

# Spezialreport

Die Beschäftigung von Migranten, Flüchtlingen  
und sonstigen ausländischen Mitarbeitern  
– Ausländerrecht, Arbeitsrecht und Sozialrecht  
von Joachim Weyand / Anne Vogel

## **Impressum**

© 2015 by Deubner Verlag GmbH & Co. KG  
Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck und Vervielfältigung  
– auch auszugsweise – nicht gestattet.

### **Wichtiger Hinweis**

Die Deubner Verlag GmbH & Co. KG ist bemüht, ihre Produkte jeweils nach neuesten Erkenntnissen zu erstellen. Deren Richtigkeit sowie inhaltliche und technische Fehlerfreiheit werden ausdrücklich nicht zugesichert.

Die Deubner Verlag GmbH & Co. KG gibt auch keine Zusicherung für die Anwendbarkeit bzw. Verwendbarkeit ihrer Produkte zu einem bestimmten Zweck. Die Auswahl der Ware, deren Einsatz und Nutzung fallen ausschließlich in den Verantwortungsbereich des Kunden.

Deubner Verlag GmbH & Co. KG  
Sitz in Köln  
Registergericht Köln  
HRA 16268

Persönlich haftende Gesellschafterin:  
Deubner Verlag Beteiligungs GmbH  
Sitz in Köln  
Registergericht Köln  
HRB 37127  
Geschäftsführer: Ralf Wagner, Werner Pehland

Deubner Verlag GmbH & Co. KG  
Oststraße 11, D-50996 Köln  
Fon +49 221 937018-0  
Fax +49 221 937018-90  
kundenservice@deubner-verlag.de  
www.deubner-recht.de

Umschlag geschützt als eingetragenes Design der  
Deubner Verlag GmbH & Co. KG

Printed in Germany 2015

# Vorwort

Deutschland steht mit der gegenwärtigen Zuwanderung vor einer großen gesellschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Herausforderung. Seit annähernd zwei Jahren überquert eine große Zahl von Menschen die deutschen Grenzen auf der Flucht vor Krieg und Verfolgung, oft in der Hoffnung, hier nicht nur Schutz, sondern auch – vorübergehend oder dauerhaft – eine Arbeits- und Lebensperspektive zu finden. Gerade in jüngster Zeit ist die Zahl der Flüchtlinge noch einmal deutlich angestiegen und hat inzwischen eine Größenordnung von mehreren Tausend täglich erreicht; für das Jahr 2015 geht die Bundesregierung in ihrer jüngsten Prognose von 800.000 Zuwanderern aus, andere Schätzungen prognostizieren eine Zahl von mehr als 1 Mio. Da die Fluchtursachen – sich hinziehende Kriege im Nahen Osten und in Afghanistan, Verfolgung, Unterdrückung und Hunger in vielen afrikanischen Staaten – fortbestehen und ihre Beseitigung nicht absehbar ist, muss davon ausgegangen werden, dass sich die Zuwanderung jedenfalls kurz- bis mittelfristig nicht merklich verringern und zu einer dauerhaften Herausforderung für Staat und Wirtschaft werden wird.

Die Integration der Migranten in den hiesigen Arbeitsmarkt, insbesondere die der Asylberechtigten und Flüchtlinge, wird zu Problemen führen: Die übergroße Mehrheit dieser Menschen befindet sich im erwerbsfähigen Alter, den größten Teil bilden junge Männer im Alter zwischen 20 und 40 Jahren. Von ihnen erfüllt nur ein geringer Teil die Ausbildungsanforderungen, die für viele Arbeitsplätze gelten. Zudem verfügt nur eine verschwindende Minderheit über hinreichende Kenntnisse der deutschen Sprache. Für sie ist der Zugang zu beruflicher Ausbildung und Arbeit daher eines der wichtigsten Elemente einer gelungenen gesellschaftlichen Integration; finanzielle Unabhängigkeit, Anerkennung durch das soziale Umfeld und die Entwicklung eines Selbstwertgefühls sind zudem wesentliche Voraussetzungen für einen längerfristigen Aufenthalt in Deutschland.

Zugleich haben Staat und Gesellschaft ein großes Interesse daran, das Erwerbspotential dieser Menschen nicht in den staatlichen Sozialsystemen verharren zu lassen, sondern diese „in Arbeit“ zu bringen, auch um die Kosten der Integration in Grenzen zu halten. Die aktuellen Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt sind insoweit günstig, die Arbeitslosenquote hat im Oktober 2015 mit 6,5 % den niedrigsten Stand seit 24 Jahren erreicht, die Zahl der nicht besetzten Stellen ist so hoch wie in den letzten beiden Jahrzehnten nicht mehr. Hilfreich ist zudem, dass von einem Großteil dieser Menschen zu erwarten ist, dass sie – während ihres Anerkennungsverfahrens als Asylsuchender und danach – Arbeit suchen und Beschäftigungsverhältnisse eingehen werden; der Wunsch, durch Arbeitseinkommen zum Lebensunterhalt beizutragen und ein selbstbestimmtes Leben führen zu können, ist bei vielen sehr ausgeprägt.

Nicht zuletzt liegt angesichts des demographischen Wandels, den Deutschland bereits gegenwärtig erfährt, in der Zuwanderung auch eine große Chance: So können bereits aktuell die von den Unternehmen angebotenen Ausbildungsplätze nicht mehr besetzt werden, da die geburtschwachen Jahrgänge auf dem Ausbildungsmarkt angekommen sind. Und aller Voraussicht nach dürfte sich in den kommenden

Jahren nur mit ausländischen Arbeitskräften der Arbeitskräftebedarf der Unternehmen decken lassen: Nur durch massive Zuwanderung wird es Deutschland gelingen, langfristig seinen Lebensstandard und einen Platz unter den wichtigsten Wirtschaftsnationen in der Welt zu sichern. Die Kosten der Integration sind also eine kluge Investition in die Zukunft. Kurzum: Hinreichende Gründe, die Potentiale von geflüchteten Menschen – eine überdurchschnittliche Motivation, Eigeninitiative sowie eine hohe Lern- und Leistungsbereitschaft sowie Flexibilität, interkulturelle Erfahrungen und nicht selten Mehrsprachigkeit – stärker in den Blick zu nehmen.

Diese Ausgangslage nimmt dieser Leitfaden zum Anlass, den wichtigsten rechtlichen Fragen nachzugehen, die sich im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Migranten und Flüchtlingen stellen. Er klärt zunächst die Zulässigkeit der Beschäftigung im Hinblick auf die aufenthalts- und beschäftigungsrechtlichen Hürden; er fragt dann nach den arbeitsrechtlichen Besonderheiten, die beim Abschluss und der Ausgestaltung von Arbeitsverträgen mit ausländischen Arbeitnehmern zu berücksichtigen sind. Schließlich werden die sozialversicherungsrechtlichen Grundsätze und Ausnahmebestimmungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter aufgezeigt. Im Anhang zu diesen Erläuterungen finden sich Arbeitshilfen, in denen die wichtigsten, insbesondere arbeitsrechtlichen Sonderregelungen in den Vertragsverhältnissen mit Migranten Berücksichtigung finden.

Berücksichtigt sind Gesetzgebung und Rechtsprechung bis zum 31.10.2015. Eingearbeitet ist daher auch das am 20.10.2015 verabschiedete Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz, das am 24.10.2015 in Kraft getreten ist.

Erfurt, im November 2015

Joachim Weyand/Anne Vogel

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	7
<b>1 Zuwanderung als Herausforderung und Chance</b> .....	9
1.1 Zuwanderung .....	9
1.2 Integrationspotentiale .....	9
1.3 Integrationsprobleme ... ..	11
1.4 ... und der Umgang mit ihnen .....	11
<b>2 Gesetzliche Rahmenbedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt</b> .....	13
2.1 Überblick .....	13
2.2 Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates, eines EWR-Staates und der Schweiz .....	13
2.3 Staatsangehörige der Türkei .....	14
2.4 Angehörige von Drittstaaten .....	15
<b>3 Voraussetzungen für eine Berechtigung zur Beschäftigung</b> .....	21
3.1 Grundsatz .....	21
3.2 Aufenthaltstitel .....	21
3.3 Voraussetzungen für die Zustimmung der BA zur Erteilung eines Aufenthaltstitels .....	24
3.4 Entscheidung der BA .....	29
3.5 Rechtsschutz .....	30
<b>4 Arbeitsmarktzugang für Asylsuchende, geduldete Personen und Personen mit einem humanitären Aufenthaltstitel</b> .....	31
4.1 Allgemeines .....	31
4.2 Arbeitsmarktzugang für Asylbewerber .....	31
4.3 Geduldete Personen .....	36
4.4 Personen mit humanitärer Aufenthaltserlaubnis .....	40
4.5 Asylberechtigte und Flüchtlinge i.S.d. Genfer Flüchtlingskonvention .....	40

<b>5</b>	<b>Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer</b> .....	43
5.1	Anwendbarkeit des deutschen Arbeitsrechts .....	43
5.2	Anbahnung und Begründung eines Arbeitsverhältnisses .....	45
5.3	Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses .....	52
5.4	Anspruch auf Arbeitsentgelt.....	57
5.5	Geltung spezialgesetzlicher arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften.....	67
5.6	Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....	76
<b>6</b>	<b>Sozialversicherungsrechtliche Aspekte der Beschäftigung von ausländischen Mitarbeitern</b> .....	81
6.1	Allgemeines .....	81
6.2	Einzelne Versicherungszweige .....	81
	<b>Anhang</b> .....	85
	Muster: Unbefristeter Arbeitsvertrag (ausländischer Arbeitnehmer) .....	85
	Muster: Hospitationsvertrag .....	91
	Muster: Vertrag über ehrenamtliche Tätigkeit .....	94

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEntG	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Arbeitgeber
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AN	Arbeitnehmer
AO	Abgabenordnung
ArbStättV	Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
AsylbLG	Asylbewerberleistungsgesetz
AsylG	Asylgesetz
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz)
AufenthV	Aufenthaltsverordnung
AÜG	Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz)
BeschV	Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern (Beschäftigungsverordnung)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BQFG	Berufsqualifikationsfeststellungsgesetz
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)
DA	Durchführungsanweisung
EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)
ESTG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FreizügG	Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz)
GdB	Grad der Behinderung

GewO	Gewerbeordnung
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
HAG	Heimarbeitsgesetz
Hs.	Halbsatz
InsO	Insolvenzordnung
i.S.d.	im Sinne des/der
IK-	Informations- und Kommunikations-
i.V.m.	in Verbindung mit
JArbSchG	Gesetz zum Schutz der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz)
MuSchG	Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (Mutterschutzgesetz)
NachwG	Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz)
Nr./Nrn.	Nummer/Nummern
Rdnr.	Randnummer
RechtsVO	Rechtsverordnung
SchwarzArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz)
SchwBG	Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz)
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.U.	unter Umständen
VO	Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

# 1 Zuwanderung als Herausforderung und Chance

## 1.1 Zuwanderung

Deutschland steht aufgrund einer ungewöhnlich hohen Zuwanderung, insbesondere von Menschen aus dem vorderasiatischen Raum, vor einer großen gesellschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Herausforderung. Bereits seit annähernd zwei Jahren überquert eine hohe Anzahl von Menschen die deutschen Grenzen auf der Flucht vor Krieg und Verfolgung. Im Jahr 2014 betrug die Zahl der Asylersanträge bereits rund 173.000 und lag damit um 70 % höher als im Vorjahr.<sup>1</sup> In jüngerer Zeit ist die Anzahl der Flüchtlinge noch einmal deutlich angestiegen und hat inzwischen eine Größenordnung von mehreren Tausend täglich erreicht. Bis Ende Oktober 2015 wurden in den ersten zehn Monaten des Jahres 331.226 Erstanträge auf Gewährung von Asyl vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) entgegengenommen.<sup>2</sup> Mit einer deutlichen Steigerung dieser Zahl ist in den kommenden Wochen zu rechnen. Die Bundesregierung geht in ihrer jüngsten Prognose von insgesamt 800.000 zuwandernden Menschen im Jahr 2015 aus, andere Schätzungen vermuten gar eine Größenordnung von mehr als 1 Mio. Diese Menschen kommen oft in der Hoffnung, in Deutschland nicht nur vorübergehenden Schutz, sondern auch eine langfristige Lebensperspektive zu finden.

Angesichts dieser Dimension gerät die Fähigkeit der Bundesrepublik, diese Menschen nicht nur aufzunehmen, sondern auch zu integrieren, an ihre Grenzen. Da aber die Fluchtursachen – sich hinziehende Kriege im Nahen Osten und in Afghanistan, Verfolgung, Unterdrückung und Hunger in vielen afrikanischen Staaten – fortbestehen und ihre Beseitigung nicht absehbar ist, muss davon ausgegangen werden, dass sich die Zuwanderung kurz- bis mittelfristig nicht merklich verringern und zu einer dauerhaften Herausforderung für Staat und Wirtschaft werden wird.

## 1.2 Integrationspotentiale

Die Aufnahme, insbesondere aber die Integration dieser Menschen in den hiesigen Arbeitsmarkt, wird Probleme mit sich bringen. Zugleich bieten sich Chancen im Hinblick auf die durch die Integration gesetzten Impulse in der wirtschaftlichen Entwicklung und in der Auseinandersetzung mit den demographischen Problemen des Landes.

### 1.2.1 Belebung des Arbeitsmarkts und wirtschaftliche Impulse

Die Integration der Migranten, insbesondere der Asylberechtigten und Flüchtlinge in den hiesigen Arbeitsmarkt, wird zu Friktionen führen. Die überwiegende Mehrheit der Asylbewerber und Flüchtlinge befindet sich im **erwerbsfähigen Alter**. Den größten Anteil machen junge Männer im Alter zwischen 20 und 40 Jahren aus. In Teilen treten sie als Konkurrenten zu den bereits nach Arbeit Suchenden auf.

---

<sup>1</sup> Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Das Bundesamt in Zahlen 2014, 11 f.

<sup>2</sup> Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Asylstatistik für den Monat Oktober 2015, 2 ff.

Allerdings bietet der Arbeitsmarkt gegenwärtig günstige Bedingungen für eine erfolgreiche Integration. Nach den jüngst veröffentlichten Zahlen der Arbeitslosenstatistik hat die Arbeitslosenquote im Oktober 2015 mit 6,5 % den niedrigsten Stand seit 24 Jahren erreicht; lediglich noch 2,65 Mio. Menschen sind danach ohne Beschäftigung und die Zahl der nicht besetzten Stellen ist so hoch, wie sie in den vergangenen beiden Jahrzehnten nicht gewesen ist. Zudem dürften die mit der Aufnahme und Integration dieser Menschen zu erledigenden Aufgaben zu einer weiteren Erhöhung der Nachfrage nach Arbeitskräften führen.

Darüber hinaus sind mittel- bis langfristig zuwanderungsbedingte Impulse für die wirtschaftliche Entwicklung des Landes zu erwarten. So gehen Ökonomen davon aus, dass die Migranten bereits in fünf bis zehn Jahren einen größeren Beitrag zur Wirtschaftsleistung beitragen werden, als sie ihrerseits an Leistungen erhalten.

## 1.2.2 Demographische Entwicklung und Zuwanderung

Nicht zuletzt steckt angesichts des demographischen Wandels, den Deutschland bereits gegenwärtig erfährt, in der Zuwanderung eine Chance, sowohl dem Bevölkerungsschwund als auch der Alterung der Gesellschaft zu begegnen. So können bereits aktuell die von den Unternehmen angebotenen Ausbildungsplätze nicht mehr besetzt werden, da die geburtenschwachen Jahrgänge auf dem Ausbildungsmarkt angekommen sind. Und aller Voraussicht nach dürfte sich in den kommenden Jahren nur mit ausländischen Arbeitskräften der Arbeitskräftebedarf der Unternehmen decken lassen.

Dies gilt erst recht in mittel- bis langfristiger Perspektive. Folgt man den aktuellen Berechnungen des Statistischen Bundesamts, wird die Bundesrepublik im Jahr 2060 selbst bei einer durchschnittlichen jährlichen Nettozuwanderung von 200.000 Personen anstelle der aktuell 81,2 Mio. noch 73,1 Mio. Einwohner haben; im Fall einer Nettozuwanderung von jährlich durchschnittlich 100.000 Personen gar nur noch 63,7 Mio.<sup>3</sup> Zugleich wird das Erwerbspersonenpotential bis 2060 – wiederum in Abhängigkeit von der Zuwanderung – um eine Größenordnung von 23–30 % sinken.<sup>4</sup> Für Arbeitgeber wird es damit auf dem Arbeitsmarkt zunehmend schwieriger werden, geeignete Bewerber für offene Stellen zu finden.

Mittel- und langfristig wird damit zu rechnen sein, dass auf verschärfte Fachkräfteengpässe mit einer Anpassung der Arbeits-, Kapital- und Gütermärkte reagiert wird, d.h., dass infolge des sinkenden Arbeitsangebots auch die Kapitalausstattung sinken wird. Investitionen wandern ab in Volkswirtschaften mit einer spürbar jüngeren Bevölkerung und einem insgesamt größeren Erwerbspersonenpotential,<sup>5</sup> so dass auch die Arbeitsnachfrage sinken wird, was letztlich zu einer Schrumpfung der

---

<sup>3</sup> Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060. 13. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 15.

<sup>4</sup> Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060. 13. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 20.

<sup>5</sup> KRÖHNERT, Zur demografischen Lage der Nation, [www.bpb.de/politik/innenpolitik/demografischer-wandel/70883/demografische-lage-der-nation](http://www.bpb.de/politik/innenpolitik/demografischer-wandel/70883/demografische-lage-der-nation).

Volkswirtschaft insgesamt führen muss.<sup>6</sup> Von daher wird es Deutschland wohl nur mit Hilfe einer massiven Zuwanderung junger Menschen gelingen, langfristig seinen Lebensstandard und einen Platz unter den wichtigsten Wirtschaftsnationen in der Welt zu sichern. Die Kosten der Integration sind also eine kluge Investition in die Zukunft.

### 1.3 Integrationsprobleme ...

Gleichwohl dürfen die aktuellen Probleme der Integration nicht übersehen werden. Dazu gehört, dass nur ein geringer Teil der Zuwanderer die erforderlichen beruflichen Kenntnisse in Form einer abgeschlossenen Berufsausbildung oder eines Studiums mitbringt. Ihnen muss deshalb – vor einer langfristigen Beschäftigung – Zugang zu einer berufsbefähigenden Ausbildung und/oder zu deutschen Hochschulen verschafft werden. Häufig sind auch nur geringe Kenntnisse der deutschen Sprache vorhanden, deren Beherrschung jedoch unerlässlich für die Integration – nicht nur in den Arbeitsmarkt, sondern in das gesamte gesellschaftliche Leben – ist. Insoweit gilt es, alle Anstrengungen seitens des Staates und der Gesellschaft als Ganzes zu unternehmen, um diesen Menschen eine möglichst umfassende Sprachkompetenz zu vermitteln.

### 1.4 ... und der Umgang mit ihnen

In jedem Fall aber ist für diese Menschen der **Zugang zu beruflicher Ausbildung und Arbeit** eines der wichtigsten Elemente zu einer gelungenen gesellschaftlichen Integration; finanzielle Unabhängigkeit, Anerkennung durch das soziale Umfeld und die Entwicklung eines Selbstwertgefühls sind zudem Voraussetzung für einen längerfristigen Aufenthalt in Deutschland. Zugleich haben Staat und Gesellschaft ein großes Interesse daran, dass das Erwerbspotential dieser Menschen nicht in den staatlichen Sozialsystemen verharrt, sondern „in Arbeit“ gebracht wird. Nicht nur im Interesse der Integration, sondern einer darüber hinausgehenden gesamtgesellschaftlichen Stabilität ist daher eine möglichst hohe Erwerbsquote der zuwandernden Menschen anzustreben. Dabei dürften wiederum das Engagement der Arbeitsmarktakteure, eingeschlossen die Gewerkschaften und die Verbände der Arbeitgeber, sowie eine hohe Flexibilität beim Einsatz der arbeitsrechtlichen Instrumente eine nicht zu unterschätzende Bedeutung einnehmen.

Im Übrigen lässt sich dabei auf die Potentiale zurückgreifen, die sich mit einem Großteil der zuwandernden Menschen verbinden lassen: Die übergroße Mehrheit von ihnen vollzieht die Zuwanderung in der Absicht, nach der Ankunft in Deutschland – während ihres Anerkennungsverfahrens zum Asylberechtigten und danach – Arbeit zu suchen und Beschäftigungsverhältnisse einzugehen; der Wunsch, durch ein Arbeitseinkommen zum Lebensunterhalt beitragen und ein selbstbestimmtes Leben führen zu können, ist bei vielen ausgeprägt.

---

<sup>6</sup> VOLLMER, Bestimmung von Fachkräftengpässen und Fachkräftebedarfen in Deutschland. Fokus-Studie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN), 20.

Zudem bringt ein großer Teil der Asylbewerber und Flüchtlinge, die der Armut und der unmittelbaren Bedrohung ihres Lebens entronnen sind, eine überdurchschnittliche Motivation, Eigeninitiative und eine hohe Lern- und Leistungsbereitschaft mit – Eigenschaften, mit denen sich fehlende Sprachkenntnisse und Ausbildungsnachweise zu einem guten Teil kompensieren lassen. Und nicht zuletzt weisen diese Menschen, auch wenn es an formellen schulischen oder beruflichen Bildungsabschlüssen mangelt, Kompetenzen und Erfahrungen aus ihren Heimatländern – wie etwa Mehrsprachigkeit, Flexibilität und interkulturelle Erfahrung – auf, die am Arbeitsmarkt gefragt sind und sich vor allem für das Arbeit anbietende Unternehmen auszahlen können.

## 2 Gesetzliche Rahmenbedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt

### 2.1 Überblick

Unter welchen Voraussetzungen Ausländer (Nichtdeutsche i.S.d. § 116 GG) in Deutschland arbeiten dürfen, richtet sich im Wesentlichen nach ihrem Aufenthaltsstatus und damit zusammenhängend ihrer Arbeitserlaubnis.

Insoweit ist zwischen folgenden Personengruppen zu unterscheiden:

- Zuwanderer aus einem **Mitgliedstaat der Europäischen Union (EU)**, einem **Staat des Europäischen Wirtschaftsraums** (Island, Norwegen und Liechtenstein, EWR-Staat) und der **Schweiz**
- Zuwanderer aus der **Türkei**
- Zuwanderer aus sogenannten **Drittstaaten** (Nicht-EU-Staaten, Nicht-EWR-Staaten, nicht Schweiz), darunter auch Zuwanderer mit **Flüchtlingsstatus**

### 2.2 Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaates, eines EWR-Staates und der Schweiz

**Staatsangehörige** eines EU-Mitgliedstaates (= Unionsbürger) und eines EWR-Staates genießen uneingeschränkte Freizügigkeit und dürfen ohne jede Beschränkung in jedem EU-Mitgliedstaat eine Beschäftigung aufnehmen.

Aufgrund der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) sind Arbeitnehmer aus anderen EU-Staaten inländischen Arbeitnehmern rechtlich gleichgestellt. Sie bedürfen deshalb weder eines Aufenthaltstitels bzw. sonstigen Aufenthaltsdokuments noch einer Arbeitserlaubnis der Ausländerbehörde mit Zustimmung der Arbeitsverwaltung, um eine Beschäftigung in Deutschland aufnehmen zu dürfen. Das Gleiche gilt auch für Staatsangehörige der EWR-Staaten Island, Norwegen und Liechtenstein, obwohl diese nicht Mitglieder der Europäischen Union sind, aufgrund des § 12 FreizügG. Des Weiteren werden Staatsangehörige der Schweiz den Unionsbürgern gleichgestellt. Zwar gehört die Schweiz nicht zu den EWR-Staaten, ihre Bürger werden aber durch das zwischen der Schweiz und der EU geschlossene **Freizügigkeitsabkommen** entsprechend privilegiert.

Nach den EU-Erweiterungen in den Jahren 2004 (sog. EU-Osterweiterung), 2007 (Bulgarien und Rumänien) und 2013 (Kroatien) wurden im Interesse der alten Mitgliedstaaten **Übergangsregelungen** zur schrittweisen Umsetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in den neu beigetretenen Mitgliedstaaten geschaffen, um einem möglichen Ansturm osteuropäischer Arbeitskräfte auf die westeuropäischen Arbeitsmärkte zu begegnen. Im deutschen Recht wurden diese vorübergehenden Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit in § 284 SGB III umgesetzt. Angehörige der Beitrittsstaaten durften danach auch nach dem Beitritt weiterhin nur mit einer **Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis** nach den Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes und der Beschäftigungsverordnung einer Beschäftigung in Deutschland nachgehen. Die Länge der Übergangsfrist konnten die Mitgliedstaaten selbstständig nach dem gestaffelten 2+3+2-Modell festlegen. Deutschland hat – im Gegensatz zu anderen

Mitgliedstaaten – nicht darauf verzichtet und die insgesamt siebenjährige Übergangsfrist nach den EU-Erweiterungen 2004 und 2007 voll ausgeschöpft.

Für die zehn zum 01.05.2004 beigetretenen Staaten ist die **Übergangsfrist** zum 30.04.2011 abgelaufen; für die zum 01.07.2007 beigetretenen Staaten Bulgarien und Rumänien endete die Übergangsphase mit dem 31.12.2013.

Bis zum 30.06.2015 hatten auch **kroatische Staatsangehörige** keine volle Freizügigkeit und bedurften einer Beschäftigungsgenehmigung nach § 284 SGB III; ihre Beschäftigung war damit von der Erteilung der Arbeitserlaubnis-EU und damit von den Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz AufenthG abhängig. Im Frühjahr 2015 beschloss die Bundesregierung, von den Möglichkeiten einer Beschränkung der Freizügigkeit in der zweiten und dritten Phase des Beitritts Kroatiens keinen Gebrauch mehr zu machen. Seit dem 01.07.2015 genießen daher auch kroatische Staatsangehörige uneingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Bundesrepublik.

Somit sind für alle Beitrittsstaaten in der jüngeren Zeit die Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufgehoben, so dass die **Staatsangehörigen aller 28 Mitgliedstaaten der EU** umfassenden Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt haben; sie dürfen sich ohne gesonderte Genehmigung in Deutschland aufhalten und hier eine Beschäftigung aufnehmen. Für in Deutschland beschäftigte Unionsbürger, Angehörige eines EWR-Staates oder der Schweiz gelten somit in jeder Hinsicht die gleichen rechtlichen Regelungen wie für deutsche Arbeitnehmer.

## 2.3 Staatsangehörige der Türkei

Personen, die über eine Staatsangehörigkeit der Türkei verfügen, ist aufgrund des **Assoziierungsabkommens EWG/Türkei** die stufenweise Herstellung der Freizügigkeit garantiert. Auf der Grundlage des Assoziierungsabkommens und dem dazugehörigen Zusatzprotokoll vom 23.11.1970 hat der Assoziationsrat in seinem Beschluss Nr. 1/80 die näheren Regelungen zur Umsetzung der Abkommensziele getroffen. Demnach hat ein türkischer Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates bereits angehört, also bereits als Arbeitnehmer beschäftigt ist, in diesem – und nur in diesem Mitgliedstaat –

- nach **einem Jahr** ordnungsgemäßer Beschäftigung einen **Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeitserlaubnis** bei demselben Arbeitgeber,
- nach **drei Jahren** ordnungsgemäßer Beschäftigung das Recht, sich auf ein anderes Stellenangebot bei einem anderen Arbeitgeber für denselben Beruf zu bewerben,
- nach **vier Jahren** ordnungsgemäßer Beschäftigung **freien Zugang zum gesamten Arbeitsmarkt** und damit zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung.

Sonderregelungen für die Einreise und erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung existieren nicht. Dementsprechend ist das nationale Recht der Mitgliedstaaten anwendbar. Für türkische Staatsangehörige gelten für diese Fragen daher die gleichen Bestimmungen wie für alle anderen Drittstaatsangehörigen.

Die Sonderregelungen des Assoziierungsabkommens gewähren türkischen Arbeitnehmern daher keine Freizügigkeit, wie sie für Unionsbürger besteht, sondern er-

leichtern lediglich die Verlängerung der Arbeits- und Aufenthaltsgenehmigung für diejenigen, die bereits im Arbeitsmarkt integriert sind. Zudem berechtigen sie türkische Arbeitnehmer nicht, in einem anderen Mitgliedstaat zu leben und zu arbeiten. Die aufgrund des Assoziierungsabkommens verliehenen Arbeits- und Aufenthaltsrechte beschränken sich jeweils nur auf den Staat, in dem sie erworben wurden.

## 2.4 Angehörige von Drittstaaten

### 2.4.1 Grundsatz

Für Angehörige von Drittstaaten, also Angehörige von Staaten, die weder Mitglied der EU noch des EWR noch Staatsangehörige der Schweiz oder der Türkei sind, gilt ein gänzlich anderes Recht. Ihnen ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit, sei es eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit, nur unter **strengen Voraussetzungen** gestattet, die ihre gesetzlichen Grundlagen in einer Fülle von Gesetzen und Verordnungen finden.<sup>7</sup>

Der Zugang von Drittstaatsangehörigen zum Arbeitsmarkt, d.h. einer abhängigen Beschäftigung orientiert sich – wie dies die insoweit zentrale Vorschrift des Ausländerbeschäftigungsrechts, § 18 AufenthG, in ihrem Absatz 1 formuliert – „an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen“. Der Zugang von Drittstaatsangehörigen zum Arbeitsmarkt wird damit im Grundsatz von beschäftigungspolitischen Nützlichkeitsabwägungen bestimmt und dementsprechend gezielt gesteuert.

### 2.4.2 Entwicklung der Zulassungsvorschriften

Unterstrichen wird diese Diagnose durch einen Blick auf die Entwicklung der beschäftigungsrechtlichen Zulassungsregeln im Verlauf der letzten zehn Jahre.

#### 2.4.2.1 Vom Anwerbestopp zur Öffnung des Arbeitsmarktes

Ein seit dem Jahre 1973 bestehender Anwerbestopp ermöglichte es drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern nur in Ausnahmefällen und i.d.R. lediglich für einen befris-

---

<sup>7</sup> Beachtenswert ist, dass für die Erlaubnis zur Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung und zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit unterschiedliche Maßstäbe gelten. Eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit kann bereits unter den Voraussetzungen erteilt werden, dass ein wirtschaftliches Interesse oder regionales Bedürfnis besteht, die Tätigkeit positive Auswirkungen auf die Wirtschaft erwarten lässt und die Finanzierung der Umsetzung durch Eigenkapital oder Kreditzusage gesichert ist, § 21 Abs. 1 Satz 1 AufenthG. Besitzt ein Ausländer bereits eine Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Zweck, also z.B. aus humanitären Gründen, kann ihm die Ausländerbehörde die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit erlauben, auch ohne dass die genannten Voraussetzungen vorliegen, denn der für die Erteilung seiner Aufenthaltsgenehmigung maßgebliche Zweck ändert sich nicht. Voraussetzung der Erlaubniserteilung ist dann nur, dass die durch sonstige Vorschriften erforderlichen Erlaubnisse (z.B. Approbation) erteilt wurden bzw. ihre Erteilung zugesagt wurden, § 21 Abs. 6 AufenthG. Dagegen ist Ausländern, die nicht über eine Aufenthaltserlaubnis, sondern eine Aufenthaltsgestattung oder Duldung verfügen – zu diesen Aufenthaltsrechten Näheres unter 3.2.3 – die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit verwehrt, § 60a Abs. 6 AufenthG, § 61 AsylG.

teten Zeitraum zu Erwerbszwecken nach Deutschland zu kommen. Im Jahre 2000 wurde erstmals mit der sogenannten Green Card eine Sonderregelung für Fachkräfte der Informations- und Kommunikationstechnologien mit auf fünf Jahre befristeten Aufenthalts- und Arbeitserlaubnissen erlassen; das erwünschte Ziel wurde mit dieser Regelung nicht erreicht. Im Übrigen wurde bis in die Mitte des letzten Jahrzehnts eine – die Probleme des bundesdeutschen Arbeitsmarkts spiegelnde – **restriktive Politik der Ausländerbeschäftigung** beibehalten.

Mit dem zum 01.01.2005 in Kraft getretenen Zuwanderungsgesetz vollzog der Gesetzgeber erstmals eine vorsichtige Wende hin zu einer **Öffnung des Arbeitsmarktes** und erweiterte diese schrittweise in den Folgejahren, und zwar bis in die jüngste Vergangenheit hinein. Erst unter dem Eindruck der seit dem Sommer 2015 massiv steigenden Flüchtlingszahlen hat er – mit dem jüngst verabschiedeten Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz – wieder erste Restriktionen verfügt.

#### **2.4.2.2 Gesetzliche Maßnahmen im Einzelnen**

Am Beginn dieser Entwicklung stand die Hochschulabsolventen-Zulassungsverordnung, die vor dem Hintergrund eines Fachkräftemangels in vielen Branchen und Berufen – festgestellt wurde das Fehlen von Ingenieuren, Technikern, IT-Fachkräften, Ärzten, Lehrern etc. – den Arbeitsmarktzugang für Absolventen deutscher Hochschulen und für Staatsangehörige der neuen Mitgliedstaaten der EU erleichtern sollte. Die aus dem 2008 verabschiedeten „Aktionsprogramm der Bundesregierung – Beitrag der Arbeitsmigration zur Sicherung der Fachkräftebasis in Deutschland“ resultierenden Regelungen des **Gesetzes zur arbeitsmarktdäquanten Steuerung der Zuwanderung Hochqualifizierter und zur Änderung weiterer ausländerrechtlicher Regelungen (Arbeitsmigrationssteuerungsgesetz)**,<sup>8</sup> in Kraft seit 01.01.2009, sahen weitere Erleichterungen, nun auch für geduldete Ausländer, vor. Diesem Gesetz schloss sich 2011 das **Gesetz zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen (Anerkennungsgesetz)**<sup>9</sup> an, mit dem erstmals ein Rechtsanspruch auf Überprüfung der Gleichwertigkeit einer im Ausland erworbenen Berufsqualifikation mit einem deutschen Berufsabschluss geschaffen wurde. Seine Regelungen zielten darauf ab, die Einbindung ausländischer Fachkräfte in den deutschen Arbeitsmarkt zu erleichtern.

Es folgte im Jahr 2012 das **Gesetz zur Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie der EU**.<sup>10</sup> Der Gesetzgeber nutzte die Gelegenheit und setzte mit dem Gesetz nicht nur die EU-Richtlinie um, sondern nahm darüber hinausgehende Änderungen im deutschen Aufenthalts- und Beschäftigungsrecht für Ausländer vor. Mit dem Ziel, Beschäftigungsentgängen entgegenzuwirken und die Attraktivität des deutschen Arbeitsmarkts zu erhöhen, wurden für Fachkräfte und hochqualifizierte Zuwanderer zahlreiche Vereinfachungen – von der Option einer umfangreicheren Beschäftigung während des Studiums über die Möglichkeit eines Aufenthalts zum Zwecke der Beschäftigungssuche bis hin zu einer schnelleren Erteilung einer Niederlassungserlaubnis – geschaffen.

---

<sup>8</sup> BGBl I 2008, 2846.

<sup>9</sup> BGBl I 2011, 2515.

<sup>10</sup> BGBl I 2012, 1224.

Zielten diese Maßnahmen noch auf Hochqualifizierte und dringend benötigte Fachkräfte in einzelnen Berufen ab, wurde der Arbeitsmarkt in den vergangenen drei Jahren auch für geringere Qualifikationsniveaus, insbesondere Asylbewerber und geduldete Personen, geöffnet. Dies geschah zunächst durch das **Gesetz zur Verbesserung der Rechte von international Schutzberechtigten und ausländischen Arbeitnehmern**<sup>11</sup> des Jahres 2013, mit dem u.a. der Arbeitsmarkt umfassend für nachgezogene Familienangehörige geöffnet wurde. Kurze Zeit später wurden durch die **Verordnung zur Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern**<sup>12</sup> neben einer Reihe materiell-rechtlicher Veränderungen auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht zahlreiche Vereinfachungen vorgenommen. So wurden auch die vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen praktisch bedeutendsten Regelungen eingeführt, dass Personen mit einer Aufenthaltsgenehmigung aus völkerrechtlichen, politischen oder humanitären Gründen eine uneingeschränkte Beschäftigungserlaubnis ohne Zustimmung der BA erteilt werden kann und für Personen mit Aufenthaltsgestattung ebenfalls der erleichterte Arbeitsmarktzugang entsprechend den Regelungen für Geduldete gilt. Schließlich wurde durch eine weitere Änderung der Beschäftigungsverordnung 2015 (BeschV) die Wartezeit, in der Personen mit Duldung und Aufenthaltsgestattung der Zugang zum Arbeitsmarkt vollständig verwehrt ist, nochmals deutlich, und zwar auf nunmehr drei Monate, verkürzt.

