

D. Begründung von Arbeitsverhältnissen

I. Grundlagen

1. Arbeitnehmer

Das Gesetz verwendet den Begriff Arbeitnehmer ständig, ohne den Begriff jedoch zu definieren. Die Rechtsprechung hat folgende Definition entwickelt:

„Arbeitnehmer ist, wer aufgrund einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet wird.“

Ein privatrechtlicher Vertrag liegt vor, wenn sich AN und AG auf einen Arbeitsvertrag gem. § 611 a BGB einigen.

Für die Abgrenzung zu einem freien Mitarbeiter ist nicht die wirtschaftliche Abhängigkeit entscheidend, sondern die persönliche Abhängigkeit. **Persönlich abhängig** ist:

- wer nach Weisungen arbeitet;d.h. die Ausübung der Tätigkeit wird vom AG nach Art der Tätigkeit, Ort und Zeit bestimmt
- der AN ist persönlich zur Leistung verpflichtet

Die früher vorgenommene Unterscheidung zwischen Arbeiter und Angestellte spielt heute keine Rolle mehr. Hier liegt nunmehr eine Gleichbehandlung vor.

2. Arbeitsvertrag

Im Arbeitsvertrag werden die vereinbarten Beziehungen zwischen AN und AG festgelegt.

Eine gesetzliche **Legaldefinition des Arbeitsvertrages** und somit ein Hinweis wann ein Arbeitsverhältnis vorliegt,gibt es erst seit dem 28.2.2017 mit der Einfügung des § 611 a in das BGB. Eine Abgrenzung zum Begriff des Arbeitsvertrages findet sich in § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB. Danach ist selbständiger **Handelsvertreter**, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Daraus lässt sich rückschließen, dass derjenige, der seine Tätigkeit nicht frei gestalten und seine Arbeitszeit nicht frei bestimmen kann, in der Regel Arbeitnehmer ist. Diese Abgrenzungsmerkmale gelten für das gesamte Arbeitsrecht.

3. Freie Mitarbeiter. Abgrenzungsschwierigkeiten gibt es insbesondere zu den sog. **freien Mitarbeitern** (z. B. bei Journalisten, Rechtsanwälten, Sportlern u. ä.). Wesentliche Gesichtspunkte für ein Abhängigkeitsverhältnis und damit für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sind die „**Weisungsgebundenheit**“, die Vorgabe hinsichtlich der Arbeitszeit (**„Fremdbestimmtheit“**), die zur

Verfügung gestellten Arbeitsmittel, die Regelung der Urlaubsfrage, die wirtschaftliche Abhängigkeit sowie die „**Festlegung des Arbeitsortes**“. Immer dann, wenn nach den vorgenannten Kriterien von einer Abhängigkeit der einen Vertragspartei auszugehen ist, wird ein Arbeitsverhältnis vorliegen.

Abgrenzungsprobleme gibt es auch bei Tätigkeiten auf vereinsrechtlicher Grundlage (§ 58 Abs. 2 BGB). Das BAG verneint in ständiger Rechtsprechung die Arbeitnehmereigenschaft für die DRK Schwestern (BAG 1 ABR 98/74) Nach Auffassung des BAG handelt es sich stehen den Schwestern nicht um ein Arbeitsverhältnis, weil die Tätigkeit durch die Satzung der Schwesternschaft bestimmt wird und die Beweggründe der Schwestern karitativer Art sind.

Die Rechtsprechung ist höchst umstritten und in der Literatur wird die Frage gestellt, ob Rechtsprechung mit EU-Recht vereinbar ist.

4. Leitende Angestellte sind rechtlich Arbeitnehmer. Sie nehmen aber eine Sonderstellung in der betrieblichen Hierarchie ein. De facto erfüllen sie Aufgaben des Arbeitgebers. Sie sind deshalb vom Kündigungsschutz gem. **§ 14 Abs. 2 KSchG** ausgenommen. Dürfen sich nicht an der Wahl des Betriebsrates gem. § 5 Abs. 3 BetrVG beteiligen und das ArbZG findet gem. § 18 ArbZG keine Anwendung. Organmitglieder juristischer Personen, z.B. GmbH, AG sind keine Arbeitnehmer

Der unionsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers kann vom deutschen Recht abweichen. Hierzu siehe EuGH 1.10.2015, C 432-14 in der Danosa Entscheidung. In dieser Entscheidung ging es darum, dass ein Geschäftsführer einer GmbH, also ein Organ einer juristischen Person, als Arbeitnehmer eingestuft. Der AN Begriff des EuGH umfasst auch Beamte und freie Mitarbeiter.

