

AKTUELL

EXKLUSIVE INFORMATIONEN FÜR DIE MITGLIEDER DES DEHOGA

FAQ's - Arbeit auf Abruf ab 1. Januar 2019

Stand 17. Dezember 2018

Am 14. Dezember 2018 wurde das „Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts – Einführung einer Brückenteilzeit“ im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und kann damit wie geplant am 1. Januar 2019 in Kraft treten. Dieses Gesetz enthält auch eine Änderung von § 12 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), der die sog. „Arbeit auf Abruf“ regelt.

„Arbeit auf Abruf“ liegt vor, wenn zwar die Arbeitszeitdauer für einen bestimmten Zeitraum (Woche, Monat oder Jahr) zwischen den Parteien vereinbart ist, der Arbeitgeber aber die konkrete Lage der Arbeitszeit durch deren Abruf bedarfsabhängig bestimmen darf. Häufig enthalten entsprechende Vereinbarungen eine Mindestarbeitszeit.

Mit der Gesetzesänderung wird die Arbeit auf Abruf stärker gesetzlich reglementiert, als dies bisher der Fall war. Dadurch wird Hoteliers und Gastronomen, die z.B. im Biergarten- oder Saisongeschäft mit diesem Instrument arbeiten, ein weiteres Stück Flexibilität genommen. Auch wächst das finanzielle Risiko, wenn Arbeitgeber bei der Verwendung der Arbeit auf Abruf rechtliche Fehler begehen. Daher ist es jetzt noch wichtiger, sich mit den Möglichkeiten und Grenzen der Arbeit auf Abruf zu befassen und ggf. Prozesse und Arbeitsverträge anzupassen.

1. Was sagt die neue gesetzliche Regelung?

Hier finden Sie die alte und neue gesetzliche Regelung gegenübergestellt:

§ 12 TzBfG alt	§ 12 TzBfG neu
(1) Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart. Wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, hat der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stun-	(1) Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von 20 Stunden als vereinbart. (2) Ist für die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nach Absatz 1 Satz 2 eine Mindestarbeitszeit vereinbart, darf der Arbeitgeber

<p>den in Anspruch zu nehmen.</p> <p>(2) Der Arbeitnehmer ist nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt.</p> <p>(3) Durch Tarifvertrag kann von den Absätzen 1 und 2 auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, wenn der Tarifvertrag Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit und die Vorankündigungsfrist vorsieht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Arbeit auf Abruf vereinbaren.</p>	<p>nur bis zu 25 Prozent der wöchentlichen Arbeitszeit zusätzlich abrufen. Ist für die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nach Absatz 1 Satz 2 eine Höchstarbeitszeit vereinbart, darf der Arbeitgeber nur bis zu 20 Prozent der wöchentlichen Arbeitszeit weniger abrufen.</p> <p>(3) Der Arbeitnehmer ist nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt.</p> <p>(4) Zur Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist die maßgebende regelmäßige Arbeitszeit im Sinne von § 4 Absatz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz die durchschnittliche Arbeitszeit der letzten drei Monate vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit (Referenzzeitraum). Hat das Arbeitsverhältnis bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit keine drei Monate bestanden, ist der Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs die durchschnittliche Arbeitszeit dieses kürzeren Zeitraums zugrunde zu legen. Zeiten von Kurzarbeit, unverschuldeter Arbeitsversäumnis, Arbeitsausfällen und Urlaub im Referenzzeitraum bleiben außer Betracht. Für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen zur Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall finden Anwendung.</p> <p>(5) Für die Berechnung der Entgeltzahlung an Feiertagen nach § 2 Absatz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz gilt Absatz 4 entsprechend.</p> <p>(6) Durch Tarifvertrag kann von den Absätzen 1 und 3 auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, wenn der Tarifvertrag Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit und die Vorankündigungsfrist vorsieht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Arbeit auf Abruf vereinbaren.</p>
---	--

2. Was ist die Konsequenz, wenn die Vereinbarung mit der Abrufkraft keine bestimmte Arbeitszeitdauer festlegt?

Dann greift die Vermutungsregel, dass 20 Stunden pro Woche vereinbart sind. Dies wiederum hat zur Folge, dass auch 20 Stunden vergütet werden müssen – egal ob diese Stunden tatsächlich abgerufen und gearbeitet wurden oder nicht.

