

**Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht**

Band 15

Arbeit auf Abruf i.S.d. § 12 TzBfG

**Erfüllung staatlicher Schutzpflichten
unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzesänderung
zum 1. Januar 2019**

Von

Anna Heinemann



Duncker & Humblot · Berlin

ANNA HEINEMANN

Arbeit auf Abruf i.S.d. § 12 TzBfG

Abhandlungen zum deutschen und
internationalen Arbeits- und Sozialrecht

Band 15

Arbeit auf Abruf i.S.d. § 12 TzBfG

Erfüllung staatlicher Schutzpflichten
unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzesänderung
zum 1. Januar 2019

Von

Anna Heinemann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat diese Arbeit im Jahre 2021
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2747-9021
ISBN 978-3-428-18976-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58976-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Christian Fischer, danke ich herzlich für die Betreuung dieser Arbeit, die dabei gewährte wissenschaftliche Freiheit und das Vertrauen in das Gelingen meines Forschungsthemas. Zudem gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Achim Seifert für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die wohlwollende Mitwirkung an der Promotionskommission. Schließlich danke ich auch Herrn Prof. Dr. Christoph Ohler, der als fachfremder Drittprüfer den Diskurs im Rahmen der Disputation bereichert hat.

Ich danke allen Freunden, (ehemaligen) Kollegen und Weggefährten, die mich bei der Erstellung dieser Arbeit sowohl durch fachlichen Rat als auch durch motivierende Worte und Gesten unterstützt haben.

Mein größter Dank gilt meiner Familie. Auf die bedingungslose Unterstützung und aufmunternde Zusprache meiner Eltern und meines Bruders kann und konnte ich mich immer verlassen. Tief verbunden und dankbar bin ich meinem Mann, der mit mir durch alle guten und manchmal beschwerlichen Tage auf dem Weg zur Fertigstellung dieser Arbeit gegangen ist und dabei stets die richtigen Worte fand.

Durch das große Vertrauen in mich hat meine Familie entscheidend zu dem Gelingen dieser Dissertation beigetragen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im August 2023

Anna Heinemann

Inhaltsverzeichnis

	<i>1. Kapitel</i>	
	Einleitung	25
	<i>2. Kapitel</i>	
	Grundlagen und Grundannahmen	29
§ 1	Bedürfnis eines Arbeitnehmerschutzes	29
I.	Grundsatz der Privatautonomie	30
1.	Definition und Konkretisierung der Privatautonomie	30
2.	Verfassungsrechtliche Einordnung der Privatautonomie	31
3.	Grenzen der Privatautonomie	32
II.	Besonderheit im Arbeitsrecht	33
1.	Interessenlage im Arbeitsverhältnis	34
2.	Grundrechtlicher Interessenschutz	36
3.	Gestörte Vertragsparität	38
a)	Gestörte Vertragsparität im Arbeitsverhältnis	38
b)	Kritik	41
c)	Stellungnahme	42
§ 2	Staatliche Schutzpflichten im Arbeitsrecht	43
I.	Sinn und Zweck staatlicher Schutzpflichten	44
II.	Herleitung aus den Grundrechten	45
1.	Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht	45
2.	Drittwirkung von Grundrechten	47
a)	Unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten	47
b)	Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten	49
aa)	<i>Lüth</i> -Entscheidung vom 15. Januar 1958	50
bb)	Weiterentwicklung hin zu staatlichen Schutzpflichten	51
(1)	<i>Fristenlösungs</i> -Entscheidung vom 25. Februar 1975	52
(2)	<i>Handelsvertreter</i> -Entscheidung vom 7. Februar 1990	53
(3)	<i>Bürgerschafts</i> -Entscheidung vom 19. Oktober 1993	55
c)	Zusammenfassung	57
III.	Ausgestaltung der staatlichen Schutzpflichten	58
1.	Grundsätze der Rechtsprechung	58
2.	Verfassungsrechtlicher Gestaltungsrahmen	59
a)	Übermaßverbot	60

b) Untermaßverbot	61
3. Schutzpflicht bei der Ausgestaltung der Privatautonomie	63
a) Gestaltungsrahmen des Gesetzgebers	63
b) Gestaltungsrahmen der Rechtsprechung	64

