

Christian Rolfs

Abschluss und Inhalt des Arbeitsverhältnisses

Fachanwaltslehrgang für Arbeitsrecht, Kurseinheiten 2–4

Der Autor:

Nach seinem Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg Universität in Mainz und erfolgreicher zweiter jur. Staatsprüfung war Prof. Dr. Christian Rolfs wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht von Prof. Dr. Ulrich Preis an der FernUniversität in Hagen. Seine Promotion zum Dr. jur. erfolgte auf dem Gebiet des Arbeitsrechts. Im Jahr 1999 habilitierte er an der FernUniversität in Hagen und war von 2001 bis 2009 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht und Privatversicherungsrecht an der Universität Bielefeld. Seit 2009 ist er Professor an der Universität zu Köln, an der er jetzt das Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht leitet. Neben der Veröffentlichung zahlreicher Beiträge in Fachzeitschriften zum individuellen und kollektiven Arbeitsrecht ist er Autor von Lehrbuch- und Kommentarliteratur zum Arbeitsrecht.

Inhalt

Teil 1	17
A. Lernziel.....	17
B. Einführung	18
I. Das Arbeitsrecht im System der Rechtsordnung	18
II. Der praktische Fall	20
C. Anbahnung des Arbeitsverhältnisses	22
I. Allgemeines.....	22
II. Personalsuche und Stellenausschreibung	22
1. Allgemeines	22
2. Inhaltliche Anforderungen	23
3. Beteiligung des Betriebsrats	25
4. Ausschreibung von Teilzeitarbeitsplätzen (§ 7 TzBfG)	26
5. Besonderheiten bei der Bewerbung schwerbehinderter Menschen.....	26
6. Der praktische Fall	28
III. Bewerbungskosten.....	29
IV. Fragerechte des Arbeitgebers und Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers	30
1. Fragerechte des Arbeitgebers	30
2. Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers.....	31
3. Einzelfälle	32
4. Rechtliche Konsequenzen einer Falschbeantwortung des Bewerbers	35
5. Der praktische Fall	35
V. Einzelheiten zum Anfechtungsrecht des Arbeitgebers wegen arglistiger Täuschung	37
1. Allgemeines	37
2. Prüfungsschema „Anfechtung wegen arglistiger Täuschung“	37

3. Anfechtungserklärung	38
4. Arglistige Täuschung als Anfechtungsgrund	39
a) Täuschung durch positives Tun	39
b) Täuschung durch Unterlassen	39
c) Kausale Erregung, Verstärkung oder Unterhaltung eines Irrtums	39
d) Widerrechtlichkeit der Täuschung	40
e) Arglist	40
5. Widerrechtliche Drohung als Anfechtungsgrund	41
a) Drohung	41
b) Kausalität	41
c) Vorsatz	41
d) Widerrechtlichkeit	42
6. Anfechtungsfrist	43
7. Wirkungen der Anfechtung	44
8. Der praktische Fall	45
VI. Beteiligung des Betriebsrats	47
1. Auswahlrichtlinien	47
2. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen ..	48
a) Einstellung	48
b) Zustimmungsverweigerung	49
VII. Diskriminierungsverbote des AGG	51
1. Verbotene Differenzierungsmerkmale	51
2. Verbotene Formen der Benachteiligung	52
3. Indizien für eine Benachteiligung	54
4. Rechtfertigung einer Benachteiligung	54
5. Ansprüche von diskriminierten Stellenbewerbern	57
6. Der praktische Fall	58
a) Keine Diskriminierung bei objektiv fehlender Eignung	58
b) Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen	59
VIII. Weitere Diskriminierungsverbote	61
D. Abschluss des Arbeitsvertrages	61
I. Allgemeines	61
1. Wirksamkeit der Willenserklärungen	61

