



Whitepaper:

Typische Regelungen im Arbeitsvertrag

Hamburg, 25. Oktober 2020





I. Inhalt

I.	Inhalt	1
1.	Arbeitsort und Tätigkeit	1
2.	Kündigung vor Arbeitsbeginn	2
3.	Probezeit	2
4.	Arbeitszeit	2
5.	Vergütung	3
a)	Widerrufsvorbehalte	3
b)	Freiwilligkeitsvorbehalte, Ausschluss der betrieblichen Übung	4
c)	Überstundenausgleich	4
d)	Variable Vergütung	6
e)	Dienstwagen	6
6.	Wettbewerbsverbot und Nebentätigkeiten	6
7.	Geheimhaltung	6
8.	Befristungen	7
9.	Kündigung	7
10.	Vertragsstrafen	7
11.	Fortbildungs- und Rückzahlungsvereinbarungen	8
12.	Ausschlussfristen bzw. Verfallsklauseln	8
13.	Schriftformerfordernis	9

Derzeit gibt es ca. 42 Millionen Arbeitsverträge in Deutschland. Die wenigsten davon sind vollständig und mangelfrei. Nachfolgend werden die typischen Regelungen in Arbeitsverträgen dargestellt, sowie die jeweils damit verbundenen Standardprobleme.

1. Arbeitsort und Tätigkeit

Jeder Arbeitsvertrag regelt den Arbeitsort und die vereinbarte Tätigkeit. Insoweit sind insbesondere zwei Aspekte zu beachten:

Die Reichweite der Vereinbarung. Je weiter die Vereinbarung ist, desto flexibler ist der Arbeitgeber. Ist etwa vereinbart, dass ein Arbeitnehmer in „Hamburg“ als „Filialmitarbeiter“ eingestellt wird, dann kann der Mitarbeiter grundsätzlich in jeder Hamburger Filiale eingesetzt und ihm jede Tätigkeit zugewiesen werden. Wird ein Mitarbeiter als „Kassierer“ in der „Filiale 17 in der Bahnhofstraße“ eingestellt, dann kann er weder als Kundenberater noch in einer anderen Filiale eingesetzt werden. Der Nachteil für den Arbeitgeber liegt darin, dass dadurch zahlreiche Arbeitnehmer austauschbar werden. Das wirkt sich immer dann nachteilhaft aus, wenn es auf die Austauschbarkeit von Arbeitnehmern ankommt – vor allem bei betriebsbedingten Kündigungen. Entscheidet ein Arbeitgeber etwa, die Filiale 17 zu schließen, könnte er im zweiten Fall relativ problemlos alle Mitarbeiter der Filiale 17 entlassen. Im ersten Fall wäre eine Sozialauswahl unter allen Mitarbeitern durchzuführen, die in die Filiale 17 versetzt werden können – was die Kündigung deutlich erschwert.

Die Wirksamkeit und Reichweite von Versetzungsklauseln. In zahlreichen Arbeitsverträgen befinden sich Versetzungsklauseln. Diese sind jedoch unwirksam, wenn sie inhaltlich nicht oder nur auf „zumutbare“



Tätigkeiten beschränkt sind.¹ Vielmehr muss klargestellt sein, dass die Versetzungsmöglichkeit auf gleichwertige Tätigkeiten beschränkt ist. Fehlt ein solcher Hinweis, ist die Klausel insgesamt unwirksam.

Merke: Je weiter die Versetzungsklausel, desto schwieriger werden betriebsbedingte Kündigungen!

2. Kündigung vor Arbeitsbeginn

Angenommen, ein Arbeitsvertrag wird am 17. März unterschrieben. Das Arbeitsverhältnis soll am 1. Juli beginnen. Im April findet der Arbeitnehmer durch Zufall eine bessere Alternative. Kann er schon vor Beginn des Arbeitsverhältnisses kündigen?

