

# Arbeitszeitflexibilisierung

## Arbeit auf Abruf



**Dr. Roland Gastell,**  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für  
Arbeitsrecht bei BMH Bräutigam & Partner  
Rechtsanwälte und Notare, Berlin

**In Zeiten einer wirtschaftlich unsicheren Lage sind Arbeitgeber mehr denn je auf den flexiblen Einsatz von Arbeitnehmern angewiesen. In AuA 10/06, S. 592 f. wurden das Job-Sharing und in AuA 11/07, S. 648 ff. der Einsatz von Fremdpersonal als Mittel der Flexibilisierung vorgestellt. Etwas versteckt in § 12 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) gibt es noch ein weiteres flexibles Arbeitszeitinstrument: Die Arbeit auf Abruf. Sie spielt im Einzelhandel bereits eine wichtige Rolle, bietet sich aber auch für andere Branchen an.**

### 1 Arbeit auf Abruf – Was verbirgt sich dahinter?

In § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG findet sich eine Legaldefinition. Danach liegt Arbeit auf Abruf vor, wenn „Arbeitgeber und Arbeitnehmer (...) vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat“. In der Literatur wird diese Form der Arbeit häufig auch unter dem Begriff „kapazitätsorientierte Verteilung der Arbeitszeit“, kurz KAPOVAZ, geführt.

Die Formulierung, dass der Mitarbeiter seine Leistung nach dem „Arbeitsanfall“ zu erbringen hat, ist täuschend. Man könnte meinen, es gäbe einen objektiv bestimmbar Arbeitsanfall, der über den Einsatz entscheidet. Das ist jedoch falsch. Vielmehr steht es im alleinigen Ermessen des Arbeitgebers, ob und wann er die Leistung des Arbeitnehmers abruf, und zwar unabhängig davon, ob Arbeit objektiv anfällt oder nicht. Beschränkt wird er lediglich durch das allgemeine Arbeitsrecht und die Sonderregelungen in § 12 TzBfG. Es bleiben viele Freiheiten.

§ 12 Abs. 1 Satz 2 bis 4 TzBfG bestimmt, dass der Arbeitsvertrag eine „bestimmte Dauer“ der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen muss. Geschieht dies im Hinblick auf die wöchentliche Arbeitszeit nicht, gilt insoweit eine Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart. Wird die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht bestimmt, muss das Unternehmen die Arbeitsleistung des Beschäftigten jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch nehmen.

#### Praxistipp

Da es sich hierbei lediglich um Auffangtatbestände für den Fall handelt, dass nichts vereinbart wird, können die Parteien also vertraglich auch geringere Kontingente festlegen.

### 2 Mindestarbeitszeit plus flexibles Abrufkontingent

Heftig umstritten war lange, ob es gegen § 12 Abs. 1 TzBfG verstößt, wenn die Beteiligten im Arbeitsvertrag nur eine Mindestarbeitszeit vereinbaren. Damit, so eine starke Auffassung in der Literatur, werde schließlich keine „bestimmte Dauer“ der Arbeitszeit festgelegt. Diesen Streit hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 7.12.2005 (5 AZR 535/04, AuA 6/06, S. 366 f.) entschieden: Zulässig ist, dass die Parteien lediglich eine Mindestarbeitszeit und darüber hinaus ein flexibles Abrufkontingent vereinbaren. Diese Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 23.11.2006 (1 BvR 1909/06, NZA 2007, S. 85 ff.) ausdrücklich bestätigt. Damit stößt die Arbeit auf Abruf in eine entscheidende Dimension vor:

Nicht nur die Lage einer im Vorhinein festgelegten Arbeitszeitdauer, sondern auch die Dauer selbst unterliegen dem Dispositionsrecht des Arbeitgebers!

Für vorformulierte Arbeitsverträge, die unter das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen fallen, beschränkt das BAG zwar das Dispositionsrecht im Hinblick auf die Dauer der Arbeitszeit. Allerdings lässt es ein flexibles Abrufkontingent von immerhin 25% der Mindestarbeitszeit zu!