2. Begründung des Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes.....	62
a) Übernahme von Auszubildenden (§ 78a Abs. 2 BetrVG)	63
b) Verbotene Leiharbeit (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG)	64
c) Betriebsübergang (§ 613a BGB)	65
d) Universalsukzession.....	66
II. Form des Arbeitsvertrages und Nachweis des Arbeitsvertrages	66
1. Das Nachweisgesetz	66
2. Der praktische Fall	68
III. Grundsatz der Vertragsfreiheit	69
1. Abschlussfreiheit und ihre Grenzen.....	69
a) Übernahme von Auszubildenden (§ 78a Abs. 2 BetrVG)	69
b) Öffentlicher Dienst (Art. 33 Abs. 2 GG)	69
c) Verstoß gegen Diskriminierungsverbote	70
d) Sonstiges.....	70
2. Inhaltsfreiheit	71
a) Allgemeines	71
b) Änderungen von Arbeitsbedingungen	73
c) Inhaltskontrolle	75
3. Einzelheiten zur AGB-Kontrolle vorformulierter Arbeitsverträge	75
a) Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ...	76
b) Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag	77
c) Überraschende Vertragsklauseln	77
d) Unklarheitenregel	78
e) Vorrang der Individualabrede	79
f) Inhaltskontrolle (§§ 307 ff. BGB)	79
aa) Angemessenheitskontrolle (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB)	79
bb) Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB)	82
cc) Schranken der Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 3 BGB)	83

dd) Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit	85
g) Besonderheiten des Arbeitsrechts (§ 310 Abs. 4 BGB)	87
h) Erweiterter Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle vorformulierter Arbeitsverträge	89
4. Der praktische Fall	91
E. Mängel des Arbeitsvertrages	93
I. Mangelnde Geschäftsfähigkeit	93
II. Verstoß gegen gesetzliche Verbote	93
III. Sittenwidrige Lohnabreden	94
1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit	94
2. Der praktische Fall	97
IV. Anfechtung	98
1. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	98
2. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums	98
Teil 2.....	100
A. Lernziel	100
B. Pflichten des Arbeitnehmers	101
I. Arbeitspflicht	101
1. Art der Arbeit	102
a) Arbeitsvertrag und Direktionsrecht	102
b) Der praktische Fall	104
2. Qualität der Arbeit	105
3. Arbeitsort	107
a) Arbeitsvertrag und Direktionsrecht	107
b) Der praktische Fall	108
4. Arbeitszeit	110
a) Allgemeines	110
b) Dauer der Arbeitszeit	111
c) Lage der Arbeitszeit	114
d) Zeiterfassung	114
e) Mitbestimmung des Betriebsrats	115
f) Der praktische Fall	115
II. Nebenpflichten	117
1. Außerdienstliches Verhalten	117

2. Nebentätigkeiten	119
3. Wettbewerbsverbot	120
a) Gesetzliches Wettbewerbsverbot	120
b) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	121
c) Der praktische Fall	121
4. Verschwiegenheitspflichten	122
III. Schlechtleistung	125
1. Verletzung von Hauptpflichten	125
2. Verletzung von Nebenpflichten	127
IV. Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber	127
1. Überblick	127
2. Haftung für Sachschäden	129
a) Entwicklung	129
b) Prüfungsschema zur Arbeitnehmerhaftung	130
c) Betriebliche Tätigkeit	131
d) Kein gesetzlicher Haftpflichtversicherungsschutz	132
e) Schadensmindernde Berücksichtigung des Betriebsrisikos	132
f) Unabdingbarkeit	134
g) Der praktische Fall	135
3. Mankohaftung	137
4. Haftung für Personenschäden	138
V. Die Haftung der Arbeitnehmer untereinander	139
1. Haftung für Sachschäden	139
2. Haftung für Personenschäden	139
a) Einführung	139
b) Voraussetzungen des Haftungsausschlusses	141
c) Umfang des Haftungsausschlusses	141
d) Sonderfall: Arbeitsunfälle von Unternehmern	141
e) Der praktische Fall	142
VI. Die Haftung der Arbeitnehmer gegenüber Dritten	144
1. Haftung im Außenverhältnis	144
2. Freistellung im Innenverhältnis	144
3. Der praktische Fall	145

