

# AKTUELL

## EXKLUSIVE INFORMATIONEN FÜR DIE MITGLIEDER DES DEHOGA

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

Aktualisierung Stand 17. Dezember 2019

---

Zum 1. Januar 2019 ist eine Änderung von § 12 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) in Kraft getreten, der die sog. „Arbeit auf Abruf“ regelt.

Die für das Gastgewerbe wichtigste Änderung, die seitdem für den meisten Diskussionsstoff sorgt, ist die Erhöhung der „vermuteten“ wöchentlichen Arbeitszeit von 10 auf 20 Stunden, wenn im Arbeitsvertrag keine wöchentliche Arbeitszeit geregelt ist. Durch diese Änderung wächst das finanzielle Risiko, wenn Arbeitgeber bei Arbeit auf Abruf rechtliche Fehler begehen. Arbeitnehmer können ggf. die Bezahlung von 20 Wochenstunden einfordern, auch wenn sie tatsächlich wesentlich weniger Stunden geleistet haben. Weiter ist davon auszugehen, dass die Deutsche Rentenversicherung aufgrund der Anwendung des im Sozialversicherungsrecht geltenden Entstehungsprinzips die zu zahlenden Sozialversicherungsbeiträge auf Basis dieser 20 Wochenstunden berechnet (sog. Phantomlohnfalle). Bei Minijobbern würde dies dazu führen, dass die 450-Euro-Grenze überschritten wird, der Mitarbeiter seinen Status als geringfügig Beschäftigter verliert und entsprechend Sozialversicherungsbeiträge nachzuzahlen sind.

Das vorliegende Merkblatt stellt die Gesetzesänderungen und ihre Auswirkungen und Risiken dar und zeigt Möglichkeiten auf, damit operativ und in der Arbeitsvertragsgestaltung umzugehen. Eine für jede Konstellation passende Empfehlung kann dabei allerdings leider nicht gegeben werden.

#### 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	(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 <b>20 Stunden</b> als vereinbart.  (2) Ist für die Dauer der wöchentlichen Ar-

<p>Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden 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>beitszeit nach Absatz 1 Satz 2 eine Mindestarbeitszeit vereinbart, darf der Arbeitgeber 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. Ist jede „Aushilfe“ eine Abrufkraft?

Nein. „Arbeit auf Abruf“ im Sinne von § 12 TzBfG liegt nur 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.

## 3. 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.

**Arbeitsrechtlich** führt dies dazu, dass auch 20 Stunden vergütet werden müssen. Bei arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzungen können Arbeitnehmer die Bezahlung von 20 Wochenstunden einfordern - 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.

**Achtung Phantomlohn: Drohende Nachzahlungen in der Sozialversicherung! Kein Bestandsschutz für Altverträge**

**Sozialversicherungsrechtlich** können die Konsequenzen noch weit gravierender sein. Hier droht nämlich aufgrund des im Sozialrecht geltenden sog. Entstehungsprinzips ein „Phantomlohn-Risiko“. 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. Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger haben einen Bestandsschutz für Altverträge (Verträge, die vor dem 1. Januar 2019 abgeschlossen wurden) abgelehnt und angekündigt, für alle Verträge ohne festgelegte Arbeitszeit die im Gesetzeswortlaut genannten fiktiven 20 Wochenstunden zugrunde zu legen.

## 4. 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 (im sog. Übergangsbereich – früher Gleitzzone - als Midijob). Es drohen hohe Nachzahlungen bei Sozialversicherungsprüfungen!

## 5. Reicht es aus, wenn mit der Abrufkraft eine Monatsarbeitszeit vereinbart ist?

Nach dem Wortlaut des § 12 TzBfG schützt nur die Festlegung einer wöchentlichen Arbeitszeit vor der Rechtsfolge der 20-Stunden-Vermutungsregelung. Die Vereinbarung einer Monatsarbeitszeit mit Abrufkräften birgt daher nicht unerhebliche juristische Risiken.

