

# ZAP

2 | 2021

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

20. Januar  
33. Jahrgang  
ISSN 0936-7292

**Herausgeber:** Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Prof. Dr. Martin Hensler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln  
**Begründet von:** Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider



## AUS DEM INHALT

### Kolumne

E-Sport – nicht nur eine juristische Herausforderung (S. 65)

### Anwaltsmagazin

Neuregelungen im Januar (S. 67) • BRAK-Forderungen zur Sicherung des Rechtsstaats (S. 71) • Auswirkungen der Pandemie auf Familienrechtler (S. 72)

### Aufsätze

Vyvers, Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Luftfrachtrecht wissen muss! (S. 85)

Maaß, Instrumente zur Arbeitszeitflexibilisierung (S. 91)

Hansens, Was bringt das Kostenrechtsänderungsgesetz (KostRÄG 2021) für die Rechtsanwaltschaft? (S. 101)

### Rechtsprechung

BGH: Widerruf einer Autofinanzierung (S. 76)

BAG: Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (S. 80)

VGH Baden-Württemberg: Einreise aus Auslands-Risikogebiet (S. 82)

ZAP

In Zusammenarbeit mit der  
Bundesrechtsanwaltskammer



# Arbeitsrecht

## Instrumente zur Arbeitszeitflexibilisierung

Von Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht Dr. KIRSTIN MAAß, Köln

### Inhalt

- |                                 |                        |
|---------------------------------|------------------------|
| I. Vorbemerkung                 | 6. Altersteilzeit      |
| II. Flexible Arbeitszeitmodelle | 7. Abrufarbeit         |
| 1. Gleitzeit                    | 8. Überstunden         |
| 2. Jahresarbeitszeit            | 9. Bereitschaftsdienst |
| 3. Lebensarbeitszeit            | 10. Rufbereitschaft    |
| 4. Vertrauensarbeitszeit        | 11. Kurzarbeit         |
| 5. Teilzeit                     | III. Fazit             |

### I. Vorbemerkung

Arbeitszeit i.S.d. Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) ist „die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen“ (§ 2 Abs. 1 ArbZG). Dabei bestimmen sich Lage und Dauer der Arbeitszeit grds. nach den Regelungen im Arbeitsvertrag. Das Gesetz regelt die maximal zulässige Arbeitszeit der Arbeitnehmer. So soll nach § 3 Abs. 1 ArbZG die werktägliche Arbeitszeit im Regelfall acht Stunden betragen und darf auf zehn Stunden ausgedehnt werden. Innerhalb eines Zeitraums von bis zu sechs Monaten oder 24 Wochen dürfen jedoch im Tagesdurchschnitt acht Stunden und im Wochendurchschnitt 48 Stunden nicht überschritten werden.

Das ArbZG regelt allerdings nicht, wann genau und wie die Arbeitszeit von dem Arbeitnehmer zu leisten ist. Hinzukommt, dass die insb. in 2020 vorangetriebene Digitalisierung sowie die bereits zuvor erfolgte Globalisierung eine Vielzahl an neuen Arbeitsformen bedingen, bei denen der Ort, aber insb. auch die Zeit der Tätigkeit der Arbeitnehmer immer flexibler werden (müssen). Der nachfolgende Beitrag soll eine Übersicht über verschiedene Modelle der Arbeitszeitflexibilisierung bieten.

### II. Flexible Arbeitszeitmodelle

Flexible Arbeitszeitmodelle sehen eine Wahl seitens des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers oder beider hinsichtlich des Umfangs und der zeitlichen Verteilung der Arbeitszeit vor. Flexible Arbeitszeiten weichen damit nicht nur vom Normalarbeitstag ab, was z.B. bei Schichtarbeit der Fall ist. Kennzeichnend für flexible Arbeitszeiten ist vielmehr, dass die Arbeitszeit ständig an den betrieblichen Bedarf und/oder an die Wünsche der Arbeitnehmer angepasst werden kann.

#### 1. Gleitzeit

Die Möglichkeit der Gleitzeit existiert bereits seit Jahrzehnten. Mit der Einführung der Gleitzeit wurde erstmals die standardisierte und gleichförmig verteilte Arbeitszeit aufgegeben. Bei der Gleitzeit handelt es sich um ein in der Praxis leicht handhabbares Modell, mit dem bei fest vereinbarter regelmäßiger Dauer der geschuldeten Arbeitszeit der Arbeitsbeginn und das Arbeitsende von dem

Arbeitnehmer formal selbst bestimmt werden können. Der Arbeitnehmer erhält also Arbeitszeit-souveränität innerhalb eines bestimmt festgelegten Rahmens.

Der Arbeitnehmer ist im Fall einer **einfachen Gleitzeit** nicht an eine feste Arbeitszeitlage in einem Arbeitstag gebunden. Er kann vielmehr die Arbeit innerhalb einer gewissen Zeitspanne zu einem selbstgewählten Zeitpunkt beginnen und nach Ablauf der vereinbarten Arbeitszeit wieder beenden. Es wird folglich nur der **Beginn** der täglichen Arbeitszeit durch den Arbeitnehmer variabel gestaltet. Daher gibt es bei diesem Gleitzeitmodell keine Plus- und keine Minusstunden; der Arbeitnehmer erbringt die geschuldete Arbeitszeit vollständig an jedem Tag. Die Dauer der Arbeitszeit ist an jedem Tag gleich.

