





# Grundzüge des Arbeitsrechts

Band I  
Arbeitsvertragsrecht

Von  
Professor Dr. Hilmar Götz

3., völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage

R. Oldenbourg Verlag München Wien

## **Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme**

**Götz, Hilmar:**

Grundzüge des Arbeitsrechts / von Hilmar Götz. - München :  
Wien : Oldenbourg.

Bd. 1. Arbeitsvertragsrecht. - 3., völlig neubearb. und erw.

Aufl. - 1996

ISBN 3-486-23246-0

© 1996 R. Oldenbourg Verlag

Rosenheimer Straße 145, D-81671 München

Telefon: (089) 45051-0, Internet: <http://www.oldenbourg.de>

Das Werk einschließlich aller Abbildungen ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Bearbeitung in elektronischen Systemen.

Gedruckt auf säure- und chlorfreiem Papier

Satz: Falkner GmbH, Inning/A.

Bindung: R. Oldenbourg Graphische Betriebe GmbH, München

ISBN 3-486-23246-0

# Inhaltsverzeichnis

<b>Kapitel 1: Parteien des Arbeitsvertrages</b> .....	1
1. Arbeitnehmer .....	1
1.1 Begriff des Arbeitnehmers .....	1
1.2 Einteilung der Arbeitnehmer .....	6
1.21 Arbeiter und Angestellte .....	6
1.22 Berufliche Gliederung .....	11
2. Arbeitgeber .....	13
<b>Kapitel 2: Begründung des Arbeitsverhältnisses</b> .....	15
1. Abschluß des Arbeitsvertrages .....	15
2. Form des Arbeitsvertrages .....	21
3. Inhalt des Arbeitsvertrages .....	23
4. Beteiligung des Betriebsrates bei der Einstellung und Eingruppierung .....	26
5. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Arbeitsvertrages .....	31
<b>Kapitel 3: Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers</b> .....	37
1. Rechtliche Grundlagen .....	37
2. Pflichten des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag .....	40
2.1 Arbeitspflicht des Arbeitnehmers .....	40
2.11 Persönliche Verpflichtung des Arbeitnehmers .....	40
2.12 Art, Umfang und Ort der Arbeit .....	41
2.121 Art der zu leistenden Arbeit .....	41
2.122 Umfang der zu leistenden Arbeit .....	43
2.122.1 Grundbegriffe .....	43
2.122.2 Arbeitszeitschutz .....	45
2.122.3 Arbeitszeitgestaltung .....	51
2.122.4 Vorübergehende Änderung der Arbeitszeit .....	55
2.122.5 Besondere Arbeitszeitsvorschriften für einzelne Personengruppen .....	57
2.123 Ort der Arbeit .....	58
2.13 Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht .....	60
2.131 Erholungsurlaub .....	60
2.131.1 Gesetzliche Regelung .....	60
2.131.2 Vertragliche Regelung .....	68
2.132 Erziehungsurlaub .....	70
2.14 Verletzung der Arbeitspflicht .....	74
2.2 Nebenpflichten des Arbeitnehmers .....	77
3. Pflichten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag .....	81
3.1 Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers .....	81
3.2 Vergütungspflicht des Arbeitgebers .....	82
3.21 Grundlagen .....	82
3.22 Arbeitsvergütung ohne Arbeitsleistung .....	88
3.221 Regelmäßig wiederkehrende Arbeitsunterbrechungen .....	88

3.222	Unregelmäßig auftretende Arbeitsunterbrechungen .....	89
3.222.1	Annahmeverzug des Arbeitgebers .....	89
3.222.2	Nachträgliche Unmöglichkeit der Arbeit .....	92
3.222.3	Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers infolge Krankheit .....	94
3.222.4	Schwangerschaft und Mutterschaft .....	102
3.222.5	Andere persönliche Verhinderungsgründe .....	104
3.222.6	Betriebsstörungen, Absatzstörungen, arbeitskampfbedingte Störungen in mittelbar betroffenen Betrieben .....	107
3.23	Verletzung der Vergütungspflicht .....	113
3.24	Schutz der Vergütung .....	114
3.3	Nebenpflichten des Arbeitgebers .....	117
3.31	Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers .....	118
3.32	Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers .....	120
3.33	Schutz der in den Betrieb eingebrachten Sachen des Arbeitnehmers .....	122
4.	Nebentätigkeit des Arbeitnehmers .....	125
<b>Kapitel 4: Haftung im Arbeitsverhältnis .....</b>		<b>129</b>
1.	Haftung des Arbeitgebers .....	129
1.1	Haftung des Arbeitgebers für Schäden des Arbeitnehmers .....	129
1.11	Haftung für unfallbedingte Schäden des Arbeitnehmers .....	129
1.111	Personenschaden .....	129
1.112	Sachschaden .....	133
1.12	Haftung für sonstige Schäden des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses .....	135
1.2	Haftung des Arbeitgebers für Schäden Dritter, die von seinen Mitarbeitern verursacht wurden .....	135
1.21	Haftung für Erfüllungsgehilfen .....	136
1.22	Haftung für Verrichtungsgehilfen .....	137
2.	Haftung des Arbeitnehmers .....	139
2.1	Haftung des Arbeitnehmers für Schäden am Eigentum des Arbeitgebers .....	139
2.11	Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung .....	139
2.12	Vereinbarungen über Haftungserleichterung und Haftungsverschärfung .....	142
2.2	Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Betriebsangehörigen ....	143
2.3	Haftung des Arbeitnehmers gegenüber betriebsfremden Dritten .....	144
<b>Kapitel 5: Recht am Arbeitsergebnis .....</b>		<b>147</b>
1.	Vom Arbeitnehmer hergestellte neue Gegenstände .....	147
2.	Immaterielle schöpferische Leistungen des Arbeitnehmers .....	148
2.1	Arbeitnehmererfindungen .....	148
2.11	Patent- und gebrauchsmusterfähige Diensterfindungen .....	149
2.12	Freie Erfindungen .....	155
2.2	Urheberrechtlich geschützte Werke .....	158
2.21	In Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten geschaffene Werke ...	158
2.22	Arbeitsvertraglich nicht geschuldete Werke .....	164
2.3	Darbietungen ausübender Künstler .....	164
2.4	Geschmacksmusterfähige Werke .....	166
2.5	Technische und sonstige Verbesserungsvorschläge .....	167

<b>Kapitel 6: Beendigung des Arbeitsverhältnisses</b> .....	171
1. Beendigung durch Kündigung .....	171
1.1 Kündigungserklärung .....	171
1.2 Ordentliche Kündigung .....	180
1.21 Kündigungsfristen .....	180
1.211 Gesetzliche Kündigungsfristen .....	180
1.212 Vereinbarte Kündigungsfristen .....	181
1.22 Allgemeiner Kündigungsschutz .....	183
1.221 Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes .....	183
1.222 Unwirksamkeit der Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz .....	184
1.223 Arbeitsgerichtliches Kündigungsschutzverfahren .....	197
1.224 Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses .....	200
1.23 Besonderer Kündigungsschutz .....	205
1.24 Massentlassungsschutz .....	207
1.3 Außerordentliche Kündigung .....	209
1.4 Änderungskündigung .....	216
2. Beendigung durch Aufhebungsvertrag .....	220
3. Beendigung durch Zeitablauf oder Zweckerreichung .....	223
4. Sonstige Beendigungsmöglichkeiten .....	230
5. Pflichten bei Beendigung und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....	232
5.1 Ausgleichsquittung .....	233
5.2 Zeugnis .....	235
5.3 Wettbewerbsverbot .....	241
5.4 Sonstige Pflichten .....	251
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	254
<b>Quellennachweis</b> .....	259
<b>Sachverzeichnis</b> .....	275



## **Vorwort zur 3. Auflage**

Die 3. Auflage entspricht in Gliederung und Inhalt weitgehend den früheren Auflagen. Hinzugekommen ist das 5. Kapitel über das Recht am Arbeitsergebnis. Die übrigen Kapitel sind gründlich überarbeitet, an vielen Stellen auch erweitert worden. Gesetzgebung und Rechtsprechung sind bis Mai 1996 berücksichtigt.

Die 3. Auflage gibt wie die Voraufgaben einen Überblick über die Grundzüge des Arbeitsvertragsrechtes. Sie informiert über die Begründung des Arbeitsverhältnisses, über die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, über die Haftung im Arbeitsverhältnis, über das Recht am Arbeitsergebnis und über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Das Arbeitnehmerschutzrecht ist nur soweit berücksichtigt, wie es dem Arbeitgeber nicht nur öffentlichrechtliche Schutzpflichten, sondern auch entsprechende Vertragspflichten gegenüber dem Arbeitnehmer auferlegt.



# Kapitel 1:

## Parteien des Arbeitsvertrages

### 1. Arbeitnehmer

#### 1.1 Begriff des Arbeitnehmers

**1 Begriffsbestimmung in Rechtsprechung und Schrifttum.** Eine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffes im Arbeitsrecht fehlt. Die arbeitsrechtlichen Einzelgesetze setzen den Arbeitnehmerbegriff voraus; auch die einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag verwenden den Arbeitnehmerbegriff, ohne ihn zu erläutern (so in den §§ 611a Abs. 1, 612 Abs. 3, 612a, 613a Abs. 1 und Abs. 4 BGB).

Der Begriff des Arbeitnehmers mußte deshalb von der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung entwickelt und abgegrenzt werden; über Inhalt und Umfang besteht heute weitgehend Einigkeit (1.01).

**2 Begriffsmerkmale.** Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts sind nach herrschender Ansicht Personen, die

- aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages (oder eines ihm gleichgestellten Rechtsverhältnisses)
- zur Leistung von Arbeit
- im Dienste eines anderen

verpflichtet sind. Arbeitnehmer können nur natürliche Personen sein, nicht juristische Personen.

