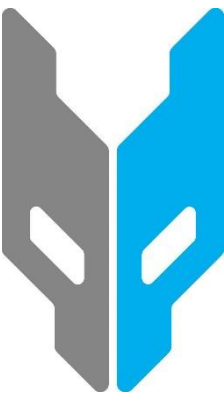


Mein erster Arbeitnehmer

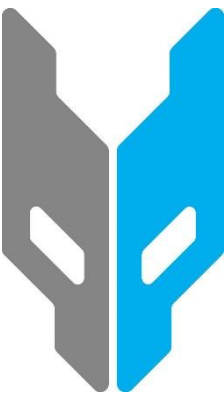
Personal suchen und einstellen
(Teure Fehler leicht vermeiden)



Zur Person: Daniel B. Jutzi

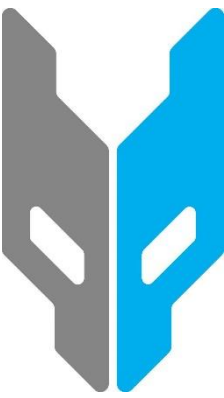
- Rechtsanwalt seit 2014
- **Fachanwalt für Arbeitsrecht**
- Lehrbeauftragter der Hochschule Osnabrück für Arbeitsrecht
- Lehrbeauftragter der VWA Osnabrück für Arbeitsrecht
- Regelmäßiger Autor bei Arbeit und Arbeitsrecht
- Jutzi@rechtsinformer.de
- www.rechtsinformer.de





Vorschau – was tun wir heute hier?

- Ihre Situation: Gründung abgeschlossen oder kurz bevorstehend und Sie brauchen einen oder mehrere Angestellte. Sehr wahrscheinlich ist das für Sie Neuland und es stellen sich **folgende Fragen**:
 - Was muss ich wissen?
 - Wie gehe ich vor?
 - Welche Fehler sollte ich vermeiden?
- Unser Ziel: **Praktisch** verwertbare Antworten & **Problembewusstsein!**
- Ihr Erfolg steht im Mittelpunkt. **Bei Fragen: Fragen!**



Was konkret werden wir hier tun?

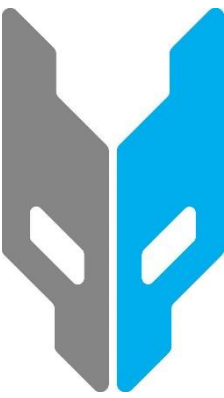
I. **Grundlagen** – Kurz: was ist Arbeitsrecht, Rechtsquellen, Begrifflichkeiten?

II. **Recruiting** – Fehler können teuer werden (AGG und Datenschutz)

- Wie schreibe ich eine Stelle richtig aus?
- Wie führe ich ein Bewerbungsgespräche richtig bzw. rechtssicher?
- Was gebietet mir der Datenschutz; wie gehe ich mit Bewerbungsunterlagen um?
- Wie sage ich richtig ab?

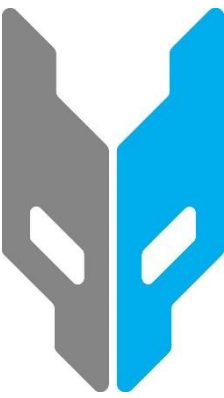
III. **Vertragsschluss** – die entscheidende Weichenstellung

- Was brauche ich eigentlich?
- Was muss in jedem Fall sein
- Wie mache ich es richtig?



I. Grundlagen

Worum geht es beim Arbeitsrecht überhaupt?

