

# I. Die Einstellung von Arbeitnehmern

## 1. Fragen an den Stellenbewerber

Das Arbeitgeberfragerecht bei den Einstellungen befindet sich durch Rechtsprechung und Literaturmeinungen in einem ständigen Fluss. Durch das am 14. 08. 2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)<sup>1)</sup> wurde das Fragerecht des Arbeitgebers weiter eingeschränkt.

### 1.1 Welche Fragen sind zulässig?

Fragen an den Stellenbewerber bezüglich abgeschlossene Berufsausbildung, Zeugnis-, Prüfungsnoten, beruflicher Werdegang etc. sind immer zulässig. Dies gilt auch nach Inkrafttreten des AGG. Nachstehend sollen jedoch einige Fragen aufgezählt werden, die über diese Fragen hinaus dem Stellenbewerber vorgelegt werden können, wenn sie mit der zu leistenden Arbeit in sachlichem Zusammenhang stehen.<sup>2)</sup>

#### Beispiele:

- Liegt eine Krankheit oder Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes vor, durch die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt sein könnte?<sup>3)</sup>
- Ist 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?
- Ist mit einer demnächst anstehenden Einberufung zum Wehrdienst oder zu einer Wehrübung zu rechnen?
- Sind Sie im Besitz einer gültigen Fahrerlaubnis der Klasse 2 bzw. 3 bzw. C, CE etc.?<sup>4)</sup>
- Sind Sie wegen eines Verkehrsdelikts/Vermögensdelikts vorbestraft oder läuft ein solches Verfahren gegen Sie?<sup>5)</sup>
- Bei welchen Arbeitgebern waren Sie bisher beschäftigt und von wann bis wann dauerten diese Beschäftigungsverhältnisse?<sup>6)</sup>

---

1) *BGBI. 2006, I, 1897.*

2) *Der Arbeitgeber muss ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Fragen haben (BAG, Urteil vom 11. 11. 1993, 2 AZR 467/93, DB 94, 939).*

3) *BAG, Urteil vom 07. 06. 1984, 2 AZR 270/83, DB 84, 2706 f. Beachte aber §§ 1 und 7 AGG.*

4) *Frage nur zulässig, wenn Fahrerlaubnis für die Tätigkeit erforderlich ist.*

5) *Die Frage nach Vorstrafen ist nur dann zulässig, soweit dies für die zu besetzende Arbeitsstelle wichtig ist (BAG, Urteil vom 20. 05. 1999, 2 AZR 320/98, DB 99, 1859 f.). So darf z. B. ein Kraftfahrer nach Verkehrsdelikten, ein Kassierer nach vermögensrechtlichen Vorstrafen befragt werden.*

6) *LAG Köln, Urteil vom 13. 11. 1995, 3 Sa 832/95, DB 1996, 892.*

## 1.2 Welche Fragen sind unzulässig?

Dem Informationsinteresse des Arbeitgebers stehen die schutzwürdigen Belange des Stellenbewerbers gegenüber, die zu einer Einschränkung der Informationsfreiheit des Arbeitgebers führen. Nachstehend sind einige Fragen aufgeführt, die von Literatur und Rechtsprechung als unzulässig angesehen wurden.

Beispiele:

- Sind Sie schwerbehindert oder einem Schwerbehinderten gleichgestellt?<sup>7)</sup>
- Sind Sie Mitglied der IG Bauen-Agrar-Umwelt?<sup>8)</sup>
- Welcher Religion/Partei gehören Sie an?<sup>9)</sup>
- Welcher politischen Partei stehen Sie nahe? Welche Partei wählen Sie?
- Haben Sie vor, innerhalb der nächsten 12 Monate zu heiraten?<sup>10)</sup>
- Besteht eine Schwangerschaft?<sup>11)</sup>
- Wie hoch war Ihr Gehalt bei Ihrem früheren Arbeitgeber?<sup>12)</sup>
- Liegen Lohnpfändungen oder -abtretungen vor?<sup>13)</sup>

