

Das Mandat

Reitz (Hrsg.)



Das arbeitsrechtliche Mandat

Arbeitsvertragsgestaltung und AGB-Kontrolle

2. Auflage

Herausgeber der Reihe:
Henssler/Holthausen



DeutscherAnwaltVerlag

Reitz (Hrsg.)

Das arbeitsrechtliche Mandat
Arbeitsvertragsgestaltung und AGB-Kontrolle

Das Mandat

Das arbeitsrechtliche Mandat

Arbeitsvertragsgestaltung und AGB-Kontrolle

2. Auflage 2024

Herausgegeben von

Dr. Henning Reitz

Rechtsanwalt und Partner bei JUSTEM Rechtsanwälte,
Frankfurt a.M.

Herausgeber der Reihe:

Prof. Dr. Martin Henssler/

Dr. Joachim Holthausen



Deutscher**Anwalt**Verlag

Vorwort zur Buchreihe „Das arbeitsrechtliche Mandat“

Die Buchreihe „**Das arbeitsrechtliche Mandat**“ will Praktikern aus den Unternehmen und den mit dem Arbeitsrecht befassten anwaltlichen Beratern in zentralen Gebieten des Arbeitsrechts einen aktuellen und profunden rechtlichen Einstieg in die Materie ermöglichen. Darüber hinaus will sie der betrieblichen Praxis, der (Fach-)Anwaltschaft und der Arbeitsgerichtsbarkeit praktisch erprobte Handlungsempfehlungen sowie rechtssichere Regelungs- und Formulierungsvorschläge bieten.

Das Arbeitsrecht und HR sehen sich in besonderer Weise mit der fortschreitenden Digitalisierung der Wirtschaft und der Arbeitswelt und den daraus erwachsenden Herausforderungen konfrontiert. Deshalb spricht man zutreffend nicht nur von Industrie 4.0, sondern auch von der Arbeitswelt 4.0 und den umwälzenden Folgen der Digitalisierung. Fest steht, dass sich die Arbeitswelt aufgrund disruptiver Technologiesprünge in einem immer schneller anmutenden Wandel befindet, der eine Vielzahl wegweisender Entscheidungen sowie hohe Änderungs- und Anpassungsbereitschaft bei den Entscheidungsträgern erzwingt. Zunehmend lösen sich althergebrachte Arbeitsformen und betriebliche Strukturen aufgrund neuer digitaler Geschäftsmodelle und moderner (prekärer) Beschäftigungsformen auf, die unter vielsagenden Begrifflichkeiten wie „Crowd-Work“, „Gig-Work“, „Scrum“ u.a. firmieren. Um auf die Herausforderungen der Digitalisierung und der geänderten Arbeitsabläufe in einer Arbeitswelt 4.0 angemessen zu reagieren, müssen neue tragfähige Konzepte und Ansätze gefunden werden, um Arbeit auch zukünftig gesellschaftlich verantwortlich, erfolgreich und rechtssicher zu organisieren. Dabei führen insbesondere der Verlust betrieblicher Strukturen sowie die zunehmende Tariffucht aufgrund abnehmender kollektiver Regelungsgrundlagen zu teilweise unerwünschten, schwer handhabbaren Regelungs- bzw. Nicht-Regelungszuständen. Übergreifend könnte man diesen Praxisbefund mit einem gefühlt fortschreitenden Kontrollverlust trotz zunehmender gesetzlicher Reglungsdichte und -tiefe beschreiben. Fest steht, dass Arbeitsrecht ein unverzichtbares, hoch dynamisches Recht in Wirtschaft und Gesellschaft ist, welches in besonderer Weise einem starken politischen Zugriff und einem wechselnden Zeitgeist unterliegt.

Ziel der Buchreihe „Das arbeitsrechtliche Mandat“ ist es, in diesem dynamischen Rechtsumfeld verlässlich und mit einem hohen Nutzwert für den „User“ Orientierung zu bieten und dabei nachvollziehbar mit einer klaren, transparenten Argumentation rechtlich Stellung zu beziehen. Die Buchreihe beschreibt das arbeitsrechtliche Mandat derzeit mit **sieben Bänden**, die alle von ausgewiesenen, aus dem Markt bekannten Kennern der Materie betreut werden. Von ihrer Konzeption her ist die Buchreihe bewusst auf einen zukünftigen Ausbau angelegt.

Der **Arbeitsvertrag** und die **AGB-Kontrolle** bilden für den beratenden Praktiker das Grundrüstzeug, das besonders stark durch die Rechtsprechung geprägt wird und sich deshalb in einem ständigen Fluss befindet. Im Bereich der Vertragsgestaltung benötigt die Praxis vor allem verlässliche Klauseln und rechtliche Lösungen, die im Streitfall einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung auch in II. und ggf. III. Instanz standhalten und somit für Rechtsklarheit zwischen den Arbeitsvertragsparteien sorgen.

Der Band **Arbeitsrecht bei Umstrukturierung aus der Arbeitnehmerperspektive** verfolgt bewusst einen neuen Ansatz. Aktuell besitzt das Werk im arbeitsrechtlichen Buchmarkt ein Alleinstellungsmerkmal, da es auf einer entgegengesetzten Sichtweise des Arbeitnehmers beruht. Es stellt somit das Gegenstück zu einer Vielzahl von Büchern dar, die aus Unternehmens- und Arbeitgebersicht verfasst sind. Das Werk schließt damit eine Lücke und trägt dem Umstand Rechnung, dass Betriebsübergänge und sonstige tiefgreifenden Reorganisations- und Umstrukturierungsmaßnahmen zwangsläufig auch immer auf Arbeitnehmerseite existenziellen, komplexen anwaltlichen Beratungs- und Vertretungsbedarf nach sich ziehen.

Aufhebungsverträge haben große Bedeutung für den rechtssuchenden Mandanten und den arbeitsrechtlichen Praktiker. Sie stellen für den Arbeitsrechtsanwalt eines seiner Kernberatungsfelder dar. Bei der Gestaltung und der Verhandlung von Aufhebungsverträgen bedarf der Praktiker im hohen Maße geeigneter und rechtssicherer Formulierungshilfen und praktikabler Handlungsempfehlungen, um seinen Mandanten fachgerecht zu beraten und „gute“ Lösungen zu erzielen. Beim Abschluss von Aufhebungsverträgen bewegt sich man sich zudem rechtlich zwingend immer an der Schnittstelle von Arbeits-, Dienst-, Gesellschafts-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht. Diese Schnittstelle will beherrscht werden, da sonst kein gutes rechtliches Ergebnis erzielt werden kann.

Der Band **„Variable Vergütungsformen“** beschäftigt sich mit der Ausgestaltung der für die geleistete Arbeit vom Arbeitgeber zu erbringenden Gegenleistungen. In der Arbeitswelt 4.0 besteht ein nachweislich hoher Bedarf nach alternativen Beschäftigungsformen, die zwangsläufig auch mit alternativen, variablen und anreizbezogenen Vergütungsformen einhergehen. Insoweit stehen an der Schnittstelle zum Steuer- und Sozialversicherungsrecht unter anderem die korrekte Versteuerung und Verbeitragung variabler Vergütungsformen sowie die rechtlichen Themen des Mindestlohngesetzes im Blickpunkt. In höheren Gehaltsklassen rücken demgegenüber Aktienbezugs- und -optionsprogramme, Wertrechte unterschiedlichster Art und andere anreizbasierte Instrumente sowie ihre rechtssichere Ausgestaltung in den Fokus der Rechtssuchenden.

Betriebsvereinbarungen und **Sozialpläne** bilden zentrale, unverzichtbare Bausteine im kollektiven Arbeitsrecht. Betriebsvereinbarungen und Sozialpläne sind komplexe Regelungswerke mit großer belegschaftsübergreifender Bedeutung. Mit Blick auf diesen Grundbefund will dieser Band unter anderem wertvolle, praktische Hinweise und Hand-

lungsempfehlungen für die Verhandlung von Interessenausgleichen und Sozialplänen als auch für in diesem Kontext erforderliche Einigungsstellen geben.

Der Band **Arbeits- und Sozialrecht in der Insolvenz** will vor allem rechtliche Orientierung und Hilfe in der Bewältigung von Krisen liefern. Gerade in der Krise ist ein Handeln der Verantwortlichen gefragt (Stichworte: gute Unternehmensführung und Compliance), das auf Haftungsvermeidung durch gesetzeskonformes Handeln bei gleichzeitig gesteigerten Sorgfalts-, Informations- und Handlungspflichten ausgerichtet ist. Arbeits- und Sozialrecht in der Insolvenz ist aus diesem Grund ein ebenfalls unverzichtbares Rüstzeug des auf Beratung von Unternehmen spezialisierten Arbeitsrechtlers.

Teilzeit und geringfügige Beschäftigung sind maßgebliche rechtliche Bausteine in einer Arbeitswelt 4.0 und besitzen eine hohe Bedeutung auf dem deutschen Arbeitsmarkt. Gerade die aktuell eingeführte Brückenteilzeit dient dazu, Diskriminierung, Teilzeitfallen und einer Geschlechterbenachteiligung mit tragfähigen rechtlichen Ansätzen entgegenzuwirken. Es geht um die Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Wertet man Teilzeit und geringfügige Beschäftigung mit Blick auf die Praxis als prekäre Beschäftigungsformen, wird einmal mehr deutlich, dass die Praxis gut umsetzbare, rechtssichere Lösungen braucht, um Arbeit in Teilzeit und Geringfügigkeit sozial und gesellschaftlich verantwortungsvoll durchführen zu können.

Die Herausgeber freuen sich, mit der Buchreihe „Das arbeitsrechtliche Mandat“ und ihren Einzelbänden das arbeitsrechtliche Schrifttum aus der Sicht des Praktikers zu bereichern. Lob, Kritik, Hinweise und Anregungen der Leser und der Benutzer sind allesamt erwünscht, um die Buchreihe in Zukunft weiterentwickeln und im Sinne der Zielgruppe verbessern zu können.

Köln im Juli 2019

*Prof. Dr. Martin Henssler/
Dr. Joachim Holthausen*

Vorwort

Das Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 1.1.2002 stellte eine Zäsur für die Gestaltung von Arbeitsverträgen dar. Bis zu diesem Zeitpunkt war die Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) geregelt, welches in seinem § 23 Abs. 1 vorsah, dass das AGBG auf Verträge auf dem Gebiet des Erbrechts, des Familienrechts, des Gesellschaftsrechts und eben auch des Arbeitsrechts nicht anzuwenden war.

Diese sog. Bereichsausnahme ist mit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002 entfallen. Die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ist seitdem in den §§ 305 ff. BGB geregelt, ohne dass Verträge auf dem Gebiet des Arbeitsrechts generell vom Anwendungsbereich dieser Normen ausgenommen werden (vgl. § 310 Abs. 4 BGB). Da es sich bei arbeitsvertraglichen Bestimmungen in aller Regel um vom Arbeitgeber gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, haben die §§ 305 ff. BGB seitdem herausragende Bedeutung.

Hinzu kommt, dass zudem neuere, veränderte Formen menschlicher Zusammenarbeit (Stichworte wie z.B. „New Work“, „Arbeit 4.0“, „Crowdworking“) einer anhaltenden – auch arbeitsrechtlichen Debatte – unterliegen und Bedarf an innovativen arbeitsvertraglichen Regelungen erzeugen. Auch hier steht der Vertragsgestalter weiter vor der großen Herausforderung, Regelungsvorschläge zu entwickeln, die innovative Arbeitsweisen in rechtskonformer Art und Weise ermöglichen.

