

## **§ 6 Die Begründung des Arbeitsverhältnisses**

**Weiterführende Literatur:** v. Hoyningen-Huene, Der psychologische Test im Betrieb, Beil. 10 zu BB 91; Hromadka, Bedingte und befristete Arbeitsverhältnisse neu geregelt, BB 2001, 621 ff und 674 ff; Hunold, Aktuelle Rechtsprobleme der Personalauswahl, DB 93, 224; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, III. Buch; Wagner/Zander/Hanke, Handbuch der Personalleitung.

### **1. Die (dem Vertragsschluss vorhergehende) Personalentscheidung**

Grds. entscheidet der Arbeitgeber, ob neues Personal eingestellt werden soll. Dem Betriebsrat stehen jedoch in gewissem Umfange Mitbestimmungsbefugnisse zu. Deren Umfang ergibt sich aus dem BetrVG:

- § 92: Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung rechtzeitig und umfassend zu unterrichten.
- § 93: Der Betriebsrat kann verlangen, dass zu besetzende Arbeitsplätze zunächst innerhalb des Betriebes ausgeschrieben werden.
- § 94: Personalfragebögen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrates.
- § 95: In Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat die Aufstellung von Richtlinien über die personelle Auswahl bei der Einstellung verlangen, also von Grundsätzen, die der Entscheidungsfindung dienen, wenn für diese mehrere Bewerber in Frage kommen.
- § 99: Im Rahmen der quantitativen Personalplanung hat der Betriebsrat Informations- und Vorschlagsrecht.

### **2. Die Rechtsnatur des Arbeitsvertrages**

#### **2.1 Allgemein**

Der Arbeitsvertrag ist ein Unterfall des Dienstvertrages (§§ 611 ff BGB). Er ist ein gegenseitiger schuldrechtlicher Austauschvertrag, bei dem sich als Hauptpflichten die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und die Vergütungspflicht des Arbeitgebers gegenüberstehen. Mit der neueren Literatur und in Anlehnung an den Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches (§ 7 Abs. 1) kann man den Arbeitsvertrag wie folgt definieren: „Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung fremdbestimmter, abhängiger oder unselbständiger Arbeit unter Leitung und nach Weisung des Arbeitgebers, während sich der Arbeitgeber verpflichtet, das vereinbarte Entgelt zu entrichten“.

Nach dem BGB ist der Dienstvertrag und damit auch der Arbeitsvertrag ein zweiseitig verpflichtender Vertrag, auf den der AT des BGB und der AT des Schuldrechts, insbes. die §§ 275, 280 ff grundsätzlich anwendbar sind. Jedoch weist der Arbeitsvertrag Besonderheiten auf:

- Der Arbeitsvertrag begründet ein **Dauerschuldverhältnis**, aus dem sich ständig neue Rechte und Pflichten der Beteiligten ergeben.
- Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis bilden normalerweise die **wirtschaftliche Existenzgrundlage** des Arbeitnehmers. Auch hängen zahlreiche soziale Sicherungen vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ab, z.B. Altersversorgung, Krankheit, Berufsunfall.

Dementsprechend weisen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis gegenüber anderen schuldrechtlichen Austauschverträgen und auch gegenüber anderen Dauerschuldverhältnissen eine Reihe von Besonderheiten auf.

## 2.2 Einschränkungen der Vertragsfreiheit

Das Arbeitsrecht enthält einige Einschränkungen der Vertragsfreiheit, die sich an den Arbeitgeber richten. Diese Einschränkungen können in unterschiedlicher Form auftreten, so z.B. durch Beschränkung der Abschluss-, Form- und Gestaltungsfreiheit. Die praktisch bedeutsamsten Arten seien nachfolgend kurz dargestellt:

- Abschlussgebote, z.B. zugunsten von Schwerbehinderten, § 71 SGB IX.

Arbeitgeber mit mindestens 20 Arbeitsplätzen sollen 5 % der Arbeitsplätze mit Schwerbehinderten besetzen; hieraus resultiert aber kein Einstellungsanspruch! Arbeitgeber, die nicht die nötige Anzahl von Schwerbehinderten beschäftigen, müssen jedoch je nach Grad der Unterschreitung der Quote zwischen 105,- € und 260,- € pro unbesetztem Arbeitsplatz und Monat als Ausgleichsabgabe gem. § 77 Abs. 1 SGB IX zahlen.

- Abschlussverbote, z.B. Beschäftigungsverbote für nicht EU-Ausländer ohne Arbeitserlaubnis, § 19 Abs. 1 AFG oder für Kinder, § 5 JArbSchG (Kinder unter 15 Jahren dürfen prinzipiell nicht beschäftigt werden) oder für Jugendliche, § 8 JArbSchG (Jugendliche unter 18 Jahren dürfen nur zeitlich beschränkt beschäftigt werden).
- Formgebote, z.B. Schriftformgebot aus verschiedenen Tarifverträgen.

- Zwingende Inhaltsbestimmungen, aus Arbeitsgesetzen und Kollektivvereinbarungen z.B. über Arbeitsplatzsicherheit und Tariflohn.
- Einstellungsgebot für Auszubildende, die der Jugendvertretung oder dem Betriebsrat angehören, § 78 a BetrVG.

### **3. Die Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses**

#### **3.1 Der Gleichbehandlungsgrundsatz**

Ein Arbeitnehmer hat verschiedene Möglichkeiten, Arbeitnehmer anzuwerben. Die Anwerbung kann z.B. erfolgen durch die Einschaltung von Arbeitsvermittlungsagenturen oder Personalberatungsunternehmen, die Aufgabe von Zeitungsinseraten, den Aushang von Stellenangeboten im Betrieb oder an Hochschulen, die Beteiligung an Messen, die direkte Ansprache von potentiellen Kandidaten usw. Bereits bei der Stellenausschreibung hat der Arbeitgeber das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zu beachten. Ziel des Gesetzes ist, Ungleichbehandlungen auf der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern (§ 1 AGG). Nach §§ 11, 7 Abs. 1 AGG darf ein Arbeitgeber einen Arbeitsplatz nicht nur für Männer oder nur für Frauen ausschreiben, es sei denn, dass ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit ist, § 8 Abs. 1 AGG.

