (2) Ebenso weist das arbeitsorganisatorische Abhängigkeitsmoment, das bei Eingliederung in einen fremden Produktionsbereich (Betrieb) bzw. in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation vorliegt, darauf hin, dass ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis gegeben ist.

Für eine solche Eingliederung sprechen etwa die Bindung an bestimmte Örtlichkeiten (Betriebsstätten) bzw. festgelegte Arbeits- und Pausenzeiten, die erforderliche Zusammenarbeit mit anderen Dienstpflichtigen, die Nutzung fremder Produktionsmittel, die Unterordnung unter einen fremden Produktionsplan oder die Ausübung von Arbeitskontrollen über die Arbeitsleistung des Dienstverpflichteten.

- (3) Des Weiteren kann von dem Vorliegen eines persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses des Dienstleistenden ausgegangen werden, wenn dieser seine Arbeitskraft in einem so hohen Maße für fremdnützige Zwecke einbringt, dass er insgesamt nicht mehr die Möglichkeit hat, frei über seine Arbeitskraft zu verfügen und sie unternehmerisch einzusetzen.

Daraus kann aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass derjenige, der einer Neben- oder Teilzeitbeschäftigung mit einer geringen Arbeitszeit nachgeht, grundsätzlich unabhängige, d.h. selbstständige Arbeit verrichtet.

Sollten die vorgenannten drei wesentlichen Abgrenzungsmerkmale noch keine sichere Zuordnung ermöglichen, so kommt die ergänzende Heranziehung weniger aussagekräftiger Indizien in Betracht: Liegt das unternehmerische Risiko beim Dienstberechtigten, leistet dieser Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder wird von ihm bezahlter Erholungsurlaub gewährt, so kann dies auf das Vorliegen einer persönlich abhängigen Tätigkeit des Dienstverpflichteten hindeuten.

Eher ungeeignet für eine klare Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigem sind formale Umstände wie die Art der Entlohnung (festes Gehalt oder erfolgsabhängige Vergütung), die Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen durch den Dienstberechtigten oder die Führung von Personalakten (vgl. etwa BAG, EzA zu § 611 BGB Nr. 44 Arbeitnehmerbegriff).

### c) Einteilung der Arbeitnehmer in Arbeiter und Angestellte

Nach Angleichung der bis 1993 geltenden unterschiedlichen gesetzlichen Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte und der Vereinheitlichung der Entgeltfortzahlungsansprüche im Krankheitsfall im Jahre 1994 hat die Einteilung der Arbeitnehmer in die Gruppe der Arbeiter und die Gruppe der Angestellten weitgehend an Bedeutung verloren. Gelegentlich findet sich diese Unterscheidung noch in Tarifverträgen.

Lediglich in wenigen Ausnahmefällen wird überhaupt noch eine Unterscheidung vorgenommen. So findet beispielsweise in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht eine Unterscheidung statt bei der Frage, ob die LVA oder die BfA als Rentenversicherungsträger fungiert (§ 133 I SGB VI) und arbeitsrechtlich im Hinblick auf mögliche differenzierende Regelungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen.

In Anlehnung an die Wertung des § 133 II SGB VI sind **Angestellte** Beschäftigte, deren Arbeit geprägt ist von kaufmännischer oder büromäßiger Tätigkeit. Im Zweifel spricht eine überwiegend geistige Tätigkeit für die Einordnung des Arbeitnehmers in die Gruppe der Angestellten, wobei dieses Kriterium aber angesichts der technischen Entwicklung, die auch an (Fach-)Arbeiter zunehmend höhere geistige Anforderungen stellt, immer mehr an Aussagekraft verliert.

Für **Arbeiter** findet sich keine gesetzliche Definition, insoweit ist negativ abzugrenzen: Arbeiter sind diejenigen Arbeitnehmer, die nicht Angestellte sind.

## 2. Leitende Angestellte

Leitende Angestellte nehmen als Arbeitnehmer eine arbeitsrechtliche Sonderstellung ein. Sie stehen in der innerbetrieblichen Hierarchie quasi zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Anders als der Arbeitnehmer, der seine Aufgaben weisungsgebunden erfüllt, ist der leitende Angestellte in geringerem Maße weisungsunterworfen und mit weitgehender Entscheidungskompetenz ausgestattet, so dass er zu einem großen Teil Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt und damit von der Interessenlage her eher auf Seiten des Arbeitgebers als auf Seiten des Arbeitnehmers steht.

Eine einheitliche gesetzliche Begriffsbestimmung des leitenden Angestellten gibt es nicht, wengleich in den Gesetzen zunehmend ausdrücklich auf den Begriff des leitenden Angestellten i.S. des § 5 III BetrVG Bezug genommen wird (vgl. §§ 18 I Ziff.1 ArbZG, 3 I Ziff.2 MitbestG).

Nach § 5 III BetrVG ist leitender Angestellter derjenige Arbeitnehmer, der **zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt** ist (Ziff.1) oder Generalvollmacht bzw. Prokura hat (Ziff.2), also bestimmte formale Kriterien erfüllt.

Gem. § 5 III Ziff. 3 BetrVG ist auch derjenige leitender Angestellter, der regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen oder Kenntnisse voraussetzt, soweit er Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen treffen kann oder sie maßgeblich beeinflusst. Danach ist also ein Arbeitnehmer als leitender Angestellter anzusehen, wenn er in Anwendung seiner besonderen Kenntnisse und Erfahrungen nicht nur vorübergehend unternehmerische Aufgaben wahrnimmt, also für Planung, Leitung bzw. Organisation Verantwortung trägt. Dabei trifft er die Entscheidungen selbst (**Linienfunktion**) oder die Entscheidungen werden durch seine beratende Tätigkeit erheblich beeinflusst, d.h. sein Wort „hat Gewicht“ (**Stabsfunktion**).

Aus der arbeitnehmeruntypischen Stellung des leitenden Angestellten und der sich daraus ergebenden geringer ausgeprägten Schutzbedürftigkeit rechtfertigen sich eine Reihe von arbeitsrechtlichen Differenzierungen:

- So ist der Kündigungsschutz gem. §§ 14 II, 17 V Ziff.3 KSchG wesentlich schwächer ausgeprägt als bei Arbeitnehmern, die nicht leitende Angestellte sind.

Gem. § 14 II 2 KSchG kann z.B. der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess gegen seinen leitenden Angestellten beim Arbeitsgericht den Antrag stellen, das Arbeitsverhältnis (gegen Zahlung einer entsprechenden Abfindung) aufzulösen. Dieser Antrag bedarf nach der gesetzlichen Regelung keiner Begründung. Trotz einer unwirksamen Kündigung muss das Arbeitsgericht einem Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit einem leitenden Angestellten ohne weitere Prüfung in jedem Fall entsprechen. In anderen Fällen sind Auflösungsanträge nur ausnahmsweise begründet (§ 9 I KSchG).

- Auch ist das Betriebsverfassungsgesetz für leitende Angestellte grundsätzlich nicht anwendbar (§ 5 III 1 BetrVG). Entsprechende betriebliche Mitbestimmungsregelungen für leitende Angestellte finden sich aber im Sprecherausschussgesetz.
- Die Schutzvorschriften des Arbeitszeitgesetzes (Höchstarbeitszeiten, Pausen- und Ruhezeiten, Sonn- und Feiertagsruhe etc.) gelten gem. § 18 I Ziff. 1 ArbZG ebenfalls nicht für leitende Angestellte.
- Weitere Sonderbestimmungen finden sich etwa in § 15 II 2 Ziff. 2 MitbestG (Zuerkennung eines Sitzes im Aufsichtsrat) oder §§ 22 II Ziff. 2 ArbGG, 16 IV Ziff. 4 SGG (leitende Angestellte als ehrenamtliche Richter bei den Arbeits- und Sozialgerichten auf Arbeitgeberseite).

- Schließlich hat auch die BAG-Rechtsprechung dazu beigetragen, dass bei leitenden Angestellten besondere Maßstäbe angesetzt werden. So werden an das Vorliegen des wichtigen Grundes zur außerordentlichen Kündigung oder personen- bzw. verhaltensbedingter Gründe bei einer ordentlichen Kündigung geringere Anforderungen gestellt.
- Es werden erhöhte Erwartungen in die leitenden Angestellten in Bezug auf ihre Treue-, Rechenschafts-, Prüfungs- oder Überwachungspflichten gesetzt. Auch wird von den leitenden Angestellten ein erhöhtes Maß an Arbeitsleistung erwartet, ohne dass dadurch ein grundsätzlicher Überstundenvergütungsanspruch ausgelöst werden würde, was allerdings im Allgemeinen auch mit einer ohnehin höheren Vergütung des leitenden Angestellten korrespondiert.

### 3. Organe juristischer Personen

Eine Reihe von arbeitsrechtlichen Gesetzen bestimmen, dass die Organe juristischer Personen, so etwa GmbH-Geschäftsführer, aus ihrem Geltungsbereich herausfallen:

- Gem. § 5 II Ziff. 1 BetrVG gelten Organe juristischer Personen nicht als Arbeitnehmer mit der Folge, dass das Betriebsverfassungsgesetz auf diese Gruppe von Dienstverpflichteten keine Anwendung findet.
- Nach § 17 V Ziff. 1 KSchG werden Organe juristischer Personen ebenfalls nicht als Arbeitnehmer betrachtet, so dass für sie das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist.
- In § 3 I 2 MitbestG werden die Mitglieder der Vertretungsorgane juristischer Personen nicht als Arbeitnehmer angesehen. Das Mitbestimmungsgesetz findet für diese Personengruppe daher keine Anwendung.
- Auch in § 5 I 3 ArbGG wird festgestellt, dass die Mitglieder des Vertretungsorgans juristischer Personen nicht als Arbeitnehmer gelten. Unabhängig davon, ob die Organmitglieder auf Grund der tatsächlichen Ausgestaltung ihres Dienstvertrags (z.B. eingeschränkte Kompetenzen im Innenverhältnis) als Arbeitnehmer i.S.v. § 5 I 1 ArbGG oder wegen einer wirtschaftlichen Abhängigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen i.S.v. § 5 I 2 ArbGG gelten, nimmt § 5 I 3 ArbGG diesen Personenkreis allein auf Grund der Organstellung generell aus dem Zuständigkeitsbereich der Arbeitsgerichte heraus. In den Anwendungsbereich von § 5 I 3 ArbGG fällt auch der Geschäftsführer einer Vor-GmbH (BAG, NJW 1996 2678). Dies ist eine Gesellschaft, die durch Abschluss des (notariellen) Gesellschaftsvertrags zwar errichtet, aber noch nicht im Handelsregister eingetragen worden ist.

Eine Ausnahmeregelung enthält in dieser Hinsicht allerdings § 2 IV ArbGG. Danach kann die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts bei Streitigkeiten im

Zusammenhang mit der Organmitgliedschaft zwischen der GmbH und dem GmbH-Geschäftsführer als Mitglied des Vertretungsorgans vereinbart werden.

Auch wenn Ansprüche geltend gemacht werden, die auf einem gleichzeitig bestehenden oder ehemaligen Arbeitsverhältnis beruhen und in keinem Zusammenhang mit der Organmitgliedschaft stehen (Doppelstellung als Arbeitnehmer und Organ), ist der Weg zu den Arbeitsgerichten regelmäßig eröffnet. Die gleichzeitige Organstellung des die Klage erhebenden Dienstverpflichteten ist in dem Fall unerheblich.

#### 4. Arbeitnehmerähnliche Personen

Arbeitnehmerähnliche Personen stehen quasi zwischen dem Arbeitnehmer, der seine Dienste in persönlicher Abhängigkeit erbringt, und dem Selbstständigen. Typischerweise sind arbeitnehmerähnliche Personen **nicht in die innerbetriebliche Organisation eingegliedert** und im Wesentlichen **frei bei ihrer Zeiteinteilung**, so dass ihre persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit weniger stark ausgeprägt ist und sie deshalb nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind. Bei ihnen tritt das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit in den Vordergrund. Als wirtschaftlich abhängig können solche Personen betrachtet werden, die ihre Arbeitskraft einsetzen, um ihre Lebensgrundlage zu erwirtschaften, und dabei im Wesentlichen für einen Vertragspartner tätig sind.

In Anlehnung an die Legaldefinition des §12a I Ziff. 1 TVG muss nach der Rechtsprechung des BAG noch eine dem Arbeitnehmer gleichgestellte **soziale Schutzbedürftigkeit** hinzukommen (BAG, NJW 1996, 2678). Diese liegt i.d.R. dann vor, wenn die Abhängigkeit des Dienstleistenden von dem Vertragspartner ein solches Maß erreicht, wie es allgemein nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt.

Ob eine Person als arbeitnehmerähnlich einzustufen ist, wird also im Einzelfall an **zwei Kriterien** festgemacht: der **wirtschaftlichen Abhängigkeit** des ansonsten selbstständig Tätigen sowie der daraus resultierenden, einem Arbeitnehmer vergleichbaren **sozialen Schutzbedürftigkeit**.