Der vorliegende Band aus der Reihe „Das arbeitsrechtliche Mandat“ soll dem Praktiker bei der Gestaltung oder Überprüfung von arbeitsvertraglichen Regelungen ein praxisorientiertes, möglichst einfach zu handhabendes und zielstrebig zum Erfolg führendes Werkzeug an die Hand geben. Die nun vorliegende Zweitaufgabe berücksichtigt insoweit die jüngere Gesetzgebung – wie etwa die für die Vertragsgestaltung relevante, im Jahr 2022 in Kraft getretene Neufassung des Nachweisgesetzes – sowie die aktuelle Rechtsprechung. Es ergänzt sachlich die übrigen in der Reihe erscheinenden Bände zu einem die praxisrelevantesten Bereiche des Arbeitsrechts abdeckenden Gesamtwerk.

Autoren, Herausgeber und Verlag wünschen wiederum viel Freude und viel Erfolg bei der Arbeit mit der vorliegenden Zweitaufgabe. Wiederum gilt, dass Kritik und Anregungen herzlich willkommen sind, wenn Ihnen im täglichen Umgang mit dem Buch etwas auffallen sollte, was man verbessern könnte oder wenn sonstige Wünsche auftreten.

Frankfurt a.M., 30.9.2023

Dr. Henning Reitz
(Herausgeber)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur Buchreihe „Das arbeitsrechtliche Mandat“	5
Vorwort	9
Autoren	23
Musterverzeichnis	25
Literaturverzeichnis	29
Abkürzungsverzeichnis	35
§ 1 Praktische Hinweise zur Arbeitsvertragsgestaltung	43
A. Einführung	43
B. Bezeichnung des Vertrags – Der Arbeitsvertrag und seine Abgrenzung zu anderen Vertragsarten	43
I. Abgrenzung zum „freien“ Dienstvertrag	44
1. Charakteristische Merkmale des Arbeitsverhältnisses	45
2. Direktionsrecht des Arbeitgebers	45
3. Sonstige Abgrenzungsmerkmale	47
4. Vorrang der gelebten Praxis	48
II. Abgrenzung zum Werkvertrag	49
III. Abgrenzung zum Dienstvertrag des Organmitglieds	51
IV. Abgrenzung zum Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag	52
C. Form des Arbeitsvertrags	53
D. Vertragssprache	56
I. Verständlichkeit der Sprache	56
II. Einheitliche Verwendung von Begrifflichkeiten	57
III. Verwendung von Fremdsprachen	57
E. Rubrum des Vertrags	59
F. Formale Gestaltung und Struktur des Vertrags im Übrigen	60
I. Reihenfolge der Regelungen	60
II. Strukturierung des Vertragstextes	61
III. Drucktechnische Hervorhebungen	61
G. Gelegenheiten zur Aktualisierung des Vertrags im laufenden Arbeitsverhältnis	62
H. Hinweise zum Aufbau und zum weiteren Umgang mit diesem Buch	64
§ 2 AGB-Kontrolle	67
A. Einzug der AGB-Kontrolle in das Arbeitsrecht	67
B. Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle	68
I. Fragen des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. BGB	69

1. „Arbeitsverträge“ i.S.v. § 310 Abs. 4 BGB	69
2. Verträge mit Organmitgliedern	70
3. Verträge mit Auszubildenden und Praktikanten	71
4. Verträge mit arbeitnehmerähnlichen Personen	72
5. Gesamtzusage und Betriebliche Übung	72
6. Aufhebungs- und Abwicklungsverträge.	72
7. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen	74
a) Erfasste Vereinbarungen	74
b) Arbeitsvertragliche Inbezugnahme von Kollektivvereinbarungen	75
II. Geltung der §§ 305 ff. BGB in zeitlicher Hinsicht	76
III. Verträge zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Verbrauchervertrag?	76
1. Arbeitnehmer als „Verbraucher“	76
2. Arbeitgeber als „Unternehmer“	77
3. Arbeitnehmerähnliche Personen	78
4. Gesellschaftsrechtliche Organe als „Verbraucher“?	78
IV. Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen	79
1. Vertragsbedingungen	79
2. Vorformuliert	81
3. Für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt.	82
4. Vom Verwender gestellt	83
5. Nicht im Einzelnen ausgehandelt.	85
a) Aushandeln nur von Teilen des Vertrags.	85
b) Begriff des „Aushandelns“	86
C. Durchführung der AGB-Kontrolle	88
I. Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen bzw. vorformulierter Einmalbedingungen	89
II. Einbeziehung in den Vertrag.	89
1. Allgemeine Rechtsgeschäftslehre.	90
2. Nichtanwendbarkeit der § 305 Abs. 2 und Abs. 3 BGB.	90
III. Nichteinbeziehung überraschender Klauseln gem. § 305c BGB	91
1. Allgemeines	92
2. Praktische Beispiele	93
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	95
IV. Vorrang der Individualabrede	95
1. Begriff der Individualabrede.	95
2. Verhältnis der Individualabrede zu vorformulierten Einmalbedingungen	96
3. § 305b BGB als Kollisionsregel.	97
4. Kontrollmaßstab der vorrangigen Individualabrede	98

5. Schriftformklauseln und Vorrang der Individualvereinbarung	99
6. Prozessuales	100
V. Ermittlung des zu kontrollierenden Klauselinhalts durch	
Auslegung/Unklarheitenregel	100
1. Grundsätze der Auslegung	100
2. Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB	101
3. Kontrollfähigkeit der Regelung	103
a) Begriff der Rechtsvorschrift	103
b) Kontrollfreiheit deklaratorischer Klauseln	103
c) Kontrollfreiheit der Hauptleistungspflichten	104
d) Kontrollfähigkeit sog. Preisnebenabreden	106
e) Verbleibende Kontrollmöglichkeiten	107
VI. Inhaltskontrolle	107
1. Reihenfolge der Prüfung	107
2. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB)	108
3. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB)	109
4. Generalklausel des § 307 BGB	110
a) Benachteiligung des Vertragspartners	111
b) Unangemessenheit der Benachteiligung	111
aa) Gebote von Treu und Glauben als eigenständiger Prüfungs-	
punkt?	112
bb) Abwägung der Interessen der am Vertrag Beteiligten	112
(1) Generell-typisierende Betrachtungsweise	112
(2) Ermittlung der bestehenden Interessenlagen	113
(3) Beeinträchtigung von Interessen und deren Rechtfertigung	114
c) Erheblichkeit der Benachteiligung	115
d) Zweifelsfallregelung des § 307 Abs. 2 BGB	115
aa) Nichtvereinbarkeit mit gesetzlichen Grundgedanken	
(§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)	116
bb) Gefährdung des Vertragszwecks (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB)	117
e) Transparenzgebot	119
aa) Schutzzweck des Transparenzgebots	119
bb) Inhalt des Transparenzgebots	120
cc) Beispiele aus der bisherigen Rechtsprechung	121
f) Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung	122
VII. Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten	123
1. Zum Begriff der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“	123
2. „Angemessene“ Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten	126

VIII. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit einer Klausel	127
1. § 306 Abs. 1 BGB als Spezialregelung zu § 139 BGB	127
2. Von § 306 Abs. 1 BGB erfasste Fallgruppen	128
3. Wirksamkeit des Vertrags „im Übrigen“	128
4. Grundsatz der „personalen Teilunwirksamkeit“	130
5. Lückenschließung durch dispositives Gesetzesrecht (§ 306 Abs. 2 BGB) oder ergänzende Vertragsauslegung	131
6. Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	132
7. Gesamtunwirksamkeit bei Unzumutbarkeit (§ 306 Abs. 3 BGB)	133
IX. Umgehungsverbot des § 306a BGB	135
D. (Un-)Möglichkeit einer Verbandsklage im Arbeitsrecht	135
§ 3 Einzelne Vertragsklauseln	137
A. Regelungen zum Arbeitsinhalt	137
I. Tätigkeitsbezeichnung/Versetzungsklausel	137
1. Musterklausel	137
2. Grundlagen	137
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	138
II. Konzernversetzungsklausel	139
1. Musterklausel	140
2. Grundlagen	140
B. Regelungen zum Arbeitsort	141
I. Musterklausel	142
II. Grundlagen	142
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	143
C. Regelungen zur Arbeitszeit	144
I. Musterklausel	144
II. Grundlagen	144
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	146
1. Lage und Dauer der Arbeitszeit	146
2. Überstunden	146
3. Kurzarbeit	148
D. Vergütungsregelungen	149
I. Musterklausel	149
1. Außertarifliche Arbeitnehmer	149
2. Tarifliche Arbeitnehmer	150
II. Grundlagen	150
III. Vergütung und Abgeltung von Überstunden/Mehrarbeit	152
1. Außertarifliche Arbeitnehmer	153
a) Anspruch auf Vergütung von Überstunden	153

b) Art und Höhe der Vergütung von Überstunden	153
c) Abgeltungsklausel	154
2. Tariflicher Arbeitnehmer	156
E. Regelungen zur Flexibilisierung der Vergütung	156
I. Freiwilligkeitsvorbehalt	156
1. Pauschaler Freiwilligkeitsvorbehalt	156
a) Musterklausel	156
b) Grundlagen	156
c) Hinweise zur Vertragsgestaltung	157
aa) Inhaltskontrolle	157
bb) Transparenzanforderungen	158
2. Konkreter Freiwilligkeitsvorbehalt	159
II. Widerrufsvorbehalt	160
1. Musterklausel	160
2. Grundlagen	160
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	161
a) Inhaltskontrolle	161
b) Widerrufgrund, Transparenzanforderungen	161
c) Ausübungskontrolle	162
4. Sonderfall: Befristung von Vergütungsbestandteilen	162
III. Stichtags- und Rückzahlungsklausel	163
1. Musterklausel	163
a) Stichtagsklausel	163
b) Rückzahlungsklausel	164
2. Grundlagen	164
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	165
a) Sonderzahlung ohne Entgeltcharakter	165
b) Bindungsdauer	166
4. Angemessenheit	166
IV. Anrechnungsvorbehalt	167
1. Musterklausel	167
2. Hinweise zur Vertragsgestaltung	167
F. Dienstwagenüberlassung	168
I. Musterklausel	168
II. Grundlagen	169
1. Dienstwagenüberlassung auch zur privaten Nutzung	169
2. Überlassung nur zur dienstlichen Nutzung	169
3. Entziehung des Dienstwagens in Phasen ohne Arbeitsleistung	170
4. Haftung bei Unfällen	171

III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	172
IV. Alternative Regelungsvorschläge	174
G. Bezugnahme Klauseln	174
I. Musterklausel	174
II. Grundlagen	175
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	176
1. Große dynamische Bezugnahme und Tarifwechselklausel	177
2. Auswirkungen des Wegfalls der normativen Tarifbindung des Arbeitgebers	177
3. Auswirkungen eines Betriebsübergangs	178
IV. Alternativer Regelungsvorschlag	178
H. Öffnung für Betriebsvereinbarungen	179
I. Musterklausel	179
II. Grundlagen	179
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	180
IV. Alternativer Regelungsvorschlag	182
I. Urlaub	182
I. Musterklausel	182
II. Grundlagen	183
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	184
1. Umfang des Urlaubsanspruchs	184
2. Urlaubsgewährung und Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers	186
3. Übertragung des Urlaubsanspruchs	189
4. Abweichende Regelungen zum übergesetzlichen Urlaubsanspruch .	189
IV. Alternativer Regelungsvorschlag	190
J. Arbeitsverhinderung – Anzeige- und Nachweispflichten	190
I. Musterklausel	190
II. Grundlagen	191
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	192
1. Anzeige der Arbeitsverhinderung	192
2. Erweiterte Informationspflicht des Arbeitnehmers	192
3. Feststellungs- bzw. Vorlage- und Nachweispflichten	193
4. Pflicht zur Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung bei Auslandsaufenthalt	194
5. Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit.	195
IV. Alternativer Regelungsvorschlag	195
K. Behandlung und Herausgabe von Unternehmenseigentum	196
I. Musterklausel	196
II. Grundlagen	196
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	197