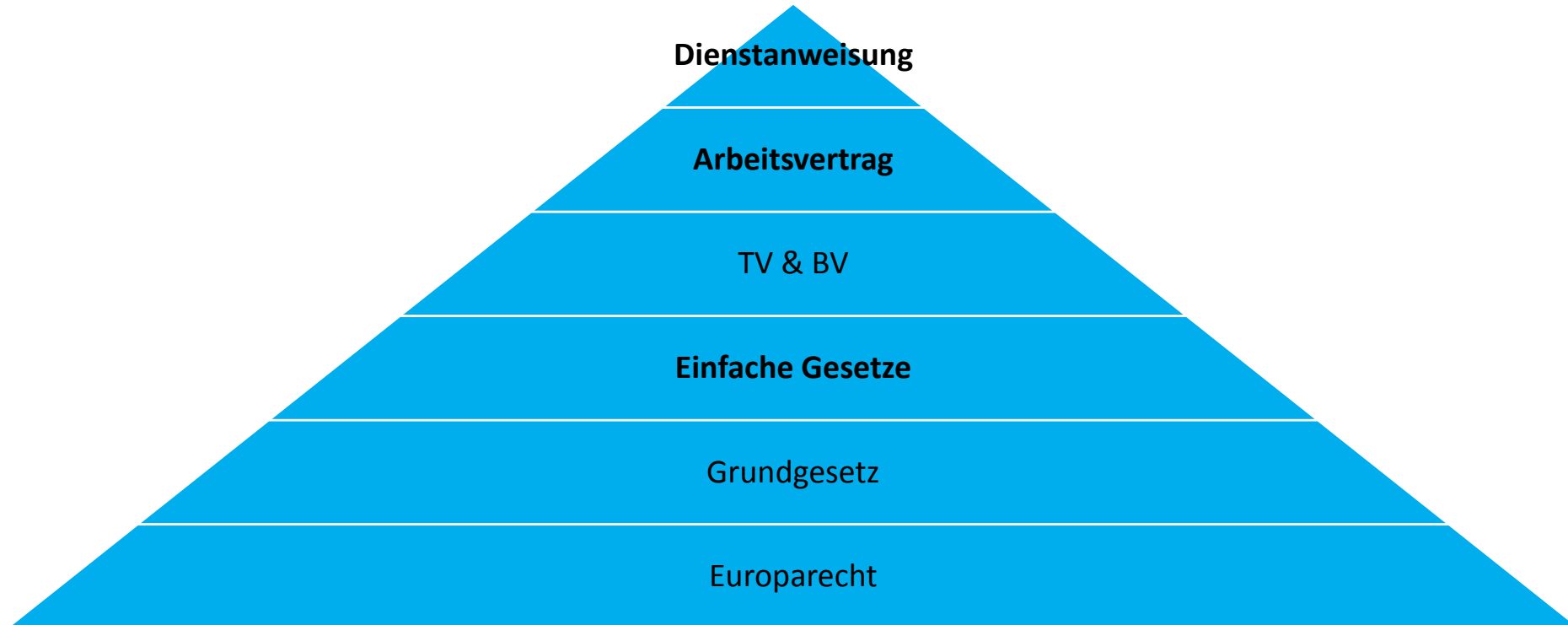


1. Worum geht es beim Arbeitsrecht?

- Schutz der Arbeitnehmer vor dem „übermächtigen Arbeitgeber“
- Der Arbeitgeber
 - gibt den **Vertrag** vor,
 - übt das **Weisungsrecht** aus und
 - bestimmt so das Spielfeld
- Das Arbeitsrecht soll einen Ausgleich schaffen. Arbeitnehmer sind „schwache Verbraucher“



2. Welche Rechtsquellen gibt es?



- **1. Rangprinzip**, dann **2. Spezialität** und **Nachfolge** und **3. Günstigkeit**



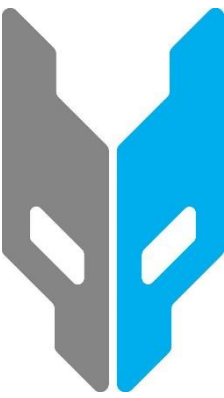
3. Was ist eigentlich ein „Arbeitnehmer“?

Arbeitnehmer

- privatrechtlicher Vertrag
- im Dienste eines anderen
- zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit
- in persönlicher Abhängigkeit

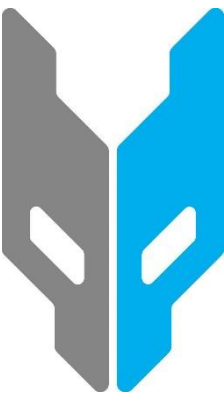
Auch Arbeitnehmer?

