

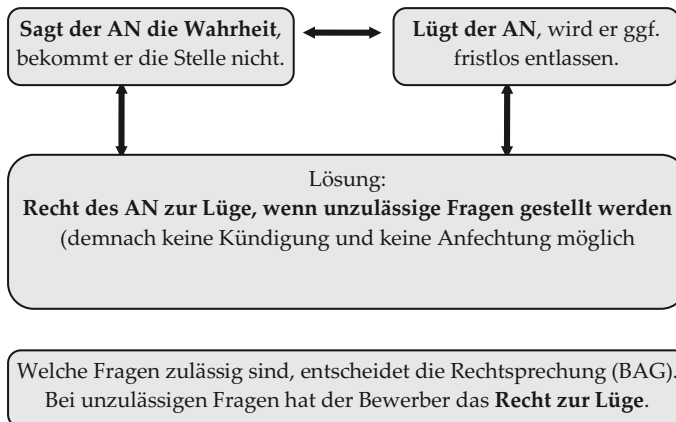
2 Das Arbeitsverhältnis

2.1 Vorstellungsgespräch

Vor dem Zustandekommen eines Arbeitsvertrages findet regelmäßig ein Vorstellungsgespräch statt. Hier prüft der Arbeitgeber einen Bewerber, um einschätzen zu können, ob er für die vorhandene Stelle geeignet ist. Allerdings sind nicht alle Fragen, die der Arbeitnehmer stellt, zulässig. Für den Bewerber besteht oft das Problem, dass er, wenn er wahrheitsgemäß antwortet, nicht eingestellt wird und wenn er lügt, und dies später dem Arbeitgeber bekannt wird, er ggf. mit einer Kündigung zu rechnen hat.

Ist die vom Arbeitgeber gestellte Frage unzulässig, so hat der Bewerber das Recht, die Frage wahrheitswidrig zu beantworten, also zu lügen. Wird die Lüge später offenbar, ist dies unbeachtlich, d.h. hieraus resultiert kein Kündigungs- oder Anfechtungsgrund (sog. **Recht zur Lüge**).

Abbildung 2-1: *Recht zur Lüge beim Vorstellungsgespräch*



Zu der Frage, wann eine zulässige und wann eine unzulässige Frage vorliegt, gibt es eine **umfangreiche Einzelfallrechtsprechung**. Grundsätzlich kann man davon ausgehen, dass der Arbeitgeber alle Fragen stellen darf, die sich auf die Qualifikation und Eignung des Bewerbers für die entsprechende Stelle beziehen. Unzulässig sind dagegen Fragen, die das Privatleben des Bewerbers oder seine Persönlichkeitsmerkmale mit Grundrechtsqualität betreffen.

Eine Übersicht zur Rechtsprechung in Bezug auf die Zulässigkeit von Fragen findet sich nachfolgend:

Zulässige Fragen	Unzulässige Fragen
Bisheriger beruflicher Werdegang, ohne Angabe zu Wehr- oder Ersatzdienst.	Familienstand: dies kann ggf. die Leistungsfähigkeit des Bewerbers beeinflussen. Im Rahmen der Verdienstabrechnung nach einer erfolgten Einstellung müssen diese Angaben dann aber später gemacht werden.
Schwerbehinderteneigenschaft, weil aus dem Schwerbehindertenstatus viele Rechtsfolgen, z.B. ein besonderer Kündigungsschutz folgt. ¹⁴	Früheres Gehalt, wobei im Außendienst ggf. erzielte Provisionen anzugeben sind, da dies einen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bewerbers zulässt.
Ein bestehendes Wettbewerbsverbot, da der frühere Arbeitgeber sonst Schadensersatzansprüche gegen den Bewerber erheben könnte.	Gewerkschaftszugehörigkeit, wegen des Grundrechts auf Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG).
	Krankheiten, es sei denn, die Krankheit kann sich auf die vorgesehene Tätigkeit auswirken. ¹⁵
	Religionsangehörigkeit wg. des Grundrechts auf Religionsfreiheit, es sei denn, es wird eine Tätigkeit bei einer Religionsgemeinschaft angestrebt.
	Schwangerschaft, weil hier Frauen diskriminiert würden. ¹⁶ Zwischenzeitlich werden hier keine Ausnahmen mehr zugelassen; das heißt, auch im Fall einer befristeten Stelle zur Vertretung einer anderen Schwangeren gilt das Verbot. ¹⁷