L. Verschwiegenheitsklauseln/Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	198
I. Musterklausel	198
II. Grundlagen	199
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	200
1. Allgemeine Pflicht zu Verschwiegenheit und Geheimnisschutz (Abs. 1).	201
2. Konkrete Definition von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (Abs. 2).	202
3. Sonstiges (Abs. 3 und 4)	203
M. Nebentätigkeitsverbote	204
I. Musterklausel	204
II. Grundlagen	204
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	206
1. Grundkonzeption: Anzeigepflicht und Zustimmungsvorbehalt	206
2. Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich	207
3. Sachgrund für Zustimmungserteilung	207
4. Widerruf	208
IV. Alternative Regelungsvorschläge	208
N. Vertragsstrafen	209
I. Musterklausel	209
II. Grundlagen	210
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	211
1. Form: Eigene Überschrift und Fettdruck (§ 305c BGB)?	212
2. Definition der vertragsstrafenbewährten Pflichtverletzungen	212
3. Höhe der Vertragsstrafe	213
IV. Alternative Regelungsvorschläge	213
O. Wettbewerbsverbote	214
I. Einführung	214
II. Vertragliches Wettbewerbsverbot	215
1. Musterklausel	215
2. Grundlagen	216
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	218
a) Anwendungsbereich (Abs. 1 und 2)	218
b) Vertragsstrafe	219
4. Alternative Regelungsvorschläge	220
III. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	220
1. Musterklausel	220
2. Grundlagen	221
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	223

a)	Form, § 74 Abs. 1 HGB	223
b)	Weiter Umfang (Abs. 1): Geltungserhaltende Reduktion gem. § 74a Abs. 1 HGB	223
c)	Karenzentschädigung (Abs. 2)	224
d)	Vertragsstrafe (Abs. 3)	224
e)	Ausnahme: Ausscheiden im Rentenalter	225
IV.	Alternative Regelungsvorschläge	225
P.	Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge	226
I.	Musterklausel	226
II.	Grundlagen	227
III.	Hinweise zur Vertragsgestaltung	229
1.	Weitgehend zwingende Geltung des ArbNErfG	229
2.	Geltungsbereich des ArbNErfG	229
3.	Diensterfindungen	230
4.	Erfindungsmeldung	230
5.	Inanspruchnahme	231
6.	Vergütung	231
IV.	Alternative Regelungsvorschläge	232
V.	Anlagen zum Muster	236
Q.	Urheberrechte und Rechte an verwandten Schutzrechten	240
I.	Musterklausel	240
II.	Grundlagen	242
III.	Hinweise zur Vertragsgestaltung	244
1.	Grundsätzliche Rechtszuordnung und Begriffsbestimmungen	244
2.	Rechtsübertragung	244
3.	Einzelne Nutzungsarten, Änderungen und Übertragungen	244
4.	Schutzrechtsanmeldungen	245
5.	Mitwirkungsverpflichtungen	245
6.	Vergütung	246
7.	Urheberpersönlichkeitsrechte	246
IV.	Alternative Regelungsvorschläge	246
R.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses	247
I.	Musterklausel	247
II.	Grundlagen	248
III.	Hinweise zur Vertragsgestaltung	249
1.	Dauer des Arbeitsverhältnisses	249
2.	Keine Kündigung vor Arbeitsantritt	249
3.	Probezeit	249
4.	Ordentliche Kündigung und Kündigungsfristen	250
5.	Außerordentliche Kündigung	251

6. Schriftform	251
7. Freistellung	251
8. Altersgrenze.	252
IV. Alternative Regelungsvorschläge	253
1. Zeitliche Befristung.	253
2. Zweckbefristung.	254
3. Zeitliche und Zweckbefristung.	255
4. Bezug einer Rente wegen vollständiger Erwerbsminderung	256
5. Belehrung über sozialversicherungsrechtliche Folgen	257
S. Schriftformklauseln	258
I. Musterklausel.	258
II. Grundlagen	258
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung.	260
1. Schriftformklausel und Vorrang der Individualabrede (§ 305b BGB)	260
2. Unwirksamkeit wegen Irreführung des Vertragspartners?.	260
3. Verhinderung betrieblicher Übung	261
4. Schriftformklauseln außerhalb von AGB	262
IV. Alternative Regelungsvorschläge	262
T. Ausschlussfristen	263
I. Musterklausel.	263
II. Grundlagen	263
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung.	264
1. Zulässige Dauer der Ausschlussfrist	265
2. Beginn der Ausschlussfrist	265
3. Form der Geltendmachung	265
4. Reichweite von Ausschlussfristen.	266
5. Hinweis auf Rechtsfolge der Ausschlussfrist	271
6. Nur einseitig wirkende Ausschlussfrist.	271
IV. Alternative Regelungsvorschläge	271
U. Vollständigkeitsklauseln	272
I. Musterklausel.	272
II. Grundlagen	272
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung.	272
V. Aufrechnungsverbote	273
I. Musterklausel.	273
II. Grundlagen	273
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung.	275
W. Regelungen zur Abtretung von Ansprüchen	276
I. Musterklausel.	276
II. Grundlagen	276

III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	277
IV. Alternative Regelungsvorschläge	278
X. Mediationsklausel	280
I. Musterklausel	280
II. Grundlagen	281
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	285
1. Vertragstypen	285
2. Unwirksamkeit wegen AGB-Verstoß?	286
Y. Gerichtsstandsregelungen und Rechtswahl	286
I. Musterklausel	286
II. Grundlagen	286
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	287
IV. Regelungen zur Frage des anwendbaren Rechts	289
Z. Salvatorische Klauseln	291
I. Musterklausel	291
II. Grundlagen	291
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	292
1. Salvatorische Klauseln in AGB	292
2. Salvatorische Klauseln in Individualverträgen	294
IV. Alternative Regelungsvorschläge	295
§ 4 Arbeitsvertragsgestaltung im „Arbeitsrecht 4.0“	297
A. Einführung	297
B. Flexibilisierung des Arbeitsorts	299
I. Home-Office Vereinbarung	299
1. Musterklausel	299
2. Grundlagen	301
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	302
a) Arbeitsort	303
b) Arbeitszeit	305
II. Mobile-Office-Vereinbarung	307
1. Musterklausel	307
2. Grundlagen	309
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	310
a) Arbeitsort	310
b) Arbeitszeit	311
C. Flexibilisierung der Arbeitszeit	311
1. Flexibilisierung der Dauer der Arbeitszeit	312
a) Arbeit auf Abruf	312
aa) Musterklausel	312
bb) Grundlagen	313

cc) Hinweise zur Vertragsgestaltung	313
b) Befristete Arbeitszeiterhöhungen	316
aa) Musterklausel	316
bb) Hinweise zur Vertragsgestaltung	316
c) Widerrufsvorbehalte	318
aa) Musterklausel	318
bb) Hinweise zur Vertragsgestaltung	318
d) Rahmenverträge	319
aa) Musterklausel	319
bb) Hinweise zur Vertragsgestaltung	319
e) Nullstundenverträge.	320
aa) Musterklausel	321
bb) Hinweise zur Vertragsgestaltung	321
2. Flexibilisierung der Lage der Arbeitszeit	323
a) Vertrauensarbeitszeit	323
aa) Musterklausel	323
bb) Hinweise zur Vertragsgestaltung	324
b) KAPOVAZ-Abrede	325
aa) Musterklausel	325
bb) Grundlagen	325
cc) Hinweise zur Vertragsgestaltung	326
c) Arbeitszeitkonten	327
aa) Musterklausel	327
bb) Grundlagen	328
cc) Hinweise zur Vertragsgestaltung	330
D. Steuerung des Weisungsrechts	331
1. Agiles Arbeiten – Verzicht auf Weisungsrecht	331
a) Musterklausel.	331
b) Grundlagen	331
c) Hinweise zur Vertragsgestaltung	332
2. Matrixklauseln	333
a) Musterklausel.	333
b) Grundlagen	333
c) Hinweise zur Vertragsgestaltung	334
§ 5 Das Nachweisgesetz	337
A. Einführung	337
B. Formale Gestaltungsmöglichkeiten und Schriftform	337
C. Anwendungsbereich	339
I. Persönlicher Anwendungsbereich	339
II. Sachlicher Anwendungsbereich	340

D. Nachweistatbestände des § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–15 NachwG	340
I. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 NachwG – Name, Anschrift und Beginn des Arbeitsverhältnisses	340
II. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NachwG – Enddatum des Arbeitsverhältnisses . . .	341
III. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 NachwG – Arbeitsort	342
IV. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 NachwG – Beschreibung der zu leistenden Tätigkeit	343
V. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 NachwG – Dauer der Probezeit	344
VI. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 NachwG– Arbeitsentgelt	344
VII. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 NachwG – Arbeitszeit	346
VIII. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 NachwG – Arbeit auf Abruf	347
IX. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 NachwG – Anordnung von Überstunden	348
X. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 11 NachwG – Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs	348
XI. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 12 NachwG – Fortbildung	349
XII. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 13 NachwG – Betriebliche Altersversorgung	350
XIII. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 14 NachwG – Bei Kündigung einzuhaltendes Verfahren	350
1. Schriftformerfordernis	350
2. Kündigungsfrist	351
3. Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage	352
4. Hinweise zum weiteren Verfahren	354
XIX. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 15 NachwG – Hinweis auf anwendbare Tarif-, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen	356
E. Ersetzungsmöglichkeit des § 2 Abs. 4 NachwG	357
F. Fristen	358
G. Änderung von Angaben	358
H. Übergangsvorschriften	359
I. Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Nachweispflicht	359
§ 6 Anhang Vertragsmuster	361
A. Unbefristeter Arbeitsvertrag ohne Tarifbindung	361
B. Unbefristeter Arbeitsvertrag mit Tarifbindung	372
C. Befristeter Arbeitsvertrag ohne Tarifbindung	380
D. Zweckbefristeter Arbeitsvertrag mit Tarifbindung	390
E. Unbefristeter Arbeitsvertrag ohne Tarifbindung in englischer Sprache . . .	398
F. Muster für eine Niederschrift im Sinne des NachweisG	408
Stichwortverzeichnis	417
Benutzerhinweise für den Download	427

Autoren

1. Dr. Henning Reitz

Rechtsanwalt und Partner bei JUSTEM Rechtsanwälte, Frankfurt a.M. Herausgeber des Werks

2. Dr. Michael Heinrich

Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Gründungspartner der Kanzlei HEINRICH PARTNER RECHTSANWÄLTE, Frankfurt a.M.

3. Dr. Daniel Klösel

Rechtsanwalt und Associated Partner bei JUSTEM Rechtsanwälte, Frankfurt a.M.

4. Dr. Thilo Mahnhold

Rechtsanwalt und Fachanwalt Arbeitsrecht, JUSTEM Rechtsanwälte, Frankfurt a.M.

5. Patrizia Post

Rechtsanwältin, JUSTEM Rechtsanwälte, Frankfurt a.M.

6. Merle Schimanke

Rechtsanwältin, JUSTEM Rechtsanwälte, Frankfurt a.M.

7. Dr. Claudia Schramm, LL.M. Eur.

Rechtsanwältin, JUSTEM Rechtsanwälte, Frankfurt a.M.

8. Dr. Julia Schweitzer

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht und Wirtschaftsmediatorin (IHK), Partnerin bei Bryan Cave Leighton Paisner, Frankfurt a.M.

