

Arbeitsrecht

Bearbeitet von
Martin Maties

6. Auflage 2017. Buch. XV, 184 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 71068 1
Format (B x L): 11,8 x 18,0 cm
Gewicht: 200 g

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Kapitel 2. Entstehung von Arbeitsverhältnissen

Literatur: *Kamanabrou*, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, RdA 2006, 321 ff.; *Pallasch*, Diskriminierungsverbot wegen Schwangerschaft bei der Einstellung, NZA 2007, 306 ff.; *Picker*, Die Anfechtung von Arbeitsverträgen, ZfA 1981, 1 ff.; *Wagner/Potsch*, Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, JZ 2006, 1085 ff.; *Walker*, Der Vollzug des Arbeitsverhältnisses ohne wirksamen Arbeitsvertrag, JA 1985, 138 ff.

Ein Arbeitsverhältnis entsteht durch Vertragsschluss; er richtet sich 1 nach den allgemeinen Vorschriften des BGB, d.h. nach den §§ 145 ff. BGB. Folglich kommt der Vertragsdurchtrag durch Antrag und Annahme zu Stande (Konsensualtheorie); mangels vorgesehener Formerafordernisse kann ein Arbeitsvertrag aufgrund der Privatautonomie auch konkludent oder ggf. stillschweigend zu Stande kommen. Zwar besteht gem. §§ 1, 2 NachwG die Verpflichtung des Arbeitgebers, die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen, wenn ein Arbeitnehmer nicht nur für einen Monat eingestellt wird; jedoch führt der Verstoß nicht gem. § 125 BGB zur Nichtigkeit, sondern nur zu einem Pflichtverstoß des Arbeitgebers, der im Prozess im Rahmen der Beweislast gewürdigt werden kann.

Die Auffassung, dass neben dem Vertragsschluss zudem eine Eingliederung in den Betrieb stattfinden muss, ist überholt. Die Unterscheidung hatte nur praktische Relevanz für den Fall der Kündigung vor Arbeitsaufnahme. 2

A. Anbahnungsverhältnis

Die meisten Arbeitsverhältnisse beginnen damit, dass sich der künftige Arbeitnehmer auf eine Stellenausschreibung hin bewirbt oder eine Initiativbewerbung startet. Die Ausschreibung selbst ist zwar nur eine *invitatio ad offerendum* (Einladung einen Antrag abzugeben), hierdurch wird jedoch der erste tatsächliche Kontakt geknüpft, der zu weiteren Gesprächen führen kann. Das so beginnende Anbahnungsverhältnis begründet ein vorvertragliches Schuldverhältnis gem. § 311 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB mit der Folge, dass die Parteien gem. § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksichtnahme verpflichtet sind. Ein Anspruch auf 3

die Begründung eines Arbeitsverhältnisses besteht jedoch in keinem Fall. Im Arbeitsrecht besteht kein Kontrahierungszwang, es steht dem Arbeitgeber frei, ob er einen Arbeitsvertrag schließt, mit wem und zu welchen Bedingungen. Hieran hat auch das am 18. 8. 2006 in Kraft getretene AGG nichts geändert (vgl. § 15 Abs. 6 AGG).

I. AGG

- 4 Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (bereits seinem Namen nach irreführend) verlangt vom Arbeitgeber nicht, dass er alle Bewerber oder Arbeitnehmer gleich behandelt, sondern nur, dass er es unterlässt, in unzulässiger Weise für (negative) Entscheidungen und Maßnahmen an bestimmte Merkmale anzuknüpfen. Zwar gibt es auch einen allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz; dieser findet jedoch im Anbahnungsverhältnis noch keine Anwendung, sondern erst, wenn ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde.
- 5 Das AGG hat seinen arbeitsrechtlichen Vorläufer in den §§ 611a, 611b BGB a.F. Diese sahen vor, dass Frauen und Männer nicht aufgrund ihres Geschlechts unterschiedlich behandelt werden durften. Diese Antidiskriminierungsvorschriften sind jetzt im AGG aufgegangen. Der Arbeitgeber darf jetzt grds. nicht mehr an die acht Merkmale des § 1 AGG anknüpfen: Rasse oder ethnische Herkunft (Achtung: West-/Ostdeutschland werden nach h.M. nicht erfasst), Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität. Der Arbeitgeber darf weder unmittelbar, d.h. direkt – § 3 Abs. 1 AGG – an das Merkmal (z.B. eine Frau), noch mittelbar – § 3 Abs. 2 AGG – (z.B. Lippenstifträger) anknüpfen und seine Entscheidung an diesem Merkmal orientieren. Wichtigste Folge für das Anbahnungsverhältnis ist es, dass der Arbeitgeber einen Bewerber nicht aufgrund von geschützten Merkmalen ablehnen darf. D.h. nicht, dass er den Merkmalsträger einstellen muss, sondern nur, dass eine Ablehnung nicht aufgrund des Merkmals erfolgen darf. Bei der Auslegung der Merkmale ist die europarechtliche Interpretation maßgeblich. So kann eine Fettleibigkeit (Adipositas) eine Behinderung i.S.d. RL 2000/78 EG sein und somit auch i.S.d. § 1 AGG (EuGH NZA 2015, 33 ff.).

