

Arbeitsrecht

Ein Lehrbuch für Wirtschaftswissenschaftler

von
Prof. Dr. Ulrich Pallasch

1. Auflage

Arbeitsrecht – Pallasch

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Recht für Wirtschaftswissenschaftler – Recht für Wirtschaftswissenschaftler – Arbeitsrecht

Verlag Franz Vahlen München 2010

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 2818 6

8. Rechtsstellung des betroffenen Stellenbewerbers

Schließt der Arbeitgeber trotz Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats einen Arbeitsvertrag mit dem Bewerber ab, ist der **Arbeitsvertrag wirksam**, da das Beteiligungsrecht nur die **Einstellung** betrifft. Der Arbeitnehmer darf aber **nicht eingestellt**, d.h. es darf ihm kein Arbeitsplatz und keine Beschäftigung zugewiesen werden. Folge ist, dass der Arbeitgeber in **Annahmeverzug** gerät und gemäß § 615 BGB das Arbeitsentgelt zu zahlen hat, ohne eine Arbeitsleistung zu erhalten. Dies kann für die Zukunft nur durch Beendigung des Arbeitsverhältnisses vermieden werden, wobei die Verweigerung der Zustimmung einen ordentlichen, betriebsbedingten Kündigungsgrund darstellt. Dem Arbeitgeber ist deshalb zu empfehlen, den Arbeitsvertrag erst nach Beendigung des Zustimmungs(ersetzungs)verfahrens abzuschließen.

§ 12 Abschluss des Arbeitsvertrages

I. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis

1. Begriffe

(1) Der **Arbeitsvertrag** ist ein gegenseitiger, wirtschaftstypischer Vertrag, der den **Rechtsgrund** für die von den Vertragsparteien zu erbringenden **Leistungen** (Arbeitsleistung und Vergütung) bildet. Der Arbeitsvertrag ist Dienstvertrag iSd §§ 611 ff. BGB.

(2) Als **Arbeitsverhältnis** bezeichnet man die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen zwischen den beiden Arbeitsvertragsparteien, auch soweit einzelne Rechte und Pflichten nicht im Arbeitsvertrag, sondern z.B. gesetzlich oder tarifvertraglich geregelt sind. Das Arbeitsverhältnis wird regelmäßig durch Arbeitsvertrag begründet (zur Begründung durch Gesetz s. § 11 S. 124).

(3) Die beiden Begriffe werden gelegentlich synonym verwendet, z.B. im TzBfG. Dort ist vom „**befristeten Arbeitsvertrag**“, aber auch vom „**befristeten Arbeitsverhältnis**“ die Rede. Rechtliche Konsequenzen sind damit aber nicht verbunden. Soweit es um Begründung und Dauer des Arbeitsverhältnisses geht, wird eher der Begriff des „Arbeitsvertrages“ verwendet (vgl. z.B. § 3 I und § 15 I, II TzBfG), soweit es um die Beendigung durch Kündigung geht, der Begriff des „Arbeitsverhältnisses“ (vgl. z.B. § 15 III, IV TzBfG).

2. Entstehung des Arbeitsverhältnisses

a) Arbeitsvertrag als Begründungstatbestand

(1) Das Arbeitsverhältnis wird **durch Arbeitsvertrag** begründet, also durch ein (zweiseitiges) Rechtsgeschäft. Die Parteien müssen entsprechende **Willenserklärungen** abgeben, mit denen sie sich zu den jeweiligen Leistungen verpflichten. Da eine besondere Form für den Vertragsschluss idR nicht vorgeschrieben ist (s. S. 142), genügt sogar konkludentes (schlüssiges) Verhalten.

So kann ein Arbeitsvertrag z. B. dadurch zu Stande kommen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Arbeit auffordert und dieser daraufhin mit der Arbeit beginnt.

