A. Arbeits- und Tarifrecht

I. Allgemeines/Grundbegriffe

Das Arbeits- und Tarifrecht ist ein weit gefächertes und in sich selbstständiges Rechtsgebiet. Es lässt sich in **zwei Bereiche** einteilen:
Individual-Arbeitsrecht
Kollektives Arbeitsrecht.
Gegenstand des **individuellen** Arbeitsrechts sind die Rechtsbeziehungen zwischen dem am Arbeitsverhältnis beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer.
Hier geht es im Wesentlichen um Fragen des **Arbeitsvertragsrechtes**, den **Schutz der Arbeitnehmer** gegen diverse Gefährdungen im Arbeitsleben und um die Frage der **gerichtlichen Durchsetzbarkeit gegenseitiger Ansprüche.**
Gegenstand des **kollektiven** Arbeitsrechts sind die Rechtsbeziehungen der Sozialpartner (Arbeitgeber sowie Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften) sowie der Personal- oder Betriebsräte. Dieser Bereich lässt sich unterteilen in das **Tarifvertragsrecht**, das **Arbeitskampfrecht** sowie die **betriebliche Mitbestimmung (Personalvertretungsrecht).**

1. Begriff, Wesen und Bedeutung des Arbeitsrechts

Arbeitsrecht ist nicht das Recht der Arbeit (jede körperliche und geistige Leistung) schlechthin, sondern **ein Sonderrecht**, das den **wirtschaftlich Abhängigen und sozial Schutzbedürftigen** zusteht. Es ist das **Recht der unselbstständigen Arbeitnehmer** und regelt den sozialen Sondertatbestand der abhängigen Arbeit in seinen individuellen sowie kollektiven Bezügen. Hierbei wirken die kollektivrechtlichen Rechtsnormen, vor allem der Tarifverträge **vorrangig sowie unmittelbar und zwingend** auf die Absprachen des individuellen Arbeitsvertrages in der Weise, dass in einem Arbeitsvertrag nichts vereinbart werden darf, was im Verhältnis zu den Tarifverträgen für den einzelnen Arbeitnehmer ungünstiger ist (**Mindestschutzcharakter/Rangprinzip**). Umgekehrt ergibt sich, dass im Arbeitsvertrag regelmäßig günstigere Regelungen für den Arbeitnehmer getroffen werden dürfen (**Günstigkeitsprinzip**).
Arbeitsrecht ist vor **allem Arbeitnehmerschutzrecht** und damit Bestandteil der im Grundgesetz enthaltenen Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialordnung. Die Schutzfunktion ist besonders bedingt durch die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers, die dieser im Wesentlichen bestimmt. Hierin liegt seine Bedeutung, dass nämlich der Arbeitnehmer wegen der wirtschaftlichen Überlegenheit des Arbeitgebers und wegen der mannigfachen Gefährdungen im Arbeitsleben auf Schutz und Fürsorge auch des Staates angewiesen ist.
Die arbeitsrechtlichen Regelungen erstrecken sich im Wesentlichen auf folgende **Schutzbereiche**:
– Arbeitszeitschutz
– Gesundheitsschutz
– Entgeltschutz
– Kündigungsschutz
– allgemeiner Persönlichkeitsschutz

© 2011 W. Kohlhammer, Stuttgart

Hieraus folgt, dass das Arbeitsrecht **nicht nur privatrechtliche Regeln** (z.B. Arbeitsentgelte, Urlaub, Kündigung) enthält, **sondern auch öffentliches Recht** darstellt (spezielles Arbeitsschutzrecht, Arbeitsgerichtsbarkeit). **Arbeitsrecht ist mithin teils privatrechtlicher, teils öffentlich-rechtlicher Natur.**

