

Lentföhr · Ostermaier · Vogt

WALHALLA

# ARBEITSRECHT

---

Rechte und Pflichten für Führungskräfte  
und Personalverantwortliche

REIHE BETRIEBLICHE PRAXIS

A decorative graphic at the bottom of the page consisting of overlapping, semi-transparent teal triangles of various sizes, creating a complex geometric pattern.

## Rechtssicherer Umgang mit Arbeitsverhältnissen

Jedes Arbeitsverhältnis wirft zahlreiche Fragestellungen und Unsicherheiten auf. Die einschlägigen Vorschriften sind auf eine Vielzahl unterschiedlicher Gesetze verteilt. Zudem gibt es Bereiche, für die überhaupt keine gesetzlichen Regelungen existieren. In diesen Fällen gelten die Grundsätze und Regelungen, die von den Arbeitsgerichten entwickelt wurden.

Für einen rechtssicheren Umgang mit den Mitarbeitern ist es wichtig, die geltenden arbeitsrechtlichen Vorschriften zu kennen.

- Wie erfolgt eine ordnungsgemäße Personalauswahl?
- Welche konkreten Rechte und Pflichten gelten im Arbeitsverhältnis?
- Welche Aufgaben ergeben sich aus der Fürsorgepflicht?
- Worauf ist bei besonderen Arbeitsverhältnissen zu achten (Leiharbeit, Teilzeitarbeit, Mini-/Midi-Job, Wiedereingliederung, Beschäftigung von Ausländern)?
- Welche Möglichkeiten bestehen, ein Arbeitsverhältnis zu beenden?
- Wie werden Fehler beim Arbeitszeugnis vermieden?

Dieser Fachratgeber beschreibt das Arbeitsverhältnis von der Begründung bis zur Beendigung und der nachvertraglichen Pflichten. Neben dem Individualarbeitsrecht werden die Grundzüge des kollektiven Arbeitsrechts erläutert.

*Dr. Christian Lentföhr*, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht. Zertifizierter Berater Steuerrecht für mittelständische Unternehmen (DASV e. V.).

*Dr. Christian Ostermaier*, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Solicitor (England und Wales).

*Sylvia Vogt*, Assessor Juris.

Bei SNP Schlawien Partnerschaft mbB betreuen die Autoren kleine und mittelständische Unternehmen, familiengeführte Gesellschaften sowie Einzelpersonen unter anderem in allen Fragen des Arbeitsrechts.

Lentföhr · Ostermaier · Vogt

# ARBEITSRECHT

---

Rechte und Pflichten für Führungskräfte  
und Personalverantwortliche

**WALHALLA**

**Hinweis:** Unsere Werke sind stets bemüht, Sie nach bestem Wissen zu informieren. Alle Angaben in diesem Buch sind sorgfältig zusammengetragen und geprüft. Durch Neuerungen in der Gesetzgebung, Rechtsprechung sowie durch den Zeitablauf ergeben sich zwangsläufig Änderungen. Bitte haben Sie deshalb Verständnis dafür, dass wir für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inhalts keine Haftung übernehmen.  
Bearbeitungsstand: Dezember 2016

**WALHALLA Digital:**

Mit den WALHALLA E-Books bleiben Sie stets auf aktuellem Stand! Auf [www.WALHALLA.de](http://www.WALHALLA.de) finden Sie unser komplettes E-Book- und App-Angebot. Klicken Sie doch mal rein!

Wir weisen darauf hin, dass Sie die gekauften E-Books nur für Ihren persönlichen Gebrauch nutzen dürfen. Eine entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe oder Leihe an Dritte ist nicht erlaubt. Auch das Einspeisen des E-Books in ein Netzwerk (z. B. Behörden-, Bibliotheksserver, Unternehmens-Intranet) ist nicht erlaubt.

Sollten Sie an einer Serverlösung interessiert sein, wenden Sie sich bitte an den WALHALLA-Kundenservice; wir bieten hierfür attraktive Lösungen an: Tel. 0941 5684-209

- © Walhalla u. Praetoria Verlag GmbH & Co. KG, Regensburg  
Dieses E-Book ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt.  
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Bestellnummer: 4205600

## Schnellübersicht

<b>Rechtsquellen des Arbeitsrechts</b>	<b>7</b>	
<b>Abkürzungen</b>	<b>9</b>	
<b>Arbeitsverhältnis</b>	<b>11</b>	<b>1</b>
<b>Zustandekommen des Arbeitsvertrags</b>	<b>17</b>	<b>2</b>
<b>Besondere Vertragsarten</b>	<b>59</b>	<b>3</b>
<b>Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers im bestehenden Arbeitsverhältnis</b>	<b>77</b>	<b>4</b>
<b>Rechte und Pflichten des Arbeitgebers im bestehenden Arbeitsverhältnis</b>	<b>89</b>	<b>5</b>
<b>Betriebsübergang</b>	<b>145</b>	<b>6</b>
<b>Beendigung des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>151</b>	<b>7</b>
<b>Pflichten bei Ende des Arbeitsverhältnisses</b>	<b>191</b>	<b>8</b>
<b>Besonderheiten bei Ausbildungsverhältnissen</b>	<b>199</b>	<b>9</b>
<b>Kollektives Arbeitsrecht</b>	<b>203</b>	<b>10</b>
<b>Grundzüge der Sozialversicherung</b>	<b>221</b>	<b>11</b>



## Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Unter Arbeitsrecht versteht man die individualrechtliche und kollektivrechtliche Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer<sup>1</sup> und Arbeitgeber.