Bei der **qualifizierten Gleitzeit** ist der Arbeitnehmer zudem berechtigt, die **Dauer** der Arbeitszeit an den einzelnen Arbeitstagen innerhalb des vereinbarten **Ausgleichszeitraumes** selbst zu bestimmen. Er ist nicht an eine exakte tägliche oder wöchentliche Arbeitszeit gebunden. Vielmehr kann er seine Arbeit innerhalb einer gewissen Zeitspanne zu einem selbst gewählten Zeitpunkt beginnen und nach deren Ablauf innerhalb einer gewissen Zeitspanne zu einem selbst gewählten Zeitpunkt auch wieder beenden. Notwendig ist, dass der Arbeitnehmer die regelmäßig geschuldete Arbeitszeit innerhalb des vereinbarten Ausgleichszeitraumes erfüllt. Dieser Ausgleichszeitraum kann je nach Vereinbarung eine Woche, einen Monat, mehrere Monate, ein Jahr bis hin zur gesamten Lebensarbeitszeit des Arbeitnehmers umfassen. Bei diesem Modell ist es daher möglich, Plus- oder Minusstunden aufzubauen. Eine Erfassung durch ein elektronisches Zeiterfassungssystem oder die Dokumentation der bereits geleisteten Stunden auf einem Arbeitszeitkonto ist daher sehr empfehlenswert.

**Hinweis:**

Bei der sog. **einfachen Gleitzeit** variiert ein Arbeitnehmer deren Lage im Arbeitstag. Bei der sog. **qualifizierten Gleitzeit** kann der Arbeitnehmer auch deren Dauer innerhalb eines Arbeitstages im Rahmen eines vereinbarten Ausgleichszeitraums bestimmen.

In der Regel besteht eine sog. **Kernarbeitszeit**, in der eine Anwesenheitspflicht des Arbeitnehmers besteht. Wann die Gleitzeit frühestmöglich beginnen und spätestens enden darf, bestimmt die sog. **Bandbreite**, in der die Arbeitszeit variabel abgeleistet werden kann (z.B. zwischen 7:00 Uhr und 20:00 Uhr).

**Beispiel:**

Bei dem Arbeitgeber A gilt eine Betriebszeit von 7:30 Uhr bis 18 Uhr. Innerhalb dieser Betriebszeit haben alle Mitarbeiter Gleitzeit. Die Kernzeit, in der alle Mitarbeiter anwesend sein müssen, ist von 10:30 Uhr bis 15:30 Uhr. Das bedeutet, dass von 7:30 Uhr bis 10:30 Uhr eine Gleitspanne ist, innerhalb der die Mitarbeiter entscheiden können, wann Sie ihre Arbeit aufnehmen. Ihren Feierabend können sie zwischen 15:30 und 18 Uhr flexibel bestimmen.

## 2. Jahresarbeitszeit

Unter Jahresarbeitszeit versteht man eine vereinbarte Arbeitszeit, die bezogen auf das Jahr zu erbringen ist. Vereinbart wird also die sich innerhalb eines Zeitraums von zwölf aufeinanderfolgenden Monaten zu leistende Gesamtarbeitszeit, wobei sich die Lage der Arbeitszeit am Arbeitsanfall orientiert. Mit diesem Arbeitszeitmodell ist es folglich möglich, einen langfristig vorhersehbaren, aber diskontinuierlichen Arbeitsbedarf flexibel innerhalb eines Jahreszeitraums zu planen (BAG, Urt. v. 15.7.2020 – 10 AZR 507/18, NZA 2020, 1650). Dieses Arbeitszeitmodell ist für Branchen geeignet, in denen eine saisonal unterschiedliche Nachfrage für Auftragsspitzen und -flauten sorgt. Ist mehr Arbeit da, wird auch mehr gearbeitet. Ist weniger zu tun, gibt es mehr Freizeit.

**Beispiel:**

Die wöchentliche Arbeitszeit von bspw. 40 Stunden ist im Jahresdurchschnitt zu erreichen.

Während die Arbeitszeit bei diesem Arbeitszeitmodell im Jahresverlauf schwankt, wird das Arbeitsentgelt in zwölf gleichen Beträgen an den Arbeitnehmer ausgezahlt. Ein Kennzeichen des Modells der flexiblen Jahresarbeitszeit ist der längere Ausgleichszeitraum für geleistete Mehrarbeit, der ein Jahr beträgt.

**Beachte:**

Auch wenn in Zeiten von Auftragsspitzen viel Arbeit anfällt, gelten dennoch die nach dem ArbZG vorgeschriebenen Höchstgrenzen für die tägliche Arbeitszeit. Ebenso sind die Ausgleichszeiten einzuhalten.

**3. Lebensarbeitszeit**

Der Ausgleichszeitraum innerhalb eines Gleitzeitmodells muss nicht zwingend eine Woche oder einen Monat betragen, sondern kann ebenso viele Monate, Jahre oder das ganze Arbeitsleben umfassen. Bei der Lebensarbeitszeit wird der Ausgleichszeitraum auf die maximale Länge – die Lebensarbeitszeit des Arbeitnehmers – ausgedehnt. Bei dem Modell der Lebensarbeitszeit hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, in den einzelnen Lebensphasen unterschiedlich lange zu arbeiten. Das angesparte Zeitguthaben kann bspw. für einen früheren Eintritt in den Ruhestand oder für ein Sabbatical genutzt werden.

**Hinweis:**

Grundsätzlich kommen i.R.d. Modells der Lebensarbeitszeit zwei Möglichkeiten des Ansparens von Arbeitszeit in Betracht. Bei der länger dauernden Methode arbeiten die Beschäftigten auf Basis einer Vollzeitstelle zusätzlich einige Stunden mehr in der Woche. Auf diese Weise lässt sich über Jahre hinweg ein Zeitguthaben aufbauen, das von dem Arbeitnehmer später und abgestimmt mit dem Arbeitgeber aufgelöst wird. Oder der Arbeitnehmer spart Zeit an, indem er zwar die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert, aber weiterhin Vollzeit arbeitet. Der in diesem Modell zurückgehaltene Lohn bzw. das Gehalt wird dann in der Freistellungsphase ausgezahlt.