(2) Dagegen führen weder die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb noch die tatsächliche Arbeitsaufnahme als solche zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses. Die **Eingliederung** in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers ist eine (nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtige) **Einstellung**, mit der die **Betriebszugehörigkeit**, aber kein Arbeitsverhältnis begründet wird (s. § 11 S. 133). Auch eine bloße **Arbeitsleistung** führt den Vertragsschluss nicht herbei: Wer etwa nach Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses weiterarbeitet, erreicht damit keine Vertragsverlängerung (nur im Falle des § 15 V TzBfG „gilt“ das Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, s. § 24 S. 321).

b) Maßgeblicher Zeitpunkt

(1) Das Arbeitsverhältnis entsteht grundsätzlich **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses**, nach der Konzeption der §§ 145 ff. BGB also mit Zugang der **Annahmeerklärung**, die mit Bezug auf ein entsprechendes Vertragsangebot abgegeben worden ist. Mit Abschluss des Arbeitsvertrages entstehen dann auch sofort die wechselseitigen Rechte und Pflichten.

(2) Dieser Entstehungszeitpunkt entspricht aber häufig nicht den Interessen der Vertragsparteien, die nach Abschluss des Vertrages noch eine gewisse Zeit der Vorbereitung benötigen, bevor der Vertrag dann in Vollzug gesetzt wird. Üblicherweise wird deshalb der **Vertragsbeginn** auf einen bestimmten Stichtag (häufig der erste Kalendertag eines Monats) **terminiert**.

Beispiel: Der Arbeitsvertrag wird am 9.9. abgeschlossen. Als Vertragsbeginn wird der 1.10. festgelegt. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind dann schon ab 9.9. vertraglich aneinander gebunden, aber das „Arbeitsverhältnis“ beginnt erst am 1.10. um 0 Uhr (auch wenn dieser Tag auf einen Sonntag fallen sollte, an dem nicht gearbeitet wird). Vor dem 1.10. bestehen weder die Arbeits- noch die Vergütungspflicht.

Bei dieser sehr häufigen Vertragsgestaltung handelt es sich um eine **aufschiebende Befristung** iSd §§ 158 I, 163 BGB: Die **Rechtswirkungen des Arbeitsvertrages** werden auf einen bestimmten Anfangstermin hinausgeschoben. Dies hat praktische Konsequenzen: So beginnen etwa die Fristen für eine vereinbarte Probezeit oder die gesetzlichen Wartezeiten (z. B. § 1 KSchG) erst mit dem vereinbarten Vertragsbeginn, wobei dieser Tag bei der Fristberechnung voll mitgezählt wird, sofern der Vertrag vorher schon geschlossen war (im obigen Beispiel endet eine vereinbarte 6-monatige Probezeit deshalb am 31.3. des Folgejahres um 24 Uhr). Der Arbeitsvertrag kann (sofern nichts Abweichendes vereinbart wurde) schon vor Vertragsbeginn gekündigt werden, wobei aber der gesetzliche Kündigungsschutz nach § 9 MuSchG bereits besteht.

(3) Die Vereinbarung eines bestimmten Vertragsbeginns im Arbeitsvertrag ist zu unterscheiden von einem **Vorvertrag**, der **kein Arbeitsvertrag** ist, sondern die Vertragsparteien verpflichtet, einen Arbeitsvertrag zu einem späteren Zeitpunkt abzuschließen. Diese Verpflichtung ist ggf. einklagbar.

3. Zustandekommen des Arbeitsvertrages

beck-shop.de

a) Vertragliche Einigung

Arbeitsverträge kommen wie andere Verträge auch gemäß §§ 145 ff. BGB durch Antrag (Angebot) und Annahme zu Stande. Wer das Angebot und wer die Annahme erklärt, ist unerheblich und im Falle langwieriger Vertragsverhandlungen häufig auch nicht feststellbar. Entscheidend ist, dass die Vertragsparteien wechselbezügliche Erklärungen abgegeben haben, die auf eine **übereinstimmend gewollte Rechtsfolge** gerichtet sind (**Konsens**). Solange die Parteien sich nicht vollständig geeinigt haben (z.B. über die Anzahl der Urlaubstage) und ihnen dies auch bewusst ist, ist der Arbeitsvertrag gemäß § 154 I BGB im Zweifel noch nicht geschlossen (**offener Dissens**). Haben die Parteien eine Vereinbarung über einen (unwesentlichen) Nebenpunkt vergessen (z.B. den Termin für die Gehaltsauszahlung), ist der Vertrag gemäß § 155 BGB idR trotzdem als geschlossen anzusehen (**versteckter Dissens**). Die Vereinbarung kann nachgeholt, oder es kann auf eine gesetzliche Regelung zurückgegriffen werden (hier: § 614 BGB).