**3 Privatrechtlicher Vertrag.** Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages tätig wird. Der Vertrag ist konstitutiver Tatbestand für die Arbeitnehmereigenschaft. Der Hinweis auf den privatrechtlichen Vertrag soll verdeutlichen, daß der Arbeitnehmer sich freiwillig in den Dienst eines anderen begeben hat und daß auch der Arbeitgeber den Willen zur Beschäftigung haben muß (1.02). Wegen dieses Merkmals fallen die Beamten nicht unter das Arbeitsrecht, weil sie in einem öffentlichrechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, das den besonderen Regeln des Beamtenrechts unterliegt. Ihr Dienstverhältnis beruht zudem nicht auf einem Vertrag, sondern auf einem Verwaltungsakt. Auch Soldaten sind keine Arbeitnehmer; sie stehen in einem Wehrdienstverhältnis (§ 1 Abs. 1 SoldatG), das durch einen Hoheitsakt begründet wird. Entsprechendes gilt für Kriegsdienstverweigerer, die statt des Wehrdienstes einen Zivildienst außerhalb der Bundeswehr leisten (§§ 19, 25, 42 ZDG). Weil die vertragliche Grundlage fehlt, zählen ferner folgende Personen nicht zu den Arbeitnehmern, obwohl sie Arbeit leisten: die im Strafvollzug beschäftigten Strafgefangenen; die Insassen von Heil- und Pflegeanstalten; Fürsorgezöglinge. Aus dem gleichen Grunde ist derjenige, der für einen anderen ohne oder gegen dessen Willen tätig wird, kein Arbeitnehmer (dann aber u.U. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677ff. BGB). Schließlich werden i.d.R. auch die mitarbeitenden

Familienangehörigen (= Ehegatten, Kinder) nicht zu den Arbeitnehmern gerechnet, weil für diesen Personenkreis nach den Vorschriften des Familienrechts eine besondere gesetzliche Regelung der Mitarbeit in den §§ 1353 Abs. 1 Satz 2 und 1619 BGB besteht (doch kann zwischen Ehegatten bzw. Eltern und Kindern auch ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden; die steuerrechtliche Anerkennung eines solchen Vertrages setzt klare und eindeutige Vereinbarungen über das Arbeitsverhältnis sowie den tatsächlichen Vollzug des Arbeitsverhältnisses entsprechend den Vereinbarungen voraus, insbesondere die Einrichtung eines Lohnkontos, die Vornahme des Steuerabzuges vom Arbeitslohn, die Abführung der einbehaltenen Lohnsteuer an das Finanzamt).

In der Regel wird das Arbeitsverhältnis durch Vertrag begründet. Der Hinweis „auf dem Arbeitsvertrag gleichgestellte Rechtsverhältnisse“ besagt, daß auch dann die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen ist, wenn der Arbeitsvertrag zwar nichtig ist, weil er z.B. gegen eine Formvorschrift verstößt, aber tatsächlich Arbeit geleistet worden ist (sog. faktisches Arbeitsverhältnis, siehe hierzu Rz 34).

**4 Leistung von Arbeit.** Arbeitnehmer ist, wer sich verpflichtet hat, Arbeit zu leisten. Gegenstand des Arbeitsvertrages ist eine bestimmte Tätigkeit, z.B. die Arbeit als Schlosser, als Buchhalter usw., die während der vereinbarten Arbeitszeit in Person (höchstpersönlich) auszuüben ist. Entscheidend ist die Leistung von Arbeit, nicht der Arbeitserfolg. Dadurch unterscheidet sich der Arbeitsvertrag vom Werkvertrag, bei dem die Pflicht zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, eines bestimmten Arbeitsergebnisses, im Vordergrund steht.

Der Begriff der Arbeit ist nicht im physikalischen Sinne, sondern wirtschaftlich zu verstehen. Es gehört jede Art von Tätigkeit dazu, die im Wirtschaftsleben als Arbeit bezeichnet oder anerkannt wird. Geistige Betätigung ist ebenso Arbeit wie das rein passive Verhalten eines Malermodells (1.03). Auch Arbeitsbereitschaft ist Arbeit, weil die Verpflichtung besteht, ständig am Arbeitsplatz anwesend zu sein und den Arbeitsablauf zu beobachten, um im Bedarfsfall sofort eingreifen zu können. Immer muß es sich um menschliche Arbeit handeln; die Arbeit eines Industrieroboters fällt nicht unter das Arbeitsrecht.

Nicht als Arbeit wird die spielerische und sportliche Betätigung angesehen, sofern sie um ihrer selbst willen erfolgt. Anders ist es, wenn die sportliche Betätigung, wie die eines Profi-Fußballspielers oder Trainers, im Rahmen eines Vertragsverhältnisses ausgeübt wird (1.04).

**5 Arbeit im Dienste eines anderen.** Arbeitnehmer ist, wer nicht selbst als Unternehmer oder im Rahmen eines freien Berufes Dienstleistungen auf dem Markt anbietet, sondern seine Arbeitskraft einem anderen zur Verfügung stellt, der sie als Arbeitgeber für seine Zwecke einsetzt. Der Arbeitnehmer leistet also unselbständige Arbeit. Man spricht in diesem Zusammenhang von der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers.

Die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers ist nicht zu verwechseln mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit. In der Regel wird der Arbeitnehmer auch wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig sein, doch ist dieser Umstand nicht für die Arbeitnehmereigenschaft entscheidend. Ein Arbeitnehmer, der über eigenes Vermögen verfügt oder aber nur eine Nebenbeschäftigung ausübt, ist nicht notwendigerweise von seinem Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig.

Die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers ist kein festumrissener Tatbestand, sondern ein Sachverhalt, der durch eine Reihe von Merkmalen bestimmt wird, die jedoch nicht sämtlich vorzuliegen brauchen (1.05). Zu diesen Merkmalen gehören:

- die Eingliederung in den Betrieb (oder Haushalt) des Arbeitgebers. Anhaltspunkte hierfür sind u.a. die Unterordnung unter einen vorgegebenen Produktions- bzw. Arbeitsplan, die Bindung an feste Arbeitszeiten und an einen bestimmten Arbeitsplatz, die ausgeübte Arbeitskontrolle (durch den Arbeitgeber oder einen Vorgesetzten), die Notwendigkeit, mit anderen Arbeitnehmern zusammenarbeiten zu müssen, die Arbeit mit Werkstoffen und Betriebsmitteln, die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden (1.06).
- die Weisungsgebundenheit. Sie ergibt sich aus dem Recht des Arbeitgebers, Art, Zeit und Ort der zu leistenden Arbeit zu bestimmen. Weisungsgebundenheit liegt nicht nur vor, wenn der Arbeitgeber sämtliche Einzelheiten der Arbeit festlegt. Es kann die fachliche Weisungsgebundenheit fehlen (Beispiele: Chefarzt, angestellter Lehrer) und dennoch die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen sein (1.07); selbst wenn eine Weisungsgebundenheit nach Zeit und Ort der Arbeit nicht besteht (Beispiel: Mitarbeiter von Rundfunk und Fernsehen im geistigen und künstlerischen Bereich), kann der Status eines Arbeitnehmers vorliegen (1.07).
- die nicht vorhandene Dispositionsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft (während der vereinbarten Arbeitszeit) und die daraus resultierende soziale Schutzbedürftigkeit (1.08).

Durch das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit unterscheiden sich die Arbeitnehmer von den Personen, die zwar auch verpflichtet sind, Dienste zu leisten, die aber im wesentlichen ihre Tätigkeit frei gestalten und ihre Arbeitszeit selbst bestimmen können, wie z.B. die freien Mitarbeiter; diese werden im Rahmen eines freien Dienstvertrages tätig. Auch Ärzte, Architekten und Rechtsanwälte, soweit sie zur Leistung von Diensten verpflichtet sind (z.B. Bauleitung und Bauaufsicht beim Architekten, Prozeßführung beim Anwalt), stehen in keinem Arbeitsverhältnis, sondern in einem freien Dienstverhältnis. Weil sie nicht Arbeit im Dienste eines anderen leisten, sondern als gleichberechtigte Partner zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes zusammenarbeiten, zählen auch folgende Personen nicht zu den Arbeitnehmern: die Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft; die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft; die Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. (Dies schließt nicht aus, daß ein Gesellschafter einer OHG oder einer Gesellschaft des BGB mit seiner Gesellschaft neben dem Gesellschaftsvertrag einen Arbeitsvertrag vereinbart). Auch die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft sind keine Arbeitnehmer (1.09); sie üben das Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern der Gesellschaft aus, vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außegerichtlich (§ 78 Abs. 1 AktG, § 24 Abs. 1 GenG) und haben die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten (§ 76 Abs. 1 AktG, § 27 Abs. 1 Satz 1 GenG). Gleiches gilt für die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 35 Abs. 1 GmbHG); sie sind zwar nach dem Gesetz – anders als die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft – gegenüber den Gesellschaftern weisungsgebunden (§ 37 Abs. 1 GmbHG), doch besteht eine Weisungsgebundenheit nur bei Fremdgeschäftsführern, die nicht am Kapital der Gesellschaft beteiligt sind. Ist der Geschäftsführer hingegen gleichzeitig Gesellschafter und trägt sein Anteil am Stammkapital mindestens 50%, oder ist für die Beschlußfassung eine qualifizierte Mehrheit erforderlich und besitzt der Geschäftsführer eine Sperrminorität, liegt grundsätzlich keine persönliche Abhängigkeit vor. Selbst der Fremdgeschäftsführer einer GmbH kann persönlich unabhängig sein, wenn ihm tatsächlich keine Weisungen von der Gesellschafterver-

sammlung hinsichtlich der Geschäftspolitik erteilt werden oder wenn er aufgrund seiner Branchenkenntnisse die Gesellschaft praktisch alleine leitet. Möglich ist allerdings, daß Vorstandsmitglieder einer konzernabhängigen Aktiengesellschaft oder Geschäftsführer einer konzernabhängigen GmbH Arbeitnehmer eines anderen Konzernunternehmens sind, weil konzernrechtlich eine Weisungsgebundenheit besteht (§§ 308, 323 AktG).

**6 Weitere Anhaltspunkte.** Neben den Begriffsmerkmalen privatrechtlicher Vertrag, Leistung von Arbeit und persönliche Abhängigkeit können im Zweifelsfall folgende Umstände als Anhaltspunkte dafür dienen, daß ein Arbeitsverhältnis vorliegt:

- Es werden Tätigkeiten ausgeführt, die üblicherweise Arbeitnehmern übertragen werden.
- Es werden die typischen Arbeitgeberleistungen gewährt: Zeitlohn oder Leistungslohn, Überstundenvergütung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub.
- Die Bezahlung erfolgt nach Tarif bzw. nach den ortsüblichen Sätzen.
- Der Betrieb führt Steuern und Sozialabgaben ab.
- Die Vergütung wird als Aufwand bzw. Betriebsausgabe verbucht.
- Es sind Betriebs- und Disziplinarstrafen vereinbart.

Aus diesen Umständen sind aber keine zwingenden Schlußfolgerungen auf ein Arbeitsverhältnis möglich.

Demgegenüber ist es ohne Bedeutung für den Begriff des Arbeitnehmers, daß die Arbeit gegen Entgelt geleistet wird (1.10). Die meisten Arbeitnehmer arbeiten zwar gegen Entgelt, es kann aber auch jemand ohne Entgelt als Arbeitnehmer beschäftigt werden, z.B. als Volontär. Ferner ist nicht erforderlich, daß die Arbeit berufsmäßig ausgeübt wird (1.11); auch der Werkstudent, der sich die Mittel zu seiner Ausbildung in einem anderen Beruf verdient, oder die nebenberuflich Tätigen sind Arbeitnehmer. Keine Rolle spielt außerdem die Dauer der Tätigkeit; es gibt Eintags-Arbeitsverhältnisse, z.B. der für einen Feiertag im Ausflugslokal beschäftigte Aushilfskellner (1.12). Erst recht sind Teilzeitarbeitsverhältnisse echte Arbeitsverhältnisse (1.13). Unerheblich ist auch, ob die Arbeit innerhalb oder außerhalb der Betriebsstätte geleistet wird; auch Handlungsreisende, Zeitungsaussträger sind Arbeitnehmer (1.14). Gleichgültig ist schließlich die Art der Tätigkeit, ob eine körperliche oder geistige Tätigkeit ausgeübt wird; auch ein Chefarzt kann Arbeitnehmer sein (1.15).