## **6. 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 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.

## **7. 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).

## **8. 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“.

## **9. 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.

#### 10. 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).

#### 11. Was ist zu empfehlen, wenn der Arbeitszeitbedarf schwer abschätzbar ist?

Grundsätzlich sei vorausgeschickt: Das Kalkulieren des Arbeitsbedarfs ist insbesondere in Betrieben, die vom Wetter oder sonstigen starken Nachfragespitzen abschätzen, eine große Herausforderung. Das geltende Arbeitsrecht in Deutschland trägt dem dringenden Flexibilisierungsbedarf von Hotellerie und Gastronomie, z.B. im Saison- oder Veranstaltungsgeschäft leider nicht in ausreichendem Maße Rechnung. Das Recht geht davon aus, dass es Aufgabe des Arbeitgebers ist, seinen Personalbedarf möglichst genau abzuschätzen und das Risiko von Fehlplanungen und unvorhergesehenen Ereignissen zu tragen. Alle vorgestellten Arbeitszeit-Flexibilisierungsinstrumente haben deshalb rechtliche Grenzen, deren Ziel es ist zu verhindern, dass dieses Risiko auf den Arbeitnehmer abgewälzt wird. Das führt dazu, dass es die perfekte gleichermaßen flexible wie rechtssichere Lösung für Abrufarbeit nicht gibt.

Es gibt jedoch verschiedene Möglichkeiten für verschiedene Konstellationen und mit verschiedenen Vor- und Nachteilen, um die monatliche oder wöchentliche Arbeitszeitdauer von Abrufkräften und sonstigen Aushilfen handhaben zu können:

- a) Im Rahmen der Arbeit auf Abruf können Bandbreitenarbeitszeiten vereinbart werden. Dafür sieht § 12 Absatz 2 TzBfG allerdings enge Grenzen der Zulässigkeit vor: Ist eine **Mindestarbeitszeit** vereinbart, darf der Arbeitgeber nur bis zu 25 Prozent der wöchentlichen Arbeitszeit zusätzlich abrufen. Ist eine **Höchst-arbeitszeit** vereinbart, darf der Arbeitgeber nur bis zu 20 Prozent der wöchentlichen Arbeitszeit weniger abrufen. Mit diesen ebenfalls zum 1. Januar 2019 eingefügten Grenzen wurde die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Gesetzesform übernommen. Es darf nur eine Höchst- oder eine Mindestarbeitszeit vereinbart, die Schwankungsbreite von 20 Prozent nach unten und 25 Prozent nach oben darf nicht miteinander kombiniert werden.

Es empfiehlt sich insbesondere die Vereinbarung einer Mindestarbeitszeit, wenn bestimmte Teilzeitkräfte oder Minijobber längerfristig eingesetzt werden und ihre Arbeitszeit nicht allzu stark schwankt. Vorteil hier ist, dass der Arbeitgeber die benötigte Arbeitszeit einseitig festlegen kann und der Mitarbeiter eine Arbeitspflicht hat. Nachteil ist der geringe zeitliche Spielraum von nur 25 Prozent. Die im Arbeitsvertrag festgelegte wöchentliche Mindestarbeitszeit sollte so genau wie möglich der tatsächlich gearbeiteten Arbeitszeit entsprechen. Betriebe sollten dokumentieren, wann Arbeitnehmer selbst nicht zur Verfügung stehen bzw. Einsätze abgelehnt haben, um Annahmeverzugslöhne zu vermeiden.

*Kontaktieren Sie zur rechtssicheren Formulierung einer Höchst- oder Mindestarbeitszeit Ihren DEHOGA Landes- oder Bezirksverband oder einen Rechtsanwalt.*

- b) In vielen Fällen ist ein **Arbeitszeitkonto** eine gute Alternative zur Abrufarbeit. Das bedeutet, es wird eine regelmäßige (meist monatliche) Arbeitszeit vereinbart und verstetigt 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 saldierte Mehrarbeit finanziell ausgeglichen, meist mit einem Zuschlag.

