

Das Mandat

Reitz (Hrsg.)

Das arbeitsrechtliche Mandat

Arbeitsvertragsgestaltung
und AGB-Kontrolle

Herausgeber der Reihe:
Henssler/Holthausen



Deutscher Anwalt Verlag

Reitz (Hrsg.)

Das arbeitsrechtliche Mandat
Arbeitsvertragsgestaltung und AGB-Kontrolle

Das Mandat

Das arbeitsrechtliche Mandat

Arbeitsvertragsgestaltung und AGB-Kontrolle

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

Zitiervorschlag:

Reitz u.a., Arbeitsvertragsgestaltung und AGB-Kontrolle, § 1 Rn 1

Hinweis

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Buch enthaltenen Ausführungen.

Anregungen und Kritik zu diesem Werk senden Sie bitte an
kontakt@anwaltverlag.de

Autoren und Verlag freuen sich auf Ihre Rückmeldung.

Copyright 2020 by Deutscher Anwaltverlag, Bonn

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck: Hans Soldan Druck GmbH, Essen

Umschlaggestaltung: gentura, Holger Neumann, Bochum

ISBN 978-3-8240-1565-8

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

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 Tarifflicht 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 Regeldichte 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 Einstellungsstellen 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, was nicht zuletzt auch in der Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen zum Ausdruck kommt, die in den letzten Jahren zu diesem Thema ergangen sind und – diese Prognose kann man wohl wagen – weiter ergehen werden. Die durchaus anspruchsvolle Herausforderung für jeden Vertragsgestalter liegt hier vor allem darin, stets den Überblick über den aktuellen Stand der Rechtsprechung und auch Fachliteratur zu bewahren.

Hinzu kommt, dass zudem neue Formen menschlicher Zusammenarbeit (Stichworte wie „Arbeit 4.0“, „Crowdworking“, etc.) Bedarf an innovativen arbeitsvertraglichen Regelungen erzeugen. Auch hier steht der Vertragsgestalter aktuell 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 möglichst einfach zu handhabendes und zielstrebig zum Erfolg führendes Werkzeug an die Hand geben. Es ergänzt dabei die übrigen in der Reihe erscheinenden Bände zu einem die praxisrelevantesten Bereiche des Arbeitsrechts abdeckenden Gesamtwerk.

Autoren, Herausgeber und Verlag wünschen viel Freude und viel Erfolg bei der Arbeit mit dem vorliegenden Werk. Möge es Ihnen von Nutzen sein!

Sollte Ihnen beim praktischen Umgang mit diesem Band etwas auffallen, was Ihnen verbesserungswürdig erscheint, so lassen Sie dies den Herausgeber gerne wissen. Kritik und Anregungen sind ebenso willkommen wie positive Rückmeldungen.

Frankfurt a.M., 17.2.2020

Dr. Henning Reitz
(Herausgeber)

Inhaltsübersicht

Vorwort zur Buchreihe „Das arbeitsrechtliche Mandat“	5
Vorwort	9
Inhaltsverzeichnis	13
Autorenverzeichnis	25
Literaturverzeichnis	27
Abkürzungsverzeichnis	33
§ 1 Praktische Hinweise zur Arbeitsvertragsgestaltung	41
§ 2 Die AGB-Kontrolle	63
§ 3 Einzelne Vertragsklauseln	131
§ 4 Arbeitsvertragsgestaltung im „Arbeitsrecht 4.0“	285
§ 5 Anhang Vertragsmuster	323
Stichwortverzeichnis	365

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur Buchreihe „Das arbeitsrechtliche Mandat“	5
Vorwort	9
Inhaltsübersicht	11
Autorenverzeichnis	25
Literaturverzeichnis	27
Abkürzungsverzeichnis	33
§ 1 Praktische Hinweise zur Arbeitsvertragsgestaltung	41
A. Einführung	41
B. Die Bezeichnung des Vertrags – Der Arbeitsvertrag und seine Abgrenzung zu anderen Vertragsarten	41
I. Die Abgrenzung zum „freien“ Dienstvertrag	42
1. Charakteristische Merkmale des Arbeitsverhältnisses	43
2. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers	43
3. Sonstige Abgrenzungsmerkmale	45
4. Vorrang der gelebten Praxis	46
II. Die Abgrenzung zum Werkvertrag	47
III. Die Abgrenzung zum Dienstvertrag des Organmitglieds	48
IV. Die Abgrenzung zum Auftrag und Geschäftsbesorgungsvertrag	50
C. Die Form des Arbeitsvertrags	50
D. Vertragssprache	54
I. Verständlichkeit der Sprache	54
II. Einheitliche Verwendung von Begrifflichkeiten	54
III. Verwendung von Fremdsprachen	54
E. Das Rubrum des Vertrags	56
F. Formale Gestaltung und Struktur des Vertrags im Übrigen	57
I. Reihenfolge der Regelungen	57
II. Strukturierung des Vertragstextes	58
III. Drucktechnische Hervorhebungen	58
G. Gelegenheiten zur Aktualisierung des Vertrags im laufenden Arbeitsverhältnis	59
H. Hinweise zum Aufbau und zum weiteren Umgang mit diesem Buch	61
§ 2 Die AGB-Kontrolle	63
A. Der Einzug der AGB-Kontrolle in das Arbeitsrecht	63
B. Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle	64
I. Fragen des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. BGB	65
1. „Arbeitsverträge“ i.S.v. § 310 Abs. 4 BGB	65

2. Verträge mit Organmitgliedern	66
3. Verträge mit Auszubildenden und Praktikanten	67
4. Verträge mit arbeitnehmerähnlichen Personen	67
5. Gesamtzusage und Betriebliche Übung	68
6. Aufhebungs- und Abwicklungsverträge.	68
7. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen	69
a) Erfasste Vereinbarungen	69
b) Arbeitsvertragliche Inbezugnahme von Kollektivvereinbarungen	70
II. Geltung der §§ 305 ff. BGB in zeitlicher Hinsicht	71
III. Verträge zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Verbrauchervertrag?	72
1. Der Arbeitnehmer als „Verbraucher“	72
2. Der Arbeitgeber als „Unternehmer“	73
3. Arbeitnehmerähnliche Personen	73
4. Gesellschaftsrechtliche Organe als „Verbraucher“?	74
IV. Das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen	74
1. Vertragsbedingungen	75
2. Vorformuliert	76
3. Für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt	77
4. Vom Verwender gestellt	79
5. Nicht im Einzelnen ausgehandelt	81
a) Aushandeln nur von Teilen des Vertrags.	81
b) Der Begriff des „Aushandelns“	82
C. Die Durchführung der AGB-Kontrolle	83
I. Das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen bzw. vorformulierter Einmalbedingungen	85
II. Einbeziehung in den Vertrag.	85
1. Allgemeine Rechtsgeschäftslehre.	85
2. Nichtanwendbarkeit der § 305 Abs. 2 und Abs. 3 BGB.	86
III. Die Nichteinbeziehung überraschender Klauseln gemäß § 305c BGB .	87
1. Allgemeines	88
2. Praktische Beispiele	89
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	90
IV. Der Vorrang der Individualabrede	91
1. Begriff der Individualabrede.	91
2. Verhältnis der Individualabrede zu vorformulierten Einmalbedingungen	92
3. § 305b BGB als Kollisionsregel.	92
4. Kontrollmaßstab der vorrangigen Individualabrede	93
5. Schriftformklauseln und Vorrang der Individualvereinbarung	94
6. Prozessuales	96