3. Kapitel

Arbeit auf Abruf 67

§ 3 Besonderheiten der Arbeit auf Abruf	67
I. Charakteristika des Abrufarbeitsverhältnisses	68
1. Legaldefinition der Arbeit auf Abruf in § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBfG	68
a) Vereinbarung im Sinne der Norm	68
aa) Wesentlicher Bestandteil des Abrufarbeitsvertrages	68
bb) Formerfordernis	70
cc) Zustandekommen der Abrufabrede	71
dd) Inhaltskontrolle der Abrufabrede	73
(1) Anwendbarkeit des AGB-Rechts im Arbeitsrecht	73
(2) Einführung der Abrufabrede durch AGB	74
(3) Transparenzgebot	75
b) Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall im Sinne der Norm	76
2. Flexibilisierung von Lage und Dauer der Arbeitszeit	77
a) Lage der Arbeitszeit	78
aa) Rechtsgrundlage: Weisungsrecht des Arbeitgebers, § 106 Satz 1 GewO	78
bb) Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit	80
cc) Grenzen des Weisungsrechts	82
(1) Im Allgemeinen: § 106 Satz 1 GewO	82
(a) Äußere Grenzen des Weisungsrechts	82
(aa) Arbeitsvertrag	83
(bb) Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung	84
(cc) Bestimmungen eines anwendbaren Tarifvertrages	85
(dd) Gesetzliche Vorschriften	86
(b) Innere Grenze des Weisungsrechts	88
(aa) Gesetzliche Grundlage der Ausübungskontrolle	88
(bb) Anforderungen an die Ermessensausübung	90
(cc) Rechtsfolge einer unbilligen Weisung	93
(2) Im Besonderen: § 12 Abs. 3 TzBfG	95
b) Dauer der Arbeitszeit	97
aa) Rechtsgrundlage: Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht, § 315 Abs. 1 BGB	98

bb) Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts	99
(1) Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit	99
(a) Grundsatz: Vereinbarung gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG	99
(b) Gesetzliche Fiktion gemäß § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG	100
(c) Bezugszeitraum der wöchentlichen Arbeitszeit . . .	101
(d) Arbeitszeitrahmen gemäß § 12 Abs. 2 TzBfG	102
(2) Dauer der täglichen Arbeitszeit	103
(a) Grundsatz: Vereinbarung gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG	103
(b) Festlegung der täglichen Arbeitszeit gemäß § 12 Abs. 1 Satz 4 TzBfG	104
II. Abgrenzungsfragen	105
1. Abgrenzung zu anderen Formen flexibler Arbeitszeitgestaltung . .	105
a) Gleitzeitvereinbarungen und Vertrauensarbeitszeit	105
b) Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft . .	106
aa) Arbeitsbereitschaft	107
bb) Bereitschaftsdienst	107
cc) Rufbereitschaft	108
dd) Abgrenzung zur Arbeit auf Abruf	109
c) Ableistung von Überstunden	110
aa) Abgrenzung zur Arbeit auf Abruf	110
bb) Abgrenzung partieller Abrufarbeit von der Ableistung von Überstunden	111
2. Abgrenzung zu anderen Vertragsgestaltungen mit flexibler Arbeits- zeit	112
a) Befristete Arbeitsverträge (in Kombination mit Rahmenverein- barung)	112
aa) Gestaltungsmöglichkeiten	112
bb) Zulässigkeit der Rahmenvereinbarungen	114
cc) Abgrenzung zur Arbeit auf Abruf	115
b) Null-Stunden-Verträge	116
aa) Rechtliche Einordnung	117
bb) Wirksamkeit von Null-Stunden-Verträgen	118
cc) Abgrenzung zur Arbeit auf Abruf	119
§ 4 Schutzbedürfnis des Abrufarbeitnehmers	119
I. Schutzbedürfnis im Allgemeinen	120
1. Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers	120
2. Abweichung vom <i>Normalarbeitsverhältnis</i>	121
a) Das Normalarbeitsverhältnis	121
aa) Hintergrund	121
bb) Allgemeine Definitionsmerkmale	123

