

HESSENMETALL

Arbeitsrecht für Startups 2. Auflage

/ Ein Leitfaden für Mitglieder

/ November 2025

IMPRESSUM

Autoren:

Prof. Dr. Clemens Höpfner

Universität zu Köln
Albert-Magnus-Platz
50923 Köln
T +49 (0) 221 470-5711
clemens.hoepfner@uni-koeln.de

unter Mitarbeit von Dr. Jan Alexander Daum,
Richter Sozialgericht Darmstadt

Bearbeitet von:

Katharina Dietrich

HESSENMETALL
Emil-von-Behring-Str. 4
60439 Frankfurt
T +49 (0) 69 95808-183
katharina.dietrich@HESSENMETALL.de

Herausgeber:

HESSENMETALL

Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen e. V.
Emil-von-Behring-Straße 4, 60439 Frankfurt am Main
T +49 69 95808-0
F +49 69 95808-126
info@HESSENMETALL.de
www.HESSENMETALL.de

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT	5
I. GRÜNDUNG AUS EINEM BESTEHENDEN ARBEITSVERHÄLTNIS	6
1. Nebentätigkeit während des Arbeitsverhältnisses	6
2. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	8
II. DIE BESCHÄFTIGUNG DES ERSTEN ARBEITNEHMERS	8
1. Die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmer und „freiem Mitarbeiter“	8
2. Den richtigen Arbeitnehmer finden	11
III. GESETZLICHE PFLICHTEN ALS ARBEITGEBER	17
1. Vergütung	17
2. Anmeldung zur Sozialversicherung	21
3. Abführen von Lohnsteuer	22
4. Angemessene Beschäftigung	23
5. Arbeitszeit und technischer Arbeitsschutz	23
6. Aushang von Gesetzen	28
IV. DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES	29
1. Ordentliche Kündigung in Betrieben mit max. 10 Arbeitnehmern	30
2. Ordentliche Kündigung in Betrieben mit mehr als 10 Arbeitnehmern	31
3. Ordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer	32
4. Außerordentliche Kündigung	32
V. GESTALTUNG DES ARBEITSVERTRAGS	33
1. Form	33
2. Inhalt der Tätigkeit	35
3. Ort der Tätigkeit	36
4. Arbeitszeit	36
5. Probezeit	38
6. Befristung	38
7. Erfolgsabhängige Vergütung	41
8. Urlaub	43
9. Nebentätigkeiten und Wettbewerbsverbot	44
10. Freistellung nach Kündigung	45
11. Ausschlussfristen	45
VI. ANWENDUNG VON TARIFVERTRÄGEN.....	46

VII. SCHWELLE VON FÜNF ARBEITNEHMERN: GRÜNDUNG EINES BETRIEBSRATS MÖGLICH	48
1. Informationsrechte.....	49
2. Anhörungsrechte	49
3. Beratungsrechte	50
4. Echte Mitbestimmungsrechte	50
VIII. MITARBEITERKAPITALBETEILIGUNGEN	53
1. Formen der Mitarbeiter-Kapitalbeteiligung.....	53
2. Steuerrechtliche Behandlung	54
3. Sozialversicherung	57
4. Optionen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses	57
5. Beteiligung des Betriebsrats.....	59
IX. DAS RECHT DES GEISTIGEN EIGENTUMS	60
1. Urheberrecht	60
2. Designrecht	64
3. Das Recht der Arbeitnehmererfindungen	65

Vorwort

So groß wie der Elan, den viele Unternehmer in der Gründungsphase ihres Startups an den Tag legen, so hoch erscheinen die rechtlichen und bürokratischen Hürden. Gründer sehen sich als Arbeitgeber einem hohen organisatorischen Aufwand gegenüber. So müssen die Arbeitnehmer bei den Krankenkassen, der Berufsgenossenschaft und beim Finanzamt gemeldet sowie Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer abgeführt werden. Lohnabrechnungen sind zu erstellen. Wichtige Entscheidungen sind zu treffen: Soll der Arbeitnehmer befristet angestellt werden? Was sind die Vorteile einer Beschäftigung auf 556 Euro-Basis (ab 2026: 603 Euro)? Kann das unternehmerische Risiko des Startups durch erfolgsbezogene Vergütungsbestandteile reduziert werden?

Der vorliegende Leitfaden möchte Sie beim „Arbeitgeberwerden“ an die Hand nehmen. Hierbei erläutert er zunächst, was Sie selbst als Arbeitnehmer gegenüber Ihrem eigenen Arbeitgeber zu beachten haben, wenn Sie das Startup aus der Sicherheit eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses gründen. Anschließend begleitet er Sie bei der Einstellung des ersten Arbeitnehmers von der Stellenausschreibung bis zur Nutzung von Künstlicher Intelligenz beim Recruiting und dem richtigen Umgang mit Bewerberdaten.

Haben Sie einen geeigneten Bewerber ausgewählt, geht es darum, welche gesetzlichen Pflichten Sie als frischgebackener Arbeitgeber nun treffen: Dies betrifft nicht zuletzt die Höhe und Ausgestaltung des Gehalts, die Anmeldung zur Sozialversicherung sowie zwingende Arbeitsschutzstandards wie Arbeitszeit und Erholungsurlaub oder auch die Besonderheiten bei einer Tätigkeit im Homeoffice und Mobile Office.

Nach einem kurzen Überblick über das Kündigungsrecht wird erläutert, wie Sie die Arbeitsverträge mit Ihren Mitarbeitern gestalten können. Hierbei geht es unter anderem um die Vereinbarung von Arbeitszeit und Arbeitsort und erfolgsabhängige Vergütungsmodelle. Viele Regelungen lassen sich durch die Anwendung von Tarifverträgen ersetzen. Auch hierzu berät dieser Leitfaden. Da Ihr Team bereits ab dem fünften Arbeitnehmer einen Betriebsrat wählen kann, schließt der Leitfaden mit den Grundzügen zur Wahl und den Rechten eines Betriebsrats.

Die vorliegende 2. Auflage des Leitfadens wurde im Auftrag von HESSENMETALL von Herrn Prof. Dr. Clemens Höpfner, geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, überarbeitet und um die Abschnitte zum Recht der Mitarbeiter-Kapitalbeteiligung sowie zum Recht des geistigen Eigentums einschließlich des Arbeitnehmererfindungsrechts ergänzt.

I. Gründung aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis

Viele Gründer entwickeln die Idee für ihr Startup während eines bestehenden Beschäftigungsverhältnisses. Auch in der Gründungsphase soll die Sicherheit des bestehenden Arbeitsverhältnisses häufig jedenfalls so lange aufrechterhalten werden, bis sich besser beurteilen lässt, ob sich die Idee auch in der Praxis realisieren lässt und Erfolg verspricht.

1. Nebentätigkeit während des Arbeitsverhältnisses

Im Arbeitsverhältnis schuldet der Arbeitnehmer nur während der vereinbarten Arbeitszeit vollen Einsatz. Zeit, die nicht Arbeitszeit ist, kann er grundsätzlich frei gestalten – und auch für eine selbstständige oder unselbstständige Beschäftigung nutzen. In Ausnahmefällen können einer Nebentätigkeit jedoch überwiegende Belange des Arbeitgebers entgegenstehen. Das ist etwa der Fall, wenn die Nebentätigkeit den Arbeitnehmer derart beansprucht, dass die Arbeitsleistung darunter leidet, Höchstarbeitszeiten im Sinne des Arbeitszeitgesetzes überschritten werden oder der Arbeitnehmer in Konkurrenz zu seinem Arbeitgeber tritt. Der Maßstab des in § 60 HGB verankerten Wettbewerbsverbots für Handlungsgehilfen gilt für sämtliche Arbeitnehmer und Auszubildende. Der Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot kann eine außerordentliche (fristlose) Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB rechtfertigen. Problematisch sind zudem Nebentätigkeiten während des Urlaubs oder einer Arbeitsunfähigkeit, soweit die Erholung bzw. die Genesung durch die Nebentätigkeit beeinträchtigt wird. Das Interesse des Arbeitnehmers an der Ausübung der Nebentätigkeit und das Interesse des Arbeitgebers an der Unterlassung der Nebentätigkeit sind in jedem Fall gegeneinander abzuwägen und so weit wie möglich zum Ausgleich zu bringen.

Viele Arbeits- und Tarifverträge sowie Betriebsvereinbarungen enthalten Regelungen, wonach die Nebentätigkeit dem Arbeitgeber anzugeben oder von diesem zu genehmigen ist. So heißt es in § 3 Abs. 3 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TvÖD):

„Nebentätigkeiten gegen Entgelt haben die Beschäftigten ihrem Arbeitgeber rechtzeitig vorher schriftlich anzugeben. Der Arbeitgeber kann die Nebentätigkeit untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn diese geeignet ist, die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten der Beschäftigten oder berechtigte Interessen des Arbeitgebers zu beeinträchtigen.“¹

¹ Vgl. BAG 19.12.2019 – 6 AZR 23/19, NZA 2020, 952 Rn. 23 zur Vereinbarkeit der Regelung mit der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG.

Derartige Anzeigepflichten sind in jedem Fall zu beachten, da ein Verstoß den Arbeitgeber selbst dann zur Abmahnung oder anderen personalrechtlichen Konsequenzen berechtigt, wenn die Nebentätigkeit im Ergebnis erlaubt ist. Generell verboten werden kann einem Arbeitnehmer die Nebentätigkeit jedoch nicht.

Die Gründung eines Startups während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses kann vor allem einen Konflikt mit dem Wettbewerbsverbot bedeuten. Unabhängig davon, ob und welche vertragliche Nebentätigkeitsvereinbarung besteht, fallen allerdings bloße Vorbereitungshandlungen für das Startup nicht unter die genannten Beschränkungen und sind daher nicht anzeigepflichtig. So führt das BAG in ständiger Rechtsprechung aus:

„Allerdings darf der Arbeitnehmer, wenn ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot nach § 74 HGB nicht vereinbart ist, schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die Zeit nach seinem Ausscheiden die Gründung eines eigenen Unternehmens oder den Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen vorbereiten. Verboten ist aber die Aufnahme einer werbenden Tätigkeit, z. B. durch Vermittlung von Konkurrenzgeschäften oder aktives Abwerben von Kunden oder Arbeitnehmern. Bloße Vorbereitungshandlungen, die in die Interessen des Arbeitgebers nicht unmittelbar eingreifen, erfüllen diese Voraussetzungen nicht.“²

Ob eine Tätigkeit noch als erlaubte Vorbereitungshandlung oder bereits als unzulässiger Wettbewerb einzuordnen ist, bedarf einer Würdigung des Einzelfalls. Die Rechtsprechung erachtet etwa den Abschluss eines Gesellschafts-³ oder Franchisevertrags⁴ für zulässig, solange der Geschäftsbetrieb noch nicht aktiv aufgenommen wird. Die fehlerhafte Angabe im privaten XING-Profil eines Arbeitnehmers einer Steuerberaterkanzlei, wonach er als „Freiberufler“ tätig sei, stellt ohne Hinzutreten weiterer Umstände noch keine aktive Werbung für eine Konkurrenz Tätigkeit und damit keinen Verstoß gegen das gesetzliche Verbot der Wettbewerbstätigkeit im bestehenden Arbeitsverhältnis dar.⁵ Ebenfalls wenig problematisch ist es, wenn der gründende Arbeitnehmer Geschäftsräume anmietet, sich eine Internetdomain sichert oder ein Markenzeichen einträgt lässt. Der Versuch, Kollegen als künftige Mitarbeiter zu gewinnen,⁶ das Herantreten an potenzielle Kunden⁷ oder

² BAG 19.12.2018 – 10 AZR 233/18, NZA 2019, 571 Rn. 53.

³ BAG 07.09.1972 – 2 AZR 486/71, AP HGB § 60 Nr. 7.

⁴ BAG 30.05.1978 – 2 AZR 598/76, AP HGB § 60 Nr. 9.

⁵ LAG Köln 07.02.2017 – 12 Sa 745/16, NZA-RR 2017, 353.

⁶ BAG 26.06.2008 – 2 AZR 190/07, NZA 2008, 1415 Rn. 16.

⁷ LAG Düsseldorf 09.01.2020 – 11 Sa 1023/18, BeckRS 2020, 10791 Rn. 33.

das Werben für die Angebote des Startups (auch durch Hinweise auf einer Homepage)⁸ können demgegenüber einen Verstoß gegen das Konkurrenzverbot darstellen.

2. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind Arbeitnehmer grundsätzlich auch dazu berechtigt, in Konkurrenz zu ihrem bisherigen Arbeitgeber zu treten. Etwas anderes gilt nur, wenn zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Arbeitsvertrag oder später gesondert ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wurde. Aus § 110 GewO i. V. m. §§ 74 ff. HGB ergibt sich, dass ein solches nachvertragliches Wettbewerbsverbot nur dann wirksam und für den Arbeitnehmer verbindlich ist, wenn

- die Vereinbarung schriftlich geschlossen wurde,
- maximal auf zwei Jahre befristet ist **und**
- der Arbeitnehmer eine Entschädigung in Geld (sogenannte Karenzentschädigung) in Höhe von mindestens 50 % des bisherigen Gehalts erhält.

II. Die Beschäftigung des ersten Arbeitnehmers

Die Beschäftigung des ersten Arbeitnehmers stellt für viele Gründer eine Herausforderung dar. Das Prozedere erscheint häufig bürokratisch und die Fehlerquellen bei der Einstellung zahlreich. Dieser Abschnitt erläutert zunächst, unter welchen Voraussetzungen es sich bei Ihren Beschäftigten um Arbeitnehmer oder um einen selbstständigen „freien Mitarbeiter“ handelt. Hierfür ist nicht die Bezeichnung der Parteien im Vertrag maßgeblich, sondern der Umstand, wie das Rechtsverhältnis im Alltag gelebt wird. Das wirft komplexe Rechtsfragen auf. Auch unter Juristen ist in vielen Fällen umstritten, ob es sich bei einem Beschäftigten um einen Arbeitnehmer oder um einen Selbstständigen handelt. Anschließend begleiten wir Sie auf der Suche nach dem „richtigen Arbeitnehmer“ und erläutern die Fallstricke bei der Stellenausschreibung und im Bewerbungsverfahren.

1. Die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmer und „freiem Mitarbeiter“

Die Unterscheidung von Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag ist von großer Bedeutung. Anders als „freie Mitarbeiter“ haben Arbeitnehmer unter anderem Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bezahlten Urlaub. Schädigen sie versehentlich das Arbeitgebervermögen, ist die Haftung von Arbeitneh-

⁸ BAG 24.2.2021 – 10 AZR 8/19, BeckRS 2021, 16896 Rn. 94 ff.

mern begrenzt. Arbeitgeber müssen dafür Sorge tragen, dass ihre Arbeitnehmer die gesetzlichen Ruhe- und Höchstarbeitszeiten einhalten. Außerdem tragen sie die hälftigen Sozialversicherungsbeiträge ihrer Arbeitnehmer.

Wer einen Arbeitnehmer irrtümlich als selbstständig einordnet und damit gegen die genannten Pflichten eines Arbeitgebers verstößt, hat erhebliche Konsequenzen zu befürchten: Sozialversicherungsbeiträge und etwaige Lohndifferenzen müssen nachgezahlt, nicht genommener Urlaub muss nachgewährt werden. Bei Verstößen gegen das Arbeitszeitgesetz und die Vorschriften des gesetzlichen Arbeitsschutzes drohen Bußgelder. Im Fall von vorsätzlicher Scheinselbstständigkeit macht sich der Arbeitgeber sogar wegen des Nichtabföhrens von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a StGB strafbar. Hier droht eine Geld- oder Freiheitsstrafe bis fünf (in besonders schweren Fällen sogar zehn) Jahren.

Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und freiem Mitarbeiter hat anhand von § 611a Abs. 1 BGB zu erfolgen. Die Vorschrift lautet:

„¹Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. ²Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. ³Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. ⁴Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. ⁵Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. ⁶Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Während ein „freier Mitarbeiter“ frei über die Annahme von Aufträgen entscheidet und unter dem Vorbehalt notwendiger Absprachen grundsätzlich eigenständig Inhalt, Zeit und Ort der Dienstleistung sowie seine Arbeitsweise bestimmen kann, ist ein Arbeitnehmer im Rahmen gesetzlicher und vertraglicher Vorgaben an die Weisungen des Arbeitgebers gebunden. In der Praxis wird eine Gesamtabwägung vorgenommen. Dabei werden im Wesentlichen folgende Kriterien berücksichtigt:

- **Leistungsinhalt:** Typisch für ein Arbeitsverhältnis ist, dass der Inhalt der zu erbringenden Leistung vom Arbeitgeber konkret vorgegeben wird. Insbesondere bei hochqualifizierten Arbeitnehmern ist dieses Kriterium jedoch wenig aussagekräftig. Bei Fachkräften kann nicht zwingend von einer fachlichen Selbstständigkeit auf eine freie Mitarbeit geschlossen werden. Beispielsweise werden Chefärzte trotz ihrer weitgehenden Behandlungsfreiheit als abhängig beschäftigte Arbeit-

nehmer angesehen. Für den Arbeitnehmerstatus ähnlich wenig aussagekräftig ist es, wenn ein IT-Unternehmen einem Programmierer freie Hand bei der Wahl der Programmiersprache lässt.

- **Leistungszeit:** Je großzügiger der zeitliche Rahmen ist, in dem die geschuldete Leistung erbracht werden darf, desto eher ist von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen. So hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) einem Plakatierer den Arbeitnehmerstatus verweigert, dem zur Plakatierung lediglich ein bestimmter Wochentag und damit ein 24 Stunden umfassenden Zeitkorridor vorgegeben wurde.⁹
- **Leistungsort:** Kann der Mitarbeiter nicht frei entscheiden, wo er die Leistung erbringt, liegt typischerweise ein Arbeitsverhältnis vor. Etwas anderes gilt aber, wenn sich der Arbeitsort aus der Natur der Sache ergibt. Dann spricht die Ortsgebundenheit nicht für ein Arbeitsverhältnis. So kann etwa ein Wasserrohrbruch nur beim Kunden behoben werden, ohne dass dies etwas an der Selbstständigkeit des Installateurs ändert.
- **Arbeitsweise:** Für die Einordnung als Arbeitnehmer spricht es, wenn nicht nur das Ziel, sondern auch die Art und Weise der Durchführung vorgegeben werden. Umgekehrt deutet es auf eine selbstständige Tätigkeit hin, wenn der Dienstnehmer die Leistung nicht selbst erbringen muss, sondern auf Dritte delegieren darf.¹⁰

Hinweis: Ein in der Smart Economy häufig gewählter Weg, ein Arbeitsverhältnis zu vermeiden, ist es, für jede zu erledigende Aufgabe einen eigenen Vertrag zu schließen und die Aufgabe bereits im Vertrag möglichst detailliert zu beschreiben. Zu denken ist etwa an den Fahrer eines Lieferdienstes, der per App jeweils frei entscheiden kann, ob er eine Fahrt übernimmt oder nicht. Nach den oben genannten Kriterien wäre ein solcher Fahrer grundsätzlich selbstständig und infolgedessen nicht vom Arbeitsrecht geschützt, zumal Leistungsinhalt (Auslieferung zweier Pizzas von der Pizzeria zum Kunden), Leistungszeit (in 10 Minuten) und Leistungsort (Route) bereits bei der Annahme des Auftrags feststehen.

Das BAG hat in seinem 2020 ergangenen **Crowdworker-Urteil¹¹** allerdings bei einer ähnlichen Vertragsgestaltung die Annahme eines Arbeitsverhältnisses angenommen, wenn

- der Crowdworker zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet ist,
- die geschuldete Tätigkeit ihrer Eigenheit nach einfach gelagert ist,

⁹ BAG 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878.

¹⁰ BAG 11.08.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 Rn. 25.

¹¹ BAG 01.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

- die Durchführung der Tätigkeit inhaltlich vorgegeben ist **und**
- ein Anreizsystem besteht, ein erhöhtes Auftragsvolumen zu übernehmen, um dadurch einen Zugang zu lukrativeren Aufträgen zu erhalten.

Geht es demgegenüber um die Beschäftigung von Hochqualifizierten (z. B. Webdesignern oder Informatikern), kann ein Arbeitsverhältnis wohl auch weiterhin dadurch vermieden werden, dass bereits im Vertrag die zu erbringende Leistung detailliert beschrieben und dem Mitarbeiter bezüglich Zeit und Ort der Leistung ein hinreichender Spielraum gewährt wird.

2. Den richtigen Arbeitnehmer finden

Private Arbeitgeber können grundsätzlich frei entscheiden, wen sie als Arbeitnehmer einstellen und wie sie zwischen mehreren Bewerbern auswählen. Anders als Behörden und andere öffentlich-rechtliche Arbeitgeber müssen sie eine Stelle nicht ausschreiben, sondern können gezielt Personen ansprechen – etwa ehemalige Kollegen¹² oder Personen auf Karriereplattformen wie LinkedIn oder XING. Anders als im öffentlichen Dienst besteht auch keine Pflicht, zwingend den fachlich besten Bewerber einzustellen.

Gesetzliche Vorgaben für das Einstellungsverfahren ergeben sich jedoch aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Danach darf grundsätzlich kein Bewerber wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität benachteiligt werden. Anders gewendet: Sie dürfen einstellen, wen Sie möchten, solange Sie dabei niemanden diskriminieren. Verboten sind sowohl unmittelbare Benachteiligungen als auch sogenannte mittelbare Benachteiligungen. Eine unmittelbare Benachteiligung knüpft direkt an eines der genannten Merkmale (Herkunft, Geschlecht etc.) an, eine mittelbare Benachteiligung unterscheidet anhand scheinbar neutraler Kriterien, die jedoch überwiegend bei einer der genannten Gruppen vorliegen. Der Veranschaulichung dienen die folgenden Beispiele:

Unmittelbare Benachteiligung	Mittelbare Benachteiligung
„Ich stelle Sie nicht ein, weil Sie aus England kommen.“	„Ich stelle Sie nicht ein, weil Sie nicht akzentfrei Deutsch sprechen.“
„Ich stelle Sie nicht ein, weil Sie dem Islam angehören.“	„Ich stelle Sie nicht ein, weil Sie ein Kopftuch tragen.“

¹² Vgl. jedoch die auf S. 6 genannten Einschränkungen wegen Konkurrenzverboten.

<i>„Ich stelle Sie nicht ein, weil Sie zu alt sind.“</i>	<i>„Ich stelle Sie nicht ein, weil Ihr Studium länger als fünf Jahre zurück liegt.“</i>
--	---

Benachteiligungen aus den genannten Gründen sind nach § 7 Abs. 1 AGG grundsätzlich verboten, können im Einzelfall jedoch gerechtfertigt sein, wenn die Tätigkeit ohne das eigentlich verbotene Unterscheidungsmerkmal nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann. Dabei sind die Anforderungen an eine Rechtfertigung unterschiedlich hoch. Eine mittelbare Benachteiligung kann grundsätzlich leichter gerechtfertigt werden als eine unmittelbare Benachteiligung. So liegt etwa bei der Anforderung „fließende Deutschkenntnisse“ keine unzulässige Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vor, wenn das verlangte Sprachniveau für die Ausübung des Berufs erforderlich ist.¹³

Selbst wenn der Arbeitgeber gegen das Diskriminierungsverbot des AGG verstößt, muss er den benachteiligten Bewerber nicht einstellen. § 15 Abs. 2 AGG sieht für diesen Fall jedoch einen Anspruch des Benachteiligten auf eine Entschädigungszahlung vor – und zwar unabhängig davon, ob der Bewerber bei diskriminierungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre oder nicht. Der Anspruch, dessen Höhe in der Praxis regelmäßig drei Monatsgehälter beträgt, steht sämtlichen Bewerbern zu, die das benachteiligte Merkmal aufweisen. Wurden etwa Männer bevorzugt, können alle weiblichen Bewerber eine Entschädigung verlangen. Aufgrund dieses Haftungsrisikos sollte bei der Einstellung sorgfältig vorgegangen werden.

a) Stellenausschreibung diskriminierungsfrei gestalten

Gemäß § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht diskriminierend ausgeschrieben werden. Um ein Indiz für eine Diskriminierung von Frauen zu vermeiden, sollte das generische Maskulinum daher nur mit dem Zusatz „m/w/d“ verwendet werden. Fallstricke lauern auch im Hinblick auf eine Altersdiskriminierung. So wurden etwa die folgenden, auf den ersten Blick unscheinbaren Formulierungen von der Rechtsprechung beanstandet, da sie auf eine Benachteiligung älterer Bewerber schließen lassen:

- „Hochschulabsolventen/Young Professionals“¹⁴
- „Hochschulabschluss, der nicht länger als ein Jahr zurückliegt oder innerhalb der nächsten Monate erfolgt“¹⁵

¹³ Vgl. BAG 28.01.2010 – 2 AZR 764/08, NZA 2010, 625.

