

Kompetenz. Wissen. Erfolg.



Arbeits- und Tarifrecht im öffentlichen Dienst

- Grundlagen und Grundbegriffe
- Rechtsträger und Rechtsquellen
- Begründung des Arbeitsverhältnisses
- Durchführung des Arbeitsverhältnisses
- Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- Besondere Beschäftigungsverhältnisse
- Kollektives Arbeitsrecht
- Arbeitsgerichtsverfahren

Ersteller

Rechtsanwalt Markus Kuner,
Jahrgang 1966, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, München

Gegenreferent

Gerhard Brunner,
Jahrgang 1938, Jurist, Ltd. Verwaltungsdirektor a. D., stv. Vorstand der Bayerischen
Verwaltungsschule a. D.

Impressum

Rechtsstand: 1. Januar 2018

Herausgeber:
Bayerische Verwaltungsschule (BVS), Ridlerstraße 75, 80339 München,
Telefon 089/54057-0, info@bvs.de, www.bvs.de

Layout/Satz: FIBO Lichtsatz GmbH, Unterhaching

Titelbild (Ausschnitt): Simon Potter/Cultura/Getty Images

© 2018 BVS

Jede Art der Vervielfältigung ohne schriftliche Genehmigung der BVS außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist gemäß § 106 Urheberrechtsgesetz verboten und kann strafrechtlich verfolgt werden.

Bezugsquelle: Dieses Lehrbuch erscheint im Rahmen der Neuen Reihe der BVS.
Weitere Information zu den Schriften der BVS und ein Bestellformular finden Sie im Internet unter www.bvs.de/schriften

Vorbemerkung

Arbeitsrecht ist das besondere Recht der abhängigen Arbeit, das heißt der Arbeit, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gegen Entgelt leistet. Das gilt uneingeschränkt auch für den öffentlichen Dienst.

Das Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst ist kein besonderer Teil des Arbeitsrechts. Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst ist Arbeitsrecht. Es weist aber eine Reihe von Besonderheiten auf. Insbesondere werden die Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst vorwiegend durch Tarifverträge bestimmt. Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst ist deshalb größtenteils Tarifrecht, genauer: öffentliches Tarifrecht.

Das vorliegende Lehrbuch fasst beide Bereiche zusammen: Arbeitsrecht und Tarifrecht. Es berücksichtigt in Grundzügen sowohl das allgemeine (überwiegend gesetzlich geregelte) Arbeitsrecht als auch die wesentlichen Besonderheiten der wichtigsten Tarifverträge für den öffentlichen Dienst. Dabei wird in erster Linie auf den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) der VKA (Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände) Bezug genommen (TVöD-VKA).

Das Werk beginnt mit einer Darstellung der wesentlichen Grundlagen und Grundbegriffe des Arbeitsrechts. Anschließend werden die für das Arbeitsrecht relevanten Rechtsträger und Rechtsquellen vorgestellt.

Das Arbeitsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis. Es ist auf Zeit angelegt. Aus dieser Erkenntnis lässt sich als Grundstruktur eine Zeitachse ableiten, mit der man die zeitlichen Phasen eines Arbeitsverhältnisses zusammenfassend wie folgt darstellen kann: Arbeitsverhältnisse werden zunächst vorbereitet. Hierzu findet eine Bewerberauswahl statt (Anbahnungsphase). Im Anschluss ist das Arbeitsverhältnis zu begründen. Dazu wird ein Arbeitsvertrag abgeschlossen (Begründungsphase). Während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses entstehen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer vielfältige Rechte und Pflichten, die verwaltet werden müssen (Durchführungsphase). Und da das Arbeitsverhältnis nicht ein Leben lang bestehen wird, muss es irgendwann auch wieder beendet werden (Beendigungsphase). Der Hauptteil des Lehrbuchs enthält deshalb folgende Themengliederung:

- Anbahnung des Arbeitsverhältnisses
- Begründung des Arbeitsverhältnisses

- Durchführung des Arbeitsverhältnisses
- Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Besondere Beschäftigungsverhältnisse, kollektives Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit werden jeweils gesondert dargestellt. Soweit Beteiligungsrechte der Interessenvertretung (Betriebsrat und/oder Personalrat) bestehen, werden diese im Rahmen der oben genannten Phasen des Arbeitsverhältnisses erläutert. Dabei steht im Hinblick auf die Mitbestimmung des Personalrats das Bayerische Personalvertretungsgesetz (BayPVG) im Mittelpunkt.

Zahlreiche Übersichten, Hinweise, Beispiele und Prüfschemata sollen den Umgang mit dem Arbeits- und Tarifrecht erleichtern und schließlich zu einer sachgerechten Lösung prüfungs- und praxisrelevanter Probleme anleiten.

Die letzte Auflage liegt sechs Jahre zurück, sodass schon vom Zeitablauf her dringend eine Aktualisierung angezeigt war. Die vorliegende Neuauflage berücksichtigt die wichtigsten aktuellen Änderungen und Entwicklungen im Bereich der (nationalen und europäischen) Gesetzgebung, Tarifpolitik und Rechtsprechung (insbesondere BAG und EuGH). Von den aktuellen Änderungen sind stichpunktartig als wichtigste zu nennen:

- Neue Entgeltordnung zum TVöD-VKA
- Neues Eingruppierungsrecht
- Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)
- Mutterschutzgesetz (MuSchG)
- Schwerbehindertenschutz (SGB IX)
- Datenschutz (DSGVO)
- Urlaubsrecht
- Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

Anregungen und Hinweise werden gern entgegengenommen.

Vorbemerkung	4
Inhalt	6
Abkürzungen	10
Schrifttumshinweise	12
1 Grundlagen und Grundbegriffe.	13
1.1 Bedeutung	13
1.2 Bereiche	13
1.3 Gerichtsbarkeit	14
2 Rechtsträger und Rechtsquellen	16
2.1 Arbeitnehmer	16
2.1.1 Arbeitsvertrag	16
2.1.2 Beschäftigter	19
2.2 Arbeitgeber	20
2.3 Besonderheiten im öffentlichen Dienst	21
2.3.1 Begriff	21
2.3.2 Beschäftigte – Beamte	22
2.3.3 Dienststelle	22
2.4 Betriebs- und Personalräte	23
2.5 Tarifvertragsparteien	24
2.6 Rechtsquellen, Rechtsgrundlagen	24
2.6.1 Rechtsgrundlagen	24
2.6.2 Richterrecht	25
2.6.3 Regelungen im Einzelnen	27
Kontrollfragen 1 bis 10	38
3 Die Anbahnung des Arbeitsverhältnisses	39
3.1 Die Ausschreibung von Arbeitsplätzen	40
3.2 Die Bewerbung	40
3.3 Die Bewerberauswahl	42
3.4 Das Diskriminierungsverbot nach § 7 AGG	42
3.4.1 Benachteiligung	42
3.4.2 Schadensersatz	43
3.5 Fragerechte des Arbeitgebers	45
3.5.1 Interessengegensatz	45
3.5.2 Zulässigkeit von Fragen	46
3.6 Ärztliche Einstellungsuntersuchung	49
3.7 Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretung	50
Kontrollfragen 11 bis 15	51
4 Die Begründung des Arbeitsverhältnisses	52
4.1 Der Arbeitsvertrag	52
4.2 Die Abschlussfreiheit	53
4.3 Die Formfreiheit	54
4.4 Das Nachweisgesetz	55

4.5	Die Gestaltungsfreiheit	57
4.6	Fehlerhafte Arbeitsverhältnisse	60
4.6.1	Nichtigkeitsergründe	60
4.6.2	Anfechtungsergründe	60
4.7	Vereinbarung einer Probezeit	61
4.8	Befristete Arbeitsverträge	62
4.8.1	Begründung von befristeten Arbeitsverträgen	62
4.8.2	Allgemeine Voraussetzungen der Befristung	64
4.8.3	Befristung mit sachlichem Grund	64
4.8.4	Befristung ohne sachlichen Grund	70
4.8.5	Ende des befristeten Arbeitsvertrages	71
4.8.6	Prozessuale Fragen	72
4.8.7	Tarifvertragliches Sonderrecht	72
4.8.8	Befristung einzelner Vertragsbestandteile	73
4.8.9	Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretung	74
4.9	Teilzeitarbeit	75
4.9.1	Begründung von Teilzeitarbeit	75
4.9.2	Grundvoraussetzungen für den Teilzeitanpruch nach § 8 TzBfG	77
4.10	Das Direktionsrecht des Arbeitgebers	79
4.10.1	Direktionsrecht und Gehorsamspflicht	79
4.10.2	Direktionsrecht im öffentlichen Dienst	81
4.10.3	Personalgestellung	83
4.10.4	Umsetzung	84
4.10.5	Arbeitszeit	84
4.10.6	Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretung	85
4.11	Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB	87
4.12	Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretung im Rahmen der Einstellung Kontrollfragen 16 bis 40	88 90
5	Die Durchführung des Arbeitsverhältnisses	91
5.1	Vertragliche Pflichten	91
5.2	Ansprüche des Arbeitnehmers	92
5.2.1	Ansprüche auf Entgeltzahlung (Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers)	92
5.2.2	Ansprüche auf Entgelt ohne Leistung	122
5.2.3	Ausschlussfrist, Verjährung und Verwirkung	147
5.2.4	Nebenpflichten und Ansprüche auf Nebenleistungen	149
5.3	Ansprüche des Arbeitgebers	162
5.3.1	Anspruch auf Arbeitsleistung (Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers)	162
5.3.2	Ansprüche auf Erfüllung von Nebenpflichten (Treuepflichten)	177
	Kontrollfragen 41 bis 50	186
6	Beendigung des Arbeitsverhältnisses	187
6.1	Tarifvertragliche Regelungen im öffentlichen Dienst	187
6.2	Kündigung	187