¹⁴ BAG DB 1994, S. 939 ff

¹⁵ BAG DB 1974, S. 1531 ff

¹⁶ EuGH NZA 2003, S. 848 ff (Mahlberg ./ Mecklenburg-Vorpommern); BAG 1 AZR 241/60 = DB 1961, S. 1522

¹⁷ LAG Köln 6 Sa 641 / 12 = DB 2012, S. 2872 ff

	Vermögensverhältnisse, es sei denn, es bestehen zahlreiche Lohnpfändungen und der Bewerber strebt eine Stelle an, bei der er Kontakt zu beträchtlichen Geldsummen hat.
	Vorstrafen, es sei denn, es wird eine Stelle in einem sicherheitsrelevanten Bereich oder beim Außendienst angestrebt, wenn es sich um Vermögensdelikte handelt. ¹⁸

Wird ein Bewerber zum Vorstellungsgespräch eingeladen, hat der Arbeitgeber dem Bewerber gemäß § 670 BGB analog die **Bewerbungskosten** zu erstatten, wobei hier nur die „üblichen“ Kosten anzusetzen sind.¹⁹ Unter den üblichen Kosten ist die preiswerteste öffentliche Bahn- oder Busfahrkarte zu verstehen. Ein Ersatz der Bewerbungskosten scheidet allerdings aus, wenn der Arbeitgeber den Bewerber vorher ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass er keine Kosten ersetzt.

Der abgelehnte Bewerber hat allerdings keinen Anspruch zu erfahren, weshalb er die Stelle nicht erhalten hat. Insbesondere kann er keine Auskünfte zu den anderen Bewerbern erhalten.²⁰ Bei der Prüfung einer Diskriminierung nach § 7 AGG kann es allerdings von Bedeutung sein, wenn der Arbeitgeber keinerlei Informationen gibt. Bereits die Nichteinladung zu einem Vorstellungsgespräch kann eine unzulässige Diskriminierung darstellen (§ 7 AGG), und zwar unabhängig davon, ob der Arbeitgeber einen Bewerber einstellt oder nicht.²¹

2.2 Der Arbeitsvertrag

2.2.1 Abschluss des Arbeitsvertrags

Hat sich der Arbeitgeber für einen Bewerber entschieden, legt er diesem einen Arbeitsvertrag vor. Für den Abschluss des Arbeitsvertrages gilt der **Grundsatz der Vertragsfreiheit** (§ 105 GewO).

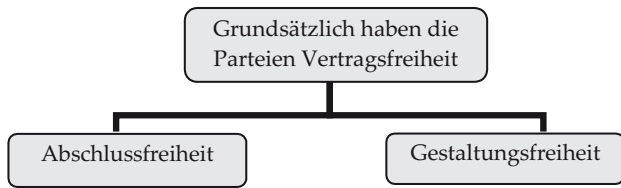
¹⁸ BAG DB 1958, S. 277 ff

¹⁹ BAG 5 AZR 433/87 = NZA 1989, S. 468 ff

²⁰ EuGH C-415/10, Meister = DB 2012, S. 980 ff

²¹ BAG 8 AZR 285/11 = DB 2012, S. 2811 ff

Abbildung 2-2: Vertragsfreiheit



*Einschränkungen durch zwingende
arbeitsrechtliche Gesetze*

Dies bedeutet, der Arbeitgeber ist grundsätzlich frei in seiner Entscheidung, ob und mit wem er den Arbeitsvertrag schließt, wobei es aber mittlerweile zahlreiche Regelungen gibt, die sich auf die **Abschlussfreiheit** auswirken können. Dies ist z.B. eine Quotenregelung bzgl. schwerbehinderter Mitarbeiter. Schließt der Arbeitgeber mit einem Bewerber keinen Arbeitsvertrag, weil er ein entsprechendes Arbeitsverhältnis nicht eingehen möchte, kann dies im Hinblick auf die Quotenregelung Sanktionen zur Folge haben, z.B. hier die Zahlung einer Ausgleichsabgabe (§ 71 SGB IX).