¹⁴ BAG 24.01.2013 – 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498 Rn. 41 (im Original: Young Professionells).

¹⁵ BAG 26.01.2017 – 8 AZR 848/13, BeckRS 2017, 112923.

- „*Berufsanfänger oder Kollegen mit 1 - 3 Jahren Berufserfahrung*“¹⁶
- „*Berufsanfänger/in oder Kollege/in mit kürzerer Berufserfahrung*“¹⁷
- „*Wir bieten eine langfristige Perspektive in einem jungen und dynamischen Team.*“¹⁸

Entsprechende Formulierungen führen dazu, dass gemäß § 22 AGG eine unzulässige Benachteiligung vermutet wird. Der Arbeitgeber muss dann beweisen, dass die Auswahl tatsächlich diskriminierungsfrei erfolgt ist. Kann er diesen Beweis nicht erbringen, drohen Entschädigungs- und Schadensersatzforderungen von unterlegenen Bewerbern.

Tipp: Stellenausschreibungen sollten mit größter Sorgfalt auf mögliche diskriminierende Formulierungen kontrolliert werden. Ohne hinreichende Erfahrung kann es risikoärmer und ggf. auch erfolgversprechender sein, geeignete Kandidaten gezielt anzusprechen, anstatt öffentlich für jedermann einsehbare Stellenanzeigen zu schalten.

b) Fragen im Bewerbungsgespräch

Im Bewerbungsgespräch kollidieren die Interessen von Arbeitgeber und Bewerber: Der Arbeitgeber möchte möglichst viel über den Bewerber erfahren, um dessen fachliche und persönliche Eignung für die zu besetzende Stelle einschätzen zu können. Der Bewerber hat ein Interesse daran, bestimmte Informationen zum Schutz seines Persönlichkeitsrechts nicht zu offenbaren. Gemäß § 26 Abs. 1 BDSG darf der Arbeitgeber nur nach solchen Informationen fragen, die für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses und insbesondere zur Feststellung der Eignung des Bewerbers für die zu besetzende Stelle erforderlich sind.

Fragen zur fachlichen Eignung eines Bewerbers sind in aller Regel unproblematisch zulässig. Konfliktträchtiger sind demgegenüber Fragen zur körperlichen und persönlichen Eignung des Bewerbers, zumal hier häufig ein Zusammenhang zu den durch das AGG verbotenen Diskriminierungsmerkmalen besteht. Diesbezügliche Fragen sind grundsätzlich nur zulässig, wenn etwa eine bestimmte physische Konstitution oder gewisse „soft skills“ zwingend erforderlich sind, um die zu übertragende Aufgabe ordnungsgemäß erledigen zu können.

¹⁶ BAG 19.05.2016 – 8 AZR 477/14, BeckRS 2016, 74826.

¹⁷ BAG 19.05.2016 – 8 AZR 583/14, BeckRS 2016, 74827.

¹⁸ BAG 19.05.2016 – 8 AZR 470/14 u. a., NZA 2016, 1394.

Die folgenden Fragen sind derart problematisch, dass Arbeitgeber sehr genau prüfen sollten, ob sie für das angestrebte Beschäftigungsverhältnis tatsächlich zwingend erforderlich sind:

- Behinderung (einschließlich Suchterkrankungen)
- Gesundheitszustand
- sexuelle Identität
- Religionszugehörigkeit
- Parteizugehörigkeit
- laufende strafrechtliche Ermittlungsverfahren und Vorstrafen.

Insbesondere wenn ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Orientierung betroffen sind, sollte im Zweifel von der jeweiligen Frage abgesehen werden, um Entschädigungsansprüche des Bewerbers nach dem AGG zu vermeiden. In keinem Fall gefragt werden sollte nach der Familienplanung, einer etwaigen Schwangerschaft oder einer Gewerkschaftszugehörigkeit.

Unzulässige Fragen muss ein Bewerber nicht beantworten. Er hat sogar ein „Recht zur Lüge“ und darf solche Fragen unzutreffend beantworten, ohne rechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen.

Tipp: Stellen Sie möglichst offene Fragen, zu denen sich der Bewerber umfassend äußern kann. Hierdurch ist es ihm überlassen, welche Informationen er preisgibt. Zugleich minimieren Sie das Risiko einer unzulässigen – womöglich diskriminierenden – Frage.

c) Recruiting durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz

Der Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI) liegt auch beim Recruiting im Trend. Aus arbeitsrechtlicher Sicht wenig problematisch sind hierbei solche Anwendungen, die eingehende Online-Bewerbungen systematisieren, mithilfe von Texterkennung die Stammdaten und andere Informationen aus der Bewerbung herauslesen und in eine durchsuchbare Datenbank übertragen. Auch beim Einsatz solcher Programme sollten Sie jedoch zumindest stichprobenartig überprüfen, ob die Software fehlerfrei arbeitet.

Auf dem Markt gibt es zudem zahlreiche Anbieter, die versprechen, die Persönlichkeit von Bewerbern auf Grundlage von Videodateien zu analysieren und mit den Anforderungen der zu besetzenden Stelle abzugleichen. Der Einsatz solcher Anwendungen zur Personalauswahl ist zumindest derzeit riskant. Da jeder Algorithmus nur so gut ist wie die Daten, mit denen er trainiert wurde, drohen auch beim Einsatz von KI zur Personalauswahl AGG-widrige Benachteiligungen und Entschädigungsansprüche unterlegener Bewerber. Zwar werben die Anbieter damit, dass ihr Programm mit ausreichend vielen und unterschiedlichen Daten trainiert worden sei, so dass eine unterschiedliche Bewertung der Bewerber

wegen des Alters, des Geschlechts oder der ethnischen Herkunft ausgeschlossen werden könne. Ob dies zutrifft, ist wegen des Black-Box-Charakters von KI und der Geschäftsgeheimnisse der Anbieter jedoch kaum überprüfbar. Zudem räumen die Entwickler zu mindest hinter vorgehaltener Hand ein, dass eine Gleichbehandlung behinderter Bewerber wegen der Individualität jeder Behinderung kaum programmierbar ist. Ein infolge eines Schlaganfalls schwerbehinderter Bewerber könnte vom Algorithmus beispielsweise als wenig kooperationsbereit und introvertiert bewertet werden. Im Fall einer Absage könnte der Kandidat dies zum Anlass nehmen, einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG zu verlangen.

Tipp: Sollten Sie eine KI-Bewerberanalyse trotz der genannten Risiken einsetzen, darf dies allenfalls auf freiwilliger Basis geschehen. Stellen Sie gegenüber den Bewerbern klar, dass eine Nichtteilnahme keine Nachteile im Auswahlprozess zur Folge hat.

Unabhängig davon, zu welchem Zweck Sie KI im Rahmen des Recruitings einsetzen möchten, muss die Letztentscheidung über den einzustellenden Bewerber von einem Menschen getroffen werden. Gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO hat eine betroffene Person das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Unzulässig wäre es demnach, allein auf das computergenerierte Ergebnis zu vertrauen und dieses ohne weitere Überprüfung zu übernehmen.

Tipp: Um im Streitfall darlegen und beweisen zu können, dass das Ergebnis der KI nicht ungeprüft übernommen wurde, sondern die Entscheidung über die Einstellung letztlich von einem Menschen getroffen wurde, empfiehlt sich eine detaillierte Protokollierung des Einstellungsprozesses.

d) Erstattung der Bewerbungskosten

Ein Bewerber, der von Ihnen zu einem persönlichen Vorstellungsgespräch eingeladen wird, kann grundsätzlich die Erstattung erforderlicher Auslagen – insbesondere Fahrt- und Übernachtungskosten sowie einen etwaigen Verdienstausfall – verlangen.¹⁹ Dies gilt unabhängig davon, ob der Bewerber letztlich eingestellt wird oder nicht. Arbeitgeber können diese Kosten vermeiden, indem sie den Bewerber im Einladungsschreiben darauf hinweisen, dass seine Aufwendungen nicht erstattet werden.

¹⁹ BAG 29.06.1988 – 5 AZR 433/87, NZA 1989, 468: §§ 670, 662 BGB analog.

Tipp: Eine entsprechende Formulierung könnte lauten:

„Es wird darauf hingewiesen, dass eventuell entstehende Auslagen und ein etwaiger Verdienstausfall im Zusammenhang mit dem Vorstellungsgespräch nicht ersetzt werden.“

e) Umgang mit Bewerberdaten

Jede Bewerbung enthält eine Vielzahl personenbezogener Daten (Name, Anschrift, Geburtsdaten, Familienstand, bisherige Arbeitgeber etc.), die vom Arbeitgeber verarbeitet werden. Die Rechtsgrundlage hierfür ist § 26 Abs. 1 BDSG, wonach Bewerberdaten unter anderem dann verarbeitet werden dürfen, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Auch wenn die Datenverarbeitung zulässig ist, müssen Arbeitgeber ihre Bewerber gemäß Art. 13, 14 DSGVO vorab unter anderem über den Zweck, den Umfang und die Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung informieren. Dies geschieht regelmäßig in einer sogenannten Datenschutzerklärung, die bestenfalls auf der Unternehmenshomepage und in Sozialen Netzwerken oder Bewerberportalen auf den Unternehmensprofilen hinterlegt bzw. verlinkt ist. Im Fall von Initiativbewerbungen sollte die Datenschutzerklärung dem Bewerber mit der Antwort übersandt bzw. in dieser darauf verlinkt werden.

Die Datenschutzerklärung muss insbesondere folgende Punkte enthalten:

- Name und Kontaktdaten des Arbeitgebers
- Woher die verarbeiteten Daten stammen (in der Regel vom Bewerber selbst)
- Zweck der Verarbeitung (Bewerbungsverfahren)
- Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung (in der Regel § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG; ggf. auch die Einwilligung des Bewerbers nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO)
- Dauer der Aufbewahrung
- Belehrung über die Rechte des Bewerbers (u. a. das Recht auf Löschung).

Tipp: Auf dem Markt gibt es spezielle Datenschutzsoftware, mit der Sie die Einhaltung des Datenschutzrechts in Ihrem Startup überprüfen, umsetzen und dokumentieren können.

Nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens ist zu entscheiden, wie mit den Bewerberdaten zu verfahren ist. Wurde der Bewerber eingestellt, können die Daten in die Personalakte überführt werden, sofern sie für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses benötigt werden. Die Daten von abgelehnten Bewerbern sind grundsätzlich zu löschen, wobei es zulässig ist, mit der Löschung sechs Monate ab der Benachrichtigung des Bewerbers zu

warten. Da diskriminierungsrechtliche Ansprüche von Bewerbern innerhalb von zwei Monaten schriftlich gegenüber dem Arbeitgeber (vgl. § 15 Abs. 4 AGG) und anschließend innerhalb von weiteren drei Monaten vor Gericht eingeklagt werden müssen (vgl. § 61b Abs. 1 AGG), haben Sie nach circa sechs Monaten Klarheit, ob sie die Bewerberdaten noch für ein etwaiges Gerichtsverfahren benötigen oder nicht. Über die Aufbewahrungsfrist müssen Sie in der Datenschutzerklärung informieren.

Tipp: Die Frist zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen nach § 15 Abs. 4 AGG beginnt mit dem Zugang der Ablehnung und Kenntnis von der Benachteiligung. Um möglichst früh Gewissheit zu haben, ob ein abgelehnter Bewerber Ansprüche geltend macht und die Bewerberdaten weiterhin benötigt werden, sollten Sie die abgelehnten Bewerber rasch über Ihre Entscheidung informieren (bestenfalls per E-Mail) und dieses Prozedere protokollieren.

III. Gesetzliche Pflichten als Arbeitgeber

Nachfolgend werden die wichtigsten gesetzlichen Pflichten erläutert, die Sie als Arbeitgeber treffen. Inwiefern Sie hiervon durch eine entsprechende Gestaltung des Arbeitsvertrags oder durch Tarifverträge abweichen können, wird unter V. erläutert.

1. Vergütung

Als Arbeitgeber sind Sie gemäß § 611a Abs. 2 BGB verpflichtet, Ihrem Arbeitnehmer die vereinbarte Vergütung zu bezahlen. Die Höhe der Vergütung ist grundsätzlich frei verhandelbar und wird üblicherweise als Bruttopreis im Arbeitsvertrag angegeben. Der Bruttolohn ist die Summe, von dem die Einkommensteuer, ggf. Kirchensteuer und die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung (Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung) abgehen.

Die tatsächliche Belastung für den Arbeitgeber ist höher, da er zusätzlich zum Bruttolohn auch die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung abführen muss (sogenanntes Arbeitgeberbrutto).²⁰

Tipp: Gerade in der ersten Phase Ihres Startups kann sich für Sie die Einstellung eines oder mehrerer Minijobber lohnen. Minijobs sind geringfügige Beschäftigungen mit höchstens 520 Euro monatlichem Arbeitsentgelt oder einem Arbeitseinsatz von maximal 70 Tagen pro Kalenderjahr. Da für Minijobs nur sehr eingeschränkt Sozialversiche-

²⁰ Hierzu unter 2.

rungsbeiträge abgeführt werden müssen, bleibt dem Arbeitnehmer mehr Netto vom Brutto und auch das Arbeitgeberbrutto ist entsprechend geringer.
Weitere Informationen finden Sie unter www.minijob-zentrale.de.

a) Gesetzlicher Mindestlohn

Der Bruttolohn muss mindestens dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) entsprechen. Dieser beträgt ab dem 01.07.2022 10,45 Euro pro Stunde und steigt zum 01.10.2022 auf 12 Euro. Der Mindestlohn ist an alle Arbeitnehmer über 18 Jahren sowie Arbeitnehmer unter 18 Jahren mit abgeschlossener Berufsausbildung zu zahlen (vgl. § 22 MiLoG). Praktikanten haben nur dann einen Anspruch auf den Mindestlohn, wenn es sich um ein freiwilliges Praktikum handelt, das in keinem Zusammenhang zu einem Studium oder einer Berufsausbildung steht.

Umgekehrt muss unter anderem **kein** Mindestlohn gezahlt werden für

- Pflichtpraktika in der Ausbildung und andere in Zusammenhang mit der Ausbildung stehende Praktika (siehe die Voraussetzungen in § 22 Abs. 1 S. 2 MiLoG),
- Einstiegsqualifizierungen nach § 54a SGB III oder Berufsausbildungsvorbereitungen nach §§ 68 - 70 BBiG,
- die Beschäftigung von Arbeitnehmern unter 18 Jahren ohne abgeschlossene Berufsausbildung (§ 22 Abs. 2 MiLoG) sowie für
- die Beschäftigung von Langezeitarbeitslosen im Sinne von § 18 Abs. 1 SGB III innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung (§ 22 Abs. 4 MiLoG).

b) Entgeltgleichheit

Ein weit verbreiteter Irrglaube ist, dass Arbeitnehmer mit vergleichbarer Eignung und ähnlicher Tätigkeit auch gleich bezahlt werden müssen. Tatsächlich ist die Lohnhöhe individuell verhandelbar und kann etwa von der Bedeutung des Arbeitnehmers, der wirtschaftlichen Situation zur Zeit der Einstellung oder dem Verhandlungsgeschick des Beschäftigten abhängig gemacht werden. Unzulässig ist es jedoch, bestimmte Arbeitnehmergruppen ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln. Um sich nicht dem Verdacht von Diskriminierungen auszusetzen, ist zudem in den folgenden Fällen besondere Vorsicht geboten:

- Die unterschiedliche Vergütung darf nicht auf der ethnischen Herkunft, dem Geschlecht, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, dem Alter oder der sexuellen Identität des Arbeitnehmers beruhen. Zum Grundsatz der Entgeltgleichheit für Frauen und Männer finden sich weitere Vorgaben im Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG). Unter anderem dürfen Frauen auch während einer

Schwanger- oder Mutterschaft nicht schlechter vergütet werden (§ 3 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG). Ein Anspruch auf Auskunft über das vom Arbeitgeber durchschnittlich gezahlte Entgelt für gleichwertige Tätigkeiten besteht nach §§ 10, 12 EntgTranspG jedoch nur in Betrieben mit mehr als 200 Beschäftigten.

- Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer dürfen wegen der Teilzeit anteilig nicht schlechter vergütet werden als vollzeitbeschäftigte Kollegen (§ 4 Abs. 1 TzBfG).
- Befristet beschäftigte Arbeitnehmer dürfen wegen der Befristung nicht schlechter vergütet werden als Kollegen mit unbefristetem Arbeitsvertrag (§ 4 Abs. 2 TzBfG).

c) Betriebliche Übungen vermeiden

Auch ohne eine ausdrückliche Regelung im Arbeits- oder Tarifvertrag können durch eine sogenannte betriebliche Übung Ansprüche des Arbeitnehmers entstehen. Als betriebliche Übung bezeichnet man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden.²¹ Zahlen Sie Ihren Arbeitnehmern beispielsweise drei Jahre hintereinander ein Weihnachtsgeld, können die Arbeitnehmer diese Leistung ab dem vierten Jahr auch künftig jährlich verlangen. Um dies zu verhindern, sollten Sie bei jeder freiwilligen Leistung klarstellen, dass es sich um eine freiwillige Leistung handelt, die keinen Anspruch für die Zukunft begründet.

Tipp: Eine betriebliche Übung verhindern Sie auch dadurch, dass Sie die Art der freiwilligen Leistungen variieren. Denn ein Anspruch der Arbeitnehmer für die Zukunft entsteht nur bei gleichförmiger Leistung, nicht hingegen, wenn Sie etwa zwischen Geldleistungen, Gutscheinen und Sachgeschenken abwechseln. Auf diese Weise können Sie sich unbürokratisch bei Ihren Mitarbeitern für die geleistete Arbeit bedanken.

Eine weitere Möglichkeit ist es, sogenannte Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalte in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, um das Entstehen einer betrieblichen Übung zu verhindern bzw. den Anspruch auf eine Leistung mit Wirkung für die Zukunft wieder zu beseitigen oder zu kürzen. Allerdings ist die Rechtsprechung sehr streng bei der Rechtmäßigkeitskontrolle solcher Vorbehalte. Die Aufnahme derartiger Klauseln in den Arbeitsvertrag empfiehlt sich daher nur nach einer juristischen Beratung.

²¹ BAG 21.01.2009 – 10 AZR 219/08, NZA 2009, 310.

d) Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an Feiertagen

Ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, schulden Sie ihm gemäß § 3 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) die Fortzahlung seines Gehalts für bis zu sechs Wochen. Ab der siebten Woche tritt das von der Krankenkasse gezahlte Krankengeld an diese Stelle.

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall können Arbeitnehmer erstmals nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses verlangen (§ 3 Abs. 3 EFZG). Keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat der Arbeitnehmer, wenn er trotz Krankheit weiterhin arbeitsfähig ist. Ob das der Fall ist, hängt vom Einzelfall und der geschuldeten Tätigkeit ab. So führt ein gebrochenes Bein zur Arbeitsunfähigkeit eines Skilehrers, während ein Programmierer ggf. weiterhin arbeitsfähig sein kann.

Gemäß § 5 Abs. 1 EFZG ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer ein ärztliches Attest über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Als Arbeitgeber können Sie aber auch bereits ab dem ersten Krankheitstag die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung verlangen. Grundsätzlich genügt der Arbeitnehmer seiner Nachweispflicht durch Vorlage eines ärztlichen Attests. Das Attest hat grundsätzlich einen hohen Beweiswert. Ernsthaft Zweifel am Vorliegen einer Erkrankung können sich aber beispielsweise dann ergeben, wenn ein kündigender oder gekündigter Arbeitnehmer am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben wird und die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst.²²

Wichtig: Als Arbeitgeber mit bis zu 30 Arbeitnehmern können Sie sich von der Krankenkasse des Arbeitnehmers 80 % der gezahlten Entgeltfortzahlung erstatten lassen. Ge regelt ist dies im Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG).

Fällt die Arbeitszeit des Arbeitnehmers auf einen gesetzlichen Feiertag, ist er von der Arbeitsleistung befreit. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer gemäß § 2 EFZG für diesen Tag dennoch zu vergüten.

²² BAG 08.09.2021 – 5 AZR 149/21, NZA 2022, 39.

e) Abrechnung und Auszahlung der Vergütung

Ob das Gehalt des Arbeitnehmers am Monatsanfang, zur Monatsmitte oder am Monatsende ausgezahlt wird, lässt sich im Arbeitsvertrag frei vereinbaren. Ohne vertragliche Regelung ist der Monatslohn gemäß § 614 S. 2 BGB am Monatsende zu zahlen.

Mit Zahlung des Arbeitsentgelts ist dem Arbeitnehmer gemäß § 108 Abs. 1 GewO eine Abrechnung in Textform zu erteilen. Diese muss mindestens Angaben über den Abrechnungszeitraum und die Zusammensetzung des Arbeitsentgelts enthalten. Hinsichtlich der Zusammensetzung sind Angaben über die Art und Höhe der Zuschläge, Zulagen, sonstige Vergütungen, die Art und Höhe der Abzüge, Abschlagszahlungen sowie Vorschüsse erforderlich. Keine Verpflichtung zur Abrechnung besteht für jene Monate, in denen sich die Angaben gegenüber der letzten ordnungsgemäßen Abrechnung nicht geändert haben (§ 108 Abs. 2 GewO).

2. Anmeldung zur Sozialversicherung

Arbeitnehmer sind in Deutschland grundsätzlich in den folgenden fünf Sozialversicherungszweigen pflichtversichert:

- Krankenversicherung,
- Pflegeversicherung,
- Arbeitslosenversicherung,
- Rentenversicherung,
- Unfallversicherung.

Die Beiträge zu den Sozialversicherungen werden von Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich hälftig getragen.

Versicherung	Beitragssatz in %	Arbeitgeberanteil in %	Arbeitnehmeranteil in %
Krankenversicherung²³	14,6	7,3	7,3
Pflegeversicherung²⁴	3,05	1,525	1,525
Arbeitslosenversicherung	2,4	1,2	1,2
Rentenversicherung	18,6	9,3	9,3
Gesamt	38,65	19,325	19,325

²³ In dieser Übersicht unberücksichtigt bleiben ermäßigte Beitragssätze und individuelle Zusatzbeiträge.

²⁴ Unberücksichtigt bleibt der Zuschlag für kinderlose Mitglieder ab 23 Jahren.

Die Krankenkassen fungieren als Einzugsstellen für alle Sozialversicherungszweige. Stellen Sie einen Arbeitnehmer ein, müssen Sie dies gemäß § 28a SGB IV seiner Krankenkasse melden. Mit jeder Lohnzahlung an den Arbeitnehmer ist zugleich der Gesamtbetrag an Sozialversicherungsbeiträgen, d. h. sowohl der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmeranteil für alle Sozialversicherungszweige, an die Krankenkasse zu überweisen. Den Arbeitnehmeranteil behalten Sie dann bei der Überweisung an den Arbeitnehmer ein.

Als Arbeitgeber müssen Sie an die Krankenkasse zudem Umlagen für die Absicherung für Lohnfortzahlungskosten (Umlage U1), als Absicherung für Mutterschutzaufwendungen (Umlage U2) sowie eine Insolvenzgeldumlage (Umlage U3) bezahlen.

Eine Ausnahme vom geschilderten Vorgehen bildet die Unfallversicherung, die vom Arbeitgeber allein finanziert wird. Die Meldung zur gesetzlichen Unfallversicherung und die Beitragszahlung erfolgen an die zuständige Berufsgenossenschaft.

Tipp: Auskunft darüber, welche Berufsgenossenschaft für Sie zuständig ist, erhalten Sie bei der Hotline der gesetzlichen Unfallversicherung unter 0800-6050404.

3. Abführen von Lohnsteuer

Arbeitnehmer müssen die Einkünfte aus ihrer Arbeit versteuern. Die Einkommensteuer wird als Lohnsteuer vom Arbeitgeber an das zuständige Finanzamt abgeführt. Hierfür müssen Sie sich über das elektronische Steuerportal (ELSTER) anmelden. Der Lohnsteuerabzug erfolgt dann über das elektronische Verfahren ELStAM. Sofern Sie nicht ohnehin einen Steuerberater hinzuziehen, achten Sie darauf, dass die zur Lohnbuchhaltung verwendete Software ELStAM unterstützt.