b)	Das atypische Arbeitsverhältnis	126
aa)	Hintergrund	126
bb)	Allgemeine Definitionsmerkmale	127
cc)	Risiken atypischer Beschäftigungsverhältnisse	128
dd)	Arbeit auf Abruf als atypische Beschäftigungsform	129
(1)	Teilzeitbeschäftigung	130
(2)	Geringfügige Beschäftigung	132
(a)	Allgemeines	132
(b)	Auswirkungen des § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG auf die Vergütungsgrenze	132
(3)	Befristete Beschäftigung	133
ee)	Arbeit auf Abruf als prekäre Beschäftigungsform?	133
c)	Zusammenfassung	135
II.	Schutzbedürfnis im Besonderen	135
1.	Einkommensunsicherheit	135
a)	Dauer der Arbeitszeit	136
aa)	Teilzeitarbeitsverhältnis	136
bb)	Arbeitszeitrahmen, § 12 Abs. 2 TzBfG	137
(1)	Grundsatz: Ohne Arbeit kein Lohn	137
(2)	Ausnahme: Arbeitgeberseitiges Wirtschaftsrisiko	138
(a)	Rechtliche Einordnung des § 615 Satz 1 BGB	139
(b)	Wirtschafts- und Betriebsrisiko nach § 615 BGB	141
(3)	Rückausnahme: Arbeit auf Abruf	143
b)	Höhe der Vergütung	144
c)	Zusammenfassung	145
2.	Planungsunsicherheit	146
a)	Berufliche Planungsunsicherheit	147
b)	Private Planungsunsicherheit	147
III.	Zusammenfassung	148
§ 5	Entstehungsgeschichte des heutigen § 12 TzBfG	148
I.	Ausgangslage	150
II.	Erstmalige Normierung im Beschäftigungsförderungsgesetz (1985)	151
1.	Gesetzgebungsverfahren	152
a)	Gesetzentwurf vom 11. Oktober 1984	152
aa)	Inhalt des Gesetzentwurfs	152
bb)	Kritik an dem Gesetzentwurf bzw. an der Arbeit auf Abruf als solcher	154
(1)	Kritik seitens der Politik	154
(a)	Antrag der Fraktion der SPD	154
(b)	Kritik seitens der SPD	155
(c)	Kritik seitens DIE GRÜNEN	155
(2)	Kritik seitens der Literatur	156

(a)	Kritik seitens <i>Peter Hanau</i>	156
(b)	Kritik seitens <i>Peter Schüren</i>	157
(c)	Kritik seitens <i>Arnold Knigge</i>	158
(d)	Kritik seitens <i>Otfried Wlotzke</i>	158
(3)	Kritik seitens der Rechtsprechung	158
(a)	Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 1. Dezember 1983	159
(aa)	Zum Sachverhalt	159
(bb)	Aus den Gründen	159
(b)	Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 2. Mai 1984	160
(aa)	Zum Sachverhalt	160
(bb)	Aus den Gründen	160
(c)	Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12. Dezember 1984	161
(aa)	Zum Sachverhalt	162
(bb)	Aus den Gründen	163
b)	Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung	164
c)	Inkrafttreten des Beschäftigungsförderungsgesetzes zum 1. Mai 1985	166
d)	Reaktionen auf Normierung der Arbeit auf Abruf	167
aa)	Stellungnahme seitens <i>Peter Schwerdtner</i>	167
bb)	Stellungnahme seitens <i>Gerrick von Hoyningen-Huene</i>	168
cc)	Stellungnahme seitens <i>Manfred Löwisch</i>	168
dd)	Stellungnahme seitens <i>Martin Lorenz</i>	169
2.	Einfluss auf Mindestschutzbestimmungen	169
III.	Überführung in das Teilzeit- und Befristungsgesetz (2001)	170
1.	Gesetzgebungsverfahren	171
a)	Gesetzentwurf vom 24. Oktober 2000	171
b)	Inkrafttreten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes zum 1. Januar 2001	172
c)	Reaktionen auf die Überführung in das Teilzeit- und Befristungsgesetz	173
2.	Einfluss auf Mindestschutzbestimmungen	174
IV.	Gesetzesänderung (2019)	174
1.	Gesetzgebungsverfahren	175
a)	Referentenentwurf vom 17. April 2018	175
aa)	Inhalt des Referentenentwurfs	175
bb)	Stellungnahmen zu dem Referentenentwurf	176
(1)	Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände	176
(2)	Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes ..	177
b)	Gesetzentwurf vom 13. Juni 2018	178

aa) Inhalt des Gesetzentwurfs	179
bb) Kritik an dem Gesetzentwurf	181
c) Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales	181
d) Inkrafttreten der Gesetzesänderung zum 1. Januar 2019	182
2. Einfluss auf Mindestschutzbestimmungen	183
V. Gesetzesänderung (2022)	183
1. Vorgaben aus der Arbeitsbedingungenrichtlinie	184
2. Gesetzgebungsverfahren	185
a) Gesetzentwurf vom 6. April 2022	185
b) Inkrafttreten der Gesetzesänderung zum 1. August 2022	186
3. Einfluss auf Mindestschutzbestimmungen	187
VI. Zusammenfassung	187