Diese Abschlussgebote begründen regelmäßig keinen Zwang, einen bestimmten Stellenbewerber einzustellen, sie gelten nur zugunsten schutzbedürftiger Personengruppen.

Ein **Arbeitsvertrag** muss nach § 2 NachwG **schriftlich gefasst** werden, wobei im Vertrag die wesentlichen Vertragsbedingungen enthalten sein müssen. Der Arbeitnehmer hat einen gesetzlichen Anspruch auf Aushändigung einer Ausfertigung des Vertrages binnen eines Monats nach dem Vertragsschluss.

In bestimmten Gewerben, auch bei kleinen Betrieben, wird häufig kein schriftlicher Arbeitsvertrag erstellt. Dies hat keinerlei Auswirkung auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses, da das Gesetz selbst keine Folgen für die Nichtbeachtung der Formvorschrift vorschreibt.

Die Intention des Gesetzgebers für einen schriftlichen Arbeitsvertrag besteht darin, die Beweisführung bei einem eventuellen Arbeitsgerichtsverfahren zu vereinfachen, bei dem es auf den Vertragsinhalt ankommt.

Der Arbeitsvertrag ist grundsätzlich mit den Inhalten schriftlich abzuschließen, die in § 2 Abs. 2 S. 1 NachwG enthalten sind. Wie bereits ausgeführt, führt die Nichteinhaltung der Formvorschrift nicht dazu, dass kein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist, da ein Arbeitsvertrag auch mündlich zustande kommen kann, wenn sich die Parteien über den Arbeitsinhalt, d.h. die Tätigkeit und eine Vergütung, einigen.

Fehlen hierbei regelungsbedürftige Punkte, ergeben sich diese aus Gesetzen, Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen usw.

Nach § 2 Abs. 2 S. 1 NachwG gehört zum Mindestinhalt:

- Name und Anschrift der Vertragsparteien
- Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses
- bei Befristungen: vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses
- Arbeitsort bzw. der Hinweis, dass eine Beschäftigung an verschiedenen Orten erfolgen kann
- kurze Beschreibung oder Charakterisierung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit
- Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgeltes einschließlich der Zuschläge, Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgeltes und deren Fälligkeit
- vereinbarte Arbeitszeit
- Dauer des jährlichen Erholungsurlaubes
- Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses
- Hinweis auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind

Ein Arbeitsvertrag kann auch mit **Minderjährigen** geschlossen werden. Für diese bestehen allerdings Sonderregelungen, da diese nach Vollendung des 7. Lebensjahres und bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres beschränkt geschäftsfähig sind, was bedeutet, dass sie nicht alleine wirksam einen Vertrag schließen können (§§ 2, 106, 107 BGB). Hier bedarf es der Zustimmung der Erziehungsberechtigten, üblicherweise der Eltern, zum Vertragsschluss.

Diese Zustimmung der Erziehungsberechtigten kann vor dem Vertragsschluss als sog. Einwilligung oder nach dem Vertragsschluss als sog. Genehmigung erfolgen.

Solange eine Zustimmung nicht vorliegt, ist der Arbeitsvertrag schwebend unwirksam, d.h. er entfaltet erst seine Rechtswirkung, wenn die Erziehungsberechtigten ihn genehmigen. Genehmigen die Erziehungsberechtigten den Arbeitsvertrag nicht, kommt der Arbeitsvertrag nicht zustande. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber von der Minderjährigkeit des Arbeitnehmers keine Kenntnis hat, d.h. ein eventueller guter Glaube des Arbeitgebers wird nicht geschützt.

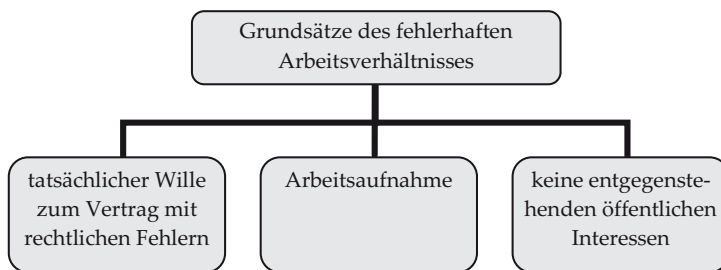
Aus einem Vertragsschluss mit Minderjährigen oder auch aus anderen Gründen kann es zu einem Fehler bei einem Vertragsschluss kommen, der zur Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses führt.