**Bsp(e):** Verkäuferin für Damenunterwäsche; Mannequin oder Dressman; Chorsängerstelle als Sopran, Tenor oder Bass.

Durch die geschlechtsneutrale Ausschreibung einer Stelle soll das Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts von Anfang an ausgeschlossen werden.

#### **3.2 Die Bewerberauswahl**

Arbeitgeber erwarten von Bewerbern regelmäßig vollständige Bewerbungsunterlagen, die bestehen sollten aus einem Anschreiben, einem tabellarischen Lebenslauf, einem aktuellen Passbild sowie Zeugnissen in Fotokopie. Zu empfehlen ist, in das Anschreiben bzw. den Lebenslauf folgende Angaben aufzunehmen: vollständiger Name und Anschrift, Telefon- und Faxnummer, Geburtsdatum, Geburtsort, Staatsangehörigkeit, Name und Beruf der Eltern, Familienstand, Kinderzahl, Schul- und Berufsausbildung, besondere (Sprach)kenntnisse, bisherige Berufstätigkeit und frühester Einstellungstermin.

Mit der Übersendung der Bewerbungsunterlagen entsteht ein vorvertragliches Anbahnungsschuldverhältnis gemäß § 311 Abs. 2 BGB, das den Arbeitgeber u.a. zur sorgfältigen Aufbewahrung der Unterlagen, deren unverzüglichen Rückgabe bei Nichteinstellung und Stillschweigen über bekannt gewordene Geheimnisse, den Arbeitnehmer zur Mitteilung zwischenzeitlich eingetretener Leistungshindernisse, wie Aufnahme einer anderweitigen Beschäftigung, Erkrankung usw. verpflichtet.

Fordert der Arbeitgeber einen Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch auf, so hat er -unabhängig davon, ob dieses Gespräch zu einem Vertragsabschluss führt- die anfallenden notwendigen Kosten (Fahrt-, Übernachtungs- und Verpflegungskosten) aus §§ 662, 670 BGB zu erstatten. Will der Arbeitgeber diesen Anspruch ausschließen, muss er dies spätestens mit der Einladung zum Vorstellungsgespräch mitteilen. Keinen Anspruch auf Erstattung der Reisekosten hat hingegen, wer sich unaufgefordert oder aufgrund einer Vorschlagskarte des Arbeitsamtes vorstellt.

### **3.3 Das Auswahlverfahren**

Auch bei der eigentlichen Personalauswahl ist der Arbeitgeber nicht völlig frei. Schranken bilden insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Stellenbewerbers, das bereits erwähnte AGG sowie das Zivil- und Arbeitsrecht. Auch dem Betriebsrat stehen in Teilbereichen Mitbestimmungsrechte zu. In Einzelfragen soll der nachfolgende Fall einführen:

#### **Fall: Die Einstellung neuer Pressesprecher**

Konzern K hatte in der Vergangenheit mit der Einstellung von Personal für den Bereich Öffentlichkeitsarbeit viel Pech gehabt. Der neue, für den Bereich zuständige Personalreferent P will dies bei der bevorstehenden Suche nach zwei neuen Pressesprechern durch ein verbessertes Personalauswahlverfahren ändern.

Er will von jedem Kandidaten einen neu entwickelten Personalfragebogen ausfüllen lassen, über jeden ein graphologisches Gutachten und Auskünfte beim bisherigen Arbeitgeber einholen, ein assessment center durchführen, bei dem auch Intelligenz- und Kreativitätstests erfolgen sollen und von geeigneten Kandidaten die Vorlage eines Gesundheitszeugnisses sowie eines polizeilichen Führungszeugnisses verlangen.

Der bereits vom Betriebsrat genehmigte Personalfragebogen, geeignet für Bewerber beiderlei Geschlechts, enthält u.a. folgende Fragen:

17. Tragen Sie überwiegend weiße oder bunte Unterwäsche?
  18. Nehmen Sie regelmäßig die Antibabypille?
  19. Sind Sie schwanger?
  25. Sind Sie vorbestraft?
  31. Gehören Sie einer Gewerkschaft an und wenn ja, welcher?
- Sind die geplanten Maßnahmen zulässig und was ist dabei gegebenenfalls zu beachten?

1. Personalfragebogen:

Ein Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse, sich bei der Vorstellung eines Bewerbers über dessen persönliche Verhältnisse zu erkundigen. Neben dem persönlichen Interview geben Personalfragebögen dem Arbeitgeber die Möglichkeit, ihn interessierende Fragen zu stellen und das Bewerbungsverfahren (und die sich ggf. anschließende Verwaltung der Personalangaben) zu beschleunigen und zu standardisieren. Der Bewerber andererseits befindet sich beim Ausfüllen von Personalfragebögen in einer Zwangslage. Lehnt er ihn ganz ab oder lässt er einzelne Fragen offen, mindert das seine Einstellungschancen. Hieraus ergibt sich ein Zielkonflikt, da Arbeitgeber teilweise sehr weitgehende Informationsinteressen haben, andererseits der Bewerber ein Recht auf Achtung und Entfaltung seiner Persönlichkeit hat (Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 1 GG). Diesen Konflikt versuchen Gesetzgeber, Rspr. und Lehre dadurch zu lindern, dass in Bewerbungsgesprächen oder Personalfragebögen

- (1) **nur solche Fragen gestellt werden dürfen, die für dieses Arbeitsverhältnis von Bedeutung sind** (Grundsatz der Erforderlichkeit),
- (2) den Bewerber nicht in seiner ganzen Persönlichkeit erfassen und
- (3) durch die nicht in seinen Intimbereich eingedrungen wird.