## 1.3 Welche Konsequenzen kann die Falschbeantwortung von Fragen haben?

Die wahrheitswidrige Beantwortung von unzulässigen Fragen hat keine negativen Auswirkungen für den Arbeitnehmer („Recht zur Lüge“).<sup>14)</sup>

Bei unvollständiger oder unrichtiger Beantwortung von zulässigen Fragen kann u. U. der Arbeitsvertrag nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung angefochten werden.<sup>15)</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass die falsche Beantwortung für den Abschluss des Arbeitsvertrages wesentlich und auch ursächlich war<sup>16)</sup> und dass der Stellenbewerber dies erkennen musste. Die Anfechtungsfrist beträgt ein Jahr; sie beginnt, sobald der Anfechtungsberechtigte (Arbeitgeber) vom Irrtum und vom arglistigen Verhalten des anderen Teils (Arbeitnehmer) Kenntnis erlangt hat. Darüber hinaus können Schadensersatzansprüche oder eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht kommen.

---

7) *Wegen des Benachteiligungsverbot nach § 164 Abs. 2 SGB IX i. V. m. AGG.*

8) *BAG, Beschluss vom 28. 03. 2000, NZA 2000, 1294.*

9) *Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 26 III, 2.*

10) *Schaub, a. a. O.*

11) *EuGH vom 04. 10. 2001, DB 2001, 2451; Frage sogar dann unzulässig, wenn die Frau die vereinbarte Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot zunächst nicht aufnehmen kann, BAG, Urteil vom 06. 02. 2003, 2 AZR 621/01, NZA 2003, 848.*

12) *So BAG, Urteil vom 19. 05. 1983, 2 AZR 171/81, BB 1984, 533, wenn die Höhe der bisherigen Vergütung für die angestrebte Stelle keine Aussagekraft hat.*

13) *Erfurter Kommentar § 611a BGB, RN 280: Frage nur zulässig, wenn es um eine besondere Vertrauensposition geht.*

14) *BAG, Urteil vom 05. 10. 1995, 2 AZR 923/94, NZA 1996, 371.*

15) *BAG, Urteil vom 05. 10. 1995, 2 AZR 923/94, BB 1996, 696 f.*

16) *BAG, Urteil vom 07. 07. 2011, 2 AZR 396/10, NZA 2012, 34.*

## 2. Sofortmeldung und Mitführungspflicht von Ausweispapieren

### Sofortmeldung

Seit dem 01. 01. 2009 sind u. a. Arbeitgeber des Baugewerbes<sup>17)</sup> verpflichtet, den Tag des Beginns eines Beschäftigungsverhältnisses **spätestens bei dessen Aufnahme** an die Datenstelle der Träger der Rentenversicherung zu melden (§ 28a Abs. 4 SGB IV). Die Meldung muss folgende Angaben über die Beschäftigten enthalten:

- Familien- und Vornamen
- Versicherungsnummer (soweit bekannt, ansonsten Übermittlung der für die Vergabe der Versicherungsnummer notwendigen Angaben wie Tag und Ort der Geburt, Anschrift),
- Betriebsnummer und
- Tag der Beschäftigungsaufnahme.

Hiervon unberührt bleibt die mit der ersten Lohnabrechnung vorzunehmende umfassende Meldung zur Sozialversicherung (sogenannte „DEÜV-Meldung“). Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Sofortmeldung stellt eine Ordnungswidrigkeit dar und kann mit einem Bußgeld von bis zu 25.000 € belegt werden (§ 111 SGB IV).

### Mitführungspflicht der Ausweispapiere

Jede im Baugewerbe tätige Person ist zudem seit dem 01. 01. 2009 verpflichtet, während der Beschäftigung einen Personalausweis, Pass, Passersatz oder Ausweisersatz mitzuführen und den Behörden der Zollverwaltung bei einer Kontrolle auf Verlangen vorzulegen (§ 2a Abs. 1 SchwarzArbG). Die Verpflichtung gilt nicht nur für gewerbliche Arbeitnehmer, sondern auch für Betriebsinhaber, Angestellte, Poliere, Auszubildende, geringfügig Beschäftigte und Praktikanten. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Personen stationär (z. B. im Bauhof, in der Betriebswerkstatt, im Büro) oder an ständig wechselnden Arbeitsstätten (Baustellen) beschäftigt werden. Sinn und Zweck dieser umfassenden Verpflichtung ist die bessere Möglichkeit der Identitätsfeststellung aller bei einer Prüfung im Baugewerbe angetroffenen Personen.

