

Axel H. Götz  
Hauptsr. 1e  
77815 Bühl

Tel.: 07223 / 1797  
Fax: 07223 / 83873  
e-mail: [kanzlei@axel-goetz.de](mailto:kanzlei@axel-goetz.de)

Stand: Januar 2023

Skript zum Arbeitsrecht (61 Seiten)

# **Individualarbeitsrecht**

**Skript für die Fachschule für  
Organisation und Führung der  
Elly-Heuss-Knapp-Schule Bühl**

## **INHALTSÜBERSICHT**

1. Rechtsquellen
2. Arbeitsgerichtsbarkeit
  - Arbeitsgerichte
  - Besetzung
  - Urteilsverfahren
  - Beschlussverfahren
  - PKH und Anwaltsbeordnung
  - Kostenrecht
3. Arbeitsvertragsparteien
  - Definition
  - Kündigungsfristen
4. Die Anbahnung des Arbeitsverhältnisses
  - Allgemeines
  - Stellenausschreibung und AGG
  - Fragerechtsbeschränkung
  - Exkurs: Anfechtung einer Willenserklärung
    - Zur Zulässigkeit von Fragen im Einzelnen
5. Der Arbeitsvertrag
  - Allgemeines
  - Nachweisgesetz
6. Einzelne Arbeitsbestimmungen

- Probezeit
- Arbeitsort
- Tätigkeit
- Arbeitsentgelt
- Sonderzahlungen
- Arbeitszeit
- Bundesurlaubsgesetz
- Krankheit
- Entgeltfortzahlungsgesetz
- Nebentätigkeiten
- Kündigungsfristen im Vertrag
- Vertragsstrafenregelung
- Ausschlussfristen

#### 7. Teilzeit- und Befristungsgesetz

#### 8. Direktionsrecht

#### 9. Treuepflicht

#### 10. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

#### 11. Verhinderung bei der Arbeitsleistung

#### . Verweis, Verwarnung, Abmahnung

- Verweis, Verwarnung
- Abmahnung

#### 13. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

- Termin
- Kündigungsgründe
- Zugang der Kündigung
- „Rücknahme der Kündigung“
- Fristlose Kündigung
- Vorsorgliche Kündigung
- Änderungskündigung

#### 14. Das Kündigungsschutzgesetz

- Vor. für die Anwendung des KschG
- Die 3 Kündigungsarten
- Frist zur Kündigungsschutzklage
- Nachträgliche Klagezulassung
- Betriebsbedingte Kündigung
- Krankheitsbedingte Kündigung

## 15. Jugendarbeitsschutz

- Definition von Kind und Jugendlicher
- Notwendige Ruhepausen
- Beschäftigungsverbot für Jugendliche
- Urlaubsanspruch

## 16. Der Berufsausbildungsvertrag

- Abschluss des Vertrages
- Dauer des Vertrages
- Probezeit
- Schriftform
- Weiterarbeitsklausel nach Ausbildungsabschluss
- Vertragsstrafen
- Pflichten des Ausbildenden und des Auszubildenden
- Ausbildungsvergütung
- Beendigung des Ausbildungsverhältnisses
- Wiederholung der Prüfung
- Aufhebungsvertrag
- Kündigung des Vertrages
- Der Schlichtungsausschluss

## 1. Rechtsquellen

### a) Einführung

Das Arbeitsrecht ist das „Recht der abhängig Beschäftigten“ (= Arbeitnehmerschutzrecht).

Gesetzgeberische Vorstellung: Ausgleich von (ursprünglichem) Kräfteungleichgewicht zwischen „starkem“ Arbeitgeber und „schwachem“ Arbeitnehmer. Daraus folgt das Problem der starken „Politisierung“ des Arbeitsrechtes. Je nach politischem Denkansatz werden entweder weitere Regulierungen oder die Rücknahme von Regulierungen gefordert. Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) steht oft im Mittelpunkt der politischen Diskussion.

Das Arbeitsrecht ist Teil des Privatrechts. Es teilt sich ein in Kollektiv- und Individualarbeitsrecht. Individualarbeitsrecht normiert die Rechtsbeziehungen des einzelnen Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber. Das Kollektivarbeitsrecht normiert das Recht der Verbände und Gewerkschaften. Im Mittelpunkt steht insbesondere das Tarifvertragsrecht und das Betriebsverfassungsrecht. Allerdings regeln auch eigentlich kollektivrechtliche Normen individualrechtliche Fragen wie z.B. den Kündigungsschutz von Betriebsräten. Darüber hinaus hängt die Beantwortung individualrechtlicher Fragen zum Teil von der Beantwortung kollektivrechtlicher Fragen ab. Eine Verletzung des Anhörungsrechts des Betriebsrates vor Ausspruch einer Kündigung (eine kollektivrechtliche Frage) führt auf individualrechtlicher Ebene zur Unwirksamkeit einer

Kündigung.

## b) Rechtsquellen

Das Arbeitsrecht selbst hat kein eigenes und zentrales Gesetz. Die gesetzlichen Grundlagen des Arbeitsrechts ergeben sich im Wesentlichen aus dem BGB (§§ 611-630) und einer Vielzahl an weiteren Gesetzen.

Die grundlegenden Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) sind:

- § 611 Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag
- § 611a Geschlechtsbezogene Benachteiligung
- § 611b Arbeitsplatzausschreibung
- § 612 Vergütung
- § 612a Maßregelungsverbot
- § 613 Unübertragbarkeit
- § 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang
- § 614 Fälligkeit der Vergütung
- § 615 Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko
- § 616 Vorübergehende Verhinderung
- § 617 Pflicht zur Krankenfürsorge
- § 618 Pflicht zu Schutzmaßnahmen
- § 619 Unabdingbarkeit der Fürsorgepflichten
- § 619a Beweislast bei Haftung des Arbeitnehmers
- § 620 Beendigung des Dienstverhältnisses
- § 621 Kündigungsfristen bei Dienstverhältnissen
- § 622 Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen
- § 623 Schriftform der Kündigung
- § 624 Kündigungsfrist bei Verträgen über mehr als fünf Jahre
- § 625 Stillschweigende Verlängerung
- § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund
- § 627 Fristlose Kündigung bei Vertrauensstellung
- § 628 Teilvergütung und Schadensersatz bei fristloser Kündigung
- § 629 Freizeit zur Stellungssuche
- § 630 Pflicht zur Zeugniserteilung
- § 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

Daneben gibt es eine Vielzahl von Gesetzen, die das Arbeitsrecht regeln. Zum Beispiel:

- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)
- Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)
- Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG)
- Arbeitszeitgesetz (ArbZG)
- Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)
- Bundesurlaubsgesetz (MindesturlaubsG für Arbeitnehmer; BUrlG)
- Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG)
- Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG)
- Kündigungsschutzgesetz (KSchG)
- Mutterschutzgesetz (MuSchG)
- Nachweisgesetz (NachwG)
- Sozialgesetzbücher I bis XII
- Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)
- Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TvÖD)
- Tarifvertragsgesetz (TVG)

Der Vertragsinhalt eines Arbeitsverhältnisses kann durch europäische Verordnungen, Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Einzelarbeitsvertrag und Weisungen des Arbeitgebers bestimmt werden. Also:

- Europäisches Recht
- Bundesgesetze
- Verordnungen
- Tarifverträge
- Betriebs- und Dienstvereinbarungen
- Arbeitsvertrag

## 2. Arbeitsgerichtsbarkeit

### a) Rechtsweg

Der Rechtsweg in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten ist zu den Arbeitsgerichten eröffnet. Den Ablauf des Verfahrens regelt das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG), ergänzt durch die Zivilprozessordnung (ZPO). Es handelt sich um einen sog. Parteienprozess. D.h. man kann selbst vor dem Arbeitsgericht in 1. Instanz auftreten. Oder sich durch Verbände (Gewerkschaften/Arbeitgeberverbände) vertreten lassen, wenn

man ein Verbandsmitglied ist.

Auf die Besonderheit des § 12 a I ArbGG ist zu achten. Nach dieser Norm gibt es im arbeitsgerichtlichen Verfahren in erster Instanz keine Kostenerstattung auch nicht im Fall des Obsiegens. Dies unterscheidet das arbeitsgerichtliche Verfahren vom allgemeinen zivilprozessualen Verfahren.

## 2. Organisation der Arbeitsgerichtsbarkeit

### a) Instanzen

Es gilt der 3-Instanzen-Zug:

Arbeitsgericht (ArbG),  
Landesarbeitsgericht (LArbG),  
Bundesarbeitsgericht (BAG).

In der I. Instanz, also beim Arbeitsgericht, ist immer nur ein Berufsrichter tätig. Die Kammerverhandlungen führt dieser gemeinsam mit zwei ehrenamtlichen Richtern aus Kreisen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemäß §§ 14ff Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG). Die Stimmen der ehrenamtlichen Richter bei der Urteilsfindung sind gleichberechtigt mit denen des Berufsrichters. Der Berufsrichter kann somit auch überstimmt werden.

In der II. Instanz (Landesarbeitsgericht) ist immer ein Berufsrichter gemeinsam mit den beiden ehrenamtlichen Richtern tätig. In dieser Instanz werden die Berufungen gegen die Urteile des Arbeitsgerichts verhandelt.

In der III. Instanz (Bundesarbeitsgericht in Erfurt) sind 3 Berufsrichter und 2 ehrenamtliche Richter eingesetzt. Hier fallen die Revisionsentscheidungen.

## b) Gerichtszuständigkeiten

Die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ergibt sich aus den § 2 (Zuständigkeit im Urteilsverfahren) und § 2a (Zuständigkeit im Beschlussverfahren) ArbGG.

Die Arbeitsgerichte sind zuständig in allen bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie für die Streitigkeiten zwischen den Tarifvertragsparteien oder dem Arbeitgeber und der Personalvertretung.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach dem Beschäftigungsort.

## c) Ablauf des Klageverfahrens

Der häufigste Fall der Auseinandersetzungen vor dem Arbeitsgericht ist der Streit um die Wirksamkeit einer Kündigung (Kündigungsschutzklage).

Weitere Streitfälle gibt es zum Beispiel bezüglich der Änderungskündigung, der Abmahnung, der Zeugniserteilung oder der Gehaltsforderung.

Das Verfahren vor dem Arbeitsgericht ist unterteilt in Gütetermin und Kammertermin. Es beginnt in der Regel mit der Einreichung der Klageschrift bei Gericht. Diese Klage wird dann der anderen Partei, dem Beklagtem, durch das Gericht zugestellt. Das Verfahren selbst ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, so u. a. an spezielle Klagefristen, so z. B. für die Kündigungsschutzklage: 3 Wochen nach Zugang der Kündigung oder bei einer Entschädigungsklage nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) 3 Monate nach schriftlicher Geltendmachung gegenüber dem Benachteiligten.

Im Urteilsverfahren gilt der so genannte **Beibringungsgrundsatz**. Das heißt, das Gericht entscheidet aufgrund des Vortrages und der Beweisangebote beider Prozessparteien.

Im Beschlussverfahren gilt der so genannte **Untersuchungsgrundsatz**. Das heißt, dass das Gericht von Amts wegen den Sachverhalt erforschen muss, um darauf dann seine Entscheidung zu treffen. Beispiele für ein Beschlussverfahren finden sich in den Ansprüchen des Betriebsrats u.a. gemäß den §§ 87, 99, 102 und 111 ff Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).

Beide Verfahren (Urteilsverfahren; Beschlussverfahren) schließen sich gegenseitig aus. Die Zuständigkeit im Urteilsverfahren bezieht sich auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.

Der Anwendungsbereich des Beschlussverfahrens betrifft kollektivrechtliche Streitigkeiten, hauptsächlich aus dem Betriebsverfassungsrecht.

Die individual-arbeitsrechtlichen Ansprüche (also die Ansprüche zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber) werden im Urteilsverfahren entschieden.

#### d) Anwaltliche Vertretung

Eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt ist vor dem Arbeitsgericht (1. Instanz) keine Pflicht. Die Parteien können hier den Rechtsstreit selbst führen oder sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Zudem ist eine Vertretung von Gewerkschaften oder von Vereinigungen von Arbeitgebern zulässig. Vor dem Landesarbeitsgericht (2. Instanz) und vor dem Bundesarbeitsgericht (3. Instanz) müssen die Parteien sich dagegen durch einen Rechtsanwalt oder einem Vertreter von Gewerkschaft-

ten oder von Vereinigungen der Arbeitgeber vertreten lassen.

Vor dem Bundesarbeitsgericht muss die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erfolgen.

#### e) Anwaltliche Hinweispflicht

Hinsichtlich der Kosten ist der Anwalt verpflichtet, im Urteilsverfahren den Mandanten darauf hinzuweisen, dass in der I. Instanz die jeweilige Partei immer ihre eigenen Anwaltskosten zu bezahlen hat, gleichgültig, ob sie den Prozess verliert, gewinnt oder sich vergleicht.

In der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist dies anders. Dort trägt die Kosten auch der Gegenseite, wer den Prozess verliert. Diese Regelung gilt im Arbeitsgerichtsverfahren nur ab der zweiten Instanz.

Das Beschlussverfahren ist gerichtskostenfrei (§ 12 V ArbGG). Der Arbeitgeber zahlt hierbei in der Regel nicht nur seinen Rechtsanwalt, sondern auch denjenigen des Betriebsrates gemäß § 40 BetrVG, da der Betriebsrat über keine eigenen finanziellen Mittel verfügt.

#### e) Prozesskostenhilfe

Gemäß § 11a Abs. 3 ArbGG gelten die Vorschriften der Zivilprozessordnung (ZPO) über die Prozesskostenhilfe in Verfahren vor den Gerichten in Arbeitssachen entsprechend.

Wenn eine Partei aufgrund Ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die erforderlichen Mittel für eine Prozessführung vor

Gericht nicht oder nur teilweise aufbringen kann, ist es möglich bei Gericht Prozesskostenhilfe zu beantragen.

Wird Prozesskostenhilfe gewährt, übernimmt der Staat für die Partei entsprechend ihrer Einkommens- und Belastungssituation ganz oder teilweise die Kosten für ihren Anwalt und das Gerichtsverfahren.

Wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Umstände es erlauben, kann das Gericht eine Rückzahlung der Prozesskostenhilfe in Raten festsetzen. Ist dies nicht der Fall, muss die Partei die Prozesskostenhilfe zunächst nicht zurückerstatten. Bei positiver Entwicklung der persönlichen und wirtschaftlichen Situation innerhalb von 4 Jahren ist eine teilweise Rückzahlungsverpflichtung denkbar.

Gemäß § 11a Abs. I ArbGG ist einer Partei, die außerstande ist, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihrer Familie notwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, und die nicht durch ein Mitglied oder einen Angestellten einer Gewerkschaft oder einer Vereinigung von Arbeitgebern vertreten werden kann, auf ihren Antrag hin ein Rechtsanwalt beizuordnen.

Dies gilt zwingend, wenn die Gegenpartei durch einen Rechtsanwalt vertreten ist (Prinzip der Waffengleichheit). Das Gericht muss dabei die betroffene Prozesspartei auf ihr Antragsrecht hinweisen.

Die Gerichtskosten sind niedriger als im Zivilprozess. Gerichtskosten sind erst fällig mit Abschluss der Instanz. Kostenvorschüsse werden nicht erhoben. Bei Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs fallen keine Gerichtsgebühren an.

### 3. Arbeitsvertragsparteien

Die Parteien des Arbeitsvertrages sind der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer.

#### a) Begriff des Arbeitnehmers

Der Begriff des Arbeitnehmers ist gesetzlich nicht definiert. Die Rechtsprechung hat daher den Arbeitnehmerbegriff nach drei Hauptkriterien geordnet:

- a) Der Arbeitnehmer schuldet die Leistung von Arbeit, nicht einen bestimmten Arbeitserfolg. (*Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zum Werkvertrag.*)
- b) Ein Arbeitnehmer erbringt Leistungen aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages, nicht aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses. (*Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zum Dienstverhältnis des Beamten.*)
- c) Die dienstleistende Person ist persönlich von dem Dienstgeber (Arbeitgeber) abhängig. (*Die persönliche Abhängigkeit ist das entscheidende Kriterium für die Frage, ob jemand als Arbeitnehmer oder in anderer Weise (z.B. als freier Mitarbeiter) tätig ist.*)

Die herrschende Meinung und Rechtsprechung definiert als Arbeitnehmer, “wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages fremdbestimmte Arbeit leistet und in einer fremden Arbeitsorganisation eingegliedert ist” oder in anderen Worten:

Arbeitnehmer ist wer aufgrund eines (1) *privatrechtlichen Vertrages* zur Leistung von (2) *Diensten* für einen anderen in (3) *persönlicher Abhängigkeit* gegen Entgelt verpflichtet ist.

1. Ein „*privatrechtlicher Vertrag*“, ist ein Vertrag zwischen zwei natürlichen Personen bzw. einer natürlichen Person und einer juristischen Person des Privatrechts (z.B. Arbeitsvertrag mit einer GmbH oder einer AG). Im Gegensatz hierzu stehen die Beamten, Soldaten und Richter. Letztere leisten Dienste aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses.

2. „Leistung von Diensten“ heißt, dass nur die Tätigkeit nicht aber der Erfolg geschuldet ist.

Dies steht im Gegensatz zum Werkvertrag, bei dem ein Werk geschuldet ist.

Geschuldet ist nach Auffassung der Literatur eine Tätigkeit von „mittlerer Art und Güte“ (s. § 243 I BGB analog). Dem hat sich das BAG nicht angeschlossen. Nach dem BAG ist ein subjektiver Leistungsbegriff heranzuziehen. Das bedeutet, dass ein Arbeitnehmer „das zu tun hat, was er soll und zwar so gut, wie er es kann.“ Er ist weder zur überobligatorischen Leistung verpflichtet noch darf er eine „mangelhafte“ Arbeitsleistung erbringen. Als Maßstab dient eine repräsentative Mitarbeitergruppe hinter deren durchschnittlicher Leistung der Arbeitnehmer.

3. In „*persönlicher Abhängigkeit*“ heißt, der Arbeitnehmer kann sich seine Arbeitszeit nicht frei einteilen. Er muss dem Arbeitgeber seine ganze oder überwiegende Arbeitskraft zur Verfügung stellen, ist

- weisungsgebunden,
- verpflichtet zur persönlichen Erbringung der Dienstleistung und

- eingebunden in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers.

Zu beachten ist, dass die obige Definition keine mathematische Formel ist. Die einzelnen Merkmale müssen stets im Einzelfall gewichtet und bewertet werden.

Beispiel: Eine sog. „450 € Haushaltskraft“ ist im Allgemeinen nicht in großem Umfang in persönlicher Abhängigkeit. Trotzdem leistet sie Dienste gegen Entgelt für einen anderen aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages. Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit tritt hier voll in den Hintergrund, trotzdem ist sie Arbeitnehmerin. Der Arbeitgeber ist zur Einhaltung aller arbeitsrechtlichen Bestimmungen verpflichtet. Insbesondere muss er Entgeltfortzahlung leisten, bezahlten Urlaub gewähren usw.

Allein maßgeblich ist die tatsächliche Gestaltung der Vertragsbeziehungen. D.h. die einfache Bezeichnung eines Arbeitnehmers als „freier Mitarbeiter“ reicht nicht aus, um die arbeitsrechtlichen Regelungen zu umgehen.

Beispiel nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG):

B war als selbständiger Frachtführer für die C-GmbH tätig. B hatte ein Gewerbe angemeldet. Jeden Tag von Montag bis Freitag nahm B auf dem Werksgelände Frachtaufträge entgegen und fuhr die Fracht aus. Er kehrte um 12:00 Uhr zurück, nahm neue Aufträge entgegen und kam um 17:00 Uhr zurück. Der Kleinlaster gehörte B. Dieser war versehen mit dem Logo der C-GmbH. Unterhaltskosten des Fahrzeuges trug B. Zur „Qualitätssicherung“ musste er das Fahrzeug regelmäßig an der betriebseigenen Tankstelle warten lassen und betanken. B durfte Frachtaufträge anderer Unternehmen annehmen. Er stellte am Monatsende Rechnungen an die C-GmbH, die Umsatzsteuer auswies, hatte allerdings einen Jahresurlaub von 20 Tagen. Das BAG stufte B als Arbeitnehmer ein, da er seine Arbeitszeit nicht frei einteilen konnte und er in besonderem Maße persönlich abhängig von der C-GmbH war.

## b) Begriff des Arbeitgebers

Arbeitgeber als Korrelat zum Arbeitnehmer ist der Partner des Arbeitsvertrages, der die Dienstleistung vom Arbeitnehmer im Rahmen abhängiger, weisungsunterworfener Beschäftigung fordern kann.

## 4. Die Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

### a) Einstellungsverfahren

Der Begründung des Arbeitsverhältnisses ist regelmäßig ein Einstellungsverfahren vorgeschaltet, das die Auswahl des geeigneten Kandidaten für die zu besetzende Stelle und den Abschluss eines das Arbeitsverhältnis begründenden Arbeitsvertrages umfasst.

Um geeignete Bewerber kennen zu lernen, wird die zu besetzende Stelle zunächst zur Bewerbung ausgeschrieben. Dies kann sowohl innerbetrieblich, z.B. am schwarzen Brett, in der Werkszeitung oder im firmeneigenen Intranet, als auch außerbetrieblich – in Tages- oder Fachzeitschriften, auf der Homepage im Internet, über die Jobcenter etc. – geschehen. Die innerbetriebliche Ausschreibung kann dabei zeitgleich zu einer außerbetrieblichen Ausschreibung vorgenommen werden.

