

# Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

---

**Andreas Tschirner  
Sabine Behrendt**

**4. Auflage**

Verlag Europa-Lehrmittel  
Nourney, Vollmer GmbH & Co. KG  
Düsselberger Straße 23  
42781 Haan-Gruiten

**Europa-Nr.: 99280**



---

Autoren:

Andreas Tschirner

Sabine Behrendt

4. Auflage 2014

Druck 5 4 3 2 1

Alle Drucke derselben Auflage sind parallel einsetzbar, da bis auf die Behebung von Druckfehlern untereinander unverändert.

ISBN 978-3-8085-9668-5

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle muss vom Verlag schriftlich genehmigt werden.

© 2014 by Verlag Europa-Lehrmittel, Nourney, Vollmer GmbH & Co. KG, 42781 Haan-Gruiten  
<http://www.europa-lehrmittel.de>

Umschlaggestaltung, Satz: Schriftsatz Frauke Moritz, 22926 Ahrensburg

Umschlagfoto: © Ismagilov – Shutterstock.com

Druck: Medienhaus Plump GmbH, 53619 Rheinbreitbach

---

## Vorwort

---

**Arbeits- und Sozialversicherungsrecht** ist ein aktuelles Lern- und Arbeitsbuch für die Aus- und Weiterbildung.

Das Buch ist geeignet für

- Schüler der beruflichen Schulen, vorrangig für Auszubildende im Bereich Wirtschaft und Verwaltung, aber auch für
- Studierende der Wirtschaftsfachschulen und
- Teilnehmer beruflicher Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen.

**Arbeits- und Sozialversicherungsrecht – Lernsituationen, Wissen, Aufgaben**

Das Buch gliedert sich in drei Teile:

- Teil A, Individuelles Arbeitsrecht
- Teil B, kollektives Arbeitsrecht
- Teil C, Sozialversicherungsrecht.

Die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Inhalte werden aus der Sicht von Arbeitnehmern, den Mietgliedern der Familie Wiehenstroth, beschrieben. Dem Leser soll auf diese Weise der Alltagsbezug der komplizierten Materie in verständlicher und didaktisch reduzierter Form dargeboten werden. Die sich den Sachverhalten anschließenden Ausführungen zu den jeweiligen Rechtsgebieten versetzen die Leser in die Lage, die in den Lernsituationen thematisierten Probleme selbstständig zu lösen. Den einzelnen Kapiteln folgen Aufgabenteile, die neben reproduzierenden auch anwendungsbezogene Aufgabenstellungen beinhalten.

### Neu in dieser Auflage

**Arbeits- und Sozialversicherungsrecht** folgt auch in der 4. Auflage dem Konzept der Handlungsorientierung und ist nach Lernsituationen/Sachverhalten strukturiert.

Das Lern- und Arbeitsbuch wurde in der 4. Auflage weiter aktualisiert.

### Ihr Feedback ist uns wichtig

Wenn Sie mithelfen möchten, dieses Buch für die kommenden Auflagen zu verbessern, schreiben Sie uns unter [lektorat@europa-lehrmittel.de](mailto:lektorat@europa-lehrmittel.de). Ihre Hinweise und Verbesserungsvorschläge nehmen wir gerne auf.

Gütersloh, im September 2014

Verfasser und Verlag

*Aus Gründen der besseren Lesbarkeit werden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einheitlich als Arbeitnehmer bezeichnet.*

# Inhaltsverzeichnis

---

Vorwort .....	3
Inhaltsverzeichnis .....	4
Familie Wiehenstroth .....	8
<b>Teil A Individuelles Arbeitsrecht</b>	
<b>1 Begründung eines Arbeitsverhältnisses</b>	<b>9</b>
1.1 Stellenausschreibung .....	9
1.2 Vorstellungsgespräch .....	11
1.3 Probezeit .....	14
1.4 Abschluss des Arbeitsvertrages – Nachweisgesetz .....	16
1.5 Aufgabenteil .....	18
<b>2 Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag im Überblick</b>	<b>20</b>
2.1 Rechte und Pflichten der Vertragsparteien .....	20
2.2 Nebenpflichten des Arbeitnehmers .....	21
2.3 Nebenpflichten auf Arbeitgeberseite .....	22
2.4 Aufgabenteil .....	23
<b>3 Ausgewählte Problemstellungen im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis</b>	<b>25</b>
3.1 Direktionsrecht des Arbeitgebers .....	25
3.2 Aufgabenteil .....	27
3.3 Urlaub und Freistellung .....	29
3.4 Aufgabenteil .....	32
3.5 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall .....	34
3.6 Aufgabenteil .....	37
3.7 Schutz vor sexuellen Übergriffen am Arbeitsplatz .....	38
3.8 Aufgabenteil .....	40
3.9 Nutzung von Kommunikationsmitteln am Arbeitsplatz zu privaten Zwecken .....	42
3.10 Aufgabenteil .....	44
3.11 Gratifikationsregelungen im Unternehmen .....	45
3.12 Aufgabenteil .....	48
3.13 Arbeitnehmerhaftung .....	49
3.14 Aufgabenteil .....	52
3.15 Arbeitszeugnis .....	54
3.16 Aufgabenteil .....	59