Musterverzeichnis

§ 3 Einzelne Vertragsklauseln

3.1	Tätigkeitsbezeichnung	137
3.2	Konzernversetzungsklausel	140
3.3	Arbeitsort	142
3.4	Arbeitszeit	144
3.5	Vergütung außertariflicher Mitarbeiter	149
3.6	Vergütung tariflicher Mitarbeiter	150
3.7	Freiwilligkeitsvorbehalt	156
3.8	Konkreter Freiwilligkeitsvorbehalt	159
3.9	Widerrufsvorbehalt	160
3.10	Stichtagsklausel	163
3.11	Rückzahlungsklausel	164
3.12	Anrechnungsvorbehalt	167
3.13	Dienstwagen	168
3.14	Dienstwagen	174
3.15	Einbezug tariflicher Regelungen	174
3.16	Einbezug tariflicher Regelungen	178
3.17	Öffnung für Betriebsvereinbarungen	179
3.18	Öffnung für Betriebsvereinbarungen	182
3.19	Urlaub	182
3.20	Urlaub	190
3.21	Arbeitsverhinderung, Anzeige- und Nachweispflichten	190
3.22	Arbeitsverhinderung	195
3.23	Umgang mit Arbeitsmitteln und Unterlagen/Herausgabepflichten	196
3.24	Privatnutzung des Dienstwagens	198
3.25	Verschwiegenheit/Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	198
3.26	Nebentätigkeit	204
3.27	Vertragsstrafe	209

3.28	Wettbewerbsverbot	215
3.29	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	220
3.30	Alternativen	225
3.31	Alternativen	226
3.32	Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge	226
3.33	Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge	232
3.34	Anlage 1 „Meldung einer Dienstleistungserfindung“	236
3.35	Anlage 2 „Eingangsbestätigung zur Erfindungsmeldung“	236
3.36	Anlage 3 „Beanstandung der Erfindungsmeldung“	237
3.37	Anlage 4 „Mitteilung einer freien Erfindung“	237
3.38	Anlage 5 „Erklärung der unbeschränkten Inanspruchnahme“	238
3.39	Anlage 6 „Erklärung der beschränkten Inanspruchnahme“	238
3.40	Anlage 7 „Freigabe einer Dienstleistungserfindung“	239
3.41	Anlage 8 „Vergütungsvereinbarung“	239
3.42	Anlage 9 „Mitteilung Aufgabe“	240
3.43	Urheberrechte und Rechte an verwandten Schutzrechten	240
3.44	Urheberrechte und Rechte an verwandten Schutzrechten	246
3.45	Dauer, Probezeit, Beendigung und Ruhen des Arbeitsverhältnisses	247
3.46	Zeitliche Befristung	253
3.47	Zweckbefristung	254
3.48	Zeitliche und Zweckbefristung	255
3.49	Beendigung bzw. Ruhen des Arbeitsverhältnisses wegen vollständiger Erwerbsminderung	256
3.50	Belehrung über sozialversicherungsrechtliche Folgen/Hinweis nach §§ 38, 138 SGB III	257
3.51	Schriftform	258
3.52	Schriftform	262
3.53	Ausschlussfristen	263
3.54	Ausschlussfrist	271
3.55	Vollständigkeitsklausel	272
3.56	Aufrechnungsverbot	273

3.57	Abtretungsverbot	276
3.58	Eingeschränktes Abtretungsverbot	278
3.59	Schuldrechtliches Abtretungsverbot	279
3.60	Kostentragung bei Abtretung, Verpfändung und Pfändung	279
3.61	Mediation	280
3.62	Gerichtsstand	286
3.63	Anwendbares Recht und Gerichtsstand	289
3.64	Salvatorische Klausel	291
3.65	Salvatorische Klausel	295
3.66	Salvatorische Klausel	295

§ 4 Arbeitsvertragsgestaltung im „Arbeitsrecht 4.0“

4.1	Home-Office-Vereinbarung	299
4.2	Mobile-Office-Vereinbarung	307
4.3	Arbeit auf Abruf	312
4.4	Befristete Arbeitszeiterhöhung	316
4.5	Widerrufsvorbehalt	318
4.6	Rahmenvertrag	319
4.7	Nullstundenverträge	321
4.8	Vertrauensarbeitszeit	323
4.9	KAPOVAZ-Abrede	325
4.10	Arbeitszeitkonto	327
4.11	Weisungsrecht/Agiles Arbeiten	331
4.12	Matrixklausel	333

§ 6 Anhang Vertragsmuster

6.1	Unbefristeter Arbeitsvertrag ohne Tarifbindung	362
6.2	Unbefristeter Arbeitsvertrag mit Tarifbindung	373
6.3	Befristeter Arbeitsvertrag ohne Tarifbindung	380
6.4	Zweckbefristeter Arbeitsvertrag mit Tarifbindung	390
6.5	Unbefristeter Arbeitsvertrag ohne Tarifbindung in englischer Sprache	399
6.6	Nachweis im Sinne des neuen Nachweisgesetzes	409

Literaturverzeichnis

- Antomo*, Aufwind für internationale Gerichtsstandsvereinbarungen – Inkrafttreten des Haager Übereinkommens, NJW 2015, S. 2919 ff
- Arnold/Krieger/Zeh*, Betriebsvereinbarungsoffene Arbeitsverträge – Gestaltungsmöglichkeiten und Grenzen in der Praxis, NZA 2020, 81
- Anscheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021
- Bauer/Arnold*, AGB-Kontrolle von Vorstandsverträgen, ZIP 2006, 2337
- Bauer/Arnold/Willemsen*, Überstunden und ihre Tücken, DB 2012, 1986
- Bauer/Diller*, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote: Änderungen durch die Schuldrechtsreform, NJW 2002, 1609
- Bauer/Günther*, Ungelöste Probleme bei Einführung von Kurzarbeit, BB 2009, 662
- Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann*, Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht, 7. Auflage 2021
- Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Auflage 2019
- Bayreuther*, Rechtsfragen des Mindestlohns in der betrieblichen und anwaltlichen Praxis – ein Update, NZA 2015, 385
- Bayreuther*, Mehr Flexibilität hinsichtlich des Arbeitsumfangs?, NZA-Beil 2018, 103
- Bayreuther*, Freiwilligkeitsvorbehalte: Zulässig, aber überflüssig?, BB 2009, 102
- Bieder*, Der Nullstundenvertrag – zulässiges Flexibilisierungsinstrument oder Wegbereiter für ein modernes Tagelöhnerium?, RdA 2015, 388
- Bissels/Haag*, Rückzahlung von Fortbildungskosten und pauschale Abgeltung von Überstunden – Aktuelle Rechtsprechung, ArbRAktuell 2011, 83
- Boecken/Joussen*, Teilzeit und Befristungsgesetz (NomosKomm), 6. Auflage 2019
- Boemke*, Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 2018, 1
- Commandeur/Kleinebrink*, Der Status des Geschäftsführers als Arbeitnehmer – Geschäftsführer als Subjekt unionsrechtlicher Vorschriften, NZA-RR 2017, 449
- Clemenz/Kreft/Krause*, AGB-Arbeitsrecht, 3. Auflage 2023
- Däuber/Deinert/Walser*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: AGB im Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021
- Dendorfer/Krebs*, KonfliktDynamik 2012, 215
- Dornis*, Der Schutz künstlicher Kreativität im Immaterialgüterrecht, GRUR 2019, 1252

- Duve/Eidenmüller/Hacke/Fries*, Mediation in der Wirtschaft, 3. Auflage 2019
- Erman*, BGB Handkommentar, 16. Auflage 2020
- Fisher/Ury/Patton*, Getting to YES – Negotiation Agreement without giving in, 2. Auflage, New York 1991
- Forst*, Null-Stunden-Verträge, NZA 2014, 998
- Fuhlrott*, Anforderungen an die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen, NZA 2016, 1000
- Gaul/Breuer*, Nach der Krise: Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Aufhebungsvertrag, NZA-Beilage 2021, 29 ff.
- Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Auflage 2016
- Grobys/Panzer-Heemeier*, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Auflage 2017
- Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 82. Auflage 2023
- Günther*, Verrechnung von Minusstunden auf einem Arbeitszeitkonto mit Arbeitsentgelt, ArbRAktuell 2011, 299
- Günther/Böglmüller*, Digital Leadership – Mitarbeiterführung in der Arbeitswelt 4.0, NZA 2017, 546
- Günther/Böglmüller*, Einführung agiler Arbeitsmethoden – was ist arbeitsrechtlich zu beachten? (Teil 1), NZA 2019, 273
- Günther/Pfister*, Arbeitsverträge mit internationalen Bezügen – Teil 1: Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarungen, ArbRAktuell 2014, 215
- Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 3. Auflage 2016
- Hahn*, Telearbeit und Home-Office im öffentlichen Dienst, öAT 2018, 202
- Hanau/Hoff*, Annahmeverzug bei flexibler Arbeitszeit, insbesondere bei Arbeitszeitkonten, NZA 2015, 1169
- Henssler*, Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform, RdA 2002, 129
- Henssler*, Mindestlohn und Tarifrecht, RdA 2015, 43
- Henssler/Grau*, Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, 3. Auflage 2022
- Henssler/Moll*, AGB-Kontrolle vorformulierter Arbeitsbedingungen, 2. Auflage 2020
- Hohenstatt/Schramm*, Neue Gestaltungsmöglichkeiten zur Flexibilisierung der Arbeitszeit, NZA 2007, 238
- Hromadka/Schmitt-Rolfes*, Die ABG-Rechtsprechung des BAG zu Tätigkeit, Entgelt und Arbeitszeit, NJW 2007, 1777

- Hümmerich/Lücke/Mauer*, Arbeitsrecht, 10. Auflage 2022
- Hümmerich/Reufels*, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 5. Auflage 2022
- Hunold*, Die Rechtsprechung zur Mitbestimmung des Betriebsrates bei Versetzungen, NZA-RR 2001, 617
- Hunold*, Rechtsprechung zur Nebentätigkeit des Arbeitnehmers, NZA-RR 2002, 505
- Isenhardt*, Homeoffice: Einrichtung und Ausgestaltung, DB 2016, 1499
- Joppich/u.a.*, Beck'sches Formularbuch Arbeitsrecht, 4. Auflage. 2022
- Kähler*, Aushandlung von AGB-Klauseln aufgrund begründeten Verhandlungsverzichts, BB 2015, 450 ff.
- Kamann*, Arbeitsvertragliche Gestaltung von Telearbeitsverträgen, ArbRAktuell 2016, 75
- Kelber/Zeißig*, Das Schicksal der Gegenleistung bei Reduzierung der Leistung nach dem TzBfG, NZA 2001, 575 ff
- Kiel/Lunk/Oetker*, Münchener Handbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage 2020
- Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold*, Contractor Compliance, 2016
- Kort*, Matrix-Strukturen und Betriebsverfassungsrecht, NZA 2013, 1318
- Krause*, Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0, NZA-Beilage 2017, 53
- Leder/Scheuermann*, Schriftformklauseln in Arbeitsverträgen – das Ende einer betrieblichen Übung?, NZA 2008, 1222
- Lembke*, Der Mindestlohnanspruch – Erste Rechtsprechung zum Mindestlohngesetz, NZA 2017, 3617
- Leuering/Rubner*, Das Wettbewerbsverbot des GmbH-Geschäftsführers, NJW-Spezial 2020, 719
- Lindemann*, Flexibilisierung der Arbeitszeit und ihre Grenzen, ArbRAktuell 2013, 561
- Lingemann*, Strenge Schriftform für Arbeitsverträge durch die Hintertür!, NZA 2018, 889
- Lingemann/Kiecza*, Rückzahlungsvereinbarungen bei Fortbildungskosten, ArbRAktuell 2009, 156
- Lingemann/Otte*, Der neue § 309 Nr. 13 BGB – Das Ende des schriftlichen Geltendmachens arbeitsvertraglicher Ausschlussfristen, NZA 2016, 519
- Löw*, Rückforderung ausgezahlter Vergütung – Ausgestaltung und Durchsetzbarkeit von Clawback-Regelungen in Deutschland und Großbritannien, NZA 2017, 1365
- Löwisch*, Mediation arbeitsrechtlicher Regelungsstreitigkeiten, BB 2012, 3073