Bei unklar formulierten Arbeitsverträgen ist sogar das Risiko nicht ausgeschlossen, dass im Streitfall ein Gericht auf die regelmäßige tarifliche Arbeitszeit einer Vollarbeitskraft zurückgreift. Das gilt insbesondere dann, wenn über längere Zeit hinweg tatsächlich volle Stunden gearbeitet wurden.

3. Was gilt bei Minijobbern?

Minijobber sind arbeitsrechtlich Arbeitnehmer wie alle anderen auch. Das bedeutet, auch für sie gilt die 20-Stunden-Vermutungsregelung, wenn sie auf Basis von Abrufarbeit beschäftigt sind. Wenn ein Minijobber aber 20 Stunden pro Woche arbeitet, überschreitet er selbst dann, wenn er nur den gesetzlichen Mindestlohn verdient, deutlich die 450-Euro-Grenze. Das Arbeitsverhältnis wird damit sozialversicherungspflichtig (in der sog. Gleitzone – Midijob).

Achtung: Hier droht ein „Phantomlohn-Risiko“ aufgrund des sog. Entstehungsprinzips (das bedeutet, im Sozialversicherungsrecht entstehen Beitragspflichten schon dann, wenn ein Arbeitnehmer ein Recht auf eine bestimmte Zahlung hat, nicht erst dann, wenn die Zahlung tatsächlich geleistet wird).

4. Muss mit Abrufkräften zwingend ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen werden?

Ein schriftlicher Arbeitsvertrag ist dringend zu empfehlen!

Denn wenn kein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt, bringt das erhebliche Risiken für den Arbeitgeber mit sich:

- Der Arbeitgeber kann kaum beweisen, dass eine bestimmte andere Stundenvereinbarung getroffen wurde – mit der oben beschriebenen Konsequenz.
- Bei befristeten Arbeitsverhältnissen ist auch bei Abrufkräften eine nur mündlich vereinbarte Befristungsabrede unwirksam - mit der Konsequenz, dass ein unbefristeter Arbeitsvertrag zustande kommt.
- Das Nachweisgesetz begründet ohnehin die Pflicht, innerhalb von einem Monat die wesentlichen Arbeitsbedingungen schriftlich nachzuweisen. Wer dies nicht tut, hat zwar keine direkten Sanktionen zu befürchten. Aber im Streitfall drohen Beweismachteile.

Musterarbeitsverträge und Musterklauseln für Verträge mit Abrufkräften erhalten DEHOGA-Mitgliedsbetriebe bei ihrem DEHOGA Landes- bzw. Bezirksverband.

Wie bisher gilt aber: Schriftlichkeit ist keine Voraussetzung für einen Arbeitsvertrag. Auch ein mündlicher Arbeitsvertrag ist ein wirksamer Arbeitsvertrag. Und auch eine mündliche oder konkludente Stundenvereinbarung sind möglich.

5. Was ist die Konsequenz, wenn der Arbeitgeber die Arbeit kürzer als vier Tage vor dem Einsatz angekündigt?

Der Arbeitnehmer ist nicht zur Arbeit verpflichtet (Leistungsverweigerungsrecht). Es steht ihm aber frei, den Arbeitseinsatz trotzdem anzunehmen, dann hat er natürlich den entsprechenden Vergütungsanspruch. Wenn der Arbeitnehmer die zu kurzfristig abgerufene Arbeit nicht leistet, hat er in der Regel auch keinen Vergütungsanspruch (es sei denn, der Arbeitgeber gerät in Annahmeverzug).

6. Dürfen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine kürzere als die Viertagesfrist vertraglich vereinbaren?

Nein. Vertragsabreden, in denen eine kürzere Ankündigungsfrist vereinbart wird oder der Arbeitnehmer generell auf die Ankündigungsfrist verzichtet, sind unwirksam.

Das gilt auch bei erst kurzfristig entstehendem Bedarf, z.B. wegen Wetterveränderung oder kurzfristigen Reservierungen. Hier kann der Arbeitgeber nur darauf setzen, dass ein Arbeitnehmer freiwillig kurzfristig „einspringt“.

7. Was ist die Konsequenz, wenn der Arbeitgeber eine kürzere Zeit als drei aufeinanderfolgende Stunden abrufft?

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat der Arbeitnehmer dann das Wahlrecht:

- Er kann die kürzere Arbeitsleistung ohne Einschränkung erbringen.
- Er kann die kürzere Arbeitsleistung erbringen, allerdings unter Bezahlung bzw. Anrechnung von drei Stunden.
- Oder er kann die kürzere Arbeitsleistung gänzlich ablehnen. Dann hat er allerdings auch keinen Vergütungsanspruch.