1. Ausschreibung

- 6 Um den Schutz möglichst effektiv zu gestalten, regeln §§ 11, 7, 1 AGG, dass bereits die Ausschreibung nicht an die Merkmale anknüpfen darf.

Beispiel: Die Formulierung: „Wir suchen eine junge dynamische Mitarbeiterin mit hervorragenden Deutschkenntnissen in Wort und Schrift zur Unterstützung un-

serer Reinigungskolonne.“ stellt in dreifacher Hinsicht einen Verstoß gegen das Verbot der benachteiligenden Ausschreibung dar. An das Alter und das Geschlecht wird unmittelbar angeknüpft, an die ethnische Herkunft durch die hervorragenden Deutschkenntnisse mittelbar, weil ausländische Arbeitskräfte statistisch gesehen weniger gute Deutschkenntnisse haben. (Dass viele Ausländer erheblich bessere Deutschkenntnisse haben als Inländer, bleibt unberührt, da es für die mittelbare Benachteiligung auf die statistischen Zusammenhänge ankommt.) Zwar kann eine mittelbare Anknüpfung an ein Merkmal gem. § 3 Abs. 2 AGG durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden, jedoch ist nicht ersichtlich, warum eine Putzkraft hervorragende Deutschkenntnisse haben müsste.

Die fehlerhafte Ausschreibung wird den Bewerber nicht sonderlich 7 treffen, es sei denn, er lässt sich durch die Beschreibung von einer Bewerbung abschrecken. Wichtiger ist für ihn die Annahme der Stelle bzw. die Ablehnung seiner Bewerbung aufgrund eines Merkmals. Da man jedoch keine Möglichkeit hat nachzuprüfen, ob der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung (gegen den Bewerber) an ein geschütztes Merkmal angeknüpft hat, stellt eine Ausschreibung entgegen dem AGG bereits ein Indiz dafür da, dass der Arbeitgeber an das Merkmal angeknüpft hat, § 22 AGG. Die Wichtigkeit ergibt sich daraus, dass ein abgelehnter Bewerber grds. keinen Anspruch auf Auskunft der Ablehnungsgründe hat (BAG NZA 2014, 224; Ausnahme: Schwerbehinderte gem. § 81 Abs. 1 SGB IX).

2. Benachteiligung – Diskriminierung

Für viele Entscheidungen gibt es wichtige Gründe, so kann u.U. 8 auch eine nachteilige Entscheidung gerechtfertigt sein. Ist eine benachteiligende Maßnahme nicht gerechtfertigt, so nennt man dies Diskriminierung. Je nachdem, welche Benachteiligungsform vorliegt und an welches Merkmal angeknüpft wird, ist eine unterschiedliche Rechtfertigung erforderlich und möglich.

a) Unmittelbare Benachteiligung

Sollte unmittelbar an ein Kriterium angeknüpft werden, so kommen als 9 Rechtfertigungsgründe insbesondere die §§ 8 bis 10 AGG und § 5 AGG in Betracht. Herausragende Bedeutung hat hier § 8 AGG. Dieser verlangt, dass das geschützte Merkmal wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Dies kann der Fall sein, wenn ein Beruf nur von einem Geschlecht ausgeübt werden darf (so z.B. im Fall des BAG, in dem für ein Mädcheninternat eine Frau gesucht wurde, die auch Nachdienste absolviert, NJW 2009, 3672 ff.). Aber auch § 10 AGG kommt immer mehr Bedeutung zu, so darf ein Arbeitgeber älteren Mitarbeitern wegen § 10 S. 3 Nr. 1 AGG mehr Urlaub gewähren (BAG BB 2015, 634 ff.).

b) Mittelbare Benachteiligung

- 10 Das Verbot einer mittelbaren Benachteiligung stellt die Absicht des Gesetzgebers dar, einem Arbeitgeber die Möglichkeit zu nehmen, letztendlich doch an ein Merkmal anzuknüpfen, indem er es umschreibt oder an andere Merkmale anknüpft, die regelmäßig (statistisch) mit einem geschützten Merkmal zusammenhängen. Es sollen mithin Umgehungen vermieden werden.