- **Werkvertrag – z. B. Rackjobber?**
- **Selbständige, freie Dienstleister (freelancer)?**
- Geschäftsführer
- Praktikanten



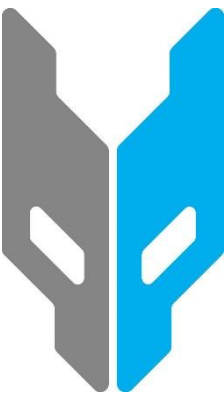
3.1 Und wieso muss ich das so genau wissen?

- Arbeitnehmer haben **viele Rechte**
 - Urlaub
 - Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall
 - Anspruch auf Pausen und Ruhezeiten
 - Kündigungsschutz
- Und: Sie sind sozialversicherungspflichtig beschäftigt, so dass **Sozialabgaben** anfallen.
- Gefahr droht bei der **Betriebsprüfung** wenn sich ein „**Freelancer**“ als **Arbeitnehmer** herausstellt:
 - Nachzahlungen, Zuschläge
 - Bußgelder (z. B. bei Mindestlohnverstoß)
 - Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt



3.2 Zentrales Kriterium: *Persönliche* Abhängigkeit

- Vgl. § 84 HGB (Umkehrschluss)
- Weisungsgebundenheit
- Arbeitszeit; Einteilung der Arbeitszeit
- Arbeitsort
- Art und Weise der Durchführung
- **Einbindung in fremde Organisation**
- Personell
- Betriebsmittel
- Vereinbarung typischer Punkte, wie z.B. Urlaub
- Eigenart der jeweiligen Tätigkeit beachten
- Persönliche Abhängigkeit ist nicht gleich wirtschaftliche Abhängigkeit



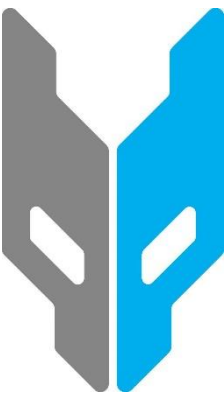
3.3 Abgrenzung nach Fakten

- Entscheidend ist nicht der Text des Vertrages, sondern im Zweifel das tatsächlich Gewollte bzw. das

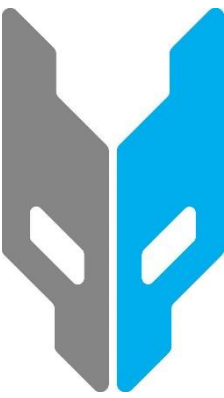
„*gelebte Arbeitsverhältnis*“

- „*Tarnung* durch Vertragsgestaltung ist schwierig“

3.4 Sind Geschäftsführer auch Arbeitnehmer?

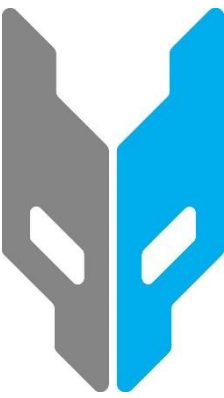


- Für **Sie selbst** relevant: Ist ein GF **sozialversicherungspflichtig Beschäftigter**?
 - JA, wenn der GF den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterworfen ist und kein umfassendes, satzungsmäßiges Veto-Recht hat, so dass er nicht-genehme Weisungen verhindern könnte.
- **Fremd-GF** (also GF ohne Beteiligung an der GmbH) und **GF mit einer Minderheitsbeteiligung** sind danach i. d. R. als sozialversicherungspflichtig anzusehen.
- Im Zweifel: Statusfeststellungsverfahren durchführen



3.5 Fazit: Farbe bekennen!

- Entscheiden Sie: Wollen Sie „richtige Angestellte“ oder „echt freie“ Mitarbeiter?
- Die Verträge sind vollkommen unterschiedlich
- Das Vertragsverhältnis muss auch vollkommen anders gelebt werden!
- **Klarer Rat: Farbe bekennen!**



II. Die ersten Schritte

Recruiting – bitte rechtssicher; Fehler können teuer werden!



