

## Individualarbeitsrecht Arbeitspapier 4

### I. Informationsrechte des Arbeitgebers

Allgemeines zum Anbahnungsverhältnis

- Der Arbeitsvertragsabschluss als „Matchingprozess“  
(Koordination von Arbeitsangebot und Arbeitsnachfrage)
- Anforderungsprofil
- Stellenausschreibung
- Bewerbungsunterlagen
- Vorstellungsgespräch
  - > BAG NZA 1989, 468 (Ersatz von Vorstellungskosten):  
Wird ein Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch mit einem vom Arbeitgeber beauftragten Unternehmensberater gebeten, kann er vom Arbeitgeber Ersatz seiner Vorstellungskosten verlangen.

- Haftung des AG für vorvertragliches Verschulden (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB)

> BAG NZA 2005, 1298 (Verschulden bei Vertragsschluss):  
Ein Arbeitgeber, der Vertragsverhandlungen eingeht, darf bestehende Umstände, gleich welcher Art, die die vollständige Durchführung des Rechtsverhältnisses in Frage stellen können, nicht verschweigen, soweit sie ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen. Die sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben begründende Aufklärungspflicht gegenüber einem Bewerber über einen möglichen Stellenabbau tritt zwar nicht erst dann ein, wenn diesbezügliche unternehmerische Entscheidungen bereits wirksam und endgültig getroffen sind. Eine Auskunftspflicht kann aus Treu und Glauben allerdings nur dann abgeleitet werden, wenn die Planungen eine hinreichende Reife und Konkretetheit aufweisen, was voraussetzt, dass sich der Arbeitgeber im Grundsatz dazu entschlossen hat, bestimmte Stellen zu streichen. Der Stellenabbau muss hinreichend bestimmt und in Einzelheiten bereits absehbar sein, seine bloße Möglichkeit reicht nicht aus. Allein das Bestehen einer schlechten wirtschaftlichen Lage, die dem Arbeitnehmer zudem bekannt ist, in der aber noch keine konkrete Planung besteht, einen Arbeitsplatz zu streichen, begründet noch keine Auskunftspflicht.

#### 1. Interessenlage und rechtliche Ausgangssituation

AG: Interesse an einer möglichst weit gehenden „Durchleuchtung“ des Arbeitnehmers  
(neudeutsch: „pre-employment screening“) >>> „facebook-Fall“

AN: Möglichst vorteilhafte Darstellung, Verschweigen von nachteiligen Umständen

Rechtlicher Rahmen:

Allgemeine Handlungsfreiheit, Berufsfreiheit des AG  
Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des AN  
Datenschutzrecht (§ 32 BDSG)  
Diskriminierungsschutz

2. Übersicht: Verteilung des Informationsrisikos zwischen AN und AG
  - a) Erste Stufe = Offenbarungspflichten
  - b) Zweite Stufe = AG darf Informationen erheben (Fragerecht)
  - c) Dritte Stufe = AG darf Informationen nicht erheben (kein Fragerecht)
  
3. Aufklärungspflichten des Bewerbers
 

zB AN muss demnächst Freiheitsstrafe antreten, die ihn an der Durchführung des Arbeitsverhältnisses hindert
  
4. Fragerecht des Arbeitgebers
  - a) Grundsatz
    - > **BAGE 91, 349 = NZA 1999, 975 (Vorstrafen)**
    1. Der Arbeitgeber darf den Bewerber bei der Einstellung nach Vorstrafen fragen, wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert (st. Rspr. seit BAGE 5, 159).
    2. Bei der Prüfung der Eignung des Bewerbers für die geschuldete Tätigkeit (im Fall: Einstellung in den Polizeivollzugsdienst) kann es je nach den Umständen zulässig sein, daß der Arbeitgeber den Bewerber auch nach laufenden Ermittlungsverfahren fragt bzw. verpflichtet, während eines längeren Bewerbungsverfahrens anhängig werdende einschlägige Ermittlungsverfahren nachträglich mitzuteilen.
    3. Die wahrheitswidrige Beantwortung einer danach zulässigen Frage nach Vorstrafen und laufenden Ermittlungsverfahren bzw. die pflichtwidrige Unterlassung der nachträglichen Mitteilung eines Ermittlungsverfahrens rechtfertigen unter den Voraussetzungen der §§ 123, 124 BGB die Anfechtung des Arbeitsvertrages.
  - b) Insbes. Schwangerschaft (der „Klassiker“)
    - Ursprünglich nach der Rechtsprechung des BAG zulässig (kein Verstoß gegen Mutterschutzrecht)
    - Später „gespaltene Lösung“ – Frage zulässig, wenn sich nur Frauen bewerben
    - > EuGH NZA 1991, 171 (Schwangerschaft): unzulässige Diskriminierung
    - > BAGE 71, 252 = NZA 1993, 257 (Schwangerschaft): uU Ausnahmen
    - > **EuGH NZA 2003, 373 (Schwangerschaft): stets unzulässige Diskriminierung!!!**
    1. Art. 2 Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. 2. 1976 (jetzt 2006/54/EG) ist dahin auszulegen, dass er dem entgegensteht, dass eine Arbeitnehmerin, die mit Zustimmung ihres Arbeitgebers vor dem Ende ihres Erziehungsurlaubs an ihren Arbeitsplatz zurückkehren möchte, verpflichtet ist, dem Arbeitgeber mitzuteilen, dass sie schwanger ist, wenn sie wegen bestimmter gesetzlicher Beschäftigungsverbote ihre Tätigkeit nicht in vollem Umfang ausüben kann.
    2. Art. 2 Richtlinie 76/207/EWG ist dahin auszulegen, dass er dem entgegensteht, dass ein Arbeitgeber nach nationalem Recht zur Anfechtung seiner Willenserklärung, mit der er der Rückkehr einer Arbeitnehmerin an ihren Arbeitsplatz vor dem Ende des Erziehungsurlaubs zugestimmt hat, berechtigt ist, weil er sich über das Bestehen einer Schwangerschaft bei der Betroffenen geirrt hat.