Besteht ein Betriebsrat, kann dieser vor jeder Stellenbesetzung eine betriebsbezogene Stellenausschreibung verlangen.

Um mögliche Schadensersatzansprüche potenzieller Bewerber zu vermeiden, muss bei der Ausschreibung auf die Einhaltung der Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)

und damit auch darauf geachtet werden, dass die Chancengleichheit männlicher und weiblicher Bewerber gewährleistet ist. Insofern ist eine geschlechtsneutrale Ausschreibung erforderlich, wenn nicht ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die in Rede stehende Tätigkeit ist. Letzteres ist überaus selten der Fall (z.B. Modell für Damenbekleidung, Chorsängerstelle für Tenor).

Die als Vorbereitung für eine beabsichtigte Einstellung verwendeten Bewerbungsbögen unterliegen der mitbestimmenden Einflussnahme des Betriebsrats. Dies beinhaltet die Pflicht, dem Betriebsrat die entsprechenden Unterlagen zur Zustimmung vorzulegen.

Schließlich empfiehlt sich, dem Bewerber eine negative Entscheidung über das Einstellungsgespräch unverzüglich mitzuteilen und ihm die überlassenen Bewerbungsunterlagen unversehrt zurückzugeben. Mit Blick auf die Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) sollte von den Bewerbungsunterlagen abgelehnter Kandidaten eine Kopie zurückbehalten werden. Andernfalls besteht das Risiko, dass eine behauptete Diskriminierung nicht widerlegt werden kann und sich das Unternehmen deshalb schadensersatzpflichtig werden kann.

Nach dem Beschäftigtendatenschutz sind die Daten eines Bewerbers bei Ablehnung jedoch zu löschen, wenn dieser der Speicherung nicht zustimmt. Nach § 26 Absatz 1 Satz 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, soweit dies insbesondere für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist (s. Exkurs Beschäftigtendatenschutz).

## b) Stellenausschreibung und Allg. Gleichbehandlungsgesetz

Führte früher der Arbeitgeber eine Stellenausschreibung durch war er bei den Auswahlkriterien für Bewerber der zu besetzenden Stelle völlig frei. Lehnte der Arbeitgeber aus unsachlichen Gründen einen Bewerber ab, war dies grundsätzlich sanktionslos. Bis zum Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im August 2006 musste die Stellenausschreibung gemäß § 611b (Bürgerliches Gesetzbuch) BGB lediglich geschlechtsneutral erfolgen. Danach durfte eine Arbeitsplatzausschreibung nicht „nur für Männer oder nur für Frauen“ erfolgen.

Durch das AGG sind dem Arbeitgeber bei der Stellenausschreibung (und auch bei der Einstellungsentscheidung und der Durchführung des Arbeitsverhältnisses wie Aufstiegschancen, Beschäftigungsbedingungen, Arbeitsentgelt usw.) weitere Schranken gesetzt. Das AGG regelt den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (§ 1 AGG). *(Näheres hierzu unter 5.)*

## c) Vorstellungskosten

Ein Anspruch auf Ersatz der **Vorstellungskosten** des Bewerbers, das sind seine notwendigen Auslagen und Verdienstauffälle besteht dann, wenn der potenzielle Arbeitgeber den Bewerber auffordert, sich in einem persönlichen Gespräch vorzustellen und zwar unabhängig davon, ob die Vorstellung in einem Arbeitsverhältnis mündet oder nicht. Die Anspruchsgrundlage für einen der-

artigen Ersatzanspruch ist § 670 BGB, der die Ersatzansprüche des Beauftragten regelt. Der Anspruch erfasst die notwendigen Fahrt-, Übernachtungs- und Verpflegungskosten, nicht hingegen eine Abgeltung eines genommenen Urlaubstages. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses der bisherige Arbeitgeber den Arbeitnehmer für Vorstellungsgespräche ohnedies bezahlt freistellen muss (§ 629 BGB).

Kein Ersatzanspruch besteht hingegen, wenn sich der Bewerber unaufgefordert (etwa nur auf ein Zeitungsinserat hin) persönlich vorstellt oder unter den Parteien im Vorfeld geklärt wurde, dass der Ersatzanspruch nicht bestehen soll.

#### **d) Fragerechtsbeschränkungen und Anfechtung**

Im Einstellungsverfahren werden dem Bewerber im Vorstellungsgespräch häufig Fragen zu dessen persönlichen Verhältnissen gestellt.

Fragestellungen und Tests im Rahmen eines Bewerbungsgesprächs unterliegen ohne Einschränkung dem Diskriminierungsverbot des AGG. Die im AGG genannten Merkmale dürfen daher nicht abgefragt werden.

Der Arbeitgeber hat grundsätzlich ein Interesse daran, Informationen über die sonstigen persönlichen Verhältnisse des Bewerbers zu erlangen. Für den Bewerber hingegen können Fragen, die seine Intimsphäre berühren, unangenehm sein. Um diesem Interessenkonflikt gerecht zu werden, wurden von der Rechtsprechung Fragerechtsbeschränkungen aus dem allgemeinen Persön-

lichkeitsrecht (Artikel 1 Abs. 1, Artikel 2 Abs. 2 Grundgesetz) des Bewerbers abgeleitet.

Die aus dem Persönlichkeitsrecht des Bewerbers abgeleitete Fragerechtsbeschränkung führt dazu, dass nur solche Fragen gestellt werden dürfen, die mit dem Arbeitsplatz oder der zu leistenden Arbeit in Zusammenhang stehen. Andere Fragen sind unzulässig.

Bei unzulässigen Fragen löst eine falsche Antwort des Bewerbers keine negativen Rechtsfolgen aus, da eine totale Verweigerung der Antwort in der Regel zur Abweisung des Bewerbers führen würde.

Bei zulässigen Fragen kann eine falsche Antwort des Bewerbers allerdings zu einem Anfechtungsrecht des Arbeitsvertrages für den Arbeitgeber führen.

#### Anfechtung

Wenn eine Frage, die der Arbeitgeber zulässigerweise stellen durfte, falsch beantwortet wird, kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag im Prinzip "wegen arglistiger Täuschung" anfechten. Dieses Recht ergibt sich aus den §§ 123, 142 BGB . Eine solche Anfechtung bewirkt nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, dass das angefochtene Arbeitsverhältnis mit Zugang der Anfechtungserklärung beendet wird, d.h. die Anfechtung wirkt im Prinzip genauso wie eine fristlose Kündigung.

Eine Rückforderung des für die Vergangenheit bereits gezahlten Arbeitslohns ist ausgeschlossen. Die Rückabwicklung folgt nämlich nach den Grundsätzen des sogenannten **faktischen Arbeitsverhältnisses**.

Ein faktisches Arbeitsverhältnis bedeutet: Die Rechtsfolgen für die Vergangenheit sind wie beim gültigen (konkreten) Arbeitsvertrag; Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Zukunft erfolgt durch einfache Erklärung; Kündigungsfristen müssen also nicht eingehalten werden (s. hierzu wiederholend auch unten)

Die Anfechtungsfrist ist zu beachten. Die Anfechtungserklärung muss abgegeben werden: Bei Irrtumsanfechtung unverzüglich, das heißt innerhalb 2 Wochen, bei Täuschung innerhalb 1 Jahr ab Entdeckung.

Ein Anfechtungsrecht wird wirksam ausgeübt, wenn der Anfechtungsberechtigte einen Anfechtungsgrund hat und innerhalb der Anfechtungsfrist eine Anfechtungserklärung abgibt.

Die Anfechtungserklärung ist eine **einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung**.

Ein Anfechtungsgrund besteht z.B. dann, wenn über eine zulässig erfragte Tatsache aufgrund der bewusst falschen Antwort der Arbeitgeber arglistig getäuscht wird. Es liegt dann eine den Getäuschten nach § 123 BGB zur Anfechtung berechtigende arglistige Täuschung vor. Gegebenenfalls kommt auch eine Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB in Betracht (Eigenschaftsirrtum).

Auch bei anderen Irrtümern kommt eine Anfechtung in Betracht. So auch beim

**Erklärungsirrtum:** Objektiv Erklärtes und subjektiv Gewolltes fallen auseinander. (Ich wollte rechtlich etwas anderes erklären). Dieser

Irrtum berechtigt nach § 119 I Var. 2 BGB zur Anfechtung. Oder beim

**Inhaltsirrtum:** Objektiv Erklärtes und subjektiv Gewolltes fallen nicht auseinander, aber der Erklärende misst dem Erklärten eine andere Bedeutung bei als dies Allgemein üblich ist. (Ich wollte so was nicht erklären). Dieser Irrtum berechtigt nach § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB zur Anfechtung.

**Übermittlungsirrtum** (Dir wollte ich nichts erklären oder Dir wollte ich so was nicht erklären). Dieser Irrtum berechtigt nach § 120 BGB zur Anfechtung.

Irrtum über wesentliche Eigenschaften des Erklärungsobjekts. Dieser **Eigenschaftsirrtum** hat zum Gegenstand eine Person, Sache, Forderung oder ein Recht, sonst vermögenswerte Position (Das wollte ich schon erklären, aber nicht über eine so beschaffene Sache). Dieser Irrtum berechtigt nach § 119 Abs. 2 BGB zur Anfechtung.

**Arglistige Täuschung** und widerrechtliche Drohung berechtigt nach § 123 BGB zur Anfechtung.

Anfechtungsberechtigt ist jeweils der Irrende, Getäuschte oder Bedrohte, nicht sein Geschäftspartner.

Nicht anerkannt wird vom allgemeinen Zivilrecht der so genannte **Motivirrtum**, der sich auf Gründe bezieht, die die Erklärung auslösten (Ich erklärte dies, weil...) oder Folgen, die durch die Erklärung beabsichtigt sind (Ich erklärte dies, damit...).

Der Anfechtungsberechtigte muss die jeweils geltende Anfechtungsfrist einhalten. Ob er anfechtet und damit das Rechtsgeschäft vernichtet, ist seine Sache. Nach Ablauf der Frist kann er allerdings das Rechtsgeschäft nicht mehr anfechten und es wird endgültig wirksam.

Gem. § 124 BGB kann die Anfechtung einer nach § 123 BGB (arglistige Täuschung oder Drohung) anfechtbaren Willenserklärung nur binnen Jahresfrist erfolgen. Die Frist beginnt im Falle der arglistigen Täuschung mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt, im Falle der widerrechtlichen Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört. Die Anfechtung ist jedoch gänzlich ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre verstrichen sind.

Die Anfechtung hat durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner zu erfolgen (§ 143BGB).

Durch die wirksame Anfechtung wird das Rechtsgeschäft grundsätzlich rückwirkend (*ex tunc*) vernichtet. Es ist deshalb als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB). Bei Arbeitsverträgen gilt aber das sog. faktische Arbeitsverhältnis was bewirkt, dass die Anfechtung erst ab dem Zugang der Erklärung, also nur für die Zukunft (*ex nunc*) wirkt.

Der Anfechtende ist zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet, außer wenn der Vertragspartner den Grund für die Anfechtbarkeit des Geschäfts kannte oder kennen musste (§ 122 BGB).

Vertrauensschaden ist der Schaden, der dem Anfechtenden durch das Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrages entstanden ist.

Gegebenenfalls entstehen auch bereicherungsrechtliche Ansprüche aus den §§ 812 ff BGB. Durch den nichtigen Vertrag sind Leistungen zu Unrecht erbracht worden, deren Rückabwicklung das Bereicherungsrecht gewährleistet.

#### **e) Zur Zulässigkeit von Fragen im Einzelnen**

##### **aa) Fragerecht vor der Einstellung**

Zulässig sind nach § 32 Abs. 1 Satz 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) Fragen des Arbeitgebers nach beruflichen und fachlichen Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen, nach dem beruflichen Werdegang, einschließlich Prüfungs- und Zeugnisnoten. In diesen Fällen besteht ein unmittelbarer Bezug zum künftigen Arbeitsplatz, weil die Eignung des Bewerbers für die angebotene Tätigkeit festgestellt werden soll.

Erfordert der zu besetzende Arbeitsplatz regionale Mobilität, darf der Arbeitgeber auch nach der Versetzungsbereitschaft fragen. Wenn der Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund befristet eingestellt werden soll, darf der Arbeitgeber nach einer Vorbeschäftigung in seinem Betrieb fragen, um zu vermeiden, dass nach §§ 14 Abs. 2 Satz 2, 16 Satz 1 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande kommt. Diese Vorschriften regeln, dass eine sachgrundlose Befristung bei einem Arbeitgeber unzulässig ist, wenn mit diesem Arbeitgeber bereits einmal ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Wird der Arbeitnehmer dennoch eingestellt, ist die Befristung unwirksam und es

gilt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als zustande gekommen (s. Rn. 700). Wenn eine Nebentätigkeit dazu führen kann, dass der Bewerber seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen kann (s. Rn. 162 f.), darf der Arbeitgeber sich erkundigen, ob der Bewerber eine entsprechende Tätigkeit ausübt. Der Arbeitgeber darf Drittstaatsangehörige, das sind Personen, die nicht Bürger der Europäischen Union oder eines Staates sind, mit denen die EU Assoziationsabkommen geschlossen hat (z. B. Schweiz, Türkei), nach dem Vorliegen eines Aufenthaltstitels fragen, ohne bereits deswegen gegen die Diskriminierungsmerkmale „ethnische Herkunft“ oder „Rasse“ des AGG zu verstoßen. Denn ein Aufenthaltstitel berechtigt zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, ohne einen solchen Titel darf der Arbeitnehmer nicht beschäftigt werden (§ 4 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 und 2 AufenthG),

Dagegen ist die Frage nach Freizeitaktivitäten (Hobbies, ehrenamtliche Tätigkeiten etc.) unzulässig, weil regelmäßig kein Bezug zur angestrebten Beschäftigung besteht.

Der Arbeitgeber darf nach einem Wettbewerbsverbot fragen, das der Bewerber mit einem früheren Arbeitgeber vereinbart hat, wenn das Verbot der Arbeitsaufnahme im neuen Betrieb entgegensteht oder dort die angestrebte Tätigkeit beeinträchtigen kann.

Bei der Frage nach dem Alter (Geburtsdatum) eines Bewerbers ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz zu beachten. Die Frage ist daher grundsätzlich unzulässig. Nur im Ausnahmefall kann sie zulässig sein, nämlich wenn das Alter für die angestrebte Tätigkeit eine maßgebliche Rolle spielt, also im Sinne des All-

gemeinen Gleichbehandlungsgesetzes eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ist (§§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 i. V. m. § 1 AGG).

Fragen nach den **persönlichen Verhältnissen** (insbesondere Familienstand, Heiratsabsichten, Kinder) sind vor der Einstellung regelmäßig unzulässig.

Beispiel:

Arbeitgeber X fragt Bewerberin T nach Eheschließung und Kinderwunsch, um mögliche Ausfallzeiten von T durch die Mutterschutzzeiten nach dem Mutterschaftsgesetz und während der Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz „einschätzen“ zu können. Derartige Fragen bergen die Gefahr einer mittelbaren Benachteiligung von Bewerbern insbesondere wegen des Geschlechts oder der sexuellen Ausrichtung. Denn die Einstellungsentscheidung wird auf ein scheinbar neutrales Auswahlverfahren gestützt, faktisch können aber sachfremde Erwägungen eine Rolle spielen, die eine Gruppe von Bewerbern ungleich stärker benachteiligen als eine andere Gruppe.

So benachteiligen die Überlegungen des Arbeitgebers zu einem später möglichen Arbeitsausfall im Beispielsfall tatsächlich besonders Bewerberinnen. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz schließt jedoch auch eine mittelbare Benachteiligung der Betroffenen im Einstellungsverfahren aus. Die erfragten Angaben sind für die Einstellungsentscheidung regelmäßig sachlich ohne Bedeutung.

Die Frage nach den **Einkommensverhältnissen** eines Arbeitnehmers ist unter folgenden Voraussetzungen zulässig: Nach der bisherigen Vergütung darf nur gefragt werden, wenn der Bewerber im Vorstellungsgespräch diese Vergütung als Mindestforderung geltend macht oder wenn die bisherige Vergütung Schlussfolgerungen auf die Eignung für die angestrebte Stelle zulässt, z. B., wenn der bisherige Arbeitsplatz und der angestrebte Arbeitsplatz vergleichbare Kenntnisse und

Fertigkeiten erfordern. Hat die bisher erzielte Vergütung keine Aussagekraft für die neue Stelle, ist die Frage unzulässig, weil sie dann die Verhandlungsposition der Bewerber verschlechtern kann. Zulässig ist jedoch die Frage nach den Gehaltsvorstellungen (zum früheren Recht BAG vom 19. Mai 1983, DB 1984, S. 298).

Die Frage nach den Vermögensverhältnissen ist nur zulässig, wenn die Auskunft zur Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Bewerbers erforderlich ist, der sich um einen Arbeitsplatz bewirbt, der mit einer besonderen Vertrauensstellung verbunden ist, z. B. Leiter einer Sparkassenfiliale. Ein Interesse des Arbeitgebers an möglichen künftigen Gehaltspfändungen rechtfertigt die Frage nicht. Das gilt auch für die Frage nach laufenden Lohn- oder Gehaltspfändungen sowie Lohn- oder Gehaltsabtretungen. Auch hiernach darf der Arbeitgeber nur fragen, wenn die künftige Beschäftigung eine besonders vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber erfordert.

Fragen nach dem Gesundheitszustand, vor allem nach bestehenden Krankheiten, hat das Bundesarbeitsgericht bisher durch folgende Schranken begrenzt:

- Liegt eine Krankheit oder eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes vor, durch die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist?
- Liegen ansteckende Krankheiten vor, die zwar nicht die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, jedoch zukünftige Kollegen oder Kunden (also Dritte) gefährden?

– Ist zum Zeitpunkt des Arbeitsantritts bzw. in absehbarer Zeit danach mit einer Arbeitsunfähigkeit zu rechnen, z. B. durch eine geplante Operation, eine bewilligte Kur oder auch durch eine zurzeit bestehende akute Erkrankung?

Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG darf der Arbeitgeber nach einer Erkrankung oder einer Krankheitsgefährdung des Bewerbers fragen, wenn diese Umstände für die Entscheidung über die Begründung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind. Das ist der Fall, wenn es um die Beurteilung der aktuellen gesundheitlichen Eignung für den konkreten Arbeitsplatz (für die konkrete Tätigkeit) gehen. In diesem Rahmen darf er auch nach einer Alkoholkrankheit oder Drogenabhängigkeit fragen.

Beispiel:

Die Frage danach kann z. B. bei der Einstellung eines Berufskraftfahrers im Personennahverkehr oder eines Arbeitnehmers im Produktionsbereich eines Betriebs der Chemieindustrie (wegen des unweigerlichen Umgangs mit Chemikalien) erforderlich sein, bei der Einstellung eines Bürosachbearbeiters dagegen nicht. So kann der Arbeitgeber im Einzelfall auch Auskunft über eine frühere Erkrankung verlangen.

Bei einer AIDS-Erkrankung (HIV-Infektion) gilt Folgendes:

Die Frage nach einer (symptomlosen) HIV-Infektion ist grundsätzlich unzulässig, weil diese Information nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG nicht für die Entscheidung über die Begründung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Die Leistungsfähigkeit des Bewerbers ist in diesen Fällen regelmäßig nicht herabgesetzt. Die Frage kann den Umständen nach zulässig sein bei erhöhter Ansteckungsgefahr, so wenn Körperflüssigkeit des HIV-Infizierten mit Dritten in Berührung kommen kann, z. B. bei Tätigkeiten in der

Lebensmittelproduktion oder bei Küchenpersonal.

Nach einer akuten AIDS-Erkrankung darf der Arbeitgeber fragen, weil nach dem derzeitigen Stand der medizinischen Wissenschaft mit einer Heilung nicht gerechnet werden kann und der Bewerber aller Voraussicht nach in absehbarer Zeit arbeitsunfähig werden wird.

Die Frage eines Arbeitgebers nach einer bestehenden Schwangerschaft ist unzulässig. Sie stellt eine ungerechtfertigte Benachteiligung wegen des Geschlechts dar und verstößt gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (§ 7 Abs. 1 i. V. m. §§ 1 und 3 Abs. 1 Satz 2 AGG).

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz schließt insoweit an die frühere Rechtslage an. So hat das Bundesarbeitsgericht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG (z. B. EuGH vom 3. Februar 2000, Rs C-207/98) entschieden, dass die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft gegen das in § 611a BGB enthaltene Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts verstößt. Dies gilt nach dem Bundesarbeitsgericht auch dann, wenn die unbefristet eingestellte Bewerberin ihre Tätigkeit nicht aufnehmen kann, z. B. weil sofort die Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz (Mutterschutzfristen) Anwendung finden (BAG vom 6. Februar 2003, NZA 2003, S. 848).

Zur Frage nach einer **Behinderung** gilt folgendes:

Nach § 2 Abs. 1 SGB IX ist ein Mensch behindert, wenn seine körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher seine Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verbietet eine ungerechtfertigte

tigte Benachteiligung eines Bewerbers wegen einer Behinderung (§ 7 Abs. 1, § 1 AGG). Die Frage wird daher nur dann zulässig sein, wenn eine bestimmte körperliche Funktion und/oder geistige Fähigkeit oder die seelische Gesundheit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die auszuübende Tätigkeit darstellt (§ 8 Abs. 1 AGG).