Daraus folgt für unseren Fall:

- Die Frage nach der Farbe der Unterwäsche ist ein völlig unnötiges Eindringen in den Intimbereich und daher unzulässig.
- Auch die Frage nach der Einnahme der Antibabypille steht in keinem Zusammenhang mit der zu leistenden Arbeit, sie dringt in den Intimbereich ein und ist daher unzulässig.
- Der EuGH (AP zu Art. 119 EWG-Vertrag, Nr. 23 und EzA zu § 611a BGB Nr. 15) sieht in der Frage nach einer Schwangerschaft uneingeschränkt eine unzulässige Frauendiskriminierung. Auch das BAG hält die Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft für generell unzulässig. Nach Auffassung des BAG ist die Frage nach dem Vorliegen

einer Schwangerschaft selbst dann unzulässig, wenn die Schwangere die Stelle wegen eines Beschäftigungsverbotes gar nicht aufnehmen kann (BAG DB 2003, 1796).

- Andererseits ist die Frage nach arbeitsplatzspezifischen Vorstrafen zweifellos zulässig. Ein Kraftfahrer wird nach Verkehrsdelikten befragt werden dürfen, ein Ausbildungsleiter nach Sexualstraftaten. Die generelle Frage, ob jemand irgendwann einmal wegen irgendetwas vorbestraft war, ist jedoch unzulässig. Im vorliegenden Fall müsste also die Frage umformuliert werden (etwa: „Sind Sie einschlägig vorbestraft“).
- Die Frage nach einer Gewerkschaftszugehörigkeit ist nach hM generell unzulässig.

Zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer unterstellt § 94 BetrVG Personalfragebögen dem vollen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Was ist jedoch, wenn kein Betriebsrat besteht, er nicht gehört wird oder von seinem Recht (wie hier) keinen (ausreichenden) Gebrauch macht? Sicher ist, dass der Befragte sich weigern kann, unzulässige Fragen zu beantworten. Praktisch ist das aber keine Lösung, weil er dann damit rechnen muss, nicht eingestellt zu werden. Die hM hilft folgendermaßen: Eine falsche Antwort auf eine gestellte Frage ist **nur dann eine arglistige Täuschung** i.S.d. § 123 BGB, wenn die **Frage zulässig** war.

So kann sich ein Bewerber als nicht vorbestraft bezeichnen, wenn die Vorstrafe keinen Bezug zum Arbeitsplatz aufweist (z.B. Unfallflucht eines Buchhalters) oder wenn die Strafe nach dem Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (BZRG) nicht in das normale Führungszeugnis aufzunehmen oder im Register bereits getilgt oder zu tilgen ist.

Andererseits berechtigt z.B. eine unrichtige Antwort auf die Frage nach einer Schwerbehinderung zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB, BAG DB 2000, 2171.

## 2. Graphologisches Gutachten:

Die Erstellung und Verwertung von graphologischen Gutachten ist nach hM generell nur mit Einwilligung des Arbeitnehmers zulässig (BAG NJW 1984, 446). Fraglich ist, in welchen Fällen ein graphologisches Gutachten überhaupt erlaubt ist und wie die Einwilligung erteilt werden muss.

- Graphologische Gutachten sollen Aufschluss über den Charakter einer Person geben, dringen also in die Psyche des

Menschen ein. Das bedeutet einen Eingriff in die Menschenwürde gem. Art. 1 GG, der gegen das Interesse des Arbeitgebers nach möglichst vollständiger Analyse des Bewerbers abzuwägen ist. Über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich, dass graphologische Gutachten zulässig sind, wenn es sich um die Besetzung besonders gehobener Vertrauensstellungen handelt (wie z.B. um leitende Angestellte), sie hingegen unzulässig sind, wenn einfache Arbeiten zu verrichten sind (wie z.B. Kraftfahrer, Lagerarbeiter).

- Nach einer weit verbreiteten, aber m.E. zu weitgehenden Auffassung erteilt ein Bewerber konkludent seine Genehmigung zur Einholung des Gutachtens, wenn er auf entsprechende Aufforderung eine Handschriftenprobe vorlegt. Diese Meinung übersieht zum einen, dass sich jeder Bewerber in einer Drucksituation befindet und zum anderen, dass eine vorgelegte Handschriftenprobe nicht zwingend ein graphologisches Gutachten nach sich ziehen muss. Dementsprechend sollte der Arbeitgeber die ausdrückliche Zustimmung des Bewerbers einholen, sei es, dass er hierauf bei der Stellenausschreibung ausdrücklich aufmerksam macht, sei es, dass er sich die Einwilligung im Verlaufe eines Vorstellungsgesprächs erteilen lässt.

Der praktische Wert graphologischer Gutachten ist umstritten. Dies mag ein Fall belegen, der dem LAG Freiburg vorlag. Streitgegenstand war ein Gutachten, das ohne Zustimmung der einzustellenden Hausmeisterin eingeholt worden war. Den Inhalt des Gutachtens beschreibt das LAG NJW 1976, 310 wie folgt: „Die Klägerin wird (darin) als eine nicht intelligente, schlaue, raffinierte, rachsüchtige, herrschsüchtige, durchtriebene, taktlose, schwatzhafte, kontaktarme, gefühls- und gemütskalte Intrigantin geschildert, der man nicht glauben kann und die hintergründig wähnend auf Rache sinnt. Sie sei ... nicht in der Lage, echte und tiefe Beziehungen zu pflegen und zu ihren Mitarbeitern ein gutes Verhältnis zu haben. Die Klägerin wird sogar 'wegen der ungenügenden Strichqualität' als krank bezeichnet, und es wird ihr deshalb eine psychische Behandlung empfohlen.“ Das LAG hat den Auftraggeber des Gutachtens wegen einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Hausmeisterin aus §§ 823 Abs. 1, 847 BGB analog zu 2.000,- DM Schmerzensgeld verurteilt.

