

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 April 2009 ist er Direktor des Instituts für Versicherungsrecht der Universität zu Köln.*

*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.....	34
5. Der praktische Fall.....	35
V. Einzelheiten zum Anfechtungsrecht des Arbeitgebers wegen arglistiger Täuschung .....	36
1. Allgemeines .....	36
2. Prüfungsschema „Anfechtung wegen arglistiger Täuschung“ .....	37

3.	Anfechtungserklärung .....	38
4.	Arglistige Täuschung als Anfechtungsgrund .....	38
	a) Täuschung durch positives Tun .....	38
	b) Täuschung durch Unterlassen.....	38
	c) Kausale Erregung, Verstärkung oder Unterhaltung eines Irrtums .....	39
	d) Rechtswidrigkeit der Täuschung.....	39
	e) Arglist .....	40
5.	Widerrechtliche Drohung als Anfechtungsgrund .....	40
	a) Drohung .....	40
	b) Kausalität .....	41
	c) Vorsatz .....	41
	d) Widerrechtlichkeit .....	41
6.	Anfechtungsfrist .....	43
7.	Wirkungen der Anfechtung .....	44
8.	Der praktische Fall .....	45
VI.	Beteiligung des Betriebsrats.....	46
	1. Auswahlrichtlinien .....	46
	2. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen ..	47
	a) Einstellung .....	48
	b) Zustimmungsverweigerung.....	49
VII.	Diskriminierungsverbote des AGG .....	50
	1. Verbotene Differenzierungsmerkmale .....	50
	2. Verbotene Formen der Benachteiligung.....	51
	3. Indizien für eine Benachteiligung .....	53
	4. Rechtfertigung einer Benachteiligung .....	54
	5. Ansprüche von diskriminierten Stellenbewerbern .....	56
	6. Der praktische Fall .....	57
	a) Keine Diskriminierung bei objektiv fehlender Eignung.....	57
	b) Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen .....	58
VIII.	Weitere Diskriminierungsverbote.....	60
D.	Abschluss des Arbeitsvertrages .....	60
	I. Allgemeines .....	60
	1. Wirksamkeit der Willenserklärungen .....	60

2.	Begründung des Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes.....	62
	a) Übernahme von Auszubildenden (§ 78a Abs. 2 BetrVG).....	62
	b) Verbotene Leiharbeit (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG) ....	63
	c) Betriebsübergang (§ 613a BGB).....	64
	d) Universalsukzession.....	65
II.	Form des Arbeitsvertrages und Nachweis des Arbeitsvertrages .....	65
	1. Das Nachweisgesetz .....	65
	2. Der praktische Fall.....	67
III.	Grundsatz der Vertragsfreiheit .....	68
	1. Abschlussfreiheit und ihre Grenzen.....	68
	a) Übernahme von Auszubildenden (§ 78a Abs. 2 BetrVG) .....	68
	b) Öffentlicher Dienst (Art. 33 Abs. 2 GG) .....	68
	c) Verstoß gegen Diskriminierungsverbote .....	69
	d) Sonstiges.....	69
	2. Inhaltsfreiheit .....	70
	a) Allgemeines.....	70
	b) Änderungen von Arbeitsbedingungen .....	72
	c) Inhaltskontrolle .....	74
	3. Einzelheiten zur AGB-Kontrolle vorformulierter Arbeitsverträge .....	74
	a) Allgemeines.....	74
	b) Altverträge.....	75
	c) Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ...	75
	d) Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag .....	76
	e) Überraschende Vertragsklauseln .....	76
	f) Unklarheitenregel .....	77
	g) Vorrang der Individualabrede .....	77
	h) Inhaltskontrolle (§§ 307 ff. BGB) .....	78
	aa) Angemessenheitskontrolle (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB) .....	78
	bb) Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) .....	80

cc)	Schranken der Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 3 BGB).....	80
dd)	Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit .....	82
i)	Besonderheiten des Arbeitsrechts (§ 310 Abs. 4 BGB).....	84
j)	Erweiterter Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle vorformulierter Arbeitsverträge ....	87
4.	Der praktische Fall .....	88
E.	Mängel des Arbeitsvertrages .....	90
I.	Mangelnde Geschäftsfähigkeit .....	90
II.	Verstoß gegen gesetzliche Verbote .....	90
III.	Sittenwidrige Lohnabreden.....	92
1.	Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit .....	92
2.	Der praktische Fall .....	94
IV.	Anfechtung .....	95
1.	Anfechtung wegen arglistiger Täuschung .....	95
2.	Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums .....	95
Teil 2.....		97
A.	Lernziel .....	97
B.	Pflichten des Arbeitnehmers .....	98
I.	Arbeitspflicht .....	98
1.	Art der Arbeit .....	99
a)	Arbeitsvertrag und Direktionsrecht .....	99
b)	Der praktische Fall.....	101
2.	Qualität der Arbeit .....	102
3.	Arbeitsort.....	103
a)	Arbeitsvertrag und Direktionsrecht .....	103
b)	Der praktische Fall.....	105
4.	Arbeitszeit .....	107
a)	Allgemeines .....	107
b)	Dauer der Arbeitszeit .....	108
c)	Lage der Arbeitszeit.....	110
d)	Mitbestimmung des Betriebsrats .....	110
e)	Der praktische Fall.....	111
II.	Nebenpflichten.....	112

