

## Gliederung

<b>1.</b>	<b>Grundsatz der Vertragsfreiheit</b>	2
1.1	Formfreiheit	2
1.2	Inhaltsfreiheit	3
1.3	Abschlussfreiheit	3
<b>2.</b>	<b>Vertragsschluss</b>	3
2.1	Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers und Vertreterhandelns	4
2.2	Vertretung des Arbeitgebers	5
<b>3.</b>	<b>Stellenausschreibung</b>	5
3.1	Beteiligung der MAV	6
3.2	Anforderungen an eine Ausschreibung	7
3.2.1	Ausschreibung als Teilzeitarbeitsplatz	7
3.2.2	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	7
3.2.2.1	Geschlechtsneutrale Ausschreibung	8
3.2.2.2	Religionszugehörigkeit der Stellenbewerbenden	9
<b>4.</b>	<b>Vorvertragliches Schuldverhältnis</b>	10
<b>5.</b>	<b>Bewerbungsgespräch</b>	11
<b>6.</b>	<b>Zustimmung der MAV zur Einstellung</b>	13
6.1	Erhebung von Einwendungen	16
6.1.1	Einwand des Rechtsbruchs	18
6.1.2	Einwand der Störung des Arbeitsfriedens	19
6.1.3	Einwand der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern	21
6.1.4	Sonstige Einwendungen	21
6.2	Weiterer Verfahrensgang	23
6.3	Vorläufige Regelungen	25

# E 3 Einstellung

## Grundsatz der Vertragsfreiheit

---

### 1. Grundsatz der Vertragsfreiheit

- 5 Der Abschluss von Verträgen nach deutschem Recht steht ausgehend von der allgemeinen Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) jedermann frei. Auch der konkrete Vertragstyp des Arbeitsvertrags unterliegt gemäß § 611a BGB keiner Einschränkung der Zulässigkeit (im Detail dazu → Modul B 1.2 Ziffer 1).
- 10 Das Arbeitsvertragsrecht kennt **drei spezielle Ausprägungen dieser Vertragsfreiheit:**
- die Formfreiheit,
  - die Inhaltsfreiheit,
  - die Abschlussfreiheit.

#### 1.1 Formfreiheit

- 15 Die Formfreiheit als die Möglichkeit, den Arbeitsvertrag auch mündlich oder sogar nur konkludent abschließen zu können, ist nicht beschränkt. Selbst das Nachweisgesetz enthält lediglich die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer die **wesentlichen Bedingungen des Arbeitsvertrags in schriftlicher Form** auszuhändigen. Das entsprechende Dokument ist mithin für das Arbeitsverhältnis nicht konstituierend (rechtsbegründend), sondern hat lediglich deklaratorische (rechtserklärende) Bedeutung. Auch der (nur) mündlich abgeschlossene Arbeitsvertrag ist uneingeschränkt wirksam.



#### WICHTIG

- 20 Bestimmte Einschränkungen des Arbeitsvertrags wie beispielsweise die Befristung gemäß §§ 14 Abs. 4, 16 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) sind jedoch nur dann wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart wurden. Das führt dazu, dass der mündlich abgeschlossene befristete Arbeitsvertrag ein wirksam abgeschlossener unbefristeter Arbeitsvertrag ist.
- 25 Dies kann insbesondere dann zu Konflikten führen, wenn dritte Dienstleister mit der Ausfertigung des schriftlichen Arbeitsvertrags betraut sind und die Erledigung durch diese nicht fristgerecht erfolgt. Sollte sich der Arbeitnehmer weigern, den erst nach seinem Arbeitsantritt vorliegenden schriftlichen Arbeitsvertrag einschließlich der Befristungsklausel zu unterzeichnen, kann die Kündigung für den Arbeitgeber der einzige Weg sein, eine **unbefristete Beschäftigung** des Mitarbeiters zu vermeiden. Sollte die Sechs-Monate-Frist gemäß § 1 Abs. 1 KSchG zu diesem Zeitpunkt schon überschritten sein, stellt auch die Weigerung der Unterzeichnung des

schriftlichen Arbeitsvertrags keinen Kündigungsgrund dar. Zum Schriftformerfordernis bei befristeten Arbeitsverträgen → Modul B 1.2 Ziffer 6.