5. Der Betrieb

Der Betrieb ist die zentrale Begriff für die organisatorische Einheit im Arbeitsrecht. An ihm orientiert sich das Kündigungs- und das Betriebsverfassungsgericht. Es ist deshalb wichtig zu klären in welchem Betrieb der Arbeitnehmer beschäftigt ist. Der Begriff ist jedoch nicht gesetzlich bestimmt. Nach dem BAG ist ein **Betrieb** gem. § 1 BetrVG : „eine organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeitgeber zusammen mit den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt“. (so BAG 13.2.2013, 7 ABR 36/11) Ein typisches Beispiel für eine richterliche Rechtsfortbildung, weil der Gesetzgeber dies nicht regelt.

Der Betrieb ist vom Unternehmen und Konzern abzugrenzen.

6. Strukturelle Unterlegenheit.

Die geltende Arbeitsrechtsordnung enthält Regelungen zugunsten der vom Gesetzgeber als schwächer angesehenen Arbeitnehmer. Das Arbeitsrecht geht von einer „**strukturellen Unterlegenheit „ der Arbeitnehmer** aus. Es dient dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers. Dies hat zur Folge, dass die Frage, ob ein

Vertragspartner Arbeitnehmer ist oder ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliegt, von den Vertragsparteien **nicht frei** ausgehandelt werden kann. Wenn die tatsächlichen und sachlichen Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses vorliegen, müssen die sich daran anknüpfenden Rechtsfolgen unabhängig davon eintreten, ob die Parteien das Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis bezeichnet haben oder nicht. Künftig Arbeitsverhältnis = AV.

Würde dieser Grundsatz nicht gelten würde, könnte der Arbeitgeber nach seinem Belieben die zwingenden arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften dadurch umgehen, dass er ein tatsächlich bestehendes Arbeitsverhältnis im Arbeitsvertrag anders bezeichnet. Gegen ein solches Vorgehen könnte sich der Arbeitnehmer in Anbetracht seiner Unterlegenheit nicht zur Wehr setzen. Die zwingenden gesetzlichen Schutzvorschriften wären damit außer Kraft gesetzt. Insoweit liegt ein Arbeitsverhältnis **unabhängig vom Willen** der Parteien immer dann vor, wenn die tatsächlichen und sachlichen Voraussetzungen hierfür gegeben sind.

7. Werkstudenten, Volontäre. Minijobber und Studenten

a. **Werkstudenten.** Sie arbeiten primär nicht um zu lernen, sondern um Geld zu verdienen. Die Beschäftigung findet während der Semesterferien wie auch in der Vorlesungszeit statt. Sie sind deshalb Arbeitnehmer. Sie genießen den Schutz des gesamten Arbeitsrechts. Die Bezeichnung Werkstudent ergibt sich aus § 27 Abs. 4 S.1 SGB III.

Sie sind in der Krankenversicherung der Studenten kranken- und pflegeversichert.

b. **Volontäre.,** z.B. bei einer Zeitung. Wie das Praktikum handelt es sich nicht um ein Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis. Aber auch hier gibt es Abgrenzungsprobleme. Das BAG prüft, ob eine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Erbringung einer Arbeitsleistung besteht oder die Ausbildung im Vordergrund steht.

c. **Student.** Die Höhe des Arbeitsentgelts und die Höhe der wöchentlichen Arbeitszeit entscheidet. Geringfügig ist ein Arbeitsentgelt bis monatlich 450,- € und unter 20 Std. in der Woche. Der AG zahlt in diesem Fall einen Anteil von 13 % zur Kranken- und Rentenversicherung. Der Student hat in der Rentenversicherung einen Beitrag von 3,6 % zu tragen, kann aber auch einen Antrag gegenüber dem AG auf Befreiung stellen.