C. Pflichten des Arbeitgebers	146
I. Vergütungspflicht	146
1. Höhe der Vergütung	147
a) Vereinbarung und Fiktion einer Vergütungsvereinbarung	147
b) Grenzen der Vereinbarungsfreiheit	148
aa) Mindestlohn	148
bb) Lohnwucher	151
cc) Gleichbehandlung	151
dd) Entgelttransparenz	153
c) Der praktische Fall	155
aa) Mindestlohn	155
bb) Anknüpfung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit	156
cc) Anknüpfung an das Lebensalter	157
2. Entgeltsicherung	158
3. Gratifikationen	158
a) Begriff und Rechtsgrundlagen	158
b) Freiwilligkeitsvorbehalt	159
c) Gleichbehandlung	160
d) Kürzungsmöglichkeiten	161
e) Betriebliche Übung	161
aa) Begriff und Entstehung	161
bb) Vertraglicher Ausschluss der Entstehung ...	163
cc) Einschränkungen	163
dd) Beendigung einer betrieblichen Übung	164
f) Der praktische Fall	165
4. Aufwendungsersatz	166
II. Beschäftigungspflicht	167
III. Nebenpflichten	168
1. Übersicht	168
2. Der praktische Fall	169
IV. Insbesondere: Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlungsgebote	170
1. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	170
a) Benachteiligungen wegen des Geschlechts	170
b) Benachteiligungen wegen des Alters	171

c) Benachteiligungen wegen der Religion	172
2. Benachteiligungsverbote des § 4 TzBfG.....	173
3. Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz	173
V. Schlechtleistung und Haftung	174
1. Verletzung von Hauptpflichten	174
2. Verletzung von Nebenpflichten	174
a) Ansprüche des Arbeitnehmers	174
b) Der praktische Fall	176
3. Insbesondere: Personenschäden des Arbeitnehmers	177
a) Einführung	177
b) Voraussetzungen des Haftungsausschlusses	178
c) Haftungsprivilegiert: Der Unternehmer	180
d) Beteiligung Dritter an der Schadensverursachung	180
e) Der praktische Fall	181
4. Insbesondere: Mobbing	183
a) Definition	183
b) Ansprüche des Mobbing-Opfers	184
D. Lohn ohne Arbeit	185
I. Annahmeverzug des Arbeitgebers	185
1. Prüfungsschema zum Annahmeverzug	186
2. Erfüllbarer Anspruch auf Arbeitsleistung	186
3. Ordnungsgemäßes Angebot des Arbeitnehmers	187
4. Möglichkeit der Arbeitsleistung	188
5. Leistungsvermögen des Arbeitnehmers	189
6. Nichtannahme der Arbeitsleistung	190
7. Beendigung des Annahmeverzugs	190
8. Rechtsfolgen des Annahmeverzugs	191
9. Der praktische Fall	192
II. Betriebsrisikolehre (§ 615 Satz 3 BGB)	194
1. Anspruch auf Arbeitsleistung	194
2. Unmöglichkeit der Beschäftigung	194
3. Von keiner Seite zu vertreten	195
4. Keine existenzvernichtende Belastung des Arbeitgebers	195
5. Einschränkung: Arbeitskampfrisikolehre	196

6. Rechtsfolgen des arbeitgeberseitigen Betriebsrisikos	196
III. Vorübergehende Arbeitsverhinderung	197
IV. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	198
1. Einführung	198
2. Prüfungsschema zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	198
3. Ablauf der Wartezeit	199
4. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, Kausalität	199
5. Kein Verschulden	200
6. Rechtsfolge	201
7. Höhe des fortzuzahlenden Entgelts	201
8. Darlegungs- und Beweislast	202
9. Der praktische Fall	202
10. Betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 167 Abs. 2 SGB IX)	203
a) Einführung	203
b) Voraussetzungen und Inhalt des betrieblichen Eingliederungsmanagements	204
c) Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen	205
11. Der praktische Fall	206
V. Entgeltfortzahlung an Feiertagen	207
1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	207
2. Der praktische Fall	208
VI. Urlaub	210
1. Allgemeines	210
2. Inhalt des Urlaubsanspruchs	213
3. Dauer des Urlaubs	214
4. Urlaubsgewährung	215
5. Urlaubsentgelt	217
6. Der praktische Fall	218
E. Freistellung von der Arbeitsleistung mit und ohne Arbeitsentgelt	219
I. Vereinbarte Freistellung	219
II. Elternzeit	220
III. Pflegezeit und Familien-Pflegezeit	221
1. Pflegezeit	221