b) Wesentliche Vertrags Elemente

Solange eine vertragliche Einigung über **wesentliche Vertragsbestandteile** („essentialia negotii“) fehlt, ist der Vertrag unabhängig von §§ 154, 155 BGB noch **nicht geschlossen** worden. In diesem Fall liegt noch **kein Vertrag** vor, nicht etwa ein „unwirksamer Vertrag“ (was häufig verwechselt wird). Kriterium für die „Wesentlichkeit“ ist vor allem, ob die Vereinbarung ohne diese Bestimmung durchführbar wäre. Beim Arbeitsvertrag sind wesentliche Vertrags Elemente:

- das **Dienstleistungsversprechen** (§ 611 I BGB), also die Zusage des Arbeitnehmers, eine bestimmte (oder bestimmbare) Arbeit zu leisten,
- *möglicherweise* der **Vertragsbeginn** (Beginn des Arbeitsverhältnisses),
- *nicht* aber die **Höhe der Vergütung** (dies folgt aus § 612 II BGB) und die **Dauer der Arbeitszeit**.

(1) Ohne die Zusage einer bestimmten (oder bestimmbaren) Tätigkeit ist noch kein Arbeitsvertrag geschlossen. Üblicherweise erfolgt eine **Tätigkeitsbeschreibung** im Arbeitsvertrag, ggf. unter Bezugnahme auf eine bestimmte Lohngruppe im Tarifvertrag. Die Art der Arbeitsleistung kann sich auch aus den Umständen ergeben (z.B. Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle). Nicht ausreichend wären allgemeine (Absichts-) Erklärungen ohne Bezug zu einer konkreten Position (etwa „Wir werden Sie einstellen“ oder „Ich stehe dem Unternehmen zur Verfügung“).

(2) Der **Beginn des Arbeitsverhältnisses** gehört zwar zu den vom Arbeitgeber schriftlich nachzuweisenden „**wesentlichen Vertragsbedingungen**“ (§ 2 I 2 Nr. 2 NachwG), jedoch setzt die Nachweispflicht ein Arbeitsverhältnis voraus. Der Vertragsbeginn gehört nicht zu den objektiv erforderlichen Vertrags Elementen, weil das Arbeitsverhältnis mit Vertragsschluss sofort beginnen könnte. Ist ein bestimmter Termin für eine der Vertragsparteien von entscheidender Bedeutung, ist dies deshalb (nur) im Rahmen von §§ 154, 155 BGB zu berücksichtigen.

(3) Ist die **Höhe der Vergütung** nicht bestimmt, ist die taxmäßige (z.B. eine Gebührenordnung für Freiberufler) oder die „übliche“ (z.B. tarifvertragliche

oder betriebsübliche) Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 612 II BGB). Der Dienst- oder Arbeitsvertrag kommt also auch ohne Vergütungsabrede zu Stande. Entsprechendes gilt für die Arbeitszeitdauer, weil diese häufig tarifvertraglich oder betriebseinheitlich geregelt ist.

II. Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Arbeitsvertrag

1. Geschäftsfähigkeit

(1) Ein gültiger (wirksamer) Arbeitsvertrag setzt auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite Geschäftsfähigkeit voraus (§§ 104 ff. BGB). Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit tritt erst mit der Volljährigkeit ein, also mit Vollendung des 18. Lebensjahres (§ 2 BGB). Minderjährige, die das siebente Lebensjahr vollendet haben, sind **beschränkt geschäftsfähig** (§ 106 iVm §§ 107 ff. BGB) und müssen beim Abschluss von Berufsausbildungs- und Arbeitsverträgen vertreten werden (vor allem durch ihre Eltern als gesetzliche Vertreter, §§ 1629, 1626 BGB), weil diese Verträge wegen der damit verbundenen Verpflichtungen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sind (§ 107 BGB).

Es gibt Sondervorschriften für **minderjährige Arbeitgeber** (§ 112 BGB: Ermächtigung zum selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts) und für **minderjährige Arbeitnehmer** (§ 113 BGB). § 113 BGB gilt **nicht für Berufsausbildungsverträge** (und Verträge der Praktikanten und Volontäre), da hier die Berufsausbildung, aber nicht eine Arbeitsleistung im Vordergrund steht (MüArbR/*Richardi* § 32 Rn. 22).