Übersicht: An wen müssen Arbeitgeber was überweisen?²⁵

- **Krankenkasse des Arbeitnehmers:** Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung + Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung + Umlagen U1, U2, U3
- **Berufsgenossenschaft:** Jahresbeitrag zur gesetzlichen Unfallversicherung
- **Finanzamt:** Einbehaltene Lohnsteuer
- **Arbeitnehmer:** Vertraglich vereinbarter Bruttolohn - abgeführte Lohnsteuer - Arbeitnehmeranteil zur Sozialversicherung

²⁵ Vereinfacht.

4. Angemessene Beschäftigung

So seltsam es auf den ersten Blick wirken mag: Ihr Arbeitnehmer hat einen Anspruch darauf, entsprechend seiner beruflichen Stellung beschäftigt zu werden. Als Arbeitgeber sind Sie nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den Arbeitnehmern Weisungen zu erteilen. Das gilt grundsätzlich auch nach Ausspruch einer Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist.

Tipp: Im Arbeitsvertrag können Sie vereinbaren, dass Sie Ihren Arbeitnehmer nach einer Kündigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bezahlt freistellen dürfen. Dies kann sich etwa anbieten, um eine Missstimmung im verbleibenden Team oder gegenüber Kunden und Investoren zu verhindern.²⁶

5. Arbeitszeit und technischer Arbeitsschutz

Als Arbeitgeber sind Sie für die Sicherheit Ihres Arbeitnehmers am Arbeitsplatz verantwortlich. Einerseits haben Sie den Arbeitnehmer vor Überlastung zu schützen, indem Sie den zeitlichen Umfang der Arbeit begrenzen und Erholungsphasen ermöglichen. Dem tragen die Höchstarbeits- und Ruhezeiten des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) sowie der Erholungsurlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) Rechnung. Der vorwiegend im Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) geregelte technische Arbeitsschutz bezweckt den Schutz der körperlichen Gesundheit des Arbeitnehmers. Die Einhaltung des ArbZG und des ArbSchG wird durch Behörden der Länder überwacht. Bei Verstößen drohen Bußgelder und im Extremfall sogar Geld- oder Freiheitsstrafen. Diese werden in der Praxis jedoch sehr selten verhängt.

a) Gesetzliches Arbeitszeitrecht

Gemäß § 3 ArbZG darf ein Arbeitnehmer maximal acht Stunden pro Tag arbeiten. In Ausnahmefällen sind bis zu zehn Stunden erlaubt, wenn in einem Zeitraum von sechs Monaten die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit acht Stunden nicht überschreitet. Arbeitszeit bezeichnet dabei die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit abzüglich der Ruhepausen. Dabei kann die gesetzliche Arbeitszeit im Sinne des ArbZG und die zu vergütende Arbeitszeit auseinanderfallen: Schicken Sie einen in Frankfurt beschäftigten Arbeitnehmer etwa auf einen Geschäftstermin nach München, müssen Sie regelmäßig

²⁶ Vgl. hierzu auch Seite 36.

nicht nur die Zeit des Termins in München, sondern auch die Stunden der An- und Abreise vergüten. Die Frage nach der Arbeitszeit im Sinne des ArbZG stellt sich nun, wenn der Arbeitnehmer vier Stunden nach München angereist ist und der Termin dort zweieinhalb Stunden dauert. Ordnet man die Fahrt als Arbeitszeit im Sinne des ArbZG ein, dürften Sie den Arbeitnehmer nicht mehr am selben Tag zurück nach Frankfurt fahren lassen, da hierdurch die tägliche Höchstarbeitszeit von 10 Stunden überschritten würde (4 Stunden Anreise + 2,5 Stunden Termin + 4 Stunden Rückreise = 10,5 Stunden). In diesem Fall müssten Sie ihm eine Hotelübernachtung bezahlen. Denn die Zeit im Hotel gilt nicht als Arbeitszeit im Sinne des ArbZG, soweit der Arbeitnehmer dort nicht ebenfalls dienstlich tätig wird. Auch wenn die Frage nach der Einordnung von Dienstreisen noch nicht abschließend höchstrichterlich beantwortet ist, lässt sich folgendes Grobschema aufstellen:²⁷

- Kommt der Arbeitnehmer während der Reisezeit dienstlichen Tätigkeiten nach (etwa indem er Akten liest oder E-Mails beantwortet), handelt es sich um Arbeitszeit. Gleiches gilt, wenn seine Erreichbarkeit in dieser Zeit erwartet wird.
- Reisezeiten mit dem Auto werden wegen der physischen und psychischen Anstrengung des Autofahrens häufig ebenfalls als Arbeitszeit eingeordnet.²⁸
- Tendenziell nicht als Arbeitszeit gelten Reisen mit öffentlichen Verkehrsmitteln, sofern der Arbeitnehmer währenddessen keinen dienstlichen Tätigkeiten nachgeht und auch seine Erreichbarkeit nicht erwartet wird.²⁹

Tipp: Als Arbeitgeber haben Sie maßgeblichen Einfluss auf die Einordnung als Arbeits- oder Ruhezeit. Möchten Sie etwa die zusätzlichen Kosten einer Hotelübernachtung vermeiden, stellen Sie Ihrem Arbeitnehmer ein Ticket für Zug oder Flugzeug zur Verfügung. Im obigen Beispiel könnten Sie ihn etwa auf der Hinfahrt arbeiten lassen und ihm mitteilen, dass auf der Rückfahrt weder Arbeitsleistung noch Erreichbarkeit erwartet werden.

Arbeitet ein Arbeitnehmer mehr als sechs Stunden am Tag, müssen Sie ihm gemäß § 4 ArbZG Ruhepausen von mindestens 30 Minuten gewähren, wobei die Pause entweder am Stück gewährt oder auf zweimal 15 Minuten verteilt werden kann. Arbeitet der Arbeitnehmer mehr als 9 Stunden, beträgt die verpflichtende Ruhepause 45 Minuten, verteilbar auf

²⁷ Vgl. hierzu *Lunk*, NZA 2022, 881; *Stöhr/Stolzenberg*, NZA 2019, 505.

²⁸ BayObLG 23.03.1992 – 3 ObOWi 18/92, NZA 1992, 811; *Spinner*, in: *MüKo-BGB*, 8. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 457; aa OVG Koblenz 18.11.2005 – 10 A 10727/05, NZA-RR 2006, 666 für den öffentlichen Dienst.

²⁹ BAG 11.07.2006 – 9 AZR 519/05, NZA 2007, 155.

15-Minuten-Abschnitte (1 x 45 Minuten, 1 x 30 Minuten und 1 x 15 Minuten oder 3 x 15 Minuten). Die (erste) Ruhepause muss spätestens nach sechs Stunden Arbeit gewährt werden. Natürlich können Sie auch längere Ruhepausen gestatten. Ruhepausen müssen grundsätzlich nicht vergütet werden.

Nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit muss ein Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 1 ArbZG eine ununterbrochene Ruhezeit von 11 Stunden einhalten. Beantwortet der Arbeitnehmer beispielsweise die letzte dienstliche Mail um 22:00 Uhr, darf er am nächsten Tag frühestens um 9:00 Uhr mit der Arbeit beginnen.

Hinweis: Nach einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus dem Jahr 2019³⁰ muss die tägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer durch ein nicht manipulierbares Zeiterfassungssystem erfasst werden. Nach überwiegender, aber nicht unbestritten Auffassung wird das deutsche Arbeitszeitrecht diesen Anforderungen nicht gerecht. Die Umsetzung der Entscheidung durch den deutschen Gesetzgeber steht allerdings noch aus.

b) Erholungsurlaub

Jeder Arbeitnehmer hat einen gesetzlichen Anspruch auf vier Wochen Erholungsurlaub. Das Bundesurlaubsgesetz geht in § 3 Abs. 1 noch von der früher üblichen Sechs-Tage-Woche aus und beziffert den Anspruch daher auf 24 Werkstage.

Tipp: Die Formel zur Berechnung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs lautet:
 $24 / 6 * \text{die Anzahl der wöchentlichen Arbeitstage}$.
Bei einer heute üblichen Fünftagewoche kommt man so auf 20 Tage Jahresurlaub ($24 / 6 * 5 = 20$). Arbeitet ein Arbeitnehmer an zwei Tagen pro Woche, hat er Anspruch auf acht Tage Urlaub ($24 / 6 * 2 = 8$).

Nach der Einstellung kann ein Arbeitnehmer erstmals nach sechs Monaten Urlaub verlangen. In den Folgejahren entsteht der Urlaubsanspruch grundsätzlich am Anfang des Jahres in voller Höhe. Daher kann ein Arbeitnehmer bereits im März eines Jahres den gesamten Jahresurlaub aufgebraucht haben. Wann der Urlaub genommen wird, ist zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber abzustimmen. Da der Arbeitgeber die Wünsche des Arbeitnehmers gemäß § 7 Abs. 1 BurlG berücksichtigen muss, hat es sich bewährt, dass

³⁰ EuGH 14.05.2019 – C-55/18 (CCOO), NZA 2019, 683; vgl. hierzu umfassend Höpfner/Daum, RdA 2019, 270.

der Arbeitnehmer einen Urlaubsantrag stellt und der Arbeitgeber darüber befindet, ob er in der beantragten Zeit auf den Arbeitnehmer verzichten kann.

Im Grundsatz erlischt der Urlaubsanspruch am Ende des Kalenderjahres. Es kommt allerdings nicht selten zu Situationen, in denen der Urlaub nicht bis zum 31.12. genommen werden kann, etwa weil der Arbeitnehmer für mehrere Wochen erkrankt oder wegen eines dringenden Auftrags für den Arbeitgeber unverzichtbar ist. In solchen Fällen muss der Urlaub nach § 7 Abs. 3 BUrlG grundsätzlich bis zum 31.3. des Folgejahres gewährt und genommen werden. In einigen Fällen gilt diese gesetzliche Begrenzung der Urlaubsübertragung heute allerdings nicht mehr, da sie der Rechtsprechung des EuGH widerspricht. So wird etwa der Urlaubsanspruch eines arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmers nicht nur drei, sondern 15 Monate, d. h. bis zum 31.3. des zweiten auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres übertragen.

Der Arbeitnehmer darf sich nicht selbst beurlauben, sondern muss beim Arbeitgeber Urlaub beantragen. Arbeitnehmer, die keinen Urlaubsantrag stellen, muss der Arbeitgeber nicht „zwangswise“ beurlauben. Allerdings trifft den Arbeitgeber nach der Rechtsprechung eine Mitwirkungsobliegenheit: Er muss den Arbeitnehmer – am besten schriftlich oder per E-Mail – dazu auffordern, den Urlaub rechtzeitig zu beantragen, und zugleich darauf hinweisen, dass der Urlaubsanspruch am Ende des Jahres verfällt, sofern er nicht rechtzeitig beantragt wird. Kommt der Arbeitgeber dieser Mitwirkungsobliegenheit nicht nach, verfällt der Urlaubsanspruch nicht. Der Arbeitnehmer kann dann auch noch nach mehreren Jahren den Urlaub verlangen bzw. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Urlaubsabgeltung einfordern.

Tipp: Informieren Sie jeden Arbeitnehmer möglichst zu Beginn jedes Jahres individuell über den Umfang seines bestehenden Urlaubsanspruchs und fordern Sie ihn auf, diesen Urlaub rechtzeitig geltend zu machen. Verbinden Sie diese Aufforderung mit dem Hinweis, dass der Urlaubsanspruch zum Jahresende verfällt, soweit er nicht in Anspruch genommen wird.

Während des Urlaubs erhält der Arbeitnehmer weiterhin seine Vergütung. Während Sie das Entgelt im Fall kontinuierlicher Vergütungshöhe einfach weiterzahlen können, muss die Urlaubsvergütung bei schwankenden Gehaltszahlungen (etwa wegen Provisionen, Kurzarbeit, abweichenden Arbeitsstunden etc.) gesondert berechnet werden. Gemäß § 11 Abs. 1 BUrlG bemisst sich das Urlaubsentgelt nach dem durchschnittlichen Verdienst, das der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsbeginn erhalten hat. Eine etwaige zusätzliche Überstundenvergütung bleibt hierbei unberücksichtigt.

Das Urlaubsrecht ist angesichts einer ausufernden Rechtsprechung des EuGH ein sehr komplexes und sich ständig fortentwickelndes Rechtsgebiet. Die in diesem Leitfaden genannten Punkte betreffen nur eine kleine Auswahl urlaubsrechtlicher Fallstricke. Die Fehler, die der Arbeitgeber im Zusammenhang mit urlaubsrechtlichen Fragestellungen macht, nutzen Arbeitnehmer in der Praxis regelmäßig nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus, um – neben einer etwaigen Abfindung – eine möglichst hohe Urlaubsabgeltung zu verlangen. Eine rechtliche Beratung zu Urlaubsfragen kann daher sinnvoll sein.

c) Technischer Arbeitsschutz

Als Arbeitgeber sind Sie während der Arbeitszeit für die Sicherheit Ihrer Arbeitnehmer verantwortlich. Vor allem das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) und die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) erhalten Vorgaben, wie ein für die Arbeitnehmer sicherer Arbeitsplatz gestaltet sein muss. Auch wenn die Anforderungen an Büroarbeitsplätze mangels erheblicher Gesundheitsrisiken deutlich geringer sind als an jene in Chemie oder Industrie, muss etwa auf eine ausreichende Bürogröße, geeignete Bildschirme und sichere Bürostühle geachtet werden. Grundlage und Herzstück des technischen Arbeitsschutzes ist die vom Arbeitgeber gemäß § 3 ArbSchG durchzuführende Gefährdungsbeurteilung, mit deren Hilfe Gefahren erkannt und gebannt werden sollen. Die arbeitsschutzkonforme Einrichtung von Bildschirmarbeitsplätzen ist in Nr. 6 des Anhangs der ArbStättV ausführlich erläutert.

Tipp: Ihre Berufsgenossenschaft berät Sie hinsichtlich der erforderlichen Maßnahmen. Mit dem online abrufbaren GDA-ORGCheck können Sie Ihre Arbeitsschutzorganisation überprüfen und verbessern. Er ist abrufbar unter <https://www.gda-orgacheck.de/daten/gda/index.htm>

d) Arbeitsschutz im Homeoffice und Mobile Office

Wird der Arbeitnehmer nicht in den Räumen des Arbeitgebers tätig, steht der Arbeitgeber vor einem Dilemma: Er bleibt für die Einhaltung des Arbeitszeit- und Arbeitsschutzrechts verantwortlich, ohne jedoch dieselben Kontroll- und Einflussmöglichkeiten auf den Arbeitnehmer und die Gestaltung dessen Arbeitsplatzes zu besitzen. Das Maß der vom Arbeitgeber zu treffenden Maßnahmen ist dabei unter anderem davon abhängig, ob der Arbeitnehmer stets an einem bestimmten, vom Arbeitgeber ausgestatteten Ort in seiner Privatwohnung (Homeoffice) tätig wird oder seinen Arbeitsort frei wählen und etwa auch im Zug oder in einem Café tätig werden darf (Mobile Office).

Soll der Arbeitnehmer aus dem Homeoffice tätig werden, müssen Sie den Arbeitsplatz auch dort nach den Vorgaben von Nr. 6 des Anhangs zur ArbStättV einrichten. Demnach muss der Arbeitsplatz unter anderem reflexionsarm, ausreichend beleuchtet und so geschaffen sein, dass die Handballen beim Arbeiten mit der Tastatur aufgelegt werden kön-

nen. Die Gefährdungsbeurteilung kann entweder persönlich vor Ort in den Räumen des Arbeitnehmers oder auf Grundlage von Fotografien oder eines Videotelefonats erfolgen.

Hinweis: Zum Betreten der Privaträume des Arbeitnehmers sind Sie allenfalls berechtigt, wenn sich ein Zutrittsrecht im Arbeitsvertrag vereinbart wurde. Da Arbeitnehmer häufig selbst ein Interesse daran haben, zu Hause zu arbeiten, kann es sinnvoll sein, die Arbeit im Homeoffice an die Berechtigung zur Kontrolle des Arbeitsschutzes vor Ort zu knüpfen.

Da der konkrete Arbeitsort im Mobile Office regelmäßig wechselt, ist der Arbeitgeber nicht an die Vorgaben von Nr. 6 des Anhangs zur ArbStättV gebunden. Auch eine Gefährdungsbeurteilung kann mangels konkret zu beurteilenden Arbeitsplatzes nicht im üblichen Umfang stattfinden. Erstellen Sie daher eine Checkliste zur Gestaltung eines gesunden Arbeitsumfelds und geben Sie diese Ihren Arbeitnehmern an die Hand.³¹

Tipp: Orientieren können Sie sich unter anderem an den Checklisten öffentlicher Arbeitgeber, die solche Checklisten auf ihren Websites veröffentlichen. Ein Beispiel der Universität zu Köln findet sich unter

https://verwaltung.uni-koeln.de/abteilung41/content/e143023/e143215/e143216/e199622/e199643/ChecklisteMobileArbeitundGesundheitundDatenschutz_ger.pdf

Auch die Berufsgenossenschaft gibt Ihnen entsprechende Informationen an die Hand.

Unterrichten Sie den Arbeitnehmer mit dem bei den Berufsgenossenschaften erhältlichen Material zudem über die gesundheitlichen Gefahren der Telearbeit und wie diesen begegnet werden kann. Protokollieren Sie die Gefährdungsbeurteilung und die Unterrichtung und lassen Sie sich beides vom Arbeitnehmer unterzeichnen. So haben Sie die erforderlichen Unterlagen bei Überprüfungen durch die Arbeitsschutzbehörde jederzeit zur Hand.

6. Aushang von Gesetzen

Als Arbeitgeber sind Sie verpflichtet, Ihre Arbeitnehmer über die für sie wichtigsten Arbeitnehmerschutzvorschriften zu informieren. Daher müssen zahlreiche Gesetze im Betrieb zur Einsicht ausgelegt werden. Dies betrifft unter anderem:

- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz,
- Arbeitsschutzgesetz, Arbeitsstättenverordnung,

³¹ So auch *Hidalgo*, NZA 2019, 1449 (1445).

- Arbeitszeitgesetz,
- Jugendarbeitsschutzgesetz,
- Ladenschlussgesetz (wenn Sie über Verkaufsstellen verfügen),
- Mutterschutzgesetz.

Auf dem Markt sind zahlreiche Sammlungen aller aushangpflichtigen Gesetze erhältlich. Legen Sie eine solche beispielsweise in einen Pausenraum oder einer Kaffeecke aus, damit die Arbeitnehmer ohne großen Aufwand darauf zugreifen können.

Tipp: Haben Sie keine Büroräume oder arbeiten Ihre Arbeitnehmer überwiegend aus dem Homeoffice oder Mobile Office, können Sie auch PDF-Versionen der genannten Sammlungen erwerben und im Intranet bzw. einer von Ihren Arbeitnehmern genutzten Cloud ablegen. Achten Sie darauf, dass nicht eingesehen werden kann, ob und von wem das Dokument abgerufen wurde.

IV. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Ein Arbeitsverhältnis kann aus verschiedenen Gründen enden, sei es infolge der Kündigung durch Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, durch Zeitablauf bei einem befristeten Arbeitsvertrag oder durch den Tod des Arbeitnehmers. Sind sich beide Seiten darüber einig, dass das Arbeitsverhältnis enden soll, können sie zudem jederzeit einen Aufhebungsvertrag schließen. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses; Ausführungen zur Befristung finden sich unter V. 6. im Rahmen des Vertragsgestaltung.³²

Jede Kündigung muss schriftlich erfolgen und vom Arbeitgeber oder einer vertretungsbevollmächtigten Person unterzeichnet sein. Eine Kündigung per E-Mail (Textform) genügt nicht.³³ Um zu beweisen, dass und wann die Kündigung dem Arbeitnehmer zugegangen ist, empfiehlt sich entweder die persönliche Übergabe des Kündigungsschreibens im Beisein eines glaubwürdigen Zeugen oder der Versand mittels Einwurfeinschreibens. Besteht ein Betriebsrat, muss dieser gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG vor dem Ausspruch der Kündigung angehört werden.

³² Siehe hierzu S. 30.

³³ BAG 01.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 Rn. 56.

Im Kündigungsschreiben müssen Sie den Arbeitnehmer darauf hinweisen, dass sich dieser unverzüglich bei der für ihn zuständigen Agentur für Arbeit arbeitssuchend melden muss.

1. Ordentliche Kündigung in Betrieben mit max. 10 Arbeitnehmern

Beschäftigen Sie in Ihrem Betrieb nicht mehr als 10 Arbeitnehmer (sogenannter Kleinbetrieb),³⁴ können Sie Arbeitsverhältnisse grundsätzlich unter Einhaltung einer Kündigungsfrist beenden, ohne dass es eines Kündigungsgrundes bedarf. Kündigungen, die gegen das Diskriminierungsverbot des AGG verstößen, sind jedoch unwirksam. Auch im Kleinbetrieb gilt zudem ein besonderer Kündigungsschutz für Schwangere, Arbeitnehmer in Eltern- und Pflegezeit, Schwerbehinderte und Mitglieder des Betriebsrats.

Die Länge der einzuhaltenen Kündigungsfrist ergibt sich – sofern vertraglich nichts Abweichendes vereinbart wurde – aus § 622 BGB. Sie ist davon abhängig, wie lange das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Kündigung besteht. In den ersten zwei Jahren kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden (§ 622 Abs. 1 BGB).

Beispiel: Arbeitgeber A und Arbeitnehmer B haben einen Arbeitsvertrag zum 01.01.2022 geschlossen. Entschließt sich A am 08.08.2022 dazu, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, endet dieses frühestens mit Ablauf des 15.09.2022.

Berechnung: 08.08.2022 + 4 Wochen = 05.09.2022. Das Arbeitsverhältnis kann gemäß § 622 Abs. 1 BGB jedoch nur zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Daher kann A frühestens zum 15.09.2022 kündigen.

Tipp: Beschäftigen Sie nicht mehr als 20 Arbeitnehmer, können Sie im Arbeitsvertrag gemäß § 622 Abs. 5 BGB auch eine Kündigungsfrist von vier Wochen (ab Zugang der Kündigung) vereinbaren. Im obigen Beispiel könnte A das Arbeitsverhältnis des B dann bereits zum 05.09.2022 kündigen.

Ab der Vollendung des zweiten Jahres verlängert sich die Kündigungsfrist mit zunehmender Dauer des Arbeitsverhältnisses. Die jeweils einzuhaltenen Fristen können § 622 Abs. 2 BGB entnommen werden. Die arbeitsvertragliche Vereinbarung längerer Kündigungsfristen ist möglich, sofern für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer keine längere Frist vorgesehen ist als für die Kündigung durch den Arbeitgeber.

³⁴ Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer werden – je nach Arbeitsumfang – mit 0,5 oder 0,25 gezählt.

Befristete Arbeitsverhältnisse können nur dann durch ordentliche Kündigung beendet werden, wenn dies explizit im Arbeitsvertrag vereinbart wurde. Ohne eine solche Klausel lassen sich befristete Arbeitsverhältnisse nur einvernehmlich durch Aufhebungsvertrag oder bei schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers durch außerordentliche („fristlose“) Kündigung vorzeitig beenden.

Tipp: Vertragliche Regelungen über die Länge der Kündigungsfristen und die Kündbarkeit befristeter Arbeitsverhältnisse sollten gründlich bedacht werden. Es bei den gesetzlichen Kündigungsfristen zu belassen bzw. die Kündbarkeit eines befristeten Arbeitsvertrags vorzusehen, ermöglicht es, Arbeitnehmer schnell loszuwerden, wenn Sie mit diesen nicht zufrieden sind. Andererseits erhalten Arbeitnehmer in Zeiten des Fachkräftemangels heute regelmäßig auch Angebote Ihrer Konkurrenz, so dass Sie durch längere Kündigungsfristen und der Unkündbarkeit befristeter Arbeitsverhältnisse Experten an sich binden können und eine zu große Fluktuation vermeiden.

Im Arbeitsvertrag kann zudem eine Probezeit vereinbart werden. In diesem Fall kann das Arbeitsverhältnis in den ersten sechs Monaten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer binnen zwei Wochen beendet werden.