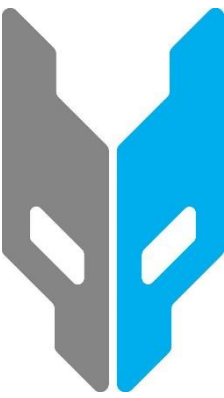
1. Überblick – wo droht Ungemach?

- Probleme: **Diskriminierung** (AGG) und **Datenschutzes** (DSGVO, BDSG)
- Rechtssichere Ausschreibung – „*m/w/d*“, Altersdiskriminierung, etc.
- Keine unzulässigen Fragen im Bewerbungsgespräch
- Initiativ-Bewerbungen richtig behandeln (zurücksenden, behalten, etc.?)
- Richtig absagen



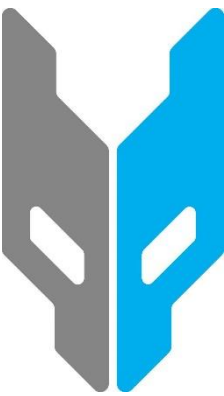
2. Stellenausschreibung als Risiko

- Problem: Fehler können hier sehr, sehr **teuer** werden.
- Bei „Diskriminierung“ gibt es einen Anspruch auf Schadensersatz und **Entschädigung** (bis zu **3 Monatsgehälter**), § 15 AGG.
- Beweisführung stark erleichtert, wenn „**Indizien**“ vorliegen, dann muss der Arbeitgeber seine Unschuld beweisen, § 22 AGG.
 - „**falsche**“ Stellenausschreibung
 - „**falsche**“ Frage im Gespräch
 - „**falsche**“ Absage



2.1 Stellenausschreibung

- Eine Stellenausschreibung ist „**falsch**“, wenn Bewerber sich wegen folgender Merkmale (§ 1 AGG) diskriminiert fühlen **könnten**:
 - Rasse
 - Ethnische Herkunft
 - **Geschlecht**
 - Religion oder Weltanschauung
 - **Behinderung**
 - **Alter**
 - **Sexuelle Identität**



2.2. teures Beispiel

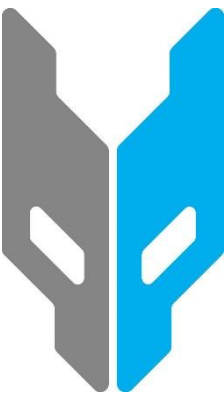
12.11.2018

 Artikel drucken

AGG-Klage: Klient-Mandantin R+V Versicherung verliert Verfahren

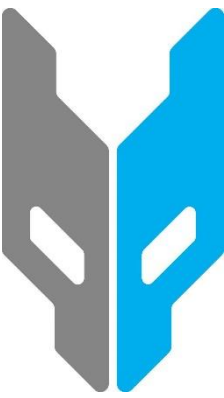
Vorläufiger Schlusspunkt in einem schier endlosen Verfahren: Das Landesarbeitsgericht Hessen (LAG) hat dem Rechtsanwalt Nils Kratzer im Streit mit der R+V Versicherung eine Entschädigung von 14.000 Euro zugesprochen. Das Gericht stellte zudem fest, dass Kratzer alle materiellen Schäden aus seiner Nichtanstellung erstattet werden müssen. Eine Revision ließ das LAG nicht zu. Die R+V Versicherung hat dagegen bereits Nichtzulassungsbeschwerde eingereicht.