- Lunk/Leder*, Der Arbeitsvertrag – Einzelne Vertragsklauseln, NJW 2015, 2474
- Lunk/Leder*, Der Arbeitsvertrag – Einzelne Vertragsklauseln, NJW 2015, 3766
- Maschmann*, Total Compensation, Handbuch der Entgeltgestaltung, 2. Auflage 2019
- Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 3. Auflage 2020
- Maschmann*, Das Weisungsrecht im Matrix-Konzern, NZA 2017, 1557
- Mengel*, Compliance und Arbeitsrecht, 2. Auflage 2023
- Mestwerdt*, Feinjustierung oder Neuausrichtung? – Aktuelle Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur vertraglichen Ausgestaltung von Sonderzahlungen, ArbRAktuell 2012, 547
- Moll*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021
- Mückl/Butz*, Fremdsprache als arbeitsrechtliches Risiko, ArbRAktuell 2013, 34
- Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 3. Auflage 2021
- Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage 2023
- Neufeld/Michels*, Arbeitsrechtliche Fragen des Einsatzes von Arbeitnehmern in Matrixstrukturen, KSzW 2012, 49
- Nistler*, Die Mediation, JuS 2010, 687
- Noack/Servatius/Haas*, GmbHG, 23. Auflage 2022
- Oberthür*, Die Arbeitssicherheit im Mobile Office, NZA 2013, 246
- Oetker*, Handelsgesetzbuch, 7. Auflage 2021
- Oetker/Preis/Rieble*, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004
- Olbrisch*, Mediation im Betrieb, AiB 2008, 577
- Pfrogner*, Flexible Arbeitszeiten in der Industrie 4.0, BB 2018, 500
- Pfrogner*, Flexibilisierung und Risikominimierung durch Ermessensbonus, BB 2018, 757
- Preis/Sagan*, Der Freiwilligkeitsvorbehalt im Fadenkreuz der Rechtsgeschäftslehre, NZA 2012, 697
- Preis*, Der Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2020
- Raif/Nann*, Arbeitsrecht 4.0 – Möglichkeiten und Hürden in der digitalen Arbeitswelt, GWR 2016, 221
- Reim*, Wirksamkeit von Vertragsklauseln in Formulararbeitsverträgen, JuS 2006, 120
- Reinhardt-Kasperek/Denninger*, Kein Lohn für geleistete Überstunden? – Ein ausgewählter Rechtsprechungsüberblick mit Hinweisen für die Praxis, BB 2019, 116

- Richardi*, Gestaltung der Arbeitsverträge durch allgemeine Geschäftsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1057
- Richter*, Flexibilisierung der Arbeitszeit durch Arbeitszeitkonten – Möglichkeiten und Grenzen, ArbRAktuell 2018, 241
- Rieble*, Festschrift für Manfred Löwisch, 2007
- Rieble/Melle*, MindestlohnAussetzer für Bau, Dachdecker und Gebäudereiniger, NZA 2018, 273
- Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching*, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 68. Edition 2023
- Salamon*, Einseitige Leistungsbestimmungsrechte bei variablen Entgelten, NZA 2014, 465
- Salamon/Hoppe/Rogge*, Überstunden im Fokus der jüngeren Rechtsprechung, BB 2013, 1720
- Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 19. Auflage 2021
- Schaub/Schrader/Straube/Vogelsang*, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 14. Auflage 2021
- Schmitt*, Entgeltfortzahlungsgesetz, 9. Auflage 2023
- Scholtyssek/Judis/Krause*, Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz – Risiken, Chancen und konkreter Handlungsbedarf für Unternehmen, CCZ 2020, 23
- Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 6. Auflage 2020
- Stagat*, Risiken und Nebenwirkungen von Geschäftsführer-Anstellungsverträgen, NZA-RR 2011, 617
- Steffan*, Arbeitsrecht auf dem Weg zu 4.0, NZA 2015, 1409
- Stoffels*, Die Abänderung mehrerer Arbeitsbedingungen durch Änderungskündigung, NZA 2016, 581
- Stoffels*, Neues zu Widerrufsvorbehalten in Arbeitsverträgen, NZA 2017, 1217
- Temming*, Anerkennung und Grenzen eines konzerndimensionalen Kündigungsschutzes, RdA 2018, 84
- Thüsing*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2007
- Thüsing/Hütter-Bruns*, Crowdworking: Lenkung statt Weisung – Was macht den Arbeitnehmer zum Arbeitnehmer?, NZA-RR 2022, 231 ff.
- Tödtmann/von Erdmann*, Unwirksamkeit von Koppelungsklauseln in Vorstandsverträgen nach § 307 BGB, NZG 2022, 3 ff.

Vollmer, Das revidierte Luganer Übereinkommen insbesondere im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz, jM 2018, 266 ff.

Waltermann, Crowdworking – Arbeitsverhältnis ohne Arbeitspflicht, NJW 2022, 1129 ff.

Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 6. Auflage 2022

Abkürzungsverzeichnis

A

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
A/P/S	Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht (Kommentar)
AR	AR – Arbeitsrecht, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht
ArbG	Arbeitsgesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbnErfG	Arbeitnehmererfindungsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbRB	Arbeits-Rechts-Berater (Zeitschrift)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AT-Mitarbeiter	Außertarifliche Mitarbeiter
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

B

BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BeckOK Arbeitsrecht	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	beck-online.RECHTSPRECHUNG

BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Bzw.	beziehungsweise

D

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d.h.	das heißt

E

EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einf.	Einführung
EntgFG	Entgeltfortzahlungsgesetz
ErfK	Erfurter Kommentar
EstG	Einkommensteuergesetz
Etc.	et cetera = „und die übrigen [Dinge]“
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EUR	Euro

F

f.	folgende
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift

G

GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GenG	Genossenschaftsgesetz
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
Ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung x
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift) x
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

H

h.A.	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
HGÜ	Haager Übereinkommen über Gerichtsstandvereinbarungen
h.M.	herrschende Meinung
HR	Human Resources
HS	Halbsatz

I

i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
IT	Informationstechnik
i.V.m.	in Verbindung mit

J

jM	juris – Die Monatszeitschrift
JuS	Juristische Schulung

K

KAPOVAZ	Kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht

L

LAG	Landesarbeitsgericht
LugÜ	Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

M

MAH ArbR	Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Moll
MaSiG	Maschmann/Sieg/Göpfert, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht
m.a.W.	mit anderen Worten
MediationsG	Mediationsgesetz

MiLoG	Mindestlohngesetz
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur ZPO
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

N

NachwG	Nachweisgesetz
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift – Spezial
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (Zeitschrift)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht – Rechtsprechungs-Report

O

öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OLG	Oberlandesgericht

P

PatG	Patentgesetz
PflegeArbbV	Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche

R

RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdn	Randnummer (buchinterner Verweis)

Rn	Randnummer (externer Verweis)
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rspr.	Rechtsprechung

S

S.	Satz/Seite, siehe
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt/e/er/es
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
Str.	strittig

T

TVG	Tarifvertragsgesetz
TV MobA	Tarifvertrag zum Mobilien Arbeiten
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz

U

u.a.	unter anderem
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
UrhG	Urhebergesetz
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

V

v.	vom/von/vor
vgl.	vergleiche

VO	Verordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

Z

z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

§ 1 Praktische Hinweise zur Arbeitsvertragsgestaltung

Dr. Henning Reitz

A. Einführung

Im Rahmen des ersten Kapitels dieses Buchs werden zunächst einige allgemeine Anmerkungen zur Gestaltung von Arbeitsverträgen gemacht, der Arbeitsvertrag zu verwandten Vertragsverhältnissen abgegrenzt und einige generelle Tipps zur Vertragsgestaltung gegeben. Einige der Hinweise und Vorschläge mögen dabei gar banal klingen. Die Praxis zeigt jedoch immer wieder, dass auch solche banal klingenden Empfehlungen – wie z.B. der dringende Rat, Begriffe in einem Vertrag stets einheitlich zu verwenden – oftmals nicht befolgt werden und gerade hierdurch Zweifel an der Transparenz und der Wirksamkeit vertraglicher Regelungen geweckt oder (vor allem für den Gestalter des Vertrags) unangenehme Auslegungsfragen hervorgerufen werden.

1

B. Bezeichnung des Vertrags – Der Arbeitsvertrag und seine Abgrenzung zu anderen Vertragsarten

Wie bereits die systematische Einordnung von speziell auf das Arbeitsverhältnis bezogenen Normen wie §§ 611a, 612a, 613a, 619a, 620 Abs. 3, 622, 623 BGB deutlich zeigt, ist der Arbeitsvertrag eine **Unterform des Dienstvertrages**. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich in diesem Vertrag zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung gegen Zahlung eines diese Arbeitsleistung honorierenden Entgelts. Arbeitnehmer – und damit Vertragspartner des Arbeitgebers in einem Arbeitsverhältnis – war bereits vor Inkrafttreten des § 611a BGB nach ständiger Rechtsprechung des BAG derjenige, der „**aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet**“ ist.¹ Entsprechend bringt die nunmehr seit April 2017 in § 611a BGB enthaltene Legaldefinition des Arbeitsverhältnisses ebenfalls zum Ausdruck, dass das Wesen des Arbeitsverhältnisses darin besteht, dass sich der Arbeitnehmer als Schuldner der Arbeitsleistung durch diesen Vertrag „im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit“ verpflichtet.²

2

1 BAG v. 31.7.2014 – 2 AZR 422/13 m.w.N.; ErfK/Preis, § 611a Rn 8 ff.; Grüneberg/Weidenkaff, Einf. v. § 611 BGB Rn 7 ff.; zum Arbeitnehmerbegriff siehe auch umfassend Henssler/Grau/Henssler, § 2 Rn 14 ff.

2 ErfK/Preis, § 611a Rn 8 ff.

Es lohnt, sich diese Beschreibung der typischen und notwendigen Kennzeichen eines Arbeitsverhältnisses vor und bei der Vertragsgestaltung immer wieder vor Augen zu führen. So ist es etwa zu Beginn des Gestaltungsvorgangs unerlässlich, zumindest für einen Moment innezuhalten und sich kontrollierend mit der Frage zu befassen, ob aus Sicht der Parteien wirklich eine Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses sinnvoll und gewollt ist oder ob nicht etwa eine andere rechtliche Form der Leistungserbringung – wie beispielsweise im Rahmen einer freien Mitarbeit – eher den Interessen einer oder gar beider Parteien entspricht.

- 3 Ist eine weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit gewollt und entspricht damit der **Abschluss eines Arbeitsvertrags dem Parteiinteresse**, so sollte selbstverständlich der Vertrag auch eindeutig als solcher bezeichnet und beschrieben werden. Auch wenn eine etwaige Falschbezeichnung des Vertrags die wahre rechtliche Natur einer Beschäftigung im Zweifel nicht zu ändern vermag und insoweit meist „unschädlich“ bleiben wird,³ zeichnet sich ein gut gestalteter Vertrag doch dadurch aus, dass er die **rechtlich korrekte Überschrift** trägt und damit eine zutreffende Beschreibung des in ihm geregelten Rechtsverhältnisses beinhaltet.