1.	Außerdienstliches Verhalten .....	112
2.	Nebentätigkeiten .....	114
3.	Wettbewerbsverbot .....	115
a)	Gesetzliches Wettbewerbsverbot .....	115
b)	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot .....	116
c)	Der praktische Fall .....	116
4.	Verschwiegenheitspflichten .....	117
III.	Schlechtleistung .....	119
1.	Verletzung von Hauptpflichten .....	119
2.	Verletzung von Nebenpflichten .....	120
IV.	Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber .....	121
1.	Überblick .....	121
2.	Haftung für Sachschäden .....	122
a)	Entwicklung .....	122
b)	Prüfungsschema zur Arbeitnehmerhaftung .....	123
c)	Betriebliche Tätigkeit .....	124
d)	Kein gesetzlicher Haftpflichtversicherungsschutz .....	125
e)	Schadensmindernde Berücksichtigung des Betriebsrisikos .....	126
f)	Unabdingbarkeit .....	128
g)	Der praktische Fall .....	128
3.	Mankohaftung .....	130
4.	Haftung für Personenschäden .....	131
V.	Die Haftung der Arbeitnehmer untereinander .....	132
1.	Haftung für Sachschäden .....	132
2.	Haftung für Personenschäden .....	133
a)	Einführung .....	133
b)	Voraussetzungen des Haftungsausschlusses .....	134
c)	Umfang des Haftungsausschlusses .....	134
d)	Sonderfall: Arbeitsunfälle von Unternehmern .....	135
e)	Der praktische Fall .....	135
VI.	Die Haftung der Arbeitnehmer gegenüber Dritten .....	137
1.	Haftung im Außenverhältnis .....	137
2.	Freistellung im Innenverhältnis .....	138
3.	Der praktische Fall .....	138

C. Pflichten des Arbeitgebers .....	140
I. Vergütungspflicht .....	140
1. Höhe der Vergütung .....	140
a) Vereinbarung und Fiktion einer Vergütungsvereinbarung .....	140
b) Grenzen der Vereinbarungsfreiheit .....	141
aa) Mindestlohn .....	141
bb) Lohnwucher .....	144
cc) Gleichbehandlung .....	144
dd) Entgelttransparenz .....	146
c) Der praktische Fall .....	147
aa) Mindestlohn .....	147
bb) Anknüpfung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit .....	148
cc) Anknüpfung an das Lebensalter .....	149
2. Entgeltsicherung .....	150
3. Gratifikationen .....	151
a) Begriff und Rechtsgrundlagen .....	151
b) Freiwilligkeitsvorbehalt .....	151
c) Gleichbehandlung .....	152
d) Kürzungsmöglichkeiten .....	153
e) Rückzahlung .....	153
f) Betriebliche Übung .....	155
aa) Begriff und Entstehung .....	155
bb) Vertraglicher Ausschluss der Entstehung ...	157
cc) Einschränkungen .....	157
dd) Beendigung einer betrieblichen Übung .....	158
g) Der praktische Fall .....	158
4. Aufwendersatz .....	160
II. Beschäftigungspflicht .....	161
III. Nebenpflichten .....	162
IV. Insbesondere: Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlungsgebote .....	163
1. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz .....	163
a) Benachteiligungen wegen des Geschlechts .....	163
b) Benachteiligungen wegen des Alters .....	163
c) Benachteiligungen wegen der Religion .....	165