2. Entwicklung des Arbeitsrechts

Arbeitsrecht ist eine relativ junge Rechtsdisziplin, die sich erst in der neueren Zeit entwickelt hat, obwohl schon in mittelalterlichen Zunft- und Gesindeordnungen arbeitsrechtliche Ansätze vorhanden waren. **Ausgangspunkt der Entwicklung ist die im 19. Jahrhundert** einsetzende **Industrialisierung**. Viele bis dahin Selbstständige begaben sich in abhängige Arbeit. In den entstehenden Großbetrieben der Industrie entwickelte sich der Arbeitsvertrag zu einem reinen Austauschvertrag: Arbeitskraft gegen Lohn. Gemäß der damaligen liberalistischen Staatsauffassung bestand der Grundsatz der **unbedingten Vertragsfreiheit**. Die Arbeitsbedingungen wurden zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer frei von jedem staatlichen Zwang ausgehandelt. Wegen der wirtschaftlichen Überlegenheit des Arbeitgebers und des Überangebots von Arbeitskräften mussten die Arbeitsbedingungen von den Arbeitnehmern akzeptiert werden. Das Machtungleichgewicht führte demgemäß zu oft nicht vertretbaren Bedingungen (Niedriglöhne, unzureichende Gesundheitsfürsorge und Alterssicherung, übermäßige Tages- und Wochenarbeitszeit, Kinderarbeit). Erst **um die Jahrhundertwende** wurde das Arbeitsschutzrecht durch die Verabschiedung mehrerer Gesetze (Novelle zur Gewerbeordnung, Kinderschutzgesetz) verstärkt. Parallel dazu versuchten die Arbeitnehmer, ihre Lage im **Wege der Selbsthilfe** zu verbessern. Es entstand die **Gewerkschaftsbewegung als Selbsthilfeorganisation** der Arbeitnehmer. Diese konnten mit den Arbeitgebern Tarifverträge abschließen, die jedoch keine unmittelbaren Rechtswirkungen und -ansprüche des einzelnen Arbeitnehmers begründeten.
Eine grundlegende **Änderung** brachte die **Weimarer Reichsverfassung**. Die Koalitionen und die von ihnen abgeschlossenen Gesamtvereinbarungen erkannte der Staat ausdrücklich an. **Tarifverträge** erhielten den Status der unmittelbar und zwingend geltenden **Rechtsnormen**. In den Betrieben erhielten die Arbeitnehmer durch die Einrichtung der Betriebsräte ein **Mitbestimmungsrecht**. Der Staat führte erstmals den 8-Stunden-Tag ein (Arbeitszeitverordnung vom 23.11.1918/18.3.1919); Erholungsurlaub und Erwerbslosenfürsorge (Verordnung vom 13.11.1918) brachten materielle Verbesserungen der Arbeitsbedingungen. In einer Vielzahl weiterer spezieller Gesetze und Rechtsverordnungen entstand das Arbeitsrecht als selbstständige Rechtsdisziplin.
In der **Zeit des Nationalsozialismus** wurden die **Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände aufgelöst.** Damit wurden auch die Grundlagen des kollektiven Arbeitsrechts beseitigt und durch weitgehende dirigistische Eingriffe des Staates in das Arbeitsrecht ersetzt. An die Stelle der Tarifverträge traten staatliche Tarifordnungen, die vom eigens eingerichteten Treuhänder der Arbeit erlassen wurden. Das eingeführte nationalsozialistische Führerprinzip wurde auch auf die Betriebe übertragen, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch die Betriebsräte wurde beseitigt.

© 2011 W. Kohlhammer, Stuttgart

Nach dem **Zweiten Weltkrieg** regelten zunächst der Alliierte Kontrollrat und die Militärregierungen durch Gesetze und Verordnungen das Arbeitsrecht. Die **Neuzulassung von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden** führte zu einer Neubelebung des Tarifwesens. Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes hat vor allem der Bundesgesetzgeber im Rahmen der damaligen konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 und 74 GG) eine Vielzahl arbeitsrechtlicher Vorschriften erlassen, die nach der Vereinigung auch in den neuen Bundesländern gelten.

3. Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Arbeitsrecht ist zwar eine selbstständige, in sich geschlossene Rechtsdisziplin; die Bemühungen der von der Bundesregierung im Jahre 1970 eingesetzten Arbeitsgesetzbuchkommission ein einheitliches und damit vereinfachendes Arbeitsgesetzbuch zu schaffen, sind aber bis heute nicht realisiert worden. Die **arbeitsrechtlichen Vorschriften** sind daher nach wie vor in **zahlreichen Gesetzen und Rechtsverordnungen** niedergelegt.
Quellen des Arbeitsrechts sind:

a) **Die Gesetzgebung**
   aa) Grundlegende Bestimmungen des Grundgesetzes sind die Artikel 3 (Gleichberechtigung), Art. 9 (Koalitionsfreiheit), Art. 11 (Freizügigkeit), Art. 12 (Freiheit der Berufswahl), Art. 33 Abs. 2 (Chancengleichheit).
   bb) Weitere wichtige Rechtsvorschriften finden sich in den ersten beiden Büchern des BGBs und arbeitsrechtlichen Spezialvorschriften (z.B. Kündigungsschutzgesetz, Entgeltfortzahlungsgesetz, Arbeitsgerichtsgesetz, Mutterschutzgesetz, Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, Teilzeit- und Befristungsgesetz).