Die Kündigungsmöglichkeit vor Dienstantritt kann im Arbeitsvertrag ausgeschlossen werden. Dann ist der erste Arbeitstag der erste Tag, an dem wirksam eine Kündigungserklärung abgegeben werden kann. Andernfalls gilt nach der Rechtsprechung, wenn eine Probezeit vereinbart ist, die Kündigungsfrist der Probezeit auch schon vor Beginn des Arbeitsverhältnisses. Das heißt im Beispiel: Ggf. könne der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis auch im Juni noch zum 30. Juni kündigen, sodass das Arbeitsverhältnis am 1. Juli nicht beginnt.

Merke: Probezeitkündigungen sind vor Beginn des Arbeitsverhältnisses möglich!

3. Probezeit

Im Volksmund spricht man nur von der „Probezeit“ und meint damit meistens die „Wartezeit“ nach § 1 Abs. 1 KSchG. „Wartezeit“ bedeutet, dass ein Arbeitnehmer erst dann nach dem Kündigungsschutzgesetz geschützt wird, wenn das Arbeitsverhältnis sechs Monate bestanden hat. Das gilt generell, die Wartezeit muss nicht vertraglich vereinbart werden. „Probezeit“ bedeutet lediglich, dass die Kündigungsfrist auf zwei Wochen statt vier Wochen zum 15. eines Monats bzw. Monatsende verkürzt wird (§ 622 Abs. 2 BGB). Insofern sollten die Vertragsparteien darauf achten, genau zu regeln, was sie meinen, vor allem im umgekehrten Fall: Wenn die „Probezeit“ ausgeschlossen werden soll.

4. Arbeitszeit

In Bezug auf die Arbeitszeit gibt es üblicherweise folgende zu beachtende Aspekte:

Zum einen die **Lage der Arbeitszeit**. Diese kann grundsätzlich der Arbeitgeber nach billigem Ermessen festlegen, also von Montag bis Samstag (§ 106 GewO). Es ist also aus Arbeitgebersicht ein Fehler bzw. Nachteil, die Lage

¹ BAG 25.08.2010 - 10 AZR 275/09



der Arbeitszeit weiter zu spezifizieren, etwa auf bestimmte Tage oder gar Uhrzeiten. Daran ist der Arbeitgeber ggf. gebunden.

Zum anderen das Recht, **Überstunden anzuordnen**. Insoweit ist zu beachten: Die Frage, ob Überstunden angeordnet werden dürfen, ist zu trennen von der Frage ob/wie diese auszugleichen sind. Ohne eine Rechtsgrundlage dürfen keine Überstunden angeordnet werden. Selbstverständlich kann ein Arbeitnehmer sie leisten, wenn er damit einverstanden ist.

Schließlich stellt sich die Frage, ob Arbeitszeit durch ein **Arbeitszeitkonto** flexibilisiert werden kann. Auch das ist grundsätzlich nicht möglich. Ein Arbeitszeitkonto bedarf einer Rechtsgrundlage. In Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und auch Arbeitsverträgen können Arbeitszeitkonten vereinbart werden, in denen Plus- und auch Minusstunden angesammelt werden können.

Reisezeiten sind grundsätzlich vergütungspflichtige Arbeitszeit, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist.

Auch **Bereitschaftsdienst** ist vergütungspflichtige Arbeitszeit, **Rufbereitschaft** hingegen nicht. Der Übergang ist fließend. Bereitschaftsdienst liegt vor, wenn man sich unmittelbar im Umkreis des Arbeitsplatzes aufhalten muss, um die Arbeit jederzeit aufnehmen zu können. Will der Arbeitgeber Bereitschaftsdienst nicht oder nicht vollständig vergüten, bedarf das einer Zusatzvereinbarung. In jedem Fall ist bei der Berechnung der Mindestlohnkonformität der Vergütung Bereitschaftsdienstzeit zu berücksichtigen. Rufbereitschaft bedeutet nur, dass man erreichbar sein muss, aber nicht in unmittelbarer Nähe des Arbeitsplatzes. Rufbereitschaft ist grundsätzlich nicht zu vergüten.