(2) Von der Geschäftsfähigkeit zu unterscheiden ist das **Mindestalter** für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses. Gemäß §§ 5 I, 2 I JArbSchG beträgt das Mindestalter grundsätzlich 15 Jahre. Arbeitsverträge mit Kindern sind deshalb gemäß § 134 BGB nichtig, sofern nicht Ausnahmeregelungen wie z.B. § 7 JArbSchG eingreifen (s. § 11 S. 128).

2. Formvorschriften und Nachweispflichten

a) Grundsatz der Formfreiheit

(1) **Arbeitsverträge können grundsätzlich formlos** (d.h. auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten) bzw. in jeder **beliebigen Form** (E-Mail, Telefax) abgeschlossen werden. Es besteht kein gesetzlicher Formzwang. Schriftformbedürftig gemäß § 623 BGB ist nicht die Begründung, sondern nur die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch **Kündigung** oder **Auflösungsvertrag**. Nur die „**Befristung**“ eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (§ 14 IV TzBfG), aber nicht der befristete Arbeitsvertrag (!). Ist die Befristung formunwirksam, gilt folglich der (wirksame) Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 16 TzBfG).

(2) Gesetzliche Formvorschriften im Bereich der wirtschaftstypischen Verträge sind relativ selten. Dies hängt damit zusammen, dass die **Warnfunktion** als Hauptfunktion eines Formgebotes bei gegenseitigen Verträgen idR entbehrlich ist (wichtigste Ausnahme: Grundstücksgeschäfte, § 311 b BGB) und vor allem bei einseitig verpflichtenden Verträgen zum **Schutz des Schuldners** vor unbedachten Äußerungen zum Tragen kommt (z.B. § 766 BGB:

Bürgschaftversprechen). Es besteht aber kein Grund, vor dem Abschluss von Arbeitsverträgen zu warnen (anders bei der Befristung, weil diese den Arbeitnehmer benachteiligt). Soweit eine vorgeschriebene Form Beweisfunktion haben soll, wird dies für Arbeits- und Ausbildungsverträge durch Nachweispflichten sichergestellt (s. unten).

b) Gesetzliche Formvorschriften

aa) „Konstitutive“ und „deklaratorische“ Formvorschriften. Bei „konstitutiven“ Formvorschriften ist das formbedürftige Rechtsgeschäft nur bei Einhaltung der Form wirksam („konstituiert“) und im Falle eines Formmangels gemäß § 125 BGB nichtig. Ob eine Formvorschrift konstitutiv ist, hängt von ihrem Zweck ab (BAG 1.12. 2004, NZA 2006, 211). Bei „deklaratorischen“ (erklärenden, erläuternden) Formvorschriften wird dagegen lediglich eine Verpflichtung des Schuldners begründet, den Vertrag (oder einzelne Vertragsbedingungen) in einer bestimmten Form „niederzulegen“ und dem Gläubiger ein Exemplar auszuhändigen. Eine solche Nachweispflicht hat keinen Einfluss auf das Zustandekommen oder die Gültigkeit des Vertrages.

bb) Beispiele. (1) Konstitutive Formvorschriften im Arbeitsrecht betreffen nicht den Arbeitsvertrag, sondern Sachverhalte im Zusammenhang mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, insbesondere:

- **Auflösungsvertrag und Kündigung** (§ 623 BGB),
- die **Befristung** des Arbeitsvertrages (§ 14 IV TzBfG),
- ein nachvertragliches **Wettbewerbsverbot** (§ 110 GewO, § 74 I HGB) und
- das **Zeugnis** (§ 630 BGB, § 109 GewO).

In diesen Fällen ist **Schriftform** (§ 126 BGB) erforderlich, d.h. beide Vertragsparteien haben die (idR dieselbe) Urkunde eigenhändig zu unterschreiben. Die Schriftform kann gemäß § 126 III BGB durch die **elektronische Form** iSd § 126 a BGB nur ersetzt werden, wenn sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt (vgl. insoweit § 623 BGB und § 109 III GewO, wo die elektronische Form ausdrücklich ausgeschlossen wird).