6.2.1	Allgemeine kündigungrechtliche Fragen	188
6.2.2	Wirksamkeit und soziale Rechtfertigung der Kündigung	195
6.2.3	Allgemeine Prinzipien des Kündigungsschutzes	197
6.2.4	Personenbedingte Kündigung	198
6.2.5	Verhaltensbedingte Kündigung	202
6.2.6	Betriebsbedingte Kündigung	206
6.2.7	Änderungskündigung	210
6.2.8	Außerordentliche Kündigung	213
6.2.9	Besonderer Kündigungsschutz	215
6.2.10	Kündigungsschutzverfahren	215
6.2.11	Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretung	216
6.3	Auflösungsvertrag	222
6.3.1	Allgemeines	222
6.3.2	Hinweis-, Aufklärungs- und Belehrungspflichten	224
6.3.3	Abfindungen	224
6.3.4	Stellensuche und Zeugnis	225
6.4	Zeugnis	226
6.4.1	Form und Inhalt	226
6.4.2	Zeugnis nach TVöD	228
	Kontrollfragen 51 bis 61	231
7	Besondere Beschäftigungsverhältnisse	232
7.1	Beschäftigte in der Ausbildung	232
7.2	Arbeitnehmer mit Behinderung	232
7.2.1	Begriffsbestimmung	232
7.2.2	Ausweis	233
7.2.3	Gleichstellung	233
7.2.4	Beschäftigungsplatz	233
7.2.5	Sonstige Pflichten	234
7.2.6	Kündigungsschutz	234
7.2.7	Anhörung	237
7.2.8	Prävention	237
7.3	Mutterschutz	239
7.3.1	Zielsetzung	239
7.3.2	Arbeitszeitlicher, betrieblicher und ärztlicher Gesundheitsschutz	239
7.3.3	Sonderkündigungsschutz	239
7.3.4	Leistungen	240
7.4	Elternzeit	241
7.4.1	Begriff	241
7.4.2	Dauer	241
7.4.3	Sonderkündigungsschutz	241
7.5	Pflegezeit, Familienpflegezeit	242
7.5.1	Anspruch	242
7.5.2	Freistellung, Dauer	243
7.5.3	Mitteilungs-, Anzeige- und Nachweispflichten	244

7.5.4	Finanzielle Förderung	244
7.5.5	Kündigungsschutz	244
	Kontrollfragen 62 bis 72.	245
8	Kollektives Arbeitsrecht	246
8.1	Tarifvertragsrecht	246
8.1.1	Wesen des Tarifvertrages	246
8.1.2	Tariffähigkeit	248
8.1.3	Tarifmächtigkeit	248
8.1.4	Tarifzuständigkeit	248
8.1.5	Tarifvertragsrechtliche Bindung	249
8.1.6	Nachbindung	251
8.1.7	Nachwirkung	251
8.1.8	Tarifeinheit	253
8.1.9	Tarifvertragsauslegung	253
8.2	Arbeitskampfrecht	254
8.3	Personalvertretungsrecht	255
8.3.1	Mitbestimmung als Grundprinzip	255
8.3.2	Leitidee der Personalvertretung	256
8.3.3	Organisation der Personalvertretung	256
8.3.4	Stellung der Personalratsmitglieder	256
8.3.5	Allgemeine Grundsätze der Personalvertretung	257
8.3.6	Beteiligungsrechte des Personalrats	258
8.3.7	Beteiligungsformen des Personalrats	259
8.3.8	Grundsätze der Mitbestimmung und Mitwirkung im Einzelnen	260
8.3.9	Durchsetzung der Beteiligungsrechte	262
8.4	Betriebsverfassungsrecht	262
8.4.1	Wahl von Betriebsräten	262
8.4.2	Grundsätze der Mitbestimmung im Einzelnen	264
8.4.3	Beteiligungsformen des Betriebsrats	265
	Kontrollfragen 73 bis 85.	269
9	Arbeitsgerichtsverfahren	270
9.1	Aufbau der Arbeitsgerichte	270
9.2	Arbeitsgerichtliches Verfahren in erster Instanz	271
9.2.1	Ablauf des Verfahrens	271
9.2.2	Urteil	275
9.2.3	Ornungsgemäße Klageerhebung	276
9.2.4	Rechtsweg	276
9.2.5	Örtliche Zuständigkeit des Gerichts	277
9.2.6	Berufung und Revision	277
	Kontrollfragen 86 bis 94.	282
	Antworten zu den Kontrollfragen	285
	Anhang – Übungsfälle zum Arbeitsrecht	299
	Stichwortverzeichnis	317

Abkürzungen

ABR	Registerzeichen des BAG für Allgemeine Rechtsbeschwerden
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AG	Arbeitgeber
AN	Arbeitnehmer
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AZR	Registerzeichen des BAG für Revisionen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
BayPVG	Bayerisches Personalvertretungsgesetz
BayVwVfG	Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeamtStG	Beamtenstatusgesetz
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
bzw.	beziehungsweise
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Entgeltgruppe
EUV	Vertrag über die Europäische Union
ff.	folgende
FG	Fallgruppe
FPfZG	Familienpflegezeitgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVBl	Bayer. Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HandwO	Handwerksordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung

i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
IfSG	Infektionsschutzgesetz
i. S. v.	im Sinne von
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KAV	Kommunaler Arbeitgeberverband
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LadSchIG	Ladenschlussgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NachweisG	Nachweisgesetz
Nr.	Nummer
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte
SR	Sonderregelung
StGB	Strafgesetzbuch
TdL	Tarifgemeinschaft deutscher Länder
TV	Tarifvertrag
TVAöD	Tarifvertrag für Auszubildende des öffentlichen Dienstes
TVG	Tarifvertragsgesetz
TV-H	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst des Landes Hessen
TV-L	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TVÜ-L	Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der Länder in den TV-L und zur Regelung des Übergangsrechts
TVÜ-VKA	Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem
UrIV	Urlaubsverordnung
v. a.	vor allem
ver.di	Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft
VergGr.	Vergütungsgruppe
VFAV	Verordnung über die Berufsausbildung zum/zur Verwaltungsfachangestellten
vgl.	vergleiche
VKA	Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände
VO	Verordnung
WPfIG	Wehrpflichtgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

Schrifttumshinweise

- **Arbeitsgesetze** (Textausgabe), Deutscher Taschenbuch Verlag, 91. Auflage, 2017
- **Beppler/Böhle/Meerkamp/Russ**, TVöD, Kommentar zum Tarifrecht der Beschäftigten im öffentlichen Dienst im Bereich des Bundes und der VKA, Online-Kommentar, Stand 15.07.2017 (42. Edition)
- **Beppler/Böhle/Pieper/Russ**, TVöD, Band I: Kommentar zum Tarifrecht der Beschäftigten im Öffentlichen Dienst im Bereich des Bundes und der VKA; Band II: Entgeltordnungen. Kommentar zu den Entgeltordnungen der Beschäftigten im Öffentlichen Dienst im Bereich des Bundes und der VKA, 38. Auflage, 2017
- **Böhle**, Kommunales Personal- und Organisationsmanagement, Handbuch, 2017
- **Bredemeier/Neffke**, TVöD/TV-L Kommentar, 5. Auflage, 2017
- **Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck**, Tarif- und Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Kommentar, Loseblatt, Stand 2016
- **Brox/Rüthers/Henssler**, Arbeitsrecht, 19. Auflage, 2016
- **Burger**, TVöD – TV-L Tarifverträge für den öffentlichen Dienst, Kommentar, 3. Auflage, 2016
- **Cerff/Winter**, Tarifrecht öffentlicher Dienst, Textsammlung, 72. Auflage, 2017
- **Conze/Karb/Wölk**, Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 5. Auflage, 2017
- **Erfurter**, Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Auflage, 2018
- **Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier**, Betriebsverfassungsgesetz Kommentar, 28. Auflage, 2016
- **Groeger** (Hrsg.), Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 2. Auflage, 2014
- **Kaufung**, Tätigkeitsbewertung nach TVöD und TV-L, 2. Auflage, 2017
- **Kuner/Bergauer**, Die neue Entgeltordnung, 2017
- **Kuner**, TVöD Allgemeiner Teil und TVÜ, 2. Auflage, 2010
- **Kuner**, Arbeitsrecht und BAT, 2004
- **Kuner**, Arbeitsrecht und TVöD/TV-L, 2007
- **Kuner**, Leistungsorientierte Bezahlung im TVöD und TV-L, 2007
- **Müller/Preis**, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 7. Auflage, 2009
- **Schaub**, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage, 2017
- **Schwerdle/Bremecker**, TVöD in der Praxis, 2006
- **Stimpfl**, Bayerisches Personalvertretungsgesetz Kommentar, Stand Februar 2017
- **Wittmann**, Praxis-Handbuch Personalvertretungsgesetz Bayern, 2. Auflage, 2014
- **öAT**, Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht, herausgegeben von Inken Gallner, Markus Kuner, Dr. Jörg Laber, Dr. Klaus Pawlack, Jan Ruge, Prof. Dr. Stephan Weth