Als arbeitnehmerähnliche Personen kommen etwa Hausgewerbetreibende, Einfirmenhandelsvertreter, also Handelsvertreter die lediglich für einen Unternehmer tätig sind, oder freie Mitarbeiter in Betracht. Ob sie tatsächlich als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren sind, muss im Einzelfall anhand der oben dargestellten Kriterien geprüft werden.

Obwohl das Arbeitsrecht auf arbeitnehmerähnliche Personen wegen ihrer fehlenden Arbeitnehmereigenschaft nicht anwendbar ist, wird dieser Personenkreis wegen der wirtschaftlichen Abhängigkeit und damit zusammenhän-

gender sozialer Schutzbedürftigkeit in diversen arbeitsrechtlichen Regelungsmaterien teilweise den Arbeitnehmern gleichgestellt:

- So finden etwa die Vorschriften des Bundesurlaubsgesetzes gem. § 2 Satz 2 BUrlG auch auf arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung.
- Nach § 5 I 2 ArbGG sind für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis einer arbeitnehmerähnlichen Person die Arbeitsgerichte zuständig.
- Arbeitnehmerähnliche Personen i.S.d. § 12a TVG werden in den Geltungsbereich des Tarifvertragsgesetzes einbezogen, so dass die Regelungen des TVG auch für diese Personengruppe gelten.

## 5. Heimarbeiter

Eine Definition des Heimarbeiters findet sich in § 2 I HAG. Danach arbeitet ein Heimarbeiter in selbst gewählter Arbeitsstätte erwerbsmäßig, d.h. auf gewisse Dauer angelegt und auf die Bestreitung des Lebensunterhalts gerichtet, für einen Gewerbetreibenden, wobei er diesem die Verwertung seiner Arbeitsergebnisse überlässt.

In Heimarbeit beschäftigte Personen sind keine Arbeitnehmer, denn sie arbeiten weisungsungebunden und persönlich unabhängig. So können sie die Dauer und Lage ihrer Arbeitszeit, den Ort der Arbeitsleistung sowie die Reihenfolge der Arbeit nach eigenem Ermessen bestimmen und gem. § 2 I HAG sogar Hilfspersonen hinzuziehen.

Für in Heimarbeit Beschäftigte gelten die speziellen Regelungen des Heimarbeitsgesetzes.

Wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit und der damit zusammenhängenden besonderen Schutzbedürftigkeit sind Heimarbeiter in einigen Bestimmungen des Arbeitsrechts den Arbeitnehmern gleichgestellt worden bzw. enthalten einzelne Gesetze Sonderregelungen für Heimarbeiter:

- § 5 I 2 ArbGG begründet die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Streitigkeiten aus Heimarbeitsverhältnissen.
- Gem. § 5 I 2 BetrVG unterfallen auch in Heimarbeit Beschäftigte dem Regelungsbereich des BetrVG.
- Für in Heimarbeit tätige werdende Mütter gelten gem. § 1 Ziff.2 MuSchG die Regelungen des MuSchG.
- In Heimarbeit beschäftigte Eltern haben Anspruch auf Elternzeit (frühere Bezeichnung: Erziehungsurlaub) nach § 20 II BEEG.

- Auch das SGB IX enthält in § 127 spezielle Regelungen für in Heimarbeit beschäftigte schwerbehinderte Personen, so z.B. besondere Kündigungsfristen (§ 127 II SGB IX) oder Urlaubsansprüche (§ 127 III SGB IX).
- Der Urlaubsanspruch der in Heimarbeit Beschäftigten wird gem. § 2 i.V.m. §12 BUrlG wegen der Besonderheiten der Heimarbeit speziell geregelt.
- Das EFZG beinhaltet eigens für den Bereich der Heimarbeit geltende Regelungen, die die wirtschaftliche Sicherung von in Heimarbeit Beschäftigten im Krankheitsfall sowie an gesetzlichen Feiertagen sichern soll (§§ 1, 10 und 11 EFZG).
- Das KSchG findet auf Heimarbeiter keine Anwendung, hierfür enthält das HAG in den §§ 29, 29a HAG spezielle Regelungen.

Gem. §12 II SGB IV gelten Heimarbeiter als Beschäftigte i.S.d. Sozialversicherungsrechts und sind damit trotz der fehlenden Arbeitnehmereigenschaft in vollem Umfang sozialversicherungspflichtig, d.h. es besteht Versicherungspflicht in Bezug auf Kranken-, Pflege-, Renten-, Arbeitslosen- und Unfallversicherung.

Trotz fehlender Arbeitnehmereigenschaft sind die in Heimarbeit Beschäftigten mit ihren Einkünften **lohnsteuerpflichtig** (ausgenommen sind Zuschläge, die zur Abgeltung von durch die Heimarbeit bedingten Mehraufwendungen bestimmt sind).

## 6. Handelsvertreter

Nach der gesetzlichen Definition des § 84 I HGB ist Handelsvertreter, wer als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Dabei ist nach § 84 I 2 HGB selbstständig, wer **seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten** und **seine Arbeitszeit bestimmen** kann. Bei der Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit kommt es nicht in erster Linie auf die vertragliche Vereinbarung dem Wortsinne nach an, sondern auf die tatsächliche Durchführung des Vertrags (s.o. unter A I 1 a).

Handelsvertreter, die vertraglich lediglich für einen Unternehmer tätig werden dürfen oder denen es nach Art und Umfang der von ihnen verlangten Tätigkeit nicht möglich ist, für mehrere Unternehmer tätig zu sein (§ 92a I HGB), werden als „**Einfirmenhandelsvertreter**“ bezeichnet.

Auf Grund ihrer selbstständigen Tätigkeit sind Handelsvertreter nicht als Arbeitnehmer zu betrachten. Insofern stellt § 84 II HGB noch einmal klar, dass derjenige, der diese Aufgaben als Nichtselbstständiger wahrnimmt, nicht Handelsvertreter, sondern kaufmännischer Angestellter, also Arbeitnehmer ist.

Wegen der fehlenden Arbeitnehmereigenschaft des Handelsvertreters findet das Arbeitsrecht auf diese Personengruppe nur sehr eingeschränkt Anwendung, auch in steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht gelten einige Besonderheiten:

- So richten sich die Kündigungsfristen für ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Vertragsverhältnis eines Handelsvertreters anders als für Arbeitnehmer nicht nach § 622 BGB, sondern nach § 89 HGB. Danach unterfällt der Handelsvertreter wesentlich schneller dem Schutz längerer Kündigungsfristen als der Arbeitnehmer. Das Dienstverhältnis eines Handelsvertreters ist bereits bei einer Vertragsdauer ab fünf Jahren nur mit einer Frist von sechs Monaten kündbar. Um den Schutz einer sechsmonatigen Kündigungsfrist zu erlangen, muss das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers dagegen gem. § 622 II Ziff. 6 BGB 15 Jahre bestanden haben.
- Anders als im Arbeitsverhältnis, wo gem. § 626 II BGB jeder Vertragsteil die Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nur innerhalb von zwei Wochen nach Kenntniserlangung der maßgeblichen Tatsachen aussprechen kann, gilt eine entsprechende Erklärungsfrist im Falle des § 89a HGB, der die fristlose Kündigung von Handelsvertreterverträgen abschließend regelt, nicht (vgl. dazu BGH, NJW 1987, 57).
- Im Gegensatz zum Arbeitnehmer, dem gem. § 630 BGB bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Zeugnis zusteht, hat der Handelsvertreter keinen Anspruch auf ein Arbeitszeugnis. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es sich um einen Einfirmenhandelsvertreter i.S.v. § 92a HGB handelt.
- Ein gesetzlicher Urlaubsanspruch steht dem Handelsvertreter nur dann zu, wenn er wegen seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit als arbeitnehmerähnliche Person i.S.v. § 2 Satz 2 BUrlG anzusehen ist, was regelmäßig nur bei Einfirmenhandelsvertretern in Betracht kommt.
- Für Streitigkeiten aus Handelsvertreterverträgen sind gem. § 5 III ArbGG ausnahmsweise nicht die Zivilgerichte, sondern die Arbeitsgerichte zuständig, wenn es sich bei dem Handelsvertreter um einen Einfirmenhandelsvertreter gem. § 92a HGB handelt, der zudem während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses, im Durchschnitt monatlich nicht mehr als 1.000 € auf Grund des Vertragsverhältnisses an Vergütung tatsächlich bezogen hat. Zur Vergütung gehören dabei auch Provisionen sowie der Ersatz der im Geschäftsbetrieb entstandenen Auslagen.
- Das Tarifvertragsgesetz ist gem. § 12a IV TVG auf Handelsvertreter nicht anzuwenden. Daher können Handelsvertreter nicht tarifgebunden sein.

- In steuerrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass Handelsvertreter **nicht lohnsteuerpflichtig** sind, da sie keine Arbeitnehmer i.S.v. § 1 LStDV sind. Sie haben die Einkommensteuer dementsprechend selbst abzuführen.
- Schließlich unterliegen Handelsvertreter gem. §§ 2 und 7 SGB IV nicht der Sozialversicherungspflicht.

## 7. Der „Scheinselbstständige“ in Abgrenzung zum Selbstständigen

### a) Problemstellung

Unter „Scheinselbstständigen“ sind Personen zu verstehen, die formal als Selbstständige arbeiten, tatsächlich aber weisungsabhängige, unselbstständige Arbeitnehmer sind.

Wegen ihrer tatsächlich nicht selbstständigen Tätigkeit sind diese Personen sozialversicherungs- und lohnsteuerpflichtig.

Ob im Einzelfall eine abgabenpflichtige Beschäftigung vorliegt und der Auftraggeber damit zur Abführung der Sozialversicherungsabgaben verpflichtet ist, kann unter Heranziehung des § 7 SGB IV festgestellt werden.

### b) Vermutung eines Beschäftigungsverhältnisses

Nach § 7 I SGB IV spricht für eine abhängige Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen sowie eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Vertragspartners.

Bei Zweifeln hinsichtlich der Selbstständigkeit eines Erwerbstätigen kann auf Abgrenzungskriterien zurückgegriffen werden, die von der Rechtsprechung entwickelt worden sind. Diese Kriterien hatte der Gesetzgeber in § 7 IV SGB IV a.F. kodifiziert, die Bestimmung jedoch mit Wirkung vom 01.01.2003 neu gefasst und die alte Vermutungsregelung aufgehoben.

Inhaltlich ändert diese Gesetzesneufassung an der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit jedoch nichts. Denn auch die Vermutungskriterien des § 7 IV SGB IV a.F. hatten nur die bereits anerkannten Abgrenzungskriterien aufgegriffen. Im Einzelnen weisen folgende Kriterien auf eine abhängige Beschäftigung hin:

- Der Erwerbstätige erbringt die Arbeitsleistung ausschließlich persönlich.
- Er beschäftigt keine anderen Arbeitnehmer.
- Er verfügt über kein Eigenkapital.
- Er wird ausschließlich oder zumindest ganz überwiegend für einen Arbeitgeber tätig.

- Die Betriebsmittel werden wirtschaftlich von einem anderen Unternehmer gestellt.
- Dem Erwerbstätigen ist kein Unternehmerrisiko übertragen, sondern nur die Risiken aufgebürdet, die mit der Ausübung der Tätigkeit unmittelbar zusammenhängen.

Nach neuem Recht existiert eine andere gesetzliche Vermutung zur Abgrenzung von Selbstständigen und abhängig Beschäftigten: Für Personen, die für eine selbstständige Tätigkeit einen Existenzgründungszuschuss (sog. Ich-AG) nach § 421 I SGB III beantragen, wird widerlegbar vermutet, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbstständige tätig sind (§ 7 IV 1 SGB IV n.F.). Diese gesetzliche Vermutung kann grundsätzlich von dem widerlegt werden, der die Vermutung nicht gelten lassen will. Für die Dauer der Zuschussgewährung gelten diese Personen allerdings gem. § 7 IV 2 SGB IV n.F. als Selbstständige, d.h. diese Fiktion kann in diesem Zeitraum nicht entkräftet werden.

Auch sog. „Ein-Euro-Jobber“ sind keine Arbeitnehmer. Denn Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigungen, wie sie – bei den „Ein-Euro-Jobbern“ in § 16 III 2 SGB II geregelt sind – begründen ein von Rechtssätzen des öffentlichen Rechts geprägtes Rechtsverhältnis und kein Arbeitsverhältnis (BAG, NZA 2007, 1422).

Eine Besonderheit sieht § 2 Nr. 9 SGB VI vor. Danach sind Personen auch dann rentenversicherungspflichtig, wenn sie zwar selbständig sind, aber im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.

## 8. Arbeitgeber

Eine begriffliche Definition des Arbeitgebers findet sich im Gesetz nicht. Als Vertragspartner des Arbeitnehmers wird allgemein jede natürliche bzw. juristische Person sowie jede Personenhandelsgesellschaft als Arbeitgeber aufgefasst, die mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt.