Im vorliegenden Fall erachte ich die Einholung von graphologischen Gutachten für den engsten noch in Frage kommenden Bewerberkreis gerade noch für zulässig. Zwar handelt

es sich bei Mitarbeitern der Pressestelle i.d.R. nicht um leitende Angestellte. Jedoch vertreten sie das Unternehmen nach außen, sind also für die Darstellung des Unternehmens verantwortlich. Die Einholung der Gutachten ist von der ausdrücklichen Zustimmung der Bewerber abhängig zu machen.

3. **Auskünfte beim bisherigen Arbeitgeber:**  
Grds. ist der Arbeitgeber berechtigt, Auskünfte über einen Bewerber einzuholen. Jedoch kann der Bewerber, der sich noch in einem Beschäftigungsverhältnis befindet, es ihm untersagen, Auskünfte bei seinem derzeitigen Arbeitgeber einzuholen. Fragt der Arbeitgeber dennoch an, so macht er sich aus § 311 Abs. 2 i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 280 ff BGB schadenersatzpflichtig, soweit der Bewerber hierdurch einen Schaden erleidet. Eine vertragliche Verpflichtung des früheren Arbeitgebers besteht nicht; gibt er dennoch Auskunft (was in der Praxis gerade bei Führungspositionen häufig der Fall ist), muss er sie sorgfältig und wahrheitsgemäß in Anlehnung an die für Zeugnisse geltenden Grundsätze erteilen.
  
4. **Assessment-Center:**  
Das Assessment (engl. für Bewertung, Einschätzung) -Center-Verfahren ist ein besonders praxisbezogenes und leistungsfähiges, mehrere Methoden umfassendes wissenschaftliches System zur Erfassung von Verhaltensleistungen und Mängeln von Stellenbewerbern. Praktische Voraussetzungen für die erfolgreiche Durchführung eines assessment centers sind die Konkretisierung der Anforderungen an die Stelle, der Einsatz entsprechend geschulter Beurteiler sowie die effiziente Planung und Vorbereitung der teilweise mehrtägigen Veranstaltung. Typisch sind die gleichzeitige Teilnahme mehrerer Bewerber und die Ausrichtung der Aufgaben auf soziale und möglichst realitätsnahe Situationen.  
Das Assessment-Center-Verfahren ist generell zulässig; es dürfte jedoch gem. § 94 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegen.
  
5. **Intelligenz- und Kreativitätstests:**  
Psychologische Tests sind nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur bei besonders bedeutsamen Positionen zulässig. Auch hier ist die Einwilligung des Bewerbers erforderlich. Umfang und Inhalt der Tests dürften gem. § 94 BetrVG mitbestimmungspflichtig sein.  
Im vorliegenden Fall dürften wegen der besonderen Bedeutung der Stellen Intelligenz- und Kreativitätstests grds. erlaubt sein. Ob die



hier vorgesehenen Tests vom Umfang und Inhalt her zulässig sind, müsste im Einzelfall untersucht werden. Hierfür fehlen jedoch Angaben im Sachverhalt.

6. Gesundheitszeugnis:

Auch bei der Forderung nach einem Gesundheitszeugnis wird weitgehend in das Persönlichkeitsrecht eingegriffen. Durch gesetzliche Anforderung gedeckt ist eine solche Forderung nur bei Tätigkeiten, bei denen ein unmittelbarer Bezug zu Lebensmitteln besteht (§ 17 f BSeuchenG).

Verlangt der Arbeitgeber ein Gesundheitszeugnis, hat er die Kosten der Untersuchung zu tragen. Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, die gesamte Diagnose zu fordern. Er darf vom Bewerber nur verlangen, dass dieser den untersuchenden Arzt von seiner Schweigepflicht lediglich insoweit entbindet, wie dies für die Eignung des Bewerbers in Frage kommende Stelle von Bedeutung ist.

7. Polizeiliches Führungszeugnis:

Die Zulässigkeit der Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses ist fraglich. Bei leitenden Angestellten wird eine weitere Offenbarungspflicht bestehen, als bei einfachen Arbeitnehmern.

Das Verlangen auf Vorlage erscheint im vorliegenden Fall bedenklich, da sich aus dem Führungszeugnis mehr Verurteilungen ergeben können, als der Bewerber prinzipiell verpflichtet ist, anzugeben.

#### **4. Das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses**

**Fall: Die Kündigung vor Arbeitsantritt** (nachgebildet BAG DB 1986, 1681)

Wirtschaftsingenieur W schloss am 10.08. mit der Firma F, einem Fertigungsbetrieb mit 35 gewerblichen Mitarbeitern, einen Arbeitsvertrag, der u.a. vorsieht, dass er zum 01.01. des Folgejahres seine Arbeit als Produktionsleiter aufnimmt. Ferner war, auf dringenden Wunsch des W, eine Kündigung mit einer Kündigungsfrist von 3 Monaten zum Ende eines Kalendervierteljahres vereinbart worden. Eine Probezeit war nicht vereinbart. Vom Vertragsschluss wurde der Betriebsrat unterrichtet.

W hat zwischenzeitlich seinen bisherigen Arbeitsvertrag gekündigt. Anfang September ergibt sich, dass die Produktion, für die W eingestellt worden war, nicht aufgenommen werden kann.

Könnte F noch im September mit Wirkung zum 31.12. kündigen? Steht W ein Lohnanspruch zu?