Ansonsten ist der Student bei einer geringfügigen Beschäftigung als Familienangehöriger in der gesetzlichen Krankenversicherung mitversichert.

d. **Praktikant.** Bei einem Praktikanten steht nicht die Arbeitsleistung, sondern der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen im Vordergrund.

Praktikanten sind deshalb keine AN.

Bitte beachte für die Feststellung, ob ein Praktikum vorliegt § 22 Abs. 1 S 2 und § 3 MiloG.

Bei Praktikum ist genau zu prüfen, ob nicht ein AV vorliegt. Allein der Umstand, dass bei einem Praktikum z.B. während einer Hochschulausbildung eine Vergütung erhält, spricht nicht für ein Arbeitsverhältnis. Wenn jedoch nach Abschluss des Studiums der „nicht mehr Student“ für ein Unternehmen tätig wird, dann liegt i.d.R. ein Arbeitsverhältnis vor.

II. Anbahnung

Mit der Kontaktaufnahme zum Bewerber bestehen bereits Verhaltenspflichten für den Arbeitgeber wie für den Bewerber.

1. Bewerber: Er muss zulässige Fragen wahrheitsgemäß beantworten. Das **Fragerecht** besteht insoweit, als der Arbeitgeber ein berechtigtes, schutzwürdiges Interesse hat.

Konkret sind dies:

- persönliche Angaben
 - fachliche Qualifikation
 - Vorstrafen die im Bundeszentralregister gelöscht sind, brauchen nicht beantwortet zu werden. Bei anhängigen Straf-/Ermittlungsverfahren kommt es auf das Verfahren und auf die Stelle an. Unter Umständen hat der Bewerber eine Offenbarungspflicht, d.h. ohne konkret gefragt worden zu sein. (z.B. eine Arzt, Arzthelferin im Gesundheitswesen)
 - Eine Offenbarungspflicht wird auch dann angenommen, wenn ein vormalige Arbeitgeber in einem Konkurrenzverhältnis zum neuen Arbeitgeber steht und von einem Wettbewerbsverbot ausgegangen wird (z.b. in der IT Branche)
 - Sehr umstritten ist das Fragerecht bei Krankheiten und bei Infektionen (z.B. HIV) . Dem Grunde nach nur dann, wenn ein funktionaler Bezug zum Arbeitsverhältnis besteht. Die Fragen die sich hier stellen sind, ob bestehende Krankheiten und Infektionen dauerhaft ein Hindernis für die Ausübung der Tätigkeit sind. Das Fragerecht ist stark von einer Abwägung und den Grundrechten des Bewerbers aus Art 2 GG (allgemeine Persönlichkeitsrecht) und dem Diskriminierungsverbot gem. Art 3 GG geprägt.
 - Zu den umstrittensten rechtlichen Fragen zählt das **Fragerecht** nach der **Schwangerschaft**. Eine gewisse Klarheit hat eine Entscheidung des EuGH zum Fall eines privaten Arbeitgebers gebracht. (EuGH 4.10.2001, C 109/08 „Tele Danmark“)
- Nach dem EuGH ist die Frage nach der Schwangerschaft eine unzulässige, unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts (§ 7,22 AGG)
- Die Frage nach einer Schwerbehinderung ist gem. § 81 Abs. 2. SGB IX unzulässig.
 - Trotz der beschriebenen Einschränkungen beim Fragerecht, wird dem Arbeitgeber ein tätigkeitsbezogenes Fragerecht zugestanden. Der Arbeitgeber soll dann ein Fragerecht bei Behinderungen/Einschränkungen des Bewerbers haben, wenn die Tätigkeit teilweise oder ganz unmöglich oder wesentlich beeinträchtigt wird.
 - Bei der Bearbeitung von Daten ist das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und die DatenschutzgrundVO zu beachten.

Hieraus folgt: Auf eine unzulässige Frage kann **gelogen** werden!!

