

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 357

Nullstundenverträge

Grenzen arbeitsvertraglicher Flexibilisierungsmöglichkeiten
im Hinblick auf Lage und Dauer der Arbeitszeit

Von

Ferdinand Hultsch



Duncker & Humblot · Berlin

FERDINAND HULTZSCH

Nullstundenverträge

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 357

Nullstundenverträge

Grenzen arbeitsvertraglicher Flexibilisierungsmöglichkeiten
im Hinblick auf Lage und Dauer der Arbeitszeit

Von

Ferdinand Hultsch



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
hat diese Arbeit im Jahre 2019 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
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-15789-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55789-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85789-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Meinem Vater

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Sommersemester 2019 als Dissertationsschrift angenommen. Die Disputation erfolgte am 07. Mai 2019.

Die Arbeit wurde anschließend überarbeitet und aktualisiert. Sie berücksichtigt Rechtsprechung, Literatur und Gesetzesänderungen bis zum 1. Juli 2019.

Mein Dank gilt insbesondere meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Markus Stoffels, der mein Promotionsvorhaben von der Themensuche bis zur Veröffentlichung unentwegt unterstützt hat. In fachlich und persönlich bereichernden Gesprächen stand er stets mit Rat und Tat zur Seite, äußerte positive Kritik und zeigte andere Interpretationsmöglichkeiten auf. Dabei genoss ich jedoch stets die wissenschaftliche Freiheit, die erforderlichlich war, um meine eigenen Auffassungen zu entwickeln und zu Papier zu bringen.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Mark Lembke für die umgehende Erstellung des Zweitgutachtens. Der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts danke ich für die Beteiligung an den Druckkosten dieses Buches.

Besonderen Dank verdient meine Freundin Frau Rebecca Middel für den stetigen Rückhalt und Zuspruch während der gesamten Promotionszeit. Sie bekam die Höhen und Tiefen, den Fort- und Rückschritt der Arbeit unmittelbar zu spüren, hatte stets ein offenes Ohr, wenn ich mich in einer juristischen Sackgasse befand, und hat große Teile dieser Arbeit akribisch korrigiert. Ich freue mich nun, mich mit entsprechender Unterstützung bei ihrem Promotionsvorhaben revanchieren zu dürfen.

Darüber hinaus bedanke ich mich bei all denjenigen, die bei der Korrektur behilflich waren, insbesondere bei Frau Dr. Christiane Hillebrand-Middel, Herrn Philip Middel, Herrn Sebastian Dietz, Herrn Lukas Meurer und Herrn Fabian von Lübken.

Ganz besonderer Dank gebührt schließlich meinem Vater, der meine langjährige Ausbildung vom Studium über das Referendariat bis hin zur Promotion uneingeschränkt und großzügig unterstützt hat. Ihm ist dieses Buch gewidmet.

Düsseldorf, im Juli 2019

Ferdinand Hultzs

Inhaltsübersicht

Einführung	23
I. Grundlagen	24
II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands durch Abgrenzung von ähnlichen Instrumenten zur Arbeitszeitflexibilisierung	38
III. Ausgangslage, Ziel und Gang der Untersuchung	43

1. Kapitel

Rechtliche Einordnung des Nullstundenvertrags	45
A. Nullstundenvertrag ohne Ablehnungsrecht des Verpflichteten	46
I. Beschränkung der Privatautonomie bei der Vertragstypenwahl – Maßgeblichkeit der tatsächlichen Vertragsdurchführung	46
II. Ermittlung der Rechtsnatur der Nullstundenvereinbarung anhand der Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom freien Dienst- bzw. Werkvertrag	48
B. Nullstundenvertrag mit Ablehnungsrecht des Dienstleistenden	55
I. Abgrenzung von Arbeits- und Dienstvertrag anhand der Weisungsgebundenheit	56
II. Unvereinbarkeit von Arbeitsvertrag und Ablehnungsrecht aufgrund der durch das Ablehnungsrecht ausgeschlossenen Verpflichtung	71
III. Praktische Schwierigkeiten bei Annahme einer Rahmenvereinbarung	81
IV. Rechtsmissbrauch oder Gesetzesumgehung durch Rahmenvereinbarung	97
V. Alternativen zur rechtlichen Einordnung des Ablehnungsrechts als vertragsausschließendes Kriterium	108
VI. Auslegung des Vertrags unter Berücksichtigung bisheriger Erkenntnisse	124
VII. Ergebnis	140

2. Kapitel

Rechtsprechung zu Wirksamkeit und Folgen der Vereinbarung flexibler Arbeitszeiten und ihre Übertragbarkeit auf Nullstundenverträge	142
A. Ausgangsentscheidung zur flexiblen Gestaltung des Arbeitsumfangs, BAG v. 12.12.1984 – 7 AZR 509/83, NZA 1985, 321	143
I. Entscheidungsgründe	144
II. Übertragung der Entscheidungsgründe auf den Nullstundenvertrag	145
III. Bezugnahme der Beschlussempfehlung zu § 4 BeschFG auf dieses Urteil	145
B. Begründung der 25 %-Rechtsprechung, BAG v. 07.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423	149
I. Entscheidungsgründe	150