V. Ermittlung des zu kontrollierenden Klauselinhalts durch Auslegung/ Unklarheitenregel	96
1. Die Grundsätze der Auslegung	96
2. Die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB	97
3. Kontrollfähigkeit der Regelung	98
a) Der Begriff der Rechtsvorschrift	99
b) Kontrollfreiheit deklaratorischer Klauseln	99
c) Kontrollfreiheit der Hauptleistungspflichten	100
d) Kontrollfähigkeit sog. Preisnebenabreden	102
e) Verbleibende Kontrollmöglichkeiten	102
VI. Die Inhaltskontrolle	103
1. Reihenfolge der Prüfung	103
2. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB)	104
3. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB)	105
4. Die Generalklausel des § 307 BGB	106
a) Benachteiligung des Vertragspartners	106
b) Unangemessenheit der Benachteiligung	107
aa) Die Gebote von Treu und Glauben als eigenständiger Prü- fungspunkt?	107
bb) Abwägung der Interessen der am Vertrag Beteiligten	107
(1) Generell-typisierende Betrachtungsweise	108
(2) Ermittlung der bestehenden Interessenlagen	109
(3) Die Beeinträchtigung von Interessen und deren Recht- fertigung	109
c) Erheblichkeit der Benachteiligung	110
d) Die Zweifelsfallregelung des § 307 Abs. 2 BGB	111
aa) Nichtvereinbarkeit mit gesetzlichen Grundgedanken (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)	111
bb) Gefährdung des Vertragszwecks (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB)	113
e) Das Transparenzgebot	114
aa) Der Schutzzweck des Transparenzgebots	115
bb) Der Inhalt des Transparenzgebots	115
cc) Beispiele aus der bisherigen Rechtsprechung	116
f) Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung	117
VII. Die Berücksichtigung der im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten	118
1. Zum Begriff der „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“	119
2. Die „angemessene“ Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten	121
VIII. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit einer Klausel	122
1. § 306 Abs. 1 BGB als Spezialregelung zu § 139 BGB	122
2. Die von § 306 Abs. 1 BGB erfassten Fallgruppen	123

3. Die Wirksamkeit des Vertrags „im Übrigen“	124
4. Lückenschließung durch dispositives Gesetzesrecht (§ 306 Abs. 2 BGB) oder ergänzende Vertragsauslegung	125
5. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.	126
6. Gesamtnurwirksamkeit bei Unzumutbarkeit (§ 306 Abs. 3 BGB).	127
IX. Das Umgehungsverbot des § 306a BGB	129
D. (Un-)Möglichkeit einer Verbandsklage im Arbeitsrecht.	130
§ 3 Einzelne Vertragsklauseln	131
A. Regelungen zum Arbeitsinhalt	131
I. Tätigkeitsbezeichnung/Versetzungsklausel	131
1. Musterklausel	131
2. Grundlagen	131
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	132
II. Konzernversetzungsklausel.	133
1. Musterklausel	133
2. Grundlagen.	134
B. Regelungen zum Arbeitsort	135
I. Musterklausel	135
II. Grundlagen	136
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	137
C. Regelungen zur Arbeitszeit	137
I. Musterklausel	138
II. Grundlagen	138
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	140
1. Lage und Dauer der Arbeitszeit.	140
2. Überstunden	140
3. Kurzarbeit	142
D. Vergütungsregelungen	143
I. Musterklausel	143
1. Außertarifliche Arbeitnehmer	143
2. Tarifliche Arbeitnehmer	144
II. Grundlagen	144
III. Vergütung und Abgeltung von Überstunden/Mehrarbeit	146
1. Außertarifliche Arbeitnehmer	147
a) Anspruch auf Vergütung von Überstunden	147
b) Art und Höhe der Vergütung von Überstunden.	147
c) Abgeltungsklausel	148
2. Tariflicher Arbeitnehmer	149

E.	Regelungen zur Flexibilisierung der Vergütung	150
	I. Freiwilligkeitsvorbehalt	150
	1. Pauschaler Freiwilligkeitsvorbehalt.	150
	a) Musterklausel	150
	b) Grundlagen	150
	c) Hinweise zur Vertragsgestaltung	151
	aa) Inhaltskontrolle	151
	bb) Transparenzanforderungen	152
	2. Konkreter Freiwilligkeitsvorbehalt	152
	a) Musterklausel	153
	II. Widerrufsvorbehalt	153
	1. Musterklausel.	153
	2. Grundlagen	154
	3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	154
	a) Inhaltskontrolle	154
	b) Widerrufsgrund, Transparenzanforderungen.	155
	c) Ausübungskontrolle	156
	4. Sonderfall: Befristung von Vergütungsbestandteilen	156
	III. Stichtags- und Rückzahlungsklausel	157
	1. Musterklausel.	157
	a) Stichtagsklausel	157
	b) Rückzahlungsklausel.	157
	2. Grundlagen	158
	3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	158
	a) Sonderzahlung ohne Entgeltcharakter	158
	b) Bindungsdauer.	159
	4. Angemessenheit	160
	IV. Anrechnungsvorbehalt	161
	1. Musterklausel.	161
	2. Hinweise zur Vertragsgestaltung	161
F.	Dienstwagenüberlassung	162
	I. Musterklausel.	162
	II. Grundlagen	162
	1. Dienstwagenüberlassung auch zur privaten Nutzung.	163
	2. Überlassung nur zur dienstlichen Nutzung	163
	3. Entziehung des Dienstwagens in Phasen ohne Arbeitsleistung.	163
	4. Haftung bei Unfällen	165
	III. Hinweise zur Vertragsgestaltung.	165
	IV. Alternative Regelungsvorschläge	167

G.	Bezugnahme Klauseln	168
	I. Musterklausel	168
	II. Grundlagen	169
	III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	170
	1. Große dynamische Bezugnahme und Tarifwechselklausel	170
	2. Auswirkungen des Wegfalls der normativen Tarifbindung des Arbeitgebers	171
	3. Auswirkungen eines Betriebsübergangs	172
	IV. Alternativer Regelungsvorschlag	172
H.	Öffnung für Betriebsvereinbarungen	173
	I. Musterklausel	173
	II. Grundlagen	173
	III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	174
	IV. Alternativer Regelungsvorschlag	175
I.	Urlaub	176
	I. Musterklausel	176
	II. Grundlagen	177
	III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	177
	1. Umfang des Urlaubsanspruchs	178
	2. Urlaubsgewährung	179
	3. Übertragung des Urlaubsanspruchs	181
	4. Ausschluss der Abgeltung	181
	IV. Alternativer Regelungsvorschlag	182
J.	Arbeitsverhinderung – Anzeige- und Nachweispflichten	182
	I. Musterklausel	182
	II. Grundlagen	183
	III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	184
	1. Anzeige der Arbeitsverhinderung	184
	2. Erweiterte Informationspflicht des Arbeitnehmers	184
	3. Pflicht zur Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung	185
	4. Pflicht zur Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung bei Auslandsaufenthalt	186
	5. Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit.	186
K.	Behandlung und Herausgabe von Unternehmenseigentum	186
	I. Musterklausel	186
	II. Grundlagen	187
	III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	188
L.	Verschwiegenheitsklauseln/Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	189
	I. Musterklausel	189
	II. Grundlagen	189