4. Kapitel

Gesetzesänderung zum 1. Januar 2019 189

§ 6 Vorüberlegungen	189
I. Bestehen einer gesetzgeberischen Schutzpflicht	189
II. Gang der Untersuchung	191
1. Untersuchungsgegenstand	191
2. Untersuchungsziel	192
3. Vorgehensweise	192
§ 7 Fiktive Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit, § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG	193
I. Rechtslage vor der Gesetzesänderung	193
1. Gesetzliche Regelung	194
2. Anwendungsbereich der Norm	194
a) Tatsächliche Vertragsdurchführung	194
b) Rückgriff auf gesetzliche Fiktionsregelung	195
II. Einfluss der Gesetzesänderung auf Planungs- und Einkommenssicherheit	197
1. Gesetzgeberische Intention	197
a) Anreizwirkung	198
b) Erhöhte Planungs- und Einkommenssicherheit	199
2. Folgewirkungen der gesetzlichen Neuregelung	199
a) Anwendungsbereich der Norm	200
aa) Bisheriger Streitstand	200
bb) Folgen der fehlenden Abhilfe durch Gesetzesänderung	200
b) Altverträge	202
c) Geringfügige Beschäftigungsverhältnisse	204
III. Alternativ- bzw. Ergänzungsvorschläge	205
IV. Ergebnisse	206

§ 8 Arbeitszeitrahmen, § 12 Abs. 2 TzBfG	207
I. Rechtslage vor der Gesetzesänderung	208
1. Ursprüngliche Rechtsauffassung	208
2. Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Dezember 2005	209
a) Zum Sachverhalt	210
b) Zulässigkeit von Arbeitszeitrahmen	211
aa) Neuauslegung des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG	211
(1) Grammatikalische Auslegung	212
(2) Systematische Auslegung	213
(3) Teleologische Auslegung	214
bb) Neuausrichtung des Schutzsystems	215
(1) Ablösung der Umgehungsrechtsprechung durch AGB-Kontrolle	215
(2) Leistungsbestimmungsrecht hinsichtlich des Arbeitszeitumfangs	217
cc) Zusammenfassung	218
c) Wirksamkeit von Arbeitszeitrahmen	219
aa) Kontrollfähigkeit einseitiger Leistungsbestimmungsrechte	219
(1) Im Allgemeinen	220
(2) Hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit	221
bb) Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 und 2 BGB	222
(1) Allgemeine Grundsätze der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB	223
(2) Abweichung von wesentlichen Grundgedanken des § 615 BGB	225
(3) Widerstreitende Interessenlage	225
(4) Fehlerhafte Interessenabwägung	226
(a) Funktion und Ausgestaltung der Änderungsvorbehalte	227
(b) Mangelnde Eignung für Interessenausgleich	228
(c) Exkurs: Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	230
cc) Rechtsfolge	231
d) Zusammenfassung	231
II. Einfluss der Gesetzesänderung auf Planungs- und Einkommenssicherheit	233
1. Gesetzgeberische Intention	233
2. Schutzgehalt der Kodifizierung	234
a) Planungs- und Einkommensunsicherheit durch Flexibilität	234
b) Sicherheit durch Vereinheitlichung der Rechtsprechung	236
c) Keine weitere Verbesserung der Planungs- und Einkommenssicherheit	237