Bei den Zeitkontensystemen, die als Lebensarbeitszeit ausgestaltet sind, soll dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eröffnet werden, die Lebensarbeitszeit nach seinen eigenen Präferenzen zu gestalten. Lebensarbeitszeitvereinbarungen erfordern daher ein **Langzeitkonto**, in das die Arbeitszeitguthaben, die kurzfristig nicht aufgebraucht oder verrechnet werden, bzw. die für den besonderen Zweck der Ansparung auf dem Langzeitkonto für besondere Anlässe gesammelten Stunden verbucht werden.

Allerdings erfordern die Vereinbarungen zur Lebensarbeitszeit aufgrund des langen Ausgleichszeitraums **besondere Regelungen**, insb. da in der heutigen Zeit Arbeitnehmer während ihres Berufslebens selten ausschließlich für einen Arbeitgeber tätig sind. Zwingend zu berücksichtigen sind i.R.v. Vereinbarungen zur Lebensarbeitszeit daher sog. **Störfälle**. Es ist z.B. zu regeln, was mit dem Arbeitszeitguthaben des Arbeitnehmers geschieht, wenn der Arbeitnehmer vorzeitig das Arbeitsverhältnis beendet oder bspw. verstirbt.

Darüber hinaus ist ein besonderer **Insolvenzschutz** zu gewährleisten. § 7e SGB IV enthält besondere Regelungen zum Insolvenzschutz bei Arbeitszeitkonten. Die Vorschrift berücksichtigt, dass der Arbeitnehmer, der zunächst ein Zeitguthaben erwirtschaftet und einem Zeit- oder Geldkonto gutschreibt, eine Vorleistung erbringt. Gerät der Arbeitgeber vor Abschluss der Freistellungsphase des Arbeitnehmers in Insolvenz, besteht das Risiko, dass das Guthaben nicht mehr an den Arbeitnehmer ausgekehrt wird und er dadurch Schäden erfährt. Aus diesem Grunde sind die Arbeitsvertragsparteien nach § 7e SGB IV verpflichtet, Regelungen zu treffen, die die Erfüllung des Wertguthabens inkl. der auf sie entfallenden Arbeitgeberanteile zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers sicherstellen. Diese Verpflichtung besteht allerdings nur dann, wenn kein Anspruch auf Insolvenzgeld besteht und das Wertguthaben des Arbeitnehmers inkl. des Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag einen Betrag in Höhe der monatlichen Bezugsgröße übersteigt.

#### 4. Vertrauensarbeitszeit

Häufig wird die Gleitzeit auch als sog. Vertrauensgleitzeit ausgestaltet. Vertrauensarbeitszeit bedeutet, dass der Arbeitgeber auf die **Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit verzichtet** und darauf **vertraut**, der betreffende Arbeitnehmer werde seine Arbeitspflicht in zeitlicher Hinsicht auch ohne Kontrolle erfüllen (BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 767/13, NZA 2016, 295 = ZAP EN-Nr. 283/16; vgl. auch EYLERT NZA 2017, 95). Der Arbeitnehmer muss also die vereinbarte Arbeitszeit erbringen; auf die formale Zeiterfassung wird jedoch ebenso verzichtet wie auf eine Anwesenheitskontrolle durch den Vorgesetzten. Der Arbeitgeber „vertraut“ folglich darauf, dass der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitszeit tatsächlich erbringt. Bei der Vertrauensgleitzeit bestimmt der Arbeitnehmer eigenverantwortlich die Lage seiner Arbeitszeit. Andererseits hat der Arbeitgeber selbst keinen Einfluss mehr auf die Lage der Arbeitszeit.

##### Hinweis:

Die Vertrauensarbeitszeit schließt indes weder die Abgeltung eines aus Mehrarbeit des Arbeitnehmers resultierenden Zeitguthabens aus, noch bedeutet sie, dass ein Anspruch auf Vergütung von Überstunden generell nicht bestünde (BAG, Urt. v. 26.6.2019 – 5 AZR 452/18, NZA 2019, 1361).

Die Vertrauensgleitzeit ist in der Praxis deshalb dann interessant, wenn feste Anwesenheitszeiten der Mitarbeiter nicht erforderlich sind.

##### Beachte:

Das Urteil des EuGH vom 14.5.2019 (C-55/18, NZA 2019, 683 = ZAP EN-Nr. 351/2019), wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, ein „System“ zu schaffen, nach dem Arbeitgeber wiederum verpflichtet sind, die tägliche Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer zu erfassen, wird mitunter dahingehend verstanden, dass dies der „Tod“ der Vertrauensarbeitszeit sei. Insoweit ist aber darauf hinzuweisen, dass die Verpflichtung zur Aufzeichnung der Arbeitszeit nach § 16 Abs. 2 ArbZG auch schon vor dem Urteil des EuGH auch für Arbeitnehmer, die Vertrauensarbeitszeit leisten, galt.