II. Entscheidung als Meilenstein für die Flexibilisierung des Umfangs der Arbeitszeit	153
III. Übertragung der zentralen Aussagen aus der Entscheidung auf den Nullstundenvertrag	155
IV. Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber dieser Entscheidung	157
C. Vernachlässigung der bisherigen Rechtsprechung in späterer Entscheidung, BAG v. 24.09.2014 – 5 AZR 1024/12, NZA 2014, 1328	160
I. Entscheidungsgründe	161
II. Bedeutung der Entscheidung für die weitere Bewertung von Nullstundenvereinbarungen durch die Rechtsprechung	162
D. Aufklärung des Gesetzgebers durch Kodifikation der 25 %-Rechtsprechung in der Neufassung des § 12 TzBfG	169

3. Kapitel

Bewertung der Wirksamkeit von Nullstundenvereinbarungen im Hinblick auf den gesamten Vertrag, die einzelne Klausel und die Ausübung der Leistungsbestimmung

	172
A. Geeignete Anknüpfungspunkte der Rechtmäßigkeitskontrolle	172
I. Verhältnis zwischen Inhalts- und Ausübungskontrolle	173
II. Verhältnis von §§ 134, 138 BGB zur AGB-Kontrolle	176
III. Berücksichtigung des § 12 TzBfG bei der Inhaltskontrolle	178
B. Wirksamkeit im Hinblick auf die allgemeinen Inhaltsschranken des BGB	180
I. Schranke des § 134 BGB	181
II. Schranke des § 138 BGB	184
C. Vereinbarkeit der Nullstundenklausel mit § 12 TzBfG	190
I. Ankündigungsfrist des Abrufs, § 12 Abs. 3 TzBfG	191
II. Festlegung einer bestimmten täglichen Arbeitszeit, § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG ..	192
III. Festlegung einer bestimmten wöchentlichen Arbeitszeit, § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG	193
IV. Bedeutung der Neuinterpretation des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG für den Nullstundenvertrag	229
V. Übertragbarkeit der Ergebnisse auf den Nullstundenvertrag mit Ablehnungsrecht	232
D. Wirksamkeit variabler Arbeitszeitvereinbarungen nach §§ 305 ff. BGB	243
I. Durchführung einer Transparenzkontrolle	244
II. Anwendbarkeit der Vorschriften zur Inhaltskontrolle	261
III. Vereinbarkeit mit §§ 309 Nr. 1, 308 Nr. 4 BGB	269
IV. Verstoß gegen gesetzliches oder vertragliches Leitbild i.S.d. § 307 Abs. 2 BGB	271
E. Betriebsverfassungsrechtliche Hürden für variable Arbeitszeiten	321
I. Kein genereller Ausschluss der Mitbestimmung durch § 12 TzBfG	322
II. Mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten bei Arbeitszeitflexibilisierung	324
III. Beschränkung der Mitbestimmung bei Verteilung der Arbeitszeit durch Erfordernis eines kollektiven Tatbestands	332
IV. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG	349

F. Wirksamkeit des einzelnen Abrufs im Hinblick auf § 315 BGB 353
 I. Rechtsnatur und Unwiderruflichkeit des Abrufs 353
 II. Anwendbarkeit und Maßstab der Ausübungskontrolle nach § 315 BGB 355
 G. Ergebnis 362

4. Kapitel

**Rechtsfolgen bei unzureichender oder unwirksamer Vereinbarung
 über die (variable) Arbeitszeit** 365

A. Differenzierung zwischen zur Unwirksamkeit führenden Verstößen 365
 I. Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG 366
 II. Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB 367
 B. Bestehende Ansätze zur Schließung der durch Unwirksamkeit entstandenen
 Regelungslücke 367
 I. Primäre Lösung durch ergänzende Vertragsauslegung und Fiktion der
 Arbeitszeit als bloße Zweifelsregelung 368
 II. Primäre Lösung durch Fiktion der Arbeitszeit 372
 C. Eigener Lösungsansatz in Anlehnung an zweistufige Wirksamkeitskontrolle durch
 Verknüpfung von Fiktion und ergänzender Vertragsauslegung 373
 I. Fiktion als primäre Lösung bei fehlender Vereinbarung über die Arbeitszeit ... 375
 II. Ergänzende Vertragsauslegung bei zu hohem variablen Anteil 389
 III. Ergebnis 397

Zusammenfassung wesentlicher Untersuchungsergebnisse 399
 I. Regelmäßige Einordnung der Nullstundenvereinbarung als Arbeitsvertrag ... 399
 II. Unklare Behandlung von Nullstundenverträgen in der Rechtsprechung 400
 III. Unwirksamkeit von Nullstundenverträgen wegen Verstoßes gegen § 12 Abs. 1
 Satz 2 TzBfG und § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB 400
 IV. Rechtsfolgen unwirksamer Nullstundenverträge 402

Literaturverzeichnis 403

Stichwortverzeichnis 417

Inhaltsverzeichnis

Einführung	23
I. Grundlagen	24
1. Was ist ein Nullstundenvertrag?	25
2. Problematik der Nullstundenverträge	27
3. Rechtsformzwang als Motiv der Nullstundenvereinbarung	29
4. Nullstundenverträge mit und ohne Ablehnungsrecht	30
5. Anwendbarkeit des Teilzeit- und Befristungsgesetzes auf Nullstundenverträge	34
6. Qualifikation der Nullstundenverträge als Arbeit auf Abruf	36
II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands durch Abgrenzung von ähnlichen Instrumenten zur Arbeitszeitflexibilisierung	38
1. Abgrenzung der Nullstundenverträge von Überstundenregelungen	39
2. Abgrenzung der Nullstundenverträge von Pool-Lösungen bzw. Crowdwork	41
III. Ausgangslage, Ziel und Gang der Untersuchung	43