- <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2018/11/anwalt-klagt-gegen-agg-klient-mandantin-rv-versicherung-verliert-langjaehriges-verfahren>



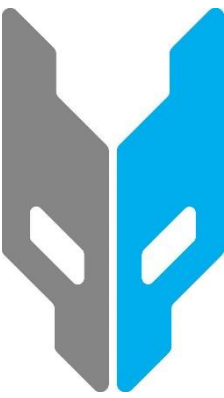
2.3 Lösung

- Stellenausschreibung so „neutral“ wie möglich halten
- Keinen Bezug zu einem der verbotenen Merkmale!
- Also insb. nicht nach „*jung und dynamisch*“ suchen!
- Nicht nur nach „m/w“ suchen, sondern nach „m/w/d“



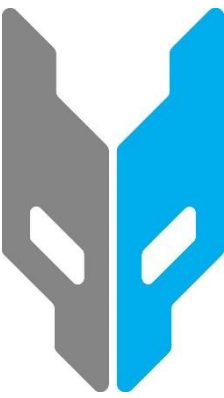
3. Bewerbungsgespräch

- Dieselbe Problematik kann sich aus Bewerbungsgesprächen ergeben. Also: Bitte **keine verbotenen Fragen** stellen!
- Fragen zu Merkmalen des **§ 1 AGG** können ein Indiz sein.
- Verboten sind *insb.* auch **Fragen** nach
 - Schwangerschaft, Kinderwunsch, etc.
 - Schwerbehinderung (an sich)
 - Sexueller Neigung/Identität
 - Nichtraucherereignschaft
 - Parteizugehörigkeit
 - Krankheiten, etc.
 - Alkohol- und Drogen nur erlaubt, wenn beruflich besonders relevant
 - Etc. pp.



3.1 Bewerbungsgespräch

- Außerdem: Lügt ein Bewerber bei einem Bewerbungsgespräch kann der Arbeitgeber den Vertrag später wegen Täuschung anfechten.
- Ausnahme: Bei unzulässigen Fragen hat der Bewerber ein
„Recht zur Lüge“
- Fazit: Verbotene Fragen lohnen sich nicht.



3.2 Fazit: Bitte nicht falsch fragen

- „Falsche“ Fragen lohnen sich nicht, im Gegenteil: Sie können sehr teuer werden.
- Sollte eine bestimmte Eigenschaft oder ein Faktum **wichtig** sein, bitte vorher genau **prüfen**, ob und wie danach gefragt werden kann.



4. Richtig absagen

- Auch eine „falsche“ Absage kann als ein „**Indiz**“ gewertet werden und daher ebenfalls teuer werden. Deswegen auch hier:
- Kein Bezug zu einem verbotenen Merkmal; Keine Begründung abgeben, allenfalls eine **Leerformel** verwenden, wie z. B.:

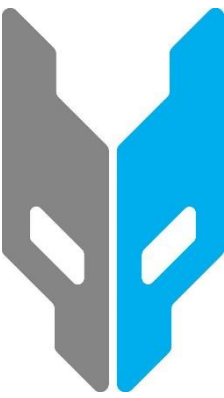
„können wir Ihnen leider kein Angebot unterbreiten“

„können wir Sie leider nicht anstellen“



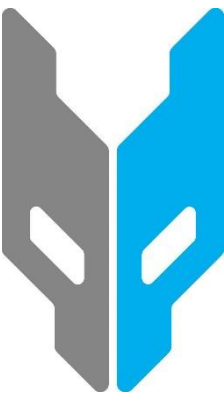
5. Bewerbungsunterlagen?

- Das neue Datenschutzrecht gilt auch hier. Wichtig sind zwei Dinge:
- Was dürfen Sie? Daten nur rechtmäßig verarbeiten!
- Was müssen Sie? Darüber informieren!



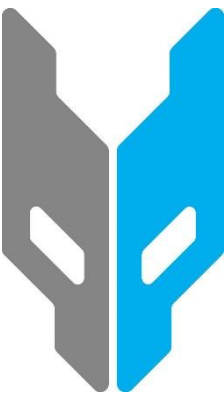
5.1 Bewerbungsunterlagen

- Ideal: Schon bei der Stellenausschreibung über die Datenverarbeitung informieren oder auf eine **Datenschutzerklärung** hinweisen
- Alternative: **Auto-Response-E-Mail** einrichten, in der darauf hingewiesen wird. Schwieriger bei postalischer Initiativ-Bewerbung (soll es auch noch geben)
- Deswegen: Frühzeitig überlegen, was mit den Daten geschehen soll: Aufbewahren, Löschen, Zurückschicken? Und dies kommunizieren.