#### 5. Teilzeit

Um Teilzeit handelt es sich, wenn die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers im Vergleich zu einem Vollzeit-Mitarbeiter **verkürzt** ist (vgl. § 2 Abs. 1 TzBfG). Auf den Umfang der Reduzierung kommt es nicht an. So kann im Rahmen einer Fünf-Tage-Woche der einzelne Arbeitstag um mehrere Stunden verkürzt werden. Eine flexiblere Variante ist die Verbindung von Arbeitstagen und freien Tagen. Bei z.B. 20 Stunden Wochenarbeitszeit kann man bspw. zwei volle Tage arbeiten und einen weiteren halben Arbeitstag anhängen.

Das TzBfG sieht einen **gesetzlichen Anspruch** der Arbeitnehmer auf Teilzeitarbeit vor und soll die Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten verhindern. Besteht das Arbeitsverhältnis **länger als sechs Monate** und beschäftigt der Arbeitgeber i.d.R. **mehr als 15 Arbeitnehmer**, kann der Arbeitnehmer nach § 8 TzBfG vom Arbeitgeber verlangen, dass seine vertragliche Arbeitszeit verringert wird. Der Arbeitnehmer muss **drei Monate vor Beginn** der verringerten Arbeitszeit den Umfang der Teilzeitarbeit dem Arbeitgeber bekannt geben. Er sollte dabei die gewünschte Verteilung, d.h. wie viele Stunden er an welchen Wochentagen arbeiten möchte, angeben.

##### Hinweis:

Der Teilzeitantrag des Arbeitnehmers sollte so konkret gefasst sein, dass der Arbeitgeber hierauf mit „Ja“ oder „Nein“ antworten kann, ohne weitere Rückfragen stellen zu müssen.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben dies zu erörtern und zu einer einvernehmlichen Vereinbarung zu gelangen. Stehen der Verringerung bzw. der Verteilung der Teilzeitarbeit keine betrieblichen Gründe entgegen, so hat der Arbeitgeber dem Antrag des Arbeitnehmers zuzustimmen.

**Beachte:**

Ein betrieblicher Grund liegt insb. vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht.

Spätestens einen Monat vor Beginn der Teilzeitbeschäftigung hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer seine Entscheidung bezüglich der gewünschten Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit schriftlich mitzuteilen. Erfolgt keine einvernehmliche Vereinbarung über die Verringerung der Arbeitszeit und hat der Arbeitgeber nicht innerhalb eines Monats vor dem beantragten Beginn der Teilzeitbeschäftigung dies schriftlich abgelehnt, so verringert sich die Arbeitszeit gemäß des Antrags des Arbeitnehmers. Gleiches gilt für die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit. Die Verteilung der Arbeitszeit kann durch den Arbeitgeber mit einer Ankündigungsfrist von einem Monat wieder geändert werden, wenn das betriebliche Interesse an der Änderung die Beibehaltung der Verteilung erheblich überwiegt.

Hat der Arbeitgeber einer Verringerung der Arbeitszeit zugestimmt oder sie berechtigt abgelehnt, so kann der Arbeitnehmer eine erneute Verringerung erst nach Ablauf von zwei Jahren verlangen (vgl. § 8 Abs. 6 TzBfG). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Zustimmung oder berechtigten Ablehnung.

**6. Altersteilzeit**

Durch Altersteilzeitarbeit soll älteren Arbeitnehmern ein gleitender Übergang vom Erwerbsleben in die Altersrente ermöglicht werden (vgl. § 1 ATG). Bei der Altersteilzeit handelt es sich um eine Teilzeitbeschäftigung, die durch das Altersteilzeitgesetz (ATG) geregelt ist. Es besteht für den Arbeitnehmer allerdings kein gesetzlicher Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags. Folglich bedarf es stets einer Altersteilzeitvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

**Beachte:**

Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis ist kein neues, eigenständiges Arbeitsverhältnis, sondern die Fortführung der bisherigen Vertragsbeziehung zu geänderten Bedingungen.

Die Altersteilzeit ist möglich für Arbeitnehmer ab dem 55. Lebensjahr, die noch mindestens drei Jahre bis zum gesetzlichen Rententalter haben und in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Altersteilzeit wenigstens 1.080 Kalendertage sozialversicherungspflichtig – in Voll- oder Teilzeit – beschäftigt waren (vgl. § 2 Abs. 1 ATG). Zeiten mit Anspruch auf Arbeitslosengeld oder Arbeitslosengeld II werden hierbei mitberücksichtigt. Die Altersteilzeit muss mindestens bis zu dem Zeitpunkt gehen, ab dem eine Altersrente frühestmöglich beansprucht werden kann.

In Betracht kommen grds. drei Altersteilzeit-Gestaltungen:

- Während des gesamten Zeitraums der Altersteilzeit arbeitet der Arbeitnehmer zu 50 % der Arbeitszeit. Dies kann zum Beispiel mit halben Arbeitstagen oder weniger Arbeitstagen pro Woche realisiert werden (sog. Gleichverteilungsmodell).
- Die Altersteilzeit wird in zwei gleich lange Phasen unterteilt. In der ersten Phase arbeitet der Arbeitnehmer zu 100 %, während er in der zweiten Phase nicht mehr arbeitet, also freigestellt ist (sog. Blockmodell).
- Die Arbeitszeit wird schrittweise über den Zeitraum der Altersteilzeit verringert.

Das Entgelt während der Altersteilzeit wird halbiert und von dem Arbeitgeber um 20 % des reduzierten Gehalts aufgestockt. Der Aufstockungsbetrag ist steuer- und sozialabgabenfrei, unterliegt aber dem sog. Progressionsvorbehalt. Der Arbeitgeber ist darüber hinaus verpflichtet, mindestens 80 % der

bisherigen Rentenversicherungsbeiträge des Arbeitnehmers zu zahlen. Damit sollen die durch das reduzierte Gehalt verursachten Renteneinbußen abgedeckt werden.