Diese Probleme können den Vertragsparteien aber erst im Nachhinein bewusst oder bekannt werden, also nachdem der Arbeitnehmer bereits die Arbeit aufgenommen hat. Es stellt sich dann die Frage, wie in seinem solchen Fall, d.h. wenn das Arbeitsverhältnis faktisch durchgeführt wurde, aber unwirksam ist, wieder „rückgängig“ gemacht werden kann (§ 812 ff BGB). Zwar könnte dann der gewährte Lohn wieder zurückbezahlt werden, die geleistete Arbeit kann aber nicht mehr zurückerstattet werden.

Für diese Fälle hat die Rechtsprechung **die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses** entwickelt, welche zur Anwendung kommen, wenn

- beim Abschluss des Arbeitsvertrages ein Fehler unterlaufen ist und
- der Arbeitnehmer seine Arbeit bereits aufgenommen hat und
- das fehlerhafte Arbeitsverhältnis keine öffentlichen Interessen berührt bzw. dem vorrangigen Schutz der Beteiligten entgegensteht.²²

Abbildung 2-3: Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses



Damit liegen die Grundsätze eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses nicht vor, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit noch nicht aufgenommen hat oder ein vorrangiger Schutz eines der Beteiligten vorliegt, wie etwa ein Verstoß gegen Gesetze oder die guten Sitten.²³

Wenn aber die Voraussetzungen des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses vorliegen, wird das fehlerhafte Arbeitsverhältnis für die Zeit bis zur Feststellung der Unwirksamkeit wie ein normales, d.h. wirksames Arbeitsverhältnis, behandelt. Für die Zukunft allerdings besteht keine Bindung, d.h. es ist jederzeit form-, fristlos und einseitig beendbar.²⁴

²² BAG NZA 1999, S. 199; BAG NZA 2000, S. 385 ff

²³ BAG 5 AZR 592/03 = NZA 2005, S. 1409 ff

²⁴ BAG NZA 2000, S. 945 ff

Wie bereits ausgeführt, kommt in der Praxis ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis insbesondere bei der Beteiligung eines Minderjährigen vor, wenn z.B. weil der Arbeitgeber die Minderjährigkeit nicht kannte.

Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass sich eine Vertragspartei über eine grundlegende Voraussetzung bei Abschluss des Arbeitsvertrages geirrt hat. Wenn ihr später dieser Irrtum bekannt wird, kann sie den Arbeitsvertrag wieder lösen. Dies geschieht über die **Anfechtung** des Arbeitsvertrages, wobei nicht jeder Irrtum hierzu berechtigt.

Ein Arbeitsverhältnis kann angefochten werden, wenn

- ein **Inhaltsirrtum** vorliegt, d.h. ein Irrtum über die Erklärungsbedeutung (der Erklärende weiß, was er sagt, aber nicht was er damit sagt), § 119 Abs. 1, 1. Alternative BGB, oder
- ein **Erklärungsirrtum** vorliegt, d.h. ein Irrtum bei der Willensäußerung (der Erklärende wollte das, was er sagt, gar nicht sagen), § 119 Abs. 1, 2. Alternative BGB, oder
- ein **Eigenschaftsirrtum** vorliegt, d.h. ein Irrtum bei der Willensbildung (der Erklärende hat falsche Vorstellungen von einer Person/Sache), § 119 Abs. 2 BGB.

Beispiele:

Fälle des Eigenschaftsirrtums sind der Gesundheitszustand des Arbeitnehmers²⁵ oder die Vertrauenswürdigkeit bei Bewerbung auf besonders hervorgehobene Positionen.²⁶

Fälle der Anfechtung liegen auch vor, wenn eine **arglistige Täuschung** nach § 123 Abs. 1, 1. Alt. BGB, oder eine **widerrechtliche Drohung** nach § 123 Abs. 1, 2. Alternative BGB gegeben ist. Eine Anfechtung wegen einer arglistigen Täuschung kommt insbesondere in Betracht, wenn der Arbeitnehmer zulässige Fragen (vgl. oben) des Arbeitgebers bei der Einstellung unwahr beantwortet hat.