2. Familien-Pflegezeit	222
F. Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses.....	222
I. Überblick	222
II. Zeugnis	224
1. Einführung	224
2. Form des Zeugnisses	224
3. Inhalt des Zeugnisses	225
a) Einfaches Zeugnis	225
b) Qualifiziertes Zeugnis	225
4. Rechtsfolgen unrichtiger Zeugniserteilung	227
a) Ansprüche des Arbeitnehmers	227
b) Ansprüche des neuen Arbeitgebers	227
5. Der praktische Fall	228
III. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	230
Teil 3	232
A. Lernziel.....	232
B. Besondere Arten von Arbeitsverhältnissen	233
I. Teilzeitarbeitsverhältnis	234
1. Begriff des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers	234
2. Unterschiedliche Arten der Teilzeitarbeit.....	235
a) Arbeit auf Abruf.....	235
b) Arbeitsplatzteilung (Job-Sharing)	237
3. Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter	238
a) Vergleichbarkeit.....	238
b) Benachteiligung.....	239
c) Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	242
d) Rechtsfolgen von Diskriminierungen	242
4. Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit	243
a) Allgemeiner Teilzeitananspruch (§ 8 TzBfG)	243
aa) Allgemeines	243
bb) Ablehnung des Anspruchs	
(§ 8 Abs. 4 TzBfG).....	244
cc) Zustimmungsfiktion	245
dd) Auswirkungen der Arbeitszeitverringerung	
auf die Gegenleistung	245
b) Brückenteilzeit (§ 9a TzBfG).....	246
c) Elternzeit (§ 15 BEEG)	247

d) Pflegezeit (§ 3 PflegeZG)	248
e) Schwerbehinderte Arbeitnehmer (§ 164 Abs. 5 Satz 3 SGB IX)	248
5. Der praktische Fall	249
II. Befristetes Arbeitsverhältnis	250
1. Allgemeines.....	250
2. Begriff des befristeten Arbeitsvertrages	251
3. Schriftformerfordernis.....	252
a) Umfang des Schriftformzwangs.....	252
b) Rechtsfolgen der Verletzung des Schriftformzwangs	253
c) Der praktische Fall.....	254
aa) Aufnahme oder Fortsetzung der Arbeit vor Unterzeichnung des befristeten Arbeitsvertrages.....	254
bb) Formlose Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers während eines Kündigungsrechtsstreits	255
4. Befristung mit sachlichem Grund	256
a) Gesetzliche Sachgründe.....	257
aa) Vorübergehender Bedarf	258
bb) Anschluss an Ausbildung oder Studium	260
cc) Vertretung	260
dd) Eigenart der Arbeitsleistung	263
ee) Erprobung	263
ff) In der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe	265
gg) Befristete Haushaltsmittel	266
hh) Gerichtlicher Vergleich	266
ii) Der praktische Fall.....	267
b) Gesetzlich nicht genannte Gründe	269
c) Zweckbefristungen.....	269
aa) Vertragliche Fixierung des Befristungsgrundes	269
bb) Ankündigungsfrist	270
5. Insbesondere: Befristung auf die Altersgrenze	271
a) Zulässigkeit von Altersgrenzen	271