1 Grundlagen und Grundbegriffe

1.1 Bedeutung

Arbeitsrecht ist das Recht der fremdbestimmten Arbeit. Es dient vor allem dem Schutz der Arbeitnehmer. Arbeitnehmer sind weisungsabhängig gegenüber dem Arbeitgeber, d. h. persönlich abhängig. Aus dieser persönlichen Abhängigkeit ergibt sich ein besonderes Schutzbedürfnis. Danach ist Arbeitsrecht im Schwerpunkt auch Arbeitnehmerschutzrecht.

Der zentrale Bezugspunkt im Arbeitsrecht ist der Arbeitnehmer. Dennoch ist Arbeitsrecht kein reines Arbeitnehmerrecht. Es ist immer auch Arbeitgeberrecht. Arbeitsbedingungen, die durch das Arbeitsrecht geregelt werden, beeinflussen die Handlungsmöglichkeiten von Betrieben und Dienststellen erheblich. Aus Sicht eines Arbeitgebers sind Arbeitsbedingungen immer auch Wirtschaftsbedingungen. Arbeitsrecht ist also gleichzeitig **Wirtschaftsrecht**. Es ist Teil der durch das Grundgesetz geschützten Sozial- und Wirtschaftsordnung.

Arbeitsrecht wird auch als Sonderprivatrecht bezeichnet. Es gehört überwiegend zum Privatrecht und bezieht sich dort auf ganz bestimmte Zielgruppen, eben auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie deren Interessenvertreter.

Das Arbeitsrecht ist ein inzwischen weit gefächertes, in sich selbstständiges Rechtsgebiet mit eigener Gerichtsbarkeit. Allerdings gibt es bislang kein einheitliches Arbeitsgesetzbuch. Vielmehr ist das Arbeitsrecht in vielen Einzelgesetzen geregelt.

Bedeutung des Arbeitsrechts

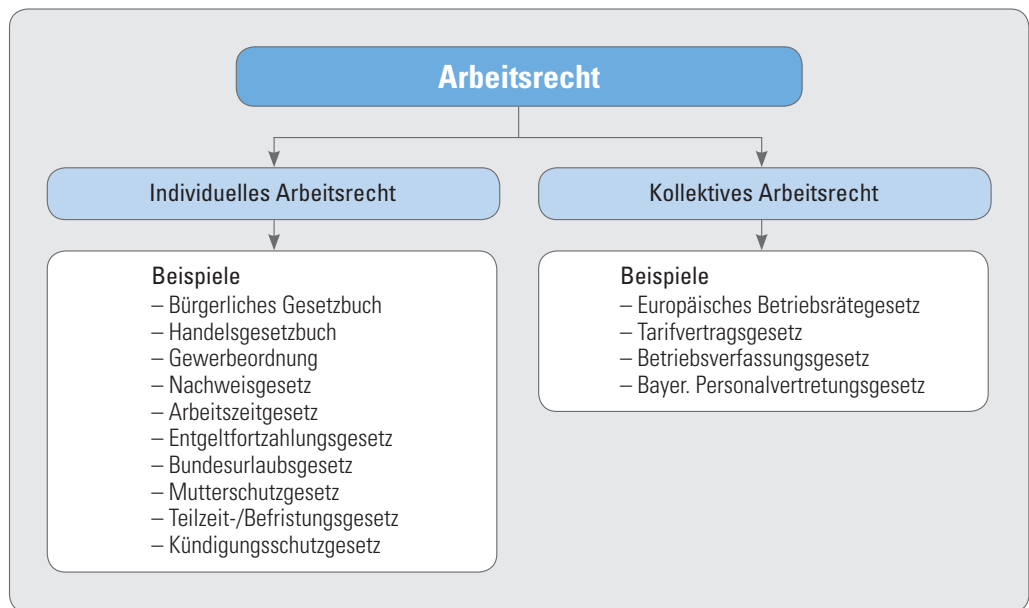
1.2 Bereiche

Arbeitsrecht lässt sich in zwei große Bereiche unterteilen: **Individuelles Arbeitsrecht** und **kollektives Arbeitsrecht**.

Das **individuelle Arbeitsrecht** bezieht sich auf die Individuen des Arbeitsvertrages. Es regelt also das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Hierzu gehören insbesondere die gegenseitigen Rechte und Pflichten der beiden Arbeitsvertragsparteien. Typische Themen aus diesem Bereich sind: Arbeitszeit, Arbeitsschutz, Benachteiligung, Entgeltzahlung und Entgeltfortzahlung, Haftung, Urlaub, Kündigung.

Das **kollektive Arbeitsrecht** ist das Recht der Koalitionen in der Arbeitswelt. Hier stehen nicht die Arbeitsvertragsparteien im Mittelpunkt, sondern die Gemeinschaft der Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Das kollektive Arbeitsrecht umfasst insbesondere das Tarifvertragsrecht, das Arbeitskampfrecht, das Betriebsverfassungsrecht sowie das Personalvertretungsrecht.

Gliederung



1.3 Gerichtsbarkeit

Für Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern sind ausschließlich die **Gerichte für Arbeitssachen**, also die Arbeitsgerichte, die Landesarbeitsgerichte sowie das Bundesarbeitsgericht zuständig. Das Arbeitsprozessrecht, überwiegend geregelt im Arbeitsgerichtsgesetz, beinhaltet dazu die erforderlichen Verfahrensregelungen. Im öffentlichen Dienst spielen zudem noch die **Verwaltungsgerichte** eine wichtige Rolle; sie sind zuständig für Angelegenheiten aus dem Personalvertretungsrecht.

Die einzelnen Teil- und Themengebiete des Arbeitsrechts stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern überschneiden und ergänzen sich. Die Rechte und Pflichten, die sich aus den einzelnen arbeitsrechtlichen Teilbereichen ergeben, bilden ein kompliziertes Beziehungsgeflecht, das man gut mit einem Uhrwerk vergleichen kann. Die unter-



schiedlichen Teil- und Themengebiete greifen wie Zahnräder ineinander und bringen im ständigen Miteinander das Arbeitsrecht als Arbeitnehmerschutzrecht zum Laufen. Erst durch das Zusammenspiel aller betroffenen Rechtsvorschriften funktioniert das Arbeitsverhältnis als Regelungsgrundlage für die fremdbestimmte Arbeit.