#### Beispiel

Unternehmen und Beschäftigter vereinbaren eine garantierte wöchentliche Mindestarbeitszeit von 20 Stunden plus ein wöchentliches Abrufkontingent von fünf Stunden. Einen Anspruch auf Abruf der fünf Stunden hat der Arbeitnehmer nicht. Soweit der Arbeitgeber das Abrufkontingent nicht in Anspruch nimmt, entstehen auch keine Vergütungsansprüche. Nur wenn der Mitarbeiter Abrufarbeit tatsächlich leistet, ist sie – wie normale Arbeitszeit – zu vergüten.

#### Praxistipp

Das BAG geht bei seiner Berechnung der 25%-Grenze von der Mindestarbeitszeit aus und rechnet dann ein Viertel hinzu. Möchte man also ausgehend von der Höchstarbeitszeit die Mindestarbeitszeit berechnen, darf man nur 20% abziehen. Dies wird vor allem relevant, wenn man eine Höchstarbeitszeit festlegt, von der man flexibel nach unten abweichen möchte.

Umstritten ist weiter, ob angesichts der Benennung „wöchentlich“ und „täglich“ in § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG die Vereinbarung monatlicher oder jährlicher Bezugszeiträume für die Bestimmung der Arbeit auf Abruf zulässig ist. Dies ist meines Erachtens zu bejahen,

- soweit man Durchschnittsregelungen vereinbart,
- die sich auf einen längeren Bezugszeitraum beziehen,
- gleichzeitig aber eine durchschnittliche Stundenzahl in der Woche festlegt
- und auf der Grundlage der durchschnittlichen Arbeitszeit eine verestigte monatliche Vergütung zahlt.

#### Beispiel

In jedem Monat beträgt die durchschnittliche garantierte wöchentliche Mindestarbeitszeit 20 Stunden. Die Vergütung erfolgt auf der Grundlage einer 20-Stunden-Woche. Wenn der Arbeitgeber die garantierte Mindestarbeitszeit nicht abruf, bleibt es dennoch bei der Vergütungspflicht.

### 3 Rechtzeitige Mitteilung

Einen wesentlichen Schutz der Arbeitnehmer sieht § 12 Abs. 2 TzBfG vor. Er ordnet an, dass der Beschäftigte nur zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage der Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt. Der Abruf selbst kann schriftlich oder mündlich, insbesondere auch telefonisch erfolgen.

#### Wichtig

Die Berechnung der Vier-Tages-Frist für die Ankündigung richtet sich nach den §§ 186 ff. BGB. Der Tag der Ankündigung und der – erste – Einsatztag sind nicht mitzurechnen. Fällt der vom Einsatztag zurückgerechnete Tag auf einen Sonnabend, Sonntag oder Feiertag, tritt an dessen Stelle der vorangehende Werktag.

#### Beispiele

Der Arbeitnehmer soll am Montag arbeiten. Man rechnet nun vier Tage zurück: Sonntag, Sonnabend, Freitag, Donnerstag. Da der Tag der Ankündigung nicht mitzählt, muss dem Mitarbeiter die Ankündigung am Mittwoch zugehen.

Der Arbeitnehmer soll am Donnerstag arbeiten. Vier Tage zurückgerechnet ist man bei Sonntag. Da der Ankündigungstag nicht mitzurechnen ist, muss man noch einen Tag zurückgehen, also auf Sonnabend. An dessen Stelle tritt dann der vorangehende Werktag. Die Ankündigung hat also am Freitag zu erfolgen.

### 4 Abgrenzung zur Anordnung von Überstunden

Als Arbeitgeber mag man sich an dieser Stelle fragen, worin eigentlich der Unterschied zwischen der Arbeit auf Abruf und der Möglichkeit, Überstunden anzuordnen, besteht. Schließlich ermöglichen Letztere ebenfalls eine flexible Reaktion auf erhöhten Arbeitsanfall.