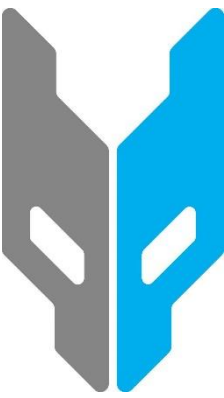
5.2 Später: Beschäftigtendatenschutz

- Grundsätze der Datenverarbeitung beachten, **Art. 6 DSGVO, § 26 BDSG**
- Wer **muss** und wer **darf** was wissen?
- Wie lange müssen und wie lange dürfen Daten gespeichert werden?
- Welche technischen und organisatorischen Datenschutzmaßnahmen (TOM) muss ich ergreifen?
- **Das Thema würde den Rahmen hier sprengen – wir helfen aber gerne.**



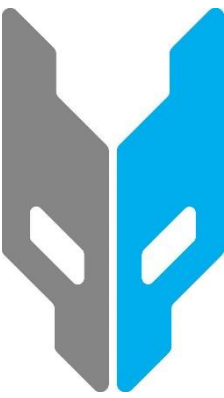
6. Zwischen-Fazit

- Personal suchen und finden ist nicht schwer
 - Fehler können teuer werden
 - Fehlervermeidung kostet nichts – wenn man weiß, wie es geht.
- Better safe than sorry!**



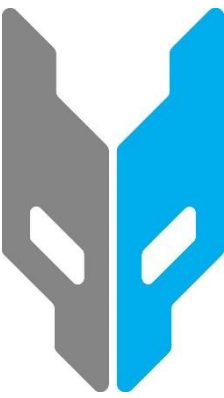
III. Die Weichenstellung

Abschluss des **Arbeitsvertrages**



1. WAS WOLLEN SIE?

- Das ist die **wichtigste Frage!**
- Viele Arbeitgeber vernachlässigen das
- Der schlechte Klassiker: Vorlage aus der Schublade des Steuerberaters
- Arbeitsverträge sind **wie Eheverträge**



2. So viele Möglichkeiten... Nutzen Sie sie!

- Befristet oder unbefristet? Teilzeit oder Vollzeit? Reicht ein Minijob?
- **Versetzungsklauseln** (Flexibilität oder leichtere Kündigungen?)
- Tarifbindung? Reichweite der Inbezugnahme?
- Vergütung, **Urlaub (Europarecht !!)**, Boni, Dienstwagen
- Freistellungsvorbehalt
- Etc. pp.
- **Ausschlussklauseln (!!)** – das muss sein.



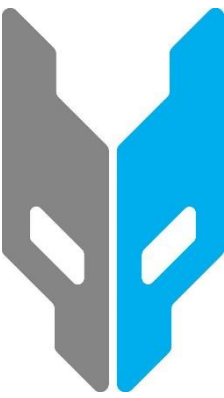
3. Nochmal: Was wollen Sie?

- Nehmen Sie sich die Zeit und prüfen Sie, was Sie eigentlich wollen.
- Je klarer das Ziel, desto leichter die Umsetzung



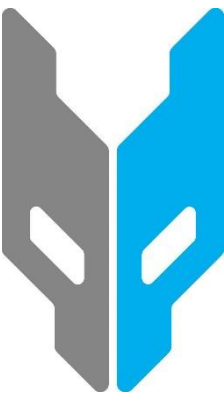
4. Arbeitsvertrag – AGB-Kontrolle!