Hierbei bezieht sich das Individualarbeitsrecht auf das konkrete, „individuelle“ Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Das kollektive Arbeitsrecht hingegen ist das Recht der Koalitionen, also der Interessenvertreter der Arbeitnehmer (Gewerkschaften, Betriebsräte) auf der einen und der Interessenvertreter der Arbeitgeber (Arbeitgeberverbände, aber auch einzelne Arbeitgeber) auf der anderen Seite: So gestalten die Tarif- bzw. Betriebspartner Recht für eine potenzielle Vielzahl von Arbeitsverhältnissen; auf Unternehmens- und Betriebsebene ist überdies eine Mitbestimmung und Mitwirkung der Arbeitnehmer vorgesehen.

Ein einheitliches Arbeitsgesetzbuch, das das Arbeitsrecht umfassend regelt, gibt es in Deutschland nicht.

Vielmehr finden sich arbeitsrechtliche Vorschriften in einer Vielzahl von Gesetzen, die nicht immer auf den ersten Blick etwas mit Arbeitsrecht zu tun haben. Soweit keine speziellen arbeitsrechtlichen Vorschriften existieren, greifen die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen ein. Da das deutsche Recht durch unbestimmte, das heißt auszulegende, Rechtsbegriffe geprägt ist, kommt der Auslegung dieser Begriffe und auch der Wertung von Sachverhalten durch die Arbeitsgerichte besondere Bedeutung zu; bei unbeabsichtigten Lücken entwickeln Arbeitsgerichte manchmal auch eigene Regeln (sog. Richterrecht). Die Arbeitsgesetzgebung und die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung werden dabei immer mehr vom Europarecht geprägt.

Neben den gesetzlichen und richterrechtlichen Vorgaben sind bei beidseitiger Tarifgebundenheit oder Vereinbarung ihrer Geltung die einschlägigen Tarifverträge zu beachten, die bei Allgemeinverbindlichkeitserklärung sogar für Tarifungebundene zwingend und rechtsetzend gelten. Tarifverträge regeln allgemeine Arbeitsbedingungen und häufig auch die (Mindest-)Entgelthöhe.

Auf der betrieblichen Ebene sind insbesondere die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat getroffenen Betriebsvereinbarungen, insbesondere zur Ordnung im Betrieb, angesiedelt. Durch den Be-

---

<sup>1</sup> Mit „Arbeitnehmer“ sind jeweils Arbeitnehmer und Arbeitnehmerin gemeint.

etriebsrat wird zudem die Mitbestimmung der Arbeitnehmerseite im betrieblichen Bereich sichergestellt.

Auch durch eine sogenannte Gesamtzusage können Ansprüche für die Gesamtheit oder Teile der Belegschaft begründet werden: Die Gesamtzusage stellt ein Angebot des Arbeitgebers an die Belegschaft (oder bestimmte Teile hiervon) dar, mit der Leistungen versprochen werden. So stellt zum Beispiel ein Aushang am „schwarzen Brett“ über eine Sonderzahlung eine Gesamtzusage dar.

Schließlich können auch ohne ausdrückliche Zusage Ansprüche aus einer bloßen „betrieblichen Übung“ entstehen: Eine solche liegt vor, wenn der Arbeitgeber regelmäßig eine gleichartige bestimmte Verhaltensweise an den Tag legt, woraus der Arbeitnehmer schließen darf, der Arbeitgeber werde sich auch künftig so verhalten. So begründet beispielsweise eine dreimalige vorbehaltlose Zahlung einer Weihnachtsgratifikation einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers darauf, die Gratifikation auch in den Folgejahren zu erhalten.

Die Gesamtzusage begründet also einen Anspruch auf Gleichbehandlung „in der Person“, die betriebliche Übung auf Gleichbehandlung „in der Zeit“.

Last but not least ist wichtige Rechtsquelle natürlich der Arbeitsvertrag selbst, der von den Parteien abgeschlossen wurde. Die an sich auch im Arbeitsrecht geltende Vertragsfreiheit ist jedoch durch zahlreiche Schutzbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers eingeschränkt. Ist eine von dem Arbeitgeber für eine potentielle Vielzahl von Arbeitnehmern formulierte Klausel als unwirksam einzustufen, kommt grundsätzlich die gesetzliche Regelung zur Anwendung. Dies ist insbesondere dann für den Arbeitgeber nachteilig, wenn an sich sogar eine Abbedingung zu seinen Gunsten möglich gewesen wäre, er jedoch das zulässige Maß überschritten hat. Bei der Formulierung von Arbeitsverträgen ist deshalb Vorsicht geboten.

