

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

---

Band 357

# Nullstundenverträge

Grenzen arbeitsvertraglicher Flexibilisierungsmöglichkeiten  
im Hinblick auf Lage und Dauer der Arbeitszeit

Von

Ferdinand Hultzsch



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 Hultzsch



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, Rimpar  
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 Themen suche 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 erforderlich 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 Hultzscher*



# **Inhaltsübersicht**

<b>Einführung</b> .....	23
I. Grundlagen .....	24
II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands durch Abgrenzung von ähnlichen Instrumenten zur Arbeitszeitflexibilisierung .....	38
III. Ausgangslage, Ziel und Gang der Untersuchung .....	43
<i>1. Kapitel</i>	
<b>Rechtliche Einordnung des Nullstundenvertrags</b> .....	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
<i>2. Kapitel</i>	
<b>Rechtsprechung zu Wirksamkeit und Folgen der Vereinbarung flexibler Arbeitszeiten und ihre Übertragbarkeit auf Nullstundenverträge</b> .....	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*

<b>Bewertung der Wirksamkeit von Nullstundenvereinbarungen im Hinblick auf den gesamten Vertrag, die einzelne Klausel und die Ausübung der Leistungsbestimmung</b>	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
 <i>4. Kapitel</i>	
<b>Rechtsfolgen bei unzureichender oder unwirksamer Vereinbarung über die (variable) Arbeitszeit</b>	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
<b>Zusammenfassung wesentlicher Untersuchungsergebnisse</b> .....	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
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	403
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	417



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	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*

<b>Rechtliche Einordnung des Nullstundenvertrags</b>	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 selbstständig – 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 Vorbeschäftigungsvorbot .....	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.	Umschädlichkeit 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) Gesetzeszyssystematik .....	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 Änderungsvorbehalten im Bereich der Arbeitszeitdauer .....	217
6. Richtlinienkonformität des gefundenen Auslegungsergebnisses .....	219
a) Entscheidung <i>Wipper</i> des Europäischen Gerichtshofs als Ausgangspunkt ..	219
b) Richtlinienkonforme Auslegung trotz Umsetzung in nationales Recht ..	221
c) Keine (mittelbare) Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigen .....	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

<b>III. Beschränkung der Mitbestimmung bei Verteilung der Arbeitszeit durch Erfordernis eines kollektiven Tatbestands .....</b>	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
<b>IV. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG .....</b>	349
<b>F. Wirksamkeit des einzelnen Abrufs im Hinblick auf § 315 BGB .....</b>	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
<b>G. Ergebnis .....</b>	362

#### *4. Kapitel*

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

<b>A. Differenzierung zwischen zur Unwirksamkeit führenden Verstößen .....</b>	365
I. Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG .....	366
II. Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	367
<b>B. Bestehende Ansätze zur Schließung der durch Unwirksamkeit entstandenen Regelungslücke .....</b>	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) Arbeitszeitvereinbarung .....	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
<b>Zusammenfassung wesentlicher Untersuchungsergebnisse .....</b>	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
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	403
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Als Nachteil wird dabei bereits seit den 80er Jahren die mangelnde Flexibilität eines regulären Arbeitsverhältnisses gepaart mit einem relativ hohen Lohnniveau gesehen.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Um entsprechende Spielräume bei der Vertragsdurchführung zu schaffen, entwickelten Unternehmen in den letzten Jahrzehnten verschiedene Instrumente und Vertragsgestaltungen. Zu nennen sind beispielsweise Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte, leistungsbezogene Vergütungen, Befristungen oder Erweiterungen des Direktionsrechts mithilfe von Leistungsbestimmungsrechten.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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 mehreren 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

---

<sup>1</sup> *Bidder*, Die Bedeutung des Westens schrumpft v. 05.07.2017, abrufbar unter [www.spiegel.de](http://www.spiegel.de).

<sup>2</sup> *Feuerborn*, SAE 2007, 59, 59; *Bauer*, NZA 2005, 1046, 1046.

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

<sup>4</sup> *Stamm*, NZA 2006, 288, 289.

<sup>5</sup> *Singer*, RdA 2006, 362, 362 f.

<sup>6</sup> *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;<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> Um zusätzlich über die Dauer zu bestimmen, ist eine von dem normalen Arbeitsvertrag abweichende bzw. über diesen hinausgehende Individualvereinbarung erforderlich.<sup>11</sup> 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

<sup>7</sup> Wiebrock, Flexible Arbeitszeitregelungen, S. 68; Rauschenberg, Flexibilisierung und Neugestaltung der Arbeitszeit, S. 15.

<sup>8</sup> Hahn, Flexible Arbeitszeit, Rn. 2 ff.; Rauschenberg, Flexibilisierung und Neugestaltung der Arbeitszeit, S. 16.

<sup>9</sup> Arnold, Änderungsvorbehalte, in: FS Löwisch 70, S. 1, 1.

<sup>10</sup> ErfK/Preis, § 106 GewO Rn. 19; Hümerich/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.

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Dies liegt nicht zuletzt daran, dass in ihrem Ursprungsland Großbritannien im Jahr 2015 Parlamentswahlen stattfanden und „zero-hours-contracts“ zum Objekt des Wahlkampfs 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“.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Da durch den Mindestlohn eine Komponente der Flexibilisierung im Niedriglohnsektor 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

---

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

<sup>13</sup> *Theurer*, Großbritanniens moderne Tagelöhner v. 07.05.2014, abrufbar unter [www.faz.net](http://www.faz.net).

<sup>14</sup> *Preis*, RdA 2015, 244, 244.

<sup>15</sup> *Bieder*, RdA 2015, 388, 388.

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