2.	Benachteiligungsverbote des § 4 TzBfG.....	165
3.	Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz .....	165
V.	Schlechtleistung und Haftung .....	166
1.	Verletzung von Hauptpflichten .....	166
2.	Verletzung von Nebenpflichten .....	167
a)	Ansprüche des Arbeitnehmers .....	167
b)	Der praktische Fall .....	168
3.	Insbesondere: Personenschäden des Arbeitnehmers .....	170
a)	Einführung .....	170
b)	Voraussetzungen des Haftungsausschlusses.....	170
c)	Haftungsprivilegiert: Der Unternehmer .....	172
d)	Beteiligung Dritter an der Schadensverursachung.....	173
e)	Der praktische Fall .....	173
4.	Insbesondere: Mobbing .....	175
a)	Definition .....	175
b)	Ansprüche des Mobbing-Opfers.....	176
D.	Lohn ohne Arbeit .....	178
I.	Annahmeverzug des Arbeitgebers .....	178
1.	Prüfungsschema zum Annahmeverzug .....	179
2.	Erfüllbarer Anspruch auf Arbeitsleistung .....	179
3.	Ordnungsgemäßes Angebot des Arbeitnehmers .....	179
4.	Möglichkeit der Arbeitsleistung .....	181
5.	Leistungsvermögen des Arbeitnehmers .....	181
6.	Nichtannahme der Arbeitsleistung .....	182
7.	Beendigung des Annahmeverzugs .....	182
8.	Rechtsfolgen des Annahmeverzugs .....	183
9.	Der praktische Fall.....	184
II.	Betriebsrisikolehre (§ 615 Satz 3 BGB) .....	186
1.	Anspruch auf Arbeitsleistung .....	186
2.	Unmöglichkeit der Beschäftigung .....	186
3.	Von keiner Seite zu vertreten.....	187
4.	Keine existenzvernichtende Belastung des Arbeitgebers .....	187
5.	Einschränkung: Arbeitskämpfrisikolehre .....	187

6.	Rechtsfolgen des arbeitgeberseitigen Betriebsrisikos .....	188
III.	Vorübergehende Arbeitsverhinderung .....	189
IV.	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	190
1.	Einführung .....	190
2.	Prüfungsschema zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	190
3.	Ablauf der Wartezeit .....	191
4.	Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, Kausalität .....	191
5.	Kein Verschulden .....	192
6.	Rechtsfolge .....	193
7.	Höhe des fortzuzahlenden Entgelts .....	193
8.	Betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 167 Abs. 2 SGB IX) .....	194
a)	Einführung .....	194
b)	Voraussetzungen und Inhalt des betrieblichen Eingliederungsmanagements .....	194
c)	Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen .....	196
9.	Der praktische Fall .....	196
V.	Entgeltfortzahlung an Feiertagen .....	198
1.	Voraussetzungen und Rechtsfolgen .....	198
2.	Der praktische Fall .....	199
VI.	Urlaub .....	200
1.	Allgemeines .....	200
2.	Inhalt des Urlaubsanspruchs .....	202
3.	Dauer des Urlaubs .....	203
4.	Urlaubsgewährung .....	204
5.	Der praktische Fall .....	205
E.	Freistellung von der Arbeitsleistung mit und ohne Arbeitsentgelt .....	206
I.	Vereinbarte Freistellung .....	206
II.	Elternzeit .....	207
III.	Pflegezeit und Familien-Pflegezeit .....	208
1.	Pflegezeit .....	208
2.	Familien-Pflegezeit .....	209
F.	Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses .....	209
I.	Überblick .....	209

II.	Zeugnis .....	211
1.	Einführung .....	211
2.	Form des Zeugnisses .....	211
3.	Inhalt des Zeugnisses .....	212
a)	Einfaches Zeugnis .....	212
b)	Qualifiziertes Zeugnis .....	212
4.	Rechtsfolgen unrichtiger Zeugniserteilung .....	213
a)	Ansprüche des Arbeitnehmers .....	213
b)	Ansprüche des neuen Arbeitgebers .....	214
5.	Der praktische Fall .....	215
III.	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot .....	216
Teil 3	.....	219
A.	Lernziel .....	219
B.	Besondere Arten von Arbeitsverhältnissen .....	220
I.	Teilzeitarbeitsverhältnis .....	221
1.	Begriff des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers .....	221
2.	Unterschiedliche Arten der Teilzeitarbeit .....	222
a)	Arbeit auf Abruf .....	222
b)	Arbeitsplatzteilung (Job-Sharing) .....	224
3.	Verbot der Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter .....	224
a)	Vergleichbarkeit .....	224
b)	Benachteiligung .....	225
c)	Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung .....	228
d)	Rechtsfolgen von Diskriminierungen .....	228
4.	Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit .....	229
a)	Allgemeiner Teilzeitanspruch (§ 8 TzBfG) .....	229
aa)	Allgemeines .....	229
bb)	Ablehnung des Anspruchs (§ 8 Abs. 4 TzBfG) .....	230
cc)	Zustimmungsfiktion .....	232
dd)	Auswirkungen der Arbeitszeitverringerung auf die Gegenleistung .....	232
b)	Elternzeit (§ 15 BEEG) .....	232
c)	Pflegezeit (§ 3 PflegeZG) .....	233
d)	Schwerbehinderte Arbeitnehmer (§ 164 Abs. 5 Satz 3 SGB IX) .....	234
5.	Der praktische Fall .....	234