*Dr. Christian Lentföhr*

*Dr. Christian Ostermaier*

*Sylvia Vogt*

## Abkürzungen

AAG	Aufwendungsausgleichsgesetz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
ArbnErfG	Arbeitnehmer-Erfindungsgesetz
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
ASiG	Arbeitssicherheitsgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
AufenthV	Aufenthaltsverordnung
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BAFzA	Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben
BAG	Bundesarbeitsgericht
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BeschV	Beschäftigungsverordnung
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DEÜV	Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
FPfZG	Familienpflegezeitgesetz
FreizügigG	Freizügigkeitsgesetz
GenDG	Gendiagnostikgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GKV	gesetzliche Krankenversicherung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LohnUGAÜV	Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung
MiLoG	Mindestlohngesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
Montan-MitbG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
MuSchG	Mutterschutzgesetz
MuSchV	Verordnung zum Schutz der Mütter am Arbeitsplatz
NachwG	Nachweisgesetz
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
SchwArbG	Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UWG	Gesetz über den unlauteren Wettbewerb
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VermBG	Vermögensbildungsgesetz
WissZeitVG	Wissenschaftszeitvertragsgesetz
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZPO	Zivilprozessordnung

# Arbeitsverhältnis

1.	Bedeutung .....	12
2.	Begriff und Abgrenzung .....	12
3.	Freie Dienstverträge.....	12
4.	Werkverträge.....	13
5.	Arbeitnehmerähnliche Personen .....	14
6.	Familienmitglieder .....	15
7.	Organmitglieder .....	15
8.	Öffentlich-rechtliche Verhältnisse .....	15
9.	Statusfeststellung.....	15

## 1. Bedeutung

Die Frage, ob ein Mitarbeiter seine Tätigkeit als Arbeitnehmer oder selbständiger Unternehmer im Rahmen eines Werk- oder freien Dienstleistungsvertrages erbringt, hat weitreichende Konsequenzen für die Vertragsparteien:

So gibt es Rechte und Ansprüche, die nur einem Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber zustehen; auch gelten verschiedene Schutzvorschriften, die ein Arbeitgeber beachten muss, nur zu Gunsten von Arbeitnehmern, nicht aber für freie Mitarbeiter oder Werkvertragsunternehmer.

Zudem hat die Statusbeurteilung eines Beschäftigten enorme Bedeutung für die sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Pflichten des Unternehmers und kann zu hohen finanziellen Nachforderungen der Sozialversicherungsträger führen; Näheres hierzu im Abschnitt Sozialversicherung.

Der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsverhältnis vorliegt, kommt deshalb immense Bedeutung zu.

## 2. Begriff und Abgrenzung

Der Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher gegenseitiger Vertrag, durch den sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit unter Leitung und nach Weisung des Arbeitgebers und der Arbeitgeber zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (abhängige Beschäftigung). Durch den Abschluss des Arbeitsvertrages wird ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber begründet. Der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall des Dienstvertrages, der in § 611 ff. BGB geregelt ist.

## 3. Freie Dienstverträge

Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich vom freien Dienstvertrag durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers und durch die Erbringung der Arbeitsleistung in einer fremdbestimmten Organisation. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.

Wer hingegen selbständig seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit frei bestimmen kann, ist selbständig und kein Arbeitnehmer, § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB. Indizien dafür, ob eine selbständige (freie) Dienstleistung oder eine weisungsgebundene Arbeitsleistung geschuldet wird, ergeben sich zum Beispiel aus:

- Eigenart und Organisation der Tätigkeit
- Weisungsgebundenheit hinsichtlich Ort, Zeit und Art der Tätigkeit
- Eingliederung in die betriebliche Organisation
- Einsatz eigener Betriebsmittel
- Modalitäten der Entgeltzahlung
- Wirtschaftsrisiko

Unbeachtlich ist hingegen, ob ein Gewerbe angemeldet wurde. Maßgeblich ist auch nicht, wie der Vertrag von den Parteien bezeichnet und formuliert wird, sondern wie die tatsächliche Durchführung erfolgt.

#### 4. Werkverträge

Soll der Verpflichtete nicht nur seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen, sondern einen konkreten Arbeitserfolg abliefern (z. B. ein Möbelstück herstellen), liegt kein Dienstvertrag, sondern ein Werkvertrag vor, wobei die Frage, ob nur die Arbeitskraft oder ein Arbeitserfolg geschuldet ist, manchmal schwierig zu beantworten ist, zumal auch Mischformen denkbar sind.

Problematisch in diesem Zusammenhang sind oftmals Scheinwerkverträge:

**Beispiel:**

Ein Unternehmer erteilt im Rahmen des Outsourcings einem Dritten einen Auftrag zur Erledigung von gewissen Aufgaben in seinem Betrieb. Der Dritte „entsendet“ sein Personal zur Erledigung dieser Aufgaben in das Unternehmen. In diesem Fall kann ein Arbeitsverhältnis unmittelbar zwischen dem Personal des Dritten und dem beauftragenden Unternehmer zustande kommen, wenn die Arbeitnehmer in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert und dort sachlich, zeitlich und inhaltlich den Weisungen des Auftraggebers unterworfen werden.