Das am 20.10.2015 verabschiedete **Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz**<sup>13</sup> sieht erstmals wieder Einschränkungen hinsichtlich des Zugangs zum Arbeitsmarkt für Drittstaatsangehörige vor. So ist nunmehr für Personen aus **sicheren Herkunftsstaaten** mit Aufenthaltsgestattung eine Beschäftigung während des gesamten Asylverfahrens vollständig ausgeschlossen. Zugleich aber wurde für den Bereich der **Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit)** der Arbeitsmarktzugang – einer Forderung der Wirtschaftsverbände entsprechend – erweitert: Für alle anderen Personen mit Aufenthaltsgestattung und Duldung wird nun unter bestimmten Voraussetzungen der Weg in die Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit) sogar schon nach einem Aufenthalt von 15 Monaten gebnet.

### 2.4.3 Aktuell maßgebliche Bestimmungen

Im Einzelnen richtet sich der Zugang von nicht privilegierten Drittstaatsangehörigen zum deutschen Arbeitsmarkt nach den Vorschriften des

- **Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG)**, das Einreise, Aufenthalt, Erwerbstätigkeit und Aufenthaltsbedingungen von Ausländerinnen und Ausländern regelt, und der dieses Gesetz ergänzenden **Aufenthaltsverordnung (AufenthV)**,
- ggf. i.V.m. dem **Asylgesetz (AsylG)**, das das Asylverfahren der Bundesrepublik Deutschland regelt, und

---

<sup>11</sup> BGBl I 2013, 3484.

<sup>12</sup> BGBl I 2013, 1499.

<sup>13</sup> BGBl I 2015, 1711.

- der **Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern (Beschäftigungsverordnung – BeschV)**, die die Zuwanderung ausländischer Arbeitnehmer steuert und bestimmt, unter welchen Voraussetzungen sie und die bereits in Deutschland lebenden Ausländer zum Arbeitsmarkt zugelassen werden können; sie regelt auch, unter welchen Voraussetzungen die Beschäftigung drittstaatsangehöriger Personen einer Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit (BA) bedarf und welche Arbeitnehmertätigkeiten zustimmungsfrei ausgeübt werden dürfen.

Im Übrigen ist das **Gesetz über die Feststellung der Gleichwertigkeit von Berufsqualifikationen (Berufsqualifikationsfeststellungsgesetz – BQFG)** zu berücksichtigen; das Gesetz trifft keine zulassungsrechtlichen Voraussetzungen, sondern regelt das Verfahren zur Anerkennung von im Ausland erworbenen Bildungsabschlüssen. Es trifft damit die Festlegung, in welcher Funktion eine zugewanderte Person beschäftigt werden kann und wie sie zu vergüten ist.

## **2.4.4 Erwerbstätigkeits-/Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt**

### **2.4.4.1 Grundsatz**

Für die Angehörigen eines Drittstaates gilt zunächst der Grundsatz, dass sie für eine Einreise nach Deutschland und den Aufenthalt im Bundesgebiet eines **Aufenthaltstitels** gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG bedürfen. Das Aufenthaltsrecht und der Inhalt des Aufenthaltstitels richten sich dabei nach dem Aufenthaltswitzweck (z.B. Ausbildung, Erwerbstätigkeit, Familiennachzug oder humanitäre Gründe).

Nicht jeder Aufenthaltstitel berechtigt automatisch auch zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, d.h. einer abhängigen Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit. Zu unterscheiden sind zwei Gruppen von Aufenthaltstiteln (§ 4 Abs. 2 Satz 1 AufenthG): Einerseits solche Aufenthaltstitel, für die bereits das Gesetz bestimmt, dass sie zur Erwerbstätigkeit berechtigen – das sind die Aufenthaltstitel, die gerade zum Zweck der Erwerbstätigkeit erteilt werden, wie z.B. die Niederlassungserlaubnis, die Blaue Karte EU und der Daueraufenthalt EU –, und andererseits die Aufenthaltstitel, die nur dann zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigen, wenn der Aufenthaltstitel selbst ausdrücklich dazu erlaubt – hierunter fällt die Aufenthaltserlaubnis. Sofern der Aufenthaltstitel selbst eine Erwerbstätigkeit gestatten muss, muss vorab durch die Ausländerbehörde unter Beteiligung der BA im Rahmen einer Ermessensentscheidung eine entsprechende Erlaubnis erteilt werden. Der Zugang von Drittstaatsangehörigen zum Arbeitsmarkt wird also von der Erfüllung bestimmter materiell- und verfahrensrechtlicher Voraussetzungen abhängig gemacht. Es handelt sich mithin um ein Erwerbstätigkeits- bzw. Beschäftigungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Mit der Zulassung der Einreise und dem Aufenthalt ist daher nicht automatisch eine Zulassung der Erwerbstätigkeit verbunden. Entsprechendes gilt für den Fall, dass sich diese Personen bereits in Deutschland aufhalten und nunmehr eine Erwerbstätigkeit anstreben.

#### 2.4.4.2 Erlaubnis einer Erwerbstätigkeit

Dementsprechend benötigen die an einer Erwerbstätigkeit interessierten Personen einen zu dieser Erwerbstätigkeit berechtigenden **Aufenthaltstitel**, der seine gesetzliche Grundlage im AufenthG hat – sei es ein Aufenthaltstitel, der aufgrund einer gesetzlichen Regelung dazu berechtigt, oder ein Aufenthaltstitel, der auf der Grundlage einer Einzelfallentscheidung eine Erwerbstätigkeit gestattet. Für den Fall, dass es sich bei dem Erwerbstätigen um einen Asylbewerber oder eine geduldete Person handelt, muss ein sonstiges den Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit gestattendes Dokument, nämlich der Nachweis über den Aufenthaltsstatus oder die Duldung und damit verbunden eine Arbeitserlaubnis vorliegen.<sup>14</sup>

Die insoweit zentrale Vorschrift des § 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG wird ergänzt durch § 4 Abs. 3 Satz 2 AufenthG, in der dem Arbeitgeber vorgeschrieben wird, Personen aus einem Drittstaat nur dann zu beschäftigen, wenn diese über einen Aufenthaltstitel verfügen. Schließlich erlegt § 4 Abs. 3 Satz 4 AufenthG demjenigen, der Personen aus Drittstaaten beschäftigt (oder mit nachhaltigen entgeltlichen Dienst- und Werkleistungen beauftragt), die Pflicht auf, **selbst zu prüfen**, ob entweder der Aufenthaltstitel eine Erwerbstätigkeit erlaubt oder zumindest ein Ausnahmetatbestand vorliegt.

#### 2.4.4.3 Erteilungsverfahren

Die Erteilung eines Aufenthaltstitels, der die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, wird seit dem 01.01.2005 (Zuwanderungsgesetz) von der Ausländerbehörde vorgenommen. Die hierfür maßgebliche Grundnorm ist § 18 Abs. 2 AufenthG. Danach kann einem Ausländer eine die Beschäftigung berechtigende Aufenthaltserlaubnis durch die Ausländerbehörde erteilt werden, wenn die BA dem zustimmt oder wenn – ausnahmsweise – eine solche Zustimmung entbehrlich ist.

Damit ist das zuvor geltende doppelte Genehmigungsverfahren, in das die Ausländerbehörde und die BA einbezogen waren, aufgehoben und durch ein **behördeninneres Zustimmungsverfahren** ersetzt worden, bei dem die zuständige Ausländerbehörde die BA um Zustimmung ersucht (sog. One-Stop-Government): Die Ausländerbehörde prüft die allgemeinen ausländerrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels. Der BA obliegt die Entscheidung, ob eine Beschäftigungsmöglichkeit bzw. Beschäftigungsnotwendigkeit besteht. Die Beantragung einer Arbeitserlaubnis bei der Arbeitsverwaltung ist daher nicht mehr erforderlich; die Ausländerbehörde entscheidet in eigener Zuständigkeit.

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem tatsächlichen oder beabsichtigten Aufenthaltsort des ausländischen Antragstellers.

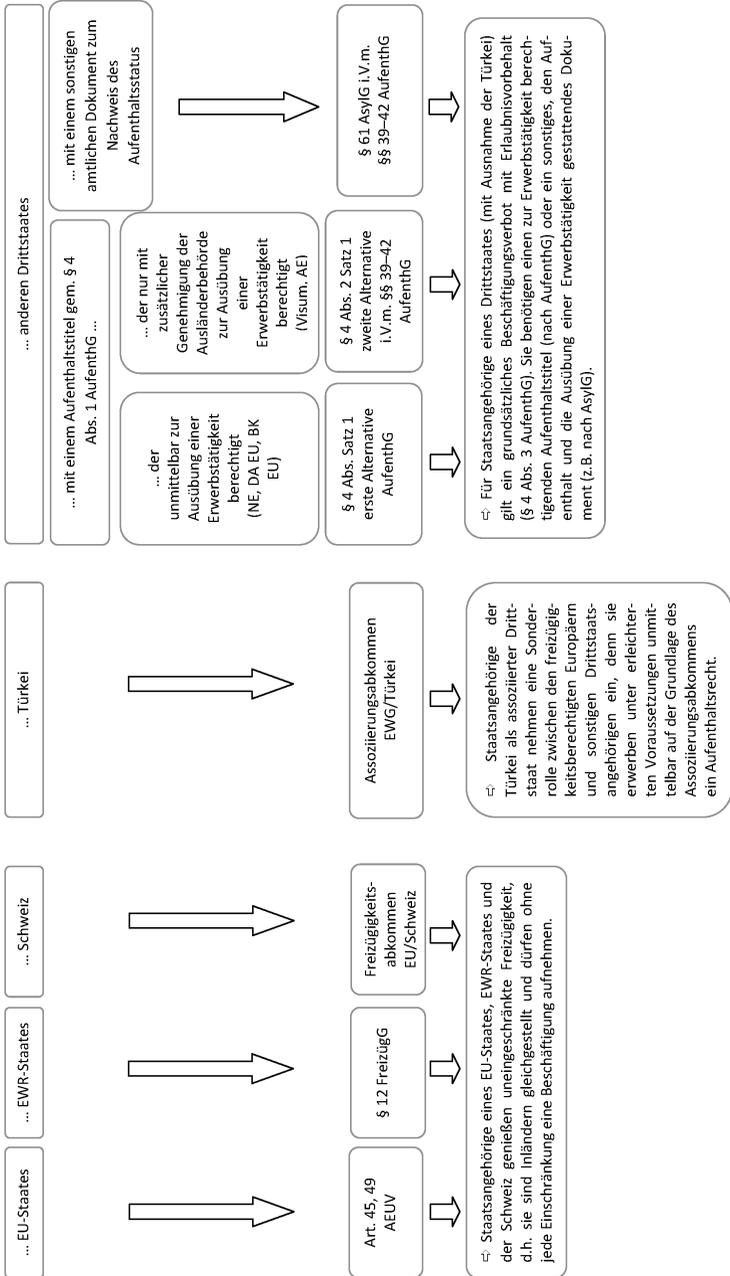
---

<sup>14</sup> Zu diesen Aufenthaltsrechten, die ihre gesetzlichen Grundlagen in § 61 Abs. 1 AsylG und § 60a AufenthG haben, siehe die Erläuterungen unter 3.2.3.

## Zugang von Ausländern zum deutschen Arbeitsmarkt

- Überblick nach Herkunftsstaat -

Angehörige eines/der



## 3 Voraussetzungen für eine Berechtigung zur Beschäftigung

### 3.1 Grundsatz

Der Zugang zum Arbeitsmarkt ist damit zunächst von einem Aufenthaltstitel bzw. dem Nachweis des Aufenthaltsstatus abhängig, sodann muss, sofern eine Beschäftigung angestrebt wird, im Regelfall die Zustimmung der BA zu dieser Beschäftigung vorliegen, sofern diese nicht im Einzelfall – auf der Grundlage einer Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder einer zwischenstaatlichen Vereinbarung – entbehrlich ist.

### 3.2 Aufenthaltstitel

Die Aufenthaltstitel werden im AufenthG aufgelistet.

#### 3.2.1 Visum und Aufenthaltserlaubnis

Es sind dies zunächst die Titel, die zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigen.

Dabei handelt es sich um

- das **Visum**, § 6 AufenthG, und
- die befristete **Aufenthaltserlaubnis**, § 7 AufenthG.

Die Erteilung dieser Aufenthaltstitel setzt grundsätzlich voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist, die Identität und die Staatsangehörigkeit des Ausländers geklärt sind, kein Ausweisungsgrund vorliegt und der Ausländer einen gültigen Pass oder Passersatz besitzt. Das Visum und die Aufenthaltserlaubnis, die zum Zweck der Beschäftigung erteilt wurden, sind zu widerrufen, wenn und soweit die BA die Zustimmung zur Ausübung der Beschäftigung widerrufen hat.

Eine Erwerbstätigkeit darf auch nur dann aufgenommen werden, wenn der Aufenthaltstitel **hierzu ausdrücklich berechtigt**. Soweit im Aufenthaltstitel keine entsprechende Aussage getroffen wird, ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht gestattet (§ 4 Abs. 3 AufenthG), es sei denn, in zwischenstaatlichen Vereinbarungen, in einem Gesetz oder einer Rechtsverordnung wird die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ohne Aufenthaltstitel ausdrücklich erlaubt.

#### 3.2.2 Niederlassungserlaubnis, Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU, Blaue Karte EU

Soweit Angehörige von Drittstaaten, die sich **bereits (legal) im Bundesgebiet aufhalten**, beispielsweise bereits eine Aufenthaltserlaubnis aus Gründen des Familiennachzugs besitzen, einer Beschäftigung nachgehen wollen, unterliegen auch sie einer strengen Bindung von Aufenthalt und Aufenthaltzweck, so dass in diesen Fällen grundsätzlich eine Beschäftigung ausgeschlossen ist. Auch sie bedürfen grundsätzlich einer Aufenthaltserlaubnis, der die BA zuzustimmen hat.

Eben diese Personengruppe kann auf den dritten Aufenthaltstitel zurückgreifen, bei dem es sich um die unbefristete **Niederlassungserlaubnis**, § 9 AufenthG, handelt. Diese Niederlassungserlaubnis, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt, ist dem Ausländer auf Antrag zu erteilen, wenn

- dieser seit fünf Jahren die Aufenthaltserlaubnis besitzt,
- sein Lebensunterhalt gesichert ist,
- er mindestens 60 Monate Pflichtbeiträge oder freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung geleistet hat oder Aufwendungen für einen Anspruch auf vergleichbare Leistungen einer Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung oder eines Versicherungsunternehmens nachweist; berufliche Ausfallzeiten aufgrund von Kinderbetreuung oder häuslicher Pflege werden entsprechend angerechnet,
- Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unter Berücksichtigung der Schwere und Art des Verstoßes gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder der vom Ausländer ausgehenden Gefahr unter Berücksichtigung der Dauer des bisherigen Aufenthalts und dem Bestehen von Bindungen im Bundesgebiet nicht entgegenstehen,
- die Beschäftigung erlaubt ist, sofern er Arbeitnehmer ist,
- er im Besitz der sonstigen für eine dauernde Ausübung seiner Erwerbstätigkeit erforderlichen Erlaubnisse ist,
- er über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt,
- er über Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet verfügt und
- er über ausreichenden Wohnraum für sich und seine mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen verfügt.

Gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 AufenthG sind die Voraussetzungen der Nr. 7 und 8 mit dem erfolgreichen Abschluss eines Integrationskurses nachgewiesen.

Daneben können Staatsangehörige aus Drittstaaten, die seit mindestens **fünf Jahren** in einem EU-Staat leben, unter bestimmten Voraussetzungen die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten (**Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU**) erhalten. Auch dieser Titel berechtigt kraft gesetzlicher Anordnung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, ohne dass hierfür eine Zustimmung der BA eingeholt werden muss, § 9a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, § 9 BeschV. Zu den Aufenthaltstiteln gehört schließlich auch die **Blaue Karte EU**, § 19a AufenthG.

Schließlich können auch ausländische Staatsangehörige, die sich bereits **mehrere Jahre** in Deutschland geduldet aufgehalten haben, unter den Voraussetzungen der §§ 104a, 104b AufenthG eine **Aufenthaltserlaubnis** erhalten. Auch diese Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur unbeschränkten Ausübung einer Erwerbstätigkeit, § 104a Abs. 4 Satz 2 AufenthG. Zudem berechtigt der Aufenthaltstitel eines Familienangehörigen unter den in § 29 Abs. 5 AufenthG bestimmten Voraussetzungen zur Erwerbstätigkeit.

### 3.2.3 Aufenthaltsgestattung und Duldung

Von den Aufenthaltstiteln zu unterscheiden sind die Dokumente, mit denen ein **Aufenthaltsstatus** nur nachgewiesen wird. Ihnen kommt allerdings im Zusammenhang mit der gegenwärtig sich vollziehenden Zuwanderung eine Bedeutung zu, handelt es sich dabei doch um Personen, die weder über ein Visum noch über eine Aufenthaltserlaubnis verfügen.

Bei diesen Dokumenten handelt es sich um die in § 61 Abs. 2 AsylG geregelte **Aufenthaltsgestattung** und die **Duldung**, die ihre Grundlage in § 60a AufenthG hat.

#### 3.2.3.1 Aufenthaltsgestattung

Mit der **Aufenthaltsgestattung** ist ein spezielles Aufenthaltsrecht für Asylbewerber geschaffen. Sie entsteht, sobald an der Grenze oder anderswo im Inland mündlich, schriftlich oder auf andere Weise um Asyl nachgesucht wird, § 55 Abs. 1 AsylVG. Das daraus hervorgehende Anwesenheitsrecht zur Durchführung des Asylverfahrens beruht bereits unmittelbar auf Art. 16a GG, § 61 Abs. 2 AsylG setzt dieses nur in einfaches Recht um. Dokumentiert wird die Aufenthaltsgestattung nach Stellung des formellen Asylantrags in einer **schriftlichen Bescheinigung**, § 63 Abs. 1 AsylG; dieser Bescheinigung kommt lediglich ein deklaratorischer Charakter zu.

Die Aufenthaltsgestattung **erlischt** aus den in § 67 AsylG genannten Gründen, vor allem dann, wenn nicht innerhalb von zwei Wochen, nachdem um Asyl nachgesucht wurde, ein Asylantrag gestellt wird, der Asylantrag zurückgenommen wird oder – spätestens – die Ablehnung des Asylantrags unanfechtbar ist.

#### 3.2.3.2 Duldung

Eine **Duldung** ist – wie die Überschrift zu § 60a AufenthG formuliert – eine „vorübergehende Aussetzung der Abschiebung“ von ausreisepflichtigen Ausländern. Sie wird den Personen erteilt, die aus tatsächlichen Gründen (z.B. mangelnde Transportfähigkeit) oder rechtlichen Gründen (z.B. abschiebungsbedingte Gefahren für die körperliche Unversehrtheit) nicht abgeschoben werden können, § 60a Abs. 1 Satz 2 AufenthG. Erteilt wird eine Duldung insbesondere Asylbewerbern, deren **Asylantrag negativ beschieden** wurde oder Ausländern, die **nicht als Flüchtlinge anerkannt** wurden und deshalb **ausreisepflichtig** sind, deren Ausreisepflicht aber nicht durchgesetzt werden kann oder soll, etwa weil Ausweispapiere nicht vorhanden sind oder eine Krankheit dies verhindert.

Die Funktion der Duldung besteht ausschließlich darin, dem Ausländer zu bescheinigen, dass er ausländerbehördlich registriert ist und von einer Durchsetzung der bestehenden Ausreisepflicht für den genannten Zeitraum abgesehen wird. Dementsprechend ist die Duldung nur kurzfristig angelegt und muss immer wieder – zumeist alle drei bis sechs Monate – verlängert werden, wobei die Ausreisepflicht aufrechterhalten bleibt.

Entfallen die Duldungsgründe, so wird die Duldung widerrufen, § 60 Abs. 5 Satz 2 AufenthG. Kraft Gesetzes erlischt sie mit der Ausreise, § 60a Abs. 5 Satz 1 AufenthG.

### 3.2.4 Aufenthaltsberechtigung und Zugang zum Arbeitsmarkt

Die **Niederlassungserlaubnis**, die **Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU** und die **Blaue Karte EU** berechtigen **von Gesetzes wegen** zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, § 9 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, § 9a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 2 AufenthG und § 19a Abs. 1 AufenthG. Entsprechendes gilt für die **Aufenthaltserlaubnis als Asylberechtigter, anerkannter Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigter, § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG**. Wer über einen dieser Aufenthaltstitel verfügt, hat also per se einen umfassenden Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt und darf dementsprechend jeder Beschäftigung nachgehen.

Ein Erlaubnisverfahren ist somit nur für jene Personen notwendig, die eine Aufenthaltserlaubnis aus anderen als den genannten Gründen haben, sowie Personen mit einer Aufenthaltsgestattung oder Duldung. Vor dem Hintergrund des aktuellen Flüchtlingszustroms heißt das, dass die große Gruppe der Asylbewerber und diejenigen, deren Asylantrag zwar negativ beschieden, aber deren Abschiebung ausgesetzt wird, stets **zusätzlich** einen Antrag auf Erlaubnis einer Beschäftigung stellen müssen, wenn sie beabsichtigen, eine solche aufzunehmen. Der Asylantrag selbst genügt hierfür nicht. Rechtliche Grundlage für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis ist in den Fällen der Aufenthaltserlaubnis § 4 Abs. 2 AufenthG, im Falle der Aufenthaltsgestattung § 61 Abs. 2 AsylG und im Falle der Duldung ergibt sich die Möglichkeit zur Erteilung einer Arbeitserlaubnis implizit aus § 60a Abs. 6 AufenthG. Über den Verweis des § 61 Abs. 2 Satz 3 AsylG auf die §§ 39, 40 AufenthG und damit auf die BeschV sind die Verfahren zur Erlaubniserteilung in allen Fällen identisch.

Es gilt daher für alle, dass

- es sich bei der Erlaubniserteilung (mit einer Ausnahme in § 60a Abs. 6 AufenthG) um eine **Ermessensentscheidung der Ausländerbehörde** handelt,
- grundsätzlich die **Zustimmung der BA** für die Erlaubniserteilung notwendig ist, es sei denn, die BeschV sieht eine Ausnahme vor und
- durch die Ausländerbehörde im Aufenthaltstitel bzw. Aufenthaltssdokument einen **eindeutigen Vermerk zu Art und Umfang der erlaubten Tätigkeit** eintragen muss.

Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf diese letztgenannte Gruppe.

### 3.3 Voraussetzungen für die Zustimmung der BA zur Erteilung eines Aufenthaltstitels

Die danach im Regelfall erforderliche Zustimmung der BA setzt eine Beschäftigung im ausländerrechtlichen Sinne und eine Prüfung der Arbeitsverwaltung voraus, deren Vorgaben durch § 39 AufenthG gesetzt werden.

#### 3.3.1 Erwerbstätigkeit (Selbständigkeit und Beschäftigung)

##### 3.3.1.1 Grundsatz

Das Aufenthaltsgesetz versteht unter einer Erwerbstätigkeit sowohl eine selbständige als auch eine unselbständige Tätigkeit, Letztere wird auch als Beschäftigung definiert. Entsprechend trifft es auch für beide Formen der Erwerbstätigkeit unter-

schiedliche Regelungen: für die selbständige Tätigkeit in § 21 AufenthG und für die unselbständige Tätigkeit in den §§ 18 ff. AufenthG.

Erste Voraussetzung für die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis ist also, dass es sich überhaupt um eine Beschäftigung i.S.d. § 2 Abs. 2 i.V.m. § 7 SGB IV und nicht etwa eine selbständige Tätigkeit handelt. Ob es sich bei dieser Tätigkeit tatsächlich um eine Beschäftigung in diesem Sinne handelt, richtet sich danach, wie die Tätigkeit konkret ausgestaltet sein soll, also nach den tatsächlichen und objektiven Gegebenheiten. Wie die Tätigkeit bezeichnet wird, ist irrelevant.

### 3.3.1.2 Abhängige Beschäftigung

Beim Begriff der Beschäftigung orientiert sich das AufenthG an § 7 Abs. 1 SGB IV. Beschäftigung ist danach die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für den Beschäftigungscharakter sind dabei insbesondere die **Weisungsabhängigkeit** und die **Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers**. Alle selbständigen Beschäftigungsverhältnisse, die es an einer Weisungsabhängigkeit fehlen lassen, wie etwa solche im Rahmen eines freien Berufs, werden deshalb vom Begriff der Beschäftigung nicht erfasst.

Eine weisungsabhängige und durch Eingliederung in eine Arbeitsorganisation bestimmte Tätigkeit, wird regelmäßig mit einem Entgelt vergütet, kann aber durchaus auch dann als Beschäftigung gelten, wenn es an einer Vergütung fehlt. Das gilt etwa auch für eine nur vorübergehende Tätigkeit im Betrieb, mit der der Arbeitgeber feststellen möchte, ob sie sich für eine anschließende, längerfristige Beschäftigung eignet.

Bei einer solchen, in der Praxis häufig auch als **Probefbeschäftigung** bezeichneten Tätigkeit, bei der der Betroffene für eine bestimmte Dauer die später angestrebte Tätigkeit tatsächlich probeweise verrichtet und dabei in die Arbeits- und Produktionsabläufe des Betriebs eingegliedert ist, handelt es sich daher in aller Regel um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, das eine Zustimmung der Arbeitsverwaltung zur Voraussetzung hat.

### 3.3.1.3 Ausbildungsverhältnisse als Beschäftigung

**Ausbildungsverhältnisse** und **Praktika**, die das Kennenlernen eines Betriebs ermöglichen sollen, werden nach § 7 Abs. 2 SGB IV (Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung) einer Beschäftigung gleichgesetzt. Sie bedürfen deshalb grundsätzlich der Zustimmung der BA mit der Folge, dass sie zustimmungsfrei erst nach Ablauf von 48 Aufenthaltsmonaten ausgeübt werden können, wenn also die Zustimmung der BA zu einer Beschäftigung schlechthin nicht mehr erforderlich ist.

Soll Asylbewerbern gleichwohl der Zugang zu einem Betrieb geöffnet werden, kommt dafür das Instrument der **Hospitation** in Betracht. Eine Hospitation ist gekennzeichnet durch das Sammeln von Kenntnissen und Erfahrungen in einem Tätigkeitsbereich ohne zeitliche und inhaltliche Festlegung und ohne rechtliche und tatsächliche Eingliederung in den Betrieb. Da es an einer betrieblichen Eingliederung mangelt, handelt es sich bei einer Hospitation nicht um eine Beschäftigung im ausländerbeschäftigungsrechtlichen Sinne. Für sie ist daher jede Zustimmung der BA entbehrlich.

### 3.3.2 Prüfung der BA

#### 3.3.2.1 Grundsatz

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer **Beschäftigung** richtet sich nach § 18 AufenthG. Sie ist grundsätzlich abhängig von der Zustimmung durch die BA; das Zustimmungserfordernis entfällt nur, wenn dies in einer RechtsVO (§ 42 AufenthG) oder zwischenstaatlichen Vereinbarung bestimmt ist (§ 18 Abs. 2 Satz 1 AufenthG).

#### 3.3.2.2 Anforderungen an Zustimmungserteilung

Die Zustimmung der BA setzt grundsätzlich voraus, dass

1. eine Rechtsvorschrift Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt gewährt,
2. ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt, § 18 Abs. 5 AufenthG, und
3. die in § 39 Abs. 2 AufenthG formulierten Voraussetzungen erfüllt sind. Danach müssen die folgenden (negativen) Voraussetzungen ausgeschlossen werden können:
  - Die Erteilung darf **nicht zu nachteiligen Auswirkungen** auf dem Arbeitsmarkt führen, § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a AufenthG (= Arbeitsmarktprüfung),
  - **bevorrechtigte** deutsche und die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme gleichgestellten ausländischen **Arbeitnehmer dürfen nicht zur Verfügung stehen**, § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1b AufenthG (= Vorrangprüfung) und
  - die Beschäftigung des ausländischen Arbeitnehmers darf **nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen** als für vergleichbare deutsche Arbeitnehmer erfolgen, § 39 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz AufenthG (= Vergleichbarkeitsprüfung).

Die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels richten sich grundsätzlich danach, ob es sich um eine Beschäftigung handelt, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, oder nicht (§ 18 Abs. 3, 4 AufenthG). Ist die beabsichtigte Beschäftigung nicht durch eine Rechtsvorschrift für Angehörige aus Drittstaaten geöffnet, ist der Aufenthaltstitel von den Ausländerbehörden bereits aus Rechtsgründen zu versagen, ohne dass es auf eine Entscheidung durch die BA ankommt.

#### 3.3.2.3 Maßgeblichkeit der Ausbildung

##### 3.3.2.3.1 Grundsatz

Bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung wird maßgeblich danach differenziert, ob die Beschäftigung eine qualifizierte Berufsausbildung erfordert oder nicht. Der Vorrang wird der Beschäftigung mit einer qualifizierten Berufsausbildung eingeräumt, Niedrig- oder Geringqualifizierten wird auf diese Weise der Zugang zum Arbeitsmarkt erschwert.

So darf die BA für eine Beschäftigung, die keine qualifizierte Berufsausbildung erfordert, die Zustimmung nur erteilen, wenn dies ausdrücklich – abgesehen von einer zwischenstaatlichen Vereinbarung – in einer nach § 42 AufenthG erlassenen Rechtsverordnung vorgesehen ist, § 18 Abs. 3 AufenthG; für die Erteilung einer Niederlas-

sungserlaubnis (§ 9 AufenthG) gelten diese Einschränkungen nicht. Ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, darf hingegen für eine Beschäftigung in einer Berufsgruppe erteilt werden, die aber gleichfalls durch eine Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG zugelassen worden sein muss. Diese Einschränkung betrifft Aufenthalts- bzw. Niederlassungserlaubnis gleichermaßen.

Im Übrigen kann in begründeten Ausnahmefällen bei einer qualifizierten Berufsausbildung eine Aufenthaltserlaubnis für eine Beschäftigung erteilt werden, wenn an der Beschäftigung ein **öffentliches, insbesondere ein regionales, wirtschaftliches oder arbeitsmarktpolitisches Interesse besteht**, § 18 Abs. 4 AufenthG.

### **3.3.2.3.2 Tätigkeit ohne qualifizierte Berufsausbildung**

Dementsprechend sind die Möglichkeiten für eine Tätigkeit ohne qualifizierte Berufsausbildung eng begrenzt. So kann die BA etwa der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach der BeschV zustimmen für **Au-pair-Beschäftigungen** (§ 12 BeschV), einer solchen von **Hausangestellten von Entsandten** (§ 13 BeschV), **Saisonbeschäftigungen**, **Schaustellergehilfen** und **versicherungspflichtigen Haushalts- bzw. notwendigen pflegerischen Alltagshilfen**. Hierzu bedarf es aber stets einer Vorrangprüfung, zudem wird eine Vermittlungsab-sprache zwischen der BA und der ausländischen Arbeitsverwaltung (§§ 15a–15c BeschV; § 12d ArGv) vorausgesetzt.

Schließlich gilt dies auch für die weiteren in den **§§ 26 ff. BeschV** aufgezählten **Personen- und Berufsgruppen**. Dabei handelt es sich um Angehörige aus bestimmten Staaten (§ 26 BeschV), Grenzgänger (§ 27 BeschV) sowie deutsche Volkszugehörige (§ 28 BeschV).

### **3.3.2.3.3 Tätigkeit mit qualifizierter Berufsausbildung**

#### **3.3.2.3.3.1 Besondere Fachabschlüsse**

Besondere Privilegien genießen auf dem deutschen Arbeitsmarkt gesuchte Arbeitskräfte, die über eine besondere, durch Abschlüsse ausgewiesene Qualifikation verfügen. So darf die BA der Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Zweck einer Beschäftigung in einem definierten **Mangelberuf** (Naturwissenschaftler, Mathematiker, Ingenieure, Allgemein- und Fachärzte, besonders qualifizierte Fachkräfte der IuK-Technik) zustimmen, wenn deren Gehalt mindestens 52 % der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung beträgt, § 2 Abs. 2 BeschV. Das Arbeitsentgelt dieser Arbeitnehmer muss danach 2015 mindestens 37.725 € betragen.

Dies gilt gleichermaßen für Ausländer mit einem **anerkannten oder einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss**, § 2 Abs. 3 BeschV, Leitende Angestellte und Spezialisten mit unternehmensspezifischen Spezialkenntnissen oder als Angehörige eines deutsch-ausländischen Gemeinschaftsunternehmens, § 4 Nr. 1 und 2 BeschV. In allen genannten Fällen wird die Zustimmung jeweils ohne Vorrangprüfung erteilt.

### 3.3.2.3.2 Ausbildungsberufe

Nach § 6 Abs. 1 BeschV kann für Ausländer, die im Inland eine qualifizierte (mindestens zweijährige) Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf erworben haben, die Zustimmung zur Ausübung einer der beruflichen Qualifikation entsprechenden Beschäftigung erteilt werden. Die Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung von Ausländern, die einen nicht im Inland erworbenen Berufsabschluss vorweisen können, regelt § 6 Abs. 2 BeschV.

Darüber hinaus kann die Zustimmung der BA erteilt werden, wenn die nach nationalem Recht zuständige Stelle nach dem Berufsqualifikationsfeststellungsgesetz (BQFG) die **Gleichwertigkeit der Berufsqualifikation** mit einer inländischen qualifizierten Berufsausbildung festgestellt hat und 1. die betreffenden Personen von der BA aufgrund einer Absprache mit der Arbeitsverwaltung des Herkunftslandes vermittelt worden sind oder 2. die BA für den entsprechenden Beruf oder die entsprechende Berufsgruppe differenziert nach regionalen Besonderheiten festgestellt hat, dass die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist; hierüber erstellt die BA in regelmäßigen Abständen aufgrund der Fachkräfteengpassanalyse eine über das Internet zugängliche sogenannte **Positivliste**<sup>15</sup>.

Liegen die Voraussetzungen der Absätze 1 oder 2 vor, wird die Zustimmung ohne Vorrangprüfung erteilt, § 6 Abs. 3 BeschV. Dazu ergänzend bestimmt § 8 Abs. 3 BeschV, dass für eine **vorgeschaltete befristete praktische Tätigkeit** im Inland, die für die Feststellung der Gleichwertigkeit eines im Ausland erworbenen Berufsabschlusses notwendig ist, die Zustimmung gleichfalls ohne Vorrangprüfung erteilt werden kann, § 8 Abs. 3 Nr. 1 BeschV. Entsprechendes gilt, wenn diese praktische Tätigkeit in einem im Inland reglementierten Beruf die Befugnis zur Berufsausübung zur Voraussetzung hat, § 8 Abs. 3 Nr. 1 BeschV.

### 3.3.2.3.4 Sonstige zustimmungsfähige Beschäftigungen

Schließlich kann ein Aufenthaltstitel zur Beschäftigung solchen Personen erteilt werden, die über eine **besondere Ausbildung** im Rahmen eines Personalaustauschs oder zur **Vorbereitung einer Projektstätigkeit** verfügen, § 10 Abs. 2 BeschV, des Weiteren für Lehrkräfte unter Aufsicht einer konsularischen Vertretung (§ 11 Abs. 1 BeschV), Spezialitätenköche (§ 11 Abs. 2 BeschV), entsandte Montagarbeiter (§ 19 Abs. 2 BeschV), Künstler und Artisten und das für deren Darbietungen erforderliche Hilfspersonal (§ 25 Nr. 1 BeschV) und nicht zuletzt für Personen, die zu einer länger als drei Monate dauernden Beschäftigung im Rahmen von Gastspielen oder ausländischen Film- und Fernsehproduktionen entsandt werden, § 25 Nr. 2 BeschV.