(2) **Deklaratorische** Formvorschriften enthalten insbesondere:

- § 2 **NachwG** für alle Arbeitsverhältnisse (mit Ausnahme der für maximal einen Monat begründeten Aushilfsarbeitsverhältnisse, vgl. § 1 NachwG),
- § 11 I **AÜG** (iVm § 2 NachwG) speziell für Leiharbeitsverhältnisse und
- § 11 **BBiG** speziell für Berufsausbildungsverträge.

Gemäß § 2 I **NachwG** hat der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses mindestens die unter Nr. 1 – Nr. 10 genannten („wesentlichen“) Vertragsbedingungen **schriftlich** niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Der Nachweis in elektronischer Form ist ausgeschlossen (§ 2 I 3 NachwG). Durch den schriftlichen Nachweis soll dem Arbeitnehmer ein **Beweismittel** verschafft werden. Die Nachweispflicht entfällt deshalb, wenn dem Arbeitnehmer ein **schriftlicher Arbeitsvertrag** ausgehändigt worden ist, der die erforderlichen Angaben enthält (§ 2 IV NachwG). Eine Verletzung der Nachweispflicht kann **Beweiserleichterungen** für den Arbeitnehmers und eine **Schadensersatzpflicht** des Arbeitgebers zur Folge haben.

Beispiel: Ein tarifvertraglicher Anspruch ist innerhalb einer 6-monatigen Ausschlussfrist geltend zu machen. Entgegen § 2 I 2 Nr. 10 NachwG hat der Arbeitgeber das Bestehen dieser Ausschlussfrist nicht nachgewiesen. Macht der Arbeitnehmer den Anspruch verspätet geltend, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Leistung im Wege des Schadensersatzes wegen Pflichtverletzung (§ 280 I BGB) auch noch nachträglich zu gewähren (BAG 17.4. 2002, NZA 2002, 1096).

§ 11 I AÜG und § 11 BBiG sind ähnlich gestaltet und enthalten zusätzliche Nachweispflichten, die speziell auf Leiharbeits- und Berufsausbildungsverhältnisse zugeschnitten sind.

c) Tarifvertragliche Formvorschriften

Schriftformklauseln sind sehr häufig in Tarifverträgen enthalten. Auch insofern ist zwischen konstitutiven und deklaratorischen Vorschriften zu unterscheiden, wobei eine eindeutige Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann.

(1) Eine **konstitutive Schriftformklausel** im Tarifvertrag lautet etwa: „Arbeitsverträge bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform“. Hier ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut der Klausel, dass der Arbeitsvertrag bei Nichtbeachtung der schriftlichen Form unwirksam (nichtig) ist, wobei die Nichtigkeit aus einer analogen Anwendung des § 125 Satz 1 BGB folgt. Entsprechendes gilt für (konstitutive) Änderungen des Arbeitsvertrages.

Eine solche Schriftformklausel ist eine **Abschlussnorm** iSd § 1 I TVG, die Gültigkeit nur bei **beiderseitiger Tarifgebundenheit** hat (§ 4 I 1 iVm § 3 TVG). Das bedeutet z.B., dass der Arbeitsvertrag mündlich wirksam geschlossen werden kann, wenn der Arbeitnehmer nicht Mitglied in der tarifschließenden Gewerkschaft und der Tarifvertrag auch nicht für allgemeinverbindlich erklärt worden ist (§ 5 TVG). In diesem Fall gilt das Schriftformgebot nicht (normativ).

Sind dagegen beide Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden (§ 3 TVG), bedarf der Arbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit zwingend der Schriftform. Wird ein nur mündlich geschlossener Arbeitsvertrag in Vollzug gesetzt, entsteht ein „fehlerhaftes Arbeitsverhältnis“ (s. unten III). Im Einzelfall kann es dem Arbeitgeber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) aber verwehrt sein, sich auf die Formunwirksamkeit zu berufen.