1. Kapitel

Rechtliche Einordnung des Nullstundenvertrags	45
A. Nullstundenvertrag ohne Ablehnungsrecht des Verpflichteten	46
I. Beschränkung der Privatautonomie bei der Vertragstypenwahl – Maßgeblichkeit der tatsächlichen Vertragsdurchführung	46
II. Ermittlung der Rechtsnatur der Nullstundenvereinbarung anhand der Abgrenzung des Arbeitsvertrags vom freien Dienst- bzw. Werkvertrag	48
1. Tätigkeits- oder erfolgsorientiert – Abgrenzung Dienst- und Werkleistung ...	49
2. Abhängig oder selbständig – Unterscheidung von Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag	51
a) Maßgebliche Unterscheidungskriterien der persönlichen Abhängigkeit und der Einbindung in eine drittbestimmte Arbeitsorganisation	52
b) Weisungsgebundenheit als wesentliches Merkmal der persönlichen Abhängigkeit	53
c) Persönliche Abhängigkeit bei Nullstundenverträgen	54
B. Nullstundenvertrag mit Ablehnungsrecht des Dienstleistenden	55
I. Abgrenzung von Arbeits- und Dienstvertrag anhand der Weisungsgebundenheit	56
1. Vereinbarung über den einzelnen Einsatz als Arbeitsvertrag	58

2. Ausgangsvereinbarung als Arbeitsvertrag	59
a) Eingeschränkte Weisungsgebundenheit in zeitlicher Hinsicht	59
b) Persönliche Abhängigkeit trotz eingeschränkter zeitlicher Weisungsgebundenheit aufgrund typologischer Betrachtungsweise	59
aa) Unverzichtbarkeit typologischer Methodik aufgrund praktischer Schwierigkeiten	61
bb) Intensivierung des Weisungsrechts bei Gesamtbetrachtung	63
c) Weisungsgebundenheit während des Einsatzes	64
d) Berücksichtigung weiterer Merkmale der persönlichen Abhängigkeit	65
e) Trotz Ablehnungsrecht fortbestehende Schutzbedürftigkeit des Beschäftigten	67
f) Zwischenergebnis	70
II. Unvereinbarkeit von Arbeitsvertrag und Ablehnungsrecht aufgrund der durch das Ablehnungsrecht ausgeschlossenen Verpflichtung	71
1. Ursprung der Einstufung als bloße Rahmenvereinbarung in der Rechtsprechung	72
2. Verallgemeinerung der Ausgangsentscheidung und Ablehnungsrecht als Argument für eine Rahmenvereinbarung in der jüngeren Rechtsprechung	74
3. Bedeutung der dargestellten Urteile für die Bewertung von Nullstundenverträgen durch das Bundesarbeitsgericht	78
III. Praktische Schwierigkeiten bei Annahme einer Rahmenvereinbarung	81
1. Ausbleibende Äußerung infolge des Arbeitsabrufs	82
2. Mitbestimmung des Betriebsrats beim einzelnen Arbeitsabruf	84
3. Schwierigkeiten bei der Befristung der einzelnen Arbeitsverträge	85
a) Regelmäßig fehlender Sachgrund und Vorbeschäftigungsverbot	85
aa) Aktuelle Bewertung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG durch das Bundesverfassungsgericht	87
bb) Hohe Hürden für potentielle Sachgründe	89
b) Erhöhte Anforderungen an den Sachgrund bei wiederholter Befristung	92
c) Wahrung der Schriftform	94
d) Folgen einer unwirksamen Befristung	94
4. Zwischenergebnis	96
IV. Rechtsmissbrauch oder Gesetzesumgehung durch Rahmenvereinbarung	97
1. Kein Ausschluss des Rechtsmissbrauchs durch grundsätzliche Zulässigkeit einer Rahmenvereinbarung und Befristungskontrolle	97
2. Missbrauch durch Aushöhlung arbeitsrechtlicher Schutznormen	99
3. Umgehung von § 12 TzBfG	105
4. Abgestufte Darlegungs- und Beweislast bei Feststellung eines Rechtsmissbrauchs	105
5. Zwischenergebnis	107

V. Alternativen zur rechtlichen Einordnung des Ablehnungsrechts als vertrags-
ausschließendes Kriterium 108

1. Unschädlichkeit späterer Konkretisierung für die Begründung einer Ver-
pflichtung 110
2. Ablehnungsrecht als Leistungsbestimmungsrecht i.S.d. § 315 BGB 112
 - a) Leistungsbestimmungsrecht auch bei zweistufigem Akt der Leistungs-
bestimmung 113
 - b) Leistungsbestimmungsrecht trotz Möglichkeit des ausbleibenden
Leistungsaustauschs 115
3. Ablehnungsrecht als auflösende Bedingung 116
 - a) Zulässigkeit reiner Wollensbedingungen 116
 - b) Möglichkeit der Bedingung jedes einzelnen Abrufs 119
4. Überwindung der fehlenden Verpflichtung durch den Parteiwillen 121
 - a) Möglichkeit späterer Leistungsbestimmung im Konsens-Prinzip 122
 - b) Maßgeblichkeit des Parteiwillens 123
5. Zwischenergebnis 124