III. Alternativ- bzw. Ergänzungsvorschläge	238
1. Abkehr von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	238
2. Modifizierung des § 12 Abs. 2 TzBfG [n. F.]	240
a) Verbesserung der Planungssicherheit	240
aa) Viertägige Ankündigungsfrist hinsichtlich variabler Arbeitszeit	241
bb) Mehr Planungssicherheit durch Verlängerung der Ankündigungsfrist	242
b) Verbesserung der Einkommenssicherheit	243
aa) Finanzielle Entschädigung für zusätzliches Bereithalten	244
bb) Zuschlag hinsichtlich zusätzlich abgerufener Arbeitsstunden	245
3. Bewertung	246
IV. Ergebnisse	247
§ 9 Berechnungsgrundlage für Entgelt(fort)zahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen, § 12 Abs. 4 und 5 TzBfG	248
I. Rechtslage vor der Gesetzesänderung	249
1. Berechtigter Personenkreis	250
2. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	250
a) Entgeltfortzahlung im Allgemeinen	250
aa) Anspruch auf Entgeltfortzahlung, § 3 EFZG	250
bb) Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs, § 4 EFZG	252
(1) Geldfaktor	252
(2) Zeitfaktor	253
(a) <i>Regelmäßige Arbeitszeit</i> im Sinne des § 4 Abs. 1 EFZG	254
(b) Arbeitsverhältnisse mit gleichmäßiger Arbeitszeit	255
(c) Arbeitsverhältnisse mit variabler Arbeitszeit	255
b) Entgeltfortzahlung im Abrufarbeitsverhältnis	256
aa) Anspruch auf Entgeltfortzahlung	257
(1) Klarer Kausalitätsnachweis	257
(2) Unklarer Kausalitätsnachweis	259
(a) Problemdarstellung	259
(b) Lösungsansätze im Schrifttum	260
bb) Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs	261
(1) Anwendbarkeit des Entgeltausfallprinzips	262
(2) Keine Anwendbarkeit des Entgeltausfallprinzips	262
3. Entgeltzahlung an Feiertagen	264
a) Entgeltzahlung im Allgemeinen	264
aa) Anspruch auf Entgeltzahlung	264
bb) Berechnung des Entgeltzahlungsanspruchs	265
b) Entgeltzahlung im Abrufarbeitsverhältnis	265

aa)	Abgestufte Darlegungs- und Beweislast	266
bb)	Vergangenheitsbezogene Durchschnittsberechnung	267
II.	Einfluss der Gesetzesänderung auf Planungs- und Einkommenssicherheit	267
1.	Regelungsgehalt der § 12 Abs. 4 und 5 TzBfG	268
a)	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 12 Abs. 4 TzBfG	268
aa)	Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs, § 12 Abs. 4 TzBfG	269
(1)	Regelungsgehalt	269
(2)	Berechnungsschritte	270
bb)	Anspruch auf Entgeltfortzahlung	271
cc)	Anwendung hinsichtlich einzelner Abrufkonstellationen	272
(1)	Erkrankung während des gesamten Bezugszeitraums	272
(2)	Erkrankung bei sicherem Nichtabruf	273
(3)	Erkrankung bei erfolgtem Abruf	273
(4)	Erkrankung bei noch nicht erfolgtem Abruf	274
b)	Entgeltzahlung an Feiertagen, § 12 Abs. 5 TzBfG	274
2.	Schutzgehalt der Regelungen	275
a)	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 12 Abs. 4 TzBfG	275
b)	Entgeltzahlung an Feiertagen, § 12 Abs. 5 TzBfG	276
III.	Alternativ- bzw. Ergänzungsvorschläge	277
1.	Lösung der Kausalitätsproblematik	278
a)	Schließung der Regelungslücke bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	278
b)	Angleichung bei Entgeltzahlung an Feiertagen	279
2.	Verlängerung des Referenzzeitraums	280
IV.	Ergebnisse	281
§ 10	Bewertung der Ergebnisse im Hinblick auf gesetzgeberische Schutzpflichten	282
I.	Keine Verletzung staatlicher Schutzpflichten	283
II.	Unzureichende Ausfüllung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums	284

5. Kapitel

	Zusammenfassung und Ausblick	285
§ 11	Zusammenfassung der Ergebnisse	285
§ 12	Ausblick	290
	Literaturverzeichnis	292
	Stichwortverzeichnis	310

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
ABR	Registerzeichen beim Bundesarbeitsgericht für allgemeine Rechtsbeschwerdeverfahren
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEntG	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz)
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ähnl.	ähnlich
allg.	allgemein/en
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbRB	Arbeits-Rechtsberater
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)
AuR	Arbeit und Recht
ausdrückl.	ausdrücklich
ausführl.	ausführlich
Az.	Aktenzeichen