III. Hinweise zur Vertragsgestaltung.	191
1. Allgemeine Pflicht zu Verschwiegenheit und Geheimnisschutz (Abs. 1).	192
2. Konkrete Definition von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (Abs. 2).	192
3. Sonstiges (Abs. 3 und 4)	194
M. Nebentätigkeitsverbote	194
I. Musterklausel.	194
II. Grundlagen	195
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung.	196
1. Grundkonzeption: Anzeigepflicht und Zustimmungsvorbehalt	196
2. Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich.	197
3. Sachgrund für Zustimmungserteilung	198
4. Widerruf	198
IV. Alternative Regelungsvorschläge	199
N. Vertragsstrafen	200
I. Musterklausel.	200
II. Grundlagen	201
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung.	202
1. Form: Eigene Überschrift und Fettdruck (§ 305c BGB)?	202
2. Definition der vertragsstrafenbewährten Pflichtverletzungen	202
3. Höhe der Vertragsstrafe	203
IV. Alternative Regelungsvorschläge	204
O. Wettbewerbsverbote	204
I. Einführung.	204
II. Vertragliches Wettbewerbsverbot	206
1. Musterklausel.	206
2. Grundlagen	206
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	208
a) Anwendungsbereich (Abs. 1 und 2)	209
b) Vertragsstrafe	209
4. Alternative Regelungsvorschläge	210
III. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	211
1. Musterklausel.	211
2. Grundlagen	212
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung	213
a) Form, § 74 Abs. 1 HGB	213
b) Weiter Umfang (Abs. 1): Geltungserhaltende Reduktion gem. § 74a Abs. 1 HGB	214
c) Karenzentschädigung (Abs. 2).	214

d) Vertragsstrafe (Abs. 3)	215
e) Ausnahme: Ausscheiden im Rentenalter	215
IV. Alternative Regelungsvorschläge	216
P. Erfindungen und technische Verbesserungsvorschläge	217
I. Musterklausel	217
II. Grundlagen	217
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	218
1. Weitgehend zwingende Geltung des ArbNErfG	218
2. Geltungsbereich des ArbNErfG	219
3. Diensterfindungen	219
4. Erfindungsmeldung	220
5. Inanspruchnahme	221
6. Vergütung	221
IV. Alternative Regelungsvorschläge	222
V. Anlagen zum Muster	226
Q. Urheberrechte und Rechte an verwandten Schutzrechten	231
I. Musterklausel	231
II. Grundlagen	232
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	233
1. Grundsätzliche Rechtszuordnung und Begriffsbestimmungen	233
2. Rechtsübertragung	234
3. Einzelne Nutzungsarten, Änderungen und Übertragungen	234
4. Schutzrechtsanmeldungen	235
5. Mitwirkungsverpflichtungen	235
6. Vergütung	236
7. Urheberpersönlichkeitsrechte	236
IV. Alternative Regelungsvorschläge	236
R. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	237
I. Musterklausel	237
II. Grundlagen	237
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	238
1. Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses	238
2. Keine Kündigung vor Arbeitsantritt	239
3. Probezeit	239
4. Ordentliche Kündigung und Kündigungsfristen	239
5. Außerordentliche Kündigung	240
6. Schriftform	240
7. Altersgrenze	240

IV. Alternative Regelungsvorschläge	241
1. Zeitliche Befristung	241
2. Zweckbefristung	243
3. Zeitliche und Zweckbefristung	243
4. Freistellung	244
5. Bezug einer Rente wegen vollständiger Erwerbsminderung	245
6. Belehrung über sozialversicherungsrechtliche Folgen	246
S. Schriftformklauseln	247
I. Musterklausel	247
II. Grundlagen	248
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	249
1. Schriftformklausel und Vorrang der Individualabrede (§ 305b BGB)	249
2. Unwirksamkeit wegen Irreführung des Vertragspartners?	250
3. Verhinderung betrieblicher Übung	250
4. Schriftformklauseln außerhalb von AGB	251
IV. Alternative Regelungsvorschläge	252
T. Ausschlussfristen	252
I. Musterklausel	252
II. Grundlagen	253
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	253
1. Zulässige Dauer der Ausschlussfrist	254
2. Der Beginn der Ausschlussfrist	254
3. Die Form der Geltendmachung	254
4. Die Reichweite von Ausschlussfristen	255
5. Hinweis auf Rechtsfolge der Ausschlussfrist	259
6. Die nur einseitig wirkende Ausschlussfrist	259
IV. Alternative Regelungsvorschläge	259
U. Vollständigkeitsklauseln	260
I. Musterklausel	260
II. Grundlagen	260
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	260
V. Aufrechnungsverbote	261
I. Musterklausel	261
II. Grundlagen	261
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	263
W. Regelungen zur Abtretung von Ansprüchen	264
I. Musterklausel	264
II. Grundlagen	264
III. Hinweise zur Vertragsgestaltung	265
IV. Alternative Regelungsvorschläge	266

X.	Mediationsklausel	268
I.	Musterklausel	268
II.	Grundlagen	269
III.	Hinweise zur Vertragsgestaltung	273
1.	Vertragstypen	273
2.	Unwirksamkeit wegen AGB-Verstoß?	273
Y.	Gerichtsstandsregelungen und Rechtswahl	274
I.	Musterklausel	274
II.	Grundlagen	274
III.	Hinweise zur Vertragsgestaltung	275
IV.	Regelungen zur Frage des anwendbaren Rechts	277
Z.	Salvatorische Klauseln	279
I.	Musterklausel	279
II.	Grundlagen	279
III.	Hinweise zur Vertragsgestaltung	280
1.	Salvatorische Klauseln in AGB	280
2.	Salvatorische Klauseln in Individualverträgen	282
IV.	Alternative Regelungsvorschläge	283
§ 4	Arbeitsvertragsgestaltung im „Arbeitsrecht 4.0“	285
A.	Einführung	285
B.	Flexibilisierung des Arbeitsorts	287
I.	Home-Office Vereinbarung	287
1.	Musterklausel	287
2.	Grundlagen	289
3.	Hinweise zur Vertragsgestaltung	290
a)	Arbeitsort	290
b)	Arbeitszeit	292
II.	Mobile-Office-Vereinbarung	295
1.	Musterklausel	295
2.	Grundlagen	297
3.	Hinweise zur Vertragsgestaltung	298
a)	Arbeitsort	298
b)	Arbeitszeit	298
C.	Flexibilisierung der Arbeitszeit	299
1.	Flexibilisierung der Dauer der Arbeitszeit	299
a)	Arbeit auf Abruf	300
aa)	Musterklausel	300
bb)	Grundlagen	300
cc)	Hinweise zur Vertragsgestaltung	301

b)	Befristete Arbeitszeiterhöhungen	304
aa)	Musterklausel	304
bb)	Hinweise zur Vertragsgestaltung	304
c)	Widerrufsvorbehalte	305
aa)	Musterklausel	305
bb)	Hinweise zur Vertragsgestaltung	306
d)	Rahmenverträge	306
aa)	Musterklausel	307
bb)	Hinweise zur Vertragsgestaltung	307
e)	Nullstundenverträge.	308
aa)	Musterklausel	308
bb)	Hinweise zur Vertragsgestaltung	308
2.	Flexibilisierung der Lage der Arbeitszeit	310
a)	Vertrauensarbeitszeit	310
aa)	Musterklausel	310
bb)	Hinweise zur Vertragsgestaltung	311
b)	KAPOVAZ-Abrede	312
aa)	Musterklausel	312
bb)	Grundlagen	312
cc)	Hinweise zur Vertragsgestaltung	313
c)	Arbeitszeitkonten	314
aa)	Musterklausel	314
bb)	Grundlagen	315
cc)	Hinweise zur Vertragsgestaltung	317
D.	Steuerung des Weisungsrechts	318
1.	Agiles Arbeiten – Verzicht auf Weisungsrecht	318
a)	Musterklausel.	318
b)	Grundlagen	318
c)	Hinweise zur Vertragsgestaltung	319
2.	Matrixklauseln	320
a)	Musterklausel.	320
b)	Grundlagen	320
c)	Hinweise zur Vertragsgestaltung	321
§ 5	Anhang Vertragsmuster	323
A.	Unbefristeter Arbeitsvertrag ohne Tarifbindung	323
B.	Unbefristeter Arbeitsvertrag mit Tarifbindung	334
C.	Befristeter Arbeitsvertrag ohne Tarifbindung	342
D.	Zweckbefristeter Arbeitsvertrag mit Tarifbindung	349
E.	Unbefristeter Arbeitsvertrag ohne Tarifbindung in englischer Sprache.	354
	Stichwortverzeichnis	365

Autoren

1. Dr. Henning Reitz

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

2. Christoph Frieling, LL.M. (UEA)

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Corporate Counsel bei der Merck KGaA

3. Dr. Michael Heinrich

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

4. Dr. Daniel Klösel

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

5. Dr. Thilo Mahnhold

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

6. Claudia Schramm, LL.M. Eur.

Rechtsanwältin, JUSTEM Rechtsanwälte, Frankfurt a.M.