VI. Auslegung des Vertrags unter Berücksichtigung bisheriger Erkenntnisse 124

1. Materiale Auslegungsregeln und ihre Grenzen 126
2. Interessen der Parteien 128
3. Sinn und Zweck des Nullstundenvertrags 130
4. Keine Relativierung praktischer Schwierigkeiten durch unredliche Lösungs-
möglichkeiten 134
5. Abschließende Ermittlung des Parteiwillens unter Berücksichtigung der
bisherigen Erkenntnisse und der materialen Auslegungsregeln 136
6. Einordnung des Nullstunden-Arbeitsvertrags und Gestaltungshinweise im
Einzelfall 138

VII. Ergebnis 140

2. Kapitel

**Rechtsprechung zu Wirksamkeit und Folgen der Vereinbarung
flexibler Arbeitszeiten und ihre Übertragbarkeit auf Nullstundenverträge** 142

A. Ausgangsentscheidung zur flexiblen Gestaltung des Arbeitsumfangs,
BAG v. 12. 12. 1984 – 7 AZR 509/83, NZA 1985, 321 143

- I. Entscheidungsgründe 144
- II. Übertragung der Entscheidungsgründe auf den Nullstundenvertrag 145
- III. Bezugnahme der Beschlussempfehlung zu § 4 BeschFG auf dieses Urteil 145

B. Begründung der 25 %-Rechtsprechung, BAG v. 07. 12. 2005 – 5 AZR 535/04, NZA
2006, 423 149

- I. Entscheidungsgründe 150

II. Entscheidung als Meilenstein für die Flexibilisierung des Umfangs der Arbeitszeit	153
III. Übertragung der zentralen Aussagen aus der Entscheidung auf den Nullstundenvertrag	155
IV. Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber dieser Entscheidung	157
C. Vernachlässigung der bisherigen Rechtsprechung in späterer Entscheidung, BAG v. 24.09.2014 – 5 AZR 1024/12, NZA 2014, 1328	160
I. Entscheidungsgründe	161
II. Bedeutung der Entscheidung für die weitere Bewertung von Nullstundenvereinbarungen durch die Rechtsprechung	162
1. Erklärungsversuche des scheinbaren Widerspruchs in der Rechtsprechung ...	163
2. Konfrontation des Siebten Senats mit den bisherigen widerstreitenden Entscheidungen	167
D. Aufklärung des Gesetzgebers durch Kodifikation der 25 %-Rechtsprechung in der Neufassung des § 12 TzBfG	169

3. Kapitel

Bewertung der Wirksamkeit von Nullstundenvereinbarungen im Hinblick auf den gesamten Vertrag, die einzelne Klausel und die Ausübung der Leistungsbestimmung

	172
A. Geeignete Anknüpfungspunkte der Rechtmäßigkeitskontrolle	172
I. Verhältnis zwischen Inhalts- und Ausübungskontrolle	173
II. Verhältnis von §§ 134, 138 BGB zur AGB-Kontrolle	176
III. Berücksichtigung des § 12 TzBfG bei der Inhaltskontrolle	178
B. Wirksamkeit im Hinblick auf die allgemeinen Inhaltsschranken des BGB	180
I. Schranke des § 134 BGB	181
II. Schranke des § 138 BGB	184
1. Stetigkeitsschutz als Teil der guten Sitten	185
a) Besonderer Schutz des arbeitsvertraglichen Synallagmas als unzulässiger Rückgriff auf die Umgehungsrechtsprechung	186
b) Existentieller Mindestschutz als Zweck des Arbeitsvertrags	187
2. Neue Qualität der Beeinträchtigung durch Flexibilisierung von Lage und Umfang	189
C. Vereinbarkeit der Nullstundenklausel mit § 12 TzBfG	190
I. Ankündigungsfrist des Abrufs, § 12 Abs. 3 TzBfG	191
II. Festlegung einer bestimmten täglichen Arbeitszeit, § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG	192

III. Festlegung einer bestimmten wöchentlichen Arbeitszeit, § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG 193

1. Wöchentliche Arbeitszeit als fest bestimmter Arbeitsumfang 195
2. Wöchentliche Arbeitszeit als variable Mindestgröße 197
3. Auslegung der bestimmten Dauer i.S.d. § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG a.F. 198
 - a) Wortlaut der Norm 198
 - b) Gesetzssystematik 199
 - c) Sinn und Zweck der Norm 200
 - d) Geschichte der Norm und Motive des Gesetzgebers 201
 - e) Erforderliche Neubewertung von Sinn und Zweck aufgrund einer mit der Einführung der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht verbundenen Funktionsverlagerung 202
 - aa) Möglichkeit des Funktionswandels durch neue Rechtsentwicklung ... 203
 - bb) Veränderung der rechtlichen Verhältnisse durch Wegfall der Bereichsausnahme 204
 - cc) Partielle Funktionsverlagerung von § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG a.F. zur AGB-Kontrolle 207
4. Bestätigung des gefundenen Auslegungsergebnisses durch den Gesetzgeber 210
 - a) Interpretation als Mindestarbeitszeit 210
 - b) Fortbestehende (teilweise) Funktionsverlagerung von § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG auf die AGB-Kontrolle 211
 - aa) Verbleibender Anwendungsbereich von § 12 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 TzBfG 212
 - bb) Fortbestehende Funktionsverlagerung zur Wahrung der Systemkonformität 214
5. Folgen der Funktionsverlagerung für die Bewertung von Änderungs-
vorbehalten im Bereich der Arbeitszeitdauer 217
6. Richtlinienkonformität des gefundenen Auslegungsergebnisses 219
 - a) Entscheidung *Wippel* des Europäischen Gerichtshofs als Ausgangspunkt 219
 - b) Richtlinienkonforme Auslegung trotz Umsetzung in nationales Recht ... 221
 - c) Keine (mittelbare) Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten 222
 - d) Keine (mittelbare) Diskriminierung von Frauen 226
7. Zwischenergebnis 228