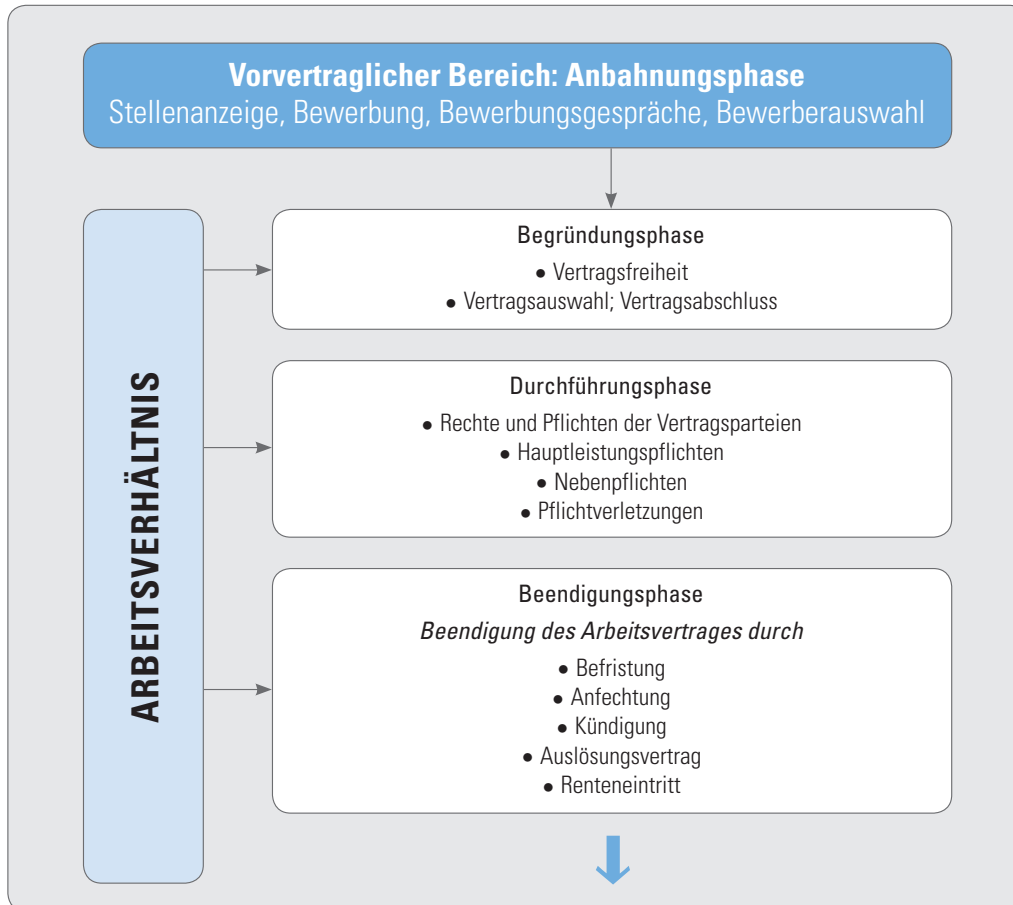
Das Arbeitsrecht ist ein Teil der Privatrechtsordnung, die auf dem grundgesetzlich geschützten Fundament der Privatautonomie steht. Wesentliches Kennzeichen der Privatautonomie ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Vertragsfreiheit bedeutet jedoch nicht gleichzeitig Vertragsgerechtigkeit, vor allem nicht im Arbeitsrecht, wo ohne Zweifel der Arbeitnehmer naturgemäß der schwächere Vertragspartner ist. In der Praxis wirkt das Arbeitsrecht deshalb auch als ein Kontrollsystem zum Schutz des Arbeitnehmers. So ist Arbeitsrecht auch soziales Recht.

Merke

Nach § 105 GewO können Arbeitgeber und Arbeitnehmer Abschluss, Inhalt und Form des Arbeitsvertrages frei vereinbaren. Das gilt aber nur soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften, Bestimmungen eines anwendbaren Tarifvertrages oder einer Dienstvereinbarung entgegenstehen. Diese entgegenstehenden, höherrangigen Regelungen schützen den Arbeitnehmer vor einer möglichen Willkür des Arbeitgebers. Wenn nun beispielsweise der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag einen 12-Studentag vereinbaren will, so steht diesem Regelungswunsch das Arbeitszeitgesetz entgegen. Dieses bestimmt in § 3, dass die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer 8 Stunden nicht überschreiten darf. Die arbeitsvertragliche Regelung eines 12-Studentages ist damit nicht zulässig.

Beispiel

3 Die Anbahnung des Arbeitsverhältnisses



Überblick

Zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist ein **Arbeitsvertrag** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erforderlich. Mit Abschluss des Vertrages entstehen die Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien (§ 241 Abs. 1 BGB). Ein Rechtsverhältnis mit Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) kann jedoch allein schon durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen entstehen (§ 311 Abs. 2 BGB). Man spricht in diesem Fall von einem vorvertraglichen Schuldverhältnis bzw. Anbahnungsverhältnis.

Das **Anbahnungsverhältnis** ist ein schuldrechtliches Vertrauensverhältnis und begründet Offenbarungs-, Informations-, Schutz- und Kostenerstattungspflichten. Vertragsverhandlungen zum Abschluss eines Arbeitsvertrages beginnen in der Regel mit der Bewerbung des Arbeitnehmers nach einer Stellenausschreibung durch den Arbeitgeber. Es folgt das Bewerbungsgespräch und die Bewerberauswahl. Das Anbahnungsverhältnis endet mit Abbruch der Vertragsverhandlungen oder mit Abschluss eines Arbeitsvertrages und Einstellung des Arbeitnehmers. Aus dem Anbahnungsverhältnis können eine **Reihe von Ansprüchen** mit ganz unterschiedlichem Inhalt entstehen: Einstellungsansprüche, Schadensersatzansprüche, Entschädigungsansprüche, Aufwendungsersatzansprüche. Betriebs- und Personalräte haben Beteiligungsrechte, die in dieser Phase zu beachten sind.

3.1 Die Ausschreibung von Arbeitsplätzen

Stellenausschreibung

Die Stellenausschreibung kann intern oder extern erfolgen. Wenn sich der Arbeitsplatz für Teilzeit eignet, ist er gemäß § 7 Abs. 1 TzBfG auch als **Teilzeitarbeitsplatz** auszuscheiden.

Mit der Stellenanzeige gibt der Arbeitgeber noch kein Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrages ab. Es handelt sich insoweit nur um eine Einladung an den Bewerber, seinerseits ein Angebot beim Arbeitgeber abzugeben.

Gemäß § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz weder intern noch extern unter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 AGG ausgeschrieben werden. Die Stellenausschreibung muss insoweit diskriminierungsfrei erfolgen. Der Arbeitgeber hat das AGG unabhängig von dem Vorliegen eines Anbahnungsverhältnisses zu beachten. Bei einem Verstoß gegen das AGG können vor allem Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche geltend gemacht werden (§ 15 AGG).

Beispiele

Beispiele für eine zulässige Ausschreibung: Gesucht wird Sachbearbeiter/Sachbearbeiterin für ... Wir setzen voraus ...; eine Gemeinde sucht Erzieher/Erzieherin; aber auch: ein Theater sucht eine Schauspielerin für eine weibliche Rolle oder eine Agentur sucht ein männliches Model für eine Modeschau für Herrenmode.

Beispiele

Beispiele für eine unzulässige Ausschreibung: Gesucht wird ein junger, kräftiger Mann für Aufräumarbeiten; Krankenhaus sucht Krankenschwester deutscher Herkunft; Gemeinde sucht Sozialarbeiter; Behörde sucht Volljuristin, gerne auch Berufsanfängerin; Stadtwerke suchen christliche Mitarbeiter.

Das AGG ist nicht das einzige Gesetz, das der Arbeitgeber im Rahmen der Stellenausschreibung zu beachten hat. Nach § 164 Abs. 1 SGB IX hat der Arbeitgeber bei der Stellenausschreibung zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit **schwerbehinderten Menschen** besetzt werden können. Hierzu muss der Arbeitgeber die Arbeitsagentur frühzeitig informieren. Die Arbeitsagentur schlägt dem Arbeitgeber geeignete schwerbehinderte Menschen vor. Der Arbeitgeber muss eine entsprechende Überprüfung vornehmen, unabhängig davon, ob bereits Bewerbungen von schwerbehinderten Menschen vorliegen und ob der Arbeitgeber in seinem Betrieb mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Auch die Frage, ob der Arbeitgeber schon seine Pflichtquote nach §§ 154 ff. SGB IX erfüllt hat oder nicht, ist für die Prüfungspflicht nach § 164 Abs. 1 SGB IX nicht relevant. Der Arbeitgeber genügt seiner Pflicht, wenn er vor der Einstellung mit der Arbeitsagentur Kontakt aufnimmt und ihm kein geeigneter schwerbehinderter Mensch genannt worden ist.

Weitere Regelungen zur Ausschreibung können sich aus dem Gleichstellungsgesetz (Bund, Länder) ergeben.

3.2 Die Bewerbung

Bewerbung

Die Bewerbung ist die Reaktion eines Interessenten auf die Stellenausschreibung des Arbeitgebers. Sie leitet den ersten sozialen Kontakt zwischen Arbeitgeber und (möglichem) Arbeitnehmer ein. Damit entsteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis mit Nebenpflichten (§ 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB). Im Wesentlichen sind hier **Offenbarungs- und Schutzpflichten** zu beachten.

Der Arbeitnehmer muss unaufgefordert alle Umstände wahrheitsgemäß darlegen, die für das künftige Arbeitsverhältnis maßgebend sind (Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers). Auch dem Arbeitgeber obliegen Offenbarungspflichten, soweit es um Tatsachen geht, die für das Arbeitsverhältnis wesentlich sind (Offenbarungspflicht des Arbeitgebers).

Der Arbeitgeber hat den Bewerber im Rahmen der Vertragsverhandlungen beispielsweise zu informieren über:

- gefährliche Arbeitsumstände
- häufige Reisetätigkeiten
- besondere Arbeitsanforderungen.

Darüber hinaus muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in der Anbahnungsphase über mögliche Liquiditätsschwierigkeiten aufklären oder über die Absicht, den Betrieb, für den die Einstellung erfolgen soll, in absehbarer Zukunft stillzulegen oder zu verlegen. Der Bewerber muss seinerseits eine etwaige Krankheit oder Behinderung offenbaren, mit der er die angestrebte Arbeitsleistung möglicherweise nicht erbringen kann.

Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben allgemein darauf zu achten, dass die Rechte und Rechtsgüter der jeweils anderen Person nicht verletzt werden (Schutzpflicht). Für beide bestehen in diesem Zusammenhang auch **Verhandlungstreuepflichten**. Danach liegt beispielsweise eine Pflichtverletzung vor, wenn der Arbeitgeber einen Vertragsabschluss ablehnt, obgleich er im Rahmen der Vertragsverhandlungen beim Bewerber die Annahme erweckt hat, es werde ein Vertrag sicher abgeschlossen.

Eine schuldhaftige Verletzung von Offenbarungs-, Informations- und Schutzpflichten führt zur Haftung aus **Verschulden bei Vertragsschluss** (§ 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB). Soweit Arbeitnehmer oder Arbeitgeber offenbarungspflichtige Tatsachen widerrechtlich verschweigen, liegt darin eine **arglistige Täuschung** im Sinne von § 123 BGB. Der Arbeitsvertrag kann in diesem Fall angefochten werden.

Unabhängig davon, ob der Arbeitsvertrag später geschlossen wird oder nicht, muss der Arbeitgeber dem Bewerber, der zu einem Bewerbungsgespräch eingeladen wurde, alle Aufwendungen zur Bewerbung (sog. **Vorstellungskosten**) nach § 670 BGB analog ersetzen. Erstattungsfähig sind dabei regelmäßig Reise-, Verpflegungs- und auch Unterbringungskosten, wenn der Bewerber nicht am Ort wohnt.

Beachte

Will der Arbeitgeber den Anspruch auf Ersatz der Vorstellungskosten ausschließen, so liegt es an ihm, dies ausdrücklich bei der Einladung zum Vorstellungsgespräch zu verdeutlichen. Andernfalls sind alle Kosten erstattungsfähig, die nach den Umständen für erforderlich gehalten werden durften. Hierzu genügt es nicht, wenn der Arbeitgeber den Bewerber zu einem „unverbindlichen Gespräch“ bittet. Vorstellungsgespräche sind immer unverbindlich.

Ist der Bewerber zur Zeit der Bewerbung noch bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt, so kann er von diesem Freistellung (§ 629 BGB) und Fortzahlung der Bezüge (§ 616 BGB), die jedoch abbedungen werden kann, verlangen. Will er seine Bewerbung zunächst geheim halten, sollte er eher Urlaub beantragen.

Offenbarungspflichten

Arglistige Täuschung

3.3 Die Bewerberauswahl

Auswahl der Bewerber

Der Arbeitgeber kann grundsätzlich frei entscheiden, ob und mit wem er einen Arbeitsvertrag abschließt (§ 105 GewO). Diese Freiheit gilt jedoch nicht überall schrankenlos.

Eine Besonderheit besteht für den **öffentlichen Dienst**. Hier ist die verfassungsrechtliche Schranke aus Art. 33 Abs. 2 und Abs. 3 GG relevant. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Das Abstellen auf politische, religiöse oder weltanschauliche Bekenntnisse ist ausdrücklich untersagt. Art 33 Abs. 2 GG enthält zwingende Beurteilungskriterien für die Einstellung von Arbeitnehmern in den öffentlichen Dienst. Danach hat jeder Deutsche ein subjektives Recht auf chancengleiche Teilnahme an einem Bewerbungsverfahren für die Besetzung einer Stelle im öffentlichen Dienst. Jede Bewerbung muss nach den Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung beurteilt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Einstellungen, Beförderungen oder um Beamtenstellen oder Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden sollen, handelt. Bei der Feststellung der in Art. 33 Abs. 2 GG bezeichneten Qualifikationsmerkmale steht dem öffentlichen Arbeitgeber allerdings ein weiter Beurteilungsspielraum zu.

3.4 Das Diskriminierungsverbot nach § 7 AGG

3.4.1 Benachteiligung

Diskriminierungsverbot

Eine wichtige Rechtsvorschrift für die Bewerbungsphase enthält § 7 AGG. Die Auswahlentscheidung darf danach nicht zu einer Benachteiligung eines Bewerbers wegen der Gründe gemäß § 1 AGG führen. Das AGG verbietet grundsätzlich jegliche Form der **Benachteiligung**.

Diskriminierungsverbot

Verbotene Benachteiligungen bestehen aus folgenden Gründen:

- Rasse, ethnische Herkunft
- Geschlecht
- Religion, Weltanschauung
- Behinderung
- Alter
- Sexuelle Identität.

Als Benachteiligung gelten nach § 3 AGG nicht nur unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen, sondern auch (sexuelle) Belästigungen sowie die Anweisung zur Benachteiligung. Das AGG gilt für alle Phasen des Arbeitsverhältnisses, also bei der Einstellung und der Bewerberauswahl (Anbahnung), bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses sowie bei der Durchführung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 2 AGG). Geschützt sind prinzipiell alle Arbeitnehmer, die zur Berufsbildung Beschäftigten und arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen einschließlich der in Heimarbeit Beschäftigten (§ 6 AGG). Leiharbeiter unterfallen ebenfalls dem Anwendungsbereich, wobei sich die Verpflichtung zur Beachtung des Diskriminierungsschutzes nicht nur an den Verleiher, sondern auch an den Entleiher richtet. Nach § 6 Abs. 3 AGG gelten die Be-

stimmungen zum Schutz der Beschäftigten sogar zum Teil entsprechend auch für Selbstständige und Organmitglieder, insbesondere Geschäftsführer und Vorstände.

Das AGG verbietet nicht jede Ungleichbehandlung wegen eines der nach § 1 AGG erfassten acht Diskriminierungsmerkmale. Im Hinblick auf eine mittelbare Diskriminierung scheidet ein Verstoß gegen das **Benachteiligungsverbot** gemäß § 3 Abs. 2 AGG bereits dann aus, wenn die Ungleichbehandlung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Darüber hinaus lässt das AGG in den §§ 8 bis 10 bestimmte Ausnahmen zu, aufgrund derer eine Differenzierung als gerechtfertigt anzusehen und eine Haftung des Arbeitgebers damit ausgeschlossen ist. Nach § 8 Abs. 1 AGG ist insbesondere eine unterschiedliche Behandlung aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals erlaubt, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Der Zweck muss aber rechtmäßig und die Anforderung angemessen sein. Gemäß § 8 Abs. 2 AGG wird die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für gleiche oder gleichwertige Arbeit wegen eines oder aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen eines Diskriminierungsmerkmals besondere Schutzvorschriften gelten.

Gerechtfertigt ist eine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts bei der Vergabe einer weiblichen Hauptdarstellerrolle bei einem Fernsehfilm. Zulässig ist eine Ungleichbehandlung wegen der ethnischen Herkunft, wenn bei Organisationen der in Deutschland anerkannten nationalen Minderheiten und der anerkannten Regional- und Minderheitensprachen Personen bevorzugt eingestellt werden, die der jeweiligen Gruppe angehören.

Das AGG stellt ausdrücklich fest, dass jegliche Vereinbarungen, die gegen das im AGG geregelte Benachteiligungsverbot verstoßen, unwirksam sind (§ 7 AGG). Hat eine diskriminierende Regelung keinen Bestand, weil sie gegen das AGG verstößt, so hat der Arbeitnehmer Anspruch auf **Gleichstellung** mit den übrigen, nicht benachteiligten Beschäftigten. Für die Vergangenheit wird ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot durch eine „Angleichung nach oben“ geheilt. Das kann beim Arbeitgeber zu erheblichen finanziellen Belastungen führen.

Der Tarifvertrag sieht eine Bezahlung vor, die nach dem Lebensalter gestaffelt ist. Arbeitnehmer A und B sind beide in der gleichen Entgeltgruppe eingruppiert. Sie verrichten beide die gleiche Arbeit. A ist älter, seine Vergütung entsprechend höher. Die Differenzierung nach dem Lebensalter verstößt gegen §§ 7, 1 AGG. B kann eine Angleichung nach oben verlangen. Er ist also so zu bezahlen wie B – das Alter ist dabei nicht relevant.

Berechtigte Ungleichbehandlung

Beispiel

Beispiel

3.4.2 Schadensersatz

Die wohl empfindlichste Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot nach dem AGG ist der Schadensersatz und/oder die Entschädigungszahlung gemäß § 15 AGG. Der Betroffene kann danach **Ersatz aller Schäden** verlangen, die durch eine ungerechtfertigte Benachteiligung im Sinne des AGG entstehen. Neben dem materiellen Vermögensschaden (Schadensersatz im engeren Sinne) sind auch immaterielle Schäden umfasst (also ein Schmerzensgeld wegen der unzulässigen Diskriminierung). Beide Ersatzansprüche sind getrennt voneinander zu betrachten, da sie nicht nur jeweils eigenständige Anspruchsgrundlagen darstellen, sondern darüber hinaus unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen unterliegen.