Schließlich ist zu beachten, dass das **Arbeitszeitgesetz** auf jeden Fall einzuhalten ist. Danach beträgt etwa die generelle Höchstarbeitszeit 10 Stunden am Tag bzw. im 6-Monats-Durchschnitt 8 Stunden am Tag (§ 3 ArbZG) und es sind Pausenzeiten (30 Minuten bei 6- bis 9-stündiger Arbeit) einzuhalten. Diese Regelungen dienen nicht nur dem Arbeitnehmer, sondern der Gesellschaft: Sie bezwecken den Gesundheitsschutz von Arbeitnehmern und verfolgen deshalb ein gesellschaftliches Interesse. Sie sind deshalb auch dann zu beachten, wenn der Arbeitnehmer sie selbst nicht einhalten möchte.

5. Vergütung

In Bezug auf die Vergütung sind die typischen Probleme folgende:

a) **Widerrufsvorbehalte**



Häufig werden Leistungen vertraglich zugesagt, aber zugleich als „widerruflich“ oder „freiwillig“ bezeichnet. An solche Klauseln stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen. So sind etwa Klauseln wirksam, die eine Leistung als „freiwillig“ und zugleich „widerruflich“ bezeichnen, weil das ein Widerspruch ist: Auf eine „freiwillige“ Leistung besteht kein Anspruch, der „widerrufen“ werden könnte.²

Widerrufsvorbehalte müssen **klar und verständlich** sein. Ein Arbeitnehmer muss wissen, was „auf ihn zukommt“.³ Bislang ist nicht abschließend geklärt, wie präzise die Gründe für einen Widerruf angegeben werden müssen, um diesem Maßstab zu genügen. Teilweise verlangt das Bundesarbeitsgericht, dass ein konkreter Sachgrund angegeben werden muss⁴, überwiegend verlangt es jedoch nur, dass die Richtung angegeben wird (etwa „wirtschaftliche Gründe“⁵ bzw. eine „wirtschaftliche Notlage“⁶). Ein Widerrufsrecht nach „freiem Ermessen“ oder „jederzeit und ohne Angabe von Gründen“ kann jedenfalls nicht wirksam vereinbart werden.⁷

Leistungen im Kernbereich des Arbeitsverhältnisses können nicht unter Widerrufsvorbehalt gestellt werden, weil das die Regelungen des Kündigungsrechts umginge.⁸ Das bedeutet insbesondere, dass der widerruflich gewährte Anteil der Gesamtvergütung **unter 25 % des Gesamtverdienstes** liegen muss.⁹ Ungeklärt ist bislang, ob diese Grenze auch bei Spitzenverdienern gilt.¹⁰

Merke: Für Widerrufsvorbehalte gelten strenge Wirksamkeitsanforderungen!

b) Freiwilligkeitsvorbehalte, Ausschluss der betrieblichen Übung

Viele Arbeitsverträge enthalten die Regelung, dass zusätzlich gewährte Leistungen freiwillig sind und keine betriebliche Übung begründen. Diese Klauseln sollten gewährleisten, dass etwa keine betriebliche Übung entsteht, wenn mehrfach ein Weihnachtsgeld geleistet wird. Solche Klauseln sind unwirksam. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt kann nicht wirksam generell erklärt werden, sondern nur jeweils einzelfallbezogen, etwa im Mitarbeiteranschreiben zu einem geleisteten Weihnachtsgeld.

c) Überstundenausgleich

² BAG 14.09.2011 – 10 AZR 526

³ BAG 12.01.2005 – 5 AZR 364/04

⁴ BAG 19.12.2006 – 9 AZR 294/06

⁵ BAG 24.1.2017 – 1 AZR 774/14

⁶ BAG 24.1.2017 – 1 AZR 774/14

⁷ LAG Düsseldorf 10.09.2014 – 12 Sa 505/14

⁸ BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05

⁹ BAG 11.10.2006 – 5 AZR 721/05

¹⁰ Bejahend: LAG Baden-Württemberg 14.01.2013 – 1 Sa 27/12



Häufig ist der Ausgleich von Überstunden streitig. Insofern sind drei Fragen zu unterscheiden: (1) Wurden Überstunden geleistet? (2) Wurden diese angeordnet? (3) Ist eine wirksame Überstundenabgeltungsklausel vereinbart? und (4) Ist ein Freizeitausgleich möglich oder muss eine Auszahlung in Geld erfolgen?