---

<sup>15</sup> [http://www.make-it-in-germany.com/fileadmin/content/make-it-in-germany/PDF/positivliste\\_dt.PDF](http://www.make-it-in-germany.com/fileadmin/content/make-it-in-germany/PDF/positivliste_dt.PDF)

## 3.4 Entscheidung der BA

### 3.4.1 Zustimmung und deren Ausgestaltung

Bei der von der BA erteilten Zustimmung handelt es sich um eine Ermessensentscheidung; sie kann damit erteilt werden, wenn die genannten negativen Voraussetzungen ausgeschlossen werden können, muss aber nicht. Wird sie erteilt, geschieht dies für die Dauer der Beschäftigung, jedoch längstens für einen Zeitraum von vier Jahren, § 34 Abs. 2 BeschV.

Das Ermessen der BA erstreckt sich sowohl auf das „Ob“ als auch das „Wie“ der Zustimmung. Die BA kann daher die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung hinsichtlich der beruflichen Tätigkeit (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 BeschV), des Arbeitgebers (§ 34 Abs. 1 Nr. 2), der Region, in der die Beschäftigung ausgeübt werden kann (§ 34 Abs. 1 Nr. 3), und in Bezug auf die Lage und Verteilung der Arbeitszeit (§ 34 Abs. 1 Nr. 4) beschränken.

Sofern der Aufnahme einer beruflichen Aus- oder Weiterbildung nach § 17 AufenthG zugestimmt wird, erfolgt dies nach § 34 Abs. 3 BeschV bei einer Ausbildung für die Dauer der nach der Ausbildungsordnung festgelegten Ausbildungsdauer (Nr. 1) und bei einer Weiterbildung nach einem von der Bundesagentur geprüften Weiterbildungsplan zur Erreichung des Weiterbildungsziels (Nr. 2).

### 3.4.2 Versagung und Widerruf

Die Zustimmung zur Beschäftigungsaufnahme ist nach § 40 Abs. 1 AufenthG zwingend zu versagen, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund einer **unerlaubten Arbeitsvermittlung oder Anwerbung** zustande gekommen ist. Zudem ist die Versagung vorgeschrieben, wenn der Ausländer als **Leiharbeitnehmer** nach § 1 Abs. 1 AÜG tätig werden will. Leiharbeit wird damit als eine nicht erwünschte Beschäftigung betrachtet.

Im Übrigen kann die BA die Zustimmung bei Vorliegen der in § 40 Abs. 2 AufenthG genannten Voraussetzungen **versagen**. Hierzu gehören Verstöße des Ausländers gegen die in § 404 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2–13 SGB III genannten Bußgeldvorschriften oder die Straftatbestände der §§ 406, 407 SGB III, §§ 10, 10a, 11 Schwarz- ArbG, §§ 15, 15a, 16 Abs. 1 Nr. 2 AÜG, wenn wichtige Gründe in der Person des Ausländers vorliegen oder der Arbeitgeber (bzw. sein Vertreter), bei dem die Beschäftigung erfolgen soll, in den letzten fünf Jahren wegen eines Verstoßes gegen die vorgenannten Bußgeldvorschriften rechtskräftig mit einer Geldbuße belegt oder eines Verstoßes gegen die Strafvorschriften rechtskräftig zu einer Geld- oder Freiheitsstrafe verurteilt worden ist.

In diesen Fällen kann eine bereits erteilte Zustimmung auch **widerrufen** werden; Gleiches gilt, wenn der Ausländer zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird, § 41 AufenthG. Darüber hinaus kann auch die Beschäftigung bei einem Arbeitgeber, der gegen die dort genannten Straf- und Bußgeldtatbestände verstoßen hat, untersagt werden, § 41 Abs. 2 AufenthG.

### 3.4.3 Verfahrensregelungen

#### 3.4.3.1 Reichweite der Zustimmung

Die Zustimmung wird nach § 35 Abs. 1 BeschV jeweils zu einem **bestimmten Aufenthaltstitel** erteilt. Das Gleiche gilt im Fall der Beschäftigung von Personen, die eine Aufenthaltsgestattung oder Duldung besitzen, § 35 Abs. 3 BeschV. Sofern die BA einer konkreten Beschäftigung zugestimmt hat, erlischt die Zustimmung mit der Beendigung dieses Beschäftigungsverhältnisses, § 35 Abs. 4 BeschV.

Nach § 35 Abs. 5 Satz 1 BeschV kann die Zustimmung auch ohne Vorrangprüfung erteilt werden, sofern die Beschäftigung nach Ablauf der Geltungsdauer einer für mindestens ein Jahr erteilten Zustimmung bei demselben Arbeitgeber **fortgesetzt** wird. Dies gilt jedoch nach Satz 2 nicht für Beschäftigungen, die nach der BeschV oder einer zwischenstaatlichen Vereinbarung zeitlich begrenzt sind.

#### 3.4.3.2 Zustimmungsfiktion und Vorabprüfung

Für das Verfahren sind Regelungen zu dessen Beschleunigung in § 36 Abs. 1 BeschV vorgesehen. Nach der dort vorgesehenen Zustimmungsfiktion gilt die Zustimmung der BA zur Ausübung einer Beschäftigung als erteilt, wenn diese nicht innerhalb von **zwei Wochen** nach der Übermittlung der Zustimmungsanfrage der zuständigen Stelle mitteilt, dass die übermittelten Informationen für die Entscheidung über die Zustimmung nicht ausreichen oder der Arbeitgeber die erforderlichen Auskünfte nicht oder nicht rechtzeitig erteilt hat.

Daneben soll die BA bereits vor der Übermittlung der Zustimmungsanfrage der Ausübung der Beschäftigung gegenüber der zuständigen Stelle zustimmen oder prüfen, ob die arbeitsmarktbezogenen Voraussetzungen für eine spätere Zustimmung vorliegen, wenn der Arbeitgeber die hierzu erforderlichen Auskünfte erteilt hat und das Verfahren dadurch beschleunigt wird, § 36 Abs. 2 BeschV.

### 3.5 Rechtsschutz

Die Gewährung oder Verweigerung eines Aufenthaltstitels durch die Ausländerbehörde ergeht als **Verwaltungsakt** gem. § 35 VwVfG. Davon zu unterscheiden ist die Entscheidung der BA. Da diese von der Ausländerbehörde nur **verwaltungsintern beteiligt** wird, stellt die Verweigerung der Zustimmung oder eine vorgenommene Beschränkung keinen Verwaltungsakt dar, da es an der Außenwirkung fehlt.

Die Entscheidung der BA kann daher nicht gesondert vor den Sozialgerichten angefochten werden, sie ist erst im Rahmen der **Entscheidung über den Aufenthaltstitel** gerichtlich überprüfbar. Zuständig für das Verfahren sind die Verwaltungsgerichte, die BA ist dabei notwendig beizuladen, § 65 Abs. 2 VwGO.

## 4 Arbeitsmarktzugang für Asylsuchende, geduldete Personen und Personen mit einem humanitären Aufenthaltstitel

### 4.1 Allgemeines

Angesichts der großen Zahl **asylsuchender Menschen**, insbesondere der Personen, die seit dem Sommer 2015 zugewandert sind – bis Ende Oktober 2015 zählte das BMAF für die ersten zehn Monate des Jahres 331.226 Erstanträge auf Gewährung von Asyl, allein im Monat Oktober waren es fast 55.000 –, ist die Frage des Arbeitsmarktzugangs für diesen Personenkreis von besonderer Bedeutung und rechtfertigt eine eigenständige Betrachtung der insoweit maßgeblichen beschäftigungsrechtlichen Regelungen.

Entsprechendes gilt für die wachsende Zahl an Personen, die nur **geduldet** werden, die also lediglich – im Regelfall im Anschluss an einen abgelehnten Asylantrag – über den Status einer Duldung verfügen. Ihre Zahl wird gegenwärtig bereits auf über 100.000 geschätzt und sie dürfte im Zuge der rasch wachsenden Zahl an Asylverfahren noch einmal deutlich zunehmen. Schließlich gilt es, die spezifischen beschäftigungsrechtlichen Regelungen der Personen zu berücksichtigen, die mit einem **humanitären Aufenthaltstitel** ausgestattet sind.

### 4.2 Arbeitsmarktzugang für Asylbewerber

Für Asylsuchende wird durch das AsylG ein spezielles Aufenthaltsrecht geschaffen, das in der Aufenthaltsgestattung dokumentiert wird. Diese Aufenthaltsgestattung eröffnet ihrerseits noch keinen Zugang zu einer Beschäftigung, vielmehr bedarf es hierfür ebenfalls einer Arbeitserlaubnis, für die im Regelfall wiederum die Zustimmung der BA erforderlich ist.

Bei der Detailbetrachtung der Zugangsvorschriften fällt ins Auge, dass der Gesetzgeber durchgängig zwischen dem Zugang zu einer Ausbildung und dem Zugang zu einer Arbeitstätigkeit unterscheidet. Diese Unterscheidung wird auch im Folgenden beibehalten.

#### 4.2.1 Aufenthalt in Aufnahmeeinrichtung und Wartezeit

Zunächst ist Asylbewerbern die Aufnahme jeder Erwerbstätigkeit – also sowohl eine unselbständige wie selbständige Tätigkeit – verboten, wenn und solange diese in einer für die Aufnahme zuständigen **Aufnahmeeinrichtung**, der sogenannten Erstaufnahmeeinrichtung, zu wohnen haben, § 61 Abs. 1 AsylG. Eine entsprechende Aufenthaltsverpflichtung sieht § 47 AsylG vor, wobei das Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz die mögliche Aufenthaltsdauer, die ursprünglich längstens drei Monate betragen durfte, nunmehr auf bis zu **sechs Monate** verlängert, § 47 Abs. 1 Satz 1 AsylG.

Zudem ist nach dem Asylantrag eine **Wartezeit von drei Monaten** – gerechnete ab dem Zeitpunkt der Antragstellung – zu beachten, erst dann darf eine Erwerbstätigkeit aufgenommen werden, § 61 Abs. 2 Satz 1 AsylG. Dabei wird ein geduldeter oder rechtmäßiger Voraufenthalt auf die Wartezeit angerechnet, § 61 Abs. 2 Satz 2 AsylG. Angesichts der durch die steigende Zahl der Asylverfahren zu erwartenden längeren Verweildauer in den Erstaufnahmeeinrichtungen – der Gesetzgeber hat

mit der Ausdehnung der möglichen Aufenthaltsdauer bereits reagiert –, dürfte die nur dreimonatige Wartezeit in vielen Fällen rein theoretischer Natur sein. Nach Ablauf des Aufenthaltes in einer Aufnahmeeinrichtung und der Wartezeit wird die Berechtigung zur Beschäftigung durch eine Nebenstimmung in der Aufenthaltsgestattung, und zwar mit dem Wortlaut: „Beschäftigung nur mit Genehmigung der Ausländerbehörde“ ausgewiesen.

Auch in den sich an die Wartezeit anschließenden Zeitabschnitten des Aufenthalts hat eine Erwerbstätigkeit stets eine **ausländerrechtliche Erlaubnis** der Ausländerbehörde zur Voraussetzung.

## 4.2.2 Zugang zu einer Ausbildung

Hinsichtlich des Zugangs zu einem Ausbildungsverhältnis ist nach Ablauf der Wartezeit der Einstieg unter relativ geringen Voraussetzungen möglich. So kann eine **betriebliche Ausbildung** ohne Arbeitsmarktprüfung aufgenommen werden, § 32 Abs. 2 Nr. 1 BeschV. Zudem können **Praktika im Rahmen einer schulischen Ausbildung** oder eines Studiums oder im Rahmen eines EU-geförderten Programms zustimmungsfrei angetreten werden, § 15 Nr. 1 und 2 BeschV. Des Weiteren ist der **Freiwilligendienst** im Rahmen eines EU-geförderten Programms zustimmungsfrei möglich, § 4 Abs. 1 Nr. 1 BeschV.

Nicht eingeschlossen in diese Ausnahmeregelungen sind **Praktika**, die das Kennenlernen eines Betriebs ermöglichen sollen. Da diese Praktika nach § 7 Abs. 2 SGB IV (Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung) einer Beschäftigung gleichgesetzt werden, sind sie erst zustimmungsfrei nach Ablauf von 48 Aufenthaltsmonaten möglich, wenn also die Zustimmung der BA zu einer Beschäftigung schlechthin nicht mehr erforderlich ist.

Soll Asylbewerbern gleichwohl der Zugang zu einem Betrieb geöffnet werden, kommt dafür das Instrument der **Hospitation** in Betracht. Eine Hospitation ist gekennzeichnet durch das Sammeln von Kenntnissen und Erfahrungen in einem Tätigkeitsbereich ohne zeitliche und inhaltliche Festlegung und ohne rechtliche und tatsächliche Eingliederung in den Betrieb. Da es an einer betrieblichen Eingliederung mangelt, handelt es sich bei einer Hospitation nicht um eine Beschäftigung im ausländerbeschäftigungsrechtlichen Sinne. Für sie ist daher jede Zustimmung der BA entbehrlich.

## 4.2.3 Zugang zu einer Arbeitstätigkeit

### 4.2.3.1 Zugang in Abhängigkeit von der Dauer des Aufenthalts

Strenger sind die Voraussetzungen, unter denen eine Arbeitstätigkeit aufgenommen werden kann: Nach Ablauf der Wartezeit und bis zum vollendeten 15. Monat ist eine Tätigkeit als Arbeitnehmer möglich, wenn die BA ihre Zustimmung erteilt. Hierzu muss die Arbeitsmarktprüfung einschließlich der Vorrangprüfung nach § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1b AufenthG und der Prüfung der Arbeitsbedingungen nach § 39 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz AufenthG erfolgreich durchlaufen worden sein. Erst ab dem 16. Aufenthaltsmonat entfällt die Vorrangprüfung; ab diesem Zeitpunkt bis zur Vollendung des 47. Monats des Aufenthalts findet nur noch eine Prüfung der Arbeitsbedingungen auf Gleichwertigkeit statt.

Erleichtert wird dieses Zustimmungserfordernis für eine Reihe von Arbeitstätigkeiten, indem die Prüfung der BA auf die Gleichwertigkeit der Arbeitsbedingungen beschränkt ist. Dies gilt etwa für:

- eine Beschäftigung, die einen **anerkannten oder vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss** voraussetzt, bei der das Jahresgehalt bei mindestens 52 % der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung liegt (derzeit 37.128 € für Arbeitnehmer brutto), wenn diese Beschäftigung in einem „Mangelberuf“ gemäß der sogenannten Positivliste der BA (z.B. Pflegekräfte, Naturwissenschaftler, Mathematiker, Ingenieure, Ärzte, IT-Fachkräfte etc.) ausgeübt wird; § 32 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 BeschV,
- eine Beschäftigung, die einen **deutschen qualifizierten (mindestens zweijährigen) Ausbildungsabschluss** voraussetzt, § 32 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 BeschV,
- eine Beschäftigung, die einen **ausländischen und als gleichwertig anerkannten Ausbildungsabschluss** voraussetzt, wenn diese Beschäftigung wiederum in einem „Mangelberuf“ gemäß der Positivliste der BA ausgeübt wird, § 32 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 BeschV,
- eine **befristete praktische Tätigkeit** (Praktikum, Nachqualifizierungsmaßnahme etc.), die für die Anerkennung eines ausländischen Berufsabschlusses oder für die Berufserlaubnis in einem reglementierten Beruf erforderlich ist, § 32 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 BeschV.

In einer Reihe von weiteren Fallkonstellationen müssen Asylsuchende mit Aufenthaltsgestattung lediglich einen dreimonatigen Aufenthalt nachweisen, damit die Tätigkeit ohne Arbeitsmarktprüfung durchgeführt werden kann.

Darunter fallen **Hochqualifizierte** i.S.d. Definition von § 2 Abs. 1 BeschV, Führungskräfte, wissenschaftliches Personal und Lehrkräfte (§ 5 BeschV), besondere Berufsgruppen (Fotomodelle, Reiseleiter etc.), Tätigkeiten bei internationalen Sportveranstaltungen (§ 23 BeschV) und eine Beschäftigung im Familienbetrieb, § 32 Abs. 2 Nr. 3 BeschV.

Entsprechendes gilt seit dem 01.01.2015, wenn die Beschäftigung von einem **traumatisierten Inhaber** einer Aufenthaltsgestattung beantragt wird und diese Beschäftigung der Heilung dient, um eine besondere Härte zu vermeiden, § 37 BeschV. Darüber hinaus gilt diese Ausnahme auch bei der Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber nach einer einjährigen Vorbeschäftigung, § 35 Abs. 5 BeschV.

Im Übrigen entfällt ab einem Aufenthalt von mehr als 48 Monaten auch die Prüfung der Arbeitsbedingungen durch die BA, so dass ab diesem Zeitpunkt der Zugang zum Arbeitsmarkt zustimmungsfrei vollzogen werden kann.

#### **4.2.3.2 Leiharbeit**

Eine Sonderstellung nimmt die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung bzw. Leiharbeit nach § 1 Abs. 1 AÜG ein, für die nach § 40 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG eine Zustimmung der BA zur Beschäftigung grundsätzlich ausgeschlossen ist. Lange Zeit war für diese Tätigkeit keine Ausnahme vorgesehen, so dass sie zustimmungsfrei

erst nach Ablauf von 48 Aufenthaltsmonaten und damit ab dem Zeitpunkt möglich war, ab dem es keiner Zustimmung der BA mehr bedurfte.

Im Zusammenhang mit dem am 20.10.2015 verabschiedeten Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz hat die Bundesregierung auch die BeschV für den Bereich der Leiharbeit geändert. Nach der in § 32 Abs. 3 BeschV geschaffenen Regelung ist nunmehr der Zugang zur Beschäftigung als Leiharbeitnehmer nur noch für den Zeitraum ausgeschlossen, in dem die BA eine **Vorrangprüfung** vorzunehmen hat. Zugleich wurde die Vorrangprüfung für den Zeitraum ab dem 16. Aufenthaltsmonat aufgehoben.

Damit ist Asylbewerbern ab diesem Zeitpunkt Zugang zu einer Tätigkeit als Leiharbeitnehmer eröffnet; die für die – nach wie vor im Grundsatz erforderliche – Zustimmung der BA anzustellende Prüfung ist jetzt aber darauf beschränkt, dass die Beschäftigungsbedingungen nicht ungünstiger sind als bei vergleichbaren inländischen Beschäftigten.

#### **4.2.3.3 Asylbewerber aus einem sicheren Herkunftsstaat**

In der Vergangenheit wurde hinsichtlich der beschäftigungsrechtlichen Stellung von Asylbewerbern keine Differenzierung vorgenommen, maßgeblich war allein der durch die Aufenthaltsgestattung nachgewiesene Status. Davon ist der Gesetzgeber unter dem Eindruck einer seit Beginn des Jahres 2015 stark angestiegenen Zahl von Asylbewerbern aus Staaten des Westbalkans (Albanien, Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Mazedonien, Montenegro und Serbien) abgerückt.

Die – im Rahmen des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes neu geschaffene – Regelung des § 60 Abs. 2 Satz 4 AsylG greift die Personen heraus, die aus einem sicheren Herkunftsstaat nach § 29a AsylG kommen, und verfügt, dass ihnen während des Asylverfahrens die Ausübung einer Beschäftigung nicht mehr erlaubt werden darf, wenn sie nach dem 31.08.2015 einen Asylantrag gestellt haben, § 60 Abs. 2 Satz 4 AsylG. Damit ist für diese Personengruppe ein **uneingeschränktes Beschäftigungsverbot** wirksam geworden. Einer Prüfung der Beschäftigung durch die BA bedarf es daher nicht mehr.

Zugleich wurde die Zahl der Staaten, denen eine sichere Herkunft bescheinigt wird, erheblich, und zwar um die genannten Staaten des Westbalkans erweitert. Nunmehr werden nicht nur die **Mitgliedstaaten der EU** als sicherer Herkunftsstaat verstanden, § 29a Abs. 2 AsylG.

Als sichere Herkunftsstaaten gelten nunmehr auch die folgenden Staaten:

- Albanien,
- Bosnien und Herzegowina,
- Ghana,
- Kosovo,
- Mazedonien,
- Montenegro,
- Senegal,
- Serbien.

## Arbeitsmarktzugang für Drittstaatsangehörige mit Aufenthaltsgestattung

– Überblick nach Aufenthaltsdauer –

### kein Arbeitsmarktzugang

Während der sogenannten „Warte-frist“ ist jede Erwerbstätigkeit, d.h. selbständige wie unselbständige Tätigkeit untersagt

(§ 61 Abs. 2 Satz 1 AsylG).

Lediglich Hospitationen sind erlaubt, weil es sich hierbei nicht um Beschäftigungen i.S.d. AsylG handelt.

### eingeschränkter Arbeitsmarktzugang

- Eine Beschäftigung ist nur
  - mit Erlaubnis der Ausländerbehörde (§ 61 Abs. 2 AsylG) und
  - mit Zustimmung der BA nach Beschäftigungsbedingungsprüfung (eine Vorrangprüfung entfällt gem. § 32 Abs. 5 Nr. 2 BeschV)<sup>1</sup> (bzw. Entbehrlichkeit der Zustimmung nach BeschV) möglich.
- Zusätzlich möglich ist nun auch der Einsatz in Zeit- und Leiharbeit (§ 61 Abs. 2 Satz 3 AsylG i.V.m. § 32 Abs. 3, 5 Nr. 2 BeschV).

1.–3.  
Monat<sup>1</sup>

4.–15.  
Monat<sup>1</sup>

16.–48.  
Monat<sup>1</sup>

ab 49.  
Monat<sup>1</sup>

### eingeschränkter Arbeitsmarktzugang

- Eine Beschäftigung ist nur
  - mit Erlaubnis der Ausländerbehörde (§ 61 Abs. 2 AsylG) und
  - mit Zustimmung der BA nach einer sogenannten Arbeitsmarktpflicht, bestehend aus Vorrangprüfung und Beschäftigungsbedingungsprüfung<sup>2</sup> gem. §§ 39, 40 AufenthG (bzw. Entbehrlichkeit der Zustimmung nach BeschV) möglich.

Möglich sind somit

- eine betriebliche Ausbildung
- Bundesfreiwilligendienst/FSJ/FOJ
- Praktika
- Beschäftigungen einschl. Probebeschäftigungen
- Maßnahmen zur Einstiegsqualifizierung (§ 54a SGB III) und beruflichen Eingliederung (§ 45 SGB III)

### uneingeschränkter Arbeitsmarktzugang

- Eine Beschäftigung ist nur
  - mit Erlaubnis der Ausländerbehörde (§ 61 Abs. 2 AsylG) möglich.
- Diese kann nummehr aber ohne Zustimmung der BA erteilt werden (§ 32 Abs. 2 Nr. 5 BeschV).

<sup>1</sup> Gemeint sind die Aufenthaltsmonate im Bundesgebiet. Gerechnet wird daher ab Stellung des Asylantrags, da ihnen eine Aufenthaltsgestattung zu erteilen ist und sie sich deshalb ab diesem Zeitpunkt gestattet im Bundesgebiet aufhalten (§ 55 Abs. 1 Satz 1 AsylG). Das gilt sowohl für Personen mit einer Aufenthaltsgestattung als auch Personen mit einer Duldung.

<sup>2</sup> Vorbehaltlich der Ausnahmen gem. § 32 BeschV.

## 4.3 Geduldete Personen

### 4.3.1 Allgemeines

Für Personen, die geduldet werden – im Regelfall handelt es sich um abgelehnte Asylbewerber, die zur Ausreise verpflichtet sind –, finden sich eigenständige Regelungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt, und zwar insbesondere in der Beschäftigungsverordnung.

Auch insoweit bietet es sich an, zwischen dem Zugang zu einem Vertragsverhältnis mit Ausbildungscharakter und dem Zugang zu einer Beschäftigung, die als klassisches Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist, zu unterscheiden.

### 4.3.2 Zugang zu einer Ausbildung

Für geduldete Personen ist – im Unterschied zum Fall der Aufenthaltsgestattung – die Aufnahme einer betrieblichen Ausbildung **bereits in den ersten drei Monaten** möglich; insoweit findet die Ausnahmeregelung des § 32 Abs. 2 BeschV Anwendung.

Entsprechend verhält es sich mit einem Praktikum im Rahmen einer schulischen Ausbildung, im Rahmen eines Studiums oder im Rahmen eines EU-geförderten Programms, § 32 Abs. 2 Nr. 2 BeschV. Auch die Teilnahme am Bundesfreiwilligendienst sowie Freiwilligendiensten im Rahmen eines EU-geförderten Programms (sog. freiwilliges ökologisches/soziales Jahr) ist zustimmungsfrei möglich, § 32 Abs. 2 Nr. 3 BeschV.

Hinsichtlich eines Praktikums, das nicht in eine schulische Ausbildung oder ein Studium integriert ist, bedarf es hingegen – wie im Fall der Aufenthaltsgestattung – einer Zustimmung der BA, die auch insoweit eine Arbeitsmarktprüfung nach § 39 AufenthG durchführen muss. Erst nach Ablauf eines Aufenthalts von mindestens 48 Monaten lässt sich auch für eine geduldete Person ein Praktikum zustimmungsfrei ausüben.

### 4.3.3 Zugang zu einer Arbeitstätigkeit

Im Fall der Duldung ist wie bei Asylsuchenden bei einem Voraufenthalt von unter drei Monaten – gerechnet ab Erteilung der Duldung oder auch Asylantragstellung – die Erwerbstätigkeit nicht gestattet (Wartezeit), d.h. weder selbständige noch unselbständige Tätigkeit, § 31 BeschV.

Auch die übrigen Fristen und Bestimmungen sind für Personen mit Duldung identisch mit denen, die für Asylsuchende gelten (siehe oben Punkt 4.2). Nur die Rechtsgrundlage ist eine andere: Geregelt wird der Zugang zu Arbeit für Personen mit Duldung in § 60a Abs. 6 AufenthG und der Beschäftigungsverordnung (§§ 32 f.).

Im Übrigen profitieren die Inhaber einer Duldung von den **gleichen Ausnahmeregelungen** wie Inhaber einer Aufenthaltsgestattung mit dem Unterschied, dass diese Ausnahmen bereits vor Ablauf der ersten drei Monate gelten. Dabei findet keine Vorrangprüfung statt, wohl aber eine Prüfung der Arbeitsbedingungen. Dies trifft etwa zu auf traumatisierte Inhaber einer Duldung, bei denen die Beschäftigung der Heilung dient, um eine besondere Härte zu vermeiden. Auch bei der Fortset-

zung eines Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber nach einem Jahr Vorbeschäftigung gilt diese Ausnahme.

Daneben gilt wie im Fall der Aufenthaltsgestattung auch für geduldete Personen, die eine Tätigkeit als Hochqualifizierte i.S.d. Definition von § 2 Abs. 1 BeschV ausüben, Führungskräfte, wissenschaftliches Personal und Lehrkräfte, besondere Berufsgruppen, Tätigkeiten bei internationalen Sportveranstaltungen und Beschäftigung im Familienbetrieb, dass die Beschäftigung zustimmungsfrei ist mit der Besonderheit, dass diese Ausnahmeregelung bereits **ab dem ersten Tag des Aufenthalts** gilt.

### **4.3.4 Beschäftigungsverbot**

#### **4.3.4.1 Grundsatz**

Die Duldung unterscheidet sich in einer Hinsicht maßgeblich von der Aufenthaltsgestattung: Während bei einer Aufenthaltsgestattung die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis vollständig im Ermessen der Ausländerbehörde liegt, ist die die Ermessensausübung der Ausländerbehörde im Falle der Duldung durch gesetzlich normierte, zwingende Versagungsgründe begrenzt mit der Folge, dass kein Entscheidungsspielraum mehr vorliegt und ein Antrag auf Beschäftigungserlaubnis abzulehnen ist, wenn ein Versagungsgrund vorliegt.

Derartige Versagungsgründe waren bislang in § 33 BeschV (a.F.) enthalten. Diese Regelung ist im Rahmen des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes aufgehoben und als neuer Absatz 6 in § 60a AufenthG in etwas erweiterter Form eingefügt worden. Wie sich aus den Begründungen zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz und der zugehörigen Verordnung ergibt, hat die Überführung dieser Regelung aus der BeschV in das AufenthG lediglich rechtssystematische Gründe, denn die BeschV richtet sich ausschließlich an die BA und nicht an die für die Erteilung der Beschäftigungserlaubnis zuständigen Ausländerbehörden. Für diese finden sich die wesentlichen Grundlagen ihres Handelns im AufenthG und der AufenthV.

Damit verbleibt es grundsätzlich bei der bisherigen Rechtslage. Ein absolutes Beschäftigungsverbot ist danach – wie bereits in der Vergangenheit – zu verhängen, wenn sich der Ausländer in das Inland begeben hat, um Leistungen nach dem AsylbLG zu erlangen (Nr. 1) oder aufenthaltsbeendende Maßnahmen bei ihm aus Gründen, die er selbst zu vertreten hat, nicht vollzogen werden können (Nr. 2), weil er z.B. bei der Passbeschaffung (vermeintlich) nicht mitgewirkt hat.

Erweitert wurde § 33 BeschV (a.F.) mit seiner Übertragung in § 60a Abs. 6 AufenthG in folgender Hinsicht: Es wurde eine neue Nr. 3 eingefügt, die nun ebenfalls einen zwingenden Versagungsgrund für Staatsangehörige eines sicheren Herkunftsstaates nach § 29a AsylG mit einer Duldung vorsieht, sofern ihr Asylantrag nach dem 31.08.2015 abgelehnt wurde (das ist die Parallelvorschrift zu § 61 Abs. 2 Satz 4 AsylG, der eine Beschäftigung für Personen mit Aufenthaltsgestattung aus einem sicheren Herkunftsstaat gem. § 29a AsylG, die nach dem 31.08.2015 ihren Asylantrag gestellt haben, vorsieht). Damit werden Personen aus sicheren Herkunftsstaaten unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen. Außerdem wurde klargestellt, dass Personen mit einer Duldung nicht nur jede Beschäftigung, sondern jede Erwerbstätigkeit, also auch jede selbstständige

Betätigung untersagt ist. Der Eintrag der Ausländerbehörde im Duldungsnachweis lautet in diesen Fällen: „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“.

Im Übrigen ist das zwingende Erwerbstätigkeitsverbot nach § 61a Abs. 6 AufenthG unabhängig von der bisherigen Aufenthaltsdauer des Geduldeten, sodass ein Verbot auch zu verhängen bzw. aufrecht zu erhalten ist, wenn sich der Geduldete bereits länger als 48 Monate im Bundesgebiet aufhält, die Versagungsgründe aber nicht entfallen sind.

#### **4.3.4.2 Versagungsgründe**

Voraussetzung für das Beschäftigungsverbot ist zunächst, dass dem Inhaber der Duldung selbst ein „Fehlverhalten“ vorgeworfen werden kann. Ein Verstoß dritter Personen, z.B. der Eltern oder anderer Familienangehöriger, ist hingegen irrelevant.

Ein Beschäftigungsverbot darf zudem nur verhängt werden, wenn das selbstverschuldete Abschiebungshindernis auch das **entscheidende** Abschiebungshindernis ist. Wenn weitere, nicht selbst verschuldete Hindernisse für eine Abschiebung hinzukommen, ist die Verhängung eines Beschäftigungsverbots ausgeschlossen.

Letzteres ist etwa der Fall, wenn Gesundheitsgründe einer Abschiebung entgegenstehen, wenn keine Abschiebungen in den betreffenden Herkunftsstaat durchgeführt werden können oder die Ausländerbehörde, etwa aus humanitären Gründen, gegenwärtig keine Abschiebung durchführt. Das verhängte Beschäftigungsverbot muss in solchen Fällen zurückgenommen werden.

#### **4.3.4.3 Rechtsfolgen des Beschäftigungsverbots**

Wenn ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen wurde, ist jede Form der Beschäftigung der geduldeten Person ausgeschlossen, so dass weder Zugang zu einer betrieblichen Ausbildung noch zu einer Arbeitstätigkeit besteht. Das gilt auch, wenn deren Aufenthalt 48 Monate und mehr beträgt. Das ihr zustehende Recht, nach einem derartigen Aufenthalt zustimmungsfrei arbeiten zu dürfen, ist dann aufgehoben.

Der Inhaber der Duldung hat nach Verhängung des Beschäftigungsverbots lediglich Zugang zum Bereich der Ausbildung. So kann er z.B. einer schulischen Ausbildung oder einem Studium nachgehen, auch eine Hospitation in einem Betrieb käme in Betracht. Bei diesen Ausbildungsarten werden die an eine Beschäftigung i.S.d. § 2 Abs. 2 AufenthG anzulegenden Voraussetzungen nicht erfüllt.

## Arbeitsmarktzugang für Drittstaatsangehörige mit Duldung

– Überblick nach Aufenthaltsdauer –

### GRUNDSATZ: kein Arbeitsmarktzugang

Während der sogenannten „Wartefrist“ ist jede Erwerbstätigkeit, d.h. selbständige wie unselbständige Tätigkeit untersagt (§ 32 Abs. 1 Satz 1 BschV i.V.m. § 42 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG).

**AUSNAHME:** ab dem ersten Tag der Duldung, weil ohne Zustimmung der BA möglich, dürfen aufgenommen werden (soweit kein Beschäftigungsverbot durch die Ausländerbehörde ausgesprochen wurde):

- privilegierte Praktika gem. § 32 Abs. 2 Nr. 1 BschV
- betriebliche Ausbildung gem. § 32 Abs. 2 Nr. 2 BschV
- privilegierte Beschäftigung gem. § 32 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 1 BschV
- Beschäftigung in häuslicher Gemeinschaft lebender naher Angehöriger im eigenen Betrieb gem. § 32 Abs. 2 Nr. 4 BschV
- Hospitationen, weil es sich hierbei nicht um Beschäftigungen i.S.d. AsylG handelt

### eingeschränkter Arbeitsmarktzugang

- Eine Beschäftigung ist nur
  - mit Erlaubnis der Ausländerbehörde (§ 32 BschV i.V.m. § 42 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG) und
  - mit Zustimmung der BA nach Beschäftigungsbedingungsprüfung gem. §§ 39, 40 BschV möglich, § 32 Abs. 5 Nr. 2 BschV<sup>1</sup>) möglich. Zusätzlich möglich ist nun auch der Einsatz in Zeit- und Leiharbeit (§ 32 Abs. 3; 5 Nr. 2 BschV).

1.–3.  
Monat<sup>1</sup>

### eingeschränkter Arbeitsmarktzugang

- Eine Beschäftigung ist nur
  - mit Erlaubnis der Ausländerbehörde (§ 32 BschV i.V.m. § 42 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG) und
  - mit Zustimmung der BA nach einer sogenannten Arbeitsmarktpflichtprüfung, bestehend aus Vorrangprüfung und Beschäftigungsbedingungsprüfung<sup>2</sup> gem. §§ 39, 40 AufenthG i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 2 BschV und § 42 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG möglich. Nunmehr sind auch möglich:
    - Beschäftigung einschl. Probebeschäftigung
    - nicht privilegierte Praktika

16.–48.  
Monat<sup>1</sup>

### uneingeschränkter Arbeitsmarktzugang

- Eine Beschäftigung ist nur
  - mit Erlaubnis der Ausländerbehörde (§ 61 Abs. 2 AsylG) möglich. Diese kann nunmehr aber ohne Zustimmung der BA erteilt werden (§ 32 Abs. 2 Nr. 5 BschV).

<sup>1</sup> Gemeint sind die Aufenthaltsmonate im Bundesgebiet. Gerechnet wird daher ab Stellung des Asylantrags, da Ihnen eine Aufenthaltsgestattung zu erteilen ist und sie sich deshalb ab diesem Zeitpunkt gestattet im Bundesgebiet aufhalten (§ 55 Abs. 1 Satz 1 AsylG). Das gilt sowohl für Personen mit einer Aufenthaltsgestattung als auch Personen mit einer Duldung.