7. Dr. Julia Schweitzer

Rechtsanwältin und Fachanwältin Arbeitsrecht, Associated Partner bei JUSTEM Rechtsanwälte, Frankfurt a.M.

Literaturverzeichnis

- Antomo*, Aufwind für internationale Gerichtsstandsvereinbarungen – Inkrafttreten des Haager Übereinkommens, NJW 2015, S. 2919 ff
- Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 5. Auflage 2017
- 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, 6. Auflage 2017
- 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 Tagelöhnertum?, 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, 2. Auflage 2019
- Däuber/Bonin/Deinert*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: AGB im Arbeitsrecht, 4. Auflage 2014
- Dendorfer/Krebs*, KonfliktDynamik 2012, 215
- Duve/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, 2. Auflage 2011
- 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
- Greger/Unberath*, MediationsG, Recht der alternativen Konfliktlösung, 1. Auflage 2012
- Grobys/Panzer-Heemeier*, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Auflage 2017
- 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 I: Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarungen, ArbRAktuell 2014, 215
- 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, 1. Auflage 2017
- Henssler/Moll*, AGB-Kontrolle vorformulierter Arbeitsbedingungen, 1. Auflage 2011
- 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, 9. Auflage 2018
- Hümmerich/Reufels*, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 4. Auflage 2019
- 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
- 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, 4. Auflage 2018

- 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
- Lindemann*, Flexibilisierung der Arbeitszeit und ihre Grenzen, ArbRAktuell 2013, 561
- Lingemann*, Strenge Schriftform für Arbeitsverträge durch die Hintertür!, NZA 2018, 889
- Lingemann/Kieczka*, 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, 2. Auflage 2016
- Maschmann*, Das Weisungsrecht im Matrix-Konzern, NZA 2017, 1557
- Mengel*, Compliance und Arbeitsrecht, 1. Auflage 2009
- Mestwerdt*, Feinjustierung oder Neuausrichtung? – Aktuelle Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur vertraglichen Ausgestaltung von Sonderzahlungen, ArbRAktuell 2012, 547
- Moll*, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017
- Mückl/Butz*, Fremdsprache als arbeitsrechtliches Risiko, ArbRAktuell 2013, 34
- Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 1. Auflage 2019
- Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019
- Neufeld/Michels*, Arbeitsrechtliche Fragen des Einsatzes von Arbeitnehmern in Matrixstrukturen, KSzW 2012, 49

- Nistler*, Die Mediation, JuS 2010, 687
- Oberthür*, Die Arbeitssicherheit im Mobile Office, NZA 2013, 246
- Oetker*, Handelsgesetzbuch, 6. Auflage 2019
- Oetker/Preis/Rieble*, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004
- Olbrisch*, Mediation im Betrieb, AiB 2008, 577
- Palandt*, 78. Aufl 2019
- 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, 5. Auflage 2015
- 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/Kreikebohm/Giesen/Udsching*, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 51. Edition 2019
- Salamon*, Einseitige Leistungsbestimmungsrechte bei variablen Entgelten, NZA 2014, 465
- Salamon/Hoppe/Rogge*, Überstunden im Fokus der jüngeren Rechtsprechung, BB 2013, 1720
- Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 17. Auflage 2017
- Schaub/Schrader/Straube/Vogelsang*, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 13. Auflage 2019
- Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 5. Auflage 2017

- 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
- Vollmer*, Das revidierte Luganer Übereinkommen insbesondere im Verhältnis zwischen
Deutschland und der Schweiz, jM 2018, 266 ff.
- Westermann/Grunewald/Maier-Reimer*, Erman BGB, 15. Auflage 2017

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 Buches sollen zunächst einige allgemeine Anmerkungen zur Gestaltung von Arbeitsverträgen gemacht, der Arbeitsvertrag zu verwandten Vertragsverhältnissen abgegrenzt und einige generelle Tipps zur Vertragsgestaltung gegeben werden. 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. Die 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, 622, 623 BGB deutlich zeigt, ist der Arbeitsvertrag lediglich 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 – ist 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

2

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

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

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 überschrieben 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,² 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.³ 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. Die Abgrenzung zum „freien“ Dienstvertrag

- 4 In der Situation des „freien“ **Dienstvertrags** verpflichtet sich der Dienstnehmer ebenso wie der Arbeitnehmer im Fall eines Arbeitsvertrags 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.⁴ Eine rechtliche Einordnung kann hier schwierig 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.

2 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 und jetzt auch § 611a Abs. 1 S. 6 BGB n.F.

3 Schaub/Vogelsang, § 8 Rn 13.

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

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.⁵

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.⁶ 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.⁷ **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 Gesetze⁸ **neu eingefügten § 611a BGB**, der ausweislich der Gesetzesbegründung als „1:1 Kodifizierung“ der bisherigen Rechtsprechung⁹ gedacht ist,¹⁰ 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. Das 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 Inhalt, 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

⁵ Schaub/Vogelsang, § 8 Rn 21.

⁶ BAG v. 31.7.2014 – 2 AZR 422/13; BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

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 BGBl I 2017, S. 258 ff.

⁹ 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.

¹⁰ BT-Drucks 18/9232 S. 4.

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.¹¹

- 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 Entwicklungen¹² 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 noch neuen § 611a BGB neben einer schlichten Wiedergabe 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.¹³ Insoweit bleibt allerdings die weitere Entwicklung, insbesondere der Rechtsprechung der Arbeits- und auch Sozialgerichte abzuwarten.

11 Schaub/Vogelsang, § 8 Rn 23.

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

13 ErfK/Preis, § 611a, Rn 13.

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. Insoweit 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.

11

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.¹⁴ 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.

12

Zudem ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers typischerweise **fremdnützig**, während der freie, selbstständige Mitarbeiter auf eigene Rechnung und auf **eigenes wirtschaftliches Risiko** arbeitet.¹⁵ 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 EntgFG) weder Ansprüche auf bezahlten Urlaub noch auf eine Fortzahlung der Vergütung 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.

13

¹⁴ Schaub/Vogelsang, § 8 Rn 24.

¹⁵ Schaub/Vogelsang, § 8 Rn 25.

- 14 Weiter zeichnet sich der **Selbstständige** in der Regel auch dadurch aus, dass er **nicht nur einem „Herren“ dient** bzw. 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.¹⁶ 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.¹⁷ Daran hat auch § 611a BGB n.F. nichts geändert, der den Rechtsanwender letztlich weiterhin vor die Aufgabe stellt, anhand einer Gesamtbetrachtung¹⁸ 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).

Zu beachten ist dabei letztlich auch, dass es nach § 611a 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.¹⁹ Vereinfacht ausgedrückt: Ein Arbeitsverhältnis wird nicht nur deshalb zu einem freien Dienstverhältnis, weil es – etwa im Vertragstext – von den Parteien so bezeichnet wird.²⁰

16 BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06.

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

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

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

20 Siehe auch unter Rdn 3.

II. Die 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“.²¹ Gemeinsam ist beiden Vertragsarten, dass sowohl der Dienstnehmer als auch der Werkunternehmer tätig werden, um im Gegenzug zu ihrem 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**.²² 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.²³ 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.²⁴ Auch der Frage, für wie wahrscheinlich die Parteien den 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.²⁵ Je wahrscheinlicher der Eintritt des Erfolgs dagegen ist, desto eher kann eine werkvertragliche Verpflichtung angenommen werden.²⁶

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 dichteren Regulierung der **Arbeitnehmerüberlassung** weicht die Praxis hier verschiedentlich auf **werkvertragliche Gestaltungsmodelle**

21 BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02.

22 Schaub/*Vogelsang*, § 9 Rn 7.

23 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01.