3.17	Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse . . . . .	61
3.17.1	Teilzeitarbeitsverhältnisse . . . . .	61
3.17.2	Befristete Arbeitsverhältnisse . . . . .	67
3.18	Aufgabenteil . . . . .	70
3.19	Mutterschutz . . . . .	71
3.20	Aufgabenteil . . . . .	74
3.21	Elternzeit . . . . .	75
3.22	Aufgabenteil . . . . .	79
<b>4</b>	<b>Der Jugendliche in der Ausbildung</b>	<b>80</b>
4.1	Jugendarbeitsschutz . . . . .	80
4.2	Aufgabenteil . . . . .	88
4.3	Berufsbildungsrecht . . . . .	89
4.4	Aufgabenteil . . . . .	102
<b>5</b>	<b>Arbeitnehmerüberlassung</b>	<b>103</b>
5.1	Begriff der Arbeitnehmerüberlassung und die rechtlichen Besonderheiten . . . . .	103
5.2	Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrates . . . . .	106
5.3	Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages . . . . .	108
5.4	Erlaubnisverfahren . . . . .	109
5.5	Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom selbstständigen Dienstvertrag und Werkvertrag . . . . .	112
5.6	Aufgabenteil . . . . .	113
<b>6</b>	<b>Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung</b>	<b>115</b>
6.1	Ordentliche Kündigung und Kündigungsfristen nach BGB . . . . .	115
6.2	Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz . . . . .	117
6.2.1	Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes . . . . .	117
6.2.2	Personenbedingte Kündigung . . . . .	117
6.2.3	Verhaltensbedingte Kündigung . . . . .	119
6.2.4	Betriebsbedingte Kündigung . . . . .	121
6.2.5	Sozialauswahl . . . . .	124
6.2.6	Die Rolle des Betriebsrates . . . . .	127
6.2.7	Kündigungsschutz bestimmter Personengruppen . . . . .	128
6.2.7.1	Mütter . . . . .	128
6.2.7.2	Eltern . . . . .	128

6.2.7.3	Betriebsräte, Mitglieder des Wahlvorstandes und Wahlbewerber . . . . .	128
6.2.7.4	Schwerbehinderte . . . . .	129
6.3	Außerordentliche Kündigung . . . . .	129
6.4	Aufgabenteil . . . . .	133
<b>7</b>	<b>Arbeitsgerichtsverfahren</b>	<b>136</b>
7.1	Aufbau der Arbeitsgerichtsbarkeit . . . . .	136
7.2	Arbeitsgerichtsverfahren . . . . .	137
7.3	Geschäftsentwicklung des BAG (2009) – Aufteilung der Verfahren nach Rechtsgebieten. . . . .	139
<b>Teil B</b>	<b>Kollektives Arbeitsrecht</b>	
<b>1</b>	<b>Mitwirkung und Mitbestimmung im Unternehmen</b>	<b>141</b>
1.1	Errichtung eines Betriebsrates . . . . .	141
1.2	Aufgaben des Betriebsrates . . . . .	144
1.2.1	Betriebsversammlung . . . . .	145
1.2.2	Beteiligungsrechte des Betriebsrates. . . . .	147
1.2.3	Betriebsvereinbarung . . . . .	149
1.2.4	Einigungsstelle . . . . .	150
1.3	Aufgabenteil . . . . .	151
<b>2</b>	<b>Arbeitskämpfe und Tarifverträge</b>	<b>153</b>
2.1	Arbeitskämpfe . . . . .	153
2.2	Tarifverträge . . . . .	157
2.3	Aufgabenteil . . . . .	161
<b>Teil C</b>	<b>Sozialversicherungsrecht</b>	
<b>1</b>	<b>Begründung der Sozialversicherungspflicht</b>	<b>163</b>
1.1	Versicherungspflicht . . . . .	163
1.2	Versicherungsberechtigung . . . . .	165
1.3	Versicherungsfreiheit . . . . .	167
1.4	Versicherungsbefreiung . . . . .	167
1.5	Aufgabenteil . . . . .	168
<b>2</b>	<b>Die Finanzierung der Sozialversicherung</b>	<b>169</b>
2.1	Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag. . . . .	170
2.2	Finanzierung über Steuern und Beiträge . . . . .	172
2.3	Pflichten des Arbeitgebers . . . . .	173
2.4	Aufgabenteil . . . . .	175

<b>3</b>	<b>Besondere Bestimmungen der einzelnen Zweige</b>	<b>176</b>
3.1	Die Krankenversicherung . . . . .	176
3.2	Aufgabenteil . . . . .	180
3.3	Die Rentenversicherung . . . . .	180
3.4	Aufgabenteil . . . . .	186
3.5	Die Unfallversicherung . . . . .	187
3.6	Aufgabenteil . . . . .	199
3.7	Arbeitsförderung und Grundsicherung für Arbeitsuchende . . . . .	200
3.8	Aufgabenteil . . . . .	205
3.9	Die Pflegeversicherung . . . . .	205
3.10	Aufgabenteil . . . . .	207
3.11	Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen . . . . .	207
3.12	Aufgabenteil . . . . .	210
<b>4</b>	<b>Verwaltungs-, Widerspruchs- und Sozialgerichtsverfahren</b>	<b>211</b>
4.1	Verwaltungsverfahren . . . . .	211
4.2	Widerspruchsverfahren . . . . .	213
4.3	Sozialgerichtsverfahren . . . . .	214
	Hilfreiche Links im Dschungel des www . . . . .	216
	Literaturverzeichnis . . . . .	217
	Sachwortverzeichnis . . . . .	218

## An dieser Stelle möchte sich die Familie Wiehenstroth vorstellen:

---



**Elisabeth Sudbrock-Wiehenstroth**, 48 Jahre, Medizinische Fachangestellte, arbeitet in Teilzeit seit 15 Jahren in einer radiologischen Praxisgemeinschaft in der Region Ostwestfalen.



**Heinz-Herrmann Wiehenstroth**, 52 Jahre, kaufmännischer Angestellter, ist nach einer Umschulung seit 5 Jahren bei einer Druckerei beschäftigt und seit zwei Jahren Betriebsratsmitglied.