Schadensersatz

Beispiel

Einem Stellenbewerber wird die Stelle eines Geschäftsstellenleiters zugesagt. Ihm wird mitgeteilt, dass er bis zum Antritt der Stelle seine Computerkenntnisse verbessern müsse. Der Bewerber belegt daraufhin einen Computerkurs, der 800,- Euro kostet. Kurz bevor er die Stelle antreten will, teilt ihm der Arbeitgeber mit, er komme nun für die Position nicht mehr infrage. Man habe inzwischen erfahren, dass er homosexuell sei, und dies passe nicht zur Kultur des Betriebs. Der Arbeitgeber hat gegen das Benachteiligungsverbot gemäß §§ 7, 1 AGG verstoßen. Der Stellenbewerber kann deshalb einen Schadensersatz nach § 15 Abs. 1 AGG in Höhe von 800,- Euro geltend machen (Kosten für den Computerkurs). Darüber hinaus kann der Bewerber eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangen. In beiden Fällen ist die Frist aus § 15 Abs. 4 AGG zu beachten (siehe unten).

Beweisregelung

Das AGG enthält in § 22 AGG für den Betroffenen eine besondere Beweisregelung (Beweiserleichterung). Die Beweislastregelung im AGG führt aber nicht zu einer vollständigen Beweislastumkehr zugunsten des Mitarbeiters und zulasten des Arbeitgebers. Es wird vielmehr nur eine **Beweiserleichterung** zugunsten des Mitarbeiters begründet. Der Mitarbeiter, der sich auf das AGG beruft, muss zumindest Indizien darlegen, die für eine Diskriminierung sprechen. Sodann muss der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass keine Diskriminierung gegeben ist, mithin eine etwaige Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.

Will sich ein Beschäftigter auf eine Benachteiligung im Sinne des AGG berufen, muss er den Anspruch zunächst innerhalb von zwei Monaten gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich geltend machen (§ 15 Abs. 4 AGG). Die Frist beginnt mit der Kenntnis von der Benachteiligung. Wurde der Anspruch erfolglos schriftlich geltend gemacht, muss der Beschäftigte innerhalb von drei Monaten eine etwaige **Klage auf Schadensersatz** und/oder Entschädigung einreichen (§ 61 b ArbGG). Im Übrigen sind die allgemeinen Verjährungsfristen zu beachten.

Aufbau- und Prüfschema

Aufbau- und Prüfschema für Ansprüche nach dem AGG

Regelmäßige Ausgangsfragen:

- Ist eine verbotene, d. h. nicht gerechtfertigte Benachteiligung oder Belästigung (= Diskriminierung) gegeben?
- Welche Rechtsfolgen ergeben sich daraus?

A. Prüfung der Benachteiligung (Tatbestand der Diskriminierung)

1. Ist das AGG anwendbar?
Frage: Wann und für wen gilt das AGG im Arbeitsverhältnis?
Prüfe: §§ 2, 6 AGG
2. Besteht ein Verstoß gegen das gesetzliche Benachteiligungsverbot?
Frage: Welche Benachteiligung nach welchen Gründen ist verboten?
Prüfe: §§ 7, 1 und 3 AGG
3. Ist die festgestellte Benachteiligung ausnahmsweise gerechtfertigt?
Frage: Sind Rechtfertigungsgründe vorhanden?
Prüfe: §§ 8, 9, 10 und 5 AGG

B. Prüfung der Rechte des Betroffenen (Rechtsfolgen der Diskriminierung)

4. Kann der Betroffene (Beschäftigte) Rechte geltend machen?
Frage: Welche Rechte (Ansprüche) kommen in Betracht?
Prüfe: §§ 15 und/oder 13, 14 AGG

Beweislastregel (§ 22 AGG) beachten!

3.5 Fragerechte des Arbeitgebers

3.5.1 Interessengegensatz

Vor Abschluss des Arbeitsvertrages hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, sich möglichst umfassend über die Person des Bewerbers zu erkundigen. Auf der anderen Seite ist der Bewerber daran interessiert, seine persönlichen Belange nicht gegenüber einer ihm fremden Person zu offenbaren. Es besteht insofern ein **Interessengegensatz**. Das Aufklärungsinteresse des Arbeitgebers steht dem Interesse des Arbeitnehmers an Wahrung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber.

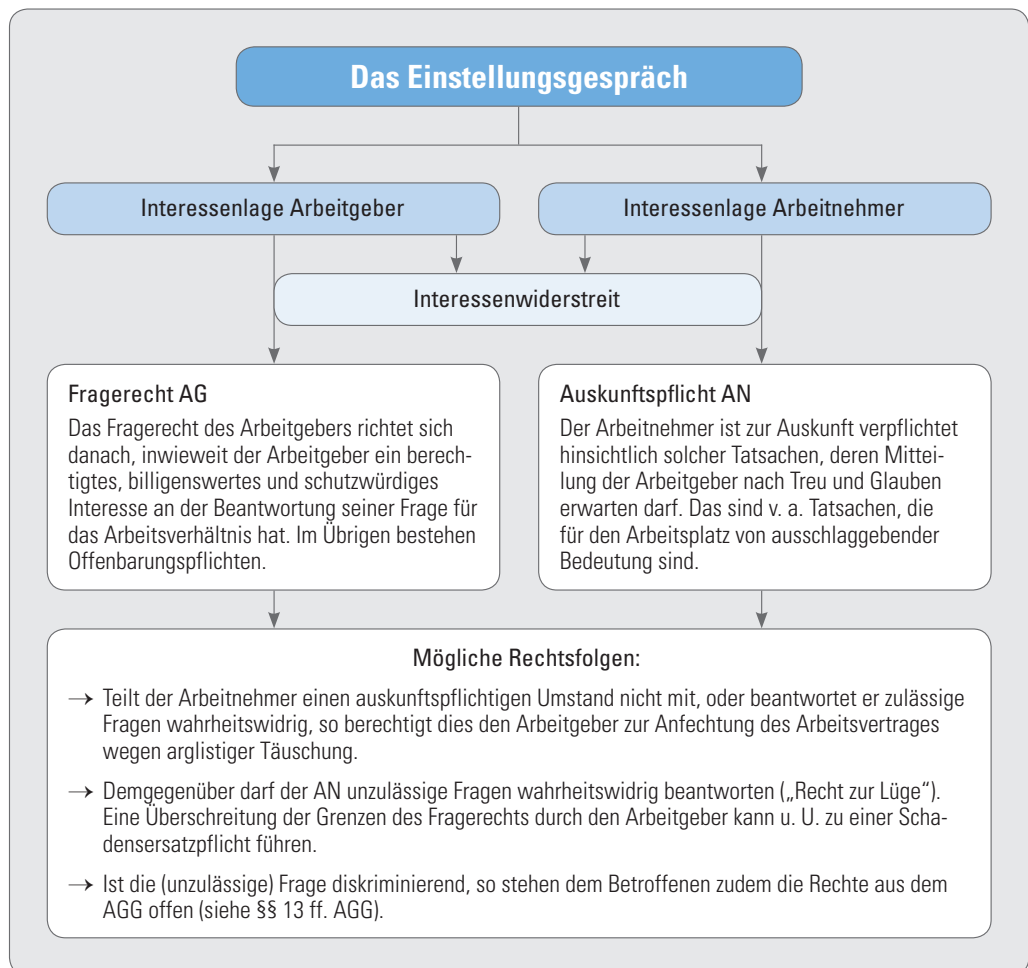
Im Bewerbungsgespräch will der Arbeitgeber möglichst viel fragen und der Arbeitnehmer möglichst wenig antworten. Das Arbeitsrecht „bremst“ den Arbeitgeber, indem es zwischen zulässigen und unzulässigen Fragen im Bewerbungsgespräch unterscheidet und dem Arbeitnehmer bei unzulässigen Fragen ein „Recht auf Lüge“ zubilligt.

Zulässig sind grundsätzlich nur solche Fragen im Vorstellungsgespräch, die in einem sachlichen Zusammenhang mit der angestrebten Tätigkeit im Arbeitsverhältnis stehen. Dazu gehören insbesondere Fragen zur fachlichen Qualifikation, zum beruflichen Werdegang, zu Einzelheiten der früheren Tätigkeit und zur körperlichen und gesundheitlichen Verfassung, soweit für die künftige Arbeit erforderlich. Selbstverständlich muss der Arbeitgeber die Anforderungen und Bedingungen der ausgeschriebenen Stelle richtig und vollständig darstellen. Er darf **keine irreführenden Angaben** machen. Fragen, die nicht den Arbeitsplatz und die Arbeitsaufgabe im angestrebten Arbeitsverhältnis berühren, sind unzulässig und dürfen falsch beantwortet werden. Unzulässig sind danach insbesondere Fragen, die im Zusammenhang mit den verbotenen Benachteiligungsgründen nach § 1 AGG stehen und nicht nach den §§ 8 bis 10 AGG gerechtfertigt sind. Bei diskriminierenden Fragen hat der Bewerber nicht nur ein „Recht auf Lüge“. Er kann außerdem Schadensersatz- und/oder Entschädigungsansprüche gemäß § 15 AGG geltend machen.