Aufbau: (1) Kündigung  
(2) Kündigungszeitpunkt und Lohnanspruch

(1) Gekündigt werden kann ein **Arbeitsverhältnis** (vgl. § 622 BGB). Fraglich ist, ob zwischen W und F überhaupt ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. Denn W hat sein Arbeitsverhältnis noch nicht angetreten.

(a) Nach der **Vertragstheorie** (hM./ MM.: Eingliederungstheorie) entsteht ein **Arbeitsverhältnis durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages**. Jedoch gelten für das Arbeitsverhältnis vor Arbeitsantritt teilweise andere Regeln als für das Arbeitsverhältnis nach Arbeitsantritt. So hat der Arbeitgeber vor Beginn der tatsächlichen Arbeitsaufnahme weder Lohn zu zahlen noch Sozialversicherungsbeiträge abzuführen, der Arbeitnehmer erwirbt keine Urlaubsansprüche usw. (Das Arbeitsverhältnis wird also mit Arbeitsantritt **aktualisiert**.)

Danach ist im vorliegenden Fall zwischen W und F am 10.08. ein Arbeitsvertrag schuldrechtlich zustande gekommen.

(b) Allerdings steht dem Betriebsrat nach § 99 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung des W zu, da der Betrieb der Firma F mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt. Nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber vor jeder Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung die Zustimmung des Betriebsrates einzuholen. Der Betriebsrat darf die Zustimmung allerdings nur aus den in § 99 Abs. 2 BetrVG aufgeführten Gründen verweigern. Hat der Betriebsrat innerhalb einer Woche weder die Zustimmung noch die Verweigerung erklärt, „so gilt die Zustimmung als erteilt“ (§ 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG). Eine Einstellung ohne die erforderliche Zustimmung ist zivilrechtlich wirksam, kann jedoch auf Antrag des Betriebsrats vom Arbeitsgericht aufgehoben werden (§ 101 BetrVG; dazu Schaub § 241 VI 1).

Im vorliegenden Fall war der Betriebsrat unterrichtet worden. Offenbar hatte er der Einstellung des W nicht

widersprochen. Damit ist der Arbeitsvertrag mit W auch formfehlerfrei zustande gekommen.

**Ergebnis:** Der Arbeitsvertrag zwischen W und F ist rechtswirksam. Damit kann das Arbeitsverhältnis auch bereits vor Arbeitsbeginn gekündigt werden.

- (2) Fraglich sind noch der Kündigungszeitpunkt und damit auch ein eventueller Lohnanspruch. Denn eine Kündigung wird erst mit Fristablauf wirksam. W und F haben eine Kündigungsfrist vereinbart, deren Zulässigkeit sich aus § 622 Abs. 1 BGB ergibt. Problematisch ist, ob diese Frist schon mit Erklärung der Kündigung beginnt (dann würde sie bereits zum 31.12. wirksam) oder erst zum Zeitpunkt des vertraglich festgelegten Dienstantritts (dann begänne der Fristablauf erst am 01.01., die Kündigung würde wirksam zum 31.03.). Da die Parteien hierüber keine eindeutige Vereinbarung getroffen haben, liegt eine **Vertragslücke** vor. Diese ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. Dabei ist der mutmaßliche Parteiwille unter Würdigung der beiderseitigen Interessenlage zu ermitteln (BAG DB 1986, 1681). Es hat also eine Interessenabwägung in der Form zu erfolgen, dass ermittelt wird, wie die Parteien diesen Fall geregelt hätten, wenn sie die Lücke erkannt hätten.
- (a) **Generell:** Gegen einen Kündigungsbeginn mit Arbeitsaufnahme spricht, wenn die Parteien ein **Probearbeitsverhältnis mit kurzen Kündigungsfristen** vereinbart haben. Denn dann besteht an einer kurzfristigen Vertragserfüllung beiderseits kein Interesse (BAG DB 2004, 1436). Umgekehrt bringt z.B. die **Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichtaufnahme der Arbeit** konkludent den Willen der Parteien zum Ausdruck, dass die Kündigungsfrist erst mit vereinbarter Arbeitsaufnahme beginnen soll (LAG Frankfurt DB 1981, 532).
- (b) **Fallspezifisch:** Bei der Bewertung der beiderseitigen Interessen kommt es vor allem auf die **Länge der Kündigungsfrist** an. Vereinbaren die Parteien eine lange Kündigungsfrist, so deutet dies auf ein Interesse an der Durchführung des Vertrages für die Dauer der Frist hin. Der Arbeitnehmer sichert sich damit eine nicht unerhebliche Mindestbeschäftigungszeit und kann sich aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis um eine neue Stelle bewerben; der Arbeitgeber erhält während der

Frist eine dem Arbeitsentgelt entsprechende Leistung (BAG DB 1986, 1681, 1682).

**Ergebnis:** Aufgrund der besonderen Umstände dieses Einzelfalles beginnt die Kündigungsfrist erst am Tag des vereinbarten Dienstbeginns (01.01.) zu laufen. Die Kündigung kann also erst zum 31.12. mit Wirkung zum 31.03. ausgesprochen werden. (Dies hindert jedoch nicht, die Kündigung schon im September auszusprechen). Firma F muss also an W drei Monate Gehalt zahlen.

**Praxistipp:** In der Praxis einigen sich die Parteien in solchen Fällen i.d.R. bereits vor Dienstantritt auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, ggf.

- gg. Zahlung eines Abfindungsbetrages (im vorliegenden Fall max. 3 Monatsgehälter) und
- gg. eine Bescheinigung über den Auflösungsgrund.

