

Inhaltsübersicht

1. Grundgedanke
2. Beschäftigungsförderungsgesetz/Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
 - 2.1 Mindest- und Höchstarbeitszeit
 - 2.2 Lage der Arbeitszeit
 - 2.3 Entgeltfortzahlung
 - 2.4 Mitbestimmungsrechte
 - 2.5 Tarifliche Möglichkeiten
 - 2.6 Feiertagsvergütung
3. Andere Formen der Arbeit auf Abruf
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Fingierte Arbeitszeiten
 - 4.2 Mindestarbeitszeit - 1
 - 4.3 Mindestarbeitszeit - 2
 - 4.4 Rahmenvereinbarung - 1
 - 4.5 Rahmenvereinbarung - 2
 - 4.6 Vereinbarung

Information

Die aus den USA stammende und unter der Bezeichnung "**KAPOVAZ**" - kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit - bekannte Form der Teilzeitarbeit beinhaltet Vereinbarungen, nach denen die Arbeitszeit dem tatsächlichen Arbeitsanfall angepasst wird und der Teilzeitbeschäftigte auf **Abruf des Arbeitgebers** zur Verfügung stehen muss. Es erfolgt hierbei eine Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall kraft eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechtes des Arbeitgebers. Der Begriff kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit ist insoweit nicht ganz zutreffend, als es sich weniger um eine kapazitätsorientierte als vielmehr um eine **bedarfsorientierte Arbeitsinanspruchnahme** handelt.

Der Gesetzgeber hat die Abrufarbeit mit dem "**Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts – Einführung einer Brückenteilzeit**" vom 11.12.2018 - BGBl. I, S. 2384 ff. – weiter modifiziert. Die letzte Änderung erfolgte durch das Gesetz zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2019/1152 mit Gesetz vom 20.07.2022 - BGBl. I, S. 1174 ff.

1. Grundgedanke

KAPOVAZ-Arbeitsverträgen liegt folgender Grundgedanke zu Grunde: Mit den Arbeitnehmern wird ein Arbeitsvertrag geschlossen, der die jährlich oder monatlich zu leistenden **Arbeitsstunden** und das für diese Zeit vereinbarte **Gehalt** festlegt. Im Einzelfall gibt es auch Verträge, die nicht eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit festlegen, sondern nur, dass sich diese nach dem **Arbeitsanfall** richtet. Die Arbeitnehmer sind verpflichtet, dem Unternehmen auf Abruf zur Verfügung zu stehen; die Lage, die Dauer und gegebenenfalls der Umfang der zu erbringenden Arbeit richtet sich nach dem Arbeitsanfall.

2. Beschäftigungsförderungsgesetz/Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge

Werden diese **Flexibilisierungsmöglichkeiten** in den USA nicht selten bis an die Grenze der Wirtschaftlichkeit auf Seiten des Arbeitnehmers genutzt, stehen diesem Vorgehen in Deutschland arbeitsrechtliche **Beschränkungen** entgegen. Bis zum 31.12.2000 reglementierte das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) die **freie Verfügung des Arbeitgebers** über Lage und Dauer

der Arbeitszeit. Seit dem 01.01.2001 wird die **Abrufarbeit** nun durch § 12 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) eingeschränkt.

Formen des einseitigen Abrufs von Arbeit sind auch nach Meinung des BAG nicht durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers gedeckt und stellen einen unzulässigen Eingriff in die Hauptpflichten des Arbeitsvertrages dar.

Beim Abschluss von entsprechenden Arbeitsverträgen sind die gesetzlichen **Rahmenbedingungen** zu berücksichtigen:

2.1 Mindest- und Höchstarbeitszeit

Im Arbeitsvertrag muss gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG **eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit** festgelegt werden. Die Festlegung einer **Mindest- bzw. Höchstarbeitszeit** oder einer gewissen **Bandbreite** ist nicht möglich. Es ist hiernach unzulässig, wenn neben der Lage der Arbeitszeit auch deren Dauer zur alleinigen Disposition des Arbeitgebers gestellt wird. Ist keine Dauer der Arbeitszeit vereinbart worden, so gilt gem. § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG eine wöchentliche **Mindestarbeitszeit** von 20 Stunden (ab 01.01.2019, bis 31.12.2018: 10 Stunden) als vereinbart. Für diese Arbeitszeit erhält der Arbeitnehmer seinen Lohn, ungeachtet dessen, ob der Arbeitgeber die Arbeitsleistung in Anspruch genommen hat oder nicht. Der Arbeitnehmer kann dann freiwillig länger arbeiten, ist aber hierzu nicht verpflichtet. Nicht festgelegt ist, wie groß der **Bemessungszeitraum** sein darf, für den die Dauer der Arbeitszeit festgelegt wird. Die überwiegende Meinung geht davon aus, dass ein Bezugszeitraum von einem Jahr rechtmäßig ist.

