

Arbeitspapier 2

Begründung des Arbeitsverhältnisses

Examensrelevanz:

Um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen zu können, muss dieses wirksam begründet sein. In der arbeitsrechtlichen Klausur muss daher u. U. der Bestand des Arbeitsvertrages inzident geprüft werden. Dabei ist auf die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften und Grundsätze zurückzugreifen, soweit keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten bestehen. In seltenen Fällen wird das Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes begründet (Bsp.: § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG).

Möglich sind auch Ansprüche aus einem fehlerhaften Arbeitsverhältnis.

Ergänzend können Ansprüche aus vorvertraglichen Verhandlungen oder wegen Diskriminierung im Einstellungsverfahren in Betracht kommen.

A. Vertragsschluss

Arbeitsverträge kommen durch Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages zustande.

Ausnahmen: Arbeitsvertrag kraft Fiktion - § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG; Arbeitsvertrag durch einseitige Erklärung - § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG (Weiterbeschäftigungsverlangen Auszubildender).

I. Vertragsfreiheit

1. Abschlussfreiheit

Beim Abschluss des Arbeitsvertrages gilt wie im übrigen Privatrecht Abschlussfreiheit. D.h., die Parteien können selbst bestimmen, ob und mit wem der Arbeitsvertrag geschlossen wird; § 105 Satz 1 GewO stellt dies ausdrücklich klar. Die Abschlussfreiheit unterliegt im Arbeitsrecht jedoch einigen Einschränkungen.

a) Einstellungsgebote

vgl. § 15 AGG, § 154 SGB IX

Missachtung führt nicht zu einem Einstellungsanspruch des Abgewiesenen, sondern nur zu Schadensersatzansprüchen bzw. Bußgeldern oder Ausgleichsabgaben (s. § 15 Abs. 6 AGG).

b) Abschlussverbote

§§ 5 Abs. 1, 7 Abs. 1 JArbSchG zum Schutz von Kindern und Jugendlichen; Arbeitsverhältnisse, die gegen diese Normen verstoßen, sind gemäß § 134 BGB nichtig.

Keine Abschlussverbote enthalten die §§ 3 ff. MuSchG, sie verbieten lediglich die konkrete Beschäftigung der werdenden Mutter; ein Verstoß berührt nicht die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages.

2. Inhaltliche Gestaltungsfreiheit

Grundsätzlich können die Arbeitsvertragsparteien den Inhalt des Arbeitsvertrags frei festlegen (§ 105 Satz 1 GewO). Die Inhaltsfreiheit ist jedoch durch Gesetzesrecht und Tarifverträge vielfältig eingeschränkt.

Beispiel: § 138 BGB, § 12 BBiG, ArbZG, JArbSchG, SGB IX.

Für **gleichlautende Regelungen** in mehreren Arbeitsverträgen mit verschiedenen Betriebsangehörigen (sog. Einheitsarbeitsverträge oder Einheitsregelungen) gelten die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen, s. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB. Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind jedoch die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen, § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB (exemplarisch für Vertragsstrafen BAG 4.3.2004 AP BGB § 309 Nr. 3). Damit unterliegen auch Klauseln in Einheitsarbeitsverträgen der **Inhaltskontrolle** nach den §§ 307 ff. BGB. Zu beachten ist, dass § 305 Abs. 2 und 3 BGB keine Anwendung findet, so dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur durch Einigung der Vertragsparteien (§§ 145 ff. BGB) Bestandteil des Arbeitsvertrags werden.

Nach der Rspr. des BAG (25.5.2005 AP BGB § 310 Nr. 1) findet **§ 310 Abs. 3 BGB** auch auf Arbeitsverträge Anwendung, da diese den Arbeitnehmer als „Verbraucher“ qualifiziert. Dies bedeutet:

- Einheitliche Arbeitsbedingungen gelten als vom Unternehmer (= Arbeitgeber) gestellt (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB)
- Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB auch dann, wenn die vom Arbeitgeber vorformulierten Vertragsbedingungen nur zur **einmaligen Verwendung** bestimmt sind (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB) und
- bei der Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung sind auch die Begleitumstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen (§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB).

Klausurhinweis: Bei der Falllösung bildet die konkrete Regelung im Arbeitsvertrag regelmäßig die Anspruchsgrundlage; in der Klausur kann der zu prüfende Anspruch auf § 105 Satz 1 GewO i. V. mit dem Arbeitsvertrag gestützt werden. Als rechtsvernichtende Einwendung ist sodann zu prüfen, ob die Vertragsbestimmung im Widerspruch zu höherrangigem zwingenden Recht steht (Bsp. Gesetz oder TV); bei Formulararbeitsverträgen schließt sich eine Prüfung der §§ 307 ff. BGB an (siehe dazu Arbeitspapier 3). Der Obersatz hierfür lautet: § x des Arbeitsvertrages ist nach § 309 BGB (bzw. § 308 BGB oder § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) unwirksam, wenn...