Fragerechte

Zulässigkeit von Fragen

Einstellungsgespräch



3.5.2 Zulässigkeit von Fragen

Im Einzelnen gilt Folgendes:

- Fragen nach den Namen, die Anschrift, die Telefonnummer und die Adresse eines Beschäftigten und/oder eines Bewerbers sind regelmäßig zulässig.
- Personenbezogene Fragen über die fachlichen und persönlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sowie über die Ausbildung und den bisherigen beruflichen Werdegang des Beschäftigten und/oder des Bewerbers sind zulässig zur Feststellung der Eignung des Beschäftigten/Bewerbers für die vorgesehene Tätigkeit.
- Fragen über die rassische und ethnische Herkunft, die Religion oder Weltanschauung, das Geschlecht, das Alter, eine Behinderung, die sexuelle Identität, die Gesundheit, die Vermögensverhältnisse, Vorstrafen oder laufende Ermittlungsverfahren werden in der Regel nur dann zulässig sein, wenn eine entsprechende berufliche Anforderung dies verlangt (d. h. eine Rechtfertigung nach § 8 AGG gegeben wäre).

Beachte

Der Bewerber ist noch kein Arbeitnehmer. Arbeitnehmerrechte, die zu schützen sind, gibt es noch nicht. Schutz im Rahmen der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses ist deshalb in erster Linie allgemeiner Persönlichkeitsschutz, im öffentlichen Dienst insbesondere Konkurrentenschutz gemäß Art. 33 Abs. 2 GG, Diskriminierungsschutz gemäß AGG und Datenschutz.

In der modernen, digitalen Arbeitswelt wird vor allem der Datenschutz immer wichtiger. In dieser Hinsicht entstehen derzeit eine Reihe neuer Gesetze und Gesetzesvorhaben: Am 25.05.2016 ist die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) in Kraft getreten. Nach einer zweijährigen Übergangszeit ist die DSGVO ab 25.05.2018 in der gesamten EU endgültig anwendbar. Zu diesem Gesetz hat der Bund am 30.06.2017 ein Gesetz zur Anpassung des (nationalen) Datenschutzrechts an die DSGVO beschlossen. Hiernach wurde vor allem das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) umfassend geändert und an das neue europäische Recht angepasst. Es tritt größtenteils mit Anwendbarkeit der DSGVO am 25.05.2018 in Kraft. Auch die Länder passen derzeit ihre Landesdatenschutzgesetze an das neue europäische Datenschutzrecht an. Zur Änderung und Anpassung des Bayerischen Datenschutzgesetzes (BayDSG) hat die Bayerische Staatsregierung mit Beschluss vom 04.10.2017 einen Gesetzesentwurf beschlossen. Die danach geplanten Neuregelungen werden voraussichtlich auch am 25.05.2018 in Kraft treten.

Mit der DSGVO soll ein harmonisiertes gesetzliches Rahmenwerk für den Datenschutz in der Europäischen Union etabliert werden. Die umfangreichen Anforderungen und Pflichten der neuen DSGVO für Verantwortliche (Arbeitgeber) führen zu einem grundlegenden Paradigmenwechsel. Dies betrifft insbesondere auch öffentliche Dienststellen, die Arbeitnehmer und Beamte beschäftigen. Erfasst sind alle Phasen eines Beschäftigungsverhältnisses, insbesondere auch die Personalauswahl. Naturgemäß erhebt der Arbeitgeber eine Vielzahl von Daten im Rahmen der Personalauswahl. Diese Datenerhebung und die danach gegebenenfalls folgende weitere Datenverarbeitung müssen rechtmäßig, insbesondere erforderlich und verhältnismäßig sein (siehe dazu Art. 5 und 6 ff. DSGVO). Rechtmäßig ist die Datenerhebung und Datenverarbeitung vor allem dann, wenn der Arbeitgeber ein schutzwürdiges Interesse an den Bewerberdaten hat. Unzulässige Fragen sind danach automatisch auch unrechtmäßige Datenerhebungen. Zudem hat der Arbeitgeber in der Anbahnungsphase die Pflicht, Bewerber über ihre neuen Rechte zu informieren (Art. 13, 14 DSGVO). Setzt der Arbeitgeber Technik ein, kommen weitere neue Pflichten hinzu (siehe Art. 24 ff. DSGVO).

Besonders kontrovers diskutiert wurde stets die Frage nach einer bestehenden oder möglichen **Schwangerschaft**. Dabei wird der Einfluss des EU-Rechts und der Rechtsprechung des EuGH auf das nationale Recht deutlich. Nach der früheren Rechtsprechung des BAG war die Frage nach der Schwangerschaft generell zulässig. Nach der aktuellen BAG-Rechtsprechung ist die Frage, ob eine Bewerberin schwanger ist, wegen der damit verbundenen Geschlechtsdiskriminierung zumindest bei unbefristeten Verträgen generell unzulässig. Insoweit hat sich das BAG nunmehr der Rechtsprechung des EuGH angeschlossen, wonach diese Frage in der Regel immer unzulässig ist.

Fragen zur
Schwangerschaft

Nach aktueller Rechtsprechung gilt, dass die Frage des Arbeitgebers nach einer Schwangerschaft vor der geplanten unbefristeten Einstellung einer Frau regelmäßig gegen § 7 AGG verstößt. Das gilt auch dann, wenn die Frau die vereinbarte Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Verbotes zunächst nicht aufnehmen kann.

Merke

Zwar hat der Arbeitgeber im Hinblick auf die finanziellen Belastungen und die Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz ein erhebliches Interesse daran zu erfahren, ob die Bewerberin schwanger ist. Die Frage nach der Schwangerschaft kann aber naturgemäß nur weibliche Bewerberinnen treffen, sodass sie mit dem geschlechtsbezogenen **Diskriminierungsverbot** aus § 7 AGG unvereinbar ist. Dies gilt auch dann, wenn der tatsächlichen Beschäftigung Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz entgegenstehen. Das Beschäftigungshindernis ist in diesen Fällen vorübergehender Natur und führt nicht zu einer dauerhaften Störung des Vertragsverhältnisses.

Fragen nach Schwerbehinderung

Problematisch ist auch die Frage nach dem Bestehen einer **Schwerbehinderung oder einer Gleichstellung** geworden. Diese Frage wurde bislang für zulässig angesehen. Aufgrund gesetzlicher Pflichten sei der Arbeitgeber berechtigt, nach der Schwerbehinderteneigenschaft oder einer Gleichstellung zu fragen. Nach dem Inkrafttreten des AGG dürfte die Frage nach der Schwerbehinderung (oder generell Behinderung) nicht mehr uneingeschränkt zulässig sein. Die Frage wird wohl nur noch dann zulässig sein, wenn eine unterschiedliche Behandlung wegen der Schwerbehinderung/Behinderung nach dem AGG ausnahmsweise zulässig ist. Dazu hat der Arbeitgeber im Rahmen seiner Offenbarungspflicht konkrete Angaben zur auszuübenden Tätigkeit zu machen. Im Übrigen muss der Bewerber eine Frage nach dem Vorliegen einer Schwerbehinderung/Behinderung nicht mehr wahrheitsgemäß beantworten. Er kann mit Recht schweigen und auch mit Recht die Unwahrheit sagen. Der Bewerber muss nicht von sich aus auf seine Schwerbehinderung/Behinderung hinweisen, es sei denn, dass er wegen seiner Behinderung die Arbeit nicht leisten kann. Insoweit muss auch der Bewerber auf seine Offenbarungspflicht achten.

Beachte

Behinderte Menschen sind besonders geschützt, zum einen allgemein nach dem AGG und zum anderen in besonderen Fällen (bei Schwerbehinderung und Gleichstellung) nach dem SGB IX. Das SGB IX beinhaltet besondere Pflichten für Arbeitgeber, die unbedingt zu beachten sind (insbesondere §§ 163 ff. SGB IX). Verletzt der Arbeitgeber diese Pflichten, so führt dies meist auch zu einem Verstoß gegen das AGG (Benachteiligung behinderter Menschen). Bewirbt sich beispielsweise ein schwerbehinderter Mensch bei einem öffentlichen Arbeitgeber um eine zu besetzende Stelle, so hat dieser ihn nach § 165 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, sofern dem schwerbehinderten Menschen die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt. Unterlässt der öffentliche Arbeitgeber die Einladung zum Vorstellungsgespräch, liegt darin in der Regel eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Behinderung, wenn dem Arbeitgeber die Schwerbehinderung des Stellenbewerbers oder der Stellenbewerberin zum Zeitpunkt der benachteiligenden Maßnahme bekannt ist oder er diese kennen muss (BAG, Urteil vom 22.10.2015). Stellenbewerber haben darauf im Rahmen ihrer Bewerbung erkennbar hinzuweisen. Ein Verstoß gegen §§ 163 ff. SGB IX löst fast unvermeidlich einen Schadensersatzanspruch gemäß § 15 AGG aus.