2. Ordentliche Kündigung in Betrieben mit mehr als 10 Arbeitnehmern

Beschäftigt ein Arbeitgeber in seinem Betrieb mehr als 10 Arbeitnehmer, wird seine Kündigungsfreiheit durch § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) erheblich eingeschränkt. Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestand, können dann nur aus einem der folgenden drei Gründe ordentlich gekündigt werden:

1. **Personenbedingte Kündigung:** Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses kann gerechtfertigt sein, wenn Gründe in der Person des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen. Dies kann – insbesondere bei kleineren Arbeitgebern – der Fall sein, wenn ein Arbeitnehmer erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten aufweist und mit seiner Arbeitsleistung nicht mehr geplant werden kann.
2. **Verhaltensbedingte Kündigung:** Ein Kündigungsgrund liegt auch dann vor, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers darauf schließen lässt, dass er seine Arbeitsleistung in Zukunft nicht ordnungsgemäß erbringen wird. Dies ist der Fall bei erheblichen Verstößen gegen arbeitsvertragliche Pflichten, etwa die wiederholte Arbeitsverweigerung, wiederholte Unpünktlichkeit oder ein Fehlverhalten gegenüber dem Arbeitgeber, Kollegen oder Kunden. Vor dem Ausspruch der verhaltensbedingten Kündigung muss ein solches Fehlverhalten bereits erfolglos abgemahnt worden sein.
- 3.

4. Betriebsbedingte Kündigung: Eine betriebsbedingte Kündigung kann ausgesprochen werden, wenn der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers weggefallen ist und er auch auf keinem anderen gleichwertigen Arbeitsplatz im Unternehmen beschäftigt werden kann. Kommen mehrere Arbeitnehmer für die Besetzungen eines verbliebenen Arbeitsplatzes in Betracht, ist eine Sozialauswahl durchzuführen. Danach darf der Arbeitgeber grundsätzlich nur dem am wenigsten sozial schutzwürdigen Arbeitnehmer kündigen. Zu berücksichtigen sind bei der Sozialauswahl die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, Unterhaltpflichten und eine etwaige Schwerbehinderung des Arbeitnehmers.

In jedem Fall durchzuführen ist eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denen des Arbeitnehmers. Vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen gelten auch für die Kündigungen nach dem KSchG die Kündigungsfristen des § 622 BGB.

3. Ordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer

Arbeitnehmer können ihr unbefristetes Arbeitsverhältnis kündigen, ohne dass es eines Grundes bedarf. Ist nichts anderes im Arbeits- oder einem Tarifvertrag geregelt, beträgt die Kündigungsfrist vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats (§ 622 Abs. 1 BGB). Befristete Arbeitsverhältnisse können auch durch Arbeitnehmer nur dann gekündigt werden, wenn ein Kündigungsrecht explizit vereinbart wurde.

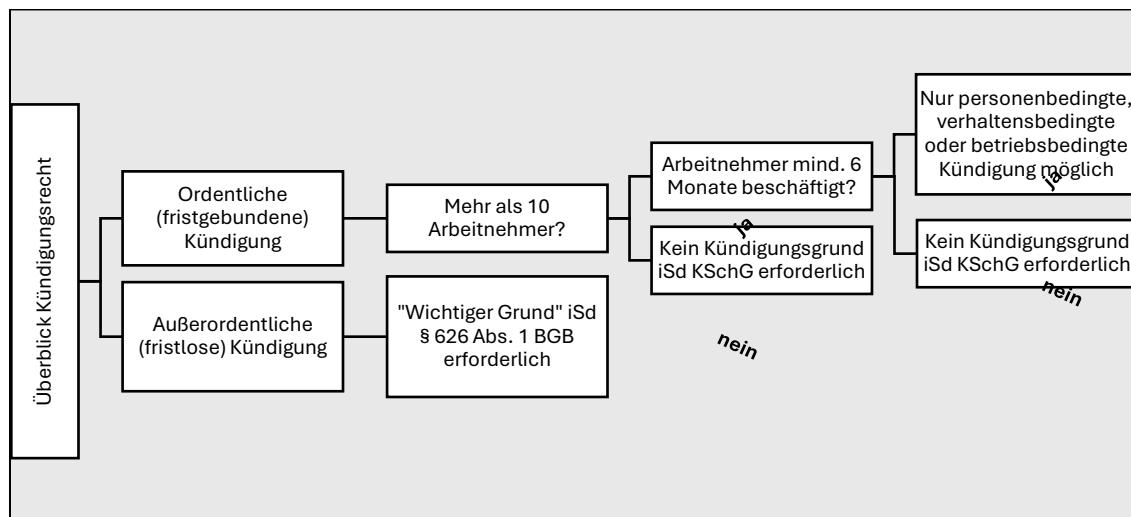
4. Außerordentliche Kündigung

Neben den genannten Fällen der ordentlichen (also fristgebundenen) Kündigung können sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis außerordentlich (d. h. fristlos) kündigen, wenn selbst das Abwarten der Kündigungsfrist unzumutbar ist. Ob ein nach § 626 Abs. 1 BGB erforderlicher „wichtiger Grund“ zur außerordentlichen Kündigung vorliegt, bedarf einer Abwägung im Einzelfall. In Betracht kommt eine außerordentliche Kündigung regelmäßig nur bei einem eklatanten Fehlverhalten der anderen Vertragspartei. Arbeitnehmer können das Arbeitsverhältnis etwa dann fristlos kündigen, wenn der Arbeitgeber mit der Gehaltszahlung erheblich in Rückstand gerät.³⁵ Der Arbeitgeber kann zur fristlosen Kündigung berechtigt sein, wenn ein Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit

³⁵ BAG 26.07.2007 – 8 AZR 796/06, NZA 2007, 1419.

vortäuscht,³⁶ im Dienst ausländerfeindliches Verhalten an den Tag legt³⁷ oder den Arbeitgeber bestiehlt oder betrügt.³⁸

Wichtig ist in jedem Fall, schnell zu handeln. Erlangen Sie von einem eklatanten Fehlverhalten des Arbeitnehmers Kenntnis, haben Sie gemäß § 626 Abs. 2 BGB nur zwei Wochen Zeit, die außerordentliche Kündigung zu erklären.



Überblick Kündigungsrecht

V. Gestaltung des Arbeitsvertrags

Bisher wurde erläutert, welche gesetzlichen Pflichten Sie als Arbeitgeber zu beachten haben. Im nachfolgenden Abschnitt soll es nun darum gehen, welche Möglichkeiten den Arbeitsvertragsparteien verbleiben, das Arbeitsverhältnis auf die konkreten Bedürfnisse des Unternehmens und des Arbeitnehmers zuzuschneiden.

1. Form

Grundsätzlich kann ein Arbeitsvertrag auch mündlich vereinbart werden; eine Vertragsurkunde müssen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht unterschreiben. Gleichwohl ist der Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrags anzuraten – zum einen aus Beweisgründen, zum anderen, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nach den Vorgaben des Nachweisgesetzes (NachwG) ohnehin über eine Vielzahl an Rechten schriftlich informieren muss.

³⁶ LAG Köln 07.07.2017 – 4 Sa 936/16, BeckRS 2017, 121232.

³⁷ BAG 14.02.1996 – 2 AZR 274/95, NJW 1996, 2253.

³⁸ BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

Finden sich die entsprechenden Regelungen in der Vertragsurkunde, hat der Arbeitgeber diesen Informationspflichten genüge getan. Mindestens aufzunehmen sind gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG:

1. der Name und die Anschrift der Vertragsparteien,
2. der Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses,
3. bei befristeten Arbeitsverhältnissen: das Enddatum oder die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses,
4. der Arbeitsort oder, falls der Arbeitnehmer nicht nur an einem bestimmten Arbeitsort tätig sein soll, ein Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt werden oder seinen Arbeitsort frei wählen kann,
5. eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit,
6. sofern vereinbart: die Dauer der Probezeit,
7. die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Vergütung von Überstunden, der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts, die jeweils getrennt anzugeben sind, und deren Fälligkeit sowie die Art der Auszahlung,
8. die vereinbarte Arbeitszeit, vereinbarte Ruhepausen und Ruhezeiten sowie bei vereinbarter Schichtarbeit das Schichtsystem, der Schichtrhythmus und Voraussetzungen für Schichtänderungen,
9. bei Arbeit auf Abruf nach § 12 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes bestimmte weitere Umstände,
10. sofern vereinbart: die Möglichkeit der Anordnung von Überstunden und deren Voraussetzungen,
11. die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs,
12. ein etwaiger Anspruch auf vom Arbeitgeber bereitgestellte Fortbildung,
13. wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine betriebliche Altersversorgung über einen Versorgungsträger zusagt: der Name und die Anschrift dieses Versorgungsträgers; die Nachweispflicht entfällt, wenn der Versorgungsträger zu dieser Information verpflichtet ist,
14. das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses einzuhaltende Verfahren, mindestens das Schriftformerfordernis und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage,
15. ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen.

Anstatt die in Nr. 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13 und 14 genannten Informationen explizit in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, kann auf die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen Bezug genommen werden.

Wollen Sie den Arbeitsvertrag befristen, muss die Befristungsabrede schriftlich vereinbart werden. Schriftform bedeutet, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer eigenhändig unterschreiben. Wird ein befristeter Arbeitsvertrag nur mündlich oder per E-Mail abgeschlossen, ist die Befristung unwirksam und ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstanden.

Hinweis: Unterschreiben Sie zwei Exemplare des Arbeitsvertrags und händigen Sie eines davon dem Arbeitnehmer aus. Achten Sie darauf, dass dies vor dem ersten Arbeitstag geschieht. Eine Befristungsabrede wäre ansonsten unwirksam und der Arbeitsvertrag gemäß § 16 TzBfG auf unbestimmte Zeit geschlossen.

2. Inhalt der Tätigkeit

Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer nur solche Arbeiten verlangen, die vertraglich geschuldet sind. Welche das sind, ergibt sich aus der Charakterisierung der Tätigkeit, die gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 NachwG zwingender Bestandteil des Arbeitsvertrags ist. Auch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen können Tätigkeitsbeschreibungen enthalten.³⁹ Innerhalb des beschriebenen Tätigkeitsbildes ist der Arbeitgeber berechtigt, die vom Arbeitnehmer zu erbringende Arbeitsleistung durch Weisungen zu konkretisieren. Außerhalb der Beschreibung muss der Arbeitnehmer nicht tätig werden; um ihm solche Aufgaben zuzuweisen, bedürfte es stattdessen einer Änderung des Arbeitsvertrags, die ggf. durch eine Änderungskündigung herbeigeführt werden kann. Viele Arbeitsverträge enthalten zudem sogenannte Versetzungsklauseln, nach denen sich der Arbeitgeber unter Wahrung der Arbeitnehmerinteressen auch die Zuweisung eines anderen Arbeitsgebiets vorbehält.

Mit Ausnahme betrieblicher Notfälle dürfen dem Arbeitnehmer auch bei einer weit gefassten Aufgabenbeschreibung oder Versetzungsklausel keine geringwertigen Tätigkeiten zugewiesen werden – selbst dann nicht, wenn die Vergütung für die höherwertige Tätigkeit fortgezahlt wird. Wann eine Tätigkeit geringwertig ist, bestimmt sich im Einzelfall anhand des Sozialbildes. So dürfte etwa ein als Informatiker beschäftigter Arbeitnehmer nicht zur Reinigung von Betriebsräumen herangezogen werden.

³⁹ Vgl. BAG 05.06.2003 – 6 AZR 237/02, BeckRS 2003, 30370448.

Hinweis: Sie sollten gut abwägen, wie konkret Sie die Tätigkeit im Arbeitsvertrag beschreiben. Entscheiden Sie sich für eine weite Beschreibung, können Sie den Arbeitnehmer zu vergleichsweise vielen Aufgaben heranziehen. Einen „Haken“ hat dies aber, sobald Sie mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigen. Denn bei einer extensiven Tätigkeitsbeschreibung kann der Arbeitnehmer auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden und ist dadurch schwerer betriebsbedingt zu kündigen. Umgekehrt können einem Arbeitnehmer mit einer restriktiven Aufgabenbeschreibung weniger Arbeiten zugewiesen werden; dieser ist dafür leichter betriebsbedingt zu kündigen.

3. Ort der Tätigkeit

Im Arbeitsvertrag sind grundsätzlich auch der Ort bzw. die Orte anzugeben, an denen der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zu erbringen hat. Wie auch beim Inhalt der Tätigkeit gilt hier: Je weiter gefasst der Tätigkeitsort ist, desto umfangreicher ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers. Viele Versetzungsklauseln beziehen sich zudem nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf den Ort der Tätigkeit.

Von besonderer Bedeutung ist die Vereinbarung des Arbeitsorts bei der Arbeit im Homeoffice. Es besteht kein gesetzlicher Anspruch des Arbeitnehmers auf Homeoffice. Gleichwohl kann eine vollständige oder partielle Tätigkeit im Homeoffice für beide Vertragsparteien sinnvoll sein. Die Tätigkeit im Homeoffice sollte dann im Arbeitsvertrag geregelt werden. Der Arbeitnehmer spart vor allem Fahrtkosten und -zeiten, was zu einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf, einer höheren Zufriedenheit und in der Folge zu einer größeren Bindung an den Arbeitgeber führt. Arbeitgeber müssen weniger Büroflächen vorhalten und können hierdurch Kosten sparen. Besonders flexibel sind Sie als Arbeitgeber, wenn Sie als Ort der Tätigkeit sowohl einen Standort Ihres Unternehmens als auch das Homeoffice des Arbeitnehmers angeben oder sich – im Fall des primären „Homeoffice“ – ein Rückversetzungrecht einräumen.

Tipp: Als Arbeitgeber sind Sie auch im Homeoffice für den Arbeitsschutz verantwortlich. Sinnvoll ist es, im Arbeitsvertrag zu diesem Zweck ein Zutrittsrecht zum heimischen Arbeitsplatz des Arbeitnehmers zu vereinbaren. Damit der Arbeitnehmer Sie nicht dennoch vor verschlossener Tür stehen lässt, können Sie das Rückholrecht an die Betriebsstätte unter anderem für den Fall vorsehen, dass der Arbeitnehmer den Zutritt verwehrt.

4. Arbeitszeit

Im Arbeitsvertrag ist anzugeben, wie viele Stunden pro Woche der Arbeitnehmer zu arbeiten hat und in welchem Zeitraum die Arbeitsleistung erbracht werden muss. Vereinbart werden können auch besondere Arbeitszeitformen, etwa

- **Vertrauensarbeitszeit:** Hier kann der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit frei gestalten. Die geleisteten Arbeitsstunden werden vom Arbeitgeber nicht gemessen, sondern vom Arbeitnehmer selbst protokolliert. Der Arbeitgeber kontrolliert die Aufzeichnungen allein dahingehend, ob der Arbeitnehmer hinsichtlich der täglichen Höchstarbeitszeiten und Ruhezeiten die zwingenden Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes eingehalten hat.
- **Gleitzeit:** Hier besteht eine Kernarbeitszeit, zu der die Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer erwartet wird. Das verbleibende Stundenvolumen kann der Arbeitnehmer frei verteilen.
- **Arbeit auf Abruf:** Gemäß § 12 TzBfG können Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat. Auch bei Bestehen einer solchen Vereinbarung muss der Arbeitsvertrag aber eine wöchentliche Mindeststundenzahl vorsehen. Hiervon darf nur um 25 % nach oben und um 20 % nach unten abgewichen werden. Die konkrete Lage der Arbeitszeit muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mindestens vier Tage im Voraus ankündigen.

In den Arbeitsvertrag sollte ferner eine Regelung aufgenommen werden, wonach der Arbeitgeber zur Anordnung von **Überstunden** berechtigt ist. Eine solche Klausel muss transparent zum Ausdruck bringen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem zeitlichen Umfang Überstunden angeordnet werden können. Ohne eine entsprechende Vereinbarung ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, Überstunden zu leisten. Zu regeln ist ferner, ob und in welcher Höhe Überstunden durch Freizeit oder durch zusätzliche Vergütung abgegolten werden. Leistet der Arbeitnehmer Dienste höherer Art, ist die Mehrarbeit regelmäßig bereits mit dem regulären Monatsgehalt abgegolten.⁴⁰

Zu beachten ist, dass von den Höchstarbeitszeiten, Ruhepausen und Ruhezeiten des ArbZG (siehe hierzu S. 23) auch nicht durch eine arbeitsvertragliche Vereinbarung abgewichen werden kann.

Tipp: Der Arbeitnehmer kann im Arbeitsvertrag dazu verpflichtet werden, seine Arbeitszeiten zu protokollieren und seine Aufzeichnungen monatlich dem Arbeitgeber zu übermitteln. Hierdurch kommt der Arbeitgeber einer möglichen Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit nach (siehe hierzu bereits S. 25).

⁴⁰ BAG 17.08.2011 – 5 AZR 406/10, NZA 2011, 1335 Rn. 20.

5. Probezeit

Üblich ist die Vereinbarung einer Probezeit von bis zu sechs Monaten, in der das Arbeitsverhältnis mit einer kurzen Frist von zwei Wochen gekündigt werden kann. Beachten Sie, dass die Frist für beide Vertragsparteien gilt, so dass sich auch der Arbeitnehmer binnen zwei Wochen vom Vertrag lösen kann.

Tipp: Eine Probezeitvereinbarung könnte wie folgt formuliert werden:

„Für die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses ist eine Probezeit vereinbart, innerhalb derer das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden kann.“⁴¹

Mit der zweiwöchigen Kündigungsfrist kann bis zum letzten Tag der Probezeit gekündigt werden, auch wenn die Kündigungsfrist erst nach sechs Monaten abläuft. Wird ein Arbeitnehmer beispielsweise zum 01.01. eingestellt und enthält sein Arbeitsvertrag die oben genannte Klausel, kann die Kündigung mit zweiwöchiger Frist bis zum 30.06. ausgesprochen werden. Der letzte Arbeitstag ist dann der 14.07.

6. Befristung

Sie können den Arbeitsvertrag befristen. In diesem Fall endet das Arbeitsverhältnis am Ende der vereinbarten Frist, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags ist jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) unterscheidet danach, ob für die Befristung einer der in § 14 Abs. 1 genannten Gründe vorliegt oder nicht. Sachgründe für eine Befristung sind:

1. ein nur vorübergehender betrieblicher Bedarf an der Arbeitsleistung,
2. eine Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern,
3. die Beschäftigung zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers,
4. die Eigenart der Arbeitsleistung,
5. die Befristung zur Erprobung,
6. in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe,
7. eine Vergütung des Arbeitnehmers aus Haushaltsmitteln (nur im öffentlichen Dienst) sowie

⁴¹ Schulze/Grziwotz/Lauda, BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, BGB § 611 Rn. 24.

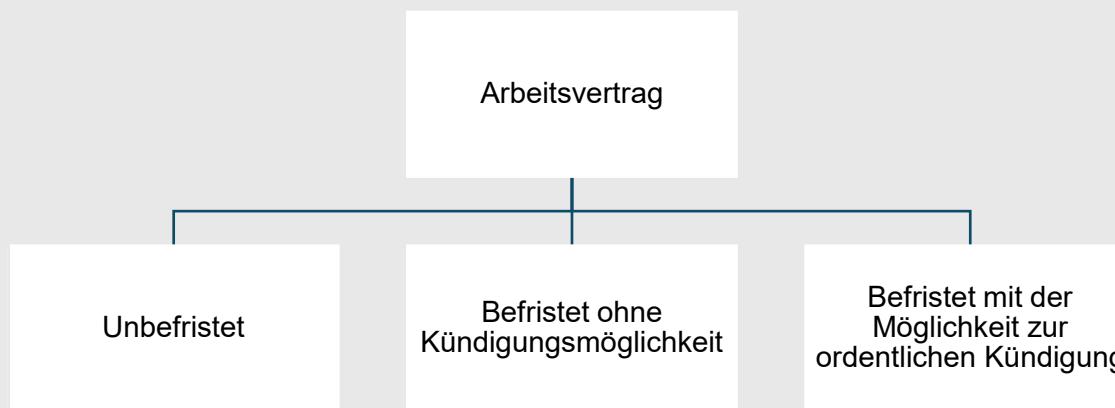
8. die Befristung auf Grundlage eines gerichtlichen Vergleichs.

Liegt einer der genannten Sachgründe vor, können Sie das Arbeitsverhältnis so lange befristen, wie der Sachgrund voraussichtlich besteht. Bei der Befristung zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers (etwa eines langzeiterkrankten Mitarbeiters oder eines Arbeitnehmers in Elternzeit) kann ein Arbeitsverhältnis bis zur Genesung bzw. bis zum Ende der Elternzeit geschlossen werden. Mit demselben Arbeitnehmer können grundsätzlich beliebig viele befristete Arbeitsverhältnisse hintereinander geschlossen werden, sofern jeweils ein Sachgrund vorliegt. Es ist also denkbar, das Arbeitsverhältnis mit einem frisch gebackenen Hochschulabsolventen zunächst auf 12 Monate zu befristen (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TzBfG), diesen Arbeitnehmer im Anschluss zunächst für weitere 12 Monate zur Vertretung eines erkrankten Kollegen K1 und anschließend weitere 12 Monate zur Vertretung des sich in Elternzeit befindenden Kollegen K2 anzustellen (jeweils § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG). In jüngerer Zeit nimmt die Rechtsprechung bei einer längerfristigen, wiederholten Befristung – insbesondere zur Vertretung – allerdings eine Rechtsmissbrauchskontrolle vor, für die bestimmte Schwellenwerte entwickelt worden sind.

Ohne dass ein Sachgrund vorliegt, kann das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer grundsätzlich für maximal zwei Jahre befristet werden (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Für Startups gilt mit § 14 Abs. 2a TzBfG eine großzügigere Regelung. Danach können Arbeitsverhältnisse in den ersten vier Jahren nach der Gründung auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren befristet werden. Statt mit einem Arbeitnehmer einen auf vier Jahren befristeten Arbeitsvertrag zu schließen, können Sie mit ihm auch mehrere Arbeitsverträge mit kürzerer Frist hintereinanderschalten, sofern die Gesamtdauer von vier Jahren nicht überschritten wird. Das „**Startup-Privileg**“ gilt ab Gründung für vier Jahre, wobei das Gesetz mit Gründung den Beginn der werbenden Tätigkeit meint und nicht bereits Vorbereitungshandlungen wie die Anmietung von Geschäftsräumen. Für die Abgrenzung von werbender Tätigkeit und bloßen Vorbereitungshandlungen gilt ein ähnlicher Maßstab wie beim vertraglichen Wettbewerbsverbot (siehe hierzu S. 7).

Ein befristetes Arbeitsverhältnis ist grundsätzlich nicht ordentlich kündbar, sondern endet durch Zeitablauf. Eine vorzeitige Kündigungsmöglichkeit kann jedoch vertraglich vereinbart werden, muss dann jedoch sowohl für den Arbeitgeber als auch den Arbeitnehmer gelten.

Tipp: Sie haben also grundsätzlich die folgenden drei Möglichkeiten:



Sie sollten gut abwägen, welche Variante für Ihr Startup am besten passt. Hierbei helfen Ihnen die folgenden Erwägungen:

- Die meisten Arbeitnehmer bevorzugen das **unbefristete Arbeitsverhältnis**, da es den Eindruck von Sicherheit vermittelt. Hiermit gewinnen Sie womöglich leichter geeignete Fachkräfte für Ihr Unternehmen. Jedenfalls solange Sie nicht mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigen, können Sie das Arbeitsverhältnis auch ohne sachlichen Grund innerhalb der gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen beenden. Nachteil: Wenn Ihr Startup wächst, greift bei mehr als 10 Arbeitnehmern für alle Beschäftigten der starke Kündigungsschutz des KSchG.
- Ein **befristetes Arbeitsverhältnis ohne Möglichkeit der ordentlichen Kündigung** lässt Sie am zuverlässigsten planen. Gerade in Zeiten des Fachkräftemangels müssen Sie hier nicht den frühzeitigen Abgang eines wichtigen Mitarbeiters befürchten. Nachteil: Aufgrund der festen Bindung an den Arbeitnehmer können Sie unflexibler auf geänderte Umstände reagieren.
- Das **befristete Arbeitsverhältnis mit der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung** kann gegenüber dem unbefristeten Arbeitsverhältnis vorteilhaft sein, wenn Sie mit einem schnellen Wachstum Ihres Startups rechnen und sicher gehen wollen, wegen des bei mehr als 10 Arbeitnehmern zu beachtenden KSchG nicht „ewig“ an den konkreten Arbeitnehmer gebunden zu sein. Nachteil: Gefragte Fachkräfte werden dieses Modell womöglich als wenig attraktiv empfinden. Zudem droht Ihnen auch hier der frühzeitige Verlust wichtiger Arbeitnehmer.