b) **Die Autonomie (Selbstgesetzgebung)**
   Auf der Basis von Art. 9 GG ist den arbeitsrechtlichen Koalitionen weitgehend das Recht eingeräumt, selbst Rechtsnormen für das Arbeitsleben zu schaffen.
   Hierzu gehören:
   aa) der **normative** Teil von Tarifverträgen,
   bb) die Betriebs- und Dienstvereinbarungen,
   cc) Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften.

c) **Betriebliche Übung und Rechtsprechung**
   Wie auch in anderen Rechtsgebieten kann sich im Arbeitsrecht durch fortgesetzte, gleichmäßige Übung gewohnheitsrechtlich Recht bilden (z.B. Anspruch auf Weihnachtsgratifikation wegen längerer vorbehaltsloser Zahlung durch den Arbeitgeber). Schließlich ist zu beachten, dass besonders die **Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts** als Erkenntnisquelle für die Auslegung arbeitsrechtlicher Problemstellungen zu berücksichtigen ist.

Im Verhältnis der Rechtsnormen zueinander ist zu bedenken, dass nach dem **Rangprinzip** die Rechtsvorschriften des jeweils höheren denen des niedrigeren Gesetzes vorgehen. Tarifrechtliche Vorschriften gehen wiederum betrieblichen Vereinbarungen und diese Abreden im Arbeitsvertrag vor. Der auch im Arbeitsrecht geltende Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 311 BGB) lässt es jedoch zu, dass im Arbeitsvertrag für den Arbeitnehmer günstigere Bedingungen gegen-

© 2011 W. Kohlhammer, Stuttgart

über Tarifverträgen und gesetzlichen Regelungen des Staates wirksam vereinbart werden können (**Günstigkeitsprinzip**); hierdurch wird der **Schutzcharakter von Arbeitsrecht besonders betont**. Dieses Prinzip ist für die Träger der öffentlichen Verwaltung aber aufgrund **haushaltsrechtlicher Vorschriften** (z.B. § 75 GO-Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwaltung) sehr stark **eingeschränkt**. Auch kommunale Körperschaften sind danach verpflichtet, regelmäßig nur das zu gewähren, was in Tarifverträgen und Gesetzen vorgesehen ist und nicht mehr.
Zunehmende Bedeutung erhält das **Recht der Europäischen Gemeinschaften**, weil dieses das nationale Arbeitsrecht überlagert. Das EG-Recht – vor allem die Verordnungen – **geht** dem **nationalen Recht** der Mitgliedsstaaten **vor**. Aus dem Rangverhältnis ergibt sich, dass nationale Rechtsvorschriften gemeinschaftskonform auszulegen sind. Auf der Basis der Richtlinien der EU haben die Mitgliedsstaaten die Pflicht zur Umsetzung in nationales Recht. Gemäß Richtlinie 97/81 des EG-Rates vom 15. Dezember 1997, ist z.B. das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom Deutschen Bundestag beschlossen worden, das am 1. Januar 2001 in Kraft getreten ist. Zuletzt wurde das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) als nationales Recht (14. August 2006) umgesetzt.