II. Einigung

Für die Einigung gelten die allgemeinen Vorschriften über das Zustandekommen von Verträgen (§§ 145 ff. BGB), die Regeln über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) sowie zur Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB). Bei beschränkt Geschäftsfähigen ist § 113 BGB zu beachten.

1. Inhalt

§ 105 Satz 1 GewO: Einigung über die zu erbringende Arbeitsleistung, den Zeitpunkt des Arbeitsbeginns und die Vergütung (bei fehlender Vergütungsabrede gilt § 612 BGB).

Vertragliche Einheitsregelungen unterliegen der Inhaltskontrolle gemäß den §§ 307 ff. BGB (siehe I.2. sowie Arbeitspapier 3).

2. Form

Grundsätzlich besteht für den Arbeitsvertrag Formfreiheit.

Ausnahmen:

a) Vereinbarung der Vertragsparteien (§ 127 BGB) bzw. **Schriftformklausel in Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung**

- Auslegung, ob konstitutiv (Nichtbeachtung führt zur Nichtigkeit gemäß § 125 Satz 1 bzw. 2 BGB) oder deklaratorisch (Nichtbeachtung hat keine Auswirkung auf Wirksamkeit des Vertrags).
- Regelmäßig dient der Formzwang als Maßnahme des Arbeitnehmerschutzes nur Beweis Zwecken → deklaratorisch.

b) Gemäß § 2 Abs. 1 NachweisG hat der AG die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen (s. auch § 105 Satz 2 GewO). Da die Niederschrift dem AN als Beweismittel dienen soll, führt ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 NachweisG nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrags. Entsprechendes gilt nach § 11 Abs. 1, 2 BBiG für Berufsausbildungsverträge. Durch Aushändigung eines schriftlichen Arbeitsvertrages kann die Verpflichtung zur Aushändigung eines gesonderten Arbeitsnachweises u.U. entfallen (s. § 2 Abs. 4 NachweisG).

c) Gemäß § 14 Abs. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) bedarf nur die Befristungsabrede im Arbeitsvertrag der Schriftform, der Vertragsschluss an sich ist formfrei möglich. Genügt die Befristungsabrede nicht der Schriftform, gilt das Arbeitsverhältnis als für unbestimmte Zeit geschlossen, § 16 Satz 1 TzBfG. Wichtig: Der Schriftform nach § 14 Abs. 4 TzBfG muss zu Beginn der Arbeitsaufnahme entsprochen worden sein (BAG 1.12.2004 AP TzBfG § 14 Nr. 15).

B. Arbeitgeberwechsel kraft Gesetzes

Aufgrund bestimmter Vorschriften (§§ 613a, 1922 BGB) kann an die Stelle des ursprünglichen AG eine andere Person treten, dabei handelt es sich um kein Zustandekommen des Arbeitsvertrages kraft Gesetzes, sondern lediglich um einen kraft Gesetzes eintretenden Gläubiger-/Schuldnerwechsel. Das Arbeitsverhältnis geht nicht über, sondern eine andere Person tritt in das Arbeitsverhältnis ein. Dogmatisch falsch deshalb § 613a Abs. 6 BGB („Übergang des Arbeitsverhältnisses“); richtig demgegenüber § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB („tritt dieser in die Rechte und Pflichten...ein“).

C. Unwirksamkeit und Nichtigkeit

I. Unwirksamkeits- und Nichtigkeitsgründe

Beispiel: §§ 105, 107, 116 Satz 2, 117 Abs. 1, 118, 125, 134, 142 Abs. 1, 177 BGB.

Beachte: Nach § 139 BGB ist das gesamte Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn auch nur ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig ist, sofern nicht etwas anderes anzunehmen ist. Soweit die Norm, gegen die verstoßen wurde, dem Arbeitnehmerschutz dient, folgt aus deren Zweck, dass nur der nichtige Teil, nicht aber der gesamte Arbeitsvertrag nach § 139 BGB nichtig ist. An die Stelle des nichtigen Teils tritt die gesetzliche oder tarifliche Regelung.

Beispiel: Bei Lohnwucher (§ 138 Abs. 2 BGB) ist im Interesse des AN nur die Bestimmung zur Vergütungshöhe nichtig. Gemäß § 612 Abs. 2 BGB gilt der übliche Lohn als vereinbart.