**7 Arbeitnehmerähnliche Personen.** Keine Arbeitnehmer sind die arbeitnehmerähnlichen Personen. Das sind Personen, die eine persönliche Leistung erbringen, dabei Zeit und Art der Ausführung selbst bestimmen können, wirtschaftlich jedoch von einem Auftraggeber abhängig sind und deshalb des sozialen Schutzes bedürfen. Arbeitnehmerähnliche Personen werden im allgemeinen aufgrund von Dienst- oder Werkverträgen tätig. Anders als die Arbeitnehmer sind die arbeitnehmerähnlichen Personen nicht persönlich abhängig von einer anderen Person (keine Bindung an feste Arbeitszeiten und an einen bestimmten Arbeitsplatz, freie Gestaltung der Tätigkeit). Von den freien Mitarbeitern unterscheiden sie sich durch ihre wirtschaftliche Abhängigkeit und Schutzbedürftigkeit.

Eine persönliche Leistung liegt vor, wenn die geschuldete Leistung im wesentlichen durch den Einsatz der eigenen Arbeitskraft erbracht wird. Die gelegentliche Mitarbeit von Arbeitnehmern ist unbeachtlich.

Wirtschaftliche Abhängigkeit besteht, wenn die Tätigkeit – zeitlich gesehen – überwiegend für eine Person erfolgt oder wenn im Durchschnitt mehr als die Hälfte der Erwerbseinkünfte von nur einer Person stammt.

Soziale Schutzbedürftigkeit ist gegeben, wenn die wirtschaftliche Existenz einer Person ausschließlich vom Einsatz der eigenen Arbeitskraft abhängt, d.h. wenn außer dem Arbeitseinkommen keine anderen Einkünfte (z.B. Vermögenserträge) zur Daseinsvorsorge zur Verfügung stehen.

Zu den arbeitnehmerähnlichen Personen gehören beispielsweise: Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende und ihnen gleichgestellte Personen (siehe hierzu § 1 HAG); Handelsvertreter, wenn sie vertraglich nicht für weitere Unternehmer tätig werden dürfen oder wenn dies nach Art und Umfang ihrer Tätigkeit nicht möglich ist (sog. Einfirmentreter, § 92a Abs. 1 HGB); Versicherungsvertreter unter den Voraussetzungen des § 92a Abs. 2 HGB. Das Tarifvertragsgesetz zählt zu den arbeitnehmerähnlichen Personen auch Künstler, Schriftsteller und Journalisten sowie Personen, die an der technischen Gestaltung künstlerischer, schriftstellerischer oder journalistischer Leitungen unmittelbar mitwirken (z.B. technische Mitarbeiter bei Rundfunk und Fernsehen), vorausgesetzt, daß mindestens ein Drittel der Erwerbseinkünfte von nur einer Person stammt (§ 12a Abs. 3 TVG).

Grundsätzlich ist, abgesehen vom Heimarbeitsgesetz für Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende und ihnen gleichgestellte Personen, das Arbeitsrecht auf arbeitnehmerähnliche Personen nicht anwendbar, es sei denn, daß einzelne Gesetze ausdrücklich die arbeitnehmerähnlichen Personen in ihren Geltungsbereich einbeziehen.

So haben nach § 2 Satz 2 i.V. mit § 1 BUrlG arbeitnehmerähnliche Personen einen gesetzlichen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Bei Rechtsstreitigkeiten zwischen arbeitnehmerähnlichen Personen und ihren Vertragspartnern sind die Gerichte für Arbeitssachen zuständig (§ 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 ArbGG). Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende und ihnen gleichgestellte Personen gelten als Arbeiter i.S. des Betriebsverfassungsgesetzes, sofern sie in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten (§ 6 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Sie haben im Krankheitsfall gegen ihren Auftraggeber einen Anspruch auf Zahlung eines Zuschlags zum Arbeitsentgelt (§ 10 EFZG); für Feiertage besteht ein Anspruch auf Feiertagsbezahlung (§ 11 EFZG). Die Ansprüche der in Heimarbeit Beschäftigten und der ihnen gleichgestellten Personen auf Vergütung sind im Fall der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Auftraggebers Masseschulden bzw. bevorrechtigte Konkursforderungen (§§ 59 Abs. 1 Nr. 3a, 61 Abs. 1 Nr. 1a KO).

Wegen der sozialen Schutzbedürftigkeit der arbeitnehmerähnlichen Personen können aber einzelne arbeitsrechtliche Vorschriften entsprechend angewendet werden (1.16).

Beispielsweise haben arbeitnehmerähnliche Personen, wenn sie im Rahmen eines Dienstvertrages tätig sind, Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung, wenn sie vorübergehend und ohne eigenes Verschulden aus persönlichen Gründen die versprochenen Dienste nicht leisten können (§ 616 BGB, siehe Rz 147ff.); sie behalten ihren Vergütungsanspruch, wenn der Vertragspartner mit der Annahme der Dienste in Verzug gerät (§ 615 BGB, siehe Rz 127ff.); sie können bei Beendigung des Dienstverhältnisses ein Zeugnis verlangen (§ 630 BGB, siehe Rz 340ff.). Allerdings finden die allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen (siehe Rz 275ff.) auf sie keine Anwendung.

Ferner besteht die Möglichkeit, die Arbeitsbedingungen für arbeitnehmerähnliche Personen (ausgenommen Handelsvertreter) durch Tarifvertrag zu regeln (§ 12a TVG). Für den Einfirmentreter und für den Versicherungsvertreter i.S. des § 92a Abs. 2 HGB kann durch Rechtsverordnung die untere Grenze der ver-

traglichen Leistungen des Unternehmers festgesetzt werden, um die notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse dieser Personen sicherzustellen (§ 92a Abs. 1 und Abs. 2 HGB).

## 1.2 Einteilung der Arbeitnehmer

### 1.21 Arbeiter und Angestellte

**8 Bedeutung.** Die Einteilung der Arbeitnehmer in Arbeiter und Angestellte ist historisch begründet, heute aber weitgehend überholt. Sie ist nur noch von Bedeutung

- für die Wahlen zum Betriebsrat sowie für die Zusammensetzung des Betriebsrates und des Gesamtbetriebsrates

Grundsätzlich wählen die Arbeiter und die Angestellten ihre Vertreter im Betriebsrat in getrennten Wahlgängen, es sei denn, die wahlberechtigten Angehörigen beider Gruppen beschließen die gemeinsame Wahl (§ 14 Abs. 2 BetrVG). Arbeiter und Angestellte müssen entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn beide Gruppen keine abweichende Regelung beschließen (§§ 10, 12 BetrVG). In den Gesamtbetriebsrat entsendet jeder Betriebsrat je einen Vertreter der Arbeiter und der Angestellten (§ 47 Abs. 2 BetrVG).

Einzelheiten siehe Band 2 Kapitel 3

- für die Wahlen zum Aufsichtsrat und für die Verteilung der Sitze im Aufsichtsrat von Unternehmen, die den Mitbestimmungsgesetzen unterliegen

Nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 müssen sich unter den Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer (soweit sie dem Unternehmen angehören) Arbeiter, Angestellte und leitende Angestellte entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis befinden; jede Gruppe muß im Aufsichtsrat mit mindestens einem Mitglied vertreten sein (§ 15 Abs. 2 MitbestG). Die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeiter erfolgt unmittelbar durch die Arbeiter der Gesellschaft bzw. – in Unternehmen mit in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmern – durch Delegierte der Arbeiter; entsprechend werden die Aufsichtsratsmitglieder der Angestellten und der leitenden Angestellten durch die Angestellten unmittelbar bzw. durch Delegierte der Angestellten gewählt (§§ 9, 15 Abs. 3 MitbestG).

Nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz von 1951 muß dem Aufsichtsrat als Vertreter der Arbeitnehmer ein Arbeiter und ein Angestellter aus dem Unternehmen angehören (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Montan-MitbestG). Die Wahl erfolgt zwar durch die Hauptversammlung, diese ist aber an Wahlvorschläge der Betriebsräte der Betriebe des Unternehmens gebunden (§ 6 Abs. 1 Satz 2 i.V. mit § 6 Abs. 6 Montan-MitbestG). Zur Aufstellung dieser Vorschläge bilden die Arbeitermitglieder und die Angestelltenmitglieder der Betriebsräte je einen Wahlkörper, der das auf ihn entfallende Mitglied wählt (§ 6 Abs. 1 Satz 3 und 4 Montan-MitbestG).

Auch das Betriebsverfassungsgesetz von 1952 sieht vor, daß, wenn mehr als zwei Vertreter der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat zu wählen sind, sich unter diesen mindestens ein Arbeiter und ein Angestellter aus dem Unternehmen befinden muß (§ 76 Abs. 2 Satz 3 BetrVG 1952). Die Wahl erfolgt hier nicht getrennt nach Arbeitern und Angestellten, sondern als Gemeinschaftswahl (§ 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG 1952).

Einzelheiten siehe Band 2, Kapitel 4

- für die Abführung der Rentenversicherungsbeiträge

Die Erfüllung der Aufgaben der Rentenversicherung obliegt verschiedenen Versicherungsträgern (§§ 125f. SGB VI). Zuständige Versicherungsträger für Arbeiter sind die

Landes-Versicherungsanstalten (LVA), die Bahnversicherungsanstalt und die Seekasse; für Angestellte ist die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) zuständig. Die Abführung der Rentenversicherungsbeiträge erfolgt durch die Krankenkassen als Einzugstellen.

– für die Art der Vergütung.

Der Lohn des Arbeiters wird im allgemeinen nach den geleisteten Arbeitsstunden (= Zeitlohn) oder nach der mengenmäßigen Leistung (= Akkordlohn) oder nach sonstigen leistungsbezogenen Faktoren (= Prämienlohn) bemessen; Angestellte erhalten i.d.R. ein festes Monatsgehalt. Bei Angestellten ist die Abhängigkeit von der Arbeitsleistung also nicht so stark wie bei Arbeitern. In der Praxis können sich die Unterschiede allerdings verwischen, z.B. wenn Angestellte bei der Leistung von Überstunden eine besondere Vergütung erhalten.

Auch in Tarifverträgen wird häufig zwischen Arbeitern und Angestellten differenziert; beispielsweise werden getrennte Lohn- und Gehaltstarifverträge abgeschlossen.