Zunächst ist zu klären, ob überhaupt Überstunden geleistet wurden. Unproblematisch ist dies, wenn ein Arbeitszeitsystem praktiziert wird. Andernfalls trägt die Darlegungs- und Beweislast der Arbeitnehmer. Er muss dabei konkret die **Arbeitszeiten** darlegen, die er geleistet haben will, und diese zumindest grob **plausibilisieren**. Dann muss der Arbeitgeber konkret erklären, welche Behauptungen davon unzutreffend sind.

Ferner müssen Überstunden grundsätzlich angeordnet worden sein. Ein Arbeitnehmer kann sich nicht einseitig durch freiwillige Mehrarbeit auf Kosten des Arbeitgebers bereichern. Da jedoch ausdrückliche Weisungen in der Praxis unüblich sind, genügt es, wenn der Arbeitgeber Überstunden **wissentlich duldet**.

Schließlich ist zu prüfen, ob eine wirksame **Überstundenabgeltungsklausel** im Arbeitsvertrag ist. Die meisten Überstundenabgeltungsklauseln sind unwirksam. Die Voraussetzungen, wann sie unwirksam sind, sind noch nicht abschließend geklärt. Jedenfalls müssen Klauseln erkennen lassen, wie viele Überstunden abgegolten sind. Das kann entweder durch eine Begrenzung der zu leistenden Überstunden¹¹ oder durch eine Begrenzung der Reichweite der Abgeltung erreicht werden, wobei insoweit 10 % bis 25 % der Grundvergütung vertreten werden. Wirksam sind Überstundenabgeltungsklauseln jedenfalls bei Gutverdienern, die oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze zur Rentenversicherung verdienen (Westdeutschland 2020: EUR 82.800,00). Bei allen anderen Arbeitnehmern ist nur in einem bestimmten Umfang möglich, Überstunden mit dem Grundgehalt abzugelten. In welcher Höhe ist noch nicht abschließend entschieden.

Schließlich stellt sich die Frage, ob Überstunden auch durch **Freizeitausgleich** abgegolten werden können. Das ist grundsätzlich nicht der Fall. Das Grundprinzip des Arbeitsrechts ist „*Arbeit gegen Geld*“ – auch bei Überstunden. Nur ausnahmsweise, wenn das vertraglich geregelt ist, kann ein Ausgleich durch Freizeit erfolgen, etwa wenn ein Arbeitszeitkonto vereinbart worden ist.

Merke: Überstunden sind zu vergüten, wenn sie nachweisbar geleistet, angeordnet oder wissentlich geduldet wurden und weder eine wirksame Überstundenabgeltungsklausel noch ein Freizeitausgleich vereinbart worden ist.

d) Variable Vergütung

¹¹ BAG 16.05.2012 – 5 AZR 331/11



Häufig kommt es auch zu Streit über die Vergütung vereinbarter variabler Vergütungsbestandteile. Das Thema variable Vergütung stelle ich in einem separaten Artikel dar.

e) **Dienstwagen**

Zu Dienstwagenvereinbarungen siehe mein separater Artikel.