Das Merkmal der großen Körperkraft ist sicherlich eines, das statistisch mehr Männern als Frauen zugeschrieben werden kann. Wenn folglich ein Arbeitgeber eine Ausschreibung vornimmt und Personal sucht, das in der Lage ist, ohne technische Hilfsmittel 35 kg zu heben, so knüpft er nicht unmittelbar an das Geschlecht an, sondern mittelbar.

- 11 Vom Gedanken der Umgehung ausgehend hat der Gesetzgeber es erlaubt (Rechtfertigungsgrund), an dieses Kriterium mittelbar anzuknüpfen, wenn hierfür ein sachlicher Grund vorliegt, § 3 Abs. 2 Hs. 2 AGG.

So können eine große Körperkraft oder besonders herausragende Sprachkenntnisse in Wort und Schrift Kriterien sein, die für die Tätigkeit von großer Bedeutung sind. Ein Umzugsspediteur muss regelmäßig schwere Möbel und Kisten tragen und ein Redakteur oder Lektor die deutsche Sprache auch schriftlich nahezu perfekt beherrschen.

- 12 In diesen Fällen knüpft der Arbeitgeber gedanklich nicht an das Merkmal an, sondern an die Tätigkeit, so dass zwar eine mittelbare Benachteiligung vorliegt, der sachliche Grund hierfür die Anknüpfung aber gestattet.

3. Schadensersatzansprüche

- 13 Die Diskriminierungverbote wären völlig wertlos, wenn nicht eine Sanktion an den Verstoß geknüpft wäre. Die einschlägigen Rechtsfolgen für das Arbeitsrecht enthält § 15 AGG. Dieser sieht zwei verschiedene Schadensersatzansprüche vor. § 15 Abs. 1 AGG gewährt einen materiellen Schadensersatzanspruch, während Abs. 2 einen immateriellen Schadensersatzanspruch („Entschädigung“) enthält.

- 14 Wichtig ist zunächst, dass unabhängig von den Schadensersatzansprüchen, der Bewerber keinen Einstellungsanspruch hat, § 15 Abs. 6 AGG. Der abgelehnte Bewerber hat keinen Anspruch auf eine Begründung der Ablehnung, was sich im Umkehrschluss zu § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX ergibt, der einen Anspruch auf Begründung nur bei Schwerbehinderten vorsieht (vgl. auch EuGH NJW 2012, 2497 ff.).

- 15 **Fall Diskriminierung:** Ein Arbeitgeber sucht eine Fachkraft für die Bestimmung von Mischungsverhältnissen bei Beton. Auf die Stelle

bewerben sich drei Männer. Herr Kroos, Herr Schweinsteiger und Herr Özil. Als der Chef zu seiner Sekretärin sagt, dass er das „Ölauge“ sicher nicht einstellen wird, telefonierte diese jedoch gerade mit Herrn Özil. Dieser ist entsetzt. Als sich der Arbeitgeber für Herrn Schweinsteiger entscheidet, verlangt Herr Özil Schadensersatz. Was können er und Herr Kroos verlangen, wenn Herr Kroos die besten Noten und die meiste Erfahrung mit der Materie hat?

Durch die beleidigende Formulierung hat der Arbeitgeber seine fremdenfeindliche Gesinnung zum Ausdruck gebracht, unmittelbar an das Merkmal der ethnischen Herkunft angeknüpft und eine nachteilige Entscheidung getroffen (Nichteinstellung). Es liegt eine unmittelbare Benachteiligung vor, die auch nicht gerechtfertigt ist. Folglich kommen Ansprüche gem. § 15 AGG in Betracht, ein Anspruch auf Einstellung scheidet gem. § 15 Abs. 6 AGG aus, jedoch könnte es zumindest eine Entschädigung in Geld geben. Hier ist Herr Özil nicht der am besten geeignete Bewerber (sondern Herr Kroos), so dass man nicht davon ausgehen kann, dass er bei benachteiligungsfreier Auswahl den Vorzug erhalten hätte; somit scheidet ein Anspruch gem. § 15 Abs. 1 AGG aus. Ihm steht aber ein Schadensersatzanspruch gem. § 15 Abs. 2 AGG zu, da er in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt ist und somit ein Nichtvermögensschaden entstanden ist. In diesem Fall scheint es auch gerechtfertigt, vom gesetzlichen Höchstmaß, drei Bruttonomatsgehältern, auszugehen. Herr Kroos hat seinerseits gar keinen Anspruch. Zwar ist er der bestgeeignete Bewerber, jedoch liegt keine Benachteiligung wegen eines pönalisierten Merkmals vor.