Die Frage nach der Schwerbehinderung eines Bewerbers (Grad der Behinderung von mindestens 50 Prozent) oder Gleichstellung (§ 2 Abs. 2 und 3 SGB IX) hat das Bundesarbeitsgericht bisher für zulässig erklärt. Allerdings ist die Frage nach der Schwerbehinderung genauso wie die Frage nach einer Behinderung unterhalb dieses Grades jetzt nach den Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu beurteilen. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz schließt die pauschale (tätigkeitsneutrale) Frage nach einer Schwerbehinderung, Gleichstellung oder Behinderung aus. Wie bei der Frage nach einer Behinderung wird maßgeblich sein, ob bestimmte körperliche Funktionen, geistige Fähigkeiten oder die seelische Gesundheit für die Ausübung der künftigen Tätigkeit von wesentlicher Bedeutung sind (§ 8 Abs. 1 AGG).

Die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ist grundsätzlich unzulässig. Das Bundesarbeitsgericht hat dieses Ergebnis unmittelbar aus dem durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Grundrecht der Koalitionsfreiheit abgeleitet. Der Arbeitgeber darf die Einstellung von Bewerbern nicht davon abhängig machen, dass die Bewerber die Gewerkschaft verlassen.

Genauso unzulässig wie die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit sind auch Fragen nach der Partei- oder Religionszuge-

hörigkeit grundsätzlich nicht zulässig. Der Arbeitgeber darf danach nur fragen, wenn die Tätigkeit in einem Tendenzbetrieb aufgenommen werden soll (Partei, katholische oder evangelische Kirche oder andere Religionsgemeinschaft, Presseunternehmen etc.). Wie bei der Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit sind auch hier die Anforderungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes

zu berücksichtigen (§ 7 Abs. 1, §§ 1 und 8 Abs. 1 AGG).

Der Arbeitgeber darf nach „einschlägigen“ Vorstrafen des Bewerbers fragen, wenn und soweit diese Frage wegen der Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes (der Eigenart der angestrebten Tätigkeit) zur Beurteilung der Eignung nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG erforderlich ist.

Beispiel:

Frage nach Eigentums- und Vermögensdelikten bei einer Bewerbung als Kreditsachbearbeiter(in) oder Vermögensberater(in) einer Bank, nach Alkohol- und Verkehrsdelikten bei Berufskraftfahrern.

Frage nach einem Ermittlungsverfahren wegen eines Sexualdeliktes im letzten Arbeitsverhältnis als Sportpädagoge bei Bewerbung als Betreuer im Kinder- und Jugendbereich eines Schwimmsportvereins. Drohende Entziehung der Fahrerlaubnis und anhängiges Strafverfahren wegen Alkohol- und Verkehrsdelikten bei einer Bewerbung als Fernfahrer.

Der Bewerber darf sich nach § 1 des Bundeszentralregistergesetzes als unbestraft bezeichnen, wenn die Verurteilung nicht in ein Führungszeugnis aufzunehmen ist (wegen Geringfügigkeit bei Strafen zu nicht mehr als 90 Tagessätzen) oder zu tilgen ist (wegen Zeitablaufs). Die Frage nach einer derartigen Vorstrafe muss der Arbeitnehmer nicht richtig beantworten.

## **bb) Personalfragebogen**

In einem Personalfragebogen kann der Arbeitgeber den Bewerbern formularmäßig alle relevanten Fragen über die persönlichen Verhältnisse, Leistungen, Kenntnisse, Fertigkeiten, Fähigkeiten, den beruflichen Werdegang usw. in Bezug auf die angestrebte Tätigkeit vorlegen. Der Arbeitgeber kann auf diese Weise eine Vorauswahl unter den Bewerbern treffen. Allerdings darf der Arbeitgeber nur solche Fragen in den Fragebogen aufnehmen, die er auch in einem Vorstellungsgespräch stellen dürfte (§ 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG). Der Arbeitgeber, der durch einen formularmäßigen Personalfragebogen Informationen gewinnt, erhebt Daten im Sinne des BDSG (§ 3 Abs. 3 BDSG). Das bedeutet: Die schriftliche Einwilligung der Bewerber muss vorliegen (§ 4 Abs. 1, § 4a Abs. 1 BDSG). Werden die Daten gespeichert, etwa in einem automatisierten Personalinformationssystem, sind sie zu löschen, wenn die Speicherung nicht mehr erforderlich ist, wenn ein Arbeitsvertrag nicht zustande gekommen ist und wenn die Speicherung auch aus einem anderen Grund nicht mehr erforderlich ist.

Personalfragebögen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats.

## **cc) Fragerecht nach der Einstellung**

Der Arbeitgeber darf nach der Einstellung je nach Sachlage Informationen erheben, die im Vorstellungsgespräch nach den erörterten Grundsätzen und gesetzlichen Rahmenregelungen nicht gewonnen werden durften. Das betrifft z. B. die Frage nach dem Familienstand, der Zahl der Kinder oder der Konfessionszugehörigkeit (relevant etwa wegen der Zahlung eventueller Familienzuschläge und der Abführung der Lohnsteuer), wenn auch der Ar-

beitgeber diese Informationen ohnehin der Lohnsteuerkarte entnehmen kann, die der Arbeitnehmer vorlegen muss. Dies gilt desgleichen für die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit/Tarifbindung (relevant für tarifvertragliche Leistungen).

Allerdings sind bei der Informationserhebung die Anforderungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu berücksichtigen. Die dort geregelten Benachteiligungsverbote gelten auch im bestehenden Arbeitsverhältnis (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG).

Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach sechs Monaten nach der Schwerbehinderung fragen, also nach dem Erwerb des besonderen Kündigungsschutzes für behinderte Menschen. Die Frage soll es dem Arbeitgeber ermöglichen, sich rechtstreu zu verhalten, und zwar im Hinblick auf die an ihn gerichteten Anforderungen des § 1 Abs. 3 KSchG, der die Berücksichtigung der Schwerbehinderung bei der Sozialauswahl verlangt und mit Blick auf den in § 85 SGB IX geregelten Sonderkündigungsschutz, nach dem das Integrationsamt der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen vorher zustimmen muss (BAG vom 16. Februar 2012, 6 AZR 553/10).

#### **dd) Gesundheitliche Untersuchungen und Eignungstest**

Wenn ein Arbeitgeber von Bewerbern vor Abschluss des Arbeitsvertrags die Teilnahme an einer Untersuchung zur Klärung der gesundheitlichen Eignung verlangt, d. h. an einer Einstellungsuntersuchung (Eignungsuntersuchung), unterliegt dies als spezielle Ausübung des Fragerechts den von der Rechtsprechung für ärzt-

liche Untersuchungen aufgestellten und aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgenden Grenzen. Danach darf ein Arbeitgeber über den Arbeitnehmer durch gesundheitliche Untersuchungen nur solche Daten erheben, die er auch vom Arbeitnehmer erfragen dürfte. Im Einstellungsverfahren darf er aber nur solche Fragen an den Arbeitnehmer richten, die für die Entscheidung über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses erforderlich und nach Art und Ausmaß im Hinblick auf diesen Anlass angemessen sind. In diesem arbeitsplatzbezogenen Rahmen darf sich die Frage nach Krankheiten nur auf eine aktuelle Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes beziehen, ob durch sie die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist, ob ansteckende Krankheiten vorliegen, die zwar nicht die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, Kollegen oder Kunden gefährden können, oder ob zum Zeitpunkt des Arbeitsantritts oder in absehbarer Zeit mit einer Arbeitsunfähigkeit zu rechnen ist. Diese Grenzen des Fragerechts des Arbeitgebers dürfen durch eine andere Informationsbeschaffung, z. B. durch eine ärztliche Untersuchung, nicht umgangen werden.

Der Arzt darf weder nach einer Schwangerschaft fragen noch einen Schwangerschaftstest vornehmen. Unzulässig sind auch umfassende und damit für die angestrebte Tätigkeit nicht notwendige Untersuchungen, die ein Gesundheitsprofil ermöglichen. Durch die Einwilligung zur Untersuchung hat der Bewerber den Arzt regelmäßig (konkludent) von der Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich der Frage der gesundheitlichen Eignung, nicht aber hinsichtlich der vom Arzt erhobenen Einzelbefunde entbunden. Der Arzt ist nur berechtigt, dem Arbeitgeber

das Ergebnis der Untersuchung im Hinblick auf den künftigen Arbeitsplatz mitzuteilen (z. B. „geeignet, mit Einschränkung geeignet, nicht geeignet“), nicht aber die Diagnose. Die Befunde dürfen dem Arbeitgeber nur mitgeteilt werden, wenn der Bewerber ausdrücklich eingewilligt hat.

Genetische Untersuchungen im Arbeitsleben sind nach dem Genodiagnostikgesetz (GenDG) vom 31. Juli 2009 grundsätzlich verboten.

## 5. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz gilt für alle Beschäftigten in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst. Beschäftigte im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§ 6 Abs. 1) sind die Arbeitnehmer (Nr. 1), die zur Berufsbildung Beschäftigten (Nr. 2) und die arbeitnehmerähnlichen Personen (Nr. 3), wie z. B. die in Heimarbeit Beschäftigten. Der Geltungsbereich der arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes umfasst, wie § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG ausdrücklich klarstellt, auch Bewerber um ein Beschäftigungsverhältnis und solche Personen, deren Beschäftigungsverhältnis bereits beendet ist, weil bei diesen noch nachwirkende Folgen aus dem beendeten Beschäftigungsverhältnis eintreten können.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verbietet in § 7 Abs. 1, dass Beschäftigte (und Bewerber) benachteiligt werden in Bezug auf die Merkmale

- Rasse,

- ethnischer Herkunft,
- Religion,
- Weltanschauung,
- Behinderung,
- Alter,
- sexuelle Identität und/oder
- Geschlecht.

Im Folgenden wird das AGG in seinen wesentlichen Grundzügen erläutert:

Das AGG setzt 4 EU-Richtlinien in Bezug auf den europarechtlich gebotenen Schutz im Bereich Beschäftigung und Beruf in nationales Recht um.

Ziel des Gesetzes ist es, Benachteiligungen aus Gründen der oben genannten Merkmale zu verhindern oder zu beseitigen.

Die Merkmale können folgendermaßen definiert werden:

Rassen gibt es nicht. Die Diskriminierung wegen vermeintlicher Rasse wird untersagt. Der Begriff Rasse meint „*die Zurechnung eines Menschen aufgrund spezifischer vermeintlicher lebenslanger oder äußerer Erscheinungsmerkmale zu einer Gruppe*“.

Mit dem Merkmal der ethnischen Herkunft soll eine Ungleichbehandlung aus Gründen des ethnischen Ursprungs unterbunden werden. Charakteristisch für eine ethnische Gruppe ist: (1) *eine lange gemeinsame Geschichte, die von der Gruppe bewusst als andersartig im Verhältnis zu anderen Gruppen wahrgenommen und deren Erinnerung lebendig gehalten wird und (2) eine eigene kulturelle Tradition, die familiäre und gesellschaftliche Sitten*

*und Gebräuche mit einbezieht und oft, aber nicht notwendigerweise verbunden ist mit Befolgung religiöser Gebote.*

Religion ist entsprechend der Rechtsprechung zu Art. 4 Grundgesetz (GG) das *„Bekenntnis zu einem spezifischen Glauben und den sich daraus ergebenden Handlungsgeboten, verbunden mit der Vorstellung von Transzendenz, wobei der Glaube an Gott weder hinreichende noch notwendige Bedingung ist“.*

Weltanschauung kann als Entsprechung zur Religion betrachtet werden, allein, dass deren Wurzeln im Säkularem liegt.

Der Begriff der Behinderung entspricht der Definition in § 2 des Neunten Sozialgesetzbuches (SGB IX), wonach Menschen behindert sind, *„wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als 6 Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft beeinträchtigt ist“.*

Alter meint das Lebensalter und erfasst also nicht ausschließlich den Schutz älterer Menschen.

Sexuelle Identität bezeichnet die Präferenz bei der sexuellen Objektwahl, also die sexuelle Ausrichtung wie Homo-, Bi- oder Transsexualität.

Das Differenzierungsmerkmal Geschlecht bezeichnet die Geschlechtsidentität männlich, weiblich oder (gefühl) hermaphroditisch.

Das Einstellungsverfahren oder die -entscheidung (und die Ausprägung des Arbeitsverhältnisses) dürfen durch keines dieser Merkmale beeinflusst sein. Untersagt ist die unmittelbare und mittelbare Beeinträchtigung.

Eine **unmittelbare** Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen der oben genannten Kriterien eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in der vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Eine **mittelbare** Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren nicht durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zum Erreichen dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Z.B. wird eine Gruppe Nichtmerkmalsträger bevorzugt.

#### Einschränkungen

Es darf nicht wegen der oben genannten Kriterien benachteiligt werden, es sei denn, es liegt ein Rechtfertigungsgrund vor.

Eine Rechtfertigung ist grundsätzlich dann gegeben, wenn das Kriterium eine "wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist". Eine besondere Rechtfertigungsklausel bei einer Ungleichbehandlung wegen Religion/Weltanschauung existiert für Religionsgemeinschaften. Eine Ungleichbehandlung wegen Alters kann zulässig sein, wenn sie "objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist". Hierunter fällt laut Gesetzesbegründung beispielsweise eine Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zu einem

Zeitpunkt vorsieht, zu dem der Beschäftigte Altersrente beantragen kann.

Spezielle Fördermaßnahmen zum Ausgleich bestehender Nachteile bleiben nach § 5 AGG weiterhin zulässig (Frauenförderung, Maßnahmen für schwerbehinderte Arbeitnehmer), da sie tatsächliche Nachteile wegen eines im Gesetz genannten Diskriminierungsgrundes verhindern oder ausgleichen wollen.

Nach der sog. „Kirchenklausel“ des § 9 AGG darf Religion oder Weltanschauung als Voraussetzung der beruflichen Tätigkeit von Kirchen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften gefordert werden.

Grundsätzlich kann bei einer Beschäftigung durch eine Religionsgemeinschaft eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung zulässig sein. Voraussetzung dafür ist nach § 9 Abs. 1 AGG, dass eine bestimmte Religion oder Weltanschauung im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt (Beispiel: Katholische Religion bei der Beschäftigung als Lehrer an einer katholischen Schule). Zu beachten ist dabei das Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Weltanschauungsvereinigung. Diese Privilegierung gilt nicht nur bei einer Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften selbst, sondern auch bei einer Beschäftigung durch die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform (wie z. B. der Caritasverband oder der Diakonie) sowie bei einer Beschäftigung durch religiöse Vereinigungen oder bei einer Beschäftigung durch Weltanschauungsvereinigungen. Werden bzw. sind Stellen mit Trägern mit Sendungs-

funktion besetzt, darf von ihnen eine entsprechende Zugehörigkeit abverlangt werden (z.B. Pfarrer). Dies gilt nicht bei anderen Stellen (z.B. Reinigungskraft).

Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters in einzelvertraglichen als auch kollektivvertraglichen Regelungen sowie in Maßnahmen des Arbeitgebers ist über die allgemeine Regelung in § 8 AGG hinaus nach § 10 Satz 1 AGG auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Das zur Erreichung dieses Zieles angewandte Mittel muss nach § 10 Satz 2 AGG angemessen und erforderlich sein. Dies können auch Ziele sein, die über die Situation eines einzelnen Unternehmens oder einer Branche hinausgehen und von allgemeinem Interesse sind, wie etwa beschäftigungspolitische Ziele, Erfordernisse des Arbeitsmarktes oder der beruflichen Bildung oder öffentliche Sicherheit sowie Schutz der Gesundheit.

Nicht zulässig ist eine unterschiedliche Behandlung älterer Arbeitnehmer mit der pauschalen Begründung einer geringeren Leistungsfähigkeit, eines erhöhten Krankenstandes oder höherer Lohnkosten.

#### Konsequenzen bei einer Benachteiligung

a) Der Arbeitgeber muss die "erforderlichen" Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen treffen. Er muss bei Verstößen geeignete Maßnahmen treffen (Abmahnung oder gar Kündigung des Verletzers). Der Arbeitgeber muss auch geeignete und angemessene Maßnahmen zum Schutz seiner Mitarbeiter treffen, wenn diese bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte (Lieferanten, Kunden) benachteiligt werden.

b) Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot können sich Beschäftigte bei "den zuständigen Stellen" des Betriebs beschweren. Hat der Arbeitgeber die Pflichtverletzung zu vertreten, weil er beispielsweise keine Schutzmaßnahmen getroffen hat, muss er Schadensersatz leisten. Zudem kann der Beschäftigte eine "angemessene" Entschädigung in Geld verlangen.

c)

Bei einem Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 1 AGG verpflichtet, den hierdurch entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Dabei ist zu beachten, dass der Arbeitgeber für verfassungsmäßige Vertreter (z. B. Geschäftsführer einer GmbH, Vorstand einer AG) über § 31 BGB und gemäß § 278 BGB auch für seine mit der Personalauswahl betrauten Hilfspersonen haftet. Er hat also für das schuldhafte Verhalten seiner Personalabteilung wie auch von potenziellen Vorgesetzten des Bewerbers einzustehen. Voraussetzung des nach oben unbegrenzten Schadensersatzanspruchs ist nach § 280 BGB, dass die Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden kausal war. Der Arbeitgeber kann demnach gegen ihm gegenüber erhobene Schadensersatzansprüche nach § 15 Abs. 1 AGG einwenden, dass der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, weil der tatsächlich Eingestellte oder Beförderte besser geeignet ist als der Benachteiligte. Bei der Beurteilung der Eignung dürfen nicht nur Kriterien wie bestimmte Qualifikationen und Noten berücksichtigt werden, sondern auch Kriterien wie Selbstbewusstsein, Teamfähigkeit, Führungsstärke und soziale Kompetenz. Dabei obliegt dem abgelehnten Bewerber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er bei benachteiligungsfreier Auswahl den begehrten Arbeitsplatz erhalten hätte.

Gelingt ihm die Darlegung oder der Beweis nicht, kann der unzulässig benachteiligte Arbeitnehmer ggf. dennoch einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG geltend machen.

Ein Einstellungsanspruch wird jedenfalls nach § 15 Abs. 6 AGG ausdrücklich ausgeschlossen.

Der Arbeitgeber ist bei Verletzung eines jeden Diskriminierungsmerkmals aus § 1 AGG zudem zum Ersatz des immateriellen Schadens verpflichtet. Nach § 15 Abs. 2 AGG ist hierfür auch ohne ein Verschulden des Arbeitgebers oder seiner Erfüllungshelfen bzgl. der Benachteiligung eine "angemessene Entschädigung", also eine Art Schmerzensgeld, zu zahlen. Was unter "angemessen" zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht geregelt. Die Gesetzesbegründung verweist nur auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach die Entschädigung "eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben und in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen muss". Auch wenn für die Entschädigungshöhe "amerikanische Verhältnisse" nicht zu erwarten sind, dürfte der Entschädigungsanspruch im Vergleich zum Schadensersatzanspruch in der Praxis die größere Bedeutung haben, zumal die Anspruchsvoraussetzungen gegenüber dem Schadensersatzanspruch niedriger sind. Das Arbeitsgericht kann z. B. folgende Gesichtspunkte bei der Bemessung des Entschädigungsanspruchs berücksichtigen:

- die Art und Schwere der Benachteiligung,
- ihre Dauer und Folgen,
- der Anlass und der Beweggrund des Handelns,

- der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und
- das Vorliegen eines Wiederholungsfalles.

Bei einer diskriminierenden Stellenanzeige oder -ausschreibung haben nach § 15 Abs. 2 AGG alle betroffenen Bewerber Anspruch auf eine "angemessene Entschädigung" als verschuldensunabhängige Sanktion.

Der Arbeitgeber, der eine Stelle unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach § 11 AGG i. V. m. §§ 7 Abs. 1, 1 AGG ausgeschrieben hat (z. B. nicht geschlechtsneutral), kann sich gegenüber einer Entschädigungsforderung nicht darauf berufen, dass der Bewerber für die Stelle ungeeignet sei, also die Qualifikationsanforderungen nicht erfülle, sodass er aus diesem Grunde nicht diskriminiert sein könne. Der Entschädigungsanspruch setzt nicht voraus, dass der Bewerber ohne die Diskriminierung die Stelle erhalten hätte. Nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG darf allerdings die Entschädigung bei einer Nichteinstellung 3 Monatsverdienste nicht überschreiten, wenn der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Im Übrigen ist die Höhe der Entschädigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu bemessen. Dies entspricht der Regelung zum Schmerzensgeld in § 253 Abs. 2 BGB. Dem Gericht bleibt daher ein Beurteilungsspielraum, um die Besonderheiten eines jeden Einzelfalles berücksichtigen zu können.

Bei einer Nichteinstellung darf die Entschädigung drei Monatsgehälter nicht übersteigen. Diese Ansprüche müssen innerhalb

einer Ausschlussfrist von zwei Monaten ab Zugang beziehungsweise Kenntnis geltend gemacht werden.

Der Gesetzgeber hat kurz vor der Verabschiedung des Gesetzes den Text noch dahingehend geändert, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten.