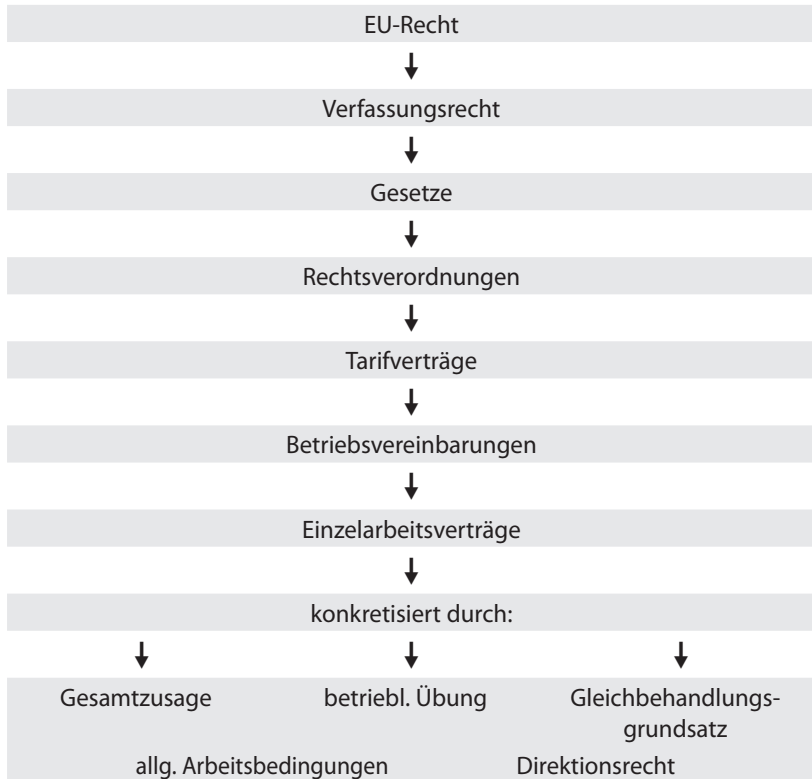
Die GmbH als juristische Person ist im Rahmen der Beschäftigung von Arbeitnehmern Arbeitgeberin. Als Vertragspartner stehen sich also der Arbeitnehmer auf der einen und die GmbH auf der anderen Seite gegenüber. Daneben ist auch der Geschäftsführer der GmbH Arbeitgeber. Denn ihm obliegt die oberste Weisungsbefugnis.

## II. Rechtsquellen des Arbeitsrechts

### 1. Überblick und Normenhierarchie arbeitsrechtlicher Vorschriften

#### a) Überblick und Normenhierarchie

Die nachfolgende Übersicht zeigt die Rangfolge der im Arbeitsrecht geltenden Rechtsquellen.



#### b) Kollisionen arbeitsrechtlicher Vorschriften verschiedenen Rangs

##### aa) Schematische Darstellung mit Erläuterung

Treffen unterschiedliche Normwerke mit demselben Regelungsgegenstand aufeinander, so gilt für die Rangfolge:

- Treffen verschiedene ranggleiche Rechtsquellen mit rangverschiedenen Rechtsquellen zusammen ist zunächst das Verhältnis der ranggleichen Normwerken zueinander zu klären. Hierbei gilt für die Rangfolge das Spezialitätsprinzip bzw. das Ordnungsprinzip, d.h. die speziellere Regelung

hat Vorrang vor der allgemeineren, ohne dass es auf die zeitliche Abfolge ankäme. Enthält keine der beiden Normen speziellere Vorschriften, so geht die zeitlich jüngere der älteren Regelung vor.

- Grundsätzlich ist dann das Verhältnis der unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Rechtsquellen zueinander nach dem Rangprinzip zu bestimmen. Bei Kollisionen geht das ranghöhere Recht dem rangniedrigeren vor, also z.B. gesetzliche Regelung vor Tarifvertrag, Tarifvertrag vor Betriebsvereinbarung etc.
- Ausnahmsweise genießt aber das rangniedrigere Recht stets dann den Vorrang, wenn es eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung enthält (**Günstigkeitsprinzip**). Gewährt z.B. ein Einzelarbeitsvertrag eine günstigere Urlaubsregelung als der Tarifvertrag, so geht die günstigere einzelvertragliche Regelung dem Tarifvertrag vor.



bb) Beispiel

*Wie viele Tage Urlaub stehen dem Arbeitnehmer zu, wenn die Dauer des Urlaubs wie folgt geregelt ist? (vgl. zum Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nach dem Bundesurlaubsgesetz ausführlich unter C V 4)*

- *Arbeitsvertrag: 30 Werktage*
- *BUrlG: 24 Werktage*
- *Verbands-Tarifvertrag: 27 Werktage*
- *Firmen-Tarifvertrag: 26 Werktage*
- *Zunächst sind die beiden Tarifverträge zu betrachten, da sie gleichrangig sind. Es gilt das Spezialitätsprinzip: Der Firmentarifvertrag geht als der Speziellere dem Verbandstarifvertrag vor.*

- *Es verbleiben Regelungen unterschiedlichen Rangs, nämlich der Arbeitsvertrag, der Firmen-Tarifvertrag und das Bundesurlaubsgesetz:*
  - *Grundsätzlich gilt der Vorrang des höherrangigen Rechts, das wäre hier das Bundesurlaubsgesetz.*
  - *Es greift jedoch das Günstigkeitsprinzip: Der Arbeitsvertrag enthält mit 30 Werktagen Urlaub eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung. (Nach dem Bundesurlaubsgesetz wären es nur 24 Tage).*
  - *Der Arbeitnehmer hat hier demzufolge einen Anspruch auf 30 Werktage Urlaub.*

## 2. Europäisches Gemeinschaftsrecht

Im Rahmen der europäischen Integration gewinnt das Europäische Gemeinschaftsrecht immer mehr an Bedeutung für das nationale Arbeitsrecht. Die europäischen Rechtsquellen gliedern sich zum einen in das **primäre Recht** (EU-Vertrag, EG-Vertrag) und das **sekundäre Recht**, also die von den Gemeinschaftsorganen erlassenen Normen.

Entscheidende Bedeutung für das Arbeitsrecht kommt hierbei dem sekundären Gemeinschaftsrecht, insbesondere den Verordnungen und Richtlinien zu. Die Verordnung ist quasi das europäische Gesetz. Sie ist für jeden Normadressaten bindend. Eines besonderen nationalen Umsetzungsaktes bedarf es nicht. Die Verordnung verdrängt entgegenstehendes nationales Recht.

Tatsächlich wird das deutsche Recht noch stärker von **Richtlinien** geprägt. Sie sind für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel. Sie richtet sich also an den jeweiligen Mitgliedstaat mit der Aufforderung, ein in der Richtlinie definiertes Ziel, z.B. die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Arbeitsleben, innerhalb einer in der Richtlinie festgelegten Frist in nationales Recht umzusetzen.

Die Richtlinie wirkt auf die Vertragsparteien also in erster Linie über die nationalen Vorschriften ein, die in Umsetzung der Richtlinie erlassen worden sind.

Das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union, das auf der Gleichbehandlungsrichtlinie beruhte, ist nunmehr durch die Richtlinien zum Verbot der Diskriminierung wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Richtlinie 2000/43), zur allgemeinen Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Richtlinie 2000/78), zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen in beruflicher Hinsicht (Richtlinie 2002/73) und zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (Richtlinie 2004/113) geändert und vervollständigt worden. Diese Richtlinien wurden zwischenzeitlich durch

das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz umgesetzt (vgl. hierzu ausführlich unter B I 1 a).

Ist der nationale Gesetzgeber seiner Umsetzungsverpflichtung nicht oder nicht ausreichend nachgekommen, kann nationales Arbeitsrecht gegen Europarecht verstoßen. Es darf dann von den nationalen Gerichten nicht mehr angewendet werden. In diesem Fall kann sich ein Privater vor den deutschen Gerichten unter bestimmten Bedingungen gegen- über dem Staat auf die Richtlinie berufen. Dies gilt jedoch ausschließlich im Verhältnis eines Privaten zum Staat, nicht bei einem Rechtsstreit zwischen zwei Privaten. Hier kann sich keine Partei auf den Inhalt einer nicht oder fehlerhaft umgesetzten Richtlinie berufen.

Trotzdem kann eine Richtlinie auch in dem Verhältnis zwischen zwei Privaten Geltung entfalten: Denn die Mitgliedstaaten – und damit auch die Gerichte als staatliche Stellen – sind verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um das Ziel der Richtlinie zu erreichen. Daher müssen Gerichte in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten das nationale Recht (einschließlich Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen) so weit wie möglich anhand des Wortlautes und des Zwecks der betreffenden Richtlinie so auslegen, dass die Ziele der Richtlinie erreicht werden. Die nationalen Gesetze werden also auf den Inhalt reduziert, der noch mit der Richtlinie zu vereinbaren ist (EuGH, NZA 2004, 1145).

### **3. Gesetze und Rechtsverordnungen**

Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Gesetze sind Bundesrecht. Sie sind in erster Linie Arbeitnehmerschutzvorschriften und zwingend von der Gegenseite zu beachten. So können insbesondere solche Regelungen, die Mindestschutzvorschriften für Arbeitnehmer enthalten, wie z.B. Kündigungsschutzvorschriften, Urlaubs- oder Arbeitszeitregelungen nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers ausgeschlossen werden. Ausnahmsweise sind Tarifvertragsparteien ermächtigt, vom Gesetz abweichende Regelungen zu Lasten der Arbeitnehmer zu treffen (so in § 13 I 1 BUrlG, § 4 IV EFZG).

Vom Gesetz abweichende Vereinbarungen zu Gunsten des Arbeitnehmers durch Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträge sind möglich.

### **4. Tarifverträge**

Aus Art. 9 III GG und dem dort geregelten Koalitionsgrundrecht folgt die Tarifautonomie und damit das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen.

Nach der in § 1 I TVG enthaltenen Regelung kann auf die klassische Formulierung von Nipperdey zurückgegriffen werden. Danach ist ein „**Tarifvertrag der schriftliche Vertrag zwischen einem oder mehreren Arbeitgebern oder**

**Arbeitgeberverbänden und einer oder mehreren Gewerkschaften** zur Regelung von arbeitsrechtlichen Rechten und Pflichten der Tarifvertragsparteien (schuldrechtlicher Teil) und zur Festsetzung von Rechtsnormen über Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen und gemeinsame Einrichtungen der Vertragsparteien (normativer Teil)“.

Dabei entfaltet der normative Teil gem. § 4 I TVG **unmittelbar und zwingend Wirkung** zwischen den **tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern**. Abweichende Vereinbarungen sind hier nur zulässig, soweit der Tarifvertrag dies gestattet oder die Änderung eine für die Arbeitnehmer günstigere Regelung schafft (§ 4 III TVG).

## 5. Betriebsvereinbarungen

Bei der Betriebsvereinbarung sind Vertragsparteien der einzelne Arbeitgeber und der Betriebsrat. Betriebsvereinbarungen sind das mit den Tarifverträgen vergleichbare Regelungsinstrument auf betrieblicher Ebene. Allerdings können gem. § 77 III Satz 1 BetrVG Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die tarifvertraglich geregelt sind oder üblicherweise durch Tarifverträge geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nicht für Angelegenheiten, in denen der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 BetrVG hat.

Auch Betriebsvereinbarungen gelten **unmittelbar und zwingend** für die **Vertragsparteien** (§ 77 IV BetrVG). In entsprechender Anwendung des § 4 III TVG gilt auch für Betriebsvereinbarungen, dass abweichende Regelungen zu Gunsten der Arbeitnehmer möglich sind.

## 6. Der Einzelarbeitsvertrag und seine Konkretisierungen

### a) Der Einzelarbeitsvertrag

Der Arbeitsvertrag des einzelnen Arbeitnehmers (§ 611 BGB) begründet zum einen das Arbeitsverhältnis. In ihm werden aber üblicherweise auch Regelungen darüber getroffen, wie das Arbeitsverhältnis im Einzelnen inhaltlich ausgestaltet werden soll. Dazu werden etwa Vereinbarungen hinsichtlich des Beginns des Arbeitsverhältnisses, der Art der zu leistenden Arbeit, der Lage der Arbeitszeit oder der Vergütung ausdrücklich in den Arbeitsvertrag aufgenommen. Weitere Konkretisierungen können sich auch aus Gesamtzusagen, betrieblicher Übung, dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz oder einem vom Arbeitgeber ausgeübten Direktionsrecht ergeben.

Darüber hinaus wird der Inhalt des Arbeitsverhältnisses oft durch Kollektivvereinbarungen wie Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen bestimmt.

Nach § 310 IV BGB unterliegen jetzt auch Arbeitsverträge einer Inhaltskontrolle wie Allgemeine Geschäftsbedingungen. Allerdings sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen (§ 310 IV 2 BGB) (vgl. zur AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen im Einzelnen B III 2 e).

#### b) Die Gesamtzusage

Unter einer Gesamtzusage wird eine vom Arbeitgeber durch Aushang, Rundschreiben oder Erklärung auf einer Betriebsversammlung bekannt gemachte Regelung des Arbeitsverhältnisses verstanden, die für alle Beschäftigten des Betriebs oder für bestimmte Gruppen von ihnen gelten soll. Es handelt sich also um ein kollektives Angebot des Arbeitgebers an die Belegschaft.

Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Gesamtzusage ist zum einen der **Rechtsbindungswille des Arbeitgebers**, der durch Auslegung zu ermitteln ist, und zum anderen die **Annahme dieses kollektiven Angebots des Arbeitgebers durch die Arbeitnehmer**. Eine solche Annahme erfolgt regelmäßig durch schlüssiges Verhalten, nämlich durch die Inanspruchnahme der versprochenen Leistung.

#### c) Die betriebliche Übung

Unter einer betrieblichen Übung versteht man das Entstehen einer rechtlichen Bindung, die durch die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers begründet wird, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle die Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden.

Begründet wird das Zustandekommen einer betrieblichen Übung durch das BAG mit der „Vertragstheorie“, wonach die betriebliche Übung auf einer stillschweigenden Ergänzung des Arbeitsvertrags und damit auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruht (BAG, NZA 1994, 88, 89). Durch die regelmäßigen und wiederholten Leistungen macht der Arbeitgeber ein schlüssiges Vertragsangebot, welches von den Arbeitnehmern gem. §151 BGB stillschweigend angenommen wird.

Nach der Vertragstheorie entfaltet die betriebliche Übung auch gegenüber neu eintretenden Arbeitnehmern Wirkung. Da sie von einer Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer ausgehen können, haben sie bereits im ersten Jahr ihrer Betriebszugehörigkeit einen Anspruch auf die entsprechende Leistung, sofern diese nicht vertraglich ausgeschlossen ist (vgl. zur Möglichkeit des Ausschlusses c) am Ende).

Voraussetzung für eine betriebliche Übung ist, dass der Arbeitgeber freiwillig eine bestehende Leistung im Betrieb mindestens dreimal gleichförmig gewährt. Leistet der Arbeitgeber z.B. nach Gutdünken jeweils in unterschiedlicher Höhe

Sonderzulagen ist auf Grund der fehlenden Gleichförmigkeit keine betriebliche Übung gegeben. Zahlt der Arbeitgeber hingegen an drei aufeinander folgenden Jahren im Dezember ein Brutto-Monatsgehalt als Sonderleistung, liegt eine dreimalige gleichförmige Gewährung einer bestimmten Leistung im Betrieb und damit eine betriebliche Übung vor.

Um das Entstehen einer betrieblichen Übung trotz regelmäßiger Gewährung einer bestimmten gleichförmigen Leistung zu verhindern, sollte der Arbeitgeber seine Leistung stets unter einen sog. „Freiwilligkeitsvorbehalt“ stellen, um damit zu zeigen, dass ihm der Verpflichtungswille bezüglich des Entstehens einer betrieblichen Übung fehlt. Hierfür ist es ausreichend, wenn der Arbeitgeber noch im dritten Jahr der Leistung den Freiwilligkeitsvorbehalt erklärt – in diesem Fall entsteht keine betriebliche Übung. Eine entsprechende Klausel könnte lauten:

„Diese Leistung erfolgt freiwillig, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“.

Hiervon abzugrenzen ist die Leistung unter „Widerrufsvorbehalt“. Behält sich der Arbeitgeber den Widerruf der Leistung vor, kann dies das Entstehen einer betrieblichen Übung nicht verhindern. Die dreimalige gleichförmige Leistung unter dem Vorbehalt, diese Leistung widerrufen zu können, führt zu einer betrieblichen Übung. Allerdings handelt es sich dann um eine betriebliche Übung bezüglich einer unter Widerrufsvorbehalt gewährten Leistung. Daher hat der Arbeitgeber in jedem Jahr die Möglichkeit, für das entsprechende Jahr, rechtzeitig vor Fälligkeit der erneuten Leistung den Widerruf zu erklären. Der Widerruf darf nicht willkürlich und unbillig sein. Die betriebliche Übung bleibt aber in jedem Fall bestehen, auch dann, wenn mehrere Jahre hintereinander wirksam ein Widerruf erklärt wurde, und demzufolge in diesen Jahren keine Leistung erfolgte.

Auch ein vereinbartes Schriftformerfordernis für Änderungen bzw. Ergänzungen des Arbeitsvertrags kann das Entstehen einer betrieblichen Übung nicht verhindern. Zwar ist in §125 Satz 2 BGB festgelegt, dass die Nichteinhaltung einer rechtsgeschäftlich vereinbarten Form die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat. Allerdings tritt diese Rechtsfolge nur ein, wenn Zweifel darüber bestehen, ob das Rechtsgeschäft auch ohne Einhaltung der Formvorschriften Bestand haben soll. Da sich im Falle der betrieblichen Übung beide Vertragsparteien darüber einig waren, dass diese entstehen sollte, hat der Parteiwille Vorrang vor der Regelung des §125 Satz 2 BGB. Die einzelvertraglich vereinbarte Schriftform wird dadurch ausgeschlossen.

In Arbeitsverträgen wird häufig eine sogenannte doppelte Schriftformklausel vereinbart, z.B. mit folgender Formulierung:

„Änderungen dieses Vertrags bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für die Abänderung dieser Schriftformklausel.“

Diese Klausel ist irreführend und daher unwirksam (BAG, NZA 2008, S. 1233).

Ist eine betriebliche Übung bereits entstanden, so kann der Arbeitgeber diese mit Wirkung für die gesamte Belegschaft nur mit einer entgegenlaufenden betrieblichen Übung beseitigen. Er muss also dreimal hintereinander eine andere Leistung als bisher oder gar keine Leistung gewähren, ohne dass ein Widerspruch der Arbeitnehmer erfolgt. Dann ist die bisherige betriebliche Übung beseitigt und ggf. eine betriebliche Übung anderen Inhalts entstanden.

Eine einseitige Lossagung des Arbeitgebers von der betrieblichen Übung kann in keinem Fall zu deren Beendigung führen.

Um den Widerspruch der Arbeitnehmer möglichst auszuschließen, wäre es z.B. denkbar, die Leistung weiterhin der Höhe nach unverändert zu gewähren, sie allerdings jeweils unter einen Freiwilligkeitsvorbehalt zu stellen. Nach dreimaliger Leistung unter Freiwilligkeitsvorbehalt ist, soweit der Arbeitnehmer nicht widersprochen hat, die bisherige betriebliche Übung dann beendet.

Eine Anfechtung der betrieblichen Übung gem. §§ 119, 123 BGB ist prinzipiell möglich, wenn die darin genannten Voraussetzungen (Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung) vorliegen. Allerdings ist es kein ausreichender Anfechtungsgrund, wenn sich der Arbeitgeber darauf beruft, er habe nicht gewusst, dass aus seinem Verhalten eine betriebliche Übung erwachse oder auf einen entsprechenden Verpflichtungswillen geschlossen werden könne.

Denkbar wäre auch, die Wirkung der betrieblichen Übung für einzelne Arbeitnehmer zu beseitigen, also bei dem Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers aus § 611 i.V.m. der betrieblichen Übung anzusetzen:

- Natürlich besteht jederzeit die Möglichkeit, eine betriebliche Übung durch einvernehmliche Vereinbarung mit dem einzelnen Arbeitnehmer zu beenden. Hierauf wird sich der Arbeitnehmer aber wohl kaum einlassen.
- Ohne Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer könnte der Arbeitgeber eine Änderung der Vertragsbedingungen nur durch eine Änderungskündigung, d.h. Beendigung des alten Arbeitsvertrags und Begründung eines neuen mit anderem Inhalt, erreichen. Hierfür wird dem Arbeitgeber aber in aller Regel kein sachlicher Grund zur Seite stehen, so dass eine dennoch ausgesprochene Änderungskündigung unwirksam wäre.
- Bei neu eintretenden Arbeitnehmern könnte der Anspruch auf die Leistung vertraglich und damit einvernehmlich ausgeschlossen werden, dann würde eine betriebliche Übung für diesen neuen Arbeitnehmer nicht entstehen. In einem solchen Fall läge auch kein Verstoß gegen den allge-

meinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Denn in der einzelvertraglichen gegenteiligen Vereinbarung liegt ein sachlicher Differenzierungsgrund.

#### d) Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Grundsatz der allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung gebietet es, dass der Arbeitgeber allen Beschäftigten oder einer nach objektiven Kriterien abgrenzbaren Gruppe von Arbeitnehmern gleichberechtigt eine bestimmte Leistung gewährt und nicht einzelne Arbeitnehmer hiervon aus sachfremden oder willkürlichen Gründen ausschließt.

Im Gegensatz zur betrieblichen Übung, bei der sich der Arbeitnehmer auf eine Gleichbehandlung „in der Zeit“ berufen kann (→ gleiche Leistung wie in den Jahren zuvor), fordert der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz eine Gleichbehandlung „in der Person“ (→ gleiche Leistung wie die anderen Arbeitnehmer). Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist also immer dann als Anspruchsgrundlage heranzuziehen, wenn eine Gleichbehandlung in der Person geltend gemacht wird.

Die h. M. leitet den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) und damit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sowie aus § 75 BetrVG ab. Danach hat der Arbeitgeber darüber zu wachen, dass die Arbeitnehmer nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit zu behandeln sind, insbesondere jede unterschiedliche Behandlung aus unbilligen Gründen unterbleibt. Zum Teil wird dieser Grundsatz auch als Anwendung oder Ausprägung des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 GG verstanden. In jedem Fall ist aber allgemein anerkannt, dass sich ein Arbeitnehmer zur Durchsetzung seiner Ansprüche auch auf eine Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes durch den Arbeitgeber berufen kann.

Ein Verstoß ist unter folgenden Voraussetzungen gegeben:

- Zunächst ist eine Berufung auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nur möglich, wenn nicht **speziellere Gleichbehandlungsregeln** wie z.B. die Benachteiligungsverbote aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, den Vorrang haben (vgl. dazu B I 1 a/b).
- Des Weiteren muss ein **kollektiver Tatbestand** auf Seiten der begünstigten Arbeitnehmer gegeben sein, d.h. entscheidend ist die **Begünstigung aller Arbeitnehmer** oder zumindest einer abgrenzbaren Gruppe von Arbeitnehmern. Eine Berufung auf die Besserbehandlung einzelner Arbeitnehmer reicht nicht aus. Denn dem Arbeitgeber steht es frei, mit „einzelnen“ Arbeitnehmern bessere Konditionen auszuhandeln und zu vereinbaren. Andernfalls würde die Vertragsfreiheit ausgehebelt.

- Weiteres Kriterium ist, dass eine Ungleichbehandlung **vergleichbarer Arbeitnehmer** vorliegt. Unabhängig davon, ob ein einzelner Arbeitnehmer oder eine ganze Gruppe benachteiligt wird, entscheidend ist deren Vergleichbarkeit mit den begünstigten Arbeitnehmern.
- Schließlich darf dem Arbeitgeber kein **sachlicher Differenzierungsgrund** zur Seite stehen. Die Ungleichbehandlung muss also willkürlich sein. Ein sachlicher Differenzierungsgrund ist immer dann gegeben, wenn die Ungleichbehandlung das Resultat einer einzelvertraglichen Vereinbarung ist; hier hat die Vertragsautonomie Vorrang. Keinen sachlichen Differenzierungsgrund sieht das BAG z.B. darin, einen Arbeitnehmer allein deshalb von einer rückwirkenden Lohnerhöhung auszunehmen, weil er vor Ausspruch der Lohnerhöhung aus dem Unternehmen ausgeschieden ist, wenn die Lohnerhöhung nicht zumindest teilweise im Zusammenhang mit der Betriebstreue steht ( BAG, NJW 1976, 1551).

Entschließt sich ein Arbeitgeber wegen steigender Verluste bisher gewährte Leistungen, zu deren Erbringung er kollektivrechtlich nicht verpflichtet ist, für neu eingestellte Beschäftigte auszuschließen, ist sein Verhalten im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes sachlich gerechtfertigt (BAG, NZA 2004, 1152).

Aus Gründen des Vertrauensschutzes muss der Arbeitgeber die Gründe für die Ungleichbehandlung spätestens dann vortragen, wenn der benachteiligte Arbeitnehmer an ihn herantritt (BAG, DB 1982, 119). Gibt der Arbeitgeber keine oder eine unzureichende Auskunft, so hat dies zur Folge, dass vom Arbeitgeber erst später in einem eventuellen Prozess nachgeschobene Differenzierungsgründe unberücksichtigt bleiben („Verbot der Geheimpolitik“).

Sind diese vier Voraussetzungen erfüllt, so hat der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber einen **Anspruch auf Gleichbehandlung**, d.h. ihm stehen die gleichen Begünstigungen zu wie den übrigen Arbeitnehmern.

#### e) Das Direktionsrecht des Arbeitgebers

In der Regel wird in den Arbeitsverträgen die zu leistende Arbeit nur allgemein bezeichnet. Das sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Direktionsrecht räumt dem Arbeitgeber die Befugnis ein, in den Grenzen des Arbeitsvertrags die Vertragspflichten des Arbeitnehmers nach Zeit, Art und Ort näher zu bestimmen (BAG, DB 1994, 482). Dieses Weisungsrecht des Arbeitgebers ist in § 106 GewO festgeschrieben worden.