AZR	Registerzeichen beim Bundesarbeitsgericht für Revisionsverfahren
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
BB	Betriebs-Berater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
BDA	Bundeszentrale der Deutschen Arbeitgeberverbände
BDS	Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Online Rechtsprechung
BEEG	Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz)
Begr.	Begründer
Beil.	Beilage
bEM	betriebliches Eingliederungsmanagement
BeschFG	Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung (Beschäftigungsförderungsgesetz)
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
bpb	Bundeszentrale für politische Bildung
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe
BUrlG	Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz)
BvB	Registerzeichen beim Bundesverfassungsgericht für Verfahren zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Parteien nach Art. 21 Abs. 2 GG
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BvF	Registerzeichen beim Bundesverfassungsgericht für Normenkontrollverfahren, die nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG auf Antrag von Verfassungsorganen eingeleitet wurden
BvL	Registerzeichen beim Bundesverfassungsgericht für Normenkontrollverfahren, die nach Art. 100 Abs. 1 GG auf die Vorlage eines Gerichts erfolgen
BvQ	Registerzeichen beim Bundesverfassungsgericht für einstweilige Anordnungen nach § 32 BVerfGG
BvR	Registerzeichen beim Bundesverfassungsgericht für Verfahren über Verfassungsbeschwerden nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
Ca	Registerzeichen beim Arbeitsgericht für allgemeine Zivilsachen (Arbeitsrechtssachen)
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
ChGrEU	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
dass.	dasselbe
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
Destatis	Statistisches Bundesamt
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
dies.	dieselbe/n
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
DM	Deutsche Mark
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entwurf
Edt.	Edition
EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
einschränk.	einschränkend
EL	Ergänzungslieferung
ErbR	Erbrecht
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EstG	Einkommenssteuergesetz
EU	Europäische Union

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Grundgesetz)
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
HWK	Henssler/Willemsen/Kalb
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
IAQ	Institut Arbeit und Qualifikation
i. E.	im Ergebnis
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. R. e.	im Rahmen einer/es
i. S. d.	im Sinne der/s
i. V. m.	In Verbindung mit
IW	Institut der deutschen Wirtschaft
JA	Juristische Arbeitsblätter
JArbSchG	Gesetz zum Schutze der arbeitenden Jugend (Jugendarbeitsschutzgesetz)
juris	juristisches Informationssystem
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KAPOVAZ	Kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit
KassK	Kasseler Kommentar
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KJ	Kritische Justiz
KOM	Kommission

krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
Ls.	Leitsatz
MHdB	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz)
MittAB	Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
MüKo	Münchener Kommentar
MuSchG	Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium (Mutterschutzgesetz)
NachwG	Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz)
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZ Fam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
OGK	Online-Großkommentar
OK	Online-Kommentar
OLG	Oberlandesgericht
PROKLA	Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RR	Rechtsprechungs-Report
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Sa	Registerzeichen beim Landesarbeitsgericht für Berufungsverfahren
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch

SOEP	Sozio-oekonomisches Panel
sog.	sogenannt/e
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
Spez.	Spezial
st.	ständige
StGB	Strafgesetzbuch
SVR	Sachverständigenrat
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TZA	Teilzeitarbeit
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
u. a.	unter anderem
u. ä.	und ähnlich/es
Urt.	Urteil
v.	vom/von
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z. B.	zum Beispiel
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZLH	Zöllner/Loritz/Hergenröder
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Registerzeichen beim Bundesgerichtshof für Revisionen, Beschwerden gegen die Nichtzulassung der Revision, Anträge auf Zulassung der Sprungrevision, Berufungen in Patentsachen
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
zust.	zustimmend

1. Kapitel

Einleitung

Arbeit auf Abruf – dieses gesetzliche Instrument der bedarfsabhängigen, flexiblen Arbeitszeitgestaltung blickt auf eine mittlerweile 38-jährige bewegte Entwicklungsgeschichte zurück. Diese Arbeitsform, bei der die Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen ist, nahm ihren Anfang im Jahr 1985 und somit zu einer Zeit, als die Arbeitslosenzahl in der Bundesrepublik Deutschland bedingt durch eine Wirtschaftskrise einen Höchststand erreicht hatte.¹ Die Politik sah sich aus diesem Grund dazu veranlasst, durch Flexibilisierung des Arbeitsmarktes alternative Erwerbsformen zu fördern und dadurch neue Beschäftigungsmöglichkeiten zu schaffen.² Als Teil einer politischen Gesamtstrategie³ trat 1985 das Beschäftigungsförderungsgesetz (BeschFG) in Kraft⁴, in dem die Arbeit auf Abruf erstmals gesetzlich normiert wurde.⁵

Die damals einsetzende Phase der Deregulierung und Flexibilisierung⁶ dauert bis heute an. Mehr denn je liegt der Fokus der modernen Arbeitswelt auf der Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, insbesondere der Arbeitszeit.⁷ Für Arbeitgeber⁸ wird es im Hinblick auf die Wettbewerbsfähigkeit immer wichtiger, den Personaleinsatz unter Berücksichtigung der Arbeits- und Kosteneffizienz passgenau steuern und damit auch flexibel auf Kunden-

¹ Bpb, Arbeitslose und Arbeitslosenquote 1980 bis 2021; Destatis, Registrierte Arbeitslose und Arbeitslosenquote nach Gebietsstand; *Bach/Brinkmann* u. a., MittAB 4/83, S. 325; *Röbenack*, Entwicklung der Arbeitslosigkeit in Deutschland; *Bergwitz*, NZA 2011, 964; *Hromadka*, NZA-Beil. 2012, 25; *Preis*, RdA 2019, 75 (82f.); vgl. *Keller/Seifert*, Regulierung atypischer Beschäftigungsverhältnisse, S. 233.