Fall Benachteiligung: Auf eine Stelle als Sekretär/-in bewerben sich zwei Damen, beide Mitte 30, eine von beiden (A) hat vom Aussehen her eine verblüffende Ähnlichkeit mit einem bekannten deutschen Topmodel, die andere (B) entspricht einem durchschnittlichen Erscheinungsbild, ist aber erheblich besser qualifiziert. Der Chef hat ein Faible für dieses Topmodel und entscheidet sich für A, weil sie ihm sofort sehr sympathisch ist.

In diesem Fall scheint es um das Kriterium der fachlichen Eignung zu gehen, jedoch kommt man erst gar nicht zu diesem Prüfungspunkt. Der Rechtfertigung einer negativen Entscheidung bedarf es nur dann, wenn überhaupt eine Benachteiligung wegen eines geschützten Merkmals vorliegt. Hier wird jedoch nur an das Aussehen angeknüpft. Mangels verbotenen Anknüpfungspunktes kommt gar kein Anspruch in Betracht. Die Bevorzugung aufgrund des Aussehens oder der Sympathie ist zwar nicht wünschenswert, jedoch rechtlich akzeptiert.

- 17 Für Ansprüche gem. § 15 AGG aufgrund von Diskriminierung im Arbeitsrecht ergibt sich folgendes Prüfschema:

Prüfungsschema 1: Ansprüche wegen Diskriminierung

- A. Anwendbarkeit des AGG gem. §§ 2, 6 AGG
- B. benachteiligende Handlung
 - I. unmittelbare Benachteiligung gem. § 3 Abs. 1 AGG
 1. aufgrund oder wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals
 2. Rechtfertigung gem. §§ 8, 9, 10 AGG
 3. Rechtfertigung gem. § 5 AGG
 - II. mittelbare Benachteiligung gem. § 3 Abs. 2 AGG (scheinbar neutrales Kriterium)
 1. aufgrund oder wegen eines Merkmals nach § 1 AGG
 2. sachlicher Grund für die Anknüpfung an das geschützte Merkmal + Verhältnismäßigkeit
 3. Rechtfertigung gem. §§ 8, 9, 10 AGG oder § 5 AGG
- C. Schaden
 - I. materieller Schaden = der/die Bestgeeignetste
→ Schadensersatz für den Nichterhalt der Stelle (= Gehalt)
 - II. immaterieller Schaden = es gibt besser qualifizierte Bewerber
→ Schadensersatz max. drei Bruttonomatsgehälter

II. Fragerecht

Literatur: *Brors*, Berechtigtes Informationsinteresse und Diskriminierungsverbot – Welche Fragen darf der Arbeitgeber bei Einstellung eines behinderten Bewerbers stellen?, DB 2003, 1734 ff.; *Preis*, Recht und Zwang zur Lüge – Zwischen List, Tücke und Wohlwollen im Arbeitsleben, NZA 2005, 1321 ff.; *ErfK/Wank*, § 32 BDSG Rn. 8 ff.; *Wisskirchen/Bissels*, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, NZA 2007, 169 ff.

- 18 Im Vorfeld des Vertragsschlusses kann es zu diversen Spannungen kommen, so kann insbesondere der Arbeitgeber an besonders vielen Informationen und Daten des Bewerbers interessiert sein, der Bewerber möchte jedoch so wenige Informationen wie möglich von sich preisgeben. Aufgrund der regelmäßig hohen Anzahl an Bewerbungen hat der

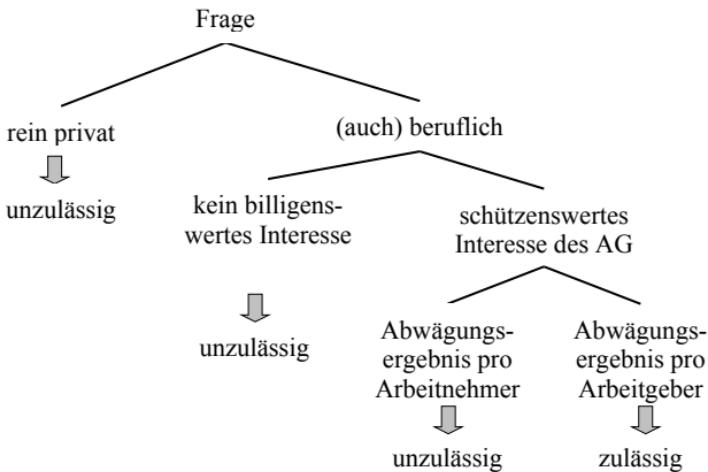
Arbeitgeber die Auswahl unter der Bewerberschar. Diese Lage ermöglicht ihm eine gute Verhandlungsbasis und erhöht den Druck auf den Bewerber, alle ihm gestellten Fragen zu beantworten, auch wenn er befürchtet, dass seine Antwort dem Arbeitgeber nicht gefallen wird. Hier sahen sich der Gesetzgeber und die Rechtsprechung veranlasst, das Fragerecht des Arbeitgebers einzuschränken.