4. Beteiligte am Arbeitsverhältnis

Das **Arbeitsverhältnis** ist ein **privatrechtliches Schuldverhältnis** auf der Basis eines entsprechenden Arbeitsvertrages. Die Beteiligten an diesem Rechtsverhältnis sind auf der einen Seite der **Arbeitgeber** (eine natürliche, aber auch juristische Person des öffentlichen sowie privaten Rechts) und zum anderen der **Arbeitnehmer**. Arbeitnehmer (AN) ist, wer in einem **privatrechtlichen** Rechtsverhältnis tätig ist, in dem er **fremdbestimmt** gegen Gehalts- bzw. Lohnzahlung **seine Arbeitskraft** zur Verfügung stellt. Eine Legaldefinition des Begriffes Arbeitnehmer besteht nicht. **Entscheidend** ist, dass die auszuübende Tätigkeit in einem **Abhängigkeitsverhältnis** geleistet wird, in dem der Weisungsberechtigte (Arbeitgeber) die vom Leistungsverpflichteten (Arbeitnehmer) zu erledigenden **Aufgaben nach Ort, Zeit und Art bestimmt.** So ist z.B. auch ein Chefarzt eines Krankenhauses Arbeitnehmer, weil er persönlich und wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig ist; er unterliegt damit dem Geltungsbereich des Arbeitsrechts. Ein **freiberuflicher** Mediziner unterliegt dagegen nicht dem Arbeitsrecht, weil er seine Tätigkeiten nach Ort, Zeit und Art selbst bestimmen kann. Mit ihm wird daher durch den Patienten kein Arbeitsvertrag, sondern ein **Dienstvertrag** abgeschlossen. Hieraus folgt, dass sich dessen Tätigkeit regelmäßig nicht nach arbeits- oder werkvertraglichen Vorschriften regelt. Zu den Arbeitnehmern gehören ferner nicht selbständige Unternehmer oder Handelsvertreter sowie etwa auch geschäftsführende Organe juristischer Personen (Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften). Arbeitsrecht gilt ebenfalls nicht, wenn die Arbeitspflicht öffentlich-rechtlicher Natur ist. **Beamte, Richter, Soldaten** oder Zivildienstleistende aber auch Strafgefangene, die aufgrund behördlicher Anordnung Zwangsarbeit leisten, **sind** deshalb **keine Arbeitnehmer**. Ihre Rechtsverhältnisse sind sondergesetzlich geregelt (Landesbeamtengesetz, Richter- sowie Soldatengesetze). Letztlich unterliegen z.B. regelmäßig auch Empfänger

© 2011 W. Kohlhammer, Stuttgart

von Grundsicherung für Arbeitssuchende, die nach dem Sozialgesetzgesetzbuch II zu zusätzlicher, gemeinnütziger Arbeit herangezogen werden, nicht den arbeitsrechtlichen Vorschriften (§ 16 Abs. 3 Sozialgesetzbuch II). Das gleiche gilt für die Leistung solcher Arbeit, die im Rahmen eines Werkvertrages (§ 631 BGB) nötig ist. Im Gegensatz zum Arbeitsvertrag, in dem eine Arbeitsleistung geschuldet wird, liegt das Wesen des Werkvertrages darin, dass **ein Werk (der Erfolg) geschuldet** und bezahlt wird, also die Arbeit nur Mittel zum Zweck ist.
Im öffentlichen Dienst im Lande Schleswig-Holstein werden neben Beamten und Richtern auch Arbeitnehmer beschäftigt, die als Beschäftigte bezeichnet werden. Dagegen befinden sich Auszubildende für die jeweiligen Berufe in einem Sonderrechtsverhältnis, für das wegen der Verschiedenheit der **Hauptpflichten** in weitem Umfange Sondervorschriften (vor allem das Berufsbildungsgesetz) gelten. Die (bisherige) Unterscheidung in Angestellten- und Arbeiterverhältnisse ist durch Maßnahmen des Gesetzgebers bzw. der Tarifvertragsparteien (z.B. einheitliche Kündigungsfristen gem. § 622 Abs. 1 BGB und des TVöD) abgebaut worden. Jedoch muss gelegentlich (z.B. bei befristeten Arbeitsverträgen lt. § 30 TVöD) auf die bisherige Unterscheidung von **Arbeiter** und **Angestellte** geachtet werden.
Eine klare Differenzierung der Begriffe Angestellte einerseits und Arbeiter andererseits ist oft schwierig. Als **Arbeiter** wird derjenige bezeichnet, der **überwiegend körperliche Arbeit** leistet (Handarbeit) während **Angestellter** ist, wer **überwiegend geistige, kaufmännische oder büromäßige Arbeit** verrichtet (Kopfarbeit). Ob jemand letzten Endes als Angestellter oder Arbeiter beschäftigt wird, ergibt sich aus den von ihm überwiegend (mehr als 50 %) zu verrichtenden **Tätigkeiten** und letztlich aus dem **Arbeitsvertrag**. Abgesehen davon, dass für die Regelungen von befristeten Arbeitsverhältnissen unterschiedliche Regelungen gelten, sind nennenswerte Rechtsfolgen aus dieser Unterscheidung im Laufe der Zeit immer mehr entfallen.
Zu den Angestellten gehören auch die so genannten **„leitenden Angestellten“,** die in § 5 Abs. 3 des Betriebsverfassungsgesetzes definiert sind. Hierbei handelt es sich um Arbeitnehmer, die innerhalb ihres Aufgabenbereichs weitgehend **Arbeitgeberfunktionen** ausüben (Personalchefs, Prokuristen). Für die leitenden Angestellten bestehen außer im Betriebsverfassungsrecht (es gibt ein eigenes Sprecherausschussgesetz) Sonderregelungen, vor allem auch im Arbeitszeitrecht; darüber hinaus gelten für manche leitende Angestellte nicht die Vorschriften des TVöD, sofern ihre Arbeitsbedingungen arbeitsvertraglich besonders geregelt sind.
Im Arbeitsleben anzutreffen sind ferner **arbeitnehmerähnliche** Personen. Das sind diejenigen, die ohne Arbeitnehmer zu sein, zwar eine weitgehende persönliche Selbstständigkeit besitzen (vor allem hinsichtlich der Zeiteinteilung), sich jedoch in einer **wirtschaftlich abhängigen Position zu einem Unternehmen** befinden und für dieses Arbeit leisten (z.B. Heimarbeiter). Arbeitnehmerähnliche Personen sind regelmäßig weisungsunabhängig in Bezug auf Raum, Zeit und Ort der zu verrichtenden Tätigkeit, wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit zum Unternehmer jedoch sozial schutzbedürftig. Für sie gelten eine Reihe von Sondervorschriften (z.B. spezielle urlaubsrechtliche Regelungen nach dem Bundesurlaubsgesetz).