<sup>2</sup> Vorbehaltlich der Ausnahmen gem. § 32 BschV.

#### 4.4 Personen mit humanitärer Aufenthaltserlaubnis

Von den Asylbewerbern und den geduldeten Personen sind noch einmal die Personen abzugrenzen, die einen **humanitären Abschiebeschutz** gem. § 25 Abs. 3, 4 und 5 AufenthG genießen. Dabei handelt es sich um Personen, für die ein Abschiebungshindernis nach § 60 Abs. 2–5 oder 7 AufenthG festgestellt wurde (§ 25 Abs. 3 AufenthG), denen ein kurzfristiger Aufenthalt aus dringenden humanitären oder politischen Gründen zugestanden wurde (§ 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG) bzw. deren ursprünglicher Aufenthaltstitel nicht verlängert werden kann, wenn das Verlassen des Bundesgebiets eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde (§ 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG), sowie schließlich Personen, die unverschuldet an der Ausreise gehindert sind (§ 25 Abs. 5 AufenthG).

Diese Personen haben unterschiedslos einen unbeschränkten und unbefristeten Zugang zum Arbeitsmarkt, sofern sie nicht bereits aufgrund des AufenthG ohnehin schon freien Zugang haben; eine Zustimmung der BA ist seit dem 01.07.2013 nicht (mehr) erforderlich, § 31 BeschV.

Damit steht ihnen der Zugang zu jedem Ausbildungsverhältnis und zu jeder Arbeitstätigkeit offen. Die Aufenthaltserlaubnis dieser Personen ist dementsprechend seitens der Ausländerbehörde mit der Nebenbestimmung „Beschäftigung gestattet“ zu versehen.

#### 4.5 Asylberechtigte und Flüchtlinge i.S.d. Genfer Flüchtlingskonvention

Asylberechtigte Personen und Flüchtlinge, die der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) gem. § 3 AsylG unterfallen, sowie Flüchtlinge, denen die Bundesrepublik einen subsidiären Schutz gem. § 4 AsylG gewährt, erhalten zunächst eine befristete Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 1 bzw. § 25 Abs. 2 Satz 1 erste und zweite Alternative AufenthG.

Diese Aufenthaltserlaubnis ist jeweils auf drei Jahre befristet.

In beschäftigungsrechtlicher Hinsicht wird allen drei Personengruppen eine **Sonderstellung** in der Form eines uneingeschränkten Zugangs zum Arbeitsmarkt eingeräumt. Die insoweit maßgebliche Vorschrift für den Asylberechtigten ist § 25 Abs. 1 Satz 4 AufenthG, für den Flüchtling, dem das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) unanfechtbar die Flüchtlingeigenschaft zuerkannt hat, § 25 Abs. 2 Satz 2 AufenthG. Darauf beruht eine uneingeschränkte und unbefristete Arbeitserlaubnis. Einer Zustimmung der BA bedarf es für diese Erlaubnis nicht. In der Praxis wird die Zugangsberechtigung durch den Vermerk „Erwerbstätigkeit gestattet“ der Ausländerbehörde in der jeweiligen Aufenthaltserlaubnis dokumentiert.

Im Übrigen ist diesen Personen auch eine selbständige Erwerbstätigkeit erlaubt.

## Zugang von Drittstaatsangehörigen zum Arbeitsmarkt

<p><b>Bewerber mit ...</b></p>	<p><b>... Aufenthaltstitel gem. § 4 Abs. 1 AufenthG</b> = jede von einer zuständigen Behörde ausgestellte Erlaubnis, die einen Ausländer zum rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt</p> <p>Darunter fallen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Visum (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG)</li> <li>• Aufenthaltserlaubnis (§ 7 AufenthG)</li> <li>• Blaue Karte EU (§ 19a AufenthG)</li> <li>• Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG)</li> <li>• Daueraufenthalt EU (§ 9a AufenthG)</li> </ul> <p>Sofern der Aufenthaltstitel nicht unmittelbar zur Ausübung einer Beschäftigung berechtigt, muss im Aufenthaltstitel ein entsprechender Nebenvermerk vorhanden sein.</p> <p>Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge erhalten eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen (§ 7 i.V.m. § 25 AufenthG).</p>	<p><b>... sonstigem Aufenthaltstitel</b></p> <p>Darunter fallen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aufenthaltsgestattung (§ 55 AsylG)</li> <li>• Duldung (§ 60a Abs. 4 AufenthG)</li> </ul>	<p><b>Duldung</b> ... wird Personen erteilt, deren Asylantrag abgelehnt wurde, deren Abschiebung aber aus diversen Gründen nicht vollzogen wird (§ 60a Abs. 4 AufenthG)</p>
<p><b>betriebliche Ausbildung</b> Anm.: Schulische Ausbildungen können jederzeit ohne Genehmigung von Ausländerbehörde und BA aufgenommen werden, da diese keinen Zugang zum Arbeitsmarkt erfordern.</p>	<p>⇒ sofort mit Erteilung des zur Beschäftigung berechtigenden Aufenthaltstitels</p>	<p><b>Aufenthaltsgestattung</b> abgeschlossenen ist (Asylbewerber) (§ 55 AsylG)</p> <p>AUSENOMMEN: Personen mit Aufenthaltsgestattung aus einem sicheren Herkunftsstaat gem. § 29a AsylG (Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien, Montenegro, Senegal, Serbien), die ihren Asylantrag nach dem 31.08.2015 gestellt haben (§ 61 Abs. 2 Satz 4 AsylG)</p>	<p>⇒ ab dem <b>ersten Tag</b> nach Erteilung der Duldung, sofern im Einzelfall kein Arbeitsverbot vorliegt</p> <p>⇒ Genehmigung der Ausländerbehörde</p> <p>⇒ Zustimmung der BA gem. §§ 39–42 AufenthG, sofern es sich nicht um einen staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf handelt (vgl. § 32 Abs. 2 Nr. 2 BeschV)</p>
<p><b>Bundesfreiwilligendienst/FSJ/FÖJ</b></p>	<p>⇒ sofort mit Erteilung des zur Beschäftigung berechtigenden Aufenthaltstitels</p>	<p>ab dem 4. Monat des Aufenthalts (§ 32 Abs. 1 BeschV)</p> <p>⇒ Genehmigung der Ausländerbehörde</p> <p>⇒ <b>ohne</b> Zustimmung der BA</p>	<p>⇒ ab dem <b>ersten Tag</b> nach Erteilung der Duldung</p> <p>⇒ Genehmigung der Ausländerbehörde</p> <p>⇒ <b>ohne</b> Zustimmung der BA</p>
<p><b>Praktikum</b> Praktika erfordern i.d.R. eine Eingliederung in die betrieblichen Abläufe, so dass sie die Voraussetzungen für ein Beschäftigungsverhältnis erfüllen. Praktika werden deshalb wie Ar-beitsverhältnisse behandelt.</p>	<p>⇒ sofort mit Erteilung des zur Beschäftigung berechtigenden Aufenthaltstitels</p>	<p>ab dem 4. Monat des Aufenthalts (§ 32 Abs. 1 BeschV)</p> <p>⇒ Genehmigung der Ausländerbehörde</p> <p>⇒ Zustimmung der BA gem. §§ 39–42 AufenthG, sofern keine Ausnahme vom Zustimmungserfordernis gem. § 32 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 BeschV i.V.m. § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4–3 MilLoG für</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Pflichtpraktika</li> <li>• Orientierungspraktika</li> <li>• ausbildungs- oder studienbegleitende Praktika vorliegt</li> </ul>	<p>⇒ ab dem 4. Monat des Aufenthalts (§ 32 Abs. 1 BeschV)</p> <p>⇒ Genehmigung der Ausländerbehörde</p> <p>⇒ Zustimmung der BA gem. §§ 39–42 AufenthG, sofern keine Ausnahme vom Zustimmungserfordernis gem. § 32 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 BeschV i.V.m. § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–3 MilLoG für</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Pflichtpraktika</li> <li>• Orientierungspraktika</li> <li>• ausbildungs- oder studienbegleitende Praktika vorliegt</li> </ul>

<p><b>Hospitation</b> = Aufenthalt in einem Unternehmen mit „Gaststatus“, d.h. ohne aktive Mitarbeit, d.h. betriebliche Arbeitsleistungen von wirtschaftlichem Wert</p>	<p>⇒ sofort mit Erteilung des zur Beschäftigung berechtigenden Aufenthaltstitels</p>	<p>Da es sich nicht um eine Beschäftigung handelt, ist eine Hospitation möglich ⇒ ohne Genehmigung der Ausländerbehörde und ⇒ ohne Zustimmung der BA ⇒ auch Personen aus sicheren Herkunftsländern gem. § 29a AsylG</p>	<p>Da es sich nicht um eine Beschäftigung handelt, ist eine Hospitation möglich ⇒ ohne Genehmigung der Ausländerbehörde und ⇒ ohne Zustimmung der BA</p>
<p><b>Probepeschäftigung</b> Probepeschäftigungen sind i.d.R. abhängige Beschäftigungsverhältnisse, so dass für sie die gleichen Anforderungen gelten wie für <sup>2</sup>Arbeitsverhältnisse.</p>	<p>⇒ sofort mit Erteilung des zur Beschäftigung berechtigenden Aufenthaltstitels</p>	<p>⇒ ab dem 4. Monat des Aufenthalts (§ 32 Abs. 1 BeschV) ⇒ Genehmigung der Ausländerbehörde ⇒ Zustimmung der BA gem. § 61 Abs. 2 AsylG i.V.m. §§ 39–42 AufenthG</p>	<p>⇒ ab dem 4. Monat des Aufenthalts (§ 32 Abs. 1 BeschV) ⇒ Genehmigung der Ausländerbehörde ⇒ Zustimmung der BA gem. §§ 39–42 AufenthG</p>
<p><b>Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses</b></p>	<p>⇒ sofort mit Erteilung des zur Beschäftigung berechtigenden Aufenthaltstitels</p>	<p>⇒ ab dem 4. Monat des Aufenthalts (§ 32 Abs. 1 BeschV) ⇒ Genehmigung der Ausländerbehörde • es sich nicht um privilegierte Beschäftigungen gem. § 32 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4 BeschV oder • die Beschäftigung im Betrieb des Arbeitgebers eines in häuslicher Gemeinschaft mit dem Arbeitgeber lebenden Verwandten ersten Grades gem. § 32 Abs. 2 Nr. 4 BeschV handelt ⇒ Zeit- und Leiharbeit ist auch möglich, • wenn es sich um eine Beschäftigung Hochqualifizierter in den Bereichen Naturwissenschaften/Mathematik/Ingenieur, Ärzte oder Akademiker der Informations- und Kommunikationstechnologie gem. § 2 Abs. 2 BeschV, eine Beschäftigung ausländischer Fachkräfte mit einer Berufsausbildung gem. § 6 BeschV oder um die für die Anerkennung eines ausländischen Berufsabschlusses oder zur Berufsausübung notwendige praktische Tätigkeitszeit gem. § 8 BeschV handelt (§ 32 Abs. 3, 5 Nr. 1 BeschV) • ab dem 16. Monat des Aufenthalts (§ 32 Abs. 3, 5 Nr. 2 BeschV)</p>	<p>⇒ ab dem 4. Monat des Aufenthalts (§ 32 Abs. 1 BeschV) ⇒ Genehmigung der Ausländerbehörde • es sich nicht um privilegierte Beschäftigungen gem. § 32 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 4 BeschV oder • die Beschäftigung im Betrieb des Arbeitgebers eines in häuslicher Gemeinschaft mit dem Arbeitgeber lebenden Verwandten ersten Grades gem. § 32 Abs. 2 Nr. 4 BeschV handelt ⇒ Zeit- und Leiharbeit ist auch möglich, • wenn es sich um eine Beschäftigung Hochqualifizierter in den Bereichen Naturwissenschaften/Mathematik/Ingenieur, Ärzte oder Akademiker der Informations- und Kommunikationstechnologie gem. § 2 Abs. 2 BeschV, eine Beschäftigung ausländischer Fachkräfte mit einer Berufsausbildung gem. § 6 BeschV oder um die für die Anerkennung eines ausländischen Berufsabschlusses oder zur Berufsausübung notwendige praktische Tätigkeitszeit gem. § 8 BeschV handelt (§ 32 Abs. 3, 5 Nr. 1 BeschV) • ab dem 16. Monat des Aufenthalts (§ 32 Abs. 3, 5 Nr. 2 BeschV)</p>

## 5 Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer

Die Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern wirft eine Reihe von arbeitsrechtlichen Fragen auf, deren Beantwortung in der betrieblichen und der Beratungspraxis oft Schwierigkeiten bereitet. Der Grund hierfür findet sich in dem weitgehenden Fehlen von auf ausländische Mitarbeiter zugeschnittenen arbeitsrechtlichen Sondernormen. Stattdessen sind die allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln im Hinblick auf ausländerspezifische Probleme zu hinterfragen.

Im Folgenden sollen deshalb die individualrechtlichen Besonderheiten der Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter in ihren **Grundzügen** erläutert sowie dabei die wichtigsten **Konfliktbereiche** aufgegriffen und einer praxisgerechten Lösung zugeführt werden.

### 5.1 Anwendbarkeit des deutschen Arbeitsrechts

Die erste zu klärende Frage betrifft das auf das Arbeitsverhältnis zwischen einem ausländischen Arbeitnehmer und einem deutschen Arbeitgeber anzuwendende Recht. Sie stellt sich insbesondere, wenn es sich bei dem ausländischen Arbeitnehmer um einen aus dem Ausland entsandten Mitarbeiter handelt. Zu klären gilt, nach welchem Recht ein derartiges Arbeitsverhältnis bestimmt wird, insbesondere ob insoweit per se das deutsche Arbeitsrecht anzuwenden ist.

#### 5.1.1 Grundsatz

Ob ein Arbeitsvertrag eines in Deutschland tätigen ausländischen Arbeitnehmers dem deutschen Recht oder dem Recht eines anderen Staates unterliegt, ist eine Frage des Internationalen Arbeitsrechts (als Teil des Internationalen Privatrechts bzw. des Arbeitskollisionsrechts). Maßgeblich waren insoweit die Regelungen der Art. 27–37 EGBGB a.F. Diese Bestimmungen sind mit Wirkung vom 17.12.2009 durch die Rom-I-VO abgelöst worden; gem. Art. 28 der Rom-I-VO gelten die neuen Vorschriften allerdings nur für die Arbeitsverträge, die nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden, für die Altverträge bleibt es bei der Anwendbarkeit des EGBGB, wobei sich diese beiden Kollisionsordnungen inhaltlich nicht wesentlich unterscheiden.

#### 5.1.2 Rechtswahl

Ausgangspunkt ist zunächst, dass es den Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich freisteht, das Recht zu wählen, das Anwendung finden soll. Dabei kommen sowohl das deutsche Arbeitsrecht als auch – im Fall einer Entsendung nach Deutschland – das Recht des Heimatstaates des Arbeitnehmers sowie das Recht eines Drittstaates in Betracht.

Die Rechtswahl kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (muss dann aber „eindeutig“ sein). Sie kann durch den Arbeitsvertrag wie durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung erfolgen. Sie kann sich mittelbar aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falls ergeben. Bei Arbeitsverträgen können etwa Gerichtsstandsklauseln, vertragliche Bezugnahmen auf ein bestimmtes Recht oder die Vereinbarung eines für beide Parteien gemeinsamen Erfüllungsorts Hinweise auf die getroffene Wahl geben. Insbesondere bei Arbeitsverträgen stellt die

Bezugnahme auf Tarifverträge und sonstige Regelungen am Sitz des Arbeitgebers ein gewichtiges Indiz für eine konkludente Rechtswahl dar.<sup>16</sup>

Die Rechtswahl ist allerdings inhaltlich durch Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rom-I-VO (bzw. für bis zum 17.12.2009 abgeschlossene Arbeitsverträge Art. 30 Abs. 1 EGBGB a.F.) beschränkt. Dem Arbeitnehmer darf danach nicht der Schutz entzogen werden, der ihm durch **zwingende Bestimmungen des Rechts** gewährt wird, das ohne eine Vereinbarung über das anzuwendende Recht anzuwenden wäre. Nach Art. 9 Abs. 3 Rom-I-VO (bzw. für bis zum 17.12.2009 abgeschlossene Arbeitsverträge Art. 34 EGBGB a.F.) finden einzelne Vorschriften des deutschen Rechts, die international zwingenden Charakter haben, in jedem Fall Anwendung. Wann dies der Fall ist, entscheidet sich nach deutschem Recht anhand des Normzwecks. Erforderlich ist zumindest auch die Verfolgung eines Gemeinwohlinteresses; der (Individualrechts-)Schutz der unterlegenen Vertragspartei allein genügt nicht.

Zu den durch die Rechtswahl nicht abdingbaren Vorschriften zählen die Regelungen über die Arbeitszeit, den Mutterschutz, den Schutz behinderter Menschen, den Jugendarbeitsschutz bzw. die Kinderarbeit, die Arbeitssicherheit und den allgemeinen Arbeitsschutz; u.U. gilt dies auch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifnormen. Daher müssen auch durch eine zulässige Rechtswahl eines anderen Rechtskreises deren Vorgaben bei der tatsächlichen Beschäftigung auf dem Gebiet der Bundesrepublik beachtet werden.

### 5.1.3 Fehlende Rechtswahl

Ist – wie oft in der Praxis – keine Rechtswahl getroffen, richtet sich das auf den Vertrag anzuwendende Recht nach Art. 8 Nr. 2 Rom-I-VO (bzw. für bis zum 17.12.2009 abgeschlossene Arbeitsverträge Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB a.F.) zunächst nach dem Recht des Staates, in welchem der Arbeitnehmer in Erfüllung seines Vertrags **gewöhnlich seine Arbeit verrichtet**. Gemeint ist der Ort der zeitlich überwiegenden Leistungserbringung; daran ändert auch eine nur vorübergehende (etwa von vornherein befristete) Entsendung in einen anderen Staat nichts. Erfasst ist hiervon auch eine längere, nicht aber für immer erfolgende Entsendung. Feste Zeitgrenzen gelten nicht. Es muss aber auf jeden Fall die Absicht der Rückkehr bestehen, selbst wenn sie erst nach Jahren erfolgt. Dies gilt nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.

Letzteres gilt gem. Art. 8 Nr. 4 Rom-I-VO ausnahmsweise nicht, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Arbeitsvertrag engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist. Der EuGH hat weiterhin entschieden, dass bei Erfüllung der Arbeitsleistung in mehreren Staaten die Arbeit in demjenigen Staat „gewöhnlich“ verrichtet wird, in dem der Arbeitnehmer seine Verpflichtungen gegenüber seinem Arbeitgeber im Wesentlichen erfüllt. Berücksichtigung finden bei der Beurteilung der Gesamtheit der Umstände u.a. die Staatsangehörigkeit der Vertragsparteien, der Sitz des Arbeitgebers und der Wohnort des Arbeitnehmers. Ergänzend sind die Vertragssprache und die Währung, in der die Vergütung gezahlt wird, zu berücksichtigen.

---

<sup>16</sup> BAG, Urt. v. 12.12.2001 – 5 AZR 255/00, BAGE 100, 130 = NZA 2002, 734.

Deutsches Arbeitsrecht findet aber auch in diesen Fällen Anwendung, sofern es um sogenannte **Eingriffsnormen** geht (Art. 9 Abs. 1 Rom-I-VO/Art. 34 EGBGB). Eingriffsnormen sind zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, vor allem seiner politischen, sozialen und wirtschaftlichen Ordnung angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe der Rom-I-VO anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Eingriffsnormen i.S.d. Art. 9 Abs. 1 Rom-I-VO/Art. 34 EGBGB gelten auch dann, wenn ansonsten für den Arbeitsvertrag an sich ausländisches Recht zur Anwendung käme.

Dies gilt etwa für die Vorschriften des Arbeitsschutzes oder – wie dies § 20 MiLoG erkennen lässt – für die Bestimmungen des Mindestlohns.

#### **5.1.4 Arbeitsvertragsgestaltung**

Beim Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einem ausländischen Arbeitnehmer, insbesondere wenn dieser aus dem Ausland entsandt worden ist, ist es dem Arbeitgeber aus Gründen der Rechtssicherheit anzuraten, eine **Rechtswahlklausel** in den Arbeitsvertrag aufzunehmen und hierbei im Zweifel die Anwendung deutschen Rechts festzulegen. Eine derartige Klausel stellt klar, dass für das Arbeitsverhältnis ausnahmslos deutsches Arbeitsrecht zur Anwendung kommt und ein etwaiger Rechtsstreit vor einem deutschen Arbeitsgericht auszutragen ist.

Die Vereinbarung kann durch Individualabrede, aber auch formularmäßig oder durch tarifvertragliche Bezugnahme erfolgen. Sie kann auch nach Abschluss des Arbeitsvertrags nachgeholt und später ggf. geändert werden.

### **5.2 Anbahnung und Begründung eines Arbeitsverhältnisses**

#### **5.2.1 Stellenausschreibung und Auswahl des Arbeitnehmers**

Ausländerspezifische Fragen treten bereits im Rahmen der Stellenbeschreibung und der Auswahl des einzustellenden Mitarbeiters auf. So hat der Arbeitgeber bereits bei der Stellenausschreibung, sodann bei der Auswahl des einzustellenden Arbeitnehmers die Diskriminierungsverbote des AGG zu beachten.

##### **5.2.1.1 Stellenausschreibung**

Der Inhalt der Stellenausschreibung – sie enthält üblicherweise Angaben über die Art der Arbeitsaufgabe und Position, die Qualifikation und regelmäßig den erwarteten Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme – obliegt der Entscheidung des Arbeitgebers. Nach § 11 i.V.m. §§ 1, 7 AGG hat dieser dabei aber darauf zu achten, dass der zu besetzende Arbeitsplatz diskriminierungsfrei ausgeschrieben wird.

Ein Verstoß gegen § 11 AGG hat zwar unmittelbar keine Konsequenzen, ein Anspruch auf Schadensersatz folgt daraus nicht, es handelt sich aber i.d.R. um eine **Tatsache**, die gem. § 23 AGG eine ungerechtfertigte Benachteiligung **vermuten** lässt (Beweislastumkehr). Kann der Arbeitgeber die Vermutung nicht widerlegen, hat der abgewiesene Bewerber einen Entschädigungsanspruch gem. § 15 Abs. 1

und 2 AGG. Dies gilt auch für den Fall, dass der diskriminierende Inhalt der Ausschreibung nicht durch den Arbeitgeber, sondern die BA vorgenommen wird.

### 5.2.1.2 Auswahl der Arbeitnehmer

Der Arbeitsvertrag wird nach dem das gesamte Privatrecht durchziehenden Prinzip der **Vertragsfreiheit** begründet. Danach ist beiden Arbeitsvertragsparteien das Recht zum Abschluss des Vertrags als solchem (Abschlussfreiheit) und zur Auswahl des Vertragspartners (Auswahlfreiheit) gewährleistet.

Auch insoweit aber ist die Auswahlfreiheit durch die in den §§ 1, 7 AGG genannten Kriterien begrenzt. Von daher muss nicht nur die Stellenausschreibung, sondern das gesamte Bewerbungsverfahren diskriminierungsfrei sein. Wird gegen die Regeln einer diskriminierungsfreien Auswahl verstoßen, werden die Rechtsfolgen eines Verstoßes dadurch relativiert, dass sich daraus nur **Schadensersatzansprüche** ergeben können; ein Einstellungsanspruch steht dem diskriminierten Bewerber dagegen nicht zu.

### 5.2.1.3 Diskriminierungsmerkmale

Im Hinblick auf ausländische Arbeitnehmer ist insbesondere eine Diskriminierung wegen der Rasse in Betracht zu ziehen. Der Begriff „Rasse“ ist höchst problematisch.<sup>17</sup> Er umschreibt nach allgemeinem Verständnis die Zugehörigkeit eines Menschen zu einer bestimmten Personengruppe aufgrund lebenslänglicher, vererblicher äußerer Erscheinungsmerkmale.<sup>18</sup> Das Merkmal der „**ethnischen Herkunft**“ knüpft an das Merkmal „Rasse“ an und bezeichnet Personengruppen, die kulturell, sozial-historisch und genetisch eine Einheit bilden. Erfasst werden Gruppen, die über eine eigene kulturelle, religiöse und sprachliche Tradition sowie besondere Sitten und Gebräuche verfügen.<sup>19</sup>

Die ethnische Herkunft kann sich auch in der Hautfarbe und dem äußeren Erscheinungsbild äußern. Ethnische Gruppen sind z.B. Sinti und Roma, Kurden sowie die Sorben in Ostsachsen und die dänische Minderheit in Schleswig-Holstein.<sup>20</sup> Nicht gemeint ist die bloße Staatsangehörigkeit, wie sich aus dem Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2000/43/EG ergibt.<sup>21</sup> Dabei ist irrelevant, ob die ethnische Unterscheidung positiv oder negativ definiert ist. Erfasst werden sowohl Fälle, in denen die Benachteiligung eine bestimmte Herkunft betrifft, als auch solche, in denen die Benachteiligung allein daran anknüpft, dass der Betroffene nichtdeutscher Herkunft ist.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Verschiedene „Rassen“ unter den Menschen gibt es nicht. Deshalb kann eine Diskriminierung auch nicht aufgrund einer Zugehörigkeit zu einer „Rasse“, sondern allenfalls aus rassistischen Gründen erfolgen. Gleichwohl wird – gewissermaßen unter Protest – die gesetzliche Definition im Weiteren verwendet.

<sup>18</sup> HK-AGG/DÄUBLER, § 1 Rdnr. 24.

<sup>19</sup> HK-AGG/DÄUBLER, § 1 Rdnr. 28; THÜSING, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rdnr. 178 f.

<sup>20</sup> BAUER/GÖPFERT/KRIEGER, § 1 Rdnr. 21; HK-AGG/DÄUBLER, § 1 Rdnr. 36 f.

<sup>21</sup> BAG, Urt. v. 21.06.2012 – 8 AZR 364/11, BAGE 142, 158 = AP Nr. 5 zu § 22 AGG = NZA 2012, 1345; WENDELING/SCHRÖDER-STEIN, § 1 Rdnr. 14.

<sup>22</sup> BAG, Urt. v. 21.06.2012 – 8 AZR 364/11, BAGE 142, 158 = AP Nr. 5 zu § 22 AGG = NZA 2012, 1345.

### 5.2.1.4 Einzelfälle

Eine die Merkmale Rasse und Ethnie berührende Diskriminierung kann in den vom Arbeitgeber gesetzten Anforderungen an die Sprache liegen. Die Nichtberücksichtigung eines Stellenbewerbers mit Migrationshintergrund wegen **mangelnder Kenntnisse der deutschen Sprache** ist allerdings für sich genommen noch keine Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft.<sup>23</sup>

Es liegt auch keine unzulässige Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft vor, wenn der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern Kenntnisse der deutschen Schriftsprache verlangt, damit sie schriftliche Arbeitsanweisungen verstehen und die betrieblichen Aufgaben so gut wie möglich erledigen können.<sup>24</sup> Eine unmittelbare Benachteiligung ausländischer Arbeitnehmer scheidet in diesem Fall schon deshalb aus, weil die Anforderung nicht an die Ethnie anknüpft. Die deutsche Schriftsprache kann unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer Ethnie beherrscht werden. Im Übrigen ist gem. § 8 AGG eine unterschiedliche Behandlung zulässig, wenn sie wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Verlangt daher der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern **Kenntnisse der deutschen Schriftsprache**, damit sie schriftliche Arbeitsanweisungen verstehen und die betrieblichen Aufgaben so gut wie möglich erledigen können, so verfolgt er ein sachlich gerechtfertigtes Ziel. Ebenso ist es deshalb nicht zu beanstanden, einen Bewerber wegen mangelnder Sprachfertigkeit abzulehnen, wenn das Stellenprofil **regelmäßige Kommunikation mit Dritten** voraussetzt und die sprachlichen Defizite ein branchenangemessenes Auftreten gegenüber diesen Dritten unmöglich machen.

Dagegen dürfte es sich bei der Einstellungs voraussetzung „Muttersprachler“ regelmäßig um eine mittelbare Benachteiligung handeln, wenn es als Synonym für eine Person mit „perfekten“ Kenntnissen der jeweiligen Sprache steht. In diesem Fall wird nämlich mittelbar an die ethnische Herkunft des Bewerbers angeknüpft, weil Angehörige anderer Ethnien typischerweise nicht so gute Deutschkenntnisse aufweisen wie Muttersprachler. Entsprechendes gilt, wenn ein Bewerber mit „akzentfreier“ Sprache gesucht wird. Stattdessen ist zu empfehlen, in der Ausschreibung die „perfekte Beherrschung in Wort und Schrift“ zu verlangen.

### 5.2.1.5 Organisation des Ausschreibungs- und Auswahlverfahrens

Damit lässt sich festhalten, dass die Ausschreibung einer Stelle so neutral und objektiv wie möglich gehalten werden sollte. Sie sollte sich, insbesondere im Hinblick auf die Diskriminierungsmerkmale Rasse und Herkunft, auf die konkret für die ausgeschriebene Position erforderlichen Anforderungen beziehen und beschränken.

Sofern auf Ausschreibungen, wie i.d.R. üblich, zahlreiche Bewerbungen eintreffen, sollte vom Arbeitgeber eine nachweisbar objektive **Vorauswahl** getroffen und auch dokumentiert werden. Es sollte daher in einem ersten Schritt geprüft werden, welche Bewerber die grundlegenden Anforderungen der ausgeschriebenen Stelle

<sup>23</sup> BAG, Urt. v. 28.01.2010 – 2 AZR 764/08, BAGE 133, 141 = NZA 2010, 625 = DB 2010, 1071. BAG, Urt. v. 22.06.2011 – 8 AZR 48/10, BAGE 138, 166 = NZA 2011, 1226 = DB 2011, 2438.

<sup>24</sup> BAG, Urt. v. 22.06.2011 – 8 AZR 48/10, BAGE 138, 166 = NZA 2011, 1226 = DB 2011, 2438.

erfüllen und ob die Bewerbungsunterlagen vollständig und fehlerfrei sind. Im Anschluss daran können in einem zweiten Schritt beispielsweise die Abschlussnote in der Ausbildung, die Qualität der erforderlichen Sprachkenntnisse und die Berufserfahrung berücksichtigt werden.

Die sachlichen Gründe für die Ablehnung eines Bewerbers sollten in den eigenen Unterlagen daher lückenlos dokumentiert und aufbewahrt werden. Die Aufbewahrung der Unterlagen sollte zumindest für die **Dauer der Fristen** des § 15 Abs. 4 AGG bzw. § 61b ArbGG erfolgen, um auf mögliche Beschwerden und ggf. arbeitsgerichtliche Verfahren eines abgelehnten Bewerbers vorbereitet zu sein.

## 5.2.2 Beschäftigungsverbote

Begrenzt wird die Abschlussfreiheit der Arbeitsvertragsparteien auch durch gesetzliche oder vertragliche Abschluss- oder Beschäftigungsverbote. Dies gilt etwa, wenn der Vertragsschluss im Widerspruch zu einem **gesetzlichen Abschlussverbot** steht, das zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrags führt. Dies ist der Fall bei einem Arbeitsvertrag mit **Kindern** – Jugendliche unter 14 Jahren oder solche, die der Vollzeitschulpflicht (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 3 JArbSchG) unterliegen (§ 5 JArbSchG) – und **Jugendlichen** (zwischen 14 und 18 Jahren, die der Vollzeitschulpflicht nicht mehr unterliegen), die das 15. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, § 7 JArbSchG. Der insoweit abgeschlossene Arbeitsvertrag ist nichtig, um einen effektiven Jugendschutz zu gewährleisten.

### 5.2.2.1 Fehlende Arbeitserlaubnis

Ein spezifisch ausländerrechtliches Beschäftigungsverbot gilt für den Fall der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer nach §§ 4 Abs. 3, 18 AufenthG. Arbeitgeber dürfen danach ausländische Arbeitnehmer nur beschäftigen, sofern diese über einen Aufenthaltstitel verfügen (§ 4 Abs. 3 AufenthG) und eine Arbeitserlaubnis verfügen. Ausnahmen hiervon sind lediglich aufgrund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung, eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung möglich. Die Beschäftigung eines ausländischen Arbeitnehmers steht damit unter einem **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**; ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Arbeitsvertrag ist nicht wirksam.

Darüber hinaus gilt eine Sonderregelung für den Fall, dass ein ausländischer Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer tätig werden soll. Insoweit ist in § 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vorgesehen, dass die Zustimmung der BA zur Beschäftigung zu versagen ist, wenn der Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer zum Einsatz kommen soll.

Die fehlende Beschäftigungserlaubnis führt in diesem Fall dazu, dass ein gleichwohl abgeschlossener Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam ist. Darüber hinaus wird die Überlassung eines ausländischen Arbeitnehmers, der den erforderlichen Aufenthaltstitel sowie eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung nicht besitzt, als Vergehen nach § 15 und § 15a AÜG bestraft; dabei erfasst § 15 AÜG das strafrechtlich relevante Verhalten des Verleihers, § 15a AÜG das des Entleihers.

### 5.2.2.2 Auswirkungen eines Beschäftigungsverbots auf den Arbeitsvertrag

Verfügt ein ausländischer Arbeitnehmer nicht über die erforderliche Arbeitserlaubnis, ist er wegen des sich daraus ergebenden Beschäftigungsverbots (§ 18 AufenthG) an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert. Die fehlende Arbeitserlaubnis führt allerdings nicht zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrags, da kein generelles Abschlussverbot besteht. Lediglich die tatsächliche Ausführung des Arbeitsverhältnisses kann wegen des gesetzlichen Verbots nicht stattfinden.<sup>25</sup> Der Arbeitnehmer ist allerdings rechtlich gehindert, die Arbeitsleistung zu erbringen, der Arbeitgeber, diese entgegenzunehmen. Ein Annahmeverzug des Arbeitgebers ist daher, selbst wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nach § 294 BGB anbietet, ausgeschlossen, § 297 BGB. Sobald feststeht, dass eine Arbeitserlaubnis nicht beantragt oder nicht erteilt wird, ist der Arbeitgeber berechtigt, den Vertrag außerordentlich oder ordentlich zu kündigen.

Etwas anderes ist nur anzunehmen, wenn beide Parteien den Arbeitsvertrag von vornherein **in der Absicht** geschlossen haben, ihn ohne Arbeitsleistung zu vollziehen. Dieses bewusst auf einen gesetzwidrigen Erfolg gerichtete Rechtsgeschäft ist nach § 18 AufenthG, §§ 134, 309 BGB **nichtig**.<sup>26</sup> Bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses können jedoch aus dem dann entstehenden **fehlerhaften Arbeitsverhältnis** Ansprüche auf Entlohnung gegeben sein.

### 5.2.3 Abschluss des Arbeitsvertrags

Wirksam wird das Arbeitsverhältnis durch den Abschluss des Arbeitsvertrags, wobei es der Einigung der Parteien über Leistung und Gegenleistung bedarf. Zu den Kernbestandteilen gehört die Bezeichnung der Vertragsparteien (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) und welche Leistung unselbständiger Dienste (Arbeitsleistung) der Arbeitnehmer zu erbringen hat.

#### 5.2.3.1 Formfreiheit, Schriftform und Nachweis der Arbeitsbedingungen

Der Arbeitsvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit grundsätzlich keiner Form. Er muss also insbesondere nicht schriftlich abgeschlossen werden. Eine **mündliche Vereinbarung** oder **konkludentes Zustandekommen** eines Arbeitsverhältnisses, z.B. durch die Aufnahme einer Tätigkeit, genügt. Insoweit gilt für den Abschluss des Arbeitsvertrags mit ausländischen Arbeitnehmern nichts anderes als beim Vertragsabschluss mit einem deutschen Arbeitnehmer. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist jedoch stets der Abschluss eines **schriftlichen Arbeitsvertrags** zu empfehlen.