² Hierzu ausführlich: *Oschmiansky*, Das Normalarbeitsverhältnis; vgl. *Kress*, MittAB 3/98, S. 493.

³ BT-Drucks. 10/2102, S. 1.

⁴ Vgl. BGBl. I 1985 Nr. 21, S. 710–717.

⁵ Anm.: Damals in § 4 BeschFG [„Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsfall“], seit 2001 in § 12 TzBfG [„Arbeit auf Abruf“].

⁶ Vgl. *Oschmiansky*, Das Normalarbeitsverhältnis.

⁷ Vgl. etwa BMAS, Grünbuch (2015), S. 18 ff.; BMAS, Weißbuch (2016), S. 73 ff.; DGB, arbeitsmarkt aktuell, 6/2016, S. 1 ff.

⁸ Anm.: Gemeint sind stets alle Geschlechter. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird an dieser Stelle und nachfolgend ausschließlich die männliche Form verwendet.

wünsche reagieren zu können.⁹ Zwar ist auch der Arbeitnehmer zunehmend an einer flexiblen Einteilung seiner Arbeitszeit interessiert, da private Belange wie Betreuungs- bzw. Pflegeaufgaben oder auch sonstige außerberufliche Tätigkeiten einen immer wichtigeren Stellenwert in der individuellen Lebensplanung einnehmen.¹⁰ Allerdings stehen für den Arbeitnehmer nach wie vor eine zeitliche und finanzielle Sicherheit und Planbarkeit des beruflichen sowie privaten Lebens im Vordergrund.¹¹

Auch 38 Jahre nach ihrer erstmaligen gesetzlichen Normierung trifft die Arbeit auf Abruf mit dem ihr innewohnenden Flexibilisierungspotenzial den Zeitgeist der modernen Arbeitswelt – zumindest aus Sicht des Arbeitgebers. Im Kern handelt es sich bei der mittlerweile in § 12 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) geregelten Arbeit auf Abruf um eine vornehmlich im Interesse des Arbeitgebers liegende¹² Arbeitsvertragsgestaltung, bei der der Arbeitgeber die Lage und in einem gewissen Umfang auch die Dauer der Arbeitszeit einseitig festlegen kann. Nach einer Auswertung des Instituts Arbeit und Qualifikation (IAQ) aus dem Jahr 2019 gaben im Jahr 2017 etwa 4,9 Prozent der abhängig Beschäftigten und somit rund 1,7 Millionen Menschen in Deutschland an, Arbeit auf Abruf auszuüben.¹³ Zu einem fast identischen Ergebnis kam im Jahr 2018 bereits das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB), das die Verbreitung von Arbeit auf Abruf im Jahr 2016 untersucht hatte. Besonders verbreitet ist Arbeit auf Abruf danach in geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen (sog. Minijobs), wo 12 Prozent der Beschäftigten angaben, auf Abruf tätig zu sein.¹⁴ Dementsprechend häufig kommt Arbeit auf Abruf im Rahmen von Aushilfstätigkeiten vor.¹⁵ Betroffene Branchen sind insbesondere das Hotel- und Gaststättengewerbe sowie die Landwirtschaft.¹⁶

⁹ Vgl. *Hank/Stegmaier*, IAB-Kurzbericht 14/2018, S. 1; BMAS, Weißbuch (2016), S. 73 ff.

¹⁰ BMAS, Weißbuch (2016), S. 73 ff.; vgl. *Raif/Nann*, GWR 2016, 221 (223).

¹¹ Vgl. *Schult/Tobsch*, SOEPpapers 485/2012, S. 3, 24; *Dütz/Thüsing*, § 1 Rn. 2; *Wisskirchen/Bissels*, NZA-Beil. 2006, 24.

¹² Vgl. BT-Drucks. 10/2102, S. 25.