Ist für die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nach § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG eine **Mindestzeit** vereinbart, darf der Arbeitgeber nur **bis zu 25 Prozent** der wöchentlichen Arbeitszeit **zusätzlich** abrufen (§ 12 Abs. 2 Satz 1 TzBfG). Ist für die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nach § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG eine **Höchstarbeitszeit** vereinbart, darf der Arbeitgeber nur **bis zu 20 Prozent** der wöchentlichen Arbeitszeit **weniger** abrufen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 TzBfG). § 12 Abs. 2 TzBfG ist seit dem 01.01.2019 anzuwenden.

2.2 Lage der Arbeitszeit

In § 12 Abs. 3 Satz 1 TzBfG ist geregelt, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, "den Zeitrahmen, bestimmt durch Referenzstunden und Referenztage, festzulegen, in dem auf seine Aufforderung hin Arbeit stattfinden kann."

Arbeitnehmer ist gemäß § 12 Abs. 3 Satz 2 TzBfG nur dann "zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, **wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt** und die Arbeitsleistung im Zeitrahmen nach Satz 1 zu erfolgen hat."

Falls eine Vereinbarung über die tägliche Dauer der Arbeitszeit nicht erfolgt ist, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden zur Arbeitsleistung in Anspruch nehmen (§ 12 Abs. 1 Satz 4 TzBfG).

2.3 Entgeltfortzahlung

Seit dem 01.01.2019 gilt:

Zur **Berechnung** der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist die maßgebende regelmäßige **Arbeitszeit** i. S. des § 4 Abs. 1 EFZG die durchschnittliche Arbeitszeit der letzten drei Monate vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit (**Referenzzeitraum**), § 12 Abs. 4 Satz 1 TzBfG .

Hat das Arbeitsverhältnis bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit noch keine drei Monate bestanden, ist der Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs die durchschnittliche Arbeitszeit dieses **kürzeren Zeitraums** zugrunde zu legen (§ 12 Abs. 4 Satz 2 TzBfG). **Zeiten** von Kurzarbeit , unverschuldeter Arbeitsversäumnis, Arbeitsausfällen und Urlaub im Referenzzeitraum bleiben **außer Betracht** (§ 12 Abs. 4 Satz 3 TzBfG).

Für den Arbeitnehmer **günstigere Regelungen** zur Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall finden Anwendung (§ 12 Abs. 4 Satz 4 TzBfG). Günstigere Regelungen können **individualrechtlich** im

Arbeitsvertrag oder **kollektivrechtlich**, beispielsweise in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Tarifvertrag, vereinbart sein. Die Regelung in § 12 Abs. 4 Satz 4 TzBfG ist die gesetzliche **Anwendung des Günstigkeitsprinzips**. Von § 12 Abs. 4 TzBfG zuungunsten von Arbeitnehmern abweichende Vereinbarungen sind nach Maßgabe des § 22 Abs. 1 TzBfG unzulässig.

2.4 Mitbestimmungsrechte

Dem Betriebsrat steht im Rahmen der Arbeit auf Abruf ein **erzwingbares Mitbestimmungsrecht** gemäß § 87 BetrVG zu. Dieses Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf den allgemeinen **Rahmen der Arbeitszeitvereinbarung**. Einzelne Arbeitsanforderungen des Arbeitgebers sind, solange sie sich in diesem Rahmen bewegen, nicht von der Mitbestimmung abhängig.

2.5 Tarifliche Möglichkeiten

Nach § 12 Abs. 6 Satz 1 TzBfG kann von den Bestimmungen des § 12 Abs. 1 TzBfG und der Vorankündigungsfrist nach § 12 Abs. 3 Satz 2 TzBfG auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, wenn ein Tarifvertrag Regelungen über

- die tägliche und wöchentliche **Arbeitszeit**
- und die **Vorankündigungsfrist**

vorsieht.

Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages mit Regelungen zu § 12 Abs. 1 TzBfG und der Vorankündigungsfrist können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über Abrufarbeit einzelvertraglich vereinbaren (§ 12 Abs. 6 Satz 2 TzBfG).

Mehr zu abweichenden Vereinbarungen in § 22 TzBfG .

2.6 Feiertagsvergütung

Natürlich haben auch variabel eingesetzte Arbeitnehmer Anspruch auf Feiertagsvergütung. Die grundlegende Bestimmung ist - wie bei den Kollegen, die feste Arbeitszeiten haben, § 2 EFZG . Ein Problem bei diesen ist nur: Wenn sie schon flexibel eingesetzt werden, dürfen sie eigentlich nicht davon ausgehen, an **Feiertagen**, an denen die meisten Arbeitgeber für sie halt **keine Arbeit** haben, eingesetzt zu werden. Verlangt ein Abrufarbeitsnehmer Feiertagsvergütung, muss er Tatsachen vortragen, aus denen sich eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, dass seine Arbeit **allein wegen des Feiertages** ausgefallen ist (BAG, 24.10.2001 - 5 AZR 245/00). Danach ist der Arbeitgeber gehalten, sich auf diese Tatsachen zu erklären und Gründe darzutun, die den Feiertag als Ursache des Arbeitsausfalls entfallen lassen. Gibt es für den Arbeitsausfall mit Ausnahme des Umstands, dass an Feiertagen nicht gearbeitet werden darf, keine objektiven Gründe, ist davon auszugehen, dass der Arbeitsausfall eben feiertagsbedingt war und der Abrufmitarbeiter somit einen **Anspruch auf Entgeltfortzahlung** nach § 2 EFZG hat (BAG, a.a.O.).

Seit dem 01.01.2019 gilt: "Für die **Berechnung der Entgeltzahlung** an Feiertagen nach § 2 Abs. 1 des Entgeltfortzahlungsgesetzes gilt Absatz 4 entsprechend" (§ 12 Abs. 5 TzBfG - s. dazu oben Gliederungspunkt 2.3.).

3. Andere Formen der Arbeit auf Abruf

Nicht jede Vereinbarung über eine Tätigkeit auf Abruf begründet ein Arbeitsverhältnis. Lassen sich etwa Studenten in eine Liste für eine Tätigkeit auf Abruf eintragen, ohne dass auf ihrer Seite die Verpflichtung besteht, jeden angebotenen Einsatz anzunehmen und der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, sie regelmäßig zu beschäftigen, begründet dies kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 12 TzBfG . Es wird auch kein Arbeitsvertrag geschlossen. Vielmehr handelt es sich um einen Rahmenarbeitsvertrag, durch den eine **wechselseitige Leistungspflicht nicht begründet** wird (LAG Köln, 07.07.1993 - 2 Sa 342/93). Dies betrifft nicht nur Studenten, sondern kommt auch für andere Kräfte (z.B. Ärzte im Blutspendedienst) in Betracht, wenn diese auf Abruf bereit stehen und lediglich ein Honorar für den einzelnen Einsatz vereinbart ist, aber keine Leistungspflicht besteht.

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle finden Sie **einige der wichtigsten Entscheidungen** zum Thema Arbeit auf Abruf der letzten Jahre in alphabetischer Reihenfolge nach Stichwörtern geordnet.

4.1 Fingierte Arbeitszeiten

Arbeitgeber möchten ihre Abrufkräfte in der Regel **möglichst flexibel** einsetzen. Sie vergessen oder verzichten ganz bewusst darauf, im Arbeitsvertrag mit den Rufkräften **bestimmte Arbeitszeiten** zu vereinbaren. Dazu meint das BAG: *"Haben die Arbeitsvertragsparteien eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt, berührt das nicht die Wirksamkeit der vereinbarten Arbeit auf Abruf. Es gelten die zum Schutz des Arbeitnehmers **gesetzlich fingierten Arbeitszeiten**"* (BAG, 24.09.2014 - 5 AZR 1024/12 - Leitsatz - mit Hinweis auf § 12 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 TzBfG).

4.2 Mindestarbeitszeit - 1

§ 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG schreibt für Abrufarbeitsverhältnisse vor, dass die Vertragspartner eine **bestimmte Dauer** der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen müssen. Dabei reicht es, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine sogenannte Mindestarbeitszeit vereinbaren und sich der Mitarbeiter verpflichtet, darüber hinaus **weitere Arbeit auf Abruf** zu leisten. Die einseitig vom Arbeitgeber abrufbare Arbeitszeit darf allerdings nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit ausmachen (BAG, 07.12.2005 - 5 AZR 535/04).