Bei der **Gestaltung** von Altersteilzeitverträgen ist zur Vermeidung von ungewollten Nachteilen für beide Vertragsparteien **besondere Sorgfalt** geboten. Insbesondere im sog. Blockmodell ist an mögliche **Störfälle** bzw. **Störungen** zu denken. Ein Störfall ist insb. bei einer vorzeitigen Beendigung des Altersteilzeitverhältnisses, z.B. durch eine Kündigung, gegeben (BAG, Urt. v. 14.10.2003 – 9 AZR 146/03, NZA 2004, 860). Endet ein im Blockmodell geführtes Altersteilzeitarbeitsverhältnis vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeit, so ist die vom Arbeitnehmer erbrachte Vorleistung auszugleichen. Eine Störung liegt dagegen vor, wenn der Altersteilzeitvertrag nicht wie ursprünglich vereinbart durchgeführt werden kann, er aber in seinem Bestand erhalten bleibt und nicht beendet wird. Dies kann z.B. bei einer längeren Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers während der Arbeitsphase der Fall sein. In Krankheitsfällen, die über den sechs-wöchigen-Entgeltfortzahlungszeitraum hinaus andauern, besteht für den Arbeitgeber grds. keine Verpflichtung, die Aufstockungszahlungen und Zusatzbeiträge weiter zu übernehmen. Zum Schutz des Arbeitnehmers wird deshalb in der Regel arbeitsrechtlich eine solche Pflicht vereinbart. Sie führt allerdings zu einem Kostenrisiko des Arbeitgebers.

#### 7. Abrufarbeit

Arbeit auf Abruf ist eine besondere Art der Teilzeitarbeit. Sie liegt nach § 12 Abs. 1 S. 1 TzBfG vor, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren, dass der Arbeitnehmer die Arbeit entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat. Nach der Rechtsprechung des BAG ist Merkmal der Arbeit auf Abruf das Recht des Arbeitgebers, entsprechend dem Arbeitsanfall Lage und Dauer der Arbeit bestimmen zu können. Bei der Vereinbarung einer solchen **kapazitätsorientierten variablen Verteilung der Arbeitszeit** konkretisiert der Arbeitgeber **einseitig** nach § 106 GewO je **nach Bedarf** unter Beachtung der Vorgaben des § 12 Abs. 1 und Abs. 2 TzBfG Dauer und Lage der Arbeitszeit (BAG, Urt. v. 24.9.2014 – 5 AZR 1024/12, NZA 2014, 1328). Der Arbeitnehmer hat folglich **keine festen Arbeitszeiten**, seine Arbeitsleistung wird nach Bedarf abgerufen und er bestimmt auch nicht selbst die Lage oder Verteilung seiner Arbeitszeit. Allerdings haben die Arbeitsvertragsparteien die Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festzulegen (sog. Arbeitszeitdeputat).

##### Hinweis:

Wird die Dauer der **wöchentlichen** Arbeitszeit **nicht** vertraglich festgelegt, gilt eine **Arbeitszeit von 20 Stunden wöchentlich** als vereinbart (vgl. § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG). Fehlt eine Vereinbarung zur Dauer der **täglichen** Arbeitszeit, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer an **einem Arbeitstag mindestens drei Stunden** vergütungspflichtig beschäftigen (vgl. § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG).

Die Besonderheit der Arbeit auf Abruf besteht folglich darin, dass der Arbeitgeber die Arbeitszeit **einseitig** nach den **betrieblichen Bedürfnissen** bestimmen kann. Er kann sowohl über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit im Rahmen billigen Ermessens frei bestimmen (§ 106 GewO) als auch die Verteilung der Arbeitszeit auf die Wochen-, Monats- oder Jahresarbeitstage einseitig festlegen. Nach § 12 Abs. 2 TzBfG ist der Arbeitnehmer allerdings nur dann zur Arbeit an diesen festgelegten Tagen verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihnen die Lage der Arbeitszeit jeweils **mindestens vier Tage im Voraus mitgeteilt** hat, sog. **Ankündigungsfrist**.

Ruft der Arbeitgeber keine Arbeit ab, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Vergütung der **Mindestarbeitszeit**, wobei mangels Festlegung der Dauer der Arbeitszeit die gesetzlich fingierte Arbeitszeit von 20 Stunden wöchentlich gilt (BAG, Urt. v. 24.9.2014 – 5 AZR 1024/12, NZA 2014, 1328).

##### Hinweis:

§ 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG zeigt, dass ein sog. **Null-Stunden-Vertrag** grds. ausgeschlossen ist. Als Null-Stunden-Verträge werden allgemein Abreden verstanden, nach welchen eine Vergütung nur dann anfällt, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich die Arbeitsleistung erbringt. Derartige Verträge sind in

anderen Ländern durchaus üblich. § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG ist aber nur dann einschlägig, wenn sich eine Arbeitszeitvereinbarung weder ausdrücklich noch konkludent im Wege der Vertragsauslegung erkennen lässt. Wird hingegen der Arbeitsumfang vertraglich festgelegt, kann die Arbeitszeit auch die bezeichneten 20 Stunden pro Woche unterschreiten (vgl. Erfurter Kommentar/PREIS, § 12 TzBfG Rn 3).