Denn hierbei handelt es sich tatsächlich nicht um einen Werkvertrag, sondern um eine Arbeitnehmerüberlassung. Wenn der Auftragnehmer, der dann tatsächlich „Entleiher“ ist, nicht über eine Erlaubnis zu Arbeitnehmerüberlassung verfügt, §§ 10 Abs. 1 Satz 1, 9 Nr. 1 AÜG, kommt ein Arbeitsverhältnis des Personals direkt mit dem Auftraggeber zustande. Der Entleiher haftet dann auch für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, § 28 Abs. 2 Satz 3 und 4 SGB IV. Außerdem kann eine bußgeldbewehrte illegale Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. § 16 Nr. 1, 1a, 1b AÜG sieht Geldbußen bis zu 30.000 Euro vor. Wird eine ausländische Arbeitskraft tätig, die nicht über den erforderlichen Aufenthaltstitel oder eine zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigende Gestattung oder Duldung verfügt, steht sogar eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, in besonders schweren Fällen bis zu fünf Jahren im Raum, § 15 AÜG. Um diese Risiken auszuschließen, hat sich die Praxis bislang mit der vorsorglichen Beantragung einer sogenannten Vorratserlaubnis beholfen. Damit soll zumindest die Illegalität der Arbeitnehmerüberlassung verhindert werden, sollte sich im Nachhinein herausstellen, dass ein Werkvertrag rechtlich als Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren ist. Die Rechtsprechung hat diese Sicherheitsmaßnahme teils nicht anerkannt. Nach dem Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs bei Leiharbeit und Werkverträgen, das am 01.04.2017 in Kraft treten wird, soll diese Gestaltungsmöglichkeit künftig ausgeschlossen sein.

## 5. Arbeitnehmerähnliche Personen

Der Arbeitnehmer ist hinsichtlich seiner Arbeitsleistung persönlich vom Arbeitgeber abhängig. Auf eine bloße wirtschaftliche Abhängigkeit kommt es hingegen nicht an.

Personen, die ihre Tätigkeit zwar persönlich frei von Weisungen erbringen, jedoch wirtschaftlich von einem bestimmten Auftraggeber abhängig sind, arbeiten grundsätzlich frei, also selbständig. Sie werden jedoch als arbeitnehmerähnliche Personen teils in den Geltungsbereich von Arbeitsschutzvorschriften einbezogen, zum Beispiel haben auch sie einen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub, § 2 BUrlG. Beispiele sind der Handelsvertreter, der nur für eine Firma tätig ist, oder Heimarbeiter.

## 6. Familienmitglieder

Mitarbeit in einem familiären Betrieb kann, muss aber nicht auf Basis eines Arbeitsvertrages erfolgen. Zum Beispiel besteht nach § 1619 BGB eine Dienstleistungspflicht für das dem Hausstand der Eltern angehörende unterhaltsberechtigten Kind im elterlichen Haushalt oder Geschäft.

## 7. Organmitglieder

Bei Organmitgliedern juristischer Personen, also insbesondere bei Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft oder Geschäftsführern einer GmbH, ist in aller Regel von einem (freien) Dienstvertrag auszugehen, da keine persönliche Abhängigkeit zur Gesellschaft besteht. Das Bundesarbeitsgericht bejaht jedoch im Einzelfall das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, wenn der GmbH-Geschäftsführer von einem (Haupt-)Gesellschafter abhängig ist und dessen Weisungen unterliegt. Hier muss jeder Einzelfall genau geprüft werden.

## 8. Öffentlich-rechtliche Verhältnisse

Wer im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses tätig wird, wie zum Beispiel der Beamte oder Soldat, ist kein Arbeitnehmer.

## 9. Statusfeststellung

Es kommt nicht darauf an, wie die Parteien das Vertragsverhältnis bezeichnen.

**Wichtig:** Der Status des Beschäftigten richtet sich nicht nach den Wünschen und Vorstellungen der Vertragspartner, sondern danach, wie die Vertragsbeziehung nach ihrem Geschäftsinhalt objektiv einzuordnen ist. Durch Parteivereinbarung kann die Bewertung einer Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis nicht abbedungen und der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechtes nicht eingeschränkt werden. Wenn der Vertrag abweichend von den ausdrücklichen Vereinbarungen vollzogen wird, ist in aller Regel die tatsächliche Durchführung maßgebend.