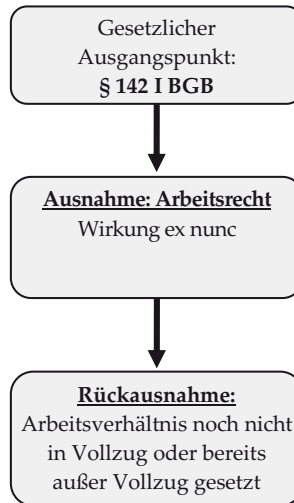
Die Anfechtung nach § 119 BGB muss vom Anfechtungsberechtigten gemäß § 121 BGB unverzüglich nach Entdeckung des Irrtums erklärt werden. Den Begriff „unverzüglich“ deutet die Rechtsprechung in Anlehnung an § 626 Abs. 2 S. 2 BGB als 2-Wochen-Frist, welche ab Kenntnis des Anfechtungsberechtigten vom Anfechtungsgrund beginnt.²⁷

²⁵ BAG AP § 119 BGB Nr. 3

²⁶ BAG AP § 123 BGB Nr. 17

²⁷ BAG AP § 119 BGB Nr.4; BAG NZA 1991, S. 719 ff

Abbildung 2-4: Anfechtung im Arbeitsrecht



Folge der Anfechtung ist, dass der Arbeitsvertrag von Anfang an als nichtig anzusehen ist, vgl. § 142 Abs. 1 BGB, so dass die beiderseitig erbrachten Leistungen rückabzuwickeln sind. Dies ist wiederum bei dem bezahlten Entgelt relativ leicht möglich (zumindest falls dieses noch vorhanden ist). Bei der geleisteten Arbeit ist die Rückgabe unmöglich. Dies führt dazu, dass eine Rückwirkung der Anfechtung für die Vergangenheit ausscheidet, sondern nur das Arbeitsverhältnis **für die Zukunft** beendet wird, so dass trotz einer Anfechtung sowohl der gezahlte Lohn als auch die geleistete Arbeit nicht mehr zurückzugeben sind.²⁸

War das Arbeitsverhältnis aber bereits für die Vergangenheit außer Vollzug gesetzt, d.h. dass der Arbeitnehmer auch keine Arbeit geleistet hat, kann eine begrenzte Rückwirkung angenommen werden.²⁹

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer hat bei der Einstellung zum 1.9. getäuscht. Wenn der Irrtum vom Arbeitgeber am 1.12. festgestellt wurde, der Mitarbeiter aber bereits zum 15.11. arbeitsunfähig erkrankt ist, hat die Anfechtung Rückwirkung auf den 15.11.

²⁸ BAG NZA 1985, S. 58 ff

²⁹ BAG NZA 1999, S. 584 ff

2.2.2 Arbeitsvertrag und Probezeit

Oft reicht ein Vorstellungsgespräch nicht aus, um einen Bewerber von Arbeitgeberseite endgültig beurteilen zu können. Üblicherweise wird dann eine **Probezeit** vereinbart, um den Bewerber im Rahmen des Arbeitsverhältnisses kennen zu lernen. Eine Probezeit muss immer ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbart werden.³⁰ Dies bedeutet, dass nicht automatisch eine Probezeit besteht. Neben der Regelung der Probezeit im Arbeitsvertrag kommt auch die Regelung in Betriebsvereinbarungen oder in Tarifverträgen in Betracht.

Vorteil der Vereinbarung einer Probezeit ist, dass die Vertragspartner eine besondere Kündigungsfrist während der Probezeit vereinbaren können. Haben die Vertragsparteien keine Kündigungsfrist vereinbart, tritt die gesetzliche Regelung ein, d.h. diese beträgt zwei Wochen während der Probezeit gemäß § 622 Abs. 3 BGB.

Die Dauer der Probezeit kann zwischen den Vertragsparteien selbstständig ausgehandelt werden, wobei eine gesetzliche Obergrenze von sechs Monaten gilt.