Zur Gewährleistung des Rechtsschutzes beinhaltet das AGG Beweislastregeln: Wenn jemand "Indizien beweist", die eine Benachteiligung vermuten lassen, trägt die andere Seite die Beweislast dafür, dass kein Verstoß vorgelegen hat.

Auf Kausalität und Verschulden kommt es nicht an. Allein das Diskriminierungsergebnis löst die Haftung aus

## 5. Der Arbeitsvertrag

### a) Form

Soweit in einem einschlägigen Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder in gesonderten einzelvertraglichen Absprachen keine entsprechenden Anforderungen festgelegt sind, unterliegt der Arbeitsvertrag keiner besonderen Form.

Arbeitsverträge sind nach dem Gesetz damit grundsätzlich formfrei. Sie können also auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten (z.B. durch Handschlag) gültig abgeschlossen werden.

Allerdings ist der Arbeitgeber nach den Bestimmungen des Nachweisgesetzes verpflichtet, spätestens 1 Monat nach Beginn

des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen und die von ihm unterzeichnete Niederschrift dem Arbeitnehmer auszuhändigen (s. unten).

Ausnahmen von der Formfreiheit bestehen für einzelne Vereinbarungen, z.B. Befristungsabrede, Wettbewerbsverbote, bei denen Schriftform vorgeschrieben ist.

Ein mündlich geschlossener Arbeitsvertrag kann also nur dann wirksam befristet sein, wenn es zumindest über die Befristungsvereinbarung eine schriftliche, von beiden Arbeitsvertragsparteien unterzeichnete Abrede gibt.

Gesetzlich kann die Schriftform vorgeschrieben sein. Beispielsweise verlangt § 4 Berufsbildungsgesetz (BBiG) die Schriftform für den Berufsausbildungsvertrag.

Auch in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen kann die Schriftform von Arbeitsverträgen verlangt sein (so z.B. im Bundesangestelltentarifvertrag).

#### Nichtigkeit des Vertragsabschlusses

Wann ist ein Arbeitsvertrag nichtig und welche Folgen hat das?

a) Nichtigkeitsgründe sind:

- Formverstoß (§§ 126, 127 BGB). Ist also Schriftform vereinbart worden, so sind mündliche Abreden nichtig.
  
- Gesetzesverstoß (§ 134 BGB). Beispiele: Verstöße gegen das Schwarzarbeitsgesetz, Einstellung von Kindern, Vereinbarung der Übernahme von Ausbildungskosten entgegen Berufsbildungsge-

setz. Anders dagegen beim Fehlen eines Gesundheitszeugnisses nach Bundesseuchengesetz. Für die Frage, ob ein Gesetzesverstoß zur Nichtigkeit der betreffenden Vereinbarung führt, kommt es auf den Zweck des gesetzlichen Verbotes an.

- Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Beispiele: Lohnwucher, Knebelungsverträge.

- Fehlen der Geschäftsfähigkeit bei einem oder beiden Vertragspartnern; fehlende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bei beschränkt Geschäftsfähigen (das sind Kinder und Jugendliche zwischen 7 und 18 Jahren) führt zu „schwebender Unwirksamkeit“. Er wird dann nichtig, wenn der gesetzliche Vertreter nicht auch nachträglich genehmigt. Entsprechend ist die Rechtslage, wenn einer der Vertragspartner mit dem Aufgabenbereich „Arbeitsverhältnisse“ unter gesetzlicher Betreuung steht und ein Einwilligungsvorbehalt besteht. Hier kommt es für die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags auf die Zustimmung des Betreuers an.

- Schein- und Scherzgeschäfte (§ 117 BGB).

- Nichtigkeit einer Vertragsbestimmung (§ 139 BGB) führt i.d.R. zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags.

Beim Arbeitsvertrag weicht die Rechtsprechung von diesem Grundsatz ab:

unwirksame Bestimmungen werden durch gesetzliche Regelung ersetzt.

b) Die Folgen der Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages sind:

Für die Zeit vor Erkennen der Nichtigkeit liegt außer in den Fällen

des § 139 BGB) ein „faktisches Arbeitsverhältnis“ vor, anschließend tritt Unwirksamkeit ein.

Wenn der Arbeitsvertrag also von vornherein nichtig war besteht in der Zeit zwischen Tätigkeitsaufnahme und der Berufung auf die Unwirksamkeit ein sog. faktisches Arbeitsverhältnis, das für die Vergangenheit als voll wirksames Arbeitsverhältnis behandelt wird. Aus dem faktischen Arbeitsverhältnis resultieren quasi-vertragliche Ansprüche, d.h. der Arbeitnehmer kann insbesondere die Vergütung seiner Arbeit beanspruchen.

Würde man nicht diese Grundsätze anwenden, müsste der Arbeitnehmer, der z.B. die Vergütung ohne wirksamen Vertrag und damit rechtsgrundlos erhalten hat, diese dem Arbeitgeber zurückerstatten (§ 812 BGB). Das wäre unbillig, weil der Arbeitnehmer seine geleistete Arbeit ja nicht zurück verlangen kann.

Die Grundsätze des faktischen Arbeitsverhältnisses sind im Übrigen auch dann anzuwenden, wenn ein Arbeitsvertrag wirksam angefochten wurde. Eine Anfechtung durch den Arbeitgeber kann –wie dargelegt– wirksam erklärt werden, wenn der Bewerber auf eine zulässige Frage gelogen hat und diese falsche Antwort Einfluss auf die Einstellungsentscheidung hatte. Die wirksame Anfechtung macht den Arbeitsvertrag von Anfang an (*ex tunc*) nichtig (§ 142 BGB). Gleichwohl bleiben das bis zur Anfechtung erworbene Gehalt oder die Urlaubsansprüche usf. bei dem Arbeitnehmer. Nur für die Zukunft (*ex nunc*) wird das Arbeitsverhältnis als nichtig betrachtet.

## b) Nachweisgesetz

Zu beachten ist das “Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz)”. Danach hat der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen (§ 2 Nachweispflicht).

Dem Arbeitnehmer steht ein Erfüllungsanspruch zu, das heißt, er kann durch Klage die schriftliche Arbeitgebererklärung erzwingen. Ebenso eine Korrektur unrichtiger Angaben. Im Falle einer Verletzung der Dokumentationspflicht macht sich zwar der Arbeitgeber (bis auf wenige Ausnahmen) nicht unbedingt schadensersatzpflichtig. Auch steht dem Arbeitnehmer kein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung zu, wenn der Arbeitgeber seiner Nachweispflicht nicht nachkommt. Allerdings kann der unterlassene Nachweis dazu führen, dass sich die Beweislast zu Lasten des Arbeitgebers ändert.

Gemäß § 2 Nachweisgesetz sind in die Niederschrift aufzunehmen:

1. Der Name und die Anschrift der Vertragsparteien
2. Der Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses.
3. Bei befristeten Arbeitsverhältnissen: die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses.
4. Der Arbeitsort oder, falls der Arbeitnehmer nicht nur an einem bestimmten Arbeitsort tätig sein soll, ein Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann.

5. Die Bezeichnung oder allgemeine Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit.
6. Die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit.
7. Die vereinbarte Arbeitszeit.
8. Die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs.
9. Die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.
10. Ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind.

## 6. Einzelne Arbeitsvertragsbestimmungen

### a. Probezeit

Eine Probezeit mit der kurzen Kündigungsfrist von zwei Wochen darf nicht länger als 6 Monate vereinbart werden (§ 622 Abs. 3 BGB). Eine Verlängerung ist nur dann möglich, wenn der Arbeitnehmer während der 6 Monate häufig erkrankt war oder dem Arbeitgeber ernsthaft aus anderen Gründen eine Beurteilung des Arbeitnehmers innerhalb dieser 6 Monate nicht möglich war. Dies sind aber sehr seltene Ausnahmen.

Viel häufiger ist, dass die Probezeit nur kürzer als 6 Monate vereinbart werden darf, so beispielsweise in Tarifverträgen. Sie dient der gegenseitigen Erprobung. Ein Probearbeitsverhältnis ist ein vollgültiges Arbeitsverhältnis, auf das alle arbeitsrechtlichen Ge-

setze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen anzuwenden sind. Das Probearbeitsverhältnis kann mit der kürz möglichen gesetzlichen Frist (14 Tage) oder, im Einzelfall mit kürzerer tarifvertraglichen Fristen, gekündigt werden.

Der Arbeitgeber kann am letzten Tag der Probezeit das Arbeitsverhältnis kündigen mit der für die Probezeit gültigen Kündigungsfrist. Voraussetzung ist hierzu, dass dem Arbeitnehmer an diesem letzten Tag der Probezeit die Kündigung auch wirksam zugeht. Unschädlich ist, dass das Arbeitsverhältnis dann rechtlich erst zwei Wochen nach dem vertraglichen Ablauf der Probezeit endet.

Der Regelfall ist der Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einer sogenannten vorgeschalteten Probezeit. Wird während der Probezeit keine Kündigung von einer der beiden Vertragsparteien erklärt, dann wird das Arbeitsverhältnis als unbefristetes Arbeitsverhältnis fortgesetzt.

Möglich ist auch der Abschluss eines Probearbeitsverhältnisses, welches automatisch nach Zeitablauf endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, wenn es nicht mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt wird. Hierbei handelt es sich um ein befristetes Arbeitsverhältnis was voraussetzt, dass zumindest die Befristungsabrede unter Beachtung der Schriftform getroffen wurde.

b) Es ist sinnvoll, den Arbeitsort in den Arbeitsvertrag aufzunehmen. Geschieht dies nicht und ist auch der Hinweis im Arbeitsvertrag enthalten, dass der Arbeitnehmer “auch in anderen Betriebsstätten” beschäftigt werden kann, dann kann der Arbeitnehmer auch an weit entfernte Orte versetzt werden.

c) Die zu leistende Tätigkeit soll möglichst präzise formuliert sein, der Begriff “kaufmännischer Angestellter” lässt eine Vielzahl an verschiedenen Tätigkeiten zu. Auch die Bezeichnung “Fahrer” ist sehr großzügig gefasst. Darunter kann verstanden werden Fahrer der Geschäftsleitung aber auch Fahrer von Pritschenwagen und kleineren LKW's.

d) Das Arbeitsentgelt ist präzise auszuweisen. “Jederzeit widerrufliche Zulagen” können bei Vorliegen eines sachlichen Grundes ersatzlos gestrichen werden. Ferner können Zulagen mit Tarifierhöhungen verrechnet werden.

Sonderzahlungen wie beispielsweise Weihnachtsgeld bzw. 13. Monatsgehalt sind zu unterscheiden. Ein “Weihnachtsgeld in Höhe eines 13. Monatsgehalts” kann, sofern dies vertraglich (auch tarifvertraglich) geregelt ist, bei Ausscheiden während des 1. Quartals des Folgejahres zurückgefordert werden. Üblicherweise ist das 13. Monatsgehalt als Weihnachtsgeld mit der November-Gehaltsabrechnung eines jeden Jahres fällig. Ist der Arbeitnehmer vor dem 30.11. ausgeschieden oder ist das Arbeitsverhältnis am 30.11. in einem gekündigten Zustand, so hat der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch mehr auf Auszahlung des Weihnachtsgeldes, wenn der Bestand des Arbeitsverhältnisses am 30.11. als Anspruchsvoraussetzung vereinbart ist.

Zu unterscheiden hierbei ist zwischen dem “13. Monatsgehalt als Weihnachtsgeld” und der vertraglichen Regelung über “ein 13. Monatsgehalt”.

Das reine 13. Monatsgehalt bedeutet, dass der Arbeitnehmer es mit jedem 1/12 seines Monatsgehalts erwirbt. Scheidet er daher

am 30.09. eines Kalenderjahres aus, so hat er einen Rechtsanspruch auf 9/12 seines 13. Monatsgehalts. Eine Rückforderung dieser Sonderzahlung ist nicht möglich, da mit jedem abgelaufenen Monat der 1/12-Gehaltsanspruch erworben wurde.

e) Die Arbeitszeit ist nach oben begrenzt durch das Arbeitszeitgesetz. § 3 Arbeitszeitgesetz besagt, dass die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer 8 Stunden nicht überschreiten darf. Sie kann aber bis auf 10 Stunden verlängert werden, wenn innerhalb von 6 Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt 8 Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Das Arbeitszeitgesetz lässt eine Vielzahl an Ausnahmegesetzen zu.

Die Mehrheit der Arbeitnehmer unterliegen der 5-Tage-Woche, in den meisten Fällen beträgt die wöchentliche Arbeitszeit maximal 40 Arbeitsstunden.

f) Das Bundesurlaubsgesetz (BUrIG) regelt einen Mindesturlaub der Arbeitnehmer. Dieser beträgt jährlich bei einer 6-Arbeitstage-Woche mindestens 24 Werktage. Bei der üblichen 5-Arbeitstage-Woche beträgt er allerdings nur 20 Werktage. Daher merke man sich besser, dass der Mindesturlaub immer 4 Wochen jährlich beträgt.

Werktage sind alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind.

Der Mindesturlaub wird erstmalig nach 6-monatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben.

Der Teilurlaub ergibt sich aus § 5 BUrIG. Danach hat der Arbeitnehmer Anspruch auf 1/12 Jahresurlaub für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. Dabei sind Bruchteile

von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, auf volle Urlaubstage aufzurunden. Üblich ist die Vereinbarung des Urlaubsanspruchs nach Arbeitstagen. Dies ist dann in der Regel die 5-Tage-Woche.

Hat ein Arbeitnehmer am 10. Januar begonnen zu arbeiten und ist ein Urlaubsanspruch von 25 Arbeitstagen jährlich vereinbart und scheidet er am 06.07. wieder aus den Diensten aus, dann hat er (lediglich) 5 volle Monate gearbeitet. Der Urlaubsanspruch beträgt dann:  $25 : 12 = 2,08$  Tage pro Monat  $\times$  5 Monate = 10,41= somit 10,41 Urlaubstage. Eine Abrundung findet nicht statt. Das Bundesurlaubsgesetz kennt zwar eine Aufrundung von Bruchteilen von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben (§ 5 Abs. 2 BurlG), dagegen kennt das Gesetz keine Abrundung von Urlaubstagen. Es sind im obigen Beispiel somit 10,41 Urlaubstage zu gewähren.

§ 5 Abs. 1 BurlG sieht eine pro-rata-temporis-Regelung vor, wonach der Arbeitnehmer unter den dort unter § 5 I a-c BUrlG genannten Voraussetzungen Anspruch auf 1/12 des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses erwirbt. So z.B. wenn das Arbeitsverhältnis keine volle 6 Monate gedauert hat.

Hat das Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate andauert und scheidet ein Mitarbeiter nach dem 30.06. eines Jahres aus, also in der zweiten Jahreshälfte, dann erwirbt er den vollen Jahresurlaubsanspruch. Ausnahme: es gibt Manteltarifverträge, die auch bei einem Ausscheiden in der 2. Jahreshälfte die pro-rata-temporis-Regelung vorsehen.

Beispiel für eine solche Regelung: Eintritt 20.12.2003, Ausscheiden am 30.11.2004. Im Vertrag sind 30 Urlaubstage pro Jahr vereinbart.

Berechnung: 30 Tage : 12 Monate = 2,5 Urlaubstage pro Monat  
x 11 Monate = 27,5 Urlaubstage, aufgerundet (§ 5 Abs. 2 BUrlG) = 28 zu gewährende Urlaubstage.

Bei der zeitlichen Lage des Urlaubs sind die Wünsche des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung dringender betrieblicher Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer zu beachten.

Im Folgenden ist das Bundesurlaubsgesetz in seinen wesentlichen Bestimmungen abgedruckt:

## **Bundesurlaubsgesetz (BUrlG)**

Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) vom 8. Januar 1963

### **§ 1 Urlaubsanspruch**

Jeder Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub.

### **§ 2 Geltungsbereich**

Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Als Arbeitnehmer gelten auch Personen, die

wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; für den Bereich der Heimarbeit gilt § 12.

### **§ 3 Dauer des Urlaubs**

(1) Der Urlaub beträgt jährlich mindestens 24 Werktage.

(2) Als Werktage gelten alle Kalendertage, die nicht Sonn- oder gesetzliche Feiertage sind.

#### § 4 Wartezeit

Der volle Urlaubsanspruch wird erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses erworben.

#### § 5 Teilurlaub

(1) Anspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer

- a) für Zeiten eines Kalenderjahres, für die er wegen Nichterfüllung der Wartezeit in diesem Kalenderjahr keinen vollen Urlaubsanspruch erwirbt;
- b) wenn er vor erfüllter Wartezeit aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet;
- c) wenn er nach erfüllter Wartezeit in der ersten Hälfte eines Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

(2) Bruchteile von Urlaubstagen, die mindestens einen halben Tag ergeben, sind auf volle Urlaubstage aufzurunden.

(3) Hat der Arbeitnehmer im Falle des Absatzes 1 Buchstabe c bereits Urlaub über den ihm zustehenden Umfang hinaus erhalten, so kann das dafür gezahlte Urlaubsgeld nicht zurückgefordert werden.

#### § 6 Ausschluss von Doppelansprüchen

(1) Der Anspruch auf Urlaub besteht nicht, soweit dem Arbeitnehmer für das laufende Kalenderjahr bereits von einem früheren Arbeitgeber Urlaub gewährt worden ist.

(2) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer eine Bescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr gewährten oder abgegoltenen Urlaub auszuhändigen.

#### § 7 Zeitpunkt, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs

(1) Bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs sind die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, daß ihrer Berücksichtigung dringende

betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen. Der Urlaub ist zu

gewähren, wenn der Arbeitnehmer dies im Anschluss an eine Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation verlangt.

(2) Der Urlaub ist zusammenhängend zu gewähren, es sei denn, daß dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe eine Teilung des

Urlaubs erforderlich machen. Kann der Urlaub aus diesen Gründen nicht zusammenhängend gewährt werden, und hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaub von

mehr als zwölf Werktagen, so muß einer der Urlaubsteile mindestens zwölf aufeinander folgende Werktage umfassen.

(3) Der Urlaub muß im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn

dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Im Fall der Übertragung muß der Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden. Auf Verlangen des Arbeitnehmers ist ein nach § 5 Abs. 1 Buchstabe a entstehender

Teilurlaub jedoch auf das nächste Kalenderjahr zu übertragen.

(4) Kann der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden, so ist er abzugelten.

#### **§ 8 Erwerbstätigkeit während des Urlaubs**

Während des Urlaubs darf der Arbeitnehmer keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten.

#### **§ 9 Erkrankung während des Urlaubs**

Erkrankt ein Arbeitnehmer während des Urlaubs, so werden die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage der Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht angerechnet.

#### **§ 10 Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation**

Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation dürfen nicht auf den Urlaub angerechnet werden, soweit ein Anspruch auf Fortzahlung des

Arbeitsentgelts nach den gesetzlichen Vorschriften über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall besteht.

#### § 11 Urlaubsentgelt

(1) Das Urlaubsentgelt bemisst sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst, das der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor dem Beginn des

Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes. Bei Verdiensterhöhungen nicht nur vorübergehender Natur, die

während des Berechnungszeitraums oder des Urlaubs eintreten, ist von dem erhöhten Verdienst auszugehen. Verdienstkürzungen, die im Berechnungszeitraum

infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnis eintreten, bleiben für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht. Zum Arbeitsentgelt gehörende Sachbezüge, die während des Urlaubs nicht weitergewährt werden, sind für die Dauer des Urlaubs angemessen in bar abzugelten.

(2) Das Urlaubsentgelt ist vor Antritt des Urlaubs auszuführen.

§ 12 bis § 16 (nicht abgedruckt)

g) Bei Krankheit ist der Arbeitnehmer in aller Regel gehalten, bereits am ersten Tag zu Beginn der Tätigkeitsaufnahme beim Arbeitgeber mitzuteilen, meistens telefonisch, dass er erkrankt ist. Ist er selbst am Telefonieren gehindert, muss er dafür Sorge tragen, dass eine andere Person dem Arbeitgeber unverzüglich die Mitteilung macht. Sodann ist üblicherweise bis zum dritten Kalendertag die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Es ist üblich, dass für die ersten drei Arbeitstage eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht vorzulegen ist, doch ist der Arbeitgeber berechtigt, für jeden Tag des Fehlens eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung anzufordern.

Endet die ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit, ist der Arbeitnehmer dagegen immer noch erkrankt, so hat er wiederum spätestens am ersten Tag des Folgezeitraums den Arbeitgeber telefonisch zu unterrichten, dass er immer noch erkrankt ist und eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen.

Gemäß § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz hat ein Arbeitnehmer im Falle unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Dauer von 6 Wochen. Danach ist die Krankenkasse eintrittspflichtig.

Gemäß § 3 Abs. 3 entsteht der Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall aber erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Erkrankt der Arbeitnehmer z.B. nach 2 Wochen Betriebszugehörigkeit für drei Wochen, erhält er für bis zum Ablauf der ersten vier Wochen des Beschäftigungsverhältnisses keine Entgeltfortzahlung. Ihm wird in diesem Fall nur die letzte Krankheitswoche vergütet.