Ein Verstoß gegen Regelungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen hat wegen der gesetzesähnlichen Wirkung (unmittelbar und zwingend; s. Art. 2 EGBGB) ebenfalls die Nichtigkeit der jeweiligen Vertragsbestimmung nach § 134 BGB zur Folge.

II. Insbesondere: Nichtigkeit der WE infolge Anfechtung (§ 142 BGB)

1. Anfechtungsgrund

Die zum Arbeitsvertrag führende WE ist bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes (§§ 119, 120, 123 BGB) anfechtbar. Folgende Anfechtungsgründe sind im Arbeitsrecht relevant:

- **§ 119 Abs. 2 BGB** „Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Person“

Ob eine Eigenschaft verkehrswesentlich ist, richtet sich nach dem Inhalt des konkreten Arbeitsvertrags, insbesondere der zu erbringenden Arbeitsleistung.

Beispiel: Ausbildung, Gesundheit, fachliche Fähigkeiten, Zuverlässigkeit; mangels Dauerhaftigkeit stellt eine Schwangerschaft in der Regel keine verkehrswesentliche Eigenschaft dar (Ausnahme: Befristung des Arbeitsvertrages umfasst den gesamten Zeitraum der Schwangerschaft).

- **§ 123 Abs. 1 BGB** arglistige Täuschung

Täuschungshandlung

Die Täuschung kann durch positives Tun (Falschbeantwortung einer Frage) oder durch Verschweigen offenbarungspflichtiger Tatsachen erfolgen. Offenbarungspflichtig sind nur solche Tatsachen, die die Erfüllung der Leistungspflicht unmöglich machen oder sonst für den zu besetzenden Arbeitsplatz von entscheidender Bedeutung sind, z.B. Umstände, die das typische Risiko eines Arbeitsverhältnisses überschreiten.

Beispiel: Offenbarungspflicht des AN: Schwangerschaft bei einer Tänzerin, laufendes Verfahren über Entzug der Fahrerlaubnis bei Kraftfahrern; **Offenbarungspflicht des AG:** drohende Zahlungsunfähigkeit, bevorstehender Wegfall des Arbeitsplatzes.

Kausalität

Der durch die Täuschung hervorgerufene bzw. aufrecht erhaltene **Irrtum** muss für Abgabe der Willenserklärung **kausal** gewesen sein.

Widerrechtlichkeit

Die unrichtige Beantwortung einer unzulässigen Frage ist nicht widerrechtlich (BAG 5.10.1995 AP BGB § 123 Nr. 40). Zulässig sind nur Fragen nach Umständen, die in ausreichend engem Zusammenhang zum beabsichtigten Arbeitsverhältnis stehen und der AG deshalb ein berechtigtes Informationsinteresse hat (s. § 26 BDSG). Eine Frage ist grundsätzlich dann unzulässig, wenn die Beantwortung keine Aussage über die fachliche oder persönliche Eignung für die konkrete Arbeitsstelle erlaubt.

Beispiel: Zulässig sind Fragen nach der beruflichen Qualifikation und der bisher ausgeübten beruflichen Tätigkeit sowie nach der Schwerbehinderteneigenschaft (umstritten). Fragen nach gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Vorstrafen sind nur zulässig bei ausreichendem Arbeitsplatzbezug. **Unzulässig** ist die Fragen nach der Gewerkschafts-, Partei- oder Konfessionszugehörigkeit, weil ein sachlicher Zusammenhang zur Arbeitsleistung nicht besteht (außer bei Beschäftigung bei Gewerkschaft, Partei, Kirche) sowie die Frage nach der Schwangerschaft (umstritten, hierzu zuletzt BAG 6.2.2003 AP BGB § 611a Nr. 21). Siehe vertiefend *Preis* Erfurter Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 611 BGB Rn. 271 ff.

Arglist

Ist gegeben, wenn der Täuschende die Unrichtigkeit seiner Angaben kennt und zumindest billigend in Kauf nimmt, die Täuschung könne den Erklärungsempfänger beeinflussen.

2. Anfechtungsfrist

§ 121 Abs. 1 BGB – unverzüglich: höchstens zwei Wochen ab Kenntniserlangung (bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „unverzüglich“ ist die Wertung des § 626 Abs. 2 BGB heranzuziehen; BAG 14.12.1979 AP BGB § 119 Nr. 4, umstr.)