Abzugrenzen ist das Arbeitsabruflverhältnis nach § 12 TzBfG von anderen Formen flexiblen Arbeitseinsatzes. Möglich ist es, dass die Parteien lediglich eine Rahmenvereinbarung abschließen, auf deren Grundlage sie jeweils befristete Arbeitsverhältnisse im Fall eines Arbeitseinsatzes vereinbaren; darin liegt keine Umgehung des § 12 TzBfG (BAG, Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974; Hess. LAG, Urt. v. 5.6.2020 – 10 Sa 1519/19, BB 2020, 2936). Nicht in den Anwendungsbereich des § 12 TzBfG fallen Regelungen, die dem Arbeitnehmer Arbeitszeitsouveränität zusprechen. Dies gilt insb. im Falle einer Gleitzeitvereinbarung (Hess. LAG, Urt. v. 5.6.2020 – 10 Sa 1519/19, BB 2020, 2936).

### 8. Überstunden

Die regelmäßige Arbeitszeit kann durch Anordnung von Überstunden im Einzelfall vorübergehend erhöht werden. Die Vereinbarung von Überstunden stellt folglich ebenfalls ein flexibles Arbeitssystem dar. Von **Überstunden** spricht man, wenn i.R.d. gesetzlichen Höchstarbeitszeit die Arbeitszeit überschritten wird, die durch den Arbeitsvertrag vereinbart oder durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung festgelegt ist.

Abzugrenzen sind die Überstunden von der Mehrarbeit. Der Begriff **Mehrarbeit** bezeichnet jede die gesetzlich zulässige Höchstarbeitszeit überschreitende Arbeitszeit.

#### Beachte:

Ohne eine ausdrückliche Regelung ist der Arbeitnehmer grds. nicht verpflichtet, Überstunden zu leisten.

Aber auch wenn der Arbeitnehmer vertraglich verpflichtet ist, Überstunden zu leisten, ist damit nicht die Frage geklärt, ob bzw. wie diese Überstunden zu vergütet sind. Das ArbZG kennt keine Anspruchsgrundlage für die Vergütung von Überstunden.

#### Hinweis:

Oft finden sich in Arbeitsverträgen Klauseln, wonach anfallende Überstunden mit der Vergütung pauschal abgegolten werden. Nicht zu beanstanden sind solche sog. Abgeltungsklauseln, wenn dadurch **eine zeitlich konkret eingegrenzte Anzahl von Überstunden** – z.B. zehn Stunden monatlich – mit der Vergütung abgegolten wird. Unzulässig und folglich unwirksam ist es hingegen, wenn nach dem Arbeitsvertrag „*sämtliche*“ oder „*alle erforderlichen Überstunden*“ mit der Vergütung abgegolten werden sollen.

Die **Vergütung von Überstunden** setzt zum einen voraus, dass der Arbeitnehmer die **Überstunden tatsächlich geleistet** hat, und zum anderen, dass die Überstunden vom Arbeitgeber **angeordnet, gebilligt oder geduldet** worden oder jedenfalls zur Erledigung der geschuldeten Arbeit **notwendig** gewesen sind. Für beide Voraussetzungen – einschließlich der Anzahl der konkret geleisteten Überstunden – trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast (BAG, Urt. v. 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233).

Hinsichtlich der Ableistung von Überstunden genügt der Arbeitnehmer zunächst seiner Darlegungslast, wenn er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat. Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber substantiiert erwidern und im Einzelnen vortragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und an welchen Tagen der Arbeitnehmer von wann bis wann diesen Weisungen – nicht – nachgekommen ist.



Lässt sich der Arbeitgeber nicht substantiiert ein, gilt der Sachvortrag des Arbeitnehmers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BAG, Urt. v. 25.6.2019 – 5 AZR 452/18, NZA 2019, 1361).

**Hinweis:**

Es kommt grds. auch eine **konkludente Anordnung von Überstunden** durch den Arbeitgeber in Betracht. Konkludent ordnet der Arbeitgeber Überstunden an, wenn er dem Arbeitnehmer Arbeit in einem Umfang zuweist, der unter Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers nur durch die Leistung von Überstunden zu bewältigen ist. Dazu muss der Arbeitnehmer darlegen, dass eine bestimmte angewiesene Arbeit innerhalb der Normalarbeitszeit nicht zu leisten oder ihm zur Erledigung der aufgetragenen Arbeiten ein bestimmter Zeitrahmen vorgegeben war, der nur durch die Leistung von Überstunden eingehalten werden konnte. **Allein die Anwesenheit** des Arbeitnehmers im Betrieb oder an einem Arbeitsort außerhalb des Betriebs begründet aber **keine** Vermutung dafür, Überstunden seien zur Erbringung der geschuldeten Arbeit notwendig gewesen.

**9. Bereitschaftsdienst**

Sowohl dem Bereitschaftsdienst als auch der Rufbereitschaft (dazu nachfolgend unter II. 10.) liegt die Gemeinsamkeit zugrunde, dass sie in zeitlicher Hinsicht flexibel den Anforderungen des Unternehmens angepasst werden können bzw. angepasst sind. Wenn die Leistung des Arbeitnehmers erforderlich ist, kann sie im definierten Zeitraum abgerufen werden.