**9 Abgrenzungskriterien.** Einen eigenen arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeiters und des Angestellten gibt es nicht. Zwar findet sich in einigen Gesetzen eine Festlegung, wer Arbeiter und wer Angestellter im Sinne des Gesetzes ist, so im Betriebsverfassungsgesetz, im Bundespersonalvertretungsgesetz und im Mitbestimmungsgesetz. Die Gesetze enthalten aber keine Legaldefinition. Das Betriebsverfassungsgesetz stellt in § 6 Abs. 1 und 2 darauf ab, ob eine Beschäftigung ausgeübt wird, die nach den Vorschriften über die soziale Rentenversicherung als Arbeiter- oder Angestelltentätigkeit bezeichnet wird. Das Bundespersonalvertretungsgesetz legt durch Verweisung auf den für die Dienststelle maßgebenden Tarifvertrag fest, wer Arbeiter und wer Angestellter ist (§ 4 Abs. 3 und 4 BPersVG); da die für den öffentlichen Dienst maßgeblichen Tarifverträge sich auf die Arbeiterrenten- und Angestelltenrentenversicherung beziehen (§ 1 Abs. 1 BAT, § 1 MTB II), ist letztlich auch hier die sozialversicherungsrechtliche Abgrenzung maßgebend. Das Mitbestimmungsgesetz von 1976 definiert in § 3 Abs. 2 und 3 Arbeiter und Angestellte durch Verweisung auf § 6 BetrVG, legt also indirekt ebenfalls die Gruppenzugehörigkeit der sozialen Rentenversicherung zugrunde.

Maßgebend ist der Begriff des Angestellten. Als Grundsatz gilt: Wer nicht Angestellter ist, gehört zu den Arbeitern (1.17).

Bei der Prüfung der Frage, ob es sich bei einer bestimmten Tätigkeit um die Tätigkeit eines Angestellten handelt, ist wie folgt zu verfahren (1.18):

- Zunächst ist zu prüfen, ob die betreffende Tätigkeit zu den nach den rentenversicherungsrechtlichen Vorschriften typischen Angestelltentätigkeiten gehört. Einschlägige Vorschrift ist § 133 Abs. 2 SGB VI.

Die Vorschrift nennt beispielhaft acht Berufsgruppen: Angestellte in leitender Stellung; technische Angestellte in Betrieb, Büro und Verwaltung, Werkmeister und andere Angestellte in einer ähnlichen gehobenen oder höheren Stellung; Büroangestellte, soweit sie nicht ausschließlich mit Botengängen, Reinigen, Aufräumen oder ähnlichen Arbeiten beschäftigt werden, einschließlich Werkstattsschreibern; Handlungsgehilfen und andere Angestellte für kaufmännische Dienste, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens kein Handelsgewerbe ist, Gehilfen und Praktikanten in Apotheken; Bühnenmitglieder und Musiker ohne Rücksicht auf den künstlerischen Wert ihrer Leistungen; Angestellte in Berufen der Erziehung, des Unterrichts, der Fürsorge, der Krankenpflege und Wohlfahrtspflege; Schiffsführer, Offiziere des Decksdienstes und Maschinendienstes, Schiffsärzte, Funkoffiziere, Zahlmeister, Verwalter und Verwaltungsassistenten sowie die in ei-

ner ähnlich gehobenen oder höheren Stellung befindlichen Mitglieder der Schiffsbesatzung von Binnenschiffen oder deutschen Seeschiffen; Bordpersonal der Zivilluftfahrt.

- Da die Aufzählung in § 133 Abs. 2 SGB VI nicht erschöpfend ist, ist ergänzend das durch eine Rechtsverordnung des Reichsarbeitsministers erlassene Berufsgruppenverzeichnis von 1924, abgeändert 1927, heranzuziehen. Aber auch dieser Berufsgruppenkatalog, der weiterhin gültig ist, regelt nicht abschließend, wer zu den Angestellten gehört.
- Entspricht die Tätigkeit nicht den in § 133 Abs. 2 SGB VI aufgeführten Angestelltentätigkeiten, ist sie auch nicht im Berufsgruppenverzeichnis enthalten, so ist die Verkehrsanschauung maßgebend. Es ist zu prüfen, wie die betreffende Tätigkeit nach der Anschauung der beteiligten Berufskreise und der interessierten Öffentlichkeit beurteilt wird.

Aufschlußreich für die Verkehrsanschauung ist vor allem die Tarifpraxis, sofern Tarifverträge unterschiedliche Regelungen für Arbeiter und Angestellte vorsehen. Legt ein Tarifvertrag fest, daß eine bestimmte Tätigkeit Angestelltentätigkeit sei, so ist dies ein starkes Indiz dafür, wie Arbeitgeber und Gewerkschaften die Tätigkeit im konkreten Fall einordnen wollen.

- Hat sich eine feste Verkehrsanschauung noch nicht gebildet, so hängt die Beurteilung davon ab, ob es sich um eine überwiegend körperliche oder um eine überwiegend geistige Tätigkeit handelt. Bei einer überwiegend manuellen oder mechanischen Arbeit liegt eine Arbeitertätigkeit vor; als Angestellter ist anzusehen, wer eine überwiegend leitende oder beaufsichtigende oder eine vergleichbare Tätigkeit ausübt.

Die Einteilung in Arbeiter und Angestellte ist nicht immer überzeugend. Der Werkstattschreiber ist z.B. Angestellter, während der in der gleichen Werkstatt tätige hochqualifizierte Facharbeiter nicht zu den Angestellten zählt. Die Verkäuferin in einem Zeitungs- und Süßwarenkiosk ist Arbeiterin, während die Verkäuferin im Warenhaus kaufmännische Angestellte ist.

Für die Einordnung einer Tätigkeit als Arbeiter- und Angestelltentätigkeit ist allein § 133 Abs. 2 SGB VI bzw. das Berufsgruppenverzeichnis oder die Verkehrsanschauung maßgebend. Die Gruppenzugehörigkeit unterliegt nicht der Disposition der Parteien des Arbeitsvertrages. Ein Arbeitgeber kann Arbeitnehmern, die eine arbeiterrrentenversicherungspflichtige Tätigkeit ausüben, nicht durch Vertrag die Angestellteneigenschaft verleihen. Er kann zwar Arbeiter arbeitsrechtlich den Angestellten gleichstellen (z.B. hinsichtlich des Lohnzahlungszeitraumes), sie bleiben aber sozialversicherungsrechtlich und betriebsverfassungsrechtlich Arbeiter. Auch in Tarifverträgen kann nicht festgelegt werden, wer Arbeiter und wer Angestellter ist; die Regelung, daß eine bestimmte Tätigkeit Angestelltentätigkeit sei, hat lediglich die Bedeutung eines Indizes für eine bestimmte Verkehrsanschauung.

**10 Leitende Angestellte.** Innerhalb der Gruppe der Angestellten bilden die leitenden Angestellten eine besondere Gruppe. Der Kreis der leitenden Angestellten wird, sofern in Gesetzen eine Abgrenzung vorgenommen wird, unterschiedlich umschrieben (vgl. § 5 Abs. 3 Satz 2 BetrVG, § 14 Abs. 1 und 2 KSchG, § 22 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG, § 16 Abs. 4 Nr. 4 SGG). Von besonderer Bedeutung ist die Abgrenzung in § 5 Abs. 3 Satz 2 BetrVG; hierauf nimmt auch das Mitbestimmungsgesetz von 1976 und das Sprecherausschußgesetz von 1988 Bezug (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 MitbestG, § 1 Abs. 1 SprAuG).

Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ist leitender Angestellter, wer nach Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen oder im Betrieb

1. zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist oder
2. Generalvollmacht oder Prokura hat und die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend ist oder
3. regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebes von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst; dies kann auch bei Vorgaben insbesondere aufgrund von Rechtsvorschriften, Plänen oder Richtlinien sowie bei Zusammenarbeit mit anderen leitenden Angestellten gegeben sein.

§ 5 Abs. 3 Satz 2 BetrVG enthält eine Legaldefinition, die allerdings nur für den Bereich des Betriebsverfassungsgesetzes, des Mitbestimmungsgesetzes und des Sprecherausschußgesetzes Bedeutung hat. Die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erfassen abschließend und erschöpfend den Begriff des leitenden Angestellten für diesen Bereich. Im einzelnen ist auf folgendes hinzuweisen (1.19):

- Der Angestellte muß die in § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG genannten Funktionen nicht nur pro forma zugewiesen bekommen, er muß sie auch tatsächlich ausüben. Umgekehrt muß der Angestellte, um leitender Angestellter zu sein, die genannten Funktionen nicht nur tatsächlich wahrnehmen, sondern er muß sie aufgrund seines Arbeitsvertrages auch ausüben dürfen. Es reicht aus, wenn sich die Funktionen auf nur einen Betrieb beschränken.
- Die selbständige Entscheidung über Einstellungen und Entlassungen i.S. von § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BetrVG setzt voraus, daß der Angestellte nicht nur im Außenverhältnis befugt ist, Einstellungen und Entlassungen vorzunehmen, sondern daß auch im Innenverhältnis gegenüber dem Arbeitgeber die Entscheidung nicht an dessen Zustimmung oder an die Zustimmung einer anderen über- oder gleichgeordneten Stelle gebunden ist. Die Einstellungs- oder Entlassungsbefugnis muß sich darüber hinaus auf den ganzen Betrieb oder eine Betriebsabteilung erstrecken, also auf einen größeren Kreis von Arbeitnehmern. Ein Polier, der auf einer einzelnen Baustelle eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern (z.B. Hilfskräfte) einstellen und entlassen darf, wird dadurch nicht zum leitenden Angestellten.
- Der Prokurist i.S. von § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BetrVG muß im Unternehmen oder im Betrieb einen nicht unbedeutenden Aufgabenbereich wahrnehmen; die ihm übertragenen Aufgaben müssen den in § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG beschriebenen Aufgaben in etwa nahekommen. Ein „Titularprokurist“, dem die Prokura lediglich als Titel verliehen worden ist, wird von Nr. 2 nicht erfaßt.
- Die Umschreibung der Tätigkeit des leitenden Angestellten in § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG enthält vier Begriffsmerkmale. Erstens müssen die wahrgenommenen Aufgaben für den Bestand und für die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebes von Bedeutung sein. Es genügt also nicht eine bloß den Bestand sichernde Tätigkeit; wer nur die arbeitstechnische Organisation eines Arbeitsablaufes sicherstellt, ist kein leitender Angestellter. Auch eine Tätigkeit, die nur für die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebes von Bedeutung ist (z.B. Forschungstätigkeit), reicht nicht aus. Zweitens muß die Erfüllung der Aufgaben besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzen. Daraus darf aber nicht abgeleitet werden, daß bereits jede Tätigkeit, die eine hochqualifizierte Ausbildung voraussetzt, zum leitenden Angestellten macht, wie auch umgekehrt nicht Voraussetzung ist, daß jemand eine hochqualifizierte Ausbildung erhalten hat, um leitender Angestellter zu sein. Drittens muß der Angestellte bei der Wahrnehmung sei-

ner Aufgaben die Entscheidung im wesentlichen frei von Weisungen treffen oder sie zumindest maßgeblich beeinflussen; er muß also allein entscheiden oder aufgrund seiner Position Fakten schaffen, die bei der Entscheidungsfindung nicht unbeachtet gelassen werden können. Schließlich verlangt das Gesetz, daß der Angestellte die Aufgaben regelmäßig wahrnimmt, also nicht nur gelegentlich oder vorübergehend. Die Wahrnehmung der Aufgaben muß die Gesamttätigkeit des Angestellten prägen.