### > BAG NZA 2003, 848 (Schwangerschaft)

1. Die Frage des Arbeitgebers nach einer Schwangerschaft vor der geplanten unbefristeten Einstellung einer Frau verstößt regelmäßig gegen § 611a BGB (jetzt AGG).
2. Das kann auch dann, wenn die Frau die vereinbarte Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotens zunächst nicht aufnehmen kann.

#### c) Insbes. Behinderung und Schwerbehinderteneigenschaft

Früher:

BAG NZA 1985, 57:

Die unrichtige Beantwortung der Frage des Arbeitgebers nach einer Körperbehinderung durch einen Stellenbewerber kann nur dann eine Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB rechtfertigen wenn die verschwiegene Körperbehinderung erfahrungsgemäß die Eignung des Arbeitnehmers für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt.

BAGE 81, 120 = NZA 1996, 371 (Schwerbehinderteneigenschaft)

Die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderteneigenschaft des Stellenbewerbers ist auch dann uneingeschränkt zulässig, wenn die Behinderung, auf der die Anerkennung beruht, tätigkeitsneutral ist.

Jetzt: AGG

Folge: Merkmal (= fehlende Behinderung) muss wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen (§ 8 AGG)

Bzgl. Schwerbehinderteneigenschaft (noch) offenlassend BAG, NZA 2012, 34

5. Rechtsfolgen bei Falschinformationen  
Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 I Alt. 1 BGB),  
falls Aufklärungspflicht verletzt bzw. Frage zulässig  
wichtig: Anwendbar neben § 626 BGB (fristlose Kündigung)

## II. Abschluss der Arbeitsvertrags

1. Vertragsschluss (§§ 145 ff. BGB)
2. Formfragen, Nachweis von Arbeitsbedingungen (NachwG)  
> BAG NZA 2002, 1096 (Verstoß gegen Nachweispflicht)
  1. Findet in einem Betrieb kraft betrieblicher Übung ein Tarifvertrag Anwendung, hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in einer Niederschrift gem. § 2 I Nr. 10 NachwG hierauf hinzuweisen. Eines gesonderten Hinweises auf die in dem Tarifvertrag geregelte Ausschlussfrist bedarf es nicht.
  2. Erfüllt der Arbeitgeber seine Nachweispflichten nicht, haftet er dem Arbeitnehmer gem. §§ 286, 284, 249 BGB auf Schadensersatz.

3. Gesetzes- und Sittenverstoß  
> BAGE 105, 187 = NZA 2004, 313 (Schwarzgeldabrede)

Eine Abrede, die Arbeitsvergütung ohne Berücksichtigung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen („schwarz“) ausbezahlen, führt regelmäßig nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrags. Soll die Abführung von Steuern und Beiträgen vereinbarungsgemäß teilweise unterbleiben, ist nur diese Abrede und nicht ein Teil der Vergütungsvereinbarung nichtig.

4. Schranken der Abschlussfreiheit
  - a) Grundsatz (§ 105 S. 1 GewO)
  - b) Einstellungsverbote und Beschäftigungsverbote
  - c) Gesetzliche Begründung von Arbeitsverhältnissen (§ 613a BGB, § 10 AÜG)
  - d) Einstellungsgebote (Einstellungsansprüche und Einstellungspflichten)
  - e) Diskriminierungsverbote (AGG)
5. Beteiligungsrechte des Betriebsrats (§ 99 BetrVG)

### III. Mängel des Arbeitsvertrags

1. Typische Fehlerquellen
  - a) Fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit
  - b) Willensmängel
  - c) Gesetzesverstoß
  - d) Sittenverstoß
  
2. Allgemeine Rechtsfolge: Nichtigkeit ex tunc (§ 142 I BGB)
  
3. Ausnahme: Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis
  - a) Voraussetzungen
    - aa) Natürliche Willenseinigung
    - bb) Vollzug des Arbeitsvertrages
    - cc) Keine überwiegenden entgegenstehenden Interessen  
 > BAGE 112, 299 = NZA 2005, 1409 (Arbeitsvertrag eines Arztes ohne Approbation)  
 Ist ein Arbeitsvertrag nichtig, weil er die Ausübung des ärztlichen Berufs zum Gegenstand hat und die erforderliche Approbation oder Erlaubnis weder vorliegt noch erteilt werden kann, kommt kein faktisches Arbeitsverhältnis zu Stande. Folge ist vielmehr die Rückabwicklung der erbrachten Leistungen nach Bereicherungsrecht.
  - b) Rechtsfolgen
    - aa) Für die Zukunft Beendigung ex nunc
    - bb) Für die Vergangenheit Behandlung wie vollgültiges Arbeitsverhältnis
    - cc) Einschränkungen  
 > **BAGE 90, 251 = NZA 1999, 584 (Rückwirkung der Anfechtung)**  
 Ficht der Arbeitgeber im Anschluss an eine Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an und verweigert die Entgeltfortzahlung, besteht kein Grund, von der Regelfolge rückwirkender Anfechtung abzuweichen; die entgegenstehende Rechtsprechung des BAG wird aufgegeben