**Monika Wiehenstroth**, 26 Jahre, hat nach dem Realschulabschluss mit 17 Jahren in einem Milchverarbeitungsbetrieb eine Ausbildung als Industriekauffrau durchlaufen und ist danach von dem Betrieb übernommen worden.



**Johannes Wiehenstroth**, 24 Jahre, ist nach dem Abitur, dem Zivildienst und der Ausbildung zum Bankkaufmann seit einem Monat bei einer Bank befristet angestellt.



**Benjamin Wiehenstroth**, 17 Jahre, macht zurzeit eine Ausbildung als Fachkraft für Lagerlogistik bei einer überregionalen Spedition.

Die Familie lebt in einer kleinen Stadt am Rande des Teutoburger Waldes.

*Etwaige Ähnlichkeiten mit lebenden oder verstorbenen Personen oder realen Ereignissen sind rein zufälliger Natur.*

---

# 1 Begründung eines Arbeitsverhältnisses

## 1.1 Stellenausschreibung



Elisabeth Sudbrock-Wiehenstroth liest in ihrer Mittagspause die Anzeigen im Stellenmarkt der örtlichen Zeitung und stößt dabei auf folgende Anzeige:

»*Auszubildende zur medizinischen Fachangestellten mit guten Zeugnissen für unsere Praxis zum 1. August d.J. gesucht. Wir wünschen uns eine fröhliche Kollegin, die kontaktfreudig ist und sich durch freundlichen Umgang mit älteren Menschen auszeichnet.*«

Ist die Stellenanzeige rechtlich korrekt? ■

Der Arzt, der in diesem Fall eine Auszubildende sucht, hat bei der Stellenanzeige übersehen, dass er nach **§ 7 AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)** den zu besetzenden Ausbildungsplatz/Arbeitsplatz weder nur für Frauen noch nur für Männer ausschreiben darf. Das in **§ 7 AGG** ausgesprochene Verbot der Benachteiligung verbietet jegliche Unterscheidung der potenziellen Bewerber nach Merkmalen, die in **§ 1 AGG** aufgeführt sind.<sup>1</sup> Ist hingegen ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit, z. B. bei der Besetzung einer männlichen Schauspielerrolle, so braucht die Ausschreibung nicht auch für das andere Geschlecht abgefasst zu werden.<sup>2</sup> Eine unmittelbare Benachteiligung liegt insofern nicht vor, wenn ein Angehöriger des jeweils anderen Geschlechts die vertragsgemäße Leistung nicht erbringen könnte und dieses Unvermögen auf Gründen beruht, die ihrerseits der gesetzlichen Wertentscheidung der Gleichberechtigung beider Geschlechter genügen.<sup>3</sup>

Bei der Arbeitsplatzsuche – oder aus Sicht der beiden Ärzte bei der Suche nach einem qualifizierten Mitarbeiter – spielen die Auswahl- und Einstellungskriterien eine besondere Rolle. Die geforderten Qualifikationen dürfen nicht willkürlich festgelegt werden. Deren Auswahl ist gerichtlich überprüfbar. Der Arbeitgeber hat den diskriminierungsfreien Zugang zu den von ihm angebotenen Arbeitsplätzen zu gewährleisten.<sup>4</sup> Das Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung gilt für öffentliche Anzeigen des Arbeitgebers, z. B. in Zeitungen, ebenso wie für betriebs-/praxisinterne Ausschreibungen. Stellenangebote gelten als geschlechtsneutral, wenn sie sich in ihrer gesamten Ausdrucksweise sowohl an Frauen als auch an Männer richten. Damit soll erreicht werden, dass das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts bereits bei der Ausschreibung von Stellen wirksam wird, siehe **§ 2 AGG**. Die Nichtbeachtung des Gebots legt die Vermutung einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts bei der

<sup>1</sup> C. Nollert-Borasio u. a., § 7 AGG, Rdnr. 3

<sup>2</sup> ders., § 8 AGG, Rdnr. 11 ff.

<sup>3</sup> BAG 8 AZR 365/97

<sup>4</sup> C. Nollert-Borasio u. a., § 2 AGG, Rdnr. 5 ff.

## 1 Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Begründung des Arbeitsverhältnisses nahe, da sie lediglich den Sinn haben kann, schon von Anfang an Einfluss auf die Auswahlentscheidung nehmen zu wollen.<sup>5</sup>

Das Gesetz sieht vor, dass der Arbeitgeber, der bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gegen dieses Benachteiligungsverbot verstoßen hat, an den Bewerber/die Bewerberin Schadensersatz zu leisten hat:

- Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot muss der Arbeitgeber Schadensersatz leisten, siehe **§ 15 Abs. 1 AGG**.

Die Ärzte würden somit für eigenes und fremdes Verschulden entsprechend der Regelung in den **§§ 276, 278 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)** haften. Dabei geht es um den Ersatz materieller Schäden der Bewerber. Eine Begrenzung der Höhe des Schadensersatzes ist nicht vorgesehen.<sup>6</sup>

- Wird der Bewerber aufgrund einer Benachteiligung, z.B. wegen des Geschlechts, nicht eingestellt, worin eine erhebliche Persönlichkeitsverletzung zu sehen ist, so kann dieser eine angemessene Entschädigung verlangen, siehe **§ 15 Abs. 2 Satz 1 AGG**.