Ein Verstoß gegen die Mitführungspflicht kann mit einem Bußgeld von bis zu 5.000 € belegt werden.

Die früher bestehende Mitführungspflicht des **Sozialversicherungsausweises** ist mit Ablauf des 31. 12. 2008 entfallen.

Der Arbeitgeber muss **seit dem 01. 01. 2009**

- seine Arbeitnehmer und Auszubildenden nachweislich und **schriftlich** auf die Mitführungs- und Vorlagepflicht hinweisen,
- diesen Hinweis während des gesamten Bestehens eines Beschäftigungsverhältnisses in den Lohnunterlagen aufbewahren und
- der Finanzkontrolle Schwarzarbeit auf Verlangen vorlegen.

**Diese Verpflichtung besteht** nicht nur bei Neueinstellungen, sondern **auch in schon bestehenden Arbeitsverhältnissen**. Ein Verstoß gegen die dem Arbeitgeber obliegenden Pflichten kann mit einem Bußgeld von bis zu 1.000 € belegt werden.

---

<sup>17)</sup> Baugewerbe i. S. v. §§ 1 und 2 BaubetriebeVO (siehe Seite 344 ff.).

### 3. Arbeitsverträge

Auch ein mündlich abgeschlossener Arbeitsvertrag ist wirksam. Aufgrund des Nachweisgesetzes (NachwG) ist der Arbeitgeber verpflichtet, spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Unter Berücksichtigung des nach § 2 des **Nachweisgesetzes** geforderten Mindestinhalts sollte ein schriftlicher Arbeitsvertrag<sup>18)</sup> folgende Punkte regeln:

1. Name und Anschrift der Vertragsparteien
2. Inhalt und Beginn des Arbeitsverhältnisses (Beruf, Arbeitsplatzbeschreibung)
3. Angaben zur Person des Arbeitnehmers (Geburtsdatum etc.)
4. Vereinbarung einer Probezeit
5. Tägliche und wöchentliche Arbeitszeit, ggf. flexible Arbeitszeit
6. bei befristeten Arbeitsverhältnissen: die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses<sup>19)</sup>
7. Arbeitsort bzw. Hinweis, dass der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann
8. Vergütung (Zusammensetzung, Fälligkeit)<sup>20)</sup>
9. Regelungen zu Mehrarbeit/Überstunden
10. Urlaubsdauer, Urlaubsvergütung
11. Zulagen, Weihnachtsgeld, vermögenswirksame und sonstige soziale Leistungen
12. Hinweis auf anzuwendende Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen
13. Anzeige- und Nachweispflichten bei Krankheit und sonstigen Arbeitsverhinderungen
14. Verschwiegenheitspflichten
15. Nebentätigkeit (Genehmigungsvorbehalt)
16. Vertragsstrafe<sup>21)</sup>
17. Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Kündigungsfristen
18. Ausschlussfristen<sup>22)</sup>
19. Sonstige Zusatzvereinbarungen<sup>23)</sup>
20. Datum und Unterschrift des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers

---

<sup>18)</sup> *Muster siehe Frikell/Orlop „Arbeitsrecht in Formularen – Bau/Ausbau“, Verlag E. Vögel.*

<sup>19)</sup> *Beachte hier das zwingende Schriftformerfordernis (§ 623 BGB). Wegen weiterer Einzelheiten siehe Seite 26 ff.*

<sup>20)</sup> *Wegen Anrechnung übertariflicher Zulagen auf Tarifierhöhungen s. BAG, Urteil vom 25. 06. 2002, 3 AZR 167/01, AP Nr. 36 „übertariflicher Lohn“ § 4 TVG.*

<sup>21)</sup> *Angemessene Vertragsstrafe für den Fall des Nichtantritts oder vorzeitige/unberechtigte Lösung des Arbeitsverhältnisses zulässig; BAG, Urteil vom 04. 03. 2004, 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727.*