Im Übrigen legt das **Nachweisgesetz** dem Arbeitgeber die Verpflichtung auf, von sich aus spätestens einen Monat nach dem Beginn des vereinbarten Arbeitsverhältnisses die „wesentlichen Vertragsbedingungen“ schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Durch dieses Gesetz wird der Grundsatz der Formfreiheit zwar nicht in Frage gestellt, einer Schriftform des Arbeits-

---

<sup>25</sup> BAG, Urt. v. 16.12.1976 – 3 AZR 716/75, AP Nr. 4 zu § 19 AFG = EZA § 19 AFG Nr. 1; BAG, Urt. v. 07.02.1990 – 2 AZR 359/89, EZA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 8 = NZA 1991, 341.

<sup>26</sup> BAG, Urt. v. 30.05.1969 – 5 AZR 256/68, BAGE 22, 22 = AP Nr. 4 zu § 35 AVAG.

vertrags bedarf es nicht; das Gesetz gibt aber dem Arbeitnehmer das Recht, vom Arbeitgeber einen Nachweis über die vereinbarten Arbeitsbedingungen in Form einer Niederschrift zu verlangen. Erfasst von dieser Verpflichtung werden alle Arbeitsverhältnisse, es sei denn, dass der Arbeitnehmer nur zur vorübergehenden Aushilfe von höchstens einem Monat eingestellt wird, § 1 NachwG.

Der Katalog der **mindestens** in die Niederschrift aufzunehmenden **Vertragsbedingungen** ist in § 2 Abs. 1 Satz 2 NachwG enthalten. Die Katalogtatbestände umfassen nicht nur das rechtsgeschäftlich Vereinbarte (Wiedergabepflicht), sondern auch einige gesetzliche Arbeitsbedingungen (Informationspflicht). Dazu gehören beispielsweise Name und Anschrift der Vertragsparteien, der Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses, die vorhersehbare Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses oder die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs.

Bei einem **Auslandseinsatz**, der länger dauert als einen Monat und bei dem das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber – jedenfalls in Form eines Rumpfarbeitsverhältnisses – fortbesteht und auch weiterhin dem deutschen Arbeitsrecht unterliegt, hat der Arbeitgeber weiter auf diesen Einsatz bezogene Mitteilungspflichten zu erfüllen; diese Niederschrift ist dem Arbeitnehmer noch vor der Abreise auszuhändigen, § 2 Abs. 2 NachwG

### 5.2.3.2 Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit ist beim Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags zu beachten, die überdurchschnittlich häufig bei ausländischen Arbeitnehmern anzutreffen sind;<sup>27</sup> nach § 14 Abs. 4 jedenfalls TzBfG bedarf die **Befristungsabrede** der Schriftform.

#### 5.2.3.2.1 Schriftformgebot

Das Schriftformgebot gilt für alle Varianten einer Befristung, also auch für eine Zweckbefristung und unabhängig von der jeweiligen Rechtsgrundlage, z.B. auch eine Befristung nach § 21 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG). Bei dem in der Praxis regelmäßig anzutreffenden kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrag muss die Schriftform die **Aussage der Befristung** und deren **zeitliche Dauer** betreffen; die Mitteilung des Befristungsgrundes ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung.

#### 5.2.3.2.2 Sachgründe einer Befristung

Ausländerspezifische Fragen der Befristung stellen sich in materiellrechtlicher Hinsicht, und zwar insbesondere im Zusammenhang mit der einem ausländischen Mitarbeiter ganz überwiegend nur befristet erteilten Arbeitserlaubnis. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG erlaubt eine Befristung, wenn „in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe die Befristung rechtfertigen.“ Insoweit ist die Tatsache, dass dem Arbeitnehmer die Arbeitserlaubnis nur befristet erteilt werden kann, noch kein sachlich anerkennenswerter Grund, um das Arbeitsverhältnis ebenfalls zu befristen. Damit scheidet auch eine auflösende Bedingung, wonach das Arbeitsverhältnis endet, wenn die Aufenthalts- oder die Beschäftigungserlaubnis nicht verlängert wird, aus. Die Befristung der Aufenthalts-/Beschäftigungserlaubnis kann aber einen Sach-

---

<sup>27</sup> Siehe <http://www.migazin.de/2014/04/08/befristete-arbeitsverhaeltnisse-auslaender-doppelt-so-haeufig-betroffen/>

Sachgrund für die Befristung des Arbeitsvertrags darstellen, wenn im Zeitpunkt der Befristung eine hinreichend sichere Prognose möglich ist, dass eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nicht erfolgen wird.<sup>28</sup> Erforderlich sind hierfür allerdings konkrete Anhaltspunkte, wobei der Arbeitgeber, sofern sich die Prognose nicht bestätigt hat, im Rechtsstreit Tatsachen vortragen muss, die ihm jedenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses den hinreichend sicheren Schluss darauf erlauben, dass nach Ablauf der Befristung die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers wegen Fehlens einer gültigen Aufenthaltserlaubnis nicht mehr möglich sein werde.

### 5.2.3.3 Abschluss des Arbeitsvertrags und Sprachrisiko

Ein weiterer Problembereich bei der Einstellung eines ausländischen Arbeitnehmers ergibt sich im Zusammenhang mit der im Arbeitsvertrag verwandten Sprache. Regelmäßig wird der Vertrag in deutscher Sprache abgefasst sein, zumal dabei ganz überwiegend eine standardisierte Version und nicht ein individuell ausgehandelter Arbeitsvertrag zum Einsatz kommen dürfte. Ist der Arbeitnehmer der deutschen Sprache nicht in einem Maß mächtig, dass ein problemloses und korrektes Verständnis aller vertraglichen Vereinbarungen erwarten lässt, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen das auf den wirksamen Abschluss eines Arbeitsvertrags hat.

Die Frage wird seit geraumer Zeit in Praxis und Wissenschaft kontrovers diskutiert. Für die Praxis von entscheidender Bedeutung ist dabei eine jüngere Entscheidung des BAG, die sich mit eben dieser Problematik – gestritten wurde über die Wirksamkeit von Ausschlussfristen in einem mit einem portugiesischen Arbeitnehmer abgeschlossenen Vertrag, der in Deutsch abgefasst war – auseinandersetzen hatte.<sup>29</sup> Das Gericht kommt darin zum Ergebnis, dass fehlende oder mangelnde Sprachkenntnisse einem wirksamen Vertragsschluss grundsätzlich nicht entgegenstehen. Weder sei durch die mangelnden Sprachkenntnisse des Bewerbers die Wirksamkeit des Arbeitsvertragsangebots seitens des Arbeitgebers berührt noch die der Annahme dieses Angebots, die regelmäßig in Form der Vertragsunterzeichnung durch den Bewerber erfolgt. Die Berücksichtigung individueller Sprachkenntnisse bei der Beurteilung, ob ein wirksames Angebot unterbreitet und dieses auch tatsächlich wirksam angenommen wurde, ginge zu Lasten der Rechtssicherheit und könne deshalb keine Berücksichtigung finden. Danach liegt es im **Verantwortungsbereich des sprachunkundigen Bewerbers** selbst, sich vor Vertragsunterzeichnung genaue Kenntnis von dessen Inhalt zu verschaffen. So kann der Bewerber um Bedenkzeit oder eine Übersetzung des Arbeitsvertrags bitten.

Nach Auffassung des Gerichts ist es dem Bewerber auch zumutbar, sich selbst um eine **Übersetzung** zu kümmern. Nutze der Bewerber diese Möglichkeiten nicht, könne er sich nach Annahme des Vertragsangebots auch nicht mehr darauf berufen, er habe vom Inhalt des Arbeitsvertrags aufgrund der Sprache, in der er verfasst wurde, nicht ausreichend und detailliert Kenntnis nehmen können. Ein sprachunkundiger Bewerber wird damit so behandelt wie ein deutschsprachiger Bewerber, der einen Arbeitsvertrag ungelesen unterzeichnet und dadurch von konkreten Vertragsvereinbarungen keine Kenntnis hat. Es sei eine bewusste Entscheidung des Bewerbers, sich nicht vor der Unterzeichnung vom konkreten Vertragsinhalt Kennt-

<sup>28</sup> BAG, Urt. v. 12.01.2000 – 7 AZR 863/98, BAGE 93, 160 = BB 2000, 933 = DB 2000, 978.

<sup>29</sup> BAG, Urt. v. 19.03.2014 – 5 AZR 252/12, NZA 2015, 1076 = DB 2014, 1623.

nis zu verschaffen; zur Unterzeichnung eines sich ihm inhaltlich nicht erschließenden Vertrags sei kein Bewerber verpflichtet.

Irrelevant ist danach auch, in welcher Sprache ggf. vorangegangene Vertragsverhandlungen geführt wurden. Auch wenn die Vertragsparteien zunächst in einer anderen Sprache verhandelt haben, begründet das keine Verpflichtung, künftig alle rechtserheblichen Erklärungen ausschließlich in dieser Sprache abzugeben bzw. entgegenzunehmen. Mit der Unterzeichnung eines Vertrags, der in deutscher Sprache verfasst ist, einigen sich nach diesem Verständnis die Vertragsparteien stillschweigend auf Deutsch als maßgebliche Vertragssprache.

Es gilt also: Unterzeichnet der Arbeitnehmer ein schriftliches Arbeitsvertragsangebot, darf der Arbeitgeber das regelmäßig als Annahme seines Angebots verstehen. Das gilt auch dann, wenn der Bewerber der Vertragssprache nicht oder nicht in ausreichendem Maß mächtig ist. In diesem Fall kann unterstellt werden, dass ein sprachunkundiger Bewerber weiß, dass er eine rechtserhebliche Erklärung abgibt und einen Arbeitsertrag begründet, an dessen Regelungen er gebunden ist. Dies gilt auch dann, wenn er eine unrichtige Vorstellung von einzelnen Vertragsbestimmungen hat. In jedem Fall trägt der ausländische Arbeitnehmer das Sprachrisiko. Wenn und soweit der Unterzeichnende mit dem Inhalt des Schriftstücks eine falsche Vorstellung verbunden hat, insbesondere er sich nicht im Klaren darüber war, dass er ein Arbeitsverhältnis eingeht und er den Inhalt des Rechtsgeschäfts insgesamt verkannt hat, kann der Arbeitnehmer seine Erklärung **anfechten**.

### **5.3 Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses**

Bei der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses des ausländischen Arbeitnehmers sind die zwingenden Grundsätze des Arbeitsrechts zu beachten, insbesondere der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Darüber sind die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten im Hinblick auf die Rechtsgüter und Interessen des Arbeitnehmers, insbesondere dessen Persönlichkeitsschutz, zu beachten. Den wichtigsten Vorgaben und vertraglichen Verpflichtungen soll im Folgenden nachgegangen werden.

#### **5.3.1 Gleichbehandlung der Arbeitnehmer**

Vorgaben im Hinblick auf die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen können sich insbesondere aus dem das deutsche Arbeitsrecht beherrschenden Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben, wonach es dem Arbeitgeber verwehrt ist, ausländische Arbeitnehmer aus unsachlichen Gründen schlechter zu behandeln als deutsche Arbeitnehmer. Insoweit ist von Interesse, ob und inwieweit der Arbeitgeber bei der Festsetzung dieser Arbeitsbedingungen, insbesondere des Arbeitsentgelts, die den deutschen Arbeitnehmern gewährten Bedingungen zum Maßstab nehmen muss.

##### **5.3.1.1 Gleichbehandlungsgrundsatz**

Nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist dem Arbeitgeber eine willkürliche, d.h. sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen, in vergleichbarer Lage befindlichen, verboten; der Grundsatz statuiert ein Verbot der sachfremden Differenzierung zwischen Arbeitnehmern in einer bestimmten Ordnung. So gebietet der Grundsatz dem Arbeitgeber, der Teilen seiner Arbeit-

nehmer freiwillig nach einem bestimmten erkennbaren generalisierenden Prinzip Leistungen gewährt, Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in gleicher oder vergleichbarer Lage befinden, gleich zu behandeln.<sup>30</sup> Arbeitnehmer sind in vergleichbarer Lage, wenn sie identische oder gleichartige Tätigkeiten ausüben.

Eine Differenzierung zwischen Gruppen von Arbeitnehmern ist sachfremd, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigenwerten Gründe gibt, wenn also bei einer am Gleichheitsgedanken orientierten Betrachtungsweise die Regelung als willkürlich anzusehen ist. Die Gründe müssen auf vernünftigen, einleuchtenden Erwägungen beruhen und dürfen nicht gegen höherrangige Wertentscheidungen verstoßen. Daher ist die differenzierende Bildung von Arbeitnehmergruppen, denen eine Leistung gewährt wird, und denen, die davon ausgeschlossen werden, nur dann gerechtfertigt, wenn die Unterscheidung einem legitimen Zweck dient und zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich und angemessen ist.<sup>31</sup>

Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes führt jedoch nicht zu einer **vollständigen Gleichstellung** der ausländischen Arbeitnehmer mit ihren deutschen Kollegen. Das bedeutet zwar, dass die unterschiedliche Staatsangehörigkeit, Rasse oder Herkunft nicht als Rechtfertigungsgrund für eine Differenzierung herangezogen werden können. Damit ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass ausländische Arbeitnehmer aus anderen Gründen, z.B. wegen einer kürzeren Betriebszugehörigkeit, geringerer Qualifikation oder eines im Ausland befindlichen Wohnsitzes anders als deutsche Arbeitnehmer behandelt werden. Auch fehlende deutsche Sprachkenntnisse in einem Arbeitsbereich, in dem die Kommunikation besondere Bedeutung hat, wären als Differenzierungsgrund in Betracht zu ziehen. Dabei muss allerdings gewährleistet sein, dass die Differenzierung ihrerseits sachgemäß ausfällt, d.h. diese zu dem angestrebten Differenzierungsziel in einem angemessenen Verhältnis steht.

### 5.3.1.2 Gleichwertige Arbeitsbedingungen wie inländische Arbeitnehmer?

Hinsichtlich der zu vereinbarenden Arbeitsbedingungen fällt § 39 Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz AufenthG ins Auge, der die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Beschäftigung des ausländischen Arbeitnehmers davon abhängig macht, dass dieser **nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen** als vergleichsweise deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Dem korrespondiert eine Auskunftspflicht des künftigen Arbeitgebers über Arbeitsentgelt, Arbeitszeiten und sonstigen Arbeitsbedingungen gegenüber der BA nach § 39 Abs. 2 Satz 3 AufenthG. Die Gleichwertigkeitsprüfung erstreckt sich insbesondere darauf, ob der Arbeitgeber die üblichen Arbeitsentgelte gewährt, wobei auf die tarifvertraglichen Arbeitsentgelte abgestellt wird, unabhängig davon, ob die Vertragsparteien im Einzelnen tarifgebunden sind. Der Zweck der Regelung wird vor allem in der Verhinderung eines wettbewerbsverzerrenden Sozial- und Lohndumpings gesehen, aber auch im Schutz des ausländischen Arbeitnehmers vor Ausbeutung.

Dennoch lässt sich aus der Vorschrift kein vertragsrechtlicher Anspruch des ausländischen Arbeitnehmers auf die Arbeitsbedingungen herleiten, die einem inländischen Arbeitnehmer zustehen. Der Schutz des ausländischen Arbeitnehmers ge-

<sup>30</sup> BAG, Urt. v. 21.05.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 = DB 2015, 135.

<sup>31</sup> BAG, Urt. v. 17.03.2010 – 5 AZR 168/09, NZA 2010, 696 = DB 2010, 1187.

genüber dem Arbeitgeber ist vielmehr nur ein mittelbarer: Ein Arbeitgeber, der einen Ausländer beschäftigen möchte, muss gleiche Arbeitsbedingungen versprechen, andernfalls sind die Voraussetzungen für die Erteilung des Aufenthaltstitels nicht gegeben und ist eine Beschäftigung untersagt. Eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gleichbehandlung ausländischer Arbeitnehmer folgt daraus nicht, so dass auch ein (privatrechtlicher) Anspruch des ausländischen Arbeitnehmers auf gleiche Arbeitsbedingungen ausgeschlossen werden kann. Die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen wird daher durch diese Regelung nicht eingeschränkt.

### **5.3.2 Ausgestaltung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten**

Den Arbeitgeber trifft die Pflicht, die schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers zu wahren. Diese Pflicht wird – als Pendant zu der Treupflicht des Arbeitnehmers – zuweilen noch immer als Fürsorgepflicht bezeichnet. Grundlage der Nebenpflichten sind der Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung und insbesondere das Gesetz. Eine Reihe der gesetzlichen Nebenpflichten geht auf den Umstand zurück, dass der Arbeitnehmer im Betrieb Gefahren ausgesetzt ist, die der Arbeitgeber als Inhaber der Organisation- und Leitungsgewalt (besser) beherrschen kann.

Die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten des Arbeitgebers gegenüber einem ausländischen Arbeitnehmer werden durch dessen spezifische Situation im Betrieb und der Belegschaft bestimmt. Das gilt zunächst für ein etwaiges Einschreiten gegenüber ausländerfeindlichen Äußerungen als auch den Unterbringungsbedingungen, die bei ausländischen Arbeitnehmern nicht selten anders ausfallen als bei ihren deutschen Kollegen. Schließlich stellt sich die Frage, ob und inwieweit die im Arbeitsverhältnis bestehenden Grundsätze der Haftung für Schadensersatz im Fall eines ausländischen Mitarbeiters anders zu justieren sind.

#### **5.3.2.1 Einschreiten gegenüber diskriminierenden Äußerungen von Arbeitskollegen**

Im Hinblick auf die zuweilen in Unternehmen anzutreffenden ausländerfeindlichen Äußerungen stellt sich zunächst die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber verpflichtet ist, diesen entgegenzutreten und ggf. – sofern die Äußerungen aus dem Kreis der Arbeitskollegen kommen – mit arbeitsrechtlichen Sanktionen zu reagieren.

##### **5.3.2.1.1 Arbeitsrechtliche Sanktionen bei ausländerdiskriminierendem Verhalten**

Eine ausländerfeindliche Einstellung eines Mitarbeiters bietet als solche noch keine Grundlage für arbeitsrechtliche Maßnahmen des Arbeitgebers. Dies ändert sich jedoch, wenn der Arbeitnehmer mit diskriminierendem Verhalten gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstößt, etwa die betriebliche Ordnung stört oder das Ansehen und die Außenbeziehungen des Arbeitgebers gefährdet.

So können nach der ständigen Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ausländerdiskriminierende Bemerkungen und Aufrufe eine verhaltensbedingte Kündigung, auch eine außerordentliche Kündigung ohne eine zuvor ausgesprochene Abmahnung

rechtfertigen.<sup>32</sup> Das gilt auch für die Weitergabe von Texten mit Hetzparolen gegen Ausländer oder Asylbewerber.<sup>33</sup>

### **5.3.2.1.2 Verpflichtung des Arbeitgebers zu entsprechenden Maßnahmen**

Für den Arbeitgeber, dem ein diskriminierendes Verhalten von Mitarbeitern, insbesondere eine ausländerfeindliche Äußerung, bekannt wird, ergibt sich daraus die Verpflichtung, tätig zu werden und arbeitsrechtliche Sanktionen (Abmahnung, Versetzung, Kündigung etc.) vorzunehmen. Diese Verpflichtung hat zum einen ihre Grundlage in der vertraglichen Nebenpflicht, die berechtigten Interessen des ausländischen Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses angemessen zu berücksichtigen und in diesem Zusammenhang massiven Ehrverletzungen durch andere Arbeitnehmer entgegenzutreten.

Zudem verpflichtet § 12 Abs. 1 AGG den Arbeitgeber, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft etc. zu treffen. Dieser gesetzlichen Verpflichtung kommt er zunächst dadurch nach, dass er seine Mitarbeiter in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit von Benachteiligungen hinweist und darauf hinwirkt, dass diese unterbleiben, § 12 Abs. 2 AGG. Dazu gehört insbesondere die Verpflichtung, die Mitarbeiter auf die Unzulässigkeit diskriminierenden Verhaltens hinzuweisen und darüber zu belehren, dass Benachteiligungen nicht geduldet und mit den erforderlichen Sanktionen bekämpft werden.<sup>34</sup> Darüber hinaus legt § 12 Abs. 3 AGG dem Arbeitgeber die Pflicht auf, bereits eingetretene Benachteiligungen aktiv zu bekämpfen. Dem betroffenen Arbeitnehmer gewährt die Vorschrift zugleich einen individuellen Anspruch gegen den Arbeitgeber, die Benachteiligung zu beseitigen und ihre Fortsetzung auszuschließen.<sup>35</sup> Der Arbeitgeber hat dementsprechend mit den ihm zur Verfügung stehenden arbeitsrechtlichen Mitteln gegen eine Diskriminierung vorzugehen.

### **5.3.2.2 Wohnraumbeschaffung und Ausgestaltung von Gemeinschaftsunterkünften**

Eine spezifisch ausländerbezogene Betrachtung stellt sich auch im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Wohnraum für die ausländischen Mitarbeiter und – soweit vorhanden – der Ausgestaltung von Gemeinschaftsunterkünften.

#### **5.3.2.2.1 Bereitstellung von Wohnraum**

Ausländische Mitarbeiter haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Bereitstellung einer Unterkunft durch den Arbeitgeber aufgrund der diesem obliegenden vertraglichen Nebenpflicht. Allerdings kann sich ein Arbeitgeber im Rahmen des **Arbeitsvertrags** verpflichten, eine Unterkunft zur Verfügung zu stellen; er kann sich dazu auch ohne eine Verpflichtung und damit freiwillig bereiterklären. Nicht selten handelt es sich dabei um eine Gemeinschaftsunterkunft, etwa ein Auszubildendenwohnheim oder ein sogenanntes Schwesternwohnheim. Charakteristisch für Gemeinschaftsunterkünfte

---

<sup>32</sup> BAG, Urt. v. 14.02.1996 – 2 AZR 27. NJW 1996, 2253 = NZA 1996, 873.

<sup>33</sup> BAG, Urt. v. 01.07.1999 – 2 AZR 676/98, NZA 1999, 1270 = DB 1999, 1456.

<sup>34</sup> Erfk-SCHLACHTER, § 12 AGG Rdnr. 2.

<sup>35</sup> Erfk-SCHLACHTER, § 12 AGG Rdnr. 3.

sind gemeinschaftlich zu nutzende Wasch- oder Duschräume, Toiletten und ggf. Gemeinschaftsküchen oder Kantinen.

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber nach § 6 Abs. 5 ArbStättV verpflichtet sein, den Arbeitnehmern des Betriebs Unterkünfte bereitzustellen, wenn **Sicherheits- und Gesundheitsgründe** (insbesondere wegen der Art der ausgeübten Tätigkeit und der Anzahl der im Betrieb beschäftigten Personen) sowie die **Abgelegenhheit des Arbeitsplatzes** dies erfordern und der Arbeitgeber keinen anderweitigen Ausgleich für die Beschäftigten vorsieht.

### 5.3.2.2 Anforderungen an Ausgestaltung der Unterkunft

Werden derartige Unterkünfte freiwillig oder aufgrund der Verpflichtung nach § 6 Abs. 5 ArbStättV bereitgestellt, gehören diese gem. § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 6 ArbStättV zur **Arbeitsstätte** und unterliegen insoweit der ArbStättV. Deren Normadressat ist der Arbeitgeber, der sicherstellen muss, dass die von ihm – auf welchem Wege auch immer – bereitgestellten Räumlichkeiten den Anforderungen der ArbStättV genügen.

Im Übrigen müssen diese Unterkünfte gem. § 618 BGB so eingerichtet sein, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben, Gesundheit und Eigentum weitgehend geschützt ist. Dazu gehört insbesondere eine Ausgestaltung und Belegung, bei denen die Gesundheit und das religiöse Empfinden der ausländischen Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt werden. Kommt der Arbeitgeber seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nach, so kann der Arbeitnehmer – nach einer entsprechenden Abmahnung – das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund kündigen.<sup>36</sup>

### 5.3.2.3 Haftungsfragen

#### 5.3.2.3.1 Haftungsgrundsätze

Ausländische Arbeitnehmer haften für schuldhafte Verletzungen der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gem. §§ 241 Abs. 2, 280 BGB, z.B. im Fall der Schlechtleistung, oder wegen unerlaubter Handlung (§ 823 BGB) nach denselben Grundsätzen wie ihre deutschen Kollegen. Und auch sie profitieren von den Grundsätzen der Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung, wenn der Schaden bei einer **betrieblich veranlassten Tätigkeit entstanden ist, d.h.** wenn die Schadensursache maßgeblich auf die Verfolgung betrieblicher Zwecke zurückgeht.<sup>37</sup> In diesem Fall gelten hinsichtlich der Haftung folgende Grundsätze:<sup>38</sup>

- Hat der Arbeitnehmer den Schaden **vorsätzlich** herbeigeführt, haftet er uneingeschränkt.

<sup>36</sup> Hinzuweisen ist im Übrigen darauf, dass die Zuweisung derartiger Unterkünfte entsprechend den Regeln für Werkdienstwohnungen nicht der **Mitbestimmung des Betriebsrats** nach § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG unterliegt. Der Betriebsrat hat wie sonst auch im Arbeitsschutz nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitzubestimmen, soweit die Vorgaben der ArbStättV über Einrichtung und Beschaffenheit der Unterkünfte Spielraum lassen. Dagegen unterliegt die Vergabe von Werkwohnungen nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG.

<sup>37</sup> BAG (GS), Urt. v. 27.09.1994 – GS 1/89, BAGE 78, 56, 63 = AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

<sup>38</sup> Siehe dazu BAG, Urt. v. 16.02.1995 – 8 AZR 493/93, AP Nr. 106 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers = NZA 1995, 565.

- Auch bei **grober Fahrlässigkeit** haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich uneingeschränkt. Hier ist jedoch im Einzelfall ausnahmsweise eine Haftungsbegrenzung möglich, wenn der Verdienst des Arbeitnehmers im deutlichen Missverhältnis zum Schadensrisiko der Tätigkeit steht.
- Bei **normaler (mittlerer) Fahrlässigkeit** erfolgt eine Schadensteilung, wobei für den Umfang der Arbeitnehmerhaftung dann die Einzelfallumstände maßgeblich sind. Die im Einzelfall bei der Bemessung der Höhe der Haftung des Arbeitnehmers zu berücksichtigenden Umstände sind insbesondere sein Verhalten in der Vergangenheit, die Art und die Schwierigkeit der Tätigkeit, die Gefahrgeneithheit der Tätigkeit, das Schadensrisiko, die Ausbildung und Berufserfahrung, ein etwaiges Mitverschulden des Arbeitgebers und vor allem die Versicherbarkeit des Schadensrisikos.
- Bei geringer Schuld, die auf **leichte Fahrlässigkeit** zurückgeht, ist jede Haftung des Arbeitnehmers ausgeschlossen.

### 5.3.2.3.2 Mitverschulden des Arbeitgebers

Die Haftung des Arbeitnehmers wird darüber hinaus eingeschränkt durch ein Mitverschulden des Arbeitgebers gem. § 254 BGB. Ein solches Mitverschulden kann etwa darin bestehen, dass er den Arbeitnehmer nicht ausreichend in die Tätigkeit eingewiesen hat. Im Fall eines ausländischen Mitarbeiters ist ein derartiges Mitverschulden infolge unzureichender Einweisung insbesondere in Betracht zu ziehen, wenn diese (erkennbar) aufgrund der Sprachprobleme den Bedeutungsgehalt der Einweisung nicht oder nur unzulänglich verstehen konnten. Unter Umständen wirken sich Sprachprobleme in diesem Bereich sogar dahingehend aus, dass von einer Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten durch einen Arbeitnehmer nicht mehr gesprochen werden kann.

Vor dem Hintergrund, dass den Arbeitgeber bei der Geltendmachung von Schadensersatz gegenüber einem Arbeitnehmer stets die Darlegungs- und Beweislast für die Vertragspflichtverletzung und für den Verschuldensgrad trifft, ist es für einen Arbeitgeber dann, wenn sich Verständigungsschwierigkeiten mit dem Arbeitnehmer aufdrängen, auf jeden Fall ratsam, bei der Erteilung von Einweisungen und Arbeitsanweisungen einen **Dolmetscher** hinzuzuziehen oder aber die Anweisung schriftlich in der Muttersprache des Ausländers zu erteilen.

Sind allerdings in der Vergangenheit bei der Kommunikation mit dem ausländischen Arbeitnehmer keine Probleme erkennbar geworden, dürfte dem ausländischen Arbeitnehmer die spätere Berufung darauf, er habe die ihm erteilten Anweisungen nicht verstanden, verwehrt sein, sofern er nicht von sich aus vorab auf Verständigungsprobleme aufmerksam gemacht hat.

## 5.4 Anspruch auf Arbeitsentgelt

### 5.4.1 Grundlagen

Einen besonderen Stellenwert im Rahmen des Arbeitsverhältnisses nimmt der Anspruch des Arbeitnehmers auf das Arbeitsentgelt ein, das regelmäßig die einzige Quelle von dessen wirtschaftlicher Existenz bildet. Entsprechend konflikträftig

gestalten sich Auseinandersetzungen über den Anspruch als solchen und insbesondere dessen Höhe.

Maßgeblich Rechtsgrundlage für den Entgeltanspruch ist der **Arbeitsvertrag**. Damit ist die Pflicht zur Entgeltzahlung allein davon abhängig, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Soweit sich in arbeits- oder kollektivvertraglichen Vereinbarungen Regelungen zur Vergütung – siehe dazu sogleich unten – finden, regeln diese nicht den Entgeltanspruch als solchen, sondern nur dessen Höhe.

Die Höhe des Arbeitsentgelts kann sich sowohl **aus dem Arbeitsvertrag als auch einem Tarifvertrag** ergeben. Im Fall der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, insbesondere soweit es sich dabei um Geringqualifizierte handelt, dürfte die Entgelthöhe vor allem durch das Mindestlohngesetz (MiLoG) bestimmt werden, das seit 01.01.2015 in Kraft ist. Des Weiteren nehmen die Antidiskriminierungsvorschriften des AGG und der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz Einfluss auf die Höhe des Entgelts.

Haben die Arbeitsvertragsparteien die **Entgelthöhe** im Arbeitsvertrag **nicht geregelt** und ist auch kein Entgelttarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung anzuwenden, ist also die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, gilt nach **§ 612 Abs. 2 BGB** die „taxmäßige“ und – sofern eine solche fehlt – die **übliche Vergütung** als vereinbart. Als „üblich“ ist die Vergütung anzusehen, die im Wirtschaftsgebiet üblicherweise für eine vergleichbare Tätigkeit bezahlt wird. Im Regelfall handelt es sich dabei um das Arbeitsentgelt, das in einem fachlich und räumlich einschlägigen Tarifvertrag zu entnehmen ist.

Eine Vereinbarung, wonach das Arbeitsentgelt ausgezahlt werden soll, ohne dass der Arbeitgeber hierfür Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge abführt („Schwarzgeld“), ist wegen des Verstoßes gegen die gesetzlichen Verbote des Steuer- und Sozialversicherungsrechts **unwirksam**, § 134 BGB i.V.m. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO, §§ 41a Abs. 1, 41b Abs. 1 EStG, § 28a SGB IV. Die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags wird durch dieses Verbot nicht berührt; nichtig ist allein die Abrede, vom Entgelt keine Steuern und Beiträge abzuführen. Zur Zahlung des „schwarz“ vereinbarten Entgelts bleibt der Arbeitgeber danach verpflichtet. Im Übrigen macht sich der Arbeitgeber, der die Schwarzgeldabrede erfüllt, nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar.

## **5.4.2 Mindestentlohnung nach Mindestlohngesetz**

Seit dem 01.01.2015 ist bei der Festlegung der Entgelthöhe ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn zu beachten; seine Grundlage findet sich im Mindestlohngesetz (MiLoG). Danach hat jeder in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer einen Anspruch auf ein Mindestentgelt i.H.v. 8,50 € je Arbeitszeitstunde. Der Anspruch ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Abreden, die den Mindestlohn unterschreiten, sind nach § 3 Satz 1 MiLoG unwirksam. Das Gesetz gibt damit einen allgemeinen Grundlohn vor, der die unterste Grenze der Entlohnung von in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern bildet.

## 5.4.2.1 Anwendungsbereich des Gesetzes

### 5.4.2.1.1 Grundsatz

Anspruchsberechtigt sind grundsätzlich **alle Arbeitnehmer** unabhängig von ihrer Tätigkeit und unabhängig von ihrem Arbeitsumfang. 450-€-Jobs sind deshalb ebenso der Mindestlohnpflicht unterworfen wie etwa die Arbeitstätigkeit von Saisonarbeitskräften oder von Rentnerinnen und Rentnern. Des Weiteren werden Praktikanten nach § 26 BBiG den Arbeitnehmern gleichgesetzt, § 22 Abs. 1 Satz 2 MiLoG. Schließlich kommt es auch nicht auf den Sitz des Arbeitgebers an, er hat auch dann den Mindestlohn zu zahlen, wenn er im Ausland sitzt, § 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG.

Das MiLoG gilt nach § 20 für alle Arbeitsorte in der Bundesrepublik Deutschland, **unabhängig von der Staatsangehörigkeit** oder dem **Wohnsitz des Arbeitnehmers**. Es erstreckt sich damit nicht nur auf in Deutschland beheimatete Arbeitnehmer, sondern erfasst auch Arbeitnehmer aus den Mitgliedstaaten der EU, die von der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 AEUV) Gebrauch machen, und solche aus Drittstaaten, sei es als Grenzgänger oder als Wanderarbeitnehmer, die regelmäßig im Hoheitsgebiet Deutschlands tätig sind.

Den Arbeitnehmern im mindestlohnrechtlichen Sinne gleichgestellt werden Praktikanten. Dabei handelt es sich – wie dies § 22 Abs. 1 Satz 3 MiLoG festhält – um Personen, die sich

- nach der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung des Vertragsverhältnisses (und unabhängig von dessen Bezeichnung)
- für eine begrenzte Dauer
- zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen
- einer bestimmten betrieblichen Tätigkeit zur Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit unterziehen, ohne dass dabei eine Berufsausbildung vorliegt.

Mit dieser Regelung ist zunächst klargestellt, dass eine diesen **Anforderungen entsprechende Tätigkeit** als ein Praktikum zu verstehen ist, das unabhängig von der Bezeichnung des Vertrags – etwa als „freiwilliger Dienst“ oder als Volontariat – den Mindestlohnregelungen unterfällt. Zugleich wird damit bestätigt, dass bei sogenannten gemischten Tätigkeiten, bei denen die Arbeitsleistung und nicht der Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen im Vordergrund steht, ein Arbeitsverhältnis gegeben ist.

### 5.4.2.1.2 Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Der weite Anwendungsbereich des Gesetzes wird allerdings in § 22 Abs. 1–4 MiLoG durch einige **Ausnahmetatbestände** wieder eingegrenzt, und zwar solche Ausnahmetatbestände, die bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer eine besondere Relevanz haben dürften. Im Einzelnen sind von der Mindestlohnpflicht die Vertragsbeziehungen zu folgenden Personen freigestellt:

- **Praktikanten**  
Ausgenommen werden zunächst **Pflichtpraktika** von unbegrenzter Dauer im Rahmen von Schul-, Ausbildungs- und Studienordnungen oder im Rahmen einer Ausbildung an einer gesetzlich geregelten Berufsakademie, nach § 22 Abs. 1

Nr. 1 MiLoG. Freigestellt von der Mindestlohnspflicht werden zudem **Praktika von bis zu drei Monaten**, die zur **Orientierung für eine Berufsausbildung oder die Aufnahme eines Studiums** dienen, § 22 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG. Schließlich werden solche Praktika aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen, die als **Einstiegsqualifizierung nach § 54a SGB III** oder als **Vorbereitung zur Berufsausbildung** nach §§ 68–70 BBiG geleistet werden.

Nicht eingeschlossen in diese Ausnahmeregelungen sind damit die **Absolventen eines Studiums oder einer Berufsausbildung**, die über ein Praktikum einen Schritt zum Ersteinstieg in den Arbeitsmarkt unternehmen und die dabei den für Arbeitnehmer typischen Arbeitsaufgaben unterworfen werden; diese Personengruppe, die zuweilen auch als „Generation Praktikum“ charakterisiert wird, kann vielmehr – als Arbeitnehmer – eine Vergütung in Höhe des gesetzlichen Mindestlohns verlangen.