In jedem Fall sollte Ihr Arbeitsvertrag eine Klausel enthalten, nach der das Arbeitsverhältnis spätestens mit Ablauf des Monats endet, in dem der Arbeitnehmer die Anspruchsvooraussetzungen zum Bezug der gesetzlichen Regelaltersrente erfüllt.

7. Erfolgsabhängige Vergütung

Da der Erfolg des Startups bei seiner Gründung regelmäßig noch nicht sicher prognostiziert werden kann, fällt es vielen Gründern schwer, ein Gehaltsbudget festzulegen, das sie sich einerseits leisten können und das andererseits attraktiv für ambitionierte Fachkräfte ist. Anstatt von vornherein ein kaum finanzierbares Gehalt zu versprechen oder interessierte Bewerber durch eine zu niedrige Vergütung abzuschrecken, bietet es sich an, neben einem fixen Grundgehalt eine erfolgsabhängige Vergütung zu vereinbaren. Die Höhe der Vergütung kann dabei vom Erfolg des Unternehmens, vom persönlichen Erfolg des Arbeitnehmers oder einer Kombination aus beiden Faktoren abhängig gemacht werden. Neben der gesicherten Finanzierung fördert eine erfolgsabhängige Vergütung das unternehmerische Denken der Arbeitnehmer und sorgt für eine zusätzliche Motivation und Identifikation mit dem Unternehmen.

a) Modelle, die an den individuellen Erfolg des Arbeitnehmers anknüpfen

Vergütungsmodelle, die den individuellen Erfolg des jeweiligen Arbeitnehmers honoriern, sind insbesondere Provisionen und individuelle Zielvereinbarungen. Insbesondere Arbeitnehmer im Vertrieb können durch **Provisionen** an den von ihnen vermittelten Verträgen beteiligt werden. Die Bedingungen für die Provision und ihre Höhe werden üblicherweise in einer Provisionsabrede festgehalten. Der Anteil der Provisionen am Gesamtgehalt des Arbeitnehmers kann grundsätzlich frei vereinbart werden, weshalb auch eine Tätigkeit allein auf Provisionsbasis für zulässig gehalten wird.⁴² Allerdings darf bei einer bestehenden Tarifbindung⁴³ das Tarifentgelt nicht unterschritten werden.⁴⁴ Zudem ist eine Provisionsabrede nach § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit unwirksam, wenn es dem Arbeitnehmer im Einzelfall nicht möglich ist, durch vollen Einsatz seiner Arbeitskraft ein ausreichendes Einkommen zu erzielen. In diesem Sinne nicht ausreichend ist ein Einkommen, das nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns bzw. des allgemeinen Lohnniveaus für die ausgeübte Tätigkeit im Wirtschaftsgebiet erreicht.⁴⁵

⁴² BAG 14.11.1966 – 3 AZR 158/66, AP HGB § 65 Nr. 4.

⁴³ Vgl. zur Tarifbindung S. 37.

⁴⁴ BAG 16.02.2012 – 8 AZR 242/11, BeckRS 2012, 71039 Rn. 37.

⁴⁵ BAG 16.02.2012 – 8 AZR 242/11, BeckRS 2012, 71039 Rn. 37.

Ein anderes Modell, mit dem die Vergütungshöhe in Relation zur Leistung des Arbeitnehmers gesetzt wird, ist der Abschluss von individuellen **Zielvereinbarungen**. Hierbei werden üblicherweise ein jährlicher Bonus sowie konkrete Ziele vereinbart, die der Arbeitnehmer im jeweiligen Jahr erreichen muss, um den Bonus zu erhalten. Eine Zielvereinbarung kann so ausgestaltet werden, dass das vereinbarte Ziel vollständig erreicht werden muss, um die Zusatzvergütung zu erhalten („alles oder nichts“). Alternativ kann auch eine anteilige Bonuszahlung bei anteiliger Zielerreichung vereinbart werden, wobei bei nicht quantitativ messbaren Zielen die Beurteilung nach billigem Ermessen des Vorgesetzten erfolgen sollte. Der jeweilige Modus wird regelmäßig bei Abschluss des Arbeitsvertrags in einer Rahmenvereinbarung festgelegt. Die konkreten Ziele für das jeweilige Jahr werden hingegen turnusmäßig neu vereinbart.

b) Modelle, die an den Erfolg des Unternehmens anknüpfen

Geht es nicht nur darum, den einzelnen Mitarbeiter zu motivieren, sondern sein Gehalt in Relation zur Unternehmensentwicklung zu setzen, bieten sich Vergütungsmodelle an, die nicht (nur) die Leistung des einzelnen Arbeitnehmers honorieren, sondern sich am Unternehmenserfolg orientieren. Gängig sind hierbei die folgenden Modelle:

- Tantieme (= Gewinn- oder Umsatzbeteiligung)
- Mitarbeiterkapitalbeteiligung

Durch **Tantieme** können Arbeitnehmer – insbesondere auf höheren Hierarchieebenen – unmittelbar am Unternehmensgewinn beteiligt werden. Alternativ kann auch der Umsatz als Bezugsgröße gewählt werden. Üblicherweise wird den Arbeitnehmern ein prozentualer Anteil hiervon versprochen. Ist der Arbeitnehmer zugleich Gesellschafter des Unternehmens, ist besondere Vorsicht geboten, da die Auszahlung von Tantiemen von den Finanzämtern schnell als steuerlich ungünstige verdeckte Gewinnausschüttung gewertet werden kann. Um dies zu vermeiden, sollte die Tantieme regelmäßig nicht mehr als 25 % der Gesamtvergütung des Arbeitnehmers ausmachen.⁴⁶

Ein anderes Mittel, um Mitarbeiter am Erfolg des Startups partizipieren zu lassen, sind **Mitarbeiterkapitalbeteiligungen**. Sie können ein wirksames Instrument sein, um qualifizierte Fachkräfte zu gewinnen, zu motivieren und langfristig an das Unternehmen zu binden. Gerade Startups verfügen oft über begrenzte liquide Mittel, während der Bedarf an engagierten und leistungsbereiten Mitarbeitern hoch ist. Die Kapitalbeteiligung bietet

⁴⁶ Borgmann, in: Hümmrich/Reufels, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 254.

hierbei einen Anreiz, der nicht sofort liquiditätswirksam ist, aber perspektivisch eine Teilhabe am Unternehmenserfolg verspricht.

Aus Arbeitgebersicht dient die Kapitalbeteiligung nicht nur der Personalbindung, sondern auch der Förderung eines unternehmerischen Denkens innerhalb der Belegschaft. Indem Mitarbeiter am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens beteiligt werden, steigt die Identifikation mit den Unternehmenszielen. Zudem stärkt die Aussicht auf finanzielle Beteiligung die Innovationsbereitschaft und das Verantwortungsbewusstsein der Belegschaft. Damit tragen Mitarbeiterkapitalbeteiligungen zur Stabilisierung des Unternehmens und zur Schaffung nachhaltiger Strukturen bei.

Weitere Informationen zu Mitarbeiterkapitalbeteiligungen finden Sie in diesem Leitfaden unter VIII.

8. Urlaub

Arbeitnehmer mit einer Fünftagewoche haben einen gesetzlichen Urlaubsanspruch von 20 Tagen (4 Wochen).⁴⁷ Die meisten Bewerber werden sich hiermit jedoch nicht zufriedengeben; für Fachkräfte üblich sind heute vielmehr 25-30 Urlaubstage (5 - 6 Wochen).

Für Sie als Arbeitgeber ist wichtig, dass eine entsprechende vertragliche Regelung klar zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub nach dem BURLG (20 Tage bzw. 4 Wochen) und dem vertraglich vereinbarten Mehrurlaub unterscheidet. Denn die von der Rechtsprechung entwickelten strengen Vorgaben zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer – etwa die erweiterte Übertragung im Krankheitsfall auf 15 Monate oder Mitwirkungsobligenheiten des Arbeitgebers – gelten nur für den gesetzlichen Mindesturlaub. Für den darüber hinausgehenden Mehrurlaub können die Arbeitsvertragsparteien die Modalitäten hingegen frei festlegen. So kann etwa vereinbart werden, dass nicht genommene Urlaubstage hinsichtlich des Mehrurlaubs am Jahresende verfallen und anteilig gekürzt werden, wenn der Arbeitnehmer nicht ganzjährig beim Arbeitgeber beschäftigt war. Die Rechtsprechung verlangt hierfür jedoch eine klare Trennung zwischen gesetzlichem Mindesturlaub und Mehrurlaub im Arbeitsvertrag.

⁴⁷ Siehe hierzu S. 20.

Hinweis: In der Literatur wird beispielsweise die folgende Regelung vorgeschlagen:⁴⁸

- (1) Der Arbeitnehmer hat einen jährlichen Urlaubsanspruch i. H. v. 24 Arbeitstagen (20 Arbeitstage bei einer 5-Tage-Woche), wobei Sonntage und allgemeine Feiertage nicht als Urlaubstage anzusehen sind. Die zeitliche Lage des Urlaubs bedarf der vorherigen Zustimmung des Arbeitgebers.
- (2) Der Arbeitgeber gewährt dem Arbeitnehmer über den in Absatz 1 geregelten gesetzlichen Urlaub hinaus einen vertraglichen Urlaub von zusätzlichen ... Tagen.
- (3) Der Urlaub ist möglichst zusammenhängend zu nehmen. Die zeitliche Lage des Urlaubs ist vom Arbeitgeber zu genehmigen oder wird von ihm festgelegt. Dabei berücksichtigt der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer geäußerten Urlaubswünsche, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder vorrangige Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstehen. Bei der Gewährung von Urlaub wird zunächst der gesetzliche Urlaub verbraucht und danach der vertraglich gewährte Urlaub.
- (4) Urlaubsansprüche können nicht in das Folgejahr übertragen werden, es sei denn, der Urlaub konnte aus wichtigen betrieblichen oder persönlichen Gründen nicht genommen werden. Im Fall der Übertragung muss der Resturlaub während der ersten drei Monate des Folgejahres gewährt und genommen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt nicht in Anspruch genommene Urlaubstage verfallen ersatzlos.
Dies gilt nicht für den gesetzlichen Urlaub gemäß Absatz 1, wenn der Arbeitnehmer den gesetzlichen Urlaub wegen Arbeitsunfähigkeit nicht nehmen konnte. Der gesetzliche Urlaub verfällt in einem solchen Fall 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahrs.
- (5) Ergänzend gilt das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG).

9. Nebentätigkeiten und Wettbewerbsverbot

Es wurde bereits ausführlich erläutert, dass es Arbeitnehmern außerhalb der Arbeitszeit grundsätzlich erlaubt ist, einer Nebentätigkeit nachzugehen, sofern sie hierbei nicht in Konkurrenz zu ihrem Arbeitgeber treten und sonstige gesetzliche Vorgaben wie das Arbeitszeitgesetz einhalten. Damit Sie dies als Arbeitgeber kontrollieren und von Ihnen als bedenklich eingestufte Nebenbeschäftigung mit Ihrem Arbeitnehmer besprechen können, empfiehlt es sich, in den Arbeitsvertrag zumindest eine Pflicht zur Anzeige von Ne-

⁴⁸ Klausel aus Schulze/Grziwotz/Lauda, BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, BGB § 611 Rn. 24. Die Klausel könnte ergänzt werden um eine Regelung, wonach die Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers nur hinsichtlich des Mindesturlaubs besteht.

bentätigkeiten aufzunehmen. Manche Arbeitsverträge enthalten auch einen Genehmigungsvorbehalt, wonach die Aufnahme der Nebentätigkeit der Zustimmung des Arbeitgebers bedarf. Auch dann darf der Arbeitgeber seine Zustimmung jedoch nur aus überwiegenden und berechtigten betrieblichen Interessen versagen.

Ob Sie ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot⁴⁹ in den Arbeitsvertrag aufnehmen, hängt unter anderem von Ihrer Bereitschaft ab, dem Arbeitnehmer eine Karenzentschädigung zu zahlen, die mindestens 50 % der zuletzt gewährten Vergütung beträgt.

10. Freistellung nach Kündigung

Wird das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt, hat der Arbeitnehmer grundsätzlich einen Anspruch darauf, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist beschäftigt zu werden.⁵⁰ Vor allem, wenn die Trennung aufgrund eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers erfolgt, wünschen viele Arbeitgeber, dass der Arbeitnehmer keinen Tag länger als nötig für sie tätig wird. So kann es dem Unternehmensinteresse widersprechen, dass der gekündigte Arbeitnehmer weiterhin Zugriff auf die Unternehmensdaten hat und mit Geschäftspartnern oder Kollegen in Kontakt tritt. Um dies zu verhindern, kann eine sogenannte Freistellungs-klausel in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden. Demnach darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeitsleistung freistellen, wenn ein sachlicher Grund vorliegt. Denkbare sachliche Gründe sind beispielsweise

- die Kündigung des Arbeitsverhältnisses,
- die Gefahr, dass der Arbeitnehmer in erheblicher Weise gegen den Arbeitsvertrag verstößen hat oder in Zukunft verstößen wird (etwa gegen Verschwiegenheitspflichten oder das Wettbewerbsverbot) oder
- der Wegfall des Arbeitsplatzes, so dass keine Weiterbeschäftigung möglich ist.

11. Ausschlussfristen

Arbeitnehmer nutzen Kündigungsschutzklagen häufig dazu, auch lange zurückliegende (vermeintliche) Ansprüche aus dem gesamten Arbeitsverhältnis geltend zu machen. Dies kann Arbeitgeber in eine missliche Situation bringen, da die Verteidigung hiergegen umso schwerer fällt, je länger der angeblich anspruchsgrundende Umstand zurückliegt. Um derartige „Generalabrechnungen“ zu vermeiden, finden sich in den meisten Arbeitsverträgen sogenannte Ausschluss- oder Verfallsklauseln. Demnach verfallen die Ansprüche

⁴⁹ Vgl. hierzu bereits S. 6.

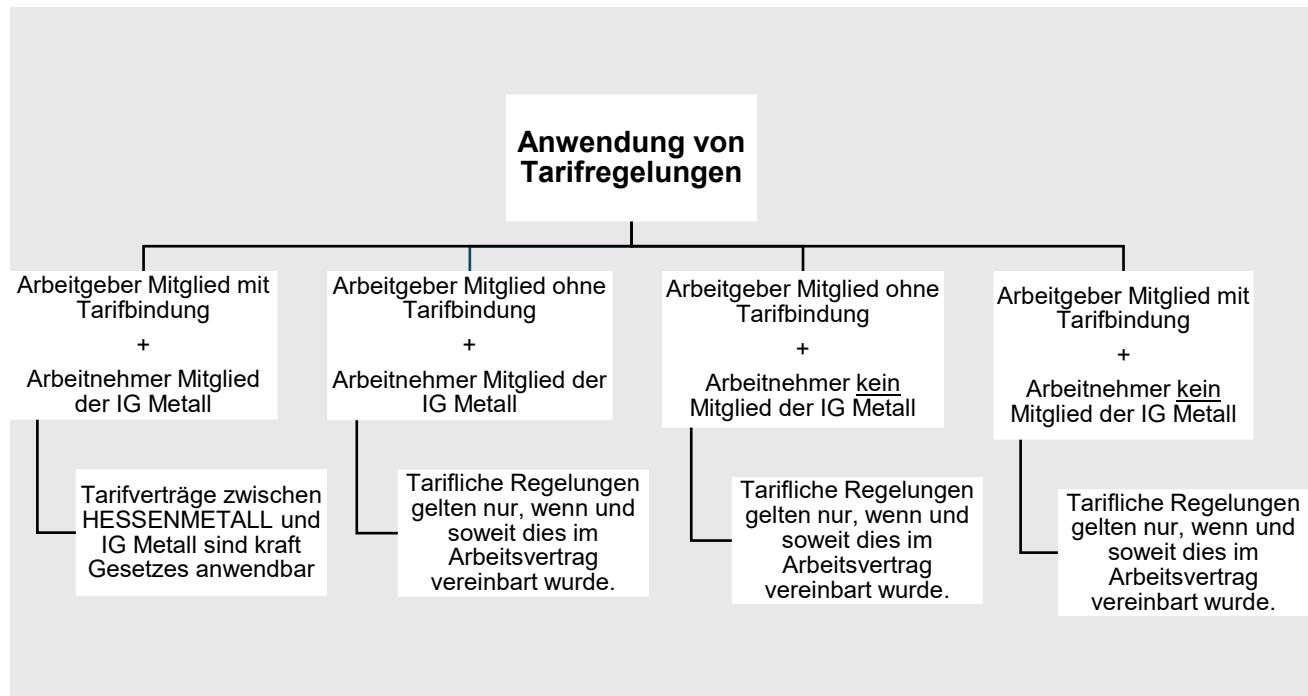
⁵⁰ Vgl. zum Beschäftigungsanspruch siehe S. 18.

beider Seiten aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist (mindestens drei Monate) gegenüber der anderen Vertragspartei in Textform erhoben werden. Lehnt die Gegenpartei den Anspruch ab, muss der Anspruchsteller seinen Anspruch innerhalb einer weiteren, mindestens dreimonatigen Frist gerichtlich einklagen. Tut er dies nicht, verfällt der Anspruch endgültig. Ausschlussklauseln sind grundsätzlich wirksam, sofern die Frist drei Monate nicht unterschreitet. Allerdings müssen Ansprüche auf Mindestlohn sowie die Haftung für vorsätzliche Vertragsverletzungen davon ausgenommen werden, ansonsten ist die gesamte Klausel unwirksam.

VI. Anwendung von Tarifverträgen

Viele der genannten Regelungsbereiche, etwa die Entgelthöhe, die Dauer und Verteilung der Arbeitszeit und Regelungen zu Urlaubsansprüchen, sind Gegenstand von Tarifverträgen. Dabei handelt es sich um Vereinbarungen über Arbeitsbedingungen, die zwischen Gewerkschaften (etwa der IG Metall) und Arbeitgeberverbänden wie HESSENMETALL (sogenannter Verbandstarifvertrag) bzw. bei größeren Unternehmen auch einzelnen Arbeitgebern (sogenannter Firmentarifvertrag) geschlossen werden. Findet sich in einem Tarifvertrag eine entsprechende Regelung und ist dieser Tarifvertrag auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbar, bedarf es keiner weiteren Klausel im Arbeitsvertrag. Hierdurch werden Arbeitgeber nicht nur bei der Vertragsgestaltung entlastet; die Arbeitsvertragsparteien können auch sicher sein, dass die von ihnen angewendeten Arbeitsbedingungen branchen- und marktüblich sind.

Es gibt zwei Gründe, warum die Regelungen eines Tarifvertrags auf ein konkretes Arbeitsverhältnis angewendet werden müssen: Ist der Arbeitgeber tarifgebundenes Mitglied eines Arbeitgeberverbands wie HESSENMETALL und der Arbeitnehmer Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft (etwa der IG Metall), sind die für die jeweilige Branche und den Sitz des Arbeitgebers geschlossenen Tarifverträge kraft Gesetzes auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden. Sind Sie hingegen ein Mitglied von HESSENMETALL ohne Tarifbindung (sogenanntes OT-Mitglied) und/oder ist der Arbeitnehmer nicht gewerkschaftlich organisiert, müssen Sie – sofern gewünscht – die Anwendung eines Tarifvertrags im Arbeitsvertrag explizit vereinbaren. Da Sie den Arbeitnehmer bei der Einstellung nicht nach der Gewerkschaftsmitgliedschaft fragen dürfen, empfiehlt sich eine solche arbeitsvertragliche Vereinbarung in aller Regel, um einheitliche Arbeitsbedingungen im Unternehmen zu gewährleisten.

*Übersicht: Anwendung von Tarifregelungen*

Wie gezeigt, bedarf es einer sogenannten **Verweisungs- oder Bezugnahmeklausel** im Arbeitsvertrag, um Tarifregelungen auch dann anzuwenden, wenn keine Tarifbindung von Arbeitgeber und/oder Arbeitnehmer besteht. Sie können hierbei frei entscheiden, ob entweder ein gesamter Tarifvertrag oder nur einzelne Bestimmungen (etwa zur Vergütung oder zum Erholungsurlaub) in das Arbeitsverhältnis einbezogen werden sollen. Die Verweisung auf den gesamten Tarifvertrag bietet den Vorteil, dass die in Bezug genommenen Regelungen dann nur sehr eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sind und Sie somit stärker von der gesetzlichen Grundkonzeption des Arbeitsverhältnisses abweichen dürfen.

Zudem haben Sie die Wahl zwischen einer statischen und einer dynamischen Verweisung. Bei der **statischen Verweisung** gelten die in Bezug genommenen Regelungen eines konkreten Tarifvertrags zu einem bestimmten Zeitpunkt.

Beispiel für eine statische Bezugnahmeklausel: „*Auf das Arbeitsverhältnis findet der zwischen HESSENMETALL und IG Metall geschlossene Manteltarifvertrag (genau Bezeichnung) in der Fassung vom 09.03.2020 Anwendung.*“

Die Regelungen des in Bezug genommenen Tarifvertrags gelten dann so, als sei dieser bei Vertragsschluss in das Arbeitsverhältnis hineinkopiert worden. Spätere Änderungen des Tarifvertrags und insbesondere Lohnerhöhungen werden nicht erfasst. Allein schon aus diesem Grunde kommen statische Verweisungen in der Praxis nur äußerst selten vor.

Sehr verbreitet sind dagegen sogenannte dynamische Verweisungen, die auf einen Tarifvertrag in seiner jeweils geltenden Fassung verweisen. Dynamische Verweisungen können entweder auf einen bestimmten Tarifvertrag (**kleine dynamische Bezugnahmeklausel**) oder auf den jeweils geltenden bzw. fachlich einschlägigen Tarifvertrag (**große dynamische Bezugnahmeklausel**) in seiner jeweils geltenden Fassung Bezug nehmen.

Beispiel für eine kleine dynamische Bezugnahmeklausel: „*Auf das Arbeitsverhältnis findet der zwischen HESSENMETALL und IG Metall geschlossene Manteltarifvertrag (genaue Bezeichnung) in seiner jeweils geltenden Fassung Anwendung.*“

Beispiel für eine große dynamische Bezugnahmeklausel: „*Auf das Arbeitsverhältnis finden die für den Arbeitgeber normativ geltenden Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. Dies sind zurzeit die Tarifverträge der Metall- und Elektro-Industrie.*“

Große dynamischen Bezugnahmeklauseln haben den Vorteil, dass die Arbeitsbedingungen automatisch und gleichermaßen für alle Beschäftigten an den aktuellen Branchenstandard angepasst werden. Im Gegensatz zu kleinen dynamischen Verweisungen bieten sie für den Arbeitgeber zudem den Vorteil, dass Veränderungen der Tarifbindung sich im Verweisungsgegenstand widerspiegeln (sogenannte Tarifwechselklausel).

Tipp: Auch wenn Sie tarifgebundenes Mitglied von HESSENMETALL sind, kann es sich anbieten, eine große dynamische Bezugnahmeklausel standardmäßig in die Arbeitsverträge aufzunehmen, um einheitliche Arbeitsbedingungen im Unternehmen zu gewährleisten. Dies vermeidet Neid und Missgunst innerhalb der Belegschaft und vereinfacht Ihre Lohnbuchhaltung.

VII. Schwelle von fünf Arbeitnehmern: Gründung eines Betriebsrats möglich

Bei jungen Startups wird regelmäßig (noch) kein Betriebsrat bestehen. Dies kann sich ab dem fünften Arbeitnehmer ändern. Gemäß § 1 Abs. 1 BetrVG kann ein Betriebsrat gewählt werden, wenn

- in einem Betrieb mindestens fünf Arbeitnehmer beschäftigt werden, die älter als 16 sind **und**
- von diesen fünf Arbeitnehmern mindestens drei älter als 18 sind und seit mindestens sechs Monaten für den Betrieb arbeiten. Besteht der Betrieb kürzer als sechs Monate, kann auf die mindestens sechsmonatige Betriebszugehörigkeit verzichtet werden.