Fragen nach Vorstrafen

Die Frage nach Vorstrafen ist nur dann zulässig, wenn und soweit die zu besetzende Arbeitsstelle oder die zu leistende Arbeit dies erfordert. Der Bewerber kann sich als nicht bestraft bezeichnen, wenn die Strafe nach dem **Bundeszentralregistergesetz** (BZRG) nicht in das Führungszeugnis aufzunehmen oder im Register zu tilgen ist (§ 53 BZRG). Zulässig ist auch die Frage nach einem laufenden Ermittlungsverfahren, falls es für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung ist. Ein Arbeitnehmer, der sich um eine Arbeitsstelle bewirbt, muss von sich aus im Rahmen seiner Offenbarungspflicht eine

rechtskräftig verhängte und demnächst zu verbüßende mehrmonatige Freiheitsstrafe bekannt geben.

Der Arbeitnehmer hat die Pflicht, zulässige Fragen **wahrheitsgemäß** zu beantworten. Fahrlässige oder vorsätzliche Falschangaben sind eine Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 BGB. Der Arbeitgeber kann danach einen Schadensersatzanspruch nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB geltend machen. Im Übrigen ist eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB gegeben. Der Arbeitgeber kann den Arbeitsvertrag auch anfechten.

Unzulässige Fragen darf der Arbeitnehmer falsch beantworten, insoweit hat er ein **„Recht auf Lüge“**, sodass der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nicht anfechten kann. Verstößt die Frage gegen das AGG, so ist die Frage automatisch immer auch unzulässig. Selbstverständlich besteht dann auch in diesem Fall ein „Recht auf Lüge“.

Lügt der Arbeitnehmer bei unzulässigen Fragen, liegt zwar eine Täuschung im Sinne des § 123 BGB vor. Diese ist jedoch wegen des „Rechts auf Lüge“ gerechtfertigt, mithin nicht rechtswidrig bzw. nicht arglistig.

„Recht auf Lüge“

Aufbau- und Prüfschema zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

1. Anfechtungsgrund?

- § 123 Abs. 1 BGB: Arglistige Täuschung
- Täuschung? (Frage falsch beantwortet?)
- Arglist? (Recht auf Lüge?)

2. Anfechtungserklärung?

- § 143 BGB: Willenserklärung gegenüber dem Vertragspartner
- Zugang nach § 130 BGB

3. Anfechtungsfrist?

- § 124 Abs. 1 BGB: Binnen Jahresfrist ab Kenntnisnahme
- § 124 Abs. 3 BGB: Höchstfrist beachten

4. Rechtsfolge?

- § 142 BGB: Nichtigkeit von Anfang an
- Besonderheit im Arbeitsrecht: Faktisches Arbeitsverhältnis

Aufbau-/
Prüfschema

3.6 Ärztliche Einstellungsuntersuchung

Um die körperliche Eignung des Bewerbers festzustellen, kann der Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch nach dem **Gesundheitszustand** des Bewerbers fragen, soweit diese Frage im Zusammenhang mit der auszuübenden Tätigkeit erforderlich ist. Daneben kann der Gesundheitszustand eines Bewerbers aber auch durch eine ärztliche Einstellungsuntersuchung festgestellt werden. Eine solche Untersuchung ist generell zulässig, soweit der Bewerber zustimmt und sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Eine ausdrückliche Erstuntersuchung ordnet § 32 JArbSchG für Jugendliche an, die in das Berufsleben eintreten. Der TVöD sieht vor der Einstellung keine ärztliche Untersuchung vor. Allerdings ist der öffentliche Arbeitgeber nach Art. 33 Abs. 2 GG berechtigt und verpflichtet, auch die körperliche Eignung festzustellen. Insofern sind Eingangsuntersuchungen gerade im öffentlichen Dienst problemlos zulässig.

Einstellungs-
untersuchung

Der ärztliche Untersuchungsgegenstand darf grundsätzlich nicht umfassender sein als das zulässige Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Gesundheitszustand des Bewerbers. Die Einstellungsuntersuchung kann sich im Übrigen nur auf solche medizinischen Feststellungen erstrecken, an denen der Arbeitgeber im Hinblick auf den zu besetzenden Arbeitsplatz ein billigenswertes und schutzwürdiges Interesse hat.

Beachte

Verstößt die (unzulässige) Frage nach dem Gesundheitszustand auch gegen das AGG, d. h., ist bzw. wirkt die Frage (z. B. wegen des Merkmals Behinderung) diskriminierend nach §§ 1, 7 AGG, so kommen die Rechtsfolgen nach dem AGG in Betracht, insbesondere Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 15 AGG.

3.7 Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretung

Beteiligung des Betriebsrats

Existiert im Betrieb ein Betriebsrat, kann der Betriebsrat verlangen, dass die Ausschreibung **betriebsintern** erfolgt (§ 93 BetrVG). Dieses Verhalten hindert den Arbeitgeber aber nicht an einer gleichzeitigen externen Ausschreibung, die dann keine anderen Anforderungen enthalten darf als die interne Stellenausschreibung. Einen Einstellungsanspruch haben interne Bewerber in diesem Fall nicht. Der Arbeitgeber hat allerdings darauf zu achten, dass die **internen Bewerber** die gleichen Chancen haben wie die **externen Bewerber**. Wenn der Arbeitgeber trotz Verlangens des Betriebsrats keine interne Ausschreibung unternimmt, kann der Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG die Zustimmung zur Einstellung verweigern. Für die Arbeitnehmervertretung besteht im Übrigen gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG eine Überwachungspflicht hinsichtlich der Einhaltung aller diskriminierungsschutz- und datenschutzrechtlichen Bestimmungen.

Werden Richtlinien zur Bewerberauswahl festgelegt, sind die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertretung zu beachten. Nach § 95 Abs. 1 BetrVG bedürfen Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen der Zustimmung des Betriebsrats. Der Betriebsrat hat hier allerdings kein Initiativrecht. In Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern kann der Betriebsrat die Aufstellung von **Auswahlrichtlinien** verlangen (§ 95 Abs. 2 Satz 1 BetrVG). In diesem Fall hat der Betriebsrat ein Initiativrecht. Bei fehlender Einigung mit dem Arbeitgeber entscheidet die Einigungsstelle (§ 95 Abs. 2 Sätze 2 und 3, s. a. § 76 Abs. 5 BetrVG).

Der Arbeitgeber kann diesem Interessenwiderstreit bereits dadurch wirksam begegnen, dass er sog. Einstellungsfragebögen verwendet. Diese bedürfen aber der Zustimmung des Betriebsrats (§ 94 Abs. 1 BetrVG). Entsprechendes gilt für persönliche Angaben in allgemein verwendeten schriftlichen Arbeitsverträgen sowie für die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze (§ 94 Abs. 2 BetrVG).

Beteiligung des Personalrats

Nach Art. 75 Abs. 4 Nr. 10 BayPVG hat der Personalrat mitzubestimmen über den Inhalt von Personalfragebögen; nach Art. 75 Abs. 4 Nr. 13 BayPVG besteht ein Mitbestimmungsrecht beim Erlass von Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen. Das Verfahren richtet sich jeweils nach Art. 70 BayPVG. Ein Initiativrecht besteht nicht. Nach Art. 69 Abs. 1 BayPVG hat der Personalrat auch dafür zu sorgen, dass die Vorschriften zum Schutz vor Diskriminierung und Datenschutz eingehalten und durchgeführt werden.

Kontrollfragen

11. Welche Fragen sind bei der Einstellung im Allgemeinen zulässig, welche nicht?
12. Ist die Frage nach einer AIDS-Infektion bei der Einstellung zulässig?
13. Hat der Arbeitnehmer eine Aufklärungspflicht bei einem Vorstellungsgespräch?
14. Beurteilen Sie folgende Ausschreibung nach dem AGG: „Die Stadtbau GmbH sucht junge dynamische Mitarbeiter für anspruchsvolle Tätigkeit als Manual-Cleaning-Manager. Das Mindestgehalt für die Vollzeitstelle beträgt € 3.000,- brutto bei einer 40-Stunden-Woche.“
15. Sind folgende Formulierungen in Anzeigen diskriminierend?
 - a) Schlosser (m/w) mit langer Berufserfahrung gesucht.
 - b) Leiter der Vertriebsabteilung (m/w) gesucht. Idealerweise haben Sie als Bewerber als Reserve-Offizier (m/w) Erfahrung gesammelt.
 - c) Bauhelfer mit hervorragenden Deutschkenntnissen gesucht.
 - d) Volljurist (m/w) mit zwei Jahren Berufserfahrung für Rechtsabteilung gesucht.

Lösungen siehe Seiten 286 bis 287