24 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01.

25 Schaub/*Vogelsang*, § 9 Rn 7.

26 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01.

16

17

aus. Statt Arbeitnehmer i.S.d. AÜG zu überlassen, verpflichtet sich der Werkunternehmer hier i.d.R. gegenüber dem Besteller zur **Erbringung eines bestimmten Leistungserfolges** 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.²⁷ 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 ein 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.²⁸

- 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.

III. Die Abgrenzung zum Dienstvertrag des Organmitglieds

- 19 Das der Organstellung etwa eines Geschäftsführers oder Vorstands zugrundeliegende Vertragsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis, sondern materiell-rechtlich als **freier Dienstvertrag** zu qualifizieren.²⁹ Eine persönliche Abhängigkeit i.S.d. oben bereits beschriebenen Verständnisses des Arbeitnehmerbegriffs lässt sich auch nicht daraus ablei-

²⁷ Vgl. hierzu *ErfK/Wank*, § 1 AÜG Rn 18 ff.

²⁸ 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/Wank*, § 1 AÜG Rn 18 ff. und *Klösel/Klötzer-Asion/Mahnhold*, Contractor Compliance, 1. Kapitel Rn 6 ff.

²⁹ 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). Vgl. hierzu auch *Boemke*, Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 2018, S. 1 ff.

ten, dass das jeweilige Organ der Aufsicht eines Aufsichtsrats³⁰ oder den Weisungen der Gesellschafterversammlung³¹ unterliegt. Derartige Beschränkungen im Innenverhältnis zur Gesellschaft ändern nichts daran, dass die Organmitglieder im Außenverhältnis gerade Weisungsbefugnisse für die Gesellschaft ausüben³² und insoweit sozialer Gegenspieler der Arbeitnehmerschaft sind.³³

Zu einem **Fortbestehen arbeitsvertraglicher Regelungen trotz Bestellung zum Organ** 20 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.³⁴ 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.³⁵

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.³⁶ 21

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.³⁷ 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 be- 22

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

31 Für den Geschäftsführer einer GmbH siehe § 37 GmbHG.

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

33 Schaub/*Vogelsang*, § 14 Rn 3.

34 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.

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

36 Siehe hierzu *Boemke*, Aktuelles zum GmbH-Geschäftsführer aus arbeitsrechtlicher Sicht, RdA 2018, S. 1 ff.; *Commandeur/Kleinebrink*, Der Status des Geschäftsführers als Arbeitnehmer – Geschäftsführer als Subjekt unionsrechtlicher Schutzvorschriften, NZA-RR 2017, 449.

37 BAG v. 19.5.2010 – 5 AZR 253/09.

stimmt 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).³⁸

IV. Die 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.“³⁹ Folgt man diesem Verständnis, grenzt sich der Arbeitsvertrag bereits über das **Merkmal der Selbstständigkeit** vom Geschäftsbesorgungsvertrag ab.⁴⁰ 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.⁴¹ Beispielhaft zu nennen ist hier etwa die Pflicht zur Herausgabe des durch das Arbeitsverhältnis Erlangten analog § 667 BGB, Auskunft- und Rechenschaftspflichten analog § 666 BGB und vor allem auch Aufwendungsersatzansprüche des Arbeitnehmers analog § 670 BGB.⁴²

C. Die Form des Arbeitsvertrags

- 25** Neben der Frage der Bezeichnung des Vertrags und seiner Abgrenzung zu anderen Vertragsarten⁴³ stellt sich für den Gestalter eines Arbeitsvertrags auch die Frage, in welcher Form ein Arbeitsvertrag abzuschließen ist. Um es vorwegzunehmen: Man ist in dieser

³⁸ Vgl. hierzu ausführlicher § 2 Rdn 147 ff.

³⁹ BGH v. 25.4.1966 – VII ZR 120/65; Palandt/*Sprau*, § 675 BGB Rn 2 ff.

⁴⁰ Siehe dazu unter Rdn 4 ff.

⁴¹ ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn 103 f.

⁴² Hierzu und zu weiteren Beispielen ErfK/*Preis*, § 611a BGB Rn 104 m.w.N.

⁴³ Vgl. dazu oben unter Rdn 2 ff.

Frage sicher jedenfalls sehr gut beraten, den Arbeitsvertrag den üblichen Gepflogenheiten und auch gesetzlichen Vorgaben folgend stets in **schriftlicher Form** abzuschließen.

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 Arbeitsverhältnisses⁴⁴ 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 Schriftform (§ 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.⁴⁵ Auch diese bedarf nach Auffassung des BAG der Schriftform, um wirksam zu sein,⁴⁶ 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, 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.⁴⁷ 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.⁴⁸

28

44 ErfK/Müller-Glöge, § 623 BGB Rn 1.

45 BAG v. 25.10.2017 – 7 AZR 632/15.

46 Kritisch *Lingemann*, Strenge Schriftform für Arbeitsverträge durch die Hintertür!, NZA 2018, 889 ff.

47 BAG v. 25.10.2017 – 7 AZR 632/15.

48 *Lingemann*, Strenge Schriftform für Arbeitsverträge durch die Hintertür!, NZA 2018, 889 ff.

- 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 Dessen ungeachtet ist es in der Praxis üblich und schon zu Be- und **Nachweiszwecken** auch sehr sinnvoll, den Arbeitsvertrag ebenso wie spätere Änderungs- oder Ergänzungsvereinbarungen in **Schriftform** abzuschließen. Dadurch ist im Falle eines Streits über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses oder einzelne Arbeitsbedingungen sichergestellt, dass die Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien nachvollzogen werden können. Der Arbeitgeber ist nach § 2 Abs. 1 NachwG zudem ohnehin verpflichtet, die **wesentlichen Vertragsbedingungen spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich niederzulegen**. Diese Pflicht kann nach § 2 Abs. 4 NachwG entfallen, wenn und soweit dem Arbeitnehmer bereits zuvor ein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgehändigt wurde, der die in § 2 Abs. 1 bis 3 NachwG geforderten Angaben bereits enthält. Der Arbeitgeber kann also sprichwörtlich „zwei Fliegen mit einer Klappe“ schlagen, wenn er den Arbeitsvertrag schriftlich abschließt und hiermit (jedenfalls teilweise) seine **Pflichten aus dem Nachweisgesetz** erfüllen. Soweit der Arbeitsvertrag die nach § 2 Abs. 1 bis 3 NachwG erforderlichen Angaben allerdings nicht enthält, bestehen die Pflichten aus § 2 NachwG fort, so dass dann ggf. noch ein ergänzender Nachweis zu erfolgen hat, um die aus dem NachwG resultierenden Pflichten in vollem Umfang zu erfüllen.⁴⁹
- 31 Vielfach wird ein sorgfältig entworfener Arbeitsvertrag die erforderlichen Angaben jedoch jedenfalls weitestgehend enthalten. Soweit es nicht um den Abschluss eines Praktikantenvertrags⁵⁰ bzw. um einen geplanten Auslandseinsatz eines Arbeitnehmers⁵¹ geht, ergibt sich der notwendige Inhalt einer Niederschrift nach dem NachwG aus § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–10 NachwG. Die hier aufgeführten Angaben – wie z.B. Name und Anschrift der Vertragsparteien, Beginn und ggf. Dauer des Arbeitsverhältnisses, vereinbarte Arbeitszeit, Urlaubsanspruch und Kündigungsfristen – lassen sich i.d.R. unproblematisch bereits im Arbeitsvertrag unterbringen. Nicht nur, aber insbesondere mit Blick auf die in § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 und 6 NachwG geforderten Angaben („kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit“⁵² und „Zusammensetzung

49 ErfK/Preis, § 2 NachwG Rn 35.

50 Siehe dazu auch § 2 Abs. 1a NachwG.

51 Siehe dazu auch § 2 Abs. 2 NachwG.

52 ErfK/Preis, § 2 NachwG Rn 15 f.

und Höhe des Arbeitsentgelts⁵³) sollte im Einzelfall jeweils noch einmal hinterfragt werden, ob die Angaben im Arbeitsvertrag die Verpflichtungen aus dem NachwG bereits umfassend abdecken (ggf. auch durch Hinweis auf die einschlägigen Tarifverträge, Betriebs-/Dienstvereinbarungen⁵⁴) oder ob ggf. noch ein detaillierterer Nachweis in Ergänzung zum schriftlichen Arbeitsvertrag erforderlich ist.