Die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgeltes bemisst sich gemäß § 4 Entgeltfortzahlungsgesetz und orientiert sich nach dem regelmäßigen Arbeitsentgelt.

h) Üblicherweise wird der Arbeitgeber auch in den Vertrag aufnehmen, dass Nebentätigkeiten seiner Genehmigung bedürfen. Diese Regelung ist zulässig. Der Arbeitgeber ist aber verpflichtet, die Genehmigung zu erteilen, sofern durch die Nebentätigkeit des Arbeitnehmers dessen Arbeitsleistung beim Hauptarbeitsverhältnis nicht berührt wird. Denn die vertragliche Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist, während der Arbeitszeit eine gute Arbeitsleistung zu erbringen, wogegen die Hauptpflicht des Arbeitgebers aus dem

Arbeitsverhältnis darin besteht, die vertragsgemäße Vergütung pünktlich auszuzahlen.

i) Die Kündigungsfristen sind ebenfalls aufzunehmen. Die im Gesetz genannten Kündigungsfristen können einzelvertraglich nicht unterschritten werden. Die Fristen sind in § 622 BGB aufgeführt.

Beachte; die Kündigung bedarf der Schriftform (§ 623 BGB).

j) Vertragsstrafenregelung zu Lasten des Arbeitnehmers bis zu einem Monatsgehalt werden von der Rechtsprechung akzeptiert für den Fall der schuldhaften Nichtaufnahme der Tätigkeit bei einem gerade abgeschlossenen Arbeitsverhältnis oder dessen vertragswidriger Beendigung durch den Arbeitnehmer.

k) Eine wichtige Regelung sind die sogenannten Ausschlussfristen. Sie sind regelmäßig in Manteltarifverträgen enthalten.

Zu beachten ist, dass es für eine Tarifbindung mit der Anwendung der Ausschlussfristen drei Möglichkeiten gibt.

1. Wechselseitige Verbandszugehörigkeit (der Arbeitgeber ist im Arbeitgeberverband xy und der Arbeitnehmer ist Mitglied der hierzu korrespondierenden xy-Gewerkschaft);
2. Allgemeinverbindlichkeitserklärungen durch den zuständigen Landes- bzw. Bundesminister oder
3. einzelvertragliche Vereinbarungen zwischen Arbeit-

geber und Arbeitnehmer unter Bezugnahme auf einen bestimmten Manteltarifvertrag.

Nur unter dieser Voraussetzung ist eine Tarifbindung als Ergänzung zum individuellen Arbeitsvertrag möglich, wobei dann die im jeweiligen Manteltarifvertrag vorgesehenen Ausschlussfristen auf den Einzelarbeitsvertrag Anwendung finden.

Bei der dritten beschriebenen Lösung, nämlich der einzelvertraglichen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer können auch ausschließlich nur Ausschlussfristen als eigenständiger Vertragsteil vereinbart werden, die die bekannte Rechtsfolge auslösen, ohne dass bei der einzelvertraglichen Vereinbarung ein Tarifvertrag mitvereinbart werden muss. Dies ist dann der Fall, wenn die Parteien keine Tarifbindung wünschen.

Ausschlussfristen erfordern, dass nur während des Laufs der Ausschlussfrist der entsprechende Anspruch geltend gemacht werden kann. Sinn und Zweck der Ausschlussfristen ist es, unklare Vertragsangelegenheiten schnell zu klären.

Es gibt Tarifverträge mit einer Ausschlussfrist von 2 Monaten. Maximal betragen die Ausschlussfristen sechs Monate.

Sie können auch individualrechtlich ohne Tarifvertrag von den Arbeitsvertragsparteien vereinbart werden. Ist beispielsweise eine Ausschlussfrist von zwei Monaten vereinbart, dann muss der Arbeitnehmer bei Nichtzahlung des Gehalts durch den Arbeitgeber innerhalb dieser zwei Monate ab Fälligkeit des Gehalts seinen Anspruch auf Gehaltszahlung schriftlich und nachweisbar beim Arbeitgeber geltend machen. Geschieht dies nicht innerhalb dieser Ausschlussfrist, dann ist der Anspruch ersatzlos entfallen. Ein Wiederaufleben des Anspruchs ist nicht möglich. Sofern unter-

scheidet sich die Ausschlussfrist von einem jährlichen (also verjähren) Anspruch, welcher im Falle einer Aufrechnungsmöglichkeit wieder auflebt, das heißt, der verjährte Anspruch ist rechtlich nicht untergegangen, er besteht auch rechtlich fort, ist jedoch mit einem Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners belastet. Wenn aber einmal eine Ausschlussfrist nutzlos verstrichen ist, dann lebt dieser Anspruch nie mehr auf. Er ist für immer verfallen.

Eine Ausschlussfrist muss das Gericht von Amts wegen beachten, ohne dass sich die dadurch begünstigte Partei hierauf beruft. Die Verjährung hingegen darf ein Gericht nur berücksichtigen, wenn sie von der hierdurch begünstigten Partei ausdrücklich eingewandt wird.

i) Der in allgemeiner Form gehaltene Hinweis auf Tarifverträge und ähnliches kann derart geschehen, dass im Vertrag aufgenommen wird, dass die jederzeit geltenden Tarifverträge und/oder Betriebsvereinbarungen auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden und diese Bestimmungen beim Arbeitgeber bzw. beim Betriebsrat eingesehen werden können.

## 7. Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)

### a) Befristung

Das Gesetz ist zum 01.01.2001 in Kraft getreten. Es dient der Umsetzung europäischer Richtlinien (Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit und Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge) in nationales Recht. In § 2 wird der "teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer" definiert, in § 3 der "befristet beschäftigte Arbeit-

nehmer". Der 2. Abschnitt des Gesetzes, die §§ 6-13 befassen sich mit der Teilzeitarbeit. § 8 regelt die Verringerung der Arbeitszeit, wonach ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als 6 Monate bestanden hat, unter gewissen Voraussetzungen verlangen kann, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird. Die Verringerung der Arbeitszeit kann jedoch nur dann geltend gemacht werden, wenn -ohne Auszubildende- der Arbeitgeber in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. Ist die Betriebsgröße kleiner oder hat das Arbeitsverhältnis noch keine sechs Monate bestanden, dann kann eine Verringerung der Arbeitszeit nicht verlangt werden.

Diese Vorschrift ist bedeutend für Mütter, die nach Abschluss des Erziehungsurlaubs in ihrem alten Betrieb eine Arbeit wieder aufnehmen wollen, wie bisher aber wegen des Kindes ganztags nicht arbeiten können.

Aber auch Männer können von dieser Vorschrift Gebrauch machen, wenn sie -aus welchen Gründen auch immer- ihre Arbeitszeit verringern wollen.

§ 9 regelt korrespondierend die Verlängerung der Arbeitszeit.

§ 12 regelt nun auch erstmals die "Arbeit auf Abruf". Hierbei handelt es sich um Arbeitnehmer, deren Arbeitsleistung vom Arbeitgeber entsprechend dem Arbeitsanfall angefordert wird.

§ 13 regelt die Arbeitsplatzteilung.

Durch diese Vorschriften ist das frühere Beschäftigungsförderungsgesetz ersatzlos in Wegfall geraten.

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz regelt auch die befristeten Arbeitsverträge. So bestimmt § 14 die Zulässigkeit der Befristung unter den gegebenen Voraussetzungen, § 15 bestimmt, wann ein befristetes Arbeitsverhältnis enden kann bzw. endet, § 16 stellt fest, dass bei rechtsunwirksamer Befristung der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt.

Zu beachten ist dabei die Fristenregelung in § 17, wonach ein Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen (Ausschussfrist) nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben muss, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht beendet wurde, sofern er die Befristung des Arbeitsvertrages angreifen will.

Besonders bedeutsam ist aber die Neuerung in § 14 Abs. 2 Satz 2. Danach ist eine ohne sachlichen Grund vereinbarte Befristung grundsätzlich nicht mehr zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Da diese Regelung zeitlich unbegrenzt ist, kann infolgedessen ein einmal bei einer Firma beschäftigter und ausgeschiedener Mitarbeiter lebenslang nicht mehr befristet bei dieser Firma eingestellt werden. Dies wäre gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 eine unzulässige Befristung mit der Folge, dass gemäß § 16 ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit geschlossen worden wäre.

Grundsätzlich ist ein befristeter Vertrag ein ganz normaler Arbeitsvertrag, in welchem bei Abschluss des Arbeitsvertrages bereits das konkrete Ende des Arbeitsverhältnisses vereinbart ist.

Wird in einem befristeten Vertrag eine ordentliche Kündigungsregelung während der Dauer der Laufzeit des befristeten Vertrages nicht aufgenommen, so kann der befristete Vertrag während seiner Laufzeit nur noch außerordentlich gekündigt werden. Voraussetzung für eine solche rechtswirksame fristlose Kündigung ist das Vorliegen entsprechender fristlosen Kündigungsgründe.

Gemäß § 14 Abs. 4 bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies bedeutet "lediglich" dass die Befristungsabrede schriftlich vereinbart sein muss. Unter Berücksichtigung des Nachweisgesetzes ist es jedoch sehr empfehlenswert, den gesamten befristeten Arbeitsvertrag schriftlich abzufassen.

Beim befristeten Vertrag unterscheidet man zwischen einer Zweckbefristung und einer Zeitbefristung.

Die Zweckbefristung verlangt einen sachlichen Grund, der gemäß § 14 Abs. 1 insbesondere dann vorliegt, wenn

1. betrieblicher Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht,
2. die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgte um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern,
3. der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird,
4. die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt,

5. die Befristung zur Erprobung erfolgt,
6. in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe die Befristung rechtfertigen,
7. der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind und er entsprechend beschäftigt wird oder
8. die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht.

Danach kann eine Befristung also sein:

Vertretung während eines dreijährigen Erziehungsurlaubs, Krankheitsvertretung, projektbezogene Tätigkeit u.a.m.

Die Zeitbefristung ist geregelt in § 14 Abs. 2 wonach ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages zulässig ist. Dabei kann ein solcher befristeter Arbeitsvertrag höchstens dreimal verlängert werden und darf in seiner Gesamtdauer aber nicht den Zeitraum von zwei Jahren überschreiten.

Der befristete Vertrag kann somit auch ohne sachlichen Grund von vornherein auf die Dauer von zwei Jahren abgeschlossen werden. Zulässig ist aber auch, zunächst einen befristeten Vertrag bis beispielsweise sechs Monaten abzuschließen, diesen dann um weitere sechs Monate zu verlängern, dann nochmals ein zweites Mal um sechs Monate zu verlängern und schließlich eine dritte Verlängerung von weiteren sechs Monaten zu vereinbaren. Der ursprüngliche Vertrag wird somit dreimal verlängert, die Gesamtdauer des befristeten Vertrages, einschließlich aller seiner drei Verlängerungen, überschreitet jedoch den Zeitrahmen von zwei

Jahren nicht. Würde ein solcher ohne sachlichen Grund befristeter Vertrag auch nur zwei Jahre und ein Tag andauern (incl. aller möglichen drei Verlängerungen), dann läge ein so genannter Kettenarbeitsvertrag mit der Folge vor, dass der befristete Vertrag in einen unbefristeten Vertrag umgedeuteten werden müsste.

## **b) Teilzeit**

Im Normalfall wird ein Arbeitnehmer als Vollzeitkraft auf der Grundlage der einschlägigen, oft durch Tarifvertrag vorgegebenen Arbeitszeit eingestellt und beschäftigt.

Daneben besteht aber auch die Möglichkeit, Teilzeitverträge abzuschließen. Darunter sind Arbeitsverträge zu verstehen, die – unter Berücksichtigung der betrieblichen Arbeitszeit – in ihrem zeitlichen Umfang unterhalb der Tätigkeit von Vollzeitkräften liegen. Eine solche Teilzeitbeschäftigung kann sich auf Stunden eines Tages, auf Tage einer Woche, auf Wochen eines Monats, aber auch auf das Jahr in Form einer bestimmten Gesamtkapazität beziehen.

In diesen Fällen muss allerdings arbeitsvertraglich eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit festgelegt werden. Andernfalls gilt eine wöchentliche Arbeitszeit von 10 Stunden als vereinbart.

Darüber hinaus muss dem Arbeitnehmer die Lage der Arbeitszeit jeweils mindestens 4 Tage im Voraus mitgeteilt werden, wobei der Arbeitnehmer für wenigstens 3 aufeinander folgende Stunden in Anspruch genommen werden muss.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist schließlich, dass teilzeitbe-

schäftigte Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit gegenüber Vollzeitarbeitnehmern nur aus sachlichen Gründen unterschiedlich behandelt werden dürfen. Dieses Differenzierungsverbot muss bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrags beachtet werden. Bedeutung hat diese Verpflichtung insbesondere für Jahressonderzahlungen (z.B. Weihnachtsgeld) und betriebliche Altersversorgung. Hier sind (tarifliche) Regelungen, die Arbeitnehmer ausschließen, deren arbeitsvertraglich vereinbarte durchschnittliche Arbeitszeit weniger als 18 Stunden oder weniger als die Hälfte der jeweils geltenden regelmäßigen Wochenarbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten beträgt, mangels sachlicher Rechtfertigung rechtsunwirksam. Teilzeitbeschäftigte können also die gleiche Leistung verlangen. Im Zweifel gilt dies auch für geringfügig Beschäftigte.

Soweit im Unternehmen in der Regel mehr als 15 Personen beschäftigt werden, muss bei der Organisation des Betriebes beachtet werden, dass aufgrund des TzBfG jeder länger als 6 Monate beschäftigte Arbeitnehmer verlangen kann, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird. Einem derartigen Ansinnen muss entsprochen werden, wenn der Mitarbeiter die Verringerung der Arbeitszeit und deren Umfang 3 Monate vorher mitgeteilt hat und betriebliche Gründe nicht entgegenstehen.

Ein betrieblicher Grund im vorgenannten Sinne liegt insbesondere vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Wichtig dabei ist allerdings, dass die bloße Behauptung derartiger Umstände nicht ausreicht, um einen Wunsch nach Arbeitszeitverringerung abzulehnen. Vielmehr muss der Arbeitgeber im Streitfall beweisen, dass die Teilzeitbeschäftigung des in Rede stehenden Ar-

beitnehmers ausnahmsweise nicht zumutbar ist.

Können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht einigen, muss ihm der Arbeitgeber die ablehnende Entscheidung spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Arbeitszeitverkürzung schriftlich mitteilen. Andernfalls verringert sich die Arbeitszeit automatisch in dem vom Mitarbeiter benannten Umfang mit der Folge, dass er – wenngleich zu entsprechend geringeren Bezügen – zu weiterer Vollzeitarbeit nicht mehr verpflichtet ist.

Entsprechendes gilt für die durch den Arbeitnehmer angestrebte Verteilung der Arbeitszeit (z.B. Montags bis Freitags von 09.00 – 12.30 Uhr), die indes auch bei einer Zustimmung zu deren Absenkung ablehnt werden kann.

## 8. Direktionsrecht

### a)

Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitgeber berechtigt, dem Arbeitnehmer Arbeit zuzuweisen unterschiedlicher Art. Soweit zumutbar und aufgrund des Arbeitsvertrages zulässig, kann der Arbeitnehmer auch in eine andere Abteilung, sogar an einen anderen Ort versetzt werden. Auch können sich Arbeitsinhalte verändern. Der Arbeitnehmer hat den Anweisungen des Arbeitgebers Folge zu leisten, sofern sie nicht diskriminierend sind, ihn in seiner Persönlichkeit verletzen und in Einklang mit der vertraglichen Verpflichtung zur Arbeitsleistung stehen. Auch die Ordnung im Betrieb (z.B. Rauchverbot zum Schutz anderer Arbeitnehmer; Tragen von Schutzkleidung; absolutes Alkoholverbot; Torkontrollen; Fragen der Telefonbenutzung) unterliegen dem Direktionsrecht des Arbeitgebers, soweit dem nicht das Mitbestimmungsrecht eines etwa vorhandenen Betriebsrats entgegen-

steht. Im letzten Fall haben Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinschaftlich eine entsprechende Vereinbarung zu treffen.

b)

Soweit explizite Regelungen im Arbeitsvertrag fehlen, ist der Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts auch bei einer längeren Beschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen grundsätzlich noch berechtigt, die dem Arbeitnehmer vertraut und gewohnt gewordenen Arbeitsbedingungen ohne zwingenden Anlass zu ändern. Ein langjähriger Einsatz auf einem bestimmten Arbeitsplatz führt nicht automatisch dazu, dass sich die Arbeitspflicht auf eine bestimmte Tätigkeit oder Arbeitszeit, konkretisiert. Es müssen zusätzliche Umstände hinzutreten, die den Schluss rechtfertigen, der Arbeitnehmer solle künftig nur noch in einer bestimmten Hinsicht beschäftigt werden. Beispiel

Das Gebot billigen Ermessens

Bei den arbeitgeberseitigen Anordnungen muss aber das Gebot billigen Ermessens beachtet werden. Das heißt konkret, der Arbeitgeber muss für seine Weisungen berechnete betriebliche Interessen ins Feld führen können und darf dem Arbeitnehmer keine mit dessen Gewissen unvereinbaren oder sonst wie unzumutbaren Tätigkeiten zuweisen.

Direktionsmaßnahmen des Arbeitgebers können von Arbeitsgerichten auf ihre Billigkeit hin überprüft werden. Sie finden ihre Grenzen in allen Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, dem durch Art. 1 des Grundgesetzes geschützten Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers (so z.B. unangemessene Weisung für die Kleidung und den Haarschnitt. Allerdings kann

der Arbeitgeber verlangen, dass die Kleidung und der Haarschnitt mithin das äußere Erscheinungsbild des Arbeitnehmers, dem äußeren Erscheinungsbild des Betriebes und seiner übrigen Mitarbeiter anzupassen ist).

#### c) Begrenzungen durch Tarifvertrag und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Darüber hinaus muss der Arbeitgeber (bei Geltung von Tarifverträgen oder in Betrieben mit einem Betriebsrat) bei seinen Entscheidungen zwingende Vorgaben in Tarifverträgen sowie die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beachten. Dieser hat unter anderem mitzubestimmen, soweit Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb betroffen sind.

Beispiel: So kann der Arbeitgeber, wenn in seinem Betrieb ein Betriebsrat besteht, ein betriebliches Rauchverbot nur mit Zustimmung des Betriebsrats anordnen. Gleiches gilt für ein Alkoholverbot sowie das Verbot, während der Arbeit Radio zu hören.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erstreckt sich vor allem auf:

- Kleiderordnungen und Bekleidungsvorschriften,
- Benutzungsvorschriften hinsichtlich der Behandlung von Firmeneigentum und Firmeneinrichtungen, z.B. Firmenparkplatz, Telefon und Dienstwagen,
- betriebliche Ordnungsmaßnahmen, etwa Vorschriften über die Torkontrolle oder die Benutzung von Werksausweisen,
- Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen,
- Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage,

- Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit,
- Einführung oder Abbau von Schichtarbeit,
- Aufstellung von Dienst- oder Schichtplänen,
- die Anordnung von Überstunden,
- Einführung von Rufbereitschaft und gleitender Arbeitszeit
- Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit.

Weisungen können hier nur unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats und der mit dem Betriebsrat geschlossenen Betriebsvereinbarungen vorgenommen werden. Enthält ein Tarifvertrag dahingehende Vorgaben, müssen diese ebenfalls von Arbeitgeber und Betriebsrat eingehalten werden. Abweichungen sind grundsätzlich auch durch Individualabsprachen mit den Mitarbeitern nicht möglich.

Mitbestimmungsfrei sind allerdings Weisungen, die sich auf das so genannte Arbeitsverhalten der Mitarbeiter beziehen. Das Arbeitsverhalten ist berührt, wenn der Arbeitgeber näher bestimmt, welche Arbeiten wie auszuführen sind, also Anordnungen trifft, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird. Maßgeblich ist der objektive Regelungszweck. Nach der Rechtsprechung gehören hierzu beispielsweise die Anfertigung von Arbeitsablaufstudien oder die Erstellung von Führungsrichtlinien.

#### d) Versetzung

Was kann der Arbeitgeber tun, wenn er einen Arbeitnehmer nicht nur an seinem Arbeitsplatz mit anderen Aufgaben betrauen möchte, sondern ihn an einem anderen Arbeitsplatz oder in einer anderen Niederlassung des Unternehmens beschäftigen möchte?

Für den Arbeitgeber ist es günstig, wenn im Arbeitsvertrag die Möglichkeit einer Versetzung durch eine entsprechende Direkti-

onsklausel ausdrücklich aufgenommen wurde – dann kann er, wieder unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach billigem Ermessen, den Arbeitnehmer versetzen.

Beispiel: Grundsätzlich unbillig und deshalb trotz vorhandener Direktionsklausel unzulässig wäre aber beispielsweise die Versetzung eines kurz vor der Pensionsgrenze stehenden Mitarbeiters von Berlin nach München. Angesichts des bevorstehenden Ausscheidens aus dem Arbeitsleben dürfte hier kein anerkanntes Interesse für eine Versetzung mehr bestehen.

In Unternehmen mit mehr als 20 Arbeitnehmern bedarf die Versetzung der Zustimmung des Betriebsrats, wenn die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs für länger als einen Monat geplant ist oder unabhängig von der Dauer der Maßnahme – mit einer erheblichen Änderung der Arbeitsbedingungen verbunden ist.

## 9. Treuepflicht des Arbeitnehmers / Haftung

### a) Treuepflicht

Der Begriff wird heute z.T. als veraltet angesehen. Seine Inhalte sind im Wandel. Man kann darunter die Pflicht des Arbeitnehmers verstehen, seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm aufgrund des Arbeitsvertrages und seiner Stellung im Betrieb zur Wahrung der auf den Betrieb bezogenen Interessen des Arbeitgebers und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs billigerweise verlangt werden kann.