Wie viele Arbeitnehmer dem Betriebsrat angehören, ergibt sich aus § 9 BetrVG und ist abhängig von der Betriebsgröße. In Betrieben mit bis zu 20 Arbeitnehmern besteht der Betriebsrat aus einem einzigen Arbeitnehmer.

Gibt es noch keinen Betriebsrat, kann dieser jederzeit gewählt werden. Anschließend erfolgt die Betriebsratswahl im vierjährigen, bundesweit einheitlichen Turnus. Die letzten regelmäßigen Betriebsratswahlen fanden zwischen im Frühjahr 2022 statt. Würde in Ihrem Betrieb beispielsweise 2023 ein Betriebsrat gewählt, läge der nächste Wahltermin zwischen März und Mai 2026, danach 2030 usw.

Als Arbeitgeber müssen Sie die Wahl eines Betriebsrats nicht eigeninitiativ vorantreiben. Dies ist alleinige Sache der Belegschaft. Sie dürfen die Wahl und ihre Vorbereitung jedoch ebenso wenig behindern wie die spätere Tätigkeit des Betriebsrats. Außerdem tragen Sie die Kosten sowohl der Wahl als auch der späteren Betriebsratsarbeit (etwa für erforderliche Schulungen, Fachlektüre und Reisen des Betriebsrats). Wenn Beschäftigte Arbeitszeit versäumen, weil sie wählen oder sich im Wahlvorstand engagieren, darf das Arbeitsentgelt nicht gemindert werden. Gleiches gilt später für die gewählten Mitglieder des Betriebsrats, die ihren Aufgaben grundsätzlich während der Arbeitszeit nachkommen sollen.

Wurde ein Betriebsrat gewählt, hat dieser unterschiedlich starke Rechte, an der Führung des Betriebs beteiligt zu werden. Das BetrVG unterscheidet dabei grob zwischen Informations-, Anhörungs-, Beratungs- und echten Mitbestimmungsrechten.

1. Informationsrechte

Informationsrechte sind die schwächste Mitwirkungsform des BetrVG. Zur Durchführung seiner Aufgaben ist der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten. Auf Verlangen sind ihm die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Dies betrifft etwa die in § 80 Abs. 1 BetrVG genannten allgemeinen Aufgaben des Betriebsrats (z. B. die Überwachung der Einhaltung von Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen). Zudem finden sich an mehreren Stellen des BetrVG speziell geregelte Informationsrechte. So verpflichtet beispielsweise § 92 Abs. 1 BetrVG den Arbeitgeber dazu, den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf, zu unterrichten.

2. Anhörungsrechte

Sieht das BetrVG ein Anhörungsrecht vor, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht nur über die geplante Maßnahme informieren, sondern ihm auch die Gelegenheit zur Stellungnahme geben und diese zur Kenntnis nehmen. Das wichtigste Anhörungsrecht findet sich in § 102 Abs. 1 BetrVG. Demnach hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat vor Ausspruch

jeder Kündigung anzuhören. Bei ordentlichen (d. h. fristgebundenen) Kündigungen hat der Betriebsrat eine Woche Zeit, Bedenken gegen die Kündigung vorzubringen. Der Arbeitgeber kann die Kündigung aussprechen, sobald der Betriebsrat entweder hierzu Stellung genommen hat oder aber eine Woche ohne Stellungnahme des Betriebsrats verstrichen ist. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.

Hat der Arbeitgeber das beschriebene Anhörungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt, führt der bloße Widerspruch des Betriebsrats gegen die Kündigung nicht zu deren Unwirksamkeit. Hierdurch unterscheiden sich die bloßen Anhörungsrechte von den echten Mitbestimmungsrechten, bei denen der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats zu einer geplanten Maßnahme bedarf. Der Widerspruch des Betriebsrats gegen eine Kündigung führt lediglich dazu, dass der Arbeitgeber der Kündigung eine Kopie der Stellungnahme des Betriebsrats beifügen (vgl. § 102 Abs 4 BetrVG) und den gekündigten Arbeitnehmer im Fall eines Kündigungsschutzprozesses bis zur gerichtlichen Klärung weiterbeschäftigen muss (vgl. § 102 Abs. 5 BetrVG).

3. Beratungsrechte

Beratungsrechte gehen insofern über Anhörungsrechte hinaus, als dass der Arbeitgeber nicht nur die Stellungnahme des Betriebsrats zur Kenntnis nehmen muss, sondern in einem Dialog mit diesem ernsthaft die Vor- und Nachteile der geplanten Maßnahme abwägen muss. Das praktisch wichtigste Beratungsrecht findet sich in § 111 BetrVG und betrifft geplante Betriebsänderungen, also etwa die Stilllegung eines Betriebs, die Zusammenlegung mehrerer Betriebe oder die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren. Das Beratungsrecht des Betriebsrats bei Betriebsänderungen gilt jedoch nur für Unternehmen mit mehr als 20 Arbeitnehmern. Ein für jedes Unternehmen relevantes Beratungsrecht des Betriebsrats besteht hingegen gemäß § 90 Abs. 2 BetrVG hinsichtlich der Gestaltung von Arbeitsplätzen und Arbeitsabläufen und ihren Auswirkungen auf die Arbeitnehmer.

4. Echte Mitbestimmungsrechte

Das schärfste Schwert des Betriebsrats sind die echten Mitbestimmungsrechte. Maßnahmen, die der echten Mitbestimmung unterliegen, darf der Arbeitgeber nicht gegen den Willen des Betriebsrats durchführen. Echte Mitbestimmungsrechte hat der Betriebsrat vor allem in den sogenannten sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG sowie bei den personellen Einzelmaßnahmen des § 99 BetrVG.

a) Soziale Angelegenheiten (§ 87 BetrVG)

Gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG hat der Betriebsrat in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:

1. Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb;
2. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage;
3. vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit;
4. Zeit, Ort und Art der Auszahlung der Arbeitsentgelte;
5. Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie die Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird;
6. Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen;
7. Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften;
8. Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen, deren Wirkungsbereich auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt ist;
9. Zuweisung und Kündigung von Wohnräumen, die den Arbeitnehmern mit Rücksicht auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses vermietet werden sowie die allgemeine Festlegung der Nutzungsbedingungen;
10. Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und die Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung;
11. Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze und vergleichbarer leistungsbezogener Entgelte, einschließlich der Geldfaktoren;
12. Grundsätze über das betriebliche Vorschlagswesen;
13. Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit;
14. Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird.

Bei diesen Mitbestimmungsrechten geht es nicht um Regelungen für ein individuelles Arbeitsverhältnis, sondern um Grundsätze, die für sämtliche Beschäftigten des Betriebs aufgestellt werden. Daher hat der Betriebsrat trotz Nr. 2 nicht mitzubestimmen, wenn ein Arbeitnehmer mit der Arbeit ausnahmsweise eine Stunde später als üblich beginnen soll. Ebenso wenig kann der Betriebsrat trotz Nr. 5 die Genehmigung oder Verweigerung eines konkreten Urlaubsantrags verlangen oder trotz Nr. 10 unmittelbaren Einfluss auf eine vertragliche Vergütungsabrede nehmen. Stattdessen geht es jeweils um die Vereinbarung von Leitlinien, die dann auf sämtliche Arbeitsverhältnisse im Betrieb anzuwenden sind. So können über Nr. 2 etwa flexible Arbeitszeitmodelle (Gleitzeit, Vertrauensarbeitszeit etc.) vereinbart werden; über Nr. 10 und 11 beispielsweise Regelungen zur Überstun-

denabgeltung oder die Einführung erfolgsabhängiger Vergütungssysteme und des auf sie anzuwendenden Verteilungsschlüssels.

In Zeiten der Digitalisierung von besonderer Bedeutung ist das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Danach hat der Betriebsrat bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen mitzubestimmen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Der Zweck des Mitbestimmungstatbestands liegt darin, das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer vor einer Beeinträchtigung durch den Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen zu bewahren, die nicht durch schutzwerte Belange des Arbeitgebers gerechtfertigt und unverhältnismäßig sind.⁵¹ Anders als der Normtext vermuten lässt, sind nicht nur solche Einrichtungen mitbestimmungspflichtig, die die Überwachung der Arbeitnehmer bezeichnen, sondern all jene, die nur dazu geeignet sind, Rückschlüsse auf das Arbeitsverhalten bestimmter Arbeitnehmer zu ziehen. Sobald ein Gerät oder ein Programm speichert, welcher Arbeitnehmer (bzw. welche Kennung) es wann und/oder benutzt hat, ist der Mitbestimmungstatbestand eröffnet. Dies betrifft bereits die Einführung simpler Office-Anwendungen und Cloud-Dienste.

Ist einer der Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG eröffnet, bedarf die jeweilige Maßnahme der Zustimmung des Betriebsrats. Die Zustimmung kann dabei formlos mündlich geäußert werden (sogenannte Regelungsabrede) oder aber in einem schriftlichen Vertrag (sogenannte Betriebsvereinbarung). Können sich Arbeitgeber und Betriebsrat nicht einigen, ist die Einigungsstelle – eine Art Schiedsgericht – anzurufen. Der für beide Seiten verbindliche Spruch dieser Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Die Kosten für die Anrufung der Einigungsstelle trägt der Arbeitgeber.

Tipp: Am Beispiel des § 87 BetrVG sieht man, welche Macht der Betriebsrat besitzt. Gehört eine technische Einrichtung – etwa eine App im Bereich Food-Delivery – zum Geschäftskern des Unternehmens, kann ein Streit mit dem Betriebsrat existenzbedrohend oder jedenfalls sehr kostenintensiv sein. Pflegen Sie daher von vornherein ein kollegiales, partnerschaftliches Verhältnis zu Ihrem Betriebsrat und versuchen Sie, sich auch in diesen hineinzuversetzen.

⁵¹ BAG 13.12.2016 – 1 BR 7/15, NZA 2017, 657 Rn. 21.

b) Personelle Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG)

In Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung zu unterrichten, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben. Aus den in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Gründen kann der Betriebsrat die Zustimmung zur personellen Maßnahme verweigern – etwa, wenn eine zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber vereinbarte Auswahlrichtlinie nicht beachtet wurde oder der einzustellende Arbeitnehmer den Betriebsfrieden zu stören droht. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, so kann der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen.

VIII. Mitarbeiterkapitalbeteiligungen

Für junge Unternehmen in der Gründungsphase stellen Mitarbeiterkapitalbeteiligungen ein bedeutendes Instrument dar, um qualifizierte Fachkräfte zu gewinnen, zu motivieren und langfristig an das Unternehmen zu binden.

1. Formen der Mitarbeiter-Kapitalbeteiligung

Mitarbeiterkapitalbeteiligungen lassen sich grundsätzlich auf zwei Wegen einführen: als die echte Kapitalbeteiligung und als virtuelle Beteiligung. Beide Formen verfolgen das Ziel, Mitarbeiter wirtschaftlich am Unternehmenserfolg teilhaben zu lassen. Sie unterscheiden sich jedoch grundlegend in ihrer rechtlichen Ausgestaltung.

a) Echte Kapitalbeteiligung

Bei der echten Kapitalbeteiligung (**Employee Stock Option Plan – ESOP**) handelt es sich um eine gesellschaftsrechtlich verankerte Beteiligung der Mitarbeiter am Unternehmen. Die Ausgestaltung dieser Beteiligung ist stark von der gewählten Rechtsform des Unternehmens abhängig. In Kapitalgesellschaften – insbesondere bei GmbHs und Aktiengesellschaften – kann eine unmittelbare Beteiligung durch Ausgabe neuer Anteile oder durch Abtretung bestehender Anteile erfolgen.

Im Falle einer GmbH bedarf die Übertragung eines Gesellschaftsanteils grundsätzlich einer notariellen Beurkundung und der Eintragung im Handelsregister. Die Mitarbeiter werden somit zu Mitgesellschaftern mitsamt der damit verbundenen Rechte und Pflichten. Bei einer Aktiengesellschaft kann eine Beteiligung durch Ausgabe von Mitarbeiteraktien oder im Rahmen von Bezugsrechten erfolgen. Echte Kapitalbeteiligungen gewähren in der Regel sowohl eine vermögensmäßige Beteiligung (z. B. durch Dividenden oder Erlöse bei einem Verkauf) als auch – je nach Ausgestaltung – Stimmrechte und Mitspracherechte.

Zur Wahrung der Handlungsfähigkeit des Unternehmens ist es in der Praxis üblich, vertragliche oder satzungsmäßige Regelungen zu treffen, die die Mitbestimmungsrechte der Mitarbeiter als Gesellschafter begrenzen, etwa durch Poolvereinbarungen oder die Beschränkung der Übertragbarkeit der Anteile.

b) Virtuelle Beteiligungsformen

Als Alternative zur echten Beteiligung bietet sich die virtuelle Kapitalbeteiligung an, auch bekannt als **Virtual Stock Option Plan (VSOP)**. Hierbei wird den Mitarbeitern keine gesellschaftsrechtliche Stellung eingeräumt, sondern lediglich eine schuldrechtliche Beteiligung am Unternehmenswert versprochen. Dies erfolgt in Form einer vertraglichen Vereinbarung, die vorsieht, dass bei bestimmten Ereignissen – typischerweise einem Exit – ein Auszahlungsanspruch gegen das Unternehmen entsteht.

Die Vorteile dieser Beteiligungsform liegen in der einfachen Umsetzung: Es ist weder eine notarielle Beurkundung noch ein Registereintrag erforderlich. Virtuelle Beteiligungen sind zudem flexibel gestaltbar und können individuell auf die strategischen Bedürfnisse des Unternehmens abgestimmt werden. Allerdings bestehen keine gesellschaftsrechtlichen Rechte wie Stimmrechte oder Informationsrechte und die Auszahlung im Erfolgsfall unterliegt in der Regel der vollen Besteuerung und Sozialversicherungspflicht.

2. Steuerrechtliche Behandlung

Die steuerliche Behandlung von Mitarbeiterkapitalbeteiligungen hängt maßgeblich von der konkreten Ausgestaltung der Beteiligung ab. Hierbei ist zwischen sofortiger und aufgeschobener Besteuerung sowie zwischen steuerpflichtigen und steuerbegünstigten Vorteilen zu unterscheiden.

a) Allgemeine Besteuerung von geldwerten Vorteilen

Grundsätzlich stellen Mitarbeiterbeteiligungen geldwerte Vorteile dar, die dem lohnsteuerlichen Zugriff unterliegen. Das bedeutet, dass die unentgeltliche oder vergünstigte Überlassung von Gesellschaftsanteilen oder virtuellen Beteiligungen als Arbeitslohn gelten und zum Zeitpunkt des Zuflusses zu versteuern sind. Dies ist für die Beteiligten häufig vor allem bei echten Kapitalbeteiligungen problematisch. Hier fließt dem Mitarbeiter mit Übertragung des Unternehmensanteils etwas zu, das für ihn zunächst nur „auf dem Papier“ von Vorteil ist, ohne dass es seine Liquidität begünstigt.

b) Steuerstundung nach § 19a EStG

Zur Lösung dieser Problematik wurde mit § 19a EStG eine Möglichkeit der steuerlichen Stundung geschaffen. Danach kann die Besteuerung des geldwerten Vorteils aus der Überlassung von Beteiligungen aufgeschoben werden. Die Maßnahme soll insbesondere

Startups entlasten, die jungen Mitarbeitern Beteiligungen anbieten möchten, ohne deren Liquidität zu belasten.⁵²

Die Steuerstundung nach § 19a Abs. 1 EStG ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

1. Zukünftiges, aktives oder passives Arbeitsverhältnis
2. Unternehmen mit weniger als 1000 Arbeitnehmern und einem Jahresumsatz von maximal 100 Mio. Euro oder einer Jahresbilanzsumme von maximal 86 Mio. Euro
3. Gründung des Unternehmens liegt nicht länger als 20 Jahre zurück
4. Vermögensbeteiligung i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a, b und f bis l und Abs. 2 bis 5 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes am Unternehmen des Arbeitgebers (u. a. Aktien, Wandelschuldverschreibungen und Genussscheine, GmbH-Anteile oder Genussrechte)
5. Unentgeltliche oder verbilligte Übertragung durch den Arbeitgeber
6. Die Vermögensbeteiligung muss zusätzlich zum geschuldeten Arbeitslohn vorgesehen sein (keine Entgeltumwandlung)

Tipp: Unternehmen können gem. § 19a Abs. 5 EStG von ihrem Betriebsfinanzamt eine Bestätigung darüber verlangen, ob die Voraussetzungen des § 19a Abs. 1 EStG erfüllt sind (sog. Anrufungsauskunft nach § 42e EStG)

§ 19a Abs. 1 EStG gilt ausschließlich für echte Kapitalbeteiligungen; virtuelle Beteiligungen sind hiervon nicht erfasst.

Die Besteuerung erfolgt dann gem. § 19a Abs. 4 EStG nicht sofort, sondern erst mit Ablauf von zwölf Jahren, alternativ bei Veräußerung der Anteile oder bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Kommt es zur Versteuerung, weil der Arbeitnehmer das Unternehmen verlässt, kann die Lohnsteuer vom Arbeitgeber übernommen werden, ohne dass der Arbeitnehmer die übernommenen Steuerabzugsbeträge wieder als geldwerten Vorteil versteuern muss.⁵³

c) Steuerfreibetrag nach § 3 Nr. 39 EStG

Daneben sieht § 3 Nr. 39 EStG einen jährlichen Steuerfreibetrag in Höhe von 2.000 Euro für bestimmte Beteiligungen vor. Anders als nach § 19a Abs. 1 EStG setzt der Freibetrag nach § 3 Nr. 39 EStG nicht voraus, dass die Beteiligung zusätzlich zum ohnehin geschul-

⁵² Denker/Gummels, SSP 08/2021, 013.

⁵³ Denker/Gummels, SSP 08/2021, 013 (15).

deten Arbeitslohn erfolgt. Daher sind auch Gehaltsumwandlungen privilegiert.⁵⁴ Der Freibetrag kann sowohl bei echter Kapitalbeteiligung als auch im Rahmen bestimmter Fondsbeleihungen nach dem Investmentsteuergesetz (InvStG) in Anspruch genommen werden.

Die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 39 Satz 2 EStG setzt voraus, dass der Arbeitgeber das Beteiligungsangebot grundsätzlich allen Arbeitnehmern zugänglich macht, die zum Zeitpunkt der Angebotsbekanntgabe mindestens ein Jahr ununterbrochen in einem Dienstverhältnis stehen. Darunter fallen auch geringfügig Beschäftigte, Teilzeitkräfte, Auszubildende und weiterbeschäftigte Rentner; kurze Beschäftigungen von unter einem Jahr können freiwillig einbezogen werden. Konzernfremde und Leiharbeitnehmer bleiben unberücksichtigt.

Aus Vereinfachungsgründen darf das Angebot entfallen für

- entsandte Arbeitnehmer mit eigenem Vertrag im Einsatzbetrieb,
- Organe von Körperschaften,
- Mandatsträger,
- bereits gekündigte Arbeitnehmer und
- solche, die vor Zuteilung aus dem Unternehmen ausscheiden.

Sollte sich nachträglich herausstellen, dass der Arbeitgeber irrtümlich bestimmte Gruppen nicht einbezogen hat, bleibt die Steuerfreiheit für alle übrigen Berechtigten unberührt.⁵⁵

Das Bundesfinanzministerium bildet in seinem Schreiben vom 16.11.2021 hierfür folgendes **Beispiel**:

„Der Arbeitgeber ging davon aus, allen Arbeitnehmern ein Angebot zum verbilligten Erwerb einer Vermögensbeteiligung unterbreitet zu haben. Bei einer nicht einbezogenen Gruppe von Personen stellte sich jedoch bei einer Lohnsteuer-Außenprüfung heraus, dass es sich nicht um selbstständig tätige Mitarbeiter, sondern um Arbeitnehmer handelt. Die Steuerfreiheit des geldwerten Vorteils aus der unentgeltlichen oder verbilligten Überlassung der Vermögensbeteiligung der übrigen Arbeitnehmer bleibt davon unberührt.⁵⁶

⁵⁴ Niermann, DB 2021, 2719.

⁵⁵ BMF v. 16.11.2021 - IV C 5 - S 2347/21/10001 :006, BStBI 2021 I S. 2308.

⁵⁶ BMF v. 16.11.2021 - IV C 5 - S 2347/21/10001 :006, BStBI 2021 I S. 2308.

3. Sozialversicherung

Die steuerrechtliche Stundungsregelung des § 19a Abs. 1 EStG gilt nicht für die auf Mitarbeiterbeteiligungen anfallenden Sozialversicherungsbeiträge. Auf diese ist grundsätzlich mit ihrer Gewährung an den Arbeitnehmer Beiträge zur Sozialversicherung abzuführen (vgl. § 1 Nr. 1 Hs. 2 Sozialversicherungsentgeltverordnung – SvEV). Teilweise übertragbar ist jedoch der Freibetrag in Höhe von 2.000 Euro nach § 3 Nr. 39 EStG. Wird dieser zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Gehalt gewährt, unterliegt dieser Betrag auch nicht der sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht. Handelt es sich hingegen um eine Entgeltumwandlung, unterliegt der Betrag zwar nicht der Einkommensteuer, ist jedoch beitragspflichtig in der Sozialversicherung.⁵⁷

4. Optionen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Insbesondere in Zeiten des Fachkräftemangels haben Unternehmen ein Interesse daran, einmal gewonnene Mitarbeiter an das Unternehmen zu binden. Ein zentrales Element jedes Beteiligungsplans ist daher ein sog. **Vesting-Mechanismus**. Demnach erhält der Mitarbeiter nicht bereits bei Abschluss des Beteiligungsplans sämtliche Anteile, sondern verdient sich diese nach und nach mit zunehmender Betriebszugehörigkeit. Der Vesting-Plan legt dabei fest, in welchen Zeitintervallen Ansprüche „verdient“ werden. Üblich sind drei- bis vierjährige Perioden, oft mit monatlicher oder quartalsweiser Ratifizierung. Entscheidend ist, dass das Anwachsen der Ansprüche zeitanteilig erfolgt: Scheidet ein Mitarbeiter nach zwei von drei Jahren aus, hat er Anspruch auf zwei Drittel der vereinbarten Beteiligung. Nur der Teil, der im noch laufenden Jahr oder Quartal noch nicht freigegeben war, darf im Falle des Ausscheidens verfallen.

Viele Unternehmen möchten darüber hinaus zwischen „Good Leavers“ und „Bad Leavers“ unterscheiden, um besondere Situationen abzubilden. Ein **Good Leaver** – etwa im Falle einer einvernehmlichen Trennung oder einer Kündigung durch den Arbeitgeber ohne wichtigen Grund — soll häufig seinen bereits „verdienten“ Anteil vollständig behalten, während ein **Bad Leaver** bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen nur auf den bis zum relevanten Zeitpunkt freigegebenen Anteil Anspruch behalten und der unverdiente Rest entfallen soll. Diese Differenzierung ist angesichts der neuesten BAG-Rechtsprechung jedoch mit erheblichen Fallstricken verbunden.⁵⁸ Da virtuelle Beteiligungspläne in

⁵⁷ Bauer/Georgi/Fengler, in: Salomon, Entgeltgestaltung, 2. Aufl. 2025, § 11 Rn. 66.

⁵⁸ Vgl. BAG 19.03.2025 – 10 AZR 67/24, DZWIR 2025, 397; vgl. auch Wißmann/Kunisch, in: Festschrift für Hessler, 2023, S. 735; vgl. zur Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) Hornung, DB 2019, 1566.

vielen Fällen als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im Sinne der §§ 305 ff. BGB einzustufen sind, besteht eine Inhaltskontrolle durch Gerichte. Überraschende oder unklare Klauseln können im Ernstfall für unwirksam erklärt werden. Startups sollten daher auf transparente, verständliche Formulierungen achten und Mitarbeitende frühzeitig – etwa im Onboarding – umfassend über die Funktionsweise und die Konsequenzen eines vorzeitigen Ausscheidens informieren.