<sup>22)</sup> *Mit Urteil vom 23. 01. 2002 (4 AZR 56/01, NZA 2002, 800) hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass auf tarifliche Ausschlussfristen (z. B. § 15 BRTV) nicht gesondert schriftlich hingewiesen werden muss. Notwendig, aber auch ausreichend ist ein allgemeiner Hinweis im Arbeitsvertrag oder Einstellungsbogen auf den anzuwendenden Tarifvertrag.*

<sup>23)</sup> *Beispiele siehe Seite 25.*

Aufgrund des „**Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts**“ (BGBl. I 2001, 3138), das am 01. 01. 2002 in Kraft getreten ist, wurden auch für das Arbeitsvertragsrecht wichtige Bestimmungen des BGB geändert. Ferner wurde das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, die bisher im AGB-Gesetz geregelt waren, in das BGB übertragen und dahingehend geändert, dass das **AGB-Recht**<sup>24)</sup> auch im Arbeitsrecht gilt.

So kann in einem vorformulierten Arbeitsvertrag z. B. die Vereinbarung einer zweistufigen Ausschlussfrist unwirksam sein, wenn sie kürzer als drei Monate ist.<sup>25)</sup> Sind Vertragsklauseln allerdings individuell zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ausgehandelt, findet keine Billigkeitskontrolle im Sinne einer allgemeinen, nicht auf die Besonderheiten des Falles bezogenen Angemessenheitsprüfung statt.

Wenn eine **flexible Arbeitszeit** gelten soll, empfiehlt es sich, die Einzelheiten hierzu umfassend zu regeln, um die tatsächlichen Umsetzungsmöglichkeiten in der betrieblichen Praxis zu sichern. Wegen der tariflichen Grenzen einer Flexibilisierung der Arbeitszeit siehe § 3 BRTV und § 3 RTV-Angestellte und Poliere.

Aufgrund des **Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG)** haben Arbeitnehmer in Betrieben mit in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmern (ohne Auszubildende) einen **Anspruch auf Verkürzung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit, § 8 TzBfG**. Voraussetzung hierfür ist, dass das Arbeitsverhältnis bereits mindestens sechs Monate besteht, der Arbeitnehmer innerhalb der letzten zwei Jahre keine Verringerung der Arbeitszeit verlangt hat und dem Wunsch des Arbeitnehmers auf Veränderung der Arbeitszeit keine betrieblichen Gründe entgegenstehen. **Betriebliche Gründe**, aufgrund derer der Arbeitgeber den Wunsch des Arbeitnehmers ablehnen kann, sind insbesondere wesentliche Beeinträchtigungen der betrieblichen Organisation, des technischen Arbeitsablaufs oder der Sicherheit im Betrieb oder Verursachung unverhältnismäßig hoher Kosten für den Arbeitgeber.<sup>26)</sup>

Der Arbeitnehmer muss sein Verlangen auf Verkürzung der Arbeitszeit (formlos) mindestens drei Monate vor deren Beginn geltend machen und soll dabei die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer die Entscheidung über die Verringerung der Arbeitszeit und ihre Verteilung spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Verringerung **schriftlich** mitzuteilen. Der Arbeitgeber hat der Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers festzulegen, soweit betriebliche Gründe (s. o.) nicht entgegenstehen. Unterlässt der Arbeitgeber die schriftliche Mitteilung oder versäumt er die Frist von einem Monat, gilt dies als Zustimmung.

Ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer (auch ein geringfügig Beschäftigter) kann nach § 9 TzBfG dem Arbeitgeber anzeigen, dass er eine **Verlängerung der Arbeitszeit** wünscht. Der Arbeitgeber hat dann diesen Arbeitnehmer bei der Besetzung eines Arbeitsplatzes bevorzugt zu berücksichtigen, wenn es sich um einen entsprechenden freien Arbeitsplatz handelt, der Arbeitnehmer mindestens gleich geeignet ist wie ein anderer vom Arbeitgeber bevorzugter Bewerber und weder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer noch dringende betriebliche Gründe entgegenstehen. Will sich der Arbeit-

<sup>24)</sup> „Unter Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“, vgl. § 310 Abs. 4, S. 2 BGB.