### 1.2 Inhaltsfreiheit

Die grundsätzliche Inhaltsfreiheit von Arbeitsverträgen ist auf vielfältige Weise beschränkt. Hinsichtlich der Dienstleistungen, die ein Arbeitsvertrag gemäß § 611 Abs. 2 i.V.m. § 611a BGB zum Inhalt haben kann, ist das beispielsweise durch **strafrechtliche Verbote** bestimmter Tätigkeiten oder Verbote sittenwidriger Dienstleistungen der Fall. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse setzen u.a. das Arbeitszeitgesetz (ArbZG), das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) oder das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) der inhaltlichen Freiheit von Arbeitsverhältnissen Grenzen. Die meisten gesetzlichen Beschränkungen der Inhaltsfreiheit dienen dem **Arbeitnehmerschutz**. Tarifvertragliche oder, wie im Fall der AVR, Vorgaben durch kirchliche Arbeitsvertragsregelungswerke beschränken die Inhaltsfreiheit von Arbeitsverträgen gleichfalls. Auch Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen können den Inhalt von Arbeitsverträgen mitbestimmen und damit die arbeitsvertragliche Inhaltsfreiheit beschränken.

30

### 1.3 Abschlussfreiheit

Auch die Abschlussfreiheit kennt Beschränkungen, die – ähnlich wie die Beschränkungen des Inhalts von Arbeitsverträgen – überwiegend dem Arbeitnehmerschutz geschuldet sind. Solche Beschränkungen sind beispielsweise Vorgaben des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) oder die arbeitsrechtlichen Sonderregelungen des Jugendarbeitsschutzgesetzes (JArbSchG). Diese betreffen zwar nur selten den Abschluss des Arbeitsvertrags als solchen, sondern meistens den Inhalt, doch gelegentliche Beschäftigungsverbote stellen de facto **Einstellungsverbote** dar wie das generelle Verbot der Beschäftigung von Kindern gemäß § 5 Abs. 1 JArbSchG.

35

## 2. Vertragsschluss

Arbeitsverträge kommen zustande wie alle Verträge durch **Angebot und Annahme** gemäß § 145 ff. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Als zivilrechtlicher Vertrag sind die Regeln des BGB auf diesen uneingeschränkt anwendbar. Gemäß § 612 BGB ist zum Vertragsschluss nicht einmal eine Einigung über die Höhe der Vergütung zwingend zu treffen, sofern sich die Vergütungspflicht aus den Umständen ergibt.

40

Sofern der Arbeitgeber grundsätzlich zu den Anwendern der AVR gehört, muss davon ausgegangen werden, dass die Höhe der Vergütung der vereinbarten Tätigkeit gemäß AVR die „Taxe“ gemäß § 612 Abs. 2 BGB darstellt, nach der die Vergütung des Beschäftigten zu erfolgen hat.

45

## E 3 Einstellung Vertragsschluss

---

### ! WICHTIG

- 50 Voraussetzung für den Vertragsschluss ist die Geschäftsfähigkeit und wirksame Vertretung der Parteien.

### 2.1 Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers und Vertreterhandeln

- 55 Auf Seiten des Arbeitnehmers besteht bei **volljährigen Personen** in der Regel volle Geschäftsfähigkeit, so dass diese keine Einwilligung oder Zustimmung Dritter zum Abschluss eines Arbeitsvertrags benötigen.
- 60 **Geschäftsunfähige Personen** sind gemäß § 104 BGB Menschen unter 7 Jahren oder Personen, die sich „in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ befinden, sofern nicht „der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist“. In der Praxis wird die Einstellung von unter Siebenjährigen auch im Rahmen der Ausnahmen wie beispielsweise § 6 JArbSchG im AVR-Bereich wohl nicht vorkommen. Die Einstellung von geschäftsunfähigen Jugendlichen oder Erwachsenen auch außerhalb rein therapeutischer Beschäftigung ist jedoch gelegentlich gegeben. Für diese Personen handeln die **gesetzlichen Betreuer gemäß § 1902 BGB** und sind insofern auch zum Abschluss eines Arbeitsvertrags für die betreute Person berechtigt.