Inhaltlich ist bei der Vertragsgestaltung zu beachten, dass die bereits „gevesteten“ Anteile bzw. Optionen Teil der dem Arbeitnehmer zustehenden Vergütung sind. Verfallen darf daher lediglich der „unverdiente Rest“. Das hat jüngst auch das **Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 19.03.2025** klargestellt.⁵⁹ Demnach sind Verfallklauseln in virtuellen Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen nur dann wirksam, wenn sie dem zeitanteiligen Erwerbsprinzip folgen und bereits „gevestete“ (ausübbar gewordene) Rechte nicht entziehen. Im konkreten Fall enthielt der Vertrag des Arbeitgebers zwei zentrale Regelungen, die das BAG für **unwirksam** erachtete:

- **Sofortiger Verfall bei Eigenkündigung:** Eine Klausel, die alle bereits ausübaren Optionen bei einer vom Arbeitnehmer ausgesprochenen Kündigung auf einen Schlag entfallen lässt, benachteiligt Arbeitnehmer unangemessen. Das BAG betont, dass gevestete Optionen eine Gegenleistung für die bereits erbrachte Arbeitsleistung darstellen und daher nicht rückwirkend entzogen werden dürfen. Zudem erschwere eine solche Regelung das grundrechtlich geschützte Kündigungsrecht unzulässig.
- **Beschleunigter, stufenweiser Verfall:** Eine Klausel, nach der Optionen binnen zwei Jahren nach Ausscheiden verfallen (doppelt so schnell wie die ursprüngliche vierjährige Vesting-Periode), hielt das Gericht für unangemessen kurz.

Hieraus leitet sich für Startups ab:

- **Nur unverdiente Anteile verfallen lassen:** Verfallklauseln dürfen sich ausschließlich auf solche Optionen beziehen, die zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung noch nicht „gevestet“ waren.
- **Gleich lange Fristen:** Eine mögliche Nachwirkung der Vesting-Regel sollte nicht kürzer sein als die ursprüngliche Vesting-Dauer.

⁵⁹ BAG 19.03.2025 – 10 AZR 67/24, DZWIR 2025, 397, mit Anm. Arnold ArbRAktuell 2025, 140.

- **Differenzierung nach Beendigungsgrund:** Sollten überhaupt Sanktionen aufgenommen werden, dürfen diese nicht pauschal an jede Eigenkündigung geknüpft werden, sondern müssen „Good Leaver“- und „Bad Leaver“-Szenarien detailliert festlegen. Eine Eigenkündigung an sich darf den Arbeitnehmer noch nicht zum „Bad Leaver“ machen, da es nachvollziehbare Gründe hierfür geben kann.
- **Transparenz und Verständlichkeit:** Die AGB-Kontrolle verlangt klare, verständliche Formulierungen ohne überraschende (englische) Fachbegriffe ohne Erläuterung.

5. Beteiligung des Betriebsrats

Soweit im Unternehmen ein Betriebsrat besteht, ist dieser bei der Einführung und Ausgestaltung von Mitarbeiterkapitalbeteiligungen zwingend zu beteiligen. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG besteht ein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf die betriebliche Vergütungsgestaltung. Auch § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG – Verteilung von Sonderzahlungen – kann einschlägig sein, sofern Beteiligungen als variabler Entgeltbestandteil ausgestaltet sind.⁶⁰ Wird die Beteiligung von einer Konzernobergesellschaft gewährt, besteht im Arbeitgeber-Unternehmen hingegen kein Mitbestimmungsrecht.⁶¹

Darüber hinaus ist der Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG umfassend zu unterrichten, insbesondere über Auswahlkriterien, Beteiligungsquoten und Bewertungsmechanismen. Bei der Einführung einer Mitarbeiterbeteiligung ist daher eine frühzeitige Einbindung des Betriebsrats nicht nur rechtlich geboten, sondern auch sachlich sinnvoll, um Akzeptanz und Transparenz zu gewährleisten.

Das Wichtigste in Kürze – Mitarbeiterkapitalbeteiligung im Startup

- **Strategisches Instrument zur Mitarbeiterbindung:** Kapitalbeteiligungen steigern Motivation und Loyalität, fördern unternehmerisches Denken und helfen insbesondere Startups, Fachkräfte auch bei begrenzter Liquidität zu gewinnen.
- **Zwei Hauptformen – echt und virtuell:** Echte Beteiligungen verschaffen Mitarbeitern eine gesellschaftsrechtliche Stellung (z. B. bei GmbH oder AG), während virtuelle Beteiligungen (Phantom Shares) rein schuldrechtliche Auszahlungsansprüche bei Exit-Ereignissen gewähren.

⁶⁰ Waas, BB-Beilage 2009, Nr 001, 27.

⁶¹ BAG 12.06.2019 – 1 ABR 57/17, BeckRS 2019, 18930.

- **Steuervorteile durch § 19a und § 3 Nr. 39 EStG:** Echte Beteiligungen können unter bestimmten Bedingungen (KMU, Zusatzlohn) steuerlich begünstigt oder aufgeschenben besteuert werden. Virtuelle Beteiligungen sind hiervon nicht erfasst und grundsätzlich steuerpflichtig.
- **Ausscheiden aus dem Unternehmen:** Mitarbeiterbeteiligungen sind Teil der Vergütung und dürfen daher – sobald sie einmal verdient wurden – nicht mehr einseitig entzogen werden. Optionsrechte dürfen verfallen, wobei die Verfallsfrist nicht unangemessen kurz sein darf.
- **Mitbestimmungspflichten des Betriebsrats:** Die Einführung von Beteiligungsmödellen unterliegt regelmäßig der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG; zudem bestehen umfassende Informationspflichten.
- **Sorgfältige vertragliche Gestaltung notwendig:** Beteiligungsprogramme sollten klare Regelungen zu Laufzeit, Bewertungsverfahren, Verfall und Exit-Szenarien enthalten. Eine individuelle Beratung ist aufgrund der rechtlichen und steuerlichen Komplexität unerlässlich.

IX. Das Recht des geistigen Eigentums

Startups leben von Ideen. Doch wem gehören diese Ideen, wenn sie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses entstehen – dem kreativen Mitarbeiter oder dem Unternehmen? Dieser Abschnitt widmet sich der Frage, wem welche Rechte an Innovationen und Kreationen eines Arbeitnehmers zustehen und ob diese ggf. gesondert zu vergüten sind. Dabei wird unterschieden zwischen

- dem für Werke der Literatur, Wissenschaft oder Kunst sowie Computerprogramme maßgeblichen Urheberrecht (dazu 1.),
- dem Designrecht (dazu 2.),
- sowie dem auf patent- und gebrauchsmusterfähige Erfindungen anzuwendenden Recht der Arbeitnehmererfindungen (dazu 3.).

1. Urheberrecht

Das Urheberrecht regelt die Rechte an Werken der Literatur, Wissenschaft oder Kunst. Hierzu können auch Computerprogramme zählen, denen in §§ 69a ff. ein eigener Abschnitt im UrhG gewidmet ist. Damit von einem urheberrechtsfähigen Werk gesprochen werden kann, müssen vier Voraussetzungen erfüllt sein: persönliche geistige Schöpfung,

wahrnehmbare Formgestaltung, geistiger Gehalt und schöpferischer Eigentümlichkeitsgrad.⁶²

a) Ausgangspunkt: Der Arbeitnehmer als Urheber

Nach § 7 UrhG entsteht das Urheberrecht beim tatsächlichen Schöpfer eines Werkes, dem sog. Urheber. Konkret heißt es in § 7 UrhG:

„Urheber ist der Schöpfer des Werkes.“

Auch im Fall eines bestehenden Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer der Schöpfer und damit originärer Rechteinhaber. Er ist und bleibt Urheber, da das Urheberrecht gem. § 29 Abs. 1 UrhG nicht übertragen werden kann.

b) Nutzungsrechte und ihre Vergütung

Vom Urheberrecht zu unterscheiden sind Nutzungsrechte: Damit der Arbeitgeber bzw. Auftraggeber das Werk nutzen kann, müssen ihm zunächst Nutzungsrechte vom Urheber (hier: vom Arbeitnehmer) eingeräumt werden. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen hierzu sind in den §§ 31 ff. UrhG geregelt. Diese gelten gem. § 43 UrhG auch dann, wenn der Urheber das Werk in Erfüllung seiner Verpflichtungen aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis geschaffen hat.

aa) Computerprogramme

Eine sehr klare Regelung sieht das UrhG für **Computerprogramme** vor: Zwar bleibt auch hier grundsätzlich der Arbeitnehmer Urheber des Werks.⁶³ Gem. § 69b Abs. 1 UrhG ist aber von vornherein ausschließlich der Arbeitgeber zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse an dem Computerprogramm berechtigt, wenn vertraglich nichts anderes vereinbart ist. Eine gesonderte Vergütung kann der Arbeitnehmer-Urheber nicht verlangen; vielmehr ist seine urheberrechtliche Leistung grundsätzlich mit dem Arbeitslohn abgegolten.⁶⁴ Lange Zeit war umstritten, ob ausnahmsweise nach § 32a UrhG ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers besteht, wenn der Arbeitslohn im Vergleich zum Wert des Urheberrechts unverhältnismäßig niedrig ist (sog. Bestseller-Fälle).⁶⁵ Nachdem bereits die Rechtsprechung auch hierauf gestützte Vergütungsansprüche abgelehnt hatte,⁶⁶ hat der Gesetzgeber im Jahr 2021 mit der Regelung des § 69a Abs. 5 UrhG Klarheit ge-

⁶² BGH 13.11.2013 – I ZR 143/12, NJW 2014, 469.

⁶³ NK-ARbR/Ulrici, 5. Aufl. 2022, § 69b UrhG Rn. 3.

⁶⁴ Spies, in: BeckOK-Urheberrecht, Stand: 01.02.2025, § 69b UrhG Rn. 17.

⁶⁵ Vgl. zum Streitstand Spies, in: BeckOK-Urheberrecht, Stand: 01.02.2025, § 69b UrhG Rn. 17.

⁶⁶ Vgl. LAG Köln 01.04.2021 – 8 Sa 729/20 – juris Rn. 108.

schaffen. Demnach sind die §§ 32-32g UrhG auf Computerprogramme nicht anwendbar, so dass jedenfalls seit dem 07.06.2021 geklärt ist, dass der Arbeitnehmer auch im Fall sog. Beststeller nicht mehr als den regulären Arbeitslohn verlangen kann.⁶⁷

Entsprechendes gilt gem. § 69 Abs. 2 UrhG, wenn ein Computerprogramm nicht von einem Arbeitnehmer, sondern einem selbstständigen Programmierer für einen Auftraggeber entwickelt wird. Auch hier steht das Nutzungsrecht dem Auftraggeber zu, sofern nichts anderes vereinbart wurde.

bb) Sonstige Werke

Für alle übrigen Werke fehlt bedauerlicherweise eine vergleichbare Regelung zu dem für Computerprogramme geltenden § 69b UrhG. In welchen Fällen und in welchem Umfang dem Arbeitgeber Nutzungsrechte eingeräumt werden, sollte daher vertraglich festgehalten werden.

Sehen weder Arbeits- noch Tarifvertrag eine Regelung vor, ist im bestehenden Arbeitsverhältnis gleichwohl von einer stillschweigenden Einräumung von Nutzungsrechten durch den Arbeitnehmer auszugehen.⁶⁸ Dies gilt jedoch nur für sog. **Pflichtwerke**, bei denen die Schaffung eines Werkes ausdrücklich oder konkludent Teil der arbeitsvertraglichen Leistungen ist (Beispiel: Schreiben eines Artikels für eine News-Plattform). Nicht stillschweigend übertragen werden Nutzungsrechte an sog. **Freiwerken**, die nicht im Rahmen der geschuldeten Tätigkeit entstehen,⁶⁹ sondern entweder komplett außerhalb des beruflichen Kontextes oder nur „bei Gelegenheit“ der Arbeit.⁷⁰

Hinweis: Um den Einzelfall einer konkreten Fallgruppe zuordnen zu können, empfiehlt es sich, die Arbeitsaufgabe des Arbeitnehmers vorab konkret festzuhalten.⁷¹

Von der stillschweigenden Einräumung der Nutzungsrechte werden ebenfalls keine unbekannten Nutzungsarten umfasst, also solche Verwertungsarten, die bei Vertragschluss nicht konkret feststehen. Denn dafür verlangt § 31a Abs. 1 UrhG zwingend Schriftform.

⁶⁷ Vgl. zur Frage der Vergütung von Altfällen *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 69b UrhG Rn. 24 f.

⁶⁸ *Wandtke*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 43 UrhG Rn. 50.

⁶⁹ Grdl. BGH 28.04.1972 – I ZR 108/70, GRUR 1972, 713.

⁷⁰ Vgl. *Schab*, NZA-RR 2015, 5, der daher noch einmal zwischen „Freiwerken“ und „Gelegenheitswerken“ differenziert.

⁷¹ *Wandtke*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 43 UrhG Rn. 17.

Bezüglich des Umfang der Übertragung gilt – sofern vertraglich nichts anderes vereinbart ist – die sogenannte **Zweckübertragungslehre** (§ 31 Abs. 5 UrhG): Das Unternehmen erhält nur diejenigen Rechte, die objektiv zur Erreichung seiner vertraglich vereinbarten Zwecke notwendig sind. Dieser Grundsatz stellt sicher, dass keine umfassendere Rechteeinräumung erfolgt, als der Arbeitgeber tatsächlich benötigt. Das Nutzungsrecht des Arbeitgebers beschränkt sich daher auf den Betriebszweck. Beispielsweise räumt ein bei einer Zeitschrift angestellter Redakteur das Nutzungsrecht an seinen Texten im Zweifel nur zur Veröffentlichung in ebendieser Zeitschrift ein.⁷²

Ob der Arbeitslohn bereits die Einräumung von Nutzungsrechten abdeckt oder ob hierfür eine gesonderte Vergütung geschuldet ist, wird kontrovers diskutiert. Gesetzlich sieht § 32 Abs. 1 UrhG vor:

„Ist die Höhe der Vergütung bei der Einräumung von Nutzungsrechten nicht bestimmt, gilt die angemessene Vergütung als vereinbart.“

Dies bedeutet, dass der Urheber auch ohne vertragliche Vereinbarung einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung hat. Die herrschende Abgeltungstheorie geht jedoch davon aus, dass der übliche Arbeitslohn das Nutzungsentgelt bereits umfasst.⁷³ Um spätere Streitigkeiten zu vermeiden, sollten Startups idealerweise in Arbeitsverträgen oder Zusatzvereinbarungen klar regeln, ob und in welcher Höhe das Unternehmen für die Nutzung der Arbeitsergebnisse zahlt. Darüber hinaus ergänzt § 32a UrhG („Bestsellerparagraph“), dass bei einem auffälligen Missverhältnis zwischen der vereinbarten Vergütung und den tatsächlichen Erträgen aus der Werknutzung eine nachträgliche Vertragsänderung zugunsten einer zusätzlichen Beteiligung verlangt werden kann.

c) Urheberpersönlichkeitsrecht

Neben den wirtschaftlichen Befugnissen bleiben dem Urheber seine Persönlichkeitsrechte vorbehalten. § 11 UrhG stellt hierzu fest:

„Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist nicht übertragbar und nicht abdingbar.“

Dazu gehören insbesondere das Recht auf Namensnennung (§ 13 UrhG), das Veröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG), das Verbot der Entstellung oder Verletzung des Werkes (§ 14 UrhG) sowie das Zugangsrecht zu Werkstücken (§ 25 UrhG). Auch im Arbeitsverhältnis kann der Urheber dem Unternehmen teilweise gestatten, diese Rechte wahrzunehmen,

⁷² Wandtke, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 43 UrhG Rn. 59.

⁷³ Vgl. hierzu Wandtke, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, § 43 UrhG Rn. 134.

beispielsweise indem er einer branchenüblichen redaktionellen Kürzung zustimmt. Ein vollständiger Verzicht auf diese Persönlichkeitsrechte ist jedoch nur in engen Grenzen und mithilfe ausdrücklicher Vereinbarungen zulässig.

Hinweis: Durch klare vertragliche Regelungen zu Art, Umfang, Gebiet und Dauer der Nutzungsrechte lassen sich spätere Streitigkeiten vermeiden. Unter anderem sollten Startups

1. in den Arbeitsverträgen klar vereinbaren, welche Werke geschuldet sind und welche Nutzungsrechte eingeräumt werden;
2. für unbekannte Nutzungsarten stets die Schriftform nach § 31a UrhG wählen;
3. Umfang und Dauer der Nutzungsrechte präzise definieren – unter Anwendung der Zweckübertragungslehre begrenzt auf betriebliche Erfordernisse;
4. Urheberpersönlichkeitsrechte respektieren und gegebenenfalls vertraglich regeln;
5. Vergütungsmodelle prüfen und gegebenenfalls zusätzliche Erfolgsbeteiligungen nach § 32a UrhG einplanen;
6. Regelungen zum Fortbestand von Nutzungsrechten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses treffen.

2. Designrecht

Nach dem DesignG sind auch Designs (bis 2014: Geschmacksmuster) schutzberechtigt, wenn diese neu sind und eine Eigenart haben. Ein Design gilt als neu, wenn vor dem Anmelde- tag kein identisches Design offenbart worden ist. Ein Design hat eine Eigenart, wenn sich der Gesamteindruck, den es beim informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamtein- druck unterscheidet, den ein anderes Design bei diesem Benutzer hervorruft, das vor dem Anmelde- tag offenbart worden ist. Wird ein Design von einem Arbeitnehmer in Ausübung seiner Aufgaben oder nach den Weisungen seines Arbeitgebers entworfen, so steht das Recht an dem eingetragenen Design gem. § 7 Abs. 2 DesignG dem Arbeitgeber zu, sofern vertraglich nichts anderes vereinbart wurde. Ein nach dem DesignG geschütztes Design ist vom Arbeitgeber grundsätzlich nicht gesondert zu vergüten, sondern ist mit dem allge- meinen Arbeitslohn abgegolten. Nach dem sog. Sonderleistungsprinzip kommt im Einzel- fall jedoch eine entsprechende Anwendung des § 32a UrhG in Betracht.⁷⁴

⁷⁴ Jestaedt, in: Jestaedt/Fink/Meiser, Designgesetz, 7. Aufl. 2023, § 7 DesignG Rn. 29 f.

Vertiefung:

Zum Verhältnis von Urheberrecht und Designschutz lesen Sie EuGH 12.02.2019 – C-683 / 17, GRUR 2019, 1185

3. Das Recht der Arbeitnehmererfindungen

Das deutsche Recht der Arbeitnehmererfindungen stellt eine besondere Schnittstelle zwischen dem allgemeinen Arbeitsrecht und dem gewerblichen Rechtsschutz dar. Für Startups ist dieses Rechtsgebiet von erheblicher praktischer Bedeutung, weil Innovationen oft entscheidend für die Wettbewerbsfähigkeit und die Investorenansprache sind. Gleichzeitig beschäftigen Startups meist kreative und forschungsnahe Mitarbeiter, die potenziell technische Erfindungen im Rahmen ihrer Tätigkeit machen. Die korrekte rechtliche Handhabung solcher Erfindungen ist daher essenziell, um wirtschaftliche Nutzungsrechte rechtssicher zu sichern und spätere Konflikte zu vermeiden.

a) Grundlagen der Arbeitnehmererfindung

Das deutsche Arbeitnehmererfindungsrecht basiert auf einem gesetzlichen Inanspruchnahmeprinzip: Die Rechte an einer Diensterfindung stehen zunächst dem Arbeitnehmer zu. Erst wenn der Arbeitgeber sie formgerecht in Anspruch nimmt, gehen die Nutzungs- und Vermögensrechte an der Erfindung auf ihn über. Vor der Inanspruchnahme gehört die Erfindung – trotz betrieblichem Kontext – dem Arbeitnehmer. Das ergibt sich aus dem Grundsatz, dass das Patentrecht der natürlichen Person den Vorrang einräumt. Eine automatische Übertragung an den Arbeitgeber findet nicht statt. Ein bloßes Arbeitsverhältnis begründet daher ohne Inanspruchnahme keine Nutzungsrechte des Arbeitgebers.

Der folgende Abschnitt stellt den rechtlichen Rahmen des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen (ArbnErfG) dar, erläutert die Pflichten von Arbeitnehmern und Arbeitgebern und gibt Hinweise zu möglichen Vereinbarungen.

aa) Begriff der Erfindung

Die folgenden Ausführungen gelten nicht für jede kluge Idee oder Innovation, sondern nur für solche Erfindungen, die patent- oder gebrauchsmusterfähig sind (vgl. § 2 ArbnErfG). Gemäß § 1 Abs. 1 Patentgesetz (PatG) ist eine Erfindung **patentfähig**, wenn die ihr zugrunde liegende Lehre zum technischen Handeln neu ist (§ 3 PatG), auf einer erforderlichen Tätigkeit beruht (§ 4 PatG) und gewerblich anwendbar ist (§ 5 PatG). § 2 PatG verbietet sodann die Patenterteilung für Erfindungen, die gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstößen, etwa das Verfahren zum Klonen von Menschen (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 PatG) oder die Verwendung menschlicher Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 PatG).

Für viele Startups relevant sein dürfte, dass **Computerprogramme und bloße Software** nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 PatG grundsätzlich nicht patentierbar sind. Der Gesetzgeber betrachtet Datenverarbeitungsanlagen in ihrer Gesamtheit – also das Zusammenwirken von Hardware und Software – nicht als schutzhfähige Erfindungen, sofern ihnen kein technischer Charakter zukommt. Ein vollständiger Ausschluss des Patentschutzes für Softwareprodukte ist jedoch nicht beabsichtigt. Entscheidend ist, ob die Software über die reine Datenverarbeitung hinaus der Lösung eines konkreten technischen Problems mit technischen Mitteln dient. Patentfähig kann ein Computerprogramm daher dann sein, wenn es nicht bloß einen Programmtext darstellt, sondern Anweisungen enthält, die auf die Verbesserung der Funktionalität eines technischen Geräts oder Verfahrens abzielen – etwa bei der Optimierung von Prozessen innerhalb einer Datenverarbeitungsanlage. Voraussetzung ist stets, dass die Software einen technischen Beitrag leistet, der über die übliche physikalische Wechselwirkung zwischen Hard- und Software hinausgeht.⁷⁵

Als **Gebrauchsmuster** geschützt werden Erfindungen, die neu sind, auf einem erfinderischen Schritt beruhen und gewerblich anwendbar sind (§ 1 GebrMG). Wesentliche Unterschiede zwischen der Anmeldung zum Patent und zum Gebrauchsmuster ergeben sich bei dem Umfang der behördlichen Prüfung, der Bindungswirkung der behördlichen Entscheidung sowie der Schutzdauer. Diese spielen für das Arbeitnehmererfindungsrecht jedoch keine Rolle.

bb) Begriff der Diensterfindung

Eine Diensterfindung ist eine Erfindung, die ein Arbeitnehmer im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses macht. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass sie entweder aus der dem Arbeitnehmer übertragenen Tätigkeit hervorgeht (sog. Auftragserfindung, vgl. (1)) oder maßgeblich auf Erfahrungen oder Arbeiten im Betrieb zurückzuführen ist (sog. Erfahrungserfindung, vgl. (2)).⁷⁶ Davon abzugrenzen sind sog. freie Erfindungen, die zwar von einem Arbeitnehmer während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses gemacht werden, ansonsten aber in keinem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen.

(1) Auftragserfindung

Eine Auftragserfindung liegt vor, wenn die Erfindung aus der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit des Arbeitnehmers resultiert. Dabei genügt ein nicht unwesentlicher Einfluss der Arbeitsleistung auf die Entstehung der Erfindung. Ob die Erfindung in der Arbeitszeit

⁷⁵ Zum Ganzen Raif, in: Boemke/Kursawe, ArbNERfG, 2. Aufl. 2024, § 2 Rn. 33 ff.

⁷⁶ Vgl. die Beispiele zur Abgrenzung von Auftrags- und Erfahrungserfindungen bei Raif, in: Boemke/Kursawe, ArbNERfG, 2. Aufl. 2024, § 4 Rn. 77 und 107.

oder im Betrieb gemacht wurde, ist unerheblich. Entscheidend ist die funktionale Verknüpfung mit der dem Arbeitnehmer zugewiesenen Aufgabe. Auch eine stillschweigende Erweiterung der Arbeitspflicht kann dabei berücksichtigt werden.