<sup>25)</sup> BAG, Urteil vom 25. 05. 2005, 5 AZR 572/04, NZA 2005, 1111. Tarifvertragliche Ausschlussfristen können kürzer als drei Monate sein.

<sup>26)</sup> BAG, Urteil vom 30. 09. 2003, 9 AZR 665/02, NZA 2004, 382 ff., LAG Hamm, Urteil vom 01. 08. 2013, 17 Sa 185/13.

geber darauf berufen, dass eine der Voraussetzungen nicht vorliegt, muss er dies darlegen und gegebenenfalls beweisen.

Seit 1. Januar 2019 haben Arbeitnehmer in Betrieben mit in der Regel mehr als 45 Beschäftigten nach § 9a TzBfG Anspruch auf eine zeitlich befristete Teilzeitarbeit mit Rückkehrrecht in die vorherige Arbeitszeit, wenn das Arbeitsverhältnis bereits länger als sechs Monate bestanden hat und keine betrieblichen Gründe entgegenstehen (**Brückenteilzeit**). Hierfür muss der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber mindestens drei Monate vor Beginn der gewünschten Reduzierung einen Antrag in Textform stellen. In diesem Antrag muss der Arbeitnehmer den Umfang der Verringerung der Arbeitszeit und einen bestimmten Zeitraum zwischen einem und fünf Jahren benennen, in dem die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert werden soll. Für Arbeitgeber, die zwischen 46 und 200 Arbeitnehmern beschäftigen, gilt eine Zumutbarkeitsgrenze: Sie müssen selbst bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen nur einem pro angefangenen 15 Arbeitnehmern den Anspruch auf Brückenteilzeit gewähren.

### 3.1 *Arbeitsvertrag mit einem gewerblichen Arbeitnehmer des Baugewerbes*

Nach § 2 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) sind die Einstellungsbedingungen aus Gründen der Beweissicherung schriftlich festzuhalten.<sup>27)</sup> Dafür ist nach § 2 Satz 2 BRTV der von den Tarifvertragsparteien erstellte „Einstellungsbogen“ zu verwenden. Er ist nachstehend abgedruckt.

Da der Bundesrahmentarifvertrag wegen seiner Allgemeinverbindlicherklärung für gewerbliche Arbeitnehmer, die in einem Baubetrieb beschäftigt werden, zwingend gilt, müssen die im BRTV getroffenen Regelungen (wie z. B. Arbeitszeit, Urlaub oder Ausschlussfristen) im Arbeitsvertrag nicht nochmals vereinbart werden. Es empfiehlt sich dann jedoch, in den Arbeitsvertrag einen Hinweis aufzunehmen, dass der Bundesrahmentarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist oder den Text des Bundesrahmentarifvertrags als Anhang zum Arbeitsvertrag beizufügen.

---

<sup>27)</sup> Dennoch ist auch ein mündlich abgeschlossener (unbefristeter) Arbeitsvertrag wirksam. Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf demgegenüber nach § 14 Abs. 4 TzBfG zur Wirksamkeit der Schriftform. Wird ein befristeter Arbeitsvertrag lediglich mündlich vereinbart, gilt das Arbeitsverhältnis daher als unbefristet.

In den Arbeitsvertrag können **Zusatzvereinbarungen** aufgenommen werden. Welche als sinnvoll oder notwendig angesehen werden, muss im Einzelfall entschieden werden.