6. **Wettbewerbsverbot und Nebentätigkeiten**

In der Regel enthalten Arbeitsverträge Klauseln, nach denen eine **Nebentätigkeit der Zustimmung** des Arbeitgebers bedarf. Grundsätzlich sind solche Klauseln wirksam. Sie dürfen jedoch nicht absolut, also in jedem Fall Nebentätigkeiten verbieten. Vielmehr müssen Sie klarstellen, dass der Arbeitgeber die Zustimmung erteilen muss, wenn kein betriebliches Interesse entgegensteht.¹²

Von der Nebentätigkeit zu unterscheiden ist das **Konkurrenzverbot**. Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses nicht mit dem Arbeitgeber in Konkurrenz treten darf, also etwa nicht für Konkurrenten tätig oder als Selbstständiger im Bereich des Arbeitgebers tätig sein darf. Dieses Wettbewerbsverbot gilt auch ohne vertragliche Vereinbarung (§ 60 HGB), es wird jedoch oft klarstellend vertraglich geregelt. Nicht vom Wettbewerbsverbot umfasst sind Vorbereitungsmaßnahmen. Macht sich ein Arbeitnehmer selbstständig, kann er also seine Konkurrenzfähigkeit noch im laufenden Arbeitsverhältnis vorbereiten (Planen, eine Gesellschaft gründen, eine Website erstellen), er darf aber noch nicht am Markt auftreten (also z.B. seine Website noch nicht freischalten).

Merke: Konkurrenz ist während des Arbeitsverhältnisses generell verboten. Nebentätigkeiten an sich aber nur, wenn sie vertraglich untersagt sind. Der Arbeitgeber muss einer Nebentätigkeit aber zustimmen, wenn keine betrieblichen Interessen entgegenstehen.

7. **Geheimhaltung**

Arbeitnehmer sind generell zur Verschwiegenheit verpflichtet in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers (§ 241 Abs. 2 BGB). Häufig ist unklar, was ein „Geschäftsgeheimnis“ ist. Das eigene Gehalt beispielsweise ist jedenfalls grundsätzlich kein Geheimnis. 2019 ist das Geschäftsgeheimnisgesetz in Kraft getreten. Danach sind nur noch solche Informationen geschützt, die Gegenstand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen (vgl. dazu mein Aufsatz in der NZA 2020, S. 209) sind. Insofern ist die Rechtslage derzeit relativ unklar, welche Informationen noch geschützt sind. Arbeitgeber sind deshalb gut beraten, im

¹² BAG 11.12.2001 – 9 AZR 464/00



Arbeitsvertrag die wichtigsten Geheimnisse ausdrücklich zu benennen. Insbesondere die Gehälter der Arbeitnehmer sind jedenfalls ohne ausdrückliche Vereinbarung nicht geheimhaltungspflichtig.

Merke: Arbeitnehmer müssen nur in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse Verschwiegenheit wahren.

8. Befristungen

Probleme befristeter Arbeitsverhältnisse erörtere ich in meinem Artikel zu Befristungen auf meiner Website.

9. Kündigung

Die Berechnung der Kündigungsfrist ist in der Regel unproblematisch. Ein häufiges Problem ist der Wunsch des Arbeitnehmers, das Arbeitsverhältnis vorzeitig zu beenden. In diesem Fall stellt er sich die Frage, was passiert, wenn er vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeit einstellt, etwa um seine neue Tätigkeit zu beginnen.

Grundsätzlich gilt: Es handelt sich dabei um eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers. Er hat deshalb dem Arbeitgeber den Schaden zu ersetzen, der aus dem Vertragsbruch resultiert. Allerdings dürfte es dem Arbeitgeber in der Regel nicht gelingen, einen Schaden darzulegen, sodass das Risiko von Arbeitnehmern oft überschaubar ist. Realistische Schäden könnten etwa nachweisbare Umsatzeinbußen, Mehrkosten durch die Einstellung eines Leiharbeitnehmers oder das Honorar eines Headhunters sein.

Merke: Ein Ausscheiden vor der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist eine Pflichtverletzung, aus der aber in der Regel kein nachweisbarer Schaden entsteht.

10. Vertragsstrafen

Im Arbeitsverhältnis gibt es Situationen, in denen aus Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers kein nachweisbarer Schaden entsteht. Typische Beispiele sind Verstöße gegen Verschwiegenheitspflichtverletzungen, der Nichtantritt der Arbeit zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, die Einstellung der Arbeit vor dem Ende der Kündigungsfrist. Verrät ein Arbeitnehmer etwa ein Geschäftsgeheimnis, ist für den Arbeitgeber selten ein konkreter, wirtschaftlicher Schaden bezifferbar.