IV. Bedeutung der Neuinterpretation des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG für den Nullstundenvertrag 229

V. Übertragbarkeit der Ergebnisse auf den Nullstundenvertrag mit Ablehnungsrecht 232

1. Grundsätzliche Anwendbarkeit auf Verträge mit Ablehnungsrecht 232
2. Verständnis der bestimmten Dauer als minimal abzurufendes Pensum statt teleologischer Reduktion 233
3. Anrechnung des abgelehnten Abrufs auf die Mindestarbeitszeit 238
4. Zwischenergebnis als Bestätigung vorheriger Untersuchungsergebnisse 239
 - a) Fehlende Verpflichtung bei Ablehnungsrecht als Zirkelschluss 239

b) Unzulässigkeit der Rahmenvereinbarung bei dauerhaftem Arbeitsbedarf	240
D. Wirksamkeit variabler Arbeitszeitvereinbarungen nach §§ 305 ff. BGB	243
I. Durchführung einer Transparenzkontrolle	244
1. Transparenz nur bei Hinweis auf möglicherweise ausbleibenden Abruf	245
a) Ausschluss der Mindestarbeitszeit bei bloßen Rahmenvereinbarungen	245
b) Keine Intransparenz durch unwirksamen Ausschluss der Mindestarbeitszeit bei Arbeitsverträgen	246
2. Erforderliche Klarstellung des Arbeitszeit-Lohn-Zusammenhangs	247
3. Konkrete Gründe für ausbleibenden Abruf und konkreter Umfang der variablen Arbeitszeit	248
a) Übertragbarkeit der Transparenzanforderungen von Widerrufsvorbehalten auf Leistungsbestimmungsrechte	252
b) Arbeitsanfall als konkreter Grund zur Wahrung des Transparenzgebots	253
c) Kein Erfordernis über den Arbeitsanfall hinausgehender Gründe	255
d) Kein Erfordernis einer konkreten Bezifferung des variablen Arbeitsumfangs	258
4. Erhöhte Anforderungen durch Europäische Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen	259
II. Anwendbarkeit der Vorschriften zur Inhaltskontrolle	261
1. Vereinbarung variabler Arbeitszeit mehr als bloß deklaratorische Regelung	262
a) Abweichung von § 615 Satz 1 BGB	263
b) Keine Kontrollfreiheit in der Praxis	265
c) Keine positive Regelung i.S. der zu untersuchenden Klausel	266
2. Vereinbarung variabler Arbeitszeit mehr als unmittelbare Leistungsbeschreibung	266
III. Vereinbarkeit mit §§ 309 Nr. 1, 308 Nr. 4 BGB	269
IV. Verstoß gegen gesetzliches oder vertragliches Leitbild i.S.d. § 307 Abs. 2 BGB	271
1. Fehlende Gewährleistung einer Existenzgrundlage als Verstoß gegen das Leitbild des Arbeitsvertrags	272
2. Fehlende Gewährleistung einer Existenzgrundlage als Gefährdung des Vertragszwecks	274
a) Ermittlung wesentlicher Rechte und Pflichten	274
b) Einschränkung der ermittelten Pflichten	276
c) Gefährdung des Vertragszwecks	277
3. Verstoß gegen Leitbild des § 12 TzBfG durch variablen Arbeitsumfang	279
a) Leitbildfunktion für die Flexibilisierung des Arbeitsumfangs	279
b) Leitbildfunktion für die Entgeltzahlung	281
4. Verstoß gegen Leitbild des § 615 Satz 1 BGB durch Verlagerung des Wirtschaftsrisikos	282
a) Abweichung von wesentlichen Grundgedanken	282

b)	Unvereinbarkeit der Abweichung mit dem Grundgedanken des § 615 Satz 1 BGB	284
aa)	Keine vollständige Übertragung des Wirtschaftsrisikos	285
bb)	Zu berücksichtigende Interessen der Parteien	287
(1)	Interesse des Arbeitnehmers an einer möglichst großen Planungssicherheit	288
(2)	Interesse des Arbeitgebers an einer möglichst großen Flexibilisierung	290
cc)	Interessenabwägung: Grenze der Angemessenheit bei Flexibilisierung der Dauer	292
(1)	Kompensation der zeitlichen, nicht der finanziellen Planungsunsicherheit durch § 12 Abs. 1 und 3 TzBfG	293
(2)	25 %-Grenze als angemessener Interessenausgleich	296
(3)	Festhalten an 25 %-Grenze zur Wahrung der Systemkonformität	298
(4)	Geringerer Flexibilisierungsrahmen bei Leistungsbestimmungsrechten aufgrund größerer Planungsunsicherheit	300
(5)	Bedeutung der bisherigen Ergebnisse für den Nullstundenvertrag	302
c)	Erhöhte Flexibilität bei Einräumung eines Ablehnungsrechts?	303
aa)	Zulässige Höhe des variablen Anteils am Arbeitsumfang	304
bb)	Keine Anrechnung des abgelehnten Abrufs auf die Höchstarbeitszeit	306
d)	Variabler Arbeitsumfang in Kombination mit anderen Flexibilisierungsinstrumenten	307
aa)	Kombination mit Überstundenregelung	308
bb)	Kombination mit längeren Bezugszeiträumen	309
(1)	Keine Festlegung der Arbeitszeit zu Beginn des Bezugszeitraums erforderlich	312
(2)	Keine Beschränkung der Flexibilität auf 10 %	313
(3)	Stufenweise Herabsetzung des variablen Anteils an der Arbeitszeitdauer bei längeren Bezugszeiträumen	314
(4)	Stufenweise Beschränkung der flexiblen Lage bei längeren Bezugszeiträumen	316
cc)	Tabellarische Zusammenfassung der Ergebnisse	319
E.	Betriebsverfassungsrechtliche Hürden für variable Arbeitszeiten	321
I.	Kein genereller Ausschluss der Mitbestimmung durch § 12 TzBfG	322
II.	Mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten bei Arbeitszeitflexibilisierung	324
1.	Zahlungsrhythmus	324
2.	Vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit	325
3.	Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit	326
a)	Mitbestimmung bei Bezugszeitraum von einer Woche	328
b)	Mitbestimmung bei längeren Bezugszeiträumen	329