Durch die oben zitierte Definition des **privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses** wird dieses zum einen von **öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen** wie insbesondere dem Beamtenverhältnis abgegrenzt.⁴ Praxisrelevanter und schwieriger als die Abgrenzungsfrage zu öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen ist allerdings die Abgrenzung zu anderen privatrechtlichen Formen der Tätigkeit für einen anderen, die im Folgenden dargestellt werden sollen.

I. Abgrenzung zum „freien“ Dienstvertrag

- 4 In der Situation des „freien“ **Dienstvertrags** verpflichtet sich der Dienstnehmer ebenso wie der Arbeitnehmer zur Erbringung vertraglich näher definierter Leistungen gegen Zahlung einer Vergütung (§ 611 BGB). Gerade unter dem Aspekt einer möglichen **Scheinselbstständigkeit** stellt sich daher praktisch nicht selten die Frage der Abgrenzung zwischen Arbeits- und freiem Dienstverhältnis. In den insoweit problematischen Fällen geht es in aller Regel um Verträge zwischen Unternehmen und jedenfalls vermeintlich selbstständig tätigen Einzelpersonen, die dann in eigener Person zur Erfüllung der dienstvertraglichen Pflichten tätig werden.⁵ Eine rechtliche Einordnung kann hier schwierig

3 So kommt es etwa im sehr praxisrelevanten Fall der Scheinselbstständigkeit für die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses letztlich auf die gelebte Praxis und nicht etwa nur auf die Bezeichnung des Vertrags an; vgl. z.B. BSG v. 31.3.2015 – B 12 KR 17/13 R; BAG v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17. Siehe auch § 611a Abs. 1 S. 6 BGB n.F.

4 Schaub/Vogelsang, § 8 Rn 13; zu Lehrbeauftragten an Hochschulen siehe etwa LAG Baden-Württemberg v. 15.12.2010 – 13 Sa 78/10.

5 Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 1. Kapitel Rn 3.

sein, ist jedoch vor dem Hintergrund der sehr unterschiedlichen Rechtsfolgen im Bereich des Arbeits- bzw. Dienstvertragsrechts und vor allem auch des Steuer- und Sozialversicherungsrechts unerlässlich.

1. Charakteristische Merkmale des Arbeitsverhältnisses

Vom Arbeitsverhältnis als Unterform des Dienstverhältnisses unterscheidet sich das „freie“ Dienstverhältnis – häufig auch als „freie Mitarbeit“ bezeichnet – durch einen geringeren Grad persönlicher (nicht notwendigerweise auch wirtschaftlicher) Abhängigkeit.⁶

Unter einem Arbeitnehmer verstand schon die **bisherige Rechtsprechung** denjenigen, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.⁷ Charakteristisch für die abhängige Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis sollte insbesondere die **Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und die damit verbundene Weisungsunterworfenheit** hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit sein.⁸ **Selbstständig** sollte dagegen nach bisherigem Verständnis in Anlehnung an die Wertung der für Handelsvertreter geschaffenen Bestimmung des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB derjenige sein, der im Wesentlichen **frei seine Tätigkeit gestalten** und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Nach dem inzwischen zum 1.4.2017 durch das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze⁹ **neu eingefügten § 611a BGB**, der ausweislich der Gesetzesbegründung als „1:1 Kodifizierung“ der bisherigen Rechtsprechung¹⁰ gedacht ist,¹¹ zeichnet sich der Arbeitsvertrag ebenfalls dadurch aus, dass der Arbeitnehmer durch ihn **„im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet“** wird. Maßgeblich ist am Ende – wie im Übrigen auch schon bisher – eine Gesamtbetrachtung aller Umstände.

2. Direktionsrecht des Arbeitgebers

Ein wesentliches Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses stellt es damit nach wie vor dar, wenn der die Dienstleistung Erbringende engen **Weisungen hinsichtlich In-**

⁶ Schaub/Vogelsang, § 8 Rn 21.

⁷ BAG v. 31.7.2014 – 2 AZR 422/13; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁸ BAG v. 31.7.2014 – 2 AZR 422/13; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

⁹ BGBl I 2017, 258 ff.

¹⁰ Die Rechtsprechung hat sich zur Abgrenzung in der Vergangenheit vielfach des im Recht der Handelsvertreter (§ 84 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 HGB) verwendeten Begriffs der Selbstständigkeit bedient; siehe etwa BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06.

¹¹ BT-Drucks 18/9232, 4.

halt, konkreter Durchführung, Zeit und Ort unterliegt (§ 611a Abs. 1 S. 2 und S. 3 BGB). Während es für einen Selbstständigen prägend ist, dass er im Grundsatz (selbstverständlich ebenfalls unter Berücksichtigung der Wünsche seiner Dienstgeber) selbst darüber entscheiden kann, wann, wo und wie genau er seine Leistung erbringt, unterliegt der Arbeitnehmer insoweit einem **umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers**, der diese Fragen durch Ausübung seines Direktionsrechts beantworten kann und darf. Ein gewisses Maß an Weisungsabhängigkeit ist zwar auch dem freien Dienstvertrag und im Übrigen auch dem Werkvertrag, dem Auftrag oder dem Geschäftsbesorgungsvertrag nicht fremd (vgl. §§ 645 Abs. 1, 665, 675 BGB). Der Arbeitnehmer unterliegt insoweit jedoch engeren Grenzen; seine Gestaltungsspielräume hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Leistung sind typischerweise sehr begrenzt.¹²

- 8 Festzustellen ist allerdings, dass ein Abstellen auf den Grad des Bestehens von Weisungsrechten nicht immer zu klaren Ergebnissen führt: So ist z.B. auch eine selbstständige Reinigungskraft, die mit der Reinigung von Büroräumlichkeiten beauftragt ist, weder in der Gestaltung des Inhalts der Leistung noch in der Wahl des Orts oder des Zeitpunkts der Leistungserbringung frei: Die inhaltlich im Kern vorgegebene Reinigungsleistung ist naturgemäß in den Büroräumlichkeiten zu erbringen und wird in aller Regel nur zu einem Zeitpunkt sinnvoll erbringbar sein, in dem der übliche Geschäftsbetrieb des Büros ruht, so dass u.U. auch enge faktische Vorgaben zum Zeitpunkt der Leistungserbringung bestehen.
- 9 Betrachtet man die Abgrenzungsfrage aus der Perspektive des Arbeitsrechts, so führen andererseits gerade aktuelle Entwicklungen¹³ dazu, dass das Direktionsrecht des Arbeitgebers in manchen Bereichen zunehmend in den Hintergrund tritt: So bestehen z.B. in der IT- oder Teilen der Dienstleistungsbranche **teils sehr „offene“ Arbeitszeitregelungen**, die die Bestimmung der Lage der Arbeitszeit teils recht weitreichend in die Hände der Arbeitnehmer legen und diesen durchaus erhebliche Spielräume einräumen. Gleichsam ist hier häufig auch der Ort der Leistungserbringung nicht von Relevanz, da der Arbeitnehmer seine Arbeit z.B. mittels eines Laptops und einer Internetverbindung theoretisch von jedem Ort der Welt aus erledigen kann und es auch für den Arbeitgeber keine Rolle spielt, wo dies geschieht. Eine Leistungserbringung außerhalb vom Arbeitgeber gestellter Räumlichkeiten ist bisweilen auch seitens der Unternehmen zwecks Reduzierung von Mietkosten durchaus gewünscht und auch Arbeitnehmer greifen diese Idee zunehmend gerne auf, um etwa Reisezeiten zwischen Wohn- und Arbeitsort zu reduzieren oder generell eine bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu ermöglichen.
- 10 Insbesondere in den Fällen **„digitaler Arbeitsverhältnisse“** soll nach jetzt teilweise vertretener Auffassung dem Wortlaut des § 611a BGB neben einer schlichten Wiedergabe

¹² Schaub/Vogelsang, § 8 Rn 23.

¹³ Zu diesen Entwicklungen siehe auch die Ausführungen zur Arbeitsvertragsgestaltung unter „Arbeitsrecht 4.0“ in § 4.

der bisherigen Rechtsprechung durchaus eigenständige Bedeutung zukommen: Dieser soll so zu verstehen sein, dass ein Arbeitsverhältnis dann vorliegt, wenn der Verpflichtete weisungsgebunden oder in anderer Weise fremdbestimmt und damit persönlich abhängig ist.¹⁴ Insofern bleibt allerdings die weitere Entwicklung, insbesondere der Rechtsprechung der Arbeits- und auch Sozialgerichte abzuwarten.¹⁵

3. Sonstige Abgrenzungsmerkmale

Neben der Frage der Weisungsabhängigkeit kann für die Abgrenzung auch weiterhin auf die schon bisher von der Rechtsprechung anerkannten Kriterien zurückgegriffen werden: So hängt der Grad der persönlichen Abhängigkeit und damit auch die rechtliche Einordnung einer Tätigkeit gemäß § 611a Abs. 1 S. 3 BGB von der **Eigenart der jeweiligen Tätigkeit** ab. Insofern kann es indizielle Bedeutung in die eine oder andere Richtung haben, wenn bestimmte Tätigkeiten typischerweise in der Form eines Arbeitsverhältnisses oder in Form einer freien Mitarbeit erbracht werden. Neben der mit einer solchen Argumentation einhergehenden Gefahr eines Zirkelschlusses ist allerdings festzustellen, dass die Art der Tätigkeit in den problematischen Fällen in aller Regel keinen sicheren Schluss auf die rechtliche Einordnung zulässt, da eine Ausgestaltung der Tätigkeit sowohl als Arbeitsverhältnis als auch als freie Mitarbeit zumindest denkbar ist.

Das Arbeitsverhältnis zeichnet sich in der Regel in Abgrenzung zum Dienstvertrag wie schon angedeutet weiter dadurch aus, dass der Arbeitnehmer im Gegensatz zum freien Mitarbeiter **in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert** ist. So spricht es für das Vorliegen einer solchen Eingliederung, wenn der die jeweilige Leistung Erbringende in fremden Räumlichkeiten und dort mit **fremden Betriebsmitteln** (Maschinen, Werkzeuge, Büroausstattung, IT, etc.) arbeitet.¹⁶ Die Eigentumsverhältnisse an verwendeten Betriebsmitteln (z.B. der Laptop oder die Reinigungsutensilien in den genannten Beispielfällen) können also durchaus indizielle Bedeutung für die Abgrenzung haben.

Zudem ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers typischerweise **fremdnützig**, während der freie, selbstständige Mitarbeiter auf eigene Rechnung und auf **eigenes wirtschaftliches Risiko** arbeitet.¹⁷ Insofern kommt wiederum dem Geschäftsinhalt und der tatsächlichen Durchführung des Vertrags indizielle Bedeutung zu: So stehen bekanntlich einem „freien“ Mitarbeiter mangels Arbeitnehmereigenschaft (siehe etwa § 2 BUrlG und § 1 Abs. 2 EntFG) weder Ansprüche auf bezahlten Urlaub noch auf eine Fortzahlung der Ver-

14 ErfK/Preis, § 611a Rn 13.

15 Zur Abgrenzung in den Fällen des sog. Crowdfunding siehe BAG v. 1.12.2020 – 9 AZR 102/20; Waltermann, NJW 2022, 1129 ff.; Thüsing/Hütter-Bruns, NZA-RR 2022, 231 ff.

16 Schaub/Vogelsang, § 8 Rn 24.

17 Schaub/Vogelsang, § 8 Rn 26.

gütung während Phasen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zu. Die Tatsache, dass die Parteien genau dies so vertraglich vereinbaren und praktisch auch so handhaben oder z.B. das Risiko einer Nicht- oder Schlechtleistung durch entsprechende Regelungen zur Gewährleistung dem zur Dienstleistung Verpflichteten auferlegen, spricht für das Vorliegen einer freien Mitarbeit. Es bleibt allerdings dabei, dass am Ende eine **Gesamtbetrachtung** den Ausschlag geben muss, die auch zu dem Ergebnis führen kann, dass sich die vertraglichen Regelungen und die tatsächliche Praxis gerade als unzulässige Abweichung von den arbeitsrechtlichen Standards darstellt.