#### Beispiele:

- Der Arbeitnehmer wurde darauf hingewiesen, dass er seinen Personalausweis bei Ausübung seiner Tätigkeit mit sich führen muss.
- Zusätzliche Leistungen (13. Monatseinkommen, Weihnachtsgeld, etc.).
- Bleibt der Arbeitnehmer unentschuldigt oder unberechtigt der Arbeit fern, ist er verpflichtet, für jede dadurch nicht geleistete Arbeitsstunde eine **Vertragsstrafe**<sup>34)</sup> in Höhe seines Bruttostundenlohns an den Arbeitgeber zu zahlen. Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer unberechtigterweise ohne Einhaltung der für ihn geltenden Kündigungsfrist kündigt. Die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens bleibt davon unberührt.
- Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, keine **Nebentätigkeit**, durch die die betrieblichen Interessen berührt werden, ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Arbeitgebers auszuüben.
- Im Falle einer **Lohnpfändung** hat der Arbeitnehmer die damit verbundenen Kosten pauschal mit \_\_\_\_\_ Euro für jede Lohnabrechnung zu tragen. Entstehen nachweislich höhere Kosten, können auch diese dem Arbeitnehmer in Rechnung gestellt werden. Die Lohnpfändungskosten werden gegen den Lohnanspruch aufgerechnet.<sup>35)</sup>
- Alkoholverbot, Rauchverbot.

### 3.2 Arbeitsvertrag mit einem Angestellten/Polier

Der Rahmentarifvertrag für die technischen und kaufmännischen Angestellten und die Poliere des Baugewerbes ist im Gegensatz zum Bundesrahmentarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer nicht allgemeinverbindlich. Er gilt daher nur, wenn eine der auf Seite 99 oben unter a), c) oder d) genannten Voraussetzungen erfüllt ist. Wenn ein Tarifvertrag gilt, darf der Arbeitsvertrag keine Regelungen enthalten, die von den tariflichen Bestimmungen zuungunsten des Angestellten abweichen (§ 4 Abs. 3 Tarifvertragsgesetz). Musterformulare für einen Arbeitsvertrag enthält das Buch von Frikell/Orlop, „Arbeitsrecht in Formularen – Bau/Ausbau“, erschienen im Verlag E. Vögel.

Die Vorschriften des **Nachweisgesetzes** (siehe Seite 20) gelten auch für Arbeitsverträge mit Angestellten/Polieren.

### 3.3 Das befristete Arbeitsverhältnis

Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen einem **zeitbefristeten** (z. B. 6-Wochen-Ferienbeschäftigung) und einem **zweckbefristeten** Arbeitsverhältnis (z. B. Krankheitsvertretung, Einsatz für bestimmtes Bauvorhaben).

<sup>34)</sup> *Kein Verstoß gegen das seit 01. 01. 2002 auch im Arbeitsrecht geltende Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, sofern die Vertragsstrafe nicht unangemessen hoch ist, BAG, Urteil vom 04. 03. 2004, 8 AZR 328/03, NZA 2004, 727.*

<sup>35)</sup> *Eine Vereinbarung, dass der Arbeitnehmer die Bearbeitungskosten einer Lohnpfändung tragen muss, ist rechtlich zulässig (Hannewald, NZA 2001, 19 ff.)*

### 3.3.1 Schriftformerfordernis

Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist nur dann wirksam, wenn ein befristeter Arbeitsvertrag schriftlich abgefasst und von Arbeitgeber und Arbeitnehmer unterschrieben wird (§ 14 Abs. 4 TzBfG). Eine schriftliche Vereinbarung muss spätestens bei Arbeitsaufnahme vorliegen.<sup>36)</sup>

Ein lediglich mündlich abgeschlossener Arbeitsvertrag gilt als unbefristeter Vertrag (§ 16 TzBfG), der unter Berücksichtigung der Kündigungsfristen und ggf. des Kündigungsschutzgesetzes ordentlich gekündigt werden kann.

Der Arbeitgeber ist gehalten, den Arbeitnehmer bereits bei Abschluss des Arbeitsverhältnisses darauf hinzuweisen, sich spätestens 3 Monate vor Ablauf der Befristung, wenn das befristete Arbeitsverhältnis auf längere Zeit als 3 Monate abgeschlossen wurde, bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden.<sup>37)</sup>

### 3.3.2 Kündigung

Ein befristetes Arbeitsverhältnis kann während der Befristung nur ordentlich gekündigt werden, wenn dies ausdrücklich einzel- und tarifvertraglich vereinbart ist. Hierzu empfiehlt sich beispielsweise folgende Formulierung: „Das Recht zur ordentlichen Kündigung vor Ablauf der Befristung bleibt unberührt.“

Eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist unter den Voraussetzungen des § 626 BGB stets möglich.