Keine Rolle spielt bei § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG, welcher Natur die Leitungsaufgaben sind, ob es sich um technische, kaufmännische, organisatorische oder personelle Funktionen handelt. Unbeachtlich ist auch, ob die Aufgaben in einer Leitungsstelle oder in einer Stabsstelle wahrgenommen werden.

Bleiben bei der Einordnung der Tätigkeit eines Angestellten nach den Kriterien des § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG noch Zweifel offen, ist auf die Entscheidungshilfen zurückzugreifen, die in § 5 Abs. 4 BetrVG aufgeführt sind. Danach ist im Zweifel leitender Angestellter nach § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG, wer

1. aus Anlaß der letzten Wahl des Betriebsrates, des Sprecherausschusses oder von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer oder durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung den leitenden Angestellten zugeordnet worden ist, oder
2. einer Leitungsebene angehört, auf der in dem Unternehmen überwiegend (d.h. zu mehr als 50%) leitende Angestellte vertreten sind, oder
3. ein regelmäßiges Jahresentgelt erhält, das für leitende Angestellte in dem Unternehmen üblich ist, oder
4. falls auch bei der Anwendung der Nummer 3 noch Zweifel bleiben, ein regelmäßiges Jahresentgelt erhält, das das Dreifache der Jahresbemessungsgrenze nach § 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch überschreitet (in 1994 rd. 141 000 DM).

Für leitende Angestellte bestehen einige gesetzliche Sonderregelungen: Das Betriebsverfassungsgesetz findet, sofern in ihm nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, auf sie keine Anwendung (§ 5 Abs. 3 Satz 1 BetrVG); auch das Arbeitszeitgesetz ist auf sie nicht anzuwenden (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG); die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes gelten zwar auch für sie, doch kann der Arbeitgeber, wenn das Arbeitsgericht feststellt, daß das Arbeitsverhältnis durch die arbeitgeberseitige Kündigung nicht aufgelöst ist, einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Gericht stellen, ohne daß er den Antrag zu begründen braucht (§ 14 Abs. 2 KSchG). Soweit leitende Angestellte Generalvollmacht haben oder Prokura, die sich auf sämtliche Geschäftsbereiche des Unternehmens erstreckt, können sie nicht zugleich Mitglied des Aufsichtsrates der Gesellschaft sein (§ 105 Abs. 1 AktG); in Unternehmen, die dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 unterliegen, steht den leitenden Angestellten (soweit sie nicht unter § 105 Abs. 1 AktG fallen) mindestens ein Sitz im Aufsichtsrat zu (§ 15 Abs. 2 Satz 3 MitbestG).

Auch die Rechtsprechung räumt den leitenden Angestellten eine Sonderstellung ein (1.20). Beispielsweise ist ihre Treuepflicht erheblich erweitert (siehe auch Rz 107f.); bei ihnen werden an den wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung (Rz 302) und an die personen- oder verhaltensbedingte Gründe für eine ordentliche Kündigung (Rz 278 und 279) nur geringe Anforderungen gestellt; es treffen sie erhöhte Rechenschafts-, Prüf- und Überwachungspflichten; von ihnen wird ein erhöhtes Maß an Arbeitsleistung erwartet, weshalb sie i.d.R. eine Vergütung von Überstunden nicht erwarten können; sie können keine Ansprüche aus Sozialplänen geltend machen.

## 1.22 Berufliche Gliederung

**11 Bedeutung.** Die berufliche Gliederung der Arbeitnehmer ist – wie die Einteilung in Arbeiter und Angestellte – historisch begründet. Ihre Bedeutung liegt darin, daß für einige Berufszweige arbeitsrechtliche Sonderregelungen bestehen, die Vorrang haben vor den sonstigen Rechtsvorschriften. Die Bedeutung geht jedoch zurück. Die meisten arbeitsrechtlichen Vorschriften gelten heute ohne Rücksicht auf die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Berufszweig für alle Gruppen von Arbeitnehmern.

**12 Berufsgruppen.** Zu unterscheiden sind

- gewerbliche Arbeitnehmer. Hierzu zählen alle Arbeitnehmer, die in einem unter die Gewerbeordnung fallenden Betrieb arbeiten als gewerbliche Arbeiter (= Gesellen, Gehilfen, Fabrikarbeiter), als gewerbliche Angestellte oder als gewerbliche Auszubildende. Für diese Arbeitnehmer gelten die arbeitsrechtlichen Vorschriften der Gewerbeordnung (§§ 105-139a GewO), die jedoch keine erschöpfende Darstellung des Rechts der gewerblichen Arbeitnehmer, sondern nur ergänzende Regelungen enthalten.

Welche Betriebe im einzelnen der Gewerbeordnung unterliegen, richtet sich nach dem Gewerberecht. Zu nennen sind insbesondere die Betriebe des Handels, des Handwerks und der Industrie. Nicht der Gewerbeordnung unterliegen unter anderem gem. § 6 Satz 1 GewO: die Fischerei; die Eisenbahnunternehmungen; die Seeschifffahrt; die freien Berufe (= Rechtsanwälte und Notare, Wirtschaftsprüfer, Buchprüfer, Steuerberater). Kein Gewerbe ist ferner nach der von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Abgrenzung die Urproduktion (= Land- und Forstwirtschaft, Bergbau) und die Ausübung der ärztlichen und anderer Heilberufe; jedoch findet die Gewerbeordnung auf das Bergwesen und auf die ärztlichen und anderen Heilberufe insoweit Anwendung, als sie ausdrückliche Bestimmungen enthält (§ 6 Satz 2 GewO).

- kaufmännische Angestellte. Aus der Gruppe der gewerblichen Arbeitnehmer sind die kaufmännischen Angestellten (= Handlungsgehilfen) ausgegliedert. Auf sie finden die Bestimmungen der Gewerbeordnung keine Anwendung (§ 154 Abs. 1 Nr. 2 GewO); sie fallen vielmehr unter die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über Handlungsgehilfen (§§ 59-75d HGB). Soweit die Vorschriften der §§ 59ff. HGB Anwendung finden, haben sie Vorrang vor den Regelungen des BGB.

Kaufmännischer Angestellter ist, wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist (§ 59 HGB). Was kaufmännische Dienste sind, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. Beispiele: Büroarbeit (z.B. in der Buchhaltung); Tätigkeit im Einkauf oder im Verkauf. Es darf sich nicht um Tätigkeiten mechanischer oder technischer Art handeln. Die Abgrenzung zwischen kaufmännischer und nichtkaufmännischer Tätigkeit kann im Einzelfall schwierig sein. Der Arbeitgeber muß Kaufmann i.S. der §§ 1ff. HGB sein; keine Rolle spielt, ob es sich um einen Vollkaufmann oder um einen Minderkaufmann handelt.

Zu beachten ist, daß nicht alle Arbeitnehmer eines Kaufmannes kaufmännische Angestellte sind. Für Arbeitnehmer, die andere als kaufmännische Dienste leisten, bleibt es bei den für das Arbeitsverhältnis dieser Personen geltenden Vorschriften (§ 83 HGB), z.B. für die Arbeiter und für die technischen Angestellten in einem Handelsgewerbe.

- Arbeitnehmer des Bergbaues. Die Angestellten, Arbeiter und Auszubildenden des Bergbaues gehören nicht zu den gewerblichen Arbeitnehmern, es finden aber einzelne Bestimmungen der Gewerbeordnung auf sie Anwendung (§ 154a

GewO). Im übrigen gilt das Bundesberggesetz von 1980, das allerdings keine Regelungen zum Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer des Bergbaues enthält, sondern sich auf die Fragen des Arbeitsschutzes und der Betriebssicherheit beschränkt (§§ 51f., 58f. BBergG).

- land- und forstwirtschaftliche Arbeitnehmer. Für diesen Personenkreis (= Angestellte, Arbeiter und Auszubildende) gelten die Vorschriften der §§ 611ff. BGB, weil die Land- und Forstwirtschaft nicht unter die Gewerbeordnung fällt. Möglich ist, daß die Vorschriften des Handelsgesetzbuches (§§ 59ff. HGB) Anwendung finden, wenn der Betrieb durch Eintragung in das Handelsregister die Kaufmannseigenschaft erworben hat und kaufmännische Dienste geleistet werden.

Sonderregelungen für land- und forstwirtschaftliche Arbeitnehmer bestehen im Arbeitszeitschutzrecht. So können in einem Tarifvertrag (oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung) die gesetzlichen Regelungen über die Dauer der werktäglichen Arbeitszeit, der Ruhezeit und der werktäglichen Nacharbeitszeit in der Landwirtschaft der Beststellungs- und Erntezeit sowie den Witterungseinflüssen angepaßt werden (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 ArbZG); die Arbeit an Sonn- und Feiertagen ist nicht beschränkt (§ 10 Abs. 1 Nr. 12 ArbZG). Auch im Jugendarbeitsschutzrecht wird den Besonderheiten der Landwirtschaft Rechnung getragen (vgl. §§ 8 Abs. 3, 12, 14 Abs. 2 Nr. 3, 16 Abs. 2 Nr. 4, 17 Abs. 2 Nr. 2 JArbSchG).

- Schiffsbesatzungen. Hier ist zu unterscheiden zwischen Seeschiffen und Binnenschiffen. Für die Besatzung von Seeschiffen, d.h. von Kauffahrteischiffen, die die Bundesflagge führen, ist das Seemannsgesetz maßgebend (§§ 23ff. SeemG). Zur Besatzung gehören: der Kapitän, die Schiffsoffiziere (= Angestellte des nautischen und des technischen Dienstes, Schiffsärzte, Seefunker, Zahlmeister), die sonstigen Angestellten und die Schiffsleute (= Arbeiter). Für die Besatzung von Binnenschiffen auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern gilt das Binnenschiffahrtsgesetz und das Gesetz über die Schiffsdienstbücher. Ergänzend ist für Schiffsbesatzungen das BGB heranzuziehen.
- Hausangestellte. Dies sind Arbeitnehmer, die für einen fremden Haushalt Dienste leisten, z.B. Aufwartefrauen, Putzfrauen. Keine Rolle spielt, ob Dienste niederer oder höherer Art geleistet werden; ohne Bedeutung ist auch, ob der Arbeitnehmer in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen wird. Die Arbeit muß ganz oder überwiegend für einen Haushalt geleistet werden. Keine Hausangestellten sind deshalb Kellner, Köche, Zimmermädchen, Hausburschen in einem Hotel; sie fallen unter die Gewerbeordnung.