Nicht vergessen werden darf schließlich auch die in § 3 NachwG vorgesehene Verpflichtung, dem Arbeitnehmer **auch spätere Änderungen** der wesentlichen Vertragsbedingungen spätestens einen Monat nach der jeweiligen Änderung schriftlich mitzuteilen. **32**

Die **Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Vorschriften des NachwG** hingegen sind überschaubar und praktisch wenig relevant: Da es sich bei der Nachweispflicht um eine **selbstständig einklagbare Nebenpflicht** aus dem Arbeitsverhältnis handelt,⁵⁵ kann der Arbeitnehmer zunächst natürlich auf Erfüllung seines Anspruchs bestehen und nötigenfalls auch klagen. Bei Nichterfüllung oder nicht ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Arbeitgeber kommen überdies **Sekundäransprüche** in Betracht: So sind grds. insbesondere auf § 280 BGB gestützte **Schadensersatzansprüche** des Arbeitnehmers denkbar. Die Tatsache, dass derartige Ansprüche in der gerichtlichen Praxis trotz häufig anzutreffender Vernachlässigung der Pflichten aus dem NachwG durch Arbeitgeber keine nennenswerte Rolle spielen, dürfte vor allem dadurch begründet sein, dass es häufig an einem kausal durch diese Pflichtverletzung verursachten und auch konkret bezifferbaren Schaden fehlt.⁵⁶ **33**

Nach einer – allerdings eher vereinzelt vertretenen – Auffassung soll dem Arbeitnehmer bei Nichterfüllung der Nachweispflicht zudem ein **Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich seiner Arbeitsleistung** zustehen.⁵⁷ Aus Sicht des Arbeitnehmers dürfte wegen der damit einhergehenden Risiken und des zu erwartenden Konflikts mit dem Arbeitgeber allerdings gut zu überlegen sein, ob man sich wirklich auf einen solch unsicheren Rechtsstandpunkt stellen will.

Schließlich kann die Nichterfüllung bzw. die nicht vollständige oder unrichtige Erfüllung der aus dem NachwG folgenden Pflichten **Auswirkungen auf die Beweislastverteilung** bzw. Beweiswürdigung in arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzungen haben, in denen Arbeitgeber und Arbeitnehmer um den genauen Inhalt des Arbeitsverhältnisses streiten.⁵⁸ **34**

53 ErfK/Preis, § 2 NachwG Rn 17 ff.

54 Siehe dazu § 2 Abs. 3 NachwG.

55 ErfK/Preis, § 2 NachwG Rn 38.

56 ErfK/Preis, § 2 NachwG Rn 38; siehe aber z.B. auch BAG v. 17.4.2002 – 5 AZR 89/01, wonach Sekundäransprüche in Betracht kommen, wenn der Arbeitgeber den nötigen Hinweis auf geltende Tarifverträge versäumt und dem Arbeitnehmer deshalb eine tarifliche Ausschlussfrist verborgen bleibt.

57 ErfK/Preis, § 2 NachwG Rn 40.

58 ErfK/Preis, § 2 NachwG Rn 41 ff.

D. Vertragssprache

I. Verständlichkeit der Sprache

- 35 Generell gilt, dass sich der Ersteller eines Vertrags – soweit möglich – um eine **einfache und leicht verständliche Sprache** bemühen sollte. Gerade bei der vertraglichen Abbildung komplexer juristischer Sachverhalte wird dies nicht immer umzusetzen sein, sollte aber dennoch stets Leitgedanke guter Vertragsgestaltung sein. Vermieden werden sollten nach Möglichkeit überlange Schachtelsätze, die das Lesen und das Verständnis des Vertrags erschweren und Auslegungsfragen nach sich ziehen können. Auch wenn dieser Appell wie eine Selbstverständlichkeit klingen mag, stößt man in der Praxis doch immer wieder auf abschreckende Beispiele. Manche Vertragsgestalter neigen dazu, ihre Vertragsentwürfe unnötig mit (pseudo-)juristischen Fachtermini anzureichern, über deren Inhalt sie sich bisweilen ganz offensichtlich ebenfalls nicht im Klaren sind. Auch dies kann schnell zu überflüssigen und leicht zu vermeidenden Auslegungsfragen und Unklarheiten im Vertrag führen.

II. Einheitliche Verwendung von Begrifflichkeiten

- 36 Es ist penibel darauf zu achten, dass **Begriffe im Vertrag einheitlich verwendet** werden. Es kann zu ungewollten und unangenehmen Auslegungsfragen führen, wenn unterschiedliche Begrifflichkeiten in den Vertrag eingeführt werden, obwohl eigentlich jeweils dasselbe gemeint ist. Gleichmaßen sorgt es für Verwirrung und Auslegungsschwierigkeiten, wenn derselbe Begriff im Vertrag für unterschiedliche Dinge verwendet wird, die Parteien insoweit jedoch eigentlich auch unterschiedliche Regelungen treffen wollen. Gerade bei **Vergütungsfragen** ist Derartiges in Arbeitsverträgen und – noch schlimmer – bisweilen auch in Sozialplänen zu beobachten, etwa wenn an einer Stelle vom „Bruttomonatsgehalt“, an anderer Stelle vom „monatlichen Grundgehalt“ die Rede ist und sich dann die Frage stellt, ob dies eine bewusste sprachliche Differenzierung oder lediglich eine sorglose Verwendung verschiedener Begriffe für ein und dieselbe Sache ist. Zu Irritationen kommt es auch, wenn Begrifflichkeiten wie „Bonus“, „Prämie“, „Provision“, „variable Vergütung“, etc. in unklarer, nicht einheitlicher Weise im Vertrag verwendet werden.

III. Verwendung von Fremdsprachen

- 37 Keine Vorgaben macht das deutsche Recht zur Frage, ob ein Arbeitsvertrag nur in deutscher oder ggf. **auch in einer Fremdsprache** geschlossen werden kann. Insbesondere folgt Derartiges auch nicht aus den Regelungen zur Amts- und Gerichtssprache in Deutschland (§ 23 Abs. 1 VwVfG, § 184 S. 1 GVG). Arbeitsverträge können daher grundsätzlich – sei es nun mündlich oder schriftlich – **in jeder beliebigen Sprache** ge-

geschlossen werden. Praktisch verbreitet sind in einer Fremdsprache gefasste Verträge – meist betrifft dies die englische Sprache – auf den höheren hierarchischen Ebenen in multinationalen Unternehmensgruppen. Ab einer gewissen Ebene ist das Englische (oder auch eine andere Fremdsprache) dort häufig Arbeits- und auch Vertragssprache. Verwendet werden bisweilen auch **zweisprachig (etwa Deutsch und Englisch) gefasste Verträge**, die dann zur Vermeidung von Auslegungszweifeln auch eine Regelung über das Verhältnis der beiden Versionen des Vertrags zueinander enthalten sollten (etwa in dem Sinne, dass die englische Fassung des Vertrags nur dazu dient, Vorgesetzten im Ausland ein Mitlesen der Vertragsbedingungen zu ermöglichen, am Ende aber die deutsche Fassung des Vertrags rechtlich maßgeblich sein soll).