Die Einrichtung von Bereitschaftsdiensten dient der Vermeidung fester Anwesenheits- bzw. Arbeitszeiten in Zeiten, in denen der Arbeitsbedarf im Voraus nicht sicher bestimmbar ist, insbesondere zur Nachtzeit. Unter **Bereitschaftsdienst** wird nach der Rechtsprechung des BAG eine Arbeitsform verstanden, bei der sich der Arbeitnehmer, ohne dass von ihm „wache Aufmerksamkeit“ gefordert wird, für Zwecke des Betriebs an einer vom Arbeitgeber **bestimmten Stelle** innerhalb oder außerhalb des Betriebs aufzuhalten hat, damit er erforderlichenfalls seine volle Arbeitstätigkeit unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, aufnehmen kann (BAG, Urt. v. 16.3.2004 – 9 AZR 93/03, NZA 2004, 927; BAG, Beschl. v. 18.2.2003 – 1 ABR 2/02, NZA 2003, 742). Während des Bereitschaftsdienstes darf der Arbeitnehmer ruhen oder sich anderweit beschäftigen, solange seine beruflichen Leistungen nicht erforderlich sind. Bereitschaftsdienst leisten z.B. Ärzte, die sich in der Klinik am Wochenende oder nachts aufhalten, um bei Notfällen schnell einsatzbereit zu sein. Bereitschaftsdienst leisten aber auch Polizisten, Feuerwehrleute, Fernfahrer, während der Kollege den Lkw steuert, aber auch Taxifahrer während ihrer Standzeiten.

**Beachte:**

Auch ein Feuerwehrmann, der sich zuhause aufhält, befindet sich gleichwohl im Bereitschaftsdienst, sofern er binnen acht Minuten seine Arbeit aufnehmen muss (vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.2018 – C 518/15, „Matzak“, NZA 2018, 293).

Grundsätzlich ist Bereitschaftsdienst **keine volle Arbeitsleistung**, sondern eine **Aufenthaltsbeschränkung**, die mit der Verpflichtung verbunden ist, bei Bedarf unverzüglich tätig zu werden. Damit unterscheidet sich dieser Dienst seinem Wesen nach von der vollen Arbeitstätigkeit, die vom Arbeitnehmer eine ständige Aufmerksamkeit und Arbeitsleistung verlangt (BAG, Urt. v. 28.1.2004 – 5 AZR 530/02, NZA 2004, 656).

Bereitschaftsdienst ist zwar **vergütungspflichtig**. Die Vergütung kann aber wegen der geringeren Arbeitsbelastung **geringer** als die Vergütung für normale Arbeitszeit sein. Häufig sehen Tarifverträge entsprechende Regelungen vor. Werden Bereitschaftszeiten tariflich oder arbeitsvertraglich nur anteilig als Arbeitszeit berücksichtigt, ändert dies indessen nichts daran, dass jede so erbrachte Zeitstunde mit dem gesetzlichen Mindestlohn zu vergüten ist (vgl. BAG, Urt. v. 29.6.2016 – 5 AZR 716/15, NZA 2016, 1332).

### 10. Rufbereitschaft

Rufbereitschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer sich **nach eigener Wahl frei bewegen** kann und nur seine **ständige Erreichbarkeit** gewährleisten muss (BAG, Urt. v. 24.10.2000 – 9 AZR 634/99, NZA 2001, 449). Der Arbeitnehmer, der sich in Rufbereitschaft befindet, kann folglich im Unterschied zum Arbeitnehmer im Bereitschaftsdienst seinen **Aufenthaltsort selbst bestimmen**. Allerdings muss er bei Abruf seine Arbeit alsbald aufnehmen können. Dies bedeutet, dass er sich noch in einer Entfernung von der Arbeitsstelle aufhalten muss, die es ihm gestattet, diese in angemessener kurzer Zeit zu erreichen (BAG, Urt. v. 19.12.1991 – 6 AZR 592/89, NZA 1992, 560). Entsprechendes gilt für die **Erreichbarkeit per Mobiltelefon**. In diesem Falle kann der Arbeitnehmer seinen Aufenthaltsort wählen, ohne seinen Arbeitgeber jeweils informieren zu müssen. Er ist verpflichtet, über ein von ihm ständig betriebs- und empfangsbereit zu haltendes Funktelefon erreichbar zu sein (BAG, Urt. v. 29.6.2000 – 6 AZR 900/98, NZA 2001, 165).

#### Hinweis:

Rufbereitschaft ist **keine Arbeitszeit** i.S.d. ArbZG (BAG, Urt. v. 24.9.2008 – 10 AZR 669/07, NZA 2009, 45). Nur die während der Rufbereitschaft für **abgerufene Arbeit** erbrachte Zeit zählt als Arbeitszeit.

Da auch die Rufbereitschaft die Handlungsfreiheit des Arbeitnehmers einschränkt, erbringt dieser im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zwar keine Arbeitsleistung (Hauptleistung), aber dennoch eine Leistung, die **vergütungspflichtig** ist. Soweit der Arbeitnehmer **tatsächlich arbeitet**, liegt arbeitszeitrechtlich Arbeitszeit und vergütungsrechtlich arbeitsvertraglich erbrachte Arbeitsleistung vor, die vertragsgemäß zu vergüten ist (BAG, Urt. v. 10.1.1991 – 6 AZR 352/89, NZA 1991, 517).

Es ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob eine Rufbereitschaft oder ein Bereitschaftsdienst des Arbeitnehmers vorliegt. Auch wenn vom Arbeitgeber ausdrücklich Rufbereitschaft angeordnet wurde, kann darin gleichwohl tatsächlich die Anordnung von Bereitschaftsdienst liegen, wenn dem Arbeitnehmer derart enge Zeitvorgaben zur Aufnahme der Vollarbeit gemacht werden (20 Minuten), dass er faktisch nicht mehr freie Verfügung über Ortswahl und Zeitgestaltung hat (BAG, Urt. v. 31.1.2002 – 6 AZR 214/00, NZA 2002, 871).