Der Arbeitnehmer ist zur Befolgung der ihm durch den Arbeitgeber erteilten Weisungen nur verpflichtet, soweit die Weisung nicht den Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen verlässt. Außerdem muss die Weisung der

Billigkeit entsprechen (§ 315 III BGB, § 106 GewO) und darf nicht gegen eine Kollektivvereinbarung oder ein Gesetz verstoßen.

Im Rahmen der Billigkeitserwägungen hat der Arbeitgeber auf die Belange des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

Soweit der Arbeitsvertrag die Tätigkeit des Arbeitnehmers konkret beschreibt, muss der Arbeitnehmer einer davon abweichenden Weisung des Arbeitgebers keine Folge leisten. Denn geschuldet ist allein die vertraglich vereinbarte Tätigkeit. Ist ein Arbeitnehmer lt. Arbeitsvertrag also konkret als „EDV-Verkäufer“ eingestellt, dann darf ihn der Arbeitgeber nicht anweisen, z.B. in der Lebensmittelabteilung Gemüse zu verkaufen. Anders liegt der Fall aber, wenn die vom Arbeitnehmer zu erbringende Tätigkeit lediglich allgemein fachlich – „eingestellt als Verkäufer“ – umschrieben ist.

Will der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Aufgaben zuweisen, die von der vertraglichen Vereinbarung nicht mehr erfasst werden, da der Arbeitsvertrag eine bestimmte, genau bezeichnete Aufgabenbeschreibung enthält, dann muss der Arbeitgeber zur **Änderungskündigung** greifen (Näheres dazu unter E VII 7). Um eine Änderungskündigung zu vermeiden und den einfacheren Weg des Direktionsrechts gehen zu können, ist dem Arbeitgeber zu empfehlen, die **Aufgabenbeschreibung möglichst weit zu fassen**.

Insgesamt gilt: Je allgemeiner die Tätigkeitsbeschreibung im Arbeitsvertrag gehalten ist, desto eher kann der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht Gebrauch machen. Je enger der Arbeitsvertrag ausgestaltet ist, umso eher wird der Arbeitgeber im Einzelfall zum Mittel der Änderungskündigung greifen müssen.

Die Zuweisung einer vertraglich nicht geschuldeten, womöglich auch geringwertigeren Tätigkeit kann aber im Einzelfall für den Arbeitnehmer verbindlich sein, wenn eine Ausnahmesituation vorliegt (z.B. Mithilfe beim Einpacken der Geschäftsunterlagen bei bevorstehendem Umzug in andere Räumlichkeiten oder Hilfeinsätze in Notfällen wie Überschwemmung und Brand).

## B. Begründung des Arbeitsverhältnisses

### I. Anwerbung der Arbeitnehmer

#### 1. Ausschreibung

Mit der Ausschreibung gibt der Arbeitgeber bekannt, dass er beabsichtigt, ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Inseriert er etwa zu diesem Zweck in einer Zeitung, schaltet das Arbeitsamt ein oder macht einen Aushang innerhalb des Betriebs, so sind solche Stellenangebote nicht als verbindliche Angebote im rechtlichen Sinne aufzufassen. Der Arbeitgeber fordert damit lediglich potenzielle Vertragspartner auf, ihrerseits ein Vertragsangebot abzugeben, das er dann annehmen kann.

##### a) Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.08.2006 sind die **Antidiskriminierungsvorschriften** der §§ 611 a, 611 b und 612 II BGB mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben. Die Regelungen des AGG sind unabdingbar. Gesetzesziel ist es, Benachteiligungen wegen bestimmter in der Person des Beschäftigten liegender Merkmale zu verhindern oder zu beseitigen. Bei einer Ausschreibung hat der Arbeitgeber zwingend § 7 I AGG zu beachten. § 7 I AGG verbietet jede Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.

Geschützt sind alle Beschäftigten (§ 6 I AGG). Hierzu gehören Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Leiharbeiter, Auszubildende, Personen deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist, arbeitnehmerähnliche Personen, Selbstständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer und Vorstände.

Der Schutz vor Diskriminierung besteht aber auch für Bewerberinnen und Bewerber und ist bereits bei der Ausschreibung zu beachten (§ 11 AGG)

Die **Pflicht zur Gleichbehandlung** besteht für den Arbeitgeber bei Arbeitnehmerüberlassungen sowohl für den Entleiher als auch für den Verleiher aber auch für Beschäftigte (Kollegen).

Benachteiligungen aus den oben genannten Gründen sind unzulässig in Bezug auf

- alle den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg betreffenden Bedingungen, damit insbesondere Auswahlkriterien und Einstellungen;
- die Beschäftigung- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen;

- den Zugang zur Berufsberatung, Berufsbildung und Berufsausbildung, berufliche Weiterbildung und praktische Berufserfahrungen;
- die Mitgliedschaft und Mitwirkung einer Beschäftigungs- oder Arbeitgebervereinigung.

Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz.

Das AGG sieht verschiedene Benachteiligungsformen vor. Eine Benachteiligung kann sowohl durch aktives Handeln als auch durch Unterlassen erfolgen. Es fallen sowohl unmittelbare Benachteiligungen als auch mittelbare Benachteiligungen sowie Belästigungen und Anweisungen zur Benachteiligung in den Geltungsbereich des AGG.

In bestimmten Fällen ist eine unterschiedliche Behandlung wegen einzelner Diskriminierungsmerkmale zulässig. Dieses ist etwa dann der Fall, wenn eine unterschiedliche Behandlung dazu dient, die Förderungen bisher benachteiligter Gruppen zu ermöglichen. Darüber hinaus ist eine unterschiedliche Behandlung dann zulässig, wenn die Art der Tätigkeit oder die tatsächlichen Arbeitsbedingungen die Differenzierung objektiv tragen. Beispielsweise können Trendmoden oder Frisuren Jugendlicher nicht überzeugend von Mitarbeitern verkauft werden, die der Elterngeneration angehören.

Auch unterschiedliche Behandlungen wegen des Alters sind dann zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sind.

Der Arbeitgeber ist zur **diskriminierungsfreien Stellenausschreibung** verpflichtet. Er hat daher folgendes zu beachten:

- Geschlechtsneutrale Ausschreibung: Bei der Stellenausschreibung darf der Arbeitgeber Arbeitsplätze weder öffentlich noch innerhalb des Betriebs nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben. Der Arbeitgeber muss sich also bei der textlichen Gestaltung seines Stellenangebots einer geschlechtsneutralen Sprache bedienen, so dass sich von der konkreten Stellenausschreibung sowohl Männer als auch Frauen gleichermaßen angesprochen fühlen:

*Beispiel:*

*Die Formulierung „Assistentin der Geschäftsführung“ ist isoliert betrachtet selbstverständlich ebenso wenig geschlechtsneutral wie „Assistent der Geschäftsführung“ und damit nach § 611b BGB unzulässig. Werden dagegen beide Begriffe in einer Annonce gleichzeitig verwandt („Assistent/Assistentin der Geschäftsführung“) so ist dem § 611b BGB damit Genüge getan. Ebenso unproblematisch sind „der/die*

*Assistent/in der Geschäftsführung*“, „Assistent der Geschäftsführung (m/w)“ oder die Formulierung „Assistent(In) der Geschäftsführung“.

Von dem Grundsatz der geschlechtsneutralen Ausschreibung macht § 8 Abs. 1 AGG dann eine Ausnahme, wenn die Tätigkeit auf dem konkreten Arbeitsplatz ein bestimmtes Geschlecht voraussetzt. Das BAG hat bezogen auf die alte Rechtslage klargestellt, dass sachliche Differenzierungsgründe allein nicht genügen; notwendig ist danach, dass ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausgeschriebene Tätigkeit ist (BAG, EzA § 611a BGB Nr. 14).

Eine solche unverzichtbare Voraussetzung liegt z.B. bei der Suche einer Frau als Arzthelferin vor, wenn der Patientinnenstamm vorwiegend der muslimischen Glaubensrichtung angehört (BAG, EzA zu § 123 BGB Nr. 35) oder eines weiblichen Modells für Damenbekleidung, einer Frauenreferentin einer politischen Partei (LAG Berlin, NJW 1998, 1429), eines Mannes für die Chorsängerstelle eines Tenors oder Bassisten.

Ein **sachlicher Differenzierungsgrund** liegt jedoch nicht automatisch immer dann vor, wenn an einem Arbeitsplatz schwere körperliche Arbeiten geleistet werden müssen. Die körperliche Leistungsfähigkeit des Bewerbers kann zwar ein zulässiges Einstellungskriterium sein, nicht aber für sich genommen die Zugehörigkeit zum männlichen oder weiblichen Geschlecht. Wird eine Bewerberin z.B. allein wegen ihres Geschlechts nicht bei der Auswahl für eine körperlich sehr anstrengende Arbeitsstelle berücksichtigt, so trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass die Einstellung einer Bewerberin auch ohne Diskriminierung nicht erfolgt wäre (LAG Köln, NZA RR 2001, 232).

Ein weiteres Beispiel für die geschlechtsbezogene Diskriminierung ist, wenn sich beispielsweise eine Ärztin auf eine in einem Krankenhaus ausgeschriebene Stelle eines/einer Assistenzarztes/-ärztin bewirbt. Nachdem die Stelle anderweitig vergeben worden ist, erfährt die Ärztin, dass sie nur deswegen nicht eingestellt worden ist, weil „sie ja schwanger werden könnte“.

Mit der Einführung des AGG wird dieser bereits vor dem AGG bestandene Schutz aufrecht erhalten, eine Absenkung des bisherigen Schutzstands erfolgt mit dem Inkrafttreten des AGG nicht (BT-Drucks, 16/1780).

- **Schwerbehinderten-neutrale Ausschreibung**

Wie bislang in § 81 Abs. 2 S. 2 SGB IX geregelt, müssen nunmehr auch nach § 7 Abs. 1 AGG Ausschreibungen Schwerbehinderten neutral sein. Hier sind Ausnahmen dann denkbar, wenn die Art der Tätigkeit eine bestimmte Behinderung nicht zulässt.

- **altersneutrale Ausschreibung**

Neu ist die auch für Ausschreibungen nunmehr grundsätzlich verbotene Differenzierung nach dem Alter des Bewerbers. Mindest- oder Höchstangaben in Stellenausschreibungen dürfen nicht vorgenommen werden. Es sollte deshalb zukünftig vermieden werden, nach „jungen“ oder „älteren“ Arbeitnehmern oder nach Mitarbeitern unter „35“ oder „älter als 40“ zu suchen. Bisher nicht entschieden ist, ob auch die Bezugnahme auf das „junge, dynamische Team“ eine Stellenausschreibung unzulässig macht, weil hierdurch ältere Bewerber faktisch ausgeschlossen würden.

Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist nur dann zulässig, wenn sie objektiv und angemessen durch eine legitimes Ziel gerechtfertigt ist (§ 10 AGG). In Zukunft sollten Formulierungen wie „mindestens 5-jährige einschlägige Berufserfahrung“ oder „langjährige Tätigkeiten als Vorstandsmitglied“ verwandt werden, im Unterschied zu der Festlegung eines bestimmten Mindestalters, also z.B. die Suche eines mindestens 35 Jahre alten Personalleiters. Denn das konkret genannte Lebensalter ist nicht immer automatisch mit der Berufserfahrung in Verbindung zu bringen und dürfte daher unzulässig sein.

Im Unterschied dazu, hat das Bundesarbeitsgericht bereits festgestellt, dass tarifliche Altersbegrenzungen auf das Regelrentenalter sachlich gerechtfertigt sind (BAG, Urteil vom 18.06.2008, Az.: 7 AZR 116/07, NZA 2008, S. 1302).

In jedem Fall sollte der Arbeitgeber sehr sorgsam darauf achten, dass seine Ausschreibungen keine Benachteiligungen aus den oben genannten Gründen enthält

#### b) Exkurs: Haftung des Arbeitgebers bei Benachteiligungen nach dem AGG

Verstößt der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot, so hat der Arbeitnehmer zunächst ein Beschwerderecht und unter Umständen auch ein Leistungsverweigerungsrecht. Außerdem kann er sich schadenersatzpflichtig machen (§ 15 AGG). Dabei kommen drei Möglichkeiten in Betracht:

- Der Arbeitnehmer hat gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Ersatz des durch die Benachteiligung entstandenen materiellen Schadens (§ 15 I AGG). Voraussetzung hierfür ist, dass der Arbeitgeber die Verletzung auch verschuldet hat.
- Zusätzlich zu diesem materiellen Schaden hat der Arbeitgeber auch eine angemessene Entschädigung für den erlittenen immateriellen Schaden zu zahlen. Wäre die Person ohne die Diskriminierung eingestellt worden, so liegt die Höhe im Ermessen des Gerichtes. Sie ist nicht begrenzt.
- Wäre die Person auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, so besteht ein Entschädigungsanspruch maximal in Höhe von drei Monatsgehältern.