- 14 Weiter zeichnet sich der **Selbstständige** in der Regel auch dadurch aus, dass er **nicht nur einem „Herren“ dient**, sondern zumindest die theoretische Möglichkeit hat, auch für weitere Dienstgeber tätig zu werden. Zwingend ist allerdings auch dies nicht: Auch eine Tätigkeit ausschließlich für einen Dienstgeber, die dann in der Regel eine erhebliche wirtschaftliche Abhängigkeit von diesem mit sich bringen wird, kann im Rahmen einer freien Mitarbeit ausgeführt werden. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ist für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses weder erforderlich noch ausreichend.¹⁸ Jedoch spricht es andererseits für eine Selbstständigkeit, wenn der Dienstnehmer für unterschiedliche, wechselnde Dienstgeber tätig wird und sich die Situation damit etwa auch deutlich von der eines Arbeitnehmers unterscheidet, dem lediglich eine bestimmte Nebentätigkeit genehmigt wurde.

4. Vorrang der gelebten Praxis

- 15 Die obenstehenden Ausführungen verdeutlichen bereits, dass es eine klare Linie zwischen „freier“ Erbringung von Dienstleistungen einerseits und weisungsgebundener, fremdbestimmter Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit andererseits nicht gibt. Oftmals deuten einige Indizien in Richtung eines Arbeitsverhältnisses, andere sprechen dagegen. Die Abgrenzung kann daher in der Praxis bisweilen große Schwierigkeiten bereiten.¹⁹ Daran hat auch § 611a BGB nichts geändert, der den Rechtsanwender letztlich weiterhin vor die Aufgabe stellt, anhand einer Gesamtbetrachtung²⁰ aller Umstände unter besonderer Einbeziehung der von der Rechtsprechung für maßgeblich erklärten Indizien und Berücksichtigung der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu bestimmen, ob eine bestimmte Tätigkeit den für ein Arbeitsverhältnis **typischen Grad persönlicher Abhängigkeit** aufweist oder nicht (§ 611a Abs. 1 S. 4 und S. 5 BGB).

18 BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06.

19 Eine Vielzahl von Einzelfällen findet sich bei Schaub/*Vogelsang*, § 8 Rn 48.

20 Eine Übersicht zu den insoweit zu berücksichtigenden Kriterien findet sich bei Klösel/Klötzer-*Assion/Mahnhold*, Contractor Compliance, 1. Kapitel Rn 14.

Zu beachten ist dabei letztlich auch, dass es nach § 611 a Abs. 1 S. 6 BGB für die Abgrenzung im Zweifel nicht auf die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses oder die subjektiven Vorstellungen der Vertragsparteien, sondern vielmehr **auf die tatsächlich gelebte Praxis ankommt**. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, so soll Letztere ausschlaggebend sein.²¹ Vereinfacht ausgedrückt: Ein Arbeitsverhältnis wird nicht nur deshalb zu einem freien Dienstverhältnis, weil es – etwa im Vertragstext – von den Parteien so bezeichnet wird.²²

II. Abgrenzung zum Werkvertrag

Da der Arbeitsvertrag eine **Unterform des Dienstvertrags** ist, unterscheidet auch er sich zunächst von einem Werkvertrag nach § 631 BGB dadurch, dass der Arbeitnehmer im Gegensatz zu einem Werkunternehmer **lediglich eine Tätigkeit als solche, nicht jedoch die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs schuldet**. Der Dienstnehmer bzw. Arbeitnehmer ist nach § 611 Abs. 1 BGB zur „Leistung der versprochenen Dienste“, der Werkunternehmer nach § 631 Abs. 1 BGB zur „Herstellung des versprochenen Werkes“ verpflichtet. Mit anderen Worten: Im Gegensatz zum Werkunternehmer schuldet der Arbeitnehmer das „Wirken“, nicht jedoch das „Werk“.²³ Gemeinsam ist beiden Vertragsarten, dass sowohl der Dienstnehmer als auch der Werkunternehmer tätig werden, um als Gegenleistung für ihr Handeln die vertraglich versprochene Vergütung zu verdienen.

Die Beantwortung der Frage, ob sich der Versprechende zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs verpflichten möchte (und hierfür auch nach Maßgabe der werkvertragsrechtlichen Gewährleistungsvorschriften der §§ 633 ff. BGB eintreten möchte) oder ob lediglich eine bestimmte Tätigkeit geschuldet werden soll, ist in Zweifelsfällen **durch Auslegung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu ermitteln**.²⁴ Die Auslegung kann im Einzelfall schwierig sein, da Leistungen vielfach sowohl im Rahmen eines Dienstvertrags als auch im Rahmen eines Werkvertrags erbracht werden können. Die vertragliche Beschreibung eines Ziels ist in diesem Zusammenhang noch kein hinreichendes Indiz für die Annahme eines Werkvertrags, da auch bei einem Dienstvertrag die geschuldete Tätigkeit der Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs dienen kann.²⁵ Für das Vorliegen eines Werkvertrags kann es jedoch sprechen, wenn die Parteien die zu erledigende Aufgabe und ihren Umfang konkret festlegen oder eine **erfolgsabhängige Vergütung** vereinbaren.²⁶ Auch der Frage, für wie wahrscheinlich die Parteien den

21 BAG v. 21.11.2017 – 9 AZR 117/17; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06.

22 Siehe auch unter Rdn 3.

23 BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02.

24 Schaub/*Vogelsang*, § 9 Rn 7, siehe auch BAG v. 25.9.2013 – 10 AZR 282/12.

25 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01.

26 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01.

Eintritt des Erfolgs halten, kann Bedeutung zukommen: Ein Werkvertrag ist jedenfalls in aller Regel dann nicht anzunehmen, wenn die Erreichung des Erfolgs gar nicht in der Macht des Verpflichteten liegt.²⁷ Je wahrscheinlicher der Eintritt des Erfolgs dagegen ist, desto eher kann eine werkvertragliche Verpflichtung angenommen werden.²⁸

- 17 Die **Abgrenzungsfrage** zwischen Werk- und Arbeitsvertrag stellt sich in den letzten Jahren verstärkt auch mit etwas anderem Blickwinkel in den Fällen des **Drittpersonaleinsatzes**: Aufgrund der zunehmend dichter regulierten **Arbeitnehmerüberlassung** weicht die Praxis hier verschiedentlich auf **werkvertragliche Gestaltungsmodelle** aus. Statt Arbeitnehmer i.S.d. AÜG zu überlassen, verpflichtet sich der Werkunternehmer hier i.d.R. gegenüber dem Besteller zur **Erbringung eines bestimmten Leistungserfolgs** und setzt zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolgs (u.U. durchaus zahlreich) seine eigenen Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 BGB ein, die teils auch – auf den ersten Blick ähnlich wie in der Situation einer Arbeitnehmerüberlassung – vor Ort beim Besteller tätig werden.²⁹ Politisch wurde diese **Ausweichbewegung** in den letzten Jahren mit Argwohn beobachtet und teils (vorschnell) als „Missbrauch des Werkvertrags“ bezeichnet. Ob es sich aber tatsächlich um einen „Missbrauch“ in Gestalt einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung bzw. eines Scheinwerkvertrags oder nicht doch um eine völlig legitime werkvertragliche (oder manchmal auch dienstvertragliche) Gestaltungsvariante handelt, ist im Einzelfall insbesondere unter Berücksichtigung der Frage zu bestimmen, ob und inwieweit die Erfüllungsgehilfen des (vermeintlichen) Werkunternehmers in die Arbeitsorganisation des (vermeintlichen) Bestellers eingegliedert und dort den Weisungen des (vermeintlichen) Bestellers unterworfen werden.³⁰
- 18 In den im Zusammenhang mit einer **AGB-Kontrolle** auftretenden und damit hier vorrangig interessierenden Fällen arbeitsrechtlicher Standardverträge dürfte die Abgrenzung zum Werkvertrag in aller Regel wenig Schwierigkeiten bereiten. Wird für eine Mehrzahl von Fällen ein (in aller Regel treffend als „Arbeitsvertrag“ überschriebenes) Vertragsmuster verwendet, sind Zweifel am Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses meist nicht angebracht. Schon die Vielzahl der Verwendungsfälle spricht dann gegen das Vorliegen eines Werkvertrags.

27 Schaub/Vogelsang, § 9 Rn 7.

28 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01.

29 Vgl. hierzu ErfK/Wank, § 1 AÜG Rn 18 ff.

30 Für die Arbeitnehmerüberlassung prägend ist es, dass die entsandten Mitarbeiter wie eigenes Personal in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert und dort auch dem Weisungsrecht des Entleihers unterstellt werden. Siehe zur Abgrenzung in diesen Fällen auch ErfK/Roloff, § 1 AÜG Rn 25 ff. und Klösel/Klötzer-Assion/Mahnhold, Contractor Compliance, 1. Kapitel Rn 6 ff.

III. Abgrenzung zum Dienstvertrag des Organmitglieds

Das der Organstellung etwa eines Geschäftsführers oder Vorstands zugrundeliegende Vertragsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis, sondern materiell-rechtlich als **freier Dienstvertrag** zu qualifizieren.³¹ Eine persönliche Abhängigkeit i.S.d. oben bereits beschriebenen Verständnisses des Arbeitnehmerbegriffs lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass das jeweilige Organ der Aufsicht eines Aufsichtsrats³² oder den Weisungen der Gesellschafterversammlung³³ unterliegt. Derartige Beschränkungen im Innenverhältnis zur Gesellschaft ändern nichts daran, dass die Organmitglieder im Außenverhältnis gerade Weisungsbefugnisse für die Gesellschaft ausüben³⁴ und insoweit sozialer Gegenspieler der Arbeitnehmerschaft sind.³⁵

Zu einem **Fortbestehen arbeitsvertraglicher Regelungen trotz Bestellung zum Organ** einer Gesellschaft kann es aber z.B. dann kommen, wenn ein bisher als Arbeitnehmer beschäftigter Mitarbeiter zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt wird, ohne dass in diesem Zuge ein schriftlicher Dienstvertrag abgeschlossen wird, der den bisherigen Arbeitsvertrag ausdrücklich oder stillschweigend auflösen könnte.³⁶ Darüber hinaus kann es bei Bestellung zum Organ dann zum Fortbestand bzw. zur Geltung arbeitsvertraglicher Regelungen kommen, wenn die Bestellung zum Organ nicht bei der Gesellschaft geschieht, zu der das Anstellungsverhältnis besteht.³⁷

Von der Frage, ob das der Tätigkeit eines Organmitglieds zugrundeliegende Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis i.S.d. deutschen Rechts zu qualifizieren ist, ist die weitere Frage zu unterscheiden, ob ein Organ – in Betracht kommt dies insbesondere für den Fremdgeschäftsführer einer GmbH – als **Arbeitnehmer i.S.d. Unionsrechts** anzusehen ist.³⁸

31 Umstritten ist dies für den GmbH-Geschäftsführer, insbesondere den nicht am Gesellschaftskapital beteiligten Fremdgeschäftsführer. Während der BGH davon ausgeht, dass der Geschäftsführer einer GmbH nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht, bei der er seine Organstellung ausübt (vgl. etwa BGH v. 26.3.1984 – II ZR 120/83), geht das BAG davon aus, dass auch der GmbH-Geschäftsführer im Einzelfall zumindest Arbeitnehmer sein kann (vgl. etwa BAG v. 26.5.1999 – 5 AZR 664/98). Zuletzt hat allerdings auch das BAG in seiner Rechtsprechung verschiedentlich betont, dass ein Arbeitnehmerstatus nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht kommt; siehe BAG v. 27.4.2021 – 2 AZR 540/20.