Für Hausangestellte gelten die Vorschriften des BGB. Folgende Besonderheiten sind zu beachten: Da der Haushalt kein Betrieb ist, findet das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung (§ 23 KSchG); aus dem gleichen Grunde ist auch das Betriebsverfassungsgesetz nicht anzuwenden (§ 1 BetrVG); Sonn- und Feiertagsarbeit ist zulässig (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ArbZG); der besondere Kündigungsschutz während der Schwangerschaft entfällt nach Ablauf des fünften Monats der Schwangerschaft (§ 9 Abs. 1 Satz 2 erster Halbsatz MuSchG); dafür erhält die Hausangestellte, wenn ihr Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber nach Ablauf des fünften Monats der Schwangerschaft durch Kündigung aufgelöst worden ist, vom Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses an bis zum Einsetzen der Leistungen des Mutterschaftsgeldes eine Sonderunterstützung zu Lasten des Bundes (§ 12 MuSchG).

- Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes. Hierzu zählen alle Arbeiter und Angestellte, die in einem Arbeitsverhältnis zu einer öffentlichrechtlichen Körperschaft (= Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände) oder zu einer öffent-

lichrechtlichen Anstalt oder Stiftung stehen. Grundsätzlich ist auf diese Arbeitnehmer das BGB anwendbar. Es bestehen jedoch zahlreiche Sondervorschriften in Form von Tarifverträgen. Wichtige Tarifverträge sind: der Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT); die Manteltarifverträge für Arbeiter des Bundes (MTB II) und der Länder (MTL II) sowie der Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter der Gemeinden (BMTG II). Zwar gelten diese Tarifverträge nur für die gewerkschaftsangehörigen Arbeitnehmer, es ist jedoch üblich, ihre Geltung – aus haushaltsrechtlichen Gründen – auch für alle anderen Arbeitnehmer bei der Einstellung einzelvertraglich zu vereinbaren.

- sonstige Arbeitnehmer. In diese Gruppe fallen alle Arbeitnehmer, die sich keiner der vorgenannten Gruppen zuordnen lassen. Für sie gilt, weil Sonderregelungen nicht bestehen, das Dienstvertragsrecht des BGB (§§ 611ff. BGB). Hierzu zählen beispielsweise die Mitarbeiter der freien Berufe (= Rechtsanwälte, Ärzte, Architekten), die Gehilfen und Auszubildenden in Apotheken, die Arbeiter und Angestellten der Eisenbahnen u.a. (1.21).

## 2. Arbeitgeber

**13 Begriff.** Arbeitgeber im Sinne des Arbeitsrechts ist, wer mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt (1.22). Der arbeitsrechtliche Begriff des Arbeitgebers wird also durch den Arbeitnehmerbegriff bestimmt (1.23). Merkmale des Arbeitnehmerbegriffes sind die Leistung von Arbeit und die persönliche Abhängigkeit bzw. Weisungsgebundenheit (Rz 4 und 5); kennzeichnend für den Arbeitgeber-Status sind dementsprechend der Anspruch auf die Leistung von Arbeit und das Weisungsrecht.

Nicht erforderlich für die Arbeitgebereneigenschaft ist, daß der Arbeitgeber ein Gewerbe betreibt oder einen Betrieb bzw. ein Unternehmen hat. Auch der Haushaltsvorstand ist Arbeitgeber, wenn er eine Hausangestellte beschäftigt.

Möglich ist, daß ein und dieselbe Person sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber ist. Beispiel: Ein Angestellter oder Arbeiter beschäftigt in seinem Privathaushalt eine Hausangestellte. Die Unterscheidung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist deshalb stets auf den konkreten Arbeitsvertrag zu beziehen; bezogen auf einen bestimmten Arbeitsvertrag kann jemand nicht zugleich Arbeitgeber und Arbeitnehmer sein.

**14 Rechtsform.** Auf die Rechtsform des Arbeitgebers kommt es nicht an. Arbeitgeber kann eine natürliche Person (z.B. ein Einzelunternehmer, ein Haushaltsvorstand) oder eine juristische Person des privaten Rechts (z.B. eine AG, eine GmbH, ein rechtsfähiger Verein) oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein (z.B. eine Gebietskörperschaft wie Bund, Land, Gemeinde, oder eine Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts). Auch eine Personenhandels-gesellschaft (z.B. eine OHG oder eine KG) kann Arbeitgeber sein; zwar sind OHG und KG keine juristischen Personen, sie können aber unter ihrer Firma Rechtsgeschäfte abschließen (§§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB). Wird ein Vertrag im Namen der Gesellschaft und mit Vertretungsmacht abgeschlossen, so werden daraus nicht die Gesellschafter als Vertragspartner berechtigt und verpflichtet, sondern

die Vertragswirkungen treffen die Gesellschaft als solche (1.24). Anders ist es bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts; hier sind die einzelnen Gesellschafter Arbeitgeber (1.25).

Ist der Arbeitgeber eine natürliche Person, so liegen der Anspruch auf die Arbeitsleistung und das Weisungsrecht bei ein und derselben Person. Bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sind die einzelnen Gesellschafter Träger des Anspruches auf die Leistung von Arbeit und des Weisungsrechtes (sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt). Bei juristischen Personen steht der Anspruch auf die Arbeitsleistung der juristischen Person zu; das Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern wird hier von dem zur Vertretung der juristischen Person berufenen Organ (= Vorstand, Geschäftsführung, Leitung) ausgeübt. Die Organmitglieder als Träger der obersten Leitungsbefugnis üben insoweit Arbeitgeberfunktionen aus (weshalb sie nicht zu den Arbeitnehmern zählen, siehe Rz 5), sie handeln im Namen der juristischen Person und mit Wirkung für die juristische Person. Bei der OHG und der KG steht der Anspruch auf die Leistung von Arbeit der Gesellschaft zu, während das Weisungsrecht bei den Gesellschaftern der OHG bzw. – bei der KG – beim Komplementär liegt (sofern nicht einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung kraft Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sind).

**15 Unternehmer.** Vom Arbeitgeber ist der Unternehmer zu unterscheiden. Unternehmer ist derjenige, der als Inhaber oder verantwortlicher Leiter an der Spitze des Unternehmens steht (1.26). Unter einem Unternehmen ist eine organisatorische Einheit zu verstehen, die bestimmt wird durch die wirtschaftlichen (oder ideellen) Ziele, die unter Einsatz von Sachmitteln, immateriellen Werten und Personal verfolgt werden.

Bei einer Einzelfirma ist der Inhaber der Unternehmer. Bei einer juristischen Person sind die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung berufen ist, als Unternehmer anzusehen. Bei der OHG und KG sind Unternehmer diejenigen Personen, denen die Geschäftsführung obliegt (1.27).

Nicht jeder Unternehmer ist Arbeitgeber. Für die Tätigkeit als Unternehmer ist nicht Voraussetzung, daß Arbeitnehmer beschäftigt werden. Der selbständige Handwerker, der allein ohne Hilfskräfte seinen Betrieb führt, ist Unternehmer, nicht Arbeitgeber. Andererseits kann jemand Arbeitgeber sein, auch wenn er nicht Unternehmer ist. Wer als Arzt oder als Rechtsanwalt einen freien Beruf ausübt und zu diesem Zweck Hilfspersonal beschäftigt, ist Arbeitgeber, nicht Unternehmer.

# **Kapitel 2:**

## **Begründung des Arbeitsverhältnisses**

### **1. Abschluß des Arbeitsvertrages**

**16 Angebot und Annahme.** Das Arbeitsverhältnis wird in der Regel durch Abschluß eines Arbeitsvertrages begründet. Erforderlich sind zwei sich inhaltlich entsprechende Willenserklärungen: Vertragsangebot und Vertragsannahme. Das Angebot kann vom Arbeitnehmer ausgehen (Beispiel: ein Arbeiter bewirbt sich um eine Stelle) oder vom Arbeitgeber.

Ein Stellenangebot in der Zeitung ist kein Vertragsangebot, sondern lediglich eine Aufforderung an den Leser, dem Inserenten ein Angebot zu machen.

Die sich inhaltlich entsprechenden Willenserklärungen können mündlich, schriftlich oder durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden (siehe auch Rz 22 und 23).

Das Vertragsangebot kann unter Anwesenden nur sofort, unter Abwesenden nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, zu dem der Anbietende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten kann (§ 147 BGB). Ein Arbeitnehmer, der sich auf mehrere Stellenausschreibungen bewerben will, sollte deshalb sein Angebot befristen oder sich ein Rücktrittsrecht ausbedingen.

Das bloße Schweigen auf ein Angebot stellt keine Annahme dar. Erklärt der Bewerber beispielsweise, er sei nur zu einem um 200 DM/Monat höheren Gehalt zur Aufnahme der Arbeit bereit und äußert sich hierzu der Verhandlungspartner nicht, so kommt kein Arbeitsvertrag zustande. Die verspätete Annahme eines Angebotes oder die Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als neues Angebot (§ 150 BGB). Ein Bewerber, der sich mit dem angebotenen Entgelt von 5 000 DM/Monat nicht zufrieden gibt und stattdessen 5 200 DM/Monat fordert, legt also dem Verhandlungspartner ein neues Angebot über 5 200 DM/Monat vor; ob ein Vertrag zustande kommt, hängt von der Entscheidung des Verhandlungspartners ab.

Vertragsabschluß und Beginn des Arbeitsverhältnisses können zeitlich auseinanderfallen. Nicht erforderlich für den Beginn des Arbeitsverhältnisses ist, daß die Arbeit auch tatsächlich aufgenommen wird.

Beispiel: Am 03.08. wird ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, wonach die Arbeit am 01.09. aufgenommen werden soll. Das Arbeitsverhältnis beginnt am 01.09., auch wenn der Arbeitnehmer aus irgendwelchen Gründen, z.B. Krankheit, die Arbeit tatsächlich erst am 10.09. aufnimmt.

Ausnahmsweise kann ein Arbeitsverhältnis auch bestehen, wenn der zugrundeliegende Arbeitsvertrag nichtig ist oder angefochten wurde. Voraussetzung ist, daß bereits Arbeit geleistet worden ist (sog. faktisches Arbeitsverhältnis, siehe Rz 34 und 38).

**17 Parteien.** Als Vertragspartner kommt auf Arbeitgeberseite jede natürliche oder juristische Person in Betracht, auf Arbeitnehmerseite nur eine natürliche Person.