Entsprechendes gilt für ausländische Arbeitnehmer, die ein Praktikum antreten, in dessen Rahmen sie Einblicke in den betrieblichen Alltag gewinnen, aber auch Fertigkeiten und Erfahrungen erwerben sollen.

- **Jugendliche**

Keine Anwendung findet das MiLoG auf **Kinder und Jugendliche ohne Berufsausbildung bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres**, § 22 Abs. 2 MiLoG. i.V.m. § 2 Abs. 1 und 2 JArbSchG. Für diese Personen soll der Mindestlohn keinen Anreiz setzen, zugunsten einer besser bezahlten Tätigkeit auf eine Schul- ausbildung oder eine Berufsausbildung zu verzichten.

- **Langzeitarbeitslose**

Für Langzeitarbeitslose, die eine neue Beschäftigung gefunden haben, gelten in den **ersten sechs Monaten** ihrer Beschäftigung die gesetzlichen Mindestlohn- vorschriften nicht, wenn sie unmittelbar vor Aufnahme ihrer Beschäftigung ein Jahr oder länger arbeitslos waren (§ 18 Abs. 1 SGB III). Diese Personen müssen also für den Zeitraum eines halben Jahres auf eine Vergütung in Höhe der gesetz- lichen Lohnuntergrenze verzichten, § 22 Abs. 4 MiLoG.

Zu dieser vor allem auch für aus dem Ausland zugewanderte Arbeitnehmer rele- vanten Regelung wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass sie auch für Per- sonen gilt, die im **Ausland** (langzeit-)arbeitslos waren. Diesem Verständnis steht jedoch entgegen, dass § 22 Abs. 4 Satz 1 MiLoG auf § 18 Abs. 1 SGB III ver- weist, der hinsichtlich des Begriffs des „Arbeitslosen“ wiederum auf § 6 SGB III rekurriert. Danach sind Arbeitslose Personen, die u.a. eine versicherungspflichtige Beschäftigung suchen und dabei den Vermittlungsbemühungen der BA zur Verfügung stehen und sich dort arbeitslos gemeldet haben. Die Anbindung an die BA bringt zum Ausdruck, dass die Arbeitslosen während ihrer Arbeitslosigkeit dem deutschen Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen mussten. Dies ist für Zeiten der Arbeitslosigkeit im Ausland ausgeschlossen. Maßgeblich ist daher auch für Ausländer nur die Zeit der Arbeitslosigkeit, die im Inland angefallen ist.

- **Auszubildende und Ehrenamtliche**

Für Auszubildende und Ehrenamtliche wird in § 22 Abs. 3 MiLoG – deklarato- risch – klargestellt, dass das Gesetz auf diese Personengruppen keine Anwen- dung findet. Dies folgt hinsichtlich der Auszubildenden bereits daraus, dass sie – wie auch § 10 Abs. 1 und 2 BBiG festhält – in keinem Arbeitsverhältnis mit dem Ausbildungsunternehmen stehen. Auch ehrenamtlich tätige Personen, denen

ausweichlich der Gesetzesbegründung die Personen zugeordnet werden, die ein freiwilliges soziales oder ökologisches Jahr ableisten, befinden sich schon statusrechtlich nicht in einem Arbeitsverhältnis. Sowohl ein Ausbildungsverhältnis eines ausländischen Jugendlichen als auch eine ehrenamtliche Tätigkeit eines Ausländers bewegen sich deshalb außerhalb der Mindestlohnregelungen.

#### **5.4.2.1.3 Mindestlohnhöhe und abweichende Regelungen während der Übergangszeit**

Der Mindestlohn beträgt gem. § 1 Abs. 2 MiLoG exakt 8,50 € pro Zeitstunde. Er kann künftig auf Vorschlag einer Mindestlohnkommission (§§ 4–12 MiLoG) durch Rechtsverordnung, die von der Bundesregierung erlassen wird, geändert werden. Bis Mitte des Jahres 2016 hat die Bundesregierung über eine Änderung des Mindestlohns mit Wirkung zum 01.01.2017 zu beschließen, § 9 Abs. 1 Satz 1 MiLoG. Diese Änderung dürfte mit einer Erhöhung gleichzusetzen sein. Ab dem Jahr 2017 hat dann die Mindestlohnkommission im Zweijahresrhythmus über eine Anpassung der Mindestlohnhöhe zu entscheiden.

Nach § 3 Abs. 3 MiLoG gehen die Regelungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG), des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen den Regelungen des MiLoG vor, soweit die Höhe der auf ihrer Grundlage festgesetzten Arbeitsentgelte die Mindestlohngrenze nach § 1 MiLoG nicht unterschreitet. Findet auf das Arbeitsverhältnis eine Mindestlohnregelung nach dem AEntG oder nach § 3a AÜG Anwendung, ist also der dort vorgegebene „**bessere**“ **Mindestlohn** maßgeblich.

Zudem gilt es, die durch **§ 138 BGB** gesetzte Untergrenze eines **sittenwidrigen Arbeitsentgelts**, die in der Rechtsprechung des BAG präzisiert worden ist, zu berücksichtigen. Ein die Sittenwidrigkeit einer Entgeltvereinbarung bedingendes auffälliges Missverhältnis liegt danach vor, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal 2/3 des in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion gezahlten Tariflohns erreicht. Ein Arbeitsentgelt kann also auch dann in einem auffälligen Missverhältnis zur Arbeitsleistung stehen, wenn er über den gesetzlichen Mindestlohn hinausgeht. § 138 BGB stellt nämlich nicht darauf ab, dass die Vergütung abstrakt gesehen unter einer bestimmten Mindestgrenze liegt, sondern dass sie in einem auffälligen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung des Arbeitnehmers steht.

Andererseits gehen nach § 24 Abs. 1 Satz 1 MiLoG abweichende Tarifverträge „repräsentativer“ Tarifvertragsparteien bis einschließlich zum 31.12.2017 dem Mindestlohn vor, wenn sie für alle unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitgeber mit Sitz im In- und Ausland sowie deren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach den Vorschriften des AEntG verbindlich gemacht worden sind. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit geschaffen, Entgeltfestsetzungen **unterhalb des Mindestlohns** vorzunehmen, um den Marktbedingungen in den Branchen, in denen eine kurzfristige Umstellung auf den Mindestlohn mit Risiken für die Unternehmen und die Arbeitsplätze verbunden wäre, Rechnung zu tragen.

Der Tarifvertrag muss danach entweder nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt oder über eine Rechtsverordnung nach § 7 AEntG auf alle Arbeitsverhältnisse der Branche erstreckt worden sein. Zudem muss der Tarifvertrag in den Gel-

tungsbereich des AEntG fallen. Unerheblich ist, zu welchem Zeitpunkt der Tarifvertrag geschlossen wurde und wann sein Geltungsbereich für alle Arbeitsverhältnisse verbindlich gemacht wurde. § 24 Abs. 1 MiLoG ermöglicht es daher auch Tarifverträgen, die in den Jahren 2015–2017 geschlossen bzw. verbindlich gemacht werden, den gesetzlichen Mindestlohn zu unterschreiten. Allerdings muss der jeweilige Tarifvertrag ab dem 01.01.2017 mindestens ein Arbeitsentgelt von 8,50 € in der Stunde vorschreiben.

Für **Zeitungszusteller** – als solche werden Arbeitnehmer verstanden, die ausschließlich periodische Zeitungen und Zeitschriften an Endkunden zustellen – ist in § 24 Abs. 2 MiLoG eine **Übergangsregelung** vorgesehen, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Für diese Arbeitnehmergruppe beträgt der Mindestlohn in den Jahren 2015 und 2016 75 % bzw. 85 % des grundständigen Mindestlohns. Erst ab dem Beginn des Jahres 2017 wird der Mindestlohn auf 8,50 € angehoben, was – sollte zu diesem Zeitpunkt bereits eine mindestloohnerhöhende Rechtsverordnung nach §§ 9 Abs. 1 und 11 MiLoG erlassen worden sein – noch immer zu einem Abschlag gegenüber dem dann geltenden allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn führen würde. Erst ab dem Beginn des Jahres 2018 erfolgt eine vollständige Gleichstellung mit den übrigen Arbeitnehmern.

#### **5.4.2.1.4 Ermittlung des Mindestlohns**

Die Regelung des § 1 Abs. 2 MiLoG stellt auf eine Entlohnung nach Zeit („je Zeitstunde“) ab. Eine Vergütung nach Zeit ist in der Vergütungspraxis zwar häufig, allerdings nicht ausnahmslos anzutreffen. Die Beschränkung auf die Arbeitsstunden erweist sich für die Vergütungsvarianten, die – wie etwa Akkord- oder Stücklohnsysteme – keinen Bezug zur erbrachten Arbeitszeit aufweisen, als problematisch. Insofern ist bei der Berechnung des Mindestlohns derartiger Vergütungssysteme – wie aus der Fälligkeitsregelung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 MiLoG hervorgeht, in der von dem „Monat“ als Abrechnungszeitraum die Rede ist – auf den **Kalendermonat** als maßgeblichen Referenzzeitraum abzustellen, und zwar unabhängig davon, auf welcher Basis und mit welcher Methode das Arbeitsentgelt im Unternehmen ermittelt wird. Mit anderen Worten: Es muss bei einer Vergütung, die nicht nach Zeitstunden abgerechnet wird, gewährleistet sein, dass das in einem Kalendermonat erzielte Arbeitsentgelt dem Betrag entspricht, der sich aus der **Zahl der geleisteten Arbeitsstunden multipliziert mit 8,50 €** ergibt.

In welchem Umfang der Arbeitnehmer von dieser Zahlungsverpflichtung tatsächlich profitiert, ist maßgeblich davon abhängig, welche Zahlungen des Arbeitgebers anrechenbar bzw. nicht anrechenbar sind. Insofern muss berücksichtigt werden, dass diese Frage nur anhand der **europarechtlichen Vorgaben**, die in der Entsenderichtlinie niedergelegt sind, entschieden werden kann. Die Entsenderichtlinie legt – für das deutsche Recht verbindlich – fest, welche Leistungen des Arbeitgebers mit dem Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers verrechnet werden dürfen.

Leistungen des Arbeitgebers, mit denen **ein Mehr** als die vorgeschriebene Arbeit oder **Tätigkeiten unter besonderen Bedingungen** abgegolten werden, können danach nicht angerechnet werden; sie würden zu einer mindestlohnwidrigen Vergütung für die eigentlich geschuldete „normale“ Arbeitsleistung führen. Keine Berücksichtigung dürfen danach Schichtarbeits-, Nachtarbeits-, Sonn- und Feiertagszu-

schläge, Zuschläge für Tätigkeiten unter besonders beschwerlichen, belastenden oder gefährlichen Bedingungen sowie i.d.R. Überstundenzuschläge.

Soweit der Arbeitgeber **Einmalleistungen** (13. Gehalt, Weihnachts-, Urlaubsgeld etc.) erbringt, werden nur die Leistungen anerkannt, die tatsächlich und unwiderruflich zum maßgeblichen Fälligkeitszeitpunkt ausgezahlt werden. Zahlungen des Arbeitgebers, die unter dem Vorbehalt des Widerrufs oder der Rückzahlung stehen, wie dies insbesondere bei Gratifikationen oder sonstigen Sonderleistungen der Fall sein kann, werden daher nicht mindestlohnwirksam. Eine Anrechenbarkeit von **vermögenswirksamen Leistungen** scheidet aus, da derartige Leistungen keinen Lohnbestandteil im engeren Sinne darstellen; sie dienen vielmehr der Vermögensbildung des Arbeitnehmers und können von diesem erst binnen einer mehr oder weniger langen Frist abgerufen werden. **Wegegelder** sind nur anrechenbar, soweit darin über den Fahrtkosten- oder sonstigen Aufwendersatz hinaus die für den Weg erforderliche Zeit vergütet wird.

#### 5.4.2.1.5 Sicherung des Mindestlohns

Der Mindestlohn kann nur dann eine allgemeine Verbindlichkeit erlangen, wenn Abreden oder rechtsmissbräuchliche Umgehungsvarianten seiner gesetzlichen Vorschriften ausgeschlossen sind. Dementsprechend sind zunächst Vereinbarungen, die den Mindestlohn **unterschreiten** oder seine **Geltendmachung beschränken oder ausschließen**, nach § 3 MiLoG unwirksam. Die Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung berührt die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags im Übrigen nicht (§ 1 MiLoG: „insoweit“), § 139 BGB kann folgerichtig keine Anwendung finden. Stattdessen tritt an die Stelle der unwirksamen Entlohnungsvereinbarung – entsprechend der Rechtsfolge einer sittenwidrigen Entgeltregelung – die Vergütungsregelung des § 612 BGB. Die mindestlohnwidrige Vereinbarung wird also nicht etwa nur auf die Höhe des gesetzlichen Mindestlohns angehoben. Vielmehr schuldet jetzt der Arbeitgeber die Vergütung, die im Wirtschaftsgebiet üblicherweise für eine vergleichbare Tätigkeit bezahlt wird.

Über die Abreden hinaus sind der einseitige **Verzicht** und die **Verwirkung** des gesetzlichen Anspruchs ausgeschlossen, allein ein **gerichtlicher Vergleich** über bereits entstandene Ansprüche lässt das Gesetz zu. Schließlich finden auch tarifvertragliche und arbeitsvertragliche Ausschlussfristen keine Anwendung auf den gesetzlichen Anspruch.

#### 5.4.2.1.6 Mindestentgeltabrede im Arbeitsvertrag

Im Hinblick auf die gesetzliche Verpflichtung ist bei der Ausgestaltung der Arbeitsentgeltabrede in den Arbeitsverhältnissen, die dem MiLoG unterfallen, darauf zu achten, dass die vertragliche Vereinbarung wenigstens eine Höhe von 8,50 € pro Stunde vorsieht.

Zudem sollte in der entsprechenden Vertragsklausel, insbesondere für den Fall, dass die Entgelthöhe die Stundenvergütung von 8,50 € nicht oder nur geringfügig überschreitet, in transparenter Weise klargestellt werden, dass **spätere Erhöhungen** des Mindestlohns nachvollzogen werden. Damit ist gewährleistet, dass eine Änderung des Vertragstextes nicht vorgenommen werden muss.

## Übersicht: Geltung des Mindestlohns

Der Mindestlohn gilt für alle inländischen und ausländischen Arbeitnehmer, sofern sie im Inland eingesetzt werden (vgl. § 20 MiLoG).

Grundsatz		Seit dem 01.01.2015 gilt für alle abhängig Beschäftigten einschließlich Praktikanten ein Mindestlohn i.H.v. 8,50 €/Stunde (§ 1 MiLoG). Vereinbarungen, die den gesetzlichen Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten, seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, sind unwirksam (§ 3 MiLoG).
Ausnahmen	Vom Mindestlohn ausgenommen sind ausschließlich:	
	Praktika	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pflichtpraktika im Rahmen einer Ausbildung oder eines Studiums (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MiLoG)</li> <li>• Orientierungspraktika (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 MiLoG)</li> <li>• freiwillige Praktika, sofern sie eine Dauer von drei Monaten nicht überschreiten, berufsausbildungs- oder studienbegleitend sind und zuvor mit demselben Praktikanten nicht schon ein solches Praktikumsverhältnis bestand (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 MiLoG)</li> </ul>
	Berufsausbildung	<ul style="list-style-type: none"> <li>• zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte (§ 22 Abs. 3 MiLoG)</li> </ul>
	Minderjährige Beschäftigte gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 JArbSchG	<ul style="list-style-type: none"> <li>• minderjährige Beschäftigte ohne abgeschlossene Berufsausbildung (§ 22 Abs. 2 MiLoG)</li> </ul>
	Langzeitarbeitslose i.S.d. § 18 Abs. 1 SGB III	<ul style="list-style-type: none"> <li>• während der ersten sechs Beschäftigungsmonate im unmittelbaren Anschluss an die Langzeitarbeitslosigkeit (§ 22 Abs. 4 MiLoG)</li> </ul>
	Zeitungszusteller	Für Zeitungszusteller gilt abweichend <ul style="list-style-type: none"> <li>• in 2015: ein Anspruch auf 75 % des Mindestlohns</li> <li>• in 2016: ein Anspruch auf 85 % des Mindestlohns</li> <li>• in 2017: ein Anspruch auf 8,50 €/h</li> <li>• ab 2018: Mindestlohn ohne Einschränkungen (§ 24 Abs. 2 MiLoG)</li> </ul>
	Ehrenamtlich Tätige	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Entschädigung ehrenamtlich Tätiger (§ 22 Abs. 3 MiLoG)</li> </ul>
	Förderung nach SGB III	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Praktika im Rahmen der Einstiegsqualifizierung gem. § 54a SGB III</li> <li>• Praktika im Rahmen der Berufsausbildungsvorbereitung gem. §§ 68–70 BBiG (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 MiLoG)</li> </ul>
Mindestlöhne gemäß einem nach dem AEntG allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag	<ul style="list-style-type: none"> <li>• bis 31.12.2017 gehen abweichende Regelungen eines für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrags, Rechtsverordnungen nach AEntG und AÜG den Vorschriften des MiLoG vor</li> <li>• ab 01.01.2017 müssen diese abweichenden Regelungen jedoch einen Mindestlohn von mind. 8,50 €/h gewähren (§ 24 Abs. 1 MiLoG)</li> </ul>	

Für Saisonkräfte gilt der Mindestlohn uneingeschränkt. Allerdings wurde übergangsweise bis 31.12.2018 die Möglichkeit einer kurzfristigen Beschäftigung mit sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Vergünstigungen von 50 auf 70 Tage im Kalenderjahr ausgedehnt (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 115 SGB IV).

### 5.4.3 Tarifliche Entgeltregelungen

Eine tarifliche Entlohnung kann ein ausländischer Arbeitnehmer – wie jeder Arbeitnehmer – nur dann verlangen, wenn der einschlägige Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Dabei ist Voraussetzung für die verbindliche (Mindest-) Wirkung des Tarifvertrags grundsätzlich die **beiderseitige Tarifbindung** der Arbeitsvertragsparteien, § 3 TVG. Daneben besteht die Möglichkeit, dass der (Entgelt-) Tarifvertrag für **allgemeinverbindlich** erklärt wurde, § 5 TVG. In beiden Fällen gilt die tarifliche Vergütung normativ, § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG, d.h., sie darf nicht unterschritten werden, § 4 Abs. 4 TVG, für den Arbeitnehmer günstigere Vereinbarungen im Arbeitsvertrag sind aber zulässig, § 4 Abs. 3 TVG.

Bei **fehlender Tarifbindung** oder fehlender Allgemeinverbindlichkeit wird in der Praxis häufig eine Inbezugnahme des Entgelttarifvertrags durch eine einzelvertragliche Vereinbarung vorgenommen. In diesem Fall macht die Verweisung auf den einschlägigen Entgelttarifvertrag die tariflichen Vorschriften zum Inhalt des Individualarbeitsvertrags. Grundlage für die Höhe des Entgelts ist dann allein der **Einzelarbeitsvertrag**, nicht der Tarifvertrag. Damit gehen die Regelungen im Arbeitsvertrag dem Tarifvertrag vor, selbst wenn die Arbeitsvertragsregelungen schlechter sind, denn die Tarifregelungen gelten nicht unmittelbar und zwingend und sind nur insoweit in Bezug genommen, als der Arbeitsvertrag nichts Abweichendes vorsieht.

### 5.4.4 Ansprüche auf Sonderzahlungen

Neben dem laufenden Arbeitsentgelt sind jährlich ausgezahlte Sonderzahlungen, auch Sonderzuwendungen, Sondervergütungen oder Gratifikationen genannt, im Arbeitsverhältnis weit verbreitet. Es handelt sich hierbei um Leistungen, die der Arbeitgeber nicht mit dem regelmäßigen Entgelt, sondern auch aus **bestimmten Anlässen** oder zu **bestimmten Terminen** gewährt. Der wichtigste Fall war früher das Weihnachtsgeld, das heute als „Jahressonderzahlung“ oder „13. Monatsentgelt“ ohne Bezug zu seinem Anlass (Weihnachten) gezahlt wird.

Ansprüche auf eine Sonderzahlung können sich auch aus dem **allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz** ergeben. Gewährt der Arbeitgeber allen oder einer bestimmten Gruppe von Mitarbeitern Sonderzahlungen, so darf er andere Arbeitnehmer grundsätzlich nicht aus unsachlichen Gründen ausnehmen. Er darf insbesondere nicht ohne sachlichen Grund einzelne Arbeitnehmer von einer allgemein oder an eine Gruppe von Mitarbeitern gezahlten Sonderzuwendung ausnehmen. Arbeitnehmer werden dann nicht sachfremd benachteiligt, wenn sich nach dem Zweck der Leistung Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, diesen Arbeitnehmern die gewährte Leistung vorzuenthalten. Ist die unterschiedliche Behandlung nach dem Zweck der Leistung nicht gerechtfertigt, kann der benachteiligte Arbeitnehmer verlangen, nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmer behandelt zu werden.

### 5.4.5 Fortbestand des Entgeltanspruchs bei illegaler Beschäftigung

Für den Fall, dass der Arbeitgeber den ausländischen Arbeitnehmer ohne Beschäftigungserlaubnis tätig werden lässt, sieht § 98a AufenthG vor, dass der Arbeitgeber diesem das Arbeitsentgelt gleichwohl zu zahlen hat.

#### 5.4.5.1 Zahlungsanspruch

Bei dieser Vorschrift handelt es sich nicht um eine eigenständige Anspruchsgrundlage, sie dient vielmehr nur dazu, den vertraglichen Vergütungsanspruch des illegal Beschäftigten gegen die rechtshindernde Einwendung des § 134 BGB abzusichern. Das Arbeitsverhältnis bleibt damit trotz fehlender aufenthalts- bzw. arbeitsgenehmigungsrechtlicher Zulassung wirksam.

#### 5.4.5.2 Höhe des Anspruchs

Zum Schutz des ausländischen Arbeitnehmer sieht § 98a Abs. 1 Satz 2 AufenthG die – widerlegbare – Vermutung vor, dass das Arbeitsverhältnis mindestens drei Monate bestanden hat. Auf diese Weise sollen Beweisschwierigkeiten des in der Illegalität verhafteten Arbeitnehmers, dem meist keine oder nur unzureichende Nachweise über den Bestand und die Dauer des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung stehen, behoben werden.

Auch hinsichtlich der Höhe des Entgeltanspruchs ist eine Vermutung vorgesehen. Dabei wird, sofern keine Vereinbarung getroffen wurde, diese unwirksam oder im Einzelnen zwischen dem ausländischen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber streitig ist, nach Absatz 2 als vereinbarte Vergütung die **übliche Vergütung** vermutet. Die übliche Vergütung orientiert sich wiederum an den tariflichen Vergütungssätzen der Branche, in der der betroffene Arbeitnehmer tätig ist.

#### 5.4.6 Sicherung des Arbeitsentgelts

Das Arbeitsentgelt als die i.d.R. **einzige Einnahmequelle** des Arbeitnehmers bedarf eines besonderen Schutzes. Dies gilt für inländische wie ausländische Arbeitnehmer gleichermaßen. Die Schutzvorschriften für das Arbeitsentgelt, insbesondere der Anspruch auf den Barlohn nach § 107 GewO, das Truckverbot nach § 115 GewO, die Pfändungsschutzvorschriften gem. §§ 850 ff. ZPO und die vertraglichen Abtretungsverbote (§§ 398 ff. BGB) gelten daher auch für ausländische Arbeitnehmer.

Entsprechendes gilt für die Vorschriften der Insolvenzordnung (InsO). Danach ist das Schicksal des Entgeltanspruchs davon abhängig, für welchen Zeitraum der Anspruch geltend gemacht wird: Soweit im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Entgeltansprüche nicht erfüllt sind, handelt es sich um gewöhnliche **Insolvenzforderungen**, §§ 38, 87 i.V.m. §§ 174 ff. InsO. Wird das Arbeitsverhältnis von dem Insolvenzverwalter, der nach Eröffnung des Verfahrens an die Stelle des Arbeitgebers tritt, fortgeführt, handelt es sich bei dem Entgeltanspruch um eine **Masseverbindlichkeit**, § 55 Abs. 1 InsO; er ist aus der Insolvenzmasse zu befriedigen.

Schließlich finden auch die Vorschriften über das Insolvenzgeld Anwendung, die ihre Grundlage im SGB III haben. Danach werden die Entgeltansprüche des Arbeitnehmers, die innerhalb der **letzten drei Monate** des Arbeitsverhältnisses vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens (oder der Einstellung der Betriebstätigkeit) vom Arbeitgeber nicht oder nicht vollständig erfüllt wurden, durch einen Anspruch auf **Insolvenzgeld** gegen die BA kompensiert, §§ 167 ff. SGB III.

## 5.5 Geltung spezialgesetzlicher arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften

Wenn und soweit auf das Arbeitsverhältnis mit dem ausländischen Arbeitnehmer deutsches Arbeitsrecht Anwendung findet, wird dessen Inhalt grundsätzlich in vollem Umfang auch durch die spezialgesetzlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts im engeren Sinne bestimmt. Das gilt insbesondere, wenn und soweit diese Gesetze der Kontrolle und Überwachung durch staatliche Stellen unterliegen, also auch öffentlich-rechtlichen Charakter haben. Dennoch wirft die Anwendung der einzelnen Gesetze eine Reihe von ausländerspezifischen Problemen auf, von denen die wichtigsten im Folgenden aufgegriffen werden sollen.

### 5.5.1 Arbeitszeitrecht

Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) setzt den Rahmen für die Arbeitszeit der Arbeitnehmer und greift dazu auf das Instrument der öffentlichen Überwachung zurück.

#### 5.5.1.1 Arbeitszeitgrenzen

Dabei geht es von einem Achtstudentag bei einer Sechstageswoche aus, § 3 Satz 1 ArbZG. Die wöchentliche Arbeitszeit kann sich danach auf 48 Stunden belaufen. Die tägliche Arbeitszeit kann auf bis zu zehn Stunden verlängert werden, wenn in den folgenden sechs Monaten bzw. 24 Wochen ein Zeitausgleich gewährleistet wird, § 3 ArbZG. Als Ausgleichszeiträume kommen auch arbeitsfreie Werktage in Betracht.

Auch die Ruhezeit, die sich zwischen den täglichen Arbeitseinsätzen auf einen ununterbrochenen Zeitraum von elf Stunden beläuft (§ 5 Abs. 1 ArbZG), ist zu beachten. Ebenso verhält es sich mit dem **Beschäftigungsverbot** an Sonn- und Feiertagen, das – von den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmetatbeständen abgesehen (§ 10 ArbZG) – die Tätigkeit von Teilzeitkräften an diesen Tagen grundsätzlich ausschließt. Darüber hinaus sind die besonderen Schutzbestimmungen für die **Nachtarbeit** zwischen 23.00 und 6.00 Uhr (§ 6 ArbZG) auch auf das Teilzeitarbeitsverhältnis anzuwenden.

Da ausländische Mitarbeiter aufgrund ihrer sozialen Situation nicht selten zu Mehrarbeit bereit sind, stellt sich die Frage nach den zu beachtenden Arbeitszeitgrenzen häufiger, als dies bei deutschen Arbeitnehmern der Fall ist. In diesem Zusammenhang ist deshalb darauf hinzuweisen, dass die durch das Gesetz errichteten Zeitgrenzen selbst dann von dem Arbeitgeber zu beachten sind, wenn der ausländische Arbeitnehmer den Wunsch äußert, über den gesetzlichen zulässigen Rahmen hinaus Mehrarbeit zu leisten; es handelt sich dabei um zweiseitig zwingendes Recht, auf das im – objektiven – Gesundheitsinteresse des Arbeitnehmers nicht verzichtet werden kann.

#### 5.5.1.2 Zuschläge für Mehrarbeit

Wird die Arbeit außerhalb der üblichen Arbeitszeiten verrichtet, sind – über die übliche Vergütung hinausreichend – Zuschläge zugunsten der Arbeitnehmer in Betracht zu ziehen. Ein Anspruch auf Mehrarbeits- bzw. Überstundenzuschläge bedarf jedoch stets einer Grundlage in einer Vereinbarung, sei es ein Tarifvertrag oder ein Arbeitsvertrag. Insoweit fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.

## 5.5.2 Feiertagsrecht

Probleme mit ausländischen Mitarbeitern treten zuweilen in dem im Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) geregelten Feiertagsrechts auf, insbesondere wenn von diesen die Freistellung an religiösen oder staatlichen Feiertagen ihrer Heimatländer verlangt wird und diese Feiertage nicht den Anforderungen an das EFZG genügen.

### 5.5.2.1 Freistellung und Feiertagsvergütung

An gesetzlichen Feiertagen dürfen ausländische Arbeitnehmer – ebenso wie deren deutsche Kollegen – grundsätzlich nicht beschäftigt werden, § 9 Abs. 1 ArbZG. Damit steht ihnen ein Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber zu. Zugleich erlangen sie nach § 2 Abs. 1 EFZG gegen diesen einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Bei den Feiertagen handelt es sich um jährlich wiederkehrende kirchliche oder weltliche Gedenktage, an denen traditionell nicht gearbeitet wird. Sowohl für den Freistellungs- als auch den Anspruch nach § 2 Abs. 1 EFZG ist Voraussetzung, dass es sich um einen **gesetzlichen Feiertag** nach bundesdeutschen Recht handelt; ausländische bzw. in anderen als der christlichen Religion angesiedelten Feiertage sind daran nicht eingeschlossen.

Insoweit stellt sich die Frage, ob ausländischen Arbeitnehmern, die sich zu einer bestimmten Religion bekennen, auch für ihre eigenen staatlichen und insbesondere religiösen Feiertage ein Anspruch auf Arbeitsbefreiung, sei es vergütet oder unvergütet, zusteht.

Vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Wertung der Art. 4 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG kommt ein derartiger Anspruch nur in dem Umfang in Betracht, in dem ihn auch inländische Arbeitnehmer im Hinblick auf kirchliche Feiertage geltend machen können. Insoweit gilt für Letztere, dass sie auch an kirchlichen Feiertagen grundsätzlich zur Arbeitsleistung verpflichtet sind. Andererseits hat sie der Arbeitgeber für die Wahrnehmung der in ihrer Religion verankerten Feierlichkeiten, insbesondere für die Dauer des Gottesdienstbesuchs, von der Arbeit **freizustellen**. Entsprechend ist mit den die Feierlichkeiten ihrer Religion wahrnehmenden ausländischen Mitarbeitern zu verfahren.

Aus diesem Freistellungsanspruch erwächst allerdings noch kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Vielmehr führt der Ausfall der Arbeitsleistung auch zum Wegfall des Anspruchs auf das Arbeitsentgelt. Für einen Entgeltfortzahlungsanspruch bedarf es deshalb einer einzel- oder kollektivvertraglichen Grundlage.

### 5.5.2.2 Feiertagszuschlag

Soweit Arbeit an diesen Tagen verrichtet wird, steht die Frage an, ob sie mit einem entgeltlichen Zuschlag verbunden ist. Auch insoweit fehlt es jedoch an einer gesetzlichen Grundlage für einen Zuschlag. Dieser folgt insbesondere nicht aus § 11 Abs. 2 ArbZG. Ein solcher lässt sich – auch insoweit – nicht aus § 11 Abs. 3 ArbZG herleiten, der dem Arbeitnehmer für die Arbeit an Feiertagen einen Ersatzruhetag einräumt.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> BAG, Urt. v. 11.01.2006 – 5 ZR 97/05, NJW 2006, 1229 = NZA 2006, 372.

Es bedarf deshalb auch für die Arbeit an Feiertagen einer Vereinbarung – in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder im Arbeitsvertrag –, in der ein solcher Zuschlag vorgesehen ist.

### **5.5.2.3 Sanktionen bei feiertagsbedingtem Fernbleiben**

Bleibt ein ausländischer Arbeitnehmer an einem staatlichen oder religiösen Feiertag seines Heimatlandes oder seiner Religion der Arbeit fern, ohne dass er dazu eine Erlaubnis eingeholt hat, stellt sich die Frage, welche arbeitsrechtlichen Sanktionen insoweit gerechtfertigt sind.

Da das unerlaubte Fernbleiben einen Verstoß gegen die Pflicht zur Arbeitsleistung darstellt, ist eine Abmahnung, die auf diesen Verstoß hinweist und die Kündigung des Arbeitsvertrags für den Fall der Wiederholung androht, ohne weiteres möglich. Dagegen rechtfertigt dieses Verhalten nicht ohne weiteres eine (verhaltensbedingte) Kündigung. Vielmehr ist auch insoweit eine umfassende Interessenabwägung erforderlich.

## **5.5.3 Urlaubsrecht**

Hinsichtlich des gesetzlichen Anspruchs auf Erholungsurlaub bestehen zwischen deutschen und ausländischen Arbeitnehmern grundsätzlich keine Unterschiede.

### **5.5.3.1 Grundlage und Ausgestaltung des Anspruchs auf Erholungsurlaub**

Beide Gruppen haben daher gem. § 3 BUrlG Anspruch auf einen gesetzlichen Mindesturlaub von 24 Werk- bzw. 20 Arbeitstagen. Auch die weiteren Vorschriften des BUrlG finden uneingeschränkt auf ausländische Mitarbeiter Anwendung. Von den Mindestbedingungen des Gesetzes kann – wiederum für deutsche wie ausländische Arbeitnehmer gleichermaßen – nicht durch Einzelarbeitsvertrag zuungunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden.

Erlaubt ist allein eine Abweichung durch tarifvertragliche Regelungen, diese finden jedoch auf das Arbeitsverhältnis mit dem ausländischen Mitarbeiter nur Anwendung, wenn beide Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden sind, der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt oder im Arbeitsvertrag eine Bezugnahme auf den Tarifvertrag vorgenommen wurde.

### **5.5.3.2 Sonderurlaub**

In zahlreichen Betrieben mit hohem Anteil an ausländischen Arbeitnehmern findet sich bisweilen die Praxis, den ausländischen Arbeitnehmern zusätzlich zum Erholungsurlaub weitere Zeit unbezahlten Sonderurlaub zu gewähren, um ihnen einen längeren Aufenthalt in der Heimat zu ermöglichen.

Grundsätzlich ist ein Arbeitgeber zur Gewährung eines derartigen Urlaubs nicht verpflichtet. Ein Anspruch kann sich allerdings u.U. aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz oder einer betrieblichen Übung ergeben. Im Übrigen kann bei persönlichen Leistungshindernissen i.S.v. § 616 Abs. 1 BGB oder in Fällen von Pflichtenkollision (z.B. lebensgefährliche Erkrankung des im Ausland lebenden

Vaters) der ausländische Arbeitnehmer einen Anspruch auf bezahlte oder unbezahlte Freistellung haben.

Wurde eine Vereinbarung über einen unbezahlten Sonderurlaub getroffen, ist darin i.d.R. zugleich eine Vereinbarung über das Ruhen des Arbeitsverhältnisses zu sehen, so dass sowohl die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers als auch die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers entfallen. In diesem Fall besteht grundsätzlich kein Anspruch des Arbeitnehmers, dass diese Vereinbarung bei Krankheit wieder rückgängig zu machen ist.