- OBACHT bei der Formulierung!!
- **Arbeitnehmer** sind **Verbraucher**; schon einmalige Verwendung reicht
- Vertragsklauseln unterliegen der AGB-Kontrolle
- Es gibt auch mündliche AGB!
- Tarifverträge unterliegen keiner AGB-Kontrolle – Fallstricke liegen aber bei der partiellen Inbezugnahme



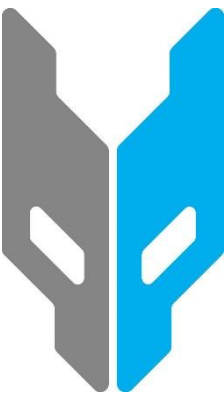
5. AGB-Kontrolle – hier lauern Probleme

- **Überraschende** Klauseln, § 305c BGB
- **Transparenzgebot**, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB
- Abweichung von Rechtsvorschriften, § 307 Abs. 3 BGB
- Klauselverbote §§ 309, 308 BGB
- **Unangemessenheit**, § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB; unter Beachtung der begleitenden Umstände, § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB



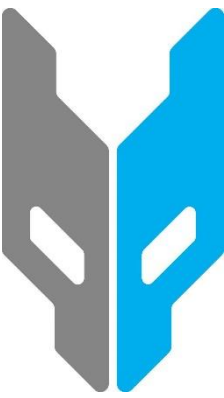
6. AGB-Kontrolle – Besonderheiten

- Können Laien das?
- Schwierig: Es gilt die sog. „**Besonderheiten des Arbeitsrechts**“ zu beachten, § 310 IV S. 2 BGB – ausgeformt durch die Rechtsprechung
- Für noch mehr **Details**:
 - § 305 Abs. 2 und 3 sind nicht anzuwenden
 - § 310 Abs. 3 BGB
 - § 309 Nr. 7 BGB kann bei Ausschlussklauseln vernachlässigt werden



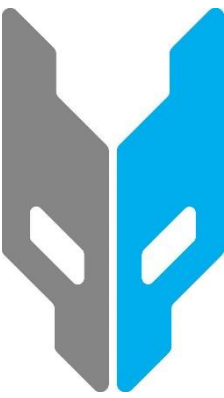
7. AGB-Kontrolle – Fehlerfolgen

- Bei Fehlern: Klausel ist unwirksam und entfällt **ersatzlos**, § 306 BGB
- Es gilt dann die gesetzliche Regelung
- Achtung: Der **Arbeitgeber** kann sich i. d. R. **nicht** auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Regelung berufen
- Handwerker-Regel: „**Nach fest kommt ab.**“
- **Beispiel: Urlaubsabgeltung, Verfallklauseln (Verjährung)**



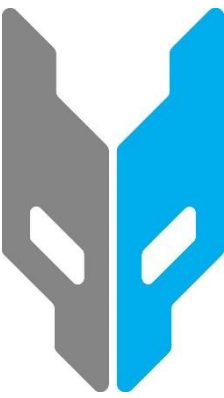
8. Arbeitsvertrag - Fazit

- Der Arbeitsvertrag ist für den Arbeitgeber die entscheidende Weichenstellung: Es sollte bedacht werden, was man eigentlich will.
- Einzelne Klauseln müssen sorgsam geprüft werden, ansonsten droht die Unwirksamkeit – mit z. T. drastischen Folgen
- Einmalige Aufwand – langfristiger Nutzen



IV. Zusammenfassung

Wirklich, sehr kurz



Fehler kosten – Vermeidung hingegen kaum.

- **Recruiting & Datenschutz**
 - Fehler können teuer werden
 - Fehlervermeidung kostet nichts

- **Arbeitsverträge**
 - Wichtigkeit wird unterschätzt
 - Fehler können teuer werden
 - Einmaliger Aufwand – langfristiger Nutzen



Bei Fragen: Rufen Sie sie an!

- Rechtsanwalt seit 2014
- **Fachanwalt für Arbeitsrecht**
- Lehrbeauftragter der Hochschule Osnabrück für Arbeitsrecht
- Lehrbeauftragter der VWA Osnabrück für Arbeitsrecht
- Regelmäßiger Autor bei Arbeit und Arbeitsrecht
- Jutzi@rechtsinformer.de
- www.rechtsinformer.de