### 3.3.3 Befristung ohne sachlichen Grund (Zeitbefristung)

#### a) Befristung bis zu zwei Jahren

Nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrages bis zur Dauer von zwei Jahren ohne sachlichen Grund zulässig, sofern der Arbeitnehmer neu eingestellt wurde.

Bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig.

Nach früherer Rechtsprechung des BAG konnte ein Arbeitnehmer wiederholt mit sachgrundloser Befristung eingestellt werden, wenn das vorangegangene Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurücklag.<sup>38)</sup>

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 06. 06. 2018<sup>39)</sup> klargestellt, dass das BAG mit dieser Rechtsprechung die Grenzen der vertretbaren Auslegung gesetzlicher Vorgaben überschritten habe, weil der Gesetzgeber eine solche Karenzzeit erkennbar nicht habe regeln wollen. In seinem Urteil vom 23. Januar 2019<sup>40)</sup> entschied das BAG daher, dass die bisherige Drei-Jahres-Grenze nicht aufrechterhalten werden könne. Allerdings seien im Einklang mit den Vorgaben des BVerfG Ausnahmen vom Verbot der sachgrundlosen Befristung weiterhin geboten, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliege, ganz anders geartet gewesen oder nur von kurzer Dauer gewesen sei. Ob diese Kriterien vorliegen, müsse in einer Einzelfallprüfung beurteilt werden. In einer Reihe von Entschei-

---

<sup>36)</sup> BAG, Urteil vom 01. 12. 2004, 7 AZR 198/04, NZA 2005, 575.

<sup>37)</sup> Zur Meldepflicht im Einzelnen siehe Seite 71.

<sup>38)</sup> BAG, Urteil vom 06. 04. 2011, 7 AZR 716/09.

<sup>39)</sup> 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14.

<sup>40)</sup> BAG, Urteil vom 23. 01. 2019, 7 AZR 733/16.

dungen hat das BAG diese Kriterien bereits konkretisiert. Eine erneute sachgrundlose Befristung soll weder bei einer Zeitspanne von 8 Jahren<sup>41)</sup> noch von 15 Jahren<sup>42)</sup> möglich sein. Nach 22 Jahren dagegen sei eine erneute Befristung möglich, wenn keine besonderen Umstände für eine besondere Wertung sprechen.<sup>43)</sup>

### b) Erleichterungen für Existenzgründer

Durch § 14 Abs. 2 a) TzBfG werden die Befristungsmöglichkeiten für Existenzgründer erleichtert. Unter den ansonsten gleichen Voraussetzungen einer Zeitbefristung können in neu gegründeten Unternehmen Zeitbefristungen in beliebig vielen Abschnitten bis zur Gesamtdauer von 4 Jahren vereinbart werden.

Als Existenzgründer gelten Unternehmen in den ersten 4 Jahren<sup>44)</sup> ihres Bestehens. Keine Existenzgründungen sind Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen.<sup>45)</sup>

### c) Befristetes Arbeitsverhältnis mit älteren Arbeitnehmern

Nach § 14 Abs. 3 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrages bis zu einer Dauer von fünf Jahren mit einem Arbeitnehmer, der das 52. Lebensjahr vollendet hat, keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate arbeitslos war, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach SGB II oder SGB III teilgenommen hat.<sup>46)</sup>

## 3.3.4 Befristung mit sachlichem Grund (Zweckbefristung)

Eine Befristung ist auch zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, § 14 Abs. 1 TzBfG. Ein so genanntes zweckbefristetes Arbeitsverhältnis kann auch dann abgeschlossen werden, wenn der Arbeitnehmer zuvor bereits bei demselben Arbeitgeber beschäftigt war. Das Gesetz nennt beispielhaft (also nicht abschließend) folgende sachliche Gründe für die Befristung von Arbeitsverträgen:

- a) Vorübergehender betrieblicher Bedarf an der Arbeitsleistung,<sup>47)</sup>
- b) Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder Studium, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern,
- c) Vertretung eines anderen Arbeitnehmers<sup>48)</sup>,
- d) Eigenart der Arbeitsleistung rechtfertigt die Befristung,

<sup>41)</sup> BAG, Urteil vom 23. 01. 2019, 7 AZR 733/16.