Im Übrigen ist bei der vertraglichen Ausgestaltung des Sonderurlaubs, insbesondere soweit diese die rechtzeitige Rückkehr des Arbeitnehmers zum Gegenstand hat, der sich aus dem KSchG und den Kündigungsfristenvorschriften ergebende Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses zu beachten. So ist etwa eine Vereinbarung, nach der das Arbeitsverhältnis ohne weiteres endet, wenn der Arbeitnehmer nach dem Ende des Urlaubs die Arbeit nicht rechtzeitig wieder aufnimmt, rechtsunwirksam, und zwar unabhängig davon, welche Umstände die Fristversäumnis verursacht haben.<sup>40</sup> Ebenso unwirksam ist eine Vereinbarung, nach der das Arbeitsverhältnis zum Urlaubsende endet, dem Arbeitnehmer jedoch gleichzeitig die Weidereinsetzung zu den bisherigen Arbeitsbedingungen zugesagt wird, wenn er diese spätestens an einem bestimmten nach dem Urlaubsende liegenden Termin beantragt.<sup>41</sup>

## 5.5.4 Mutterschutzgesetz und Elternzeit

### 5.5.4.1 Mutterschutz

Das MuSchG trägt dem Schutzbedürfnis der eine Arbeitstätigkeit verrichtenden Frauen, die ein Kind erwarten oder entbunden haben, Rechnung. Das Gesetz schreibt dazu dem Arbeitgeber zunächst eine bestimmte Gestaltung des Arbeitsplatzes vor (§ 2 MuSchG), statuiert – in den letzten sechs Wochen vor und bis zum Ablauf von regelmäßig acht Wochen nach der Entbindung (Schutzfristen) – Beschäftigungsverbote (§§ 3, 4 und 6 MuSchG) und verfügt Beschäftigungseinschränkungen (§§ 7, 8 MuSchG). Darüber hinaus räumt das Gesetz der betroffenen Arbeitnehmerin Kündigungsschutz gegenüber Kündigungen des Arbeitgebers (§ 9 MuSchG) und ein besonderes Kündigungsrecht (§ 10 MuSchG) ein. Dabei fehlen jegliche Differenzierungen zwischen deutschen und ausländischen Arbeitnehmerinnen. Daher gelten die genannten Regelungen uneingeschränkt auch für die ausländischen Arbeitnehmerinnen, wenn und soweit auf das Arbeitsverhältnis deutsches Recht anwendbar ist.

Das gilt insbesondere auch im Hinblick auf das in § 9 MuSchG normierte **Kündigungsverbot**. Insoweit ist davon auszugehen, dass ein Arbeitsverhältnis, für das eine Arbeitserlaubnis nicht erteilt wurde, nicht ohne weiteres wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig ist. Dieses Verständnis hat zur Folge, dass auch für das Arbeitsverhältnis, für das es an der erforderlichen Arbeitserlaubnis fehlt, das Kündigungsverbot des § 9 MuSchG zu beachten ist.

<sup>40</sup> BAG, Urt. v. 19.12.1974 – 2 AZR 565/73, BAGE 26, 417 = AP Nr. 3 zu § 620 BGB Bedingung = DB 1975, 890.

<sup>41</sup> BAG, Urt. v. 25.06.187 – 2 AZR 541/86, NZA 1988, 391 = BB 1988, 1123.

#### **5.5.4.2 Elternzeit**

Demgegenüber enthält das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) differenzierende Regelungen hinsichtlich des von den Eltern bzw. Sorgeberechtigten eines Kindes zu beanspruchenden Elterngeld nach § 1 und der in den §§ 15 ff. geregelten Elternzeit.

##### **5.5.4.2.1 Zeiten der Freistellung**

In den Vorschriften über die Elternzeit (§§ 15 ff. BEEG) ist eine Ausnahme für ausländische Arbeitnehmer nicht vorhanden. Demnach findet dieser Teil des Gesetzes uneingeschränkte Anwendung auch auf ausländische Arbeitnehmer.

##### **5.5.4.2.2 Anspruch auf Elterngeld**

Anders ist hingegen der Anspruch auf Elterngeld nach den §§ 1 ff. BEEG geregelt. Ein Ausländer mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder eines der Vertragsstaaten des EWR (EU-/EWR-Bürger) erhält nach Maßgabe von § 1 Abs. 1–5 BEEG Elterngeld. Ein anderer Ausländer ist anspruchsberechtigt, wenn er

- eine Niederlassungserlaubnis besitzt (§ 1 Abs. 7 Nr. 1 BEEG),
- als Asylberechtigter oder Flüchtling gem. § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG anerkannt und aus diesem Grund eine Aufenthaltserlaubnis erteilt bekommen hat (§ 1 Abs. 7 Nr. 2 BEEG),
- eine Aufenthaltserlaubnis aufgrund eines Abschiebungsverbots (§ 25 Abs. 3 AufenthG), Unzumutbarkeit der Ausreise (§ 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG) oder Unmöglichkeit der Ausreise (§ 25 Abs. 5 AufenthG) besitzt, sich seit mindestens drei Jahren rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhält und im Bundesgebiet erwerbstätig ist, laufende Geldleistungen nach SGB III bezieht oder Elternzeit in Anspruch nimmt (§ 1 Abs. 7 Nr. 3 BEEG).

Anspruchsberechtigt ist unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 2–4 BEEG auch, wer als

- EU-/EWR-Bürger mit dem Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR (anderen EU-/EWR-Gebiet) oder
- Grenzgänger aus einem sonstigen, unmittelbar an Deutschland angrenzenden Staat in Deutschland in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- oder Amtsverhältnis steht oder ein Arbeitsverhältnis mit einer mehr als geringfügigen Beschäftigung hat.

Im Fall der Nr. 1 ist eine mehr als geringfügige selbständige Tätigkeit (§ 8 SGB IV) gleichgestellt. Der in einem anderen EU-/EWR-Staat wohnende Ehegatte des EU-/EWR-Bürgers ist anspruchsberechtigt, wenn er die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 2–4 BEEG sowie die in den Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 niedergelegten Voraussetzungen erfüllt.

#### **5.5.5 Recht der schwerbehinderten Menschen**

Das geltende Schwerbehindertenrecht differenziert ebenso wenig wie die vorstehenden Arbeitsschutzgesetze zwischen deutschen und ausländischen Arbeitnehmern.

### 5.5.5.1 Schwerbehinderte Menschen

Voraussetzung dafür, dass ausländische Arbeitnehmer vom Schutzbereich des Schwerbehindertenrechts erfasst werden, ist gem. §§ 1 ff. SGB IX allerdings, dass es sich um schwerbehinderte Menschen i.S.d. Gesetzes handelt. Das sind Personen mit einem GdB von wenigstens 50 %, sofern sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz i.S.d. § 73 Abs. 1 SGB IX rechtmäßig im Geltungsbereich des Gesetzes haben, § 2 SGB IX.

Dazu muss das Tatbestandsmerkmal der Rechtmäßigkeit hinsichtlich jeder der alternativen Voraussetzungen erfüllt sein. Das setzt für Arbeitnehmer, die eine Arbeitserlaubnis benötigen, das Vorliegen eben dieser Erlaubnis voraus.

### 5.5.5.2 Obliegenheiten

Fallen ausländische Arbeitnehmer unter den Schutzbereich des Schwerbehindertenrechts, so unterliegen sie auch den mit dem Schutz verbundenen Obliegenheiten. Das bedeutet, dass auch ein ausländischer Arbeitnehmer sich innerhalb der Regelfrist von einem Monat auf die Schwerbehinderteneigenschaft berufen muss, sofern der Arbeitgeber bei Ausspruch einer Kündigung keine Kenntnis von einer bereits beantragten oder sogar festgestellten Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers hat.<sup>42</sup>

### 5.5.6 Jugendarbeitsschutz

Ein weiteres arbeitsrechtliches Schutzgesetz, das in vollem Umfang auch für Ausländer zur Anwendung gelangt, ist das Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG). Das gilt in besonderem Maße für die in den §§ 5 und 7 JArbSchG enthaltenen Verbote der Kinderarbeit und der Beschäftigung Jugendlicher unter 15 Jahren, denen angesichts einer großen Zahl unbegleiteter minderjähriger Flüchtlingskinder, die in den letzten Jahren in die Bundesrepublik zugewandert sind, eine besondere Bedeutung zukommt; die insoweit maßgeblichen Vorschriften, die Kinderarbeit nur unter sehr engen Voraussetzungen erlauben (siehe dazu die Ausnahmen nach § 7 Abs. 2 JArbSchG) gelten uneingeschränkt auch für die Beschäftigung ausländischer Kinder und Jugendlicher unter 15 Jahren.

Ebenso finden die **Beschränkungen der Arbeitszeit** Jugendlicher Anwendung. Auch ausländische Jugendliche unterliegen der gesetzlichen Berufsschulpflicht. Der Arbeitgeber hat auch ausländischen Jugendlichen die zum Besuch der Berufsschule notwendige Zeit zu gewähren, § 9 ArbSchG.

### 5.5.7 Berufsbildungsrecht

Dem im Berufsbildungsgesetz (BBiG) geregelten Recht der Berufsausbildung kommt bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in mehrfacher Hinsicht Bedeutung zu.

---

<sup>42</sup> Ständige Rechtsprechung des BAG, BAG, Urt. v. 23.02.1978 - 2 AZR 462/76, BAGE 30, 141, 152 ff. = DB 1978, 1227.

### 5.5.7.1 Nachweis der Ausbildungsbedingungen

Das gilt zunächst für die in § 11 BBiG geregelte Verpflichtung des ausbildenden Unternehmens, unverzüglich nach Abschluss des Berufsausbildungsvertrags, spätestens vor Beginn der Berufsausbildung, den wesentlichen Inhalt des Vertrags schriftlich niederzulegen. Die in die Niederschrift mindestens aufzunehmenden Bedingungen sind in § 11 Abs. 1 BBiG festgehalten, und dem Auszubildenden und dessen gesetzlichen Vertreter ist eine Ausfertigung der unterzeichneten Niederschrift unverzüglich auszuhändigen. Bei Ausbildungsverhältnissen ist mithin von Gesetzes wegen Vorsorge getroffen worden, dass es (wegen etwaiger Verständigungsschwierigkeiten) zu Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt des Ausbildungsverhältnisses kommen kann.

### 5.5.7.2 Höhe der Ausbildungsvergütung

Von Bedeutung sind darüber hinaus die §§ 17 ff. BBiG, in denen die Mindesthöhe der Ausbildungsvergütung festgeschrieben ist. Danach ist dem Auszubildenden mindestens eine **angemessene Vergütung** zu zahlen. Zwar ist die Vergütungshöhe nicht selten in Tarifverträgen geregelt, so etwa für die Redaktionsvolontäre bei Tageszeitungen. In vielen Branchen fehlt es jedoch an kollektivvertraglichen Grundlagen. In diesen Fällen hält die Rechtsprechung eine Untergrenze i.H.v. **80 % des tariflichen Niveaus** für angemessen (soweit es sich nicht um Ausbildungsverhältnisse handelt, die durch öffentliche Gelder finanziert werden).<sup>43</sup>

Schließlich finden sich auch ausbildungsspezifische Regelungen hinsichtlich des **Fälligkeitstermins** für diese Vergütung. Insoweit ist auf die entsprechende Regelung in § 18 Abs. 2 BBiG abzustellen. Die Vergütung wird danach grundsätzlich am **letzten Tag des Monats**, in dem die Ausbildungsleistung erbracht wurde, fällig.

### 5.5.7.3 Anerkennung von Ausbildungsprüfungen

Weitere relevante berufsbildungsrechtliche Vorschriften, die insbesondere bei der Eingruppierung ausländischer Arbeitnehmer von Bedeutung sein können, sind die §§ 50a, 55, 57 und 61 BBiG. In ihnen ist unter gewissen Bedingungen – eine zentrale Rolle nimmt dabei das BQFG ein – die Gleichstellung der im Ausland erworbenen beruflichen Qualifikationen mit inländischen Berufsabschlüssen bzw. den anschließend erworbenen Weiterbildungsabschlüssen und Umschulungsprüfungen vorgesehen.

## 5.5.8 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Von besonderer Bedeutung bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer sind Fragen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, insbesondere wenn und soweit die den Arbeitsausfall bedingenden Erkrankungen im Ausland auftreten. Zwar haben ausländische Arbeitnehmer ebenso wie ihre deutschen Kollegen gem. § 3 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Konflikte treten jedoch vor allem dann auf, wenn der Arbeitnehmer bei einer Erkrankung seinen Mitteilungs- und Nachweispflichten nachzukommen hat.

---

<sup>43</sup> BAG, Urt. v. 08.05.2003 – 6 AZR 191/02, AP Nr. 14 zu § 10 BBiG.

### 5.5.8.1 Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Beschäftigungsverbot

Nach § 3 Abs. 1 EFZG verliert ein Arbeitnehmer nicht seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, sofern er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Dabei muss die Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit führen, die Arbeitsunfähigkeit muss wiederum die alleinige Ursache für die Arbeitsverhinderung sein.<sup>44</sup>

### 5.5.8.2 Mitteilungspflichten und Nachweispflichten bei Erkrankungen im Ausland

#### 5.5.8.2.1 Mitteilungspflicht: Grundsatz

Die **Arbeitsunfähigkeit** und deren **voraussichtliche Dauer** ist dem Arbeitgeber gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB), anzuzeigen. Die Anzeigepflicht ist unabhängig davon gegeben, ob eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung besteht. Sie ist deshalb auch während der **vierwöchigen Wartezeit** nach § 3 Abs. 3 EFZG zu beachten. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als mitgeteilt, besteht eine **erneute Anzeigepflicht**.

Die Anzeige hat unverzüglich zu erfolgen. Der Arbeitnehmer muss daher sicherstellen, dass der Arbeitgeber in den **ersten Arbeitsstunden des ersten Tages** der Erkrankung unterrichtet wird.<sup>45</sup> Die Mitteilung kann mündlich, fernmündlich oder schriftlich geschehen. Sie kann durch Familienangehörige, Arbeitskollegen oder sonstige Dritte vorgenommen werden. Das bloße Absenden einer brieflichen Mitteilung genügt jedoch nicht; das Übermittlungsrisiko trägt der Arbeitnehmer.

#### 5.5.8.2.2 Mitteilungspflicht bei Erkrankung im Ausland

Für Arbeitnehmer, die sich bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland aufhalten, gelten zunächst die **gleichen** Anzeige- und Mitteilungspflichten wie bei Inlandserkrankungen (unverzügliche Anzeige der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer gegenüber dem Arbeitgeber, Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer). Zudem muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die **Adresse am Aufenthaltsort** oder die Anschrift, unter der der Arbeitnehmer erreichbar ist, mitteilen. Diese Anzeige hat in der **schnellstmöglichen Art der Übermittlung** zu geschehen, also per Telefon, Fax, E-Mail oder Telegramm. Ein einfacher Brief genügt nicht. Unterlässt der Arbeitnehmer diese Mitteilung, steht dem Arbeitgeber ein **zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht** gem. § 7 Abs. 1 EFZG zu.

#### 5.5.8.2.3 Nachweis der Erkrankung

Die Nachweispflicht **unterscheidet** sich bei einer Auslandserkrankung grundsätzlich **nicht** von der einer Inlandserkrankung. Es besteht also die Pflicht zur Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG innerhalb

<sup>44</sup> BAG, Urt. v. 07.09.1988 – 5 AZR 558/87, AP Nr. 79 zu § 1 LohnFG = BB 1989, 69; BAG, Urt. v. 08.03.1989 – 5 AZR 116/88, AP Nr. 17 zu § 2 LohnFG = DB 1989, 1777; BAG, Urt. v. 01.10.1991 – 1 AZR 147/91, BAGE 68, 299 = AP Nr. 121 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = DB 1992, 43.

<sup>45</sup> BAG, Urt. v. 31.08.1989 – 2 AZR 13/89, AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = DB 1990, 790.

der maßgeblichen Fristen. Auch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss der ärztlichen Bescheinigung im Fall einer Inlandserkrankung entsprechen. Und sie muss erkennen lassen, dass der ausländische Arzt zwischen einer bloßen Erkrankung und einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheit unterscheiden kann, also eine den Begriffen des deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts entsprechende Beurteilung vorgenommen hat.<sup>46</sup>

Erkranken Arbeitnehmer, die **gesetzlich pflichtversichert** sind, in einem EWR-Staat oder einem Staat, mit dem ein **zwischenstaatliches Abkommen über soziale Sicherheit** besteht, gilt ein vereinfachtes Nachweisverfahren. Danach hat sich der Arbeitnehmer unverzüglich nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit an den für den Aufenthaltsort **zuständigen ausländischen Versicherungsträger** zu wenden und diesem eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit **vorzulegen** (Art. 18 EWG-VO Nr. 574/72). Der ausländische Sozialversicherungsträger unterrichtet die deutsche Krankenkasse, die ihrerseits den Arbeitgeber informiert. Wird dieses Verfahren durchgeführt, entfällt die **Nachweispflicht** nach § 5 Abs. 1 EFZG.<sup>47</sup> Dem Arbeitgeber bleibt das Recht vorbehalten, den Arbeitnehmer durch einen Arzt, den der Arbeitnehmer wählen kann, untersuchen zu lassen, Art. 18 Abs. 5 EWG-VO Nr. 574/72.

Wird dieses Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt, ist der Arbeitgeber in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht an die vom **ausländischen Sozialversicherungsträger** getroffenen ärztlichen **Feststellungen** über Eintritt und Dauer der Arbeitsunfähigkeit **gebunden**. Er hat nur die Alternative, den Arbeitnehmer durch einen Arzt seiner Wahl begutachten zu lassen.<sup>48</sup> Der Arbeitnehmer muss nach der Rechtsprechung des EuGH **keinen zusätzlichen Beweis** für die durch ärztliche Bescheinigung belegte Arbeitsunfähigkeit erbringen, auch wenn der Arbeitgeber Umstände darlegt und beweist, die zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit Anlass geben.<sup>49</sup>

Art. 18 EWG-VO Nr. 574/72 verwehrt es dem Arbeitgeber jedoch auch nicht, auf andere Weise als durch eine ärztliche Untersuchung am ausländischen Aufenthaltsort Nachweise für einen Missbrauchs- oder Betrugsfall zu erbringen.<sup>50</sup> Das BAG hat daraus abgeleitet, es genüge – im Unterschied zur inländischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – nicht, dass der Arbeitgeber Umstände beweise, die zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit Anlass gäben. Vielmehr trage der **Arbeitgeber die Beweislast** dafür, dass der Arbeitnehmer nicht arbeitsunfähig erkrankt war. Dieser Beweis sei jedoch nicht unmittelbar zu führen, vielmehr genüge ein Beweis des ersten Anscheins.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> BAG, Urt. v. 19.02.1997 – 5 AZR 83/96, AP Nr. 4 zu § 3 EGFZ = DB 1997, 1297.

<sup>47</sup> BERENZ, DB 1995, 1463.

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 03.06.1992 – Rs C-45/90, AP Nr. 1 zu Art. 18 EWG-Verordnung Nr. 574/72 (Paletta I).

<sup>49</sup> EuGH, Urt. v. 02.05.1996 – Rs C-206/94, AP Nr. 2 zu Art. 18 EWG-Verordnung Nr. 574/72 = DB 1996, 1039.

<sup>50</sup> EuGH, Urt. v. 02.05.1996 – Rs C-206/94, DB 1996, 1039.

<sup>51</sup> BAG, Urt. v. 19.02.1997 – 5 AZR 747/93, AP Nr. 3 zu Art. 18 EWG-Verordnung Nr. 574/72 = DB 1997, 1235, 1236.

## 5.6 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 5.6.1 Allgemeines

Das Arbeitsverhältnis mit einem ausländischen Mitarbeiter kann ebenso wie das mit einem deutschen auf verschiedene Weise beendet werden. Insoweit ist zunächst an das Fristende eines befristeten Arbeitsvertrags zu denken (siehe dazu auch unter 5.2.3.2) Darüber hinaus kommen sowohl ein Aufhebungsvertrag als auch eine Kündigung durch den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer in Betracht. Ausländerspezifische Probleme treten insoweit vor allem im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags und der Kündigung des Arbeitgebers auf.

### 5.6.2 Aufhebungsvertrag

Ein Aufhebungsvertrag bietet, insbesondere für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis unter das KSchG fällt, dem Arbeitgeber die Möglichkeit, ein Arbeitsverhältnis zu beenden, ohne sich dabei der Ungewissheit einer gerichtlichen Auseinandersetzung auszusetzen und – da weder der allgemeine noch der besondere Kündigungsschutz zu berücksichtigen ist – dies auch dann, wenn es an einem Kündigungsgrund fehlt. Zudem ist bei seinem Abschluss – im Unterschied zur Kündigung (vgl. etwa § 102 BetrVG) – die Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretungen (Betriebsrat, Sprecherausschuss, Personalrat) entbehrlich. Nicht zuletzt ist bei größeren Personalabbaumaßnahmen und dem Ausscheiden älterer Arbeitnehmer der Aufhebungsvertrag ein ideales Instrument, da er unter jeder Hintanstellung sozialer Auswahlkriterien abgeschlossen werden kann.

#### 5.6.2.1 Anforderungen an Aufhebungsvertrag

Der Aufhebungsvertrag bedarf gem. § 623 BGB zu seiner Wirksamkeit der **Schriftform**; die elektronische Form ist ausdrücklich ausgeschlossen. Die Schriftform ist zwingend, sie kann weder durch eine arbeitsvertragliche noch eine kollektivrechtliche Vereinbarung ausgeschlossen werden. Sie hat die Aufgabe, die Arbeitsvertragsparteien, insbesondere den Arbeitnehmer, vor unüberlegtem und übereilem Handeln zu schützen (Warnfunktion), zudem dient sie der Klarstellung und einem Nachweis der Vereinbarung (Klarstellungs- und Beweisfunktion). Ihre Nichtbeachtung hat die Nichtigkeit des Aufhebungsvertrags zur Folge (§ 125 Satz 1 BGB); das Arbeitsverhältnis besteht dann zu unveränderten Bedingungen fort.<sup>52</sup>

Das Schriftformerfordernis verlangt nach § 126 Abs. 2 BGB, dass die Vereinbarung entweder in einer – von beiden Seiten eigenhändig unterschriebenen – Urkunde (§ 126 Abs. 2 Satz 1 BGB) oder zwei gleichlautenden Urkunden aufgenommen wird; im letzteren Fall genügt es, wenn jede Seite das für die jeweils andere Seite bestimmte Exemplar unterzeichnet (§ 126 Abs. 2 Satz 2 BGB). Die Unterschriften müssen den Vertragstext räumlich abschließen. Kopien, E-Mails oder Telefaxschreiben werden dem Schriftformerfordernis daher nicht gerecht. Die in der Praxis verbreitete Ausgleichsquittung, in der der Arbeitnehmer bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses

---

<sup>52</sup> Im Übrigen ist auch bei der einvernehmlichen Beendigung eines Berufsausbildungsvertrags, auf den grundsätzlich die arbeitsrechtlichen Vorschriften Anwendung finden, § 623 BGB ebenfalls zu beachten.

nisses den Erhalt der Arbeitspapiere und den Verzicht auf etwaige Ansprüche erklärt, kann schon deshalb nicht (mehr) als Aufhebungsvertrag (um-)gedeutet werden.

### 5.6.2.2 Vertragsschluss und Sprachrisiko

Wird der Vertrag mit dem ausländischen Mitarbeiter in deutscher Sprache abgeschlossen, ist wiederum nach dem Sprachrisiko zu fragen, wenn Zweifel an den Kenntnissen der deutschen Sprache bestehen.

Legt man hierbei die von der jüngeren Rechtsprechung aufgestellten Regeln zugrunde,<sup>53</sup> gilt für den Abschluss eines Aufhebungsvertrags zunächst nichts anderes als für den Arbeitsvertrag selbst. So wird der Vertragsschluss weder durch die mangelnden Sprachkenntnisse des Arbeitnehmers noch durch eine unterbliebene Übersetzung des Vertragsinhalts in Frage gestellt. Vielmehr liegt es im **Verantwortungsbereich des sprachunkundigen Arbeitnehmers** selbst, sich vor Vertragsunterzeichnung genaue Kenntnis von den Inhalt des Vertrags zu verschaffen. Auch eine Hinzuziehung eines Dolmetschers durch den Arbeitgeber ist deshalb grundsätzlich nicht geboten.

Etwas anderes kann allerdings gelten, wenn der Arbeitgeber aus den Umständen erkennen kann, dass der Arbeitnehmer den Vertragsinhalt nicht verstehen kann, und diesen gleichwohl zu einer sofortigen Unterzeichnung des Aufhebungsvertrags drängt. In diesem Fall ist dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, sich noch vor Abschluss des Vertrags hinreichende Kenntnisse über dessen Text zu verschaffen, unmöglich gemacht. Dann fehlt es bereits an einem wirksamen Vertragsangebot. Jedenfalls ist es dem Arbeitgeber nach § 242 BGB in einem solchen Fall verwehrt, sich auf die Annahme des Vertragsangebots zu berufen.

Darüber hinaus kommt bei einer derartigen Fallgestaltung – einen wirksamen Vertragsschluss unterstellt – eine Anfechtung des Aufhebungsvertrags wegen eines Inhaltsirrtums gem. § 119 Abs. 1 BGB in Betracht.

## 5.6.3 Kündigung des Arbeitsvertrags

Eine besondere Bedeutung kommt der Kündigung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber zu. Grundsätzlich ist das Kündigungsschutzgesetz auf das Arbeitsverhältnis von deutschen und ausländischen Arbeitnehmern gleichermaßen anwendbar. Spezifische Probleme stellen sich allerdings im Zusammenhang mit mangelnden Sprachkenntnissen und einer fehlenden Aufenthaltserlaubnis des ausländischen Mitarbeiters.

### 5.6.3.1 Zugang der Kündigungserklärung

Eine Kündigung wird (erst) mit dem Zugang beim Empfänger wirksam, erst dann beginnt auch die Kündigungsfrist. Für eine notwendigerweise schriftliche Kündigung, die regelmäßig per Brief erklärt wird und unter Abwesenden zugeht, ist von einem Zugang nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB auszugehen, sobald sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt eines empfangsberechtigten Dritten gelangt und für den Adressaten unter gewöhnlichen Verhältnissen

---

<sup>53</sup> Siehe BAG, Urt. v. 19.03.2014 – 5 AZR 252/12, NZA 2015, 1076 = DB 2014, 1623.

die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht. Damit ist der sogenannte **objektive Zugangsbegriff** maßgeblich, so dass die tatsächliche Kenntnisnahme unerheblich ist; es kommt auch nicht darauf an, ob und ggf. aufgrund welcher Umstände eine Verhinderung der tatsächliche Kenntnisnahme eintritt.

Nach objektiven Gesichtspunkten ist auch zu verfahren, wenn einem ausländischen Arbeitnehmer während seines Urlaubs oder eines Besuchs im Ausland eine (schriftliche) Kündigung erklärt wird. In diesem Fall geht die Kündigungserklärung diesem mit dem Einwurf in den Briefkasten an seiner Wohnung im Inland zu.<sup>54</sup> Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber im Besitz der Urlaubsanschrift des Arbeitnehmers ist.

### **5.6.3.2 Kündigungsschutz**

Unterliegt ein Arbeitsverhältnis zwischen einem ausländischen Arbeitnehmer und einem inländischen Arbeitgeber dem deutschen Arbeitsrecht, findet das deutsche Kündigungsschutzrecht unter den gleichen Voraussetzungen wie bei den deutschen Arbeitskollegen Anwendung.

Dies gilt zunächst für den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG, so dann für den besonderen Kündigungsschutz, etwa den nach § 15 KSchG (für Mitglieder der Arbeitnehmervertretungen), § 9 MuSchG (für Schwangere und Mütter) und § 81 SGB IX (für schwerbehinderte Arbeitnehmer).

### **5.6.3.3 Einzelne Kündigungsgründe**

Von den insoweit relevanten Kündigungsgründen – verhaltensbedingt, personenbedingt und betriebsbedingt – weisen im Wesentlichen die personenbedingten Gründe und damit Gründe in der Person des ausländischen Mitarbeiters eine dessen Staatsangehörigkeit betreffende Relevanz auf.

#### **5.6.3.3.1 Mangelnde Deutschkenntnisse**

So kommt als personenbedingter Grund zunächst die Sprachunkundigkeit des ausländischen Arbeitnehmers in Betracht. Tatsächlich rechtfertigen nach der Rechtsprechung fehlende Kenntnisse der deutschen Sprache eine ordentlich Kündigung, wenn diese Kenntnisse für die Ausübung der Arbeitstätigkeit erforderlich sind und die Sprachdefizite nicht in angemessener Zeit beseitigt werden können.<sup>55</sup> In dem der Entscheidung des BAG zugrundeliegenden Fall war der Arbeitnehmer aufgrund mangelnder Deutschkenntnisse nicht in der Lage, Arbeits- und Prüfanweisungen zu lesen und zu verstehen. Er besuchte zwar auf Kosten des Arbeitgebers einen Deutschkurs. Seine Deutschkenntnisse verbesserten sich jedoch nicht. Mehrere ihm empfohlene Folgekurse lehnte er ab.

Da die Arbeitstätigkeit mit den vorhandenen Sprachkenntnissen in einem solchen Fall nicht vertragsgemäß zu erfüllen ist und Abhilfe nicht geschaffen werden kann, ist der Arbeitnehmer persönlich nicht geeignet, seiner Arbeitspflicht nachzukommen, so dass eine personenbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt ist.

---

<sup>54</sup> BAG, Urt. v. 16.03.1988 – 7 AZR 587/87, AP Nr. 16 zu §130 BGB; BAG, Urt. v. 02.03.1989 – 2 AZR 275/88, AP Nr. 17 zu § 130 BGB.

<sup>55</sup> BAG, Urt. v. 28.01.2010 – 2 AZR 764/08, BAGE 133, 141 = NZA 2010, 625 = DB 2010, 1071.

### 5.6.3.3.2 Fehlende Arbeitserlaubnis

Zudem kann eine ordentliche Kündigung wegen einer fehlenden Beschäftigungserlaubnis sozial gerechtfertigt sein. Dies gilt jedenfalls, wenn die nach § 18 AufenthG erforderliche Arbeitserlaubnis **rechtskräftig versagt** worden ist. In diesem Fall steht dem weiteren Einsatz des Arbeitnehmers ein dauerndes gesetzliches Beschäftigungsverbot mit der Folge entgegen, das dem Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung dauerhaft unmöglich ist.<sup>56</sup>

Anders verhält es sich, wenn über die vom Arbeitnehmer beantragte Arbeitserlaubnis noch nicht rechtskräftig entschieden wurde und nicht feststeht, ob die Arbeitserlaubnis erteilt wird oder nicht. In diesen Fällen ist – ähnlich den zur krankheitsbedingten Kündigung entwickelten Grundsätzen – darauf abzustellen, ob und ggf. in welchem Zeitraum bei Ausspruch der Kündigung mit der Erteilung der Arbeitserlaubnis zu rechnen war und ob der Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt den Arbeitsplatz für den ausländischen Arbeitnehmer ohne **eine erhebliche betriebliche Beeinträchtigung** offen halten kann. Nur wenn mit einem Verfahren von nicht absehbarer Dauer zu rechnen ist, lässt sich eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen.

## 5.6.4 Ausgleichsquittung

In der Praxis ist bei der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses immer wieder der Einsatz einer Ausgleichsquittung anzutreffen, mit der ein Konflikt um bestehende oder zukünftige Ansprüche verhindert werden soll. Dabei kann es sich um einen Vergleich, einen Erlassvertrag, § 397 BGB, oder ein Schuldanerkenntnis handeln. Auch für diese Erklärungen stellt sich die Frage, wer das Sprachrisiko zu tragen hat, wenn der ausländische Arbeitnehmer der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig ist. Im Übrigen müssen die in der Ausgleichsquittung enthaltenen Klauseln, bei denen es sich regelmäßig um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, den Anforderungen der einschlägigen Schutzvorschriften und der §§ 305 ff. BGB Rechnung tragen.

### 5.6.4.1 Ausgleichsquittung und Sprachrisiko

Unterzeichnet ein ausländischer, der deutschen Sprache unkundiger Arbeitnehmer eine Ausgleichsquittung, die (nur) in deutscher Sprache verfasst ist, wird erneut die Problematik des Sprachrisikos virulent. Insoweit ist verbreitet die Auffassung anzutreffen, dass ein der deutschen Sprache nicht mächtiger Arbeitnehmer keine bindende Willenserklärung abgeben kann und deshalb wird empfohlen, stets auch eine in der Heimatsprache des Mitarbeiters verfasste Erklärung zu verwenden.

Nach den von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen hat allerdings – wie im Falle einer Annahmeerklärung – auch bei einer einseitigen Willenserklärung der Arbeitnehmer das Risiko der Sprachunkundigkeit zu tragen.<sup>57</sup> Er hat sich deshalb für den Fall, dass ihm eine Ausgleichsquittung in einer ihm nicht bzw. nicht hinreichend bekannten Sprache vorgelegt wird, seinerseits um eine Übersetzung zu bemühen. Unternimmt er insoweit nichts und unterzeichnet er gleich-

<sup>56</sup> BAG, Urt. v. 07.02.1990 – 2 AZR 359/89, BAGE 82, 139 = NZA 1991, 341 = DB 1991, 2373.

<sup>57</sup> BAG, Urt. v. 19.03.2014 – 5 AZR 252/12, NZA 2015, 1076 = DB 2014, 1623.

wohl, ist er an den Inhalt der Erklärung, auch in einer Sprache, die er nicht beherrscht, gebunden.<sup>58</sup>

Anders wäre wiederum zu verfahren, wenn dem Arbeitgeber die Sprachdefizite bekannt sind und er den Arbeitnehmer dazu veranlasst, von Übersetzung Abstand zu nehmen, etwa indem er auf der sofortigen Unterzeichnung besteht.

#### 5.6.4.2 Gesetzliche Verzichtsgrenzen

Einem in einer Ausgleichsquittung erklärten Verzicht des Arbeitnehmers sind allerdings enge Grenzen gesetzt, die auch bei der Erklärung eines ausländischen Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind.

Dies gilt zunächst für den Entgeltanspruch. Insoweit ist ein (Teil-)Verzicht auf den Mindestlohnanspruch ist nach § 3 Satz 2 MiLoG grundsätzlich ausgeschlossen. Der Erlass eines entsprechenden Anspruchs, insbesondere in Form einer Ausgleichsquittung oder eines Vergleichs über diesen, ist damit unwirksam. Die einzige Ausnahme ist insoweit der vor einem Gericht geschlossene Vergleich; hier sieht der Gesetzgeber die Rechte der Arbeitnehmer durch das Gericht ausreichend geschützt und erlaubt einen Verzicht auf den bereits entstandenen Anspruch nach § 1 Abs. 1 MiLoG.

Dieses Verzichtsverbot erstreckt sich auf **alle Arbeitsverhältnisse** in Höhe des mindestlohnbezogenen Entgeltanteils unabhängig davon, wie hoch das Arbeitsentgelt insgesamt ausfällt. Ein Erlass ist daher nur für den Teil des Arbeitsentgelts denkbar, der oberhalb des jeweiligen Mindestlohnbetrags bleibt.

Im Übrigen kann auf Ansprüche aus einem Tarifvertrag nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich verzichtet werden, § 4 Abs. 4 Satz 1 TVG. Bei Entgeltansprüchen aus einer Betriebsvereinbarung ist die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich, § 77 Abs. 4 Satz 2 BetrVG, und nicht zuletzt wird für Heimarbeiter ein Erlassverbot in den §§ 23 ff. HAG vorgesehen.

Darüber hinaus sind die §§ 305 ff. BGB zu beachten. So ist in der allgemeinen Formulierung, dass (alle) Ansprüche „abgegolten“ sind, weder ein Verzicht noch ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis zu sehen. Klauseln, die klarer gefasst sind, scheitern im Einzelfall an der zweiten Hürde und werden häufig als überraschende Klausel nach **§ 305c Abs. 1 BGB** nicht Vertragsbestandteil.

Des Weiteren ist die Angemessenheitskontrolle gem. **§ 307 Abs. 1 BGB** zu berücksichtigen. So werden in der zweitinstanzlichen Rechtsprechung Ausgleichsquittungen in vorformulierten Vertragsbedingungen gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB als unwirksam betrachtet, wenn der Arbeitnehmer für einen Klageverzicht keine Gegenleistung erhält. Entsprechend verfährt das BAG bei einem Verzicht des Arbeitnehmers auf die Kündigungsschutzklage. Von daher ist davon auszugehen, dass vorformulierte Ausgleichsquittungen ohne Gegenleistung für den Arbeitnehmer ausnahmslos der Prüfung nach § 307 Abs. 1 BGB nicht standhalten.

---

<sup>58</sup> Anders noch – Übersetzung des Textes der Ausgleichsquittung in die Heimatsprache des Mitarbeiters – LAG Köln, Ur. v. 24.11.1999 – 2 Sa 1128/99, MDR 2000, 528.