## **5. Zum Umfang und zur Zeitdauer von Arbeitsverhältnissen**

Arbeitsverhältnisse können prinzipiell über die jeweilige volle wöchentliche Arbeitszeit (ausführlicher: Meub, AR § 8 Ziff.1.1.5 ff) oder über Teilzeit begründet werden. Dabei werden die Arbeitsverträge üblicherweise unbefristet eingegangen. Jedoch kann im Einzelfall auch eine Befristung des Arbeitsverhältnisses bereits bei Vertragsschluss vereinbart werden.

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (kurz: TzBfG) diene der Umsetzung zweier EU-Richtlinien auf diesem Gebiet (RiLi 97/81 EG des Rates vom 15.12.1997 über Teilzeitarbeit -ABl. EG 1998 Nr. L 14, 9- und RiLi 1999/70/EG des Rates vom 28.06.1999 über befristete Arbeitsverträge -ABl. EG 1999 Nr. 175, 43) und regelt als Spezialgesetz die Teilzeitarbeit sowie die befristeten und zweckbefristeten Arbeitsverhältnisse (näher hierzu Preis/Gotthardt DB 2001, 145; Lindemann/Simon BB 2001,146). Das TzBfG enthält überwiegend zwingendes Recht, ist jedoch in Teilbereichen tarifdispositiv (z.B. §§ 8 Abs. 4, 12 Abs. 3, 13 Abs. 4, 14 Abs. 2 TzBfG), d.h. die Tarifvertragsparteien können bestimmte gesetzliche Parameter für ihre Bereiche abweichend festlegen.

### **5.1 Teilzeitarbeit**

Nach § 2 Abs. 1 S. 1 TzBfG ist ein Arbeitnehmer dann teilzeitbeschäftigt, wenn seine regelmäßige Arbeitszeit kürzer ist, als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Klarstellend ergänzt § 1 Abs. 2 TzBfG, dass auch geringfügig Beschäftigte nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV Teilzeitbeschäftigte sind.

Zentrale Vorschriften des TzBfG sind dessen §§ 4 und 5. § 5 TzBfG spricht ein Benachteiligungsverbot aus, wonach der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach diesem Gesetz nicht benachteiligen darf. § 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG bestimmt, dass ein Teilzeitbeschäftigter nicht schlechter behandelt werden darf als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine ungleiche Behandlung rechtfertigen. Das Diskriminierungsverbot nach § 4 TzBfG baut auf dem Maßregelungsverbot des § 612a BGB auf und präzisiert als *lex specialis* den Gleichbehandlungsgrundsatz des AGG nochmals für den Bereich der Teilzeitarbeit. So ist einem Teilzeitbeschäftigten z.B. proportional mindestens der gleiche Lohn zu zahlen und andere geldwerte Leistungen zu gewähren wie einem Vollzeitbeschäftigten (§ 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG;), hat der Teilzeitbeschäftigte Anspruch auf Urlaub, dessen Dauer sich aus dem Verhältnis seiner Teilzeitbeschäftigung zu einem vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ergibt oder hat er Anspruch auf Freistellung für Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen (§ 10 TzBfG) usw., (**sog. pro rata temporis-Grundsatz**). Dort, wo der pro rata temporis-Grundsatz mangels Teilbarkeit nicht herangezogen werden kann (z.B. Zuschuss zum Kantinenessen, Betriebskindergärten), hat der Arbeitgeber Teilzeitbeschäftigten die gleichen Leistungen zu gewähren wie Vollzeitbeschäftigten.

### 5.1.1 Voraussetzungen für eine Reduzierung

Für einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 Abs. 1 TzBfG müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

(1) Arbeitnehmer;

Der Begriff des Arbeitnehmer i.S.d. § 8 Abs. 1 TzBfG baut auf dem allgemeinen Arbeitnehmerbegriff (vgl. Meub, AR, § 5, Zif. 2) auf, schließt jedoch leitende Angestellte (§ 6 TzBfG) oder bereits in Teilzeit Beschäftigte mit ein, nicht jedoch Auszubildende (gl. Ansicht Preis/Gotthard DB 2001, 145).

(2) dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat;

(3) mindestens 15 Beschäftigte (ohne Personen in der Berufsausbildung) im Betrieb (§ 8 Abs. 7 TzBfG);

(4) Erklärung des Verringerungswunsches gegenüber dem Arbeitgeber.

Die Erklärung ist an keine Form gebunden, was in der Praxis zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führen kann. Um dem Arbeitgeber Zeit für personelle und arbeitsorganisatorische Maßnahmen zu geben, hat sie spätestens drei Monate vor dem Beginn der Reduktion geltend gemacht zu werden. Hinsicht-

lich des Umfangs seines Wunsches auf Teilzeitbeschäftigung ist der Arbeitnehmer frei; gleiches gilt für Verteilung der Arbeit auf verschiedene Wochentage.

### 5.1.2 Rechtsfolge und Durchsetzung des Anspruchs

Der Arbeitgeber hat der Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers festzulegen, soweit betriebliche Gründe dem nicht entgegenstehen, § 8 Abs. 4 TzBfG.

**Umfang und zeitliche Lage** der Veränderung sollen dabei nach § 8 Abs. 3 TzBfG vorrangig im Wege der Verhandlung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden. Jedoch besteht beiderseits lediglich eine Verhandlungsobliegenheit und keine Verpflichtung zum Führen von Vertragsverhandlungen. Diese Obliegenheit betrifft sowohl den generellen Wunsch um Verkürzung der Arbeitszeit, als auch der zeitlichen Lage der veränderten Arbeitszeit (ebenso: Erfurter Kommentar zu § 8 TzBfG, Rn. 15).