III. Beschränkung der Mitbestimmung bei Verteilung der Arbeitszeit durch Erfordernis eines kollektiven Tatbestands	332
1. Grundsätzliche Einführung des Abrufmodells mit variablen Arbeitszeiten	332
a) Keine Einschränkung der Mitbestimmung durch offene Vertragsgestaltung	333
b) Möglichkeit eines generellen Ausschlusses der Abrufarbeit durch den Betriebsrat	334
2. Ausgestaltung des Abrufarbeitsverhältnisses	335
a) Beschränkung der Mitbestimmung auf Rahmenregelungen	336
b) Inhaltliche Reichweite der Rahmenregelungen	338
3. Keine Mitbestimmung bei konkretem Abruf des Arbeitnehmers	341
a) Einzelner Abruf als Individualmaßnahme – Kritik und Parallele zu Überstunden	342
b) Stringenter Ausschluss der Mitbestimmung nur durch Einordnung des Abrufs als Individualmaßnahme	344
4. Folge der Verletzung von Mitbestimmungsrechten	348
IV. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG	349
F. Wirksamkeit des einzelnen Abrufs im Hinblick auf § 315 BGB	353
I. Rechtsnatur und Unwiderruflichkeit des Abrufs	353
II. Anwendbarkeit und Maßstab der Ausübungskontrolle nach § 315 BGB	355
1. Keine Abweichungen durch Vereinbarung eines Ablehnungsrechts	357
2. Gesetzliche Konkretisierung des Billigkeitsmaßstabs durch § 12 Abs. 3 TzBfG	357
3. Zu verhindernde Missbrauchsszenarien	359
4. Bei der Billigkeitskontrolle zu berücksichtigende Umstände	360
5. Zwischenergebnis	362
G. Ergebnis	362

4. Kapitel

Rechtsfolgen bei unzureichender oder unwirksamer Vereinbarung über die (variable) Arbeitszeit	365
A. Differenzierung zwischen zur Unwirksamkeit führenden Verstößen	365
I. Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG	366
II. Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	367
B. Bestehende Ansätze zur Schließung der durch Unwirksamkeit entstandenen Regelungslücke	367
I. Primäre Lösung durch ergänzende Vertragsauslegung und Fiktion der Arbeitszeit als bloße Zweifelsregelung	368
1. Keine interessengerechte Lösung durch Fiktion der Arbeitszeit	369
2. Ermittlung der Arbeitszeit anhand der tatsächlichen Vertragsdurchführung	371

3. Unterschiede innerhalb des Lösungsansatzes	371
II. Primäre Lösung durch Fiktion der Arbeitszeit	372
C. Eigener Lösungsansatz in Anlehnung an zweistufige Wirksamkeitskontrolle durch Verknüpfung von Fiktion und ergänzender Vertragsauslegung	373
I. Fiktion als primäre Lösung bei fehlender Vereinbarung über die Arbeitszeit ...	375
1. Beschränkung der Fiktion auf Fälle der fehlenden Arbeitszeit	377
2. Ausschluss der Fiktion nur bei späterer (konkludenter) Arbeitszeit- vereinbarung	378
a) Keine konkludente Vertragsänderung durch gleichmäßigen Abruf	379
b) Keine Konkretisierung des Abrufrechts durch gleichmäßigen Abruf	380
c) Keine betriebliche Übung durch gleichmäßigen Abruf	381
aa) Keine betriebliche Übung bei bloßer Rahmenvereinbarung	382
bb) Keine betriebliche Übung bei Nullstunden-Arbeitsvertrag	383
cc) Ausschluss bei sonstigen variablen Arbeitszeitvereinbarungen	386
3. Fiktion als interessengerechtes Ergebnis	386
II. Ergänzende Vertragsauslegung bei zu hohem variablen Anteil	389
1. Auslegung als richtiges Instrument der Lückenschließung	390
2. Durchführung der ergänzenden Vertragsauslegung	391
3. Ergänzende Auslegung bei unangemessen flexibilisierter Lage und Dauer ...	395
4. Kein Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	396
III. Ergebnis	397
Zusammenfassung wesentlicher Untersuchungsergebnisse	399
I. Regelmäßige Einordnung der Nullstundenvereinbarung als Arbeitsvertrag	399
II. Unklare Behandlung von Nullstundenverträgen in der Rechtsprechung	400
III. Unwirksamkeit von Nullstundenverträgen wegen Verstoßes gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG und § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	400
IV. Rechtsfolgen unwirksamer Nullstundenverträge	402
Literaturverzeichnis	403
Stichwortverzeichnis	417