Zunächst hat der Arbeitgeber keinen Anspruch auf die Leistung von Überstunden, es sei denn, es liegt ein Notfall vor. Soweit man sich die Leistung von Überstunden im Arbeitsvertrag vorbehält, dienen diese lediglich der Befriedigung eines unvorhergesehenen, unregelmäßigen zusätzlichen Arbeitsbedarfs. Bei der Arbeit auf Abruf besteht hingegen eine selbstständige, nicht auf Unregelmäßigkeit oder Dringlichkeit beschränkte Verpflichtung, auf Anordnung zu arbeiten.

Schließlich kann das Unternehmen Überstunden nicht in beliebiger Höhe mit dem normalen Monatsgehalt abgelten, sondern sie erfordern eine zusätzliche Vergütung oder Abgeltung durch Freizeit, die häufig zuschlagspflichtig ist. Einen solchen Zuschlag gibt es bei der Arbeit auf Abruf nicht.

#### Praxistipp

Trotzdem kann und darf der Arbeitgeber auch hier angesichts eines unvorhergesehenen zusätzlichen Arbeitsbedarfs kurzfristig über die abgerufene Arbeit hinaus Überstunden anordnen. Diese Möglichkeit sollte er sich ausdrücklich im Arbeitsvertrag vorbehalten! Kombiniert er die Anordnung von Überstunden in unvorhergesehenen Fällen mit einem flexiblen Abrufkontingent, kann er im Einzelfall eine Flexibilität der Arbeitsdauer von über 25% der garantierten wöchentlichen Arbeitszeit erreichen.

#### Wichtig

Soweit Arbeitnehmer in der Praxis nicht nur verpflichtet sind, Überstunden ohne nähere Begründung zu leisten, sondern das Unternehmen hiervon bei schwankendem Arbeitsanfall auch immer wieder Gebrauch macht, kann eine ungewollte Arbeit auf Abruf vorliegen, die den Beschränkungen des § 12 TzBfG unterliegt. Dieselbe Rechtsfolge tritt bei anderen Formen flexibler Arbeitszeitvereinbarungen ein, die im Ergebnis dem System der



Arbeit auf Abruf entsprechen. Der Arbeitgeber muss also prüfen, ob sein gelebter flexibler Personaleinsatz nicht tatsächlich Arbeit auf Abruf darstellt.

Die Arbeit auf Abruf stößt i.d.R. auf erhebliche Bedenken der Arbeitnehmer. Sie befürchten, der Willkür des Unternehmens ausgeliefert zu sein. Aufgrund dieser vermuteten Widerstände, insbesondere des Betriebsrats, ziehen viele Arbeitgeber die Arbeit auf Abruf häufig erst gar nicht in Betracht.

#### Praxistipp

Den Ängsten der Mitarbeiter kann der Arbeitgeber neben der mindestens viertägigen Ankündigungsfrist vor allem dadurch begegnen, dass er im Arbeitsvertrag bestimmte Zeiten ganz aus der Abrufbereitschaft herausnimmt, um etwa die Vereinbarkeit der Arbeit auf Abruf mit anderen Arbeitsverhältnissen oder insbesondere familiären Pflichten sicherzustellen.

### 5 Vereinbarung durch Tarifvertrag und Mitbestimmung

Arbeit auf Abruf kann durch Tarifvertrag – nicht jedoch durch Betriebsvereinbarung – eingeführt werden. Gemäß § 12 Abs. 3 Satz 1 TzBfG darf dabei auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers von den Bestimmungen des § 12 TzBfG abgewichen werden, soweit der Tarifvertrag Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit sowie die Vorankündigungsfrist vorsieht.

#### Praxistipp

Auch ein nicht tarifgebundener Arbeitgeber sollte prüfen, ob er unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrags fällt, der Regelungen zur Arbeit auf Abruf enthält. Nach § 12 Abs. 3 Satz 2 TzBfG kann er in einem solchen Fall nämlich die Anwendung dieser Regelungen mit seinen Arbeitnehmern arbeitsvertraglich vereinbaren.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 Betriebsverfassungsgesetz hat der Betriebsrat über den Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen. Hierunter fallen allerdings nur kollektive Tatbestände, nicht die individualvertragliche Vereinbarung der Arbeitszeitdauer. Auch der jeweilige Abruf der Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers ist mitbestimmungsfrei.

Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich außerdem auf die Festlegung der Mindestdauer der täglichen Arbeitszeit, die Ankündigungsfrist für den Abruf und die Frage, wann die Arbeit täglich frühestens beginnen und spätestens enden darf.

## 6 Die Vertragsklauseln im Einzelnen

Die folgenden Musterklauseln zur arbeitsvertraglichen Vereinbarung von Arbeit auf Abruf berücksichtigen nicht etwaige tarifliche Regelungen. Wenn ein Tarifvertrag auf ein Arbeitsverhältnis unmittelbar und zwingend Anwendung findet, ist daher immer zu prüfen, ob dieser eine Arbeit auf Abruf zulässt. Finden sich aber im Tarifvertrag – wie üblich – keine Regelungen zur Arbeit auf Abruf, ist der Tarifvertrag im Übrigen dennoch zu beachten, etwa zu Vergütungs- und Urlaubsfragen.

Es ist zwar nicht zwingend, aber schon bei der Festlegung von Position und Aufgaben sollte im Arbeitsvertrag der Hinweis auf die besondere Form der Arbeit auf Abruf erfolgen. Zur Klarstellung, dass sie – bis auf die größere Arbeitszeitflexibilität – keine Sonderform des Arbeitsverhältnisses darstellt, kann man hier die üblichen Klauseln zu Aufgaben und Pflichten sowie zur Versetzung verwenden, vgl. **Muster 1**.

### Muster 1

#### „§ 1 Position und Aufgaben

- (1) Der Arbeitnehmer wird beim Arbeitgeber im Rahmen eines Abruf-Arbeitsverhältnisses als ... (Position) tätig. Zu seinen Aufgaben und Pflichten zählen insbesondere ...
- (2) Der Arbeitgeber ist berechtigt, dem Arbeitnehmer, soweit dies zumutbar ist, aus betrieblichen Gründen andere, seinen Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechende Aufgaben und Tätigkeiten zu übertragen.“

Eine Klausel zur Vereinbarung von Arbeit auf Abruf könnte wie folgt lauten:

### Muster 2

#### „§ 2 Arbeitszeit/Arbeit auf Abruf/Überstunden und Mehrarbeit

- (1) Der Arbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall. Die Erbringung erfolgt auf Abruf des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer kann seine Arbeitsleistung nur nach Abruf durch den Arbeitgeber erbringen.
- (2) Die garantierte wöchentliche Mindestarbeitszeit beträgt 20 Stunden. Sie kann entsprechend dem Arbeitsanfall ungleichmäßig auf mehrere Wochen verteilt werden. Innerhalb eines Ausgleichszeitraums von einem Monat muss jedoch i.d.R. im Durchschnitt die garantierte wöchentliche Mindestarbeitszeit von 20 Stunden erreicht werden. Wird diese Mindestarbeitszeit in einem Monat im Durchschnitt nicht erreicht, hat dies keine Auswirkungen auf das monatliche Grundgehalt.
- (3) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, auf Abruf durch den Arbeitgeber zusätzlich zur garantierten wöchentlichen Mindestarbeitszeit wöchentlich bis zu fünf Stunden Arbeit zu leisten. Ein mehrmaliger oder regelmäßiger Abruf von zusätzlicher Arbeitsleistung über einen längeren Zeitraum führt nicht zu einem Anspruch auf zusätzliche Arbeitsleistung.
- (4) Der Arbeitgeber wird dem Arbeitnehmer den Tag, die Dauer und die Lage der Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilen. Die Mitteilung kann schriftlich, mündlich, telefonisch oder in anderer geeigneter Weise erfolgen. Ein Abruf wird nicht für die Zeit nach ... Uhr erfolgen.
- (5) Im Falle eines Abrufs der Arbeitsleistung wird die tägliche Arbeitszeit mindestens drei aufeinander folgende Stunden betragen.
- (6) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, sofern betriebliche Belange dies erfordern, auf Anforderung des Arbeitgebers im gesetzlich zulässigen Rahmen Überstunden einschließlich Arbeit an Sonnabenden, Sonn- und Feiertagen zu leisten.“