Die Klärung der Frage, ob in einem konkreten Fall ein Arbeitsverhältnis oder Selbständigkeit vorliegt, kann nicht nur durch Erhebung

einer entsprechenden Klage beim örtlich zuständigen Arbeitsgericht erfolgen, sondern auch durch eine Statusbeurteilung durch die Einzugsstelle für die Sozialversicherungsabgaben, § 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV, oder durch die Rentenversicherung, § 7a SGB IV. Die Durchführung eines solchen Statusfeststellungsverfahrens, das innerhalb des ersten Monats des Vertragsverhältnisses erfolgen muss, um eine etwaige Sozialversicherungspflicht erst mit der Bestandskraft des Bescheids eintreten zu lassen, ist zur Vermeidung der hohen wirtschaftlichen Risiken zu empfehlen.

# Zustandekommen des Arbeitsvertrags

1.	Personalsuche .....	18
2.	Bewerbung.....	20
3.	Personalauswahl.....	21
4.	Abschluss des Arbeitsvertrags.....	30
5.	Mindestinhalt nach dem Nachweisgesetz.....	33
6.	Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrags .....	35
7.	Typische Arbeitsvertragsklauseln.....	39
8.	Gesetzliche Pflichten zu Beginn des Arbeitsverhältnisses .....	57

## 1. Personalsuche

Der Arbeitgeber kann bei der Personalsuche die Hilfe der Agentur für Arbeit in Anspruch nehmen (§§ 35, 39 SGB III), eine Stelle intern und/oder extern ausschreiben oder Mitarbeiter gezielt anwerben. Besteht ein Betriebsrat, kann dieser vor der Besetzung der Stelle eine interne Ausschreibung verlangen, § 93 BetrVG.

**2** Entscheidet sich der Arbeitgeber für die Ausschreibung einer Stelle, ist diese nach § 7 Abs. 1 TzBfG grundsätzlich auch als Teilzeitarbeitsplatz auszuschreiben, wenn sich die Stelle hierfür eignet.

Beschäftigt der Arbeitgeber Leiharbeitnehmer, hat er diese gemäß § 13a AÜG über bei ihm zu besetzende Arbeitsplätze zu informieren. Eine allgemeine interne Ausschreibung kann zwar genügen, jedoch nur, wenn es den Leiharbeitern möglich ist, im normalen Arbeitsablauf davon Kenntnis zu nehmen.

Eine Stellenausschreibung muss benachteiligungsfrei im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes formuliert sein, will sich der Arbeitgeber nicht ersatzpflichtig gegenüber abgelehnten Bewerbern machen, §§ 11, 7 Abs. 1, 15 AGG. Benachteiligungen aus Gründen der „Rasse“, wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität sind ausdrücklich untersagt, § 1 AGG.

Die genannten Merkmale dürfen weder positiv noch negativ im Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle erscheinen, es sei denn, dass sie nach § 8 Abs. 1 AGG wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit eine wesentliche berufliche Anforderung darstellen.

### Beispiel:

Eine Anzeige richtet sich ausdrücklich nur an „Young Professionals“ oder es wird mit einem jungen oder dynamischen Team geworben. Hierin kann ein Indiz für eine Diskriminierung älterer Bewerber gesehen werden. Eine Alterseinschränkung muss objektiv angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein.

Bei Religionsgemeinschaften und deren Einrichtungen kann die Zugehörigkeit zur Religionsgemeinschaft oder eine bestimmte Weltanschauung eine gerechtfertigte berufliche Anforderung dar-

stellen, § 9 AGG. Dies folgt aus dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, das in Art. 4, 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV verfassungsrechtlich garantiert ist.

Außerdem haben EU-Angehörige in jedem Mitgliedsstaat der EU das Recht auf gleichen Zugang zu Arbeitsplätzen wie Angehörige dieses Staates. Stellenanzeigen mit nationalitätsspezifischen Einschränkungen widersprechen diesem Prinzip. Dazu gehören bereits Anforderungen an die Muttersprache, da das Beherrschen dieser Sprache als Fremdsprache auf muttersprachlichem Niveau ebenso ausreichend ist; zudem müsste die Sprache auf muttersprachlichem Niveau auch objektiv für die Stelle erforderlich sein.

Ein Verstoß gegen diese Grundsätze führt zwar nicht zu einem Einstellungsanspruch des abgelehnten Bewerbers (§ 15 Abs. 6 AGG), jedoch zu einem Schadensersatzanspruch für materielle Schäden (Verdienstaufschlag) sowie zu einem Entschädigungsanspruch für immaterielle Schäden. Der Verdienstaufschlag ist zeitlich der Höhe nach begrenzt, in der Regel wird auf den Zeitpunkt der nächsten Kündigungsmöglichkeit abgestellt. Eine Entschädigung für die Nichteinstellung ist auf drei Monatsgehälter begrenzt, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre.

#### **Praxis-Tipp:**

Der Bewerber muss die Entschädigung innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Ablehnung schriftlich geltend machen. Es empfiehlt sich deshalb für den Arbeitgeber, Absagen schriftlich neutral ohne Begründung zu erteilen und auf einen Zugangsnachweis zu achten.