Voraussetzung für den rechtswirksamen Abschluß des Arbeitsvertrages ist bei natürlichen Personen die volle Geschäftsfähigkeit. Minderjährige (§ 106 BGB) bedürfen zum Abschluß eines Arbeitsvertrages der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB).

Schließt ein Minderjähriger einen Arbeitsvertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ab, so ist der Vertrag schwebend unwirksam (§ 108 Abs. 1 BGB). Erteilt der gesetzliche Vertreter nachträglich die Genehmigung, so wird der Vertrag rückwirkend wirksam; verweigert er die Genehmigung, so wird der Vertrag endgültig unwirksam.

Der gesetzliche Vertreter kann den Minderjährigen ermächtigen, in Dienst oder Arbeit zu treten (§ 113 BGB). In diesem Falle ist der Minderjährige für alle Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung oder Aufhebung oder die Erfüllung des Arbeitsverhältnisses betreffen, unbeschränkt geschäftsfähig, vorausgesetzt, seine Willenserklärungen halten sich im Rahmen der Ermächtigung. Wird die Ermächtigung überschritten, so ist der Vertrag zunächst schwebend, nach Verweigerung der Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter endgültig unwirksam (§ 108 Abs. 1 BGB).

**18 Benachteiligungsverbot.** Nach § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist nur zulässig, wenn ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzungen für die ausübende Tätigkeit ist (Beispiel: männliche oder weibliche Schauspielerrolle). Hat der Arbeitgeber bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses vorsätzlich oder fahrlässig gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen, so kann der hierdurch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten verlangen (§ 611a Abs. 2 Satz 1 BGB). Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte. Der Anspruch auf Entschädigung muß innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Zugang der Ablehnung der Bewerbung geltend gemacht werden, und zwar schriftlich (§ 611a Abs. 4 BGB). Ein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses besteht bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nicht (§ 611a Abs. 3 BGB).

**19 Auskunftspflicht des Bewerbers.** Ungefragt ist der Bewerber im Regelfall nicht verpflichtet, seine persönlichen Verhältnisse, wie z.B. Krankheiten, Schwangerschaft usw., während des Einstellungsgespräches zu offenbaren. Anders ist die Situation, wenn der Bewerber bereits während der Verhandlungen erkennt oder erkennen kann, daß er infolge besonderer, nur ihm bekannter persönlicher Umstände nicht in der Lage sein wird, den Arbeitsvertrag zu erfüllen (2.01).

Beispiele: bereits bestehende Krankheiten oder Behinderungen, die die Arbeitsaufnahme im Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses unmöglich machen; noch zu verbüßende Strafen; unmittelbar bevorstehendes Heilverfahren; Wettbewerbsverbot, an das der Bewerber (noch) gebunden ist.

In diesen Fällen ist der Bewerber gehalten, von sich aus auf die besonderen persönlichen Umstände hinzuweisen. Tut er dies nicht, so kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nachträglich wegen arglistiger Täuschung (= Verschweigen wesentlicher Tatsachen) anfechten (siehe hierzu Rz 37).

Befragt der Arbeitgeber den Bewerber während der Einstellungsverhandlungen (z.B. mündlich oder mittels eines Einstellungsfragebogens), so ist der Bewerber auskunftspflichtig, soweit es sich um Fragen handelt, die sachlich notwendig sind, um die Eignung des Bewerbers für den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz beurteilen zu können. Besteht ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Frage und der zu leistenden Arbeit, so muß die Frage wahrheitsgemäß beantwortet werden. Andernfalls kann der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nachträglich wegen arglistiger Täuschung (= Vorspiegelung falscher Tatsachen) anfechten (siehe Rz 37).

Beantwortet werden müssen z.B. Fragen des Arbeitgebers nach Ausbildung (einschl. Prüfungs- und Zeugnisnoten), Berufsweg, letzter Arbeitsstelle, nach einer bestehenden Wettbewerbsvereinbarung, nach Wehr- bzw. Ersatzdienstzeiten, nach einer bereits erfolgten oder bevorstehenden Einberufung zum Wehr- bzw. Ersatzdienst, nach den Gründen für den geplanten Wechsel des Arbeitsplatzes. Uneingeschränkt zu beantworten ist auch die Frage nach einer bestehenden Schwerbehinderung (bzw. danach, ob der Bewerber einem Schwerbehinderten gleichgestellt ist i.S. von § 2 SchwbG); dieses weitgehende Fragerecht des Arbeitgebers ergibt sich aus den umfangreichen gesetzlichen Verpflichtungen, die mit der Beschäftigung eines Schwerbehinderten verbunden sind (2.02). Der Arbeitgeber darf ferner fragen, ob ein Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter gestellt worden ist; die Frage, ob die Absicht besteht, einen entsprechenden Antrag zu stellen, ist hingegen unzulässig (2.03).

Ein eingeschränktes Fragerecht des Arbeitgebers während des Einstellungsgespräches besteht in bezug auf Unterhaltsverpflichtungen und auf Lohn- bzw. Gehaltspfändungen. Nach überwiegender Meinung ist diese Frage nur bei leitenden Angestellten und bei Angestellten zulässig, bei denen der Arbeitgeber wegen der vorgesehenen Tätigkeit ein berechtigtes Interesse daran hat, daß die Vermögensverhältnisse des Arbeitnehmers geordnet sind, z.B. bei Filialleitern, Bankkassierern usw. (2.04). Entsprechendes gilt für die Frage, ob der Bewerber eine eidesstattliche Versicherung über seine Vermögensverhältnisse abgegeben hat (2.05).

Die Frage nach der zuletzt bezogenen Vergütung ist nach der Rechtsprechung des BAG nur dann zulässig, wenn sich aus der Höhe der bisherigen Vergütung Rückschlüsse auf die Eignung des Bewerbers für die angestrebte Position ziehen lassen (z.B. bei einer erfolgsabhängigen Entlohnung) oder wenn der Stellenbewerber sein bisheriges Gehalt als Mindestvergütung verlangt (2.06).

Bei Fragen nach dem Gesundheitszustand des Bewerbers (hierzu zählt das BAG auch die Frage nach einer Körperbehinderung) ist zu differenzieren. Zulässig ist die Frage nach körperlichen Leiden, die mit großer Sicherheit die Eignung für den vorgesehenen Arbeitsplatz beeinträchtigen oder gar ausschließen (Beispiel: Hirn- oder Kreislaufschäden, die den Einsatz auf Hoch- oder Tiefbauten einschränken können) oder die die Leistungsfähigkeit bzw. Belastbarkeit des Bewerbers herabsetzen (Beispiel: Allergien) oder die eine Zusammenarbeit mit anderen Arbeitnehmern des Betriebes unzumutbar machen (Beispiel: ansteckende Krankheiten). Demgegenüber braucht der Bewerber keine Angaben zu machen über einwandfrei ausgeheilte oder lange zurückliegende oder nur vorübergehende leichte Erkrankungen (Beispiel: Erkältungen). Das so eingeschränkte Fragerecht des Arbeitgebers kann durch eine ärztliche Einstellungsuntersuchung nicht erweitert werden; der Arzt ist auch bei einer Einstellungsuntersuchung an die ärztliche Schweigepflicht gebunden. Er darf nur über die Eignung für die beabsichtigte Tätigkeit Auskunft erteilen (2.07). Bei AIDS ist zu unterscheiden, ob nach einer akuten AIDS-Erkrankung oder nach einer Aids-Infektion gefragt ist, da beide Krankheitsstadien höchst unterschiedliche Wirkungen auf die Leistungsfähigkeit des Bewerbers haben. Die Frage nach einer AIDS-Erkrankung ist uneingeschränkt zulässig, weil der Bewerber – bedingt durch den Krankheitsverlauf – regelmäßig nicht oder nur in eingeschränktem Umfang zur Leistung der geforderten Arbeit imstande sein wird (2.08). Demgegenüber ist die Frage nach einer HIV-Infektion unzulässig; angesichts der u.U. langen Inkubationszeit muß die Fähigkeit eines HIV-infizierten Bewerbers, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, nicht von vornherein beeinträchtigt

sein, d.h. eine AIDS-Infektion unterscheidet sich insoweit aus der Sicht des Arbeitgebers nicht von anderen verborgenen bzw. erst später auftretenden Krankheiten. Etwas anderes gilt, wenn durch die Art der Tätigkeit nicht auszuschließen ist, daß die Krankheit auf Kollegen oder Dritte übertragen wird (= Ansteckungsgefahr), z.B. bei einer Beschäftigung im Bereich des Gesundheitswesens oder in der Nahrungsmittelherstellung. Hier darf nicht nur nach einer AIDS-Infektion gefragt werden, sondern es kann auch die Einstellungsuntersuchung auf diese Frage ausgedehnt werden (2.08).

Ein eingeschränktes Fragerecht des Arbeitgebers besteht in bezug auf Vorstrafen (2.09). Der Arbeitgeber muß seine Fragen auf solche Vorstrafen begrenzen, die für den betreffenden Arbeitsplatz einschlägig sind (Beispiele: Unterschlagung bei Kassierern; Diebstahl oder Hohlerei bei Lagerverwaltern; Verkehrsdelikte bei Kraftfahrern). Einschlägige Vorstrafen müssen vom Bewerber nur offenbart werden, wenn sie nach dem Bundeszentralregister-Gesetz in das Zentralregister einzutragen oder in das Führungszeugnis aufzunehmen sind; der Bewerber darf sich als nicht vorbestraft bezeichnen, wenn die Verurteilung inzwischen nach Ablauf der vorgesehenen Fristen (§§ 46 BZRG) im Zentralregister getilgt worden ist (§§ 51, 53 BZRG). Nach getilgten Verurteilungen darf nicht gefragt werden, auch nicht nach laufenden Ermittlungs- oder Strafverfahren. Etwas anderes gilt nur bei Angestellten, die für eine besondere Vertrauensposition vorgesehen sind. Die Vorlage eines Führungszeugnisses (§§ 30f. BZRG) kann nicht verlangt werden (2.10); dies wird damit begründet, daß in einem Führungszeugnis nicht zwischen einschlägigen und sonstigen Strafen unterschieden wird, so daß das Führungszeugnis u.U. mehr Verurteilungen enthält als der Bewerber anzugeben verpflichtet ist.

Einigkeit besteht darüber, daß im Verteidigungs- und Rüstungssektor, aber auch außerhalb dieses Bereiches (z.B. in Energieversorgungsbetrieben) die Erfüllung der sicherheitsmäßigen Anforderungen überprüft werden darf und daß von den Bewerbern die hierfür erforderlichen Auskünfte verlangt werden dürfen (2.11). Dabei kann es sich um Fragen handeln, die weit in den privaten Lebensbereich hineinreichen. Da sich der Arbeitgeber bezüglich der Sicherheitsaspekte auf die Angaben der Stellenbewerber nicht durchgängig verlassen kann und er selbst zur Überprüfung der Daten nicht hinreichend in der Lage ist, kann er sich der in den Verfassungsschutzgesetzen vorgesehenen behördlichen Hilfe bedienen (2.11); zum Teil muß der Arbeitgeber sogar die Verfassungsschutzorgane bei der Einstellung einschalten (so beispielsweise die Richtlinie der Bundesregierung für die Sicherheitsüberprüfung von Bundesbediensteten von 1971). Das Einverständnis des Bewerbers für eine solche Anfrage ist nicht erforderlich.