b) Beschäftigung über die Altersgrenze hinaus	272
6. Befristung ohne sachlichen Grund.....	274
a) Befristung bis zu zwei Jahren.....	274
b) Dispositivität der gesetzlichen Regelung.....	275
c) Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses	276
d) Befristung in neu gegründeten Unternehmen	278
e) Befristung mit älteren Arbeitnehmern	278
f) Der praktische Fall	278
7. Ende des befristeten Arbeitsvertrages	279
8. Folgen unwirksamer Befristung	280
9. Wiederholter Abschluss befristeter Arbeitsverträge ..	281
a) Bei sachgrundloser Befristung	281
b) Bei Befristungen mit sachlichem Grund	281
c) Gegenstand der Befristungskontrolle	283
d) Der praktische Fall	283
10. Besondere Befristungstatbestände.....	286
a) Vertretung bei Elternzeit	286
b) Wissenschaftliches Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen	287
11. Verbot der Diskriminierung	288
III. Faktisches Arbeitsverhältnis.....	288
1. Begriff.....	288
2. Zweck des „faktischen Arbeitsverhältnisses“	288
3. Rechtsfolge und Beendigung.....	289
IV. Probearbeitsverhältnis	290
V. Leiharbeitsverhältnis	291
1. Allgemeines	291
2. Gesetzliche Regelung der Leiharbeit.....	291
3. Abgrenzung zu ähnlichen Formen der Dienstleistung	293
VI. Gruppenarbeitsverhältnis	294
1. Betriebsgruppe	294
2. Eigengruppe	294
VII. Mittelbares Arbeitsverhältnis	294
VIII. Arbeitsverhältnis mit Auslandsberührung.....	295
1. Allgemeines	295

2. Rechtswahl.....	296
3. Grenzen der Rechtswahl.....	297
4. Der praktische Fall	298
C. Betriebsübergang	299
I. Ursachen für Betriebsübergänge.....	300
II. Voraussetzungen des Betriebsübergangs.....	301
1. Prüfungsschema „Betriebsübergang“	301
2. Betrieb oder Betriebsteil.....	301
a) Wahrung der wirtschaftlichen Identität der Einheit.....	301
b) Zuordnung des Arbeitnehmers zu dem Betrieb oder Betriebsteil	305
3. Übergang auf einen anderen Inhaber	306
4. Übergang durch Rechtsgeschäft.....	307
5. Der praktische Fall	308
III. Rechtsfolgen des Betriebsübergangs.....	309
1. Übergang der Arbeitsverhältnisse	309
a) Allgemeines	309
b) Unterrichtungspflicht	310
c) Widerspruchsrecht.....	311
2. Fortgeltung kollektiv-rechtlicher Regelungen	313
a) Überführung in individualrechtliche Vereinbarungen	313
b) Ausschluss der Fortgeltung	314
3. Haftungskontinuität	316
4. Kündigungsverbot	317
5. Der praktische Fall	319
Vertiefende Literatur.....	321
Verzeichnis der vertieft dargestellten Rechtsprechung	323

Teil 1

A. Lernziel

In dieser Kurseinheit werden arbeitsrechtlich relevante Grundlagen und Fragestellungen hinsichtlich der Vertragsanbahnung, des Abschlusses des Arbeitsvertrages und seiner Nichtigkeit behandelt. Dazu zählen die Stellenausschreibung und Einstellung von Arbeitnehmern, hier insbesondere Frage- und Anfechtungsrecht des Arbeitgebers, Beteiligung des Betriebsrats, Beachtung von Diskriminierungsverboten, Form des Arbeitsvertrages, Grundsatz der Vertragsfreiheit, AGB-Kontrolle vorformulierter Arbeitsverträge und Mängel des Arbeitsvertrages.

Nach Durcharbeitung des Skriptes sollten Sie zu folgenden Fragen Stellung nehmen können:

- Welche inhaltlichen Anforderungen sind an eine Stellenausschreibung zu stellen?
- Welche Konsequenzen können sich für den Arbeitgeber ergeben, der eine Stellenausschreibung nicht gesetzeskonform formuliert hat?
- Welche Kosten im Rahmen des Bewerbungsverfahrens kann ein Bewerber ersetzt verlangen?
- Inwieweit wird ein Fragerecht des Arbeitgebers im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs anerkannt?
- Wann besteht eine Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers?
- Ist die Frage nach einer Schwerbehinderung zulässig?
- Wann kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag anfechten?