§ 124 Abs. 1 BGB – innerhalb eines Jahres ab Entdeckung der Täuschung

3. Rechtsfolge der Anfechtung

Gemäß § 142 Abs. 1 BGB ist das angefochtene Rechtsgeschäft (WE) von Anfang an nichtig; Nichtigkeit der WE führt dazu, dass konstitutives Element für Vertragsschluss fehlt. Das gilt auch für ein noch nicht in Vollzug gesetztes Arbeitsverhältnis. Wegen der mit der Rückabwicklung nach § 812 BGB verbundenen Schwierigkeiten, wenn der AN die Arbeitsleistung bereits erbracht hat, ist ein in Vollzug gesetztes Arbeitsverhältnis nur mit Wirkung für die Zukunft nichtig (teleologische Reduktion des § 142 Abs. 1 BGB). Die Nichtigkeit tritt erst mit Zugang der Anfechtungserklärung ein. Wurde der Leistungsaustausch bereits vorher beendet (z. Bsp. infolge Krankheit, Freistellung von der Arbeitspflicht), wirkt die Anfechtung ab diesem Zeitpunkt; mangels Abwicklungsschwierigkeiten ist eine weitergehende Einschränkung des § 142 Abs. 1 BGB in diesem Fall nicht gerechtfertigt (BAG 3.12.1998 AP BGB § 123 Nr. 49).

4. Verhältnis zur Kündigung

Die Anfechtung ist neben der Kündigung möglich. Liegen neben den Voraussetzungen einer

Anfechtung auch die einer Kündigung vor, so kann der Inhaber der Gestaltungsrechte wählen, ob er anfechten oder kündigen will. Umgekehrt schließt ein besonderer Kündigungsschutz (z.B. § 17 MuSchG) die Anfechtung nicht aus.

D. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis

In den Fällen eines unwirksamen/nichtigen Arbeitsvertrages, in denen der „Arbeitnehmer“ bereits eine Arbeitsleistung erbracht hat, soll der AN insbesondere wegen § 818 Abs. 3 BGB (Einwand der Entreicherung des AG) nicht auf eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses angewiesen sein. Eine Rückabwicklung findet daher nicht statt. Unter bestimmten Voraussetzungen besteht ein sog. fehlerhaftes Arbeitsverhältnis, das für die Vergangenheit die Ansprüche gewährt, die bei einem wirksamen Zustandekommen des Vertrages bestünden.

1. Voraussetzungen

a) Fehlerhafter Arbeitsvertrag

Beispiel: Gemäß §§ 125, 134, 138 BGB nichtiger Arbeitsvertrag; Arbeitsvertrag, der durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen wurde und mangels Genehmigung unwirksam ist (§§ 177 Abs. 1, 179 Abs. 1 BGB); versteckter Dissens (§ 155 BGB); Geschäftsunfähigkeit (§§ 104 f. BGB) bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit (§§ 107 f. BGB) von AN oder AG.

b) Mit Aufnahme der Arbeit durch den AG freiwillig in Vollzug gesetzt

c) Keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Belange, die der Annahme eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses entgegenstehen

Beispiel: Ein Minderjähriger, der aufgrund eines fehlerhaften Arbeitsvertrages eine Arbeitsleistung erbracht hat, kann zwar aus den Grundsätzen des fehlerhaften Vertrags die Vergütung beanspruchen. Schadensersatzansprüche des „Arbeitgebers“ wegen mangelhafter Arbeit scheiden aber im Interesse des Minderjährigenschutzes aus.

2. Rechtsfolge

Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis wird für die Vergangenheit wie ein reguläres Arbeitsverhältnis behandelt → Ansprüche aus dem fehlerhaften Arbeitsverhältnis (Beschäftigte hat gegen den „Arbeitgeber“ alle Ansprüche, die er auch bei einem wirksam zustande gekommenen Arbeitsverhältnis hätte).

Sofortige Aufhebung des faktischen Arbeitsverhältnisses durch einseitige Erklärung möglich; Kündigung ist nicht erforderlich, so dass Kündigungsbeschränkungen nicht zu beachten sind.

E. Vorvertragliche Verhandlungen

I. Ansprüche wegen Nebenpflichtverletzungen, § 280 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB

AG und AN müssen unaufgefordert alle Umstände wahrheitsgemäß darlegen, die für das künftige Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Erfüllbarkeit der Leistungspflicht wesentlich

sind (Offenbarungspflicht). Den AG trifft zusätzlich eine Obhutspflicht hinsichtlich der übergebenen Bewerbungsunterlagen sowie eine Schweigepflicht hinsichtlich der übermittelten Daten (§§ 1 Abs. 2 Nr. 3, 26 ff. BDSG). Bei Verletzung einer dieser Pflichten steht dem anderen Teil unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 i. V. mit §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB ein Anspruch auf Schadensersatz zu.