4.3 Mindestarbeitszeit - 2

Das Bundesverfassungsgericht hat die Annahme des BAG aus dem Urteil vom 07.12.2005 (5 AZR 535/04) bestätigt: Eine **unangemessene Benachteiligung** des Arbeitnehmers kann erst angenommen werden, wenn der Anteil abrufbarer Arbeitszeit über 25 % hinausgeht. Gleichzeitig hat das höchste deutsche Gericht festgestellt, dass sich ein Arbeitnehmer **bei Abschluss des Arbeitsvertrags** schon in einer *"Situation struktureller Unterlegenheit"* befindet. Schließlich sieht es den Arbeitnehmer beim Abschluss eines Arbeitsvertrags als **Verbraucher** i. S. des § 13 BGB an und öffnet damit den Weg zu den §§ 306, 307 (BVerfG, 23.11.2006 - 1 BvR 1909/06).

4.4 Rahmenvereinbarung - 1

Zur Ausgestaltung eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf kann man sowohl einen **Arbeitsvertrag allein** als auch einen **Arbeitsvertrag zusammen mit einer Rahmenvereinbarung** schließen. Regelt diese Rahmenvereinbarung bloß die Bedingungen des noch abzuschließenden, auf den jeweiligen Einsatz befristeten Arbeitsvertrages, ist das kein Arbeitsvertrag, wenn sich daraus nicht die **Verpflichtung zur Arbeitsleistung** ergibt. Es besteht kein Zwang, anstelle der Kombination Arbeitsvertrag/Rahmenvereinbarung ein Abrufarbeitsverhältnis zu begründen (BAG, 31.07.2002 - 7 AZR 181/01 - zum früheren § 4 BeschFG).

4.5 Rahmenvereinbarung - 2

Ein **Arbeitsverhältnis** iSd. § 611 Abs. 1 BGB kann nur dann angenommen werden, wenn sich der Arbeitnehmer in dem Vertrag verpflichtet hat, Dienste zu leisten. Dabei braucht die **Arbeitsleistung** zwar nicht von vornherein festgelegt zu sein - es reicht aus, wenn der Arbeitgeber die konkrete Arbeitspflicht im Rahmen seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO anweist. *"Demgegenüber ist ein Vertrag, der keine Verpflichtung zur Dienstleistung begründet, kein Dienstvertrag und damit auch kein Arbeitsvertrag. Daher ist eine Rahmenvereinbarung, welche nur die Bedingungen der erst noch abzuschließenden Arbeitsverträge wiedergibt, selbst aber noch keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung begründet, kein Arbeitsvertrag"* (BAG, 15.02.2012 - 10 AZR 111/11).

4.6 Vereinbarung

Auch Arbeitnehmer, bei denen sich **Ausmaß und Ausgestaltung der Arbeitszeit** nach dem **Arbeitsanfall** richten und im Einzelfall erst einvernehmlich zwischen den Parteien vereinbart werden müssen, fallen in den Anwendungsbereich der **RiLi 76/207/EWG** vom 09.02.1976 und der Rahmenvereinbarung zur RiLi 97/81/EG

vom 15.12.1997. § 4 der Rahmenvereinbarung und Art. 2 Abs. 1 und 5 Abs. 1 der RiLi 76/207/EWG sind so auszulegen, *"dass sie unter Umständen, unter denen alle Arbeitsverträge der übrigen Arbeitnehmer eines Unternehmens die Wochenarbeitszeit und die Ausgestaltung der Arbeitszeit festlegen, einem Teilzeitarbeitsvertrag von Arbeitnehmern desselben Unternehmens wie dem im Ausgangsverfahren streitigen nicht entgegenstehen, wonach die Wochenarbeitszeit und die Ausgestaltung der Arbeitszeit nicht festgelegt sind, sondern sich nach den von Fall zu Fall bestimmten Erfordernissen des Arbeitsanfalls richten, wobei diese Arbeitnehmer zwischen der Annahme und der Ablehnung der Arbeit wählen können (EuGH, 12.10.2004 - C 313/02 hier: Abrufkraft beim Modehaus Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG, Österreich)."*