Beispiele: In Kenntnis eines normativen Schriftformgebotes schließt ein Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag nur mündlich ab, um sich bei der nächstbesten „Gelegenheit“ dem Arbeitnehmer gegenüber auf die Nichtigkeit des Vertrages (§ 125 BGB) zu berufen. Der Arbeitgeber könnte das Arbeitsverhältnis dann jederzeit mit sofortiger Wirkung beenden, ohne kündigen zu müssen (Rechtsmissbrauch). Dasselbe wird (wohl) auch dann anzunehmen sein, wenn der Arbeitnehmer auf der Basis des formungültigen Vertrages schon mehrere Monate lang beschäftigt war.

(2) **Deklaratorische Schriftformklauseln** lauten etwa: „Der Arbeitsvertrag wird schriftlich abgeschlossen“ (so § 2 I TVöD) oder „Dem Arbeitnehmer ist ein schriftlicher Arbeitsvertrag auszuhändigen“. Bei diesen Klauseln geht es weniger um die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages als vielmehr um einen schriftlichen Nachweis der Arbeitsbedingungen, so dass eine **Parallele zu § 2 NachwG** besteht. Lautet die Klausel: „Arbeitsverträge müssen schriftlich abgeschlossen werden“, liegt (wohl) eine konstitutive Schriftformklausel vor, eine deklaratorische Klausel dagegen, wenn Arbeitsverträge schriftlich abgeschlossen werden „sollen“.

Deklaratorische Formvorschriften im Tarifvertrag sind keine Abschluss-, sondern **Inhaltsnormen** iSd § 1 I TVG, die ebenfalls nur bei **beidseitiger Tarifgebundenheit** gelten (§ 4 I 1 TVG). Nur in diesem Fall besteht also ein Anspruch auf Aushändigung eines Arbeitsvertrags-exemplars.

d) Formvorschriften in Betriebsvereinbarungen

Eine Betriebsvereinbarung, die für den **Abschluss von Arbeitsverträgen** konstitutiv eine bestimmte Form vorschreibt, geht ins Leere, weil ihre normative Wirkung (§ 77 IV BetrVG) nur betriebsangehörige Arbeitnehmer erfasst. Sinnvoll sind Formvorschriften deshalb nur in Bezug auf bereits bestehende Arbeitsverhältnisse, z.B. konstitutive Schriftformklauseln für die **Änderung von Arbeitsverträgen** oder Nachweispflichten, die idR erst nach Vertragsbeginn erfüllt werden.

e) Einzelvertragliche Formvorschriften

(1) Die (zukünftigen) Arbeitsvertragsparteien können einen Schriftformzwang für den Abschluss des Arbeitsvertrages auch privatautonom vereinbaren, z.B. anlässlich des Vorstellungsgesprächs. Hat die Vereinbarung **konstitutiven** Charakter, ist ein formunwirksam geschlossener Arbeitsvertrag nicht gemäß § 125 Satz 2 BGB im Zweifel nichtig, sondern nach der insoweit spezielleren Vorschrift des **§ 154 II BGB** im Zweifel noch gar nicht geschlossen.

(2) Häufig vereinbaren die Parteien im Arbeitsvertrag, dass Änderungen und Ergänzungen des Vertrages der Schriftform bedürfen („**einfache Schriftformklausel**“). Damit soll die Entstehung einer **betrieblichen Übung** verhindert werden (s. § 3 S. 32). Diese Schriftformklausel kann aber formlos (z.B. durch schlüssiges Verhalten) wieder aufgehoben werden, so dass die betriebliche Übung doch entsteht (BAG 17.7. 2007, NZA 2008, 118). Erforderlich ist deshalb eine „**doppelte Schriftformklausel**“, wonach die Aufhebung der Schriftformklausel ihrerseits schriftlich erfolgen muss. Ist eine solche Klausel jedoch (wie üblich) in einem **Formulararbeitsvertrag** enthalten, sind auch formlose Individualabreden (§ 305 b BGB) vorrangig (BAG 20.5. 2008, NZA 2008, 1233).