- Welche Diskriminierungsverbote hat der Arbeitgeber bei der Vertragsanbahnung zu beachten? Führt ein Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote wegen des Geschlechts oder der Behinderung dazu, dass die diskriminierten Bewerber eingestellt werden müssen?
- Auf welche Art und Weise kann ein Arbeitsvertrag begründet werden? Welcher Begründungstatbestand ist der Regelfall?
- Welche Funktion hat das NachwG? Was beinhaltet die Nachweispflicht des Arbeitgebers? Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn der Arbeitgeber seiner Nachweispflicht nicht oder nicht ausreichend nachkommt?
- Welche Einschränkungen erfährt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, insbesondere das Recht zur freien inhaltlichen Ausgestaltung des Arbeitsvertrages?
- Unterliegt jeder Arbeitsvertrag einer Inhaltskontrolle?
- Wann sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam?
- Aus welchen Gründen kann ein Arbeitsvertrag nichtig sein?

B. Einführung

I. Das Arbeitsrecht im System der Rechtsordnung

Das Arbeitsrecht ist das *Sonderrecht der abhängig Beschäftigten* (Arbeitnehmer). Eine einheitliche Kodifikation des Arbeitsrechts, also ein Arbeitsgesetzbuch, gibt es nicht.

Zur Wiederholung Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist

(§ 611a Abs. 1 Satz 1 BGB). *Arbeitgeber* ist, wer die Dienstleistungen des Arbeitnehmers kraft des Arbeitsvertrages fordern kann.¹

Der Begriff des Arbeitnehmers ist seit dem 1. April 2017 in § 611a Abs. 1 BGB gesetzlich definiert. Eine inhaltliche Änderung ist damit gegenüber dem vorherigen Rechtszustand nicht verbunden.

Zum *Individualarbeitsrecht* gehören Regelungen über Anbahnung, Inhalt, Übergang und Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Grundlage sind zuvörderst die §§ 611 ff. BGB, die durch zahlreiche arbeitsrechtliche Spezialgesetze wie das MiLoG, das BUrlG, das EFZG, das MuSchG, das TzBfG und das KSchG ergänzt werden. Das *kollektive Arbeitsrecht* umfasst das Tarifvertragsrecht (TVG), das Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht (BetrVG, BPersVG und Personalvertretungsgesetze der Länder) sowie das Recht der Mitbestimmung im Unternehmen (Montan-MitbestG, MitbestG, DrittelbG, SEBG u. a.).

Die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB regeln zwei verschiedene Vertragstypen: zum einen den „freien“ Dienstvertrag z. B. eines selbstständigen Rechtsanwalts, Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters mit seinem Mandanten, eines Dolmetschers oder Sportmanagers; zum anderen den Arbeitsvertrag, welcher ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und ein Unterfall des Dienstvertrages ist. Für diesen gelten grundsätzlich die Regeln des Bürgerlichen Rechts über Rechtsgeschäfte. Er unterscheidet sich vom freien Dienstvertrag dadurch, dass „abhängige“ Arbeit geleistet wird. Die Systematik der §§ 611 ff. BGB ist ziemlich unübersichtlich:

- Manche Vorschriften gelten nur für den Arbeitsvertrag (z. B. §§ 611a, 612a, 613a, 622, 623 BGB, dort ist jeweils von „Arbeitgeber“, „Arbeitnehmer“ oder „Arbeitsverhältnis“ die Rede);
- manche Bestimmungen gelten nur für den freien Dienstvertrag (z. B. §§ 611, 621, 627, 630 BGB: „Bei einem Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist ...“);
- manche für beide (z. B. §§ 612, 613, 626, 628 BGB).

¹ Vgl. BAG vom 31.01.2018, NZA 2018, 867: Solo-Selbständige, die nicht einmal beabsichtigen, Arbeitnehmer einzustellen, sind keine Arbeitgeber und können daher nicht von den Rechtsnormen eines Tarifvertrages erfasst werden (Ausbildungsplatzumlage).