<sup>42)</sup> BAG, Urteil vom 17. 04. 2019, 7 AZR 324/17.

<sup>43)</sup> BAG, Urteil vom 21. 08. 2019, 7 AZR 452/17.

<sup>44)</sup> Umstritten ist, ob der Existenzgründer den 4-Jahreszeitraum maximal ausschöpfen darf, indem er noch im vierten Jahr des Bestehens einen auf 4 Jahre befristeten Vertrag abschließt; diese Auffassung vertreten bspw. Bauer/Krieger RN. 142.

<sup>45)</sup> § 112a Abs. 2 BetrVG.

<sup>46)</sup> Mit dieser Änderung der § 14 Abs. 3 TzBfG, die am 01. 05. 2007 in Kraft trat, erfolgte eine „Anpassung“ des davor geltenden § 14 Abs. 3 TzBfG an das Europarecht (Der EuGH hatte mit Urteil vom 22. 11. 2005 die generelle Zulassung befristeter Arbeitsverträge mit älteren Arbeitnehmern wegen Altersdiskriminierung für europarechtswidrig erklärt.).

<sup>47)</sup> Nicht ausreichend: schwankende Auftragslage (BAG, Urteil vom 22. 03. 2000, NZA 2000, 881).

<sup>48)</sup> Z. B. wegen Krankheit.

- e) Probearbeitsverhältnis<sup>49)</sup>,
- f) Befristung wegen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen,<sup>50)</sup>
- g) Befristung wegen zeitlich begrenzter öffentlicher Haushaltsmittel,
- h) Befristung aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs.

Liegt ein sachlicher Grund für die Befristung des Arbeitsvertrages tatsächlich nicht vor, gilt der Arbeitsvertrag als unbefristet.<sup>51)</sup>

### 3.3.5 Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses

Wie bereits oben unter Ziff. 3.3.2 dargelegt, kann ein befristetes Arbeitsverhältnis **während** der Befristung nur dann ordentlich gekündigt werden, wenn dies einzel- oder tarifvertraglich vereinbart ist. Im Übrigen gilt Folgendes:

- a) Ein kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag endet (ohne dass es einer Kündigung oder sonstiger Vereinbarung bedarf) mit Ablauf der vereinbarten Zeit.
- b) Ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag endet mit Erreichen des Zwecks, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.
- c) Ist das Arbeitsverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Arbeitnehmer nach Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.
- d) Wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, oder nach Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt.

### 3.3.6 Anrufung des Arbeitsgerichts

Will der Arbeitnehmer geltend machen, dass die Befristung eines Arbeitsvertrages rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht beendet ist. Die §§ 5 bis 7 des Kündigungsschutzgesetzes gelten entsprechend.<sup>52)</sup> Wird das Arbeitsverhältnis nach dem vereinbarten Ende fortgesetzt, so beginnt die Frist nach Satz 1 mit dem Zugang der schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung beendet sei.

## 4. Das Altersteilzeit-Arbeitsverhältnis

Auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes (ATG) sowie des Tarifvertrags über die Altersteilzeit im Baugewerbe (TV Altersteilzeit) kann durch schriftliche einzelvertragliche Vereinbarung ein Altersteilzeit-Arbeitsverhältnis vereinbart werden. Altersteilzeit-Arbeits-

---

<sup>49)</sup> Die Erprobungszeit muss in einem angemessenen Verhältnis zur Tätigkeit stehen (BAG, Urteil vom 02. 06. 2010, 7 AZR 85/09, NZA 2010, 1293).

<sup>50)</sup> Z. B. befristeter Aufenthaltstitel.

<sup>51)</sup> Der Befristungsgrund muss schriftlich fixiert sein (BAG, Urteil vom 21. 12. 2005, 7 AZR 541/04, DB 2006, 564).

<sup>52)</sup> In §§ 5 bis 7 KSchG sind u. a. die Voraussetzungen der Zulassung einer verspäteten Klage geregelt.