3. Stellvertretung

a) Natürliche Personen

Arbeitsverträge können auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite durch einen Stellvertreter geschlossen werden. Die §§ 164 ff. BGB einschließlich § 177 (Vertretung ohne Vertretungsmacht) finden Anwendung. Die Vertretungsmacht kann **rechtsgeschäftlich** erteilt werden (**Vollmacht**; auf Arbeitgeberseite typischerweise Prokura und Handlungsvollmacht, §§ 48 ff. HGB) oder auf **Gesetz** beruhen (insbesondere bei der Vertretung Minderjähriger durch ihre Eltern, §§ 1626, 1629 BGB). Schließen Eltern als Arbeitgeber mit ihrem minderjährigen Kind einen **Berufsausbildungsvertrag**, stellt das kein nach § 181 BGB verbotenes „Insichgeschäft“ dar (§ 10 III BBiG).

b) Gesellschaften

Ist der Arbeitgeber keine natürliche Person, sondern **Personengesellschaft** oder **juristische Person**, wird er durch die **Gesellschafter** (für OHG und KG vgl. §§ 125, 126, 161 II HGB) oder durch die gesetzlichen **Vertretungsorgane** ver-

treten (z. B. GmbH-Geschäftsführer und Vorstand, vgl. § 35 GmbHG und § 78 AktG). Darüber hinaus kommt eine rechtsgeschäftliche Vertretung (z. B. durch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte) in Betracht, insbesondere bei größeren Unternehmen.

III. Fehlerhaft begründete Arbeitsverhältnisse

1. Nichtigkeit des Arbeitsvertrages

a) Überblick über die Nichtigkeitsgründe

Die Wirksamkeit von Arbeitsverträgen richtet sich nach den allgemeinen privatrechtlichen Regeln und Grundsätzen. Im Vergleich zu anderen Verträgen bestehen prinzipiell keine Unterschiede. Der Vertrag ist wirksam (gültig), soweit kein Nichtigkeitsgrund vorliegt. In Betracht kommen:

- §§ 104 ff. BGB (mangelnde und beschränkte Geschäftsfähigkeit),
- § 125 BGB (Formnichtigkeit, falls ein *konstitutives* Formerfordernis besteht),
- § 134 BGB (in Verbindung mit einem Verbotsgesetz, z. B. § 5 I JArbSchG),
- § 138 I, II BGB (Sittenwidrigkeit; speziell zum „Lohnwucher“ s. unten 3),
- § 142 I BGB (Nichtigkeit nach Anfechtung des Arbeitsvertrages; s. oben § 10) und
- § 177 BGB (Vertretung ohne Vertretungsmacht).

Beispiele: Ein 14-Jähriger schließt einen Arbeitsvertrag ab; die Eltern verweigern die Zustimmung. Der Vertrag ist nach § 108 BGB unwirksam und unabhängig davon nach § 134 BGB iVm § 5 I JArbSchG nichtig, falls keine Ausnahme nach §§ 6, 7 JArbSchG eingreift. Schließt aufseiten des Arbeitgebers ein Angestellter einen Arbeitsvertrag ab, ohne dazu bevollmächtigt zu sein, hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung des Arbeitgebers ab (§ 177 I BGB). Bezüglich einer möglichen Sittenwidrigkeit wegen des Vertragsinhaltes (§ 138 I BGB) ist zu berücksichtigen, dass Arbeitsverhältnisse mit Prostituierten rechtswirksam begründet werden können (vgl. § 1 Prostitutionsgesetz).

b) Herbeiführung der Nichtigkeit

(1) Bei **anfechtbaren Rechtsgeschäften** (vgl. §§ 119, 123 BGB) wird die Nichtigkeit erst durch **Anfechtungserklärung** (§ 143 BGB) herbeigeführt. Diese Erklärung ist **keine Kündigung**, so dass kündigung(schutz)rechtliche Bestimmungen nicht zu beachten sind. Gemäß § 142 I BGB ist das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen (weil der Anfechtungsgrund von Anfang an vorlag).

(2) Rechtsgeschäfte, die zunächst **„schwebend unwirksam“** sind, werden endgültig unwirksam (nichtig) durch **Verweigerung der erforderlichen Genehmigung** in den Fällen des § 108 (beschränkte Geschäftsfähigkeit) und § 177 BGB (Vertretung ohne Vertretungsmacht).

(3) In den übrigen Fällen (§§ 125, 134, 138 BGB) **„ist“** das Rechtsgeschäft (von Anfang an) **nichtig**. Eine auf Herbeiführung der Nichtigkeit gerichtete Gestaltungserklärung ist hier nicht erforderlich. Wer behauptet, dass der Arbeitsver-