Sofern die Daten der Arbeitnehmer automatisch erhoben oder verarbeitet werden, ist das BDSG einschlägig, nach dessen § 4 Abs. 1 ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung besteht. Die Erhebung ist dann nur mit der Einwilligung des Arbeitnehmers möglich, oder wenn dies durch Gesetz, insbes. § 32 BDSG, gestattet ist. Jedoch auch außerhalb des BDSG sind Fragen des Arbeitgebers nicht uneingeschränkt zulässig. 19

1. Zulässigkeit

Der Arbeitgeber möchte möglichst viele Informationen sammeln, der Arbeitnehmer oder Bewerber aber nicht offenbaren. Um einen Ausgleich zwischen diesen Positionen zu schaffen, findet ein Abwägungsprozess statt, da einander widerstrebende Grundrechtspositionen (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG und Art. 12 GG) aufeinander prallen (die Interessenabwägung ergibt sich unmittelbar aus § 32 BDSG). Der Arbeitgeber darf nur nach Informationen fragen, die für die Beschäftigung des Arbeitnehmers erforderlich sind. So ist die Frage nach einem Führerschein für einen Kraftfahrer von Belang, für eine Reinigungskraft hingegen nicht. Hierbei kommen verschiedene Aspekte in Betracht, die einen sensiblen Bereich betreffen. Zunächst kann man zwischen den das Arbeitsleben betreffenden Lebensbereichen und den privaten Bereichen differenzieren. Privates geht den Arbeitgeber grds. nichts an, während der Umkehrschluss, dass alles Berufliche wissenswert ist, nicht zulässig ist. Viele Bereiche sind beiden Gebieten zuzuordnen; so ist die Gewerkschaftszugehörigkeit sowohl Privatsache als auch beruflich relevant (u.A. für die Tarifbindung). Aber selbst wenn eine Materie in den beruflichen Bereich fällt und der Arbeitgeber an der Information ein Interesse hat, müssen die Interessen gegeneinander abgewogen werden. An der Frage nach der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber aber kein berechtigtes Interesse, da die Frage nur einer Frau sinnvoll gestellt werden kann und die Frage mithin bereits wegen des AGG unzulässig ist; aber auch die Frage nach einer Gewerkschaftszugehörigkeit ist unzulässig, da der Arbeitgeber nicht berechtigterweise an die Antwort anknüpfen darf und er bei der Einstellung folglich kein schützenswertes Interesse an der Information hat. Dies ergibt sich auch aus der Wertung 20

des Art. 9 Abs. 3 GG, der die Vereinigungsfreiheit schützt (eine Ausnahme ist möglich, wenn die Gewerkschaft selbst der Arbeitgeber ist).



Übersicht 5: Fragerecht

- 21 Die Folge einer unzulässigen Frage ist, dass der Arbeitnehmer die Frage nicht beantworten muss, allerdings ist die Verweigerung einer Antwort auch eine Antwort. Um dieser für den Arbeitnehmer nachteiligen Konsequenz zu entgehen, billigt man ihm das Recht zur Lüge auf eine unzulässige Frage zu; d.h. auf eine unzulässige Frage muss der Arbeitnehmer nicht wahrheitsgemäß antworten.

2. Offenbarungspflichten

- 22 Der Arbeitnehmer hat aber nicht nur das Recht zur Lüge. Im umgekehrten Fall können den Arbeitnehmer aufgrund des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) auch Pflichten zur Mitteilung bestimmter Informationen treffen, wenn der Arbeitgeber nicht nach diesen gefragt hat. Sind bestimmte Fakten für den Arbeitgeber offensichtlich von so erheblicher Bedeutung, dass der Arbeitgeber sie wissen muss, so muss der Bewerber diese mitteilen; dies ist insbesondere bei allen Informationen der Fall, die für die Erfüllbarkeit des Arbeitsverhältnisses bedeutsam sind (Arbeitserlaubnis für Ausländer, Führerschein für Kraftfahrer [ggf. also nicht nur Fragerecht], keine ansteckenden Krankheiten für Krankenschwester auf der