Ein Arbeitgeber, der bei der Auswahl zu Unrecht auf das Geschlecht abstellt, beeinträchtigt die Entfaltungsmöglichkeiten der Bewerber, die dem gesuchten Geschlecht nicht angehören. Darin liegt eine Herabwürdigung der beruflichen Fähigkeiten der ausgeschlossenen Bewerber. Sie werden bei der Bewerbung um Einstellung daran gehindert, die erstrebte Berufstätigkeit aufzunehmen und damit ihre individuelle Persönlichkeit zu entfalten, indem ihnen die chancengleiche Teilnahme an einem Auswahlverfahren von vornherein verweigert wird.<sup>7</sup>

- Wäre der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, so beschränkt sich der Schadensersatzanspruch auf maximal drei Monatsgehälter, siehe **§ 15 Abs. 2 Satz 2 AGG**.

Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot begründet jedoch keinen Anspruch eines Bewerbers auf ein Beschäftigungs- oder Berufsausbildungsverhältnis, siehe **§ 15 Abs. 6 AGG**.

<sup>5</sup> ders., § 7 AGG, Rdnr. 16

<sup>6</sup> C. Nollert-Borasio u.a., § 15 AGG, Rdnr. 2

<sup>7</sup> BAG 8 AZR 447/87

## 1.2 Vorstellungsgespräch



Auf die Anzeige in der örtlichen Tageszeitung haben sich zehn Bewerberinnen in der Praxis gemeldet. Damit sich die beiden Ärzte der Praxisgemeinschaft einen besseren Überblick über die Bewerberinnen verschaffen können, bitten sie Frau Sudbrock-Wiehenstroth Termine für Vorstellungsgespräche mit den Bewerberinnen zu vereinbaren. Zwischenzeitlich haben sich die Ärzte u.a. folgende Fragen notiert, von denen sie glauben, dass potenzielle Mitarbeiterinnen diese unbedingt beantworten müssten:

- Welche Staatsangehörigkeit haben Sie?
- Welcher Religionsgemeinschaft gehören Sie an?
- Gehen Sie einer weiteren Beschäftigung nach?
- Welchen Schulabschluss haben Sie?
- Haben Sie ein Praktikum im medizinischen Bereich abgeleistet?
- Leiden Sie an einer ansteckenden/chronischen Krankheit?
- Sind Sie schwanger?
- Ist eine Kurmaßnahme bewilligt oder beantragt?
- Sind Sie oder Ihre Eltern vorbestraft?



Nicht alles, was die Ärzte wissen möchten, darf bei dem potenziellen Arbeitnehmer erfragt werden. Dem verständlichen Interesse der Arbeitgeber an möglichst vielen Informationen steht das Arbeitnehmerinteresse an der Wahrung der Privatsphäre entgegen (Recht auf informationelle Selbstbestimmung).<sup>8</sup> Die Ärzte haben insofern kein uneingeschränktes Fragerecht. Das Verbot der Benachteiligung von Bewerbern im Einstellungsverfahren bezieht auch ein Frageverbot der Ärzte hinsichtlich der Merkmale des **§ 1 AGG** mit ein. Das Fragerecht setzt ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers voraus. Deshalb dürfen nur solche Fragen gestellt werden, die einen konkreten Bezug zum anstehenden Arbeitsverhältnis haben. Auf Fragen, die durch die Rechtsprechung als nicht zulässig erachtet worden sind, kann und darf der Bewerber wahrheitswidrig antworten.<sup>9</sup>

Allerdings hat ein Bewerber dem potenziellen Arbeitgeber gegenüber eine Offenbarungspflicht, wenn für ihn erkennbar ist, dass er aufgrund einer Behinderung oder Krankheit die vorgesehene Arbeit nicht zu leisten vermag.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> P. Senne, S. 21 f.

<sup>9</sup> C. Nollert-Borasio u. a., § 2 AGG, Rdnr. 10, 11

<sup>10</sup> BAG 2 AZR 101/83

## 1 Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Im Folgenden werden einige häufig vorkommende Fragen und die dazu herrschende Rechtsauffassung dargestellt:

<b>Fragen in Bewerbungsgesprächen nach:</b>	
<b>persönlichen Verhältnissen</b>	... des Bewerbers sind insoweit zulässig, als der Arbeitgeber an ihrer Beantwortung im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis ein berechtigtes Interesse hat. Hierzu gehören Fragen u.a. nach Wohnort, Geburtsdatum, Familienstand und Zahl der Kinder. Als unzulässig wird hingegen die Frage nach einer bevorstehenden Eheschließung angesehen. <sup>11</sup>
<b>dem beruflichen Werdegang</b>	Bei der Einstellung kann der Arbeitgeber Angaben zur fachlichen Qualifikation des Bewerbers verlangen. Hierzu gehören auch Angaben bezüglich des bisherigen beruflichen Werdegangs. <sup>12</sup>
<b>dem Gesundheitszustand</b>	<p>Das Fragerecht beschränkt sich im Wesentlichen auf folgende Punkte:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Liegt eine Krankheit bzw. eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes vor, durch die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist?</li> <li>– Liegen ansteckende Krankheiten vor, die zwar nicht die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, jedoch die zukünftigen Kollegen oder Kunden gefährden?</li> <li>– Ist zum Zeitpunkt des Dienstantritts bzw. in absehbarer Zeit mit einer Arbeitsunfähigkeit zu rechnen, z.B. durch eine geplante Operation, eine bewilligte Kur oder auch durch eine zurzeit bestehende akute Erkrankung?<sup>13</sup></li> </ul>
<b>einer bestehenden Schwangerschaft</b>	... ist regelmäßig auch dann unzulässig, wenn sich die Bewerberin auf eine unbefristete Stelle bewirbt, die sie zunächst wegen des Eingreifens gesetzlicher Beschäftigungsverbote nicht antreten kann. Zur Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB berechtigt lediglich die wahrheitswidrige Beantwortung einer in zulässiger Weise gestellten Frage; eine solche setzt ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung voraus. Fehlt es hieran,