32 Für den Vorstand einer Aktiengesellschaft siehe §§ 84 Abs. 3, 111 AktG.

33 Für den Geschäftsführer einer GmbH siehe § 37 GmbHG.

34 Siehe §§ 35 Abs. 1 GmbHG, 78 Abs. 1 AktG, § 24 GenG.

35 Schaub/*Vogelsang*, § 14 Rn 3.

36 Schaub/*Vogelsang*, § 14 Rn 4; ein mündlich geschlossener Dienstvertrag ist wegen des in § 623 BGB vorgesehenen Schriftformerfordernisses nicht geeignet, eine rechtswirksame Beendigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses herbeizuführen.

37 Z.B. auch im Fall der Bestellung zum Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG, wenn das Arbeitsverhältnis zur KG bestand; vgl. Schaub/*Vogelsang*, § 14 Rn 3.

38 Siehe hierzu BGH v. 26.3.2019 – II ZR 244/17; *Boemke*, RdA 2018, 1 ff.; *Commandeur/Kleinebrink*, NZA-RR 2017, 449.

- 22 Aus der Perspektive des AGB-Rechts bereitet die Abgrenzung in der Regel keine Schwierigkeiten. Relevanter ist, dass zumindest der **Fremdgeschäftsführer** einer GmbH nach Auffassung des BAG bei Abschluss seines Anstellungsvertrags als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB anzusehen und der Geschäftsführeranstellungsvertrag damit als Verbrauchervertrag gemäß § 310 Abs. 3 BGB anzusehen sein kann.³⁹ AGB im Anstellungsvertrag des Fremdgeschäftsführers gelten daher u.U. als von der Anstellungsgesellschaft gestellt, soweit nicht ausnahmsweise festgestellt werden kann, dass sie durch den Geschäftsführer in den Vertrag eingeführt wurden (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Zentrale Vorschriften des AGB-Rechts finden ferner auf diese Verträge entsprechend auch dann Anwendung, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Da das BAG die AGB-Kontrolle des Fremdgeschäftsführeranstellungsvertrags anhand der gleichen oder zumindest sehr ähnlichen Maßstäbe wie im Falle eines Arbeitsvertrags vornimmt, stellt sich ferner die Frage, ob und in welcher Form bei Anwendung der §§ 305 ff. BGB auf Fremdgeschäftsführeranstellungsverträge ebenfalls die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“ sind (siehe § 310 Abs. 4 BGB).⁴⁰

IV. Abgrenzung zum Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag

- 23 Vom **Auftrag** unterscheidet sich das Arbeitsverhältnis bereits deutlich dadurch, dass ein Entgelt für die Leistung der versprochenen Dienste versprochen wird (§ 611 Abs. 1 BGB). Der Auftragnehmer verpflichtet sich dagegen zur **unentgeltlichen Besorgung des ihm übertragenen Geschäfts** (§ 662 BGB).
- 24 Als **Geschäftsbesorgungsvertrag** ist ein Dienst- oder Werkvertrag zu qualifizieren, der eine „Geschäftsbesorgung“ zum Gegenstand hat. In diesen Fällen erklärt § 675 Abs. 1 BGB einige Vorschriften des Auftragsrechts für entsprechend anwendbar. Unter einer Geschäftsbesorgung in diesem Sinne ist nach Auffassung der Rechtsprechung eine „**selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art**“ zu verstehen, „für die ursprünglich der Geschäftsherr selbst zu sorgen hatte, die ihm aber durch einen anderen abgenommen wird.“⁴¹ Folgt man diesem Verständnis, grenzt sich der Arbeitsvertrag bereits über das **Merkmal der Selbstständigkeit** vom Geschäftsbesorgungsvertrag ab.⁴² Die Abgrenzung ist in der Praxis allerdings von geringer Bedeutung; nicht ausgeschlossen ist allerdings eine analoge Anwendung der in § 675 Abs. 1 BGB genannten Vorschriften auch im Rahmen von Arbeitsverhältnissen.⁴³ Beispielhaft zu nennen ist hier etwa die Pflicht

39 BAG v. 19.5.2010 – 5 AZR 253/09.

40 Vgl. hierzu ausführlicher § 2 Rdn 147 ff.

41 BGH v. 25.4.1966 – VII ZR 120/65; Grüneberg/Grüneberg, § 675 BGB Rn 2 ff.

42 Siehe dazu unter Rdn 4 ff.

43 ErfK/Preis, § 611a BGB Rn 109 f.

zur Herausgabe des durch das Arbeitsverhältnis Erlangten analog § 667 BGB, Auskunfts- und Rechenschaftspflichten analog § 666 BGB und vor allem auch Aufwendungsersatzansprüche des Arbeitnehmers analog § 670 BGB.⁴⁴

C. Form des Arbeitsvertrags

Neben der Frage der Bezeichnung des Vertrags und seiner Abgrenzung zu anderen Vertragsarten⁴⁵ stellt sich für den Gestalter eines Arbeitsvertrags auch die Frage, in welcher Form ein Arbeitsvertrag abzuschließen ist. Um es vorwegzunehmen: Man ist in dieser Frage sicher jedenfalls sehr gut beraten, den Arbeitsvertrag den üblichen Gepflogenheiten und auch gesetzlichen Vorgaben folgend stets in **schriftlicher Form** abzuschließen. 25

Zunächst ist allerdings festzuhalten, dass eine bestimmte Form für den Arbeitsvertrag **gesetzlich nicht vorgesehen** ist. § 623 BGB sieht zwar zur Stärkung der Rechtssicherheit und zum Zwecke einer Warnung vor den u.U. sehr bedeutenden Folgen einer Beendigung eines Arbeitsverhältnisses⁴⁶ für Kündigungen und Auflösungsverträge zwingend die Einhaltung der Schriftform vor. Für den Abschluss des Arbeitsvertrages fehlt es jedoch an einer entsprechenden, allgemeingültigen Regelung. 26

Zu denken ist jedoch an die praktisch sehr wichtige Vorschrift des § 14 Abs. 4 TzBfG, wonach die Befristung eines Arbeitsvertrags der Schriftform bedarf, um wirksam zu sein. Hier ist also die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform⁴⁷ (§ 126 BGB) schon aus rechtlichen Gründen unerlässlich. Während hieran regelmäßig dann gedacht wird, wenn es darum geht, einen Vertrag auf absehbare Dauer sachgrundlos oder z.B. für ein bestimmtes Projekt zu befristen, gerät vielfach in Vergessenheit, dass auch die in vielen Arbeitsverträgen zu findende Vereinbarung einer vertraglichen Altersgrenze letztlich eine Befristung des Arbeitsverhältnisses darstellt.⁴⁸ Auch diese bedarf nach Auffassung des BAG der Schriftform, um wirksam zu sein,⁴⁹ was für die Frage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses von zentraler Bedeutung sein kann, wenn der Vertrag die einzige Quelle einer solchen Altersgrenze ist und sich eine solche nicht bereits aus anderen – etwa tariflichen – Regelungen ergibt. 27

Die Rechtsprechung des BAG zeigt zudem, wie schnell in der Praxis **Formfehler beim Abschluss eines (vermeintlich) schriftlichen Vertrags** passieren können: So genügt es nach der Rechtsprechung für die Einhaltung der Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG etwa nicht, 28

44 Hierzu und zu weiteren Beispielen ErfK/Preis, § 611a BGB Rn 1010 m.w.N.

45 Vgl. dazu oben unter Rdn 2 ff.

46 ErfK/Müller-Glöße, § 623 BGB Rn 1.

47 Wobei darauf hinzuweisen ist, dass die Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form (§§ 126 Abs. 3, 126a BGB) mit Blick auf die Erfüllung des Formerfordernisses des § 14 TzBfG – anders als mit Blick auf die Formerfordernisse des § 623 BGB und § 2 Abs. 1 NachweisG n.F. – nicht ausgeschlossen ist.

48 BAG v. 25.10.2017 – 7 AZR 632/15.

49 Kritisch Lingemann, NZA 2018, 889 ff.

wenn der Arbeitgeber seinem künftigen Arbeitnehmer einen von ihm noch nicht unterzeichneten Arbeitsvertrag aushändigt, dieser dann vom Arbeitnehmer unterzeichnet wird und erst nach Vertragsbeginn zur Unterzeichnung durch den Arbeitgeber an diesen zurückgegeben wird. Erforderlich ist für die Einhaltung der Form, dass auch die schriftliche Annahmeerklärung des Arbeitgebers wiederum dem Arbeitnehmer vor Vertragsbeginn zugeht. Geschieht dies nicht, ist die Befristungsabrede unwirksam.⁵⁰ Entgegen einer in der Praxis häufig anzutreffenden Vorgehensweise empfiehlt es sich daher, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein bereits von ihm unterzeichnetes Vertragsexemplar aushändigt. Geht ihm der vom Arbeitnehmer gegengezeichnete Vertrag dann vor Vertragsbeginn zu, ist der Vertragsschluss bereits erfolgt. Zu **Nachweiszwecken** empfiehlt es sich zudem, das Eingangsdatum des vom Arbeitnehmer gegengezeichneten Vertrags zu notieren.⁵¹

- 29** Jenseits solch spezieller Regelungen kann ein Arbeitsvertrag grundsätzlich **auch mündlich geschlossen werden**. Er kommt nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln durch Übermittlung eines Angebots durch die eine und Annahme des Angebots durch die andere Vertragspartei zustande (vgl. §§ 145 ff. BGB und auch § 105 Abs. 1 GewO, nach dem die Arbeitsvertragsparteien Abschluss, Inhalt und Form des Arbeitsvertrages frei vereinbaren können, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften, Bestimmungen eines anwendbaren Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung entgegenstehen).
- 30** Einen gänzlich neuen Impuls haben sämtliche Überlegungen zur Frage der Form eines Arbeitsverhältnisses jüngst auch durch das Inkrafttreten des neuen Nachweisgesetzes zum 1.8.2022 erhalten.⁵² Obwohl dieses Gesetz an sich wahrlich nicht neu ist, haben die Verschärfungen der Neufassung (die Nichterfüllung von aus diesem Gesetz folgenden Pflichten kann jetzt insbesondere als Ordnungswidrigkeit geahndet werden) diesem Gesetz neue Aufmerksamkeit und eine gesteigerte praktische Bedeutung verschafft. Wie schon bisher ist der Arbeitgeber nach § 2 Abs. 1 NachwG nämlich verpflichtet, die **wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen**. Diese Pflicht kann nach § 2 Abs. 5 NachwG entfallen, wenn dem Arbeitnehmer bereits zuvor ein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgehändigt wurde, soweit dieser die in § 2 Abs. 1–3 NachwG geforderten Angaben bereits enthält. Arbeitgeber müssen vor diesem Hintergrund nun insbesondere überlegen, ob sie ihre Pflichten aus dem NachwG mit dem Arbeitsvertrag selbst erfüllen wollen (der dann aber auch einige bisher in Arbeitsverträgen eher untypische Angaben enthalten muss) oder ob man das Thema der Nachweispflichten nicht doch vom Arbeitsvertrag entkoppelt und mit einem separaten Nachweisformular arbeitet. Beides erscheint dem Grunde nach rechtlich möglich. Faktisch kann der Arbeitgeber sprichwörtlich „zwei Fliegen mit einer Klappe“ schlagen, wenn er den Arbeitsvertrag schriftlich abschließt und

50 BAG v. 25.10.2017 – 7 AZR 632/15.

51 *Lingemann*, NZA 2018, 889 ff.

52 Siehe hierzu § 5.