Kommt das Arbeitsverhältnis zustande und der Arbeitnehmer hat eine **zulässige Frage unrichtig beantwortet** stehen dem Arbeitgeber folgende Rechte zu:

- Anfechtung des Vertrages gem. § 123 BGB
- Schadensersatzansprüche gem. §§ 823 Abs.2 BGB, 263 STGB

Betrug.

Der Schadensersatzanspruch ist i.d.R auf die Bewerbungskosten und auf die Kosten einer zusätzlichen Bewerbung für die Stelle beschränkt.

2. Arbeitgeber: Der Arbeitgeber hat die Vorstellungskosten zu tragen. Dies sind die **notwendigen** Fahrt-, Verpflegungs- und Übernachtungskosten gem. §§ 662,670 BGB. Bei einer abgelehnten Bewerbung konzentriert sich der Streit bei der Kostenübernahme darauf, ob eine Übernachtung erforderlich war, PKW oder Bahnticket usw.

Die Kostenerstattung kann in der Ausschreibung der Stelle ausgeschlossen werden.

Wird das Arbeitsverhältnis gekündigt hat der Arbeitnehmer gem. § 629 BGB ein Recht auf Freistellung zur Stellensuche. Er behält während diesem Zeitraum den Anspruch auf das Arbeitsentgelt gem. § 616 BGB.

III. Anfechtbarkeit

Wenn einer der vertragsschließenden Parteien sich über wesentliche Umstände des Arbeitsvertrages geirrt oder gar getäuscht wurde, kann er den Arbeitsvertrag gem. §§ 119, 123 BGB anfechten.

Bei der falschen Beantwortung einer Frage im Bewerbungsverfahren muss die Falschbeantwortung jedoch ursächlich für den Vertragsschluss sein (z.B. ich sage ich kann fließend Englisch und das stimmt nicht).

Die Anfechtung hat gem. § 119 BGB unverzüglich, ohne schuldhaftes Verzögern zu erfolgen. Das BAG geht hier von einer 2 Wochen Frist aus.

Die Anfechtung gem. § 123 BGB – arglistige Täuschung- muss innerhalb einer Jahresfrist erfolgen.

Die erfolgreiche Anfechtung hat zur Folge, dass ab dem Zeitpunkt der Anfechtungserklärung kein Arbeitsverhältnis mehr besteht. Das Entgelt ist bis zu diesem Zeitpunkt zu zahlen und die Sozialversicherungsbeiträge müssen entrichtet werden.

IV: Begründung

Das Arbeitsverhältnis kommt i.d. Regel durch Abschluss des Arbeitsvertrages, durch übereinstimmende Willenserklärungen, zustande. Eine Stellenausschreibung ist kein Angebot zum Vertragsschluss.

Ist die Vergütung nicht bestimmt kommt **§ 612 Abs. 2 BGB** zur Anwendung. Es ist die übliche Vergütung der Branche zu zahlen.

Der Arbeitsvertrag kann durch Beauftragung eines Stellvertreters geschlossen werden. Bei juristischen Personen ist dies gem. §§ 164 BGB , 35 Abs. GmbH der Geschäftsführer. Bei Minderjährigen wird der Vertrag gem. § 10 Abs. 3 BbBG vom gesetzlichen Vertreter geschlossen.

Besteht im Betrieb ein Betriebsrat ist dieser „vor“ jeder Einstellung gem. § 99 Abs. BetrVG zu unterrichten. Verweigert der Betriebsrat die Zustimmung muss der Arbeitgeber diese durch das Arbeitsgericht ersetzen lassen

V. Auswahlregeln

1. Soweit es sich um eine Einstellung im **öffentlichen Dienst** handelt greift **Art 33 Abs. GG**. Eingestellt werden muss der bestmögliche Bewerber eingestellt werden. Wird dieser Grundsatz verletzt kann der unterlegene Bewerber einen Einstellungsstop durchsetzen.

2. **Auswahlrichtlinien** nach § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG sind zu beachten und haben in betrieblichen Praxis eine große Bedeutung.

Richtlinien über die Personalauswahl bedürfen gem. § 95 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats.