Die Frage nach dem Bestehen einer Schwangerschaft ist grundsätzlich unzulässig. Die Frage enthält in der Regel eine Benachteiligung der Bewerberin wegen des Geschlechts und verstößt damit gegen das Diskriminierungsverbot des § 611a Abs. 1 BGB, gleichgültig ob sich nur Frauen oder auch Männer um den Arbeitsplatz bewerben (2.12). Die frühere Rechtsprechung, wonach die Frage zulässig war, wenn nur Frauen für den Arbeitsplatz in Betracht kommen, wurde aufgegeben (2.13). Das BAG hält die Frage nach der Schwangerschaft ausnahmsweise dann für sachlich gerechtfertigt, wenn sie objektiv dem gesundheitlichen Schutz der Bewerberin und des ungeborenen Kindes dient (2.14). Beispiel: Ein Facharzt für Mikrobiologie und Infektionsepidemiologie sucht eine Mitarbeiterin für sein Labor; die Tätigkeit im Labor umfaßt u.a. den Umgang mit Proben, die infektiöses Material enthalten.

Grundsätzlich unzulässig ist schließlich die Frage nach der Parteizugehörigkeit. Eine Ausnahme gilt nur für die Tätigkeit in einem parteipolitisch gebundenen Betrieb, z.B. in einem Parteiverlag. Eine zweite Ausnahme wird bei der Einstellung von Arbeitnehmern in den öffentlichen Dienst gemacht. Zwar sind die Anforderungen an die politische Treuepflicht bei Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes geringer anzusetzen als bei Beamten; auch richtet sich der Umfang der Treuepflicht nach der zu besetzenden Position. Doch darf der öffentliche Arbeitgeber nach einer Mitgliedschaft und Funktion in verfassungsfeindlichen Parteien und Organisationen fragen (2.15). Dabei dürfen nur solche Umstände herangezogen werden, die von Gewicht und objektiv geeignet sind, Zweifel an der künftigen Erfüllung der politischen Treuepflicht zu begründen

(2.16); dem Bewerber muß Gelegenheit gegeben werden, bestehende Zweifel an seiner Eignung auszuräumen (2.17).

Besteht kein sachlicher Zusammenhang zwischen der Frage und der in Aussicht genommenen Beschäftigung des Bewerbers, so ist die Frage unzulässig und braucht deshalb nicht beantwortet zu werden. Eine unzulässige Frage kann wahrheitswidrig beantwortet werden. Wird eine unzulässige Frage wahrheitswidrig beantwortet, so ist dies im allgemeinen unbeachtlich; der Arbeitgeber kann nicht vortragen, er sei arglistig getäuscht worden (2.18).

Unzulässig ist beispielsweise im Einstellungsgespräch bzw. im Einstellungsfragebogen die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit sowie die Frage nach dem Religionsbekenntnis. Die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ist ausnahmsweise nur in Gewerkschaftsverwaltungen u.ä. zulässig, die nach der Religionszugehörigkeit nur in Kirchenverwaltungen, konfessionellen Krankenhäusern u.ä. Unzulässig ist auch die Frage nach Familienstand, Kindern, Hobbys, Freizeitgestaltung, Ehrenämtern.

Anders ist die Rechtslage, nachdem der Bewerber eingestellt worden ist. Nach Abschluß des Arbeitsvertrages darf der Arbeitgeber beispielsweise nach der Gewerkschaftszugehörigkeit fragen, weil er nur auf diese Weise seine Verpflichtung zur Anwendung tariflicher Normen auf das Arbeitsverhältnis feststellen kann (sofern er selbst tarifgebunden ist). Nach erfolgter Einstellung darf der Arbeitgeber auch nach der Religionszugehörigkeit fragen, weil er sonst die Kirchensteuer nicht ordnungsgemäß abführen kann. Gefragt werden darf ferner, nachdem ein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist, nach Lohn- und Gehaltsabtretungen bzw. Lohn- und Gehaltspfändungen sowie nach dem Familienstand und nach der Kinderzahl, weil diese Angaben zur ordnungsgemäßen Lohnabrechnung erforderlich sind. Das Fragerecht des Arbeitgebers ist also nach Abschluß des Arbeitsvertrages umfassender als während der Zeit des Einstellungsgespräches. Gegen eine spätere Erhebung persönlicher Daten bestehen keine Bedenken, weil die Angaben nicht mehr zum Nachteil des Arbeitnehmers verwendet werden können.

**20 Auskunftspflicht des Arbeitgebers.** Grundsätzlich wird man die Auskunftspflicht des Arbeitgebers ähnlich abgrenzen müssen wie die Auskunftspflicht des Arbeitnehmers. Nach Auffassung des BAG braucht der Arbeitgeber den Bewerber bei den Einstellungsverhandlungen von sich aus nicht über solche Umstände zu unterrichten, die sich aus der Sachlage von selbst ergeben (2.19). Selbstverständlich hat der Bewerber ein Fragerecht.

Anders ist es, wenn Umstände vorliegen, die sich nicht aus der Sachlage von selbst ergeben, die aber erkennbar für den Entschluß des Bewerbers von Bedeutung sind, nach denen der Bewerber jedoch nicht fragt, weil ihm die Anhaltspunkte fehlen. Hier hat der Arbeitgeber eine Aufklärungspflicht (2.20).

Das ist beispielsweise der Fall, wenn seitens des Arbeitgebers an die Tätigkeit ganz besonders aus dem Rahmen fallende Anforderungen gestellt werden, die dem Arbeitnehmer nicht ohne weiteres erkennbar sind, die weder aus der Stellenanzeige noch aus dem späteren Schriftwechsel ersichtlich sind, z.B. wenn der Arbeitgeber den Bewerber im Ausland einsetzen will (2.19). Aufklärungspflicht für den Arbeitgeber besteht auch dann, wenn er während der Vorverhandlungen erkennt, daß der Bewerber besondere Wünsche und Erwartungen hegt (z.B. bezüglich Beförderung, Altersversorgung), die sich nicht erfüllen lassen (2.21). Der Arbeitgeber muß dem Bewerber auch einen entsprechenden Hinweis geben, wenn schon eine Entscheidung darüber getroffen ist, daß die dem Bewerber angebotene Position in Kürze ersatzlos wegfallen wird. Schließlich ist der Arbeitgeber verpflichtet, in den Einstellungsverhandlungen den Bewerber, der

im Regelfall davon ausgeht, daß die Lohn- und Gehaltszahlung pünktlich und zuverlässig erfolgt, zu informieren, wenn dies in Frage gestellt ist (2.22).

Nach dem Betriebsverfassungsgesetz hat der Arbeitgeber ferner von sich aus den Arbeitnehmer über dessen Aufgabe und Verantwortung sowie über die Art seiner Tätigkeit und ihre Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebes zu unterrichten (§ 81 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Zu erläutern ist der Arbeitsauftrag, die Belastung, mit der der Arbeitnehmer zu rechnen hat, die Bedeutung seiner Arbeit für den Betrieb und die Verantwortung, die der Arbeitnehmer für den Arbeitsablauf trägt. Die Erläuterungen müssen individuell auf den einzelnen Arbeitnehmer und seinen Arbeitsplatz abgestimmt sein. Die Unterrichtungspflicht greift nicht erst ein, wenn der Arbeitnehmer nach Abschluß des Arbeitsvertrages seine Arbeit im Betrieb aufnimmt, sondern sie besteht schon bei der Vertragsanbahnung (2.23); allerdings wird eine Unterrichtung während des Vorstellungsgespräches nicht ausreichen, sie muß vor Aufnahme der Beschäftigung wiederholt werden (2.24).

Strittig ist, ob die Unterrichtungspflicht gem. § 81 Abs. 1 Satz 1 BetrVG in allen Betrieben gilt (2.25) oder nur in Betrieben, die betriebsratsfähig sind, auch wenn kein Betriebsrat besteht (2.26).

Eine besondere Aufklärungspflicht des Arbeitgebers besteht, wenn er den Bewerber vorläufig einstellen will, bevor der Betriebsrat seine nach § 99 BetrVG erforderliche Zustimmung erteilt hat (zur Beteiligung des Betriebsrates bei Einstellungen siehe Rz 27ff.). Zu denken ist an den Fall, daß der Betriebsrat vor der Einstellung ordnungsgemäß unterrichtet wurde und die Äußerungsfrist von einer Woche noch nicht abgelaufen ist, ein sofortiger Vertragsabschluß aber aus sachlichen Gründen dringend erforderlich erscheint, weil sich sonst der Bewerber für einen anderen Arbeitgeber entscheiden könnte. Denkbar ist auch, daß der Betriebsrat von der geplanten Einstellung noch gar nicht unterrichtet wurde, die Sachlage aber gleichwohl eine sofortige Entscheidung erfordert. In diesen Fällen muß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Sach- und Rechtslage aufklären (§ 100 Abs. 1 Satz 2 BetrVG); er hat den Arbeitnehmer über die Vorläufigkeit der Einstellung sowie darüber zu informieren, daß die Maßnahme möglicherweise wieder rückgängig gemacht werden muß. Verletzt der Arbeitgeber seine Aufklärungspflicht, so ist er dem Arbeitnehmer zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Endgültigkeit der Einstellung vertrat (2.27).

**21 Vorstellungskosten.** Hat der Arbeitgeber den Bewerber zu einer persönlichen Vorstellung aufgefordert, so muß er dem Bewerber die entstehenden Kosten erstatten (2.28). Dabei ist unerheblich, ob es zu einem Vertragsabschluß kommt. Ein Erstattungsanspruch besteht auch, wenn die Vorstellung ohne Aufforderung, aber mit Wissen des Arbeitgebers erfolgt. Rechtsgrundlage für den Erstattungsanspruch ist § 670 BGB.

Zu den Vorstellungskosten gehören die Fahrt-, Verpflegungs- und Übernachtungskosten, soweit sie notwendig sind und einen angemessenen Umfang nicht überschreiten. Nicht zu erstatten ist der Verdienstausschlag, auch nicht der in Anspruch genommene Urlaub. Bei Benutzung eines eigenen Pkw richtet sich die Erstattung, sofern nichts anderes vereinbart ist, nach den steuerrechtlichen Bestimmungen.

Will der Arbeitgeber die Kostenerstattung ausschließen, so muß er dies rechtzeitig und deutlich dem Bewerber mitteilen (2.29). Wird dem Bewerber anheimgestellt, sich vorzustellen, oder wird der Bewerber zu unverbindlicher