Oder vereinfacht und grob formuliert: Der Arbeitnehmer hat sich so zu verhalten, dass er den Interessen des Betriebes nicht schadet. Hierzu zählt u.a., dass er dem Betrieb nachhaltig keinen Wettbewerb machen darf.

#### b) Haftung der Arbeitnehmer für Schäden

Obwohl der Arbeitnehmer im Rahmen des Möglichen verpflichtet ist, sorgfältig und vorsichtig zu arbeiten, kommt es immer wieder vor, dass Mitarbeiter bei der Verrichtung der ihnen obliegenden Arbeit Sach- oder Personenschäden verursachen. Fehler lassen sich eben nicht vermeiden. So können selbst durch kleinste Unachtsamkeiten Schäden erheblichen Ausmaßes entstehen, die in keinem Verhältnis mehr zu der erzielten Vergütung stehen.

Beispiel: Arbeitnehmer A ist bei dem Spediteur B zu einem monatlichen Nettogehalt von 1 000 Euro als Kraftfahrer beschäftigt. Auf dem Rückweg von einem Kunden befährt A mit dem Sattelschlepper seines Arbeitgebers eine Bundesstraße. Aufgrund einer kurzen Unachtsamkeit verursacht er einen Verkehrsunfall. An dem Sattelschlepper entsteht ein Totalschaden in Höhe von 200 000 Euro. Soll A hier wirklich verpflichtet sein, den gesamten Schaden mit der Konsequenz zu tragen, sich über Jahre hinweg verschulden zu müssen?

Da dem Arbeitgeber der wirtschaftliche Erfolg der Tätigkeit zufließt und er das Schadensrisiko besser einschätzen und gegebenenfalls versichern kann, hat die Rechtsprechung zugunsten des Arbeitnehmers die nachfolgend dargestellten Grundsätze zur Haftungsminderung entwickelt:

aa) Volle Haftung nur bei vorsätzlichem und grob fahrlässigem Verhalten

Hier haftet der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber grundsätzlich in vollem Umfang. Bei grober Fahrlässigkeit – hier muss der Arbeitnehmer "von allen guten Geistern verlassen gewesen sein" – sind Haftungserleichterungen zu seinen Gunsten allerdings dann nicht ausgeschlossen, wenn sein Verdienst in einem deutlichen Missverhältnis zum verwirklichten Schadensrisiko der Tätigkeit steht.

bb) Normal fahrlässiges Verhalten (sog. mittlere Fahrlässigkeit):  
anteilige Haftung

Bei Schadensereignissen, die jedem – auch sorgfältig handelnden Arbeitnehmern – einmal passieren können, wird dem Mitarbeiter lediglich eine anteilige Haftung angelastet, die in der Praxis – obgleich weder Gesetz noch Rechtsprechung eine Haftungshöchstgrenze vorsehen – meist ohne Rücksicht auf die Höhe des entstandenen Schadens nicht über 3 Brutto-monatsbezüge ausgedehnt wird. Die Höhe der Beteiligung richtet sich u. a. nach dem Grad des dem Arbeitnehmer zur Last fallenden Verschuldens, der Schadeneigenschaft der Arbeit, der Höhe des Schadens, nach dem vom Arbeitgeber einkalkulierten oder durch Versicherung abdeckbaren Risiko, der Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und der Höhe des Arbeitsentgelts, in dem möglicherweise eine Risikoprämie enthalten ist. Auch persönliche Verhältnisse des Arbeitnehmers, wie die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit, sein Lebensalter, seine Familienverhältnisse und sein bisheriges Verhalten sind nach Maßgabe der Rechtsprechung zu berücksichtigen.

cc) Bei leichtester Fahrlässigkeit keine Haftung

Bei Schadensfällen, die trotz Sorgfalt an sich kaum vermeidbar sind, haftet Ihr Arbeitnehmer überhaupt nicht. Hier sollte sich der Arbeitgeber durch entsprechende Versicherungen absichern.

dd) Wenn Dritte zu Schaden kommen

Soweit der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Aufgabenverpflichtungen rechtswidrig und schuldhaft einem Dritten einen Schaden zufügt, ist er diesem zwar im Außenverhältnis zunächst auch dann voll verantwortlich und haftbar, wenn er nur leicht fahrlässig gehandelt hat. Im Innenverhältnis kann er aber von seinem Arbeitgeber verlangen, gegenüber dem Dritten von der Haftung entsprechend den vorstehend dargelegten Grundsätzen über die Haftungsminderung freigestellt zu werden. Hier macht sich also eine Betriebshaftpflicht bemerkbar.

Verursacht der Arbeitnehmer durch seine betrieblich veranlasste Tätigkeit schuldhaft Schäden an Körper oder Gesundheit eines anderen Mitarbeiters, so ist er von einer Schadensersatzpflicht befreit, wenn der Arbeitsunfall nicht vorsätzlich herbeigeführt wurde oder der Schaden bei der Teilnahme am allgemeinen Verkehr entstanden ist. Der Verletzte muss sich in diesem Fall an die gesetzliche Unfallversicherung wenden.

e) Sind Haftungsmodifikationen durch Vertrag möglich?

Von den vorstehend skizzierten Haftungsgrundsätzen kann sich der Arbeitgeber im Regelfall auch durch einzelvertragliche Abreden mit seinen Mitarbeitern nicht frei zeichnen. Regelungen in Formulararbeitsverträgen, die den Arbeitnehmer bei Schadensfällen gegenüber den von der Rechtsprechung entwickelten Maßstä-

ben benachteiligen, sind unwirksam. Zulässig ist eine vertragliche Vereinbarung lediglich dann, wenn es um Bereiche geht, die dem alleinigen Zugriff des Arbeitnehmers unterliegen.

Beispiel: Solche Bereiche wären etwa eine Kasse oder der Wareneingang. Erlaubt wäre damit eine Vereinbarung, die den Arbeitnehmer für einen Kassenfehlbestand haftbar macht. Zugleich muss ihm jedoch für das erhöhte Haftungsrisiko ein angemessener Ausgleich gezahlt werden. Diese so genannte Fehlgeldentschädigung muss so bemessen sein, dass der Arbeitnehmer aus ihr notfalls einen auftretenden Fehlbetrag abdecken kann.

## **10. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers**

Der Arbeitgeber ist vertraglich verpflichtet, gegenüber dem Arbeitnehmer Arbeitsräume, Arbeitsmittel und den Arbeitsablauf so zu gestalten und zu regeln, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, wie die Natur des Betriebes und der Arbeit es gestatten (vgl. § 618 BGB). Die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften wird arbeitsvertraglich dem einzelnen Arbeitnehmer vom Arbeitgeber geschuldet.

Verstößt der Arbeitgeber gröblich gegen diese Bestimmungen, so hat der Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht. Der Arbeitgeber hat den Lohn/Gehalt fort zu bezahlen, ohne dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, seine vertragsgemäße Arbeitsleistung und damit seine vertragliche Hauptpflicht zu erfüllen.

### **Fürsorgepflichten im Einzelnen**

#### **a) Sicherheit am Arbeitsplatz**

Neben der Zahlung von Lohn und Gehalt hat der Arbeitgeber auch noch andere Pflichten gegenüber den Mitarbeitern, insbesondere **Schutzpflichten**. Zunächst einmal ist der Arbeitgeber verpflichtet, Arbeitsplatz und Arbeitsumfeld so zu gestalten, dass Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet werden. Die an den jeweiligen Arbeitsplatz zu stellenden Anforderungen ergeben sich dabei im Einzelnen aus den Vorschriften des Arbeitsschutzgesetzes und der Arbeitsstättenverordnung. Hierzu gehört auch die Notwendigkeit einer Arbeitsplatzanalyse. Diese Vorschriften einzuhalten ist sehr wichtig. Denn entspricht der Arbeitsplatz nicht den dort genannten Bedingungen, kann der Arbeitnehmer berechtigt sein, die Arbeit bei voller Lohn- und Gehaltsfortzahlung zu verweigern. Relevant wird dies z.B. bei Schadstoffen am Arbeitsplatz.

#### b) Besonderheiten bei Telearbeitsplätzen

Es sind die Vorgaben der Bildschirmarbeitsverordnung einzuhalten.

Telearbeit umfasst jede Arbeit – ob im Betrieb oder zu Hause –, bei der Bildschirme, insbesondere also Computermonitore, benutzt werden. Sofern im Betrieb Telearbeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses abgewickelt wird, muss der Arbeitgeber bei der Einrichtung derartiger Bildschirmarbeitsplätze unter anderem folgende – in der Praxis oftmals noch nicht hinreichend bekannten – Anforderungen an den Arbeitsplatz beachten:

- Die auf dem Bildschirm dargestellten Zeichen müssen scharf, deutlich und ausreichend groß sein sowie einen angemessenen Zeichen- und Zeilenabstand haben.

- Das auf dem Bildschirm dargestellte Bild muss stabil und frei von Flimmern sein; es darf keine Verzerrungen aufweisen.
- Der Bildschirm muss frei von störenden Reflexionen und Blendungen (z.B. durch Fenster, Lampen) sein.
- Das Bildschirmgerät muss frei und leicht drehbar und neigbar sein.
- Der Arbeitsstuhl muss ergonomisch gestaltet und standsicher sein.
- Fenster müssen mit einer geeigneten verstellbaren Lichtschutzvorrichtung ausgestattet sein, durch die sich die Stärke des Tageslichteinfalls auf den Bildschirmarbeitsplatz vermindern lässt.
- Ohne Wissen der Benutzer darf keine Vorrichtung zur qualitativen oder quantitativen Kontrolle verwendet werden.

### c) "Mobbing"

In der betrieblichen Praxis sind in den letzten Jahren immer mehr Fälle eines Phänomens zu beobachten, das schlagwortartig mit dem Begriff "Mobbing" umschrieben wird. Es geht dabei um die vielfältigen, mehr oder minder subtilen Methoden, mit denen ein Arbeitnehmer aus den unterschiedlichsten Gründen von Kollegen, Vorgesetzten, Arbeitgeber und/oder auch dem Betriebsrat systematisch "fertiggemacht" wird.

Die Bandbreite ist erheblich: Von der vermeintlich offenen Kritik über versteckte Beanstandungen, Anspielungen, Scherze, Verweigerung selbstverständlicher Hilfen bis hin zu Schikanen, sexueller Belästigung und Psychoterror sind alle Spielarten zwischenmenschlicher Gemeinheiten denkbar.

Mobbing ist nicht nur ein Problem des unmittelbar betroffenen

Arbeitnehmers, sondern zugleich ein Problem für den Arbeitgeber. So ist allgemein bekannt, dass der Umfang krankheitsbedingter Fehlzeiten mit steigender Arbeitsunzufriedenheit zunimmt. Auch die Arbeitsergebnisse leiden unter einem schlechten Betriebsklima.

Der Arbeitgeber ist aber auch schon aufgrund der Fürsorgepflicht gehalten, den Mitarbeiter vor dem Mobbing der Kollegen bzw. Vorgesetzten zu schützen. Gegen die Verantwortlichen kann der Arbeitgeber – je nach den Umständen des Einzelfalls – mit Mitteln vorgehen, die von der Rüge oder Ermahnung über die Abmahnung und Versetzung bis hin zur ordentlichen bzw. außerordentlichen Kündigung reichen.

Der Arbeitnehmer kann außerdem selbst unmittelbar gegen den Mobber vorgehen und ihn auf Unterlassung und gegebenenfalls Schadensersatz verklagen, in krassen Fällen sogar Strafanzeige erstatten. Weiterhin besteht die Möglichkeit, sich beim Betriebsrat zu beschweren und auf diesem Weg auf Abhilfe hinzuwirken.

Diese Thematik ist im Übrigen nunmehr weitestgehend durch die Bestimmungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, welches auf europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien basiert, geregelt. Denn nach den dortigen Vorgaben ist der Arbeitgeber unmittelbar dafür verantwortlich, dass in seinem Unternehmen kein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen und Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

Ein betroffener Arbeitnehmer wird zunächst versuchen, sich im Wege der Beschwerde an den unmittelbaren Vorgesetzten zu

wenden. In einem Klima des Vertrauens sollte dieser Schritt dem Betroffenen nicht schwer fallen. Eine Führungskraft sollte die benötigte Hilfe auch anbieten. Ansonsten kann der Betroffene den betrieblichen Instanzenzug bis zum Personalleiter bzw. Arbeitgeber natürlich auch selbst beschreiten.

Besser ist es jedoch, solche Konflikte von vornherein zu vermeiden oder in einem frühen Stadium zu entschärfen. Dazu empfehlen sich frühzeitige Personalgespräche unter Einbeziehung aller Beteiligten. Außerdem sollte deutlich klargestellt werden, dass Mobbing nicht geduldet und entsprechend sanktioniert wird. Darüber hinaus können im Betrieb Informationsveranstaltungen über die Problematik abgehalten sowie spezielle Arbeitskreise eingerichtet werden. In Betracht kommt ferner der Abschluss einer Betriebsvereinbarung zum Thema "Mobbing", in der die im Einzelfall anzuwendenden Grundsätze und Reaktionsweisen des Arbeitgebers niedergelegt werden.

## **11. Verhinderung bei der Arbeitsleistung und Lohnzahlung ohne Arbeit**

Der Arbeitsvertrag ist ein gegenseitiger, synallagmatischer Vertrag. Der Arbeitgeber zahlt den Lohn, damit der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung erbringt und umgekehrt. (**Synallagma** bezeichnet das Gegenseitigkeits- oder Austauschverhältnis zweier Leistungen beim Vertrag). Daraus folgt: ohne Arbeit kein Lohn. Diesen Grundsatz hat die Rechtsprechung mit zahlreichen Einschränkungen versehen.

a) Lohnzahlung bei Krankheit: siehe oben

b) Ist der Arbeitnehmer gemäß § 616 BGB für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so erhält er ebenfalls Lohn/Gehaltsfortzahlung. Der Grund muss in der Person des Arbeitnehmers liegen, der die Arbeit zwar nicht notwendig unmöglich, aber doch nach Treu und Glauben nicht zumutbar macht. So z.B. bei Sterbefällen, Geburt oder Begräbnis innerhalb der Familie, gerichtliche Ladung als Zeuge oder Beisitzer, eigene Hochzeit, Silberhochzeit, goldene Hochzeit, Arztbesuch ohne Arbeitsunfähigkeit, wenn dies nicht außerhalb der Arbeitszeit möglich ist, schwerwiegende Erkrankung von nahen Angehörigen und anderes mehr.

Bei Erkrankung eines im Haushalt des Arbeitnehmers lebenden Kindes unter 12 Jahren können bis zu 10 Tage Lohnanspruch bestehen, wenn der Arbeitnehmer in dieser Zeit nicht arbeitet, weil die Kindesbetreuung durch den Arbeitnehmer nach ärztlichem Zeugnis erforderlich ist und eine andere im Haushalt lebende Person hierfür nicht zur Verfügung steht. Bei Alleinerziehenden wurde der Anspruch auf 20 Arbeitstage ausgedehnt. Die Höchstdauer beträgt auch bei Erkrankung von z.B. 3 Kindern nacheinander 25 Arbeitstage im Kalenderjahr, bei Alleinerziehenden 50 Arbeitstage. Allerdings haben die Arbeitnehmer einen Anspruch auf unbezahlte Freistellung der Arbeit.

**Wichtig:** Schlechte Witterungsverhältnisse (Glatteis, Schneeverwehungen) der Zusammenbruch der öffentlichen Verkehrsmittel, ein behördliches Fahrverbot wegen Smogalarm oder Demonstrationen sind grundsätzlich keine "in

der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründe“ ein Anspruch auf Arbeitsentgelt besteht in diesen Fällen nicht. Hierzu zählt auch die vorgeschriebene Vorführung eines Kraftfahrzeuges zur Überprüfung der Verkehrssicherheit oder die Niederkunft der Lebensgefährtin.

Die „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles.

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber sobald wie möglich Mitteilung von seiner Verhinderung zu machen. Verstößt er gegen diese Mitteilungspflicht, behält er zwar seinen Vergütungsanspruch, kann aber zum Schadenersatz verpflichtet werden.

### **Höhe des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung**

Die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts bestimmt sich grundsätzlich nach dem so genannten Lohnausfallprinzip. Danach muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während der Arbeitsunfähigkeit das Arbeitsentgelt weiterzahlen, das ihm nach seiner regelmäßigen Arbeitszeit zusteht. Bei Angestellten mit festem Monatsgehalt ist demzufolge das Monatsgehalt, bei Arbeiten auf Stundenlohnbasis sind die infolge der Krankheit ausgefallenen Stunden zu vergüten.

Neben den Grundbezügen müssen bei der Berechnung der An-

spruchshöhe auch Sachleistungen und leistungsbezogene Gehaltsbestandteile (Akkordlohn, Provision) berücksichtigt werden. Auszugehen ist dabei von dem im Erkrankungszeitraum erzielbaren Durchschnittsverdienst. Überstundenzuschläge sowie Leistungen für Aufwendungen des Arbeitnehmers, die ausschließlich als Ersatz für erst bei tatsächlicher Arbeitsleistung entstehende Nachteile gedacht sind (z.B. Schmutzzulagen, Spesen), müssen hingegen nicht gewährt werden. Entsprechendes gilt nach der Rechtsprechung für die Trinkgelder von Bedienungen in der Gastronomie.

## 12. Verweis, Verwarnung und Abmahnung

a) Verweis und Verwarnung gehören in den Bereich der Betriebsbußen, welche im Falle der Existenz eines Betriebsrates vom Arbeitgeber mit diesem zu vereinbaren sind. Ansonsten dienen sie als Vorstufe einer Abmahnung. Gegen einen Verweis bzw. gegen eine Verwarnung kann nur dann schriftlich vorgegangen werden, wenn der Arbeitnehmer nachweist, dass die Maßnahme geeignet ist, ihn in seinem beruflichen Fortkommen zu hindern. In aller Regel wird gegen den Verweis bzw. die Verwarnung daher keine gerichtliche Möglichkeit bestehen. Verweise und Verwarnungen werden ausgesprochen, wenn sich der Arbeitnehmer eines Verstoßes gegen die Ordnung des Betriebs oder einer von ihm zu vertretenden Schlechtleistung bei seiner Arbeit "schuldig" gemacht hat. Zu einer derartigen Schlechtleistung innerhalb einer Anwaltskanzlei zählt beispielsweise das Verwenden zweier Briefe an zwei unterschiedliche Mandanten in einem Umschlag an einen Mandanten. In diesem Fall hat die Kanzleimitarbeiterin nicht sorgfältig genug gehandelt, als sie die Post bearbei-

tete. Der vorgeschilderte Fall könnte aber auch schon eine Abmahnung rechtfertigen. Unter Wahrung des notwendigen Ermessensspielraumes hat der Arbeitgeber zu entscheiden, welche Maßnahme er erklärt, wobei er die Dauer der Betriebszugehörigkeit, die bisherige Leistung des Arbeitnehmers und sein Verhalten in vorliegendem Fall konkret mitzubewerten hat. Hat sich der Arbeitgeber für einen Verweis/Verwarnung entschieden, dann ist wegen desselben Sachverhalts eine Abmahnung nicht mehr möglich.

b) Eine arbeitsrechtliche **Abmahnung** ist gerichtlich überprüfbar. Der Arbeitgeber hat daher die konkreten Erfordernisse einzuhalten. Dies ist

-präzise Schilderung des Sachverhalts als Fehlverhalten des Arbeitnehmers (genaueste Angaben sind erforderlich, damit auch ein mit dem Sachverhalt nicht betrauter Dritter durch das Lesen in die Lage versetzt wird, den Sachverhalt und das Fehlverhalten des Arbeitnehmers zu beurteilen);

-die Feststellung, dass es sich um ein arbeitsvertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers handelt, welches vom Arbeitgeber missbilligt wird mit gleichzeitiger Aufforderung, ab sofort dieses Fehlverhalten einzustellen und sich vertragstreu zu verhalten und

-die Androhung als Warnfunktion, dass im Wiederholungsfalle arbeitsrechtliche Schritte bis hin zu einer Kündigung erklärt werden können.

Die Bestandteile der Abmahnung, die Warn- und Androhungsfunktion hat, sind somit

- Dokumentation des Sachverhalts
- Feststellung des Vorliegens der Pflichtverletzung
- Kündigungsandrohung.

Aus Beweisgründen sollte die Abmahnung schriftlich erfolgen.

Die Abmahnung setzt einen objektiv gegebenen Pflichtenverstoß voraus. In einer Abmahnung sollte nur ein Verstoß aufgeführt werden. Bei mehreren Verstößen sind mehrere Abmahnungen zu erklären. Wird nämlich bei einer Sammelabmahnung ein nicht bestehender bzw. im Bestreitensfall nicht nachweisbarer Verstoß genannt verliert die gesamte Abmahnung ihre Wirkung.