Das gezielte Anwerben von Mitarbeitern ist zulässig bis zur Grenze des unlauteren Wettbewerbs, § 4 Nr. 10 UWG. Die Grenze des Zulässigen wäre überschritten, wenn es dem neuen Arbeitgeber in erster Linie um eine Schädigung des Konkurrenten geht oder er einen Arbeitnehmer zum Vertragsbruch (etwa Nichteinhaltung der Kündigungsfrist beim alten Arbeitgeber) verleitet.

„AGG-Hoppeln“ steht kein Schadensersatzanspruch zu, auch wenn sie sich erfolglos auf eine unglücklich formulierte Stellenanzeige beworben haben. Es fehlt an einer ernsthaften Bewerbung. Diese ist jedoch Voraussetzung für einen Anspruch nach § 15 AGG. Dem

„AGG-Hopper“ geht es nämlich nicht um die Stelle, sondern nur um die Geltendmachung von Ersatzansprüchen bei einer erwartungsgemäßen Ablehnung. Allerdings ist es nicht so einfach, einem Bewerber nachzuweisen, dass es ihm nur auf die Geltendmachung von Ansprüchen angekommen ist.

### Praxis-Tipp:

Bewerben sich Mitarbeiter mit AGG-Merkmalen, die sich zum Beispiel aus Namen, Foto, Geburtsdatum etc. ergeben können, ist es ratsam, sich diese Bewerbungen genau anzusehen und die Bewerber im Zweifel auch einzuladen; dies gilt insbesondere für schwerbehinderte Menschen, die gemäß § 82 Satz 2, 3 SGB IX grundsätzlich sogar von öffentlichen Arbeitgebern eingeladen werden müssen, sofern die Eignung nicht offensichtlich fehlt.

2

Bei einem Verstoß gegen Vorschriften bei der Stellenausschreibung kann der Betriebsrat ggf. seine Zustimmung zur Einstellung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern.

## 2. Bewerbung

Mit einer Bewerbung bringt der Bewerber sein Interesse an der Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck. Mit jeder Bewerbung entstehen Rechtsbeziehungen, die zu Rechtsansprüchen führen können, selbst wenn es nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages kommt:

Bewerbungsunterlagen bestehen in der Regel aus dem Anschreiben, Lebenslauf (häufig mit Foto), Zeugnissen und sonstigen Ausbildungsnachweisen und Referenzen. Die Kosten hierfür, auch für ein eventuelles polizeiliches Führungszeugnis, trägt der Bewerber.

Auf unverlangt eingehende Bewerbungen braucht der Arbeitgeber nicht zu reagieren. Meldet sich der Bewerber innerhalb angemessener Frist nicht erneut, können die Unterlagen vernichtet werden.

Anderes gilt bei Bewerbungen, zu denen der Arbeitgeber, wenn auch allgemein über Inserat oder die Agentur für Arbeit, aufgefordert hat: Üblich ist eine Eingangsbestätigung. Nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens sind dem erfolglosen Bewerber die Unterlagen – bis auf das Anschreiben – vollständig auf Kosten des Arbeitgebers zurückzusenden. In der Zwischenzeit sind die Unterlagen

sorgfältig zu verwahren, bei Beschädigungen oder Verlust ist Ersatz zu leisten. Führt die Bewerbung zur Einstellung des Arbeitnehmers, werden die Unterlagen hingegen Gegenstand der Personalakte.

Fordert der Arbeitgeber den Bewerber auf, sich persönlich vorzustellen, muss der Arbeitgeber sowohl dem erfolgreichen Bewerber als auch den erfolglosen Bewerbern die damit verbundenen Kosten gegen Nachweis erstatten. Rechtsgrundlage ist die Aufwandsersatzung aus dem Auftragsrecht, § 670 BGB. Zu erstatten sind nur erforderliche Kosten in angemessener Höhe, zum Beispiel die Fahrtkosten für eine Bahnfahrt zweiter Klasse. Taxi- oder Flugkosten können je nach Einzelfall erstattungsfähig sein. Der dem Arbeitnehmer entstehende Zeitaufwand, zum Beispiel weil er unbezahlten Urlaub nehmen musste und deshalb einen Verdienstaufschlag erlitten hat, ist nicht auszugleichen. Ist das aktuelle Arbeitsverhältnis des Bewerbers bereits gekündigt, steht ihm ohnehin ein Freistellungsanspruch für die Stellensuche gegen den aktuellen Arbeitgeber zu, § 629 BGB.

**Wichtig:** Der Arbeitgeber kann den Erstattungsanspruch jedoch dadurch ausschließen, dass er den Bewerber mit der Einladung ausdrücklich darauf hinweist, dass etwaige Kosten nicht übernommen werden. Die Verjährungsfrist für den Erstattungsanspruch beträgt drei Jahre, § 195 BGB.

Bewerbungskosten können vom Arbeitnehmer einkommensteuermindernd als Werbungskosten geltend gemacht werden, § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG, soweit diese nicht vom künftigen Arbeitgeber steuerfrei ersetzt werden, § 3c EStG. Für den Arbeitgeber sind die erstatteten Reisekosten abzugsfähige Betriebsausgaben.