II.	Befristetes Arbeitsverhältnis .....	236
	1. Allgemeines.....	236
	2. Begriff des befristeten Arbeitsvertrages .....	237
	3. Schriftformerfordernis.....	238
	a) Umfang des Schriftformzwangs.....	238
	b) Rechtsfolgen der Verletzung des Schriftformzwangs .....	239
	c) Der praktische Fall.....	239
	aa) Aufnahme oder Fortsetzung der Arbeit vor Unterzeichnung des befristeten Arbeitsvertrages.....	239
	bb) Formlose Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers während eines Kündigungsrechtsstreits .....	240
	4. Befristung mit sachlichem Grund .....	242
	a) Gesetzliche Sachgründe.....	242
	aa) Vorübergehender Bedarf .....	244
	bb) Anschluss an Ausbildung oder Studium .....	245
	cc) Vertretung .....	246
	dd) Eigenart der Arbeitsleistung .....	248
	ee) Erprobung .....	248
	ff) In der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe .....	250
	gg) Befristete Haushaltsmittel .....	251
	hh) Gerichtlicher Vergleich .....	251
	ii) Der praktische Fall.....	252
	b) Gesetzlich nicht genannte Gründe .....	254
	c) Zweckbefristungen.....	254
	aa) Vertragliche Fixierung des Befristungsgrundes.....	255
	bb) Ankündigungsfrist .....	256
	5. Insbesondere: Befristung auf die Altersgrenze .....	256
	a) Zulässigkeit von Altersgrenzen .....	256
	b) Beschäftigung über die Altersgrenze hinaus .....	257
	6. Befristung ohne sachlichen Grund .....	260
	a) Befristung bis zu zwei Jahren .....	260
	b) Dispositivität der gesetzlichen Regelung .....	262

c) Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses .....	263
d) Befristung in neu gegründeten Unternehmen .....	264
e) Befristung mit älteren Arbeitnehmern .....	265
f) Der praktische Fall .....	265
7. Ende des befristeten Arbeitsvertrages .....	266
8. Folgen unwirksamer Befristung .....	268
9. Wiederholter Abschluss befristeter Arbeitsverträge ..	268
a) Zulässigkeit .....	268
b) Verbot des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB).....	269
c) Gegenstand der Befristungskontrolle .....	270
d) Der praktische Fall .....	270
10. Besondere Befristungstatbestände.....	273
a) Vertretung bei Elternzeit .....	273
b) Wissenschaftliches Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen .....	274
11. Verbot der Diskriminierung .....	275
III. Faktisches Arbeitsverhältnis.....	275
1. Begriff.....	275
2. Zweck des „faktischen Arbeitsverhältnisses“ .....	276
3. Rechtsfolge und Beendigung.....	277
IV. Probearbeitsverhältnis .....	277
V. Leiharbeitsverhältnis .....	278
1. Allgemeines .....	278
2. Gesetzliche Regelung der Leiharbeit.....	278
3. Abgrenzung zu ähnlichen Formen der Dienstleistung .....	280
VI. Gruppenarbeitsverhältnis .....	280
1. Betriebsgruppe .....	280
2. Eigengruppe .....	281
VII. Mittelbares Arbeitsverhältnis .....	281
VIII. Arbeitsverhältnis mit Auslandsberührung.....	282
1. Allgemeines .....	282
2. Rechtswahl .....	283
3. Grenzen der Rechtswahl .....	284
4. Der praktische Fall.....	285
C. Betriebsübergang.....	286

I.	Ursachen für Betriebsübergänge.....	286
II.	Voraussetzungen des Betriebsübergangs.....	287
	1. Prüfungsschema „Betriebsübergang“ .....	287
	2. Betrieb oder Betriebsteil.....	288
	a) Wahrung der wirtschaftlichen Identität der Einheit.....	288
	b) Zuordnung des Arbeitnehmers zu dem Betrieb oder Betriebsteil.....	292
	3. Übergang auf einen anderen Inhaber .....	293
	4. Übergang durch Rechtsgeschäft.....	294
	5. Der praktische Fall .....	294
III.	Rechtsfolgen des Betriebsübergangs.....	296
	1. Übergang der Arbeitsverhältnisse .....	296
	a) Allgemeines .....	296
	b) Unterrichtungspflicht .....	297
	c) Widerspruchsrecht.....	297
	2. Fortgeltung kollektiv-rechtlicher Regelungen .....	299
	a) Überführung in individualrechtliche Vereinbarungen .....	299
	b) Ausschluss der Fortgeltung .....	301
	3. Haftungskontinuität .....	302
	4. Kündigungsverbot .....	303
	5. Der praktische Fall .....	305
	Literaturverzeichnis.....	308
	Verzeichnis der vertieft dargestellten Rechtsprechung.....	310

# 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.

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).

**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.<sup>1</sup>

## 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 „Unterrichtsstunde“. 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 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

---

<sup>1</sup> Vgl. BAG vom 11. August 2015, NZA-RR 2016, 288 zu einer Artistengruppe mit Hochseil- und Todesradnummer, die – im Ergebnis selbstständig – für ein Zirkusunternehmen tätig war.

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 vom 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.