Eine solche Regelung empfiehlt sich insbesondere für länger laufende Arbeitsverhältnisse und für Saisonkräfte. Vorteil ist die große zeitliche Flexibilität für Arbeitgeber und Arbeitnehmer während des Ausgleichszeitraums. Die verstetigte Vergütung hat für beide Seiten den Vorteil guter Kalkulierbarkeit und Verlässlichkeit. Allerdings muss eben auch in Monaten gezahlt werden, in denen der Arbeitnehmer wenig oder gar nicht gearbeitet hat und ggf. entsprechender Umsatz fehlt. Mitarbeiter mit sehr stark schwankenden Arbeitszeiten erhalten für viel Arbeit nicht sofort entsprechend viel Geld, das kann sich z.B. bei Studenten oder Arbeitnehmern, die für ein konkretes Konsumziel kurzzeitig viel arbeiten wollen, als Motivationsnachteil auswirken. Das Führen von Arbeitszeitkonten ist mit entsprechendem Dokumentationsaufwand verbunden.

*Fast alle DEHOGA Manteltarifverträge enthalten Regelungen zu Arbeitszeitkonten. Informationen Sie sich dazu über Ihren DEHOGA Landes- oder Bezirksverband. Nicht tarifgebundene Betriebe sollten für arbeitsvertragliche Vereinbarungen über ein Arbeitszeitkonto unbedingt einen Arbeitsrechtler hinzuziehen. Achtung: Auf arbeitsvertraglicher Grundlage ist das Ansammeln von Minusstunden in der Regel nicht rechtswirksam.*

- c) Häufig verfügen gastgewerbliche Betriebe über einen größeren Pool an Aushilfen, die sich für angebotene Schichten z.B. über eine App oder What's App-Gruppe selbst freiwillig melden können.

Wenn keine Arbeitspflicht besteht und die einzelne Aushilfe immer nur punktuell, z.B. für eine bestimmte Veranstaltung, die Saison oder ein Saisonereignis wie Karneval, eingesetzt wird, kann der Abschluss eines **befristeten Arbeitsvertrages** nur bezogen auf den konkreten Einsatz sinnvoll sein. Es liegt dann gar kein Anwendungsfall des § 12 TzBfG vor.

Allerdings muss dann unbedingt darauf geachtet werden, dass die arbeitsrechtlichen Vorgaben für befristete Arbeitsverhältnisse eingehalten werden: Insbesondere muss die Befristungsabrede vor Beginn des Arbeitseinsatzes in gesetzlicher Schriftform (d.h. mit Originalunterschrift) vereinbart werden. Da mit einem Arbeitnehmer, der zuvor schon einmal beschäftigt worden ist, keine zweite sachgrundlose Befristung mehr möglich ist, muss ein Sachgrund im Sinne von § 14 Abs. 1 TzBfG vorliegen. Insbesondere bei speziellen Veranstaltungen kann dieser Sachgrund darin liegen, dass „der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht“ (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG). Aber Achtung: Wer ständig wechselnde Aushilfen in einem insgesamt etwa gleichmäßigen Umfang beschäftigt, wird im Streitfall kaum gerichts-fest einen „vorübergehenden Bedarf“ beweisen können. Mit der Anzahl der geschlossenen befristeten Arbeitsverträge steigen die rechtlichen Anforderungen an die Prognose des nur vorübergehenden Bedarfs. Eine unwirksame Befristungsabrede führt zu einem unbefristeten Arbeitsverhältnis.

Weiter ist darauf zu achten, dass die Beschäftigten dann auch konsequent an- und abgemeldet werden.

- d) Schließlich kann auch eine **eher niedrig gewählte festen, wöchentlichen Arbeitszeit** vereinbart werden, **kombiniert mit zusätzlich vergüteten Überstunden** funktioniert. Wenn vertraglich vereinbart, können Überstunden im Rahmen des Direktionsrechts nach „billigem Ermessen“ angeordnet werden.

Auch hier sollte allerdings darauf geachtet werden, dass die vereinbarte Arbeitszeit der tatsächlich gearbeiteten möglichst nahe kommt. Von sog. 1-Stunden-Verträgen, die de facto typischerweise deutlich überschritten werden, wird dringend abgeraten.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Teilzeitkräfte (tarifliche) Mehrarbeitszuschläge bereits dann erhalten müssen, wenn sie ihre individuell vereinbarte Arbeitszeit überschreiten.

Dass die vereinbarte feste Arbeitszeit immer zu vergüten ist, dürfte sich von selbst verstehen.

## **12. 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 dar 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.*