Problematisch sind in der Praxis bisweilen die Fälle, in denen ein ggf. aus dem Ausland stammender, der deutschen Sprache nicht oder nur begrenzt mächtiger Arbeitnehmer einen in deutscher Sprache gefassten und evtl. noch dazu mit juristischen Termini gespickten Arbeitsvertrag unterzeichnet. Hier kann sich die Frage nach dem wirksamen Zustandekommen des Vertrags insgesamt bzw. nach der wirksamen Einbeziehung bestimmter Vertragsregelungen stellen, wenn der Arbeitnehmer den Vertrag unterzeichnet, obwohl er **sprachlich nicht in der Lage ist, die Regelungen des Vertrags zu verstehen**.

38

Nach Auffassung des BAG trägt allerdings grundsätzlich der Arbeitnehmer das sog. **Sprachrisiko**. In einer Entscheidung vom 19.3.2014 stellt das BAG etwa klar, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht etwa allein deshalb intransparent sind, weil sie nicht in der Muttersprache des Arbeitnehmers verfasst sind⁵⁹ und dass fehlende Kenntnisse der deutschen Sprache grundsätzlich weder den Zugang des auf Abschluss des Arbeitsvertrags gerichteten Arbeitgeberangebots hindern noch der Deutung einer Unterzeichnung des Vertrags als Annahmeerklärung entgegenstehen.⁶⁰ Zutreffend verweist das Gericht zur Frage des Zugangs des Arbeitgeberangebots darauf, dass sich der Gesetzgeber in § 130 BGB bewusst für die sog. **Empfangstheorie** und gegen die sog. Vernehmungstheorie entschieden hat. Es komme mit Blick auf die für den Zugang nötige Möglichkeit der Kenntnisnahme **nicht auf die individuellen Verständnismöglichkeiten des Empfängers an**. Im Interesse der Rechtssicherheit sei hier vielmehr zu generalisieren. Der sprachunkundige Arbeitnehmer stehe insoweit demjenigen gleich, der eine Urkunde ungelesen unterschreibt. Unbeachtlich war für das Gericht im Streitfall auch, dass die Vertragsverhandlungen zuvor in portugiesischer Sprache geführt worden waren.⁶¹

39

Das BAG stellt in der Entscheidung schlussendlich auch klar, dass dem Vertragsschluss und der Einbeziehung der hier in Rede stehenden Ausschlussfrist in den Vertrag auch die **Regelung des § 305 Abs. 2 BGB nicht entgegensteht**, nach der Allgemeine Geschäfts-

40

59 BAG v. 19.3.2014 – 5 AZR 252/12.

60 BAG v. 19.3.2014 – 5 AZR 252/12, Rn 38 ff.

61 BAG v. 19.3.2014 – 5 AZR 252/12, Rn 49 m.w.N.

bedingungen grds. nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn der Verwender deutlich auf sie hinweist und der anderen Partei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen.⁶² Dass dies so ist, folgt aus § 310 Abs. 4 S. 2 BGB, nach dem die in § 305 Abs. 2 und 3 BGB vorgesehenen Regelungen bei der Kontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen im Arbeitsrecht keine Anwendung finden.⁶³ Auch eine analoge Anwendung des § 305 Abs. 2 BGB scheidet nach Auffassung des BAG vor dem Hintergrund des klar entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens aus.⁶⁴

Zu erwähnen ist allerdings, dass in den hier angesprochenen Fällen unter Umständen die Möglichkeit einer **Anfechtung** bestehen kann, wenn etwa ein Arbeitgeber die fehlenden Deutschkenntnisse des Arbeitnehmers bewusst ausnutzt, um ihn zur Unterschrift unter den Vertrag zu bewegen.⁶⁵

E. Das Rubrum des Vertrags

- 41** Am Anfang der schriftlichen Ausarbeitung eines Vertrags – im sog. **Vertragsrubrum** – sollten sich neben der Überschrift des Vertrags („Arbeitsvertrag“) eine „Vorstellung“ bzw. **Einführung der Vertragsparteien** finden, damit der Leser des Vertrags sofort erfassen kann, zwischen welchen natürlichen bzw. juristischen Personen hier ein Schuldverhältnis begründet werden soll. Da der Name und die Anschrift der Vertragsparteien nach § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 NachwG in die nach dem Nachweisgesetz grundsätzlich zu fertigende Niederschrift aufzunehmen sind und der Arbeitgeber seine Pflichten nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 des NachwG (teilweise) auch durch Aushändigung eines schriftlichen Arbeitsvertrags erfüllen kann,⁶⁶ empfiehlt es sich, neben der Firma (§ 17 Abs. 1 HGB) des Arbeitgebers bzw. Vor- und Zunamen der Vertragsparteien auch die jeweilige Anschrift im Vertrag zu erfassen. Auch die Rechtsform des Arbeitgebers ist zu nennen.⁶⁷
- 42** Zugleich sollten Kurzbezeichnungen für die Arbeitsvertragsparteien eingeführt werden. Hier sind verschiedene Möglichkeiten denkbar: So wird die Arbeitgeberseite in der Praxis meist als „der Arbeitgeber“ bzw. „die Arbeitgeberin“, „die Firma“, „das Unternehmen“ oder etwa auch „die Bank“ bezeichnet. Auch für die Arbeitnehmerseite finden sich insoweit unterschiedliche Varianten: Diese wird praktisch häufig als „Arbeitnehmer(in)“, als „Mitarbeiter(in)“ oder „Beschäftigte(r)“ bezeichnet.

62 BAG v. 19.3.2014 – 5 AZR 252/12, Rn 54 ff.

63 Siehe hierzu auch § 2 Rdn 57 ff.

64 BAG v. 19.3.2014 – 5 AZR 252/12, Rn 56.

65 Mückl/Butz, Fremdsprache als arbeitsrechtliches Risiko, ArbR 2013, 34 ff.

66 Siehe hierzu bereits unter Rdn 30 ff.

67 ErfK/Preis, § 2 NachwG Rn 11.

Auch wenn dies keinesfalls zwingend ist und eine andere Bezeichnung allein an der Natur des Vertragsverhältnisses nichts ändert, empfiehlt es sich bei beabsichtigter Gestaltung eines Arbeitsvertrages, die Parteien dann auch zutreffend als „Arbeitgeber(in)“ und „Arbeitnehmer(in)“ zu bezeichnen, insoweit also die zur gewollten Vertragsart passenden und rechtlich zutreffenden Bezeichnungen zu wählen. Im Falle einer etwaigen Unklarheit über die gewollte Natur des Vertrags spricht dann bereits die Bezeichnung der Vertragsparteien als eines von möglicherweise vielen in Betracht kommenden Indizien dafür, dass die Parteien den Abschluss eines Arbeitsvertrags gewollt haben. In jedem Fall sollte eines unbedingt beherzigt werden: Hat man sich einmal für eine Variante der Bezeichnung der Vertragsparteien entschieden, ist diese einheitlich durch den gesamten Vertragstext hindurch zu verwenden.