Einführung

In den letzten Jahrzehnten haben die Globalisierung und der technologische Fortschritt zu einer Verschiebung der Machtverhältnisse zwischen Industrie- und Schwellenländern geführt. Die Wirtschaft des Westens wurde vor neue Herausforderungen gestellt.¹ Auch wenn Deutschland als Exportnation derzeit als einer der stärksten Profiteure erscheint, hat die Globalisierung auch die deutsche Wirtschaft unter Druck gesetzt und dazu geführt, dass sich Unternehmen hierzulande zunehmend im internationalen Wettbewerb behaupten müssen.² Als Nachteil wird dabei bereits seit den 80er Jahren die mangelnde Flexibilität eines regulären Arbeitsverhältnisses gepaart mit einem relativ hohen Lohnniveau gesehen.³ Flexibilität ist in diesem Zusammenhang als Möglichkeit zu verstehen, die Arbeitsbedingungen nach Abschluss des Arbeitsvertrags an sich ändernde Umstände und Bedürfnisse im Sinne des Arbeitgebers anpassen zu können.⁴ Um entsprechende Spielräume bei der Vertragsdurchführung zu schaffen, entwickelten Unternehmen in den letzten Jahrzehnten verschiedenste Instrumente und Vertragsgestaltungen. Zu nennen sind beispielsweise Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte, leistungsbezogene Vergütungen, Befristungen oder Erweiterungen des Direktionsrechts mithilfe von Leistungsbestimmungsrechten.⁵ Spätestens seit dem Tarifkompromiss in der Metallindustrie aus dem Jahr 1984 werden auch flexible Arbeitszeitregelungen in Betracht gezogen, um die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen in der Welt zu gewährleisten.⁶ Dieser Zeitpunkt markiert in gewisser Weise die Geburtsstunde zulässiger variabler Arbeitszeiten in der Rechtspraxis.

Hintergrund des damaligen Tarifstreits war eigentlich das Streben der Gewerkschaften nach einer Reduzierung der Arbeitszeit von 40 auf 35 Stunden. Nach einer mehrere Wochen andauernden Phase von Streiks und Aussperrungen einigten sich beide Seiten auf eine Reduzierung der Arbeitszeit von 40 auf 38,5 Stunden im betrieblichen Durchschnitt, wobei diese Arbeitszeit in einer Spanne von 37 bis 40 Stunden innerbetrieblich flexibel auf die Beschäftigten verteilt werden konnte. Dauer

¹ *Bidder*, Die Bedeutung des Westens schrumpft v. 05.07.2017, abrufbar unter www.spiegel.de.

² *Feuerborn*, SAE 2007, 59, 59; *Bauer*, NZA 2005, 1046, 1046.

³ *Laux/Schlachter/Laux*, TzBfG, § 12 Rn. 10.

⁴ *Stamm*, NZA 2006, 288, 289.

⁵ *Singer*, RdA 2006, 362, 362 f.

⁶ *Richardi-BetrVG/Richardi*, § 87 Rn. 287 ff.; vgl. auch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts, BT-Drs. 12/5888, 19 f.

und Verteilung der Arbeitszeit wurden in der Folge durch Betriebsvereinbarungen geregelt. Fortan bestimmten diese und nicht mehr der Tarifvertrag die Arbeitszeit der einzelnen Beschäftigten. Diese erste tarifvertragliche Arbeitszeitflexibilisierung resultierte aus einer zentralen Forderung der Metallarbeitgeberverbände, die mehr Flexibilität für erforderlich hielten, um modernen Produktionsstrukturen gerecht werden zu können. Insofern wurden kürzere gegen flexiblere Arbeitszeiten eingetauscht;⁷ eine Entscheidung, die den Weg für die weitere Entwicklung von Arbeitszeitregelungen in den nächsten Jahrzehnten maßgeblich prägte.

Auch in der jüngeren Vergangenheit versuchten Unternehmen mehrfach, sich durch variable Gestaltungen der Arbeitszeit Möglichkeiten zu verschaffen, flexibel auf Schwankungen der Nachfrage reagieren und gleichzeitig die Arbeitnehmer möglichst effektiv und gewinnbringend einsetzen zu können. Dabei verlagerte sich der Fokus zunehmend von Kollektiv- auf Individualvereinbarungen, da nicht nur zwischen den Arbeitszeiten einzelner Beschäftigter, sondern auch hinsichtlich der Arbeitszeit innerhalb des einzelnen Arbeitsverhältnisses variiert werden sollte.⁸ Auf diese Weise wird versucht, eine fortlaufende Anpassung der geleisteten Arbeitszeit an den betrieblichen Bedarf zu erreichen. Dabei ist zwischen zwei Komponenten der Arbeitszeit zu unterscheiden: der Dauer und der Lage. Erstere betrifft den Umfang der Arbeitsleistung und letztere die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Tage und Wochen.⁹ Diese Unterscheidung ist auch für die Befugnisse des Arbeitgebers von Bedeutung. § 106 GewO räumt diesem ein allgemeines Direktionsrecht ein, das es ihm unter anderem erlaubt, die Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen zu bestimmen. Darunter ist aber nur die Lage der Arbeitszeit zu verstehen.¹⁰ Um zusätzlich über die Dauer zu bestimmen, ist eine von dem normalen Arbeitsvertrag abweichende bzw. über diesen hinausgehende Individualvereinbarung erforderlich.¹¹ An dieser Stelle kommt der Nullstundenvertrag ins Spiel.