<sup>11</sup> P. Pulte, S. 36

<sup>12</sup> LAG Hamm 18 Sa 2136/93

<sup>13</sup> BAG 2 AZR 270/83

	ist die wahrheitswidrige Beantwortung nicht rechtswidrig. <sup>14</sup> Eine Pflicht zur Offenbarung der Schwangerschaft im Einstellungsverfahren besteht nicht. <sup>15</sup>
<b>nach Aids-Erkrankung und HIV Infektion</b>	Auf Grund der Schwere der Erkrankung sowie ihres Verlaufs bis hin zur vollständigen Arbeitsunfähigkeit darf der Arbeitgeber danach fragen. Bei der HIV Infektion hingegen besteht das Fragerecht des Arbeitgebers insoweit der infizierte Bewerber mit dem Blut oder Körperflüssigkeiten anderer Menschen in Berührung kommt (z. B. Heilberufe). <sup>16</sup>
<b>Vorstrafen</b>	Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer bei der Einstellung nach Vorstrafen nur fragen, wenn und so weit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Einstellung des Arbeitgebers an, welche Vorstrafen er als einschlägig ansieht; entscheidend ist vielmehr ein objektiver Maßstab. <sup>17</sup>
<b>Vermögensverhältnissen</b>	... sind insoweit zulässig, als dass der neue Mitarbeiter in einer besonderen Vertrauensstellung (z. B. Kassierer) arbeiten soll, nicht hingegen bei Mitarbeitern mit geringeren Verantwortungsbereichen. Ähnliches gilt für die Frage nach bestehenden Lohnpfändungen. <sup>18</sup>
<b>der Gewerkschaft zugehörigkeit, Parteizugehörigkeit und Konfession</b>	... sind nur bei sog. Tendenzbetrieben, Religionsgemeinschaften und deren Einrichtungen wie Krankenhäuser, Kindergärten gem. <b>§ 118 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz)</b> zulässig. <sup>19</sup> Im Übrigen gilt der grundgesetzliche Schutz nach Art. 9 Abs. 3 i. V. m. Art 2 Abs.1 GG.
<b>nach bestehenden Wettbewerbsverboten</b>	... sind zulässig, wenn sie die Arbeit im Unternehmen des neuen Arbeitgebers einschränken können. Insofern ist sogar von einer Informationspflicht des Bewerbers gegenüber dem neuen Arbeitgeber auszugehen, insbesondere bei Teilzeitbeschäftigte wegen der Sozialversicherungspflicht und der damit verbundenen Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge durch den Arbeitgeber. <sup>20</sup>

<sup>14</sup> BAG 2 AZR 621/01<sup>15</sup> C. Nollert-Borasio u. a., § 2 AGG, Rdnr. 13<sup>16</sup> [http://www.hensche.de/Rechtsanwalt\\_Arbeitsrecht\\_Handbuch\\_Auskunftspflicht.html#tocitem8](http://www.hensche.de/Rechtsanwalt_Arbeitsrecht_Handbuch_Auskunftspflicht.html#tocitem8); P. Senne, S. 26<sup>17</sup> BAG 2 AZR 64/69<sup>18</sup> P. Senne, S 27<sup>19</sup> P. Senne, S. 28; C. Nollert-Borasio u. a., § 2 AGG, Rdnr. 12<sup>20</sup> P. Pulte, S. 41

## 1 Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Die unrichtige oder unvollständige Beantwortung einzelner Fragen durch mögliche Bewerber berechtigt in diesem Fall die Ärzte aus der Praxisgemeinschaft als Arbeitgeber zur Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung, **§ 123 BGB**, soweit die Fragen zulässig waren und der Arbeitnehmer erkennen musste, dass die wahrheitswidrige Beantwortung für die Einstellung von ausschlaggebender Bedeutung sein könnte. Unzulässige Fragen müssen demgegenüber nicht wahrheitsgemäß beantwortet werden.<sup>21</sup>

Die Anfechtung sollte ohne schuldhaftes Zögern nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes erfolgen. Sind seit der arglistigen Täuschung mehrere Jahre einwandfreien Verhaltens vergangen, ist eine Anfechtung in der Regel ausgeschlossen, auch wenn der Arbeitgeber erst später von der Täuschung erfährt.<sup>22</sup>

Alle Fragen – natürlich nur solche, die zulässig sind – können jetzt mit den Anforderungen und Erwartungen der Ärzte verglichen werden. Diese Vergleiche erleichtern eine möglichst objektive, kompetente Auswahlentscheidung. Bei aller fachlichen Eignung muss natürlich auch die persönliche Übereinstimmung vorhanden sein. Die »Chemie« im Team und zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer muss stimmen.

### 1.3 Probezeit



Nachdem mehrere Vorstellungsgespräche stattgefunden haben, können sich die beiden Ärzte aus der Praxisgemeinschaft auf eine Bewerberin einigen. Bevor sie nun mit ihr einen endgültigen Arbeitsvertrag abschließen, möchten sie die Bewerberin bei der täglichen Arbeit sehen, um einen genauen Eindruck von ihr zu erhalten. Hierzu bemerkt einer der Ärzte, dass man die Bewerberin erst einmal »auf Probe« einstellen könne.