Ein Anspruch auf Begründung des Beschäftigungsverhältnisses besteht jedoch nicht (§ 15 VI AGG).

Voraussetzungen für eine Entschädigung ist, dass der Arbeitnehmer benachteiligt wurde. Für den Arbeitgeber ist hier die Beweislastverteilung nach § 22 AGG problematisch. Denn gem. § 22 AGG muss z.B. der erfolglose Bewerber nur Indizien darlegen und beweisen, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Anschließend dreht sich die Beweislast um und der **Arbeitgeber ist beweispflichtig dafür, dass er den Arbeitnehmer nicht diskriminiert hat**. Das AGG hat damit beispielsweise die Lage schwerbehinderter Arbeitnehmer deutlich vereinfacht. Die Beweislastumkehr liegt in fast allen Fällen bei Schwerbehinderung vor, da in den vergangenen Jahren die Pflichten der Arbeitgeber zur Förderung von Schwerbehinderten bei der Stellenbesetzung extrem ausgebaut wurden. In der Praxis befolgt fast kein Arbeitgeber die gesetzlichen Vorgaben vollständig.

Zu diesen Vorgaben gehört, dass jeder Arbeitgeber bei Freiwerden oder Neuschaffen von Arbeitsplätzen zunächst intern und abstrakt prüfen muss, ob diese freie Stelle durch einen Behinderten besetzt werden kann. Des Weiteren muss der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebsrat – soweit vorhanden – dazu befragen, ob nach deren Auffassung die Stellung für einen Behinderten in Betracht kommt. Während der Betriebsrat nur anzuhören ist, muss die Schwerbehindertenvertretung umfassend und unverzüglich unterrichtet werden und die Entscheidung begründet werden.

Ergibt die Prüfung, dass **der Arbeitsplatz an sich mit geeigneten Schwerbehinderten besetzt werden könnte**, ist nach herrschender Meinung der Arbeitgeber weiter verpflichtet zu überprüfen, ob der Arbeitsplatz mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten Schwerbehinderten besetzt werden kann. Diese Pflicht besteht für jeden Arbeitgeber unabhängig von der Anzahl der Arbeitnehmer. Sie setzt voraus, dass der Arbeitgeber den freien Arbeitsplatz der Agentur für Arbeit überhaupt erst einmal meldet. Schließlich wird dem Arbeitgeber auch noch die Pflicht auferlegt, selbst zu überprüfen, ob ein bei der Agentur gemeldeter Schwerbehinderter für die Stelle in Betracht kommt. Dies setzt wiederum voraus, dass der Arbeitgeber nicht nur die Stelle der Agentur meldet, sondern zugleich ausdrücklich anfragt, ob diese einen arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten Schwerbehinderten führt, der für die Stelle geeignet ist.

Des Weiteren hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebsrat über eingehende Bewerbungen von Schwerbehinderten unmittelbar nach deren Eingang zu unterrichten. Gleiches gilt für Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit. Schließlich ist der schwerbehinderte Bewerber unter Darlegung der Gründe unverzüglich über eine negative Entscheidung zu unterrichten.

Weitere Pflichten bestehen in speziellen Fällen, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehindertenquote nicht erfüllt und die Schwerbehindertenvertretung oder der Betriebsrat mit einer beabsichtigten Einstellungsentscheidung des Arbeitgebers nicht einverstanden sind.

Ein Verstoß gegen eine dieser oben genannten Verpflichtungen des Arbeitgebers zur Förderung Schwerbehinderter kann eine Beweislastumkehr i.S.d. § 22 AGG nach sich ziehen.

Der Arbeitgeber kann dann aber die Vermutung, dass eine Benachteiligung wegen einer Behinderung erfolgt ist, widerlegen. (LAG Niedersachsen, Urteil vom 24.04.2008, Az.: 4 Sa 1077/07)

Es besteht aufgrund dieser Beweislastregelung die Gefahr, dass **Bewerbungen nur zum Zwecke des Erwerbs von Entschädigungsansprüchen erfolgen** (sog. AGG-Hopper). Gegen diese Entschädigungsansprüche kann der Arbeitgeber den Einwand des Rechtsmissbrauchs geltend machen, wenn er beweisen kann, dass der Bewerber das Arbeitsverhältnis tatsächlich gar nicht begründen wollte. Indizien hierfür können z.B. ersichtliche Fehlqualifikationen sein oder völlig unzureichende Bewerbungsunterlagen (Arbeitsgericht Frankfurt, Urteil vom 17.12.2007, Az.: 17 Ca 3529/07, LAG BE, Urteil vom 30.3.2006, NZA RR 2006, 513).

Es besteht aber weder die Pflicht, in einer Stellenanzeige beispielsweise den Passus aufzunehmen, „Schwerbehinderte werden bei gleicher Eignung und Qualifikation bevorzugt“, oder Schwerbehinderte zum Vorstellungsgespräch einzuladen. Nur öffentliche Arbeitgeber haben gem. § 82 S. 2 SGB IV die Pflicht, Schwerbehinderte zum Vorstellungsgespräch einzuladen.

Gelingt dem Arbeitgeber dieser Beweis nicht, so steht dem Bewerber eine angemessene Entschädigung zu. Diesen Anspruch muss er innerhalb einer Ausschlussfrist gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich geltend machen. Die Frist beginnt mit Zugang der Ablehnung der Bewerbung und beträgt zwei Monate. Hat der Bewerber seinen Anspruch schriftlich geltend gemacht und verweigert der Arbeitgeber eine Entschädigung, so muss der Bewerber innerhalb von drei Monaten nach der schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs Klage vor dem Arbeitsgericht erheben (§ 61 b ArbGG).

Für die Höhe des Entschädigungsanspruchs kommt es auf eine Abwägung sämtlicher Einzelfallumstände an. Maßgeblich sind dabei vor allem die Art und die Schwere der Beeinträchtigung, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, die Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessenschädigung des Bewerbers sowie bereits geleistete Wiedergutmachungen (Bauer/Göpfert/Krieger AGG-Kommentar, 2. Auflage 2008, § 15 Rn. 36). Wäre der Bewerber auch bei einer benachteiligungsfreien Stellenauswahl nicht eingestellt worden, so

beträgt die angemessene Entschädigung höchstens drei Monatsverdienste in Bezug auf die ausgeschriebene Stelle (§ 15 II S. 2 AGG).

### c) Innerbetriebliche Ausschreibung

Der Betriebsrat kann gem. § 93 BetrVG vom Arbeitgeber verlangen, dass eine **innerbetriebliche Ausschreibung** einer vakanten Arbeitsstelle erfolgt, bevor eine Entscheidung über die Besetzung ergeht. Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen des Betriebsrats, die Stelle innerbetrieblich auszuschreiben, nicht nach oder sind in einer erfolgten innerbetrieblichen Ausschreibung höhere Anforderungen für eine Bewerbung aufgestellt worden als in der außerbetrieblichen Ausschreibung, so kann der Betriebsrat gem. § 99 II Ziff. 5 BetrVG seine Zustimmung zur Einstellung des Arbeitnehmers verweigern (BAG, EzA zu § 93 BetrVG 1972 Nr. 3).

## 2. Bewerberauswahl

### a) Einholung von Auskünften beim ehemaligen Arbeitgeber

Der Arbeitgeber ist auch ohne Einwilligung des Bewerbers berechtigt, Auskünfte über den Bewerber bei dessen ehemaligem Arbeitgeber einzuholen. Allerdings kann der Bewerber die Einholung von Auskünften bei seinem ehemaligen Arbeitgeber untersagen. Holt der Arbeitgeber bei diesem dennoch Auskünfte ein und erwachsen dem Bewerber dadurch Nachteile, so macht er sich wegen Verschuldens bei Vertragsschluss **schadenersatzpflichtig**.

Das Auskunftsrecht ist begrenzt durch das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers. Darf eine bestimmte Frage dem Arbeitnehmer nicht gestellt werden, weil sie in unangemessener Weise in dessen Persönlichkeitsrecht eingreift (s. dazu unter B II 3), so ist es dem Arbeitgeber untersagt, sich über den Umweg der Auskunft entsprechende Informationen bei dessen früherem Arbeitgeber zu verschaffen.

### b) Einholung von grafologischen Gutachten

Die Einholung grafologischer Gutachten durch den Arbeitgeber ist nur zulässig, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Ein grafologisches Gutachten darf generell nur eingeholt werden, wenn der Bewerber seine **Zustimmung** erteilt hat. Übersendet der Bewerber mit seinen Bewerbungsunterlagen auf Verlangen des Arbeitgebers einen handgeschriebenen Lebenslauf, so kann daraus nicht geschlossen werden, dass er damit stillschweigend in die Einholung eines grafologischen Gutachtens einwilligt. Dazu müssen noch besondere Umstände hinzutreten, etwa dass der Arbeitnehmer in einem Begleitschreiben seine Bereitschaft zum Ausdruck bringt (BAG, NJW 1984, 446) oder dass der Arbeitgeber zu-

vor seine Absicht, ein solches Gutachten einzuholen, deutlich gemacht hat.

- Die Einholung des Gutachtens darf **nicht unverhältnismäßig** sein. Dies ist z.B. der Fall, wenn an die zu besetzende Arbeitsstelle nur geringe Anforderungen gestellt werden. Regelmäßig sind derartige Gutachten **nur bei Führungskräften** angezeigt.
- Schließlich darf ein solches Gutachten nur in den Grenzen der Erforderlichkeit eingeholt werden, d.h. es dürfen darin nur Feststellungen getroffen werden, die inhaltlichen Bezug zu der zu besetzenden Stelle haben. Dazu gehören bei Führungskräften z.B. Aussagen zu Führungsqualitäten, Verantwortungs- oder Selbstbewusstsein.

Lässt der Arbeitgeber ein grafologisches Gutachten ohne Einwilligung des Bewerbers erstellen, so ist er nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss zum Schadensersatz und ggf. wegen einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts zur Zahlung von Schmerzensgeld (§§ 823, 253 II BGB) verpflichtet (LAG Freiburg, NJW 1976, 310).

Wurde ein grafologisches Gutachten eingeholt, der Bewerber letztlich aber nicht eingestellt, so kann dieser i.d.R. **keine Einsichtnahme in das Gutachten** verlangen. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Gutachten unsachgemäß war, kann der Bewerber unter Berufung auf eine Verletzung seines Persönlichkeitsrechts ein Einsichtsrecht geltend machen.

#### c) Psychologische Eignungs- und Intelligenztests

Psychologische Eignungstests dürfen in jedem Fall nur mit Zustimmung des Bewerbers und nur von Fachpsychologen durchgeführt werden, die genau wie Ärzte der **Schweigepflicht** unterliegen. Die Tests dürfen nicht das **Persönlichkeitsrecht** des Bewerbers verletzen, weshalb eine umfassende seelische Durchleuchtung der Arbeitnehmer nicht zulässig ist. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist einzuhalten, so dass psychologische Eignungstests nur in dem Rahmen erlaubt sind, wie sie zweckmäßig sind, um die Eignung des Bewerbers für den konkreten Arbeitsplatz zu überprüfen. Eine solche Zweckmäßigkeit wird i.d.R. nur zu bejahen sein, wenn es sich um die Besetzung eines Arbeitsplatzes mit besonderer Verantwortung handelt. In jedem Fall ist der Arbeitnehmer vor Durchführung des Tests über die Reichweite aufzuklären.

Auch Intelligenztests sind nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers erlaubt und müssen sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen. So sind Tests, die lediglich dazu dienen, den Intelligenzquotienten des Bewerbers zu ermitteln, stets unzulässig.

#### d) Ärztliche Untersuchungen

Ärztliche Untersuchungen der Bewerber sind mit deren Einwilligung zulässig. Mit der Einwilligung in die Untersuchung wird der Arzt gleichzeitig von seiner Schweigepflicht entbunden. Dies gilt allerdings nur soweit dies Informationen betrifft, die für die Beurteilung einer Eignung für die zu besetzende Stelle erforderlich sind. Der Arzt darf also lediglich das Ergebnis der Untersuchung mitteilen, nämlich ob der Arbeitnehmer für die konkrete Stelle unter medizinischen Gesichtspunkten als geeignet anzusehen ist. Darüber hinaus darf der Arzt dem Arbeitgeber keine näheren Angaben über den allgemeinen Gesundheitszustand des Arbeitnehmers machen.

## II. Anbahnungsverhältnis

### 1. Ersatz von Vorstellungskosten

Hat der Arbeitgeber den Bewerber zum Vorstellungsgespräch eingeladen, so steht dem Bewerber ein **Anspruch auf Ersatz seiner durch die Anreise bedingten Aufwendungen** (Fahrtkosten, Übernachtungskosten, Verdienstaufschlag) aus §§ 670, 662 BGB zu. Die Verpflichtung, die Kosten zu tragen, besteht unabhängig davon, ob es zum Abschluss eines Vertrags kommt oder nicht. Die Pflicht besteht auch dann, wenn die Aufforderung des Arbeitgebers auf eine Initiativbewerbung des Arbeitnehmers zurückgeht. Unerheblich ist auch, ob es zu einer Einstellung des Bewerbers kommt. Möglich ist es, einen solchen Ersatzanspruch auszuschließen. Dieser Ausschluss muss aber spätestens mit der Einladung zum Vorstellungsgespräch erfolgen.