I. Grundlagen

Was sind Nullstundenverträge und worin liegt ihre besondere Problematik? Diese Fragen gilt es vorab zu beantworten, um die folgenden Kapitel verständlich und nachvollziehbar darstellen zu können. Nullstundenverträge existieren bereits seit

⁷ *Wiebrock*, Flexible Arbeitszeitregelungen, S. 68; *Rauschenberg*, Flexibilisierung und Neugestaltung der Arbeitszeit, S. 15.

⁸ *Hahn*, Flexible Arbeitszeit, Rn. 2 ff.; *Rauschenberg*, Flexibilisierung und Neugestaltung der Arbeitszeit, S. 16.

⁹ *Arnold*, Änderungsvorbehalte, in: FS Löwisch 70, S. 1, 1.

¹⁰ *ErfK/Preis*, § 106 GewO Rn. 19; *Hümmerich/Boecken/Düwell/Boecken*, § 106 GewO Rn. 21, 25; *Stamm*, NZA 2006, 288, 295; BAG v. 18.04.2012 – 5 AZR 195/11, NZA 2012, 796, 797; BAG v. 13.11.2012 – 9 AZR 259/11, NZA 2013, 373, 374.

¹¹ Ob eine solche wirksam vereinbart werden kann, wird einer der zentralen Untersuchungsgegenstände dieser Arbeit sein.

einiger Zeit in verschiedenen Ansätzen und Ausgestaltungen. Sie erhielten aber in den letzten Jahren eine verstärkte mediale Aufmerksamkeit.¹² Dies liegt nicht zuletzt daran, dass in ihrem Ursprungsland Großbritannien im Jahr 2015 Parlamentswahlen stattfanden und „zero-hours-contracts“ zum Objekt des Wahlkampfes wurden. Mittlerweile treten solche Vereinbarungen aber auch in Deutschland vermehrt auf, sodass sie hier ebenfalls den Weg in die Öffentlichkeit fanden. Dabei ist ein Urteil über entsprechende Vereinbarungen meist schnell gefällt und das Fazit fällt recht eindeutig aus: Solche Verträge sind in Deutschland „undenkbar – zumindest im legalen Arbeitsmarkt“.¹³ Wie es um die Rechtmäßigkeit tatsächlich bestellt ist, welche weiteren Probleme sich aus solchen Vertragskonstellationen ergeben und welchen Gang die vorliegende Untersuchung nehmen wird, soll im Anschluss an die Darstellung der für das Verständnis dieser Verträge erforderlichen Grundlagen erörtert werden.

1. Was ist ein Nullstundenvertrag?

Mit dem Nullstundenvertrag hat man aus Arbeitgebersicht nun den „arbeitsrechtlichen Himmel auf Erden“ gefunden.¹⁴ Er ist ein Instrument zur Flexibilisierung beider Komponenten der Arbeitszeit und dient der Angleichung von vorhandenen Arbeitskräften und bestehendem Arbeitsbedarf. Dadurch reiht er sich in Gestaltungen wie Arbeitnehmerüberlassung, befristete Beschäftigungsverhältnisse sowie freie Dienst- und Werkverträge ein, die ebenfalls der Vermeidung allzu enger vertraglicher Bindungen dienen.¹⁵ Solch flexible Arbeitsverhältnisse sind insbesondere für Arbeitgeber mit saisonal schwankendem Arbeitsbedarf, die ihre Leistung weder auf Vorrat erbringen noch auf einen späteren Zeitpunkt aufschieben können, interessant. Besonders häufig lassen sich entsprechende Vereinbarungen im produzierenden Gewerbe sowie im Einzelhandel und in der Gastronomie finden.¹⁶ Da durch den Mindestlohn eine Komponente der Flexibilisierung im Niedriglohnssektor stark beschränkt worden ist, erlangt die Stellschraube der Arbeitsdauer noch stärkere Bedeutung. Dies wurde zumindest in Großbritannien, dem Ursprungsland der Nullstundenverträge, als Auslöser für die steigende Zahl von Nullstundenverträgen

¹² *Wallois*, Burger braten mit einem Null-Stunden-Vertrag v. 09.08.2013, abrufbar unter www.wienerzeitung.at; *Trentmann*, Der zweifelhafte Siegeszug der Null-Stunden-Verträge v. 27.02.2015, abrufbar unter www.welt.de; *Kurz/Pieper*, Streit um die „Null-Stunden-Verträge“ v. 12.04.2015, abrufbar unter www.tagesschau.de; *Theurer*, Großbritanniens moderne Tagelöhner v. 07.05.2014, abrufbar unter www.faz.net; *Kröger*, DGB will „Arbeit auf Abruf“ bekämpfen v. 26.09.2016, abrufbar unter www.spiegel.de.

¹³ *Theurer*, Großbritanniens moderne Tagelöhner v. 07.05.2014, abrufbar unter www.faz.net.

¹⁴ *Preis*, RdA 2015, 244, 244.

¹⁵ *Bieder*, RdA 2015, 388, 388.

¹⁶ *Hahn*, Flexible Arbeitszeit, Rn. 357; *Bieder*, RdA 2015, 388, 390; *Forst*, NZA 2014, 998, 998 f.