Bei der Probezeit (»auf Probe«) handelt es sich um eine besondere Vereinbarung zwischen den Ärzten und dem neuen Mitarbeiter, die für die Anfangsphase des neu begründeten Arbeitsverhältnisses getroffen wird. Es geht dabei um das Entscheidungsrecht des Arbeitgebers – aber auch des Arbeitnehmers –, das Arbeitsverhältnis möglichst schnell und unproblematisch beenden zu können, falls die Erprobungsphase nicht wie gewünscht verläuft.

<sup>21</sup> BAG 2 AZR 621/01

<sup>22</sup> C. Rolfs, § 124 BGB, Rdnr. 3

Im Rahmen eines **Arbeitsverhältnisses** bieten sich dabei zwei unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten an:

- Unbefristetes Arbeitsverhältnis mit vorgesetzter Probezeit (Probezeitvereinbarung)
- Befristetes Arbeitsverhältnis zum Zwecke der Erprobung

Schließen die beiden Ärzte aus der Praxisgemeinschaft von vornherein einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit der neuen medizinischen Fachangestellten und ist vereinbart, dass ein bestimmter Zeitabschnitt »als Probezeit« gilt, dann hat dies ausschließlich Auswirkungen auf die Kündigungsfrist. Gemäß **§ 622 Abs. 3 BGB** kann das Arbeitsverhältnis während der vereinbarten Probezeit mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.

Gemäß **§ 622 Abs. 3 BGB** gilt die kurze Kündigungsfrist für eine Probezeit von maximal sechs Monaten. Bei einer Verlängerung der ursprünglich vereinbarten Probezeit ist zu unterscheiden, ob sich die Probezeit auch nach der Verlängerung insgesamt noch innerhalb von sechs Monaten befindet oder diesen Zeitraum überschreitet.

Die Verlängerung einer zunächst den Rahmen von sechs Monaten nicht voll aus schöpfenden Probezeit ist unproblematisch.

Soll die Probezeit jedoch über den Rahmen von sechs Monaten hinaus ausgedehnt werden, so gilt, dass das Privileg der abgekürzten Kündigungsfrist nur für maximal sechs Monate in Anspruch genommen werden kann. Unvorhergesehene Arbeitsausfälle einer medizinischen Fachangestellten, z.B. längere Zeit der Arbeitsunfähigkeit während der Probezeit, dürfen zum Anlass für eine Verlängerung genommen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die ausgefallene Zeit im Verhältnis zur Gesamtprobezeit nicht unerheblich erscheint.<sup>23</sup> Eine Verlängerung müssen beide Parteien erklären.<sup>24</sup>

Wollen die Ärzte während der Probezeit eine ordentliche Kündigung aussprechen, so muss die Kündigungserklärung dem Mitarbeiter noch vor Ablauf der Probezeit zugehen,<sup>25</sup> damit die nach **§ 622 Abs. 3 BGB** verkürzte Kündigungsfrist greifen kann.

Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ist bei einer Verlängerung über sechs Monate hinaus zu prüfen, ob nicht Kündigungsschutz im Sinne des **§ 1 KSchG (Kündigungsschutzgesetz)** entsteht.<sup>26</sup> Des Weiteren sind nun die Kündigungsfristen aus **§ 622 Abs 1 und 2 BGB** zu beachten.

Anstelle eines von vornherein unbefristeten Arbeitsverhältnisses können die Ärzte aus der Praxisgemeinschaft auch ein befristetes Arbeitsverhältnis zum Zwecke der Erprobung mit der neuen medizinischen Fachangestellten abschließen. Im

<sup>23</sup> BAG 2 AZR 943/78

<sup>24</sup> M. Kossens u. a., S. 999

<sup>25</sup> P. Senne, S. 43

<sup>26</sup> M. Kossens u. a., S. 999

## 1 Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Unterschied zum unbefristeten läuft das befristete Arbeitsverhältnis mit Erreichen des vereinbarten Endtermins aus, siehe **§ 15 Abs. 1 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz)**.

Befristungsabreden müssen immer ausdrücklich, eindeutig und gemäß **§ 14 Abs. 4 TzBfG** schriftlich getroffen werden. Solange hingegen keine ausdrückliche Abrede getroffen wurde, dass das Arbeitsverhältnis auf den Erprobungszeitraum befristet sein soll, ist im Zweifel vom Abschluss eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses auszugehen.

Der Erprobungszweck ist als sachlicher Grund zur Rechtfertigung einer Befristungsabrede entsprechend **§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG** anerkannt (klassischer Befristungsgrund). Eine Erprobungsbefristung bis zur Dauer von sechs Monaten gilt in aller Regel als unproblematisch.<sup>27</sup>

Daneben besteht noch die Möglichkeit der erleichterten Befristung ohne Sachgrund, die das Teilzeit- und Befristungsgesetz in **§ 14 Abs. 2** vorsieht. Danach ist eine Befristung ohne Sachgrund bis zur Dauer von zwei Jahren erlaubt. Der Zweijahreszeitraum lässt sich sogar in maximal vier Teilabschnitte aufteilen. Voraussetzung für diese besondere Möglichkeit ist jedoch, dass es sich um eine Neueinstellung handelt.

So gesehen gibt es für die Ärzte der Praxisgemeinschaft mehrere arbeitsrechtliche Möglichkeiten, die es ihnen ermöglichen, sich ein Bild von der neuen Mitarbeiterin bzw. Auszubildenden zu machen, mit der Option, bei eventuell auftauchenden Problemen das Arbeitsverhältnis schnell und unproblematisch zu beenden.

## 1.4 Abschluss des Arbeitsvertrages – Nachweisgesetz



Elisabeth Sudbrock-Wiehenstroth wird in den folgenden Tagen von ihrem Chef angewiesen »alles Nötige an Papieren« für die Einstellung der neuen medizinischen Fachangestellten vorzubereiten, weil er sich darum nun wirklich nicht selbst kümmern könne. So auf sich allein gestellt überlegt Elisabeth zunächst einmal, wie ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird und welche Inhalte vertragsrelevant sein könnten.