Das bloße Schalten einer Stellenanzeige begründet für sich allein noch keinen Ersatzanspruch des Bewerbers gegenüber dem Arbeitgeber. Stellt sich der Bewerber bei dem Arbeitgeber auf Grund einer Anzeige persönlich vor, ohne zuvor zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden zu sein, hat er also keinen Anspruch auf Ersatz der ihm dadurch entstandenen Kosten.

### 2. Personalfragebögen

Personalfragebögen sollen Aufschluss über die Person, den Ausbildungsstand oder sonstige Kenntnisse und Fähigkeiten des Bewerbers geben. Bei der Erstellung der Fragebögen ist darauf zu achten, dass sie nicht rein persönliche Dinge betreffen, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang zu dem in Aussicht gestellten Arbeitsverhältnis stehen. Denn derartige Fragen greifen in das Persönlichkeitsrecht ein.

Soweit der Arbeitgeber zur rationellen Gestaltung des Einstellungsverfahrens Personalfragebögen verwenden will, bedarf deren Inhalt gem. § 94 I BetrVG der **Zustimmung des Betriebsrats**.

### 3. Fragerechte und Offenbarungspflichten

#### a) Fragerecht des Arbeitgebers

Das berechtigte Interesse des Arbeitgebers, vor einer Einstellung möglichst umfassend über den Bewerber informiert zu sein, steht in einem Spannungsverhältnis zu dem Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung seiner **Persönlichkeitsrechte**.

Da eine vollkommene Erfassung und Katalogisierung mit dem Schutz der Privatsphäre und der Menschenwürde nicht vereinbar ist, wird dem Arbeitgeber lediglich ein **ingeschränktes Fragerecht** zugestanden. So sind Fragen, die die

Intimsphäre bzw. den Privatbereich des Bewerbers betreffen, wie z.B. Erkundigungen nach dem Freizeitverhalten, Heiratsabsichten, familiären Verhältnissen oder der Familienplanung generell unzulässig. Vielmehr darf der Arbeitgeber nur solche Fragen stellen, die in einer konkreten Beziehung zu dem Arbeitsplatz stehen und an deren Beantwortung er ein berechtigtes Interesse hat.

#### b) Selbstständige Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers

Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Arbeitnehmer zur Offenbarung von Umständen verpflichtet sein. Eine solche Offenbarungspflicht besteht dann, wenn der Arbeitgeber eine Aufklärung durch den Arbeitnehmer erwarten konnte. So ist der Arbeitnehmer verpflichtet, **alle Umstände wahrheitsgemäß darzulegen, die für das künftige Arbeitsverhältnis von Bedeutung sein können**, insbesondere die die Erfüllung der vertraglichen Pflichten unmöglich machen. Hierzu zählt z.B. ein laufendes Verfahren über den Entzug der Fahrerlaubnis bei einem Kraftfahrer oder das Vorliegen bestimmter Krankheiten, die einer Aufnahme der konkreten Arbeit entgegenstehen.

#### c) Einzelfälle

##### – **Personenstand und berufliche Entwicklung**

Ohne Einschränkung zulässig sind Fragen nach dem Personenstand des Bewerbers oder nach seinem beruflichen Werdegang. Auch die Frage, ob er in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis steht, ist in Anbetracht des Interesses des Arbeitgebers daran, welche Kündigungsfristen der Arbeitnehmer einzuhalten hat bzw. ab welchem Zeitpunkt dieser ihm zur Verfügung steht, nicht zu beanstanden.

##### – **Bisheriger Verdienst**

Das BAG hat die Frage nach dem bisherigen Verdienst des Arbeitnehmers für unzulässig erachtet. Lediglich wenn die bisherigen Bezüge Schlüsse auf die Eignung des Bewerbers für den angestrebten Arbeitsplatz zulassen oder der Arbeitnehmer von sich aus sein früheres Gehalt zur Mindestbedingung erhebt, kann danach die Frage als zulässig angesehen werden (BAG, DB 1984, 298). Unproblematisch ist dagegen die Frage nach den Gehaltsvorstellungen des Bewerbers.

##### – **Vermögensverhältnisse**

Die Frage nach den Vermögensverhältnissen des Bewerbers ist nur dann zulässig, wenn der Arbeitgeber auf Grund der zu besetzenden Stelle ein berechtigtes Interesse daran hat, dass der Arbeitnehmer in geordneten Vermögensverhältnissen lebt. Dies wird dann zu bejahen sein, wenn eine besondere Vertrauens-

stellung zu besetzen ist, bei der der Arbeitnehmer mit Geld umgehen muss bzw. die Gefahr der Bestechung oder des Geheimnisverrats besteht.

#### – Gesundheitszustand

Der Arbeitgeber kann sich nach dem Gesundheitszustand des Bewerbers erkundigen, soweit dies für den konkreten Arbeitsplatz von Bedeutung ist. Die Zulässigkeit dieser Frage wird allerdings nur bei besonderem und begründetem Interesse des Arbeitgebers zu bejahen sein, z.B. wenn eine besondere Belastbarkeit oder Leistungsfähigkeit für das konkrete Arbeitsverhältnis von Bedeutung ist oder die Fürsorgepflicht dies im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit der übrigen Arbeitnehmer gebietet. So ist etwa die Frage nach ansteckenden Krankheiten durchaus zulässig. Anders zu beurteilen ist dies aber bei der Frage nach einer bestehenden HIV-Infektion, da nach dem derzeitigen medizinischen Kenntnisstand die Möglichkeit einer Ansteckung bei normaler betrieblicher Tätigkeit und auch eine Verminderung der Leistungsfähigkeit in diesem Stadium auszuschließen ist. Etwas anderes gilt dann, wenn der Einsatz in einem besonders sensiblen Bereich (Mediziner, Krankenpflege) erfolgen soll. Die Frage nach einer akuten Aids-Erkrankung ist dagegen zulässig, da jederzeit mit Erkrankungen gerechnet werden muss, die zur Arbeitsunfähigkeit führen können.

Eine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers besteht nur wegen solcher Erkrankungen, die aus seiner Sicht für den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz von erheblicher Bedeutung sind.

#### – Schwerbehinderung

Die Frage nach einer Schwerbehinderung und ggf. dem Grad der Behinderung war bisher unabhängig davon, ob sich eine Behinderung auf die zu besetzende Arbeitsstelle auswirken konnte, zulässig. Gerechtfertigt wurde dies mit der rechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite sowie den betrieblichen Auswirkungen, die sich für den Arbeitgeber aus der Einstellung und Beschäftigung eines Schwerbehinderten ergeben.

§ 7 in Verbindung mit § 1 AGG enthält nunmehr ein ausdrückliches **Benachteiligungsverbot behinderter Beschäftigter**. Das Gesetz verlangt dabei nicht, dass eine Schwerbehinderung vorliegen muss. Daneben sieht auch § 81 II S. 2 SGB IV ein ausdrückliches Benachteiligungsverbot schwerbehinderter Beschäftigter vor. Dieses Verbot verweist auf das AGG und hat nunmehr lediglich deklaratorischen Charakter. Nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz ist eine unterschiedliche Behandlung wegen einer Behinderung nur dann zulässig, wenn die Art und gegebenenfalls die Schwere der Behinderung aufgrund einer vom Arbeitgeber vorgegebenen beruflichen Anforderung der Ausübung der jeweiligen Tätigkeit entgegen steht. Daraus lässt sich ableiten, dass der Ar-

beitgeber nach Behinderungen und deren körperliche Auswirkungen fragen darf, aber nur soweit dadurch die auszuübende Tätigkeit beeinträchtigt wird und werden kann.

*Beispiel:*

*Ein Fahrer mit Unterschenkelprothese bewirbt sich als Lkw-Fahrer. Diesen Beruf übte er bisher problemlos aus. Bei der angestrebten Tätigkeit ist es notwendig, gelegentlich auf den Kran eines Lkw zur Containerentleerung zu steigen. In diesem Fall ist die Frage des Arbeitgebers, ob ihm dies trotz der Behinderung möglich ist, als zulässig anzusehen, um Gefährdungen für den Arbeitnehmer auszuschließen.*

**Unzulässig** ist die Frage nach der Schwerbehinderung immer dann, wenn sie vom Arbeitgeber zum Zweck einer **Diskriminierung** eingesetzt wird, es bei der Frage also nicht so sehr darum geht, ob der schwerbehinderte Bewerber tatsächlich seine Arbeitsleistung erbringen kann, sondern im Vordergrund steht, ob die sonstigen Rechte aus den arbeitsrechtlichen Bestimmungen des SGB IX (Zusatzurlaub, Sonderkündigungsschutz ab dem siebten Monat der Beschäftigung usw.) bei einer Einstellung relevant werden.

Von der Unzulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderung wird also regelmäßig auszugehen sein, wenn die Frage nicht eingesetzt wird, um spezielle arbeitsplatzbezogene Kriterien, insbesondere die körperliche Geeignetheit des Bewerbers, aufzuklären, sondern (ansonsten) geeignete schwerbehinderte Bewerber um den Arbeitsplatz nur wegen der Behinderung ausfindig zu machen.

Ausnahmsweise wird die diskriminierende Auswirkung der Frage nach der Schwerbehinderung aber zu verneinen sein, wenn der Arbeitgeber die Mindestbeschäftigungsquote gem. § 71 SGB IX (noch) nicht erfüllt hat und er die Frage gerade deshalb stellt, um schwerbehinderte Arbeitnehmer einzustellen und damit die Ausgleichsabgabe (§ 77 SGB IX) nicht mehr zahlen zu müssen.

Der Arbeitnehmer ist im Übrigen nicht verpflichtet, eine Schwerbehinderung ohne ausdrückliche Nachfrage zu offenbaren, soweit die Behinderung die von ihm erwartete Tätigkeit nicht unmöglich macht.

Zu unterscheiden ist aber zwischen **Krankheit** und Behinderung. Eine Behinderung bedeutet, dass die körperlichen Funktionen, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist (§ 2 I SGB IV). Eine Krankheit allein ist keine Behinderung, es sei denn, sie erfüllt diese Voraussetzungen (EuGH, Urteil vom 11.07.2006, NZA 2006, S. 839). Die Frage nach einer Krankheit ist nur in ganz eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig, wenn sie erhebliche Bedeutung für den Arbeitsplatz hat (vgl. hierzu unter B II 3 c, Stichwort „Gesundheitszustand“).

## – Alkohol- oder Drogensucht

Hinsichtlich einer bestehenden Alkoholerkrankung oder Drogensucht hat der Arbeitgeber ein Fragerecht. Soweit die Krankheit nicht seit langem ausgeheilt ist, muss sie vom Arbeitnehmer wahrheitsgemäß beantwortet werden.

## – Schwangerschaft

Die Frage des Arbeitgebers nach einer Schwangerschaft vor geplanter unbefristeter Einstellung einer Frau verstößt regelmäßig gegen das Verbot der **Benachteiligung aus Gründen des Geschlechts** und ist daher **unzulässig** (§ 7 I i.V.m. § 1 AGG).

In einer früheren Entscheidung – es ging um eine Laborhelferin, die mit infektiösem Material in Berührung kommen kann – hielt das BAG die Frage nach der Schwangerschaft noch für zulässig, weil sie dem Schutz der Arbeitnehmerin und dem werdenden Leben diene (BAG, NZA

1993, 933). Diese Ansicht hat das BAG zwischenzeitlich revidiert. In Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof sieht das BAG in der Frage nach der Schwangerschaft jetzt auch dann eine unzulässige Diskriminierung, wenn für die unbefristet eingestellte Arbeitnehmerin zunächst ein mutterschutzrechtliches Beschäftigungsverbot greift (BAG, NZA 2003, 848). Das Beschäftigungshindernis besteht in diesen Fällen nur vorübergehend und führt nicht zu einer dauerhaften Störung des Vertragsverhältnisses. Die Bewerberin kann nach Ablauf der gesetzlichen Schutzfristen die Arbeit wieder aufnehmen. Anders zu beurteilen ist daher nur der Fall, wenn das Zusammentreffen von befristeter Einstellung und Beschäftigungsverbot dazu führen, dass die Arbeitnehmerin gar nicht zur Arbeitsleistung eingesetzt werden könnte.

Verneint eine Bewerberin die unzulässig gestellte Frage nach der Schwangerschaft wahrheitswidrig, liegt darin keine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB. Eine Anfechtung des Arbeitsvertrags aus diesem Grund ist für den Arbeitgeber selbst dann ausgeschlossen, wenn für die vereinbarte Tätigkeit (zunächst) ein Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG bestehen sollte.