F. Formale Gestaltung und Struktur des Vertrags im Übrigen

Sind die Parteien im Rahmen des Rubrums vorgestellt, kann der Vertragsgestalter mit der inhaltlichen Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen beginnen. Auch hierzu sollen einige Tipps gegeben werden, die keineswegs in jedem Fall sklavisch zu beachten sind, aber doch in aller Regel eine bessere Lesbarkeit und Übersichtlichkeit des Vertrags gewährleisten:

43

I. Reihenfolge der Regelungen

Was die **Reihenfolge** der in den Arbeitsvertrag aufzunehmenden Regelungen angeht, ist es sehr sinnvoll und auch praxisüblich, mit der **Regelung der Hauptleistungspflichten** zu beginnen. Zu regeln sind damit zunächst insbesondere Inhalt (Funktion) und Umfang (Arbeitszeit) der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung gemeinsam mit solchen Regelungen, die – ggf. über das ohnehin bestehende Direktionsrecht (§ 106 GewO) hinaus – insoweit ein gewisse Flexibilisierung ermöglichen sollen (z.B. ein Versetzungsvorbehalt). Im nächsten Schritt sollte regelmäßig das vom Arbeitgeber als Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung **gezahlte Entgelt** geregelt werden. Bisweilen genügt hier – etwa bei gewerblichen Arbeitnehmern – eine kurze Niederlegung des monatlich oder pro Arbeitsstunde geschuldeten Lohns. In komplexeren Fällen finden sich hier umfangreiche Regelungen zu unterschiedlichen, ggf. variablen Vergütungsbestandteilen und eventuell auch zu Möglichkeiten des Arbeitgebers, diese im Laufe des Arbeitsverhältnisses wieder einstellen oder ändern zu können (wie etwa Freiwilligkeits-, Widerrufsvorbehalte, Änderungsvorbehalte etc.).

44

Sind diese für die Arbeitsvertragsparteien zentralen Fragen geregelt, kann sich der Vertragsgestalter den übrigen Regelungen des Vertrags zuwenden. Eine bestimmte Reihenfolge ist spätestens hier keinesfalls mehr einzuhalten. Eine Möglichkeit der sachlich logischen Aneinanderreihung ist hier sicher auch ein chronologisches Vorgehen dergestalt,

45

dass zunächst die im Laufe des Arbeitsverhältnisses noch relevanten (Neben-)Pflichten geregelt werden, bevor man zu Regelungsfragen kommt, die sich typischerweise oder ausschließlich erst im Zusammenhang mit der (beabsichtigten) Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergeben (wie etwa Kündigungsfristen oder Klauseln über die Rückgabe von Unternehmenseigentum im Fall der Vertragsbeendigung).

II. Strukturierung des Vertragstextes

- 46 Selbstverständlich sollte ein Vertrag nicht in Form eines strukturlosen Fließtextes verfasst werden. Die verschiedenen Regelungen des Vertrags sind vielmehr unter sachlichen Gesichtspunkten jeweils zu eigenständigen Regelungsgruppen zusammenzufassen. Der Vertrag als solcher ist durch **Verwendung von Paragraphen und Absätzen** so zu strukturieren, dass an anderer Stelle gezielt auf eine bestimmte Vertragsregelung (etwa: „§ 2 Abs. 1 dieses Vertrags“) verwiesen werden kann.

Dem jeweiligen Paragraphen ist eine aussagekräftige und zum Inhalt der darunter stehenden Regelung(en) passende Überschrift voranzustellen. Nichtssagende Überschriften (wie etwa „Sonstiges“ oder „Sonderregelungen“) sollten – schon unter Transparenzgesichtspunkten – vermieden werden.

- 47 Die **Seiten des Vertrags sind durchnummerieren**. Schlussendlich hilft es dem Leser eines Vertrags, wenn beim Layout und Ausdruck des Vertrags ein einheitliches, „ruhiges“ und angenehm lesbares Schriftbild verwendet wird.

III. Drucktechnische Hervorhebungen

- 48 Erwähnt sei bereits hier, dass es gerade vor dem Hintergrund einer AGB-Kontrolle nötig sein kann, bestimmte Regelungen im Arbeitsvertrag – etwa durch **Nutzung des Fettdrucks oder durch Unterstreichung – drucktechnisch hervorzuheben**. Gemäß § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Klauseln in diesem Sinne liegen dann vor, wenn ihnen ein „**Überrumplungseffekt**“ innewohnt, weil sie eine Regelung beinhalten, mit der der Vertragspartner den Umständen nach nicht zu rechnen brauchte.⁶⁸ Das Überraschungsmoment kann sich dabei auch aus dem Erscheinungsbild des Vertrags ergeben, so dass auch die Regelung einer bestimmten Frage an unerwarteter oder unübersichtlicher Stelle im Vertrag als überraschende Klausel zu qualifizieren sein kann.⁶⁹ Ein Überraschungseffekt ist nach Auffassung des BAG in diesem Zu-

⁶⁸ BAG v. 21.6.2011 – 9 AZR 203/10.

⁶⁹ BAG v. 21.6.2011 – 9 AZR 203/10.

sammenhang umso eher zu bejahen, je belastender die Bestimmung ist.⁷⁰ Um dem Vorwurf einer Übertreibung zu entgehen, muss der Verwender entweder besonders auf die jeweilige Regelung hinweisen oder sie drucktechnisch hervorheben.⁷¹

G. Gelegenheiten zur Aktualisierung des Vertrags im laufenden Arbeitsverhältnis

In der rechtsberatenden Praxis erlebt man es immer wieder, dass – auch etliche Jahre nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 1.1.2002 und dem damit einhergehenden Wegfall der früheren Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht – Arbeitsleistungen auf Grundlage von Verträgen erbracht werden, die schon seit Langem **nicht mehr den rechtlichen Anforderungen genügen**. Konfrontiert man die für die Pflege der Verträge verantwortlichen Arbeitgeber bzw. die häufig letztverantwortlichen Personalabteilungen mit diesem Umstand, wird oft entschuldigend darauf verwiesen, dass es praktisch ausgesprochen schwierig ist, einen einmal geschlossenen Arbeitsvertrag inhaltlich zu verändern, um ihn z.B. an den aktuellen Stand der Rechtsprechung zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen anzupassen.

49

Dem ist (in Teilen) leider zustimmen: Ein Arbeitnehmer wird den Wunsch seines Arbeitgebers nach einer **Anpassung des Vertrags an zwischenzeitlich geänderte rechtliche Rahmenbedingungen** zumeist schon deshalb ablehnen, weil sich die **Unwirksamkeit einzelner Vertragsbedingungen häufig zu seinen Gunsten auswirkt**. So hat z.B. ein Arbeitnehmer sicher wenig Interesse daran, dass ein bisher im Vertrag enthaltener, unwirksamer Widerrufsvorbehalt durch eine rechtmäßige, den Anforderungen der neueren Rechtsprechung entsprechende Regelung ersetzt wird, die dem Arbeitgeber künftig den Widerruf einer vertraglichen Leistung in rechtskonformer Weise ermöglichen würde. Auch bei Regelungen, deren Unwirksamkeit auf den ersten Blick beide Vertragsparteien tangiert, ist es häufig allein der Arbeitgeber in seiner Rolle als Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der ein Interesse an einer Aktualisierung der vertraglichen Abreden hat: Entspricht etwa die vertragliche Regelung einer Ausschlussfrist nicht mehr den Anforderungen der Rechtsprechung, so trifft dies den Arbeitgeber, weil er sich ggf. – bis zur Grenze der Verjährung – einer nicht zeitlich beschränkten Inanspruchnahme durch den Arbeitnehmer ausgesetzt sieht. Will dagegen der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer aus länger zurückliegenden Vorgängen in Anspruch nehmen, so kann er sich diesem gegenüber als Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingung gerade nicht auf deren Unwirksamkeit berufen, weil die gesetzlich vorgesehene Inhaltskontrolle den Klauselverwender nicht vor sich selbst bzw. vor der Unwirksamkeit der von ihm selbst

70 BAG v. 21.6.2011 – 9 AZR 203/10.

71 Vgl. BAG v. 23.2.2005 – 4 AZR 139/04 sowie die Erläuterungen unter § 2 Rdn 58 ff.