### ! WICHTIG

- 65 Bei der Einstellung geschäftsunfähiger Personen ist darauf zu achten, dass der Abschluss des Arbeitsvertrags zu dem Aufgabenkreis des für sie handelnden Betreuers gehört.
- 70 Bei **beschränkt geschäftsfähigen** Personen gemäß § 106 i.V.m. §§ 107 – 113 BGB (Minderjährige zwischen 7 und 18 Jahren) ist für den wirksamen Abschluss eines Arbeitsvertrags entweder die vorherige Zustimmung (Einwilligung) gemäß § 183 BGB oder die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) des gesetzlichen Vertreters gemäß §§ 108, 184 BGB erforderlich, sofern nicht die grundsätzliche Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters zum Abschluss eines Arbeitsvertrags vorliegt (§ 113 BGB). Bis zur Genehmigung ist der Arbeitsvertrag „schwebend unwirksam“. Die **fehlende Zustimmung** kann also geheilt werden – muss es aber nicht. In Zeiten des Fachkräftemangels ist es für Dienstgeber empfehlenswert, sich nicht zu sehr darauf zu verlassen, dass die Heilung alsbald erfolgt.
- 75 Bei der Beschäftigung von Jugendlichen handelt es sich zumeist um **Ausbildungsverhältnisse**. Gerade bei der Ausbildung von Pflegekräften kann

es zu Konflikten zwischen den Regelungen des Jugendarbeitsschutzes und den Ausbildungserfordernissen kommen.



### BEISPIEL

Gemäß § 14 JArbSchG ist Nachtarbeit von Jugendlichen verboten, jedoch ist die Übernahme von Nachtwachen zumeist Teil der Pflegeausbildung. 80

Diese Problematik sollte beim Abschluss von Ausbildungsverträgen mit Minderjährigen im Blick behalten werden. 85

## 2.2 Vertretung des Arbeitgebers

Das Problem der **Geschäftsunfähigkeit des Arbeitgebers** stellt sich im Anwendungsbereich der AVR nicht, da lediglich juristische Personen und nicht natürliche Personen als Arbeitgeber (Dienstgeber) auftreten. Indes kann es zu Problemen hinsichtlich der Vertretung des Arbeitgebers gemäß § 164 BGB kommen, wenn die Vertretungsmacht eines Mitarbeiters für den Abschluss von Arbeitsverhältnissen **im Innenverhältnis** beschränkt ist und dieses nach außen nicht erkennbar ist. Denn Überschreitungen der Vertretungsmacht im Innenverhältnis führen nicht zu einer Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, wenn der andere Vertragsteil – hier der Arbeitnehmer – diese Überschreitung nicht kannte und auch nicht kennen musste. 90



### WICHTIG

Mit Personen, die leitende Funktionsbezeichnungen wie „Dezernent“, „Geschäftsführer“ oder „Prokurist“ tragen, sollte klar kommuniziert werden, ob sie für den Arbeitgeber Arbeitsverträge abschließen dürfen, um diesbezügliche Schwierigkeiten zu vermeiden. Dies dient nicht zuletzt auch dem Schutz der zu beschäftigten Arbeitnehmer, die auf eine entsprechende Vertretungsmacht vertrauen. 95

## 3. Stellenausschreibung

Die Ausschreibung einer Stelle kann der Einstellung vorangehen, sie muss es aber nicht. Eine **gesetzliche Pflicht** zur Ausschreibung gibt es nicht. Eine Ausnahme hiervon kann aber beispielsweise bestehen, wenn der Dienstgeber die Quote zur Beschäftigungsverpflichtung schwerbehinderter Menschen gemäß § 154 SGB IX nicht erfüllt. Anders als manche Tarifverträge sehen die AVR keine Verpflichtung zur internen und/oder externen Ausschreibung einer zu besetzenden Stelle vor. 100