© 2011 W. Kohlhammer, Stuttgart

Der zweite Beteiligte im Arbeitsverhältnis ist der **Arbeitgeber**. Dies ist **jede natürliche oder juristische Person**, die mindestens **einen Arbeitnehmer** auf der Basis eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages in einem **abhängigen Arbeitsverhältnis beschäftigt**. Arbeitgeber können mithin Privatpersonen, aber auch juristische Personen des öffentlichen Rechts (der Staat, Gemeinden, Körperschaften, Anstalten) sein (sog. öffentliche Arbeitgeber).

© 2011 W. Kohlhammer, Stuttgart

II. Begründung des Arbeitsverhältnisses

1. Arten/Formen von Arbeitsverhältnissen

Das Arbeitsverhältnis ist ein gegenseitiges personenrechtliches **Dauerschuldverhältnis**, das durch den Arbeitsvertrag begründet und bei dem nicht nur eine einmalige Leistung geschuldet wird, sondern in dem während des Bestehens (z.T. auch noch danach) neue Leistungs-, Neben- und Schutzpflichten entstehen. Es kann auf unbestimmte Zeit (§ 620 Abs. 2 BGB) oder auf bestimmte Zeit (§ 620 Abs. 1 BGB) eingegangen werden. Das Arbeitsverhältnis auf **unbestimmte Zeit** bildet den **Regelfall**; es ist jedoch festzustellen, dass die Zahl der befristeten Arbeitsverhältnisse in den letzten Jahren erheblich zugenommen hat. Dies ist u.a. eine Folge daraus, dass auch der Bundesgesetzgeber Teilzeitarbeitsverhältnisse zum Zwecke des Abbaus der Arbeitslosigkeit gefördert hat. Während ein unbefristetes Arbeitsverhältnis beginnt und irgendwann endet, liegt das **Wesen des befristeten Arbeitsverhältnisses** darin, dass es grundsätzlich ohne Kündigung nach Zeitablauf **automatisch endet**. Das Risiko liegt insofern deutlicher im Bereich des Arbeitnehmers; er hat wenig Planungssicherheit. Mit Wirkung vom 1. Januar 2001 ist das TzBfG in Kraft getreten, das das bis dahin geltende Beschäftigungsförderungsgesetz abgelöst hat. Befristet beschäftigt ist hiernach ein Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag. Dieser Arbeitsvertrag liegt vor, wenn seine Dauer entweder kalendermäßig bestimmt ist (**Zeitbefristung**) oder sich aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergibt (**Zweckbefristung**). In § 14 dieses Gesetzes sind die wichtigsten **Zulässigkeitsvoraussetzungen** einer Befristung geregelt. Grundvoraussetzung ist hiernach das Vorhandensein eines **sachlichen Grundes**, der insbesondere dann vorliegt, wenn die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern oder der betriebliche Bedarf einer Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht oder der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Da das Gesetz **keinen abschließenden Katalog** von Befristungsgründen enthält, ist auch weiterhin die hierzu umfangreiche Rechtsprechung des BAG zu bedenken.
Ausnahmsweise kann die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages **ohne** Vorliegen eines **sachlichen Grundes** bis zur Dauer von **zwei Jahren** zulässig sein; bis zu dieser Gesamtdauer ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig (Kettenarbeitsvertrag). Eine Gemeinde könnte z.B. einem früheren Auszubildenden einen befristeten Arbeitsvertrag in dem Umfang von 12 Monaten anbieten (§ 14 Abs. 1 Ziffer 2 TzBfG). Anders als nach dem ehemaligen Beschäftigungsförderungsgesetz kann **dieselbe** Gemeinde diese Befristung im Anschluss daran jedenfalls **nicht ohne sachlichen Grund verlängern**. Eine (weitere) Befristung ohne sachlichen Grund ist nämlich nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits (irgendwann) zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Eine weitere Befristung (Anschlussbefristung) aus einem sachlichen Grunde oder weil der Arbeitnehmer es wünscht (**persönliche Gründe**) ist hingegen zulässig. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf

© 2011 W. Kohlhammer, Stuttgart

die Regelungen des § 30 TVöD, die aufgrund einer so genannten „Tariföffnungsklausel“ im TzBfG (§ 14 Abs. 2) nähere Regelungen erlaubt.
Die beiden genannten Formen der Arbeitsverhältnisse können jeweils in der Form des Vollzeitbeschäftigten, aber auch des Teilzeitbeschäftigten abgeschlossen werden. **Teilzeitbeschäftigt** ist ein Arbeitnehmer, dessen regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist, als die eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers (§ 2 Abs. 1 TzBfG). Auch der TVöD enthält in § 11 Regelungen über eine Teilzeitbeschäftigung und deren Förderung.

2. Begründung des Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis ist das sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien; der Arbeitsvertrag ist die begründende Willenseinigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Abschluss des Arbeitsvertrages folgt den Vorschriften des BGB (§§ 611, 145 ff). **Der Grundsatz der Vertragsfreiheit des BGB (§ 311)** schreibt für den Arbeitsvertrag keine Form vor. Er wird jedoch durch § 14 Abs. 4 TzBfG eingeschränkt, wonach ab 1.1.2001 jedenfalls die Befristung eines Arbeitsvertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedarf (**echte Formvorschrift**). Ein Verstoß hiergegen führt nach § 16 des TzBfG zu einer Rechtsunwirksamkeit der Befristung, ebenso wenn die Voraussetzungen im Übrigen nicht gegeben sind (Fehlen eines sachlichen oder persönlichen Grundes). Das kann der Arbeitnehmer durch Anrufung des Arbeitsgerichtes nach § 17 TzBfG innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages durch eine entsprechende Feststellungsklage geltend machen. Gibt das Arbeitsgericht der Klage statt, besteht ein **un**befristetes Arbeitsverhältnis.
Weiter wird nach § 2 Abs. 1 TVöD der Arbeitsvertrag schriftlich abgeschlossen. Diese Vorschrift stellt eine so genannte **„unechte Formvorschrift“** dar, deren Verletzung jedenfalls **keine** Rechtsfolgen nach § 125 BGB nach sich zieht. Vielmehr wird dem Beschäftigten ein Anspruch auf schriftliche Ausfertigung seines bisher mündlichen Arbeitsvertrages eingeräumt werden müssen. Gleiches gilt, wenn die nach den kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften bestehenden internen Regeln über Verpflichtungserklärungen (z.B. § 56 Abs. 2 GO) verletzt werden. Damit kann also auch ein mündlich vereinbarter Arbeitsvertrag Bestand haben. Lediglich für **Nebenabreden** schreibt § 2 Abs. 3 TVöD als **echte** Formvorschrift vor, dass sie nur gültig sind, wenn sie **schriftlich** vereinbart wurden.