Der Arbeitsvertrag ist ein Dienstvertrag, siehe **§ 611 BGB**, der zumindest die Rahmenbedingungen für die nicht selbstständige Arbeitsleistung zum Gegenstand

<sup>27</sup> C. Rolfs, S. 266, Rdnr. 14

hat, aber nach **§ 106 GewO** auch zahlreichen Beschränkungen unterliegt. Durch ihn werden die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien begründet und geregelt, also die Arbeitspflicht und die Höhe des Arbeitsentgeltes.<sup>28</sup>

Für den Abschluss des Arbeitsvertrages gilt der Grundsatz der Formfreiheit. Arbeitsverträge können daher grundsätzlich mündlich, schriftlich oder konkludent geschlossen werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn ein Gesetz, ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung die Einhaltung der Schriftform vorsieht.<sup>29</sup>

Durch die Einführung des Nachweisgesetzes hat sich die Sachlage zugunsten des Arbeitnehmers verändert. Das Nachweisgesetz gilt für alle Arbeitnehmer im öffentlichen und privaten Dienst mit Ausnahme von vorübergehenden Aushilfen mit einer Beschäftigungsdauer von höchstens einem Monat.

Die Ärzte aus der Praxisgemeinschaft haben somit binnen eines Monats nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses der neu eingestellten medizinischen Fachangestellten eine unterschriebene Niederschrift mit den wesentlichen Arbeitsbedingungen auszuhändigen.

### Inhalte der Niederschrift entsprechend **§ 2 NachwG (Nachweisgesetz):**

- Namen und Anschriften von Arbeitgeber und Arbeitnehmer,
- Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses,
- bei befristeten Arbeitsverhältnissen die vorhersehbare Dauer,
- Arbeitsort (bei wechselnden Arbeitsorten Hinweis darauf),
- allgemeine Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit,
- Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeiten,
- vereinbarte Arbeitszeit,
- Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs,
- Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses,
- ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind.

Jede Änderung der Arbeitsbedingungen, die in der Niederschrift angegeben werden müssen, müssen die Ärzte aus der Praxisgemeinschaft als Arbeitgeber der neuen medizinischen Fachangestellten spätestens einen Monat nach der Änderung schriftlich mitteilen.

Ferner ist darauf zu achten, dass der Nachweis wesentlicher Vertragsbedingungen in elektronischer Form gemäß **§ 2 Abs. 2 Satz 3 NachwG** ausgeschlossen ist.

<sup>28</sup> C. Rolfs, S. 138, Rdnr. 38

<sup>29</sup> M. Kossens u. a., S. 194

### 1.5 Aufgabenteil

Erörtern Sie nachstehende Sachverhalte und Fragen:

1. Gehen Sie im Rahmen einer Internetrecherche folgender Frage nach: Haben die Ärzte aus der Praxisgemeinschaft als Arbeitgeber im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs das Recht, eine Bewerberin nach einer bestehenden Schwerbehinderung zu fragen?

**Hinweis:** Durch die Einführung des **§ 81 Abs. 2 SGB IX (Sozialgesetzbuch)** in Verbindung mit **§ 1 AGG** hat der Gesetzgeber ein Benachteiligungsverbot auch für Schwerbehinderte normiert.

2. Erörtern Sie die Aufgabe des Nachweisgesetzes:

Die medizinische Fachangestellte behauptet im gerichtlichen Verfahren, es sei ein Stundenlohn von 13,50 € zwischen den Parteien vereinbart worden. Während der 8-monatigen Dauer des Arbeitsverhältnisses wurden von den Ärzten lediglich 11,50 € abgerechnet und ausgezahlt. Die Ärzte bestreiten die Angaben der medizinischen Fachangestellten.

3. Wozu sind die Ärzte der Praxisgemeinschaft als Arbeitgeber gemäß des Nachweisgesetzes verpflichtet?
4. Gilt das Nachweisgesetz auch für Auszubildende, die die Ärzte einstellen, bzw. für medizinische Fachangestellte in Teilzeitarbeit?
5. Können die Ärzte bei einer Neueinstellung auch von den Anforderungen des Nachweisgesetzes zuungunsten einer medizinischen Fachangestellten abweichen?
6. Bis zu welchem Zeitpunkt der Beschäftigung entfällt die Nachweispflicht für die Ärzte aus der Praxisgemeinschaft gegenüber ihren Angestellten?
7. Heinrich Kattenstroth fordert eine Entschädigung wegen Benachteiligung in einem Stellenbesetzungsverfahren für die Stelle eines Filialleiters bei der Schenkel OHG, einem Einzelhandelsunternehmen. Er ist gelernter Groß- und Außenhandelskaufmann. Zuletzt war er im Vertrieb einer Verpackungsfirma zu einem Bruttomonatsentgelt von ca. 2000,00 € bis 2250,00 € beschäftigt. Die Schenkel OHG betreibt ein Einzelhandelsunternehmen für Spielwaren mit mehreren Filialen. Als Filialleiter beschäftigt sie überwiegend Frauen. Das Unternehmen ließ in der Zeitung »Rheinpfalz« folgendes Stellenangebot veröffentlichen: »Wir suchen für unseren Markt in S. eine Filialleiterin mit abgeschlossener kaufmännischer Ausbildung, wenn möglich aus der Spielwaren- oder Nonfoodbranche. Erfahrungen im Führen von Mitarbeitern sowie ein eigenverantwortliches und zielorientiertes Handeln setzen wir voraus. Wenn Sie Spaß am Verkaufen haben, einsatzfreudig sind und in einem aufgeschlossenen Team arbeiten wollen, sollten Sie sich bewerben. Wir bieten: übertarifliche Bezahlung, Sonderleistungen eines Großbetriebes, gutes Betriebsklima. ...