Merke Die Anwendbarkeit der zentralen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften wie des BUrlG, des EFZG oder des KSchG hängt davon ab, dass der Dienstleistende Arbeitnehmer ist. Damit fällt die Ausübung selbstständiger Tätigkeit weitgehend aus dem arbeitsrechtlichen Schutzbereich heraus. Im Einzelfall hat daher eine genaue Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbstständigen zu erfolgen, die mitunter schwierig sein kann.²

II. Der praktische Fall

Abgrenzung vom abhängig Beschäftigten zum selbstständig tätigen Dienstleister: BAG vom 15. Februar 2012, NZA 2012, 731 („*Knastlehrer-Fall*“)

Zum Sachverhalt Der Kläger wurde auf der Grundlage eines schriftlichen Vertrags 1998 unbefristet als „nicht hauptamtliche Lehrkraft“ für die Unterrichtstätigkeit in der Justizvollzugsanstalt (JVA) X eingestellt. Nach § 2 des Vertrags hat der Kläger als Lehrkraft in den Klassen der Untersuchungshaft durchschnittlich 13 Wochenstunden zu je 45 Minuten Aufbauunterricht zu erteilen und muss darüber hinaus nach Bedarf in den Ferien unterrichten. Weiter heißt es, dass er als Lehrkraft in den Stundenplan eingebunden ist. Der Kläger unterrichtet in der für die nicht schulpflichtigen Häftlinge eingerichteten „Unterrichtsgruppe“. Er soll die ihm zugewiesenen Schüler auf die Ausbildung in der Strafhaft vorbereiten und ihnen das dafür notwendige Vorwissen im Sinne einer Alphabetisierung und Vermittlung der Grundrechenarten nahebringen. Die von ihm betreute Gruppe umfasst zwischen einem und zehn Schülern im Alter von 14 bis 21 Jahren unterschiedlicher Nationalität. Auf Grund der besonderen Situation der Untersuchungshaft berücksichtigt der Unterrichtsinhalt die individuellen Gegebenheiten. Dies erfordert ein eher situatives Arbeiten, das der Kläger nach den Sprachfähigkeiten, der Vorbildung, dem Alter und

² Vgl. BAG vom 11.08.2015, NZA-RR 2016, 288 zu einer Artistengruppe mit Hochseil- und Todesradnummer, die – im Ergebnis selbständig – für ein Zirkusunternehmen tätig war; BAG vom 21.11.2017, NZA 2018, 448 zu einem Musikschullehrer; vom 01.12.2020, NZA 2021, 552 zu einem Crowdfunder; vom 25.08.2020, NZA 2020, 1537 zu einer Grafikdesignerin beim Rundfunk.

auch nach den jeweiligen Charakteren der Schüler ausrichtet. Das beklagte Land behandelt den Kläger als Selbstständigen und vergütet ihm gegen Rechnung jede tatsächlich geleistete Unterrichtsstunde. Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er Arbeitnehmer ist.

Die Entscheidung Das BAG hat der Klage stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer sei, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht könne Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Nach dem Vertrag der Parteien richtete sich der Unterrichtseinsatz des Klägers nach dem Stundenplan. Die jeweilige Lage der Arbeitszeit war nicht vertraglich vereinbart, sondern wurde vom Arbeitgeber durch Weisung einseitig festgelegt. Der Kläger war damit im Kern seiner Arbeitstätigkeit durch die zeitliche und organisatorische Planung seines Arbeitgebers an dessen Weisungen gebunden. Auch darüber hinaus war er in die Arbeitsorganisation des beklagten Landes eingebunden. Die Schüler wurden ihm vom Land zugewiesen. Hinsichtlich seiner Aufgaben, Rechte und Pflichten als Lehrkraft war der Kläger an die maßgeblichen Verwaltungsvorschriften und die ergänzend ergangenen Bestimmungen sowie die allgemeinen Lehrplanrichtlinien des Kultusbereichs gebunden. Auch darin kam seine persönliche Abhängigkeit auf Grund der fremdorganisierten Arbeit zum Ausdruck.

Zudem war der Kläger an die vom Land vorgegebene Zielsetzung des Unterrichts gebunden. Seiner Arbeitnehmereigenschaft stand nicht entgegen, dass er bei der inhaltlichen Ausgestaltung und Durchführung seiner Unterrichtserteilung im Wesentlichen frei von Weisungen war. Da es sich bei den von ihm zu unterrichtenden Jugendlichen vielfach um nicht oder nur schwer sozialisierbare Menschen handelte, war das Maß der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit gemäß der Natur der Unterrichtsverpflichtung vorgegeben.