VI. Formerfordernis nach § 2 Abs. 1 NachwG, § 11 BBiG

1. Die **Schriftform** ist für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses , anders als für die Beendigung nach § 623 BGB, **nicht zwingend vorgeschrieben**. Zwar muss nach § 2 **Abs. 1 NachwG** der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen mitteilen. Allerdings handelt es sich bei der vorgenannten Regelung um eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht zur Unwirksamkeit eines Arbeitsvertrages führt. Insoweit liegt ein Arbeitsverhältnis auch dann vor, wenn es durch tatsächliche Tätigkeit in Vollzug gesetzt wurde.

Ist ein Arbeitsvertrag schriftlich abgeschlossen wird vermutet, dass die Vereinbarungen im Arbeitsvertrag vollständig sind. Wer eine weitergehende mündliche getroffene Vertragsvereinbarung behauptet muss dies darlegen und beweisen. Das gelingt in einem Prozess nur in den wenigsten Fällen.

Ein **Schriftformerfordernis** ergibt sich dagegen nach § 11 BBiG bei Berufsausbildungsverhältnissen. Aufgrund der umfassenden öffentlich-rechtlichen Überlagerungen des Berufsausbildungsverhältnisses (Prüfung durch IHK bzw. Handwerkskammern) ist hier die Schriftform konstitutive Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Berufsausbildungsverhältnisses. Die Formvorschriften im BBiG und im AÜB haben jedoch nur deklaratorische Bedeutung. Die Missachtung hat keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Verträge.

Weiterhin gibt es eine Besonderheit im Befristungsrecht.
Ist die Befristung des Arbeitsvertrages gem. § 14 Abs. 4 TzBfG nicht schriftlich fixiert, wird gem. § 16 Satz 1 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis geschlossen.

2. Nichtigkeit

Arbeitsverträge die gegen ein gesetzliches Verbot Verstoß sind gem. § 134 BGB nichtig.

Bedeutung hat dies bei sog. **Schwarzgeldabreden**. Hier vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien die Arbeitsvergütung ohne Abführung der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen. Dies stellt eine Straftat gem. § 266 a StGB dar. Die Schwarzgeldabrede ist somit nichtig, führt aber nicht dazu, dass das gesamte Arbeitsverhältnis rechtsunwirksam ist. Nach § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV gilt ein Nettolohn als vereinbart.

Verstoßen einzelne Arbeitsbedingungen gem. § 138 Abs. 2 BGB gegen die guten Sitten, z.B. bei einem auffälligem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (Lohnwucher) dann ist die übliche Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB zu zahlen.

§ 1 Abs. 2 Nr. 4 SchwarzArbG enthält ein Verbot zum Abschluss eines Werkvertrages, wenn dieser der Werkvertrag dazu dient die steuerlichen Verpflichtungen nicht zu erfüllen.

3. Eingliederungsverbot

Hat der Betriebsrat gem. § 99 Abs. 1 BetrVG wirksam gegen eine Einstellung widersprochen, dann ist dem Arbeitgeber nicht gestattet den Arbeitnehmer in den Betrieb einzugliedern, d.h. zu beschäftigen.

Für das auf fehlerhafte Vertragsgrundlage vollzogene Arbeitsverhältnis bedeutet dies, dass das Arbeitsverhältnis für die Zeit des tatsächlichen Leistungsvollzug als wirksam behandelt wird. D.h. der Arbeitgeber wird das Arbeitsverhältnis beenden müssen, aber den bis zum Beendigungszeitpunkt vereinbarten Lohn zu zahlen.

4. Begründung kraft Gesetz

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber gem. § 613 a BGB über, dann gehen auch die bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber über. Es handelt sich hierbei um eine **Rechtsnachfolge kraft Gesetz**. Der neue Betriebsinhaber kann das übergegangene Arbeitsverhältnis nicht wegen dem Betriebsübergang kündigen (§ 613 a Abs. 4 BGB). Dem Arbeitnehmer steht jedoch ein Widerspruchsrecht nach § 613 a Abs. 4 BGB zu).

Verfügt der Entleiher gem. § 1 AÜG nicht über die erforderliche Genehmigung, dann kommt ein Vertrag zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer gem. § 9 Nr. 1 AÜG zustande. Das Gesetz arbeitet hier mit einer gesetzlichen Fiktion die nicht abdingbar ist.