*Bitte richten Sie Ihre schriftliche Bewerbung mit den üblichen Unterlagen an: ...«*

Auf dieses Stellenangebot gehen ca. 50 Bewerbungen bei dem Unternehmen ein. Heinrich Kattenstroth bewirbt sich mit Schreiben vom 10. Juli: »... nehme ich Bezug auf Ihre Stellenanzeige und bewerbe mich um die Position des Filialleiters für Ihren Markt in S.« Die Schenkel OHG sagte Heinrich Kattenstroth mit Schreiben vom 20. Juli ab, weil die Stelle anderweitig besetzt wäre. Die ausgeschriebene Filialleiterstelle vergibt das Unternehmen an Frau Waterboer, die zuvor vier bis fünf Jahre bei der Schenkel OHG in deren Filiale in S. als teilzeitbeschäftigte Aushilfe im Verkauf tätig war.

Mit Schreiben vom 25. Juli verlangt Heinrich Kattenstroth von dem Unternehmen eine Entschädigung in Höhe von 7500,00 €, weil sie gezielt eine »Filialleiterin« gesucht und damit gegen das geschlechtsspezifische Benachteiligungsverbot nach § 1 AGG verstoßen habe. Diese Forderung weist die Schenkel OHG zurück.

Heinrich Kattenstroth vertritt hingegen die Auffassung, er habe dem Einstellungsprofil in der Stellenanzeige genau entsprochen. Er sei wegen seines Geschlechts benachteiligt worden. Das Unternehmen habe die sich aus der Stellenausschreibung ergebende Diskriminierung nicht widerlegt. Sie könne nicht die Begründung nachschieben, dass er die Stelle ohnehin nicht erhalten hätte.

Die Schenkel OHG beantragt die Klage abzuweisen. Sie ist der Auffassung, Heinrich Kattenstroth stehe ein Entschädigungsanspruch nicht zu. Die Einstellungsentscheidung sei unter Außerachtlassung des Geschlechts erfolgt. Frau Waterboer sei für die Stelle geradezu prädestiniert und damit erste Wahl gewesen. Aufgrund ihrer vorangegangenen Tätigkeit sei sie mit den Geschäftsabläufen, den Unternehmensstrukturen und dem Waren sortiment des Unternehmens vertraut sowie wegen ihrer spezifischeren Vorbildung als Einzelhandelskauffrau geeigneter als Heinrich Kattenstroth. Er sei schon deshalb für die ausgeschriebene Stelle nicht in Betracht gekommen, weil sein Bewerbungsschreiben zu großspurig formuliert sei und weil er Groß- und Außenhandelskaufmann sei, während die Schenkel OHG ein Einzelhandelsunternehmen betreibe.

Wie ist zu entscheiden? (nach BAG: 8 AZR 295/99)

## 2 Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag im Überblick

Johannes Wiehenstroth arbeitet seit nun mehr einem Monat bei einer Bank. In den ersten Tagen seines neuen Arbeitsverhältnisses erhielt er einen sogenannten »Starthelfer« an die Seite gestellt, der ihn an seinem Arbeitsplatz einführte, den Kolleginnen und Kollegen vorstelle und ihn mit den vielen kleinen und größeren Dingen im Unternehmen vertraut machte. Außerdem informierte er ihn über die üblichen Verhaltensregeln und händigte ihm am zweiten Arbeitstag eine Informations Broschüre über die Rechte und Pflichten am Arbeitsplatz mit der Bitte aus, diese eingehend zu lesen. Bei Rückfragen solle Johannes Wiehenstroth sich vertrauensvoll an ihn wenden.



### 2.1 Rechte und Pflichten der Vertragsparteien

Durch Eingehung des Arbeitsvertrages entsteht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine Rechtsbeziehung. Im Vordergrund stehen die wechselseitigen Pflichten:<sup>30</sup>

Arbeitnehmer	Arbeitgeber
• Arbeitspflicht	• Beschäftigungspflicht
• Treuepflicht	• Entlohnungspflicht
	• Fürsorgepflicht

Die Hauptpflicht von Johannes wird es sein, die nach dem Inhalt des Vertrages geschuldete Arbeitsleistung in dem vertraglich festgelegten Umfang und an dem vereinbarten Ort zu erbringen. Je nachdem wie konkret eine bestimmte Tätigkeit/Funktion nach Inhalt, Zeit und Ort vertraglich vereinbart ist, verbleibt dem Arbeitgeber – hier der Bank – ein mehr oder minder großer Spielraum, den er im Rahmen seines Direktionsrechts durch Zuweisung eines konkreten Arbeitsplatzes ausgestaltet.

Die Hauptpflicht auf Arbeitgeberseite besteht darin, das nach dem Vertrag geschuldete Arbeitsentgelt zu zahlen. Neben die sog. Grundvergütung können bestimmte Zusatz- oder Sonderzahlungen (Gratifikationen) treten.

Die Einzelheiten der Verpflichtung zur Zahlung des Arbeitsentgeltes können auch durch einen möglichen Tarifvertrag bestimmt werden, wenn die Parteien (AG/AN) tarifgebunden sind oder der Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt wurde.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> P. Pulte, S. 68

<sup>31</sup> C. Rolfs, S. 143, Rdnr. 58