Der Ausspruch von Abmahnungen führt naturgemäß zu einer Abkühlung des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Ab Kenntnis des Sachverhalts laufen für den Arbeitgeber keine Fristen bis zum Ausspruch einer Abmahnung, doch sollte dies trotzdem zeitnah geschehen. Die Abmahnung kann durchaus noch 6 Wochen nach dem Vorfall vom Arbeitgeber erklärt werden, da keine Fristen laufen. Demnach sollte die Abmahnung zügig nach dem Vorfall erklärt werden. Das Abmahnungsrecht kann verwirkt werden. Dies entscheidet sich nicht nur nach dem Zeitablauf seit dem Pflichtenverstoß, sondern auch nach den besonderen Umständen, die neben dem bloßen Zeitablauf gesondert vorliegen müssen. Solche Umstände können z.B. sein, dass der

Arbeitnehmer längere Zeit unbeanstandet seine Pflichten erfüllt hat oder der Arbeitgeber weitere gleichartige Pflichtverstöße reaktionslos hinnimmt.

Die Mindermeinung, nach der die kurze 2-Wochenfrist, die bei fristloser Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB gilt, analog angewendet, hat sich nicht durchgesetzt.

Der Arbeitnehmer kann auf eine Abmahnung wie folgt reagieren:

- Er akzeptiert die Abmahnung;
- er reicht eine schriftliche Gegendarstellung zur Abmahnung zu seiner Personalakte oder
- er fordert den Arbeitgeber auf, die Abmahnung aus seiner Personalakte zu entfernen. Dies kann er auch erforderlichenfalls gerichtlich verfolgen.

Je nach Schwere des Falles wird die Abmahnung für die Dauer von 1 bis maximal 4 Jahren in der Personalakte zu verbleiben haben und kann solange vom Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer verwandt werden. Danach ist die Abmahnung durch Zeitablauf "getilgt" und nicht mehr verwertbar.

Wird während des Bestands der ersten Abmahnung eine zweite Abmahnung wegen desselben Sachverhalts erklärt, dann verliert die erste Abmahnung ihre Gültigkeit erst mit dem Ende der zweiten Abmahnung.

In seltenen Fällen kann eine Abmahnung weniger als 1 Jahr oder auch mehr als 4 Jahre in der Personalakte verbleiben.

### 13. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Kündigung bedarf der Schriftform gemäß § 623 BGB.

In einer Kündigung muss das Wort “Kündigung” selbst nicht erscheinen (sollte aber). Ausreichend ist, dass der Leser die erklärte Beendigung des Arbeitsverhältnisses unmissverständlich dem Schreiben entnehmen kann.

Zu beachten ist, dass eine Kündigung während der Erkrankung eines Arbeitnehmers grundsätzlich auch möglich ist. Dies wird oft verwechselt mit einer Kündigung wegen Krankheit, welche arbeitgeberseits sehr schwer beim Arbeitsgericht prozessual durchzusetzen ist.

Ein genauer Termin der Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss ebenfalls nicht genannt werden. Es reicht die Formulierung aus: “Zum nächst zulässigen Zeitpunkt”.

Kündigungsgründe müssen ebenfalls nicht angegeben werden, es sei denn, dass im Arbeitsvertrag die Angabe von Kündigungsgründen vereinbart wurde oder der Tarifvertrag es vorschreibt bzw. eine entsprechende Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat getroffen wurde. Ebenso kann das Gesetz (z.B. Berufsbildungsgesetz) die Angabe der Gründe vorschreiben.

Der Zugang der Kündigung kann an jedem Ort und zu jeder Tages- und Nachtzeit erfolgen. Der die Kündigung Erklärende ist beweispflichtig für den rechtzeitigen Zugang der Kündigung.

Wird die Kündigung in den Briefkasten eingeworfen, so gilt sie als an diesem Tage nur dann zugegangen, wenn der Einwurf

spätestens bis zur üblichen Postzustellung durch den Briefträger am Vormittag erfolgt (in aller Regel bis ca. 10:30 Uhr).

Eine "Rücknahme der Kündigung" durch den Erklärenden ist nicht möglich, da die Kündigung eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt. Daher ist auch eine rückwirkende Kündigung niemals möglich. Die "Rücknahme der Kündigung" bedeutet das Angebot des Erklärenden, das Arbeitsverhältnis ohne Unterbrechung nahtlos zu den bisherigen Konditionen unverändert fortzusetzen. Es steht dem Arbeitnehmer frei, dieses Angebot anzunehmen.

Unter gewissen Voraussetzungen ist auch die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses möglich. Sie ist geregelt in § 626 BGB. Sie wirkt frühestens mit ihrem Zugang. Sie kann aber auch ausgesprochen werden mit einer so genannten "sozialen Auslauffrist". Beispielsweise ist daher eine fristlose Kündigung mit Zugang zum 30.06. eines Jahres zum 30.09. desselben Jahres möglich. Fristlos bedeutet lediglich, dass die volle ordentliche Kündigungsfrist nicht eingehalten wird.

An eine fristlose Kündigung werden sehr hohe Anforderungen gestellt. Es muss ein "wichtiger Grund" (§ 626 BGB) vorliegen, um das Arbeitsverhältnis unverzüglich zu beenden. Ein wichtiger Grund stellt u.a. eine Straftat des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, angekündigtes Krankfeiern, schwere Verstöße gegen die betriebliche Ordnung (Aufwiegeln von Arbeitskollegen, Tätlichkeiten), Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot, vorsätzliche und beharrliche Arbeitsverweigerung, eigenmächtiger Urlaubsantritt, häufiges Zuspätkommen (nach Ausspruch der entsprechenden Abmahnung), Schwarzarbeit u.a. mehr dar. Dabei kommt es auf

die Einzelfallprüfung an und auf die Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien. Nur dann, wenn dem Kündigenden unter all diesen Voraussetzungen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht möglich ist, wird eine fristlose Kündigung von den Arbeitsgerichten akzeptiert werden. Voraussetzung für die Akzeptanz einer solchen fristlosen Kündigung ist aber auch, dass der die Kündigung Erklärende die Erklärungsfrist von zwei Wochen nach dem zugrunde liegenden Verstoß gemäß § 626 Abs. 2 BGB eingehalten hat. Dabei beginnt die Frist ab Kenntnis des Sachverhalts durch den Kündigungsberechtigten.

Da auch hier die fristlose Kündigung keiner Begründung bedarf, regelt das Gesetz, dass der Kündigende dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen muss.

Die vorsorgliche Kündigung wird in aller Regel im Verbund mit einer fristlosen Kündigung ausgesprochen. Oft ist es gerade im Einzelfall ein Grenzfall, ob eine fristlose Kündigung berechtigterweise erklärt wurde oder nicht. Wird die fristlose Kündigung isoliert erklärt und verliert beispielsweise der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess, dann dauert das Arbeitsverhältnis fort und der Arbeitgeber muss seit Ausspruch der fristlosen Kündigung alle Lohn-/ Gehaltsansprüche an den Arbeitnehmer unter Beachtung der Ansprüche der Arbeitsagentur nachentrichten. Um dieses wirtschaftliche Risiko zu mindern, wird in aller Regel eine "fristlose Kündigung" und hilfsweise eine vorsorgliche ordentliche Kündigung erklärt. Fällt die fristlose Kündigung dann "durch das Raster", muss sich das Gericht damit befassen, ob wegen desselben Kündigungssachverhalts (zumindest) eine ordentliche Kündigung

des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist.

Wird versäumt, die ordentliche Kündigung hilfsweise zu erklären, kann eventuell durch Umdeutung nach § 140 BGB die nicht durchgreifende außerordentliche (=fristlose) Kündigung als eine ordentliche behandelt werden. Voraussetzung ist aber, dass sich aus dem Kündigungsschreiben für eine solche Auslegung greifbare Anhaltspunkte ergeben.

Die Änderungskündigung stellt einen gewissen Sonderfall dar. Sie enthält zwei Elemente im Verbund:

- Beendigungskündigung und
- gleichzeitiges Angebot des Arbeitgebers auf nahtlose Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu geänderten Arbeitskonditionen (die anzugeben sind.)

Unter gewissen Fällen ist auch eine fristlose Änderungskündigung denkbar, wobei es auf die Eilbedürftigkeit und Dringlichkeit für eine solche fristlose Änderungskündigung ankommt.

Der von einer Änderungskündigung betroffene Arbeitnehmer hat drei Möglichkeiten auf die Änderungskündigung zu reagieren:

- er akzeptiert die Änderungskündigung;
- er lehnt die Änderungskündigung ab oder
- er nimmt die Änderungskündigung unter dem Vorbehalt ihrer Rechtswirksamkeit an.

Lehnt er die Änderungskündigung ab, so lehnt der Arbeitnehmer

tatsächlich das Angebot ab. Dadurch wird die Änderungskündigung automatisch zur Beendigungskündigung. Prozessiert der Arbeitnehmer gegen diese zur Beendigungskündigung gewordene Änderungskündigung und verliert er den Prozess, dann ist er arbeitslos. Gewinnt er, gelten die alten bisherigen Vorschriften weiter.

Nimmt der Arbeitnehmer dagegen die Änderungskündigung unter dem Vorbehalt ihrer Rechtswirksamkeit an undprozessiert gegen diese Änderungskündigung, dann führt dies im Unterliegensfalle nur dazu, dass die geänderten Arbeitsinhalte fortdauernd weitergelten. Gewinnt der Arbeitnehmer den Prozess, gelten die alten Bestimmungen weiter. Bei dieser dritten Variante verliert der Arbeitnehmer somit auf keinen Fall seinen Arbeitsplatz.

Allerdings muss er darauf achten, in einer eigenständigen schriftlichen Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber innerhalb von drei Wochen ab Zugang der Änderungskündigung, die Annahme derselben unter dem Vorbehalt schriftlich zu erklären. Daneben hat er die Klage zum Arbeitsgericht gegen die Änderungskündigung unter Beachtung derselben Frist zu erheben.

Willenserklärungen wie z.B. die Kündigung sind grundsätzlich bedingungsfeindlich. Bei der Änderungskündigung ist die darin enthaltene Beendigungskündigung aber an die Bedingung geknüpft, dass der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht annimmt. Dies ist deshalb rechtlich möglich, weil sog. Potestativbedingungen ausnahmsweise zulässig sind. Eine Potestativbedingung ist eine Bedingung bei der der Eintritt der Bedingung ausschließlich vom Willen der Partei abhängt, der gegenüber die Willenserklärung erklärt wird. Oder anders gesagt: Der Bedingungseintritt,

also die Herbeiführung des fraglichen Ereignisses steht ausschließlich im Belieben des Erklärungsgegners.

Hat ein Arbeitnehmer eine Abmahnung ausgesprochen, dann kann er wegen desselben Sachverhalts danach nicht noch eine Kündigung erklären. Umgekehrt dagegen kann der Arbeitgeber eine ausgesprochene Kündigung "zurücknehmen" und wegen desselben Sachverhalts nun eine Abmahnung aussprechen.

### **Annahmeverzug bei strittigen Kündigungen**

Nach dem Ausspruch einer Kündigung kommt es oftmals zu gerichtlichen Auseinandersetzungen über die Wirksamkeit der Kündigung. Stellt das Gericht dann im Kündigungsschutzverfahren fest, dass die Kündigung unwirksam war, ist das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet worden, sondern besteht fort. Der Arbeitnehmer wird dann aufgrund der Nichtannahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber die Fortzahlung des Gehalts verlangen (sog. "Annahmeverzug").

Wichtige Konsequenz für die Betriebspraxis: Obwohl der Arbeitnehmer bis zur gerichtlichen Entscheidung nicht (mehr) gearbeitet hat, besteht ein Lohn- und Gehaltsanspruch, wenn der Mitarbeiter während dieser Zeit arbeitsbereit und arbeitsfähig war. Dies muss er dem Arbeitgeber gegenüber anzeigen. Dazu genügt es bereits, wenn er Kündigungsschutzklage erhoben hat. Das kann insbesondere bei Führungskräften und einem Kündigungsschutzverfahren über mehrere Instanzen schnell sehr teuer werden. Der Arbeitgeber sollte deshalb prüfen, ob nicht eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragt werden kann.

Interessant ist zudem Folgendes: War der Arbeitnehmer zum

Zeitpunkt der Kündigung arbeitsunfähig erkrankt und hat er durch die Kündigungsschutzklage bzw. einen anders erklärten Widerspruch seine Leistungsbereitschaft deutlich gemacht, muss er, sobald er wieder gesund ist, dies nicht noch einmal eigens anzeigen.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess den Arbeitnehmer auffordern kann, für die Dauer des Verfahrens zur Arbeit zu erscheinen. Dadurch wird zwar der Annahmeverzug nicht beseitigt. Allerdings muss sich der Arbeitnehmer bei seiner Forderung nach Vergütungsnachzahlung den Betrag anrechnen lassen, den er verdient hätte, falls er die angebotene Tätigkeit ausgeübt hätte. Im Ergebnis besteht damit kein Zahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber mehr.

#### 14. Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

Nach dem derzeit geltenden Kündigungsschutzgesetz, das den sog. allgemeinen Kündigungsschutz zum Inhalt hat, ist für dessen Anwendung Voraussetzung:

- a) Der Arbeitnehmer gehört dem Betrieb (oder dessen Rechtsvorgänger) ohne Unterbrechung länger als 6 Monate an und
- b) der Arbeitgeber beschäftigt regelmäßig mehr als 10 vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer, wobei Auszubildende nicht mitgezählt werden.

Mitarbeiter mit einer Arbeitszeit von bis zu 20 Wochenstunden zählen dabei zu 0,5, bis 30 Wochenstunden zu 0,75 und darüber hinaus zu 1,0 Mitarbeiter (§ 23 KSchG).

Für den Arbeitnehmer hat das Kündigungsschutzgesetz den Vorteil, dass er eine erklärte Kündigung durch das Gericht überprüfen lassen kann. Der Arbeitgeber ist im Gerichtsprozess verpflichtet, die Kündigungsgründe im Einzelnen darzulegen und zu beweisen. Man unterscheidet 3 Kündigungsgründe:

- personenbedingte Kündigung
- verhaltensbedingte Kündigung
- betriebsbedingte Kündigung.

Kann die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, auf das das KSchG Anwendung findet, nicht auf einen dieser Gründe gestützt werden, ist sie sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam (§ 1 Abs. 1 und 2 KSchG).

§ 1 KSchG ist wie folgt formuliert (Auszug):

„§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen

(1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

(2) Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn ...

Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.

(3) Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im

Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat;

auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben.

In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen. ...“

Nach der Rechtsprechung sind zur Wirksamkeit einer personen- und/oder verhaltensbedingten Kündigung fast in jedem Fall eine oder mehrere vorausgegangene Abmahnungen notwendig und erforderlich. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip).

Hat der Arbeitgeber diese Abmahnung nicht ordnungsgemäß ausgestellt und werden die Abmahnungen im Prozess vom Gericht nicht als solche anerkannt, dann hat der Arbeitgeber ohne vorausgegangene Abmahnung gekündigt und die Kündigung ist nach der Rechtsprechung unwirksam.

In den Fällen einer verhaltensbedingten Kündigung erhält der Arbeitnehmer grundsätzlich vom Arbeitsamt eine Sperrfrist. Lediglich die betriebsbedingte Kündigung schadet dem Arbeitnehmer was seinen Arbeitslosengeldanspruch betrifft nicht. Denn hier wird er aus Gründen gekündigt, die er nicht zu vertreten hat.

### **Betriebsbedingte Kündigung**

Für den Arbeitgeber bedeutet die betriebsbedingte Kündigung, dass er im Kündigungsschutzprozess die gesamten Kündigungsgründe darzulegen und zu beweisen hat. Dabei muss er darlegen, dass die wirtschaftliche Lage des Unternehmens den Abbau von Arbeitnehmern notwendig macht und dass dies gerade auf den konkreten Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers durchschlägt.

In diesem Zusammenhang muss der Arbeitgeber auch darlegen, dass er eine soziale Auswahl vorgenommen hat (§ 1 Abs. 3 KSchG).

Nach § 1 Abs. 3 KSchG ist eine Kündigung nämlich auch dann sozialwidrig und damit unwirksam, wenn zwar dringende betriebliche Gründe für eine Kündigung vorliegen, der Arbeitgeber aber bei der Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.

Die Notwendigkeit eine Sozialauswahl vorzunehmen setzt also in der Regel die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes voraus und ist nur bei betriebsbedingten Kündigungen erforderlich.

Die soziale Auswahl muss sich auf den gesamten Betrieb erstrecken (also nicht nur auf die Abteilung, in der der Arbeitsplatz weggefallen ist). Ihre Prüfung erfolgt im Rahmen folgender Schritte:

- Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer,
- Herausnahme einzelner Mitarbeiter,
- Auswahlentscheidung.

Bei der Bestimmung des Kreises der vergleichbaren Arbeitnehmer sind alle gegenseitig austauschbaren Arbeitnehmer der gleichen betrieblichen Hierarchieebene, also alle, die nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen und nach den individuellen vertraglichen Regelungen im Rahmen des Direktionsrechts versetzt werden könnten, mit einzubeziehen. Zu prüfen ist dabei, ob der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist, vom Arbeitgeber einseitig auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt werden könnte, um die Funktion des dort beschäftigten Arbeitnehmers auszufüllen.

Dies entscheidet sich in erster Linie nach der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit.

Nach der Feststellung der vergleichbaren Arbeitnehmer dürfen gewisse Arbeitnehmer aus diesem Kreis und somit aus der Sozialauswahl wieder herausgenommen werden. So kann der Arbeitgeber bei der Auswahl Arbeitnehmer herausnehmen, deren Weiterbeschäftigung "im berechtigten betrieblichen Interesse" liegt ("Herausnahme der Leistungsträger aus der Sozialauswahl", § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG). Zur Begründung eines solchen Interesses kann sich der Arbeitgeber nicht allein darauf berufen, der gekündigte Arbeitnehmer sei besonders krankheitsanfällig. Insbesondere die neue Formulierung des Gesetzes, wonach eine Sozialauswahl nicht stattfinden muss, soweit dies zur „Erhaltung der Personalstruktur des Betriebes im berechtigten betrieblichen Interesse liegt“, kann bei einer entsprechend weiten Auslegung der Vorschrift durch die Arbeitsgerichte den vor allem durch Lebensalter und langjährige Betriebszugehörigkeit erworbenen sozialen Besitzstand vieler (vor allem älterer) Arbeitnehmer wertlos machen.

Bei der Auswahlentscheidung sind nur die im Gesetz genannten 4 Gründe berücksichtigungsfähig. Es wird nur nach diesen entschieden, welche Arbeitnehmer die Kündigungsentscheidung am wenigsten hart treffen würde. Dies sonach sozial stärksten Arbeitnehmer sind dann zu kündigen.

Seit der letzten Änderung des KSchG im Januar 2004 sind dabei ausschließlich folgende 4 Kriterien zu berücksichtigen:

- Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- Lebensalter,
- Unterhaltspflichten und
- Schwerbehinderung.

Über die Gewichtung der einzelnen Kriterien ist schwer eine verlässliche Aussage zu treffen. Es besteht immer das Risiko, dass das Arbeitsgericht die getroffene Auswahl nicht billigt.

Allerdings ist die Entscheidungskompetenz der Gerichte in Betrieben, in denen ein Betriebsrat gewählt ist und die Betriebsparteien sog. Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG vereinbart haben, beschränkt, weil eine nach diesen Auswahlrichtlinien ausgesprochene Kündigung vom Gericht in Bezug auf die Sozialauswahl nur noch auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ überprüft werden. Grob Fehlerhaft ist die soziale Auswahl erst dann, wenn die gesetzlichen Auswahlkriterien überhaupt nicht zu Grunde gelegt wurden oder die einzelnen Gesichtspunkte in einem auffälligen Missverhältnis zueinander gewichtet wurden.

### **Krankheitsbedingte Kündigung**

Die krankheitsbedingte Kündigung gehört nicht zur betriebsbedingten Kündigung, stellt sie eine Sonderform der personenbedingten Kündigung dar. Da aber auch eine krankheitsbedingte Kündigung nicht zu einer Sperrfrist beim Arbeitslosengeld führt, wird sie an dieser Stelle erwähnt. Eine krankheitsbedingte Kündigung bestraft einen Arbeitnehmer "doppelt", da er schon an einer Krankheit leidet und wegen dieser Krankheit auch noch seinen Arbeitsplatz verlieren soll. Für die Krankheit ist der Arbeitnehmer (normalerweise) nicht verantwortlich, weshalb dann auch eine erfolgreiche krankheitsbedingte Kündigung in ihren Folgen wie eine betriebsbedingte Kündigung durch das Arbeitsamt behandelt wird.

Die Voraussetzungen für die erfolgreiche krankheitsbedingte Kündigung sind jedoch außerordentlich hoch.

So muss der Arbeitgeber zunächst die häufigen Fehlzeiten oder Langzeiterkrankungen des Arbeitnehmers im einzelnen darlegen, wobei üblicherweise ein Zeitraum der letzten drei Jahre zurückblickend betrachtet wird. Sodann hat der Arbeitgeber darzulegen, dass die gesundheitliche Zukunftsprognose des Arbeitnehmers auch weiterhin schlecht ist. Nimmt der Arbeitgeber auch noch diese Hürde, dann muss er dem Gericht genau darlegen und beweisen, dass durch die Erkrankung des Arbeitnehmers in den letzten drei Jahren dem Arbeitgeber unzumutbare finanzielle Mehrbelastungen entstanden sind. So z.B. durch wiederholte jährliche Lohn-/ Gehaltsfortzahlungen und zusätzliche Kosten für etwaige Ersatzmitarbeiter, wodurch natürlich die ersparten Gehaltsbezüge für den erkrankten Arbeitnehmer von den Zusatzkosten für die Ersatzmitarbeiter in Abzug zu bringen sind.