II. Ersatz der Vorstellungskosten

AN hat Anspruch auf Ersatz von Vorstellungskosten gemäß §§ 662, 670 BGB, sofern die Vorstellung auf Verlangen des AG stattgefunden hat.

III. Anspruch auf Schadensersatz wegen Diskriminierung

Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG (Bewerber darf nicht wegen Gewerkschaftszugehörigkeit abgelehnt werden; aufgrund unmittelbarer Drittwirkung ist Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB) - Anspruchsgrundlage für Schadensersatz: § 823 Abs. 2 BGB.

§ 7 AGG (Bewerber darf nicht wegen seiner Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen Anschauung oder seines Geschlechts benachteiligt werden) - Anspruchsgrundlage für Schadensersatz: § 15 AGG.

Der Anspruch auf Schadensersatz kann auch eine Entschädigung für **immaterielle Beeinträchtigungen** umfassen (§ 15 Abs. 2 Satz 1 AGG).

Prüfungsschema (Anspruch aus § 15 Abs. 1, 2 AGG)

- I. Verstoß gegen § 7 AGG bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses
 1. Unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung (§ 3 AGG)
 2. Bei Begründung eines Arbeitsverhältnisses
 3. Keine sachliche Rechtfertigung der Diskriminierung (§§ 8 bis 10 AGG); Beweislast für sachliche Rechtfertigung bei AG
 4. Verschulden nicht erforderlich, objektive Diskriminierung ausreichend, aber evtl. Entlastung (§ 15 Abs. 1 Satz 2 AGG)
 5. Benachteiligung
 6. Kausalität der Diskriminierung für Benachteiligung (fehlt bei objektiv ungeeigneten Bewerbern und nicht ernsthaften Bewerbungen; Beweislast liegt bei AG)
- II. Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs
 1. Gegenüber AG
 2. Schriftform (§ 15 Abs. 4 Satz 1 AGG)
 3. Frist (§ 15 Abs. 4 AGG)
 4. Rechtzeitige gerichtliche Geltendmachung (§ 61b Abs. 1 ArbGG)

III. Anspruchshöhe

1. Für Bewerber, der ohne Diskriminierung eingestellt worden wäre (§ 15 Abs. 1 AGG); Beweislast trägt Bewerber:
 - a) Kein Einstellungsanspruch (§ 15 Abs. 6 AGG)
 - b) Entschädigungsanspruch ohne summenmäßige Begrenzung in angemessener Höhe (zu berücksichtigen sind immaterielle und materielle Schäden)
2. Für sonstige Bewerber (§ 15 Abs. 2 Satz 2 AGG): maximal drei Monatsverdienste

Kontrollfragen

1. Welche Rechtsnatur haben Formvorschriften zum Abschluss eines Arbeitsvertrages in Tarifverträgen in der Regel und warum?
2. In welchen Fällen muss ein Bewerber gegenüber seinem potentiellen AG ungefragt Auskunft erteilen? Was kann der AG bei Verschweigen solcher Tatsachen tun?
3. Welchen Zweck verfolgen die Grundsätze vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis? Nennen sie Voraussetzungen und Rechtsfolgen?

Fall 2: O bewirbt sich beim Malerbetrieb „Flinke Pinsel“ als Verputzer. Im Vorstellungsgespräch beantwortet er die Frage des Malermeisters M, der zugleich Inhaber des Malerbetriebs ist, nach einer Schwerbehinderung mit „nein“. Tatsächlich ist er seit einigen Jahren als Schwerbehinderter mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 60 anerkannt. O wird zum 25.8.2019 als Verputzer eingestellt. Die Arbeit strengt ihn körperlich so an, dass er in der Zeit vom 18.10. - 29.10.2019 arbeitsunfähig erkrankt. Als er am 30.10.2019 wieder am Arbeitsplatz erscheint, erklärt er gegenüber M, dass ihm die Arbeit aufgrund seiner Behinderung zu schwer sei und er deshalb fristlos kündige. Als er für Oktober nur das Gehalt bis zum 17.10.2019 erhält, verlangt er vom Malerbetrieb Fortzahlung des Entgelts für die Zeit seiner Erkrankung. M lehnt die Zahlung ab, weil O sich das Arbeitsverhältnis erschlichen habe.

Hat O einen Anspruch auf Zahlung des Entgelts für die Zeit vom 18.10. - 29.10.2019?