## – Vorstrafen oder Ermittlungsverfahren

Die Frage nach Vorstrafen ist wegen des Resozialisierungsgedankens i.d.R. unzulässig. Lediglich wenn die Vorstrafen für die Tätigkeit einschlägig sind, so etwa Verkehrsdelikte bei einem Kraftfahrer oder Vermögensdelikte bei einem Kassierer, kann die Frage zulässig sein. Eine Offenbarungspflicht besteht nur, wenn auf Grund der Vorstrafe die Arbeitsleistung unmöglich ist (z.B. Berufsverbot eines Rechtsanwalts).

Bei einem Arbeitnehmer, der zur Arbeitsleistung einen Führerschein benötigt, ist die Frage nach einem schwebenden Strafverfahren mit der möglichen Folge eines längeren Führerscheinentzugs zulässig. Ansonsten ist die generelle Frage nach laufenden Ermittlungsverfahren schon deshalb unzulässig, weil bis zu einer rechtskräftigen Verurteilung die Unschuldsvermutung gilt.

#### – **Haftstrafe**

Im Unterschied zu Vorstrafen muss der Arbeitnehmer aber offenbaren, wenn er demnächst eine Haftstrafe antreten muss und er aus diesem Grund am ordnungsgemäßen Dienstantritt gehindert sein wird.

#### – **Partei-, Gewerkschafts- oder Religionszugehörigkeit**

Die Frage nach der Partei-, Gewerkschafts- oder Religionszugehörigkeit ist nur zulässig, wenn die Einstellung in sog. Tendenzbetrieben erfolgen soll, da diese ein Engagement des Arbeitnehmers für ihre Ziele erwarten können. Bei einer Bewerbung um eine Arbeitsstelle in einer kirchlichen Einrichtung, einer Partei oder einer Gewerkschaft ist daher die Frage nach der entsprechenden Zugehörigkeit stets zulässig.

#### d) **Rechtsfolgen der Falschbeantwortung von Fragen**

Der Bewerber ist verpflichtet, **zulässigerweise gestellte Fragen wahrheitsgemäß zu beantworten**. Stellt der Arbeitgeber hingegen **unzulässige Fragen**, so kann der Arbeitnehmer deren **Beantwortung ablehnen**. Es steht ihm aber auch frei, auf eine unzulässige Frage eine falsche Antwort zu geben, ohne dass er hierdurch eine arglistige Täuschung begeht.

Beantwortet der Arbeitnehmer allerdings eine zulässige Frage bewusst falsch oder hat er eine offen zu legende Tatsache bewusst nicht offenbart und konnte er dabei erkennen, dass die von ihm verschwiegene Tatsache für die Begründung des Arbeitsverhältnisses wesentlich sein würde, so kann dies den Arbeitgeber berechtigen, das mit diesem Arbeitnehmer geschlossene Arbeitsverhältnis gem. § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Das Arbeitsverhältnis wird dann mit Wirkung für die Zukunft unwirksam. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die **Falschbeantwortung** der Frage bzw. die **Nichtoffenbarung ursächlich für die Einstellung gewesen** ist. Wäre der Arbeitnehmer also bei wahrheitsgemäßer Auskunft trotzdem eingestellt worden, ist ein Anfechtungsgrund nicht gegeben.

Neben der Anfechtung nach § 123 BGB kommt auch ein **Schadenersatzanspruch** wegen Verschuldens bei Vertragsschluss in Form einer Aufhebung des Arbeitsvertrags in Betracht. Im Gegensatz zur Anfechtung unterliegt dieser Schadenersatzanspruch nicht der Jahresfrist des § 124 BGB.

Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bzw. die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsschluss kann gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Arbeitnehmer bereits über längere Zeit seine Arbeit ohne Beanstandungen erledigt hat. Die Täuschungshandlung kann im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung bzw. der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs die Bedeutung für die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verloren haben.

#### e) Unzulässige Fragen des Arbeitgebers

Es ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer eine an ihn gerichtete Frage wahrheitsgemäß beantworten wird. Im Einzelfall kann es deshalb auch einmal sinnvoll sein, **unzulässige Fragen** an den Arbeitnehmer zu richten. Jedoch muss sich der Arbeitgeber darüber im Klaren sein, dass der **Bewerber** diese **nicht wahrheitsgemäß** beantworten muss und er dementsprechend auch keine Sicherheit erhält, ob diese Frage wahrheitsgemäß beantwortet worden ist.

Stellt sich nach Abschluss des Arbeitsvertrags heraus, dass der Arbeitnehmer dabei die Unwahrheit gesagt hat, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer dieses Verhalten nicht vorwerfen. Ein **Anfechtungs- oder Schadenersatzanspruch** des Arbeitgebers ist in diesem Fall **ausgeschlossen**.

Stellt der Arbeitgeber unzulässige Fragen, z.B. nach der ethnischen Herkunft, nach der Religionszugehörigkeit, nach Behinderungen oder Alter (§ 1 AGG) so kann er sich dadurch wegen Benachteiligungen der betroffenen Personen schadenersatzpflichtig machen (§ 15 AGG) (vgl. zu den Einzelheiten B I 1 a/b).

#### 4. Herausgabeanspruch für eingereichte Unterlagen

Der Bewerber hat einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Herausgabe seiner Bewerbungsunterlagen. Mit dem Scheitern der Vertragsverhandlungen erlischt das Besitzrecht des Arbeitgebers.

### III. Der Arbeitsvertrag

#### 1. Abschluss des Arbeitsvertrags

##### a) Prinzip der Vertragsfreiheit

Auch im Arbeitsrecht gilt das „**Prinzip der Vertragsfreiheit**“. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können also grundsätzlich frei entscheiden, ob und mit wem sie einen Arbeitsvertrag schließen (**Abschlussfreiheit**) und wie sie das Arbeitsverhältnis inhaltlich ausgestalten wollen (Gestaltungsfreiheit).

§ 105 GewO normiert die Privatautonomie der Vertragsparteien ausdrücklich.

Dieses Prinzip der Vertragsfreiheit gilt für den Arbeitgeber aber nicht schrankenlos. Es wird dort durchbrochen, wo der Gesetzgeber im Interesse des Schutzes von **sozial Schwächeren** oder der **Gleichbehandlung der Arbeitnehmer** bestimmte Regelungen getroffen hat.

Als finanzielle Belastung für den Arbeitgeber wirkt sich etwa die im SGB IX vorgesehene Abgabe aus, die ein Arbeitgeber, der 20 und mehr Arbeitnehmer beschäftigt und nicht mindestens 5% der Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Arbeitnehmern besetzt, zu leisten hat (§§ 71, 77 SGB IX).

Der Arbeitgeber hat desweiteren **Benachteiligungen** aus den in § 1 AGG genannten Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu **verhindern**.

Mittelbar wird die Abschlussfreiheit durch den von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen arbeitsrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruch sowie den Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 102 V BetrVG bei Widerspruch des Betriebsrats gegen eine ordentliche Kündigung eingeschränkt (zum Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers siehe ausführlich unter E VII 12).

Auch Auszubildende, die Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung oder des Betriebsrats sind, genießen einen besonderen Schutz: Gem. § 78a II BetrVG haben sie einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung nach Beendigung ihrer Ausbildung, wenn sie innerhalb der letzten drei Monate ihrer Ausbildung schriftlich von ihrem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung verlangen.

Berufsauszubildende darf zudem nur einstellen und beschäftigen, wer persönlich geeignet ist und über eine für die Berufsausbildung geeignete Arbeitsstätte verfügt (§§ 20, 22 BBiG).

Bestimmte Personen dürfen – in der Regel aufgrund strafrechtlicher Verurteilungen – Jugendliche gar nicht beschäftigen (§ 25 JArbSchG).

Über die soeben beschriebenen Durchbrechungen der Abschlussfreiheit hinaus unterliegt auch der Inhalt des Arbeitsvertrags bestimmten Einschränkungen.

gen. So schreibt etwa das BUrlG den Anspruch des Arbeitnehmers auf einen gesetzlichen Mindesturlaub von 24 Arbeitstagen fest (§ 3 BUrlG) oder im ArbZG finden sich Bestimmungen über die werktägliche Höchstarbeitszeit der Arbeitnehmer (§ 3 ArbZG), die Ruhepausen und Ruhezeiten (§§ 4, 5 ArbZG) oder die Nacht- und Schichtarbeit (§ 6 ArbZG).

#### b) Inhalt des Arbeitsvertrags

Auch wenn der Inhalt des Arbeitsvertrags weitgehend frei von den Vertragsparteien vereinbart werden kann, so wird in der Praxis nicht jede einzelne Vertragsbedingung individuell ausgehandelt. Die allgemeine Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses richtet sich i.d.R. nach vom Arbeitgeber einseitig verwendeten **formularmäßigen Einheitsarbeitsverträgen**, in denen in einzelnen Bereichen individuelle Ergänzungen vorgenommen werden. Einheitsarbeitsverträge unterliegen seit dem 1.1.2002 (Altverträge seit dem 1.1.2003) der Kontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (s. ausführlich unter B III 2 e). Eine nähere vertragliche Ausgestaltung erfährt das Arbeitsverhältnis dann durch

- Gesamtzusagen,
- betriebliche Übung,
- den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz oder
- das Direktionsrecht des Arbeitgebers.

Weitere Inhalte des (individuellen) Arbeitsvertrags ergeben sich auch aus Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen.

#### c) Form des Arbeitsvertrags

##### aa) Grundsatz der Formfreiheit

Grundsätzlich kann ein Arbeitsvertrag formfrei geschlossen werden. Für die Praxis empfiehlt es sich, Arbeitsverträge **ausnahmslos schriftlich** abzuschließen. Kommt es zum Streit über die Arbeitsbedingungen, können sich ansonsten Beweisschwierigkeiten für den Arbeitgeber ergeben.

Sieht abweichend von dem Grundsatz der Formfreiheit ein einschlägiger Tarifvertrag (oder ggf. eine Betriebsvereinbarung) eine Formvorschrift vor, ist diese natürlich einzuhalten, z.B. Schriftform gem. § 2 Abs. 1 TVöD.

Für den befristeten Arbeitsvertrag besteht eine Ausnahme insoweit, als § 14 Abs. 4 TzBfG vorsieht, dass die Befristungsabrede der Schriftform bedarf.

##### bb) Mündliche Nebenabreden

Eine Vereinbarung der Parteien im Arbeitsvertrag, dass zukünftig nur schriftliche, nicht aber mündliche Abreden den Vertrag wirksam ändern können, ist

im Streit um dennoch getroffene mündliche Vereinbarungen wenig hilfreich. Wollten die Parteien übereinstimmend die Maßgeblichkeit der mündlichen Vereinbarung, sprechen praktische Erwägungen und die Vertragsfreiheit nach der Rechtsprechung dafür, dass die Parteien den ursprünglich vereinbarten Formzwang jederzeit formlos wieder aufheben konnten, die mündliche Abrede also gilt.

Nur falls eine Auslegung der Klausel ergibt, dass (ausnahmsweise) eine konstitutive tarifliche oder einzelvertragliche Schriftformklausel vorliegt, führt der Verstoß gegen sie zur Nichtigkeit der Abrede gem. § 125 Satz 2 BGB. Beispiel für eine konstitutive Schriftformklausel ist § 4 II BAT. Diese Vorschrift soll nicht lediglich Beweisschwierigkeiten vermeiden, sie soll darüber hinaus die Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst wahren.

Die Partei, die sich auf eine außerhalb des Wortlautes des Arbeitsvertrags getroffene Vereinbarung berufen will, muss darlegen und im Zweifel beweisen, dass eine entsprechende mündliche Nebenabrede getroffen wurde und diese auch gültig ist.

In Arbeitsverträgen wurde daher zum Teil eine sog. doppelte Schriftformklausel vereinbart. Diese sah folgendermaßen aus:

„Änderungen dieses Vertrags bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dieses gilt auch für die Abänderung dieser Schriftformklausel.“

Das Bundesarbeitsgericht hat allerdings nunmehr festgestellt, dass eine solche doppelte Schriftformklausel bei Arbeitnehmern den Eindruck erwecken kann, dass jede spätere vom Vertrag abweichende mündliche Abrede nichtig sei. Dies entspricht nicht der wahren Rechtslage. Denn gem. § 305 b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieses Prinzip des Vorrangs individueller Vertragsabreden setzt sich auch gegenüber doppelten Schriftformklauseln durch. Im Ergebnis ist daher eine doppelte Schriftformklausel irreführend und daher unwirksam (BAG, Urteil vom 20.05.2008, NZA 2008, 1233).

### cc) Ausnahmen

In bestimmten gesetzlich geregelten Fällen ist die **Schriftform** vorgeschrieben.

Nach § 11 I BBiG ist spätestens vor Beginn der **Berufsausbildung** bei der Einstellung eines Auszubildenden eine Niederschrift anzufertigen. In dieser Niederschrift sind Art, sachliche und zeitliche Gliederung sowie Ziel der Berufsausbildung, insbesondere die Berufstätigkeit für die ausgebildet werden soll, sowie Beginn und Dauer der Berufsausbildung, Ausbildungsmaßnahmen außerhalb der Ausbildungsstätte, Dauer der regelmäßig tätigen Ausbildungszeit,