## C. Anbahnung des Arbeitsverhältnisses

### I. Allgemeines

Für die Vertragsanbahnung ebenso wie für den Abschluss des Arbeitsvertrages gelten die *allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätze des BGB*. Durch die Vertragsanbahnung entsteht zwischen den potentiellen Vertragsparteien ein gesetzliches Schuldverhältnis (§ 311 Abs. 2 BGB). Dieses begründet bereits konkrete Verhaltenspflichten der verhandelnden Parteien. Insbesondere entstehen Mitteilungs- bzw. Aufklärungspflichten, Obhuts- und Verschwiegenheitspflichten (§ 241 Abs. 2 BGB). Bei deren Verletzung kann der Geschädigte Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB beanspruchen. Außerdem kann sich der Arbeitnehmer schadensersatzpflichtig machen, wenn er die Arbeit schuldhaft gar nicht erst antritt, sondern sich bspw. entschließt, eine andere Stelle anzutreten oder die Kündigungsfrist nicht einhält.

### II. Personalsuche und Stellenausschreibung

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber kann auf unterschiedliche Art und Weise Personal suchen. So kann er sich zum einen an die Bundesagentur für Arbeit mit ihren örtlichen Dienststellen, den Arbeitsagenturen, wenden. Diese haben gemäß § 35 SGB III Ausbildungssuchenden, Arbeitssuchenden und Arbeitgebern Ausbildungs- und Arbeitsvermittlung anzubieten. Zum anderen kann er sich auch eines privaten Arbeitsvermittlers bedienen. Die private Arbeitsvermittlung ist in Deutschland seit 1994 zugelassen.

Wohl am häufigsten erfolgt jedoch eine Stellenausschreibung durch den Arbeitgeber selbst, wobei die externe Ausschreibung regelmäßig durch Zeitungsannoncen und/oder Stellenbörsen im Internet geschieht.

**Beachte** Es ist nicht ungefährlich, eine Stelle auszuschreiben, ohne dies der örtlichen Arbeitsagentur mitzuteilen. Hierdurch verstößt der Arbeitgeber nämlich gegen seine Verpflichtung zur Förderung schwerbehinderter Menschen (§ 164 Abs. 1 Satz 2 SGB IX). Dies begründet die Vermutung einer Benachteiligung schwerbehinderter Bewerberinnen und Bewerber (§ 22 AGG) und kann Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche (§ 15 AGG) nach sich ziehen.<sup>2</sup>

## 2. Inhaltliche Anforderungen

Gemäß § 11 AGG muss die Stellenausschreibung *diskriminierungsfrei*, insbesondere geschlechtsneutral erfolgen. Sie muss sich also gleichermaßen an Frauen und Männer richten. Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass Diskriminierungen bereits bei der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses vermieden werden.

**Beispiel** Verstoßen wird gegen die Verpflichtung zur geschlechtsneutralen Stellenausschreibung, wenn das Unternehmen nur „einen Geschäftsführer“ sucht und weder durch den Zusatz „(w/m)“ noch auf andere Weise deutlich macht, dass auch Frauen angesprochen werden.<sup>3</sup>

In welcher Weise die Geschlechtsneutralität zum Ausdruck gebracht wird, ist demgegenüber unerheblich. Der Arbeitgeber kann die Berufsbezeichnung in weiblicher und männlicher Form („Rechtsanwältin/Rechtsanwalt“) und in beliebiger Reihenfolge verwenden. Auch Zusätze wie „w/m“, die Verwendung eines Schrägstrichs („Wirtschaftsprüfer/in“) oder eines großen „Binnen-I“ sind zulässig.

Bedient der Arbeitgeber sich bei der Stellensuche Dritter, etwa der örtlichen Arbeitsagentur, muss er die von diesen veranlassten Stellenausschreibungen sorgfältig prüfen und ggf. ihre Korrektur veranlassen. Unterläuft nämlich dem Dritten ein Fehler, bspw. indem die Stellenausschreibung irrtümlich nicht geschlechtsneutral formuliert wird, haftet der Arbeitgeber für diesen Fehler seines Erfüllungsgehilfen über § 278 BGB.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. BAG vom 17. August 2010, NZA 2011, 153 (156); vom 13. Oktober 2011, AP Nr. 9 zu § 15 AGG.

<sup>3</sup> OLG Karlsruhe vom 13. September 2011, NZA-RR 2011, 632 (632 f.).

<sup>4</sup> BAG vom 5. Februar 2004, NZA 2004, 540 (544).

Eine Ausnahme von der Verpflichtung zur geschlechtsneutralen Ausschreibung gilt dann, wenn der Arbeitsplatz nur mit einem Arbeitnehmer eines bestimmten Geschlechts besetzt werden kann, dieses also „unverzichtbare“ Voraussetzung für die Tätigkeit ist (§ 8 AGG).