Deshalb können Arbeitgeber diese Art von Gefahren mit einer angemessenen Vertragsstrafe absichern. Typische Beispielfälle sind Vertragsstrafen bei

- Vertragsbruch
- Wettbewerbsverstößen
- Verstößen gegen ein Nebentätigkeitsverbot
- Verstößen gegen Verschwiegenheitspflichten
- Verstößen gegen die Arbeitspflicht („Blaumachen“)



Vertragsstrafen sind jedoch nur wirksam, wenn die Vertragsstrafe der Höhe nach angemessen ist. Das ist jeweils anhand aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei regelmäßig Vertragsstrafen in Höhe eines Bruttomonatsgehalts je Verstoß als noch angemessen angesehen werden.¹³

Merke: In Arbeitsverträgen können Vertragsstrafen wirksam vereinbart werden, in der Regel ungefähr in Höhe eines Bruttomonatsgehalts.

11. Fortbildungs- und Rückzahlungsvereinbarungen

Häufig vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer, dass der Arbeitgeber eine Fortbildung finanziert, der Arbeitnehmer sich im Gegenzug aber vertraglich für eine längere Zeit bindet. Andernfalls muss er die Fortbildungskosten (teilweise) erstatten. Zu diesen Vereinbarungen siehe meinen Artikel zu Fortbildungs- und Rückzahlungsvereinbarungen.

12. Ausschlussfristen bzw. Verfallsklauseln

In der Regel enthalten Arbeitsverträge Verfallsklauseln (auch „*Ausschlussklauseln*“ genannt). Danach verfallen alle Ansprüche, die nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums geltend gemacht werden.

Auch Ausschlussklauseln sind häufig unwirksam. Das ist etwa der Fall, wenn sie einen kürzeren Zeitraum als drei Monate für die Geltendmachung vorsehen oder den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausdrücklich ausschließen¹⁴, sofern der Vertrag nach dem Inkrafttreten des MiLoG (16. August 2014) abgeschlossen worden ist.¹⁵ Entsprechendes gilt für Klauseln, die für die Geltendmachung die „*Schriftform*“ (mit Unterschrift, § 126 BGB) verlangen, weil die „*Textform*“ (etwa E-Mail oder SMS) ausreichend ist (§ 309 Nr. 13 BGB). Unwirksam sind auch Klauseln, die sich auf Ansprüche erstrecken wegen der Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7 BGB).

Merke: Ausschlussklauseln sind oft unwirksam, insbesondere wenn sie den gesetzlichen Mindestlohn nicht ausdrücklich ausnehmen.

13. Schriftformerfordernis

Zahlreiche Arbeitsverträge enthalten die Vereinbarung, dass Änderungen und Ergänzungen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfen. Allerdings handelt es sich bei dieser Klausel in aller Regel um AGB,

¹³ BAG 25.09.2008 - 8 AZR 717/07

¹⁴ BAG 18.09.2018 – 9 AZR 162/18

¹⁵ BAG 24.09.2019 – 9 AZR 273/18



sodass § 305c BGB greift. Danach sind Individualabreden stets vorrangig. Praktisch laufen derlei Klauseln im Arbeitsrecht also leer: Vereinbaren die Parteien eine Veränderung des Arbeitsverhältnisses, geht dies Schriftformklauseln vor.

Merke: Individuelle Absprachen gelten in aller Regel trotz Schriftformerfordernis im Arbeitsvertrag.

Bei welchen Themen kann ich Ihnen helfen? Melden Sie sich bei Fragen jederzeit gern.



Dr. DANIEL WEIGERT, LL.M. (Lund)
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Arbeitsrecht
Data Protection Risk Manager

Ballindamm 6 · 20095 Hamburg
t +49 40 668 916 32 · f +49 40 668 916 33
dw@danielweigert.de · www.danielweigert.de