3. Vertragsanbahnung/Personalauswahl

Wie jeder kann auch der öffentliche Arbeitgeber im Rahmen haushaltsrechtlich verfügbarer Planstellen freie Arbeitsplätze, die er wieder besetzen will, anbieten; dies geschieht u.a. häufig in Form von Stellenausschreibungen in Tageszeitungen, Internet und Fachzeitschriften, sowie über die Arbeitsverwaltung. Eine Quasipflicht zur Stellenausschreibung ergibt sich aus dem Grundsatz der Chancengleichheit nach Art. 33 Abs. 2 GG. Hiernach hat jeder Deutsche nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Aus §§ 11, 7, 1 AGG, sowie § 7 des Schleswig-Holsteinischen Gleichstellungsgesetzes ergibt sich eine **geschlechtsneutrale** öffentliche Arbeits-

© 2011 W. Kohlhammer, Stuttgart

platzausschreibungspflicht dem **Grundsatz** nach. Anzumerken ist, dass eine Stellenausschreibung rechtlich kein Angebot im Sinne des BGB darstellt, weil es am Rechtsbindungswillen gegenüber einer bestimmten Person fehlt. Die **Stellenausschreibung** ist als **Aufforderung zur Abgabe eines Angebots** auf Arbeit zu verstehen.

Die **Personalvorauswahl** erfolgt zunächst durch Festlegung eines Anforderungskataloges, wobei die Qualifikation ausschließlich an solchen Eignungs-, Befähigungs- und fachlichen Leistungsmerkmalen zu messen ist, die den Anforderungen der ausgeschriebenen Stelle entsprechen. Die objektiven Vorauswahlkriterien werden verwaltungsintern (Personal- und Fachservice, Gleichstellungsbeauftragte, Personalvertretung und Schwerbehindertenbeauftragte) festgelegt. Anhand unterschiedlich zu gewichtenden Punktzahlen kann jede Bewerbung vorab durchgesehen und bewertet werden. Erreicht eine Bewerbung nicht die (von der Verwaltung) festgesetzte Endpunktzahl, so scheidet der Bewerber aus dem weiteren Verfahren aus.

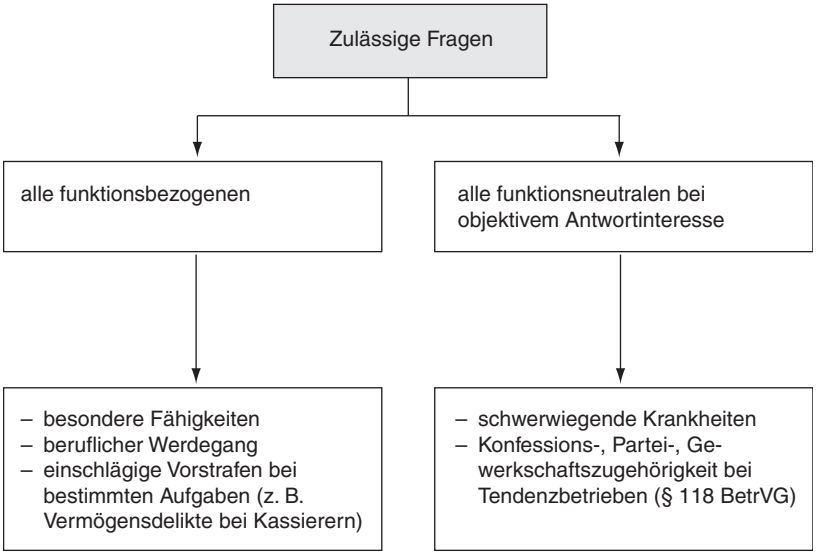
Je nach Bedeutung der ausgeschriebenen Stelle kann mit den verbleibenden Bewerbern ein oder mehrere Testverfahren durchgeführt werden; diese können sowohl intern als auch unter zur Hilfenahme Externer erfolgen. Üblich ist darüber hinaus, jedenfalls in Führungsfunktionen, dass die dann noch verbleibenden Bewerber an einem Verfahren im so genannten **„Assessmentcenter (AC)“** teilnehmen. Das Ergebnis der Erkenntnisse in diesem AC führt regelmäßig zu einer weiteren Reduzierung der Bewerberzahl. Diese werden schließlich zu einem Einstellungsgespräch geladen. **Rechtlich bedeutsam** ist in diesem Zusammenhang, dass mit der Einladung zum Einstellungsgespräch bzw. der Aufnahme von Vertragsverhandlungen (§ 311 Abs. 2 BGB) **ein Schuldverhältnis** entsteht, aus dessen Verletzung heraus Schadensersatzansprüche entstehen können (§ 241 Abs. 2 BGB). **Vorstellungskosten** können aus § 670 BGB von dem Bewerber auch dann geltend gemacht werden, wenn er später nicht eingestellt worden ist; die Übernahme kann jedoch im Vorstellungsschreiben **ausgeschlossen** werden.