### 3. Personalauswahl

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich frei in seiner Entscheidung, ob und mit wem er einen Arbeitsvertrag abschließt.

#### Abschlussverbote

Es gibt aber bestimmte Abschlussverbote, so etwa in Tarifverträgen, die es dem Arbeitgeber verbieten, bestimmte Mitarbeiter einzustellen. Daneben bestehen Beschäftigungsverbote und -gebote, die bei der Personalauswahl zu berücksichtigen sind.

### Beschäftigungsverbote

Beschäftigungsverbote ergeben sich zum Schutz besonderer Personengruppen, beispielsweise aus den §§ 3, 6 MuSchG oder den § 5 ff. JArbSchG. Von Relevanz sind auch Beschäftigungsverbote von Ausländern ohne einen Beschäftigung erlaubenden Aufenthaltstitel. Verstöße können von den zuständigen Aufsichtsbehörden unterbunden und als Ordnungswidrigkeit oder in schweren Fällen auch als Straftat geahndet werden (z. B. § 21 MuSchG, § 58 JArbSchG).

**2 Wichtig:** Ein Beschäftigungsverbot hindert nicht den Abschluss eines Arbeitsverhältnisses, sondern nur dessen Durchführung. So dürfte beispielsweise eine schwangere Frau, die einem Beschäftigungsverbot unterliegt, zwar eingestellt, aber zunächst nicht beschäftigt werden. Wenn der Arbeitgeber aber im Hinblick auf die Schwangerschaft eine Frau nicht einstellt, verstößt er infolge Diskriminierung gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz; das Gesetz mutet dem Arbeitgeber hier zu, für die Zeit des Beschäftigungsverbots eine Vertretung einzustellen.

Tritt ein Beschäftigungsverbot erst im laufenden Arbeitsverhältnis auf (z. B. der Wegfall eines Aufenthaltstitels), stellt dies nicht unbedingt einen Grund für eine personenbedingte Kündigung dar.

### Beschäftigungsgebote

Es existieren auch Beschäftigungsgebote zugunsten benachteiligter Arbeitnehmergruppen. Beispielsweise ist nach § 71 ff. SGB IX ein Arbeitgeber je nach Betriebsgröße verpflichtet, einen Anteil von schwerbehinderten Menschen einzustellen. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, hat er eine Ausgleichsabgabe zu bezahlen. Diese wird zur Förderung der Teilhabe schwerbehinderter Menschen am Arbeitsleben verwendet, § 77 Abs. 5 SGB IX.

Auch gibt es eine Frauenquote von 30 Prozent für derzeit 108 börsennotierte und voll mitbestimmungspflichtige Unternehmen und für rund 3.500 weitere Unternehmen die Pflicht, sich eine eigene Frauenquote zu bestimmen.

Auch in Tarifverträgen können besondere Beschäftigungsverbote und -gebote vereinbart werden.

### **Internetrecherche, Einstellungsgespräch und Personalfragebogen, Testverfahren und Eignungsuntersuchungen**

Aufschluss über Person, Kenntnisse und Fertigkeiten des Bewerbers geben dem Arbeitgeber Einblicke in soziale Netzwerke, ein persönliches Einstellungsgespräch und/oder formalisierter Personalfragebogen.

Das verständliche Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitsplatz mit dem am besten geeigneten Bewerber zu besetzen und daher so viel wie möglich über den einzelnen Bewerber in Erfahrung zu bringen, findet seine Grenze im Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers.

2

#### *Internetrecherche*

Deshalb ist es durchaus fragwürdig, ob der Arbeitgeber alle Recherchemöglichkeiten (Google, Facebook etc.) uneingeschränkt nutzen darf. Schließlich werden hierbei personenbezogene Daten im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes erhoben. Da die Recherche quasi „hinter dem Rücken“ des Betroffenen, nämlich ohne seine Einwilligung, erfolgt, wird teils vertreten, dass solche Recherchen unzulässig seien. Nach überwiegender Meinung ist die Einholung von Informationen über das Internet jedoch an § 28 Abs. 1 BDSG zu messen und zumindest dann zulässig, wenn die Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen stammen. Bei den sozialen Netzwerken wird danach zu differenzieren sein, ob diese einen rein privaten oder einen beruflichen Charakter haben. Der Zugriff auf Informationen bei beruflichen Netzwerken wie LinkedIn oder Xing wird deshalb verbreitet für zulässig erachtet. Unter Umständen verstößt der Zugriff durch den interessierten Arbeitgeber auch gegen die einschlägigen Nutzungsbedingungen des Netzwerks

#### *Einstellungsgespräch und Personalfragebogen*

Auch im direkten Gespräch oder in einem Fragebogen, den der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vorlegt, sind nicht alle Fragen des Arbeitgebers erlaubt. Auf eine unzulässige Frage braucht der Bewerber nicht zu antworten; er darf sogar die Frage unrichtig beantworten, ohne rechtliche Konsequenzen fürchten zu müssen („Recht zur Lüge“). Auf zulässig gestellte Fragen hat der Bewerber jedoch wahrheitsgemäß zu antworten.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einzelner Fragen bedarf es einer Abwägung zwischen dem Recht des Arbeitnehmers auf Schutz

seiner Privat- und Intimsphäre einerseits und dem Informationsinteresse des Arbeitgebers andererseits.