**Beispiel** Akzeptiert hat das BAG, dass ein Internat die Stelle einer Erzieherin/Sozialpädagogin ausschließlich mit einer Frau besetzen wollte. Zu den Aufgaben gehörten u. a. Nachtdienste im Mädchentrakt des Internats. Hier gilt es, die Intimsphäre der Mädchen zu schützen. Anerkennenswert ist darüber hinaus das Interesse des Internats, seinen Betrieb so einzurichten, dass Eltern, Aufsichtsbehörden und Öffentlichkeit keinerlei Zweifel am optimalen Schutz der Jugendlichen gegen Übergriffe hegen können.<sup>5</sup>

Auch im Übrigen dürfen weder die Ausschreibung noch die Gestaltung des Bewerbungsverfahrens gegen die *Diskriminierungsverbote des AGG* verstoßen. Deshalb darf der Arbeitgeber beispielsweise nicht Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter für sein „junges Team“ suchen, weil dies ältere Bewerberinnen und Bewerber abschrecken kann.<sup>6</sup> „Perfekte Deutschkenntnisse“ dürfen nur verlangt werden, wenn sie für die Stelle tatsächlich notwendig sind (§ 8 AGG), anderenfalls werden Bewerberinnen und Bewerber mit Migrationshintergrund mittelbar (§ 3 Abs. 2 AGG) wegen ihrer ethnischen Herkunft diskriminiert.<sup>7</sup>

§ 11 AGG enthält selbst keine Regelung der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Gebot der diskriminierungsfreien Stellenausschreibung. Insbesondere hat der Verstoß *keinen Einstellungsanspruch* zur Folge (§ 15 Abs. 6 AGG). Ein Verstoß gegen § 11 AGG begründet aber die Vermutung, dass der Arbeitgeber bei der Einstellung gegen das Verbot der Diskriminierung (§ 7 AGG i.V. mit § 1 AGG) verstoßen hat. Daraus können Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche des benachteiligten Bewerbers resultieren (§ 15 Abs. 1 und 2 AGG). Diesbezüglich Tatsachen glaubhaft zu machen, obliegt nach § 22 AGG dem Arbeitnehmer.

---

<sup>5</sup> BAG vom 25. August 2009, NZA 2009, 1016 (1018 ff.).

<sup>6</sup> LAG Hamburg vom 23. Juni 2010, NZA-RR 2010, 629.

<sup>7</sup> Vgl. BAG vom 15. Februar 2005, NZA 2005, 870 (872 f.).

**Beachte** Weder aus §§ 1, 7 AGG noch aus § 11 AGG resultiert eine Pflicht des Arbeitgebers, Arbeitsplätze „geschlechtsneutral“ zu gestalten und bspw. in typischen Männerberufen Teilzeitstellen oder in typischen Frauenberufen Vollzeitarbeitsplätze einzurichten und auszu-schreiben.<sup>8</sup>

### 3. Beteiligung des Betriebsrats

Gemäß § 92 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Er hat mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu beraten. Der Betriebsrat kann dem Arbeitgeber Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und ihre Durchführung machen. Er kann verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden (§ 93 BetrVG).

Beabsichtigt der Arbeitgeber, einen Arbeitnehmer auf eine Stelle einzustellen, die unter Verletzung eines entsprechenden Verlangens des Betriebsrats nach § 93 BetrVG nicht (auch) innerbetrieblich ausgeschrieben worden ist, kann der Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG seine Zustimmung zu der Einstellung verweigern. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, darf der Arbeitgeber die personelle Maßnahme nicht durchführen, bis das Arbeitsgericht die fehlende Zustimmung des Betriebsrats rechtskräftig ersetzt hat. Nur wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, kann der Arbeitgeber die Einstellung vorläufig durchführen, bevor der Betriebsrat sich geäußert oder wenn er die Zustimmung verweigert hat (§ 100 Abs. 1 BetrVG). Tritt der Betriebsrat dieser vorläufigen Maßnahme entgegen, darf der Arbeitgeber sie nur aufrechterhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war (§ 100 Abs. 2 BetrVG).

---

<sup>8</sup> BAG vom 18. Februar 2003, AP Nr. 22 zu § 611a BGB.

#### 4. Ausschreibung von Teilzeitarbeitsplätzen (§ 7 TzBfG)

Gemäß § 7 TzBfG hat der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz, den er öffentlich oder innerhalb des Betriebes ausschreibt, auch zur Besetzung mit Teilzeitkräften auszuschreiben, wenn sich der Arbeitsplatz hierfür eignet. Es besteht eine entsprechende *Ausschreibungsverpflichtung* unabhängig von einem Verlangen des Betriebsrats (§ 93 Satz 2 BetrVG) für alle geeigneten Arbeitsplätze. Dem Arbeitgeber obliegt ferner eine Informationspflicht gegenüber den Arbeitnehmern und deren Vertretung (Betriebsrat).