Gelingt dem Arbeitgeber auch nach dieser Vortrag, dann findet schlussendlich eine Interessenabwägung mit der Prüfung statt, ob die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers denjenigen des erkrankten Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes überwiegen.

Überzeugt der Vortrag des Arbeitgebers nicht das Arbeitsgericht und endet der Rechtsstreit durch ein Urteil, so wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung des Arbeitgebers geendet hat, sondern fortbesteht. Der Arbeitgeber hat dann nahtlos alle anderen Gehaltsbezüge dem Arbeitnehmer unter Beachtung der Ansprüche des Arbeitsamtes nach zu erstatten und muss den Arbeitnehmer auch weiterbeschäftigen.

Um dieses zu vermeiden - was auch von vielen Arbeitgebern als ein so genannter Prestigeverlust angesehen wird - sind die Arbeitsgerichte gehalten, in jeder Lage des Verfahrens auf eine vergleichsweise Regelung hinzuwirken. Dies ist geregelt in den §§ 9, 10 KSchG. Einigen sich die Parteien, wonach Arbeitnehmer die Kündigung akzeptiert und der Arbeitgeber hierfür eine Abfindung bezahlt, wird die Kündigung rechtswirksam.

Als Frist ist bei einer Kündigungsschutzklage zu beachten, dass der Arbeitnehmer gemäß § 4 KSchG innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung die Klage beim Arbeitsgericht eingereicht haben muss, ansonsten ist die Frist verstrichen. Ist der Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung unverschuldet nicht in der Lage, innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung Klage zu erheben, so ist auf seinen Antrag die Klage nachträglich zuzulassen. Dieser Antrag ist mit der Klageerhebung zu verbinden. Die Gründe für die Verhinderung müssen glaubhaft gemacht

werden. Der Antrag ist auch nur innerhalb von 2 Wochen nach Behebung des Hindernisses zulässig (§ 5 KSchG).

Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitnehmer einen 4-wöchigen Urlaub antritt und bereits am 2. Urlaubstag ihm der Arbeitgeber die Kündigung in den Briefkasten einwirft. Bei Urlaubsrückkehr sind die 3 Wochen des § 4 KSchG bereits verstrichen, so dass der Arbeitnehmer dann nur noch 2 Wochen gemäß § 5 KSchG Zeit hat, den Antrag auf nachträgliche Klagezulassung in Verbindung mit der Klageerhebung zu erstellen und dem Gericht zuzuleiten.

## 15. Jugendarbeitsschutz

Hierzu zählt das Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG). Es befasst sich mit der Beschäftigung von Kindern und Jugendlichen. Gemäß § 2 ist Kind, wer noch nicht 15 Jahre alt ist. Jugendlicher, wer 15, aber noch nicht 18 Jahre alt ist. Gemäß § 4 Abs. 1 gilt als tägliche Arbeitszeit die Zeit vom Beginn bis zum Ende der täglichen Beschäftigung ohne die in § 11 genannten Ruhepausen. Diese müssen mindestens betragen 30 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als 4 ½ Stunden bis zu 6 Stunden und 60 Minuten bei einer Arbeitszeit von mehr als 6 Stunden. Eine Arbeitsunterbrechung muss mindestens 15 Minuten andauern.

§ 5 Abs. 1 beinhaltet ein generelles Beschäftigungsverbot betreffend die Beschäftigung von Kindern und Jugendlichen mit etlichen Ausnahmen gemäß § 5 II-IV.

Einfache Beschäftigungsverbote für Jugendliche sind in den §§ 8 bis 47 JArbSchG enthalten. Diese regeln u.a. die Dauer der Arbeitszeit (§8) , den Besuch der Berufsschule (§9), die eben erwähnten Ruhepausen (§11), die tägliche Freizeit- und Nachtruhe, die 5-Tage-Woche, Samstags-, Sonntags- und Feiertagsruhe und den Urlaub (§§ 13, 19 JArbSchG).

Beschäftigungsverbote und Beschränkungen sind enthalten in den §§ 22 (gefährliche Arbeiten), Akkordarbeit (§ 23) und Arbeiten unter Tage (§ 24). § 25 regelt das Verbot der Beschäftigung durch bestimmte Personen, soweit diese wegen einer Straftat rechtskräftig verurteilt worden sind. § 28 regelt die menschengerechte Gestaltung der Arbeit und gemäß § 31 JArbSchG ist die körperliche Züchtigung von Jugendlichen untersagt.

Anzumerken ist hinsichtlich der Ruhezeit gemäß § 13 JArbSchG, dass diese 12 Stunden beträgt und als "Freizeit" bezeichnet wird. Dies bedeutet völlig bedingungslose und persönliche frei verfügbare Zeit. Daraus folgt, dass Jugendliche in ihrer Freizeit weder zu Bereitschaftsdiensten noch zur Rufbereitschaft herangezogen werden dürfen.

Der in § 19 JArbSchG geregelte Urlaubsanspruch beträgt mindestens 30 Werktage, wenn der Jugendliche zu Beginn des Kalenderjahres noch nicht 16 Jahre alt ist; mindestens 27 Werktage, wenn der Jugendliche zu Beginn des Kalenderjahres noch nicht 17 Jahre alt ist und mindestens 25 Werktage, wenn der Jugendliche zu Beginn des Kalenderjahres noch nicht 18 Jahre alt ist. Gemäß § 29 Abs. 3 S. 1 JArbSchG soll der Urlaub Berufsschülern in der Zeit der Berufsschulferien gegeben werden. Insoweit hat der Jugendliche einen Rechtsanspruch auf diese Lage des Urlaubs. Abweichungen von diesen Soll-Vorschriften bedürfen einer Begründung.

Erteilt der Arbeitgeber den Urlaub nicht während der Berufsschulferien, so ist für jeden Tag, an dem die Berufsschule während des Urlaubs besucht wird, ein weiterer zusätzlich Urlaubstag zu gewähren (§ 19 Abs. 3 Satz 2 ArbZStG). Umgekehrt besteht aber kein Anspruch, wenn der Berufsschüler -aus welchen Gründen auch immer- die Berufsschule versäumt.

#### **16. Der Berufsausbildungsvertrag nach dem Berufsbildungsgesetz (BBiG)**

Für den Inhalt des Berufsausbildungsverhältnisses ist der Berufsausbildungsvertrag gemäß § 3 Absatz 1 BBiG maßgebend. Der Mindestinhalt dieses Vertrages wird in § 4 BBiG vorgegeben.

Das Zustandekommen des Ausbildungsvertrages regelt sich gemäß § 3 Abs. 2 nach den für den Arbeitsvertrag geregelten Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätzen. Damit gelten die gesetzlichen Bestimmungen über Willensmängel und über die Anfechtung für den Berufsausbildungsvertrag ebenso, wie sie auch auf den Arbeitsvertrag Anwendung finden. Ist der Auszubildende zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses minderjährig, bedarf er der Zustimmung seiner Personensorgeberechtigten. Dies ergibt sich aus § 4 Abs. II BBiG. Der Minderjährige ist daher nicht berechtigt, gemäß § 113 BGB den Ausbildungsvertrag im eigenen Namen abzuschließen.

Gemäß § 4 BBiG ist der Auszubildende verpflichtet, unmittelbar nach Abschluss des Berufsausbildungsvertrages, spätestens vor Beginn der Berufsausbildung, den wesentlichen Vertragsinhalt schriftlich niederzulegen. Für Arbeitsverträge sei auf das oben

erwähnte Nachweisgesetz verwiesen. Danach müssen die in § 4 unter den Nr. 1-9 genannten Punkten in den Ausbildungsvertrag aufgenommen werden.

Allerdings ist ein mündlich abgeschlossener Ausbildungsvertrag nicht von vornherein unwirksam. Der Berufsausbildungsvertrag konnte bislang wirksam auch formlos abgeschlossen werden, wie vom BAG bereits im Jahre 1972 entschieden (BAG AP Nr. 1 zu § 15 BBiG).

Die Dauer der Berufsausbildung folgt aus den jeweiligen Ausbildungsordnungen. Die Berufsausbildung soll gemäß § 25 Abs. 2 Nr. 2 BBiG nicht mehr als 3 und nicht weniger als 2 Jahre dauern.

Die in § 13 BBiG geregelte Probezeit muss mindestens einen Monat und darf höchstens 3 Monate betragen. Eine kürzere auch eine längere Probezeit ist nichtig.

Änderungen des Berufsausbildungsvertrages bedürfen der Schriftform gemäß § 4 Abs. 4 BBiG.

Der Ausbildende ist verpflichtet, den Abschluss eines Berufsausbildungsvertrages bei den zuständigen Stellen (Handwerkskammern) anzumelden gemäß § 32 BBiG. Wird die Anmeldung vom Ausbildenden in schuldhafter Weise unterlassen, kann der Auszubildende trotzdem zur Abschlussprüfung gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 3 BBiG zugelassen werden, wenn er die Unterlassung der Anmeldung nicht zu vertreten hat.

Eine nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkung des Auszubil-

denden ist nichtig gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 BBiG (Ausnahme: Zeitsoldat gemäß § 85 BBiG).

Eine Weiterarbeitsklausel mit dem Inhalt, dass die Vertragsparteien bereits vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses vereinbaren, dass der Auszubildende nach der Abschlussprüfung im Betrieb des Ausbildenden verbleibt, ist nur dann wirksam, wenn sie innerhalb der letzten 6 Monate des Berufsausbildungsverhältnisses vereinbart wurde (§ 5 Abs. 1 BBiG).

Diese Verpflichtung des Auszubildenden, für die Berufsausbildung eine Entschädigung zu bezahlen ist nichtig (§ 5 II 1 BBiG).

Ferner sind Vertragsstrafen nichtig. Ebenso der Abschluss oder die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen und die Festsetzung der Höhe eines Schadensersatzes in Pauschbeträgen (§ 5 II BBiG).

Als Pflicht des Ausbildenden besteht die in § 6 BBiG geregelte Hauptpflicht dafür zu sorgen, dass das Ausbildungsziel erreicht werden kann. Der Ausbildende ist verpflichtet, dem Auszubildenden die Ausbildung kostenlos zu gewähren. Aus dieser Bestimmung in § 6 BBiG erwächst dem Auszubildenden ein materieller Beschäftigungsanspruch. Der Auszubildende darf somit nicht von der tatsächlichen Tätigkeit freigestellt werden.

Der Ausbildende ist verpflichtet, den Auszubildenden anzuhalten, die Berufsschule regelmäßig zu besuchen und Berichtshefte zu führen (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 BBiG).

Gemäß § 6 Abs. 1 Ziff. 5 ist der Ausbildende verpflichtet (nach heutigem Verständnis) charakterliche Fehlentwicklungen oder Gefahrenmomente zu erkennen und diesen entgegenzusteuern, notfalls auch durch Einschaltung der Eltern oder sonstiger Stellen. Dies gilt sogar dann, wenn der Auszubildende bereits volljährig ist.

Gemäß § 8 Abs. 1 BBiG ist der Ausbilder verpflichtet, bei Beendigung des Ausbildungsverhältnisses ein Zeugnis auszustellen.

Der Auszubildende hat die Pflicht, sich zu bemühen, die Fertigkeiten und Kenntnisse zu erwerben, um dadurch das Ausbildungsziel zu erreichen (§ 9 BBiG). Es wird erwartet, dass er diese Bemühungen auch außerhalb der Arbeitszeit erbringt. Daneben ist der Auszubildende verpflichtet, die Berufsschule regelmäßig zu besuchen gemäß § 9 Ziff. 2 und § 7 BBiG. Unterlässt der Auszubildende dies schuldhaft, kann der Ausbilder die Ausbildungsvergütung für jeden Fehltag um 1/30 kürzen. Nach vorheriger Abmahnung kann auch eine fristlose Kündigung hierauf gestützt werden. Letzteres ist jedoch umstritten.

Verletzt der Auszubildende die in § 9 Nr. 6 BBiG geregelte Geheimhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, kann sich der Auszubildende wie jeder andere Arbeitnehmer auch strafbar machen.

Die Festlegung der Ausbildungsvergütung ist notwendiger Bestandteil des Ausbildungsvertrages. Es ist eine angemessene Vergütung zu bezahlen, wobei das Gesetz in § 4 Abs. 1 Nr. 6 die Höhe nicht regelt. Bei der Festlegung der Ausbildungsvergütung besteht ein Spielraum.

Das Berufsausbildungsverhältnis ist gemäß § 14 Abs. 1 auf den Zeitraum der Berufsausbildung befristet und endet mit dem Ablauf der Ausbildungszeit. Besteht der Auszubildende vor Ablauf der vertraglichen Ausbildungszeit die Abschlussprüfung, so endet das Ausbildungsverhältnis bereits zu diesem Zeitpunkt. Besteht der Auszubildende die Abschlussprüfung nicht, kann er gemäß § 14 Abs. 3 verlangen, bis zur nächstmöglichen Wiederholungsprüfung das Ausbildungsverhältnis verlängert zu bekommen, höchstens jedoch um ein Jahr. Gemäß § 34 kann die Abschlussprüfung zweimal wiederholt werden. Unter Umständen kann der Auszubildende daher in dem Verlängerungsjahr die Prüfung zweimal wiederholen. Gelingt ihm dies nicht, ist die Fortsetzung des Ausbildungsverhältnisses über dieses eine Verlängerungsjahr von der Zustimmung des Ausbildenden abhängig. Gemäß § 4 ist die Verlängerung der Ausbildung schriftlich niederzulegen und nach § 32 der zuständigen Stelle (z.B. RA-Kammer bei Rechtsanwaltsfachangestellten-auszubildende) anzuzeigen.

Das Berufsausbildungsverhältnis kann auch durch Aufhebungsvereinbarung (im gegenseitigen Einvernehmen) jederzeit enden (beachte: gemäß § 623 BGB ist Schriftform erforderlich!). bei minderjährigen Auszubildenden bedarf es der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Allerdings dürfen zwingende Schutzvorschriften zu Gunsten des Auszubildenden nicht umgangen werden. Das BAG hat einen Aufhebungsvertrag für unwirksam erklärt, der vorsah, dass das Ausbildungsverhältnis automatisch enden sollte, wenn der Auszubildende im nächsten Berufsschulzeugnis in bestimmten Fächern die Note "mangelhaft" enthält (BAG vom 15.12.1985 in BB 1986, 2128).

Bei der Kündigung des Ausbildungsverhältnisses ist zu unterscheiden zwischen:

- Kündigung während der Probezeit
- der Kündigung nach Ablauf der Probezeit.

Während der Probezeit kann ein Ausbildungsverhältnis jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gemäß § 15 Abs. 1 gekündigt werden. Hierdurch soll beiden Vertragspartnern erlaubt werden, sich kurzfristig voneinander zu lösen, wenn festgestellt wird, dass der Ausbildungsgang für den Auszubildenden doch nicht der richtige Beruf ist oder umgekehrt, der Auszubildende zu der Überzeugung gelangt, der Auszubildende würde sich für diesen Berufsweg nicht eignen. Im Kündigungsschreiben muss in diesem Fall der Kündigungsgrund nicht angegeben werden. Besteht ein Betriebsrat, so ist diesem allerdings die Gründe für die Kündigung während der Probezeit gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG mitzuteilen.

Die fristlose Kündigung muss nicht zur sofortigen Beendigung des Ausbildungsverhältnisses führen. Sie kann auch mit einer sozialen Auslaufrfrist erklärt werden. Allerdings darf dies nicht zu einer unangemessenen langen Fortsetzung des Berufsausbildungsvertrages führen. Evtl. sind noch die Kündigungsschutzbestimmungen für das Mutterschutzgesetz oder das Schwerbehindertengesetz zu beachten.

Bei der Kündigung nach der Probezeit kann das Berufsausbildungsverhältnis gemäß § 15 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BBiG vom Ausbilder nur aus wichtigem Grund und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Der Auszubildende hat die Möglichkeit, mit einer Kündigungsfrist von 4 Wochen die Kün-

digung zu erklären.

Eine ordentliche Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses nach Ablauf der Probezeit ist ausgeschlossen. Eine Vereinbarung über eine ordentliche Kündigung ist gemäß § 18 nichtig.

**Beachte:** Die außerordentliche Kündigung gemäß § 15 Abs. 2 bedarf grundsätzlich der Schriftform und im Kündigungsschreiben sind die Kündigungsgründe anzugeben. Ansonsten ist die Kündigung nichtig! Auch ist es nicht möglich, eine derartige nichtige Kündigung nachträglich zu heilen. Die Kündigungsgründe können daher schriftlich nicht mehr nachgeschoben werden. Bei den Kündigungsgründen sind die Tatsachen mitzuteilen, die für die Kündigung maßgebend sind. Pauschale Umschreibungen der Kündigungsgründe wie z.B. "Mangelhaftes Benehmen" oder "Stören des Betriebsfriedens" sind keinesfalls ausreichend! Auch hierdurch würde die Kündigung nichtig werden. Die Kündigungsgründe sind vielmehr präzise und detailliert anzugeben.

Sofern der Ausbilder eine fristlose Kündigung erklärt, gelten hierbei die Grundsätze zu § 626 Abs. 1 BGB. Danach müssen Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Be-

rücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Berufsausbildungsverhältnisses bis zum Ablauf der Ausbildungszeit nicht mehr zugemutet werden kann. Regelmäßig ist eine Häufung von Vertragsverstößen erforderlich. Anerkannt sind als Gründe für eine außerordentliche Kündigung z.B.:

- wiederholt verspätetes Abliefern des Berichtsheftes trotz Abmahnung (umstritten!)
- grobe Beleidigung unter Missachtung des Ausbildenden
- strafbare Handlungen, wobei es hier auf die Schwere der strafbaren Handlungen ankommt.

Nicht anerkannt als fristloser Kündigungsgrund sind dagegen ungenügende Berufsschulleistungen des Auszubildenden oder -auch trotz mehrfacher Abmahnungen- ein andauerndes Führen von Privattelefonaten vom Diensttelefon des Ausbildenden im 3. Ausbildungsjahr.

Bei den eben erwähnten strafbaren Handlungen sind die individuellen Umstände des Auszubildenden mit den objektiven Gegebenheiten abzuwägen. Jugendstreich wird man sicherlich nicht als fristlosen Kündigungsgrund akzeptieren. Ein Ladendiebstahl könnte möglicherweise noch nicht für eine fristlose Kündigung ausreichen. Denn die Pflicht des Ausbildenden ist es ja gerade, den Auszubildenden vor sittlicher und körperlicher Gefährdung (§6 Abs. 1 NR. 5) zu schützen. Das Fehlverhalten eines jugendlichen Auszubildenden wird in einem milderen Licht gewertet, als ein gleich gelagertes Verhalten eines erwachsenen Arbeitnehmers. Ferner werden die Folgen einer fristlosen Kündigung für den Auszubildenden gewertet. Unter Umständen ist dem Auszubildenden jede andere Form einer Ausbildung nach einer erfolg-

ten fristlosen Kündigung genommen und der Auszubildende hätte dann keine abgeschlossene Berufsausbildung. Insbesondere gegen Ende des Ausbildungsverhältnisses gewinnen die Interessen des Auszubildenden eine derart große Bedeutung, dass praktisch eine fristlose Kündigung kurz vor Abschluss der Ausbildung kaum noch in Betracht kommen wird.

Die auszusprechende fristlose Kündigung muss gemäß § 15 Abs. 4 BBiG i.V. mit § 626 II BGB binnen 2 Wochen nach Kenntnis des Kündigungsgrundes durch den Kündigungsberechtigten erklärt worden sein. Eine Verdachtskündigung ist aber nur wirksam, wenn der Auszubildende vorher angehört wurde und Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem gegen ihn erhobenen Verdacht hatte.

Die Kündigung gegenüber einem minderjährigen Auszubildenden muss an den gesetzlichen Vertreter gerichtet werden. Dabei ist empfehlenswert, an jeden einzelnen gesetzlichen Vertreter ein gesondertes Kündigungsschreiben zu richten, bei den Eltern also zweimal das gleich lautende Schreiben an Mutter und an Vater getrennt jeweils in einem eigenen Briefumschlag zu versenden.

Gemäß § 111 Abs. 2 ArbGG (Arbeitsgerichtsgesetz) können zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Ausbildenden und Auszubildenden Schlichtungsausschüsse zur Vermittlung gebildet werden. Dieser Ausschuss muss, sofern er existiert, vor Durchführung des Arbeitsgerichtsprozesses angerufen werden. Es ist anzuzuführen, gleichzeitig den Schlichtungsausschuss anzurufen und die Klage beim zuständigen Arbeitsgericht einzureichen.

Die Anrufung des Schlichtungsausschusses ist als Prozessvoraussetzung der Klage vor dem Arbeitsgericht von Amts

wegen zu prüfen. Wenn der Schlichtungsausschuss besteht, kann nicht auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichtet werden. Besteht er nicht, ist das Arbeitsgericht unmittelbar zuständig. Dem Auszubildenden ist zu empfehlen, gegen eine Kündigung innerhalb einer Frist von drei Wochen den Schlichtungsausschuss anzurufen und die Klage bei Gericht zu erheben. Dies ergibt sich aus § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG, wobei die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes allerdings umstritten ist.