## 6 Sozialversicherungsrechtliche Aspekte der Beschäftigung von ausländischen Mitarbeitern

### 6.1 Allgemeines

Nach § 3 SGB IV gelten Vorschriften über die Versicherungspflicht und die Versicherungsberechtigung, soweit diese eine Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit voraussetzen, für alle Personen, die im Geltungsbereich des SGB IV beschäftigt oder dort selbständig tätig sind (Territorialitätsprinzip). Die Versicherungspflicht und der Leistungsbezug sind daher weder von der deutschen Staatsangehörigkeit des Betroffenen noch davon abhängig, ob der ausländische Arbeitnehmer über eine Arbeitsgenehmigung verfügt. Selbst ein fehlendes Aufenthaltsrecht ist unschädlich.

Eine Ausnahme von dem Territorialitätsprinzip gilt nach dem Recht der **Einstrahlung** (§ 5 SGB IV). Personen, die im Rahmen eines im Ausland begründeten Beschäftigungsverhältnisses in das Inland entsandt werden, sind nicht versicherungspflichtig, wenn die Entsendung infolge der Eigenart der Beschäftigung oder im Voraus zeitlich begrenzt ist.

Das nationale Recht wird teilweise durch das Recht der EU und zwischenstaatliche Abkommen überlagert. Für die Staaten der EU sowie für Flüchtlinge und Staatenlose mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der EU ist seit dem 01.05.2010 die VO (EG) Nr. 883/04 maßgeblich, die durch die VO (EG) Nr. 988/09 geändert wurde. Die dazugehörige DurchführungsVO (EG) Nr. 987/2009 trat ebenfalls am 01.05.2010 in Kraft. Für Drittstaatsangehörige sowie für Staatsangehörige der EWR-Staaten und der Schweiz gilt die VO (EWG) Nr. 1408/71 weiter.

### 6.2 Einzelne Versicherungszweige

#### 6.2.1 Krankenversicherung

Ein ausländischer Arbeitnehmer ist unter den Voraussetzungen von § 5 SGB V in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig. Der Arbeitgeber hat ihn wie einen deutschen Arbeitnehmer der zuständigen Stelle zu melden. Die Beiträge sind auch dann an die deutsche Einzugsstelle abzuführen, wenn er im Ausland versicherungspflichtig bleibt.

Ausländische Arbeitnehmer sind bei einer Inlandstätigkeit unter den Voraussetzungen von § 5 SGB V in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig. Der Anspruch auf Leistungen ruht, solange Versicherte sich im Ausland aufhalten, und zwar auch dann, wenn sie während eines nur vorübergehenden Aufenthalts erkranken, soweit im SGB V nichts anderes geregelt ist. Diese Regelung beruht auf der Überlegung, dass nach dem Sachleistungsprinzip der Krankenkassen im Ausland keine Leistungen erbracht werden können. Nach Eintritt eines Versicherungsfalles richtet sich für Angehörige der EU-Mitgliedstaaten der Leistungsbezug nach Art. 17 ff. VO Nr. 883/04, wenn der ausländische Arbeitnehmer sich in Deutschland aufhält; für Angehörige anderer Staaten ist die Leistungserbringung zumeist in zwischenstaatlichen Abkommen geregelt.

Nach Eintritt eines Versicherungsfalls richtet sich für Angehörige der EU-Mitgliedstaaten der Leistungsbezug nach Art. 19 ff. EWG-VO 1408/71, wenn der ausländische Arbeitnehmer sich im Ausland aufhält (Einzelheiten § 3 SGB IV); für Angehörige anderer Staaten ist die Leistungserbringung zumeist in Abkommen geregelt. Sonderregelungen bestehen für Grenzgänger.

### **6.2.2 Rentenversicherung**

Die gesetzliche Rentenversicherung schützt gegen Risiken des Alters und der Erwerbsminderung. Die Versicherungspflicht knüpft an die Ausübung einer nicht geringfügigen Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt an, § 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 5 Abs. 2 Nr. 1 SGB VI. Auch ihr Anwendungsbereich erstreckt sich auf eine Arbeitstätigkeit im Gebiet der Bundesrepublik (Territorialitätsprinzip).

Für den Leistungsfall gelten die §§ 110 ff. SGB VI. Nach § 110 Abs. 1 SGB VI gilt der Grundsatz, dass Berechtigte, die sich nur vorübergehend im Ausland aufhalten, für die gesamte Zeit Leistungen erhalten wie Berechtigte, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Die §§ 110 ff. SGB VI sind durch die Art. 44 ff. VO Nr. 883/04 überlagert. Für andere als EU-Angehörige gelten zahlreiche zwischenstaatliche Abkommen, die jedoch häufig entsprechend der EWG-VO abgeschlossen sind.

Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 EWG-VO 1408/71) sind Berechtigten, die im Gebiet eines anderen Staates wohnen, die Leistungen wie einem Deutschen zu erbringen. Nach der Gebietsgleichstellungsklausel des Art. 10 dürfen Leistungen nicht gekürzt werden, weil der Berechtigte im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt.

Keht ein ausländischer Arbeitnehmer in sein Heimatland zurück, ohne dass ein Versicherungsfall bereits eingetreten ist, so besteht ein Anspruch auf Beitragserstattung.

### **6.2.3 Arbeitslosenversicherung**

Über die Kranken- und Rentenversicherung hinaus werden alle gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigten Personen der Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung unterworfen, § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III. Das Versicherungsverhältnis besteht fort für die Zeiten, für die infolge Kurzarbeit kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, § 24 Abs. 3 SGB III. Ausgenommen von der Versicherungspflicht sind ausländische Arbeitnehmer, die im Rahmen einer von bestimmten Körperschaften oder Organisationen geförderten Aus- und Fortbildung beschäftigt sind, nach der Beendigung der Bildungsmaßnahme Deutschland verlassen müssen und mit den im Bundesgebiet zurückgelegten Versicherungszeiten keine Leistungsansprüche im Wohnland erwerben können, § 27 Abs. 3 Nr. 3 SGB III.

Die Leistungen der Arbeitslosenversicherung bestehen in der Hauptsache in Arbeitslosengeld. Ein entsprechender Anspruch besteht für Arbeitnehmer, die arbeitslos sind, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt haben, § 137 SGB III. Arbeitslos ist, wer nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht, sich bemüht, seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden und den Vermittlungsbemühungen der BA zur Verfügung steht, § 138 Abs. 1 SGB III. Eine ehrenamtliche Betätigung, mit der die berufliche Eingliederung des Arbeitslosen nicht beeinträchtigt wird, schließt Arbeitslosigkeit nicht aus.

An der Arbeitslosigkeit fehlt es, wenn einer Tätigkeit rechtliche Verbote entgegenstehen. Im Falle eines ausländischen Arbeitnehmers ist insoweit vor allem das Beschäftigungsverbot nach § 18 AufenthG in Betracht zu ziehen. Dieses Beschäftigungsverbot verwehrt zwar den Zugang zu einem Arbeitsverhältnis, gilt aber nicht während der Arbeitsplatzsuche, so dass auch während dieses Zeitraums die Verfügbarkeit des Arbeitnehmers gegeben ist. Andererseits ist die Verfügbarkeit ausgeschlossen, wenn der ausländische Staatsangehörige zur Ausreise verpflichtet und daher gehindert ist, im Inland eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes auszuüben.<sup>59</sup> Entsprechendes gilt, wenn der Ausländer nach mindestens einjährigem Bemühen nicht vermittelt werden konnte.<sup>60</sup>

Erfüllt der nach Arbeit suchende Beschäftigte die Leistungsvoraussetzungen, kann er seine Beschäftigungssuche auch in einem **Mitgliedstaat der EU** fortsetzen. Während des Auslandsaufenthaltes bleibt der Anspruch auf Arbeitslosengeld für höchstens drei Monate aufrechterhalten.

### 6.2.4 Pflegeversicherung

Der Pflegeversicherung als der jüngsten Säule der gesetzlichen Sozialversicherung sind die versicherungspflichtigen Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung, unter anderem die gegen Arbeitsentgelt beschäftigten Arbeitnehmer unterstellt, § 20 Abs. 1 Satz 1 SGB XI. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer wegen des Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV) versicherungsfrei und als freiwilliges Mitglied krankenversichert ist, § 20 Abs. 3 SGB XI; er kann sich allerdings durch einen (fristgebundenen) Antrag nach Abschluss einer gleichwertigen privaten Pflegeversicherung von der Versicherungspflicht befreien lassen, § 22 SGB XI. Sofern Personen privat krankenversichert sind, sind sie verpflichtet, sich bei demselben oder – spätestens sechs Monate nach Eintritt der Versicherungspflicht – einem anderen Versicherungsunternehmen gegen Pflegebedürftigkeit zu versichern, § 23 Abs. 1 und 2 SGB XI. Auf die Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers kommt es auch insoweit nicht an.

### 6.2.5 Unfallversicherung

In der gesetzlichen Unfallversicherung sind Personen nur bei bestimmten Tätigkeiten (§ 2 SGB VI) versichert (vgl. § 109). Grundsätzlich besteht Versicherungsschutz nur bei Tätigkeiten im Geltungsbereich des SGB, die Staatsangehörigkeit des Beschäftigten ist irrelevant.

Angehörige der EU-Mitgliedstaaten, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates als des zuständigen Staates wohnen, erhalten nach Art. 52 EWG-VO 1408/71 im Fall eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit Sachleistungen für Rechnung des zuständigen Trägers vom Träger des Wohnorts, Geldleistungen vom zuständigen Träger nach den für diesen Träger geltenden Rechtsvorschriften. Einzelheiten finden sich in § 3 SGB IV.

<sup>59</sup> BSG, Urt. v. 15.09.1994 – 11 Rar 9/94 unveröffentl.

<sup>60</sup> BSG, Urt. v. 17.01.1991 – 9 RAr 70/90. SozR 3-4-100 § 102 Nr. 3, S. 15 f.

Weitere Regelungen ergeben sich wieder aus zwischenstaatlichen Vereinbarungen. Sonderregeln gelten für Grenzgänger. Überweisungen der gesetzlichen Unfallrente sind aufgrund des Übereinkommens Nr. 19 der Internationalen Arbeitsorganisation auf Antrag des Arbeitnehmers auch ins Ausland möglich. Unfallrenten können abgefunden werden.

## Anhang

### Muster: Unbefristeter Arbeitsvertrag (ausländischer Arbeitnehmer)

Zwischen der

... GmbH, ... (Anschrift)

– nachfolgend Arbeitgeber genannt –

und

Frau/Herrn

..., (Anschrift)

– nachfolgend Arbeitnehmer genannt –

wird folgender Arbeitsvertrag vereinbart:

#### § 1 Beginn des Arbeitsverhältnisses und Probezeit

(1) Das Arbeitsverhältnis beginnt am ...

(2) Die ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses gelten als Probezeit.

#### § 2 Tätigkeit

(1) Der Arbeitnehmer wird eingestellt als ... in ... Sein Aufgabengebiet umfasst folgende Tätigkeiten:

...

Oder:

(1) Der Arbeitnehmer wird eingestellt als ... in ... Die vertraglich geschuldeten Tätigkeiten ergeben sich aus der als Anlage beigefügten Stellenbeschreibung, die Bestandteil des Arbeitsvertrags ist.

(2) Der Arbeitgeber behält sich im Rahmen des Direktionsrechts gem. § 106 GewO vor, den Arbeitnehmer entsprechend seiner Leistungen und Fähigkeiten

- mit einer anderen im Interesse des Arbeitgebers liegenden zumutbaren sowie gleichwertigen Tätigkeit zu betrauen und/oder
- den Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitsort und/oder
- den Arbeitnehmer vorübergehend auch an auswärtigen Arbeitsplätzen des Arbeitgebers einzusetzen.

Hierbei werden die Belange des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt.

#### § 3 Arbeitszeit

(1) Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt ... Stunden pro Woche. Die tägliche Arbeitszeit (Beginn und Ende der Arbeitszeit mit Pausen) und ihre Lage richten sich nach den betrieblichen Erfordernissen und der betrieblichen Einteilung.

(2) Der Arbeitnehmer wird seine ganze Arbeitskraft im Interesse des Arbeitgebers einsetzen. Er ist verpflichtet, auf Anordnung des Arbeitgebers betriebsnotwendige Mehrarbeits- und Überstunden im gesetzlich zulässigen Umfang zu leisten. Gleiches gilt für Nacht-, Schicht-, Samstags-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst.

(3) Der Arbeitgeber ist berechtigt, einseitig Kurzarbeit anzuordnen, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt, der auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht und der Arbeitsausfall der Arbeitsverwaltung angezeigt ist (derzeit §§ 95 ff. SGB III). Dabei ist gegenüber dem Arbeitnehmer eine Ankündigungsfrist von ... Kalenderwochen einzuhalten. Der Arbeitnehmer ist bei Einführung von Kurzarbeit damit einverstanden, dass die Arbeitszeit vorübergehend entsprechend verkürzt und für die Dauer der Arbeitszeitverkürzung das Arbeitsentgelt gem. § 4 Abs. 1 entsprechend reduziert wird.

#### **§ 4 Arbeitsentgelt**

(1) Der Arbeitgeber verpflichtet sich, an den Arbeitnehmer ein monatliches Bruttoarbeitsentgelt i.H.v. ... € jeweils am Monatsletzten zu zahlen. Die Zahlung erfolgt bargeldlos.

Oder (sofern Mindestlohn gezahlt wird):

(1) Der Arbeitnehmer erhält für die unter § 2 näher bezeichnete Tätigkeit ein Bruttoarbeitsentgelt entsprechend § 1 Abs. 2 MiLoG, das jeweils zum Monatsende fällig wird.

(2) Die Gewährung sonstiger Leistungen (z.B. Weihnachts- und Urlaubsgeld etc.) durch den Arbeitgeber erfolgt freiwillig und mit der Maßgabe, dass auch mit einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft entsteht bzw. begründet wird.

#### **§ 5 Über- und Mehrarbeit**

(1) Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, im Rahmen des gesetzlich Zulässigen Überstunden und Mehrarbeit zu leisten.

(2) Ein Anspruch auf Über- oder Mehrarbeitsstundenabgeltung besteht nur, wenn die Über- oder Mehrarbeit durch den Arbeitgeber angeordnet oder vereinbart worden ist oder wenn sie aus dringenden betrieblichen Interessen erforderlich war und der Arbeitnehmer Beginn und Ende der Über-/Mehrarbeit spätestens am folgenden Tag dem Arbeitgeber gegenüber schriftlich anzeigt.

(3) Mit dem vereinbarten Bruttoarbeitsentgelt gem. § 4 Abs. 1 dieses Vertrags sind bis zu ... Überstunden monatlich abgegolten. Darüber hinausgehende Überstunden werden durch Freizeit ausgeglichen. Soweit Letzteres aus betrieblichen Gründen nicht möglich ist, beträgt die Überstundenvergütung ... € pro Stunde.

#### **§ 6 Gehaltsverpfändung und -abtretung**

Die Abtretung oder Verpfändung von Lohn- und sonstigen Arbeitsentgeltansprüchen ist ausgeschlossen, es sei denn, es liegt die vorherige schriftliche Zustimmung des Arbeitgebers vor.

## **§ 7 Arbeitsverhinderung**

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber jede Arbeitsverhinderung und ihre voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen. Auf Verlangen sind die Gründe der Arbeitsverhinderung anzugeben. Bei anstehenden Terminsachen hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber auf vordringlich zu erledigende Arbeiten hinzuweisen.

## **§ 8 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**

(1) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber jede Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens am darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Dasselbe gilt für Folgebescheinigungen, soweit die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Erstbescheinigung angegeben andauert.

(2) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Art und Ursache der Erkrankung, soweit bekannt, anzugeben, wenn diese Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers für andere Arbeitnehmer erfordert (z.B. eine Infektionsgefahr).

(3) Bei Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit erhält der Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung nach den gesetzlichen Vorschriften.

(4) Bei Arbeitsunfähigkeit infolge von Drittverursachung hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber unverzüglich die zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gegenüber Dritten erforderlichen Angaben zu machen.

## **§ 9 Urlaub**

(1) Der Arbeitnehmer erhält bei einer Sechstageswoche kalenderjährlich einen Urlaub von 24 Arbeitstagen als gesetzlichen Mindesturlaub.

Der gesetzliche Mindesturlaub muss im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Eine Übertragung des gesetzlichen Mindesturlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Im Fall der Übertragung muss der gesetzliche Mindesturlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden, ansonsten verfällt er.

(2) Der Arbeitnehmer erhält darüber hinaus kalenderjährlich einen übergesetzlichen Zusatzurlaub von weiteren ... Arbeitstagen. Der übergesetzliche Zusatzurlaub ist innerhalb des Kalenderjahres zu nehmen. Eine Übertragung des übergesetzlichen Zusatzurlaubs auf das nächste Jahr ist nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe eine Übertragung erforderlich machen. Im Fall der Übertragung muss der Zusatzurlaub in den ersten drei Monaten des nachfolgenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden. Ansonsten verfällt der Zusatzurlaub mit Ablauf des 31.03. des nachfolgenden Kalenderjahres auch dann, wenn er wegen Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht genommen werden konnte. Eine Abgeltung des übergesetzlichen Urlaubsanspruchs ist ausgeschlossen.

(3) Die Festlegung des Urlaubs erfolgt durch den Arbeitgeber auf Antrag und unter Berücksichtigung der Wünsche des Arbeitnehmers. Dringende betriebliche Gründe haben Vorrang. Ein Urlaubsantrag gilt mit schriftlicher Bestätigung durch den Arbeitgeber als bewilligt. Als bewilligt gilt zunächst der gesetzliche Mindesturlaub gem. Absatz 1 bis zu dessen vollständiger Erfüllung, erst danach der übergesetzliche Zusatzurlaub gem. Absatz 2. Während des Übertragungszeitraums gilt zunächst der übertragene gesetzliche Mindesturlaub, danach der übertragene übergesetzliche Zusatzurlaub und erst danach der in dem betreffenden Kalenderjahr entstehende bzw. entstandene gesetzliche Mindesturlaub und übergesetzliche Zusatzurlaub als bewilligt.

### **§ 10 Verschwiegenheitspflicht**

(1) Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, über alle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und ihm während der Vertragsdauer bekanntgewordenen betrieblichen Vorgänge während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Stillschweigen zu bewahren.

(2) Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht die Verpflichtung zur Verschwiegenheit hinsichtlich nachfolgender Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse fort:

...

(3) Die Verschwiegenheitspflicht erstreckt sich nicht auf solche Kenntnisse, die jedermann zugänglich sind oder deren Weitergabe für den Arbeitgeber ersichtlich ohne Nachteil ist. Im Zweifelsfall ist der Arbeitnehmer verpflichtet, eine Weisung des Arbeitgebers einzuholen, ob eine bestimmte Tatsache vertraulich zu behandeln ist oder nicht.

(4) Der Ausdruck „Betriebs- und/oder Geschäftsgeheimnisse“ umfasst dabei alle geschäftlichen, betrieblichen und technischen Kenntnisse, Angelegenheiten, Vorgänge und Informationen, die nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind und nach dem Willen des Arbeitgebers nicht der Allgemeinheit bekanntwerden sollen.

### **§ 11 Nebenbeschäftigung**

(1) Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, eine Nebentätigkeit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Arbeitgebers zu übernehmen.

(2) Der Arbeitgeber hat die Entscheidung über den Antrag des Arbeitnehmers auf Zustimmung zur Nebentätigkeit innerhalb von zwei Wochen nach Eingang des Antrags zu treffen. Wird innerhalb dieser Frist eine Verweigerung der Zustimmung zur Nebentätigkeit nicht erklärt, gilt die Zustimmung als erteilt.

### **§ 12 Ehrenamt**

(1) Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen, falls er ein Ehrenamt übernommen hat. Ferner hat er dem Arbeitgeber deren Dauer mitzuteilen und ob die ehrenamtliche Tätigkeit in die Arbeitszeit fällt.

(2) Der Arbeitnehmer darf privaten Ehrenämtern während der Arbeitszeit nicht nachgehen. Übernimmt der Arbeitnehmer öffentliche Ehrenämter, verpflichtet er sich, seine Arbeitszeit nicht stärker als zu der ordnungsgemäßen Erfüllung des öffentlichen Ehrenamts erforderlich in Anspruch zu nehmen.

(3) Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, bei der Ausübung von Ehrenämtern, gleich welcher Art, auf die Interessen des Arbeitgebers in angemessener Weise Rücksicht zu nehmen.

### **§ 13 Vertragsstrafe**

Nimmt der Arbeitnehmer die Arbeit nicht oder verspätet auf, verweigert er vorübergehend unberechtigt die Arbeit, löst er das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist auf oder wird der Arbeitgeber durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers zur außerordentlichen Kündigung veranlasst, so hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber eine Vertragsstrafe zu zahlen. Als Vertragsstrafe wird für den Fall der verspäteten Aufnahme der Arbeit, der vorübergehenden Arbeitsverweigerung und der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist ein sich aus der Bruttomonatsvergütung nach vorstehendem § 4 Abs. 1 zu errechnendes Bruttotagegeld für jeden Tag der Zuwiderhandlung vereinbart, insgesamt jedoch nicht mehr als das in der gesetzlichen Mindestkündigungsfrist ansonsten zu zahlende Arbeitsentgelt. Im Übrigen beträgt die Vertragsstrafe eine Bruttomonatsvergütung.

### **§ 14 Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

(1) Innerhalb der Probezeit (§ 1 Abs. 2) kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von 14 Tagen gekündigt werden.

(2) Nach Ablauf der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist ... Monate zum Quartalsende.

(3) Jede gesetzliche Verlängerung der Kündigungsfrist zugunsten des Arbeitnehmers gilt auch zugunsten des Arbeitgebers.

(4) Das Arbeitsverhältnis endet spätestens, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Ablauf des Monats, in dem der Arbeitnehmer die Regelaltersgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung erreicht und an den unmittelbar anschließend der Arbeitnehmer Anspruch auf eine gesetzliche Regelaltersrente hat.

(5) Die Regelung zur Altersgrenze in Absatz 4 berührt nicht das jeweilige Recht der Arbeitsvertragsparteien zur ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

### **§ 15 Ausschlussfristen**

(1) Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem und/oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis müssen innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich gegenüber der anderen Vertragspartei geltend gemacht werden, ansonsten verfallen sie.

(2) Lehnt eine Vertragspartei den Anspruch schriftlich ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach der schriftlichen Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt der Anspruch, wenn er nicht innerhalb einer weiteren Frist von drei Monaten nach der Ablehnung oder nach dem Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird.

(3) Ansprüche,

- die auf strafbaren Handlungen oder unerlaubten Handlungen bzw.
- die auf vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers beruhen, sowie
- des Arbeitnehmers auf den Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz

unterliegen nicht den vorgenannten Ausschlussfristen.

### **§ 16 Schriftformklausel**

(1) Änderungen und/oder Ergänzungen des Arbeitsvertrags bedürfen der Schriftform, die elektronische Form ist ausgeschlossen.

(2) Das Schriftformerfordernis gilt nicht für individuelle vertragliche Abreden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Abänderung und/oder Ergänzung des Arbeitsvertrags.

### **§ 17 Salvatorische Klausel**

Sollte eine Bestimmung dieses Vertrags und/oder seine Änderungen bzw. Ergänzungen unwirksam sein, so wird dadurch die Wirksamkeit des Vertrags im Übrigen nicht berührt. Die unwirksame Bestimmung wird durch eine wirksame ersetzt, die dem wirtschaftlich Gewollten am nächsten kommt.

### **§ 18 Anzuwendendes Recht, Sprache**

(1) Auf das Arbeitsverhältnis ist deutsches Recht anzuwenden.

(2) Sofern der Vertrag auch in der ... Sprache abgefasst ist, ist nur die deutschsprachige Fassung des Vertrags verbindlich; die ... Fassung dient ausschließlich Informationszwecken.

..., den ...

---

Arbeitgeber

---

Arbeitnehmer

## Muster: Hospitationsvertrag

... GmbH

\_\_\_\_\_ – nachfolgend Ausbildende genannt –

schließt mit

\_\_\_\_\_ – nachfolgend Hospitant genannt –

die folgende Vereinbarung über eine Hospitationstätigkeit:

### § 1 Vertragsgegenstand

(1) Gegenstand dieses Vertrags ist die Durchführung einer als Fortbildung anerkannten klinischen Fortbildung (Hospitation) in einer Einrichtung des Ausbildenden.

(2) Die Hospitation soll dem Hospitanten zur Aneignung neuen Fachwissens bzw. zur Vertiefung von vorhandenem Wissen und Fähigkeiten sowie zum Kennenlernen anderer Organisationsformen, Betriebsabläufe und Arbeitsweisen dienen.

(3) Als wesentlichen Inhalt der Maßnahme wird Folgendes vereinbart:

### § 2 Ablauf der Hospitation

(1) Die Hospitation beginnt am ..., sie endet am ...

(2) Der Hospitant wird während des vereinbarten Zeitraums für ... Stunden täglich in ... (Einrichtung) hospitieren.

(3) Die Einzelheiten der Teilnahme des Hospitanten am Betriebsalltag sind mit dem Betriebsleiter vor Beginn der Hospitation abzustimmen.

### § 3 Rechtsstellung des Hospitanten

(1) Der Hospitant ist zu den genannten Fortbildungszwecken in den Arbeitsalltag des Ausbildenden zu integrieren.

(2) Der Hospitant steht weder in einem Arbeitsverhältnis noch in einem Dienstvertragsverhältnis mit dem Ausbildenden. Eine Vergütung während des Zeitraums der Hospitation wird nicht gezahlt. Es werden mangels eines Beschäftigungscharakters der Hospitation auch keine Sozialversicherungsbeiträge geleistet.

(3) Vertragspartner sämtlicher Behandlungsverträge mit Patienten ist allein der Ausbildende. Der Hospitant wird nicht als Erfüllungsgehilfe des Ausbildenden im Rahmen der mit den Patienten bestehenden vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen tätig.

### § 4 Aufwändungsersatz

Der Ausbildende ersetzt Hospitanten die Fahrtkosten, die bei der Anfahrt zur Einrichtung des Ausbildenden anfallen.

### **§ 5 Haftung des Hospitanten/Versicherungsschutz**

(1) Der Hospitant haftet bei Schäden gegenüber dem Ausbildenden nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Entsprechendes gilt für die dem Hospitanten entstehenden Schäden, für die der Ausbildende die Verantwortung hat.

(2) Der Hospitant ist während der Hospitation über den Ausbildenden unfallversichert.

(3) Der Hospitant hat während der Hospitation zur Sicherung gegen Schadenseignisse, die den Tod, die Verletzung oder Gesundheitsbeschädigung von Menschen (Personenschäden), Sach- oder Vermögensschäden herbeigeführt haben, eine eigene Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen.

### **§ 6 Verschwiegenheitspflicht**

(1) Der Hospitant verpflichtet sich, über alle Kenntnisse, die im Zusammenhang mit der Hospitation über stationäre oder ambulante Patienten bekanntwerden, sowie über alle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Ausbildenden Stillschweigen zu bewahren.

(2) Dies gilt auch für die Zeit nach Beendigung der Hospitation. Überlassene Unterlagen sind zurückzugeben.

### **§ 7 Beendigung Vertragsverhältnis**

Das Vertragsverhältnis kann von jeder der beiden Parteien jederzeit beendet werden.

### **§ 8 Bescheinigung und Anerkennung der Hospitation**

(1) Der Ausbildende erteilt dem Hospitanten nach Beendigung der Hospitation die für Anerkennung der (Fort-)Bildungsmaßnahme erforderliche Bescheinigung.

(2) Im Übrigen obliegt es dem Hospitanten, für die Anerkennung der Hospitation notwendige Maßnahmen zu veranlassen.

### **§ 9 Schlussbestimmungen**

(1) Änderungen und/oder Ergänzungen dieses Vertrags bedürfen der Schriftform.

(2) Sollte eine Bestimmung dieses Vertrags und/oder seine Änderungen bzw. Ergänzungen unwirksam sein, so wird dadurch die Wirksamkeit des Vertrags im Übrigen nicht berührt. Die unwirksame Bestimmung wird durch eine wirksame ersetzt, die dem wirtschaftlich Gewollten am nächsten kommt.

---

Ort, Datum

---

Ausbildende

---

Hospitant

**Anmerkungen:**

Allgemeines:

Bei der Hospitation – der Begriff hat seinen Ursprung im lateinischen hospitare (= zu Gast sein) – handelt es sich um eine zu Informations- und Lehrzwecken aufgenommene Tätigkeit in einem Unternehmen oder einer Verwaltungsstelle. Die Hospitation soll dem Hospitanten die Möglichkeit verschaffen, sich mit den Arbeitsabläufen in einem Betrieb und dessen Organisation bekanntzumachen. Eine Hospitation ist vor allem im Gesundheitswesen anzutreffen; Ärzte und Pflegekräfte hospitieren i.d.R., um herauszufinden, ob sie für eine (Fortbildungs-)Stelle geeignet sind. Die Hospitation kommt aber auch vor bei Lehr- und Betreuungskräften im Kindergarten, der Schule und der Altenpflege. Darüber hinaus ist sie im Kulturbetrieb (Theater etc.) anzutreffen.

Zu § 3:

Eine Hospitation ist weder ein Arbeits- noch ein Beschäftigungsverhältnis (im sozialversicherungsrechtlichen Sinne); der Hospitant ist Weisungen des Vertragspartners nicht unterworfen, es findet auch keine Eingliederung in die betriebliche Organisation des ausbildenden Unternehmens statt. Die Tätigkeit des Hospitanten wird unentgeltlich verrichtet. Von daher finden die Vorschriften über den Auftrag (§§ 662 ff. BGB) Anwendung.

Zu § 4:

Die Leistung von Aufwendungsersatz ist unproblematisch; durch sie wird der Charakter als unentgeltliches Vertragsverhältnis nicht in Frage gestellt.

## Muster: Vertrag über ehrenamtliche Tätigkeit

Der Verein/Die Stiftung/Die Gemeinde

(nachfolgend Auftraggeber)

schließt mit

(nachfolgend ehrenamtlich Tätige/r)

die folgende Vereinbarung über eine ehrenamtliche Tätigkeit:

### § 1 Auftragsinhalt

Der/die ehrenamtlich Tätige steht dem Auftraggeber für folgende Tätigkeiten

für bis zu ... Stunden wöchentlich zu Verfügung.

Er/Sie übernimmt diese Tätigkeiten ehrenhalber, also unentgeltlich und aus altruistischen Motiven.

### § 2 Weisungsrecht

Der/die ehrenamtlich Tätige richtet sich bei der Erfüllung seiner/ihrer Tätigkeiten nach den Weisungen derjenigen Person, die hierzu vom Auftraggeber ermächtigt worden ist. Die Einsatzzeit wird im beiderseitigen Einvernehmen festgelegt. Der/die ehrenamtlich Tätige ist verpflichtet, die betriebliche Ordnung und die Hausordnung zu beachten.

### § 3 Aufhebung, Kündigung, Widerruf

Der Vertrag kann in beiderseitigem Einvernehmen jederzeit aufgehoben werden.

Der/die ehrenamtlich Tätige kann den Auftrag jederzeit einseitig schriftlich kündigen; die Kündigungsfrist beträgt vier Wochen.

Der Auftraggeber kann den Auftrag unter Einhaltung einer vierwöchigen Widerrufsfrist schriftlich widerrufen.

Diese Fristen entfallen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

### § 4 Haftung des/der ehrenamtlich Tätigen

Der/die ehrenamtlich Tätige haftet bei Schäden gegenüber dem Auftraggeber nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Variante 1: Bei Schäden gegenüber dritten Personen (Benutzern der Einrichtung) trägt der Auftraggeber den durch den/die ehrenamtlich Tätige/n verursachten Schaden, es sei denn, dass der/die ehrenamtlich Tätige vorsätzlich oder grob fahrlässig handelte.

Variante 2: Der Auftraggeber verpflichtet sich, zur Deckung evtl. Schäden, die der/die ehrenamtlich Tätige gegenüber Dritten verursacht, eine Haftpflichtversicherung zu stellen. Der Versicherungsschutz entfällt bei vorsätzlichen Schädigungen.

### **§ 5 Unfälle und Schäden des ehrenamtlich Tätigen**

Der Auftraggeber haftet dem/der ehrenamtlich Tätigen für Schäden, die diesem in Verrichtung des Auftrags wegen eines Verschuldens des Auftraggebers oder durch Zufall entstehen. Dies gilt nicht, falls diese Schäden durch die gesetzliche Unfallversicherung gedeckt sind.

### **§ 6 Aufwendungsersatz**

(1) Der Auftraggeber ersetzt dem/der ehrenamtlich Tätigen die Aufwendungen, die nach den Umständen für erforderlich gehalten werden konnten, insbesondere Kosten für Fahrten, Verpflegungsmehrbedarf und Fachliteratur.

(2) Es werden auch die Kosten für genehmigte Aus- und Fortbildungsmaßnahmen ersetzt, die im Interesse des Auftraggebers liegen, insbesondere die Kosten für die Teilnahme an Lehrgängen.

Oder:

Der Auftraggeber kann den Anspruch auf Aufwendungsersatz durch pauschale, monatliche Aufwandsentschädigung i.H.v. bis zu 60 € erfüllen. Der pauschale Aufwendungsersatz hat den tatsächlichen Kosten des ehrenamtlich Tätigen zu entsprechen.

### **§ 7 Geltung des Auftragsrechts**

Soweit eine Frage in diesem Vertrag nicht ausdrücklich geregelt ist, gelten ersatzweise die Regeln des Auftragsrechts im BGB (§§ 662–676 BGB).

### **§ 8 Abweichende Regelungen**

Von diesem Vertrag abweichende Regelungen sowie Nebenabreden bedürfen für ihre Wirksamkeit der Schriftform.

---

Ort, Datum

---

(ehrenamtlich Tätige/r)

---

Auftraggeber

### **Anmerkungen:**

#### Allgemeines:

Mit diesem Vertrag wird weder ein Dienstvertragsverhältnis noch ein Arbeitsverhältnis begründet. Vielmehr handelt es sich um einen unentgeltlichen Auftrag gem. §§ 662 ff. BGB.

#### Zu § 2:

Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, dass der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde; der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, § 665 BGB.

#### Zu § 3:

Nach § 671 BGB kann der Vertrag jederzeit gekündigt werden. Aus Gründen der Rechtsklarheit und -sicherheit ist eine Kündigungsfrist in die Arbeitshilfe aufgenommen worden. Sie kann abgeändert oder auch vollständig gestrichen werden.

#### Zu § 4:

Eine private Haftpflichtversicherung schließt i.d.R. die Haftung für Schäden aus, die bei der Ausübung einer ehrenamtlichen Tätigkeit entstehen. Das bedeutet, dass ehrenamtlich Tätige mit ihrem persönlichen Vermögen für evtl. Schäden aufkommen müssen (siehe auch § 2 Abs. 1 SGB VII).

#### Zu § 6:

Da die Tätigkeit nicht dem Mindestlohngesetz unterfällt (siehe § 22 Abs. 3 MiLoG), besteht kein Anspruch auf den Mindestlohn.

Macht der Beauftragte zum Zweck der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet, § 670 BGB.

Alternativ dazu kann ein pauschaler Aufwendersatz vereinbart werden. In diesem Zusammenhang sind die steuerrechtlichen Vorschriften über die Ehrenamtszuschale nach § 3 Nr. 26a EStG zu berücksichtigen. Sie erlauben steuerfreie Einkünfte im Rahmen des Ehrenamts i.H.v. bis zu 720 € jährlich.

Die Ehrenamtszuschale gilt für alle nebenberuflichen Tätigkeiten im Dienst von öffentlichen oder gemeinnützigen Einrichtungen. Den Freibetrag kann z.B. in Anspruch nehmen, wer für einen gemeinnützigen Verein oder eine gemeinnützige Stiftung nebenberuflich als Kassierer, Platzwart, Sekretärin, Reinigungspersonal etc. tätig ist und dafür eine Vergütung erhält. Dabei ist der Begriff der Nebenberuflichkeit rein zeitlich zu bestimmen. Eine Tätigkeit ist dann nebenberuflich, wenn sie nicht mehr als 1/3 der Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitberufers in Anspruch nimmt.