(2) Erfahrungserfindung

Bei einer Erfahrungserfindung beruht die schöpferische Leistung des Arbeitnehmers wesentlich auf dem Know-how des Unternehmens. Hierunter fällt nicht nur das unmittelbar im Betrieb erworbene Wissen, sondern auch solches, auf das der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Zugang verschafft hat (z. B. Wissen verbundener Unternehmen). Die betriebliche Vorprägung muss kausal für die Erfindung sein, etwa indem ohne dieses Wissen die Erfindung nicht oder nicht in dieser Qualität oder Geschwindigkeit möglich gewesen wäre. Dabei genügt ein relevanter Anteil, der bereits ab etwa 10 % als mitursächlich gilt.

b) Vorgehen bei Vorliegen einer Diensterfindung

aa) Meldung durch den Arbeitnehmer

§ 5 ArbnErfG verpflichtet den Arbeitnehmer, eine Diensterfindung unverzüglich und in der gesetzlich vorgesehenen Form dem Arbeitgeber zu melden. Die Meldepflicht dient dem Schutz des Arbeitgebers, indem sie ihm ermöglicht, innerhalb angemessener Frist zu entscheiden, ob er die Erfindung beanspruchen will. Gleichzeitig schützt sie auch den Arbeitnehmer, indem sie den Lauf der Fristen in Gang setzt, deren Versäumung zu einem Übergang der Rechte an der Erfindung führen kann.

Die Erfindungsmeldung muss gemäß § 5 Abs. 1 ArbnErfG zumindest in Textform (z. B. per E-Mail) erfolgen. Eine mündliche Meldung genügt nicht. Aus der Meldung muss zudem eindeutig hervorgehen, dass es sich um die Meldung einer Erfindung handelt. Eine Meldung, die diese Formvorgaben nicht wahrt, ist unwirksam mit der Folge, dass keine konkutive Inanspruchnahme der Erfindung durch den Arbeitgeber mit Ablauf von vier Monaten (vgl. § 6 Abs. 2 ArbnErfG) erfolgt.

Inhaltlich muss die Meldung gem. § 5 Abs. 2 ArbnErfG Angaben enthalten über

- die technische Aufgabe,
- deren Lösung und
- den Weg zur Erfindung (Entstehungsgeschichte).

Vorhandene Aufzeichnungen sollen beigefügt werden, soweit sie zum Verständnis der Erfindung erforderlich sind. Die Meldung soll dem Arbeitnehmer dienstlich erteilte Weisungen oder Richtlinien, die benutzten Erfahrungen oder Arbeiten des Betriebes, die Mitarbeiter sowie Art und Umfang ihrer Mitarbeit angeben. Ferner soll sie hervorheben, was der meldende Arbeitnehmer als seinen eigenen Anteil ansieht.

Eine inhaltlich mangelhafte Meldung entfaltet grundsätzlich ebenfalls nicht die Wirkung des § 6 Abs. 2 ArbnErfG, es beginnt also nicht die viermonatige Frist zur Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber. Erklärt der Arbeitgeber jedoch nicht binnen zwei Monaten, dass und in welcher Hinsicht die Meldung einer Ergänzung bedarf, gilt die Meldung als ordnungsgemäß und löst die Frist des § 6 Abs. 2 ArbnErfG nunmehr doch aus.

Der Arbeitnehmer muss die Erfindung so lange vertraulich behandeln, bis der Arbeitgeber über die Inanspruchnahme entschieden hat. Eine eigenmächtige Offenlegung (z. B. in wissenschaftlichen Publikationen) kann zu Haftungsfolgen führen.

Tipp: Gem. § 5 Abs. 3 Satz 2 ArbnErfG hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei der Ergänzung der Meldung zu unterstützen. Es bietet sich für Unternehmen daher ggf. an, von vornherein das **Muster einer Meldeerklärung** bereit zu halten. Dieses sollte folgende Aspekte aufgreifen:

1. Beschreibung der technischen Aufgabe

Zunächst muss die Erfindungsmeldung die technische Aufgabe benennen, die der Erfinder mit seiner Entwicklung zu lösen versucht hat. Diese Angabe dient nicht nur der Nachvollziehbarkeit des Innovationsbeitrags, sondern ist insbesondere im Hinblick auf die Prüfung der Erfindungshöhe von Bedeutung. Die Darstellung soll klar erkennen lassen, welches technische Problem bestand und warum eine Lösung erforderlich war.

2. Darstellung der Lösung

Sodann ist die technische Lösung zu beschreiben, also das eigentliche Kernstück der Erfindung. Dies umfasst eine detaillierte Erläuterung der erfinderischen Merkmale, der konstruktiven Umsetzung, funktionalen Wirkzusammenhänge und etwaiger Vorteile gegenüber dem Stand der Technik. Die Beschreibung muss es einem sachkundigen Dritten ermöglichen, die Erfindung inhaltlich zu verstehen und in ihrer Wirkung zu erfassen.

Dabei ist nicht notwendig, dass die Darstellung patentfähig im engeren Sinn (also neu, erfinderisch und gewerblich anwendbar) ist. Vielmehr kommt es darauf an, dass die Merkmale der Erfindung mit hinreichender technischer Tiefe dargestellt sind.

3. Entstehungsgeschichte (Weg zur Erfindung)

Ein oft übersehener, aber essenzieller Bestandteil der Erfindungsmeldung ist die Schilderung des Wegs zur Erfindung. Diese umfasst Angaben darüber, wie der Erfinder zur Lösung gelangt ist, welche Überlegungen, Versuche oder auch Misserfolge vorausgegangen sind und in welchem betrieblichen Zusammenhang die Erfindung entstanden ist.

Dieser Teil dient insbesondere der Beurteilung, ob es sich um eine Diensterfindung im Sinne von § 4 Abs. 2 ArbnErfG handelt – also ob die Erfindung aus der dem Arbeitnehmer obliegenden Tätigkeit hervorgegangen ist oder maßgeblich auf betrieblichen Erfahrungen beruht. Der Arbeitgeber kann anhand dieser Informationen seine Entscheidung über die Inanspruchnahme sachgerecht treffen.

4. Zeichnungen, Skizzen und weitere technische Unterlagen

Nach der Systematik des § 34 Abs. 4 PatG sollen der Erfindungsmeldung auch Zeichnungen, Diagramme oder technische Skizzen beigelegt werden, sofern sie zum Verständnis beitragen. Diese Visualisierungen sind zwar nicht zwingend erforderlich, erhöhen aber die Klarheit und Reichweite der Darstellung erheblich. Sie können insbesondere dann entscheidend sein, wenn sich der technische Kern der Erfindung auf bestimmte räumliche oder mechanische Strukturen bezieht.

5. Abgrenzung gegenüber dem Stand der Technik

Auch wenn das Gesetz eine umfassende Neuheitsprüfung durch den Arbeitnehmer nicht verlangt, sollte die Meldung – soweit möglich – eine Abgrenzung gegenüber dem bekannten Stand der Technik enthalten. Dies betrifft insbesondere Vorarbeiten im eigenen Betrieb, aber auch allgemein bekannte Lösungen aus Fachliteratur oder bestehenden Patenten. Ziel ist es, dem Arbeitgeber eine fundierte Bewertung zu ermöglichen, ob eine Schutzrechtsanmeldung Aussicht auf Erfolg hat.

6. Weitere Angaben: Miturheber, Vorveröffentlichungen, Drittinteressen

Ergänzend kann es angezeigt sein, weitere Angaben zu machen, etwa:

- Beteiligung anderer Arbeitnehmer (Mit- oder Miterfinder),
- etwaige frühere Offenlegungen (z. B. Konferenzbeiträge),
- Hinweise auf geplante Publikationen oder Präsentationen,
- mögliche Rechte oder Interessen Dritter (z. B. Kooperationspartner, Fördergeber).

Diese Informationen sind für die rechtssichere Bearbeitung der Erfindung durch das Unternehmen relevant, insbesondere zur Vermeidung späterer Rechtsstreitigkeiten oder Patentverluste.

bb) Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber

Der Arbeitgeber muss innerhalb von vier Monaten nach ordnungsgemäßer Meldung entscheiden, ob er die Erfindung in Anspruch nimmt oder freigibt. Die Inanspruchnahme erfolgt dabei grundsätzlich durch Erklärung gegenüber dem Arbeitnehmer (§ 6 Abs. 1

ArbnErfG). Wird keine Erklärung abgegeben, gilt die Erfindung nach Ablauf von vier Monaten automatisch als in Anspruch genommen (§ 6 Abs. 2 ArbnErfG).

Die Inanspruchnahme einer Diensterfindung durch den Arbeitgeber hat nach § 7 ArbnErfG weitreichende rechtliche Folgen. Mit Zugang der Inanspruchnahmeverklärung oder Ablauf der Vier-Monats-Frist nach § 6 Abs. 2 gehen alle vermögenswerten Rechte an der Erfindung automatisch auf den Arbeitgeber über (§ 7 Abs. 1). Der Arbeitgeber ist nach Inanspruchnahme allein befugt, die Erfindung wirtschaftlich zu nutzen, Schutzrechte (auch im Ausland) anzumelden, Lizenzen zu vergeben oder die Erfindung ganz oder teilweise zu übertragen. Er ist dabei nicht zur wirtschaftlichen Verwertung verpflichtet.

Nimmt der Arbeitgeber die Erfindung in Anspruch, muss er sie beim Deutschen Patent- und Markenamt anmelden (§ 13 ArbnErfG).

Nicht von der Inanspruchnahme erfasst ist hingegen das Erfinderpersönlichkeitsrecht, das als höchstpersönliches, unverzichtbares und unübertragbares Recht beim Arbeitnehmer verbleibt (vgl. §§ 37, 63 PatG).

c) Vergütungspflicht des Arbeitgebers

Nimmt ein Arbeitgeber eine sogenannte Diensterfindung eines Arbeitnehmers gemäß § 6 ArbnErfG in Anspruch, entsteht automatisch ein Anspruch des Erfinders auf angemessene Vergütung nach § 9 ArbnErfG. Dieser Anspruch ist unabdingbar und kann nicht im Voraus abbedungen werden. Der Zweck dieser Regelung liegt darin, einen Interessenausgleich zwischen der wirtschaftlichen Nutzung durch den Arbeitgeber und der schöpferischen Leistung des Arbeitnehmers zu gewährleisten.

Ein zentrales Prinzip des Gesetzes ist, dass die Erfindervergütung nicht durch das reguläre Arbeitsentgelt abgegolten werden darf. Klauseln, die eine pauschale Abgeltung über das Gehalt oder sonstige Leistungen vorsehen, sind nach § 22 ArbnErfG unwirksam. Auch konkludente oder pauschale Regelungen im Arbeitsvertrag reichen nicht aus, um den Anspruch des Arbeitnehmers auszuschließen oder zu erfüllen.

Rechtlich ist darauf zu achten, dass solche Vereinbarungen erst nach Meldung der Erfindung geschlossen werden (§ 22 ArbnErfG) und keine erhebliche Unbilligkeit im Sinne des § 23 ArbnErfG vorliegt.

aa) Maßstab der Angemessenheit: Lizenzanalogie und Vergütungsrichtlinien

Zur Bestimmung der Angemessenheit dient die sogenannte Lizenzanalogie als Standard. Es wird gefragt, welche Lizenz ein außenstehender Dritter für die Nutzung einer gleichwertigen Erfindung zahlen würde. Diese Bewertung wird durch die „Richtlinien für die Vergü-

tung von Arbeitnehmererfindungen im privaten Dienst“ konkretisiert.⁷⁷ Auch wenn die Richtlinien keinen Gesetzesrang besitzen, gelten sie de facto als normativer Maßstab. Ihre Anwendung wird von der Rechtsprechung regelmäßig als Indiz für die Angemessenheit der Vergütung akzeptiert.

Ein vereinfachtes Berechnungsschema lautet:

$$\text{Vergütung} = \text{Erfindungswert} \times \text{Anteilsfaktor} \times \text{Miterfinderanteil}$$

Dabei bezeichnet der Erfindungswert typischerweise einen Umsatz- oder Ertragsteil (z. B. 2 % vom Nettoumsatz). Der Anteilsfaktor berücksichtigt den Beitrag des Arbeitnehmers im Vergleich zu betrieblichen Vorgaben und Unterstützungen. Der Miterfinderanteil verteilt die Vergütung bei gemeinschaftlichen Entwicklungen.

bb) Vergütungsmodelle

Art und Umfang der Vergütung sind gem. § 12 Abs. 1 ArbnErfG in erster Linie zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu vereinbaren (vgl. hierzu sogleich unter c). Hierfür haben sich verschiedene Vergütungsmodelle etabliert, die je nach Erfindung und Unternehmen zur Anwendung gelangen können.

Typischerweise einigen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmererfinder auf eine **laufende nutzungsabhängige Vergütung**. Diese knüpft an die tatsächliche Nutzung der Erfindung im Unternehmen an. Die Ermittlung erfolgt jährlich und basiert auf produktspezifischen Umsätzen oder Lizenzwerten. Dieses Modell ist in der Regel besonders sachgerecht, aber auch administrativ aufwendig und oft schwer kalkulierbar – insbesondere für kleinere Unternehmen oder Startups ohne eigene Patentabteilung.

Neben einer laufenden nutzungsabhängigen Vergütung kommt auch eine sog. **Pauschalvergütung** in Betracht. Hier erhält der Erfinder eine einmalige oder mehrstufige Zahlung, unabhängig von der späteren Verwertung. Sie eignet sich besonders bei schwer abschätzbarem Marktwert oder bei geringer technischer Tiefe der Erfindung. Nachteile bestehen vor allem dann, wenn sich der wirtschaftliche Erfolg nachträglich als wesentlich größer erweist – in solchen Fällen kann eine gerichtliche Anpassung nach § 23 ArbnErfG erfolgen.

⁷⁷ Richtlinien für die Vergütung von Arbeitnehmererfindungen im privaten Dienst 1 vom 20.07.1959 (Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 156 vom 18.08.1959) geändert durch die Richtlinie vom 01.09.1983 (Bundesanzeiger Nr. 169, S. 9994); abrufbar unter <https://www.dpma.de/docs/dpma/richtlinienfuerdieverguetungvonarbeitnehmererfindungen.pdf>.

Einen Mittelweg zwischen laufender nutzenabhängiger Vergütung und einmaliger Pauschalvergütung wählen sog. **Incentive Systeme**. Hier wird beispielsweise bei Inanspruchnahme eine erste Prämie gezahlt, gefolgt von weiteren Zahlungen bei späteren Ereignissen (z. B. Patenterteilung, wirtschaftlicher Erfolg, Exit des Startups). Vorteilhaft ist hier die Kombination aus frühzeitiger Anerkennung und erfolgsbezogener Partizipation. Ein solches hybrides Modell dürfte sich daher in vielen Fällen für innovative Startups anbieten.

cc) Festlegung der Vergütung

Die Festlegung der Vergütung für eine in Anspruch genommene Diensterfindung erfolgt nach Maßgabe von § 12 ArbnErfG. Das Gesetz sieht hierfür ein gestuftes Verfahren vor, das sowohl eine einvernehmliche Regelung (Feststellung) als auch eine einseitige Bestimmung durch den Arbeitgeber (Festsetzung) ermöglicht. Ziel ist es, sowohl die Berechenbarkeit für den Arbeitgeber als auch die Rechtssicherheit für den Arbeitnehmererfinder zu gewährleisten.

(1) Einvernehmliche Feststellung der Vergütung

Nach § 12 Abs. 1 und 2 ArbnErfG sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer zunächst gehalten, sich binnen angemessener Frist auf Art und Höhe der Vergütung zu verständigen. Eine solche Vereinbarung ist ein zivilrechtlicher Vertrag, für den keine besondere Form vorgeschrieben ist; er kann also schriftlich, mündlich oder sogar stillschweigend geschlossen werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Vereinbarung alle zur Berechnung der Vergütung wesentlichen Faktoren eindeutig regelt. Dazu zählen insbesondere die Bezugsgrößen (z. B. Umsatz oder Produktionsmenge) und der Beteiligungssatz (etwa ein bestimmter Prozentsatz oder ein Betrag pro Stück).

Auch eine Pauschalvergütung ist zulässig, sofern sie angemessen ist. Sie kann etwa eine Einmalzahlung oder wiederkehrende Leistungen umfassen. Die Vertragsparteien können zudem vereinbaren, dass anstelle einer Geldleistung Sachleistungen oder eine Gehalts erhöhung als Vergütung dienen. In solchen Fällen kommt es entscheidend auf die Auslegung der Vereinbarung an, wobei der Gesetzeszweck einer gerechten Teilhabe des Erfinders zu berücksichtigen ist.

(2) Einseitige Festsetzung durch den Arbeitgeber

Kommt eine Einigung über die Vergütung nicht zustande, ist der Arbeitgeber nach § 12 Abs. 3 ArbnErfG berechtigt, die Vergütung einseitig festzusetzen. Diese Festsetzung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die den Vergütungsanspruch konkretisiert und in Textform mit Begründung zu verstehen ist. Sie muss spätestens drei Monate nach Erteilung des Schutzrechts erfolgen. Wird diese Frist versäumt, kann der Arbeitnehmer unmittelbar die Zahlung einer angemessenen Vergütung gerichtlich geltend machen, sofern das vorgesetzte Schiedsstellenverfahren durchlaufen wurde.

Der Arbeitnehmer kann einer einseitigen Festsetzung binnen zwei Monaten ab Zugang der Erklärung widersprechen (§ 12 Abs. 4 ArbnErfG). Erfolgt kein fristgerechter Widerspruch in Textform, wird die Festsetzung für beide Seiten verbindlich. Bei wirksamem Widerspruch ist der Arbeitgeber an einer erneuten einseitigen Festsetzung gehindert. Ab diesem Zeitpunkt ist nur noch eine einvernehmliche Regelung möglich.

(3) Anpassung der Vergütung

Schließlich regelt § 12 Abs. 6 ArbnErfG die Möglichkeit der nachträglichen Anpassung der Vergütung bei wesentlichen Veränderungen der für die ursprüngliche Festlegung maßgeblichen Umstände. Anders als bei § 23 ArbnErfG, der auf ein Missverhältnis im Zeitpunkt der Festlegung abstellt, knüpft § 12 Abs. 6 an Entwicklungen nach der Festlegung an – etwa unerwartet hohe Umsätze oder technologische Durchbrüche. Der Anspruch auf Anpassung ist gerichtlich durchsetzbar; ein automatischer Vergütungswechsel tritt nicht ein. Einmal gezahlte Vergütungen dürfen nach § 12 Abs. 6 S. 2 grundsätzlich nicht zurückgefordert werden, um die Rechtssicherheit der Arbeitnehmer zu schützen.

(4) Besonderheiten bei Miterfindern

Sind mehrere Arbeitnehmer an einer Erfindung beteiligt, muss der Arbeitgeber mit jedem Miterfinder eine eigene Vereinbarung schließen oder eine individuelle Festsetzung treffen. Streitet ein Miterfinder über die ihm zugeschriebene Quote, kann er Widerspruch einlegen („Quotenwiderspruch“). In diesem Fall darf der Arbeitgeber auch gegenüber den anderen Miterfindern die Quote neu festlegen, sofern keine vertragliche Regelung vorliegt. Ziel ist es, die interne Ausgewogenheit der Erfindervergütung zu sichern, ohne die Gesamtvergütung automatisch zu erhöhen – im Zweifelsfall ist auf § 23 ArbnErfG zurückzugreifen.

Wichtig: Unabhängig vom gewählten Vergütungsmodell sollten alle Beteiligten auf eine saubere Dokumentation der Miterfinderschaften, der Beiträge einzelner Entwickler und des tatsächlichen wirtschaftlichen Nutzens achten. Dies sorgt für Transparenz und reduziert das Risiko, das sich (einzelne) Erfinder später auf die Unbilligkeit nach § 23 ArbnErfG berufen.

Gestaltungsempfehlungen für Startups

- Schriftliche Arbeitsverträge sollten auf das ArbnErfG Bezug nehmen und klare Meldepflichten für technische Ideen enthalten.
- Interne Erfindungsmeldesysteme (z. B. über Tools oder standardisierte Formulare) sollten eingeführt werden.
- Die Patentstrategie muss frühzeitig mit Blick auf mögliche Arbeitnehmererfindungen abgestimmt werden.

- Vergütungsmodelle müssen transparent sein und ggf. modular ausgestaltet werden (z. B. Anteil an Lizenzumsatz, Bonus bei Exit etc.).
- Awareness-Schulungen für Gründer und Entwickler können sinnvoll sein, um rechtliche Fehler zu vermeiden.

d) Freie Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge

Freie Erfindungen im Sinne des § 4 Abs. 3 ArbnErfG sind alle Erfindungen eines Arbeitnehmers, die keine Diensterfindungen sind. Sie entstehen entweder außerhalb des zeitlichen oder sachlichen Anwendungsbereichs des Arbeitsverhältnisses oder ohne relevanten Bezug zur betrieblichen Tätigkeit oder zum Know-how des Arbeitgebers. Dazu zählen etwa Erfindungen, die vor Beginn oder nach Ende des Arbeitsverhältnisses gemacht werden. Solche Erfindungen unterliegen nicht der Meldepflicht nach § 5 ArbnErfG, wohl aber – unter bestimmten Voraussetzungen – den Informations- und Anbietungspflichten der §§ 18 und 19 ArbnErfG. Die Mitteilungspflicht des § 18 ArbnErfG dient dazu, dass der Arbeitgeber prüfen kann, ob auch nach seiner Einschätzung eine freie Erfindung vorliegt oder ob nicht die Voraussetzungen einer Diensterfindung erfüllt sind. Die Anbietungspflicht des § 19 ArbnErfG ist mit einem Vorkaufsrecht vergleichbar: Entscheidet sich der Arbeitnehmer dazu, seine freie Erfindung anderweitig zu verwerten, hat er zunächst dem Arbeitgeber mindestens ein nichtausschließliches Recht zur Benutzung der Erfindung zu angemessenen Bedingungen anzubieten, wenn die Erfindung im Zeitpunkt des Angebots in den vorhandenen oder vorbereiteten Arbeitsbereich des Betriebes des Arbeitgebers fällt.

Technische Verbesserungsvorschläge sind gemäß § 3 ArbnErfG Vorschläge für sonstige technische Neuerungen, die nicht patent- oder gebrauchsmusterfähig (und damit keine Erfindungen) sind. Auf sie sind die vorgenannten Regelungen zu den Diensterfindungen nicht anwendbar. Allerdings sieht § 20 Abs. 1 ArbnErfG für sog. qualifizierte technische Verbesserungsvorschläge eine Vergütungspflicht in entsprechender Anwendung von § 9 und § 12 ArbnErfG vor, sobald der Arbeitgeber sie verwertet. Ein technischer Verbesserungsvorschlag ist dann qualifiziert im Sinne des § 20 Abs. 1 ArbnErfG, wenn er dem Arbeitgeber eine mit einem Patent oder Gebrauchsmuster vergleichbare monopolähnliche Vorzugstellung einräumt und jener hierdurch die Möglichkeit erhält, den Gegenstand des Verbesserungsvorschlags unter Ausschluss der Konkurrenz alleine zu verwerten.⁷⁸

⁷⁸ BGH 26.11.1968 – X ZR 15/67, NJW 1969, 463; Schwab, NZA-RR 2015, 225 (226).

Im Übrigen können Betriebsvereinbarungen und Dienstverträge Regelungen zum Vorgehen bei technischen Verbesserungsvorschlägen enthalten – etwa im Hinblick auf deren Meldung durch den Arbeitnehmer.⁷⁹

	Dienst- erfindungen	Freie Erfindungen	Technische Verbesse- rungsvorschläge
Definition	§ 4 Abs. 1, 2 ArbnErfG	§ 4 Abs. 3 ArbnErfG	§ 3 ArbnErfG
Meldungspflicht des Arbeitneh- mers	§ 5 ArbnErfG	§ 18 ArbnErfG	-
Nutzung durch den Arbeitgeber	§§ 6, 7 ArbnErfG	Nur nach Maß- gabe des § 19 Abs. 1 ArbnErfG	Vollständig möglich auf- grund des Rechts am Ar- beitsergebnis
Vergütung	§ 9 ArbnErfG	Nur im Fall ei- ner Vereinba- rung nach § 19 Abs. 1 ArbnErfG	Für qualifizierter techni- schen Verbesserungsvor- schläge gem. § 20 Abs. 1 ArbnErfG

Übersicht ArbnErfG

⁷⁹ Vgl. die Muster-Betriebsvereinbarung von *Schwab*, in Schwab, Arbeitnehmererfindungsrecht, 4. Aufl. 2018.

HESSENMETALL

Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen e. V.
Emil-von-Behring-Straße 4,
60439 Frankfurt am Main
T +49 69 95808-0
F +49 69 95808-126
info@HESSENMETALL.de
www.HESSENMETALL.de