Abs. 1 stellt klar, dass der Beschäftigte an den Abruf des Arbeitgebers gebunden ist. Er muss, kann aber auch nur nach Abruf tätig werden. Abs. 2 und 3 sehen eine garantierte wöchentliche Mindestarbeitszeit von 20 Stunden zuzüglich eines Abrufkontingents von fünf Stunden vor. Damit wird Flexibilität nicht nur hinsichtlich der Lage, sondern auch hinsichtlich der Dauer der Arbeit erzielt. Zudem muss die wöchentliche Mindestarbeitszeit nicht innerhalb einer Woche, sondern nur innerhalb eines Monats erreicht werden. Voraussetzung einer solchen Regelung ist allerdings, dass der Arbeitgeber auch dann eine 20-Stunden-Woche vergütet, wenn er diese Arbeitszeit nicht abgerufen hat. Schließlich soll verhindert werden, dass der Mitarbeiter einen Anspruch auf Abruf des zusätzlichen Arbeitszeitkontingents hat, wenn der Arbeitgeber dieses über einen längeren Zeitraum geltend gemacht hat.

In Abs. 4 ist neben der schriftlichen, mündlichen oder telefonischen Form auch die Mitteilung in sonstiger geeigneter Weise vorgesehen, um Kommunikationsmittel wie E-Mail oder SMS zu erfassen. Außerdem findet hier beispielhaft eine Begrenzung der möglichen Arbeitszeit statt, um dem Arbeitnehmer die Sicherheit zu geben, ab einer bestimmten Uhrzeit, z.B. aus familiären Gründen, nicht mehr arbeiten zu müssen. Dies soll die Akzeptanz der Arbeit auf Abruf für die klassische Zielgruppe der Teilzeitarbeit – Frauen – erhöhen.

Abs. 5 sieht auch die Vereinbarung kürzerer täglicher Arbeitszeiten vor. Mit der ausdrücklichen Bestimmung in Abs. 6., dass der Arbeitnehmer ggf. auch Überstunden, Mehrarbeit usw. zu leisten hat, erhält der Arbeitgeber zusätzliche Flexibilität.

Hinsichtlich der Vergütung bietet sich folgende Regelung an:

### Muster 3

#### „§ 3 Vergütung

- (1) Der Arbeitnehmer erhält als Vergütung für seine garantierte wöchentliche Mindestarbeitszeit ein monatliches Grundgehalt in Höhe von EUR ... brutto.
- (2) Für Arbeit, die der Arbeitgeber nach § 2 Abs. 3 dieses Arbeitsvertrags zusätzlich zur garantierten wöchentlichen Mindestarbeitszeit abruf, erhält der Arbeitnehmer einen Stundenlohn in Höhe von EUR ... brutto.
- (3) Die Zahlung der Vergütung erfolgt bargeldlos jeweils zum Monatsende.
- (4) Überstunden einschließlich der Arbeit an Sonnabenden, Sonn- und Feiertagen werden nach Wahl des Arbeitgebers durch Freizeit oder Geld ausgeglichen. Im Falle des Ausgleichs durch Geld beträgt der Stundenlohn EUR ... brutto.“

Abs. 1 und 2 spiegeln die Kombination einer garantierten wöchentlichen Mindestarbeitszeit mit einem zusätzlichen Abrufkontingent wider. Abs. 4 lässt offen, ob der Arbeitgeber im Fall des Ausgleichs durch Geld einen Überstundenzuschlag zahlt. Ein solcher ist nicht zwingend. Ganz grundsätzlich können die Parteien hier auch vorsehen, dass eine begrenzte Zahl von Überstunden durch das Grundgehalt abgegolten ist.

## 7 Fazit

Mit der Möglichkeit, bei der Vereinbarung der Arbeit auf Abruf die Festlegung einer garantierten Mindestarbeitszeit in Verbindung mit einem – in vorformulierten Arbeitsverträgen – 25-prozentigen variablen Abrufkontingent zuzulassen, ist dieses Instrument hervorragend geeignet, die Arbeitszeit von Mitarbeitern flexibel dem Arbeitsbedarf anzupassen, wenn dieser regelmäßig variiert.