Trotzdem versuchen Arbeitgeber oft, insbesondere in Fällen, in denen der Arbeitnehmer krank war, die Dauer der Probezeit zu verlängern. Nach der Rechtsprechung sind derartige Klauseln, die die Verlängerung der Probezeit betreffen, unwirksam. Nur in ganz bestimmten, ausnahmsweise gegebenen Konstellationen, ist es möglich, die Probezeit zu verlängern.

Beispiel:

Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Arbeitnehmer während der sechsmonatigen Probezeit durch einen von ihm unverschuldeten Unfall über einen Zeitraum von vier Monaten krank war. In der verbleibenden restlichen geringen Zeit von zwei Monaten konnte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht kennen lernen. Hier ist ausnahmsweise die Verlängerung der Probezeit um die Dauer der Krankheit zulässig.

2.2.3 Nutzung von Gegenständen

Oft werden vom Arbeitgeber bestimmte Gegenstände, wie z.B. Diensttelefone, Laptops oder Dienstwagen dem Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt. Der Arbeitnehmer hat lediglich einen Anspruch auf Überlassung dieser Gegenstände, wenn dies besonders vertraglich vereinbart ist. Problematisch ist hierbei immer, ob dem Arbeitnehmer nur die betriebliche Nutzung oder auch die **private Nutzung** gestattet ist.

³⁰ BAG NZA 2008, S 403 ff

Ist dem Arbeitnehmer die private Nutzung gestattet, löst dies insbesondere steuerrechtliche Folgen aus. Darüber hinaus besteht ein Nutzungsanspruch des Arbeitnehmers im Falle einer Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Eine Ausnahme besteht hier nur bei einem vereinbarten **Widerrufsvorbehalt des Arbeitgebers**, sowie bei längerer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Liegt dies nicht vor und entzieht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer rechtswidrig die Nutzung, löst dies einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers aus.

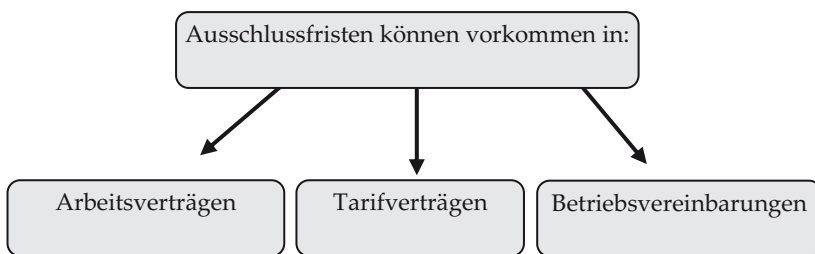
2.2.4 Ausschlussfristen

Neben den dargestellten Mindestinhalten finden sich in Arbeitsverträgen auch widerkehrende Standardformulierungen (sog. Klauseln), mit denen der Arbeitgeber oft in einem Standard-Arbeitsvertrag versucht, ihm günstigere Regelungen festzuhalten und diese damit gegenüber seinem Arbeitnehmer durchzusetzen.

Dies sind insbesondere Ausschlussfristen, d.h. die Festlegung einer bestimmten Frist, innerhalb der der Arbeitnehmer seine Ansprüche geltend machen muss.

Grundsätzlich verjähren arbeitsrechtliche Ansprüche erst nach drei Jahren, was insbesondere dem Arbeitgeber zu lange dauert (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Deshalb wird über eine Ausschlussfrist versucht, dass Ansprüche früher verfallen, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist (Ausschlussfrist) gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht werden. Eine Ausschlussfrist ist dann vom Arbeitsgericht **von Amts wegen** zu berücksichtigen.³¹ Solche (zulässigen) Ausschlussfristen finden sich in Arbeitsverträgen, in Betriebsvereinbarungen und in Tarifverträgen.

Abbildung 2-5: Ausschlussfristen im Arbeitsrecht



³¹ BAG DB 1963, S. 902 ff

Arbeitsrecht

Grundkurs für Wirtschaftswissenschaftler

Kramer, R.; Peter, F.K.

2014, XIII, 154 S. 67 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-658-03281-4