#### 5. Besonderheiten bei der Bewerbung schwerbehinderter Menschen

Zum Schutz schwerbehinderter Menschen, die auf dem Arbeitsmarkt erfahrungsgemäß besondere Schwierigkeiten haben, legt § 164 Abs. 2 SGB IX dem Arbeitgeber zahlreiche Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Stellenausschreibung und -besetzung auf. Diese bestehen für jeden Arbeitgeber unabhängig davon, ob er seine Pflichtquote (§ 154 SGB IX) erfüllt oder nicht.

Der Arbeitgeber muss (1.) prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Im Rahmen dieser Prüfung sind zwingend die Schwerbehindertenvertretung und der *Betriebsrat anzuhören* (§ 164 Abs. 1 Sätze 1 und 6 SGB IX). Beteiligungsrechte nach dem BetrVG bleiben unberührt. (2.) Kann die Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem schwerbehinderten Menschen erfolgen, ist der Arbeitgeber weiter zur Prüfung verpflichtet, ob der Arbeitsplatz mit bei der Arbeitsagentur arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten Schwerbehinderten besetzt werden kann. Das setzt denkllogisch voraus, dass der Arbeitgeber den *freien Arbeitsplatz der Arbeitsagentur* überhaupt erst einmal *meldet*. (3.) Nach § 164 Abs. 1 Satz 4 SGB IX hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung und den Betriebsrat über eingehende Bewerbungen von Schwerbehinderten „*unmittelbar nach deren Eingang zu unterrichten*“, ebenso über Vermittlungsvorschläge der Arbeitsagentur. Gegen diese Pflicht wird verstoßen, wenn zunächst alle eingehenden Bewerbungen gesichtet werden, eine Vorauswahl getroffen und erst dann der Betriebsrat eingeschaltet wird. (4.) Der Arbeitgeber muss, wenn er die



Pflichtquote (§ 154 SGB IX) nicht erfüllt oder die Schwerbehindertenvertretung und/oder der Betriebsrat mit der beabsichtigten Entscheidung nicht einverstanden sind, diese unter Darlegung der Gründe mit den genannten Vertretungen erörtern und dabei den betroffenen schwerbehinderten Menschen anhören. (5.) Unter denselben Voraussetzung hat der Arbeitgeber alle Beteiligten über die getroffene Entscheidung unter Darlegung der Gründe unverzüglich zu unterrichten. (6.) Öffentliche Arbeitgeber schließlich müssen Schwerbehinderte, die sich beworben haben oder von der Arbeitsagentur vorgeschlagen wurden, stets zu einem Vorstellungsgespräch einladen, es sei denn, dass die fachliche Eignung offensichtlich fehlt.

**Details** Die Einladung darf im öffentlichen Dienst nur dann unterbleiben, wenn die fachliche Eignung *offensichtlich* fehlt. Verfehlt der schwerbehinderte Bewerber das Anforderungsprofil nur knapp oder erfüllt er es sogar, muss er auch dann eingeladen werden, wenn andere Bewerberinnen und Bewerber nach der Papierform deutlich besser geeignet sind.<sup>9</sup>

Der Schwerbehindertenvertretung steht das Recht zu, an den Vorstellungsgesprächen teilzunehmen, wenn sich ein schwerbehinderter Mensch beworben hat, und Einsicht in die entscheidungsrelevanten Teile aller Bewerbungsunterlagen zu nehmen (§ 164 Abs. 1 Satz 6 i.V. mit § 178 Abs. 2 SGB IX). Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der schwerbehinderte Bewerber (im Falle mehrerer Bewerbungen: alle schwerbehinderten Bewerber) die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ausdrücklich ablehnt (ablehnen).

Wie bereits erwähnt, begründet eine Verletzung dieser Obliegenheiten – oder auch nur einzelner von ihnen – bei Schwerbehinderten und ihnen nach § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellten Arbeitnehmern ein ausreichendes *Indiz für die Benachteiligung* wegen der Behinderung i. S. von § 22 AGG.<sup>10</sup> Ein schuldhaftes Handeln oder gar eine Benachteiligungsabsicht sind nicht erforderlich.

---

<sup>9</sup> BAG vom 11. August 2016, NZA 2017, 43 (46 f.).

<sup>10</sup> BAG vom 16. September 2008, NZA 2009, 79; vom 18. November 2008, NZA 2009, 728; vom 17. August 2010, NZA 2011, 153; vom 13. Oktober 2011, AP Nr. 9 zu § 15 AGG.

Außerdem steht, wenn der Arbeitgeber seine Pflichten nicht erfüllt, dem Betriebsrat bei Neueinstellungen ein Zustimmungsverweigerungsrecht analog § 99 Abs. 2 BetrVG zu.