### 11. Kurzarbeit

Die Corona-Krise führt seit Anfang März 2020 zu einer deutlich wahrnehmbaren und weitreichenden Einführung von Kurzarbeit. Sie ist eine zentrale Säule der Strategie zur Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie. Zur Abmilderung der entstehenden außergewöhnlichen wirtschaftlichen Belastungen haben Arbeitgeber die Möglichkeit, **Kurzarbeit** einzuführen und **Kurzarbeitergeld** zu beantragen. Hierbei vereinbart der Arbeitgeber auf der Grundlage eines Tarifvertrags, einer Betriebsvereinbarung oder einer einzelvertraglichen Absprache vorübergehend mit dem Arbeitnehmer anteilig oder vollständig (sog. Kurzarbeit Null) eine konkret in ihrem Umfang zu bestimmende Kürzung der Arbeitszeit bei gleichzeitigem proportionalem Gehaltsverzicht.

Auf **Antrag** des Arbeitgebers zahlt die **Bundesagentur für Arbeit** bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen das Kurzarbeitergeld als teilweisen Ersatz für die durch den vorübergehenden Arbeitsausfall entfallende Vergütung. Der Arbeitgeber wird dadurch bei den Kosten der Beschäftigung der Arbeitnehmer(innen) deutlich entlastet.

Die Einführung von Kurzarbeit erfordert eine kollektivrechtliche (Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) oder einzelvertragliche (Arbeitsvertrag) **Grundlage**. Denn sie greift in die Hauptleistungspflichten von Arbeitgeber (Vergütung) und Arbeitnehmer (Arbeitsleistung) ein.

**Hinweis:**

Die Einführung von Kurzarbeit bedarf einer wirksamen arbeitsrechtlichen Grundlage. Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, Kurzarbeit einseitig kraft seines Direktionsrechts (§ 106 GewO) einzuführen.

Besteht ein Betriebsrat, kann der Arbeitgeber mit diesem eine Betriebsvereinbarung zur Einführung von Kurzarbeit abschließen. Enthalten Arbeitsverträge keine entsprechenden Vertragsklauseln, muss an die Vernunft der Arbeitnehmer appelliert werden, um eine entsprechende Vereinbarung einvernehmlich zeitnah abschließen zu können. Die Einführung von Kurzarbeit erfordert eine Arbeitsvertragsänderung. Zwar können Arbeitgeber im Falle des fehlenden Einverständnisses der Arbeitnehmer eine sog. Änderungskündigung in Betracht ziehen. Dies ist in der Praxis aber – auch mit Blick auf einzuhaltende Fristen und Verfahrensdauern – regelmäßig nicht erfolgsversprechend.

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben nach § 95 SGB III Anspruch auf **Kurzarbeitergeld**, wenn

1. ein **erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall** vorliegt,
2. die **betrieblichen Voraussetzungen** erfüllt sind,
3. die **persönlichen Voraussetzungen** erfüllt sind,
4. der **Arbeitsausfall der Arbeitsagentur angezeigt** worden ist,
5. der/die Arbeitnehmer(in) nach Beginn des Arbeitsausfalls ihre **versicherungspflichtige Beschäftigung fortsetzt** und seitens des Arbeitgebers **keine betriebsbedingte Kündigung** erfolgt.

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld führt nicht zu einer vollständigen Entlastung des Arbeitgebers, sofern er nicht eine sog. Kurzarbeit Null einführt. Das Kurzarbeitergeld gleicht auch nicht den gesamten Entgeltausfall des Arbeitnehmers aus, sondern lediglich **60 % bzw. 67 % (bei Arbeitnehmern mit Kindern) der Nettoentgeltdifferenz**. Zur Abmilderung von Einkommensverlusten wurde das Kurzarbeitergeld allerdings von der Bundesregierung im Rahmen der Corona-Pandemie **für Arbeitnehmer mit einem Entgeltausfall von mindestens 50 Prozent ab dem vierten Bezugsmonat auf 70 % bzw. 77 % und ab dem siebten Bezugsmonat auf 80 % bzw. 87 % erhöht**. Darüber hinaus wurde die Möglichkeit eines anrechnungsfreien **Zuverdienstes** während des Bezuges von Kurzarbeitergeld geschaffen.

Zur Entlastung der Arbeitgeber werden außerdem die **Sozialversicherungsbeiträge**, die Arbeitgeber auf das bei Kurzarbeit ausfallende Arbeitsentgelt für ihre kurzarbeitenden Beschäftigten grds. allein tragen müssen, durch die Bundesagentur für Arbeit in pauschalierter Form **erstattet**.

### III. Fazit

Dauer und Lage der Arbeitszeit sind seit jeher zentrale Themen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und damit zentrale Gestaltungsinstrumente im Arbeitsrecht. Die „normale“ Arbeitszeit mit einem Achtstundentag und einer Fünftagewoche verliert mehr und mehr an Bedeutung. **Flexible Arbeitszeiten** mit Spät-, Nacht- und Wochenendarbeit verbreiten sich und das derzeit geltende Arbeitszeitrecht ermöglicht in Sachen Flexibilisierung Einiges, wie der vorliegende Beitrag zeigt.

Zu beachten ist aber auch, dass die Aufweichung des „nine-to-five-Jobs“ mehr Sensibilität und Achtsamkeit sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite in Bezug auf Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer erfordert. Arbeitgeber sind deshalb aufgerufen, gemeinsam mit ihren Arbeitnehmern und Betriebsräten nach intelligenten Arbeitszeitleösungen zu suchen, die beiden Seiten gerecht werden und möglichst viele Interessen berücksichtigen. Denn Arbeitnehmer, die ihre Arbeitszeiten mitgestalten können, sind mit ihrer Work-Life-Balance zufriedener, arbeiten motivierter, sind nachweislich produktiver, bleiben länger gesund sowie leistungs- und beschäftigungsfähig.