2

Besondere Vorsicht ist geboten bei Fragen hinsichtlich Merkmale, die in § 1 AGG aufgeführt sind, nämlich zu „Rasse“, ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung oder zum Alter. Fragen hierzu sind zwar nicht von vorneherein unzulässig, sie können durchaus im Hinblick auf konkrete Anforderungen der zu besetzenden Stelle gerechtfertigt sein. Der Arbeitgeber kann sich jedoch bei einer unzulässigen Frage dem Vorwurf der Diskriminierung aussetzen mit der drohenden Folge von Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen des abgelehnten Bewerbers, § 15 AGG.

Demnach dürfen vom Arbeitgeber nur insoweit Fragen gestellt werden, als sie einen Bezug zum Arbeitsplatz haben. Sonstige persönliche oder gar intime Fragen sind unzulässig. Nachfolgend einige Beispiele:

**Beruflicher Werdegang:** Fragen nach dem bisherigen beruflichen Werdegang und der konkreten Erwartung des Bewerbers hinsichtlich des neuen Arbeitsplatzes in seiner beruflichen Entwicklung sind unbedenklich.

**Vergütung:** Ob der Arbeitgeber nach der Höhe der bisherigen Vergütung des Bewerbers fragen darf, ist umstritten. Das Bundesarbeitsgericht differenziert nach der Relevanz der Frage für die angestrebte Tätigkeit, zum Beispiel wenn der Bewerber sein bisheriges Gehalt als Mindestvergütung gefordert hat.

**Lohn- und Gehaltspfändungen:** Die Berechtigung dieser Frage ist streitig. Wegen des damit verbundenen, je nach Umfang der Pfändungen erheblichen zusätzlichen Arbeitsaufwandes für den Arbeitgeber ist ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers aber wohl zu bejahen.

**Gesundheitszustand:** Fragen nach gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Bewerbers sind nur insoweit zulässig, wie sie die Einsatzbarkeit des Arbeitnehmers auf dem vorgesehenen Arbeitsplatz betreffen.

**Schwerbehinderung:** Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft im Sinne des § 2 Abs. 2, 3 SGB IX zulässig. Denn an die Schwerbehinderteneigenschaft im engen Sinne sind besondere

Schutzvorschriften geknüpft, die der Arbeitgeber bei der Durchführung des Arbeitsverhältnisses zu beachten hat. Dieser Pflicht kann er selbstverständlich nur nachkommen, wenn er Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft hat. Fragt er nicht nach der Schwerbehinderteneigenschaft in diesem Sinne, sondern allgemein nach dem Vorliegen einer Behinderung, so durfte er dies nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur dann, wenn die Behinderung die Geeignetheit des Bewerbers für die Tätigkeit in Frage stellt. Korrespondierend besteht keine generelle Offenbarungsverpflichtung des schwerbehinderten Menschen von sich aus, es sei denn, er ist aufgrund der Behinderung nicht in der Lage, die künftigen Aufgaben zu erfüllen. Inzwischen wurde allerdings der gesetzliche Schutz des schwerbehinderten Bewerbers durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz gestärkt. Aktuelle Rechtsprechung existiert bislang noch nicht; mit Rücksicht auf die europarechtlichen Vorgaben spricht jedoch viel für eine Unzulässigkeit der Frage. Jedoch bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, ein Anforderungsprofil an den zu besetzenden Arbeitsplatz zu formulieren und nach der Erfüllbarkeit desselben durch den Bewerber zu fragen. Auch bei positiven Maßnahmen – etwa wenn ein Schwerbehinderter zur Erfüllung der Quote nach § 71 SGB IX bevorzugt eingestellt werden soll –, ist eine Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft zulässig, § 5 AGG. Der Arbeitgeber kann die besonderen Schutzbestimmungen für schwerbehinderte Menschen nicht beachten, wenn er nichts von der Schwerbehinderteneigenschaft weiß und diese auch nicht offenkundig ist. Der Betroffene kann seine Rechte dementsprechend verwirken, wenn er den Arbeitgeber nicht rechtzeitig informiert. Man spricht deshalb von einer „Offenbarungspflicht“, das heißt er ist zwar nicht dazu verpflichtet, auf seine Schwerbehinderteneigenschaft hinzuweisen, die Offenbarung ist aber, wenn er gewisse Rechte ausüben will, in seinem eigenen Interesse.

**Schwangerschaft:** Die Frage bezüglich der Schwangerschaft ist in aller Regel unzulässig, auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen und in Arbeitsverhältnissen, bei denen während einer Schwangerschaft Beschäftigungsverbote bestehen. Sie kann allenfalls in Betracht kommen bei sehr kurzzeitig befristeten Stellen, wenn für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses das Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz zum Tragen käme.