¹³ *Jaehrling/Kalina*, IAQ-Report 3/2019, S. 10 [Studie beruhte auf Daten des Sozio-oekonomischen Panels (SOEP), einer repräsentativen Längsschnittbefragung von rund 25.000 Personen.].

¹⁴ *Hank/Stegmaier*, IAB-Kurzbericht 14/2018, S. 1 ff. [Studie beruhte ebenfalls auf Daten des SOEP.]; s. auch *Uffmann/Kredig*, NZA 2020, 137.

¹⁵ *S. Jaehrling/Kalina*, IAQ-Report 3/2019, S. 11; *Hank/Stegmaier*, IAB-Kurzbericht 14/2018, S. 8.

¹⁶ *Jaehrling/Kalina*, IAQ-Report 3/2019, S. 2; *Hank/Stegmaier*, IAB-Kurzbericht 14/2018, S. 1 ff.

Bei der Arbeit auf Abruf handelt es sich seit jeher um eine polarisierende Arbeitsform im Spannungsverhältnis zwischen Flexibilisierung der Arbeitszeit und Schutz der Arbeitnehmerrechte. Bereits im Zuge der erstmaligen gesetzlichen Normierung im Jahr 1985 wurde der gesetzgeberische Auftrag erkannt, einen gesetzlichen Rahmen für eine sozial vertretbare Gestaltung dieser überwiegend im Arbeitgeberinteresse liegenden Arbeitsvertragsgestaltung zu schaffen, um eine einseitige Belastung des Arbeitnehmers zu verhindern.¹⁷ Der Gesetzgeber hat dementsprechend die freie Gestaltung derartiger Arbeitsverträge zum Schutz des Arbeitnehmers durch die Verankerung gesetzlicher Mindestanforderungen in § 4 BeschFG – mittlerweile § 12 TzBfG – eingeschränkt¹⁸ und diese im Laufe der Jahre einer stetigen Prüfung und Anpassung unterzogen. Eine wesentliche Anpassung des § 12 TzBfG – die insgesamt drei Gesetzesänderungen beinhaltete – erfolgte mit Wirkung zum 1. Januar 2019.

Alle drei Gesetzesänderungen zielten darauf ab, den Abrufarbeitnehmern mehr Sicherheit in Bezug auf ihre Planung und ihr Einkommen zu verschaffen. Vertreter der Arbeitgeberseite bezeichneten die Änderungen als Eingriff in die Gestaltungsmöglichkeit von Abrufarbeitsverhältnissen und als unvereinbar mit den Anforderungen an eine flexible Arbeitsvertragsgestaltung.¹⁹ Die Arbeitnehmervertreter hingegen begrüßten zwar das Bemühen des Gesetzgebers, den Arbeitnehmerschutz im Rahmen von Abrufarbeitsverhältnissen verbessern zu wollen. Nichtsdestotrotz ließen sie keinen Zweifel daran, sich auch zukünftig für eine weitgehende Beschränkung und mittelfristige Abschaffung der Arbeit auf Abruf stark machen zu wollen.²⁰

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, das Bedürfnis eines Arbeitnehmerschutzes im Allgemeinen und die daraus resultierenden staatlichen Schutzpflichten im Bereich des Arbeitsrechts herauszuarbeiten (siehe hierzu nachfolgend 2. Kapitel). Anschließend soll die Arbeit auf Abruf im Sinne des § 12 TzBfG hinsichtlich ihrer wesentlichen Merkmale, des besonderen Schutzbedürfnisses des Abrufarbeitnehmers und der Entstehungsgeschichte der Norm einer eingehenden Analyse unterworfen werden (siehe hierzu nachfolgend 3. Kapitel). Auf Grundlage der in den vorangegangenen zwei Kapiteln gewonnenen Erkenntnisse soll sodann untersucht werden, inwiefern der Gesetzgeber durch die zum 1. Januar 2019 in Kraft getretene Gesetzesreform im Rahmen des § 12 TzBfG seiner staatlichen Schutzpflicht nachgekommen ist, die strukturelle Unterlegenheit des Abrufarbeitnehmers

¹⁷ BT-Drucks. 10/2102, S. 25.

¹⁸ Etwa *ErfK-Preis*, TzBfG, § 12 Rn. 3; Meinel/Heyn/Herms-*Heyn*, TzBfG, § 12 Rn. 3.

¹⁹ BDA, Stellungnahme zum Referentenentwurf – Brückenteilzeit, S. 2.

²⁰ DGB, Stellungnahme zum Referentenentwurf – Brückenteilzeit, S. 7f.