8. Dürfen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine kürzere aufeinanderfolgende Arbeitszeit als drei Stunden vereinbaren?

Ja. Die Drei-Stunden-Mindestarbeitszeit gilt nur für das einseitige Abrufrecht des Arbeitgebers. Dadurch soll verhindert werden, dass der Arbeitnehmer entgegen seinen Erwartungen nur für kurzzeitige Einsätze herangezogen wird, was zu unverhältnismäßigen Anfahrtswegen oder zu einer „Zerstückelung“ des Tages führen kann. Einzelvertraglich kann auch eine kürzere Arbeitszeit als drei Stunden vereinbart werden (z.B. immer zwei Stunden zur Stoßzeit während der Hauptessenszeiten).

9. Was ist zu empfehlen, wenn der Arbeitszeitbedarf nicht abschätzbar ist?

Grundsätzlich sei vorausgeschickt: Das Kalkulieren des Arbeitsbedarfs ist insbesondere in Betrieben, die vom Wetter oder sonstigen starken Nachfragespitzen abschätzen, eine große Herausforderung. Es ist jedoch Aufgabe des Arbeitgebers, dies möglichst genau abzuschätzen. Alle Arbeitszeit-Flexibilisierungsinstrumente haben deshalb rechtliche Grenzen, deren Ziel es ist zu verhindern, dass dieses Risiko auf den Arbeitnehmer abgewälzt wird.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, um die monatliche oder wöchentliche Arbeitszeitdauer flexibler handhaben zu können:

- Im Rahmen der Arbeit auf Abruf können Höchst- oder Mindestarbeitszeiten oder auch eine Kombination aus beidem (sog. Bandbreitenregelungen) vereinbart werden. Hierbei sind jedoch die Grenzen des § 12 Abs. 2 TzBfG zu beachten. Mit diesen wird die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Gesetzesform übernommen.

Kontaktieren Sie zur Formulierung Ihren DEHOGA Landes- oder Bezirksverband oder einen Rechtsanwalt.

- In vielen Fällen ist ein Arbeitszeitkonto eine gute Alternative. Das bedeutet, es wird eine regelmäßige (meist monatliche) Arbeitszeit vereinbart und vergütet. Mehr- und Minderstunden werden in einem Arbeitszeitkonto erfasst und in einem bestimmten Ausgleichszeitraum (z.B. Quartal, Halbjahr, Jahr) ausgeglichen. Erst nach Ablauf des Ausgleichszeitraums wird Mehrarbeit finanziell ausgeglichen, meist mit einem Zuschlag.

Fast alle DEHOGA Manteltarifverträge enthalten Regelungen zu Arbeitszeitkonten. Informationen Sie sich dazu über Ihren DEHOGA Landes- oder Bezirksverband.

10. Was ist zu empfehlen, wenn in bestehenden Arbeitsverhältnissen mit Abrufkräften eine Angabe zur Arbeitszeitdauer fehlt?

Es kommt auf den Einzelfall an. Möglich ist, dass aufgrund einer längeren Praxis eine Arbeitszeitdauer bereits als konkludent vereinbart gilt (§ 12 TzBfG fordert keine ausdrückliche oder schriftliche Vereinbarung). In den meisten Fällen wird allerdings eine Vertragsergänzung auf Grundlage des bisherigen typischen Arbeitsanfalls sinnvoll sein, um mögliche Risiken auszuschalten. *Kontaktieren Sie hierzu Ihren DEHOGA Landes- oder Bezirksverband oder einen Rechtsanwalt.*

Rechtlicher Hinweis: *Trotz sorgfältiger inhaltlicher Kontrolle übernehmen wir keine Haftung für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität dieser Publikation. Sie soll gastgewerblichen Betrieben als Hilfestellung dienen und sie bei der Umsetzung der arbeitsrechtlichen Vorschriften unterstützen. Sie stellt jedoch keine Rechtsberatung und vermag eine Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt bzw. den DEHOGA Landesverband im Einzelfall auch nicht zu ersetzen. Vertragsmuster erhalten Mitgliedsbetriebe bei Ihrem DEHOGA Landes- bzw. Bezirksverband. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird durchgängig die männliche Form verwendet; dies ist geschlechtsneutral zu verstehen.*