Es dürfte in der Praxis dem Interesse beider Vertragsparteien entsprechen, solche Gespräche zu führen: Denn § 8 Abs. 5 TzBfG begründet bei nicht aufgenommenen Verhandlungen oder gescheiterten Gesprächen eine **gesetzliche Fiktion**. Haben sich die Parteien nicht geeinigt und der Arbeitgeber seine Ablehnung wegen entgegenstehender betrieblicher Gründe nicht spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Reduzierung dem Arbeitnehmer schriftlich mitgeteilt, dann gilt mit Ablauf der drei Monatsfrist die Zustimmung des Arbeitgebers zu der vom Arbeitnehmer angetragenen Vertragsänderung als ersetzt (weiterführend: BAG BB 2003, 1844 = DB 2003, 1682).

### 5.1.3 Entgegenstehende betriebliche Gründe

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, dem Wunsch nach **Arbeitszeitverkürzung oder –verlagerung** zu widersprechen, wenn betriebliche Gründe dem entgegenstehen, § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG.

Der Arbeitgeber muss dann, aufgrund einer für den jeweiligen Einzelfall nachprüfaren Entscheidung, die von plausiblen wirtschaftlichen und unternehmenspolitischen Gründen getragen sein muss, ggfs. zunächst nachweisen, dass objektive betriebliche Gründe dem Arbeitnehmereverlangen auf **Verkürzung der Arbeitszeit** dauerhaft entgegenstehen. In § 8 Abs. 4 S. 3 TzBfG nennt das Gesetz selbst beispielhaft als Gründe für eine Ablehnung: wesentliche Beeinträchtigung der Organisation, des Arbeitsablaufes oder der Sicherheit im Betrieb oder die Verursachung erheblicher zusätzlicher Kosten.

Bezüglich der vom Arbeitnehmer gewünschten **neuen zeitlichen Lage der verringerten Arbeitszeit** hat das BAG (vgl. BB 2003, 2629 ff) den Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers zwischenzeitlich präzisiert: Danach kann ein Arbeitgeber eine Ablehnung nicht alleine mit einer abweichenden unternehmerischen Vorstellung von „richtiger Arbeitszeitverteilung“ begründen. Er hat vielmehr eine dreistufige Prüfungsfolge zu beachten:

- Zunächst ist festzustellen, ob überhaupt und wenn ja, welches betriebliche Organisationskonzept der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung zugrunde liegt.
- Im zweiten Schritt ist sodann zu prüfen, inwieweit diese allgemeine Arbeitszeitregelung tatsächlich dem individuellen Arbeitszeitwunsch des Arbeitnehmers entgegensteht. Dabei ist zu untersuchen, ob eine dem Arbeitgeber zumutbare Änderung betrieblicher Abläufe oder des Personaleinsatzes unter Wahrung seines Organisationskonzepts mit der vom Arbeitnehmer gewünschten neuen zeitlichen Lage seiner verringerten Arbeitszeit zur Deckung gebracht werden kann.
- Sofern das Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers nicht mit dem Organisationskonzept in Einklang gebracht werden kann, ist in einem dritten Schritt das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe zu untersuchen: Sofern die vom Arbeitnehmer gewünschte Abweichung betriebliche Belange oder das betriebliche Organisationskonzept und die ihm zugrunde liegende unternehmerischen Aufgabenstellung wesentlich beeinträchtigt, kann der Arbeitgeber den Abänderungswunsch ablehnen.

#### **5.1.4 Rückkehr zur Vollzeitarbeit**

Umgekehrt hat ein Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den **Wunsch nach einer Verlängerung** seiner Arbeitszeit angezeigt hat, bevorzugt bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung zu berücksichtigen, sofern keine dringenden betrieblichen Gründe oder konkurrierende Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitbeschäftigter entgegenstehen, § 9 TzBfG.

#### **5.2 Befristete und bedingte Arbeitsverträge**

Es ist erklärtes arbeitspolitisches Ziel, dass Arbeitsverhältnisse unbefristet eingegangen werden. Andererseits gibt es sowohl aus Arbeitgebersicht als auch -eingeschränkter- aus Arbeitnehmersicht Gründe, ein Arbeitsverhältnis nur für einen absehbaren Zeitraum einzugehen.

**Bsp(e):** Probearbeitsverhältnis; Aushilfs- oder Saisonarbeitsverhältnisse; Vertretung eines zeitweise verhinderten Arbeitnehmers; Sonderaufgaben von begrenzter Dauer, wie Mitarbeit an einem Projekt oder auf einer bestimmten Baustelle; Beendigung der Mitarbeit durch den Abschluss der Liquidation des Unternehmens.

Demgemäß erklärt § 14 TzBfG die Befristung eines Arbeitsvertrages unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig. Die „Befristung“ i.S.d. TzBfG kann dabei auf zweierlei Weise erfolgen: zum einen **kalendermäßig befristet** und zum anderen **zweckbefristet** (z.B. bis zum Abschluss eines bestimmten Projekts), § 620 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 3 Abs. 1; 14 ff TzBfG. Für beide Formen bestimmt § 4 Abs. 2 TzBfG, dass der Arbeitnehmer nicht schlechter behandelt werden darf als ein vergleichbar unbefristeter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

Eine zeitliche Beschränkung oder eine Zweckbefristung sind nach § 14 Abs. 1 TzBfG nur zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sind. Als Rechtfertigungsgründe nennt § 14 Abs. 1 TzBfG nicht abschließend folgende Gründe:

- lediglich vorübergehender betrieblicher Bedarf;
- Befristung im Anschluss an eine Ausbildung, um den Übergang in ein Anschlussbeschäftigungsverhältnis zu ermöglichen;
- vertretungsweise Beschäftigung für einen fehlenden Arbeitnehmer;
- die Befristung ergibt sich aus der Eigenart der Arbeitsleistung (z. B. Kranken- oder Gebrechlichkeitspfleger);
- Probearbeitsverhältnis;
- der Arbeitnehmer wird aus Haushaltsmitteln vergütet, die nur für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind oder
- die Befristung beruht auf einem gerichtlichen Vergleich.