Im Einstellungs-/Vorstellungsgespräch besteht ein Interessenkonflikt: der AG hat ein berechtigtes Interesse, sich ein möglichst umfassendes Bild von dem Bewerber machen zu können; hierzu gehören auch die persönlichen Verhältnisse. Demgegenüber möchte und muss der AN nicht vollständig seine Privatsphäre preisgeben (Persönlichkeitsrechte nach Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG). Dieser Konflikt kann nur im Wege eines Kompromisses gelöst werden. Grundsätzlich gilt daher, dass nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) der Bewerber auf **rechtlich zulässige** Fragen **wahrheitsgemäß** zu antworten hat. Rechtlich zulässige Fragen sind einmal alle **funktionsbezogenen** und solche Fragen, an deren Beantwortung ein **objektives Antwortinteresse** besteht. Zulässige Fragen sind z.B. solche über den beruflichen Werdegang (soweit nicht in den Bewerbungsunterlagen enthalten) oder einschlägige Vorstrafen bei Vertrauensstellungen und Tätigkeiten im Bereich des öffentlichen Dienstes. Rechtlich unzulässig ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich eine Frage nach bestehender Schwangerschaft (auch wenn sich nur Frauen bewerben). Während rechtlich zulässige Fragen wahrheitsgemäß beantwortet werden müssen, kann bei einer **unzulässigen Frage** die **Unwahrheit** gesagt werden; Schweigen ist hier ebenfalls zulässig. Bei schwerwiegenden Leistungshin-

© 2011 W. Kohlhammer, Stuttgart

dernissen (z.B. ein Arzt verfügt nicht über die Approbation) besteht eine **Offenbarungspflicht**, d.h., dass – ohne gefragt zu werden – von Tatsachen Kenntnis gegeben werden muss, die für die Gegenseite für eine Entscheidung wichtig sind. Ein Verstoß gegen diese Pflichten kann neben Schadensersatzansprüchen (§§ 280, 241 BGB) auch zu einer späteren **Anfechtung** gemäß §§ 119 Abs. 2 oder § 123 BGB führen. Ferner kann aus diesen Gründen gekündigt werden, wenn sie für das Arbeitsverhältnis von Belang sind.
Nach Abschluss aller Erhebungen hat der Arbeitgeber die Pflicht aufgrund objektiver Würdigung aller Umstände und unter Ausschaltung aller sachfremder Erwägungen, sich für den Bewerber zu entscheiden, der am besten geeignet erscheint, die Aufgabe des ausgeschriebenen Arbeitsplatzes zu erfüllen. Eine Personalauswahl, die sich somit nicht nach sachlichen Kriterien ausrichtet, entspricht nicht den Anforderungen von Art. 33 Abs. 2 GG. Hinzuweisen ist insofern darauf, dass abgewiesene Bewerber mit Erhebung der sog. „**Konkurrentenklage**“ jedenfalls Schadensersatzansprüche geltend machen können. Dies sieht § 15 AGG auch für den Fall vor, dass der Arbeitgeber gegen das Benachteiligungsverbot bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses verstößt. Ein **Anspruch auf Einstellung** der abgewiesenen Bewerber **besteht** aber **nicht**. Danach wird der Arbeitgeber das konkrete Angebot gegenüber dem der ausgewählten Bewerber abgeben. Dies kann durch normales Schreiben und/oder auch durch Beifügung des bereits vorformulierten Arbeitsvertrages geschehen. Für die Annahme dieses Angebots gelten die Vorschriften des BGB (§§ 145 ff. BGB).

Übersicht (Beispiele) für die Zulässigkeit von Fragen bei Vorstellungsgesprächen



© 2011 W. Kohlhammer, Stuttgart