## 6. Der praktische Fall

Mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft durch Gestaltung des Auswahlverfahrens: ArbG Hamburg vom 26. Januar 2010, BeckRS 2010, 66839 („*Paketzusteller-Fall*“)

**Zum Sachverhalt (vereinfacht)** Die Beklagte ist ein Unternehmen der Postbranche. Sie hatte Stellen für Postzusteller ausgeschrieben. Zu den Anforderungen gehörte die Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift. Der in der Elfenbeinküste geborene, muttersprachlich französisch sprechende Kläger bewarb sich schriftlich. Eine Mitarbeiterin der Beklagten rief den Kläger – wie alle übrigen Bewerber – für einen Erstkontakt telefonisch an, führte mit ihm ein Gespräch und fragte u. a., ob er Fahrrad fahren könne. Der Kläger erhielt eine Absage, weil er bei dem Telefonat eine undeutliche Aussprache gehabt habe. Der Kläger fühlt sich wegen seiner ethnischen Herkunft (§ 1 AGG) mittelbar diskriminiert (§ 3 Abs. 2 AGG) und beansprucht eine Entschädigung (§ 15 Abs. 2 AGG).

**Die Entscheidung** Das *ArbG Hamburg* hat der Klage stattgegeben und die Beklagte zu einer Entschädigung in Höhe von drei Monatsgehältern (5.400 Euro) verurteilt. Der Vorwurf der mittelbaren Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft sei berechtigt. Von der Vorgehensweise der Beklagten (telefonischer Erstkontakt im Bewerbungsverfahren) seien Bewerber, deren Muttersprache nicht deutsch ist, erheblich häufiger nachteilig betroffen als muttersprachlich deutsche Bewerber. Das konnte das Gericht insbesondere bei dem von der Beklagten gebildeten Kriterium einer deutlichen und ansprechenden Aussprache der deutschen Sprache des Bewerbers feststellen. Angehörige anderer Ethnien weisen typischerweise nicht so gute Deutschkenntnisse auf wie Muttersprachler. In der Regel sprechen sie die deutsche Sprache mit Akzent.

Das mittelbar benachteiligende Bewerbungsverfahren war auch weder nach § 3 Abs. 2 AGG noch wegen der an die Stelleninhaber zu richtenden beruflichen Anforderungen (§ 8 AGG) sachlich gerechtfertigt. Zwar ist es zur Gewährleistung reibungsloser betrieblicher Abläufe sachlich gerechtfertigt, von den Bewerbern Sprachkenntnisse zu verlangen, die für eine

angemessene Kommunikation zwischen Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber erforderlich sind. Soweit eine Stelle es voraussetzt, kann der Arbeitgeber auch Sprachkenntnisse in Wort und Schrift von den Bewerbern verlangen. Bei Arbeitsplätzen, die von dem Arbeitnehmer eine Kommunikation mit Kunden erfordern, können entsprechende hinreichende Sprachkenntnisse gefordert werden. Das gewählte Verfahren des telefonischen Erstkontakts stellte an die Bewerber aber mehr als die erforderlichen Anforderungen. Die Arbeitgeberin hatte ihre Ablehnung der Bewerbung damit begründet, dass sich der Kläger nicht ansprechend klar und deutlich in deutscher Sprache auszudrücken vermochte. Damit ging sie über das Erfordernis der bloßen Sprachbeherrschung hinaus. Dieses Kriterium war zur Erreichung der berechtigten Ziele der Beklagten (Möglichkeit der Fortbildung des Klägers, Kommunikation mit Kunden) für die zu besetzende Stelle eines Postzustellers nicht mehr angemessen. Es war nicht erforderlich, dass der Kläger als Postzusteller weitgehend akzentfrei die deutsche Sprache spricht. Erforderlich ist lediglich eine für die Kundenkommunikation und die Kommunikation mit dem Arbeitgeber und den Kollegen hinreichende Sprachkenntnis in Wort und Schrift.

### III. Bewerbungskosten

Die Kosten der Bewerbung (Bewerbungsmappe, Porto) hat grundsätzlich *der Bewerber zu tragen*. Soweit der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum persönlichen Vorstellungsgespräch aufgefordert hat, kann der Bewerber vom Arbeitgeber die Aufwendungen ersetzt verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Dazu gehören Fahrtkosten und Mehrkosten für Verpflegung und Übernachtung. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Ersatz dieser Kosten ergibt sich aus § 670 BGB.<sup>11</sup>

Ein Anspruch des Bewerbers auf Kostenerstattung besteht aber dann nicht, wenn der Arbeitgeber zulässigerweise im Rahmen der Einladung zum Vorstellungsgespräch die Zahlung ausdrücklich abgelehnt hat.

Verdienstaussfall kann der Bewerber nicht geltend machen.

---

<sup>11</sup> BAG vom 29. Juni 1988, NZA 1989, 468 (468).