Als erste wichtige Ausnahme von § 14 Abs. 1 TzBfG bestimmt dessen Abs. 2, dass eine kalendermäßige **Befristung von bis zu zwei Jahren** auch ohne Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes zulässig ist. Bis zu dieser Grenze ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines Arbeitsverhältnisses möglich. Eine zweite bedeutsame Ausnahme ergibt sich aus Abs. 2a: bei Unternehmensneugründungen ist eine Befristung ohne Vorliegen sachlicher Gründe bis **zu vier Jahren** (auch im Wege mehrfacher Verlängerung) zulässig.

Die zeitliche Beschränkung oder die Zweckbefristung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform, § 14 Abs. 1 TzBfG. Ist die Befristung oder Bedingung unwirksam, gilt der Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, § 16 TzBfG.



Durch eine zeitliche Befristung bzw. eine auflösende Bedingung (i.S.d. § 158 Abs. 2 BGB) dürfen außerdem **keine zwingenden Bestimmungen des Kündigungsschutzes** und das **Mitwirkungsrecht des Betriebsrates bei Kündigungen** (§ 102 BetrVG) umgangen werden.

Eine Vereinbarung, wonach eine Vertragsverletzung eine **auflösende Bedingung** darstellt, ist dementsprechend unzulässig, weil dadurch der Kündigungsschutz umgangen würde. So ist z.B. eine Vertragsklausel, wonach der Vertrag endet, wenn der Arbeitnehmer mehrfach verspätet erscheint oder zu spät vom Urlaub zurückkehrt, eine Umgehung des Kündigungsschutzes und damit als auflösende Bedingung unwirksam. Unzulässig sind auflösende Bedingungen auch dann, wenn durch sie das Unternehmerisiko auf den Arbeitnehmer überwältigt werden soll. So ist z.B. eine Klausel, wonach ein Arbeitsverhältnis endet, wenn Kurzarbeit eingeführt wird oder Umsatz oder Auftragslage rückläufig sind, ebenfalls unzulässig. Zulässig ist hingegen die Vereinbarung einer vorläufigen Einstellung unter dem Vorbehalt der späteren Feststellung der gesundheitlichen Eignung des Arbeitnehmers. Zulässig ist ebenfalls eine Klausel, wonach das Arbeitsverhältnis mit Beginn des Rentenalters endet.

Auch die **zeitliche Befristung** von Arbeitsverträgen darf zu keiner Umgehung von zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen führen und es muss ein sachlicher Grund für die Beschränkung vorliegen. Die Befristung einer Aufenthaltserlaubnis stellt z.B. dann einen sachlichen Grund für die Befristung des Arbeitsvertrages dar, wenn mit ihrer Verlängerung nicht zu rechnen ist (BAG MDR 2000, 771). Der sachliche Grund und die zulässige Dauer der Befristung können sich für den Einzelfall auch aus dem TzBfG, dem BErzGG, dem Hochschulrahmengesetz, dem AÜG oder aus einem Tarifvertrag ergeben.

Ist ein Arbeitsverhältnis auf eine bestimmte Zeit eingegangen, so endet es mit dem **Fristablauf**, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Ist ein Arbeitsverhältnis sachlich bedingt, endet es mit **Zweckerreichung** (ausführlicher zum Vertragsende eines befristeten oder bedingten Arbeitsvertrages vgl. Meub, AR, § 11, Zif. 2.6.).

## 6. Die Vereinbarung einer Probezeit

Eine Probezeit gibt einerseits dem Arbeitgeber die Möglichkeit, die fachliche Eignung und Leistungsfähigkeit eines Arbeitnehmers kennen zu lernen und andererseits dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, zu testen, ob ihm die Tätigkeit und sozialen Rahmengesamtheiten beim Arbeitgeber zusagen.

Die Probezeit setzt eine besondere Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien voraus. Eine gesetzliche Festlegung über die Dauer eines Probeverhältnisses besteht nicht. Nach der Rspr. ergibt sich die höchstzulässige Zeitdauer der Probezeit aus der Art der Tätigkeit, wobei die Berufs- und Branchenüblichkeit zu berücksichtigen ist. Je höherwertiger die Tätigkeit, desto länger muss es dem Arbeitgeber zugestanden werden, sich ein Bild von dem neuen Arbeitnehmer machen zu können. Die Dauer von sechs Monaten sollte jedoch nicht überschritten werden. Längere Probezeiten

werden von der Rspr. nur ausnahmsweise und wenn besondere Anforderungen der Arbeitsstelle dies rechtfertigen hingenommen.

**Bsp.:** Lehrer (an Privatschulen).

Ausgehend vom Grundsatz der Vertragsfreiheit bestehen für die Ausgestaltung eines Probearbeitsverhältnisses zwei unterschiedliche Möglichkeiten:

- Das Arbeitsverhältnis kann für die vorgesehene Zeitdauer der Probezeit befristet werden. In diesem Fall endet das Arbeitsverhältnis automatisch mit dem Ablauf der vereinbarten Frist, es sei denn, die Parteien vereinbaren, dass das Probearbeitsverhältnis verlängert wird. Üblicherweise vereinbaren die Vertragsparteien jedoch im Anschluss an das beendete Probearbeitsverhältnis ein reguläres Arbeitsverhältnis.
- Andererseits kann auch am Anfang eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses eine Probezeit vereinbart werden. In diesem Fall geht das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der vereinbarten Probezeit in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis über.

Der Vorteil der Vereinbarung einer Probezeit liegt auch in der Verringerung der Mindestkündigungsfristen: Nach § 622 Abs. 3 BGB kann ein Probearbeitsverhältnis beiderseits mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.